

N° RG 17/04736

Décision du Tribunal de Grande Instance de SAINT ETIENNE

Au fond du 14 juin 2017

RG : 16/00023

SA MG

C/

B

Société MJL

Société DP

Société MJ

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE LYON

3ème chambre A

ARRÊT DU 28 Février 2019

APPELANTE :

SA MG

INTIMES :

SOCIETE MJ représentée par B

Société DP

Société MJ

EXPOSÉ DU LITIGE

Le 20 août 2013, la S.C.I. DP a consenti à la S.A.R L K un bail commercial portant sur un local situé à Saint-Étienne, destiné à l'activité de restauration, d'une durée de neuf années à compter du 19 août 2013.

Le 11 septembre 2013, la société K a constaté un phénomène de dégorgement des canalisations des toilettes directement dans la cuisine.

Dans la nuit du 21 au 22 novembre 2013, à la suite d'importantes chutes de neige, le chapiteau couvrant l'une des salles du restaurant s'est affaissé pour s'écrouler à une date ultérieure.

Le 13 décembre 2013, le plafond de la cuisine s'est effondré en raison d'une inondation provenant des locaux de l'étage du dessus.

La société K s'est trouvée dans l'impossibilité d'exploiter son fonds de commerce tant que les travaux de réfection n'étaient pas effectués.

Par ordonnance du 3 avril 2014, le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint Étienne a':

- désigné M. Haeri en qualité d'expert,
- autorisé la société K à consigner les loyers sur le compte CARPA de son conseil dans l'attente de la réalisation des travaux de remise en état nécessaires à l'exploitation de l'activité,
- condamné la S.A. MG, assureur de la société K, à lui verser une provision de 10.000'€.

Par ordonnance du 3 juillet 2014, les opérations d'expertise ont été déclarées communes et opposables à la société MG , vendeur du chapiteau, ainsi qu'à la SELARL A Partenaires et à la SELAS MJ en leurs qualités respectives d'administrateur et de mandataire judiciaires de cette société.

Le tribunal de commerce de Saint-Etienne a prononcé le 3 septembre 2014 le redressement judiciaire de la société K et le 25 février 2015 sa liquidation judiciaire, la SELAS MJ étant désignée liquidateur judiciaire.

L'expert a déposé son rapport le 16 juillet 2015.

La société K a fait assigner son assureur la société M, la SCI DP et la société M assureur de cette S.C.I.

Par jugement du 14 juin 2017, le tribunal de grande instance de Saint-Etienne a':

- condamné *in solidum* la SCI DP et la société M à payer à la SELAS MJ, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société K, les sommes de 85.702'€, de 66.929,64'€ et de 81.570'€ à titre de dommages et intérêts,
- condamné la SCI DP à garantir la société M à concurrence de 50% de ces condamnations,
- dit que la société K n'était plus redevable d'aucun loyer à compter du 1er janvier 2014,
- rejeté le surplus des demandes en dommages et intérêts et les demandes formées contre la société M,
- condamné *in solidum* la SCI DP et la société M aux dépens qui comprennent les frais d'expertise judiciaire avec droit de recouvrement direct,
- condamné *in solidum* la SCI DP et la société M à payer à la SELAS MJ, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société K, la somme de 6.000'€ en application de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la SCI DP à garantir la société M à concurrence de 50% des deux condamnations ci-dessus,
- rejeté la demande de la société M fondée sur l'article 700 du code de procédure civile.

La société M et la SCI DP ont interjeté appel par actes des 27 juin 2017 et 7 juillet 2017. Ces deux instances d'appel ont été jointes.

Dans le dernier état de ses conclusions déposées le 2 janvier 2018, fondées sur les articles 1240

et 1147 *ancien* du code civil, **la société M** demande à la cour de :

- infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a jugé qu'elle a commis une faute et l'a condamnée à payer 50% des sommes suivantes :

- 85.702€ au titre de la perte d'investissements,
- 66.929,24 € au titre de la perte d'exploitation,
- 81.570 € au titre de la perte de chance d'exploiter le fonds de commerce,

et statuant à nouveau :

- débouter le liquidateur judiciaire de la société K de sa demande en paiement d'une somme de 79.000 € au titre des pertes d'exploitation,
- débouter le liquidateur judiciaire de la société K de toutes ses demandes, fins et conclusions visant à obtenir sa condamnation *in solidum* à lui payer les sommes de 85.702 € au titre des pertes d'investissements, 115.075 € au titre du passif de la procédure, 244.000 € au titre de la perte de chance d'exploiter le fonds de commerce, et 10.000 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens,
- constater que sa responsabilité ne peut être mise en cause et rejeter toute condamnation,
- condamner le liquidateur judiciaire de la société K à lui payer la somme de 3.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile outre les dépens de l'instance avec droit de recouvrement direct,

à titre subsidiaire si la cour confirmait la condamnation contre elle,

- infirmer le jugement entrepris,
- juger que la clause de renonciation à recours insérée dans le bail commercial lui est inopposable,
- juger en tout état de cause qu'il n'y a pas eu de déclaration inexacte avec intention de l'assuré et qu'en conséquence aucune nullité ne peut être encourue,
- condamner solidairement les sociétés DP et M à la relever et garantir de l'intégralité des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre,
- condamner le liquidateur judiciaire de la société K à lui payer la somme de 3.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile outre les dépens de l'instance avec droit de recouvrement direct.

