

1 Présentation du dossier « *Atelier des baux commerciaux de Lorraine 2022* »



Nicolas Damas,

professeur à l'université de Lorraine,
président de l'Atelier des baux commerciaux de Lorraine

L'Atelier des baux commerciaux de Lorraine a organisé à Nancy sa dix-septième conférence annuelle le 2 décembre 2022, devant un peu plus de 200 participants. Outre l'actualité des baux commerciaux, incluant une présentation du projet de réforme des contrats spéciaux, le thème principal de la conférence portait cette année sur *Prévention et traitement du contentieux*. L'objectif était de faire le point sur un certain nombre de difficultés auxquelles peuvent être confrontés les praticiens lorsque le dialogue entre les parties tourne court. La recherche, souhaitée par certains, d'un mode alternatif de règlement du différend suscite quelques doutes chez d'autres et la table ronde organisée pour clore la conférence l'a illustré. Mais lorsque le contentieux est inévitable, il faut se résoudre à affronter les

affaires de la procédure, qui, en matière de baux commerciaux, regorge de pièges et difficultés, exposés de manière très claire par M^e Alain Confino et M. Jean-Yves David. Parfois, le droit des procédures collectives s'invite aux débats et il fallait l'expertise de M. Fabien Kendérian pour en dénouer les complexités. Enfin, M. Damien Glabay a présenté de manière synthétique et complète le rôle de l'expert, à la fois en amont de la procédure et durant son cours.

Le dossier réunit ces trois thématiques avec, dès à présent, les contributions de MM. Kendérian et Glabay puis, à paraître dans le prochain numéro, celle de MM. David et Confino (*J.-Y. David et A. Confino, Pièges et difficultés de la procédure : Loyers et copr. 2023, dossier 5, à paraître*).

Fabien KENDÉRIAN, Actualité du bail commercial et procédures collectives : article 2

Damien GLABAY, Expertise et bail commercial : expertise amiable – expertise judiciaire : article 3

2 Actualité du bail commercial et procédures collectives



Fabien KENDÉRIAN,
maître de conférences HDR à l'université de Bordeaux,
chargé d'enseignement à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Cet article reprend le texte de la communication présentée lors du colloque de l'Atelier des baux commerciaux de Lorraine, qui s'est tenu au Palais des congrès de Nancy le 2 décembre 2022, sur le thème « *Prévention et traitement du contentieux* ». L'article évoque, sur fond de rappel des grandes règles du droit des entreprises en difficulté, les derniers contentieux traités par la jurisprudence en matière de bail commercial et de procédures collectives, tout en tentant de dégager les meilleures stratégies procédurales, notamment en cas de loyers impayés postérieurement à l'ouverture de la procédure du preneur. L'article envisage également l'incidence sur le bail commercial de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce, ainsi que de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, qui a mis en place un nouveau statut du commerçant individuel en difficulté

1 - **Bail commercial et procédures collectives : complexité et actualité de la matière.** – L'état du droit positif concernant le sort du bail commercial en cas de procédure collective¹ du preneur se caractérise par une grande complexité². Cela s'explique principalement par la rédaction malhabile des textes régissant le bail dans le livre VI du Code de commerce relatif aux entreprises en difficulté, ainsi que par le manque d'articulation de ces textes avec le statut des baux commerciaux contenu dans le livre I^{er} du même code. Traiter du bail commercial sous l'angle des procédures collectives n'est donc pas chose aisée, même lorsque le propos doit se cantonner à l'actualité de la matière. Cette actualité ne manque pas, qui est à la fois législative et jurisprudentielle. Il ressort de l'actualité que le bailleur est bien toujours le « *paria des faillites* », selon l'expression bien connue de Corinne Saint-Alary-Houin³, même si certains arrêts récents paraissent avoir amélioré sa position lorsqu'il agit en résiliation pour défaut de paiement des loyers et charges postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective.

2 - **Plan.** – Une fois n'est pas coutume, la présentation retenue ne respectera pas strictement la hiérarchie des normes, puisque la première partie de l'exposé évoquera les derniers contentieux traités par la jurisprudence, tout en tentant de dégager les meilleures stratégies procédurales, notamment en cas d'impayés postérieurs. Pour autant, seront à chaque fois rappelées les grandes règles des procédures collectives et leur incidence sur le sort du bail de l'entreprise locataire en difficulté. La deuxième partie envisagera l'incidence des dernières réformes sur ce même bail, qu'il s'agisse de l'ordonnance n° 2021-1193 du

15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce, ou de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante, qui a mis en place un nouveau statut du commerçant individuel en difficulté.

1. De l'incidence de la mise en procédure collective du preneur sur le sort du bail commercial

3 - Pour mesurer l'incidence de la mise en procédure collective du preneur sur le sort du bail commercial, il convient d'évoquer successivement le sort du bail en cours à l'ouverture de la procédure, puis celui du bail continué et inexécuté.

A. - Sort du bail en cours

4 - **Rappel des grandes règles des procédures collectives en matière de bail.** – La mise en procédure collective du preneur à bail commercial déclenche l'application de règles protectrices du débiteur qui sont contenues dans le livre VI du Code de commerce.

5 - **Pas de résiliation du bail du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du preneur.** – La première règle, qui concerne tous les contrats en cours, vise à préserver le réseau contractuel de l'entreprise en difficulté. Selon les articles L. 622-13 et L. 641-11-1 du Code de commerce, aucune résiliation d'un contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire. La règle est bien sûr applicable au bail par renvoi des articles L. 622-14 et L. 641-12 du Code de commerce. Il importe cependant de préciser que, s'agissant du bail, cette règle existait dès le décret-loi du 30 septembre 1953 ayant institué le statut des baux commerciaux, soit bien avant que le droit des procédures collectives se préoccupe du sort des contrats en cours à l'ouverture d'une procédure collective. En effet, l'article 36 de ce décret, aujourd'hui abrogé et codifié à l'article L. 145-45 du Code de commerce, prévoyait déjà que « *le redressement et la liquidation judiciaires n'entraînent pas, de plein droit, la résiliation du bail*

1. Ce texte est la publication de l'intervention de l'auteur lors du colloque de l'Atelier des baux commerciaux de Lorraine, qui s'est tenu au Palais des congrès de Nancy le 2 décembre 2022, sur le thème « *Prévention et traitement du contentieux* ».

2. V. pour une étude de synthèse, notre ouvrage, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives – Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, préf. J. Monéger : LexisNexis, coll. *Droit & Professionnels*, 5^e éd., 2019 (6^e éd. à paraître, sept. 2023).

3. V. C. Saint-Alary-Houin, *La résiliation du bail commercial*, in *Continuation des contrats en cours et sort du bail dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Colloque CRAJEFF, Nice Sophia-Antipolis, 27 avr. 1996 : LPA 8 juill. 1996, n° spécial, p. 2.

des immeubles affectés à l'industrie, au commerce ou à l'artisanat du débiteur, y compris les locaux dépendant de ces immeubles et servant à son habitation ou à celle de sa famille », étant ajouté par le texte que « toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

6 - Arrêt des poursuites du bailleur et paralysie du jeu de la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers antérieurs. – La deuxième règle applicable, qui est un pilier du droit des procédures collectives, est l'arrêt des poursuites individuelles prévu par l'article L. 622-21 du Code de commerce. Pour rappel, ce texte « interrompt ou interdit » toute action tendant « à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ». Le bailleur est naturellement concerné par cette règle, qui l'empêche notamment de mettre en œuvre, après le jugement d'ouverture de la procédure collective, une clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers et charges antérieurs audit jugement⁴. La règle l'empêche également de poursuivre, après le jugement, une action tendant à faire constater l'acquisition de la clause résolutoire pour le même motif. À cet égard, la Cour de cassation juge de manière constante que si l'action introduite par le bailleur, avant la mise en procédure collective du preneur, n'a pas donné lieu à une « décision passée en force de chose jugée », c'est-à-dire à une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution (V. *CPC*, art. 500), elle se trouve paralysée⁵.

7 - Illustration jurisprudentielle récente. – La Cour de cassation a encore eu l'occasion de rappeler sa jurisprudence dans un récent arrêt de sa troisième chambre civile, en date du 13 avril 2022⁶. En l'espèce, la cour d'appel avait déclaré recevable la demande de résiliation du bail commercial au motif que l'ouverture de la procédure judiciaire (il s'agissait d'une procédure de sauvegarde), le 6 septembre 2017, n'interdisait pas d'invoquer le bénéfice de la clause résolutoire dont le jeu devait, selon les juges du fond, s'apprécier au moment de la délivrance du commandement de payer, soit le 2 octobre 2015. La troisième chambre a, sans surprise, exercé sa censure après avoir rappelé qu'il résulte de la combinaison des articles L. 145-41 et L. 622-21 du Code de commerce que : « L'action introduite par le bailleur, avant le placement sous sauvegarde de justice du preneur, en vue de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire figurant au bail commercial pour défaut de paiement des loyers ou des charges échus antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, ne peut être poursuivie après ce jugement ».

La solution permet dans la plupart des cas de sauver le bail commercial, contrat par nature indispensable au sauvetage de l'entreprise et facteur majeur de valorisation de celle-ci en cas de cession ou même de liquidation. Il n'y a guère que dans l'hypothèse où le bailleur poursuivrait la résiliation pour inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent, que la règle de l'arrêt des poursuites ne lui serait pas opposable⁷.

8 - Absence d'effet de la mise en demeure d'opter sur le sort du bail en cours. – Une autre règle du droit des procédures collectives, propre au bail de l'entreprise, prive le bailleur de la possibilité reconnue à tous les cocontractants d'invoquer la résiliation de plein droit d'un contrat en cours en cas de non-réponse de l'administrateur ou du liquidateur à une mise en demeure d'opter sur le sort de celui-ci. Le bailleur a perdu cette faculté suite à la réforme opérée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. En effet, depuis la loi de sauvegarde, les articles L. 622-14 et L. 641-12 du Code de commerce, textes spéciaux sur le bail, déroge aux règles prévues par le droit commun des contrats en cours en matière de résiliation (V. *C. com.*, art. L. 622-13, III et L. 641-12, III). La mise en demeure d'opter n'est pas interdite au bailleur, mais elle est « sans effet », comme l'a jugé la Cour de cassation en 2010⁸, ce qui signifie qu'elle ne peut entraîner la résiliation du bail si le mandataire n'y répond pas dans le délai d'un mois. Est-ce à dire que la mise en demeure ne présente plus d'intérêt pour le bailleur ? Sans doute pas, car celle-ci peut lui permettre de se manifester auprès de l'administrateur ou du liquidateur et ainsi de mieux défendre ses intérêts déjà bien malmenés pendant le déroulement de la procédure collective.

