



N° H2216447

Décision attaquée : 24 février 2022 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

la société Nice Cimiez

C/

la société Monoprix Exploitation

rapporteur : Marie-Laure Aldigé

RAPPORT

Ce rapport a été établi avec l'assistance du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation.

Ce rapport contient :

- des propositions de rejet non spécialement motivé pour le second moyen pris ses première, deuxième et huitième branches ;
- un avis 1015.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Selon l'arrêt attaqué et les productions (Aix-en-Provence, 24 février 2022), **le 26 avril 1966**, la société civile immobilière Nice Cimiez (la bailleuse) a donné à bail à la société des supermarchés de la Méditerranée, aux droits de laquelle est venue la SAS Monoprix exploitation (la locataire), des locaux commerciaux pour une durée de 25 ans.

Le prix du bail initial a été fixé à 301946 francs, défini en fonction du coût provisoire de l'investissement. Par un premier avenant du 1^{er} juillet 1966 il a été porté à la somme de 368 234 francs correspondant au coût définitif.

En cours du bail initial, par un avenant du 8 mars 1979, les parties sont convenues de fixer le loyer à la somme de 580 000 francs **et ont stipulé d'une clause selon laquelle le loyer ne pourra être inférieur à 1, 50 % du chiffre**

d'affaires hors taxes réalisé dans les locaux entre les 1^{er} janvier et 31 décembre de chaque année.

Deux renouvellements sont intervenus.

Concernant le premier renouvellement, par jugement du 7 juin 1996, les parties n'ayant pu se mettre d'accord sur le prix du bail renouvelé, le loyer a été fixé judiciairement à la somme de 1 231 206 francs.

Par un avenant du 16 juin 1997, les parties se sont accordées pour modifier le montant du loyer à cette somme et pour stipuler une clause selon laquelle le loyer annuel ne pourra être inférieur à 1, 50 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé dans les locaux entre les 1^{er} janvier et 31 décembre de chaque année.

Par avenant du 11 janvier 2001, le montant du loyer minimum garanti annuel a été arrêté à la somme de 1 500 000 francs (226 673,53 euros) à compter du 9 octobre 2000 et les parties ont maintenu la clause précitée.

Concernant le deuxième renouvellement, par avenant du 30 juin 2003, les parties se sont accordées sur le principe et les conditions du renouvellement du bail pour une durée de 12 ans à compter du 1^{er} avril 2003.

Après avoir exposé un historique de relations contractuelles entre les parties, notamment des renouvellements et au paragraphe IX de la fixation judiciaire intervenue pour le premier renouvellement, la clause relative au loyer est ainsi rédigée :

« Le présent renouvellement du bail est consenti et accepté moyennant un loyer annuel minimum garanti, hors taxes et hors charges, de 247 623,30 euros, valeur indice national du coût de la construction publié par l'INSEE pour le 2^{ème} trimestre 2002 (soit 1163) à compter du 1^{er} avril 2003.

Ce loyer ne pourra être inférieur à un montant correspondant à 1, 50 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé par le preneur dans les locaux entre les 1^{er} janvier et 31 décembre de chaque année. »

Le présent pourvoi concerne le troisième renouvellement : les parties se sont mises d'accord sur son principe mais pas sur ses conditions.

Le 24 mars 2015, la locataire a sollicité le renouvellement du bail à compter du 1^{er} avril 2015 pour une durée de 12 ans.

Le 23 juin 2015, la bailleuse a accepté le principe du renouvellement mais à un loyer fixé à la somme de 800 000 euros par an.

Par mémoire préalable du 29 mars 2017, la bailleresse a sollicité la fixation du prix du bail renouvelé à 800 000 euros par an aux motifs que le bail expiré avait été conclu pour une durée de 12 ans et que, dès lors, le loyer n'était pas plafonné et qu'il devait être fixé à la valeur locative.

A défaut d'accord, par acte du 18 octobre 2018, elle a assigné la locataire devant le juge des loyers commerciaux du tribunal de grande instance en fixation du prix du loyer renouvelé.

Par mémoire en réponse du 30 novembre 2018, la locataire a sollicité une fixation du prix du bail renouvelé à la somme de 545 000 euros et l'étalement de la hausse du déplaçonnement.

Puis, par mémoire notifié le 11 avril 2019, la locataire a soulevé, à titre principal, l'incompétence du juge des loyers commerciaux au motif que le loyer litigieux est un loyer binaire, comprenant une partie fixe et une partie variable, qui échappe aux dispositions des articles L. 145-1 et suivants du code de commerce et n'est régie que par la convention des parties, et a sollicité, en conséquence, l'irrecevabilité de la demande de « révision » du loyer sur renouvellement formée par la bailleresse.

Par jugement contradictoire du 9 octobre 2019, le juge des loyers a :

- Dit que le moyen de défense soulevé par la SAS Monoprix Exploitation tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge des loyers commerciaux en matière de loyer binaire n'est pas une exception de compétence mais **une fin de non-recevoir** pouvant en application de l'article 123 du code de procédure civile être soulevée en tout état de cause ;
- Déclaré cette fin de non-recevoir recevable en l'espèce, le principe de l'estoppel ne pouvant trouver matière à s'appliquer ;
- Vu l'avenant au bail du 30 juin 2003 et le loyer binaire stipulé, et vu l'absence de clause du dit avenant relative à un recours au juge pour fixer le loyer du renouvellement, a **déclaré irrecevable la demande judiciaire de fixation du loyer sur renouvellement au 1^{er} avril 2015 formée par la bailleresse.**

Par arrêt du 24 février 2022, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a confirmé le jugement.

La bailleresse a formé un pourvoi le 17 mai 2022. Elle a déposé un mémoire ampliatif le 19 février 2022 aux termes duquel elle sollicite la somme de 4 000 euros au titre de ses frais irrépétibles. Elle a déposé un mémoire complémentaire en réponse le 23 mars 2023.

La locataire a déposé un mémoire en défense le 18 novembre 2022 et un mémoire complémentaire le 2 mai 2023. Elle sollicite la somme de 5 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen

La bailleresse fait grief à l'arrêt de dire que le moyen de défense soulevé par la locataire tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge des loyers commerciaux en matière de loyer binaire n'est pas une exception d'incompétence mais une fin de non-recevoir pouvant être soulevée en tout état de cause, d'exclure le principe de l'estoppel, de déclarer cette fin de non-recevoir recevable et de déclarer irrecevable sa demande de fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé au 1^{er} avril 2015, alors :

première branche

« que le principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui s'oppose à ce que le preneur soulève le défaut de pouvoir juridictionnel du juge pour fixer le montant du loyer du bail renouvelé, en présence d'un loyer prétendument binaire, après lui avoir demandé de fixer le montant du loyer du bail renouvelé ; qu'en considérant, pour décider le contraire et écarter l'estoppel, que le défaut de pouvoir juridictionnel du juge s'analysait non en une exception d'incompétence mais en une fin de non-recevoir qui pouvait être soulevé en tout état de cause, la cour d'appel a violé le principe susvisé, ensemble l'article 122 du code de procédure civile ; »

deuxième branche

« qu'il n'est plus permis de se prévaloir à tout moment d'une fin de non-recevoir à laquelle on a renoncé à un stade antérieur du procès ; qu'il s'ensuit que le preneur, en demandant au juge des loyers commerciaux de fixer le loyer des baux commerciaux, a nécessairement renoncé à la fin de non-recevoir tirée du défaut de pouvoir juridictionnel pour en fixer le montant, en présence d'un loyer binaire ; qu'en se bornant à énoncer que le défaut de pouvoir juridictionnel du juge constitue non une exception d'incompétence mais une fin de non-recevoir invocable en tout état de cause, au lieu de rechercher si le preneur n'y avait pas renoncé en demandant au juge des loyers commerciaux par un premier mémoire de fixer le montant du loyer du bail renouvelé, la cour d'appel a déduit un motif inopérant, en violation des articles 122 et 123 du code de procédure civile, ensemble l'ancien article 1134 du code civil. »

Second moyen

La bailleresse fait grief à l'arrêt de, vu l'absence de clause dans l'avenant du 30 juin 2003 au bail commercial, et le loyer binaire qui y était stipulé, déclarer irrecevable la demande judiciaire de fixation du loyer sur renouvellement au 1^{er} avril 2015 formée par la bailleresse à l'encontre de la locataire, alors :

première branche

« que le loyer commercial dont le montant est arrêté à une somme fixe, constitue un loyer unitaire et non binaire, quand même serait stipulé, en faveur du bailleur, un minimum de loyer garanti appuyé sur un pourcentage du chiffre d'affaires du preneur ; qu'en ayant jugé que le loyer prévu dans le bail commercial conclu entre la SCI Nice Cimiez et la société Monoprix Exploitation, était binaire et non unitaire, par cela seulement qu'il comportait un minimum garanti fixé en fonction du chiffre d'affaires de la preneuse, la cour d'appel a violé l'article 1134 ancien du code civil ; »

==> Proposition de rejet non spécialement motivé :

Le grief est manifestement infondé et en tout état de cause inopérant.

Le présent pourvoi concerne un bail commercial dans un centre commercial assorti d'une clause par laquelle les parties ont convenu d'un loyer dont le montant est fonction notamment du pourcentage du chiffre d'affaire du locataire.

Or, il n'existe **aucune définition légale ou jurisprudentielle d'un loyer dit « variable »** ou assorti d'une clause-recette.

Dans la pratique on peut distinguer le loyer « unitaire », tel que le « loyer variable pur » intégralement fonction du chiffre **d'affaire, du loyer à deux composantes** : d'une part, une partie fixe, correspondant à un certain montant, généralement indexé, et d'autre part, une partie variable, correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires du locataire.

On peut relever que la doctrine **qualifie un tel loyer de « binaire »**, que son mode de détermination soit **alternatif** - quand est retenue la plus élevée des deux composantes comme loyer plancher - ou **additionnel** lorsqu'est ajouté le variable au minimum garanti, lorsque le variable le dépasse¹.

¹ [J-D Barbier, «Loyers variables : les fissurations de l'édifice », Administrer, février 2020, n° 539, p. 14](#)

Lorsque la Cour de cassation utilise la qualification de « loyer binaire »², elle ne distingue pas selon qu'il s'agisse d'un loyer alternatif ou additionnel.

En l'espèce, par motifs adoptés, la cour d'appel a relevé que la clause relative au loyer dans le dernier avenant de renouvellement, qui date du 30 juin 2003 pour un renouvellement de 12 ans à compter du 1^{er} avril 2003, est ainsi rédigée :

« Le présent renouvellement du bail est consenti et accepté **moyennant un loyer annuel minimum garanti**, hors taxes et hors charges, de 247 623,30 euros, valeur indice national du coût de la construction publié par l'INSEE pour le 2^{ème} trimestre 2002 (soit 1163) à compter du 1^{er} avril 2003. **Ce loyer ne pourra être inférieur à un montant correspondant à 1, 50 % du chiffre d'affaires hors taxes** réalisé par le preneur dans les locaux entre les 1^{er} janvier et 31 décembre de chaque année. »

Par motifs propres, la cour d'appel a relevé que cet avenant précise que « par avenant du 11 janvier 2001, le **montant du loyer minimum garanti annuel hors charges et hors taxes a été arrêté à la somme de 1 500 000 francs (226 673,53 euros)** à compter du 9 octobre 2000... **le loyer annuel ne peut être inférieur à un montant correspondant à 1, 50% du chiffre d'affaires** hors taxes réalisé dans les locaux entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de chaque année... ».

Force est de constater que la clause prévoit bien deux composantes : une partie fixe correspondant à un certain montant indexé, et une partie variable, correspondant à pourcentage du chiffre d'affaires du locataire.

La cour d'appel a donc pu en déduire que « la stipulation selon laquelle le loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer variable calculé sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires constitue un loyer binaire » sans méconnaître l'article 1134 du code civil.

En tout état de cause, **le grief est inopérant**, dès lors que la jurisprudence, sur laquelle le mémoire ampliatif demande à la Cour de cassation d'évoluer, a été appliquée aussi bien à des loyers variables purs³ qu'à des loyers variables

²[3° civ., 9 septembre 2014 n°13-14.448](#) ; [3e Civ., 29 avril 2002, pourvoi n° 01-01.810](#)

³[3e Civ., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-02.943](#)

additionnels⁴ **ou alternatifs**⁵, sans distinction dès lors que le prix du loyer « **comprend une partie fixe et une partie constituée par un pourcentage sur le chiffre d'affaires** »⁶.

Ainsi, la qualification de la clause prévoyant un loyer fixé à un certain montant ne pouvant être inférieur à un minimum fixé à un pourcentage du chiffre d'affaire est sans emport au regard de la jurisprudence dès lors que cette clause comprend bien au sens de cette jurisprudence « une partie fixe et une partie constituée par un pourcentage sur le chiffre d'affaires ».

deuxième branche

« que les juges du fond ne peuvent dénaturer les clauses d'un bail commercial ; qu'en ayant jugé que la clause de loyer litigieuse prévoyait « un supplément variable en fonction d'un chiffre d'affaires » de la société Monoprix Exploitation, quand le contrat ne prévoyait rien de tel, mais seulement un minimum de loyer garanti fixé en fonction du chiffre d'affaires de la preneuse, la cour d'appel a dénaturé la clause de loyer stipulée dans l'avenant du 30 juin 2003, en méconnaissance du principe selon lequel le juge ne peut dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; »

==> Proposition de rejet non spécialement motivé :

Le moyen n'est manifestement pas fondé. La cour d'appel n'a pas dénaturé la clause du loyer variable précitée en retenant que les parties avaient recouru à un « loyer composé d'une partie fixe et d'un supplément variable en fonction du chiffre d'affaires ». En effet, si le montant de la partie fixe est inférieur à un certain pourcentage annuel du chiffre d'affaires, celui-ci a bien vocation à être complété pour atteindre le minimum fixé en fonction du pourcentage du chiffre d'affaires de sorte que la cour d'appel a pu, sans dénaturation, analyser la clause de cette manière.

En tout état de cause, pour les mêmes raisons que celles développées au soutien de la proposition de rejet non spécialement motivé pour la première branche, **le grief est inopérant.**

⁴ [3^e civ., 10 mars 1993 n° 91-13.418, Bull 30](#) ; [3e Civ., 7 mars 2001, pourvoi n° 99-17.055, Bull 29](#) ; [3e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull 94](#)

⁵ [3^e civ., 2 octobre 1984 n° 82-13.757, Bull 156](#) ; et [3^e civ., 15 mai 1991 n° 89-20.847, Bull137](#) ; [3e Civ., 27 janvier 1999, pourvoi n° 97-13.366, Bull 22,](#)

⁶ [3^e civ., 13 janvier 1988 n° 86-16.978, Bull 10](#)

troisième branche

« subsidiairement, la stipulation d'un loyer binaire n'est nullement incompatible avec les règles statutaires relatives au statut des baux commerciaux ; qu'en ayant posé le contraire, pour refuser de fixer à la valeur locative le loyer du bail renouvelé, la cour d'appel a violé l'article L. 145-33 du code de commerce ; »

quatrième branche

« que, subsidiairement, le droit d'accès au juge impose que les parties à un bail commercial comportant un loyer binaire, puissent saisir le juge des loyers en cas de contestation, quand même le bail ne prévoirait pas une telle possibilité ; qu'en ayant jugé le contraire, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme »

cinquième branche

« que, subsidiairement, le droit d'accès au juge impose que les parties à un bail commercial comportant un loyer binaire, puissent saisir le juge des loyers en cas de contestation, quand même le bail ne prévoirait pas une telle possibilité ; qu'en ayant jugé que l'impossibilité de saisir le juge des loyers commerciaux ne caractérisait aucune violation du droit d'accès au juge, dès lors que les parties pouvaient prévoir, dans le bail commercial, la possibilité de saisir le juge des loyers, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; »

sixième branche

« que l'irrecevabilité d'une demande motivée par l'impossibilité de saisir le juge des loyers commerciaux consacre bien une absence d'accès au juge ; qu'en ayant énoncé que la société Nice Cimiez avait bien eu accès au juge des loyers, car celui-ci avait déclaré sa demande irrecevable, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; »

septième branche

« le juge des loyers est exclusivement compétent pour fixer le montant du loyer du bail commercial renouvelé ; qu'en ayant estimé que la société Nice Cimiez avait conservé un droit d'accès au juge, car elle pouvait saisir le tribunal judiciaire de sa contestation, quand le juge des loyers commerciaux a une compétence exclusive d'ordre public, la cour d'appel a violé l'article R. 145-23 du code de commerce, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; »

huitième branche

« que subsidiairement, les parties peuvent décider de saisir le juge des loyers et renoncer ainsi tacitement à la règle jurisprudentielle leur interdisant de le faire, dès lors qu'aucune clause du bail n'a prévu la saisine de ce juge ; qu'en ayant jugé que tel n'était pas le cas en l'espèce, quand les parties avaient déjà saisi le juge des loyers commerciaux, ce qui avait abouti à un jugement du 7 juin 1996 et que cette modalité de fixation du loyer avait été rappelée dans chacun des avenants du bail commercial, la cour d'appel a violé les articles 1134 ancien du code civil et L. 145-33 du code de commerce. »

neuvième branche

« que les juges du fond ne peuvent dénaturer les termes d'un avenant à un bail commercial ; qu'en ayant énoncé que l'avenant du 21 juillet 1998 visait le principe d'un loyer binaire, quand cette convention ne précisait rien de tel, la cour d'appel a méconnu le principe selon lequel le juge ne peut dénaturer les documents de la cause. »

==> Proposition de rejet non spécialement motivé : Le grief est inopérant comme critiquant un motif surabondant.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi invite la troisième chambre civile à revirer totalement sur sa jurisprudence cinquantenaire dite « Théâtre Saint-Georges » en étendant la jurisprudence dite « Marveine » même en l'absence de clause stipulée au bail commercial pour prévoir la fixation par le juge des loyers commerciaux de la partie fixe d'un loyer comprenant une part variable.

Ce pourvoi soulève, directement et indirectement, d'importantes questions, ce pourquoi il fait l'objet d'un circuit approfondi.

Comme nous le verrons dans le rapport, la jurisprudence a apporté des réponses aux questions suivantes, réponses qui ont pu évoluer dans le temps :

- Est-ce que la stipulation d'un loyer comprenant une part variable est compatible avec les règles statutaires relatives au statut des baux commerciaux et en particulier avec les règles relatives à la fixation du prix du bail révisé et renouvelé ?
- Est-ce que la jurisprudence dite Théâtre Saint-Georges a instauré **une exception d'incompétence, une fin de non-recevoir** ou a-t-elle consacré **une défense au fond** en vertu de laquelle le juge des loyers commerciaux, compétent pour statuer sur une demande de fixation du prix du bail renouvelé, devrait, statuant au fond, la

rejeter en l'absence de clause prévoyant que les parties se sont entendues sur une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé ?

Le pourvoi pose aussi des questions sous un angle inédit :

- Est-ce qu'en présence d'un désaccord sur le prix du bail renouvelé d'un loyer comprenant une part variable, **les parties peuvent saisir le tribunal judiciaire, comme l'affirme la cour d'appel, ou est-ce que le juge des loyers commerciaux a une compétence exclusive d'ordre public** pour statuer sur toutes les contestations afférentes à la fixation du prix du bail renouvelé même en présence d'un loyer binaire sans clause prévoyant sa saisine ?

- Est-ce que le **droit d'accès au juge au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme** impose que les parties à un bail commercial stipulant un loyer comprenant une part variable puissent, à défaut d'accord, faire fixer judiciairement le prix du bail renouvelé par le juge des loyers commerciaux, quand bien même le bail ne prévoirait pas expressément une telle possibilité ? **Existe-t-il un droit des parties à bail commercial à voir fixer judiciairement le prix du bail renouvelé ?**

- En d'autres mots, faut-il abandonner la jurisprudence dite Théâtre Saint-Georges et **étendre la jurisprudence dite Marveine même en l'absence de clause au bail prévoyant expressément le recours au juge des loyers commerciaux ? Est-ce que dans cette hypothèse, une volonté commune des parties de voir fixer judiciairement le prix du bail renouvelé pourrait être démontrée ou est-ce qu'elle doit est présumée exclue ?**

Nous conduisant à nous interroger sur l'office du juge des loyers commerciaux face à un loyer comprenant une part variable, le pourvoi pose indirectement les questions suivantes :

Alors que les parties n'ont pas prévu expressément que le juge des loyers commerciaux puisse fixer la partie fixe du loyer binaire à la valeur locative, peut-il la fixer judiciairement ? Le cas échéant selon quelles modalités doit-il la fixer ? Doit-il la fixer à la valeur locative ? Et en présence de prévisions contractuelles déterminant une valeur du prix du bail renouvelé selon d'autres critères que la valeur locative, entre-il dans les pouvoirs du juge des loyers commerciaux de fixer le prix du bail renouvelé en fonction des prévisions contractuelles ? En d'autres mots, les critères de la valeur locative prévus par l'article 145-33 du code de commerce sont-ils d'ordre public ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Pour éclairer la réflexion sur ces questions d'importance qui ont trait *in fine* à **l'office du juge des loyers commerciaux**, il apparaît essentiel, dans un premier temps, de rappeler **les caractéristiques spécifiques au régime des baux commerciaux** (I) en particulier le rôle du juge des loyers commerciaux dans la fixation du prix du loyer révisé ou renouvelé (A) et la tension qui anime tout le droit des baux commerciaux entre le principe de la liberté contractuelle et l'ordre public (B).

Puis, dans un deuxième temps, de mettre en perspective **l'équilibre actuel entre l'ordre public et la liberté contractuelle aux différentes étapes de vie du loyer** (II), lors de sa fixation initiale (A), en cours de bail avec sa révision (B) et lors de son renouvellement (C), en différenciant selon que les parties ont stipulé ou non un loyer comprenant une part variable.

