

LE BAIL COMMERCIAL DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES

Formation de 3 H organisée par la FNUJA de Dunkerque le 23 octobre 2009

Intervenant : Frédéric PLANCKEEL, maître de conférences à l'Université de Lille 2, avocat au barreau de Lille.

Introduction

- Evolution des textes :

- loi du 25 janvier 1985
- loi du 10 juin 1994
- codification de la partie législative du Code de commerce par l'ordonnance du 18 septembre 2000
- loi du 26 juillet 2005
- codification de la partie réglementaire du Code de commerce par le décret du 25 mars 2007
- ordonnance du 18 décembre 2008

- Tendances générale :

- sauvetage du bail autant comme siège de l'entreprise que comme valeur patrimoniale
- atteintes toujours plus profondes aux intérêts du bailleur

- Application de la loi dans le temps :

- Loi du 26 juillet 2005 applicable aux procédures ouvertes après le 1^{er} janvier 2006
- Ordonnance du 18 décembre 2008 applicable aux procédures ouvertes après le 15 février 2009

- Cas de la procédure collective du bailleur : soumise au droit commun des contrats en cours ?

I. Les effets du jugement d'ouverture de la procédure collective

A) Le sort des résiliations en cours

- Principe = interdiction et interruption des actions en paiement de somme d'argent et en résiliation pour non paiement de somme d'argent

1) Arrêt des poursuites en résiliation pour non paiement d'une somme d'argent

- Nécessité d'une décision de justice passée en force de chose jugée, ce que n'est pas une ordonnance de référé frappée d'appel (Cass. 3^{ème} civ., 9 janv. 2008, n° 06-21499 (sous L 1994) – Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-17662 (sous L 2005)

- Acquisition définitive de la clause résolutoire dès le non respect des délais accordés par l'ordonnance de référé (Cass. 3^{ème} civ., 10 juill. 2007, n° 06-13639), l'expulsion n'étant pas en elle-même une voie d'exécution interdite.

- Système spécifique au seul bail commercial : acquisition de la clause résolutoire sans nécessité d'une constatation judiciaire pour le bail à construction (Cass. 3^{ème} civ., 28 janv. 2004, n° 01-00893) et le crédit-bail immobilier (Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-10549 – Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1997, n° 95-14355)

2) Poursuite des actions en résiliation pour inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire

- L'article L. 622-21 C. com. n'arrête que les actions en résolution fondées sur le non paiement d'une somme d'argent (ex : Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-16713)

- Nombreux exemples : entretien et réparation, travaux sans autorisation du bailleur, violation de la destination, violation des clauses de sous-location ou cession, etc.

- Nécessité de mettre en cause le représentant des créanciers et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan (art. L. 622-22 C. com. inchangé en 2008)

3) Poursuite des actions en validation d'un congé refus de renouvellement (Cass. 3^{ème} civ., 14 mai 1997, n° 94-22146)

B) La déclaration des créances de loyers et charges

- Faut-il déclarer même les loyers et charges correspondant à l'occupation postérieure au jugement d'ouverture, mais qui sont échus avant ?
- Déclaration nécessaire du pas-de-porte s'il a une nature indemnitaire (Cass. 3^{ème} civ., 14 avril 1992, n° 89-18486)
- Sûretés à déclarer : privilège du bailleur, cautionnement mais pas dépôt de garantie (Cass. com., 18 janv. 2005, n° 02-12324)
- La sanction n'étant plus l'extinction de la créance non déclarée, la caution peut encore a priori être poursuivie

II. Le régime applicable en sauvegarde ou redressement judiciaire

A) La résiliation du bail

- Rappel : la résiliation du bail commercial est possible soit sur le fondement de la résiliation judiciaire pour inexécution (art. 1184 C. civ.), soit par la constatation du jeu d'une clause résolutoire, étroitement encadrée par l'art. L. 145-41 C. com.
- Problème général de l'articulation du texte général sur les contrats en cours et du texte spécifique au bail de l'entreprise : évolution de la rédaction des textes en 2005 puis 2008
- On peut recenser 3 voire 4 voies de résiliation du bail :