9 - Le bail commercial en cours, un contrat sous le contrôle de l'administrateur ou du liquidateur. – Il résulte de l'application des règles rappelées ci-dessus, que le bail commercial en cours est sous le contrôle total du mandataire de justice, celui-ci ayant le pouvoir discrétionnaire de le continuer ou de le résilier en application des articles L. 622-14, 1° et L. 641-12, 1° du Code de commerce.

10 - Responsabilité du mandataire de justice. – Lorsque le liquidateur opte pour la résiliation du bail, il doit restituer les locaux immédiatement et pourrait, à défaut, engager sa responsabilité personnelle⁹. En pratique, le mandataire de justice optera plutôt pour la continuation du bail, car aucun sauvetage de l'entreprise en difficulté ne serait possible sans le bail des locaux d'exploitation, à quoi s'ajoute le fait que le bail est une valeur d'actif essentielle en cas de liquidation. Lorsque l'organe de la procédure opte pour la poursuite du bail, les loyers doivent être payés au comptant, conformément à l'article L. 622-13, II, du Code de commerce. Le mandataire pourrait, là encore, engager sa responsabilité, notamment lorsqu'il ne prend pas l'initiative de la résiliation du bail en procédure de sauvegarde, alors qu'il ne dispose pas des fonds disponibles pour poursuivre le contrat. La jurisprudence se montre cependant assez magnanime, autorisant l'administrateur judiciaire à différer sa prise de décision sur le sort du bail, le temps d'établir le bilan économique de l'entreprise – document permettant de déterminer si la sauvegarde est possible –, et de préparer un projet de plan¹⁰. En fin de compte, l'administrateur n'a pas tant l'obligation de

4. V. nos obs. in *La clause résolutoire du bail commercial* : JCP E 2020, 1341, spéc. n° 38 et s., avec les réf.
5. V. parmi de nombreux arrêts, Cass. 3^e civ., 4 juill. 2019, n° 18-16.453 : *JurisData* n° 2019-011802 ; JCP E 2019, 1579, note Ch. Lebel ; LEDEN oct. 2019, p. 3, obs. K. Lafaurie ; AJDI 2020, p. 210, obs. P. Haas. – Cass. 3^e civ., 26 mars 2020, n° 19-10.223 et 19-10.224 : *JurisData* n° 2020-004631. – Adde, sur ces deux arrêts, nos obs. in *Chron. Baux commerciaux* : JCP E 2020, 1269, n° 23.
6. V. Cass. 3^e civ., 13 avr. 2022, n° 21-15.336 : *JurisData* n° 2022-005855 ; *Loyers et copr.* 2022, comm. 100, note E. Marcet ; *Lexbase hebdo* – éd. affaires, 5 mai 2022, n° 904, obs. B. Brignon ; *Dalloz actualité*, 16 mai 2022, obs. S. Andjehaïri-Tribillac ; D. 2022, p. 1375, spéc. p. 1380, obs. M.-P. Dumont ; *Rev. Loyers* 2022, p. 279, obs. Ch. Lebel.
7. V. par ex., à propos de l'inexécution de l'obligation d'assurance, CA Nancy, 5^e ch. com., 13 janv. 2021, n° 20/00150.

8. V. Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-10.410 : *JurisData* n° 2010-001123 ; *Bull. civ.* IV, n° 44 ; *Rapp. C. cass.* 2010 ; *Doc. fr.*, 2011, p. 375 ; *Loyers et copr.* 2010, comm. 136, note Ph.-H. Brault ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 61, note Ph. Roussel Galle ; *Act. proc. coll.* 2010, comm. 95, obs. G. Blanc ; JCP E 2010, 1742, n° 11 ; JCP G 2010, 958, n° 11, obs. M. Cabrillac ; JCP N 2010, 1299, note J.-P. Garçon ; D. 2010, p. 649, obs. A. Lienhard ; AJDI 2010, p. 635, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *Deffrénois* 2010, p. 1482, n° 7, obs. D. Gibirila ; *Gaz. Pal.* 2-3 juill. 2010, p. 24, notre note ; *RTD com.* 2010, p. 278, n° 2, nos obs.
9. V., à propos d'un liquidateur ayant résilié le bail tout en sachant qu'il n'était pas en mesure de restituer immédiatement les locaux parce que s'y trouvaient entreposés les actifs dépendant de la liquidation judiciaire qu'il devait réaliser, Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-17.602 : *JurisData* n° 2020-018482 ; JCP E 2021, 1168, n° 21, nos obs. En l'espèce, le liquidateur n'avait libéré les lieux que près de 5 mois après la résiliation.
10. V. Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14.807 : *JurisData* n° 2020-015782 ; *Act. proc. coll.* 2020, comm. 239, note L. Fin-Langer ; LEDEN nov. 2020, p. 6, obs. O. Maraud ; *Rev. proc. coll.* 2021, comm. 9, note J. Vallansan et V.

résilier immédiatement le bail commercial que celle de veiller, au moins dans un premier temps, à sa conservation, car sans les locaux d'exploitation, l'objectif de restructuration de l'entreprise serait impossible à atteindre.

B. - Sort du bail continué et inexécuté

11 - De la possibilité de résiliation du bail pour non-paiement des loyers postérieurs pendant plus de 3 mois à compter du jugement d'ouverture. – Lorsque le bail commercial a été poursuivi par l'administrateur ou le liquidateur, le bailleur retrouve la faculté de demander la résiliation, mais cette faculté est strictement régie par les articles L. 622-14 et L. 641-12 du Code de commerce. D'abord, certains motifs ne peuvent être invoqués au soutien d'une action en résiliation, comme le défaut d'exploitation pendant la période d'observation (*V. C. com., art. L. 622-14, dernier al.*). Ensuite, si le bailleur peut agir en résiliation pour « défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture », il ne peut le faire avant l'écoulement d'un délai de 3 mois courant à compter de ce jugement (*V. C. com., art. L. 622-14, 2° et L. 641-12, 3°*). Il s'agit d'un délai d'action. Par conséquent, l'introduction de l'instance avant son écoulement entraîne l'irrecevabilité de la demande.

12 - Quelles voies procédurales pour le bailleur impayé de ses loyers postérieurs ? – Le bailleur impayé de ses loyers postérieurs pendant plus de 3 mois dispose de plusieurs voies procédurales. Selon les articles L. 622-14, 2° et L. 641-12, 3° du Code de commerce, qui ne sont pas d'une limpidité parfaite, le bailleur peut demander la résiliation ou faire constater la résiliation du bail. Contrairement à ce que l'on pourrait penser à la lecture de ces deux textes, l'option procédurale n'est pas à deux, mais à trois branches.

D'abord, le bailleur peut – en particulier lorsque le bail ne contient pas de clause résolutoire –, emprunter la voie de la résiliation judiciaire, c'est-à-dire saisir le juge au fond. Il demande alors la résiliation ; mais telle n'est pas la voie généralement empruntée par le bailleur, car celle-ci est plus longue et le bailleur s'expose au pouvoir d'appréciation du magistrat, qui pourrait toujours refuser de prononcer la résiliation.

Ensuite, le bailleur peut faire constater la résiliation du bail commercial. Cette dernière formule a été à l'origine d'une controverse jurisprudentielle qui n'a été tranchée que récemment par la Cour de cassation. La formule, qui fait penser à la mise en œuvre de la clause résolutoire, ne concerne pas uniquement cela. En réalité, au vu de la jurisprudence de la Haute Juridiction (*V. n° 14*), il faut comprendre que le bailleur dispose de deux voies procédurales bien distinctes :

- ou bien le bailleur demande au juge des référés, président du tribunal judiciaire, de constater l'acquisition de la clause résolutoire insérée au bail et réglementée par l'article L. 145-41 du Code de commerce ;

- ou bien il saisit le juge-commissaire, par voie de requête, afin qu'il « constate » la résiliation de plein droit du bail, en application des articles R. 622-14 et R. 641-12 du Code de commerce.

13 - Saisine du juge des référés civil aux fins de constat de la clause résolutoire. – Si le bailleur impayé de ses loyers postérieurs choisit de mettre en œuvre la clause résolutoire insérée au bail, il doit non seulement respecter le délai de franchise de 3 mois prévu par le droit des procédures collectives (*V. C. com., art. L. 622-14, 2° et L. 641-12, 3°*), mais aussi la réglementation

de la clause résolutoire prévue par le statut des baux commerciaux (*V. C. com., art. L. 145-41*)¹¹. Le bailleur doit donc, au préalable, faire délivrer un commandement de payer¹², étant précisé que ce commandement peut être délivré avant l'expiration du délai d'attente de 3 mois, dès le premier impayé, car ce délai ne concerne que l'introduction de l'action en résiliation, et non la simple mise en demeure¹³. Par ailleurs, le liquidateur peut solliciter des délais de paiement ainsi que la suspension des effets de la clause résolutoire, et ce tant que la résiliation du bail n'est pas constatée par une décision passée en force de chose jugée¹⁴.

14 - Saisine du juge-commissaire aux fins de constat de la résiliation du bail. – Lorsque le bailleur impayé de ses loyers postérieurs saisit le juge-commissaire, par voie de requête, aux fins de constat de la résiliation, il met en œuvre une procédure autonome – propre au droit des entreprises en difficulté – en quelque sorte accélérée, du moins en théorie. Comme la Cour de cassation l'a affirmé dans un arrêt remarqué du 9 octobre 2019¹⁵, plusieurs fois confirmé¹⁶, « cette procédure, qui obéit à des conditions spécifiques, est distincte de celle qui tend, en application de l'article L. 145-41 du Code de commerce, à faire constater l'acquisition de la clause résolutoire stipulée au contrat de bail ». Le bailleur qui s'adresse au juge-commissaire est donc dispensé de la délivrance préalable du commandement exigé par l'article L. 145-41 précité. En outre, en saisissant ce dernier juge, le bailleur ne risque pas que des délais soient accordés au preneur en difficulté. En effet, selon un autre arrêt en date du 18 mai 2022¹⁷, le juge-commissaire « doit se borner à constater la résiliation du bail si les conditions en sont réunies et ne peut accorder les délais de paiement prévus par l'alinéa 2 de ce dernier texte [C. com., art. L. 145-41] », qui est inapplicable, ni même faire usage de la faculté d'accorder des délais de paiement en application de l'article 1343-5 du Code civil. Selon la Haute Juridiction, « il n'entre pas dans les pouvoirs du juge-commissaire [...] d'accorder des délais de paiement ».