____ Ensuite, dans un troisième temps, nous nous intéresserons à **l'office du juge des loyers commerciaux en présence d'un bail stipulant d'un loyer comprenant une part variable** (III). Nous verrons qu'après leur éviction du statut avec la jurisprudence dite Théâtre Saint-Georges dont nous exposerons les fondements (A), un premier coup d'arrêt à l'éviction du statut a été apporté à la jurisprudence (B) avant que la jurisprudence dite Marveine, dont nous exposerons quelques réactions doctrinales, admette un recours contractuel au juge pour fixer la partie fixe à la valeur locative d'un loyer binaire (C). Finalement, nous mettrons à jours **trois questions qui restent en suspens sur l'office du juge des loyers commerciaux** dans la suite de la jurisprudence dite Marveine (D).

Enfin, le présent pourvoi nous invitant à étendre la solution consacrée par la jurisprudence dite Marveine même dans l'hypothèse où les parties ne se sont pas ménagées une clause prévoyant le recours au juge des loyers commerciaux, soutenant notamment que seule cette solution serait conforme au droit européen, nous nous intéresserons **au droit d'accès au tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme** (IV), exposant son champ d'application (A), ses limites (B) et la possibilité d'y renoncer (C).

Pour conclure, la bailleresse reprochant à la cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable sa demande après avoir qualifié le défaut de pouvoir juridictionnel opposé par la locataire de fin de non-recevoir pour écarter un estoppel, nous étudierons **les exceptions d'incompétence, fins de non-recevoir et défense au fond au regard du principe de l'estoppel** (V), en rappelant le domaine d'application de la fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui (A), la distinction entre fin de non-recevoir et

incompétence (B) et la qualification de défense au fond (C) avant de voir dans quel sens s'est déjà prononcée la jurisprudence lorsqu'elle exclut l'intervention du juge des loyers commerciaux pour la fixation du prix d'un bail renouvelé stipulant une clause de loyer variable (D).

Si nous exposerons quelques positions doctrinales, nous renvoyons à la note très complète réalisée par le service de documentation, des études et du rapport (SDER) sur la doctrine⁷.

I. UN STATUT LÉGAL ET DES JURIDICTIONS SPÉCIFIQUES AUX BAUX COMMERCIAUX

A. Rôle du juge des loyers commerciaux dans la fixation du prix du loyer révisé ou renouvelé

Le présent pourvoi posant la question de la juridiction compétente pour connaître d'un contentieux afférent aux baux commerciaux, il apparaît utile d'exposer quelques éléments sur la répartition des compétences en la matière.

Cet exposé ne se veut pas exhaustif, en ce que ne seront pas abordées la compétence de certains juges qui peuvent avoir à connaître, dans le champ de leurs pouvoirs, de contentieux relevant des baux commerciaux, tels le juge des référés, le juge-commissaire ou le juge de l'exécution. Nous ne retracerons pas non plus l'évolution historique qui a conduit à évincer la compétence de feu le tribunal d'instance par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998.

Actuellement, les litiges portant sur un bail commercial se répartissent entre :

- le président du tribunal judiciaire (dénommé dans la pratique et ci-après **le juge des loyers commerciaux**) qui a une **compétence d'attribution pour les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé** ;

- le tribunal judiciaire⁸ statuant au titre de sa compétence exclusive pour **l'application des dispositions relatives au statut des baux commerciaux et à titre accessoire sur les contestations afférentes à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé** ;

⁷ Nb: La note a été communiquée aux parties, mais n'est pas jointe pour la publication du rapport

⁸ dénommé tribunal de grande instance avant la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020

- le **tribunal judiciaire statuant au titre de sa compétence de droit commun ou le tribunal de commerce**⁹ pour les litiges ne portant ni sur l'application des dispositions relatives au statut des baux commerciaux ni sur la fixation du loyer.

L'article R. 211-3-26 du code de l'organisation judiciaire donne **compétence exclusive** au tribunal judiciaire pour les « **11° Baux commerciaux à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, baux professionnels et conventions d'occupation précaire en matière commerciale** ».

Cet article est rédigé dans les mêmes termes que l'ancien article R. 211-4 du code de l'organisation judiciaire introduit par le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 suite à sa modification par le décret n° 2009-1693 du 29 décembre 2009 relatif à la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance.

Pour déterminer la compétence exclusive du tribunal de grande instance en matière de bail commercial, la jurisprudence a posé un critère de distinction : seuls les litiges portant sur **l'application des dispositions relatives au statut des baux commerciaux relèvent de la compétence exclusive du tribunal de grande instance**¹⁰. Une partie de la doctrine¹¹ critique le maintien par la troisième chambre civile de sa jurisprudence¹² admettant la compétence du tribunal de commerce pour statuer sur des litiges afférents aux baux commerciaux lorsqu'une règle statutaire n'est pas en cause, arguant que le législateur a expressément prévu que le tribunal judiciaire a compétence pour statuer sur les « baux commerciaux » sans référence aux articles L. 145-1 et suivants du code de commerce.

⁹ en vertu de l'article L. 721-3 du code de commerce, lorsque le bailleur et le locataire sont tous deux commerçants, [3° Civ., 18 mars 1974, pourvoi n° 73-10.144, Bull 13](#) ; [Com., 21 janvier 2004, pourvoi n° 02-12.711](#) ; [Com., 27 octobre 2009, n° 08-18.004, Bull 13](#) et [Com., 27 octobre 2009, pourvoi n° 08-18.004, Bull 137](#) ; [3e Civ., 10 mars 2015, pourvoi n° 14-10.339](#) ; [3e Civ., 11 avril 2019, pourvoi n° 18-16.061](#)

¹⁰ [3° Civ., 18 mars 1974, pourvoi n° 73-10.144, Bull 130](#) ; [3e Civ., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-18.444](#) pour la fixation de l'indemnité d'occupation statutaire sur le fondement de l'article L. 145-28 du code de commerce ;

¹¹ C. Denizot et A. de Galember, « Nouvelles règles de compétence en matière de baux commerciaux », AJDI 2008, p. 641, M.-P. Dumont-Lefrand, Répertoire de droit commercial : Bail commercial, actualisé en mars 2023, n°496 ; C. Denizot et A. de Galember « Clarification des règles de compétence en matière de baux commerciaux », AJDI 2010, p 121 ; C. Denizot, Dalloz Action, Droit et pratique des baux commerciaux 2021/2022, n°313.11, :

¹² [3e Civ., 11 avril 2019, pourvoi n° 18-16.061](#) ; [3e Civ., 13 octobre 2021, pourvoi n° 20-18.333](#)

Concernant la compétence d'attribution du juge des loyers commerciaux, selon l'article R. 145-23 du code de commerce :

« Les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé sont portées, quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace. Il est statué sur mémoire.

Les autres contestations sont portées devant le tribunal judiciaire qui peut, accessoirement, se prononcer sur les demandes mentionnées à l'alinéa précédent.

La juridiction territorialement compétente est celle du lieu de la situation de l'immeuble. »

Ainsi, **le juge des loyers commerciaux ne peut pas statuer sur les demandes étrangères à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé**, telles les demandes portant sur la durée du bail renouvelé, la fixation de l'indemnité d'éviction ou de l'indemnité d'occupation. D'une manière générale, il ne peut connaître des litiges relatifs à l'application du statut. A l'inverse, le tribunal judiciaire peut être saisi, à titre **accessoire**, d'une demande de fixation du loyer¹³ et, dans ce cas, c'est la procédure contentieuse devant cette juridiction qui est applicable et non la procédure spéciale sur mémoire en vigueur devant le seul juge des loyers commerciaux.¹⁴ Ainsi, la notification du mémoire préalable n'interrompt la prescription que lorsque la contestation relative à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé est portée devant le juge des loyers commerciaux¹⁵.

Le juge des loyers, en raison de sa compétence d'attribution spéciale d'interprétation stricte, doit s'en tenir à « fixer » le montant du loyer du bail et n'a pas le pouvoir de « condamner » une partie au paiement des loyers. **Cette solution se justifie au regard de la particularité de l'office du juge des loyers commerciaux et a été réaffirmée avec force récemment** : le juge des loyers commerciaux n'a ni le pouvoir de « condamner » une partie en répétition de l'indu¹⁶ ni celui de fixer l'échancier de la hausse de l'étalement du déplafonnement¹⁷, et la

¹³ [3e Civ., 12 mars 1985, pourvoi n° 83-11.331, Bull 49](#)

¹⁴ [3e Civ., 27 novembre 2002, pourvoi n°01-12.775, Bull 240](#) ; [3e Civ., 23 mai 2013, pourvoi n°12-14.009, Bull 61](#)

¹⁵ [3e Civ., 25 janvier 2023, pourvoi n° 21-20.009, publié](#)

¹⁶ [3e Civ., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-21.689, 20-21.651, 20-21.652, publié](#) ;

¹⁷ [3e Civ., 25 janvier 2023, pourvoi n° 21-21.943, publié](#)

cour d'appel qui statue en appel du juge des loyers commerciaux ne peut statuer que dans les limites des pouvoirs de celui-ci.

Outre sa compétence pour statuer sur une action en fixation du loyer du bail révisé ou renouvelé (ce qui inclut la fixation du loyer provisionnel pendant la durée de l'instance en fixation du loyer en application de l'article L. 145-57 du code de commerce), le juge des loyers commerciaux est compétent pour statuer sur une demande en :

- révision et adaptation du loyer par une clause d'échelle mobile (article R. 145-22 du code de commerce) ;
- réajustement du loyer principal en cas de sous-location (C. com. art. L. 145-31)¹⁸ ;
- fixation du loyer dans le cas du logement du commerçant dans un local de substitution ou dans l'immeuble reconstruit, après démolition des locaux loués (article L. 145-17, L. 145-18, L. 145-19 et L. 145-20 du code de commerce).

À cette distinction quant aux compétences matérielles des juridictions, s'ajoute également des distinctions quand aux compétences territoriales.

En effet, la compétence territoriale du tribunal de grande instance est différente selon qu'il statue en tant que juridiction de droit commun (domicile du défendeur en application des règles du code de procédure civile¹⁹) **ou dans le cadre de sa compétence exclusive** (situation de l'immeuble donné à bail commercial en application du dernier alinéa de l'article R. 145-23 du code de commerce²⁰, tout comme pour la compétence du juge des loyers commerciaux).

Par ailleurs, la loi du 23 mars 2019 est venue renforcer le phénomène de spécialisation déjà amorcé du temps des tribunaux de grande instance, le nouvel article L. 211-9-3 du code de l'organisation judiciaire permettant aux chefs de cour de désigner un tribunal compétent pour l'ensemble d'un département. En

¹⁸ [3e Civ., 7 février 2007, pourvoi n° 05-20.252, Bull 19](#) ; [3e Civ., 9 juillet 2020, pourvoi n° 19-16.290](#)

¹⁹ L'article 42 du code de procédure civile pose le principe suivant lequel la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, **celle du lieu où demeure le défendeur**. S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux. En matière d'action en responsabilité civile, l'article 46 du code de procédure civile offre au demandeur une option, tant en matière contractuelle que délictuelle, en lui permettant de saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu de livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service en matière contractuelle et la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi en matière délictuelle.

²⁰ [3e Civ., 13 octobre 2021, pourvoi n° 20-18.333](#)

application de l'article R. 211-4 I 2° du code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction issue de l'article 3 du décret n°2019-912 du 30 août 2019, **les tribunaux judiciaires spécialement désignés connaissent seuls « des actions relatives aux baux commerciaux** fondées sur les articles L. 145-1 à L. 145-60 du code de commerce ».

Cette différence rédactionnelle entre l'article R. 211-4, 2° du code de l'organisation judiciaire (compétence des tribunaux judiciaires spécialisés territorialement) et l'article R. 211-3-26 du même code (compétence des tribunaux judiciaire non spécialisés territorialement) traduit-elle une différence de compétence ? Pour certains auteurs²¹, le décret du 30 août 2019 a simplement consacré la jurisprudence susvisée de la Cour de cassation en attribuant compétence exclusive aux tribunaux judiciaires pour les seuls litiges fondés sur le statut des baux commerciaux, non pour ceux fondés sur le droit commun. D'autres²² observent que la compétence des tribunaux judiciaires spécialisés territorialement est plus restreinte en ce qu'elle ne concerne pas les baux professionnels et les conventions d'occupation précaire en matière commerciale. Finalement, la doctrine majoritaire considère que dans l'hypothèse de la désignation d'un tribunal spécialisé territorialement, le juge des loyers de ce même tribunal sera parallèlement compétent pour les contestations qui le concernent, au sens de l'article R. 145-23 du code de commerce²³.

La Cour de cassation n'a pas eu encore à se prononcer sur cette question, qui, pour l'instant, ne concerne en pratique qu'une seule cour d'appel, celle de Pau, pour laquelle le tribunal judiciaire de Dax a été spécialement désigné pour le département des Landes²⁴.

²¹ J.-D. Barbier, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, V° Bail à loyer – Fasc. 1300 : Bail commercial. - Compétence, mis à jour le 19 mai 2023, n°2 ;

²² J-P Blatter, *Traité des baux commerciaux*, 7ème édition, 2022, n°1805, p. 1008

²³ Code des baux Dalloz 2023 commenté, commentaire sous l'article R. 145-23 du code de commerce, p. 1201, « A priori, les actions en fixation du loyer révisé ou renouvelé sont bien concernées par cette concentration car elles relèvent des articles L. 145-33 et suivants du code de commerce. Mais il est entendu que ces contentieux relèveront, non pas du tribunal judiciaire désigné, mais bien de son président ou du juge auquel il déléguera cette compétence. » ; J-Y David et A. Confino « Bail commercial – Pièges et difficultés de la procédure », *Loyers et copr.* avril 2023 n°4, p. 7

²⁴ Par le décret n°2021-1822 du 27 décembre 2021 modifiant la liste des tribunaux judiciaires à compétence départementale désignés sur le fondement de l'article L. 211-9-3 du code de l'organisation judiciaire qui a complété le tableau IV-IV annexé au code de l'organisation judiciaire.

B. Caractère d'ordre public ou supplétif de la volonté des règles relatives au statut : une liberté contractuelle de principe encadrée par un ordre public de protection

En matière de baux commerciaux, le principe demeure celui de **la liberté contractuelle**²⁵, **laquelle est garantie par l'article 4 de la déclaration de 1789 et est pleinement consacrée par le Conseil Constitutionnel**²⁶ qui rappelle que s'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi, et, d'autre part, que toute atteinte aux contrats légalement conclus soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant.

Elle est désormais expressément consacrée dans le code civil à l'article 1102 :
« **Chacun est libre de contracter** ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et **de déterminer le contenu** et la forme **du contrat** dans les limites fixées par la loi. **La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.** »

La liberté contractuelle en bail commercial est ainsi limitée par les règles du statut lorsqu'elles sont d'ordre public, ce qui ne concerne pas toutes les règles statutaires.

L'article L. 145-15 du code de commerce interdit et répute non écrites les dispositions ayant pour effet de faire échec au droit au renouvellement, lequel est protégé par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁷, **et affirme le caractère d'ordre public de certains textes qu'il énumère :**

- **l'article L. 145-4** (durée du bail commercial, la loi Pinel ayant consacré le caractère d'ordre public de la faculté du locataire de résiliation triennale sauf pour certaines catégories de baux commerciaux, dont les baux portant sur des locaux monovalents) ;

- **les articles L. 145-37 à L. 145-39**²⁸ (révision triennale du loyer) ;

²⁵ J. Lafond, B. Vial-Pedroletti, F. Kenderian, E. Chavance, Code des baux, Lexis Nexis, « La donnée de base est la liberté contractuelle ».

²⁶ [Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013](#)

²⁷ [3e Civ., 11 mars 2021, pourvoi n° 20-13.639, publié](#)

²⁸ [3e Civ., 29 mars 1995, pourvoi n° 92-21.451](#) ; [3e Civ., 30 mai 2001, pourvoi n° 99-18.178, Bull 72](#) ; [3e Civ., 12 janvier 2022, pourvoi n° 21-11.169 publié](#) ;

- l'article L. 145-39²⁹ (réglementation de la clause d'indexation) ;
- l'article L. 145-40 (intérêts des loyers payés d'avance et dépôt de garantie) ;
- l'article L. 145-40-1 et L. 145-40-2 instaurés par la loi Pinel (état des lieux et réparations locatives) ;
- l'article L. 145-41 et le premier alinéa de l'article L. 145-42 (clause résolutoire) ;
- les articles L. 145-47 à L. 145-54³⁰ (despécialisation).

La loi Pinel a substitué à la sanction de la nullité celle du réputé non écrit, ce qui a renforcé l'ordre public en matière de baux commerciaux dès lors que l'action tendant à voir réputer non écrite une clause du bail commercial n'est pas soumise à prescription³¹ et peut être intentée pour tout bail en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi Pinel³², alors qu'auparavant, une clause contraire à l'ordre public pouvait recevoir application en cas de prescription de l'action en nullité.

Cette liste n'est pas limitative. Ainsi, d'autres textes prévoient expressément des dispositions d'ordre public tel que l'article L. 145-16 du code de commerce ou l'article L. 112-1 du code monétaire et financier.

Surtout, la Cour de cassation a consacré le caractère d'ordre public de certaines dispositions en l'absence de référence expresse. Ainsi, la Cour de cassation a consacré le caractère d'ordre public des dispositions :

- de l'article L. 145-9, alinéa 5, du code de commerce relatives à la forme du congé³³ ;
- de l'article L. 145-46-1 du code de commerce instituant un droit légal de préférence du locataire à bail commercial³⁴ ;
- de l'article L. 145-16-2 relatif à la garantie solidaire³⁵ ;

²⁹ [3e Civ., 30 janvier 2002, pourvoi n° 00-15.202, Bull 21](#) ; [3e Civ., 27 février 2002, pourvoi n° 00-17.902, Bull 53](#),

³⁰ [3e Civ., 19 mai 2004, pourvoi n° 03-11.303, Bull 101](#), ; [3e Civ., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-14.882](#)

³¹ [3e Civ., 19 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.405, publié](#) ;

³² [3e Civ., 16 novembre 2023, pourvoi n° 22-14.091, publié](#)

³³ [Ass. plén., 17 mai 2002, pourvoi n° 00-11.664, Bull 1](#),

³⁴ [3e Civ., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-14.605, Bull 76](#)

³⁵ [3e Civ., 11 avril 2019, pourvoi n° 18-16.121, publié](#)

- de l'article L. 145-7-1³⁶ supprimant la faculté de résiliation triennale pour les baux afférents aux résidences de tourisme ;
- de l'article L. 145-12, alinéa 1er, du code de commerce (la durée du bail renouvelé est de neuf années et un accord des parties pour une durée supérieure à neuf ans ne peut résulter de la durée du bail commercial initial mais doit être exprimée lors de chaque renouvellement³⁷).

Le caractère d'ordre public d'un texte implique qu'il ne peut pas être dérogé à ce texte par des conventions particulières, en particulier des clauses du bail commercial³⁸. A l'inverse, lorsque des dispositions ne sont pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de ne pas les appliquer au moment de la conclusion du bail initial³⁹.

Un droit d'ordre public ne peut faire l'objet d'une renonciation qu'une fois le droit acquis⁴⁰. **Il est incontestable que cette jurisprudence s'applique aux règles**

³⁶ [3e Civ., 9 février 2017, pourvoi n° 16-10.350, Bull 19](#)

³⁷ [3e Civ., 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-02.781, Bull 194](#), ; [3e Civ., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-19.568](#); »

³⁸ **Com. 20 mai 1963, Bull. civ. III, n° 234** Sommaire : « Le droit de révision d'un loyer commercial ne prend pas naissance avec la conclusion d'un bail, et la renonciation à ce droit insérée dans le contrat n'affectant pas un droit acquis, il s'ensuit que la clause par laquelle les parties s'engagent à ne pas demander en cours de bail la révision du prix fixé d'un commun accord pour la durée du contrat est frappée de nullité par l'article 34 du décret du 30 septembre 1953. » ; [3e Civ., 19 décembre 2019, pourvoi n° 18-22.902](#) ; [3e Civ., 28 mai 2020, pourvoi n° 19-14.230](#)

³⁹ [Conseil constitutionnel, décision n°2020-837 QPC du 7 mai 2020](#) ; [3e Civ., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.203, Bull 178](#)

⁴⁰ [3e Civ., 29 octobre 1970, pourvoi n° 69-11.287, Bull 553](#), , [3e Civ., 29 juin 1977, Bull 294](#) : Sommaire : « Une partie peut toujours renoncer, après naissance de son droit, au bénéfice de dispositions légales, seraient-elles d'ordre public. Dès lors que les parties ont accepté postérieurement à la conclusion du bail de donner effet à une clause de ce dernier prévoyant le versement, par le locataire, d'une redevance calculée sur le chiffre d'affaires, il n'y a pas lieu de rechercher si cette clause est contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 27 du décret du 30 septembre 1953 » ; [1re Civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-13.972, Bull 120](#) ; [3e Civ., 19 mai 2004, pourvoi n° 03-11.303, Bull 101](#) ; [3e Civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 05-15.151, Bull 110](#) ; [3e Civ., 30 mars 2017, pourvoi n° 16-13.914, Bull 45](#) ; [3e Civ., 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-19.351](#),

relevant de l'ordre public de protection⁴¹. Il est plus délicat de savoir si elle est également susceptible de s'appliquer à des règles relevant d'un ordre public de direction, la jurisprudence rendue spécifiquement sur cette question étant rare et ancienne⁴².

Une partie de la doctrine estime que le réputé non écrit, qui emprunte son régime à celui de la théorie de l'inexistence, rendrait désormais perpétuellement indisponibles les droits relevant de son champ d'application et insusceptibles de renonciation. La troisième chambre civile ne s'est pas encore prononcée sur ce point.

II. ORDRE PUBLIC ET LIBERTÉ CONTRACTUELLE AUX DIFFÉRENTES ÉTAPES DE VIE DU LOYER

A. Lors de la détermination du prix du bail initial

La **clause de loyer variable**, dite encore **clause-recette ou loyer binaire**, est désignée comme « un loyer financier », **c'est-à-dire d'un loyer détaché en tout ou en partie de la valeur locative**, pour être fixé par des critères qui lui sont totalement étrangers, tels **un pourcentage du chiffre d'affaires du locataire**.

