

Baux commerciaux et procédures collectives, question de responsabilité des professionnels

Issu de Bulletin Joly Entreprises en difficulté - n°01 - page 55

Date de parution : 01/01/2019

Id : BJE116n7

Réf : BJE janv. 2019, n° 116n7, p. 55

Auteur :

- Julien Théron, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, directeur du master 2 Juriste d'affaires-DJCE, co-directeur du master Retournement insolvabilité des entreprises (ALED)

Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Contrat(s) et entreprises en difficulté - Toulouse, 12 octobre 2018 » du Bulletin Joly Entreprises en difficulté.

Cet article est tiré d'une table ronde à laquelle ont participé M^e Raphaël Pétavy (SELARL Mandatum) et M^e Philippe Thiollet. La confrontation du bail commercial au droit des entreprises en difficulté manifeste *a minima* un conflit d'intérêts entre l'intérêt collectif des créanciers, l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt du bailleur. Il appartient alors à l'administrateur ou au liquidateur d'adopter la solution idoine dans le respect des textes. Mais à l'évidence, il n'existe que rarement de solution qui puisse satisfaire l'ensemble de ces intérêts. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les actions en responsabilités sont inéluctables. Mais quelle est la chance de succès de telles actions ?

Régime strict. Le maintien des baux affectés à l'exploitation de l'entreprise et tout particulièrement du bail commercial en procédures collectives est particulièrement impérieux et ce, pour plusieurs raisons :

- ce contrat est bien entendu essentiel à la continuation de l'activité. C'est lui qui subordonne bien souvent la présence de la clientèle ;
- même en l'absence de perspective de sauvetage de l'entrepreneur ce contrat est essentiel dans la perspective d'une cession de fonds. Pour autant les bailleurs et leurs conseils ont fait preuve d'inventivité pour tirer profit des cessions de fonds dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation. Un nombre certain de baux contiennent aujourd'hui des clauses de solidarité inversées. Il s'agit de clauses qui mettent à la charge de l'acquéreur du fonds le paiement des loyers non acquittés par le cédant. De telles clauses vont rendre difficile la cession. Le potentiel cessionnaire ne sera pas enclin à faire une offre et s'il le fait il existe une forte probabilité que le prix proposé soit inférieur à ce qu'il devrait être. Ici la procédure, et l'intérêt des créanciers pâtissent de ce type de clauses. À ce titre, il importe de saluer le projet de loi *Pacte* en ce qu'il prévoit d'annihiler les clauses de solidarité inversées lorsque le bail est cédé dans le cadre d'une cession d'entreprise. Dans la mesure où les fonds de commerce sont aussi cédés dans un cadre purement liquidatif peut-être aurait-on pu envisager d'éradiquer également ces clauses lorsque le fonds est réalisé de manière isolée en application de l'article L. 642-19 du Code de commerce. Mais le législateur a délibérément décidé de maintenir l'efficacité de ces clauses dans ce contexte ;
- dans le cadre d'une liquidation, indépendamment de toute perspective de cession du fonds de commerce, la réalisation isolée du bail peut permettre de dégager une valeur non négligeable. C'est la raison pour laquelle aujourd'hui le bail est particulièrement protégé quelle que soit la procédure en cause, qu'il y ait maintien de l'activité ou non.

Ces éléments justifient que les baux commerciaux soient soumis à un régime strict de continuation des contrats, mêlant le régime général des contrats en cours ([C. com., art. L. 622-13](#) et [C. com., art. L. 641-11-1](#)) et des règles

spéciales ([C. com., art. L. 622-14](#) et [C. com., art. L. 641-12](#)).

Source de responsabilité. Il y a dans les rapports avec les bailleurs une source importante de responsabilité des mandataires et administrateurs judiciaires. Il n'y a rien d'étonnant à cela. En temps normal, le bailleur est extrêmement restreint dans la liberté inhérente à sa qualité de contractant (droit au renouvellement du locataire ou régime des clauses résolutoires pour ne penser qu'à ces points). Aussi lorsqu'une procédure collective est ouverte, les sentiments du bailleur peuvent être ambivalents :

- il est, d'une part, exaspéré par la situation : maintien du contrat, malgré vraisemblablement un nombre certain de loyers impayés, et l'annonce que ceux-ci ne sont pas prêts de l'être ;
- mais, d'autre part, peut-être est-il aussi nourri d'un espoir : celui de pouvoir enfin voir cette relation prendre fin...

Triptyque. Mais le climat ne suffit pas à engendrer la responsabilité des administrateurs et mandataires judiciaires. La responsabilité civile, ici comme ailleurs est soumise à un triptyque : préjudice, lien de causalité, fait générateur.