Au vu de ce qui précède, il convient de ne pas confondre constat de la résiliation par le juge-commissaire et constat de

11. V. F. Kendérian, *La clause résolutoire du bail commercial* : JCP E 2020, 1341, spéc. n° 46 et s., avec les réf.

12. V. Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-19.331 : JurisData n° 2011-024573 ; *Loyers et copr.* 2011, comm. 323, note Ph.-H. Brault ; D. 2012, p. 1850, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 130, note Ph. Roussel Galle ; *Gaz. Pal.* 7-8 oct. 2011, p. 26, notre note.

13. V. CA Dijon, 2^e ch. civ., 10 avr. 2014, n° 13/00777 : LEDEN juill. 2014, p. 6, nos obs.

14. V. Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-25.689 : JurisData n° 2011-027378 ; *Bull. civ.* IV, n° 204 ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 130, note Ph. Roussel Galle ; *Act. proc. coll.* 2012, comm. 10, obs. J. Vallansan ; *Loyers et copr.* 2012, comm. 110, note E. Chavance ; JCP E 2012, 1227, n° 11, obs. Ph. Pétel ; JCP E 2013, 1430, n° 2, obs. J. Monéger ; D. 2012, p. 6, obs. A. Lienhard ; BJE mai 2012, n° 86, p. 155, note S. Benilsi ; JCP E 2012, 1209, notre note.

15. V. Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-17.563 : JurisData n° 2019-017421 ; *Loyers et copr.* 2019, comm. 214, note Ph.-H. Brault ; JCP E 2019, 1532, note A. Cerati-Gauthier ; JCP E 2019, 1551, n° 15, obs. A. Tehrani ; D. 2019, p. 1933, obs. A. Lienhard ; BJE janv. 2020, p. 28, note M.-H. Monsérié-Bon et A. Ghozi ; *Gaz. Pal.* 14 janv. 2020, p. 56, notre note.

16. V. Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-28.127 : JurisData n° 2020-000443 ; JCP N 2020, 1069, note J.-L. Puygauthier ; *Gaz. Pal.* 21 avr. 2020, p. 68, notre note. – Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-20.859 : JurisData n° 2020-002664 ; *Loyers et copr.* 2020, comm. 51, note E. Marcet ; JCP E 2020, 1269, n° 24, nos obs. – Cass. 3^e civ., 24 nov. 2021, n° 20-20.973 : JurisData n° 2021-019052 ; *Gaz. Pal.* 1^{er} mars 2022, p. 64, note Ch.-E. Brault ; JCP E 2022, 1174, n° 13, nos obs.

17. V. Cass. com., 18 mai 2022, n° 20-22.164 : JurisData n° 2022-007807 ; D. 2022, p. 1375, spéc. p. 1381, obs. M.-P. Dumont ; D. 2022, p. 1419, spéc. p. 1421, obs. S. Barbot ; *Lexbase hebdo* – éd. affaires, 9 juin 2022, n° 720, note E. Le Corre-Broly ; LEDEN sept. 2022, p. 3, obs. P. Rubellin ; *Gaz. Pal.* 27 sept. 2022, p. 41, note G. Berthelot ; *Act. proc. coll.* 2022, comm. 176 ; *RTD com.* 2022, p. 465, nos obs.

Leloup-Thomas ; *Gaz. Pal.* 12 janv. 2021, p. 67, note Ch. Bidan ; D. 2021, p. 67, note C. Lledo ; *Loyers et copr.* 2021, alerte 44, nos obs.

l'acquisition de la clause résolutoire par le juge des référés civil¹⁸.

15 - Quid de la meilleure stratégie procédurale pour le bailleur ?. – Le bailleur impayé de ses loyers postérieurs pendant plus de 3 mois doit réfléchir à la meilleure stratégie procédurale pour tenter d'obtenir la résiliation du bail. De prime abord, on serait tenté de penser que la saisine du juge-commissaire est plus avantageuse pour le bailleur, puisque cette voie lui permet non seulement de s'affranchir du formalisme prévu par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 145-41 du Code de commerce (le commandement de payer), mais aussi d'éviter que le preneur puisse solliciter un délai de grâce sur le fondement de l'alinéa 2 de ce texte, comme cela est possible en cas de mise en œuvre de la clause résolutoire devant le juge des référés (V. n° 13).

Cependant, si le bailleur saisit le juge-commissaire, il doit avoir à l'esprit que ce dernier juge ne peut, contrairement au juge des référés, ordonner l'expulsion, si bien qu'en cas de résistance du locataire ou de son mandataire, il n'aura d'autre solution que de saisir le... juge des référés, voire le juge de l'exécution. À cet égard, la saisine du juge des référés aux fins de constat de l'acquisition de la clause résolutoire est plus intéressante, puisque ce juge peut tout à la fois constater l'acquisition de la clause et prononcer l'expulsion. Mais au-delà de la question de l'expulsion, on peut se demander si la saisine du juge-commissaire est bien une procédure accélérée pour le bailleur impayé de ses loyers postérieurs. Rien n'est moins sûr, ou plus précisément, cela dépend. Cela dépend de la fixation de la date de l'audience par le juge-commissaire. Il convient en effet de rappeler que ce juge est saisi par simple requête, sans qu'une date d'audience soit préalablement fixée. De ce fait, le juge-commissaire pourrait, en ne fixant pas immédiatement l'audience pour entendre les parties, indirectement accorder des délais de paiement et ainsi atténuer la rigueur de l'arrêt précité du 18 mai 2022¹⁹. Il pourrait notamment en aller ainsi lorsque le liquidateur disposera d'une promesse d'achat du fonds de commerce, car la rupture anticipée du bail entraînerait fatalement la caducité de la promesse.

En outre, un récent arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 22 septembre 2022²⁰, montre que le bailleur, même lorsqu'il n'a pas été payé de ses loyers postérieurs dans le délai de 3 mois, n'est pas certain de pouvoir faire constater la résiliation par le juge-commissaire. Selon cet arrêt, en effet, le défaut de paiement des loyers postérieurs doit être établi « au jour de l'introduction de la requête », étant ajouté que ce défaut de paiement constitue une « condition de fond de la résiliation ». Par conséquent, selon les magistrats parisiens, si, au jour de la requête, les loyers échus postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ont été réglés, la résiliation du bail ne peut être constatée par le juge. En l'espèce, le preneur ou les organes de la procédure avaient procédé au versement des loyers la veille du dépôt de la requête du bailleur. Les causes de la résiliation n'existant plus, il convenait de rejeter la demande de constatation de la résiliation du bail. Reste à savoir ce que décidera la jurisprudence lorsque les loyers postérieurs seront réglés après le dépôt de la requête, mais avant la tenue de l'audience. Pareil règlement serait-il libérateur ? Permettrait-il au preneur ou à son mandataire d'échapper à la résiliation ? Une réponse négative semble devoir s'imposer dès lors que les loyers auront, par hypothèse,

été réglés au-delà du délai de 3 mois. La solution contraire reviendrait à accorder des délais supplémentaires au preneur en difficulté, alors qu'il n'entre pas dans l'office du juge-commissaire d'accorder de tels délais²¹.

On relèvera enfin que la meilleure option pour le bailleur est peut-être encore de saisir simultanément le juge-commissaire et le juge des référés, afin de ne se fermer aucune voie, puis d'adapter sa stratégie en fonction des suites données à chaque procédure. C'est une stratégie qui commence à s'observer dans la jurisprudence²². Le risque de litispendance est semble-t-il exclu, puisqu'il s'agit de deux procédures distinctes selon la Cour de cassation²³.

16 - Cession du bail en procédure collective et sort des clauses régissant la cession. – On ne saurait achever ces observations sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives sans dire un mot, même rapide, de la question de la cession du bail de l'entreprise en difficulté, qui constitue un autre point de crispation entre les bailleurs et les organes de la procédure. La cession du bail obéit à des règles différentes selon que le bail est cédé dans le cadre d'un plan de cession (cession d'entreprise), ou dans le cadre d'une cession d'actifs isolés²⁴. Dans la première hypothèse, toutes les clauses réglementant la circulation du bail commercial sont inefficaces, car la cession de ce bail, en exécution d'un plan de cession, est une cession judiciaire « forcée ». Toutes les clauses interdisant ou même limitant la cession sont donc inefficaces, qu'il s'agisse de la clause d'agrément, de la clause de préférence stipulée au profit du bailleur²⁵, ou même de la clause imposant un certain formalisme, comme celle prévoyant la rédaction d'un acte authentique²⁶. En revanche, lorsque le bail est cédé (avec ou sans le fonds de commerce) en tant qu'élément d'actif isolé, sur le fondement de l'article L. 642-19 du Code de commerce, le liquidateur doit, en application de l'article L. 641-12, alinéa 5, du même code, respecter toutes les clauses régissant la cession du bail, en particulier la clause imposant le consentement préalable et par écrit du bailleur ainsi que la rédaction d'un acte authentique en présence de ce dernier²⁷. À défaut, la cession du bail serait inopposable au bailleur²⁸.

17 - Sort des clauses de solidarité. – Précisons enfin que la clause de solidarité du cédant est, quant à elle, réputée non écrite, et ce aussi bien en sauvegarde qu'en redressement ou liquidation judiciaire (V. C. com., art. L. 622-15 et L. 641-12, al. 5). Cela se comprend aisément : on voit mal comment le cédant (le débiteur en procédure collective) pourrait payer les dettes de loyers du cessionnaire, alors qu'il ne parvient déjà pas à payer

18. V. nos obs., *Bail commercial : ne pas confondre constat de la résiliation par le juge-commissaire et constat de l'acquisition de la clause résolutoire* : Act. proc. coll. 2019, comm. 258.