Dans le dernier état de ses conclusions déposées le 28 septembre 2017, **la SCI DP** demande à la cour d'infirmer le jugement entrepris et de :

à titre principal,

- juger que sa responsabilité n'est pas engagée,
- juger que la société K est seule responsable de la situation,
- débouter le liquidateur de la société K de l'intégralité de ses demandes,

à titre subsidiaire,

- juger que seule une perte de chance d'exploiter le fonds de commerce peut être retenue et la fixer à 10%,

à titre infiniment subsidiaire,

- condamner la société M solidairement avec elle,

en tout état de cause,

- condamner le liquidateur de la société K à lui payer la somme de 3.500'€ en application de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens.

Dans le dernier état de ses conclusions déposées le 17 octobre 2017, fondées sur les *anciens* articles 1134,1184,1382, les articles 1719 et suivants du code civil, les articles L 113-8 et suivants du code des assurances et l'article 122 du code de procédure civile, **la SELARL MJA** , représentée par B et intervenant comme prenant la suite de la SELAS MJ en qualité de liquidateur judiciaire de la société K, demande à la cour de :

- confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions à l'exception :

· du rejet des demandes formées contre la société M,

· des demandes indemnitaires en réparation des préjudices subis par la société K,

· et statuant à nouveau,

- juger que la société M doit sa garantie,

- condamner *in solidum* la SCI DP, les sociétés MJ et M ou qui mieux le devra à lui payer, les sommes suivantes :

· perte d'investissements : 85.702 €,

· perte d'exploitation : 79.000 €,

· passif de la procédure collective : 115.075 €,

· frais et honoraires liées à la procédure collective : mémoire,

· perte de chance d'exploiter le fonds de commerce : 244.000 €,

- condamner la SCI DP à lui restituer la somme de 10.764 € au titre du dépôt de garantie,

- débouter la SCI Parks, les sociétés M et MJ de l'intégralité de leurs demandes à son encontre,

- condamner *in solidum* la SCI DP, les sociétés M et MJ à lui payer la somme de 10.000 € en application l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel,

- condamner *in solidum* la SCI DP, les sociétés M et MJ ou qui mieux le devra aux entiers dépens de l'instance avec droit de recouvrement direct.

Dans le dernier état de ses conclusions déposées le 23 avril 2018, au visa des articles 122 du code de procédure civile, 1134 *ancien* du code civil et L'113-2,3°, L'113-8, L'113-4 et L 121-12 alinéa 2 du code des assurances, **la société MJ** demande à la cour de:

- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la SCI DP de sa demande à son encontre,
- débouter la SCI DP de l'ensemble de ses demandes,
- condamner la SCI DP à lui payer 5.000'€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

MOTIFS

Sur la responsabilité contractuelle de la SCI DP

La SCI DP, bailleuse de la société K, critique les premiers juges qui ont retenu sa responsabilité sur le fondement de l'article 1721 du code civil, texte auquel le bail commercial avait dérogé en conférant au preneur la charge de l'entretien des locaux et notamment du chapiteau abritant la terrasse couverte et des canalisations et en excluant la prise en charge par le bailleur du remplacement des installations ou appareils existant dans les lieux loués et même du remplacement du chapiteau rendu nécessaire par suite d'usure et de vétusté.

Elle reproche à la société K de ne pas avoir exécuté ses obligations de maintenir en sécurité et d'entretenir le chapiteau et ajoute que l'entretien des canalisations incombait au preneur. Elle précise qu'une autre clause du bail stipule que le preneur doit faire son affaire personnelle de tous troubles de jouissance causés par des tiers ou d'autres occupants de l'immeuble.

La SELARL MJA , liquidateur judiciaire de la société K, invoque les articles 1719 à 1721 du code civil pour soutenir que la SCI DP a manqué à ses obligations de délivrance, de jouissance paisible et de réparation des lieux loués.

Elle précise que le chapiteau couvrant la terrasse, comme l'évacuation des eaux usées, n'étaient pas conformes aux prescriptions légales en matière d'hygiène et de sécurité et que la clause du bail stipulant la parfaite connaissance des lieux loués et déchargeant le preneur de tous travaux ne peut exonérer le bailleur de son obligation de délivrance de locaux conformes et exempts de vices cachés.

Tout d'abord, la SCI DP relève à bon droit que les dispositions des articles 1719 et suivants du code civil ne sont pas d'ordre public et que les parties à un bail commercial sont libres d'y déroger. Il convient dès lors d'examiner la commune intention des parties et la teneur des clauses du bail pour déterminer les dérogations prévues aux principes édictés par ces textes.

L'article 11 du bail commercial a prévu ainsi la charge de l'entretien des locaux :

«Le bailleur aura la charge des grosses réparations prévues à l'article 606 du code civil.

Le preneur devra, pendant toute la durée du bail, tenir les biens loués en bon état d'entretien et effectuer toutes les réparations qui pourraient être nécessaires, et à la seule exception des grosses réparations définies à l'article 606 du Code Civil, et des travaux de ravalement de l'immeuble, comme indiqué ci-dessous :

(...)

Le preneur devra notamment maintenir en bon état d'entretien, de fonctionnement, sécurité et propreté, l'ensemble des biens loués, équipements, accessoires et installations et, en particulier, les portes, portails, fenêtres, volets roulants, installations électriques, robinetteries, appareils sanitaires, de chauffage et de gaz, canalisations ainsi que le chapiteau abritant la terrasse couverte.

(...)

