111 Le bail et la procédure collective : une valse à trois temps (fin)

Le troisième temps de la valse : le plan de cession et la liquidation judiciaire

Le redressement comme la liquidation judiciaire du preneur en difficulté peuvent donner lieu à la cession globale de l'entreprise, laquelle inclura le bail commercial, indispensable à la poursuite de l'activité. La liquidation judiciaire peut également donner lieu à une cession isolée du droit au bail, compris comme un actif du débiteur. Le rôle du bailleur dans le choix de son nouveau cocontractant s'avère sensiblement différent d'une hypothèse à l'autre. Enfin, les facultés de résiliation s'offrant au bailleur, bien qu'en apparence plus favorables en liquidation judiciaire, ne sont en réalité guère plus avantageuses qu'en période d'observation.

Jean-Emmanuel Kuntz
Avocat à la Cour
Kuntz&Associés

Valentine Nurit
Stagiaire au cabinet Kuntz&Associés

1. On l'a vu¹, le bailleur d'un débiteur en procédure collective voit ses droits considérablement restreints pendant la période d'observation, avant d'en retrouver la majeure partie à compter de l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement.

2. Si le contrat se poursuit alors aux clauses et conditions initialement fixées dans le contrat de bail, se pose la question du devenir de ce contrat vital pour la poursuite de l'activité de l'entreprise, lorsque l'issue de la procédure collective se révèle moins favorable au débiteur, dans l'hypothèse tant d'un plan de cession de l'entreprise que d'un arrêt de l'activité conduisant à la liquidation pure et simple de ses actifs. Dans ces deux hypothèses, le bailleur se voit présenter un nouveau cocontractant, au choix duquel il n'a pas nécessairement participé. En effet, si la cession du contrat de bail, en tant qu'actif isolé ou dans le cadre d'un plan de cession global de l'activité, permet d'assurer à la communauté des créanciers un prix sur lequel se désintéresser, elle impose cependant au bailleur un nouveau contractant dont la solvabilité ne peut être garantie. Dans ces conditions, le bailleur peut préférer tenter de mettre un terme au contrat, sa position dans les répartitions à venir sur le prix de cession du bail ne lui assurant souvent qu'un désintéressement très limité.

3. Le bailleur peut ainsi parfois préférer ne pas s'encombrer d'un nouveau preneur dont il ne sait s'il sera solvable jusqu'au terme du contrat. Néanmoins, si les dispositions de l'article L. 641-12 du Code de commerce paraissent sur ce point plus favorables au bailleur, en lui permettant de solliciter la résiliation du bail tant pour des causes antérieures que postérieures au prononcé de la liquidation judiciaire, il n'est pas certain que sa situation soit véritablement plus aisée

qu'en période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire.

4. Nous nous intéresserons en conséquence successivement au sort du bailleur en cas de cession du contrat (I) puis aux modalités de sa résiliation en phase de liquidation judiciaire (II).

I - La cession du contrat de bail

5. En phase liquidative, la cession du contrat de bail non encore résilié au jour du jugement d'ouverture peut prendre deux formes, dont le choix modifie sensiblement les droits du bailleur quant au contrôle de l'identité du cessionnaire. La cession du droit au bail peut ainsi s'intégrer dans la cession globale de l'entreprise (A) ou bien se limiter à une cession isolée d'un actif du débiteur (B).

A - Le sort du bail dans le plan de cession

6. Bien que transféré dans la partie relative à la liquidation judiciaire (C. com., art. L. 642-1 et s.), le plan de cession n'en reste pas moins une issue possible tant du redressement (C. com., art. L. 631-13) que de la liquidation judiciaire. L'article L. 642-7 du Code de commerce prévoit à cet effet que « le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité. » Le bail commercial devrait la plupart du temps figurer au nombre de ces contrats dont la cession est comprise dans le plan. Le tribunal étant seul habilité à décider des contrats dont la cession doit être ordonnée, le bailleur ne peut s'opposer au transfert du droit au bail au cessionnaire de l'entreprise.

1 J.-E. Kuntz et V. Nurit, « Le bail et la procédure collective, une valse à trois temps (suite) » : BJE mai 2012, p. 187, n° 77. V. égal. la première partie de cette étude sur le bail et la procédure collective : BJE nov. 2011, p. 349, n° 154.

