

Le bail commercial et...

## LE CYCLONE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

*Vae victis ! Le fameux malheur aux vaincus qu'aurait opposé César à Vercingétorix défait, trouve dans la clause de solidarité inversée sa pleine et entière justification. Confortée par la Cour de cassation, elle est malheureusement mal connue ou découverte... quand il est trop tard.*

*Regard incisif sur cet avantage que la loi consent aujourd'hui aux bailleurs et que l'instabilité de l'époque actuelle doit peut-être remettre sur le tapis.*

Par M<sup>c</sup> Gilles Hittinger-Roux, avocat-associé (H. B. & Associés)

Lors de la signature du bail, le preneur pense déjà au chiffre d'affaires réalisé, à l'aménagement de sa boutique et d'une manière générale à la valorisation de l'entreprise par ce nouveau point de vente, un peu comme Perrette dans la fable de la Fontaine «La Laitière et le Pot au lait».

Le bailleur est lui aussi ravi, de ses futurs loyers qui lui permettent de valoriser immédiatement ses murs. Mais, le bailleur est plus précautionneur que le preneur et envisage dans le contrat, l'insuccès, l'échec, la déroute et même la faillite de son cocontractant. Il va ainsi insérer une clause qui lui permettra d'obtenir auprès du nouveau locataire, le cessionnaire, le paiement des loyers impayés par celui qui connaît une procédure collective. Cette clause est appelée «la solidarité inversée».

### I. Une clause sournoise et redoutable

Au gré des 50 ou 90 pages que constitue le bail commercial, il apparaît un texte dont le contenu est souvent rédigé de la manière suivante : «Cette garantie solidaire sera due

indistinctement tant par tout cédant du chef du (ou des) cessionnaire(s) que réciproquement par tout cessionnaire du chef de tout cédant et ce, sans que le bailleur ne soit tenu d'effectuer la moindre formalité ou dénonciation notamment ou des délais de paiement seraient consentis amiablement ou judiciairement au débiteur principal».

Un premier lecteur averti pourrait penser que ce dispositif ne serait pas inapplicable sur le fondement de l'article 641-12 du Code de commerce, lequel dispose en 3<sup>e</sup> alinéa : «le liquidateur peut céder le bail dans les conditions prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y attachent. En ce cas, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaire avec le cessionnaire est réputée non écrite».

Pourtant, une première décision a été rendue par la Cour de cassation le 27 septembre 2011 donnant satisfaction au bailleur. Le locataire était en liquidation judiciaire. Le bail prévoyait qu'en cas de cession, le cessionnaire

garantirait les dettes du cédant. La Cour de cassation a donné son plein effet à la disposition contractuelle. Le nouveau locataire a été condamné au paiement des arriérés de loyers.

Plus encore en présence d'un redressement judiciaire, il a été considéré le 12 mars 2015 par la cour d'appel de Versailles que même en cas de cession dans le cadre d'un plan, cette cession judiciaire doit respecter la clause de solidarité inversée.

De façon surprenante, la loi Pinel du 18 juin 2014, n'a pas envisagé cette clause de solidarité inversée, peut-être par une certaine méconnaissance des pratiques des bailleurs.

En effet, le législateur a réservé son intervention aux clauses de garantie du cédant au bénéfice du bailleur et nullement à l'égard du cessionnaire.

L'article L. 145-16-1 dispose : «Si la cession du bail commercial est accompagnée d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du

bailleur, ce dernier informe le cédant de tout défaut de paiement du locataire dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée par celui-ci».

Article L. 145.16.2 du Code de commerce : «Si la cession du bail commercial s'accompagne d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail».

Les jurisprudences précitées doivent être revisitées au regard de la situation économique des preneurs et de permettre notamment les reprises par d'autres opérateurs.

### II. un avantage injustifié au profit du bailleur

Les entreprises qui connaissent les procédures collectives sont selon l'expression courante «Légion». Les statuts des sociétés prévoient traditionnellement une durée de 99 années. Malheureusement, leur vie est plus courte.

*Suite page 8*

## Le cyclone des procédures collectives

*Suite de la page 6*

Les évolutions technologiques ont fait vaciller des sociétés qui paraissaient indestructibles comme : Kodak, Pan Am, Virgin, The Phone House, Félix Potin.

De nombreux fournisseurs qui travaillaient avec ces sociétés ont directement été impactés. Le plus souvent, ces sociétés ont été contraintes de produire leurs créances auprès des administrateurs et dans le meilleur des cas, ils ont obtenu un paiement partiel dans

un délai qui le plus souvent est supérieur à cinq ans.

Pour le bailleur disposant de la clause de solidarité inversée, la situation est très claire. Si le candidat-acquéreur veut reprendre l'entreprise, il se doit de payer concomitamment à cette reprise, les arriérés de loyers. Il serait possible de le considérer au regard de cette clause comme un créancier privilégié, voire super privilégié car dans certains cas,

il conditionne la reprise. Le bailleur doit être considéré comme bénéficiaire d'une «immunité active».

Au quotidien, il est particulièrement choquant de constater l'intransigence des fonciers dans le cadre des projets de reprise. Sur le fondement d'une clause mal négociée lors de la signature du bail et sur l'application de l'article L. 642-7 du Code de commerce, le bailleur dispose d'une position tout à fait

déséquilibrée tant à l'égard du cédant, du cessionnaire ou même de l'administrateur en charge de la gestion du redressement judiciaire.

La Cour de cassation devrait reprendre une nouvelle lecture de cette «solidarité inversée» en la réputant non-écrite ; à moins que les magistrats du tribunal de commerce alertent les pouvoirs publics et interviennent directement. ■