

# **NE\_GERICHTE CACIV.2016.71 vom 26. September 2016**

NE Tribunal cantonal, 2016-09-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CACIV.2016.71](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2016.71)

FR: NE\_GERICHTE CACIV.2016.71 du 26 septembre 2016

IT: NE\_GERICHTE CACIV.2016.71 del 26 settembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel, déposé dans le délai utile de 10 jours et dans les formes prescrites par la loi, est recevable. Comme dit ci-dessus, le sort des pièces nouvelles a déjà été tranché.

### **E. 2**

Selon les termes de la jurisprudence fédérale relative à l'art. 261 CPC, « le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (al. 1 let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b). Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets ( MICHAEL TREIS , in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, n° 7 ad art. 261 CPC). Est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement. Entrent notamment dans ce cas de figure la perte de clientèle, l'atteinte à la réputation d'une personne, ou encore le trouble créé sur le marché par l'utilisation d'un signe créant un risque de confusion ( THOMAS SPRECHER , in Basler Kommentar, op. cit., n° 34 ad art. 261 CPC; TREIS , op. cit., n° 8 ad art. 261 CPC). La mesure doit être proportionnée au risque d'atteinte. Si plusieurs mesures sont aptes à atteindre le but recherché, il convient de choisir la moins incisive, celle qui porte le moins atteinte à la situation juridique de la partie intimée. Il faut procéder à une pesée des intérêts contradictoires des deux parties au litige (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 6962 ; SPRECHER, op. cit., n°s 47-51 ad art. 262 CPC ; SABINE KOFMEL EHRENZELLER , in Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2010, n° 12 ad art. 261 CPC). Plus une mesure atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. Tel est en particulier le cas des mesures d'exécution anticipée provisoires lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir un effet définitif, le litige étant alors privé d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties » (Arrêt du TF du 03.01.2012 [4A\_611/2011] , citant l' ATF 131 III 473 ). Le dernier principe exposé ci-dessus vaut pour toutes les procédures de mesures provisionnelles et non, comme paraît le soutenir l'appelante, lorsque la partie intimée se trouve, à l'instar d'un travailleur, dans la position la

plus faible au contrat. Le point déterminant, pour le degré de vraisemblance requis, tient dans la nature incisive des mesures en cause, voire dans l'anticipation qu'elles constituent du jugement à rendre au fond. L'appelante conteste un tel caractère d'anticipation, mais ses arguments ne résistent pas à l'examen : le litige porte sur la venue de B. au Centre A. et ses effets sur la marche des affaires de l'appelante, de sorte qu'un procès au fond portera(it) nécessairement sur cet objet ; en indiquant qu'en cas de prononcé des mesures requises, il n'est pas allégué que B. renoncerait à s'installer au Centre A., alors que sa requête tendait précisément à éviter une telle venue, l'appelante ne manque pas d'étonner (absolument rien ne permet d'envisager que, vu la disproportion des intérêts financiers en présence, l'intimée serait prête à braver une éventuelle sanction pénale de ses dirigeants, ni d'ailleurs que B. (Suisse) SA accepterait le risque d'une installation dans un tel contexte juridique) ; par ailleurs, la comparaison qu'opère l'appelante entre la durée prévisible de la procédure au fond et celle de son contrat de bail est sans aucune pertinence, l'atteinte majeure risquée par l'intimée ne tenant pas dans la perte ou le maintien du bail la liant à Y. Sàrl, mais dans la rupture du bail conclu (avant la présente procédure) avec B. (Suisse) SA et dans les dommages-intérêts qu'elle pourrait devoir à cette dernière ; enfin, il n'est pas sérieux de prétendre que l'intimée peut sans dommage trouver un autre locataire moins problématique que B., vu la dimension de la surface louée mais surtout les engagements déjà pris envers celle-ci et les inévitables conséquences d'une rupture contractuelle à ce stade (perte de loyers considérable et probable indemnité due à B. (Suisse) SA, qui n'était pas informée, au vu du dossier, du risque juridique maintenant concrétisé). Il convient donc, selon la jurisprudence précitée, d'examiner avec rigueur l'établissement des faits pertinents et le fondement juridique de la prétention de l'appelante, tout en procédant – comme dans toute procédure de mesures provisionnelles – à une pesée des intérêts contradictoires.

