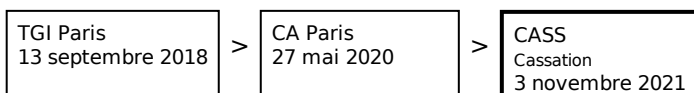


# Cour de cassation, Chambre civile 3, 3 novembre 2021, 20-16.334, Publié au bulletin

## Chronologie de l'affaire



## Sur la décision

Référence :Cass. 3e civ., 3 nov. 2021, n° 20-16.334, Publié au bulletin

Juridiction :Cour de cassation

Numéro(s) de pourvoi : 20-16334

Importance :Publié au bulletin

Décision précédente :Cour d'appel de Paris, 27 mai 2020

Dispositif :Cassation partielle

Identifiant Légifrance :JURITEXT000044299999

Identifiant européen :ECLI:FR:CCASS:2021:C300745

## Sur les personnes

Président :M<sup>me</sup> Teiller (président)

Cabinet(s) :

SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE D'AVOCATS AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION BARADUC-DUHAMEL-RAMEIX, SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE D'AVOCATS AU CONSEIL D'ETAT ET A LA COUR DE CASSATION GADIOU-CHEVALLIER

Parties :société [ Adresse 2 ] et de la société MJA c/ pôle 5, société L' Atelier de Marrakech

## Texte intégral

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

CIV. 3

MF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 3 novembre 2021

Cassation partielle

M<sup>me</sup> TEILLER, président

Arrêt n° 745 FS-B

Pourvoi n° T 20-16.334

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, DU 3 NOVEMBRE 2021

1°/ la société [Adresse 2], société civile immobilière, dont le siège est [Adresse 2],

2°/ la société MJA, société d'exercice libéral à forme anonyme, dont le siège est [Adresse 1], prise en la personne de M. [P] [X], en qualité de mandataire judiciaire de la société [Adresse 2],

ont formé le pourvoi n° T 20-16.334 contre l'arrêt rendu le 27 mai 2020 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 3), dans le litige les opposant à la société L'Atelier de Marrakech, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La société L'Atelier de Marrakech a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Les demanderesse au pourvoi principal, invoquent, à l'appui de leur recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident, invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation également annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M<sup>me</sup> Aldigé, conseiller référendaire, les observations de la SCP Duhamel-Rameix-Gury-Maitre, avocat de la société [Adresse 2] et de la société MJA, ès qualités, de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat de la société L'Atelier de Marrakech, et l'avis de M<sup>me</sup> Guilguet-Pauthe, avocat général, après débats en l'audience publique du 21 septembre 2021 où étaient présents M<sup>me</sup> Teiller, président, M<sup>me</sup> Aldigé, conseiller référendaire rapporteur, M. Echappé, conseiller doyen, M<sup>me</sup> Andrigh, MM. Jessel, David, Jobert, Laurent, conseillers, M. Jariel, M<sup>mes</sup> Schmitt, Brun, M. Baraké, M<sup>me</sup> Gallet, conseillers référendaires, M<sup>me</sup> Guilguet-Pauthe, avocat général, et M<sup>me</sup> Berdeaux, greffier de chambre,

la troisième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 mai 2020), la SCI [Adresse 2] (la bailleresse), propriétaire de locaux commerciaux donnés à bail à la société L'Atelier de Marrakech (la locataire), lui a délivré un commandement de payer les loyers, visant la clause résolutoire inscrite au bail.

2. La locataire a assigné la bailleresse en opposition au commandement de payer, en annulation du bail commercial, et en indemnisation de son préjudice.

3. En appel, la bailleresse a sollicité, à titre reconventionnel et subsidiaire, une indemnité d'occupation.

Examen des moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal, ci-après annexé

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le deuxième moyen du pourvoi principal  
Enoncé du moyen