Si pour une cause quelconque, le remplacement des installations ou appareils qui existeraient dans les

lieux loués devenait nécessaire, même par suite d'usure, de vétusté, d'incendie, d'explosion, de foudre, de dommages électriques, de tempête, de grêle et de neige, de fumées, de choc d'un véhicule terrestre, de chute d'appareils de navigation aérienne et d'engins spatiaux, d'actes de vandalisme et attentats, de catastrophes naturelles, de dégâts des eaux, force majeure ou d'exigence administrative, il sera entièrement à la charge du preneur sans recours contre le bailleur.

Toutefois, et de convention expresse entre les parties, le remplacement complet du chapiteau abritant la terrasse couverte par suite d'usure ou de vétusté, sera à la charge du bailleur.

Le preneur supportera, en outre, toutes les réparations normalement à la charge du bailleur mais qui deviendraient nécessaires par suite soit du défaut d'exécution des réparations dont il a la charge, soit de dégradations résultant de son fait, de celui de son personnel ou de ses visiteurs aussi bien dans les biens loués que dans d'autres parties de l'immeuble.»

L'article 7 du bail stipule également et notamment que :

« Le preneur devra faire son affaire personnelle de tous troubles de jouissance causés par des tiers ou d'autres occupants de l'immeuble et se pourvoira directement contre les auteurs de ces troubles, sans que le bailleur ne puisse être recherché de ce chef.»

Il convient à la lumière de cette loi des parties d'examiner successivement les sinistres subis par la société K.

Sur le sinistre du 21 novembre 2013

Dans la nuit du 20 au 21 novembre 2013, un épisode neigeux a provoqué l'affaissement puis l'effondrement postérieur du chapiteau couvrant la terrasse de l'établissement, effondrement consécutif à la rupture d'une pièce de liaison au faîtage assurant la liaison avec les barres en diagonales.

L'expert judiciaire explique que cette rupture a été causée par un vice de conception imputable à l'entreprise G qui n'a pas préconisé un poteau d'hivernage susceptible de permettre à la structure de supporter les chutes de neige habituelles dans la région stéphanoise et d'être conforme à la réglementation en la matière. Il précise que la pose d'une isolation thermique sous la bâche, par l'intermédiaire de percement des barres en diagonales n'était pas plus conforme aux normes et n'a pas permis une évacuation de la neige par transmission de la température intérieure vers l'extérieur.

Il impute ces non-conformités au bailleur et au précédent locataire des lieux, l'EURL R qui a procédé à l'installation et aux modifications de ce chapiteau.

La SCI DP réplique avec pertinence que le permis de construire de régularisation délivré avant sa propre acquisition de l'immeuble ne pouvait l'alerter sur un défaut de respect des normes.

Elle n'est pas fondée à reprocher à sa locataire de ne pas avoir déblayé la neige au cours de la nuit au regard de chutes de neige qui n'ont pas été retenues comme exceptionnelles.

Le constat d'état des lieux établi le 22 novembre 2013 par M M, huissier de justice, relate que le chapiteau « *s'est dangereusement affaissé* », l'affaissement étant « *particulièrement marqué au centre de la pièce* » et que « *les gros élastiques qui maintiennent la toile du chapiteau sont très tendus et prêts à céder.* »

Le rapport d'inspection sanitaire du 13 janvier 2014 note également « *qu'une partie du toit de la salle de restaurant (constitué par une bâche) s'est également affaissée suite aux chutes de neige importantes de novembre 2013* ».

Un courriel joint au rapport d'expertise et émis par B assurances, mandataire des deux sociétés M et

MJ, le 2 décembre 2013 fait état d'une visite le 29 novembre 2013 et rappelle

«Il convient tout d'abord et en urgence de prendre enfin les mesures conservatoires indispensables à la sauvegarde du site. Je vous rappelle que ces prescriptions vous ont été données dès votre premier appel téléphonique à savoir :

- soutenir la bâche par le fond afin d'éviter son arrachement,

- pomper l'eau : C'est possible car la température est positive à Saint-Etienne depuis plusieurs jours.»

Le courriel émis en réponse par la société K le 5 décembre 2013 comporte deux photographies qui montrent que des étais ont été posés et qu'elle a pris des dispositions pour prévenir l'aggravation des dommages et pour respecter son obligation de « *maintenir [ce chapiteau] en bon état d'entretien, de fonctionnement, sécurité et propreté* ». Aucun élément technique n'établit en tout cas que l'effondrement total pouvait effectivement être prévenu.

Le bailleur ne peut en critiquant les diligences engagées par sa locataire s'exonérer de sa propre responsabilité consécutive à son obligation de délivrance d'un chapiteau conforme à sa destination et par nature susceptible de supporter des intempéries qui n'ont pas été dites anormales par l'expert judiciaire. Le dommage est uniquement consécutif à cette non-conformité et ne provient pas d'un défaut d'entretien.

Sur le sinistre du 13 décembre 2013

La société K a subi à cette date un effondrement du plafond des cuisines qui l'a placée dans la totale incapacité de poursuivre l'exploitation du restaurant, effondrement dont il n'est pas discuté qu'il est consécutif à une inondation provenant de l'exploitation d'un établissement de la société KZ situé au dessus du sien.

L'expert judiciaire a noté dans son rapport que le sinistre provient d'une fuite de la canalisation des eaux usées de cette société KZ qui traverse le plancher et pénètre dans les cuisines du restaurant et a préconisé une modification pour les rapprocher de la façade et les évacuer dans la colonne existante. Il a également indiqué que les désordres consécutifs devront être pris en charge par l'assurance dégâts des eaux de la société KZ, qui a refusé de s'associer aux investigations. Il a en outre estimé que la modification du tracé de cette canalisation d'eaux usées était à la charge du bailleur.

