

**Cour de cassation**

**chambre civile 3**

**Audience publique du 27 avril 2017**

**N° de pourvoi: 16-11307**

ECLI:FR:CCASS:2017:C300462

Non publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Chauvin (président), président**

SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Foussard et Froger, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 145-14 du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 12 novembre 2015), que la SCI l'île aux oiseaux (la SCI) a consenti à la société le Bellevue-Chausey un bail sur un immeuble à usage de bar, hôtel et restaurant à compter du 31 mars 1997 ; que, le 29 septembre 2005, la société bailleuse a notifié à la société locataire un congé avec refus de renouvellement ; que celle-ci a assigné la SCI en nullité du congé et en paiement d'une indemnité d'éviction ;

Attendu que, pour limiter à une certaine somme l'indemnité d'éviction, l'arrêt retient que l'évaluation doit s'effectuer sur la base du chiffre d'affaires et que la société locataire n'établit pas qu'il serait d'usage dans son secteur d'activité de prendre en compte les chiffres d'affaires toutes taxes comprises, alors que les experts amiable et judiciaire ont retenu des chiffres d'affaires hors taxes dans leurs évaluations respectives ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher elle-même si l'usage de la profession n'était pas d'inclure la taxe à la valeur ajoutée dans le montant du chiffre

d'affaires servant de base au calcul de l'indemnité d'éviction, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il fixe à 143 504 euros l'indemnité d'éviction principale et à 14 350 euros l'indemnité de remplacement, l'arrêt rendu le 12 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen, autrement composée ;

Condamne la SCI L'île aux oiseaux aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la SCI L'île aux oiseaux et la condamne à payer à la société le Bellevue-Chausey la somme de 3 000 euros ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept avril deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat aux Conseils, pour la société Le Bellevue-Chausey.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir fixé l'indemnité d'éviction principale due par la SCI l'île aux oiseaux à la Société le Bellevue Chausey à la somme de 143.504 € et celle due au titre de l'indemnité de remplacement à la somme de 14.350 € ;

AUX MOTIFS QUE « l'indemnité d'éviction doit être calculée à la date la plus proche du départ du preneur c'est à dire à la date de la décision qui la fixe lorsque celui-ci est encore dans les lieux ; que pour demander à la cour de ne prendre en compte que les bilans de la SARL le Bellevue Chausey antérieurs à 2009 la SCI l'île aux oiseaux argue des manoeuvres dilatoires de la locataire qui n'a fourni à l'expert judiciaire ses bilans et comptes de résultats demandés depuis le 11 septembre 2009 qu'à la mi-décembre 2010 et conteste la crédibilité des bilans de 2009 et 2010 au motif qu'ils sont largement supérieurs aux chiffres antérieurs sans qu'aucune explication ne soit fournie par la locataire ; que rien dans les mentions du rapport d'expertise comme dans les pièces produites ne permet de qualifier de manoeuvre dilatoire le retard mis par la locataire à communiquer certains documents comptables que celle-ci explique par des difficultés rencontrées avec son expert-comptable ; que si les exercices 2009 et 2010 sont effectivement marqués par une augmentation du chiffre d'affaires de 70 % et une