Ce type de loyer a fait son apparition en France avec les premiers centres commerciaux dans les années 1960.

Selon la consultation extérieure sollicitée par le ministère public dans le cadre du circuit approfondi, auprès de F. Maigné-Gaborit, experte en gestion et estimations immobilières près la cour d'appel de Paris, agréée par la Cour de cassation, et versée aux débats le 5 janvier 2024, « les loyers binaires ont été imaginés dans les années 1960 pour accompagner la promotion des premiers centres commerciaux. Il

⁴¹ [3e Civ., 4 mai 2006, pourvoi n° 05-15.151, Bull 110](#), **Sommaire** : « Le droit au renouvellement d'un bail commercial est acquis dès la conclusion de ce bail par le seul effet de la loi et **l'ordre public de protection qui s'attache au statut des baux commerciaux ne fait pas obstacle à une renonciation librement consentie** si celle-ci est postérieure à la naissance de ce droit, peu important que la prise d'effet du bail ait été reportée à une date postérieure à la renonciation. »

⁴² Dans le sens d'une possibilité de renoncer **1re civ., 10 juill. 1962, Bull 357** (en droit patrimonial de la famille), [3e Civ., 27 octobre 1975, pourvoi n° 74-11.656, Bull 310](#), pour la renonciation par transaction à une clause d'indexation, postérieurement en sens inverse : [3e Civ., 7 juillet 1982, pourvoi n° 81-13.361, Bull 176](#) (en matière fiscale), [1re Civ., 3 mars 1993, pourvoi n° 91-10.873, Bull 95](#) (en matière de crédit à la consommation), [Com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-12.012](#) (en matière de procédures collectives)

s'agissait à la fois de rémunérer l'effort d'investissement des promoteurs des centres commerciaux en cas de développement favorable et d'encourager des commerçants réticents à l'égard de cette nouvelle forme de distribution à l'écart des flux de chalandise habituels en leur ménageant un loyer fixe très modéré, la part variable ne leur incombant qu'en cas de succès du centre ». Les loyers binaires sont pratiqués surtout **dans les centres commerciaux**⁴³ et au sein de quelques « **retail-parks** ». Pour l'expert : « On se trouve aujourd'hui très loin de ce pari commun. Avec le succès qu'ont longtemps connu les centres commerciaux, la structure binaire du loyer était imposée aux locataires dans le cadre de baux-type qui s'apparentaient à des contrats d'adhésion. La part fixe historiquement modeste et incitative est devenue si élevée que la part variable ne se déclenche qu'exceptionnellement, pour des enseignes très performantes. La part variable des loyers des centres commerciaux ne représente que 1 à 3% environ de leurs revenus. L'intérêt essentiel du loyer binaire réside aujourd'hui dans la faculté offerte aux bailleurs d'avoir accès aux chiffres d'affaires des locataires, ce qui constitue un outil de gestion précieux. Également et surtout, la financiarisation de l'immobilier de commerce soutient la pratique du loyer variable. Plus que le format du site ou le profil de l'enseigne, c'est le statut des grandes foncières qui exploitent centres commerciaux et grands « retail-parks » qui maintient cette pratique contractuelle. »

On ne trouve dans le code de commerce aucun texte réglementant la clause-recette. **Sa rédaction dépend donc de la seule volonté des parties.** Comme cela a été précédemment exposé, au soutien des propositions de rejet non spécialement motivé, **il n'existe aucune définition légale ou jurisprudentielle d'un tel loyer.**

La Cour de cassation a admis **la validité du loyer variable**, retenant que **le prix d'un bail commercial peut valablement être fixé en fonction du chiffre d'affaires du locataire**⁴⁴ dès lors que la **détermination du loyer initial est, en principe, entièrement laissée à la libre appréciation des parties.**

Dans la pratique et la jurisprudence, on peut distinguer le **loyer variable pur** fixé exclusivement selon le chiffre d'affaires du locataire de la clause de **loyer à deux composantes** : d'une part, une partie fixe, correspondant à un certain montant, généralement indexé, et d'autre part, une partie variable, correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires du locataire. Comme on l'a déjà exposé, le mode de détermination est alors soit **alternatif**, soit **additionnel**.

⁴³ environ 885 centres commerciaux en France qui représentent environ 20 millions de m² (hors grandes surfaces alimentaires) et 40 000 commerces (à rapprocher des 300 000 commerces de détail recensés en France par l'INSEE

⁴⁴ **Com. 18 octobre 1967 n° 64-12.832, Bull 331**, Sommaire : « (...) **Le prix d'un bail commercial peut valablement être fixé en fonction du chiffre d'affaires du locataire.** » ; **3° civ., 2 octobre 1984 n° 82-14.855, Bull 155**, ;

Très rares sont les arrêts concernant un loyer variable pur⁴⁵, la pratique ayant surtout développé un **loyer à deux composantes, comme dans le présent pourvoi**, compte tenu des risques évidents d'un loyer exclusivement variable.

Ce rapport concernera donc essentiellement ce type de loyer à deux composantes.

Généralement, comme l'explique un auteur⁴⁶ « Ce loyer est construit sur la base d'un montant fixe qui constitue un « minimum garanti » pour le bailleur, auquel s'ajoute un loyer complémentaire si le chiffre d'affaires réalisé par le locataire dans les locaux dépasse le seuil de déclenchement. En effet, la part variable du loyer correspond à un pourcentage de ce chiffre d'affaires. **Si son montant dépasse celui du loyer minimum garanti, le surplus sera dû au bailleur au titre de la part variable du loyer.** L'objectif principal de ce type de loyer est de garantir un intéressement du bailleur à la performance commerciale de son preneur tout en le prémunissant des risques inhérents à l'exploitation. »

Au cas d'espèce, selon l'arrêt, le dernier avenant de renouvellement stipule :

« Le présent renouvellement du bail est consenti et accepté **moyennant un loyer annuel minimum garanti**, hors taxes et hors charges, de 247 623,30 euros, valeur indice national du coût de la construction publié par l'INSEE pour le 2^{ème} trimestre 2002 (soit 1163) à compter du 1^{er} avril 2003. **Ce loyer ne pourra être inférieur à un montant correspondant à 1,50 % du chiffre d'affaires hors taxes** réalisé par le preneur dans les locaux entre les 1^{er} janvier et 31 décembre de chaque année. »

Ainsi, les parties ont stipulé, par l'avenant du 30 juin 2003, **un loyer à deux composantes** :

- **une partie fixe**, correspondant à un certain montant (226 673,53 euros), dont il est indiqué qu'elle constitue un « **loyer annuel minimum garanti** » ;

⁴⁵ Selon l'expert « Il est recouru à des baux à loyer dit « full variable » soit sans partie fixe pour encourager de grandes enseignes à forte capacité d'attraction à s'implanter au sein de centres commerciaux pour les lancer ou les redresser, mais cette pratique est exceptionnelle. Ce schéma est généralement limité dans le temps à la première période triennale, exceptionnellement aux deux premières. Les baux prévoient que passé ce délai, le loyer sera fixé à un niveau égal le plus souvent à 90% du loyer effectif de la période en « full variable ». »

⁴⁶ M. Ghiglino, Fixation du loyer de base d'un loyer binaire : recours possible au juge des loyers commerciaux, Dalloz actualité 19 décembre 2018

- **une partie variable** d'un montant correspondant à 1,50% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé dans les locaux entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de chaque année, dont il est indiqué qu'elle constitue un **plancher minimum**.

En l'absence d'accord des parties sur le prix, aucun bail commercial n'est formé et le juge ne peut pas fixer judiciairement le prix du loyer⁴⁷.

L'article L. 135-33 du code de commerce est en principe inapplicable au loyer initial⁴⁸. On peut néanmoins relever une exception tout à fait spécifique relative au prix du bail soumis au statut né du fait du maintien en possession du preneur à l'issue d'un bail dérogatoire, qui résulte du seul effet de l'article L. 145-5 du code de commerce : **si le loyer du nouveau bail est librement fixé par les parties, si celles-ci ne parviennent pas à s'entendre sur son montant**, il n'est pas fixé au montant du loyer du bail dérogatoire expiré mais doit correspondre à la valeur locative⁴⁹

Surtout, le principe de la liberté contractuelle initiale n'est pas sans limite. En effet, certaines dispositions d'ordre public du statut viennent limiter de facto cette liberté, telles les règles de révision légale ou les règles relatives aux clauses d'indexation. En effet, les parties ne peuvent stipuler des clauses contraires à l'ordre public et si le juge des loyers commerciaux n'intervient pas au moment de la fixation initiale du prix du bail, il a vocation, en cas de désaccord des parties, à intervenir en cours du bail dans le cadre de la révision légale du prix du loyer.

⁴⁷ **3^e Civ., 26 Janvier 1972, Bull 64**, Sommaire : « Le prix qui doit être payé par le preneur est un des éléments essentiels du contrat de louage, en vertu de l'article 1709 du code civil. Doit donc être cassé l'arrêt qui, pour admettre l'existence d'un bail, se borne à constater l'accord des parties sur divers éléments du contrat, et retient que le désaccord sur le prix peut être supplée par une fixation judiciaire. »

⁴⁸ 3^e Civ., 23 février 1983, « Mais attendu que l'arrêt énonce exactement sans excéder les termes du litige ni inverser la charge de la preuve, **qu'aucune disposition législative et réglementaire n'interdit aux parties de fixer le montant du loyer initial en fonction de la superficie hors oeuvre des locaux loués** et que la Société Shopping Décor s'est trouvée en conséquence, valablement liée par les stipulations du bail relatives à la fixation du loyer de base ; que par ce seul motif, l'arrêt se trouve légalement justifié de ce chef ; » (validité de la détermination d'un loyer pour des locaux dans un centre commercial selon la méthode dite du « Gross Leasing Area » (GLA) ; 3^e Civ, 17 juin 1987, pourvoi n° 86-11.734 « Mais attendu qu'aucun texte n'exige que les éléments mentionnés aux articles 23 et suivants du décret du 30 septembre 1953 soient portés à la connaissance du locataire lors de la fixation initiale du prix d'un bail commercial ou de celle du prix du bail renouvelé à l'amiable ; »

⁴⁹ **3e Civ., 14 décembre 2005, pourvoi n° 05-12.587, Bull. 246** ; **3e Civ., 5 février 2008, pourvoi n° 06-21.999** «

B. En cours de bail

1. Incidence des règles d'ordre public de protection afférentes à la révision légale et de l'encadrement des clauses d'indexation

Force est de constater que la liberté initiale des parties de fixer le prix du bail se heurte en réalité à une limite temporelle tenant aux règles d'ordre public de la révision légale.

La révision légale des loyers commerciaux, renouvelés ou non, est prévue par les articles L. 145-37 à 39 du code de commerce et ses modalités pratiques par les articles R. 145-20 et suivants. Elle est, dans la pratique, qualifiée de **révision triennale** car l'article L. 145-38 prévoit que la demande en révision ne peut être formée en principe que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire, ou après le point de départ du bail renouvelé, ou après que le nouveau prix révisé soit applicable. Par dérogation à ce principe, l'article L. 145-39 du code de commerce prévoit que si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire.

Si l'article L. 145-33 du code de commerce pose le **principe d'une fixation du bail révisé à la valeur locative**, l'article L. 145-38 limite la révision à la valeur locative qu'à l'hypothèse d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative. Dans ce cas, la hausse du déplafonnement est désormais lissée : « la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. »

Sinon, le loyer révisé est plafonné : « la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer. » À l'issue d'une évolution jurisprudentielle et de vives controverses doctrinales, sous l'effet d'une intervention du législateur venue avec la loi Murcef du 11 décembre 2001 pour contrecarrer la solution jurisprudentielle selon laquelle la révision du loyer pouvait conduire à la fixation à la baisse d'un loyer inférieur au

loyer contractuel même en l'absence de déplafonnement⁵⁰, il est désormais jugé que le loyer révisé plafonné doit être fixé dans la double limite du plafond, c'est-à-dire le prix du plafond résultant de la variation indiciaire et du plancher constitué par le loyer en cours, lequel peut avoir évolué à la hausse du fait d'une indexation⁵¹. Ainsi, concrètement, si la valeur locative et le prix-plafond sont inférieurs au loyer en cours, il n'y a pas lieu à révision. Si la valeur locative est supérieure au prix-plafond et au loyer en cours, le prix-plafond s'applique. Si la valeur locative est inférieure au prix-plafond mais supérieure au loyer en cours, elle s'applique.

Le caractère d'ordre public du dispositif de révision légale a pour conséquence que les parties ne peuvent pas renoncer *ab initio* au droit de révision dans une clause du bail⁵². Ainsi, elles ne sont pas libres de stipuler une clause fixant « par avance et forfaitairement le prix du bail » sur toute la durée du bail⁵³. En revanche, la clause stipulant une variation du loyer inférieure à celle de l'indice du coût de la construction n'est pas contraire aux dispositions légales qui ont pour objet de prohiber les modifications excédant la variation de l'indice⁵⁴.

S'agissant d'un **ordre public de protection**, il a été jugé qu'une fois le droit à la révision né, elles pouvaient y renoncer. Ainsi, elles pouvaient **en cours de bail** décider de procéder à la révision du prix du bail sans tenir compte des conditions légales⁵⁵. La doctrine s'interroge sur le maintien de cette solution désormais que la sanction est le réputé non écrit.

Sur le fondement **de l'article 145-39 du code de commerce**, la Cour de cassation juge que la stipulation d'une clause d'indexation qui exclut toute réciprocité de la

⁵⁰ [3e Civ., 24 janvier 1996, pourvoi n° 93-20.842, Bull 24](#), jurisprudence dite « Privilèges » ; [3e Civ., 19 avril 2000, pourvoi n° 98-17.098, Bull 82](#)

⁵¹ [3e Civ., 20 mai 2015, pourvoi n° 13-27.367, Bull 47](#),

⁵² **Com. 20 mai 1963, Bull. civ. III, n° 234** Sommaire : « Le droit de révision d'un loyer commercial ne prend pas naissance avec la conclusion d'un bail, et la renonciation à ce droit insérée dans le contrat n'affectant pas un droit acquis, il s'ensuit que la clause par laquelle les parties s'engagent à ne pas demander en cours de bail la révision du prix fixé d'un commun accord pour la durée du contrat est frappée de nullité par l'article 34 du décret du 30 septembre 1953. » ;

⁵³ [3e Civ., 30 janvier 2002, pourvoi n° 00-15.202, Bull 21](#)

⁵⁴ [3e Civ., 18 décembre 1985, pourvoi n° 84-15.827, Bull 168](#)

⁵⁵ [3e Civ., 24 octobre 1979, pourvoi n° 78-11.107, Bull 189](#) ; [3e Civ., 7 mars 2001, pourvoi n° 99-18.368, Bull 30](#)

variation, en prévoyant que l'indexation ne s'effectuera que dans l'hypothèse d'une variation à la hausse de l'indice, a **pour effet de faire échec au mécanisme de révision légale prévu par l'article L. 145-39 du code de commerce et doit être réputée non écrite**⁵⁶.

Par ailleurs, la Cour de cassation, après de longs débats doctrinaux et jurisprudentiels, a tranché en ce sens que, si l'article L. 112-1 du code monétaire et financier n'interdit pas la prise en compte d'un indice de base fixe dans une clause d'indexation, il prohibe toute organisation contractuelle d'une distorsion entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions⁵⁷ et que seule la stipulation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite⁵⁸.

2. **L'exclusion des règles statutaires relatives à la révision des loyers en cas de loyers comprenant une part variable**

La troisième chambre civile a retenu que **la particularité des loyers comprenant une part variable les faisait échapper aux dispositions du statut des baux commerciaux.**

Cette jurisprudence a d'abord été appliquée, dans les années 80, pour exclure les règles relatives à la révision du loyer⁵⁹ en retenant que « La révision du loyer d'un bail commercial, dont le prix comprend une partie fixe et une partie constituée par un pourcentage sur le chiffre d'affaires, échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et n'est régie que par la convention des parties. »

⁵⁶ [3e Civ., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-23.038, publié](#) ; [3e Civ., 12 janvier 2022, pourvoi n° 21-11.169, publié](#)

⁵⁷ [3e Civ., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-16.335, Bull 129](#), ; [3e Civ., 11 décembre 2013, pourvoi n° 12-22.616, Bull 159](#), ; [3e Civ., 7 mai 2014, pourvoi n° 12-22.637](#), ; [3e Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 14-28.165, Bull 33](#),

⁵⁸ [3e Civ., 29 novembre 2018, pourvoi n° 17-23.058, publié](#) ; [3e Civ., 6 février 2020, pourvoi n° 18-24.599, publié](#) ; [3e Civ., 12 janvier 2022, pourvoi n° 21-11.169, publié](#)

⁵⁹ [3^e civ., 2 octobre 1984 n° 82-13.757, Bull 156](#) jurisprudence dite Compepar: Sommaire : « Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, saisie d'une demande de révision du prix d'un bail contractuellement fixé à un pourcentage déterminé du chiffre d'affaires du locataire sans pouvoir être inférieur à une certaine somme, fixe le loyer minimum à la valeur locative, sans rechercher si le mode de détermination du loyer n'excluait pas l'application des articles 27 et 28 du décret du 30 septembre 1953. » ; [3e Civ., 2 octobre 1984, pourvoi n° 82-14.855, Bull 155](#), ; » [3^e civ., 13 janvier 1988 n° 86-16.978 : Bull 10](#) ; [3^e civ., 15 mai 1991 n° 89-20.847, Bull 137](#);

Elle a été maintenue dans des arrêts plus récents, rejetant les moyens tirés du caractère d'ordre public de l'article L. 145-38 du code de commerce⁶⁰.

La doctrine s'interroge sur la cohérence conceptuelle de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point⁶¹. Ainsi, les commentateurs du code des baux Dalloz⁶² : « Par un accident de jurisprudence, la Cour de cassation a décidé, dans les années 1980, que le bail doté d'un loyer « clause-recette » ou d'un loyer binaire ou composite n'était pas soumis aux règles d'ordre public. **Cette jurisprudence a été maintenue en dépit de son fondement très incertain.** Elle permet aux parties qui le souhaitent d'échapper au carcan statutaire et, en particulier, à la rigueur des règles applicables à la révision du loyer. **Il faudra suivre au cours des années à venir la jurisprudence pour savoir si la clause de loyer « binaire » pourrait être réputée non-écrite au sens de l'article L. 145-45.** En effet, si les nouvelles modalités du « plafonnement du déplafonnement » provoquaient le développement de ces modes de fixation des loyers « hors statut », il ne serait plus possible de

⁶⁰ [3^e civ., 15 mai 1991 n° 89-20.847, Bull137](#), Sommaire : « La **révision** d'un loyer d'un bail commercial comprenant une partie fixe et une partie constituée par un pourcentage du chiffre d'affaires du preneur échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et n'est régie que par la convention des parties. » ; [3e Civ., 5 mars 2013, pourvoi n° 11-28.461](#) « 3°/ que, en toute hypothèse, on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ; que les dispositions de l'article L. 145 -39 du code de commerce, d'ordre public, ne sont pas destinées à assurer la seule protection du preneur ; qu'en l'espèce, la société UGC faisait expressément valoir que la seule motivation des bailleuses à conclure un bail à loyer binaire avait été d'éluder l'application des dispositions d'ordre public de l'article L. 145 -39 du code de commerce, de sorte que cette stipulation devait être déclarée nulle et de nul effet, indépendamment de la volonté des parties ; qu'en déboutant la société UGC de ses demandes, au motif inopérant que les parties se seraient accordées sur les composantes du loyer, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 1134 du code civil, ensemble les articles L. 145 -15 et L. 145 - 39 du code de commerce ; Mais attendu qu'ayant relevé, qu'après de longues négociations, les parties s'étaient librement accordées sur chacune des composantes du loyer comportant une partie fixe et une partie variable, celles-ci formant un tout indivisible et retenu, **à bon droit, que la fixation du loyer révisé d'un bail stipulant un loyer binaire n'était régie que par la convention des parties et échappait aux dispositions régissant le statut des baux commerciaux**, la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que le preneur n'était pas fondé à voir déclarer non écrite la stipulation d'un loyer variable ; »

⁶¹ « À quand un arrêt qui invite la Cour de cassation à reconsidérer l'éviction de l'ordre public de direction en matière de révision ? » J. Monéger, « La clause de loyer binaire qui prévoit la fixation par le juge est valable et emporte l'application des normes statutaires » JCP (G), 2016,

⁶² J. Monéger, N.Damas et F. Planckeel, Commentaire sous l'article 145-48 du code de commerce, Code des baux, 34 Ed Dalloz 2023

soutenir, ce qui était le cas dans les années quatre-vingt, que seul le secteur des galeries et centres commerciaux, alors très petit, se trouverait hors du champ d'application des dispositions d'ordre public. On aurait aimé que le législateur se soit posé la question lors des débats sur les textes qui seront inscrits dans la loi no 2014-626 du 18 juin 2014. »

Dans sa décision fondatrice, jurisprudence dite Solerec, la Cour de cassation explique le fondement de sa solution par le souci de préserver la **liberté contractuelle des parties de fixer le prix initial du bail**⁶³. Dans son rapport de 1988, la Cour de cassation justifie cette solution par les considérations suivantes : **« Une telle solution qui réalise, on ne peut le cacher une exception non écrite à l'application du décret du 30 septembre 1953 est justifiée par l'absence, dans ce texte, de prise en considération de la particularité de tels loyers et la constante adaptation aux circonstances qui résulte de la variation du loyer conclu par les parties. »**

Des auteurs questionnent le lien qui est fait entre cette jurisprudence relative à la révision du loyer et celle, que nous exposerons, relative au renouvellement du loyer.

