



Notice au rapport relative à l'arrêt n° 275 du 30 mai 2024 Pourvoi n° 22-16.447 – Troisième chambre civile

Rares sont les jurisprudences de la Cour de cassation connues sous un nom propre, mais en bail commercial, sont régulièrement cités les arrêts *Théâtre Saint-Georges* et *Marveine* lorsqu'il est question des loyers dits binaires ou clause-recettes, modalités de fixation du loyer auxquelles il est fréquemment recouru en pratique.

Ni les textes ni la jurisprudence n'en donnent de définition. Ils ont pour particularité de comprendre une part variable détachée de la valeur locative, la plus souvent fixée en fonction du chiffre d'affaires du locataire selon diverses modalités (fixation alternative ou additionnelle, soit systématiquement soit en fonction de seuils...). La consultation extérieure sollicitée par le ministère public¹ a révélé que la fonction de ces loyers, apparus dans les années soixante pour attirer dans les premiers centres commerciaux des locataires avec un loyer fixe attractif et une part variable ne leur incombant qu'en cas de succès du centre, a évolué avec le temps, la part fixe historiquement modeste étant devenue si élevée que la part variable ne se déclenche qu'exceptionnellement.

L'arrêt commenté, qui a donné lieu à une « instruction approfondie » dans les conditions de l'article 1013 du code de procédure civile, rappelle les étapes principales de la jurisprudence afférente à ces loyers, laquelle a suscité un intérêt particulièrement

¹ Auprès de F. Maigné-Gaborit, experte en gestion et estimations immobilières près la cour d'appel de Paris, agréée par la Cour de cassation.

vif de la doctrine puisque le service de documentation, des études et du Rapport (SDER) a répertorié plus de 120 commentaires doctrinaux.

Dans les années 1990, par l'arrêt dit *Théâtre Saint-Georges*², la Cour de cassation a jugé que, lorsque les parties avaient stipulé un tel loyer, la fixation du prix du loyer renouvelé échappait aux dispositions du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, et n'était régie que par la convention des parties.

Cette solution avait été dégagée dès les années 1980³ pour exclure les règles de révision légale aux loyers comprenant une part variable, règles pourtant d'ordre public. Le *Rapport annuel* de 1988 estimait qu'une telle solution constituait une exception non écrite à l'application du statut se justifiant par l'absence de prise en considération dans les textes de la particularité de ces loyers et de leur variabilité⁴. L'arrêt commenté ne cite pas cette jurisprudence car il ne concerne pas la question de la révision légale du loyer mais exclusivement celle de la fixation du prix de renouvellement, lequel présente une différence fondamentale de régime juridique en ce que les dispositions du code de commerce relatives à la fixation du prix du bail renouvelé sont, elles, supplétives de la volonté des parties.

Puis, dans les années 2000, la Cour de cassation a précisé que les parties conservaient leur faculté d'exercer leur droit d'option⁵ et que le seul office du juge des loyers commerciaux était de constater l'accord des parties sur un nouveau prix, et en son absence, de rejeter les demandes en fixation du prix du bail renouvelé, le bail étant alors renouvelé à l'ancien prix⁶.

Enfin, dans les années 2010, par l'arrêt dit *Marveine*⁷, elle a admis, que lorsque les parties sont convenues d'un loyer comprenant un minimum garanti et une part variable,

² [3^e Civ., 10 mars 1993, pourvoi n° 91-13.418, Bull. 1993, III, n° 30, arrêt dit Théâtre Saint-Georges.](#)

³ [3^e Civ., 2 octobre 1984, pourvoi n° 82-13.757, Bull. 1984, III, n° 156, arrêt dit Comepar](#) ; [3^e Civ., 2 octobre 1984, pourvoi n° 82-14.855, Bull. 1984, III, n° 155, arrêt dit Solorec.](#)

⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation, 1988, p. 191, à propos de l'arrêt [3^e Civ., 13 janvier 1988, pourvoi n° 86-16.978, Bull. 1988, III, n° 10.](#)

⁵ [3^e Civ., 12 juin 2003, pourvoi n° 02-11.493, Bull. 2003, III, n° 126, publié au Rapport annuel.](#)

⁶ [3^e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull. 2002, III, n° 94, arrêt dit Unibail c. Le Méridien.](#)

⁷ [3^e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-16.826, Bull. 2016, III, n° 145, arrêt dit Marveine, publié au Rapport annuel](#) ; dans le même sens [3^e Civ., 29 novembre 2018, pourvoi n° 17-27.798, publié](#)

elles puissent prévoir de recourir au juge des loyers commerciaux pour évaluer, lors du renouvellement, ce minimum garanti à la valeur locative en tenant compte de la clause variable au titre des obligations respectives des parties.

L'arrêt commenté, sans faire table rase de la jurisprudence *Théâtre Saint-Georges*, déploie la jurisprudence *Marveine* dans une hypothèse où les parties n'avaient pas stipulé une clause expresse de recours au juge des loyers commerciaux.

La présente affaire concernait le troisième renouvellement d'un bail commercial conclu dans les années 1960 sur des locaux à usage de supermarché comprenant une clause selon laquelle le loyer annuel ne pourra être inférieur 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 prix du bail renouvelé avait été fixé judiciairement lors du premier renouvellement et convenu amiablement lors du deuxième, ladite clause ayant été reconduite. Pour le troisième renouvellement, les parties n'étant pas parvenues à s'entendre, le bailleur a assigné le locataire devant le juge des loyers commerciaux en fixation du prix du bail. Le locataire a soulevé l'incompétence du juge des loyers commerciaux et l'irrecevabilité de la demande du bailleur, arguant que le loyer binaire était régi uniquement par la volonté des parties.

La cour d'appel a déclaré irrecevable la demande en fixation judiciaire du prix du bail renouvelé aux motifs que la stipulation d'un loyer binaire sans clause prévoyant la possibilité de saisir le juge des loyers commerciaux échappait au statut et interdisait toute fixation judiciaire, les parties pouvant néanmoins soumettre leur litige au tribunal judiciaire au titre de sa compétence de droit commun.

La Cour de cassation censure cette solution.

Par un moyen soulevé d'office⁸, elle retient que le moyen par lequel une partie à un bail commercial s'oppose à une demande en fixation du prix du bail renouvelé à la valeur locative au motif que les parties sont convenues d'un loyer comprenant une part variable, sans prévoir de recours au juge des loyers commerciaux pour fixer la part fixe ou le minimum garanti à la valeur locative, constitue une défense au fond, laquelle

[au Bulletin.](#)

⁸ Le pourvoi critiquait la qualification de fin de non-recevoir mais seulement au profit de celle d'exception d'incompétence et non de défense au fond.

relève, en application de l'article R. 145-23 du code de commerce⁹, de la compétence exclusive du juge des loyers commerciaux ou du tribunal judiciaire statuant au titre de sa compétence accessoire.

Ainsi, les parties à un bail commercial ont accès au juge des loyers commerciaux pour lui soumettre leur différend sur la fixation du prix du bail renouvelé mais celui-ci ne se résoudra pas nécessairement par une fixation judiciaire à la valeur locative : il pourra aboutir au maintien du loyer antérieur, les parties pouvant toujours exercer leur droit d'option. L'arrêt commenté consacre ainsi solennellement une solution déjà retenue¹⁰. Par ailleurs, il abandonne définitivement le fondement d'une incompatibilité radicale des loyers comprenant une part variable avec le statut¹¹, puisqu'il autorise le juge à fixer, lorsque les parties l'ont souhaité, la part fixe du loyer.