19. V. Cass. com., 18 mai 2022, n° 20-22.164 : JurisData n° 2022-007807, préc.
20. V. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 22 sept. 2022, n° 21/14862 : JurisData n° 2022-019960 ; Act. proc. coll. 2022, comm. 220, obs. K. Lafaurie ; Gaz. Pal. 15 nov. 2022, p. 62, note Ch.-E. Brault.

21. V. Cass. com., 18 mai 2022, n° 20-22.164 : JurisData n° 2022-007807, préc.

22. V. pour une illustration, Cass. 3^e civ., 24 nov. 2021, n° 20-20.973 : JurisData n° 2021-019052, préc.

23. V. les obs. préc. ss Cass. com., 18 mai 2022, n° 20-22.164 : RTD com. 2022, p. 465, spéc. n° 8, p. 469, in fine.

24. V. sur la question, F. Lépany, P. Longuet et M. Cougnenc, *Transfert d'un contrat de bail commercial dans le cadre d'un plan de cession ou de cession d'actifs isolés et opposabilité des clauses restrictives de cession*, in Dossier « La cession d'une entreprise en difficulté » : Actes prat. ing. sociétaire 2022, n° 185, art. 26. – V. aussi nos obs., *La cession du bail dans le cadre d'un plan de cession et hors plan de cession*, in *Le bail commercial face aux difficultés économiques des locataires*, Colloque Atelier des baux commerciaux de Lorraine, Nancy, 1^{er} déc. 2017 : AJDI 2018, p. 259.

25. V. Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-21.650 : JurisData n° 2015-000257.

26. V. Cass. com., 1^{er} mars 2016, n° 14-14.716 : JurisData n° 2016-003733 ; *Loyers et copr.* 2016, comm. 95, note E. Chavance ; JCP E 2016, 1273, n° 15, obs. J. Monéger ; Gaz. Pal. 28 juin 2016, p. 62, note F. Kendérian ; BJE mai 2016, p. 169, obs. I. Rohart-Messenger ; AJDI 2016, p. 427, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

27. V. Cass. 3^e civ., 17 juin 2014, n° 13-15.119 : JurisData n° 2014-013995 ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 159, p. 37, note Ph. Roussel Galle ; RTD com. 2014, p. 776, nos obs.

28. V. Cass. 3^e civ., 17 juin 2014, n° 13-15.119 : JurisData n° 2014-013995.

les siennes propres. En ce qui concerne la clause de solidarité dite « inversée », mise à la charge du cessionnaire, il faut de nouveau distinguer selon que le bail commercial est cédé dans le cadre d'un plan de cession ou hors plan. Lorsque le bail est transmis en plan de cession, la clause de solidarité inversée est réputée non écrite depuis la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite « loi Pacte » (V. C. com., art. L. 642-7, al. 3, mod.)²⁹. La neutralisation de cette clause était nécessaire, car elle risquait de dissuader les potentiels repreneurs et d'empêcher de parvenir à un plan de cession en cas d'importants arriérés locatifs. En revanche, la clause de solidarité du cessionnaire demeure pleinement efficace lorsque le bail est cédé dans le cadre d'une cession isolée des actifs du débiteur, en phase de liquidation judiciaire³⁰, ce qui peut freiner, voire rendre impossible la cession du droit au bail par le liquidateur lorsque l'arriéré locatif est très important. Si cette clause devenait trop fréquente, on pourrait envisager, *de lege ferenda*, de la neutraliser même en liquidation judiciaire.

2. De l'incidence des dernières réformes sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives

18 - Des changements législatifs récents ont affecté, à la marge, les rapports entre bailleurs et preneurs lorsque le locataire fait l'objet d'une procédure collective, mais sans aucunement affecter les solutions exposées ci-dessus. Il conviendra de mesurer l'incidence de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce, puis celle de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, qui a institué une séparation automatique des patrimoines personnel et professionnel et posé des règles novatrices en cas de difficultés de l'entrepreneur individuel.

A. - Incidence de l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce

19 - **Une nouvelle réforme des procédures collectives.** – L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce³¹, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2021, a modifié en profondeur le droit des entreprises en difficulté, ce afin de transposer la directive européenne 2019/1023 du 20 juin 2019, dite « Restructuration et insolvabilité ». Les évolutions sont nombreuses : adaptation de la procédure de sauvegarde accélérée, siège de la transposition de la procédure préventive requise par la directive ; instauration des classes de créanciers et détenteurs de capital ; modification du régime des sûretés dans les procédures collectives,

etc.³². Le bailleur n'est concerné qu'incidemment par cette nouvelle réforme des procédures collectives³³.

20 - **Une réforme ne modifiant pas le régime du bail de l'entreprise en difficulté.** – Si l'ordonnance du 15 septembre 2021 a modifié des pans entiers du droit des entreprises en difficulté, elle n'a cependant pas touché aux textes régissant le bail de l'entreprise (V. C. com., art. L. 622-14 à L. 622-16 et L. 641-12), ni, plus généralement, à ceux régissant les contrats en cours (V. C. com., art. L. 622-13 et L. 641-11-1). Les praticiens du bail commercial et des procédures collectives ne seront donc pas dépayés lorsque se posera la question de la continuation ou de la résiliation du bail des locaux professionnels. Ils devront continuer à mettre en œuvre des dispositions sibyllines, dont la jurisprudence est régulièrement amenée à préciser le sens³⁴.

21 - **L'instauration de « classes de parties affectées » réservée aux plus grosses entreprises.** – Au surplus, l'innovation la plus spectaculaire de la réforme des procédures collectives, tenant à l'apparition de « classes de parties affectées », en remplacement des comités de créanciers, ne concernera que les entreprises locataires les plus importantes. La notion de « partie affectée » désigne les créanciers « dont les droits sont directement affectés par le projet de plan » (C. com., art. L. 626-30, I, 1°). La réforme prévoit que les créanciers, désormais organisés en « classes », seront appelés à voter sur la proposition de plan³⁵. Mais la constitution de « classes » restera marginale, car difficilement accessible à la grande majorité des entreprises³⁶. En effet, si cette constitution s'impose pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée (C. com., art. L. 628-4), quels que soient les seuils, celle-ci ne peut être ouverte que si une procédure de conciliation est en cours. Les classes de créanciers s'imposent aussi en sauvegarde et redressement judiciaire (C. com., art. L. 626-29), mais les seuils d'application retenus sont très élevés : 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ; ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net (C. com., art. R. 626-52). En deçà de ces seuils, le débiteur (C. com., art. L. 626-29, al. 4), voire l'administrateur judiciaire en cas de redressement (C. com., art. L. 631-1, al. 2), peuvent demander la constitution de « classes de parties affectées ». Mais au vu de la complexité des règles applicables en pareil cas, il est probable que les TPE/PME locataires préféreront recourir aux règles habituelles régissant l'adoption des plans (V. C. com., art. L. 626-18), qui n'ont guère été modifiées³⁷.

22 - **Mention du privilège du bailleur d'immeuble dans le classement des sûretés en liquidation judiciaire.** – Par ailleurs, il convient de préciser que l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 a coordonné la réforme des procédures collectives avec celle des sûretés résultant de l'ordonnance

29. V. E. Simon-Michel, *La neutralisation relative de la clause de solidarité inversée dans la loi Pacte*, in *Dossier « Loi Pacte : ce que le notariat doit retenir »* : JCP N 2019, 1207. – V. aussi nos obs., *Loi Pacte et bail commercial : neutralisation de la clause de solidarité du cessionnaire dans les plans de cession d'entreprises en difficulté* : RTD com. 2019, p. 611, et les réf.

30. V. Cass. com., 27 sept. 2011, n° 10-23.539 : JurisData n° 2011-020545 ; Bull. civ. IV, n° 141 ; Loyers et copr. 2011, comm. 298, note Ph.-H. Brault ; JCP G 2012, 117, n° 6 ; JCP E 2012, 1000, n° 6, obs. Ph. Pétel ; RTD com. 2011, p. 722, n° 2, obs. B. Saintourens ; Gaz. Pal. 20-21 janv. 2012, p. 19, note F. Kendérian. – Adde, F. Vauvillé, *Clause de solidarité et procédure collective : attention danger !* : Defrénois 2012, art. 40358, p. 186.

31. JO 16 sept. 2021, texte n° 21. – V. aussi le décret d'application : D. n° 2021-1218, 23 sept. 2021 : JO 24 sept. 2021, texte n° 14.

32. *Pour un aperçu de cette réforme*, V. not. L. Sautonie-Laguionie, *L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 : la réforme attendue du droit des entreprises en difficulté est déjà applicable !* : JCP E 2021, act. 672. – V. aussi, sous la direction du même auteur, *Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté*, Colloque Bordeaux, 20-21 oct. 2021 : JCP E 2021, 1523-1538. – Adde, N. Borgia et J. Théron, *Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ?* : D. 2021, p. 1773.

33. V. nos obs., *Double réforme des sûretés et procédures collectives : quelle incidence en droit des baux ? A propos des ordonnances n° 2021-1192 et n° 2021-1193 du 15 septembre 2021* : Loyers et copr. 2022, étude 1 ; Rev. proc. coll. 2022, étude 1. – Adde les obs. in *chron. Baux commerciaux* : JCP E 2022, 1174, n° 1.

34. V. not. supra, n° 12 et s., les arrêts ayant réglé la question des modalités de résiliation du bail continué et inexécuté.

35. V. pour plus de détails, F. Abitbol, V. Leloup Thomas, N. Partouche et D. Robine, *L'institution de classes de parties affectées*, in *Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté*, Colloque préc. : JCP E 2021, 1527.