multiplication de l'EBE par cinq par rapport aux années 2000 à 2008 la règle consistant à retenir les chiffres les plus récents s'applique quel que soit le sens de l'évolution du chiffre d'affaires et des résultats ; que contrairement à ce que soutient la bailleresse la SARL le Bellevue Chausey s'explique en page 26 de ses conclusions sur l'évolution du chiffre d'affaires qui 'tient d'abord à l'évolution de la carte et au basculement de l'activité restaurant (aux heures des repas) vers l'activité crêperie (toute la journée) qui nécessite moins de personnel et dégage des marges plus importantes..' ; que la demande de la bailleresse tendant à l'évaluation de l'indemnité d'éviction à une date antérieure de 6 ans à celle du présent arrêt, est donc sans fondement et elle doit en être déboutée ; que contrairement à ce que soutient la SCI l'île aux oiseaux la SARL le Bellevue Chausey a toujours exercé une activité de bar restauration dans les locaux loués et les chiffres d'affaires réalisés par la locataire à compter de 2006 n'ont pas à être écartés au motif qu'ils résulteraient d'activités nouvelles exploitées depuis l'expiration du bail le 30 mars 2006 ; que Monsieur X..., expert judiciaire, indique en page 9 de son rapport que 'le fonds n'est pas transférable du fait de sa position atypique et de la liaison très forte du site et de la clientèle' ; que l'éviction de la SARL le Bellevue Chausey entraînera donc la perte de fonds , ce qui lui ouvre droit au paiement d'une indemnité principale d'éviction égale à la valeur marchande du fonds de commerce perdu, laquelle doit être calculée suivant les usages applicables en matière de cession de fonds de commerce du même secteur d'activité par la prise en compte sur les années de référence du chiffre d'affaires moyen d'une part et des résultats appréciés par rapport à l'excédent brut d'exploitation moyen (EBE) d'autre part ; que s'il est d'usage de retenir les trois dernières années en l'espèce ne prendre en compte que les trois derniers exercices correspondant aux années 2012 à 2014 pénaliserait la SARL le Bellevue Chausey dès lors que cette période correspond à celle de la fermeture du restaurant imposée par l'autorité administrative jusqu'à la mise en conformité des locaux avec la réglementation applicable en matière de sécurité incendie dont il a été précédemment jugé qu'elle n'incombait pas contractuellement à la locataire ; qu'il y a donc lieu de retenir comme période de référence la période de 2009 à 2014 correspondant à trois exercices avec restaurant ouvert de 2009 à 2011 et trois exercices avec restaurant fermé de 2012 à 2014 ; qu'outre qu'elle ne prouve pas qu'il serait d'usage dans son secteur d'activité de prendre en compte les chiffres d'affaires TTC alors que tant l'expert judiciaire, Monsieur X..., que son propre expert, Monsieur Y..., retiennent des chiffres d'affaires hors taxes dans leurs évaluations respectives, la SARL le Bellevue Chausey ne justifie pas des montants TTC des chiffres d'affaires des exercices 2009 à 2014 ; que la cour prendra donc en compte les seuls chiffres d'affaires dont elle dispose au travers des bilans produits à savoir les chiffres d'affaires hors taxes ; que sur la base des données fournies par ces documents le chiffre d'affaires moyen H.T réalisé par la SARL le Bellevue Chausey s'élève à la somme de 197 413 € (1 184 481/6) pour la période de 2009 à 2014 ; que Monsieur X... rappelle en page 15 de son rapport que 'l'EBE représente l'ensemble des disponibilités dégagées par l'exploitation et comprend le résultat d'exploitation, la dotation aux amortissements et s'il y a lieu certaines provisions.....Il présente l'avantage de mesurer l'activité courante sans prise en compte de la politique d'amortissement et de provisions ni surtout de la stratégie financière de l'exploitant. Il exclut l'incidence de tous les éléments exceptionnels ou hors exploitation et est privilégié pour cette raison' ; que Monsieur X... ajoute que 'l'EBE comptable est susceptible de corrections éventuellement liées à des conditions d'exploitation atypiques et qui ne sont pas pérennes telles que: - la réintégration partielle des salaires alloués aux dirigeants pour la part qui excéderait ce qui constitue la rémunération 'normale' de leurs fonctions effectives, - la déduction à l'inverse d'un coût de rémunération normale d'un membre du groupe familial qui exercerait des fonctions bénévoles'... ; qu'en page 7 de son rapport établi 18 avril 2011 à la demande de la SARL le Bellevue Chausey Monsieur Y... ne dit pas autre chose lorsqu'il prend en compte dans son appréciation de la valeur du fonds de commerce l'EBE reconstitué à partir du résultat d'exploitation auquel il ajoute la

