

5 Pièges et difficultés de la procédure



Jean-Yves DAVID,
conseiller à la 3^e chambre civile de la Cour de cassation



et Alain CONFINO,
avocat au Barreau de Paris,
spécialiste en droit immobilier

Le contentieux des baux commerciaux statutaires est plein d'embûches procédurales. En effet, différents pièges peuvent aboutir à priver le plaideur d'un accès utile au juge, ou faire chuter son action. Par ailleurs, des obstacles temporaires à l'action sont constitutifs de difficultés. Bien connaître ces embûches définitives ou provisoires est devenu un enjeu essentiel pour les avocats dans ce domaine spécialisé et hautement sensible.

Introduction

1 - Les règles spéciales qui gouvernent le contentieux des baux commerciaux statutaires promettent, pour qui ne les maîtrise pas parfaitement, un parcours procédural fortement semé d'embûches – en sus de celles que peut déjà recéler le droit commun de la procédure civile. C'est ainsi que nombre de plaideurs ne parviennent pas à faire examiner leurs prétentions au fond par le juge, pour avoir méconnu ou mal apprécié des règles spéciales du statut – ou leur application par la jurisprudence.

Ces embûches consistent parfois en de redoutables pièges (1), que l'on entendra ici dans le sens de « *dangers cachés, difficultés insidieuses, auxquels on est exposé par ignorance ou par imprudence* »¹. S'agissant d'une procédure à représentation aujourd'hui obligatoire, cette ignorance ou cette imprudence sera donc celle de l'avocat...

Mais il arrive aussi que l'avocat soit confronté à de réelles difficultés (2), auxquelles il sait risquer de se heurter et qui résultent souvent d'une insuffisante clarté de la loi ou d'une incertitude de la jurisprudence.

La présente synthèse ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle a seulement pour objectif d'effectuer un rappel utile des accidents ou incidents procéduraux les plus fréquemment rencontrés dans la pratique.

1. Les pièges de la procédure

2 - L'on examinera successivement ces pièges selon qu'ils compromettent un accès utile au juge (A) ou qu'ils font tomber l'action une fois l'instance engagée (B).

A. - Les pièges avant l'instance : les fins de non-recevoir

3 - L'on sait que constitue une fin de non-recevoir « *tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tels le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* » (CPC, art. 122).

La fin de non-recevoir est un puissant moyen de défense puisqu'elle interdit au juge saisi d'examiner le fond de l'affaire, sauf à excéder ses pouvoirs². La partie qui l'invoque n'a d'ailleurs pas à justifier d'un quelconque grief (CPC, art. 124). Elle peut être soulevée à tout moment, même pour la première fois en appel, sauf à exposer à des dommages et intérêts le plaideur qui se serait abstenu, dans une intention dilatoire, de la soulever plus tôt (CPC, art. 123).

Contrairement à l'hypothèse de l'incompétence matérielle de la juridiction, le juge n'a pas en principe (sauf disposition expresse de la loi ou du règlement) le pouvoir de soulever lui-même une fin de non-recevoir. Une action affectée d'une cause d'irrecevabilité peut donc prospérer et être jugée sur le fond si le défendeur ne soulève pas ce moyen.

Dans la procédure statutaire, une action peut se heurter à une fin de non-recevoir lorsqu'elle est, selon le cas, prématurée (1°) ou tardive (2°).

1° Les actions prématurées

4 - Rappelons d'abord que la disposition du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 (portant réforme de la procédure civile), qui imposait à tout justiciable, à peine d'irrecevabilité soulevée d'office par le juge, de justifier, avant tout procès devant le tribunal judiciaire, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative (CPC, art. 750-1) lorsque la ou les demandes tendaient au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 €, a été annulée par une décision n° 436939 du 22 septembre 2022 du Conseil d'État (qui avait été saisi notamment par le Conseil national des barreaux et la Conférence des bâtonniers).

Mais il existe d'autres cas d'irrecevabilité pour « *prématuraison* » de l'action.

1. Définition extraite du Trésor de la langue française informatisé, édité par l'ATILF sous la cotutelle du CNRS et de l'université de Lorraine.

2. Cass. 2^e civ., 20 juin 1985, n° 83-14.776. – Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-24.454.

a) Une fin de non-recevoir « contractuelle » : l'action introduite en dépit de l'existence d'une clause contractuelle de conciliation ou de médiation préalable

5 - Les fins de non-recevoir énoncées par l'article 122 du Code de procédure civile ne le sont pas de façon limitative, ainsi que l'a souligné en 2003 la chambre mixte de la Cour de cassation³.

Il en existe bien d'autres, prévues par des textes spéciaux, et le juge peut aussi en admettre de nouvelles, dans des situations variées.