7. L'alinéa 3 du même article énonce ensuite que « ces contrats doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire. » Ainsi, le contrat poursuivi avec le cessionnaire de l'entreprise se poursuit aux clauses et conditions du bail conclu avec le preneur initial, sans que la cession du contrat soit l'occasion pour le bailleur d'en renégocier les termes, et notamment le loyer². Il s'en suit que ce dernier ne dispose ni du choix de son nouveau cocontractant, ni du pouvoir de déterminer les termes de leur relation contractuelle, laquelle doit rester strictement identique à la relation entamée avec le preneur initial. Le bail ainsi cédé se poursuivra donc jusqu'à son terme, le bailleur ne pouvant donner congé qu'au jour de l'échéance du contrat.

8. Si le bail se poursuit ainsi dans le strict respect des stipulations contractuelles, il convient toutefois de noter que toutes clauses restrictives de cession, notamment en ce qu'elles soumettent la cession du contrat à l'approbation du bailleur ou à son intervention à l'acte, se trouvent privées d'effet. La cession du bail figurant dans le jugement d'adoption du plan de cession constitue en effet une cession judiciaire³ du contrat privant d'effet toute clause d'agrément, droit de préemption ou pacte de préférence inséré au contrat. Le bailleur ne peut ainsi en aucune façon interférer dans le choix du cessionnaire de l'entreprise, puisqu'il ne dispose du droit d'appel du jugement ordonnant la cession que pour la partie du jugement relative à la cession du bail⁴. Le cessionnaire deviendra titulaire du droit au bail non au jour du jugement ordonnant la cession mais au jour de la passation des actes de cession par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire (C. com., art. L. 642-8).

9. S'il est acquis que le cessionnaire ne peut bénéficier du cautionnement consenti par un tiers au bénéfice du preneur initial⁵, est longtemps restée en suspens une ultime question relative au devenir du dépôt de garantie initialement constitué par le preneur en difficulté⁶. Il ne fait aujourd'hui plus de doute que ce dépôt doit être restitué au débiteur et que le cessionnaire est tenu de le reconstituer, conformément aux stipulations contractuelles⁷. Si le bailleur ne peut donc plus actionner la caution qu'en paiement des sommes dues antérieurement à la cession il conserve toutefois pour

l'avenir le bénéfice du dépôt de garantie prévu au contrat, la cession forcée ne modifiant qu'à la marge sa situation.

10. En comparaison la cession isolée du contrat en liquidation, qu'elle intervienne dans le cadre d'une cession de fonds de commerce ou d'une cession du droit au bail seul assure au bailleur le plein respect de l'intégralité des clauses contractuelles.

B - La cession isolée du bail en liquidation judiciaire

11. En l'absence d'offre de reprise ou dans l'hypothèse où ces dernières ne seraient pas satisfaisantes, la liquidation judiciaire du débiteur conduit à la cession isolée de l'ensemble de ses actifs, par adjudication judiciaire ou, si une telle solution est plus avantageuse, de gré à gré. Le fonds de commerce comme le droit au bail étant des biens meubles, leur cession est régie par l'article L. 642-19 du Code de commerce, lequel impose au liquidateur d'obtenir préalablement l'autorisation du juge-commissaire de procéder à la cession. Ce dernier est en outre tenu de fixer les modalités de l'opération et peut, en cas de vente de gré à gré, se faire soumettre le projet de cession afin de vérifier sa conformité aux termes de son ordonnance.

12. En toutes hypothèses, la cession est soumise au respect de l'intégralité des stipulations du contrat de bail et des dispositions du statut des baux commerciaux (C. com., art. L. 641-12, al. 5), à l'exception de la clause de solidarité insérée au contrat (C. com., art. L. 641-12, al. 5). Ainsi, le liquidateur désireux de céder le droit au bail est tenu de respecter la clause d'agrément⁸ ou le pacte de préférence⁹ inséré au contrat, tout comme la clause subordonnant la cession à sa participation à l'acte ou au respect d'un formalisme particulier¹⁰. De telles stipulations trouvent encore à s'appliquer en cas de cession du fonds de commerce incluant le droit au bail. L'article L. 145-16 du Code de commerce répute seulement nulles « quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise » et non les conventions tendant à restreindre ou encadrer le droit

2 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des Entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2011, 7^e éd., n° 585.