Tout part évidemment du préjudice. Les actions en responsabilité civile n'ont et ne peuvent avoir qu'une finalité : *la réparation du préjudice*. Les choses sont simples : pas de préjudice, pas de responsabilité. Les bailleurs invoquent fréquemment en la matière une perte de chance. Ils estiment que parce que le professionnel n'a pas restitué le local ou résilié le contrat ils ont été privés de la faculté de contracter un bail avec un autre locataire. Un tel préjudice est par nature dépourvu de certitude. Les juges du fond doivent d'ailleurs évaluer la perte de chance en fonction de l'état locatif¹ et si les chances de relocation sont nulles, alors il ne devrait pas y avoir de responsabilité professionnelle.

Si le lien de causalité est un élément tout aussi essentiel en matière de responsabilité, il s'agit ici de se concentrer sur la faute qui pourrait être imputée au professionnel. Celle-ci peut être protéiforme. Il peut lui être reproché de ne pas avoir restitué rapidement le local après résiliation, ou encore de l'avoir restitué dégradé. Mais bien souvent c'est une autre faute qui est invoquée : celle d'avoir fait le mauvais choix dans l'option.

La faute dans l'option. L'hypothèse en cause est celle dans laquelle le bailleur reproche à l'administrateur ou au mandataire de ne pas avoir résilié alors qu'il ne disposait pas des fonds nécessaires pour payer les loyers.

De prime abord, cette faute paraît aisée à stigmatiser. Le choix du professionnel paraît pour le néophyte simple à opérer. L'article L. 641-11-1 du Code de commerce comme l'article L. 622-13 indiquent que « le liquidateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet ». Aussi il ne semble y avoir qu'une alternative :

- soit il dispose des fonds et dans ce cas-là il n'y a pas de faute à décider de continuer ;
- soit il ne dispose pas des fonds et dans ce cas, il y a faute à continuer.

Un choix difficile pour le professionnel. Pourtant, les choses ne sont pas si simples qu'il y paraît. D'abord, parce que même si on dispose des fonds nécessaires, il est inutile de poursuivre un bail si cela n'est pas dans l'intérêt de la procédure. Les autres créanciers pourraient en effet légitimement se plaindre de l'alourdissement du passif postérieur. Le professionnel commet ainsi une faute à continuer un contrat en dépit de son utilité. Cela a été rappelé récemment par la chambre commerciale de la Cour de cassation. En l'espèce l'administrateur avait notifié au bailleur sa décision de résilier le contrat. Ce dernier avait contesté sa décision au motif que l'administrateur ne prouvait pas qu'il ne disposait pas des fonds nécessaires. La chambre commerciale rejeta ce raisonnement. Elle indiqua que l'administrateur peut mettre fin au bail même si les loyers peuvent être réglés².

Ensuite, le choix du professionnel est difficile lorsqu'il ne dispose pas des fonds nécessaires, mais qu'il est impérieux de maintenir le bail que ce soit en raison : d'une nécessité pour l'exploitation de l'activité ; d'un espoir de cession du fonds ; de la présence dans le local de biens ou stocks susceptibles de générer par leur vente une partie du désintéressement des créanciers. Dans toutes ces situations il apparaît que ne pas continuer le contrat ce serait satisfaire l'intérêt d'un créancier au détriment des autres.

Un sentiment de culpabilité. En échangeant avec un certain nombre de professionnels, il apparaît qu'ils optent dans ces cas-là pour la continuation, mais avec le sentiment d'une prise de risque. C'est paradoxal, car ils essaient d'agir au mieux des intérêts de la procédure mais nourrissent ainsi un sentiment de culpabilité. La question est alors simple : y a-t-il véritablement faute en agissant de la sorte et le cas échéant comment l'encadrer ?

Souplesse de certains jugements. La jurisprudence fait preuve en la matière d'une certaine souplesse. Ainsi le TGI du Mans³ a-t-il condamné le professionnel pour ne pas avoir résilié le bail « en ne justifiant pas d'un projet de cession de fonds »... *A contrario* on peut en déduire que s'il y avait eu un tel projet, alors la responsabilité du professionnel n'aurait pas été reconnue. Dans le même sens le TGI de Lille a admis que même en l'absence d'offre sérieuse d'achat du fonds de commerce, il convient d'accorder au mandataire liquidateur un délai raisonnable pour tenter de trouver un acquéreur pour le fonds et ainsi de désintéresser les créanciers en ce compris le bailleur⁴. Surtout, la Cour de cassation, a indiqué à propos d'un crédit-bail que le seul fait de maintenir le contrat en dépit de l'absence de paiement des loyers n'est pas en lui-même fautif⁵ dès lors que la cour d'appel avait pu constater que les contrats étaient indispensables à l'activité de la société en redressement.