Le fait que, lorsque les parties n'ont pas prévu son intervention, le juge ne puisse pas déterminer un nouveau montant de la part fixe du loyer, ne méconnaît pas le droit d'accès au juge consacré par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais procède de l'autonomie de la volonté des parties, laquelle constitue le fondement de cette jurisprudence.

En effet, les dispositions du code de commerce relatives à la fixation du prix du bail renouvelé à la valeur locative ne sont pas d'ordre public, qu'il s'agisse des articles L. 145-33 et L. 145-34 ou de l'article L. 145-36, de sorte que les parties sont libres de déterminer des conditions de fixation du prix du bail renouvelé excluant une fixation judiciaire à la valeur locative. Cette solution a non seulement été consacrée de longue date par la jurisprudence¹², mais elle a été prise en considération par le Conseil

⁹ Article R. 145-23 du code de commerce dans sa version issue du décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019 : « 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. »

¹⁰ [3^e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-18.153, Bull. 2002, III, n° 94, arrêt dit Unibail c. Le Méridien.](#)

¹¹ [3^e Civ., 29 avril 2002, pourvoi n° 01-01.810](#) ; [3^e Civ., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-03.419](#) ; [3^e Civ., 10 décembre 2002, pourvoi n° 01-10.208](#) ; [3^e Civ., 5 mars 2013, pourvoi n° 11-28.461](#) ; [3^e Civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 15-14.107.](#)

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

constitutionnel pour juger que la règle de l'étalement de la hausse du déplaçonnement n'était pas contraire à la Constitution¹³.

L'arrêt ajoute que le juge des loyers commerciaux ne peut déterminer qu'une somme fixe et ne peut modifier la clause de loyer variable, laquelle est reconduite dans le bail renouvelé. En effet, selon une jurisprudence constante, le bail commercial renouvelé est un nouveau contrat¹⁴, et à défaut d'un nouvel accord des parties ou de convention contraire, le bail se renouvelle aux clauses et conditions du bail expiré que le juge ne peut pas modifier¹⁵.

La combinaison de ces fondements tenant à l'autonomie de la volonté, au régime du renouvellement et la spécificité de l'office du juge des loyers commerciaux conduit la Cour de cassation à retenir une solution médiane selon laquelle, si les parties qui stipulent une clause de loyer variable manifestent, en principe, une volonté d'exclure une fixation judiciaire du prix du bail renouvelé à la valeur locative, il en va autrement lorsqu'elles ont exprimé une volonté commune contraire.

L'arrêt commenté marque un troisième temps de la jurisprudence en admettant que cette volonté commune puisse être recherchée par le juge des loyers commerciaux non seulement dans le contrat mais également dans des éléments extrinsèques. La Cour de cassation a ainsi écarté une position formaliste et a réaffirmé l'importance de la volonté contractuelle réelle des parties lors de la fixation du prix, qu'il appartient aux juges du fond de rechercher.

Le présent arrêt laisse en suspens d'autres questions, telles sa portée sur la jurisprudence relative à la révision légale des loyers comprenant une part variable, ou celle de savoir si les critères légaux de la valeur locative fixés à l'article L. 145-33 du code de commerce sont d'ordre public ou supplétifs de volonté, alors même que dans la pratique, les parties aménagent parfois certains de ces critères, tel le périmètre des

¹³ [Cons. const., 7 mai 2020, décision n° 2020-837 QPC \[Conditions de revalorisation des loyers de certains baux commerciaux\]](#), sur renvoi par la Cour de cassation [3^e Civ., 6 février 2020, pourvoi n° 19-19.503](#).

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

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

prix du voisinage à prendre en considération. En effet, dans l'arrêt *Marveine* où la clause prévoyait une fixation à la valeur locative de la partie non variable sans plus de précision, la Cour de cassation a seulement indiqué que dans cette hypothèse le juge devait alors statuer selon les critères légaux de l'article L. 145-33 du code de commerce, notamment en prenant en considération ladite clause au titre des obligations particulières des parties.