36. V. O. Buisine, *Des classes de créanciers* : BJE nov. 2021, p. 44.

37. V. H. Poujade, *L'amélioration du régime des plans de restructuration (sans considération de l'existence de classes)* : BJE nov. 2021, p. 38.

n° 2021-1192 du même jour³⁸. Là encore, les modifications apportées au livre VI du Code de commerce sont nombreuses³⁹, et certaines concernent le bailleur en tant que créancier privilégié. Il faut notamment signaler l'instauration, par le nouvel article L. 643-8 du Code de commerce, d'un classement détaillé des créanciers titulaires de sûretés lors des répartitions, qui se substitue à celui de l'ancien article L. 641-13⁴⁰. L'objectif n'a pas tant été de modifier l'ancien classement, que de le rendre plus lisible en intégrant davantage de sûretés⁴¹, et notamment le privilège du bailleur d'immeuble prévu à l'article 2332, 1°, du Code civil. Avant d'évoquer la place du privilège dans le nouveau classement, on relèvera que l'ordonnance de réforme du droit des sûretés⁴² a totalement réécrit ce texte, dont la rédaction remontait à 1804. Désormais, l'article 2332 du Code civil énonce sobrement que sont privilégiées : « *Toutes les sommes dues en exécution d'un bail ou de l'occupation d'un immeuble sur le mobilier garnissant les lieux et appartenant au débiteur, y compris, le cas échéant, le mobilier d'exploitation et la récolte de l'année* ». Le nouveau texte gagne incontestablement en lisibilité, mais *quid* du classement du privilège du bailleur dans le classement des sûretés en liquidation judiciaire ?

23 - Le privilège du bailleur désormais mentionné, mais limité et mal classé. – Le nouvel article L. 643-8 du Code de commerce établit un classement en quinze rangs pour la répartition du montant de l'actif distribuable. Le rang du bailleur dans le classement des sûretés est toujours aussi peu favorable, puisque les créances garanties par son privilège n'arrivent qu'au rang 13, s'intercalant entre des privilèges fiscaux. Figurent également à ce rang, les créances garanties par un nantissement, ainsi que celles garanties par le privilège du vendeur de fonds de commerce (V. C. com., art. L. 141-5 et s.). Il faut donc comprendre que ces trois catégories de créances viennent en concurrence entre elles au sein du rang 13⁴³. Au surplus, le privilège du bailleur ne vaut que « *dans la limite de six mois de loyers* » (C. com., art. L. 643-8), ce alors même que, dans le cadre des procédures collectives, ce privilège couvre en principe les 2 dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture (V. C. com., art. L. 622-16, *texte applicable en liquidation judiciaire sur renvoi de C. com., art. L. 641-12, dernier al.*). Cette dégradation de la position du bailleur dans le classement des créanciers n'est pas de nature à surprendre au regard du traitement traditionnellement défavorable dont ce dernier est l'objet dans le contexte des procédures collectives, mais aussi et surtout au regard de l'objectif poursuivi par les auteurs de l'ordonnance,

conforme à la volonté du législateur européen, de protection prioritaire des créanciers apporteurs de trésorerie.

B. - Incidence de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante

24 - Rappels généraux sur le nouveau statut de l'entrepreneur individuel. – La loi n° 2022-172 du 14 février 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante, a innové en instaurant un nouveau statut de l'entrepreneur individuel, lequel est entré en vigueur le 15 mai 2022 (V. C. com., art. L. 526-22 et s., *nouveau*)⁴⁴. Avant d'évoquer la situation du locataire-commerçant individuel en difficulté, il convient de rappeler que l'élément le plus remarquable de ce nouveau statut est la séparation de plein droit des patrimoines personnel et professionnel. En d'autres termes, la loi de février 2022 a consacré, au profit des entrepreneurs individuels, un patrimoine d'affectation automatique, constitué des biens « *utiles* » à leur activité professionnelle. Désormais, tout entrepreneur individuel se trouve titulaire d'un patrimoine personnel et d'un patrimoine professionnel, et ce sans avoir à effectuer la moindre formalité. Les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle n'ont pour droit de gage que le patrimoine professionnel (V. C. com., art. L. 526-22, al. 4), et, symétriquement, les créanciers dont les droits ne sont pas nés à cette occasion n'ont pour gage que le patrimoine personnel (V. C. com., art. L. 526-22, al. 6). Même si la loi du 14 février 2022 prévoit une possibilité de renonciation à la dualité des patrimoines (V. C. com., art. L. 526-25), cette loi sonne le glas de la célèbre théorie de l'unité du patrimoine construite par Aubry et Rau au XIX^e siècle⁴⁵.

25 - Le bail commercial, un bien utile à l'activité du commerçant indépendant, librement cessible lors d'un transfert universel du patrimoine professionnel. – Il va sans dire que le fonds de commerce et le bail commercial font partie des biens et droits « *utiles* » à l'activité du commerçant indépendant⁴⁶. Le décret n° 2022-725 du 28 avril 2022 le confirme, qui détermine, dans le I du nouvel article R. 526-26 du Code de commerce, les éléments susceptibles de figurer dans le patrimoine professionnel en mentionnant d'emblée le fonds de commerce ainsi que tous les biens corporels et incorporels qui le constituent et les droits y afférents. Figurent aussi dans ce patrimoine les biens meubles comme les marchandises, le matériel et l'outillage, les biens immeubles servant à l'activité, y compris la partie de la résidence principale de l'entrepreneur individuel utilisée pour un usage professionnel, ou encore les biens incorporels comme les données relatives au client, les licences, les marques, les dessins et modèles... Précisons que le patrimoine professionnel du commerçant individuel est susceptible de transmission universelle (V. C. com., art. L. 526-27 et s.). Les avantages du transfert universel sont connus : l'ensemble est transmis par un acte unique et seules les conditions de transmission propres à

38. V. Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021, texte n° 19.

39. V. R. Dalmau, *Nouvelles mesures et articulation avec la réforme des sûretés, in Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté, Colloque préc.* : JCP E 2021, 1535. – L. Andreu, *Les principaux apports de la réforme du droit des sûretés* : Act. proc. coll. 2021, comm. 246. – D. Robine, *L'articulation du droit des sûretés avec le livre VI du Code de commerce : un exercice d'équilibre*, in *Dossier Le nouveau droit des sûretés sous l'angle des affaires* : RLDA, suppl. nov. 2021, p. 52. – F. Macorig-Venier, *Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés*, in *Dossier La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021* : Lexbase hebdo – éd. affaires, 7 oct. 2021, n° 691.

40. V. O. Buisine, *L'article L. 643-8 du Code de commerce, nouvelle pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté* : Rev. proc. coll. 2021, alerte 19. – C. Favre-Rochex, *Les répartitions en liquidation judiciaire après la réforme du livre VI du Code de commerce* : BJE nov. 2021, p. 49.

41. V. F. Macorig-Venier, *Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés*, in *Dossier La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021* : Lexbase hebdo – éd. affaires, 7 oct. 2021, spéc. I-B-1-c, n° 691, p. 4.

42. Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021 : JO 16 sept. 2021, texte n° 19.

43. V. F. Macorig-Venier, *Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés*, in *Dossier La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021* : Lexbase hebdo – éd. affaires, 7 oct. 2021, n° 691, spéc. note 19.

44. V. pour un dossier sur ce nouveau statut, *Entrepreneurs individuels : la nouvelle organisation de l'entreprise est là !* : JCP E 2022, 1135-1138, avant-propos B. Dondero, avec les contributions de C. Favre-Rochex, P. Rossi et N. Jullian. – V. aussi, R. Mortier, *Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel* : Dr. sociétés 2022, étude 6. – B. Dondero, *Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P)* : Rev. sociétés 2022, p. 199. – B. Saintourens, *Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022* : RTD com. 2022, p. 447.

45. V. Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 9, revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par E. Bartin : Paris, Marchal et Billard, 5^e ed., 1917, § 573, p. 333, spéc. p. 335-336.

46. V. sur l'ensemble de la question, notre art., *Le fonds de commerce et la propriété commerciale dans le nouveau régime de protection patrimoniale de l'entrepreneur individuel* : D. 2022, p. 1976.

l'universalité s'appliquent⁴⁷, soit ici des règles de publicité et le droit d'opposition des tiers. Précisons aussi que le législateur a souhaité faciliter la cession du bail lorsque l'entrepreneur cède « l'intégralité de son patrimoine professionnel ». Pour ce faire, il a modifié le statut des baux commerciaux, et plus précisément l'article L. 145-16, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, afin de réputer non écrites les clauses interdisant au locataire de céder son bail au bénéficiaire du transfert universel de son patrimoine professionnel⁴⁸.

26 - Du commerçant individuel en difficulté. – La séparation des patrimoines instaurée par l'article L. 526-22 du Code de commerce a conduit le législateur à modifier le livre VI du même code, relatif aux entreprises en difficulté, afin de donner son plein effet à la réforme du 14 février 2022⁴⁹. Dans la mesure où le locataire-commerçant individuel est à la tête de deux patrimoines, il est susceptible de relever aussi bien d'une procédure collective pour le patrimoine professionnel, que d'une procédure de surendettement pour le patrimoine personnel. À cet égard, le législateur a posé des principes « *simplificateurs et novateurs* »⁵⁰.

27 - Compétence de principe du tribunal de la procédure collective. – Premier principe d'importance : c'est le tribunal du livre VI du Code de commerce qui est compétent lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel, et ce, que la demande porte sur l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, ou sur l'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers (V. C. com., art. L. 681-1, 1^o). Par conséquent, si l'entrepreneur individuel est un locataire-commerçant, c'est le tribunal de commerce qui doit être saisi. Ce tribunal appréciera les conditions d'ouverture de la procédure collective, « *en fonction de la situation du patrimoine professionnel* », mais aussi les conditions d'ouverture de la procédure de surendettement prévues à l'article L. 711-1 du Code de la consommation, cette fois « *en fonction de l'actif du patrimoine personnel et de l'ensemble des dettes exigibles ou à échoir dont le recouvrement peut être poursuivi sur cet actif* » (C. com., art. L. 681-1, 2^o). Comme le relève un auteur⁵¹, l'effet réel de la procédure collective « *est donc à géométrie variable et porte sur l'ensemble des biens, droits ou obligations du débiteur du ou des patrimoines dont la situation justifie l'ouverture* ». Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

28 - Procédure collective régissant le seul patrimoine professionnel. – Lorsque seules les conditions d'ouverture d'une procé-

sure collective du livre VI du Code de commerce sont remplies, le tribunal ouvre cette procédure, qui portera sur le seul patrimoine professionnel (C. com., art. L. 681-2, II).

