

Article 19 relatif aux clauses de solidarité dans les baux commerciaux

1. ÉTAT DES LIEUX

1.1. CADRE GENERAL

En procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, la cession de l'entreprise en difficulté par l'intermédiaire d'un plan de cession a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif¹⁸⁹. Avec le plan de redressement, il s'agit d'une des deux issues positives possibles pour une entreprise en procédure de redressement. Dans les deux cas, l'entreprise poursuit son activité mais avec un repreneur en cas de plan de cession. Cette cession peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité.

Le plan de cession constitue la seule issue positive envisageable lorsque le débiteur ne parvient pas, notamment faute de temps, à élaborer un plan de redressement. En consacrant le « *prepack cession* » ou plan de cession préétabli qui permet de préparer en mandat ad hoc ou en conciliation un plan de cession, arrêté ensuite dans un bref délai en procédure collective, le législateur a souhaité encourager en 2014¹⁹⁰, la reprise d'entreprises en difficulté.

En 2017¹⁹¹, on dénombrait 952 plans de cession totale ou partielle d'entreprise en procédure de redressement judiciaire et 198 en liquidation judiciaire. Compte tenu de l'état de trésorerie souvent exsangue de l'entreprise en procédure collective, les délais pour présenter une offre de reprise sont courts. La cession de l'entreprise doit en outre s'accompagner des contrats nécessaires au maintien de l'activité. Pour cette raison, l'article L. 642-7 du code de commerce autorise le tribunal à céder ces contrats même sans l'accord du cocontractant, accord qui serait d'autant plus difficile à obtenir que les délais sont contraints. Les candidats repreneurs doivent néanmoins étudier ces contrats qui seront exécutés dans les conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure. Or certaines clauses des contrats nécessaires au maintien de l'activité sont parfois de nature à faire obstacle à la cession. C'est tout particulièrement le cas en matière de baux commerciaux où sont régulièrement inscrites des

¹⁸⁹ Conformément à l'article L. 642-1 du code de commerce.

¹⁹⁰ Ce nouveau dispositif a été introduit par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹⁹¹ Statistiques du ministère de la justice.

clauses solidarité ou clauses dites de « garantie inversée » imposant au cessionnaire du bail commercial des dispositions solidaires avec le cédant.

Le bail commercial est souvent le principal actif cessible des petites et moyennes entreprises. Or les clauses de « garantie inversée » interdisent ou presque toute reprise en plan de cession. Ainsi, dans une affaire soumise à la 12^e Chambre du tribunal de commerce de Paris le 22 février 2017, le débiteur, preneur d'un bail commercial dans lequel il exploitait un bar, devait plus de 600 000 € d'arriérés de loyers. Compte tenu de l'inscription dans le contrat de bail commercial d'une clause de « garantie « inversée », il a été impossible de trouver un repreneur qui accepte de régler ces arriérés de loyers. L'entreprise s'est retrouvée en liquidation judiciaire, sans reprise du bail, avec la perte de 6 emplois.

En droit des procédures collectives, il est prévu tant en procédure de sauvegarde (art. L. 622-15 du code de commerce), qu'en redressement judiciaire (art. L. 631-14 du code de commerce renvoyant à l'application de l'art. L. 622-15) et en liquidation judiciaire (L. 641-12 du code de commerce) que « toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite ».

Il n'existe pas de disposition législative équivalente pour réputer non écrite la clause de « garantie inversée » imposant au cessionnaire du bail commercial des dispositions solidaires avec le cédant.

La Cour de cassation a rendu un arrêt le 27 septembre 2011¹⁹² (interprétant de manière stricte la règle posée par l'article L. 641-12 du code de commerce et refusant de l'étendre à l'hypothèse de la clause de solidarité imposant au cessionnaire du bail commercial des dispositions solidaires avec le cédant¹⁹³).

Les juges du fond donnent plein effet aux clauses de « garantie inversée » stipulées dans les contrats de baux commerciaux, y compris en présence d'un plan de cession¹⁹⁴. Les juges font notamment application de l'alinéa 3 de l'article L. 642-7 du code de commerce qui prévoit que les contrats nécessaires au maintien de l'activité dont la cession est judiciairement ordonnée « doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire ».