5. La bailleresse fait grief à l'arrêt de la condamner au paiement de la somme de 130 000 euros à titre de dommages-intérêts, alors « que le préjudice doit être réparé sans qu'il en résulte pour la victime ni perte ni profit; qu'en l'espèce, la cour d'appel, après avoir considéré que la SCI avait commis une faute en consentant un bail sur un local impropre à sa destination et en n'attirant pas l'attention du preneur

sur l'insuffisance du réseau d'évacuation des eaux usées, a jugé que le préjudice en lien avec cette faute était constitué par l'engagement, par la société Atelier de Marrakech, de dépenses pour démarrer son exploitation; qu'elle a alloué à ce titre, notamment, la somme de 100 000 euros correspondant au montant emprunté par la société Atelier de Marrakech pour financer les dépenses afférentes aux travaux d'aménagement, à l'amélioration et à la réparation du fonds de commerce; qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le montant emprunté ne pouvait constituer, en lui-même, un préjudice réparable, seules les dépenses réellement engagées pouvant, le cas échéant, être prises en compte, et si la société Atelier de Marrakech n'établissait, pour seul montant dépensé, qu'une somme de 6 298,33 euros HT virée à la société FBS, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 du même code. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1382, devenu 1240, du code civil et le principe de la réparation intégrale du préjudice :

6. Il résulte de ce texte et de ce principe que les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi, sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit.

7. Pour évaluer le préjudice subi par la locataire à la somme de 130 000 euros, l'arrêt retient que le préjudice par elle subi du fait de la faute commise par la bailleresse, pour avoir consenti un bail portant sur un local impropre à sa destination et pour n'avoir pas appelé l'attention de la locataire sur l'insuffisance du réseau d'évacuation des eaux usées au regard de la destination du bail, est constitué par l'engagement de dépenses pour démarrer son exploitation, et que le prêt de 100 000 euros ayant pour objet de financer les dépenses afférentes aux travaux d'aménagement, d'amélioration et de réparation du fonds de commerce doit être pris en compte dans la détermination du préjudice indemnisable.

8. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, le montant des dépenses financées par le prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Et sur le moyen du pourvoi incident

Enoncé du moyen

9. La locataire fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la bailleresse une certaine somme à titre d'indemnité d'occupation, alors « qu'en cas d'annulation d'un bail commercial pour erreur sur la substance du fait que le bailleur l'a consenti sur un local impropre à sa destination contractuelle, le locataire qui, pour une raison indépendante de sa volonté, n'a pu bénéficier de la jouissance des lieux loués en raison de leur caractère inexploitable, n'a pas à verser d'indemnité d'occupation; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la SCI [Adresse 2] avait consenti à la société Atelier de Marrakech un bail sur des locaux impropres à leur destination contractuelle de « traiteur-restaurant-bar », dès lors qu'en l'absence d'un réseau d'évacuation des eaux usées, cette activité ne pouvait y être exercée; qu'en jugeant néanmoins

que la société Atelier de Marrakech était redevable du paiement d'une indemnité d'occupation, peu important qu'elle n'ait pu exploiter les locaux pris à bail, la cour d'appel a violé l'article 1304 ancien du code civil. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article 1304 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

10. Il résulte de ce texte qu'en cas d'annulation d'un bail pour un motif étranger au comportement du preneur, l'indemnité d'occupation représente la contrepartie de la jouissance des lieux.

11. Dès lors, si le locataire n'a pas bénéficié de la jouissance de locaux conformes à leur destination contractuelle, il n'est pas redevable d'une indemnité d'occupation.

12. Pour condamner la locataire au paiement d'une indemnité d'occupation suite à l'annulation du contrat de bail, l'arrêt énonce qu'il importe peu qu'elle n'ait pu exploiter les locaux pris à bail, la bailleuse ayant été privée de la jouissance de son bien jusqu'à la remise des clés.

13. En statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que la bailleuse avait consenti un bail pour un local impropre à sa destination contractuelle, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé. PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la SCI [Adresse 2] à payer à la société L'Atelier de Marrakech la somme de 130 000 euros à titre de dommages-intérêts et en ce qu'il condamne la société L'Atelier de Marrakech à payer à la SCI [Adresse 2] la somme de 37 000 euros en contrepartie de la privation de jouissance du local jusqu'au 21 mars 2016, date de restitution des locaux, l'arrêt rendu le 27 mai 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Paris;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée;

Laisse à chacune des parties la charge des dépens par elle exposés;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes;

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, signé par M. Echappé, conseiller doyen, conformément aux dispositions des articles 456 et 1021 du code de procédure civile, en remplacement du conseiller référendaire rapporteur empêché, et prononcé par le président en son audience publique du trois novembre deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Duhamel-Rameix-Gury-Maitre, avocat aux Conseils, pour la société [Adresse 2] et la société MJA, ès qualités (demanderesse au pourvoi principal)