29 - Procédure collective unique applicable aux deux patrimoines. – Lorsque les conditions d'ouverture d'une procédure du Code de commerce et d'une procédure du Code de la consommation sont simultanément réunies, le tribunal ouvre une procédure unique, celle du Code de commerce, qui appréhende à la fois les éléments du patrimoine professionnel et ceux du patrimoine personnel. Les droits de chaque créancier sur le patrimoine professionnel, le patrimoine personnel ou tout ou partie de ces patrimoines sont déterminés conformément aux dispositions régissant le statut d'entrepreneur individuel. Le tribunal traite alors, « *dans un même jugement, des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur ses patrimoines professionnel et personnel, en fonction du droit de gage de chaque créancier, sauf dispositions contraires* » (C. com., art. L. 681-2, III). En d'autres termes, une seule procédure est ouverte, mais le traitement des créanciers varie selon que leur droit de gage porte sur le patrimoine professionnel ou personnel.

30 - Ouverture de deux procédures parallèles. – Une autre hypothèse se présente lorsque « *la distinction des patrimoines professionnel et personnel a été strictement respectée et que le droit de gage des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel ne porte pas sur le patrimoine personnel de ce dernier* » (C. com., art. L. 681-2, IV). En pareil cas, le tribunal qui ouvre la procédure saisit, avec l'accord du débiteur, la commission de surendettement aux fins de traitement des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur son patrimoine personnel. Le commerçant individuel est ici soumis à deux procédures parallèles, étant précisé que « *le tribunal et la commission de surendettement s'informent réciproquement de l'évolution de chacune des procédures ouvertes* » (C. com., art. L. 681-2, IV). Cette situation sera assez rare en pratique, car il existera très souvent des interférences entre les deux patrimoines, notamment lorsque le débiteur a renoncé au profit d'un créancier à la séparation de ses deux patrimoines, ou encore lorsque le créancier professionnel a obtenu en cours d'activité professionnelle une sûreté sur un bien non professionnel.

31 - Procédure du Code de la consommation régissant le seul patrimoine personnel. – Enfin, si seules les conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement sont remplies, le tribunal dit n'y avoir lieu à l'ouverture d'une procédure collective et renvoie l'affaire, avec l'accord du débiteur, devant la commission de surendettement. Si la commission constate, au cours de la procédure de surendettement, que les conditions d'ouverture d'une procédure collective sont remplies, elle invite le débiteur à demander l'ouverture d'une telle procédure. Le tribunal qui ouvre cette dernière en informe la commission de surendettement, qui est dessaisie (C. com., art. L. 681-3), et ce sauf en cas de strict respect de la séparation patrimoniale (V. C. com., art. L. 681-2, IV. – Et supra, n° 30), auquel cas les deux procédures se poursuivront parallèlement.

32 - Complexité du nouveau régime du commerçant individuel en difficulté. – Précisons enfin que le décret n° 2022-890 du 14 juin 2022, relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel⁵², n'a pas levé toutes les incertitudes, loin de

47. V. N. Jullian, *La cession de patrimoine*, préf. R. Mortier, vol. 174 : Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2018, n° 138 et s., p. 145. – Adde : *Les vertus de l'accès à la transmission universelle pour l'entrepreneur individuel*, in *Mél. en l'honneur de C. Saint Alary Houin – Un droit « positif », un droit de progrès* : LGDJ-Lextenso, 2020, p. 279.

48. V. sur ce point, P. Gaiardo, *Cession de bail commercial et loi « activité professionnelle indépendante »* : AJDI 2022, p. 166. – Ch. Lebel, *La cession de bail commercial modifiée par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 relative à l'activité professionnelle indépendante* : Rev. Loyers 2022, p. 168. – V. aussi nos obs., *Incidence de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante sur le bail commercial* : RTD com. 2022, p. 233.

49. V. Fl. Petit, *Des effets de la procédure collective de l'entrepreneur individuel* : Act. proc. coll. 2022, comm. 65. – P. Rossi, *Entrepreneur individuel et procédure collective* : JCP E 2022, 1138. – O. Buisine, *De l'entrepreneur en difficulté* : Rev. proc. coll. 2022, étude 2. – J.-L. Vallens, *L'entrepreneur individuel en difficulté et ses patrimoines* : D. 2022, p. 1269. – F. Pérochon, *Professionnels indépendants en difficulté : premiers regards sur la loi du 14 février 2022* : BJE mars-avr. 2022, p. 4. – M.-H. Monsérié-Bon, *Entrepreneur individuel : le patrimoine professionnel pour tous est lancé !* : BJE mai-juin 2022, p. 4. – Ph. Roussel Galle, *L'entrepreneur individuel et les procédures collectives*, in *Dossier La réforme de l'entreprise individuelle* : Ingénierie Patrimoniale janv. 2023, 02.5.

50. V. D. Legeais, *Droit commercial et des affaires 2023* : Sirey, coll. Université, 29^e éd., 2022, n° 371, p. 186.

51. V. Fl. Petit, *Des effets de la procédure collective de l'entrepreneur individuel* : Act. proc. coll. 2022, comm. 65.

52. JO 16 juin 2022, texte n° 17. – V. Fl. Petit, *Du décret relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel* : Act. proc. coll. 2022, comm. 177. – K. Lemerrier et F. Mercier, *Entrepreneur individuel en difficulté : publication du décret (enfin !)* : Dalloz actualité, 21 juin 2022. – M.-H. Monsérié-Bon, *Décret du 14 juin 2022 relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel : dernière pierre du nouveau statut de l'entrepreneur individuel* : BJE juill.-août 2022, p. 4.

là. Par exemple, lorsque le tribunal ouvrira une procédure unique portant sur les deux patrimoines, le texte ne précise pas comment procéder si les situations rencontrées dans les deux patrimoines diffèrent. Certains auteurs se demandent notamment comment concilier les nécessités de la liquidation d'un patrimoine (et le dessaisissement qui en résulte) avec la poursuite d'un objectif de sauvegarde ou de redressement de l'autre patrimoine⁵³. Plus généralement, on peut se demander si la complexité du nouveau régime de l'entrepreneur en difficulté est

en adéquation avec la taille des entreprises concernées et leurs moyens souvent limités⁵⁴. ■

Textes : Ord. n° 2022-172, 14 févr. 2022. – Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021. – C. com., art. L. 622-13, L. 622-14, L. 622-21, L. 641-1-1 et L. 641-12

JurisClasseur : Bail à Loyer, fasc. 1286-10, 1286-20 et 1286-30 ou Civil Code, Art. 1708 à 1762, fasc. 1286-10, 1286-20 et 1286-30 ou Notaire Répertoire, V° Bail à loyer, fasc. 1286-10, 1286-20 et 1286-30 ou Entreprise individuelle, fasc. 1286-10, 1286-20 et 1286-30

53. V. not., Fl. Petit, obs. préc. : Act. proc. coll. 2022, comm. 177, in fine.

54. V. également en ce sens, M.-H. Monsérié-Bon, obs. préc. : BJE juill.-août 2022, p. 4, spéc. p. 5.

3 Expertise et bail commercial : expertise amiable – expertise judiciaire



Damien GLABAY,
expert près la cour d'appel de Nancy,
expert près la Cour supérieure de justice de Luxembourg,
diplômé de l'ICH-Paris

En matière de bail commercial, l'expertise constitue un outil essentiel permettant notamment de prévenir ou de traiter un contentieux.

À ce titre, l'expert en estimations immobilières se retrouve souvent au cœur des débats que ce soit dans le cadre d'une intervention amiable ou d'une expertise judiciaire.

Si dans le premier cas l'expert exerce une profession et est missionné par l'une des parties, dans le second cas, il n'est qu'un collaborateur occasionnel de la justice et intervient de manière totalement indépendante. Petit tour d'horizon...

1 - Cette année, la 15^e édition du colloque annuel de l'Atelier des baux commerciaux de Lorraine avait pour thème « *Prévention et traitement du contentieux* ».

À cette occasion, il a paru intéressant de revenir sur les fondamentaux et les spécificités de l'expertise, dans un cadre amiable ou judiciaire.

À titre liminaire, il est précisé, d'une part, que les développements qui vont suivre se rapportent exclusivement à l'expertise en matière de bail commercial et, d'autre part, s'agissant de l'expertise judiciaire, qu'ils ne concernent que l'expertise en matière civile.

1. Expert amiable – expert de justice : un être de nature hybride

2 - Avant d'aborder les notions d'expertise, il est essentiel de revenir sur les différences entre le métier d'expert privé et la fonction d'expert de justice.

A. - Le métier d'expert en estimations immobilières

3 - Le métier d'expert en estimations immobilières n'est pas encadré juridiquement : ce n'est ni un titre protégé, ni une profession réglementée. Tout un chacun est donc libre d'exercer cette profession.

Il existe trois grandes typologies d'experts immobiliers, à savoir :

- les sociétés d'expertises qui sont généralement affiliées à des sociétés de transaction, des banques, des assurances ;
- les cabinets d'expertise indépendants ;
- les autres professions qui réalisent ponctuellement des expertises immobilières comme les agents immobiliers, les géomètres-expert, les notaires, les architectes, les administrateurs de biens, etc.

Pour accéder à cette profession, il existe très peu de formations spécialisées à l'exception du diplôme d'évaluateur-conseil en immobilier dispensé par l'institut de droit et d'économie appliqués à l'immobilier – ICH/CNAM.

Aussi, pour disposer d'une éthique professionnelle et mettre en place des règles déontologiques, la profession s'est structurée au travers :

- d'associations professionnelles comme la RICS International, l'IFEI, la CNEI, etc. ;
- de documents de référence comme la Charte de l'expertise en évaluation immobilière, le Blue Book de TEGoVA ou en encore le RED BOOK de la RICS ;
- de systèmes de reconnaissances internationales des qualifications comme le statut REV de TEGoVA ou MRICS de la RICS.

L'expert immobilier est soumis à une obligation de moyens et non de résultats. Toutefois, dans le cadre de ses interventions, il doit être en mesure de justifier des méthodes employées et des moyens mis en œuvre.

En règle générale, l'expert doit donner son avis sur une question précise en lien avec un immeuble ou des droits immobiliers mais son rôle peut également consister à conseiller une partie dans un cadre privé afin de lui permettre de faire des choix en matière d'arbitrage ou de stratégie immobilière. À ce titre et pour être en mesure de prendre des positions en toute connaissance de cause, il est fondamental pour le client d'anticiper le besoin d'expertise et de ne pas agir que par réaction.