En droit positif, la clause de « garantie inversée » est ainsi opposable au repreneur d'une entreprise en difficulté en procédure collective, même si cette reprise s'effectue par un jugement arrêtant un plan de cession.

¹⁹² C. cass. com., 27 septembre 2011, n° 10-23.539

¹⁹³ Il s'agissait dans cet arrêt d'une cession d'actifs isolés en liquidation judiciaire.

¹⁹⁴ (cf. CA Versailles, 13^e ch., 12 mars 2015, n° 14/02599 et 14/03274

1.2. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARE

Le bail connaît déjà un régime spécifique en droit français des procédures collectives, par exemple en période d'observation, où il est soumis au principe de continuation des contrats en cours. Le bail n'est pas ainsi résilié du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective. Le régime du bail en procédure collective favorise de la sorte la poursuite de l'activité de l'entreprise. Ce régime spécial est peu répandu en droit comparé. Par contre, nombre d'Etats connaissent des dispositions spécifiques favorisant la cession de l'entreprise en procédure d'insolvabilité, avec maintien de son activité. Ces dispositions viennent parfois déroger à l'application des stipulations contractuelles pour permettre la cession de l'entreprise en difficulté.

En droit nord-américain, la section 363 du *Bankruptcy Code* autorise, sous certaines conditions, les cessions d'actifs de sociétés en difficulté. Un des principaux avantages est de permettre au repreneur d'être totalement libéré des sûretés, charges et actions contre l'entreprise en difficulté (la masse de l'insolvabilité).

Dans une étude commandée par la Commission européenne sur les droits nationaux de l'insolvabilité, l'Université de Leeds¹⁹⁵ relève que nombre de législations nationales au sein de l'Union européenne prévoient déjà la possibilité d'une cession totale de l'entreprise avec maintien de l'activité, en particulier lorsque cette cession permet de maximiser la valeur de l'entreprise dans l'intérêt de la masse de l'insolvabilité (en Norvège et au Royaume-Uni par exemple). En Allemagne¹⁹⁶, la cession de l'entreprise avec poursuite d'activité est largement utilisée comme outil de restructuration car elle est considérée comme un bon moyen de désintéresser les créanciers tout en permettant le rebond de l'entreprise.

2. NECESSITE DE LEGIFERER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1. NECESSITE DE LEGIFERER¹⁹⁷

La question a été posée de savoir si la clause de « garantie inversée » ne constitue pas une clause restrictive de cession. Les clauses d'incessibilité, d'agrément ou de préférence sont en effet inefficaces en plan de cession. L'article L. 642-7 du code de commerce autorise ainsi le tribunal à céder des contrats nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise cédée sans l'accord du cocontractant (ici le bailleur). Plusieurs commentateurs se sont montrés favorables à l'assimilation en jurisprudence des clauses de « garantie inversée » à ces clauses restrictives

¹⁹⁵ University of Leeds, Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, janvier 2016, JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, p. 204 et s.

¹⁹⁶ *Idem*, spéc. pp. 205-206.

¹⁹⁷ Analyse des difficultés découlant de la situation actuelle ; Analyse de l'inadaptation des règles en vigueur ; Exposé de la nécessité d'adopter des dispositions nouvelles.

de cession, inefficaces en plan de cession. Telle n'est pas toutefois la tendance jurisprudentielle actuelle. Pourtant, les clauses de « garantie inversée » constituent un réel frein à la reprise d'entreprise en difficulté en plan de cession, alors même que cette reprise constitue souvent la seule possibilité de maintenir l'activité de l'entreprise.

Il apparaît dès lors nécessaire de réputer non écrites les clauses de « garantie inversée » imposant une solidarité au repreneur avec l'ancien locataire.

2.2. OBJECTIFS POURSUIVIS

L'objectif de cette réforme est de faciliter la reprise d'entreprise en difficulté dont l'activité est susceptible d'être poursuivie, en procédure de redressement judiciaire ou liquidation judiciaire.

Les clauses imposant au cessionnaire des dispositions solidaires avec le cédant constituent un obstacle souvent insurmontable en plan de cession, interdisant *de facto* toute reprise de l'entreprise en difficulté, alors contrainte de cesser son activité. Réputer non écrites en plan de cession les clauses de « garantie inversée » des contrats de baux permettrait de ne plus accroître de manière excessive la charge financière pesant potentiellement sur le candidat repreneur laquelle est de nature à le décourager de présenter une offre de reprise. Libérée de tous les arriérés de loyers, l'entreprise en difficulté pourra en outre plus facilement poursuivre son activité une fois reprise. Cette modification législative favorisera le rebond de l'entreprise en difficulté.