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir annulé pour erreur sur les qualités substantielles le contrat de bail commercial conclu le 9 octobre 2012 entre la SCI [Adresse 2] et la société Atelier de Marrakech portant sur des locaux commerciaux situés [Adresse 2], d'avoir condamné la SCI [Adresse 2] à rembourser à la société Atelier de Marrakech la somme de 6.500 € versée dans les lieux à titre de dépôt de garantie, d'avoir condamné la SCI [Adresse 2] à payer à la société Atelier de Marrakech une somme de 130.000 € à titre de dommages-intérêts et d'avoir limité à la somme de 37.000 € la condamnation de la société Atelier de Marrakech au profit de la SCI [Adresse 2] en contrepartie de la privation du local jusqu'au 21 mars 2016, date de restitution des locaux;

AUX MOTIFS PROPRES QUE la cour relève que le bail stipule que le bailleur s'était engagé à "mettre à disposition un conduit d'extraction des fumées de cuisson, nécessaires aux termes de la réglementation de sécurité contre l'incendie [?] à l'exploitation des locaux conformément à leur destination [...]". Les travaux d'installation de cette extraction ont été réalisés par une entreprise mandatée par le bailleur, ainsi que cela résulte du courriel en date du 3 septembre 2012, adressé par la société Optireal agent immobilier mandaté par le bailleur à la gérante de la société Atelier de Marrakech; que M. [I], expert judiciaire a constaté dans son rapport en page 12 que la hotte installée en cuisine devait être raccordée à la gaine d'extraction placée dans la courette; qu'il n'a jamais été soutenu que ce raccordement ne pouvait être opéré; qu'il s'en déduit, que la gaine mise en place par le bailleur, desservait les locaux pris à bail situés en sous-sol, dont l'affectation ne pouvait être que celle de cuisine; que dans ces conditions, quand bien même le bail liant les parties, ne stipulerait-il pas expressément que la cuisine du restaurant devait être installée en sous-sol, cette particularité était entrée dans le champ contractuel; qu'il entrerait dans la commune intention des parties de permettre l'installation de la cuisine dans le sous-sol, lequel comportait selon le procès-verbal de constat en date du 17 octobre 2012 des branchements sanitaires et électriques, ainsi qu'un lavabo et une douche, l'état des lieux d'entrée, précisant pour sa part qu'il existait au sous-sol un WC avec une «lunette sale (traces d'humidité et de calcaire)»; que c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que compte tenu de la taille réduite du local commercial du rez-de-chaussée de moins de 35 m<sup>2</sup>, devant être réservé à la clientèle, l'installation de la cuisine au sous-sol était déterminante du consentement de la société locataire; que le compte rendu de visite de M. [F], architecte de l'immeuble, après le rendez-vous du 11 janvier 2013, en présence tant de la locataire, de la bailleuse que des représentants du syndicat des copropriétaires mentionne que :

- au sous-sol, l'ancienne évacuation des eaux usées ayant été coupée depuis de nombreuses années, il était prévu de la rétablir, ce qui supposait préalablement des travaux dans le sous-sol du local mitoyen;
- les réseaux d'évacuation en sous-sol devaient

comporter un siphon de sol qui devait être repris par une pompe de relevage, mais ce réseau ne comportait pas de séparateurs de graisse ;

