

JBE-2011-0154

Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 novembre 2011 n° 5, P. 349 - Tous droits réservés

Droit des entreprises en difficulté

154. Le bail et la procédure collective : une valse à trois temps

La survenance d'une procédure collective du preneur n'est pas sans incidence sur l'application du statut des baux commerciaux, et plus précisément sur les possibilités de résiliation offertes au bailleur commercial. Cette ingérence du droit des entreprises en difficulté se fait sentir à chacun des temps forts de la procédure collective : dès avant son ouverture, pendant la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire, et enfin en phase de liquidation judiciaire. Dans ce numéro, les auteurs évoquent le premier temps : le sort du bail avant l'ouverture de la procédure collective : l'efficacité de la résiliation du contrat.

Jean-Emmanuel Kuntz

Avocat à la Cour – Kuntz & Associés

Valentine Nurit

Stagiaire au cabinet Kuntz & Associés

1. Le bail commercial constitue un élément essentiel du fonds de commerce. Dans bien des cas, il est même la seule composante de valeur lors de la cession du fonds. D'où l'élaboration d'un régime légal spécifique, garantissant la protection du commerçant titulaire du droit au bail : le statut des baux commerciaux.

2. Résultant des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce, ce statut s'applique « aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité », sans que la forme de l'exploitation (commerçant personne physique, location-gérance, société commerciale) ne vienne interférer avec l'application du statut. Par dérogation et avec le consentement exprès des parties, le régime des baux commerciaux s'applique également aux immeubles ou locaux dans lesquels s'exerce une activité professionnelle.

3. En d'autres termes, le rayonnement du statut des baux commerciaux est considérable, et concerne, en pratique, la plupart des personnes susceptibles d'être soumises à une procédure collective. Le bail commercial devient alors l'objet de toutes les attentions pour le législateur qui a mis en place un système particulièrement protecteur pour le preneur en difficulté.

4. Le bail commercial, lorsqu'il est en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective, est soumis à un régime tout à fait particulier qui en fait un contrat en cours « pas comme les autres¹ ». Les droits du bailleur sont sensiblement modifiés, notamment ses prérogatives en matière de résiliation du contrat pour défaut de paiement des loyers².

5. Ce dispositif exceptionnel n'exerce pas seulement son influence pendant le déroulement de la procédure collective mais produit également ses effets sur les actions entamées dès avant le prononcé du jugement d'ouverture et sur la situation du bailleur à l'issue de la procédure collective qui atteint son preneur.

6. Ces trois temps de la valse du bail commercial, mise en musique par le droit des procédures collectives, commence par les possibilités offertes au bailleur qui entend obtenir la résiliation du bail commercial qu'il a consenti avant que son preneur ne fasse l'objet d'une procédure collective.

7. Il s'agira de se pencher dans un premier temps sur les modalités de résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers (I), avant de s'interroger sur la véritable efficacité d'une résiliation prononcée ou constatée à l'orée du traitement judiciaire des difficultés du preneur (II).

I – Les modalités de résiliation offertes au bailleur hors procédure collective du preneur

8. Avant que s'ouvre une procédure collective, le droit commun de la résiliation conserve son emprise sur le contrat de bail, qu'il s'agisse tant des causes susceptibles de fonder une résiliation que de la procédure devant être suivie par le bailleur.

9. Se met alors en place une alternative pour le bailleur, dictée par le contenu des clauses contractuelles. Faute de stipulations particulières, le bailleur devra solliciter la résiliation judiciaire du contrat (A). Le plus souvent, toutefois, le bailleur pourra faire jouer la clause résolutoire insérée au contrat, en conformité avec les dispositions du statut des baux commerciaux (B).

A – La résiliation judiciaire

10. Sans être une l'hypothèse d'école, l'absence de clause résolutoire insérée au contrat de bail relève aujourd'hui de l'exception, car la pratique, soucieuse de célérité, en fait des clauses de style.