### **E. 3**

S'agissant de l'existence d'une obligation de non-concurrence de l'intimée, la Cour ne partage l'appréciation du premier juge que sur un point, soit le fait que les assurances orales données, selon l'appelante, par l'un des signataires du bail pour la société X., C., ne peuvent être retenues sur la base d'une simple allégation, à quoi s'ajoute que les parties ont expressément soumis à la forme écrite toute modification et tout complément au contrat de bail (ch. 8.3). En revanche, elle n'accorde qu'une valeur d'indice assez secondaire à l'échange de mails intervenu en juin 2012, au sujet de la demande d'un marchand de livres d'occasion de participer à un « salon du vintage » dans le Centre. D'une part, il s'agissait d'une manifestation ponctuelle ne présentant pas le même intérêt pour le bailleur que la présence d'un commerce permanent, de sorte que les termes utilisés par la directrice du Centre – dont on ignore quelle part elle prend à la volonté de la société X. sur ces questions – peuvent être liés à cette occasion particulière ; d'autre part, cette prise de position est postérieure d'un an à la conclusion du bail et elle n'y fait aucune référence spécifique, de sorte qu'elle n'a qu'une valeur probante assez limitée. Restent les termes de l'art. 15 des Conditions générales annexées au contrat, dont l'intimée ne conteste pas l'inclusion à ce dernier. Si, conceptuellement, il est sans doute juste de distinguer, en pareille situation, les engagements pris par le bailleur en tant que propriétaire (ou possesseur) du Centre et ceux qui peuvent concerner sa propre position de commerçant, l'option d'une lecture limitée au propre commerce du bailleur est retenue de manière trop rapide par le premier juge. La note de Wessner (Droit du Bail 14, N° 4) qu'il cite fournit certes des références utiles mais dans l'arrêt qu'elle commente, le bailleur avait expressément exclu toute exclusivité, d'où l'appel à la prudence lancé par l'auteur de la note, sans qu'on puisse en tirer de règle

d'interprétation générale. Il est par ailleurs constant que l'art. 15 précité n'a pas été rédigé par l'une ou l'autre des parties et il est même probable – sans qu'on puisse l'affirmer en l'état du dossier – qu'elles ne l'aient pas examiné (c'est ce que l'intimée laisse entendre, mais le fait que dans le contrat conclu avec B. (Suisse) SA, cette même disposition soit biffée affaiblit cette affirmation). Deux hypothèses doivent donc être examinées : si les parties n'ont pas abordé la question, le principe de la confiance trouve application. « En d'autres termes, il est nécessaire de rechercher le sens que les destinataires de la déclaration, soit les [représentants de l'appelante, ici], pouvaient de bonne foi attribuer à cette manifestation de volonté en fonction de l'ensemble des circonstances » (voir par exemple arrêt du TF du 23.02.2016 [4A\_608/2015] ). Or le fait que le bailleur soit lui-même détenteur d'un commerce n'est pas du tout une règle générale, même si le fait se présente sans doute assez souvent dans le cas des centres commerciaux, auxquels lesdites Conditions générales ne sont nullement réservées. Il est donc plus ordinaire, dans cette perspective – et donc objectivement compréhensible en ce sens -, que l'engagement pris se rapporte à la position de propriétaire et concerne donc l'admission d'autres locataires concurrents (avec sans doute des tempéraments importants en fonction des types de commerce concernés). Dans l'autre hypothèse, soit si les parties ont discuté la question de la concurrence au sein du Centre, comme on l'attendrait à première vue, il serait assez absurde que la société X. se soit limitée à un engagement relatif à son propre rayon de livres, très secondaire et assez peu inquiétant pour une librairie spécialisée, en s'abstenant de (ou refusant) toute assurance au sujet de l'arrivée au Centre d'un concurrent direct. Dans les deux cas de figure, il apparaît donc sérieusement vraisemblable que l'engagement de la bailleuse soit reconnu au terme d'une procédure au fond. On précisera qu'il est sans importance ici (si ce n'est comme indice éventuel de l'attitude de la partie bailleuse face au problème de concurrence) que B. (Suisse) SA ait ou non passé avec la société X. une convention de non-concurrence : celle-ci ne pourrait évidemment avoir pour objet la protection des intérêts d'un commerce tiers déjà en place et les engagements éventuels de B. (Suisse) SA ne sont pas directement en cause.