Il résulte de l'article 7 du bail que la société K ne pouvait exiger de son bailleur de prendre en charge la réparation du plafond de la cuisine, correspondant aux troubles de jouissance causés par son voisin du dessus, car ils sont expressément exclus comme provenant d'un autre occupant de l'immeuble. Les premiers juges ont à tort motivé sur les dispositions de l'article 1725 du code civil auxquelles le bail avait dérogé.

L'expert a indiqué que la réparation de la canalisation a été faite suite à ce dégât des eaux dès avant la première réunion d'expertise du 3 avril 2014 et que « *depuis il n'y a plus eu de fuite des 2 canalisations traversant le plafond.* »

Un courriel de B assurances du 19 décembre 2013 relate que cet intermédiaire avait reçu la confirmation du bailleur dès le 17 décembre de « *la réparation complète et définitive de la fuite d'eau ayant occasionné vos dommages* ».

Le rapport d'inspection du Service d'Hygiène consécutif à une visite du 13 janvier 2014 fait également état de « *travaux commandités par votre assurance en ce qui concerne la cuisine* » et ne mentionne pas de récurrence de fuites d'eau.

La société K n'était pas fondée à rechercher la responsabilité de son bailleur par rapport à ces fuites dont elle ne précise pas à quel moment les mesures nécessaires à les faire cesser ont été prises.

Sur l'évacuation des eaux usées des cuisines de l'établissement

Il résulte d'un rapport d'inspection du 16 janvier 2014 émanant de la Direction Départementale de la Protection des Populations de la Loire, annexé au rapport d'expertise, et des investigations de l'expert que le tracé des canalisations d'évacuation des eaux usées n'est pas conforme, car les canalisations des toilettes y sont raccordées et provoquent parfois des remontées par les bondes siphoniques installées en cuisine.

Les premiers juges ont retenu avec pertinence que les travaux relatifs à ces canalisations ne font pas partie des grosses réparations prévues par l'article 606 du code civil, et que ce vice existait antérieurement à l'entrée dans les lieux par le preneur et n'était pas visible avant la mise en route de l'activité.

Le bailleur nonobstant la clause du bail qui stipule en son article 6 que :

« le preneur prendra les biens loués dans l'état dans lequel ils se trouvent lors de son entrée en jouissance, sans pouvoir exiger du bailleur aucune remise en état, réparation ou transformation, ni exercer contre le bailleur aucune réclamation pour quelque cause que ce soit. Le preneur reconnaît bien connaître les lieux loués. »

reste débiteur d'une obligation de délivrance d'une installation exempte de vices sans pouvoir invoquer l'obligation d'entretien du preneur.

Ce vice caché se trouve d'ailleurs à l'origine d'une interdiction, pour des raisons sanitaires, d'utiliser ces cuisines avant une mise en conformité, par la société K au titre de l'installation d'un bac à graisse, mais surtout par la refonte du système d'évacuation des eaux usées à la charge du bailleur.

La SCI DP a manqué à ses obligations de délivrance et de jouissance paisible en se refusant à prendre en charge les travaux nécessaires pour mettre en conformité ce système.

Sur la faute imputée à la société M

La société M, assureur de la société K, critique la décision entreprise qui a retenu sa responsabilité personnelle tenant à son refus d'exécuter le contrat et qui l'a condamnée *in solidum* avec le bailleur à indemniser les préjudices de son assurée.

Elle affirme que sa garantie « Perte d'exploitation » seule visée par le liquidateur judiciaire, ne peut être mobilisée car elle nécessite :

- que l'activité en cas de sinistre soit réduite ou interrompue et ne cesse pas définitivement,
- que l'événement qui lui donne naissance soit garanti par le contrat ce qui n'est pas le cas pour l'effondrement du chapiteau.

Elle ajoute qu'elle n'a pas reçu de déclaration de sinistre concernant les désordres affectant l'évacuation des eaux usées de l'établissement, ce qui n'est pas contesté.

Les premiers juges ont retenu à bon droit que l'article 4.2.4 des conditions générales n'excluait pas la garantie concernant l'effondrement du chapiteau.

En effet, cette clause, d'interprétation stricte, exclut l'application de la garantie « événements climatiques - poids de la neige » lorsque les dommages sont occasionnés à « *des bâtiments dont la construction ou la couverture comporte quelque proportion que ce soient des matériaux tels que le carton ou feutre bitumés, toile ou papier goudronné, feuilles au film de matières plastiques non fixées sur des panneaux voligeages jointifs, selon les règles de l'Art.* »

La société M se contente de critiquer la décision entreprise en rappelant de manière inopérante que le PVC est effectivement un plastique sans caractériser que le chapiteau était composé de « *feuilles au film de matières plastiques* », qualificatif qui ne correspond pas à la toile de toit en PVC posée par la société G .