3. OPTIONS POSSIBLES ET DISPOSITIF RETENU

3.1. OPTIONS ENVISAGEES

Les clauses de « garantie inversée » sont de plus en plus souvent des clauses de style dans les contrats de baux commerciaux¹⁹⁸. Leur opposabilité actuelle au repreneur du bail commercial en procédure collective, reconnue en jurisprudence, ne fait qu'accroître leur intérêt pour les bailleurs commerciaux, au détriment de la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté.

Deux principales options de modification des textes sont envisageables, une option large et une autre plus réduite.

L'option large consiste à réputer non écrites les clauses de « garantie inversée » des baux en cas de cession organisée en procédure collective, sans distinction. Le périmètre de la réforme

¹⁹⁸ Exemple de rédaction : « le cessionnaire sera dans tous les cas, du seul fait de la cession, garant du paiement par le preneur de la totalité des sommes dues au titre du présent bail par ledit preneur à la date de la cession ».

porterait sur tous les cas de cession judiciaire en procédure collective, en sauvegarde (où seule une reprise partielle est possible), en redressement judiciaire (reprise en plan de cession) et en liquidation judiciaire (reprise en plan de cession et par cession d'actifs isolés). Seraient modifiés les articles L. 622-15 du code de commerce (applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire sur renvoi de l'article L. 631-14) et L. 641-12 (applicable en liquidation judiciaire, quel que soit le régime juridique de la cession envisagée, plan de cession ou cession d'actifs isolés).

La seconde option, au champ d'application plus réduit, consiste à réputer non écrites les clauses de « garantie inversée » des baux, uniquement en cas de cession judiciaire organisée en plan de cession, c'est-à-dire lorsque la poursuite d'activité et le maintien de l'emploi constituent, à côté du paiement des créanciers, les objectifs et les critères légaux de la cession conformément à l'article L. 642-5 du code de commerce¹⁹⁹.

3.2. OPTION RETENUE

Le choix entre les deux options paraît devoir être guidé par la mise en balance des intérêts en présence, ceux de l'entreprise cédée et de ses éventuels salariés d'une part et ceux du bailleur d'autre part. La poursuite de l'activité, lorsqu'elle est possible, et le maintien de l'emploi liés, sont uniquement des critères légaux en plan de cession, par opposition à la cession d'actifs isolés en liquidation judiciaire. Dans ce dernier cas, il n'est pas exigé que la cession permette le maintien de l'activité et de l'emploi lié. Or le fait de réputer non écrites les clauses de solidarité dans les contrats de baux se conçoit surtout dans le cas où la poursuite de l'activité de l'entreprise est envisagée par l'intermédiaire d'une reprise de l'entreprise. Pour cette raison, il apparaît préférable de limiter la modification législative proposée à la cession judiciairement organisée en plan de cession.

Il est dès lors proposé de modifier l'article L. 642-7 du code de commerce afin de réputer non écrites, uniquement en plan de cession, les clauses de « garantie inversée », c'est-à-dire toute clause d'un contrat de bail commercial imposant au cessionnaire des dispositions solidaires avec le cédant.

¹⁹⁹ Article L. 642-5 du code de commerce (extrait) : « le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution ».

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGEES

4.1. IMPACTS JURIDIQUES

4.1.1 Impacts sur l'ordre juridique interne

Il est envisagé de modifier l'article L. 642-7 du code de commerce. Cette modification pourra s'appliquer sans distinction à tous les baux (commerciaux ou autres), nécessaires à la poursuite de l'activité économique de l'entreprise cédée.

Le fait de réputer non écrites les clauses imposant une solidarité au repreneur avec l'ancien locataire n'interdira pas au bailleur, en cas de reprise du bail commercial, de continuer à bénéficier de l'alinéa 3 de l'article L. 642-7 en ce qu'il impose par exemple au cessionnaire du bail de reconstituer le cas échéant le dépôt de garantie²⁰⁰.

La modification législative proposée a pour effet de parfaire le régime spécial du bail commercial en procédure collective, régime favorisant la poursuite de l'activité de l'entreprise.