Mais comment interpréter cette jurisprudence ? Il existe une alternative. On peut soit avoir une vision « pessimiste » et considérer que le fait de poursuivre sans fonds disponibles est une faute, mais que les circonstances tenant à l'intérêt de l'entreprise ou des autres créanciers constituent un fait justificatif. Soit il est possible d'adopter une vision optimiste en soutenant que le seul fait de poursuivre l'exécution du contrat en l'absence de fonds disponibles ne constitue pas une faute. En revanche cela constitue une faute dès lors qu'il n'y a pas de raison tenant à des intérêts supérieurs de poursuivre.

État de nécessité ? Dans le premier cas, la continuation en dépit de l'absence de fonds serait justifiée par ce que l'on appelle en droit de la responsabilité un fait justificatif. La faute existe mais elle est justifiée. Ici elle serait tout particulièrement justifiée par un « état de nécessité ». La physionomie de l'état de nécessité est la suivante : l'auteur cause un mal pour éviter un mal plus grand. Or, ici c'est bien pour éviter un mal plus grand (l'absence de réalisation possible du fonds ; ou la présence de stocks...) que le professionnel maintient le contrat au détriment du bailleur.

Pour se convaincre que l'on est en présence d'un état de nécessité, encore faudrait-il être certain que le fait de poursuivre en l'absence de fonds disponibles constitue une faute. De prime abord tel semble être le cas. La violation de la loi constitue nécessairement une faute. Or, à lire l'article L. 622-13, II, ou L. 641-11-1, II, du Code de commerce le professionnel qui poursuit en l'absence de fonds ne respecte pas le texte...

Pourtant un certain nombre d'éléments plaident en faveur d'une solution contraire. D'abord, la *ratio legis* et la hiérarchisation des intérêts conduisent à considérer que le désintéressement des créanciers ou la poursuite de l'activité doivent l'emporter sur l'intérêt du bailleur. Ensuite, le bailleur n'est pas dépourvu de tout moyen. Non seulement il peut obtenir la résiliation au bout de 3 mois, mais en outre, s'il n'est pas payé à échéance, il bénéficie d'une créance postérieure privilégiée. Enfin, la jurisprudence, lorsqu'elle ne retient pas la responsabilité du professionnel, ne fait jamais référence à un fait justificatif énonçant par exemple que la faute est constituée, mais qu'elle est justifiée. Surtout dans l'arrêt précité⁶, la Cour de cassation indique que le seul fait de maintenir le bail en dépit de l'absence de paiement des loyers n'est pas en lui-même fautif.

En somme, il ne semble pas que l'on puisse considérer qu'il y a dans l'espoir de cession ou encore dans la volonté de céder les stocks un fait justificatif qui viendrait annihiler une faute.

Absence de faute. On est alors tenté d'être optimiste et de considérer que le seul fait d'avoir poursuivi l'exécution du contrat en l'absence de fonds disponibles ne constitue pas une faute⁷. Cela est plus important qu'il n'y paraît. D'abord cela permet aux professionnels de prendre sereinement la décision en arbitrant les intérêts en cause, sans avoir le sentiment d'être obligés de violer la loi, dès qu'ils ne résilient pas dans la perspective de sauvegarder l'activité ou de l'actif pour le bien de tous. Ensuite, il y a une conséquence en matière de preuve. S'il y avait faute dans le seul fait de ne pas payer des loyers alors que la continuation a été décidée, la preuve en serait extrêmement facilement rapportée par le bailleur. Et il appartiendrait au professionnel de prouver la réunion des éléments qui justifient cette transgression. Au contraire si la faute est celle de s'être trompé dans l'arbitrage entre intérêts, celle-ci sera difficile à rapporter. Le bailleur doit en effet prouver que rien ne justifiait la continuation du contrat.

NOTES DE BAS DE PAGE



1- [Cass. com., 17 mai 2017, n° 16-10762.](#)

2- Cass. com., 14 janv. 2018, n° 16-33333 : [LEDEN avr. 2018, n° 111n4, p. 5](#), obs. Rubellin P.

3- TGI Mans, 1^{re} ch., 15 juin 2015, n° 13/02380.

4- TGI Lille, 4^e ch., 17 janv. 2011, n° 09/04195.

5- [Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-21934.](#)

6- Cass. com., 2 oct. 2012, *op. cit.*

[7-](#) En revanche cela constitue une faute dès lors qu'il n'y avait pas de raison tenant à des intérêts supérieurs de poursuivre.

Issu de Bulletin Joly Entreprises en difficulté - n°01 - page 55

Date de parution : 01/01/2019

Id : BJE116n7

Réf : BJE janv. 2019, n° 116n7, p. 55

Auteur :

- Julien Théron, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, directeur du master 2 Juriste d'affaires-DJCE, co-directeur du master Retournement insolvabilité des entreprises (ALED)