3 Cass. com., 9 mai 2007, n° 05-20057 ; Gaz. proc. coll. 2007/4, p. 42, note Voinot.

4 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2012-2013, n° 542.78.

5 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 2012, 8^e éd. n° 461.

6 F. Planckeel, « La transmission du dépôt de garantie avec le bail » : AJDI 2010, p. 861.

7 Cass. com., 16 sept. 2008, n° 06-17809 ; JCP E 2008, 2465, note Brault ; Act. proc. coll. 2008/17, n° 261, obs. E. Le Corre-Broly ; D. 2008, p. 2345, note A. Lienhard.

8 CA Paris, 26 févr. 1999 : AJDI 1999, 342 – Cass. com., 9 déc. 2009 : Bull. civ., III, n° 275, LEDEN févr. 2010, p. 2, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Defrénois 2010, art. 39084, p. 593, obs. L. Ruet ; D. 2010, p. 476, note J. Billefont ; RDC 2010, p. 561, obs. Y.-M. Laithier et p. 666, obs. J.-B. Seube ; JCP N 2010, 1311, note J.-P. Garçon.

9 M.-P. Dumont-Lefrand, « Bail commercial et pacte de préférence » : AJDI 2009, p. 175.

10 Cass. 3^e civ., 9 mars 1994 : Loyers et copr. 1994, n° 248.

de cession du preneur¹¹. Le refus injustifié du bailleur devra alors conduire le liquidateur à agir en responsabilité contre ce dernier, qui pourra être condamné à indemniser le préjudice subi par les créanciers du fait de l'absence de cession¹².

13. En revanche, sauf stipulation contractuelle spécifique, le bailleur ne saurait arguer de son défaut de convocation à l'audience du juge-commissaire autorisant la cession du fonds de commerce et de l'absence de notification à son endroit de la décision de ce dernier pour prétendre que ladite cession lui est inopposable. Si sa présence à la cession n'est pas requise par le contrat, celle-ci doit s'opérer librement et n'être portée à la connaissance du bailleur qu'au jour de la passation des actes de cession. Le bailleur se trouve ainsi irrecevable à faire appel de l'ordonnance du juge commissaire ayant ordonné la cession du fonds de commerce en son absence¹³.

14. La pleine application du statut des baux commerciaux et des stipulations contractuelles assure néanmoins au bailleur une meilleure protection de ses intérêts, notamment au regard des risques d'insolvabilité du cessionnaire. En outre, les clauses du contrat demeurant applicables à l'exception de la clause de solidarité du cédant, la clause de solidarité du cessionnaire peut conduire ce dernier à payer au bailleur les arriérés de loyers du cédant¹⁴.

15. La cession isolée du droit au bail ou du fonds de commerce auquel il est attaché offre ainsi au bailleur de meilleures chances d'assurer la préservation de ses intérêts. Ce dernier, si les conditions en sont remplies, peut toutefois préférer mettre un terme au contrat préalablement à toute cession.

II - La résiliation du contrat de bail en liquidation judiciaire

16. Miroir de l'article L. 622-14 du Code de commerce en sauvegarde et en redressement judiciaire, l'article L. 641-12 du même code encadre strictement la résiliation du contrat de bail en liquidation judiciaire. Seule nouveauté, le bailleur dispose de la possibilité de solliciter la résiliation du contrat pour des causes antérieures au jugement d'ouverture (A). La résiliation pour non-paiement des loyers postérieure à l'ouverture de la procédure conserve cependant tout son attrait (B).

A - La résiliation pour causes antérieures à l'ouverture de la procédure collective

17. L'article L. 641-12 du Code de commerce énonce, en son alinéa 3 que la résiliation du bail peut intervenir « lorsque le bailleur demande la résiliation judiciaire ou fait constater la résiliation de plein droit du bail pour des causes antérieures au jugement de liquidation judiciaire ou, lorsque ce dernier a été prononcé après une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, au jugement d'ouverture de la procédure qui l'a précédée. » Le même article précise alors : « Il doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans les trois mois de la publication du jugement de liquidation judiciaire. »

18. Il semblerait donc contrairement au bailleur dont le preneur fait l'objet d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, le bailleur du débiteur en liquidation judiciaire dispose de la possibilité spécifique de solliciter la résiliation du bail pour des causes antérieures au jugement d'ouverture de la procédure¹⁵. Le texte reste cependant muet sur la nature de ces causes antérieures susceptibles de fonder une résiliation anticipée du bail. Or, la résiliation du bail pour des causes antérieures autres que financières n'est jamais interrompue par l'ouverture d'une procédure collective, quelle qu'elle soit¹⁶. Aussi, il est au premier abord permis de penser que cette mention expresse en liquidation judiciaire vise des causes antérieures tenant au non-paiement des loyers et des charges.