4.1.2 Articulation avec le droit international et le droit de l'Union européenne

Le règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui prévoit l'ouverture de la procédure devant le tribunal du lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, réserve le cas des contrats portant sur un bien immobilier. L'article 11 du Règlement (UE) 2015/848 prévoit ainsi que les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat donnant le droit d'acquérir un bien immobilier ou d'en jouir sont régis exclusivement par la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel ce bien est situé. La juridiction qui a ouvert la procédure d'insolvabilité principale est en outre compétente pour approuver la résiliation ou la modification des contrats visés dans le présent article, dans les cas où la loi de l'Etat membre applicable à ces contrats exige que ce type de contrats ne peut être résilié ou modifié qu'avec l'approbation de la juridiction qui a ouvert la procédure d'insolvabilité et si aucune procédure d'insolvabilité n'a été ouverte dans cet Etat membre.

En dehors du champ d'application du règlement (UE) n° 2015/848, la jurisprudence²⁰¹ a toujours admis, conformément à l'article R. 600-1 du code de commerce, la possibilité d'ouvrir à l'encontre d'un débiteur une procédure collective en France dès lors qu'il y possède son siège ou l'un de ses établissements. Il en est de même, à l'égard de créanciers français, sur le fondement du privilège de juridiction de l'article 14 du code civil. La loi applicable à la

²⁰⁰ C. cass., com., 16 septembre 2008, n°06-17.809, BC 155.

²⁰¹ C. cass., 1^{ère} civ., 19 novembre 2000, n° 00-22334, BC 214 ; C. cass., com. 21 mars 2006, n° 04-17.869, BC 74.

procédure ouverte en France est nécessairement la loi française, qui régira les conditions d'ouverture, le déroulement de la procédure, ainsi que ses effets, notamment l'opposabilité des sûretés. Tous les créanciers, même ceux résidant hors de France, sont admis à produire. La procédure française ainsi ouverte a vocation, en principe, à couvrir l'ensemble des biens du débiteur, y compris ceux situés à l'étranger ; à condition, évidemment, que les décisions françaises soient reconnues à l'étranger. Enfin, une procédure collective ouverte à l'étranger produira ses effets en France, pourvu qu'aucune procédure n'y ait déjà été ouverte et moyennant l'exequatur des décisions intervenues à l'étranger.

4.2. IMPACTS ECONOMIQUES ET FINANCIERS

4.2.1 Impacts macroéconomiques

La modification législative proposée favorisera la reprise d'entreprise en difficulté en plan de cession. Elle est de nature à diminuer le nombre de baux en déshérence, notamment les baux commerciaux des communes connaissant un faible dynamisme économique.

En favorisant la reprise en plan de cession l'entreprise peut poursuivre son activité avec tout ou partie des emplois liés, tout en apurant le passif. Le nombre de licenciements sera diminué et les créanciers non privilégiés auront potentiellement plus de chances d'être désintéressés.

Les droits des bailleurs seront parallèlement préservés pour l'avenir, le contrat de bail devant être exécuté (sauf pour la clause de solidarité réputée non écrite) dans les conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure. Le repreneur-cessionnaire devra le cas échéant reconstituer le dépôt de garantie prévu au contrat, protégeant ainsi les intérêts financiers du bailleur.

4.2.2 Impacts sur les entreprises

Le fait de réputer non écrites les clauses de « garantie inversée » des contrats de baux, dans une telle hypothèse, évitera de décourager de potentiels repreneurs. La mesure proposée favorisera ainsi le rebond des entreprises en difficulté lorsque des offres de reprise en plan de cession sont possibles en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

4.3. IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

La modification envisagée ne devrait pas avoir d'impact significatif sur les services des tribunaux.

5. MODALITES D'APPLICATION

5.1.1 Application dans le temps

Les nouvelles dispositions ne seront pas applicables aux procédures en cours au jour de la publication de la loi nouvelle.

5.1.2 Application dans l'espace

Les dispositions sont applicables sur l'ensemble du territoire national.

Elles sont également applicables dans les îles Wallis et Futuna. Le 6° du I de l'article L. 950-1 du code de commerce est donc modifié pour introduire un « compteur Lifou ».

Elles ne sont en revanche pas rendues applicables en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française où le droit des entreprises en difficulté est une compétence locale.