#### **E. 4**

L'admission de mesures provisionnelles exige par ailleurs que le requérant rende (hautement) vraisemblable « un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause », pour reprendre les termes de la jurisprudence susmentionnée. Comme reconnu dans l'arrêt discuté plus haut (Arrêt du TF du 19.03.2001[4C.1/2001] , commenté par Wessner ), « la présence d'un concurrent dans le voisinage [ne] peut être considérée comme un défaut [que] si le bailleur a promis qu'il n'y en aurait pas (qualité promise) », mais les droits du locataire lésé par un tel défaut restent à délimiter. La possibilité de requérir une réduction de loyer (art. 259a al. 1 let. b CO), voire de résilier le bail avec effet immédiat (art. 259b let. a CO) et d'obtenir des dommages-intérêts si le bailleur « ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable » (art. 259 e CO) ne paraît pas faire de doute, sur le principe. Toutefois, ces formes de réparation peuvent être obtenues au terme d'une procédure au fond (ou avant, s'agissant de la résiliation immédiate) et il ne fait aucun doute que la société X. soit en mesure de les assumer financièrement, de sorte qu'il n'y a pas là de risque de préjudice irréparable. L'exigence d'une « remise en état de la chose » (art. 259a al. 1 let. a CO) est beaucoup plus discutable. Elle peut être envisagée dans l'hypothèse d'un commerce florissant ou du moins prospère, que l'irruption d'un concurrent viendrait léser gravement si ce n'est ruiner, sans remède à disposition (sous forme par exemple de déménagement ou de réaménagement du

premier locataire, ou encore de mise en relief d'un commerce par rapport à l'autre). Au vu du dossier, la situation de l'appelante est toutefois très éloignée d'un tel scénario : le chiffre d'affaires ne progresse pas, après avoir atteint un maximum de 550'441 francs en 2013 (tableau déposé par l'intimée à l'audience du 19 juillet 2016 et sans doute établi sur la base des déclarations imposées au locataire par l'art. 5.2.2 du bail, mais en notant que le chiffre de 2015, selon ce tableau, est inférieur à celui qui ressort du compte de pertes et profits déposés par l'appelante) ; vu les difficultés rencontrées par Y. Sàrl, elle a demandé et obtenu une réduction de son loyer pour toute la période de 2012 à 2015 ; dès fin 2014, elle a demandé par trois fois au moins (le 31 décembre 2014 ; le 26 mai 2015, en indiquant que malgré tous les efforts déployés, « le bilan est clairement négatif » ; le 2 février 2016, en soulignant que « depuis plusieurs mois notre activité est en baisse ») de pouvoir être libérée du bail avant terme. On peut ainsi douter très fortement de l'exactitude de la prévision exprimée dans l'appel, malgré ses termes pour le moins mesurés puisqu'il est question de « tenir jusqu'à l'échéance de son bail et même au-delà ». A vrai dire, lorsqu'on considère les commerces présents au Centre A., soit des magasins d'habits, d'alimentation, d'articles sportifs et ménagers, on a le sentiment que la présence d'une librairie relève peut-être d'une « erreur de casting ». Il n'est pas absolument certain que l'arrivée d'une chaîne spécialisée dans la vente de produits culturels de masse, de nature à élargir peut-être le cercle de la clientèle du Centre, nuise à l'exploitation de l'appelante. Si cela se vérifiait néanmoins et que la concurrence ainsi créée portait le coup de grâce aux affaires de Y. Sàrl, l'intérêt de cette dernière serait manifestement d'obtenir des conditions de départ favorables, plutôt que l'exclusion de la nouvelle arrivante, aux effets probablement très néfastes pour l'ensemble des commerçants du Centre et nullement suffisante pour espérer un regain significatif de chiffre d'affaires (au-delà de la publicité due à la présente cause). En ce sens, l'exercice sans concession du droit éventuel à la remise des lieux en état – soit sans concurrent – pour poursuivre une exploitation qu'on estimait soi-même sans avenir auparavant devrait être considéré comme abusif, vu la disproportion des intérêts en présence. A l'inverse des autres voies de protection du locataire, en cas de preuve d'un défaut lié à une violation contractuelle par le bailleur, une mesure provisionnelle tendant à l'exclusion anticipée du concurrent ne peut ainsi être reconnue, faute de vraisemblance assez sérieuse d'un risque de préjudice difficilement réparable et vu le risque très élevé d'un grave préjudice qu'une telle mesure causerait au bailleur. Comme déjà indiqué dans la décision de refus d'effet suspensif, l'intimée n'a sans doute pas examiné avec assez de soin les risques de conflits auxquels elle s'exposait lorsqu'elle est entrée en tractations avec B., mais rien ne permet d'affirmer qu'il s'agisse là d'une prise de risque délibérée, teintée de mépris pour les intérêts de l'appelante, au point de renverser la pesée des intérêts matériels objectifs. Les conclusions principales de l'appel doivent dès lors être rejetées.