S'agissant de la condition tenant aux caractéristiques de la perte d'exploitation, la société Monceau invoque les articles 4.11.1 et 4.11.4 des conditions générales du contrat qui prévoient :

Objet de la garantie (4.11.1)

« *Nous garantissons le paiement d'une indemnité correspondant :*

- *soit à la perte de marge brute, soit à la perte de revenus (commissions ou d'honoraires).*
- *aux frais supplémentaires d'exploitation consécutivement engagés avec notre accord préalable pour permettre la poursuite de l'activité dans des conditions aussi proches que possible de son fonctionnement normal.*

En cas d'interruption ou de réduction de votre activité consécutive à un dommage matériel ayant donné lieu à indemnisation au titre d'une des garanties suivantes':

- *Incendie et risques annexes,*
- *Dommmages électriques,*
- *Tempête - grêle - poids de la neige - événements climatiques-gel,*
- *Dégâts des eaux,*
- *Vol et Vandalisme. »*

Exclusions de garantie (4.11.4)

« *Indépendamment des exclusions communes prévues à l'article 5, nous ne garantissons pas :*

- *les pertes et frais consécutifs à :*
 - *des dommages causés par les engorgements et refoulements des canalisations d'égouts et ruissellement des eaux,*
 - *tout retard qui vous serait imputable dans la reprise de votre activité,*
 - *l'aggravation d'un sinistre à la suite de grève,*
 - *une insuffisance d'assurance du bâtiment et/ou des biens professionnels,*
 - *une contamination alimentaire,*
- *les pertes et frais consécutifs à un dommage matériel survenant pendant que votre entreprise est en état de cessation d'activité, de règlement amiable, de redressement ou liquidation judiciaire,*
- *le versement d'une indemnité si vos locaux sont situés dans un bâtiment frappé d'alignement ou d'une interdiction de reconstruire, ou construit sur terrain d'autrui ou menacé d'expropriation,*
- *le versement d'une indemnité en cas de cessation définitive d'activité après sinistre, sauf en cas de*

force majeure, une indemnité vous sera versée pour compenser les frais généraux permanents que vous avez engagés alors que vous n'aviez pas encore ou connaissance de l'impossibilité de poursuivre votre activité. »

La clause Exclusion de la garantie ne permet pas en effet la couverture de la perte d'exploitation consécutive à une cessation définitive d'activité, mais cette cessation n'a été rendue définitive qu'à la suite de l'effondrement du plafond des cuisines le 13 décembre 2013, l'activité de restauration ayant continué de manière dégradée suite à l'affaissement du chapiteau.

La garantie des pertes d'exploitation était donc due temporairement par l'assureur M jusqu'à l'effondrement d'une partie du plafond des cuisines.

En approuvant la décision entreprise, la SELARL MJA reproche à cet assureur d'avoir été défaillant dans l'exécution de ses obligations contractuelles de garantie des pertes d'exploitation et de lui avoir opposé que sa garantie n'était pas acquise en raison de la cessation d'activité de la société K.

Les premiers juges ont retenu à tort une faute de la société M qui n'a été saisie que par deux déclarations de sinistre, concernant le chapiteau et les cuisines.

B assurances, mandataire des sociétés M et MJ, s'est déplacé les 29 novembre et 16 décembre 2013 suite aux deux sinistres successifs et a soulevé concernant le chapiteau la question de la responsabilité du bailleur et précisé concernant le plafond des cuisines qu'elle était dans l'attente d'un devis concernant sa réfection tout en mentionnant que l'origine de la fuite avait été traitée par le bailleur, motivant un traitement de ce sinistre sans expertise.

La contestation émise par la société K tenant à la récurrence de la fuite d'eau dans les cuisines dans son courriel du 20 décembre 2013 n'est étayée par aucun élément objectif alors qu'il a déjà été relevé que l'expert avait également noté que les travaux réparant cette fuite étaient intervenus de manière efficace.

Les échanges de courriels entre le 22 novembre 2013 et le 7 janvier 2014 manifestent que la société K est mécontente de l'absence de désignation d'un expert pour les deux sinistres et qu'elle a entendu se reposer sur B assurance pour faire la liaison avec le bailleur.

L'assureur relatait par exemple dans son courriel du 5 décembre 2013 les diligences en cours en contact avec le maçon et l'entreprise qui avait posé le chapiteau.

Contrairement à ce qu'ont motivé les premiers juges, ces échanges confirment que la société Monceau a commencé, par l'intermédiaire de son mandataire, à gérer ces sinistres et n'a pas refusé d'appliquer le contrat et le liquidateur judiciaire appelant ne tente pas de se prévaloir d'une stipulation du contrat qui oblige l'assureur à missionner systématiquement un expert.

Il résulte d'ailleurs des investigations de l'expert et des motifs qui viennent d'être pris que la responsabilité du bailleur était engagée concernant ces deux sinistres.

Le traitement de ces sinistres nécessitait une coordination avec le bailleur et son assureur et la société Monceau a bien fait engager différentes diligences à leur égard et n'était pas tenue personnellement d'une garantie de reprise d'activité rapide.

La couverture de la garantie perte d'exploitation sur la période du 22 novembre au 13 décembre 2013, les pertes d'exploitation étant valorisées par le liquidateur judiciaire à 5.273€ par mois pour une activité totalement cessée, n'aurait conduit qu'à l'obtention d'une provision bien trop faible insusceptible de permettre à la société K de financer des travaux de réfection du chapiteau que l'expert avait estimés à 34.619€ HT, avec un délai de réalisation d'un à deux mois.

La provision de 10.000€ allouée par le juge des référés le 3 avril 2014 à la charge de la société M

n'a d'ailleurs manifestement pas été suffisante à permettre un redémarrage de l'activité.

Le jugement entrepris doit être infirmé en ce qu'il a retenu une responsabilité contractuelle à l'encontre de la société M.