C'est ainsi que les clauses de conciliation ou de médiation préalable obligatoire, bien qu'elles constituent des restrictions au droit d'agir en justice (reconnu comme droit fondamental) et qu'elles n'aient qu'une source contractuelle, se sont vu reconnaître une pleine validité (*même arrêt*) et leur méconnaissance constitue une cause d'irrecevabilité de l'action.

Encore faut-il cependant que de telles clauses soient précises et qu'elles n'empêchent pas tout recours au juge.

6 - D'abord, elles doivent être dotées d'un minimum de précision.

En 2014, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que ne peut constituer une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge une clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable « *non assortie de conditions particulières de mise en œuvre* »⁴.

Mais de son côté, la troisième chambre civile adoptait une conception plus hésitante quant à l'exigence de précision.

Ainsi, en 2016, en présence d'une clause stipulant, sans autre précision, que « *pour tous les litiges pouvant survenir dans l'application du présent contrat, les parties s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord, avant tout recours à une autre juridiction* », elle approuvait une cour d'appel d'avoir retenu que constituait une fin de non-recevoir le moyen tiré du défaut de mise en œuvre de la clause litigieuse⁵.

En 2017, elle admettait au contraire que la clause prévoyant que si un différend survient, les parties « *conviennent de se consulter pour examiner l'opportunité de soumettre leur différend à un arbitrage ou pour refuser l'arbitrage* » n'instituait qu'une consultation préalable sans caractère obligatoire, de sorte que l'action engagée sans l'avoir respectée était recevable⁶.

Mais en 2019, elle rejetait un pourvoi qui faisait grief à une cour d'appel d'avoir retenu qu'une clause intitulée « *conciliation-médiation* », selon laquelle « *en cas de litige, les parties conviennent, préalablement à toute instance judiciaire de soumettre leur différend à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires* », mettait en évidence la volonté des parties de contractualiser l'exigence d'une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge. Elle considérait en conséquence que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche non demandée sur la précision des modalités de mise en œuvre de la tentative de règlement amiable, avait légalement justifié sa décision de déclarer l'action irrecevable⁷.

La même année, en présence d'une rédaction contractuelle identique, la même chambre procédait à un nouveau revirement en approuvant les juges du fond d'avoir qualifié « *clause de style* », insuffisante pour instituer une procédure contractuelle de conciliation préalable et obligatoire, une clause, « *rédigée de manière elliptique en termes très généraux* », prévoyant, « *préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend*

au conciliateur qui sera missionné par le président de la Chambre des notaires »⁸.

On le voit, l'appréciation variable du critère de précision peut se révéler piégeuse ! La prudence imposera donc, chaque fois que l'on est en présence d'une clause du bail imposant aux parties la recherche d'une conciliation avant tout procès, de la mettre en œuvre⁹.

7 - Ensuite, ces clauses ne peuvent avoir pour objet ni pour effet d'interdire tout recours au juge.

Les parties restent en effet toujours en droit, en cas d'urgence, de pratiquer des mesures provisoires pour la sauvegarde de leurs intérêts ou de provoquer une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile pour la conservation de preuves.

Il est en revanche plus douteux, même si certaines décisions l'ont parfois admis¹⁰, qu'en présence d'une clause de conciliation préalable obligatoire (et précise), une partie soit recevable à saisir directement le juge des référés pour obtenir une provision, ou encore à assigner l'autre partie devant le juge de l'exécution¹¹.

Dans tous les cas, la durée de la tentative de solution amiable ne doit pas être telle qu'elle interdise trop longtemps le recours au juge.

8 - Sous réserve que la clause de règlement amiable soit efficiente, quelle en est la portée ?

D'abord, en ce qu'elle fait obstacle au droit d'agir judiciairement avant sa mise en œuvre, elle constitue, en vertu de l'article 2234 du Code civil, « *un empêchement résultant de la convention* » qui, selon les cas, empêche la prescription de courir, ou la suspend. Cette suspension commence, selon l'article 2238 du même code, « *à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation* », et la prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur, déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée.

L'action engagée sans respecter une clause précise de conciliation obligatoire est donc irrecevable, et l'on sait que la fin de non-recevoir rend non avenue l'interruption de la prescription (C. civ., art. 2243).

On imagine alors aisément les conséquences d'une telle irrecevabilité dans le domaine des actions liées au statut des baux commerciaux lorsqu'elle est prononcée après, souvent, plusieurs années de procédure...

9 - Peut-on malgré tout régulariser la situation une fois l'instance introduite ?

Une réponse affirmative pourrait trouver son fondement dans l'article 126 du Code de procédure civile, aux termes duquel « *dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue* ».

De fait, au visa de ce texte, certains arrêts ont admis qu'une régularisation par la mise en œuvre de la procédure contractuelle de conciliation peut intervenir après la saisine du juge et jusqu'à la clôture des débats¹².

3. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423.

4. Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004. – V. également Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-21.089.