Enfin, un expert amiable peut également assister un client en tant qu'expert de partie dans une expertise ou une procédure judiciaire. À ce titre, on ne peut qu'encourager les justiciables à privilégier une intervention officielle dès le démarrage des opérations d'expertise judiciaire.

Ainsi, l'expert amiable missionné sera partie prenante aux échanges et aura connaissance de l'intégralité des paramètres de l'affaire dès son commencement.

B. - La fonction d'expert de justice

4 - Contrairement à ce qui vient d'être exposé concernant l'expert immobilier en matière amiable, l'expert de justice en estimations immobilières n'exerce pas une profession mais il apporte ponctuellement son concours à la justice et bénéficie d'un titre protégé.

L'expert de justice est inscrit sur la liste des experts près une cour d'appel et, le cas échéant, sur la liste nationale des experts agréés par la Cour de cassation.

En cas d'inscription sur la liste d'une cour d'appel, il bénéficie du titre d'expert près la cour d'appel et est inscrit pour une durée probatoire de 3 ans puis pour des périodes renouvelables de 5 ans.

En cas d'inscription sur la liste nationale de la Cour de cassation, l'expert bénéficie du titre d'expert agréé par la Cour de cassation et est inscrit pour des périodes renouvelables de 7 ans. Pour prétendre à une telle inscription, l'expert a l'obligation d'être inscrit près d'une cour d'appel depuis au moins 5 années consécutives.

Dans un cas comme dans l'autre, l'inscription est soumise à des conditions d'âge, de formation, de qualification et d'expérience professionnelle, de non-exercice d'une profession incompatible, de justification des moyens professionnels à disposition, de maîtrise des principes directeurs du procès, de lieu de résidence ou d'exercice de la profession, de moralité.

L'expert de justice doit également justifier chaque année des rapports qu'il a déposés, du nombre d'expertise en cours et des formations suivies en lien avec sa spécialité.

L'expert prête serment et doit, au visa de l'article 272 du Code de procédure civile, accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité.

Toutefois, un expert non inscrit sur une liste pourra être désigné par une juridiction : il devra alors prêter serment pour chaque mission.

Un expert de justice peut également être nommé par des juridictions situées en dehors du ressort de la cour d'appel auprès de laquelle il est inscrit.

En matière d'expertise immobilière, l'expert de justice est inscrit dans une branche, une rubrique et une spécialité résultant de la nomenclature des rubriques expertales issue des arrêtés du 10 juin 2005, 12 mai 2006 et 19 novembre 2013.

En matière d'évaluation immobilière, les experts de justice sont actuellement inscrits en :

- branche C. – Bâtiment, travaux publics, gestion immobilière ;
- rubrique C.2. – Gestion immobilière ;
- spécialité C.2.2. – Estimations immobilières regroupant les loyers d'habitation, les loyers commerciaux, les fonds de commerce et indemnités d'éviction, les terres non agricoles et les bâtiments.

Toutefois, la nomenclature a été modifiée par l'arrêté du 22 août 2022 qui abroge l'arrêté du 10 juin 2005. Les rubriques et spécialités ont été renommées et les spécialités divisées en sous-spécialités.

À compter du 1^{er} janvier 2024, les experts en estimations immobilières seront désormais inscrits en :

- branche C. – Bâtiment, travaux publics, gestion immobilière ;
- rubrique C.18. – Estimations immobilières ;
- spécialité :
 - C.18.1. Estimations immobilières matérielles : valeurs vénales de murs, terrains non agricoles, indemnité d'expropriation, droits réels immobiliers ;
 - C.18.2. Estimations immobilières immatérielles : valeurs locatives, indemnités d'éviction ou d'expropriation, de fonds de commerce et d'entreprises.

Si cette nouvelle nomenclature a le mérite d'une plus grande clarté, elle présente l'écueil de continuer à n'établir aucun distinguo précis entre l'expertise en matière d'habitation et l'expertise en matière de baux commerciaux.

On ne peut que regretter cette confusion alors que les critères de détermination des valeurs ne sont pas les mêmes dans ces deux matières et qu'un expert immobilier inscrit est susceptible de ne pas maîtriser les règles spécifiques aux baux commerciaux.

Les experts de justice sont généralement membres d'une compagnie rattachée à leur cour d'appel ou à la Cour de cassation et les compagnies régionales sont membres du Conseil national des compagnies d'experts de justice (CNCEJ).

Ces compagnies assurent un rôle de formation, de coordination entre les experts et l'organisation judiciaire, de représentation des experts vis-à-vis des pouvoirs publics et de la chancellerie.

Des membres des compagnies font également partie des commissions examinant les candidatures des nouveaux experts de justice dont l'avis est consultatif.

L'expert de justice est un collaborateur occasionnel du service public : il remplit une mission ponctuelle et limitée dans le temps à la requête d'une juridiction. La fonction doit donc être exercée à titre accessoire d'une activité professionnelle, même si on peut regretter que certains experts aient tendance à en faire une profession.

L'expert de justice doit accomplir personnellement sa mission mais il peut se faire assister d'un sapiteur qui devra alors intervenir dans une spécialité différente de celle de l'expert.

À titre d'exemple, dans le cadre d'une expertise en indemnité d'éviction, l'expert en estimations immobilières peut être amené à faire appel à un expert-comptable pour retraiter des comptes servant de base à la détermination de la valeur d'un fonds de commerce.

L'expert de justice peut également se faire assister d'un collaborateur mais celui-ci devra travailler sous son contrôle et il devra alors obligatoirement faire mention de son intervention dans son rapport.

Comme l'expert amiable, l'expert de justice est soumis à une obligation de moyens et non de résultats.

Toutefois, sa responsabilité civile mais également pénale peut être recherchée. Aussi, bien que cela ne soit pas obligatoire, l'expert de justice a tout intérêt à souscrire une assurance professionnelle.

2. Champ d'intervention en expertise amiable et en expertise judiciaire

5 - Si le métier d'expert en estimations immobilières diffère de bien des égards du titre d'expert de justice, on constate également que les champs d'intervention, s'ils se peuvent se recouper, ne sont pas identiques en tous points.

A. - Les principales estimations immobilières à titre amiable ou privé

6 - En matière amiable, on peut distinguer trois grandes catégories d'évaluations, à savoir :

- en matière commerciale :
 - estimation de la « valeur locative de marché » ou « prix de marché » lors de la prise à bail de locaux commerciaux ;
 - estimation de la « valeur locative statutaire » de locaux commerciaux en cours de bail ou lors d'un renouvellement au visa de l'article L. 145-33 du Code de commerce avec recherche éventuelle de motifs de déplafonnement au visa de l'article L. 145-34 du Code de commerce ;
 - estimation de la valeur d'un fonds de commerce et/ou d'un droit au bail dans le cadre d'une actualisation des comptes ou d'un projet de cession ou d'acquisition ;
 - évaluation d'une indemnité d'éviction au visa de l'article L. 145-14 du Code de commerce et d'une indemnité d'occupation au visa de l'article L. 145-28 du Code de commerce dans le cas d'un refus de renouvellement d'un bail commercial ;
- en matière patrimoniale ou sociale :
 - valeur vénale et/ou valeur locative d'immeubles ou de locaux « d'entreprise » : bureaux, centres commerciaux, locaux d'activités, entrepôts, plateformes logistiques, terrains ou bâtiments industriels, hôtels, cliniques, EHPAD, etc. ;
 - évaluation d'actifs immobiliers dans le cadre d'opérations de « sale & lease-back » ;
 - évaluation d'actifs immobiliers en cas de fusion ou de scission de sociétés, de transmission universelle de patrimoine d'apport partiel d'actif ;
- en matière comptable et fiscale :
 - expertises par composants selon les normes françaises : juste valeur (CRC 2002-10), dépréciation d'actifs (CRC 2002-10), fusions et opérations assimilées (CRC 2004-01) ;
 - expertises par composants selon les normes internationales : immeubles d'exploitation (IAS/IFRS 16), contrats de location (IAS/IFRS 16 « leases »), immeubles de placement (IAS/IFRS 40).

B. - Les principales estimations immobilières à titre judiciaire

7 - En matière judiciaire, le champ d'intervention est plus restreint et il est généralement fait appel à l'expert en estimations immobilières dans les cas suivants :

- estimation de la « valeur locative statutaire » de locaux commerciaux en cours de bail ou lors d'un renouvellement au visa de l'article L. 145-33 du Code de commerce ;
- recherche de motifs de déplafonnement au visa de l'article L. 145-34 du Code de commerce ;

- évaluation d'une indemnité d'éviction dans le cas d'un refus de renouvellement d'un bail commercial au visa de l'article L. 145-14 du Code de commerce ;

- évaluation d'une indemnité d'occupation au visa de l'article L. 145-28 du Code de commerce ;

- évaluation de valeur vénale de murs dans le cadre de divorce, succession, action en rescision pour lésion, etc.

3. Le déroulement d'une expertise

A. - En matière amiable

8 - Dans un cadre amiable, l'intervention de l'expert débute par l'établissement d'un contrat ou d'un ordre de mission. Il s'agit d'un document essentiel comportant :

- l'identité des parties ;
- l'adresse, la description et l'affectation du bien à expertiser ;
- la nature et le contexte de la mission ;
- les pièces à transmettre par le client ;
- les modalités d'exécution de la mission (délais, honoraires, frais et débours, modalités de règlement et support de rendu).

Préalablement à son établissement, il est essentiel que l'expert ait pris le temps de bien cerner les besoins du donneur d'ordre pour lui proposer une mission répondant pleinement à ses attentes.

Une fois le contrat régularisé, l'expert procède à l'examen détaillé de la documentation reçue. Cette étape doit être effectuée avec la plus grande rigueur car elle permet souvent de s'apercevoir que le contexte de la mission diffère de celui initialement exposé ou qu'il est nécessaire d'obtenir des pièces complémentaires.

La visite des lieux constitue l'étape suivante. Il est indispensable qu'elle intervienne postérieurement à l'analyse de la documentation. À défaut, l'expert pourrait s'apercevoir que la visite n'a pas été exhaustive et qu'elle ne lui a pas permis de visualiser l'ensemble des locaux visés dans le titre de propriété ou d'occupation.

En outre, s'il est important de visiter les locaux en compagnie du donneur d'ordre ou d'une de ses représentations, on ne peut que conseiller à l'expert de s'y rendre également seul, ce qui lui permettra d'apprécier, par lui-même, la qualité des accès, la visibilité du bâtiment, la commercialité du secteur...