Sur l'indemnisation des préjudices

La SELARL MJA réclame l'indemnisation des préjudices chiffrés de la manière suivante :

- perte d'investissements : 85.702 €,
- perte d'exploitation : 79.000 €,
- passif de la procédure collective : 115.075 €,
- perte de chance d'exploiter le fonds de commerce : 244.000 €,

La SCI DP réplique que la perte d'exploitation ne peut s'analyser qu'en une perte de chance d'un maximum de 10%. La société M conteste les préjudices réclamés en soutenant que la société K ne peut former de demande qu'à hauteur de la valorisation de son fonds de commerce et que le passif de sa liquidation judiciaire existe seulement du fait de la création et de l'exploitation et fait double emploi avec la demande au titre de la perte d'investissements.

Il appartient au liquidateur judiciaire de la société K de caractériser le lien de causalité entre les préjudices invoqués et les fautes commises par la SCI DP, concernant le sinistre du 21 novembre 2013 (chapiteau) et l'évacuation des eaux usées des cuisines.

Sur la perte d'exploitation jusqu'à la liquidation judiciaire

En l'état de ce qu'il vient d'être retenu que le bailleur n'assume aucune responsabilité concernant l'absence de prise en charge de la réparation du plafond des cuisines, il ressort du procès-verbal du 16 janvier 2014 que l'interdiction administrative de poursuite de l'activité de restauration est également consécutive à la non conformité du système d'évacuation des eaux usées et aux problèmes de salubrité des cuisines ne permettant plus d'y préparer des plats.

L'absence du bac à graisse et l'état du plafond constituaient en effet d'autres causes d'interdiction de reprendre l'activité déterminées par la direction départementale de la protection des populations de la Loire, mais compte tenu de ce que le chapiteau constituait la quasi-intégralité de la surface d'accueil du public de ce restaurant, la reprise d'activité était conditionnée par sa remise en état et a permis à la société K de ne pas être fautive à ne pas engager ces autres démarches et travaux sans certitude de la prise en charge par le bailleur de ses obligations concernant les canalisations d'eaux usées et le chapiteau.

Les premiers juges ont ainsi retenu à bon droit la certitude du préjudice de perte d'exploitation qui ne peut correspondre comme le soutient à tort la SCI DP à une perte de chance de reprendre l'exploitation du restaurant.

Les calculs réalisés dans le jugement basés sur des résultats d'exploitation sur une courte période de deux mois entre le 13 septembre 2013, date du début d'activité, et le 21 novembre 2013, date du sinistre sur le chapiteau, doivent être retenus comme pertinents.

Ces premières semaines d'activité ne sont pas significatives de l'activité d'un établissement de restauration reprise après la cessation d'activité du précédent exploitant au début de l'année 2013 mais constituent la seule base possible d'estimation.

L'indemnisation de cette perte d'exploitation est réclamée à juste titre pour la période de 15 mois entre

le 21 novembre 2013 et la liquidation judiciaire prononcée le 25 février 2015, ainsi considérée comme mettant fin aux velléités de poursuite d'activité.

Ce poste de préjudice a été indemnisé totalement par les premiers juges à hauteur de 66.929,64€ (2.945€ de chiffre d'affaires hebdomadaire X 60 semaines affecté d'un taux de marge sur coût variable de 35,51 %).

Sur la perte de chance liée à la perte de l'outil d'exploitation

La SELARL MJA fait valoir à juste titre que la perte de l'outil d'exploitation est consécutive à l'absence des réparations nécessaires des lieux loués et particulièrement du chapiteau et des canalisations d'eaux usées.

La société M n'est pas fondée à soutenir que ce préjudice est constitué par la perte de valeur du fonds de commerce et ne correspond pas à une perte de chance de poursuivre l'exploitation du restaurant jusqu'à l'échéance du bail commercial.

Le liquidateur judiciaire réclame un montant de 244.000 '€ correspondant aux pertes d'exploitation jusqu'à la date d'échéance du bail commercial, en affectant au même calcul que celui présenté au titre de la perte d'exploitation antérieure à la liquidation judiciaire un pourcentage de 50%

Les premiers juges ont retenu avec pertinence que le pourcentage de chance de percevoir les fruits de ce chiffre d'affaires était de 20 % compte tenu des aléas inhérents à son activité.

En partant des mêmes bases de calcul, ils ont à juste titre fixé cette indemnisation à 81.570€.

Sur la perte d'investissements

La SELARL MJA réclame au titre d'une perte d'investissements la couverture de l'intégralité des actifs immobilisés cités ci-après et inscrits au bilan de l'année 2013 :

- concession brevet, marque, logiciels et droits similaires 5.000€
- fonds commercial (montant du droit d'entrée versé lors de la conclusion du bail commercial) 20.000€
- installation matériel outillage industriel 20.120€
- immobilisations corporelles 29.818€
- immobilisations financières 10.764€

soit au total 85.702€

Ce préjudice de perte d'investissements n'est discuté par les sociétés DP et M qu'en ce qu'il fait double emploi avec la demande faite au titre du passif de la liquidation judiciaire.

Par une motivation pertinente que la cour adopte, les premiers juges ont à bon droit indemnisé la liquidation judiciaire de la société K à hauteur de 85.702€ au titre de la perte totale de valeur de son fonds de commerce par le remboursement des investissements faits en pure perte pour une exploitation qui n'a duré que 12 semaines.