- à défaut du raccordement au réseau d'égout de la cuisine, qui supposait notamment la reprise des embellissements du lot voisin, l'architecte notait qu'il conviendrait de « reprendre sur le réseau existant avec une pompe de relevage plus conséquente » ; qu'ainsi que l'ont relevé les premiers juges, il en résulte que lors de la conclusion du bail, le réseau d'évacuation des eaux vannes en sous-sol était insuffisant pour assurer l'évacuation des eaux usées d'un restaurant ; que l'expert judiciaire [I] a retenu dans son rapport déposé le 15 avril 2015 que le raccordement à la canalisation située au sous-sol est impossible car la pente qu'elle présente est insuffisante pour permettre une évacuation gravitaire ; que ces conclusions sont contestées par l'expert amiable de la SCI, cependant celui-ci se contente de critiquer le calcul effectué par l'expert [I], qui indique que la différence de hauteur est de 39 cms, entre le local dont s'agit et le local voisin, en ayant visiblement oublié de reprendre dans le détail de son calcul « la hauteur h1 sous dalle béton de 21cm » ; que pour autant, cet expert amiable, qui prétend que la différence ne serait que de 18 cms et n'a procédé lui-même à aucune mesure, ne critique ainsi pas utilement les conclusions de l'expert judiciaire sur l'absence d'évacuation par gravitation et notamment en ce qu'il indique que les eaux dont s'agit ne peuvent s'évacuer gravitairement, car situés à une cote altimétrique plus basse que le niveau du sous-sol du local voisin ; que l'expert judiciaire, indique que seule une évacuation par pompe de relevage est possible avec un raccordement dans le plénum du plafond à une canalisation commune, ce qui constituerait une contrainte technique supplémentaire, en cas de dysfonctionnement, cette pompe de relevage devant être immergée dans un bac dégraisseur, aux dimensions adaptées selon le volume des rejets, pour être curée par aspiration ; que l'expert amiable soutient qu'il s'agirait de travaux simples et peu coûteux, sans pour autant chiffrer lesdits travaux ; que contrairement à ce qu'il indique, le raccordement à une canalisation commune suppose l'accord de la copropriété, lequel n'a pas été sollicité par le bailleur ; qu'il ne peut être tiré aucune conclusion sur le fait que le nouveau locataire ait installé une pompe de relevage au sous-sol, la preuve n'étant pas rapportée qu'il ait installé l'ensemble de sa cuisine et de ses sanitaires au sous-sol, dans des conditions comparables à celles qu'envisageait de faire la société l'Atelier ; que, dès lors, c'est de manière pertinente que les premiers juges ont retenu qu'il était ainsi établi que lors de la conclusion du bail, le local tel qu'il était configuré au sous-sol ne permettait pas l'évacuation des eaux usées de la cuisine du restaurant sans des aménagements très conséquents alors que cette possibilité constituait une condition déterminante pour la société Atelier de conclure ce bail et que la preuve d'une erreur sur la substance est ainsi établie ; que la société locataire n'étant pas une professionnelle de l'installation de restaurant, l'erreur qu'elle a commise, en pensant à tort que les locaux pouvaient servir à l'usage auxquels ils étaient destinés est excusable ; que le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a prononcé la nullité du bail pour erreur (arrêt, p. 8 à 10) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTÉS QUE, selon l'article 1109 du code civil dans sa version antérieure à

l'ordonnance du 10-février 2016 applicable à l'espèce, est nul le contrat auquel il a été consenti par erreur sur la substance ou si le consentement a été surpris par dol ; que constitue une erreur toute méprise sur les qualités substantielles de la chose louée en considération desquelles les parties ont contracté et que constitue un dol tout manquement intentionné à une obligation précontractuelle d'information ou toute manoeuvre tendant à induire volontairement le co-contractant en erreur sur les éléments essentiels du contrat ; qu'en application de l'article 1719 du code civil, le bailleur est tenu d'une obligation de délivrance de la chose louée conforme à l'usage pour lequel elle est donnée à bail, ce qui l'oblige, lorsque le bail est à destination de restaurant, à délivrer un local équipé d'un réseau d'évacuation des eaux usées ; qu'en l'espèce, par acte du 9 octobre 2012, la SCI a donné à bail à la société Atelier des locaux commerciaux destinés à une activité de « Traiteur-restaurant-bar » ; qu'il résulte des échanges de courriels antérieurs à la conclusion du bail entre le gérant de la société Optireal, mandaté par la société Atelier pour trouver un local commercial et qui lui a proposé celui de la SCI, et relatifs à la réalisation par le bailleur de travaux dans les locaux avant l'entrée dans les lieux de la société Atelier, relatifs notamment au conduit d'extraction, qu'il était dans la commune intention des parties de permettre l'installation de la cuisine au restaurant au sous-sol, vaste-et comprenant, au vu du procès-verbal de constat dressé par un clerc d'huissier habilité le 17 octobre 2012, branchements électriques et sanitaires composés d'un WC, d'un lavabo sur colonne et douchette murale ; que la possibilité d'installer une cuisine en sous-sol était déterminante de son consentement pour la société Atelier, au vu de la taille restreinte du local situé au rez-de-chaussée, de moins de 35 m<sup>2</sup>, à réserver exclusivement à la clientèle ; qu'il résulte tant de la note n°1 de M. [F], architecte de l'immeuble dans lequel sont situés les locaux loués, établie le 18 février 2013 après visite contradictoire des locaux que de l'accord du bailleur pour prendre en charge les frais de branchement d'évacuation des eaux usées matérialisé par une lettre du 7 mai 2013, que, quelqu'ait été le mode d'évacuation des eaux usées des sanitaires présents dans les locaux en octobre 2012, celui-ci était insuffisant pour assurer l'évacuation des eaux usées d'un restaurant et qu'il était donc envisagé de créer un nouveau réseau, raccordé à l'ancienne canalisation située au fonds du local, côté local mitoyen [Adresse 5], après travaux sur celle-ci, tant à la charge de la copropriété que du bailleur, puisqu'elle était coupée et qu'il fallait donc d'abord la rétablir dans le local voisin avant qu'elle puisse être utilisée dans le local loué ; que M. [I], expert judiciaire, dont les conclusions techniques ne sont pas sérieusement contestées par les parties, retient dans son rapport déposé le 15 avril 2015 que le raccordement à la canalisation présente est impossible, car la pente qu'elle présente est insuffisante pour permettre une évacuation gravitaire et que pour que les eaux usées de la cuisine soient évacuées- du sous-sol, il faut mettre en place une pompe de relevage installée dans un, bac dégraisseur avec sortie sur le domaine public, installation présentant de fortes contraintes techniques et nécessitant l'autorisation de tiers ; qu'il est ainsi établi que lors de la conclusion du bail, le local, tel qu'il était configuré au sous-sol, ne permettait pas l'évacuation des eaux usées-de la