1) Résiliation spontanée de l'administrateur

- Remarque générale : quand il n'y a pas d'administrateur, le débiteur lui-même possède ses pouvoirs, avec les réserves suivantes :
 - avant 2005 (régime simplifié), il ne pouvait continuer le bail qu'avec l'autorisation du juge-commissaire, mais pouvait opter seul pour la résiliation ! (Cass. com., 9 janv. 1996, n° 93-21719)
 - sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 : il ne pouvait continuer le bail qu'avec l'avis conforme préalable du représentant des créanciers (art. L. 627-2), mais semblait là encore pouvoir résilier seul
 - sous l'empire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 : l'avis conforme du représentant des créanciers est requis même pour la résiliation, qu'elle résulte de l'art. L. 622-13 ou L. 622-14

- Résiliation purement spontanée
 - Pouvoir non reconnu à l'administrateur avant la loi de 2005 : il fallait que le bailleur lui adresse une mise en demeure d'opter. C'est une innovation de la loi de 2005 prévue spécifiquement pour le bail commercial à l'article L. 622-14 C. com.
 - Date de la résiliation modifiée par l'ordonnance de 2008 :
 - Avant : jour de la demande de l'administrateur
 - Après : jour où le bailleur en est informé
 - Le bailleur a droit en raison de cette résiliation à des dommages et intérêts mais doit les déclarer au passif dans le délai d'un mois à compter de la résiliation. Il n'aura que le privilège de l'art L. 622-16, al 2 et peut refuser de rembourser ses propres dettes jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande
 - Le bailleur conserve le privilège de l'art. L. 622-17 pour les loyers, charges et indemnités d'occupation postérieurs au jugement d'ouverture (ex : Cass. com., 12 oct. 1999, n° 96-14468)

- Résiliation imposée par l'impossibilité de payer le terme de loyer suivant
 - Dispositif maintenu par le nouvel art L. 622-14, qui réserve les I et II de l'art. L. 622-13, mais la résiliation subséquente (prévue au III) ne peut depuis 2008 être fondée que sur l'art. L. 622-14, 1°
 - Responsabilité personnelle de l'administrateur si preuve d'une faute
 - Le juge des référés a un pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non à l'administrateur une suspension des effets de la clause résolutoire le temps de céder le fonds de commerce (Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-16255)

2) Disparition de la résiliation pour absence de réponse à une mise en demeure d'opter

➤ Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985

- L'art. L. 621-29 spécifique au bail ne dérogeant pas expressément au régime général des contrats en cours de l'art. L. 621-28, il était dans l'ensemble admis que le bailleur pouvait mettre en demeure l'administrateur d'opter (Cass. com., 16 mai 2006, n° 04-18578, non publié)

- Conséquence : le silence de l'administrateur dans le délai d'un mois entraînait résiliation de plein droit du bail commercial, le juge-commissaire pouvant alors constater la résiliation

- Si l'administrateur répondait expressément qu'il ne poursuivait pas le bail, cette décision valait résiliation de plein droit à compter de la réception de la lettre, sans qu'une constatation judiciaire soit exigée (Cass. com., 18 mars 2003, n° 00-12693)

- Exception : le bail commercial en voie de renouvellement, parce que le bail renouvelé étant un nouveau bail, ce ne serait pas un contrat en cours (Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, n° 02613225 6 Contra : F. Planckeel, « Le bail commercial renouvelé est-il bien un nouveau bail ? », AJDI 2006 p.433)

➤ Sous l'empire de l'ordonnance du 18 décembre 2008

Exclusion désormais indiscutable : le nouvel art. L. 622-14 ne réserve que l'application des I et II de l'art. L. 622-13, or la mise en demeure d'opter est prévue au III (cf les commentaires de Monéger et Kendérian, RTD com. 2009 p.282)

➤ Sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005

- La rédaction de l'art L. 622-14 peut faire penser que le bail ne peut être résilié que dans les cas qu'il prévoit, le texte paraissant autonome. Mais un précédent projet prévoyait expressément une dérogation à l'art. L. 622-13, or cette mention a finalement disparu.