Sur le passif de la procédure collective

La SELARL MJA, comme le soulignent les sociétés DP et M, présume à tort que les différentes créances déclarées au passif de la liquidation judiciaire de la société K sont les conséquences directes

de la cessation d'activité consécutives notamment aux fautes de la SCI DP.

Les premiers juges ont à bon droit retenu une exception d'inexécution opposable à la SCI DP et dit que la société K n'était plus redevable d'aucun loyer à compter du 1er janvier 2014.

En effet, la SCI DP n'a pas satisfait à son obligation de délivrance et de jouissance paisible et a conduit, par sa résistance à assumer rapidement les réparations qui lui incombent, à la cessation inéluctable de l'exploitation de la société K.

La créance de loyer de 9.216'€ déclarée par la S.C.I. DP au passif de la société K a été exclue à juste titre par les premiers juges du préjudice de sa liquidation judiciaire.

Les autres créances, dont l'état produit attestent qu'elles n'ont pas été contestées, ne sont pas mentionnées de manière suffisamment précises, particulièrement sur la date des factures ou des impositions déclarées.

La créance LCL de 66.502,80'€ nantie sur le fonds de commerce correspond sans équivoque à l'endettement pris par la société K pour l'acquiescer et son montant est déjà couvert par l'indemnisation servie au titre de la perte d'investissement.

Le préjudice au titre du passif de procédure collective n'est pas démontré comme lié causalement à la faute retenue.

Les frais de procédure collective, mentionnés *«pour mémoire»* et dont le montant n'est pas précisé, ont été à juste titre rejetés en première instance car ils ne sont pas la conséquence directe des fautes contractuelles retenues contre le bailleur et leur montant dépend en grande partie d'événements déconnectés de leur appréciation.

Sur les demandes dirigées contre la société MJ

La SCI DP approuve les premiers juges qui ont rejeté le moyen de nullité du contrat d'assurance opposé par la société MJ mais les critique en ce qu'ils ont retenu que la garantie de cet assureur n'était pas acquise.

Elle soutient qu'il appartient à la société MJ d'établir qu'elle a fait intentionnellement une fausse déclaration de risque et ajoute qu'elle s'est bien assurée auprès de cet assureur au titre des risques tempête et neige.

La société MJ n'a pas formé appel incident et ne critique pas les premiers juges sur le débouté qu'ils ont prononcé au titre des prétentions dirigées contre elle.

Le dispositif de ses conclusions qui seul saisit la cour ne contient aucune prétention d'irrecevabilité opposé à la société K. Les développements faits dans ses motifs sur cette irrecevabilité et fondés sur l'article 122 du code de procédure civile comme sur l'application de la clause de non recours qui n'est invoquée par aucune des autres parties n'ont pas à être examinés.

Elle soulève la nullité du contrat d'assurance en reprochant à son assurée d'avoir fait une fausse déclaration intentionnelle en mentionnant uniquement au moment de la souscription de la garantie que le bail comporte une renonciation à recours contre le bailleur sans préciser que ce contrat mentionnait en outre que la SCI DP s'engageait à ce que son assureur y renonce également.

L'article L 113-8 du code des assurances dispose en son alinéa 1er : *«Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre.»*

Il appartient à la société MJ de démontrer que son assurée a fait intentionnellement une fausse déclaration du risque et en l'espèce ne lui a pas de la même manière fait état d'une aggravation du risque.

Il ressort de la page annexe à la police d'assurance que la S.C.I. DP a effectué différentes déclarations et notamment :

« *LES CLAUSES APPLICABLES AU CONTRAT :*

Il est noté que le bail comporte une renonciation à recours contre le bailleur.»

Comme le souligne la SCI DP ces « *dispositions personnelles multirisque immeubles* » sont datées du 25 juillet 2012 et ne pouvaient prendre en compte les stipulations d'un bail commercial signé le 20 août 2013.

L'article L 113-2 du code des assurances prévoit que « *l'assuré est obligé (...) de déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexactes ou caduques les réponses faites à l'assureur.* »

La société MJ n'établit pas, comme les premiers juges l'ont relevé, que la SCI DP a délibérément menti sur le risque en l'aggravant et ne prétend pas que son assurée ne lui a pas communiqué le nouveau bail.

Surtout, elle ne fournit pas le bail en cours au moment de la souscription de la police permettant de vérifier qu'il ne comprenait pas, comme la mention expresse ci-dessus rappelée le laisse supposer, la même clause de renonciation à recours.

Ce moyen de nullité a été à bon droit rejeté en première instance.

La société MJ invoque ensuite une déchéance de garantie en soutenant que la clause de non recours incluse dans le bail la prive de toute subrogation dans les droits de son assurée.

L'article L 121-12 du code des assurances dispose que « *l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.*

L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur. »

L'article 13D du bail commercial est rédigé ainsi :

« *D. RENONCIATION A RECOURS RECIPROQUE*

Le preneur devra renoncer et faire renoncer ses assureurs et leurs mandataires à tous recours contre le bailleur, ses assureurs et leurs mandataires.

Réciproquement, le bailleur renonce et s'engage à faire renoncer ses assureurs et leurs mandataires à tout recours contre le preneur, ses assureurs et leurs mandataires. »

Cette clause de non recours réciproque entre bailleur et preneur n'emporte pas renonciation à recours d'un assureur contre un autre en l'absence d'une stipulation expresse en ce sens opposable aux assureurs.