## **E. 5**

De manière très accessoire, l'appelante s'en prend à la réglementation des frais adoptée par le premier juge, soit la fixation d'un émolument supplémentaire de 300 francs pour la rédaction de la décision motivée, en plus des 500 francs arrêtés pour la décision orale (et les actes qui l'ont précédée, faut-il évidemment comprendre, soit l'ordonnance de mesures provisionnelles du 1<sup>er</sup> juillet 2016, la convocation d'une audience, le courrier relatif à la production d'une pièce requise et la tenue de l'audience, avec audition d'une partie et d'un témoin). Elle considère que l'art. 106 (recte : 107 ? ou plutôt 95 ?) let. c à e CPC est exhaustif et ne laisse pas place à des frais supplémentaires pour la rédaction de la décision motivée, en citant l'opinion de CPC-Tappy, art. 96 N. 6, qui ne dit rien de tel et affirme au

contraire que les cantons peuvent régler éventuellement (soit s'ils le souhaitent, faut-il comprendre) une dispense ou réduction des frais si les parties s'en tiennent à une décision non motivée. Incontestablement, la motivation d'une décision est, dans la plupart des cas, l'acte juridictionnel qui exige le plus grand investissement, de sorte qu'elle doit à l'évidence tenir une large part dans l'émolument de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC). Certes, la disposition précitée mentionne un « émolument forfaitaire » de décision, selon le tarif fixé par les cantons (art. 96 CPC), ce qui signifie que, hormis les actes expressément visés à l'art. 95 al. 2 let. c à e CPC, l'émolument doit couvrir toutes les étapes de la prise de décision, sans distinguer les unes des autres (CPC-Tappy, art. 95 N. 13), mais comme rappelé par cet auteur, dans le passage cité par l'appelante, la possibilité a été laissée aux cantons de prévoir, comme certains codes le prévoyaient antérieurement, une réduction des frais si la décision n'a pas à être motivée. Outre son indiscutable justification, sous l'angle du principe d'équivalence, une telle règle vise à inciter les parties à ne pas requérir à la légère une motivation par hypothèse non indispensable et susceptible de retarder l'issue de la cause. Il faut bien sûr éviter que, par la proportion des émoluments de décision et de rédaction, une pression excessive ne s'exerce sur les parties en faveur d'une renonciation à requérir la motivation. Dans le cas d'espèce, cependant, la proportion appliquée (300 francs sur un total de 800 francs) évite cet écueil. Quant au fait que le juge n'ait pas initialement fixé un émolument total de 800 francs, avec réduction de 300 francs en l'absence de motivation, mais ait arrêté le premier émolument à 500 francs et annoncé un supplément de 300 francs pour la motivation, il n'a strictement aucun effet ni arithmétique, ni psychologique et il serait ridiculement formaliste d'admettre une formulation et de refuser l'autre, l'essentiel étant que le montant lié à la rédaction soit connu d'emblée des parties, qu'il ne soit pas dissuasif et que le total se tienne dans la fourchette prévue par le tarif cantonal, ce qui est le cas (la fourchette en procédure sommaire étant de 200 à 10'000 francs, selon l'art. 13 du Décret fixant le tarif des frais). Enfin, contrairement à l'affirmation de l'appelante, l'art. 6 du Décret dispose que l'autorité « tient compte notamment du fait qu'elle a dû ou non motiver sa décision par écrit », ce qui fournit une base légale au procédé (certes assez large, mais vu l'extrême latitude concédée par l'art. 13 et vu la grande diversité des situations possibles, une règle mécanique ou très minutieuse serait inappropriée). S'agissant de la répartition des frais, l'art. 106 al. 1<sup>er</sup> CPC ne laisse guère de marge d'appréciation. Tout au plus le juge pourrait-il laisser la part d'émolument liée à la rédaction à la charge de la partie victorieuse qui la demanderait de façon inutile (art. 108 CPC), mais seules des circonstances particulières permettraient de retenir une semblable inutilité et elles ne sont pas réunies en l'espèce. On notera au demeurant que, l'appelante ayant succombé et requis la motivation, il serait singulier que les frais à sa charge dépendent d'une éventuelle requête semblable de l'adverse partie.

## **E. 6**

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être intégralement rejeté. L'appelante supportera les frais d'appel et versera en outre une indemnité de dépens à l'intimée, tenant compte de la rédaction d'une réponse détaillée à l'appel mais aussi, comme pour la décision sur effet suspensif, de la force économique respective des parties.