cuisine du restaurant sans aménagements très conséquents, alors que cette possibilité constituait une condition déterminante pour la société Atelier de conclure le bail, et que la preuve d'une erreur sur la substance est ainsi établie.; que la preuve de manoeuvres dolosives du bailleur n'est en revanche pas rapportée, la société Atelier n'établissant pas que la SCI lui a volontairement dissimulé l'insuffisance du réseau d'évacuation existant et l'ampleur des travaux à réaliser pour mettre en place un tel réseau; que le bail conclu le 9 octobre 2012 entre la SCI et la société Atelier sera donc déclaré nul pour erreur; que le prononcé de cette nullité, qui remet les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le dit contrat conduit à condamner la SCI à restituer à la société Atelier la somme de 6.500 euros versée dans les lieux à titre de dépôt de garantie, et interdit à la SCI de réclamer le paiement de loyers et d'indemnités contractuelles et les demandes reconventionnelles en paiement qu'elle forme de ce chef seront donc rejetées (jugement, p. 9 et 10);

1°) ALORS QUE l'erreur sur les qualités substantielles n'est cause de nullité qu'à la condition d'avoir été déterminante du consentement de celui qui l'invoque et connue de l'autre partie; qu'en l'espèce, la cour d'appel a prononcé la nullité du bail conclu le 9 octobre 2012 en raison d'une erreur commise par la société Atelier de Marrakech sur la possibilité d'installer une cuisine dans le sous-sol des lieux loués, qu'elle a qualifiée de condition déterminante de son consentement, après avoir relevé que la gaine mise en place par le bailleur pour mettre à disposition du preneur un conduit d'extraction de fumée, donnant sur la courette de l'immeuble, desservait les locaux pris à bail situés en sous-sol, dont l'affectation ne pouvait dès lors être que celle de cuisine (arrêt, p. 8 dernier § et p. 9); qu'en se prononçant ainsi, tout en ayant constaté que le bail ne stipulait pas que la cuisine serait aménagée en sous-sol (arrêt, p. 9 § 1) et que le bailleur avait seulement fait installer une gaine d'extraction qui donnait sur une courette, ce qui n'impliquait pas que le sous-sol soit nécessairement affecté à l'usage de cuisine, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations d'où il résultait que l'installation d'une cuisine en sous-sol n'était pas entrée dans le champ contractuel, la cour d'appel a violé l'article 1110 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016;

2°) ALORS QUE le juge ne peut relever un moyen d'office sans inviter au préalable les parties à présenter leurs observations; qu'en l'espèce, la cour d'appel a prononcé la nullité du bail conclu le 9 octobre 2012 en raison d'une erreur commise par la société Atelier de Marrakech sur la possibilité d'installer une cuisine dans le sous-sol des lieux loués, qu'elle a qualifiée de condition déterminante de son consentement, après avoir relevé que la gaine mise en place par le bailleur pour mettre à disposition du preneur un conduit d'extraction de fumée, donnant sur la courette de l'immeuble, desservait les locaux pris à bail situés en sous-sol, dont l'affectation ne pouvait dès lors être que celle de cuisine (arrêt, p. 8 dernier § et p. 9); que, pourtant, la société Atelier de Marrakech n'a pas soutenu dans ses écritures que le conduit d'extraction installé par le bailleur desservait le sous-sol et que cela démontrait que ce local était nécessairement destiné à un usage de

cuisine; qu'en soulevant d'office ce moyen, sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble le principe du contradictoire;