Ainsi, selon B. Boccara ⁶⁴: «La jurisprudence Théâtre Saint-Georges ne saurait être rattachée par un lien nécessaire à la précédente jurisprudence de la Cour de cassation qui n'est véritablement essentielle, valable et indiscutable que sur trois points : - sur l'analyse de la stipulation du loyer variable qui n'est en rien réductible à une clause d'indexation ; - sur la validité de la stipulation d'un loyer variable ; - et enfin, **sur la nécessité de respecter un équilibre contractuel spécifique. C'est dans cet éclairage que la Cour de cassation a justement écarté l'action en révision de l'article 28 qui ne peut jouer qu'à l'égard d'une indexation. Quant à la recevabilité du recours en révision de l'article 27, il pose un problème qui prête largement à discussion.** Encore faut-il rappeler à nouveau avec insistance que la jurisprudence invoquée qui ne tend qu'à exclure une révision d'un loyer

⁶³ [3e Civ., 2 octobre 1984, pourvoi n° 82-14.855, Bull 155](#), jurisprudence dite Solerec, Sommaire : **« Le prix d'un bail pouvant être librement fixé lors de sa conclusion, la stipulation d'un loyer calculé à partir d'un certain pourcentage du chiffre d'affaires du locataire, qui constitue un mode de détermination du loyer, n'entre pas dans les prévisions de l'article 35 du décret du 30 septembre 1953 qui répute nuls et de nul effet les clauses, stipulations ou arrangements qui auraient pour effet de faire échec à l'article 28 dudit décret relatif à la révision du prix d'un bail assorti d'une clause d'échelle mobile. »**

⁶⁴ B. Boccara « Renouvellement des baux commerciaux à loyer variable : la Cour d'appel de Paris confirme la compétence du juge de la propriété commerciale », JCP G, 10 juillet 1996, n°28

contractuel en cours d'effet n'a donc aucun rapport avec celle qui, excluant la fixation du loyer de renouvellement, conduirait à une désastreuse table rase. »

Pour D. Cohen-Trumer et L. Lévy⁶⁵ : « Rien n'autorise à reproduire pour le renouvellement du bail le raisonnement (dont nous nous garderons d'apprécier les mérites) qui avait pu être suivi à propos de la révision triennale de son loyer (...). En effet, la révision des loyers a pour vocation de contrôler l'évolution du loyer en cours de bail. La loi imposant des baux d'une durée plutôt longue (neuf ans minimum), elle permet au bailleur qui n'aurait pas prévu d'indexation conventionnelle d'obtenir la révision du loyer. Il s'agit, en somme, d'éviter que les parties se trouvent enfermées sur une période trop longue dans les limites initialement données au montant du loyer. On peut donc concevoir, sans pour autant l'approuver, alors surtout que les dispositions du décret prévoyant la révision du loyer sont d'ordre public, que la Cour de cassation ait considéré que la stipulation d'un loyer variable articulé pouvait sans dommage conduire à échapper au régime de la révision. L'objet de ce régime est en effet limité aux relations contractuelles en cours de bail, et donc pendant une durée parfaitement déterminée, au cours de laquelle il n'était sans doute pas inconcevable d'envisager que les parties aient souhaité s'en tenir à leur convention de départ. »

C. Lors du renouvellement du bail

3. Le caractère supplétif de volonté des règles légales relatives à la fixation du prix du bail renouvelé

Selon une jurisprudence ancienne et constante, le bail commercial renouvelé est un nouveau contrat⁶⁶. A défaut d'un nouvel accord des parties ou de convention contraire, **le bail se renouvelle aux clauses et conditions du bail expiré⁶⁷ sauf pour la durée, fixée par l'article L. 145-12 du code de commerce, et le pouvoir reconnu au juge en matière de fixation du prix⁶⁸.**

⁶⁵ D. Cohen-Trumer et L. Lévy, Renouvellement. Loyer variable. Fixation. Non-applicabilité du décret du 30 septembre 1953, JCP N, 22 juillet 1994, n°29

⁶⁶ [3^e Civ., 29 octobre 1986, pourvoi n°84-14.757, Bull 140](#) ; [Com., 17 février 1998, pourvoi n°95-13.296, Bull 72](#) ; [Ass. plén., 7 mai 2004, pourvoi n°02-13.225, Bull 9](#) ; [3^e Civ., 13 mai 2009, pourvoi n°08-15.564, Bull 103](#)

⁶⁷ [3^e Civ., 14 juin 1983, pourvoi n°82-11.275, Bull 137](#) ; [3^e Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n°11-21.340, Bull 192](#)

⁶⁸ [3^e Civ., 17 mai 2006, pourvoi n°04-18.330, Bull 125](#)

La fixation du prix du loyer du bail renouvelé, est, en cas de désaccord des parties, en principe fixé par le juge des loyers commerciaux en application des articles L. 145-33 et 145-34 du code de commerce.

L'article L.145-33 du code de commerce dispose :

« Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative.

A défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après :

- 1 Les caractéristiques du local considéré ;
 - 2 La destination des lieux ;
 - 3 Les obligations respectives des parties ;
 - 4 Les facteurs locaux de commercialité ;
 - 5 Les prix couramment pratiqués dans le voisinage ;
- Un décret en Conseil d'Etat précise la consistance de ces éléments. »

L'article 145-34 pose une exception au **principe de la fixation du prix du bail renouvelé à la valeur locative avec la règle du plafonnement** : en absence d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 pour les baux qui n'ont pas été conclus pour une durée initiale supérieure à neuf années et ceux dont la durée n'a pas dépassé de douze années par l'effet de la tacite prolongation, le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques. Son dernier alinéa prévoit un mécanisme, introduit par la loi Pinel, d'étalement de l'augmentation du loyer lorsque celui-ci est déplafonné.

A l'issue de la procédure judiciaire de fixation du prix du bail renouvelé ou de l'indemnité d'éviction, les parties disposent d'un droit d'option, l'acceptation antérieure du principe du renouvellement du bail ne présentant qu'un caractère provisoire ne faisant pas obstacle à l'exercice de leur droit d'option⁶⁹.

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens que les articles 145-33 et 145-34 du code de commerce relatifs au prix du bail renouvelé, qui à la différence des articles L. 145-37 à L. 145-39 du code de commerce, ne sont pas visés par l'article 145-15, ne sont pas d'ordre public.

⁶⁹ [3° Civ., 27 mai 1971, pourvoi n°69-10.996, Bull 331](#) ; [3° Civ., 16 septembre 2015, pourvoi n°14-20.461, Bull 79](#)

En conséquence, les parties peuvent y déroger, et choisir, d'un commun accord de déterminer à l'avance par une stipulation du bail commercial les conditions de fixation du prix du bail renouvelé.

Un arrêt non publié avait admis que les parties puissent convenir en avance que le loyer du bail renouvelé soit fixé selon la règle du plafonnement⁷⁰ avant qu'un arrêt publié consacre clairement **l'autonomie de la volonté des parties pour déterminer à l'avance les conditions de fixation du prix du bail renouvelé :**

[3^e Civ., 10 mars 2004, pourvoi n°02-14.998, Bull 52](#)

Sommaire : « Les parties peuvent choisir d'un commun accord de déterminer à l'avance par une stipulation du bail commercial les conditions de fixation du prix du bail renouvelé. »

« Vu l'article 1134 du Code civil, ensemble les articles L. 145-15, L. 145-33 et L. 145-34 du Code de commerce ; (...)

Attendu que, **pour dire nulle comme contraire à l'article L. 145-15 du code de commerce la clause du bail relative à la fixation du prix du bail renouvelé et fixer le nouveau loyer selon la règle du plafonnement**, l'arrêt retient que les parties ont, en 1989, arrêté le prix du bail sur la base de 89 750 francs hors taxes pour 130 mètres carrés, soit 690 francs au mètre carré, avec un avantage gratuit à due concurrence d'une surface commerciale de 21 mètres carrés dont la jouissance a été concédée sans contrepartie d'un loyer, qu'à la même date elles se sont mises d'accord pour fixer à 151 mètres carrés la surface louée à titre onéreux à partir du 15 novembre 1998 en excluant la mise en jeu de l'article 23-6 du décret du 30 septembre 1953 et en calculant le nouveau prix du bail (1 100 francs au mètre carré) sur la base d'une augmentation de la valeur locative de 6,6 % par an pendant neuf ans, que le cumul d'un taux d'actualisation du loyer ancien de 6,6 % par an et d'une révision tout aussi importante qui aboutit à faire passer à 1 260 francs au mètre carré un loyer qui neuf ans plus tôt s'élevait à 690 francs au mètre

⁷⁰ **[3^e Civ., 2 juillet 1997, pourvoi n° 95-18.870](#)** « Mais attendu qu'ayant, interprétant souverainement la portée du contrat, constaté que, par la clause stipulant qu'« en cas de renouvellement du bail, le coefficient de renouvellement sera appliqué », les parties avaient entendu voir fixer le loyer du bail renouvelé, **uniquement en fonction du coefficient du plafonnement légal, entendant ainsi exclure, dès la signature du bail tout motif de déplafonnement** et retenu que, par la clause d'indexation, les parties avaient stipulé d'une façon générale, que le loyer du bail renouvelé serait fixé selon le coefficient légal, et que l'institution d'un nouveau mode de calcul de celui-ci ne pouvait faire échec à la volonté des parties, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches qui ne lui étaient pas demandées, a légalement justifié sa décision ; »

carré seulement a pour effet de dissuader le preneur d'exercer son droit à renouvellement à des conditions économiques sans rapport avec la progression des données commerciales survenue parallèlement sur un temps relativement bref ;

Qu'en statuant ainsi, alors que rien ne s'oppose à ce que les parties choisissent d'un commun accord de déterminer à l'avance par une stipulation du bail les conditions de fixation du prix du bail renouvelé, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

En raison de l'absence de caractère d'ordre public des articles L. 145-33 et L. 145-34, les parties peuvent également choisir de confier la fixation du prix du bail renouvelé à un expert⁷¹. Le tiers désigné par les parties pour procéder à l'évaluation du loyer d'un bail renouvelé est libre de retenir les critères qu'il juge opportuns suivant la méthode qui lui apparaît la plus adaptée. Son estimation a un caractère contractuel au même titre que si elle avait été arrêtée par les parties⁷². Sauf erreur grossière, elle s'impose au juge⁷³.

Saisie de questions prioritaires de constitutionnalité, la troisième chambre civile a rappelé que « **la règle du plafonnement ne s'applique pas lorsque les parties l'ont exclue de leurs prévisions contractuelles ou ont pu s'accorder sur le montant du loyer du bail renouvelé** »⁷⁴ et que **les articles L. 145-33 et L. 145-34 alinéa 1^{er} du code de commerce « ne sont pas d'ordre public et les parties**

⁷¹ [3^e Civ., 24 octobre 1979, pourvoi n° 78-11.107, Bull 189,](#)

⁷² [3^e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n°96-16.671, Bull 49](#) « Mais attendu qu'ayant constaté qu'en contrepartie de l'acceptation, à l'avance, par les preneurs d'une fixation par experts du loyer du bail à renouveler, faute d'accord entre les parties, les bailleurs avaient dans le même temps renoncé à leur droit de reprise, et retenu, à bon droit, que la stipulation de la convention du 18 février 1988 ne donnait pas à l'estimation des experts le caractère d'une sentence arbitrale et ne pouvait s'analyser en une clause compromissoire mais **conférait à l'estimation un caractère contractuel au même titre que si elle avait été arrêtée par les parties**, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que, dans ces conditions, **rien ne s'opposait à ce que les parties, d'un commun accord, choisissent de fixer le loyer à la valeur locative plusieurs années à l'avance ; »**

⁷³ [3^e Civ., 19 octobre 2017, pourvoi n° 16-22.660; 3^e Civ., 12 mars 2020, pourvoi n° 19-10.24](#)

⁷⁴ [3^e Civ., 13 juillet 2011, pourvoi n°11-11.072, Bull 134](#)

peuvent les écarter afin de fixer d'un commun accord le prix du loyer du nouveau bail. »⁷⁵

Le Conseil constitutionnel⁷⁶ a jugé que la règle de l'étalement de la hausse du déplaçonnement n'était pas contraire à la Constitution, rappelant notamment expressément son **caractère supplétif de volonté**.

C. L'exclusion des règles légales relatives à la fixation du prix du bail renouvelé pour les loyers comprenant une part variable

Dans les années 1990⁷⁷, la Cour de cassation a appliqué la solution retenue pour la révision légale des loyers binaires au renouvellement dans une jurisprudence, dite « Théâtre Saint-Georges » :

Cass. 3^e civ. 10 mars 1993 n° 91-13.418, Bull 30

« Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour fixer à une certaine somme le montant du loyer minimum afférent au bail, renouvelé à compter du 1^{er} mai 1986, de locaux à usage commercial consenti à la société Théâtre Saint-Georges par la société Compagnie foncière Saint-Dominique et stipulant **un loyer constitué par une redevance de 4 % sur le montant des recettes nettes et un loyer minimum, quelles que soient les recettes du théâtre, indexé sur le montant de la jauge brute du théâtre**, l'arrêt attaqué (Paris, 11 décembre 1990) retient que les parties reconnaissent le caractère monovalent de l'utilisation des locaux et que si dans un but de nouvelle expansion du théâtre à laquelle était nécessairement associée la bailleuse, des conditions inférieures à la norme ont été prévues, il n'apparaît plus justifié de perpétuer une telle situation des preneurs jusqu'alors privilégiée par rapport à celle des autres responsables de théâtre ;

⁷⁵ [3^e Civ., 12 novembre 2020, pourvoi n°20-15.179,](#)

⁷⁶ [Conseil constitutionnel, décision n°2020-837 QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ du 7 mai 2020](#), Société A.D-Trezel, « En dernier lieu, les dispositions contestées n'étant pas d'ordre public, **les parties peuvent convenir de ne pas les appliquer, soit au moment de la conclusion du bail initial, soit au moment de son renouvellement.** » sur renvoi par la Cour de cassation [3^e Civ., 6 février 2020, pourvoi n°19-19.503](#)

⁷⁷ [3^e Civ., 17 juin 1987, pourvoi n° 85-18.735, Bull 124](#), « Qu'en statuant ainsi, **alors que la clause de fixation du loyer en fonction du chiffre d'affaires du locataire, qui ne constitue pas une clause d'échelle mobile, pouvait continuer à recevoir application**, la cour d'appel a dénaturé le bail et violé le texte susvisé ; »

Qu'en statuant ainsi, alors que **la fixation du loyer renouvelé d'un tel bail échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et n'est régie que par la convention des parties**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

Face à la résistance des juges du fond et d'une partie de la doctrine, la Cour de cassation, dans plusieurs décisions ultérieures, a maintenu sa position. Elle a écarté les arguments retenus par une cour d'appel pour résister à sa jurisprudence, tenant notamment à **l'absence de renonciation expresse des parties à la fixation du loyer fixe selon les règles statutaires** :

3e Civ., 27 janvier 1999, pourvoi n° 97-13.366, Bull 22

« Vu l'article 1134 du Code civil ;
(...)

Attendu que pour dire que le loyer minimum doit être fixé en fonction de la valeur locative, l'arrêt retient que le procédé binaire de fixation des loyers adopté par les parties n'avait nullement pour effet de faire échec au droit de renouvellement régi par le décret du 31 septembre 1953, qu'il ne saurait les priver, **sauf volonté expresse de leur part, non manifestée en l'occurrence, du bénéfice des règles statutaires de renouvellement du bail** et qu'il en résultait que le montant du loyer d'un bail à renouveler d'une durée supérieure à neuf années, **donc nécessairement déplafonné, devait correspondre à la valeur locative, à défaut d'accord entre les parties, le juge devant la fixer en tenant compte notamment des modalités selon lesquelles le prix antérieurement applicable avait été originairement fixé, en prenant en considération le caractère binaire du loyer, le loyer minimum garanti étant certes le seul susceptible d'être modifié, mais pouvant l'être au vu des critères de l'article 23 du décret du 30 septembre 1953** et du jeu de la clause de loyer variable au cours du bail initial ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **la fixation du loyer renouvelé d'un tel bail échappe aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et n'est régie que par la convention des parties**, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

III. L'OFFICE DU JUGE DES LOYERS COMMERCIAUX COMPRENANT UNE PART VARIABLE

A. Avec la jurisprudence dite Théâtre Saint-Georges et avant la jurisprudence dite Marveine

- 1. Un juge qui ne peut que constater un accord ou un désaccord sans rien fixer**

Dans le cadre de la jurisprudence dite Théâtre Saint-Georges, dans son arrêt dit Unibail c/Le Méridien, **la Cour de cassation a précisé qu'en présence d'un loyer variable, le rôle du juge des loyers commerciaux se limite à pouvoir constater l'existence ou l'absence d'accord sans pouvoir fixer de loyer :**

3e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull 94,

« Mais attendu qu'ayant, à bon droit, retenu, (...), que **la fixation du nouveau loyer ne pouvait résulter que de l'accord des parties et que le rôle du juge ne pouvait être que de constater cet accord, s'il existait, et constaté l'absence d'un tel accord quant à la partie fixe du loyer, la cour d'appel en a exactement déduit, que le bailleur et le preneur devaient être déboutés de leur demande en fixation du prix du bail renouvelé.**⁷⁸»

Dans d'autres arrêts, non publiés, la Cour de cassation a approuvé les juges d'avoir retenu qu'en cas de désaccord des parties sur le prix du loyer variable renouvelé, **la clause de loyer variable devait être reconduite dans le bail renouvelé sans que le juge ait le pouvoir de la modifier**⁷⁹.

On peut relever un arrêt ancien, où la troisième chambre civile a retenu, pour une hypothèse où les parties avaient « convenu de fixer le loyer en dehors de toute action judiciaire » en s'en remettant d'avance aux conclusions d'un expert, que le tribunal d'instance « était compétent dès lors qu'il n'était pas saisi d'une procédure aux fins de fixation du prix du bail mais d'une demande tendant à faire juger que l'estimation de la valeur locative effectuée par le technicien désigné d'un commun accord s'imposait aux locataires. »⁸⁰ En revanche, elle a jugé qu'aucune juridiction n'a le pouvoir de modifier les clauses d'un bail dont la licéité n'est pas discutée, le

⁷⁸ **3e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull 94,** jurisprudence dite Méridien Montparnasse

⁷⁹ **3e Civ., 15 mars 2000, pourvoi n° 98-16.771** « Mais attendu qu'ayant constaté que la commune intention des parties d'exclure les dispositions du statut des baux commerciaux relatives aux modalités de fixation du loyer résultait de manière claire et non ambiguë des clauses du bail stipulant un loyer variable, la cour d'appel a exactement retenu que ces modalités étaient étrangères à l'article 23 du décret du 30 septembre 1953 et **que la clause de loyer, dans ses deux éléments**, devait être reconduite dans le bail renouvelé sans que le juge ait le pouvoir de la modifier ; **3e Civ., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-02.943** « Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que le loyer du bail expiré était calculé en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par le preneur, la cour d'appel en a exactement déduit que **cette clause-recettes** faisait échec à la détermination du loyer du bail renouvelé selon les dispositions statutaires et **était applicable au loyer du bail en renouvellement.** »

⁸⁰ **3e Civ., 5 février 1997, pourvoi n° 95-13.158, Bull 30**

tribunal de grande instance n'avait pas plus de pouvoirs que le juge des loyers commerciaux pour modifier les prévisions contractuelles⁸¹.

2. Les fondements de la jurisprudence Théâtre Saint Georges

Pour expliciter sa jurisprudence, la Cour de cassation a approuvé la motivation des arrêts retenant qu'en stipulant une clause de loyer variable, la **commune intention des parties était d'exclure les dispositions du statut des baux commerciaux relatives aux modalités de fixation du loyer renouvelé**⁸², lesquelles ne sont pas d'ordre public, qu'une telle clause est **incompatible avec les règles statutaires relatives à la fixation du loyer**⁸³, et que **les deux composantes fixe et variable du loyer forment un tout contractuellement indivisible** de sorte **qu'il n'est pas possible sans remettre en cause l'équilibre du contrat** de réévaluer le montant

⁸¹ [3e Civ., 14 octobre 1987, pourvoi n° 85-18.132, Bull 169](#)

⁸² [3e Civ., 15 mars 2000, pourvoi n° 98-16.771](#) « Mais attendu qu'ayant constaté que la commune intention des parties d'exclure les dispositions du statut des baux commerciaux relatives aux modalités de fixation du loyer résultait de manière claire et non ambiguë des clauses du bail stipulant un loyer variable, » ; [3e Civ., 7 mars 2001, pourvoi n° 99-17.055, Bull 29](#) « Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que par les stipulations du bail relatives à la fixation du loyer les parties avaient entendu déroger aux dispositions du décret du 30 septembre 1953 et que la société Vélizy Petit-Clamart ne pouvait invoquer le pouvoir reconnu au juge des loyers commerciaux en cette matière ; » [3e Civ., 29 avril 2002, pourvoi n° 01-01.809](#) « Attendu qu'ayant relevé, à bon droit, que lors d'un renouvellement, la fixation du prix d'un bail stipulant un loyer binaire échappait aux dispositions régissant le statut des baux commerciaux et n'était régie que par la volonté des parties » ; [3e civ., 10 décembre 2002 n°01-10.208](#) « Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs adoptés, que les deux composantes du loyer de type binaire comportant une partie fixe et une partie variable étaient contractuellement indivisibles, que la partie variable était d'application automatique dès lors que le chiffre d'affaires du preneur atteignait le pourcentage exigé, qu'il n'existait aucun élément permettant de soutenir que les parties avaient entendu fixer le loyer en fonction de la valeur locative des locaux et ayant retenu, par motifs propres, que la fixation du loyer était déterminée ainsi que les parties l'avaient librement voulu lors de la conclusion du bail et qu'elle n'était pas régie par les dispositions du décret du 30 septembre 1953 ... »

⁸³ [3e Civ., 29 avril 2002, pourvoi n° 01-01.810](#) « la cour d'appel en a exactement déduit que la prétention de la société Vélizy Petit-Clamart tendant à voir fixer le loyer minimum garanti à la valeur locative, tandis que la clause de loyer variable resterait inchangée, se heurtait à l'incompatibilité existant entre la clause-recettes et les règles statutaires relatives à la fixation du loyer et aboutissait à remettre en cause l'équilibre du contrat, au départ recherché par les parties »

du loyer minimum garanti indépendamment du loyer variable, lequel continuerait d'être régi par la convention des parties ⁸⁴.