- Pour le maintien de la mise en demeure d'opter : B. Saintourens, Loyers et copro sept. 2005, chron. n° 11 – Ph. Roussel-Galle, Rev. proc. coll. 2005 p.207 – P.-M. Le Corre, AJDI 2006 p.178

- Contre : F. Auque, RJ Com. 2005, p.478 – C. Saint-Geniest et A. Colin, Rev. loyers 2005, p.538 – Ordonnance TC Roubaix-Tourcoing : JCP E 2007, 1523, n° 46-47, obs. J. Monéger

3) Résiliation poursuivie par le bailleur pour des causes postérieures au jugement d'ouverture

- Domaine = non paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture
- Délai d'attente de 3 mois (2 mois avant 2005) + exclusion de la résiliation si l'administrateur régularise dans ce délai
- Peut-on invoquer la résiliation pour non paiement à l'échéance prévue à l'art. L. 622-14, sans être obligé de faire jouer la clause résolutoire selon la procédure de l'art. L. 145-41 C. com. ? Ce serait donc un cas supplémentaire de résiliation de plein droit.
 - Non sous l'empire de l'ordonnance du 18 décembre 2005 : l'art L. 622-14 ne renvoie pas au III de l'art. L. 622-13
 - A priori oui sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 (extrapolation de Cass. com., 16 mai 2006, n° 04-18578, préc.)
 - Question discutée sous l'empire de la loi de 2005. Mieux vaut donc faire délivrer un commandement.

4) Résiliation poursuivie par le bailleur pour manquement à une obligation de faire

- Rappel : ces actions ne sont pas concernées par la règle de l'arrêt des poursuites. Il peut aussi bien s'agir d'un manquement antérieur au jugement d'ouverture que postérieur
- Mais 2 exceptions pour l'obligation d'exploiter pendant la seule période d'observation (art. L. 622-14), voire l'obligation de garnir les lieux loués (art L. 622-16, al.4)

5) Questions communes de procédure

➤ Juge compétent pour la résiliation et l'expulsion

- Juge-commissaire compétent pour **constater** la résiliation dans tous les cas : art. R 622-13 C. com.
- Mais juge des référés de droit commun également compétent en matière de clauses résolutoires (art. L. 145-41 C. com., cf par ex Cass. 3^{ème} com., 14 janv. 2004, 02-15939), or lui seul a le pouvoir d'**expulser** (cf en matière de liquidation Cass. com. 6 mars 2001, n° 98-12835). Est-il compétent pour constater l'une des résiliations spécifiques aux procédures collectives ? A priori non.

➤ Notification de la résiliation aux créanciers inscrits (art L. 143-2)

- A été imposée par la Cour de cassation sous l'empire de la loi de 1985 à un bailleur poursuivant la résiliation de plein droit pour silence de l'administrateur mis en demeure d'opter (Cass. com, 13 oct. 1998, n° 96-13140, non publié – TGI Béthune, 13 oct. 1984 : D. 2004, AJ p.2376)

- Paraît inutile dans un contexte de procédure collective et peu fondée car le texte vise la résiliation amiable ou l'action du bailleur qui **poursuit** la résiliation. Mais la prudence l'impose en toute hypothèse.

B) Le paiement des loyers et des charges

1) Les loyers et charges antérieurs

➤ Privilège du bailleur

- Limitation aux deux dernières années de loyers (année courante pour toute autre somme en cas de résiliation) : art L. 622-16 C. com.