11. S'applique, à défaut, le droit commun de la résolution judiciaire du contrat, énoncé à l'article 1184 du Code civil. En présence d'un contrat à exécution successive, cette résolution, qualifiée de résiliation³, ne vaudra que pour l'avenir⁴. Conformément à la lettre de l'article 1184 du Code civil et par opposition au jeu de la clause résolutoire, la résiliation devra être prononcée judiciairement, le bailleur devant rapporter la preuve des manquements du preneur à ses obligations contractuelles.

12. Contrairement, une fois encore, au mécanisme de la clause résolutoire, la résiliation judiciaire du bail ne doit être précédée d'aucune mise en demeure du preneur de satisfaire à ses obligations contractuelles⁵, l'assignation valant en elle-même mise en demeure de s'exécuter.

13. S'agissant de sanctionner un manquement commis par le preneur, la violation de l'obligation invoquée par le bailleur doit être suffisamment grave pour justifier qu'il soit mis fin au contrat. Sont ici essentiellement visés les manquements aux obligations principales créées par le contrat de bail, et notamment le défaut de paiement des loyers et des charges⁶.

14. Sont également, à titre d'exemple, susceptibles d'entraîner la résiliation du bail commercial aux torts du preneur, la violation de l'interdiction de sous-louer ou encore le changement dans la destination des lieux ou la violation de l'obligation d'entretien pesant sur le preneur. La gravité du manquement fait ici l'objet d'une appréciation souveraine par les juges du fond⁷ interdisant toute systématisation des causes de résiliation judiciaire.

15. Quels que soient les motifs présentés à l'appui de la demande de résiliation judiciaire, celle-ci doit être portée devant le tribunal de grande instance, seul compétent pour statuer sur les litiges nés de l'exécution du bail, à l'exception de la fixation du prix de ce dernier⁸.

16. Si le juge constate un manquement grave du preneur, il peut prononcer la résiliation du bail aux torts de ce dernier, la date de la résiliation devant être fixée, pour la Cour de cassation⁹, à la date à laquelle l'inexécution fautive a pu être constatée. En pratique, cette date permet de distinguer entre les loyers et l'indemnité d'occupation due par le preneur resté dans les lieux après la résiliation du contrat. Cette précision est d'importance puisque, si le montant du loyer est contractuellement déterminé par les parties, l'indemnité d'occupation fait pour sa part l'objet d'une fixation souveraine par les juges du fond et peut se révéler substantiellement différente du loyer contractuel.

17. L'article 1184 du Code civil autorise le juge à assortir sa décision de délais, visant à permettre au preneur de régulariser sa situation. Les conditions de cet octroi sont particulièrement souples puisque le texte évoque seulement « les circonstances » qui entourent la demande de résiliation. Toutefois, en pratique, de tels délais sont rares, l'obtention de la résiliation judiciaire du bail se révélant déjà relativement difficile.

18. Enfin, la résiliation du contrat peut être assortie de dommages et intérêts, distincts de l'indemnité d'occupation due en cas de maintien du preneur dans les lieux¹⁰, puisqu'ils visent à réparer un préjudice autre que la poursuite de l'occupation des locaux.

19. La procédure décrite ci-dessus, si elle a l'avantage d'aboutir à une décision définitive en ce qu'elle tranche le fond du litige, présente l'inconvénient d'être relativement longue. C'est pourquoi la plupart des contrats de baux commerciaux comportent une clause résolutoire, dont la mise en œuvre permet en théorie d'obtenir rapidement l'expulsion du preneur.

B – Le constat de l'acquisition de la clause résolutoire

20. La mise en œuvre d'une clause résolutoire permet d'obtenir la résiliation de plein droit du bail, sans que l'intervention du juge ne soit en principe requise. L'article L. 145-41 du Code de commerce impose toutefois que

cette résiliation de plein droit soit précédée d'un commandement adressé au preneur d'avoir à exécuter ses obligations contractuelles resté sans réponse pendant le délai d'un mois.

21. Ce mécanisme conventionnel de résiliation a pu susciter des interrogations quant à sa constitutionnalité, notamment au regard du droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues, fondé sur les articles 4 et 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen. La Cour de cassation a refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité qui lui était soumise relativement à l'article L. 145-41 du Code de commerce, considérant que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition critiquée, autorisant le preneur d'un bail à usage commercial, en obtenant des délais de grâce, à faire suspendre les effets de la clause résolutoire, répond à un motif d'intérêt général et que sa mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ¹¹ ».