Cette jurisprudence trouve ses racines dans la jurisprudence constante selon laquelle, **le bail se renouvelant**, à défaut d'un nouvel accord des parties ou de convention contraire, **aux clauses et conditions du bail expiré**, hormis pour le loyer et la durée du bail, « **aucune juridiction n'a le pouvoir de modifier les clauses d'un bail dont la licéité n'est pas discutée** » ⁸⁵. Dès lors que le juge des loyers commerciaux ne peut pas modifier une **clause-recette** par laquelle les parties ont stipulé que le loyer comprenait une composante variable, il ne peut que constater que cette clause était reconduite dans le bail renouvelé, et celle-ci étant indivisible avec la clause stipulant un loyer fixe, il ne peut pas modifier celui-ci.

⁸⁴ [3^e civ., 18 juin 2002 n° 01-03.419](#) « Attendu que la cour d'appel a légalement justifié sa décision en relevant que la prétention de la société Vélizy Petit Clamart se heurtait à l'incompatibilité existant entre la clause-recettes et les règles du décret du 30 septembre 1953 relatives à la fixation du loyer et que les modalités de calcul du loyer étant indivisibles, le bailleur ne saurait obtenir, par la voie judiciaire, la réévaluation du montant du loyer minimum garanti, lequel serait soumis à l'application du décret du 30 septembre 1953, indépendamment du loyer variable, lequel continuerait d'être régi par la convention des parties ; » [3^e civ., 10 décembre 2002 n°01-10.208](#) « Mais attendu qu'ayant relevé, que les deux composantes du loyer de type binaire comportant une partie fixe et une partie variable étaient contractuellement indivisibles, que la partie variable était d'application automatique dès lors que le chiffre d'affaires du preneur atteignait le pourcentage exigé, qu'il n'existait aucun élément permettant de soutenir que les parties avaient entendu fixer le loyer en fonction de la valeur locative des locaux et ayant retenu, par motifs propres, que la fixation du loyer était déterminée ainsi que les parties l'avaient librement voulu lors de la conclusion du bail et qu'elle n'était pas régie par les dispositions du décret du 30 septembre 1953 » ; [3^e civ., 5 mars 2013 n° 11-28.461](#) « Mais attendu qu'ayant relevé, qu'après de longues négociations, les parties s'étaient librement accordées sur chacune des composantes du loyer comportant une partie fixe et une partie variable, celles-ci formant un tout indivisible et retenu, à bon droit, que la fixation du loyer révisé d'un bail stipulant un loyer binaire n'était régie que par la convention des parties et échappait aux dispositions régissant le statut des baux commerciaux, » ; [Cass. 3^e civ. 12 mai 2016 n°15-14.107](#) « Mais attendu qu'ayant souverainement retenu, par une interprétation de la clause de l'avenant du 24 mars 2002 que son ambiguïté rendait nécessaire, que les parties s'étaient librement accordées sur chacune des composantes du loyer comportant une partie fixe et une partie variable en fonction d'un pourcentage du revenu brut d'exploitation du preneur, celles-ci formant un tout indivisible et le loyer ne pouvant ni excéder une certaine somme ni lui être inférieur en fin de bail, et que la fixation du loyer renouvelé d'un bail stipulant une telle clause n'était régie que par la convention des parties et échappait aux dispositions régissant le statut des baux commerciaux, »

⁸⁵ [3e Civ., 12 octobre 1982, pourvoi n° 80-16.387, Bull 196](#) ; [3e Civ., 30 mai 1984, pourvoi n° 83-12.500, Bull 108](#),

Selon J-D Barbier⁸⁶, « La clause de loyer binaire et les règles statutaires sont inconciliables ». Pour cet auteur, il existerait « **une incompatibilité fondamentale entre la clause recette et les modes de détermination du loyer prévus par le statut des baux commerciaux**. Le statut des baux commerciaux envisage **un loyer calculé « par unité de surface »**, comme il est dit à l'article R. 145-7 du code de commerce. Les notions de « loyer binaire », de « loyer minimum garanti », de « loyer de base », de « loyer variable additionnel » sont étrangères à la réglementation et incompatibles avec les règles légales. **Dans le code de commerce, la valeur locative marque le montant maximum du loyer**. Le loyer du bail renouvelé ne peut en aucun cas excéder la valeur locative. Or les clauses de loyer binaire traitent la valeur locative, non comme un maximum, **mais comme un minimum**. En outre le chiffre d'affaires n'est pas un élément de la valeur locative au sens du code de commerce. (...) **Les demandes de fixation du loyer de base ou du loyer minimum garanti à la valeur locative se heurtent à l'indivisibilité du loyer**. Un loyer constitue un tout indivisible. Il n'y a juridiquement qu'un seul loyer, même si on peut le décomposer en plusieurs éléments. **En raison de cette indivisibilité, le juge ne peut pas fixer une composante seulement du loyer**. Les règles légales (évaluation, plafonnement, révision) ne peuvent s'appliquer qu'au tout, non à une partie. »

Pour d'autres, **le fondement de cette jurisprudence se trouve avant tout dans le respect de la force obligatoire du contrat** : en stipulant un loyer variable, sans référence à la valeur locative, les parties auraient écarté toute modification de ce loyer en fonction de la valeur locative.

Il ressort de la note du SDER sur les positions doctrinale que cette jurisprudence fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales.

Les critiques portent sur les fondements théoriques de cette jurisprudence. Pour certains auteurs, l'affirmation selon laquelle le loyer binaire est incompatible avec les règles du statut, uniquement parce qu'il divise le loyer en deux composantes, n'apparaît pas dirimante, dès lors que l'article L. 145-33, 3° du code de commerce prévoit que le loyer de renouvellement peut être fixé en tenant compte des obligations respectives des parties. De même, l'argument relatif à l'indivisibilité du loyer ne serait pas irréversible dès lors que, sauf si les parties conviennent expressément que ses deux composantes forment un tout indivisible et indissociable, rien ne semble les empêcher de faire déterminer séparément le loyer de base lors du renouvellement du bail puisque le juge dispose d'outils lui permettant de fixer ce loyer en tenant compte de l'unité d'ensemble du loyer binaire.

⁸⁶ [J-D Barbier, « Loyers variables : les fissurations de l'édifice », Administrer, février 2020, n° 539, p. 14](#)

Loin de voir la consécration du respect de la force obligatoire, certains auteurs ont vu une violation de la commune volonté des parties en figeant le loyer lors du renouvellement du bail commercial.

Les critiques portent également sur l'opportunité économique de cette jurisprudence. La majorité des auteurs estime inopportun de maintenir le loyer lors du renouvellement en présence d'un loyer comprenant une part variable, le loyer minimum pouvant à terme décrocher de la valeur locative et devenir soit une charge trop lourde pour le locataire en cas de baisse de la commercialité, soit un plancher insuffisant pour le bailleur dont le chiffre d'affaires du locataire se révélerait trop faible.

Finalement, les auteurs dénonçaient, avant la jurisprudence dite Marveine, « **l'impasse** » **contentieuse** dans laquelle se trouvaient les parties lors de la fixation du bail renouvelé.

B. Début des années 2000 : un premier coup d'arrêt important à la jurisprudence dite Théâtre Saint-Georges

Au début des années 2000, la **jurisprudence connaît une première évolution significative**. La Cour de cassation juge que **les dispositions concernant le droit d'option, le droit de repentir et l'indemnité d'éviction demeurent applicables**⁸⁷. Il a été ainsi jugé que le bailleur qui entend exercer son droit de repentir en présence d'un loyer variable ne peut pas conditionner son repentir à la substitution de cette clause par une clause de loyer fixe.⁸⁸

⁸⁷ [3e civ.. 12 juin 2003 n°02-11.493, Bull 930](#) ; [3e Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-16.239](#) « Attendu que pour dire nul et de nul effet le droit d'option notifié par la société bailleusesse, l'arrêt retient que le droit d'option est offert au bailleur, comme d'ailleurs au preneur, dans le cadre de la fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé ; que cette possibilité leur est donnée pour pallier l'incertitude liée à la décision judiciaire ; que dans l'hypothèse, comme en l'espèce, d'un loyer binaire où la fixation judiciaire du loyer est exclue, la clause de loyer variable se trouvant reconduite dans ses deux composantes indivisibles, **il n'existe aucune incertitude pour les parties sur la fixation du loyer qui résulte de l'application pure et simple de la clause** ; que, dès lors, le droit d'option consacré par l'article L. 145-57, texte spécifique à la fixation judiciaire du loyer, est exclu ; **Qu'en statuant ainsi, alors que le bailleur a toujours la faculté, en cas de désaccord sur le prix du bail, de refuser le renouvellement du bail dans les conditions de l'article L. 145-57 du Code de commerce, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;** »

⁸⁸ [3e Civ., 12 septembre 2019, pourvoi n° 18-18.218](#) « Attendu que, pour valider l'exercice du droit de repentir et rejeter la demande de la société Sadeff, l'arrêt retient que, si le bail initial stipule une clause-recette, déterminant le loyer en fonction du chiffre d'affaires du

Par cette solution, la Cour de cassation **marque un coup d'arrêt important à la jurisprudence dite Théâtre Saint Georges** puisqu'elle retient ainsi que **seule une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé est écartée par une telle clause et non le statut dans son ensemble ni toute intervention du juge des loyers commerciaux.**

En effet, par l'arrêt publié [3e civ.. 12 juin 2003 n°02-11.493, Bull 930](#), la troisième chambre civile censure le raisonnement des juges du fond, qui s'inscrivant dans la logique de la jurisprudence dite Théâtre Saint Georges, avaient considéré que les parties avaient voulu s'exclure du statut :

« Attendu que, pour débouter la bailleuse de sa demande d'expertise aux fins d'évaluation des indemnités d'éviction et d'occupation, l'arrêt retient que **le système conventionnel, pour lequel les parties ont librement opté, est exclusif de la procédure judiciaire de fixation du loyer et par là-même du droit de repentir prévu à l'article 31 du décret du 30 septembre 1953, devenu l'article L. 145-57 du Code de commerce, pour tempérer les aléas qui s'y attachent ; Qu'en statuant ainsi, alors que le bailleur a toujours la faculté, en cas de désaccord sur le prix du bail, de refuser le renouvellement du bail dans les conditions de l'article L. 145-57 du Code de commerce, la cour d'appel a violé le texte susvisé »**

C. La jurisprudence dite Marveine : le recours au juge admis pour fixer, en application d'une clause contractuelle, à la valeur locative la partie fixe d'un loyer comprenant une part variable

1. La jurisprudence dite Marveine

Puis, en 2016, dans l'arrêt dit Marveine, la Cour de cassation a profondément infléchi la jurisprudence dite « Théâtre Saint-Georges » en admettant que « Lorsqu'elles sont convenues d'un loyer composé d'une part variable et d'un minimum garanti, les parties peuvent prévoir de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative. Dans ce cas, le juge statue selon les critères de l'article L.

preneur, l'offre du bailleur de substituer à cette stipulation une clause de loyer fixe dans le bail renouvelé n'est pas de nature à entacher la validité du repentir exercé par le bailleur ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'exercice par le bailleur de son droit de repentir emporte renouvellement du bail et ne peut comporter la proposition d'un nouveau bail incluant une modification substantielle des modalités de fixation du loyer, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

145-33 du code de commerce, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle. » (Sommaire) :

3e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-16.826, Bull 145

« Vu l'article 1134 du code civil, dans sa version antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble l'article L. 145-33 du code de commerce ;

Attendu que 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 ; que 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 19 février 2015), que, le 2 avril 2001, la société Unibail, aux droits de laquelle se trouve la SCI Marveine, a donné à bail à la société André des locaux commerciaux situés dans un centre commercial pour une durée de dix ans ; **que le bail stipulait un loyer composé d'un loyer de base minimum et d'un loyer additionnel représentant 8 % du chiffre d'affaires de la locataire et prévoyait, en cas de renouvellement, que, « dans les termes et conditions découlant de la législation en vigueur, le loyer de base sera fixé selon la valeur locative telle que déterminée par les articles 23 à 23-5 du décret du 30 septembre 1953 ou tout autre texte qui lui sera substitué », et qu'à « défaut d'accord le loyer de base sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur »** ; que la société bailleuse, qui a accepté le principe de renouvellement, a saisi le juge des loyers commerciaux en fixation de la valeur du loyer minimum garanti ;

Attendu que, pour rejeter la demande, l'arrêt retient que l'existence d'une clause de loyer binaire induit une incompatibilité avec les règles statutaires relatives à la fixation du loyer puisque celui-ci, dans un tel bail, n'est pas fixé selon les critères définis à l'article L. 145-33 que le juge des loyers commerciaux a l'obligation d'appliquer, mais peut prendre en considération des éléments étrangers à cette énumération tel qu'un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par le preneur, que l'accord des parties et la liberté contractuelle dont il est l'expression ne permet pas d'écarter cette

incompatibilité, que, si les parties peuvent librement stipuler s'agissant du loyer initial et peuvent, d'un commun accord, fixer par avance les conditions de fixation du loyer du bail renouvelé, **elles ne peuvent que stipuler sur les droits dont elles ont la disposition, qu'en l'espèce, dans le débat judiciaire qui s'ouvre en 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 ;**

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

La portée normative de ces arrêts est soulignée par leur publication au rapport annuel de 2016, qui explique que :

« Ces arrêts s'inscrivent dans le **courant jurisprudentiel consacrant la liberté et l'autonomie de la volonté des parties à un bail commercial** qui prévoit un loyer composé d'une partie constituant un minimum garanti et d'une partie dite variable dont le montant est calculé selon un pourcentage du chiffre d'affaires du preneur ou selon toute autre modalité, lorsqu'un conflit survient à l'occasion du renouvellement du bail. **En application du principe d'autonomie contractuelle, il a été jugé que les parties sont libres de fixer le loyer du bail initial et du bail renouvelé et que la décomposition de ce loyer en un minimum de base et en une partie éventuelle selon un seuil de déclenchement qu'elles déterminent devait être maintenue, sauf disposition contraire, lors du renouvellement. En absence d'accord des parties et dans le silence du contrat sur la façon de calculer le loyer lors du renouvellement, la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation a évolué parallèlement à la créativité des rédacteurs de baux de ce type.**

Ainsi, devant un bail prévoyant un loyer constitué d'une redevance égale à 4 % du montant des recettes nettes s'additionnant à un loyer minimal indexé sur le montant de la jauge brute d'un théâtre, la Cour de cassation, **au nom de la liberté et de l'autonomie de la volonté, a écarté l'intervention du juge des loyers commerciaux** pour qu'il fixe, selon les critères du statut des baux commerciaux, le loyer minimal de ce bail venant à renouvellement, critères auxquels ce loyer était totalement étranger (affaire dite du « Théâtre Saint-Georges », 3e Civ., 10 mars 1993, pourvoi no 91-13.418, Bull 30). Par suite, elle a adopté la même position dans les cas où le bail prévoyant un loyer composite ne donnait pas au juge des loyers commerciaux, par une disposition expresse, le pouvoir de fixer le montant de la partie correspondant au minimum garanti, ou détachait totalement du statut des baux commerciaux ou de la valeur locative les modalités ou critères de fixation de ce minimum

garanti ([3^e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull. 94](#) ; [3^e Civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 15-14.107](#)).

En l'état de telles clauses, **l'exclusion des dispositions statutaires pour la fixation du loyer du bail renouvelé et celle de l'intervention du juge des loyers commerciaux pour déterminer la valeur locative** ayant pour conséquence l'intangibilité du minimum garanti, souvent seul exigible, à défaut d'atteindre le seuil de déclenchement du supplément, **ont pu enfermer les parties dans l'obligation ou de s'accorder coûte que coûte ou de se délier, de sorte qu'une partie de la doctrine et des cours d'appel ont retenu un principe d'incompatibilité mécanique entre les dispositions du statut des baux commerciaux relatives au prix du bail renouvelé et une clause de loyer composite ou binaire.**

L'incompatibilité reposait, selon ces auteurs, **sur la compétence matérielle du juge des loyers commerciaux, qui ne peut appliquer que les critères énoncés à l'article L. 145-33 du code de commerce, et sur l'indivisibilité du loyer commercial, qui faisait obstacle à ce qu'une partie seulement de ce loyer soit fixée judiciairement à la valeur locative.**

Depuis, pour remédier à un tel enfermement, **l'usage s'est répandu de stipuler dans les contrats de bail que le minimum garanti du loyer sera fixé en application des dispositions de l'article L. 145-33 du code de commerce et de renvoyer expressément à la compétence du juge pour fixer ce minimum du loyer.**

L'occasion a été ainsi donnée à la Cour de cassation de se prononcer sur la validité de ces clauses dont, par les arrêts susvisés, elle reconnaît l'efficacité.

Ainsi, lorsque l'accord des parties existe sur le mode de calcul du loyer de renouvellement, prévoyant que le montant minimal garanti du loyer sera fixé selon la valeur locative par le juge des loyers commerciaux, la Cour de cassation décide que cet accord s'impose à ce juge.

Conformément aux pouvoirs qu'il tient de l'article R. 145-33 du code de commerce, le juge doit alors fixer la valeur de ce minimum garanti selon les critères énoncés à l'article L. 145-33 du même code, en prenant en compte la sujétion particulière, figurant au contrat, qui impose au preneur de verser au bailleur une prime venant en supplément de ce loyer minimal garanti, lorsqu'un certain seuil du chiffre d'affaires ou un certain niveau d'une jauge est atteint.

C'est, pour partie, cette nécessaire prise en compte, distinguant, dans la composition du loyer, le second élément dont les modalités de calcul, basé sur un pourcentage ou une autre échelle définie par le contrat, sont intangibles, qui justifie l'intervention du juge des loyers commerciaux.

La saga du loyer binaire n'est certainement pas achevée ! »

Cet « infléchissement de la jurisprudence « Théâtre Saint-Georges », initié pour un **loyer binaire**, a par la suite par été appliqué par **3^e Civ., 29 novembre 2018, pourvoi n°17-27.798, publié à un loyer variable alternatif** fixé à un pourcentage déterminé du chiffre d'affaires du locataire **sans pouvoir être inférieur à la valeur locative**⁸⁹.

Il a été jugé qu'une clause d'un bail commercial selon laquelle « les parties conviennent que le montant du loyer de base du bail ainsi renouvelé, sera fixé d'un commun accord entre elles » et « à défaut accord amiable, les parties décident dès à présent de demander au juge compétent de fixer le loyer de base en fonction de la valeur locative », se borne à préciser que le montant du loyer de renouvellement sera fixé judiciairement en l'absence d'accord amiable entre les parties, sans instaurer une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge⁹⁰.

2. Les réactions de la doctrine à la jurisprudence dite Marveine

Cette jurisprudence a suscité une doctrine abondante. Il ressort de la note du SDER qu'une partie de la doctrine a approuvé la jurisprudence Marveine. Selon certains auteurs, cette solution permet de clarifier les règles applicables lors de la fixation du loyer renouvelé et de corriger les inconvénients économiques de la jurisprudence Théâtre Saint Georges, en particulier le risque de décrochage du loyer de la valeur locative attribué à ladite jurisprudence.

Une autre partie de la doctrine a critiqué cette jurisprudence en considérant que celle-ci accorde une place trop forte à la liberté contractuelle par rapport aux règles statutaires au détriment de la protection des locataires, qu'elle conduit inéluctablement au dépassement de la valeur locative statutaire dès lors qu'une seule des composantes du loyer pourra être fixée à ce montant, que les modalités de calcul de l'abattement sont incertaines et qu'elle remet en cause l'équilibre d'une jurisprudence constante et connue des praticiens, engendrant un risque d'insécurité juridique.

⁸⁹ **3^e Civ., 29 novembre 2018, pourvoi n°17-27.798, publié** Sommaire : « 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. »

⁹⁰ **3e Civ., 17 juin 2021, pourvoi n° 20-12.844, publié**

Certains commentateurs se sont interrogés sur une reconnaissance implicite du caractère impératif de l'article L. 145-33 du code de commerce.

D. Questions en suspens sur l'office du juge des loyers commerciaux:

- 1. Est-il tenu de fixer la part fixe d'un loyer comprenant une part variable à la valeur locative selon les critères légaux ou peut-il la fixer selon des critères contractuels ?**

Ces auteurs s'interrogent sur l'obligation ou non pour le juge des loyers, lorsqu'il est saisi d'une demande de fixer la part fixe du loyer renouvelé, de statuer en application des critères de l'article L. 145-33 du code de commerce, ou s'il peut appliquer d'éventuels critères différents prévus par les parties dans le bail.

La doctrine majoritaire est divisée sur ce point, mais parmi ceux qui penchent pour la première alternative, un courant doctrinal en déduit plus largement que la troisième chambre civile a, depuis les arrêts Marveine, ouvert la voie à la reconnaissance du caractère d'ordre public de cet article.