dotation aux amortissements et le salaire du dirigeant 'pour aboutir à la vision la plus objective possible de la capacité d'une affaire à générer des bénéficiaires et à rembourser un crédit bancaire' ; qu'au regard des explications données par ces deux experts 'l'EBE reconstitué' tel qu'il est calculé par la SARL le Bellevue Chausey sur la période de 2009 à 2014 dans le document constituant sa pièce n° 66 est erroné puisqu'il correspond à l'addition de l'EBE comptable, de toutes les rémunérations et charges sociales, de la dotation aux amortissements, du remboursement du compte courant associés, des charges exceptionnelles, des honoraires d'avocats, d'huissier et des frais d'expertise ; qu'un tel mode de calcul qui aboutit à compter deux fois certains postes comme la dotation aux amortissements déjà incluse dans l'EBE comptable, réintègre sans justification d'autres sommes et prend en compte des charges étrangères à l'exploitation normale du fonds, doit être écarté et l'EBE reconstitué conformément à la méthode proposée par Monsieur Y..., expert sollicité par la SARL le Bellevue Chausey, qui ajoute la dotation aux amortissements et le salaire du dirigeant au résultat d'exploitation ; que l'EBE reconstitué s'élève ainsi à 55 581 € pour 2009, 45 486 € pour 2010, 29 819 € pour 2011, 25 590 € pour 2012, 16 684 € pour 2013 et 50 069 € pour 2014 soit un EBE moyen de 37 205 € sur la même période ; que pour définir les 'normes' de la profession dans sa première note aux parties en date du 11 mars 2011 Monsieur X... a calculé les ratios EBE/ chiffre d'affaires, prix demandé/EBE et prix demandé/ chiffre d'affaires à partir des chiffres correspondant pour sept fonds de commerce de bar restaurant alors en vente dans le département de la Manche ; qu'il ressort de ce calcul que l'EBE moyen d'un restaurant à vendre correspond à 23 % de son chiffre d'affaires, le prix demandé du fonds comparé à son EBE correspond à celui-ci multiplié par trois et le prix demandé comparé à son chiffre d'affaires est de 65 % ; que la SARL le Bellevue Chausey ne produit aucune pièce de nature à contredire ces ratios ; qu'en l'espèce l'EBE moyen réalisé de 2009 à 2014 représente 19 % du chiffre d'affaires moyen soit un chiffre inférieur à la norme ; que tant l'estimation par le chiffre d'affaires que par le résultat implique la mise en oeuvre d'un multiplicateur choisi dans la fourchette propre au secteur d'activité concerné en fonction des facteurs favorables et défavorables spécifiques au fonds de commerce en cause ; qu'en l'espèce si l'excellent emplacement commercial du fonds de commerce exploité par la SARL le Bellevue Chausey et la concurrence très limitée constituent deux facteurs favorables l'insularité et les restrictions qu'elle implique en termes d'accès pour la clientèle, le caractère saisonnier de l'activité exploitée pendant 6 mois, l'aléa climatique qui peut ruiner une saison comme en 2007 et 2008 (moins 30 000 passages), la réalisation d'un EBE inférieur à la norme dans la profession sur toute la période prise en compte y compris durant les exercices avec restaurant ouvert (2009 à 2011) et l'ancienneté des équipements et des aménagements sont autant de facteurs défavorables ; que le coefficient multiplicateur en usage pour un fonds de commerce tel que celui exploité par la SARL le Bellevue Chausey est compris entre 60 et 100 % pour le chiffre d'affaires et entre 3 et 8 pour l'EBE selon Monsieur X... qui retient respectivement 60 % et 3, et compris entre 50 et 110 % pour le chiffre d'affaires et entre 2 et 10 pour l'EBE selon Monsieur Y... qui retient respectivement 75 % et 4 ; que les éléments précédemment exposés justifient l'application d'un coefficient de 70% pour le chiffre d'affaires et de 4 pour l'EBE soit une valeur du fonds de commerce de 138 189 € par la méthode du chiffre d'affaires, de 148 820 € par référence à l'EBE et une valeur moyenne de 143 504 € ; qu'établie au seul vu des bilans comptables de 2005 à 2008 sans visite des locaux, sans précision et justification des chiffres pris en compte et des coefficients appliqués, ce qui exclut toute comparaison utile avec les évaluations de Messieurs X... et Lalin, l'évaluation comprise dans une fourchette de 460 à 480 000 € faite le 14 mars 2011 par Monsieur Z... pour l'agence Square habitat est formellement contredite par les autres éléments d'appréciation soumis à la cour au regard desquels elle n'apparaît pas crédible et elle doit être en conséquence écartée ; que l'indemnité à laquelle peut prétendre la SARL le Bellevue Chausey est celle correspondant à la valeur marchande du fonds de commerce