22. La clause résolutoire semble ainsi pourvue d'une efficacité redoutable, temporisée toutefois par la possibilité laissée au preneur d'obtenir des délais, pouvant aller jusqu'à deux ans, sur le fondement des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

23. En outre, si l'acquisition de la clause résolutoire opère de plein droit, sa constatation judiciaire est le plus souvent nécessaire pour lui faire produire ses principaux effets, notamment l'expulsion du preneur ¹². Le pouvoir est alors conféré au juge des référés du tribunal de grande instance pour constater l'acquisition de la clause résolutoire et ordonner les mesures qui en découlent, sur le fondement de l'article 808 du Code de procédure civile.

24. Ce dernier doit veiller à la stricte application des termes de la clause insérée au contrat, et vérifier que le manquement invoqué par le bailleur porte bien sur une obligation contractuelle et non sur une obligation découlant du seul statut des baux commerciaux. Il doit également s'assurer que l'obligation inexécutée figure bien parmi celles mentionnées dans la clause comme susceptibles de fonder la résiliation du bail ¹³. Le juge des référés dispose donc d'un véritable pouvoir de contrôle du bon usage de la clause résolutoire.

25. Enfin, cet obstacle franchi, une deuxième difficulté tient au fait que, si la décision de référé bénéficie de l'exécution provisoire de droit ¹⁴, et peut donc recevoir exécution même en cas d'appel, elle n'est pas revêtue au principal de l'autorité de chose jugée ¹⁵. Le preneur pourra donc saisir le juge du fond de toute contestation sérieuse et obtenir ainsi la réouverture du débat judiciaire. L'expulsion du preneur pourra néanmoins être poursuivie, aux risques et périls du bailleur seulement titulaire d'une décision provisoire ¹⁶.

26. L'efficacité attribuée à la clause résolutoire doit donc être relativisée, *a fortiori* si la résiliation intervient dans un délai restreint avant l'ouverture d'une procédure collective au bénéfice du preneur.

II – L'efficacité de la résiliation intervenue avant l'ouverture de la procédure collective du preneur

27. L'ouverture d'une procédure collective au bénéfice du preneur n'est pas sans incidence sur les effets de la résiliation et vient considérablement limiter les droits du bailleur sur son bien (A). En outre, l'ouverture de la procédure collective interdit tout paiement d'une créance antérieure (B).

A – Incidence de l'ouverture d'une procédure collective sur les effets de la résiliation du bail

28. Le jugement d'ouverture de la sauvegarde, ou du redressement judiciaire produit un certain nombre d'effets immédiats très favorables au débiteur dont la mise en place d'un régime particulier de poursuite des contrats en cours ¹⁷ dans lequel le bail commercial fait l'objet de dispositions spécifiques ¹⁸.

29. L'application de ce régime suppose alors de déterminer quels sont les contrats en cours et, en cas de résiliation du bail commercial, à quelle date cette résiliation a définitivement produit ses effets.

30. Bien que la notion de contrats en cours n'ait pas été définie par le législateur ¹⁹, la doctrine s'accorde aujourd'hui pour considérer qu'un contrat en cours est un contrat en cours d'existence et en cours d'exécution.

31. Il convient alors de déterminer si, au jour de l'ouverture de la procédure, la résiliation du bail est définitivement acquise au bailleur ou si, à défaut, le contrat doit se voir appliquer le régime des contrats en cours ²⁰.

32. La jurisprudence décide sur ce point qu'est seul résilié au jour de l'ouverture de la procédure collective le contrat de bail faisant l'objet d'une décision de résiliation judiciaire devenue définitive, c'est-à-dire à l'encontre de laquelle les voies de recours sont épuisées. De la même façon, lorsque le bailleur a entendu faire jouer la clause résolutoire insérée au contrat, la résiliation ne lui est acquise que lorsque la décision du juge des référés constatant l'acquisition de la clause résolutoire est passée en force de chose jugée²¹ au sens de l'article 500 du Code de procédure civile, c'est-à-dire n'est plus susceptible d'aucun recours suspensif²², ce que n'est pas le pourvoi en cassation.