Ainsi J. Monéger⁹¹ s'interroge : « Le juge est invité à appliquer la loi comme si le loyer était un loyer unitaire. Il statue « selon les critères de l'article L. 145-33 et ce dès lors que les parties ont expressément visé les textes statutaires. C'est clairement dire que le juge, lorsque les parties lui confèrent la mission de fixer le loyer minimum garanti d'un loyer composite, doit y procéder dans le respect de la loi. Cet article va être appliqué à titre de principe comme s'il s'agissait d'une norme impérative. Il est incontestable que les termes dudit article ne comportent aucune ambiguïté : le loyer « doit » être fixé à la valeur locative. (...) La reconnaissance du caractère impératif de l'article L. 145-33 du Code de commerce ne procède plus seulement du choix des parties de le réintroduire. **La cour en estimant que les règles statutaires de fixation du loyer lors du renouvellement du bail s'imposent au juge ne laisse-t-elle entendre qu'elle incline vers la reconnaissance du caractère d'ordre public de l'alinéa premier de cet article central ? (...) À quand un arrêt qui invite la Cour de cassation à reconsidérer l'éviction de l'ordre public de direction en matière de révision ? À quand un**

⁹¹ J. Monéger, « La clause de loyer binaire qui prévoit la fixation par le juge est valable et emporte l'application des normes statutaires » JCP (G), 2016,

arrêt qui soulève la pertinence de l'organisation purement contractuelle de la fixation du loyer de renouvellement ? »

D'après les commentateurs du code des baux⁹² : « Celle-ci vient de réaffirmer sa jurisprudence dans un arrêt du 29 novembre 2018 qui l'étend en outre à une variante de la clause-recettes consistant à fixer le loyer en fonction du chiffre d'affaires du preneur, sans qu'il puisse être inférieur à un prix minimum garanti que le juge des loyers reçoit le pouvoir de fixer à la valeur locative. (...) La cour d'appel rappelle à juste titre que le texte n'est pas d'ordre public, mais les arrêts du 3 novembre 2016 semblaient imposer au juge des loyers d'appliquer les critères légaux ainsi que l'abattement pour loyer variable. La Cour de cassation devra donc bientôt préciser sa pensée: **est-il possible d'investir le juge des loyers du pouvoir de fixer le loyer minimum garanti, mais sur le fondement de critères conventionnels et non statutaires?** »

Sur ce point d'importance, **qui n'a encore été tranché expressément par aucun précédent**, un commentaire du conseiller R. Parneix⁹³ apporte un éclairage intéressant :

« **Le risque de cette solution** était toutefois de conduire à un dépassement de la valeur locative en raison de l'addition du loyer de base et du loyer variable. C'était d'ailleurs l'origine du litige en l'espèce où l'un des loyers garantis était passé de 672 000 francs (102 445,74 €) à 131 616,40 euros entre 2001 et 2011. **Il a donc été précisé que le juge était tenu, au regard des critères fixés par l'article L.145-33 du Code de commerce, de tenir compte de l'obligation imposée au preneur de verser, en sus du loyer de base, un loyer additionnel variable et d'apprécier, le cas échéant, l'abattement qui en résulte.**

Il s'agit là d'un renvoi indirect, par le biais du 3° de l'article L 145-33, aux dispositions de l'article R 145-8 alinéa 1 du Code de commerce qui dispose : « **Du point de vue des obligations respectives des parties**, les restrictions à la jouissance des lieux et les obligations incombant normalement au bailleur dont celui-ci se serait déchargé sur le locataire sans contrepartie constituent un facteur de diminution de la valeur locative. Il en est de même des obligations imposées au locataire au-delà de celles qui découlent de la loi ou des usages. (...). Il est aussi tenu compte des modalités selon lesquelles le prix antérieurement applicable a été originellement fixé. »

⁹² Commentaire sous l'article 145-33 du code de commerce, Code des baux, 34 Ed Dalloz 2023

⁹³ R. Parneix « Loyer binaire : infléchissement de la jurisprudence « Théâtre Saint-Georges », Revue de jurisprudence de droit des affaires, janvier 2017, n°1, p. 3

Ce texte permet, lors du renouvellement du bail, de corriger les effets d'une répartition des charges et obligations respectives des parties affectant l'équilibre économique global de la convention. Il en est fait application, entre autres exemples, en présence d'une clause laissant à la charge du preneur l'ensemble des taxes et impositions, y compris foncières, ou lorsque le preneur a réalisé à ses frais des améliorations dans les lieux loués, ou encore, lorsque le preneur accepte d'assumer des réparations concernant la structure ou le gros oeuvre des lieux loués. **Dans le même esprit, rien ne s'oppose à ce que le loyer variable additionnel soit pris en compte pour adapter le montant du loyer renouvelé au cas où le cumul de la part variable et de la part fixe excéderait la valeur locative.**

10. Par ces deux arrêts, la Cour de cassation a tenté de maintenir un équilibre **entre les obligations respectives** des parties tout en confirmant la validité des clauses de loyer binaire et en préservant un accès au juge, lorsque le bail le prévoit, en cas de désaccord sur le calcul du loyer de base. **Mais, les modalités de calcul du loyer renouvelé n'étant pas d'ordre public en l'absence de renvoi aux articles L 145-33 et L 145-34 par l'article L 145-15 du Code de commerce**, il est vraisemblable que les praticiens vont adapter leurs contrats dans l'avenir en stipulant expressément l'indivisibilité des deux composantes du loyer binaire, ou que le cumul de ces deux éléments pourra dépasser, le cas échéant, la valeur locative ou encore que le loyer variable ne sera pas considéré comme une charge exceptionnelle justifiant une minoration de la valeur locative. La saga du loyer binaire n'est certainement pas achevée ! »

Si la Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer directement et explicitement sur cette question, **il ressort de l'analyse de la jurisprudence récente des cours d'appel sur la fixation du prix renouvelé des loyers binaires ou variables que :**

- **lorsque les parties ont prévu des critères spéciaux pour la fixation du montant du loyer de base au renouvellement, les cours d'appel écartent l'application de l'article L. 145-33 du code de commerce et fixent le loyer au regard des critères contractuels**, peu important l'existence d'un désaccord postérieur des parties ⁹⁴ ;

⁹⁴ [CA Paris, 4 juillet 2018, n° RG 13/21421](#) ; [CA Paris, 27 novembre 2019, n° RG 18/014801](#) (Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi rejeté [3e Civ., 17 juin 2021, pourvoi n° 20-12.844, publié](#) mais le moyen ne portait pas sur cette question); [CA Paris, 11 janvier 2023, n° RG 20/01289](#) [CA Paris, 25 janvier 2023, n° RG 20/05603](#) ; [CA Versailles, 9 mars 2023, n° RG 21/02907](#) « Enfin, le fait que seule la part fixe du loyer sera fixée à la valeur locative par le juge car la clause prévoit le maintien du loyer additionnel, ne contrevient pas à l'application des critères légaux de détermination de la valeur locative puisque, comme indiqué ci-dessus, l'obligation du preneur de payer ce loyer additionnel peut être prise en compte dans

- lorsque les parties n'ont pas prévu de critères spéciaux pour la fixation du montant du loyer de base au renouvellement ou ont renvoyé aux dispositions du statut des baux commerciaux, les cours d'appel appliquent les critères de l'article L. 145-33 du code de commerce et fixent le loyer au regard des critères légaux⁹⁵.

Par ailleurs, on rappellera que si le juge des loyers commerciaux fixe en principe le prix du bail renouvelé à la valeur locative selon les critères légaux déterminés à l'article L. 145-33 code de commerce, cette règle ne concerne pas tous les baux commerciaux de sorte qu'il entre aussi dans l'office du juge des loyers commerciaux de se déterminer selon d'autres critères.

Ainsi, des exceptions légales sont prévues pour les locaux monovalents et pour les locaux à usage exclusif de bureaux.

Aux termes de l'article R. 145-11 du code de commerce « Le prix du bail des locaux à usage exclusif de bureaux est fixé par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents, sauf à être corrigés en considération des différences constatées entre le local loué et les locaux de référence. Les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article R. 145-7 sont en ce cas applicables. »

Selon l'article R. 145-10 du code de commerce : « Le prix du bail des locaux construits en vue d'une seule utilisation peut, **par dérogation aux articles L. 145-33 et R. 145-3 et suivants, être déterminé selon les usages observés dans la branche d'activité considérée.** » Si le local loué est monovalent, ne s'appliquent à la fixation du loyer d'un bail renouvelé ni la référence à la valeur locative prescrite par l'article L. 145-33 du code de commerce, ni la règle du plafonnement posée à l'article L. 145-34 du code de commerce⁹⁶, et par conséquent ni les articles R. 145-8⁹⁷ ou R. 145-3⁹⁸ du même code. Selon la jurisprudence, **les juges du fond**

la détermination de la valeur locative. » ; [CA Versailles, 13 avril 2023, n° RG 21/04006](#) ;

⁹⁵ [CA Lyon, 28 juin 2018, n° RG 16/096071](#), arrêt rendu sur renvoi de cassation de l'arrêt Marveine ; [CA Bordeaux, 9 octobre 2017, n° RG 15/07954](#) ; [CA Caen, 31 mars 2022, n° RG 20/00859](#) ; [CA Chambéry, 12 octobre 2021, n° RG 19/01424](#) ; [CA Limoges, 2 mars 2017, n° RG 16/00269](#) ; [CA Rennes, 1er juin 2022, n° RG 19/00230](#)

⁹⁶ [Civ. 3ème 15 octobre 1975, pourvoi n°74-13.466, Bull 296](#) ; [3e Civ., 3 mai 1978, pourvoi n° 77-10.380, Bull 178](#),

⁹⁷ [3e Civ., 1er mars 2000, pourvoi no 98-14.763, Bull 46](#) ; [3e Civ., 5 octobre 2017, pourvoi no 16-18.059, Bull 108](#),

⁹⁸ [3e Civ., 26 mars 2013, pourvoi n° 12-11.643](#)

apprécient souverainement le montant du loyer renouvelé des locaux monovalents selon la méthode de calcul qui leur apparaît la meilleure⁹⁹, et qui généralement, est spécifique aux usages dans la branche d'activité de l'exploitation en cause¹⁰⁰. Ainsi, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond le choix de la méthode hôtelière¹⁰¹, « fondée sur le potentiel économique de l'immeuble loué et les usages observés dans la branche d'activité considérée »¹⁰².

Au surplus, on rappellera que le juge, dans le cadre **d'une action en réajustement du loyer** intentée par un bailleur sur le fondement de l'article L. 145-31 du code de commerce, **fixe le loyer principal en tenant compte du profit réalisé par le locataire principal avec la sous-location et non en fonction de la valeur locative**.

Des auteurs, comme J-D Barbier, regrettent que « la Cour de cassation admette qu'une stipulation contractuelle puisse modifier la mission institutionnelle du juge qui ne fixera plus un loyer, mais un minimum garanti, c'est-à-dire un plancher »¹⁰³. Pour Ph. Thery¹⁰⁴ : « La Cour laisse entendre que la solution dépend de l'existence d'une clause du contrat qui donne au juge le pouvoir de fixer le loyer. **La volonté des parties a-t-elle vraiment sa place dans la détermination des pouvoirs du juge?** Et jusqu'à quel point ? La Cour a-t-elle énoncé une disposition de portée générale qui permettrait, pour n'importe quel contrat, une vente par exemple, de renvoyer au juge la fixation du prix ? Ou cette clause se justifie-t-elle parce que le pouvoir conventionnellement conféré au juge lui a été préalablement accordé par le statut des baux commerciaux ? Dans ce cas, qui semble le plus plausible, la clause

⁹⁹ [3e Civ., 15 octobre 1975, pourvoi n° 74-13.466, Bull 296](#) ; [3e Civ., 17 novembre 1981, pourvoi n° 80-10.953, Bull. 186](#) ; [3e Civ., 15 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.134, Bull 169](#) ; [3e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi n°04-16.376, Bull 208](#) ; [3e Civ., 22 janvier 1997, pourvoi n° 95-13.148](#) ; [3e Civ., 10 avril 2002, pourvoi n° 00-16.412](#) ; [3e Civ., 25 septembre 2002, pourvoi n° 01-10.265](#) ; [3e Civ., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-22.226](#) :

¹⁰⁰ [3e Civ., 8 janvier 1980, pourvoi n° 78-13.058, Bull 5](#),

¹⁰¹ [3e Civ., 2 février 1972, pourvoi no 70-13.896, Bull 77 : Sommaire](#) : « ; [3e Civ., 17 novembre 1981, pourvoi no 80-10.953, Bull 186](#) ; [3e Civ., 26 mars 2013, pourvoi no 12-11.643](#) ; [3e Civ., 23 février 1999, pourvoi no 97-16.003](#)

¹⁰² [3e Civ., 26 mars 2013, pourvoi n° 12-11.643](#)

¹⁰³ Pour la jurisprudence dite Marveine : [J-D Barbier, « Loyers variables : les fissurations de l'édifice », Administrer, février 2020, n° 539, p. 14](#) ;

¹⁰⁴ Ph. Théry, « Entre droit commun et règles spéciales : observations sur les variations du pouvoir juridictionnel », RTD civ. 2017

consisterait à étendre conventionnellement des pouvoirs déjà octroyés par la loi. Mais, même dans cette hypothèse, on peut être réservé sur l'idée que les pouvoirs du juge soient en quelque sorte configurés par les parties. Le juge est institué pour trancher des litiges. Toute autre activité que lui confie la loi est une exception, qu'il s'agisse de ses interventions en matière gracieuse (l'article 25 du code de procédure civile fait reposer son intervention sur une exigence de la loi) ou de toute autre tâche qui lui serait confiée. La possibilité accordée aux parties par l'article 12 du code de procédure civile de conférer au juge une mission d'amiable compositeur ou de le lier par les qualifications qu'elles ont retenues ne vient pas contredire cette affirmation.

La latitude ainsi ouverte aux parties n'a pas pour but de conférer au juge un pouvoir dont il serait dépourvu - il s'agit toujours de trancher le litige - mais de fixer la manière de le trancher, ce qu'autorise le caractère supplétif des règles applicables. »

2. Existe-t-il un droit à une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé à prix modifié ?

Pour D. Cohen-Trumer et L. Lévy¹⁰⁵ : « **Le principe d'une fixation amiable ou judiciaire d'un nouveau loyer en fin de bail, est par contre le corollaire du droit au renouvellement : la loi ne peut imposer au bailleur de renouveler le bail qu'en l'autorisant à réactualiser le loyer à percevoir** — même si cette réactualisation est, dans certains cas, plafonnée. Le refus de renouvellement entraînant, en principe, paiement d'une indemnité d'éviction, c'est l'équilibre même des règles statutaires qui serait en cause si le bailleur devait renouveler le bail sans aucune modification du loyer. Si donc on peut à la rigueur imaginer que les parties s'entendent sur des modalités intangibles de calcul du loyer pour la durée d'un bail, il est plus difficile d'admettre qu'elles puissent implicitement, par le seul choix d'une modalité particulière de calcul du loyer, se lier, quant au prix de ce loyer, pour l'ensemble des renouvellements successifs du bail. (...) Comme le loyer initial, et sauf, s'il y a lieu, le jeu du plafonnement, le loyer de renouvellement est libre, et librement négocié. C'est seulement pour ne pas que cette liberté puisse mettre en cause le droit du preneur au renouvellement que la loi prévoit, à défaut d'accord entre les parties, les modalités de sa fixation judiciaire.»

Ces auteurs font un lien entre le droit au renouvellement du bail commercial, composante de la propriété commerciale, et le droit à une fixation judiciaire du loyer renouvelé à un prix modifié, à défaut d'accord amiable. On ne peut que constater qu'un tel droit à une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé n'a pas été consacré par la jurisprudence, laquelle admet que le prix du bail initial

¹⁰⁵ D. Cohen-Trumer et L. Lévy, Renouvellement. Loyer variable. Fixation. Non-applicabilité du décret du 30 septembre 1953, JCP N, 22 juillet 1994, n°29

puisse être maintenu pour le prix du bail renouvelé expressément ou implicitement par le choix d'un loyer comprenant une part variable sans clause de recours au juge des loyers commerciaux.

En revanche, comme nous l'avons vu, la jurisprudence admet que les parties puissent toujours exercer leur droit d'option si elle ne veulent pas un renouvellement dans ces conditions.

3. Quel est l'office des juges du fond pour apprécier la volonté des parties d'exclure une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé ?

Il apparaît que le fondement le plus important de la jurisprudence de Théâtre Saint Georges à Marveine est le **respect de la liberté contractuelle des parties, c'est-à-dire de leur accord initial sur les modalités de renouvellement, qu'elles ne peuvent, en vertu de la force obligatoire des contrats, que modifier d'un commun accord**. Ainsi, il a été jugé qu'aucune juridiction n'a le pouvoir de modifier les prévisions contractuelles des parties¹⁰⁶.

Un arrêt, parmi d'autres, un arrêt illustre cette position:

3e Civ., 15 mars 2000, pourvoi n° 98-16.771 : « Mais attendu qu'ayant constaté que **la commune intention des parties d'exclure les dispositions du statut des baux commerciaux relatives aux modalités de fixation du loyer résultait de manière claire et non ambiguë des clauses du bail stipulant un loyer variable**, la cour d'appel a exactement retenu que ces modalités étaient étrangères à l'article 23 du décret du 30 septembre 1953 et que la clause de loyer, dans ses deux éléments, devait être reconduite dans le bail renouvelé sans que le juge ait le pouvoir de la modifier. »

Avec la jurisprudence dite Marveine, la Cour de cassation a, au final, admis que, même en présence d'un loyer comprenant une part variable, les parties pouvaient **exprimer leur intention commune de ne pas exclure une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé en stipulant une clause de recours au juge des loyers commerciaux**.

¹⁰⁶ 3e Civ., 14 octobre 1987, pourvoi n° 85-18.132, Bull 169 « Attendu que pour renvoyer l'affaire devant le tribunal de grande instance, l'arrêt attaqué retient que la demande relative à la destination des lieux présentant un caractère essentiel échappe à la compétence du juge des loyers commerciaux ; **Qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune juridiction n'a le pouvoir de modifier les clauses mêmes accessoires du bail commercial à renouveler**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

En l'absence d'une telle clause, faut-il appliquer la position de la jurisprudence dite Théâtre Saint Georges et retenir que les parties sont irréfragablement présumées avoir voulu exclure toute fixation judiciaire du prix du bail renouvelé ? Ou est-ce que la jurisprudence dite Marveine a ouvert une porte permettant aux juges du fond de rechercher quelle est la volonté commune des parties sur ce point même en l'absence d'une clause expresse de recours au juge ?

De manière générale, si les prévisions contractuelles sont d'abord appréciées au regard des clauses du contrat que le juge ne peut pas interpréter lorsqu'elles sont claires et précises, lorsque le contrat est ambigu ou taise, il n'est pas interdit au juge, pour apprécier la commune volonté des parties, de se référer à tout élément, même extrinsèque, ainsi qu'à la manière dont elles ont exécuté le contrat¹⁰⁷. Au contraire, les juges du fond peuvent « rechercher l'intention commune des parties dans les termes employés par elles comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester »¹⁰⁸.

Le présent pourvoi nous invite à étendre la solution consacrée par la jurisprudence dite Marveine même dans l'hypothèse où les parties ne se sont pas ménagées expressément une clause prévoyant le recours au juge des loyers commerciaux,

soutenant notamment que seule cette solution serait conforme au droit d'accès au juge au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

C'est la première fois que la troisième chambre civile est amenée à trancher cette question¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Sommaire : [1re Civ., 13 décembre 1988, pourvoi n° 86-19.068, Bull 352](#) « Pour déterminer quelle a été la commune intention des parties à un acte, dont la cause est contestée, il n'est pas interdit aux juges du fond de relever le comportement ultérieur des contractants . » ; Par exemple [Com., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-15.930](#) ; [3e Civ., 3 avril 2001, pourvoi n° 99-15.584](#) ; [3e Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-15.247](#)

¹⁰⁸ [1re Civ., 23 mai 1995, pourvoi n° 92-20.763](#)

¹⁰⁹ Dans [3e civ., 9 septembre 2014 n°13-14.448](#) moyen tirée de l'inconventionnalité de la jurisprudence avait été écarté comme nouveau.

IV. LE DROIT D'ACCÈS À UN TRIBUNAL GARANTI PAR L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Est-ce que la solution de la cour d'appel selon laquelle le juge des loyers commerciaux n'a pas le pouvoir de statuer sur une demande d'un des cocontractants du bail commercial tendant à voir fixer le prix du bail renouvelé en présence d'un loyer variable et en absence de clause au bail commercial ménageant un recours au juge est contraire aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? Apporte-t-elle une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal ?

Le droit au recours juridictionnel implique la capacité effective pour tout individu de faire juger ses prétentions par un tribunal officiel.

Selon S. Guinchard¹¹⁰, « **le droit à un juge, la garantie d'accès à un tribunal, c'est essentiellement la garantie d'un recours de nature juridictionnelle, à un stade au moins de la procédure, pour faire valoir son droit, défendre ses intérêts.** C'est la première des garanties, en ce sens que sans la possibilité effective de recourir à ce tiers de confiance, indépendant et impartial, que constitue le juge, il n'est point de garantie des droits substantiels. (...) On a pu définir, dans la doctrine la plus autorisée, le droit à un recours juridictionnel, ou encore garantie d'accès à un tribunal, ou enfin droit à un juge (...) comme « **le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits** ».

En droit interne, ce droit est reconnu par **l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme** qui dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. »

Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, il résulte de ce texte « qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles **au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction** ». Le législateur peut en revanche, dans l'exercice de sa compétence, apporter au droit d'agir des

¹¹⁰ S. Guinchard, répertoire de procédure civile, Procès équitable, mars 2017 (actualisation : janvier 2023)

limitations **précisément délimitées**, justifiées par des motifs d'intérêt général et proportionnées au regard de ces objectifs¹¹¹.

En **droit européen**, ce droit est reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv.EDH) :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, **qui décidera, (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...).** »

A. Champ d'application du droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6, § 1 de la Conv.EDH

Le droit d'accéder à un tribunal a été consacré par la jurisprudence de la Cour EDH dans l'arrêt Golder du 21 février 1975¹¹² aux termes d'une motivation dont il est intéressant de reproduire quelques extraits :

« 32. (...) Dans le domaine des contestations civiles, chacun a droit à ce que l'instance entamée par ou contre lui se déroule d'une certaine manière - "équitablement", "publiquement", "dans un délai raisonnable", etc. -, **mais aussi, et d'abord, "à ce que sa cause soit entendue" non par n'importe quelle autorité, mais "par un tribunal"**, au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) (...). Le gouvernement a souligné avec raison que "cause" peut signifier "procès qui se plaide" (Littré, Dictionnaire de la langue française, tome I, p. 509, 5o). **Telle n'est cependant pas l'unique acception ordinaire de ce vocable: il sert également à désigner, par extension, "l'ensemble des intérêts à soutenir, à faire prévaloir"** (Paul Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, tome I, p. 666, II-2o). **De même, la "contestation" préexiste en général au procès et se conçoit sans lui.** (..)