19. Une telle interprétation vient cependant se heurter frontalement aux dispositions de l'article L. 622-21 du Code de commerce, applicables en liquidation par renvoi de l'article L. 641-3 du même code, lesquelles interdisent toute action d'un créancier antérieur tendant « à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. » Cette incohérence, pointée dès l'origine par la doctrine, ne l'a pas moins divisée quant à son interprétation. La jurisprudence, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, avait fini par adopter une interprétation restrictive de ce texte, le cantonnant aux causes antérieures autres que le défaut de paiement des loyers et des charges¹⁷. La loi de sauvegarde de 2005 n'a sur ce point apporté aucune précision utile. Toutefois, l'expression « s'il ne l'a déjà fait » laisse à penser que cette interprétation doit être maintenue, le bailleur ne pouvant entamer une procédure de résiliation judiciaire pour cause antérieure

11 M.-P. Dumont-Lefrand, « Baux Commerciaux » : Rep. com. Dalloz n° 300.

12 F. Kendérian, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, Litec, 2011, 3^e éd., n° 148.

13 Voir pour une illustration récente, CA Paris, P. 5 ch. 9, 15 mars 2012, n° 11/02501.

14 Cass. com., 27 sept. 2011, n° 10-23539 : BJE janv. 2012, p. 14, n° 18, note L. Camensuli-Feuillard.

15 F. Kendérian, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, Litec, 2011, 3^e éd., n° 161.

16 J.-E. Kuntz et V. Nurit, « Le bail et la procédure collective, une valse à trois temps (suite) » : BJE mai 2012, p. 187, n° 77.

17 Cass. com., 28 mai 2002 : Bull. civ., IV, n° 93 ; Rev. proc. coll. 2002, p. 181, n° 1, obs. F. Macorig-Venier ; D. 2002, p. 1980, obs. A. Lienhard ; Loyers et copr. 2002, comm. n° 231, note P.-H. Brault et P. Pereira-Osouf ; AJDI 2002, p. 686, obs. P.-M. Le Corre ; Act. proc. coll. 2002, comm. n° 168 ; Rev. Loyers 2002, p. 580, note C.-H. Gallat ; RJDA 12/2002, n° 1304 ; JCP E 2003, 194, spec. n° 4, obs. P. Pétel.

pendant la période d'observation que pour des causes autres que financières.

20. En somme, la situation du bailleur, *a priori* plus avantageuse en cas de liquidation judiciaire de son preneur ne semble en réalité guère meilleure que lorsque ce dernier fait l'objet d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire. *A fortiori*, la possibilité offerte au bailleur de solliciter la résiliation du bail pour des causes antérieures reste strictement encadrée dans un délai de forclusion de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture. À défaut, seule la résolution pour des causes postérieures à l'ouverture de la procédure reste envisageable.

B - La résiliation pour causes postérieures au prononcé de la liquidation judiciaire

21. Comme pendant la période d'observation du débiteur placé en sauvegarde ou en redressement judiciaire, l'article L. 641-12 du Code de commerce n'autorise le bailleur à agir en résiliation du bail qu'après un délai d'attente de trois mois, sous réserve que le paiement des échéances de loyers n'intervienne pas avant l'arrivée du terme de ce délai¹⁸. Si aucun paiement n'est intervenu, le bailleur a alors la faculté de saisir le juge commissaire d'une demande de résiliation de plein droit du bail ou le juge des référés d'une demande de constat de l'acquisition de la clause résolutoire fréquemment insérée au contrat. Cette alternative procédurale offre au bailleur une protection « à géométrie variable »¹⁹ qu'il lui appartiendra, comme en sauvegarde ou redressement judiciaire, d'apprécier pleinement.