À l'issue de sa visite, l'expert accomplit ses travaux d'investigation et d'évaluation. C'est à cette occasion qu'il va notamment devoir se prononcer sur les qualités et les défauts du bien expertisé, analyser précisément le marché, collecter des références pertinentes dans le secteur considéré et mener toutes analyses complémentaires lui permettant de répondre précisément à la mission confiée.

Puis vient le temps de la rédaction du rapport, par lequel l'expert fait état de ses constatations, investigations et travaux d'évaluation qui seront ensuite remis au client.

À ce titre et bien que certains donneurs d'ordre le sollicitent, nous ne sommes pas favorables à la remise d'un pré-rapport soumis à des échanges avec le client.

En effet, il appartient à l'expert de donner son avis professionnel de manière objective et impartiale.

À l'issue de la remise du rapport, l'expert peut assurer un éventuel « service après-vente » consistant à expliquer les méthodologies retenues, les choix effectués et la valorisation à laquelle il arrive.

De même, l'expert peut accompagner le client dans le cadre de discussions postérieures voire-même de procédures éventuelles.

Contrairement à une expertise judiciaire, le donneur d'ordre est une seule des parties sauf dans le cas d'une expertise conjointe

qui demeure rare, et les opérations menées ne sont pas contradictoires.

B. - En matière judiciaire

9 - Si en matière d'expertise amiable, le déroulement de l'expertise est issu des usages et de la pratique, il en va différemment de l'expertise judiciaire qui est fondée sur plusieurs dispositions du Code de procédure civile et notamment :

- l'article 10 : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* » ;
- l'article 143 : « *Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* » ;
- l'article 144 : « *Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer* » ;
- l'article 145 : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* » ;
- l'article 146 : « *Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* » ;
- l'article 238 : « *Le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. Il ne peut répondre à d'autres questions, sauf accord écrit des parties. Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique* » ;
- l'article 240 : « *Le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties* ».

Une fois ce contexte juridique posé, il est possible d'exposer le déroulement d'une expertise judiciaire.

En premier lieu, et généralement une fois la consignation effectuée, l'expert reçoit la décision le nommant.

C'est à cette occasion qu'il prend connaissance de l'identité des parties, de la nature du litige les opposant, de leurs prétentions respectives et de la teneur de la mission qui lui a été confiée par la juridiction.

L'expert peut alors accepter la mission qui lui a été confiée ou au contraire la refuser.

Les motifs éventuels de refus d'une mission peuvent être liés à une surcharge ponctuelle d'activité, à un problème personnel de l'expert ou à l'existence d'un motif de récusation visé par les articles 341 du Code de procédure civile et 111-6 du Code de l'organisation judiciaire, à savoir, pour l'expert ou son conjoint :

- intérêt personnel au litige ;
- parent ou allié d'une des parties jusqu'au 4^e degré inclusivement ;
- créancier débiteur, héritier présomptif ou donateur d'une des parties ;
- existence d'un procès avec l'une des parties ou son conjoint ;
- connaissance précédente de l'affaire comme expert amiable ou conseil d'une des parties ;
- existence d'un lien de subordination vis-à-vis d'une des parties ou son conjoint ;
- amitié ou inimitié notoire avec l'une des parties ;
- existence d'un conflit d'intérêts.

L'expert peut également refuser la mission confiée au motif d'une incompétence totale pour y répondre.

En cas d'incompétence partielle et comme évoqué supra, l'expert peut faire appel à un sapiteur mais uniquement dans une spécialité distincte de la sienne. Le sapiteur intervient alors sous le contrôle de l'expert qui doit également assurer sa rémunération.

Il est donc recommandé, préalablement à l'intervention d'un sapiteur, que l'expert soumette les honoraires prévisionnels de ce dernier aux parties et obtienne du tribunal, la consignation d'une somme correspondante.

Une fois la mission acceptée, l'expert convoque les parties et leurs conseils à une première réunion d'expertise.

Bien qu'il existe deux écoles en la matière, il apparaît sage que l'expert prenne connaissance de l'ensemble des pièces adressées par les parties préalablement à la réunion d'expertise.

Il pourra ainsi vérifier leur exhaustivité et le cas échéant, poser des questions y relatives lors de la réunion, voire même solliciter des pièces complémentaires.

À défaut, l'expert de justice risque de devoir multiplier les échanges et demandes à l'issue de la première réunion, ce qui retardera ses opérations.

Lors de la réunion d'expertise, l'expert donne lecture de la mission qui lui a été confiée et invite ensuite les parties à faire connaître leurs prétentions.

C'est à cette occasion qu'il peut être amené à se rendre compte que la mission confiée ne permet pas de répondre précisément au litige en question.

L'expert ne devant se prononcer que sur les points sur lequel il a été commis en application de l'article 238 du Code de procédure civile, il peut alors soit solliciter un accord écrit des parties pour donner son avis sur d'autres éléments, soit solliciter une extension de sa mission auprès du juge chargé du contrôle de l'expertise.

Il est également important que l'expert rappelle les principes régissant son intervention et notamment celui du contradictoire visé par l'article 16 du Code de procédure civile. Pour s'assurer de son bon respect, il est recommandé d'exiger que tous les échanges interviennent exclusivement par l'intermédiaire des avocats.

L'expert peut également inciter les parties à déposer un dire de synthèse préalablement au dépôt de son pré-rapport. Ce dire est l'occasion d'expurger les écritures antérieures de tous les éléments qui ne sont pas en lien avec la mission confiée à l'expert et de faire valoir l'ensemble des arguments des parties, que l'expert prendra ainsi en compte dès l'établissement de son pré-rapport.

Une fois ces échanges intervenus et si possible, l'expert fait le point sur le calendrier et les honoraires prévisionnels de sa mission et procède à la visite des lieux.

À l'issue de la réunion, l'expert établit une note de synthèse comportant le compte rendu de la réunion, qu'il adresse simultanément aux parties et au greffe accompagné de son mémoire prévisionnel de frais et débours et du calendrier de ses opérations. Si le montant de la consignation initiale apparaît sous-évalué, l'expert peut solliciter une consignation complémentaire.

Par la suite, l'expert procède à ses travaux d'investigations et d'évaluation qui sont semblables à ceux exposés ci-avant en matière d'expertise amiable. À cette occasion, il analyse les pièces complémentaires qui ont pu lui être adressées postérieurement à la réunion d'expertise.

Une fois ces diligences effectuées, l'expert rédige un pré-rapport également appelé note de synthèse, qu'il adresse aux parties et à leur conseil en leur accordant un délai généralement d'un mois, pour formuler leurs observations au travers d'un dire.

Ces dire doivent être « *de synthèse* », c'est-à-dire qu'ils regroupent l'ensemble des observations des parties et que toute observation ne figurant dans le dernier dire adressé est censée avoir été abandonnée.

En outre, l'objectif du dire est de formuler des observations sur le contenu du pré-rapport de l'expert et non d'engager un débat avec la partie adverse.

À réception des dires des parties, l'expert examine les informations y contenues et rédige son rapport définitif dans lequel il doit nécessairement répondre aux observations formulées.

Il adresse ensuite son rapport aux parties et/ou à leur conseil ainsi qu'au greffe du tribunal, étant précisé que la remise du rapport entraîne le dessaisissement de l'expert qui ne peut plus intervenir ultérieurement sauf à la demande expresse de la juridiction qui l'a nommé. En effet, le juge peut, en application de l'article 283 du Code de procédure civile, entendre l'expert suite au dépôt de son rapport, même si en pratique cette faculté n'est que très rarement mise en œuvre.

Enfin, l'expert de justice ne reçoit que très rarement la décision rendue à l'issue de ses opérations, ce qu'on peut regretter car une telle transmission lui permettrait de prendre conscience de l'appréciation faite par les juridictions de son rapport et ainsi de s'améliorer.

4. Expertise amiable – expertise judiciaire : d'autres alternatives pour les baux commerciaux

10 - Comme exposé ci-avant, l'expertise amiable peut permettre d'éviter un contentieux judiciaire ou peut offrir aux parties des éléments visant à faire valoir leurs prétentions dans le cadre d'une procédure.

Par ailleurs, une expertise judiciaire n'est ordonnée qu'une fois la procédure engagée mais l'expert ne doit pas dire le droit et son avis ne lie pas le juge.

Il semble donc pertinent de réfléchir à d'autres alternatives permettant de résoudre un litige naissant.

Ainsi, en matière de bail commercial, on voit apparaître dans certains baux des clauses de conciliation, de médiation ou d'arbitrage.

Toutefois, dans la pratique, on constate que leur mise en œuvre est complexe et que les parties et leurs conseils demeurent frileux quant à leur efficacité.

Il existe pourtant une autre solution dans laquelle parties, avocats et experts conservent leur entier rôle : la procédure participative assistée par avocat.

Cette procédure est régie par les articles 2062 et suivants du Code civil et les articles 1542 et suivants du Code de procédure civile.

Elle s'inscrit dans les modes de règlement amiables des différends (MARD) et s'avère particulièrement adaptée aux conflits relatifs aux baux commerciaux.

Un tel processus présente un certain nombre d'avantages :

- les parties peuvent désigner conjointement un technicien, ce qui leur permet de s'assurer de ses compétences pour connaître du litige qui les oppose ;
- la mission confiée au technicien est définie par les parties ;
- la rémunération du technicien est directement négociée avec lui ;
- la mission du technicien se déroule dans le strict respect du contradictoire ;
- le technicien désigné applique les mêmes règles déontologiques qu'en matière d'expertise judiciaire ;
- il engage d'ailleurs de la même manière sa responsabilité ;
- si la procédure participative n'aboutit pas à un accord, le rapport déposé peut être produit en justice et il aura la même valeur qu'un rapport d'expertise judiciaire.

Cette solution offre donc aux parties une totale maîtrise de l'expertise qu'il s'agisse de l'identité et de la compétence du technicien nommé, des coûts et délais de ses opérations et les avocats jouent pleinement leur rôle.

À l'heure où les délais de traitements des juridictions ne cessent de s'allonger et où la notion d'aléa judiciaire devient de plus en plus présente, il s'agit donc d'une piste à explorer avec attention. ■