¹¹¹ [Cons. Conseil constitutionnel, 17 janvier 2013, n° 2012-288 QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ](#), Constitutionnalité de l'article 414-2 du code civil qui apporte apporté au droit d'agir des héritiers des limitations ; [Décision n° 2022-986 QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ du 1er avril 2022](#), constitutionnalité de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme qui détermine les conditions de recevabilité d'un recours formé par une association contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols (une procédure engagée par des associations contre la France à l'encontre de cette décision a été déclaré recevable par le comité Aarhus chargé d'assurer le respect de la convention d'Aarhus sur l'accès à la justice en matière d'environnement)

¹¹² CEDH, 21 février 1975, Golder, no. 4451/70, § 36

35. (...) Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours **et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès.**

36. De l'ensemble des considérations qui précèdent, il **ressort que droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 (art. 6-1).** (...) La Cour arrive ainsi, (...) à la conclusion que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) **garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect. »**

Ce droit d'accès au tribunal consacré par l'article 6, § 1 ne se confond pas avec le droit à un recours effectif protégé par l'article 13 de la ConvEDH en vertu duquel « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. » Comme le souligne l'arrêt précité, le « recours effectif » dont parle l'article 13 a trait à la violation d'un droit garanti par la Convention, tandis que l'article 6-1 vise plus largement des contestations relatives **à l'existence ou l'étendue de droits de caractère civil.**

Comme l'explique [le guide sur l'article 6 mis en ligne sur le site de la Cour Européenne des Droits de l'Homme](#) l'applicabilité de l'article 6, § 1 en matière civile est d'abord **subordonnée à l'existence d'une « contestation »** se rapportant à des « droits et obligations » revêtant un « caractère civil » au sens de la Convention. »

Il nous appartiendra donc de déterminer pour le cas d'espèce s'il existe une contestation au sens de ce texte.

La jurisprudence de la Cour EDH a tranché en faveur d'une **définition matérielle** plutôt que formelle du terme « contestation »¹¹³. Comme le relève la Cour EDH **« l'emploi du mot français "contestation" implique l'existence d'un différend »**¹¹⁴.

¹¹³ « L'esprit de la convention commande de ne pas prendre ce terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle »

¹¹⁴ [CEDH, 10 février 1983, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, n°7299/75 et 7496/76](#)

La contestation doit porter sur un « droit » qui doit être « au moins de manière défendable, reconnu en droit interne »¹¹⁵. La contestation peut porter aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités d'exercice. Elle peut concerner tant des « points de fait » que « des questions juridiques ».¹¹⁶ La contestation doit être réelle et sérieuse, ce qui signifie que le recours ne doit pas être dépourvu de la moindre chance de succès¹¹⁷.

Le juge européen est tenu, en principe, pour déterminer l'existence d'un « droit », de se référer au seul droit interne, tel qu'interprété par les juridictions nationales, afin de vérifier que le « droit » y a bien une base légale¹¹⁸. Il y a « droit », au sens de l'article 6, § 1, lorsqu'un droit matériel reconnu en droit national est assorti du droit procédural permettant d'en faire sanctionner le respect par la justice. Peu importe que le juge compétent ne puisse statuer que sur des moyens limités, tels que l'arbitraire, le détournement de pouvoirs ou des vices de procédure¹¹⁹. Repoussant une interprétation étroite de la notion, la Cour EDH a estimé que l'expression couvrait « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé »¹²⁰: un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu l'article 6, § 1 »¹²¹.

La Cour a également souligné que le droit d'accès à un tribunal **doit être « concret et effectif » et non pas « théorique et illusoire »**¹²². Le « tribunal » est une **notion**

¹¹⁵ CEDH, 21 février 1986, *James c. Royaume-Uni*, n° 8793/79, § 81

¹¹⁶ CEDH, 23 octobre 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, no 8848/80 ;

¹¹⁷ CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n° 7151/7 et 7152/75, §. 81 ; CEDH, 11 janvier 2018, *Cipolletta c. Italie*, n° 38259/09

¹¹⁸ CEDH, 28 septembre 1995, *Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, n° 15346/89 et 15379/89, § 49

¹¹⁹ CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, n° 8685/79

¹²⁰ CEDH 16 juillet 1971, *Ringeisen c. Autriche*, no 2614/65 et CEDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, no 6232/73

¹²¹ [CEDH, 10 février 1983, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, n°7299/75 et 7496/76](#) § 47

¹²² Cour EDH, arrêt du 9 octobre 1979, [Airey c. Irlande](#), n° 6289/73, § 24 : « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (...) **La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu**

autonome, qui se caractérise non par les qualifications internes mais au contraire « au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence. »¹²³

La troisième chambre civile a consacré, sur le fondement de l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le principe suivant lequel « chacun a le droit d'accéder à un juge chargé de statuer sur ses prétentions. »¹²⁴

B. Des limitations au droit d'accès au juge admises

Les restriction du droit d'accès à un tribunal, sont admises par la jurisprudence de la Cour EDH qui affirme que le « droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et se prête à des limitations car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation »¹²⁵. Ces limitations peuvent par exemple résulter de délais légaux de prescription¹²⁶ ou d'une procédure préalable de règlement amiable obligatoire¹²⁷.

Ces limitations sont contrôlées. Selon une jurisprudence constante, **elles « ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit d'accès s'en trouve atteint dans sa substance même »**¹²⁸. Par ailleurs, les limitations doivent poursuivre un but légitime et les moyens employés doivent être proportionnés. Ainsi que le synthétise la Cour européenne: **« lorsque l'accès de l'individu est restreint par la loi ou dans les faits, la Cour examine si la restriction**

égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique.

¹²³ CEDH, arrêt du 22 octobre 1984, Sramek c. Autriche, n° 8790/79, § 36

¹²⁴ [3e Civ., 13 novembre 2013, pourvoi n° 12-24.916, Bull 145](#)

¹²⁵ CEDH, 21 février 1975, Golder c. Royaume-Uni, no. 4451/70 ; CEDH, 17 juillet 2003, Luordo c. Italie, n°32190/96, § 85; CEDH, 15 février 2000, García o o Manibardo c/ Espagne, n°38695/97, § 36

¹²⁶ CEDH, arrêt du 13 février 2020, Sanofi Pasteur c. France, n° 25137/16, § 50

¹²⁷ CEDH, arrêt du 26 mars 2015, Momčilović c. Croatie, n° 11239/11, § 45

¹²⁸ CEDH, 27 août 1991, Philis c. Grèce, n° 19780/88, n° 12750/87 et n° 14003/88, § 59; CEDH, 16 décembre 1992, Geouffre de La Pradelle c/ France, n° 12964/87, § 28 ; CEDH, 18 février 1998, Waite et Kennedy c. Allemagne, n° 26083/94 ;

touche à la substance même du droit et, en particulier, si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé¹²⁹. Si la restriction est compatible avec ces principes, il n'y a pas violation de l'article 6.¹³⁰ »

La CourEDH affirme régulièrement « **Si le droit d'exercer un recours est bien entendu soumis à des conditions légales, les tribunaux doivent, lorsqu'ils appliquent des règles de procédure, éviter à la fois un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois** (Walchli c. France, no 35787/03, § 29, 26 juillet 2007). **La Cour réitère que le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente** (Efstathiou et autres c. Grèce, no 36998/02, § 24, 27 juillet 2006). »¹³¹.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH qu'une décision déclarant irrecevable une action, selon les circonstances concrètes et effectives, constitue ou non une limitation au droit d'accès à un tribunal.

Ainsi, la CourEDH a jugé que « **Le fait d'avoir pu emprunter les voies de recours internes mais seulement pour entendre déclarer ses actions irrecevables par le jeu de la loi ne satisfait pas toujours aux impératifs de l'article 6 par. 1 (art. 6-1):** encore faut-il que le degré d'accès procuré par la législation nationale suffise pour assurer à l'individu le "droit à un tribunal" eu égard au principe de la prééminence du droit dans une société démocratique. **L'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits** (voir l'arrêt de Geouffre de la Pradelle précité, p. 43, par. 34). »

La Cour EDH a retenu, pour une décision de la Cour suprême italienne retenant un défaut de pouvoir pour statuer sur une demande indemnitaire pour un acte de gouvernement que « les requérants ne peuvent soutenir avoir été privés du droit d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leurs allégations. Leurs prétentions ont fait

¹²⁹ CEDH, 28 mai 1985, Ashingdane c. Royaume-Uni, no 8225/78, § 57

¹³⁰ CEDH, 10 mai 2001, Z. et Autres c. Royaume-Uni, no 29392/95

¹³¹ CEDH, EDH, Suzgun c. Turquie, 22 janvier 2013, 5015/10

l'objet d'un examen équitable à la lumière des principes applicables du droit interne concernant le droit de la responsabilité délictuelle¹³².

En revanche, elle a condamné la France pour avoir jugé qu'était irrecevable à agir en réparation de son préjudice devant un tribunal, faute d'intérêt à agir, une victime, qui avait déjà saisi le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH d'une demande d'indemnisation dont elle avait accepté l'offre¹³³. La Cour EDH a retenu que le requérant n'avait pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif devant la cour d'appel dès lors que « le système ne présentait **pas une clarté et des garanties suffisantes pour éviter un malentendu quant aux modalités d'exercice des recours offerts et aux limitations découlant de leur exercice simultané.** »

La Cour EDH a également retenu que l'absence d'intérêt à agir d'une association pour défendre des intérêts particuliers ou même sectoriels qui ne concernent pas l'intérêt collectif des membres qu'elle représente **constitue une limitation au droit d'accès à un tribunal**, mais qu'elle a jugée justifiée et proportionnée¹³⁴.

Dans son appréciation, la Cour EDH vérifie la cohérence et la clarté des limitations apportées tant par la loi, le pouvoir réglementaire que la jurisprudence¹³⁵.

¹³² CEDH, 14 décembre 2006, Markovic et autres c. Italie, n° 1398/03

¹³³ [2e Civ., 26 janvier 1994, pourvoi n° 93-06.009, Bull 4](#), « Mais attendu qu'ayant constaté que le préjudice indemnisé par le fonds était celui dont réparation était demandée à la FNTS, et que l'acceptation de l'offre d'indemnisation de son préjudice spécifique de contamination que lui avait faite le fonds dédommageait intégralement M. X..., la cour d'appel, par ce seul motif et sans violer l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention européenne des Droits de l'Homme, **la victime ayant disposé de la faculté de saisir une juridiction pour voir fixer l'indemnisation de son préjudice**, en a déduit à bon droit que l'action de M. X... était irrecevable, faute d'intérêt. »

¹³⁴ CEDH, Fédération Nationale des Familles de France c. France, 4 février 2006, no 63026/00, « La Cour relève qu'incontestablement l'accès de la requérante aux juridictions judiciaires a été limité en l'espèce. »

¹³⁵ CEDH, 5 avril 1995, Société Levage Prestations contre France n° 21920/93, « La Commission considère dès lors que la requérante, non rompue aux arcanes de la procédure civile, et **faisant face à des règles dont la cohérence et la clarté étaient insuffisantes** (Cour eur. D.H., arrêt De Geouffre de la Pradelle c/ France précité, p. 43, par. 35), n'a pas bénéficié d'un droit d'accès effectif et concret à la Cour de cassation au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention. » ; CEDH, Fédération Nationale des Familles de France c. France, 4 février 2006, no 63026/00, « **La Cour constate ensuite le caractère constant de la jurisprudence de la Cour de cassation sur laquelle se sont fondées les juridictions judiciaires afin de déclarer le recours de la requérante irrecevable.** »

En application de cette jurisprudence, la deuxième chambre civile a jugé que certaines règles de procédure encadrant le droit d'appel ne portent pas atteinte en elles-mêmes, à la substance du droit d'accès au juge dès lors qu'elle « **sont dépourvues d'ambiguïté et concourent à une bonne administration de la justice en assurant la sécurité juridique de cette procédure** »¹³⁶ mais a censuré d'autres règles qui en raison de manque de prévisibilité, de lisibilité et de cohérence affectaient le droit à l'accès effectif au juge, dans sa substance même¹³⁷

La première chambre civile exige que les juges du fond vérifient la proportionnalité de l'atteinte portée **au droit d'agir en justice** par des clauses pénales stipulées dans les libéralités¹³⁸, approuvant le cas échéant la sanction du réputé non écrit¹³⁹.

La chambre commerciale s'est fondée expressément sur l'article 6-1 de la Conv.EDH pour justifier un revirement de sa jurisprudence aux termes d'un arrêt à la motivation développé, retenant que l'interprétation qu'elle faisait par une jurisprudence constante de l'article R. 411-21 du code de la propriété intellectuelle excluant l'application de l'article 126 du code de procédure civile et donc toute possibilité de régularisation **atteignait de façon disproportionnée le droit d'accès effectif à un tribunal du requérant prévu à l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, et qu'il était « donc nécessaire d'abandonner la jurisprudence précitée et d'interpréter désormais l'article R. 411-21 du code de la propriété intellectuelle en ce sens que ses dispositions ne sont pas exclusives de l'application de l'article 126 du code de procédure civile et que, dès lors, l'irrecevabilité du recours formé contre les décisions du directeur de l'INPI résultant de l'omission, dans la déclaration de recours, d'une des mentions requises, sera écartée si, avant que le juge statue, la partie requérante communique les indications manquantes. »¹⁴⁰

C. La possibilité de renoncer à son droit d'accès à un tribunal

Par ailleurs, en matière civile, la CourEDH admet que les parties puissent renoncer à se prévaloir de l'examen de leur cause par un tribunal en stipulant une clause contractuelle d'arbitrage à la condition qu'une telle renonciation soit libre,

¹³⁶ [2e Civ., 2 juillet 2020, pourvoi n° 19-16.954](#)

¹³⁷ [2e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 19-12.990, publié](#)

¹³⁸ [1re Civ., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-29.285, Bull 322](#)

¹³⁹ [1re Civ., 13 avril 2016, pourvoi n° 15-13.312, Bull 90](#)

¹⁴⁰ [Com., 12 mai 2021, pourvoi n° 18-15.153, publié](#)

licite et sans équivoque. Ainsi, « pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention » une telle renonciation « doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité.¹⁴¹ »

Un arrêt¹⁴² précise qu'un « arbitrage volontaire consenti librement (...) ne pose guère de problème sur le terrain de l'article 6 » dès lors que « **les parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat. En souscrivant à une clause d'arbitrage, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention. Telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle soit libre, licite et sans équivoque** (...) ». De plus, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, la renonciation à certains droits garantis par la Convention doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (...). » Au cas d'espèce, elle a retenu que c'est en « exerçant sa liberté contractuelle », et de manière non équivoque, qu'une partie a signé une convention d'arbitrage par laquelle elle a « a expressément et librement renoncé à la possibilité de soumettre les litiges pouvant potentiellement surgir à l'avenir à un tribunal ordinaire qui lui aurait offert l'ensemble des garanties de l'article 6 de la Convention ». Il n'existe aucune indication que le requérant ait agi sous la contrainte en signant la convention d'arbitrage. Par ailleurs, le requérant ne le prétend pas.

==> Au cas présent :

La cour d'appel a motivé sa décision sur l'article 6 de la ConvEDH de la manière suivante :

« Il est acquis et constant que l'article 6 §1 de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés (CSDHL) reconnaît un droit reconnu d'accès à la justice et que s'il peut souffrir des limitations, elles ne doivent pas porter une atteinte excessive ou disproportionnée à ce droit d'accès en restreignant ' de manière ou à un point tel que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même, et elles ne se concilient avec l'article 6§1 de la CSDHL que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé'. Ainsi, la réglementation nationale ou son

¹⁴¹ CEDH, Pfeifer et Plankl c. Autriche, 25 février 1992, 10802/84 ; CEDH, SI Chiossiez Bon Attrait c. Suisse, 15 février 2001, 42388/98 « En l'espèce, il ressort du dossier que la renonciation, faite par le conseil de la requérante en présence d'une autre personne qui la représentait, était expresse et non équivoque, et que, comme le Tribunal fédéral l'a relevé, ni la requérante, ni son avocat ne l'ont remise en cause jusqu'à l'introduction de leur appel devant la chambre des recours. »

¹⁴² CEDH, Tabbane c. Suisse, 1er mars 2016, n°41069/12

application ne doit pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible.

Toutefois, les règles de procédure civile peuvent apporter des limitations à la saisine des juridictions et il convient de procéder à une appréciation à la lumière des particularités de chaque procédure afin éviter un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité mais également une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de compétence établies par la loi nationale et la jurisprudence.

En l'espèce, les règles appliquées n'ont pas porté atteinte au droit d'accès à un tribunal de la société Cimiez, qui a pu saisir le juge des loyers qui s'est déclaré incompétent de manière convaincante et raisonnable au regard des limitations du droit national applicable. Le simple fait que sa demande a été examinée démontre qu'elle a disposé d'un droit d'accès.

En effet, le droit d'accès aux tribunaux ne peut s'analyser en un droit absolu d'accès à toutes juridictions mais doit s'apprécier au regard des règles de compétences propres à chaque juridiction. L'irrecevabilité de sa demande constatée par le juge ne permet pas de conclure à la violation de son droit d'accès. **Le simple fait que sa demande soit jugée irrecevable n'équivaut pas *ipso facto* une entrave injustifiée au droit d'accès à un tribunal du moment que ses prétentions ont été dûment examinées et discuter devant ce tribunal. Les limitations de compétence du juge des loyers poursuivent des buts légitimes qui se rattachent aux principes de la bonne administration de la justice et de la sécurité juridique.**

De surcroît, la fixation du loyer binaire échappe aux dispositions du décret de 1953 et n'est régie que par la convention des parties. Mais cette règle jurisprudentielle, qui entrave le recours au juge des loyers, peut être aisément éludée par les parties en prévoyant par une convention qu'elles acceptent de soumettre la fixation du loyer lors du renouvellement aux dispositions de l'article L 145-33 du code de commerce et bénéficié dès lors d'un accès au juge des loyers commerciaux.

Enfin, l'interprétation contestée des règles de compétence ne porte pas atteinte au droit d'accès à un tribunal dans sa substance puisque les parties peuvent valablement soumettre leur contentieux au tribunal judiciaire en cas de litige concernant l'exécution du contrat qui statuera selon les principes de droit interne relatif aux contrats. Seul l'accès à la juridiction particulière que constitue le juge des loyers commerciaux est restreint eu égard aux compétences limitées de ce juge dont le rôle se réduit à la fixation du loyer du bail renouvelé et au fait que les parties ont volontairement opté pour un statuant excluant ce recours particulier. Les parties et notamment la SCI Nice Cimiez peuvent saisir le juge judiciaire du tribunal civil qui reste le seul juge compétent pour apprécier le contrat et connaître toutes contestations relatives aux droits et obligations de caractère civil. La SCI Nice Cimiez bénéficie bien d'une autre voie de recours judiciaire

effective et disponible permettant de revendiquer ses droits concernant ce contrat devant un tribunal indépendant et impartial et de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente.

Ainsi la décision de première instance excluant le recours à un juge des loyers commerciaux ne porte pas atteinte au droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 de la CSDHL. »

V. Exception d'incompétence, fin de non-recevoir ou défense au fond au regard du principe de l'estoppel ?

Le moyen, en sa première branche, reproche à la cour d'appel d'avoir analysé le défaut de pouvoir juridictionnel du juge des loyers commerciaux en une fin de non-recevoir et non comme une exception d'incompétence et d'avoir écarté le principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui.

Le mémoire en défense soutient que dans tous les cas, il s'agit d'une défense au fond.

A. Le domaine d'application de la fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui

L'estoppel, notion issue du droit anglo-saxon, a été consacré prudemment par l'assemblée plénière¹⁴³ qui a précisé que « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir »; et a été appliqué pour la première fois par la première chambre civile en 2005 dans le cadre d'une affaire d'arbitrage international¹⁴⁴.

Comme le souligne O. Guérin, avocat général, dans son avis sous [3e Civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.891, Bull 22](#), le principe de l'estoppel se rapproche du « devoir de cohérence; de loyauté et de bonne foi ». Ainsi, c'est en fondant sa décision sur l'article 1134 alinéa 3 du code civil consacrant le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats, que la troisième chambre civile a jugé dans cet arrêt de 2009 qu'un assureur qui s'était prévalu de la nature décennale des désordres pour exiger de son assuré le versement de primes majorées ne pouvait ensuite contester devant les juges du fond la garantie correspondante pour lui voir substituer une garantie moins onéreuse pour lui¹⁴⁵.

¹⁴³ [Ass. plén., 27 février 2009, pourvoi n° 07-19.841, Bull 1](#)

¹⁴⁴ [1re Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 01-15.912, Bull 302](#)

¹⁴⁵ [3e Civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.891, Bull 22](#)

Depuis ces premières décisions, des décisions ultérieures ont précisé le régime juridique de l'estoppel dans le sens d'un encadrement plus stricte.

Il est désormais établi que « la **fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions** »¹⁴⁶.

La jurisprudence limite l'application du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui **aux changements**¹⁴⁷ **de position en droit** :

- **intervenues au cours du débat judiciaire**¹⁴⁸ (selon un auteur, « la version française de l'estoppel ne peut concerner des contradictions semi-processuelles ou mixtes (...) qui impliquent une incohérence entre une prétention soumise au juge et des allégations antérieures. »¹⁴⁹) ;
- **intervenues et au cours d'une même instance judiciaire**¹⁵⁰ ;
- **constituant des prétentions contraires ou incompatibles entre elles**¹⁵¹, ce qui n'est pas le cas d'un simple manque de clarté des conclusions¹⁵² ou entre des demandes formées à titre principal et subsidiaire¹⁵³ ;
- **ayant induit l'adversaire en erreur**¹⁵⁴.