- Classement par l'art. L. 622-17 après le superprivilège des salariés, le privilège des frais de justice, le privilège de l'art. L. 611-11 (apports de trésorerie et fourniture de nouveaux biens et services dans le cadre d'une procédure de conciliation) le privilège des créanciers contractuels postérieurs, les privilèges de l'administration fiscale et de l'URSSAF (art. 2332-2 C. civ.), le privilège du conservateur (art. 2332-3 C. civ.).

➤ Sort du dépôt de garantie : compensation judiciaire des créances connexes (art. L 622-7 C. com.)

- Condition : déclaration régulière de la créance (ex : Cass. com. 9 oct. 2001, n° 98-14514)

- Imputation en priorité sur les créances postérieures impayées (Cass. com., 20 mars 2001, n° 98-14214 – Cass. com., 24 juin 2003, n° 00-17156 – Cf P-M Le Corre, AJDI 2003 p.657)

2) Les loyers et charges postérieurs

- Principe du paiement comptant et du droit de poursuite (voies d'exécution possibles)
- Privilège de l'article L. 622-17 C. com. :
 - si le bailleur a accordé un délai : classement après les salariés, les frais de justice, le privilège de la conciliation
 - si le bailleur n'a pas accordé de délai : primé encore par les créanciers postérieurs ayant accordé un délai
- Attention depuis 2005 : ces créances privilégiées doivent être déclarées au mandataire et à l'administrateur ou au commissaire à l'exécution du plan au plus tard un an après la fin de la période d'observation (art. L. 622-17, IV), ou 6 mois après la publication du jugement de liquidation judiciaire (art. L. 641-13, IV)

III. Le régime applicable en liquidation judiciaire

A) La résiliation du bail

Dispositif largement calqué sur celui du redressement judiciaire, de même que le dispositif général valable pour tous les contrats en cours (nouvel art. L. 641-11-1).

Là encore, 3 voire 4 voies de résiliation :

1) Résiliation spontanée du liquidateur (ou de l'administrateur resté en fonctions)

- Ce pouvoir appartenait au liquidateur avant même 2005
- Régime presque identique au redressement, aussi bien sous l'empire de la loi de 2005 (effet au jour de la demande du liquidateur) que sous l'empire de l'ordonnance de 2008 (effet au jour où le bailleur est informé)
- Mais contrairement à l'art L. 622-14, le nouvel art. L. 641-12, qui ne renvoie qu'aux I et II de l'art. L. 641-11-1, ne précise pas expressément que le bailleur doit déclarer sa créance de dommages et intérêts (il le doit de toute façon) et peut différer le paiement de ses propres sommes jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande.
- Maintien de l'obligation de résilier le bail en cas de manque de trésorerie : elle est désormais prévue par renvoi de l'art. L. 641-12 au II du nouvel art. L. 641-11-1

2) Disparition de la résiliation pour absence de réponse à une mise en demeure d'opter

- Sous l'empire de la loi de 1985 puis de la loi de 2005, le régime général des contrats en cours s'appliquait en liquidation judiciaire par renvoi (art. 622-12 avant la loi du 26 juillet 2005 et art L. 641-10 après).

- Donc le débat sur l'articulation des articles L. 621-28 et 29 puis L. 622-13 et 14 valait aussi pour la liquidation judiciaire : le bailleur pouvait-il mettre le liquidateur en demeure d'opter ?

- L'ordonnance de 2008 l'exclut clairement en ne renvoyant pas au III de l'art. L. 641-11-1 nouveau

3) Résiliation poursuivie par le bailleur pour des causes postérieures au jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation, ou au jugement de conversion en liquidation judiciaire

- L'art L. 641-12, 2° vise expressément l'occupation postérieure au jugement ouvrant la liquidation judiciaire

- Renvoi pur et simple au régime de l'art L. 622-14 : délai d'attente de 3 mois, etc.

- Faute de renvoi au III de l'art. L. 641-11-1, il est certain depuis 2008 que le défaut de paiement en raison d'un manque de trésorerie n'entraîne pas directement résiliation de plein droit.