22. Le bailleur ne doit en effet pas perdre de vue que si la saisine du juge des référés lui permettra d'obtenir l'expulsion du preneur, elle l'expose également à ce que ce dernier sollicite et obtienne, des délais de paiement pouvant aller jusqu'à deux ans, que le liquidateur pourra se fonder sur la perspective sérieuse de céder le bail et de rembourser en conséquence les loyers impayés²⁰. Une telle situation est loin d'être une simple hypothèse d'école, compte tenu notamment de la récente réforme de l'article 512 du Code de procédure civile, lequel n'exclut dorénavant plus expressément le débiteur en redressement ou liquidation judiciaire du bénéfice des délais de paiement

prévus aux articles 1244-1 et suivants du Code civil²¹. Si le juge des référés constate néanmoins l'acquisition de la clause résolutoire insérée au contrat et ordonne l'expulsion du preneur, son maintien dans les lieux entraînera sa condamnation *in solidum* avec le liquidateur à payer une indemnité d'occupation jusqu'à complet départ des lieux²².

23. De nombreux doutes subsistant sur la qualification de la créance d'indemnité d'occupation en créance postérieure utile à la procédure collective, susceptible de faire par conséquent l'objet de mesures d'exécution forcée, le bailleur sera alors tenté de compenser cette créance avec le dépôt de garantie qui lui aura été le plus souvent versé lors de la conclusion du contrat. Une telle compensation ne paraît pas rencontrer d'obstacle particulier, la connexité de la créance de loyers du bailleur et de la créance de restitution du preneur ne faisant aujourd'hui aucune difficulté²³. La possibilité de procéder ainsi à une compensation de créances améliore sensiblement le sort du bailleur, dont les créances, bien que bénéficiant du privilège de l'article 2332 du Code civil, n'ont que peu de chances d'être payées, compte tenu de leur classement médiocre. Reste toutefois pour le bailleur à s'assurer préalablement de la déclaration de la créance qu'il entend compenser au passif de son débiteur.

24. On le voit donc, si le plan de cession de l'activité du débiteur doit conduire le bailleur à se voir imposer un nouveau cocontractant, la liquidation judiciaire ne lui offre aucune perspective de résiliation du contrat plus aisée qu'en sauvegarde et en redressement judiciaire. Seule la cession isolée du droit au bail peut en réalité lui permettre d'espérer la poursuite du contrat avec un nouveau cocontractant qu'il aura pu sélectionner.

25. De l'étude qui s'achève des trois temps du bail commercial à l'épreuve de la procédure collective, il ressort deux remarques complémentaires. La première est que le preneur bénéficie d'un dispositif efficace de protection de la propriété commerciale, soumise à la seule condition du paiement régulier de ses loyers. S'agissant du bailleur, ce dernier se voit à l'inverse astreint à une obligation de vigilance et de diligence renforcée afin d'assurer la préservation de ses droits, notamment en cas de défaut de paiement du preneur. En somme, preneur qui paie, point de risque, bailleur négligeant, point de protection !

18 J.-E. Kuntz et V. Nurit, « Le bail et la procédure collective, une valse à trois temps (suite) » : BJE mai 2012, préc.

19 S. Benlisi, « Le sort du bail commercial en liquidation judiciaire : une protection à géométrie variable pour le bailleur », comm. sous Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-25689 – Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-11512 : BJE mai 2012, p. 155, n° 86.

20 Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-25689.

21 L'article 512 du Code de procédure civile, dans sa nouvelle rédaction énonce en effet : « Le délai de grâce ne peut être accordé au débiteur dont les biens sont saisis par d'autres créanciers ni à celui qui a, par son fait, diminué les garanties qu'il avait données par contrat à son créancier. »

22 M.-P. Dumont-Lefrand, « Le sort de l'indemnité d'occupation en cas de liquidation judiciaire », comm. sous Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-24757 – CA Rennes, 24 nov. 2011, n° 10/01119 : AJDI 2012, p. 195.

23 P.-M. Le Corre, « Dépôt de garantie et compensation dans les procédures collectives » : AJDI 2003, p. 657, S. Pelletier et M. Aymani, « La compensation des créances de loyers et de restitution du dépôt de garantie en procédures collectives » : JCP E 2012, 1289.