3°) ALORS QU' il est interdit au juge de dénaturer les documents de la cause; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré que l'expert judiciaire avait constaté dans son rapport en page 12 «que la hotte installée en cuisine devait être raccordée à la gaine d'extraction placée dans la courette» (arrêt, p. 8 § 10); qu'elle a jugé qu'il s'en déduisait «que la gaine mise en place par le bailleur desservait les locaux pris à bail situés en sous-sol», de sorte que l'affectation du sous-sol «ne pouvait être que de cuisine» (arrêt, p. 8 dernier §); qu'en se prononçant ainsi, tandis qu'il résulte seulement du rapport d'expertise que la hotte installée en sous-sol par la société Atelier de Marrakech devait être raccordée à la gaine «située dans la courette intérieure», et que la photographie numérotée 17, correspondant à deux clichés de la gaine sous des angles différents, montrait seulement la présence de la gaine au rez-de-chaussée, tandis que les photographies numérotées 18 et 19 illustraient la présence de la gaine dans la courette, montant au droit d'un mur jusqu'à une tourelle d'extraction, de sorte que ni les conclusions ni les constatations de l'expert, dépourvues d'ambiguïté, n'établissaient la présence de la gaine d'extraction en sous-sol, la cour d'appel a dénaturé le rapport d'expertise et violé le principe interdisant au juge de dénaturer les documents de la cause;

4°) ALORS QUE l'erreur sur les qualités substantielles n'est cause de nullité qu'à la condition d'avoir été déterminante du consentement de celui qui l'invoque; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré que la possibilité d'installer une cuisine en sous-sol avait été convenue entre les parties et qu'elle était déterminante du consentement de la société Atelier de Marrakech, dès lors que, compte tenu de la taille réduite du local commercial au rez-de-chaussée de moins de 35 m2, cette surface devait être réservée à la clientèle et la cuisine nécessairement en sous-sol (arrêt, p. 9 § 1); qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl., p. 18 et p. 35 § 14), si les lieux étaient exploités à usage de restaurant par une société O-Thai, laquelle avait implanté sa cuisine en rez-de-chaussée, et l'avaient été tout autant auparavant par un restaurant dénommé «Les Listines», ce dont il résultait que l'installation d'une cuisine en sous-sol n'était pas nécessaire pour l'exploitation des lieux en tant que restaurant, et ne constituait pas pour les parties une condition déterminante du consentement de la société Atelier de Marrakech, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1110 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016;

5°) ALORS QUE l'accord de l'assemblée générale des copropriétaires n'est pas requis pour les travaux qui sont effectués sur des parties privatives; que la qualification de partie privative ou commune des canalisations intérieures à un lot privatif dépend du règlement de copropriété; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré, pour retenir une erreur cause de nullité du contrat de bail, que «le raccordement à une canalisation commune suppose l'accord de la

copropriété» (arrêt, p. 9 § 9); qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl., p. 35), si la copropriété n'avait pas à se prononcer sur les travaux envisagés par la société Atelier de Marrakech, dès lors que les copropriétaires, ou leur locataire, avaient toute liberté d'usage des parties privatives, lesquelles comportaient notamment les canalisations intérieures aux locaux (art. 8 du règlement de copropriété), de sorte que l'installation d'une pompe de relevage sur ces canalisations, qui permettait de remédier à l'impossibilité de procéder à une évacuation simplement gravitaire des eaux usées, n'avait pas à être autorisée par l'assemblée générale des copropriétaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1110 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 et des articles 4, 8 et 9 de la loi du 10 juillet 1965;

6°) ALORS QUE l'erreur sur les qualités substantielles ne peut être cause de nullité lorsqu'elle est inexcusable; que l'erreur commise par une partie qui, préalablement à la conclusion du contrat, était assistée d'un professionnel dont la spécialité lui permettait de s'assurer que la qualité substantielle, déterminante de son consentement, existait bien, doit être considérée comme inexcusable; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré que l'erreur commise par la société Atelier de Marrakech était excusable puisque la société locataire n'était pas une professionnelle de l'installation d'un restaurant (arrêt, p. 10 § 2); qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'extrait K bis de la société Atelier de Marrakech produit aux débats mentionnait comme objet social «Traiteur - Restaurant» (concl., p. 5), ce qui impliquait qu'elle était une professionnelle de la restauration et devait dès lors être considérée comme apte à identifier les travaux nécessaires à son activité et leur faisabilité, et si elle avait confié à la société FSB des travaux d'aménagement de son restaurant, dont l'implantation d'une pompe de relevage (concl., p. 40 § 2 et 3), ce dont il résultait que la nécessité d'installer un tel mécanisme en sous-sol pour aménager cet espace en cuisine n'avait pu lui échapper lors des nombreuses visites préalables à la conclusion du contrat de bail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1110 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

#### DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE) :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la SCI [Adresse 2] à payer à la société Atelier de Marrakech une somme de 130.000 € à titre de dommages-intérêts;

AUX MOTIFS QU' il est constant que la société locataire ne peut solliciter des dommages-intérêts qu'autant qu'elle établit à l'encontre du bailleur une faute, un préjudice et un lien de causalité sur le fondement de l'article 1382 du code civil; que la faute de la SCI est d'avoir consenti un bail pour un local impropre à sa destination et de n'avoir pas attiré l'attention de la locataire sur l'insuffisance du réseau d'évacuation des eaux usées pour la destination du bail, quand bien même cette dissimulation n'aurait-elle pas eu un caractère intentionnel. Contrairement à ce que soutient la SCI bailleuse, que les manquements éventuels de la société Fast Bâtiment Services envers

l'Atelier de Marrakech ne sont pas directement la cause du caractère inexploitable en l'état des locaux pris à bail, celui-ci préexistant à son intervention; qu'ainsi que le fait observer la SCI bailleuse la perte de chance de réaliser des bénéfices n'est pas établie en l'espèce, dans la mesure où les documents produits par la société Atelier sont contradictoires, le budget prévisionnel indiquant un résultat avant impôt annuel de 38.154 euros, prenant en compte un chiffre d'affaires annuel de 252.458 euros HT, alors, que le document établi par la société Le Goff Conseil indiquant qu'un chiffre d'affaires moyen hors taxes annuel de 150.000 euros pouvait être réalisé, ne permet pas de dégager un tel résultat bénéficiaire; que, dès lors, le préjudice en lien avec la faute commise est constitué pour la société Atelier par l'engagement de dépenses pour démarrer son exploitation; que si le prêt de 100.000 euros remboursable en 74 mois à compter du mois de février 2013 ayant pour objet de financer les dépenses afférentes aux travaux d'aménagement, d'amélioration, de réparation du fonds de commerce doit être pris en compte dans la détermination du préjudice indemnisable, en lien avec la faute commise, il en va autrement du prêt de 40.000 euros qui n'a pas été souscrit par la société mais par sa gérante; que les frais relatifs à la constitution de la société ne sont pas en lien avec la faute commise, dans la mesure où la société continue d'exister; que la société Atelier justifie avoir engagé des frais généraux comme l'assurance, l'électricité et le téléphone pour 18.203,75 euros dont la matérialité n'est pas contestée par la bailleuse; que celle-ci en revanche, soutient que les frais de mobiliers tels que retenus par les premiers juges ne peuvent être pris en compte aux motifs qu'ils ont été commandés après le début des opérations d'expertise et que ce mobilier n'a pas été mis au rebut; que la cour relève qu'il ne peut être contesté que les meubles ont été acquis dans la perspective d'exploiter le local litigieux, quand bien même auraient-ils été acquis en cours d'expertise, et qu'il n'est pas allégué qu'ils ont été revendus ou affectés à un autre usage, dans ces conditions, si le bailleur ne peut être tenu à en rembourser le coût, il reste tenu au coût de leur stockage; que, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la cour est en mesure d'évaluer à la somme de 130.000 euros le préjudice subi par la société Atelier de Marrakech (arrêt, p. 10 dernier § et p. 11);

ALORS QUE le préjudice doit être réparé sans qu'il en résulte pour la victime ni perte ni profit; qu'en l'espèce, la cour d'appel, après avoir considéré que la SCI [Adresse 2] avait commis une faute en consentant un bail sur un local impropre à sa destination et en n'attirant pas l'attention du preneur sur l'insuffisance du réseau d'évacuation des eaux usées, a jugé que le préjudice en lien avec cette faute était constitué par l'engagement, par la société Atelier de Marrakech, de dépenses pour démarrer son exploitation (arrêt, p. 11 § 1 et 3); qu'elle a alloué à ce titre, notamment, la somme de 100.000 € correspondant au montant emprunté par la société Atelier de Marrakech pour financer les dépenses afférentes aux travaux d'aménagement, à l'amélioration et à la réparation du fonds de commerce (arrêt, p. 11 § 4); qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le montant emprunté ne pouvait constituer, en lui-même, un préjudice réparable, seules les dépenses réellement engagées pouvant, le cas

échéant, être prises en compte, et si la société Atelier de Marrakech n'établissait, pour seul montant dépensé, qu'une somme de 6.298,33 € HT virée à la société FBS, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 du même code.