- L'art. L. 641-12 ne parle pas de la résiliation fondée sur un défaut de paiement postérieur au jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, mais antérieur à sa conversion en liquidation judiciaire : cette action est permise par l'art L. 622-14 (auquel il n'est pas dérogé) à l'issue du délai de 3 mois après le jugement d'ouverture.

4) Résiliation poursuivie par le bailleur pour des causes antérieures au jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire

- Domaine limité aux seuls manquements autres que le défaut de paiement d'une somme d'argent, malgré la lettre du texte, en application de l'arrêt des poursuites individuelles, cf Cass. com., 28 mai 2002, n° 98-14259

- Délai de forclusion de 3 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire ou de conversion (avant 2005 c'était le jugement lui-même)

Attention : dans tous les cas, comme en sauvegarde et redressement, mieux vaut notifier la résiliation aux créanciers inscrits.

B) La cession du bail

1) Dans le cadre d'un plan de cession

- Plan de cession possible aussi en redressement judiciaire même si désormais il relève en principe de la liquidation judiciaire
- Sort du bail non modifié par la loi de 2005 et l'ordonnance de 2008 : art L. 642-7
 - Le bail doit être nécessaire au maintien de l'activité et être expressément mentionné par le Tribunal dans le jugement arrêtant le plan de cession, après observations du bailleur
 - Le bail se poursuit avec le cessionnaire aux mêmes clauses et conditions
- Inefficacité des clauses restreignant la cession ou le choix du cessionnaire (clauses d'agrément et de préférence) et de clause de garantie solidaire (art L. 622-15)

2) En dehors de tout plan de cession

- La cession isolée du bail nécessite l'autorisation préalable du juge-commissaire (Cass. com. 9 mai 2007, n° 06-10064)
- L'art. L. 641-12 impose, comme avant, le respect des clauses du bail même si autorisation du juge-commissaire :
 - la cession de bail isolée nécessite si elle est interdite par le bail l'accord du bailleur, qui peut poser ses conditions à la déspecialisation (Cass. com. 11 mai 1999, n° 97-10015)
 - la clause d'agrément doit être respectée (Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-18029)
 - le pacte de préférence doit être respecté (Cass. com. 13 févr. 2007, n° 06-11289)
 - toutes les clauses de formalité (ex : forme notariée) doivent être suivies
- Mais une exception depuis 2005 : la clause de garantie solidaire.

C) Le paiement des loyers et des charges

1) Les loyers et charges dus au titre de la période d'observation antérieure

- Avant la conversion en liquidation judiciaire, ils devaient être payés comptant et bénéficiaient du privilège de l'art. L. 622-17
- Après la conversion, ils restent soumis au même régime, mais l'art. L. 641-13 leur fait perdre un rang : les créances garanties par des sûretés spéciales immobilières, sûretés spéciales mobilières avec droit de rétention, ou nantissement du matériel et de l'outillage.
- Ces créances, si elles sont impayées, doivent être déclarées au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur au plus tard 6 mois après la publication du jugement de liquidation judiciaire

2) Les loyers et charges postérieurs à l'ouverture de la liquidation judiciaire

- Même régime : paiement comptant et privilège de l'art. L. 641-13, meilleur en cas d'octroi de délai (à l'instar du privilège de l'art L. 622-17), et obligation de déclarer les créances impayées dans un délai de 6 mois.

ANNEXES

Annexe 1 : Version actuelle des principaux textes du Code de commerce intéressant le bail commercial

Annexe 2 : Textes en vigueur sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005

Annexe 3 : Textes en vigueur après la loi du 10 juin 1994 et la codification du Code de commerce en 2000

ANNEXES

Annexe 1 : Version actuelle des principaux textes du Code de commerce intéressant le bail commercial

Annexe 2 : Textes en vigueur sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005

Annexe 3 : Textes en vigueur après la loi du 10 juin 1994 et la codification du Code de commerce en 2000