33. Il n'en est pas ainsi lorsque l'instance initiale est en cours au jour du jugement d'ouverture ni lorsque les délais de recours ne sont pas épuisés au jour du jugement d'ouverture²³ (à compter de la signification, un mois s'agissant de l'appel du jugement de résiliation et quinze jours s'agissant de l'appel de l'ordonnance de référé constatant l'acquisition de la clause résolutoire), ni lorsque la décision est frappée d'appel après l'ouverture du redressement judiciaire²⁴. Ainsi, le preneur en difficulté a tout intérêt à interjeter appel de la décision de résiliation du bail, même de façon opportuniste. Cet appel privant la décision entreprise de la force de chose jugée, le bail commercial sera considéré comme en cours au jour du jugement d'ouverture, et se verra donc appliquer le régime des contrats en cours.

34. La résiliation du bail pour non paiement des loyers et des charges ne pourra alors plus être poursuivie par le bailleur, l'article L. 622-21, I, 2°, du Code de commerce interdisant la poursuite des actions en justice tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

35. En revanche, l'action tendant à la résiliation du contrat pour des causes autres que le défaut de paiement des loyers pourra être poursuivie, l'interdiction se limitant aux résolutions poursuivies pour défaut de paiement d'une somme d'argent²⁵. L'instance devra reprendre après déclaration de sa créance par le bailleur²⁶ et mise en cause du mandataire judiciaire et, le cas échéant, de l'administrateur judiciaire, lorsqu'il a une mission d'assistance en sauvegarde²⁷, d'assistance ou de représentation en redressement judiciaire²⁸.

36. En somme, l'obtention par le bailleur d'une décision de résiliation du bail, lorsqu'elle se fonde sur le défaut de paiement des loyers, n'est pas le gage d'un départ rapide du preneur des locaux en cas d'ouverture d'une procédure collective. Faute de décision judiciaire passée en force de chose jugée, le bailleur est tenu de se soumettre au régime des contrats en cours, sans oublier de procéder à la déclaration de ses créances non payées au jour de l'ouverture de la procédure collective du preneur.

37. À l'inverse, dans l'hypothèse d'une conciliation ouverte au bénéfice du preneur en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours, le bailleur, nonobstant cet état de cessation des paiements, ne se heurtera pas aux dispositions de l'article L. 622-21 du Code de commerce. Il pourra donc poursuivre la résolution du bail, quel qu'en soit le motif, et l'instance en cours ayant pour objet la résiliation du contrat ne sera pas interrompue par l'ouverture de la conciliation.

B – Nécessité pour le bailleur de procéder à la déclaration de sa créance

38. Dès l'ouverture de la procédure collective, le bailleur, se voit opposer la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures. Quel que soit le sort du bail à cette date, les loyers, charges, indemnités d'occupation ou dommages et intérêts dus au bailleur ne pourront lui être payés dans l'immédiat.

39. Le bailleur, même s'il a obtenu l'expulsion définitive du preneur, restera donc soumis à l'emprise de la procédure collective pour toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture et non payée à cette date. Il devra ainsi déclarer sa créance²⁹, sans oublier de faire état du privilège dont il bénéficie dans sa déclaration³⁰, et plus spécialement du privilège que lui confère l'article 2332 du Code civil, ni de tout cautionnement ou autre sûreté dont il pourrait être bénéficiaire.

40. La déclaration de créance est par ailleurs impérative même si le bailleur entend compenser³¹ celle-ci avec un précédent dépôt de garantie. La Cour de cassation a en effet affirmé le caractère connexe des créances de loyers et charges et de la créance de restitution du dépôt de garantie³², ouvrant la voie pour le bailleur à une compensation, sur le fondement de l'article L. 622-7 du Code de commerce. À cet effet, la jurisprudence a jugé que le bailleur n'est pas tenu de faire figurer l'existence d'un dépôt de garantie dans sa déclaration de créance³³, bien que ce dernier puisse s'analyser comme une sûreté pour le bailleur³⁴. À cet égard, il est recommandé de mentionner l'existence d'un tel gage-espèce.