#### TROISIÈME MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir limité la condamnation de la société Atelier de Marrakech envers la SCI [Adresse 2], au titre de la privation de la jouissance du local jusqu'au 21 mars 2016, à la somme de 37.000 € ;

AUX MOTIFS QU' à titre subsidiaire, la SCI sollicite la condamnation de la société locataire à lui payer une somme de 106.764,38 euros à titre d'indemnité d'occupation, ce à quoi s'oppose la société Atelier, les locaux étant inexploitable; que l'annulation d'un contrat emporte sa disparition rétroactive et implique de remettre les parties dans la situation qui était la leur à la date de conclusion du contrat annulé; que s'agissant d'un bail, en raison de l'impossibilité de restituer la jouissance matérielle des lieux accordée en contrepartie des loyers, la restitution se fait en valeur par le versement d'une indemnité d'occupation correspondant à la valeur locative qui n'est pas nécessairement celle fixée par le bail annulé; qu'il importe peu que la société locataire n'ait pu exploiter les locaux pris à bail, la bailleuse ayant été privée de la jouissance de son bien jusqu'à la remise des clés; que dans ces conditions, la société bailleuse est bien fondée à solliciter l'indemnisation de la contrepartie de la jouissance des locaux, dont elle-même n'a pu bénéficier jusqu'à la remise des clés du local le 21 mars 2016 (pièces 34 et 35 du bailleur); que la société bailleuse selon le décompte versé aux débats, sollicite une somme de 106.764,38 euros pour la période écoulée entre le 1 mars 2013 et le 21 mars 2016; que la contrepartie de la jouissance des locaux sera indemnisée par l'octroi d'une somme de 36.677,41 euros, arrondie à 37.000 euros [1000 x36+ (1000/31x21)]; que la société bailleuse sera déboutée du surplus de sa demande de condamnation à ce titre (arrêt, p. 10 § 10 à 16);

ALORS QUE le préjudice doit être réparé sans qu'il en résulte ni perte ni profit pour la victime; que l'indemnité d'occupation répare le préjudice subi par

un propriétaire du fait de l'occupation sans droit ni titre de son bien par l'occupant; qu'elle correspond donc à la valeur locative du bien; qu'en l'espèce, la cour d'appel a alloué à la SCI [Adresse 2] une somme de 37.000 € à titre d'indemnité d'occupation pour la période courant jusqu'au 21 mars 2016, date de la restitution des clés par la société Atelier de Marrakech, soit l'équivalent de 1.000 € par mois (arrêt, p. 10 in fine); qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, quelle était la valeur locative du bien appartenant à la SCI [Adresse 2], que cette dernière évaluait à la somme trimestrielle de 8.763,03 € TTC, soit 2.921 € par mois, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 du même code, ensemble le principe de la réparation intégrale. Moyen produit par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils, pour la société LAtelier de Marrakech (demanderesse au pourvoi incident)

La société Atelier de Marrakech fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamnée à payer à la SCI [Adresse 2] une somme de 37 000 € en contrepartie de la privation de jouissance du local jusqu'au 21 mars 2016, date de restitution des locaux;

Alors que, en cas d'annulation d'un bail commercial pour erreur sur la substance du fait que le bailleur l'a consenti sur un local impropre à sa destination contractuelle, le locataire qui, pour une raison indépendante de sa volonté, n'a pu bénéficier de la jouissance des lieux loués en raison de leur caractère inexploitable, n'a pas à verser d'indemnité d'occupation; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la SCI [Adresse 2] avait consenti à la société Atelier de Marrakech un bail sur des locaux impropres à leur destination contractuelle de «Traiteur -restaurant- bar», dès lors qu'en l'absence d'un réseau d'évacuation des eaux usées, cette activité ne pouvait y être exercée; qu'en jugeant néanmoins que la société Atelier de Marrakech était redevable du paiement d'une indemnité d'occupation, peu important qu'elle n'ait pu exploiter les locaux pris à bail, la cour d'appel a violé 1304 ancien du code civil.