¹⁴⁶ [2e Civ., 15 mars 2018, pourvoi n° 17-21.991, Bull 49](#) ; [1re Civ., 22 mars 2023, pourvoi n° 21-16.044](#)

¹⁴⁷ [1re Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.288, Bull 25](#)

¹⁴⁸ [2e Civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-29.202, Bull 144](#), ; [1re Civ., 22 mars 2023, pourvoi n° 21-16.044](#)

¹⁴⁹ D. Cholet « Nouvelle limitation du principe « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », JCPéd G., n° 29, 17 juillet 2017, 816

¹⁵⁰ [Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.947, Bull 173](#) ; [1re Civ., 22 mars 2023, pourvoi n° 21-16.044](#) ; [2e Civ., 4 juin 2020, pourvoi n° 19-13.282](#)

¹⁵¹ [1re Civ., 22 octobre 2014, pourvoi n° 12-29.265, Bull 176](#)

¹⁵² [Com., 18 janvier 2023, pourvoi n° 21-17.426](#)

¹⁵³ [3e Civ., 9 février 2022, pourvoi n° 20-20.148](#)

¹⁵⁴ [1re Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.288, Bull 25](#) ; [Com., 26 novembre 2013, pourvoi n° 12-27.456](#) ; [1re Civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534, Bull 154](#) ;

Au surplus, comme l'expose C. Cardiny, conseiller référendaire près de la deuxième chambre civile¹⁵⁵, « aussi fondamental qu'il puisse paraître, le principe selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » ne peut pas faire échec aux règles de procédures civiles », ce qui a conduit **la Cour de cassation à exclure son application :**

- **aux fins de non-recevoir**, définies par l'article 122 du code de procédure civile comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée », les fins de non-recevoir peuvent, en application de l'article 123 du code de procédure civile, être opposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt¹⁵⁶ ;

- **aux défenses au fond** : définies par l'article 71 du code de procédure civile, comme « tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire », les défenses au fond peuvent, en application de l'article 72 du même code, être proposées en tout état de cause ;

- **aux moyens nouveaux présentés en appel pour justifier des prétentions soumises aux premiers juge** en application de l'article 563 du code de procédure civile.

Ainsi, plusieurs arrêts ont précisé que **les défenses au fond pouvant être invoquées en tout état de cause, les parties peuvent, en cause d'appel, invoquer des moyens nouveaux pour justifier les prétentions qu'elles ont soumises au premier juge, sans se voir opposer une irrecevabilité tirée de l'estoppel**¹⁵⁷.

Selon un auteur¹⁵⁸, « le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui s'oppose à la recevabilité des prétentions contradictoires. Pour la Cour de cassation, cette fin de non-recevoir s'entend strictement : elle sanctionne seulement la contradiction qui affecte les prétentions entre elles ; elle ne permet pas de rejeter sans examen au fond une prétention parce que le plaideur aurait formulé à son soutien des allégations contradictoires. »

¹⁵⁵ Rapport sous [2e Civ., 4 juin 2020, pourvoi n° 19-13.282](#)

¹⁵⁶ [2e Civ., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-25.835, Bull 221](#) ;

¹⁵⁷ [3e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.427, Bull 14](#) ; [Com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-28.262, Bull 17](#) ; [1re Civ., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-22.207, Bull 256](#) ; [3e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.427, Bull 14](#)

¹⁵⁸ N.Cayrol, « La distinction des prétentions et des allégations. À propos du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », RTD civ., 2017, p. 725

La possibilité pour une partie consacrée par l'article 563 du code de procédure civile de soulever en appel des moyens nouveaux pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge ne peut plus être mise en oeuvre en cas de **renonciation**, la jurisprudence ayant consacré le principe selon lequel « **nul ne peut se prévaloir en appel d'un moyen auquel il a expressément renoncé devant les premiers juges** »¹⁵⁹. La renonciation, qui ne se présume pas, doit être expresse¹⁶⁰¹⁶¹

Les conditions d'application du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui par les juges du fond fait l'objet d'un contrôle lourd de la part de la Cour de cassation¹⁶².

B. Distinction entre défaut de pouvoir juridictionnel et incompetence

La distinction entre le défaut de pouvoir d'une juridiction, constitutif d'une fin de non-recevoir soulevable à tout moment, et une exception d'incompétence devant être soulevée *in limine litis*, est délicate.

La troisième chambre civile a jugé récemment qu'il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux de statuer sur l'application du dernier alinéa de l'article L. 145-34 du code de commerce et qu'il en est de même pour la cour d'appel, laquelle, saisie de l'appel d'un jugement du juge des loyers commerciaux ne peut statuer que **dans la limite des pouvoirs** de celui-ci¹⁶³.

La chambre commerciale, dans un arrêt¹⁶⁴ effectuant un revirement de jurisprudence pour « juger désormais que la règle découlant de l'application combinée des articles L. 442-6, III, devenu L. 442-4, III, et D. 442-3, devenu D. 442-2 du code de commerce, désignant les seules juridictions indiquées par ce dernier texte pour connaître de l'application des dispositions du I et du II de l'article L. 442-6 précité, devenues l'article L. 442-1, institue une règle de compétence d'attribution exclusive et non une fin de

¹⁵⁹ [3e Civ., 8 juin 1979, pourvoi n° 78-11.905, Bull 125](#), ; [2e Civ., 1 février 2018, pourvoi n° 16-27.489](#) ;

¹⁶⁰ [3e Civ., 18 janvier 2012, pourvoi n° 11-10.389, Bull 12](#),

¹⁶¹ sommaire de [3e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull 94](#)

¹⁶² [1re Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.288, Bull 25](#)

¹⁶³ [3e Civ., 25 janvier 2023, pourvoi n° 21-21.943](#)

¹⁶⁴ [Com., 18 octobre 2023, pourvoi n° 21-15.378, publiée](#)

non-recevoir » a notamment retenu que sa « construction jurisprudentielle complexe, qui ne correspond pas à la terminologie des articles D. 442-3 et D. 442-4 du code de commerce, devenus depuis, respectivement, les articles D. 442-2 et D. 442-3 de ce code, lesquels se réfèrent à la compétence de ces juridictions et non à leur pouvoir juridictionnel, aboutit à des solutions confuses et génératrices, pour les parties, d'une insécurité juridique quant à la détermination de la juridiction ou de la cour d'appel pouvant connaître de leurs actions, de leurs prétentions ou de leur recours. Elle donne lieu, en outre, à des solutions procédurales rigoureuses pour les plaideurs qui, à la suite d'une erreur dans le choix de la juridiction saisie, peuvent se heurter à ce que certaines de leurs demandes ne puissent être examinées, en raison soit de l'intervention de la prescription soit de l'expiration du délai de recours. Au surplus, sa complexité de mise en oeuvre ne répond pas aux objectifs de bonne administration de la justice. 14. Enfin, elle est en contradiction avec l'article 33 du code de procédure civile dont il résulte que la désignation d'une juridiction en raison de la matière par les règles relatives à l'organisation judiciaire et par des dispositions particulières relève de la compétence d'attribution. »

L'article 33 du code de procédure civile dispose que : « **La compétence des juridictions en raison de la matière** est déterminée par les règles relatives à l'organisation judiciaire et par des dispositions particulières. »

Dans son rapport complémentaire sous l'arrêt précité, Mme Michel-Amsellem indique que les définitions doctrinales¹⁶⁵ des notions de compétence et de pouvoir « reposent toutes sur une même clé de répartition, c'est à dire, schématiquement, une concurrence entre juges pour la compétence et une aptitude particulière à juger seulement certains litiges au regard des règles de droit qui leur sont propres pour le pouvoir juridictionnel ».

La conseillère relève que la jurisprudence a retenu comme relevant **du pouvoir juridictionnel**, et ainsi **du défaut ou de l'excès de pouvoir** :

- les limites des attributions du juge des référés¹⁶⁶ ;

¹⁶⁵ S. Guinchard, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, chapitre 293 - Fins de 4 non-recevoir, 293.91, édition 2021-2022 « Le pouvoir de juger ou pouvoir juridictionnel, désigne le pouvoir propre du juge de trancher les litiges, pouvoir qui lui est accordé par le législateur comme à toute autre juridiction ; indivisible, ce pouvoir ne se pose pas, pour un juge, en termes de concurrence avec celui accordé aux autres juges. Lorsqu'un juge s'interroge sur l'existence de son pouvoir de juger, il ne le fait pas en se posant la question " moi ou un autre ", mais en vérifiant si les conditions d'existence de ce pouvoir sont réunies dans l'affaire qui lui est soumise » ; P. Callé

¹⁶⁶ [Com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-16.842, Bull 334](#) ; [Com., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-11.477](#)

- les limites des attributions du juge de la mise en état¹⁶⁷ ;
- la spécialisation du président du tribunal judiciaire ou de commerce pour désigner un expert chargé d'évaluer la valeur des droits sociaux d'un associé dans le cas de désaccord entre les parties, prévue par l'article 1843-4 du code civil¹⁶⁸ ;
- l'impossibilité pour le juge de l'exécution de prononcer des dommages et intérêts lorsque la demande n'est pas fondée sur l'exécution ou l'inexécution dommageable de la mesure¹⁶⁹ ;
- les attributions du juge commissaire¹⁷⁰ ;
- les juridictions sous le contrôle exclusif de la cour d'appel de Paris pour connaître des dispositions du droit de la concurrence, des pratiques restrictives de concurrence et de la réparation des pratiques anticoncurrentielles

On peut ajouter à cette liste :

- les attributions du président de la CIVI¹⁷¹ ;
- les attributions du juge aux affaires familiales dans le cadre de l'ordonnance de protection¹⁷².

Le conseiller rapporteur relève qu'en revanche ont été considérées comme relevant de la compétence :

- la spécialisation de certains tribunaux de commerce pour connaître des procédures collectives dépassant un certain seuil¹⁷³ ;
- la spécialisation du tribunal de grande instance de Paris et de la cour d'appel de Paris en matière de brevets à compter du 1 novembre 2009, de marques, de dessins et de

¹⁶⁷ [3e Civ., 6 mai 1987, pourvoi n° 85-17.118, Bull 95](#) ; [2e Civ., 25 mars 2021, pourvoi n° 19-16.216, publié](#)

¹⁶⁸ [Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-13.756, Bull 210](#)

¹⁶⁹ [2e Civ., 15 avril 2021, pourvoi n° 19-20.281, publié](#)

¹⁷⁰ [Com., 9 avril 2013, pourvoi n° 12-15.414, Bull 59.](#)

¹⁷¹ [2e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-16.401](#) (voir le rapport qui pose clairement la question de l'effet dévolutif...)

¹⁷² [1re Civ., 13 juillet 2016, pourvoi n° 14-26.203, Bull 164](#)

¹⁷³ [Com., 17 novembre 2021, pourvoi n° 19-50.067](#), publié Sommaire : « Ce texte, qui ne prive pas le tribunal de commerce non spécialement désigné du pouvoir juridictionnel de connaître de ces procédures lorsque les seuils qu'il prévoit ne sont pas atteints, **détermine une règle de répartition de compétence entre les juridictions appelées à connaître des procédures, dont l'inobservation est sanctionnée par une décision d'incompétence, et non par une décision d'irrecevabilité.** »

modèles communautaires, de marque communautaire, et de propriété littéraire et artistique¹⁷⁴ ;

- la connaissance des différends individuels qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail entre employeur et salarié par les conseils de prud'hommes¹⁷⁵ ;
- la spécialisation des juridictions pour statuer en matière d'adoption internationale¹⁷⁶ ;
- la spécialisation de certaines juridictions et de la cour d'appel d'Amiens pour connaître des litiges mentionnés au 7 de l'article L. 142-1 du code de la sécurité sociale en application de l'article L. 311-16 et D. 311-12 du COJ¹⁷⁷.

La distinction entre incompétence et pouvoir juridictionnel emporte des conséquences pratiques très importantes puisque l'incompétence se résout par une exception de procédure et le défaut de pouvoir juridictionnel relève des fins de non-recevoir.

Pour mémoire, les exceptions de procédure, parmi lesquelles figurent les exceptions d'incompétence, sont prévues par les articles 73 et suivants du code de procédure civile. Elles sont définies ainsi par le premier de ces textes : « **constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours** ». L'article 74 indique quant à lui que « les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir ». Leur régime spécifique est régi par les articles 75 à 91 du code de procédure civile. L'article 75 précise ainsi que « la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée ». Le juge n'a pas d'obligation de la relever d'office, mais en a le pouvoir dans certains cas, énumérés par les articles 76 (incompétence d'attribution) et 77 (incompétence territoriale). Enfin, l'article 2241 du code civil dispose que la demande en justice, même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.

Les fins de non-recevoir font l'objet d'un chapitre propre au sein du code de procédure civile, réunissant les articles 122 à 126, qui s'inscrit dans un titre V « les moyens de défense ». Le premier de ces articles indique que « **constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans**

¹⁷⁴ [Com., 16 février 2016, pourvoi n° 14-25.340, Bull 31](#) ; [1re Civ., 30 juin 2021, pourvoi n° 20-11.866](#), publié

¹⁷⁵ [Soc 21 mai 2008, pourvoi n° 07-15.462, Bull 112](#)

¹⁷⁶ [1re Civ., 18 mars 2020, pourvoi n° 19-50.031](#), publié

¹⁷⁷ [2e Civ., 17 mars 2022, pourvoi n° 20-20.878](#), publié

examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». Cette liste n'est pas limitative¹⁷⁸.

Conformément à l'article 123, elles peuvent être « proposées en tout état de cause, à moins qu'il en soit disposé autrement », et ce « sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief » ajoute l'article 124. Le juge a l'obligation de les relever d'office « lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public », et le pouvoir de relever celle « tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée » (article 125). Enfin, la règle tirée de l'article 2243 du code civil, selon lequel « l'interruption [de la prescription] est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée » s'applique aux fins de non-recevoir, d'après une jurisprudence constante (Com., 26 janvier 2016, n 14-17.952 par exemple).

C. Sur la qualification de défense au fond

L'article 71 du code de procédure civile définit la défense au fond c'est-à-dire « tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire. »

Les défenses au fond échappant à la prescription, la jurisprudence s'est prononcée sur la qualification de ces moyens en cette matière. Ainsi, la caution ne peut se voir opposer de prescription aux moyens tendant seulement au rejet de la demande en paiement formé à son encontre, telle que la disproportion de son engagement¹⁷⁹. Pour qu'il s'agisse d'une défense au fond, il faut que la partie ne demande que le rejet de la demande en paiement formée à son encontre, à l'exclusion de tout autre avantage¹⁸⁰.

La jurisprudence a tranché en ce sens que l'exception de nullité est un moyen de défense au fond, et non une exception de procédure¹⁸¹ : elle peut en conséquence être

¹⁷⁸ [Ch. mixte, 14 février 2003, n°00-19.423 et n°00-19.424, Bull 1](#)

¹⁷⁹ [1re Civ., 31 janvier 2018, pourvoi n° 16-24.092, Bull 13](#) ; [Com., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-10.103, Bull 67](#) ; [Com., 4 novembre 2021, pourvoi n° 20-14.571](#) ; ; [1re Civ., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-22.637](#) ;

¹⁸⁰ [3e Civ., 4 octobre 2018, pourvoi n° 17-15.601](#) ; [Com., 14 octobre 2014, pourvoi n° 13-21.036](#) ;

¹⁸¹ [3e Civ., 16 mars 2010, pourvoi n° 09-13.187, Bull 63](#)

proposée en tout état de cause, même pour la première fois en appel¹⁸², sans avoir besoin d'être soulevée *in limine litis*¹⁸³.

D. Fondement juridique retenu par la troisième chambre civile pour exclure l'intervention du juge des loyers commerciaux

La troisième chambre civile a déjà jugé, par l'arrêt publié du 7 mai 2002, dite jurisprudence Unibail c/Le Méridien d'autrui¹⁸⁴, dans un litige afférent à un bail commercial stipulant une clause de loyer variable que « **Les parties pouvant à tout moment, y compris en appel, invoquer des moyens nouveaux, le fait que, dans la motivation d'un jugement avant dire droit, le premier juge ait constaté que les parties s'accordaient pour rechercher la valeur locative des lieux loués** et le fait que le congé délivré par la bailleresse justifiait le montant du nouveau loyer proposé par le désir de modifier les conditions de la location "en adaptant le prix actuellement en vigueur aux nouvelles conditions économiques" et que les mémoires échangés par la suite, au visa du décret du 30 septembre 1953, se référaient à la valeur locative, ne constituent pas un accord définitif des parties pour fixer le loyer du bail renouvelé à la valeur locative et selon la procédure édictée par le décret de 1953. »

Dans cet arrêt, la troisième chambre civile rejette expressément le moyen du locataire fondé sur le principe général selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. Elle estime qu'il s'agit d'un moyen au fond justifiant le rejet des demandes en fixation du prix du bail renouvelé : « Mais attendu qu'ayant, à bon droit, retenu, (...), soulignant que l'accord des parties sur le prix, n'était plus d'actualité, que la fixation du nouveau loyer ne pouvait résulter que de l'accord des parties et que le rôle du juge ne pouvait être que de constater cet accord, s'il existait, et constaté l'absence d'un tel accord quant à la partie fixe du loyer, la cour d'appel en a exactement déduit, que le bailleur et le preneur devaient être déboutés de leur demande en fixation du prix du bail renouvelé. »

Dans la majorité des arrêts cités au rapport, la Cour de cassation approuve les cours d'appel d'avoir **rejeté** les demandes en fixation judiciaire du prix du bail renouvelé¹⁸⁵.

¹⁸² [1re Civ., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-25.107](#)

¹⁸³ [3e Civ., 16 mars 2010, pourvoi n° 09-13.187, Bull 63](#)

¹⁸⁴ [3e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull 94](#)

¹⁸⁵ [3e Civ., 15 mars 2000, pourvoi n° 98-16.771](#) ; [3e Civ., 7 mars 2001, pourvoi n° 99-17.055, Bull 29](#) ; [3e civ. 12 mai 2016 n°15-14.107](#) « Mais attendu qu'ayant souverainement retenu, par une interprétation de la clause de l'avenant du 24 mars 2002 que son ambiguïté rendait nécessaire, que les parties s'étaient librement accordées sur chacune des composantes

Si dans un arrêt non publié, la troisième chambre civile approuve une cour d'appel d'avoir retenu l'incompétence du juge des loyers commerciaux pour fixer ce loyer à la place des parties¹⁸⁶, il ne s'agit pas tant d'une incompétence du juge des loyers commerciaux au profit d'un autre juge mais de l'interdiction qui lui est faite de se substituer à la volonté des parties.

AVIS 1015

Le rapporteur entend soumettre aux débats le moyen de cassation relevé d'office selon lequel il résulterait des articles L. 145-33 et R. 145-23 du code de commerce et 71 et 122 du code de procédure civile que le moyen soulevé par l'une des parties à un bail commercial pour s'opposer à une demande de fixation du prix du bail renouvelé par le juge des loyers commerciaux 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'analyserait en une défense au fond et non en une fin de non-recevoir ni en une exception d'incompétence, de sorte que le juge des loyers commerciaux ne pourrait déclarer irrecevable une telle demande, mais devrait l'examiner au fond, soit en fixant le prix du bail renouvelé, soit en rejetant la demande en ce sens, après avoir recherché si les parties avaient convenu ou non, en cas de désaccord, de voir fixer judiciairement le prix du bail renouvelé à la valeur locative, ne fût-ce que pour la part fixe.

Le présent avis est susceptible de faire l'objet d'observations de la part des avocats constitués dans ce dossier, dans le délai de trois semaines à compter de la mise en ligne du présent rapport.

du loyer comportant une partie fixe et une partie variable en fonction d'un pourcentage du revenu brut d'exploitation du preneur, celles-ci formant un tout indivisible et le loyer ne pouvant ni excéder une certaine somme ni lui être inférieur en fin de bail, et que la fixation du loyer renouvelé d'un bail stipulant une telle clause n'était régie que par la convention des parties et échappait aux dispositions régissant le statut des baux commerciaux, la cour d'appel en a exactement déduit, sans violer le principe de la contradiction et abstraction faite du motif surabondant tiré de l'absence de contestation par voie de contredit du jugement d'incompétence du juge des loyers commerciaux, **que la demande de fixation judiciaire du loyer de renouvellement devait être rejetée ; »**

¹⁸⁶ [3e Civ., 9 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.448](#)

==> Au cas présent :

La cour d'appel a jugé, pour rejeter le moyen tiré du principe selon lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui soulevé par la bailleresse :

« La SCI Nice Cimiez, en application du principe selon lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui, soutient que la position adoptée par la SAS Monoprix Exploitation est de nature à rendre irrecevable la fin de non-recevoir soulevée pour défaut de pouvoir juridictionnel du juge des loyers en ce qu'elle a admis la compétence du juge des loyers dans un premier jeu de conclusions pour modifier sa position au cours des débats .

Toutefois, en application des dispositions de l'article 563 du code de procédure civil, les parties peuvent invoquer en tout état de cause pour justifier leurs prétentions soumises au premier juge des moyens nouveaux en cause d'appel, sans que la théorie de l'estoppel puisse leur être opposée.

La société Monoprix, qui avait dans un premier mémoire déposé le 30 novembre 2018, a admis la compétence du juge des loyers pour fixer le prix du bail renouvelé, a dès le 11 avril 2019 notifié un second mémoire aux termes duquel elle a conclu à son absence de pouvoir juridictionnel au motif que le loyer litigieux était un loyer binaire. **S'agissant d'une fin de non-recevoir, elle peut être soulevée en tout état de cause, dans un mémoire contradictoire qui a été librement débattu par les parties et la théorie de l'estoppel ne peut lui être opposée.**

Il convient de confirmer le jugement de première instance à ce titre. »

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il nous appartiendra de statuer sur les mérites du pourvoi.