Elle a en effet pour seule conséquence d'obliger les parties à obtenir de leurs assureurs respectifs une renonciation à recours entre eux et à l'égard de l'autre assuré. Cette clause n'est pas opposable et en tout état de cause elle n'est pas opposée à la société MJ qui n'établit pas avoir elle-même renoncé à tout recours et être privée de la subrogation.

La société M soutient d'ailleurs avec pertinence, pour les mêmes raisons, que cette clause ne lui est pas opposable.

Ce moyen invoqué en cause d'appel par la société MJ doit être rejeté.

La SELARL MJA soutient que les premiers juges ont commis une erreur d'appréciation en retenant que sa garantie n'était pas mobilisable car ne couvrant pas la responsabilité civile de l'assurée au titre du non-respect de son obligation de bailleur de réparer la chose louée et de garantir le preneur des vices cachés affectant le bien.

Les préjudices invoqués par la société K ne sont pas constitués par la prise en charge des désordres issus des sinistres affectant les biens assurés seuls couverts par la société MJ, et comme cette dernière le souligne, la SCI DP n'a pas souscrit la garantie « Responsabilité civile propriétaire d'immeuble » et « dégâts des eaux » seules à même de permettre tant à son assurée qu'au tiers victime d'invoquer une garantie au titre des conséquences d'une inexécution des obligations du bailleur et sa responsabilité civile.

Les adversaires de la société MJ ne sont pas fondés à invoquer sa garantie pour solliciter une condamnation solidaire ou d'être relevés et garantis. Leurs demandes ont été à bon droit rejetées par les premiers juges.

Sur la restitution du dépôt de garantie

Tout en sollicitant l'infirmité totale, la SCI DP ne répond pas à la demande formée en appel par le liquidateur judiciaire de la société K tendant à la restitution du dépôt de garantie et n'y fait aucune référence expresse. Cette prétention est fondée du fait de la fin effective du bail.

N'opposant aucun moyen ou argument devant conduire à ce qu'elle garde par devers elle cette somme de 10.764 €, il convient de la condamner à restituer ce dépôt de garantie à la liquidation judiciaire.

Sur les condamnations au titre des préjudices invoqués et de la garantie de l'assureur

La société M dont la garantie a été retenue partiellement est condamnée *in solidum* avec son assurée la SCI DP à verser à la liquidation judiciaire de la société K la somme de 3.866,87€ (5.273€ de chiffre d'affaires mensuel /30 jours X 22 jours) au titre de la perte d'exploitation sur la période du 21 novembre au 13 décembre 2013.

La SCI DP, dont la responsabilité contractuelle a été retenue, doit être condamnée seule à payer à la liquidation judiciaire de la société K :

- au titre de la perte d'investissements : 85.702€,
- au titre de la perte d'exploitation : 63.062,77€ (66.929,64 -3.866,87),
- au titre de la perte de chance d'exploiter le fonds de commerce : 81.570€.

La SELARL MJA doit être déboutée du surplus de ses demandes indemnitaires.

Les sociétés DP et M doivent supporter *in solidum* les dépens et les frais irrépétibles de première instance.

Sur la demande en relevé et garantie

Les sociétés DP et M sont tenus *in solidum* en application du contrat d'assurance qui les lie et la société M ne peut réclamer que son assurée la relève et garantisse.

Cette prétention doit être rejetée.

Sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile

Les sociétés DP et M succombent et doivent supporter *in solidum* les dépens d'appel, qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile et indemniser la SELARL MJA des frais irrépétibles qu'elle a engagés.

En revanche, l'équité ne commande pas de faire application de l'article 700 du code de procédure civile au profit de la société MJ.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement et par arrêt contradictoire,

Infirmé le jugement entrepris sauf en ce qu'il a :

- dit que la société K n'était plus redevable d'aucun loyer à compter du 1er janvier 2014,
- rejeté les demandes formées contre la société MJ,
- rejeté la demande de la société MJ fondée sur l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné *in solidum* la S.C.I. DP et la S.A. MG aux dépens de première instance qui comprennent les frais d'expertise judiciaire avec droit de recouvrement direct,
- condamné *in solidum* la SCI DP et la S.A. MG à payer au liquidateur judiciaire de la S.A.R.L. K la somme de 6.000€ en application de l'article 700 du code de procédure civile,

et statuant à nouveau sur le surplus comme y *ajoutant* :

Condamne *in solidum* la S.C.I. DP et la S.A. MG à payer à la SELARL MJA, liquidateur judiciaire de la S.A.R.L. K, la somme de 3.866,87€ au titre de la perte d'exploitation sur la période du 21 novembre au 13 décembre 2013,

Condamne la S.C.I. DP à payer à la SELARL MJA, liquidateur judiciaire de la S.A.R.L. K :

- la somme de 85.702€ au titre de la perte d'investissements,
- la somme de 63.062,77€ au titre de la perte d'exploitation,
- la somme de 81.570€ au titre de la perte de chance d'exploiter le fonds de commerce,
- la somme de 10.764 € au titre de la restitution du dépôt de garantie,

Déboute la SELARL MJ A, liquidateur judiciaire de la S.A.R.L. K, du surplus de ses demandes indemnitaires,

Rejette les autres prétentions des parties,

Condamne *in solidum* la S.C.I. DP et la S.A.MG à payer à la SELARL MJA, liquidateur judiciaire de la S.A.R.L. K, une indemnité de 2.500€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile, et rejette la demande formée à ce titre par la société MJ

Condamne *in solidum* la S.C.I. DP et la S.A. MG aux dépens d'appel, qui seront recouvrés conformément

aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier, Le Président,