situé sur l'île de Chausey qu'elle va perdre du fait de son éviction et vise à lui permettre de procéder à l'acquisition d'un fonds de commerce de même valeur que celui qu'elle perd mais pas plus ; que le montant de cette indemnité ne peut être inférieur au droit au bail ; que celui-ci a été évalué par Monsieur Y... à 85 450 € sur la base d'un loyer de marché de 25375€, d'un loyer perçu de 8285 €, et de la multiplication de la différence entre ces deux sommes soit 17 090 € par le coefficient 5 dans une échelle de 0 à 10, 'correspondant à une situation moyenne en raison de la situation sur une île avec une activité commerciale réduite' ; que la SARL le Bellevue Chausey demande d'appliquer le coefficient multiplicateur de 10 compte tenu de la qualité de l'emplacement ; que si celui-ci est excellent il ne justifie toutefois pas l'application du coefficient maximal et l'insularité, l'aléa climatique et leurs incidences négatives sur l'accès et la fréquentation du site doivent être également pris en compte pour fixer ce coefficient à 8 et la valeur du droit de bail à 136 720 € soit une somme inférieure à la valeur marchande du fonds de commerce fixée à 143 504 € ; que sans qu'il soit utile de recourir à une nouvelle expertise il convient donc de fixer l'indemnité d'éviction principale due par la SCI l'île aux oiseaux à la SARL le Bellevue Chausey à la somme de 143 504 €, le jugement déféré étant réformé en conséquence ; que l'indemnité de remploi d'un montant égal à 10 % de l'indemnité principale due par la SCI l'île aux oiseaux sera fixée à la somme de 14 350 € et le jugement déféré réformé sur ce point » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE la réparation du préjudice doit être intégrale ;

qu'en fixant à la somme de 143.504 € le montant de l'indemnité d'éviction allouée à la Société le Bellevue Chausey sans répondre à ses conclusions qui faisaient valoir que l'indemnité d'éviction devait lui permettre d'exploiter son activité dans un fonds équivalent, lui permettant de réaliser le même chiffre d'affaires (conclusions p. 21 alinéa 12), qu'une indemnité d'éviction trop faible la placerait dans l'impossibilité de se réinstaller (conclusions p. 21 alinéa 13), et que seule une indemnité d'un montant de 480.000€ serait de nature à réparer le préjudice résultant de l'éviction de la Société le Bellevue Chausey (conclusions p. 24 alinéa premier), la Cour d'appel, qui a privé sa décision de motifs, a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

ALORS, D'AUTRE PART, QUE l'indemnité d'éviction, qui est égale au préjudice causé par le non renouvellement du bail et comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, doit être déterminée suivant les usages de la profession ; qu'en se bornant à affirmer, pour rejeter la demande formulée par la Société le Bellevue Chausey d'inclure la taxe sur la valeur ajoutée dans le montant du chiffre d'affaires servant de base à l'évaluation du fonds de commerce, que la taxe sur la valeur ajoutée ne devait pas être incluse dans le chiffre d'affaires servant de base au calcul de l'indemnité d'éviction au motif que la Société Le Bellevue Chausey ne prouvait pas qu'il aurait été d'usage, dans son secteur, de retenir un chiffre d'affaires T.T.C., ce que les experts n'avaient pas fait, quand il lui appartenait de déterminer elle-même ce qu'étaient les usages de la profession pour l'évaluation de l'indemnité d'éviction et si ceux-ci commandaient ou non de prendre en compte un chiffre d'affaires hors taxe ou taxes comprises, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 145-14 du Code de commerce ;

ET ALORS, ENFIN, QUE le juge doit examiner l'ensemble des éléments produits aux débats ; que la Société le Bellevue Chausey, pour établir les montants de ses chiffres d'affaires toutes taxes comprises, produisait un tableau les récapitulant et sur lequel figurait la moyenne de ces chiffres d'affaires (dire n° 5 annexé à l'expertise) et produisait

en outre les comptes de résultat détaillés de son activité, qui énuméraient expressément, pour chacun de ses différents postes d'activité, le montant du chiffre d'affaire réalisé et le taux de taxe sur la valeur ajoutée qui devait y être appliqué ; qu'en jugeant que « la SARL le Bellevue Chausey ne justifie pas des montants TTC des chiffres d'affaires des exercices 2009 à 2014 » (arrêt p. 9 alinéa 8) sans s'expliquer sur les pièces susvisées produites par l'exposante, de nature à démontrer le contraire, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 145-15 du Code de commerce.

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Caen , du 12 novembre 2015