41. L'ouverture d'une procédure collective au bénéfice du preneur, même après la résiliation définitive du contrat de bail, n'est donc pas sans incidence sur la condition du bailleur commercial. Cependant, les atteintes aux droits du bailleur restent encore modérées, comparativement à la situation de ce dernier en cas de poursuite du bail en période d'observation.

(À suivre)

1 1. J. Monéger et F. Kendérian, « Bail commercial et réforme de la loi de sauvegarde des entreprises : le bail n'est vraiment plus un contrat comme les autres » : RTD com. 2009, p. 281.

2 2. C. com., art L. 622-14 : le bailleur ne peut agir en résiliation avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de l'ouverture de la procédure.

3 3. S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2012, 19^e éd.

4 4. Notamment, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1964 : Bull. civ. 1964, I, n° 284 – Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1998 : Bull. civ. 1998, I, n° 29.

5 5. Cass 3^e civ., 5 janv. 2010, n° 08-21882.

6 6. Cass. 3^e civ., 12 juill. 2011, n° 10-19047.

7 7. Cass. 3^e civ., 29 nov. 2006, n° 05-20171.

8 8. J.-P. Blatter, « La nouvelle compétence juridictionnelle en matière de baux commerciaux » : AJDI 1999, p. 670 ; F. Auque, « Baux commerciaux : la compétence recomposée » : JCP G 1999, p. 249.

9 9. Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, n° 01-14890.

10 10. *Droit et pratique des baux commerciaux 2010/2011*, Dalloz Action, n° 430.280.

11 11. Cass. ass. pién., 18 juin 2010, n° 09-71209 : Loyers et copr. sept. 2010, repère n° 8, obs. J. Monéger.

12 12. P. Neiss, « Le juge des référés et la résolution du contrat » : LPA 18 nov. 2010, p. 3.

13 13. J. Lafond, « La rédaction des clauses résolutoires dans les baux commerciaux » : JCP E 1995, 434.

14 14. CPC, art. 489.

15 15. Cass. 3^e civ., 6 mars 1996 : JCP E 1996, 874, note L. Lévy.

16 16. Cass. 3^e civ., 16 oct. 1979 : D. 1980, IR p. 99 – Cass. com., 7 déc. 2004, n° 02-14691.

17 17. Article L. 622-13 du Code de commerce en sauvegarde, auquel renvoie l'article L. 631-14-I en redressement judiciaire.

18 18. C. com., art. L. 622-14.

19 19. F. Derrida, « La notion de contrat en cours à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire » : RJDA 6/93, p. 399.

20 20. C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 2009, 6^e éd., n° 573.

21 21. Cass. com., 14 mai 1991, n° 89-16924 – Cass. 3^e civ., 26 juin 1991, n° 90-11948.

22 22. J.-P. Rémy, « Le sort de l'action en constatation de la résiliation du bail commercial après l'ouverture de la procédure collective du preneur », note sous Cass. com., 3 juill. 2007 : JCP E 2007, 2210.

23 23. Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-16196 : Bull. civ. 2004, IV, n° 198.

24 24. Cass. com., 12 juin 1990, n° 88-19808 : Bull. civ. 1990, IV, n° 172.

25 25. Cass. 3^e civ., 21 juill. 1999 : Rev. proc. coll. 2000, p. 128, obs. F. Macorig-Venier – Cass. com., 30 nov. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 119.

26 26. C. com., art. L. 622-22.

27 27. C. com., art. L. 622-23.

28 28. C. com., art. L. 631-14.

29 29. C. com., art. L. 622-24.

30 30. Cass. com., 10 juill. 2001 : Rev. proc. coll. 2002, comm. n° 6, obs. F. Legrand.

31 31. Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-16758 : LEDEN juin 2011, p. 1, n° 097.

32 32. Cass. com., 24 juin 2003 : JCP E 2004, 426, note M. Keita.

33 33. Cass. com., 18 janv. 2005, n° 02-12324 : Bull. civ. 2005, IV, n° 11.

34 34. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. Manuels, 2010, 9^e éd., n° 786.