5. Cass. 3^e civ., 19 mai 2016, n° 15-14.464.

6. Cass. 3^e civ., 20 avr. 2017, n° 15-25.928.

7. Cass. 3^e civ., 4 avr. 2019, n° 18-11.339.

8. Cass. 3^e civ., 11 juill. 2019, n° 18-13.460.

9. V. dans le même sens, J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux* : Le Moniteur, 7^e éd., n° 1190, p. 716.

10. V. par ex. Cass. 2^e civ., 21 mars 2019, n° 18-14.773.

11. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920.

12. V. par ex. Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-12.187.

Mais, par un arrêt très remarqué du 12 décembre 2014, la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, a, *contra legem*, jugé à l'inverse que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle prévoyant une procédure obligatoire préalable à la saisine du juge, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance¹³.

La formule a été ensuite reprise à l'identique par la troisième chambre civile¹⁴. La même solution s'impose pour une demande reconventionnelle relative à un contrat prévoyant une conciliation préalable (dans l'hypothèse évidemment où l'objet de cette demande diffère de celui de la demande principale)¹⁵. Voilà un bel exemple de la façon dont la Cour de cassation s'autorise parfois à s'affranchir de la lettre d'un texte, en l'occurrence de l'article 126 CPC.

Malgré les critiques que cette jurisprudence a suscitées pour les conséquences très lourdes qu'elle peut ainsi entraîner, la solution est à ce jour constante.

b) L'obligation de notifier un mémoire préalablement à la saisine du juge des loyers

10 - Il résulte des dispositions de l'article R. 145-23 du Code de commerce que le président du tribunal judiciaire, ou son délégataire, a compétence exclusive pour fixer le montant du loyer du bail révisé ou renouvelé, le tribunal judiciaire pouvant toutefois, à titre accessoire, connaître d'une telle demande.

Par ailleurs, aux termes du texte susvisé, la procédure suivie devant le juge des loyers commerciaux est une procédure spécifique « *sur mémoires* », dont une jurisprudence constante écarte l'application devant le tribunal judiciaire lorsque celui-ci est saisi à titre accessoire d'une demande en fixation du loyer¹⁶.

L'article R. 145-26 du Code de commerce précise que les mémoires sont notifiés par chacune des parties à l'autre, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Une lettre simple n'aurait aucun effet interruptif de prescription, même lorsque sa réception n'est pas contestée¹⁷.

Aux termes de l'article R. 145-27 du Code de commerce, « *le juge ne peut, à peine d'irrecevabilité, être saisi avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la réception par son destinataire du premier mémoire établi* ».

Cette règle s'applique aux contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé relevant du juge des loyers. Elle s'impose aux plaideurs comme ayant été édictée « *dans le cadre de l'organisation judiciaire et dans l'intérêt d'une meilleure administration de la justice et non dans l'intérêt de l'une ou l'autre des parties* »¹⁸.

Alors que l'article R. 145-27 du Code de commerce sanctionne l'absence de mémoire par l'irrecevabilité, la Cour de cassation juge que la violation de cette règle « *vicie l'instance toute entière* » et permet de « *mettre à néant* » la décision fixant le loyer¹⁹.

Elle affecte ainsi l'assignation et les conclusions d'une nullité de fond et entraîne, par voie de conséquence, la nullité du jugement²⁰.

c) L'obligation d'attendre, avant de saisir le juge des loyers, l'écoulement d'un délai d'un mois après notification du premier mémoire

11 - Aux termes de l'article R. 145-27 du Code de commerce, « *Le juge ne peut, à peine d'irrecevabilité, être saisi avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la réception par son destinataire du premier mémoire établi* ».

Puisque le délai d'un mois court à compter de la « *réception du mémoire* », qu'advient-il en cas de non-réclamation par son destinataire de la lettre recommandée d'envoi du mémoire ?

Un arrêt de la troisième chambre civile²¹ avait approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que « *le mémoire (du preneur) avait été notifié par l'envoi, le 30 octobre 2007, au nouveau siège social de (la bailleuse), d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception et avait été remis à la bailleuse le 28 novembre 2007* » et d'en avoir déduit à bon droit « *que la notification du mémoire le 30 octobre 2007, complétée par sa remise ultérieure à son destinataire, avait interrompu le délai de prescription de l'action en fixation du prix du bail renouvelé, peu important que la remise du mémoire au bailleur soit intervenue après l'expiration du délai de prescription* ».

Allant plus loin, la même chambre²² a jugé, au visa des articles R. 145-26 et R. 145-27, « *que la formalité de notification du mémoire en fixation du prix est remplie lorsque son destinataire est à même de retirer la lettre recommandée présentée à son domicile* » et que « *la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition relative à la remise effective de la lettre recommandée qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé* ».

La Haute Juridiction opte ainsi pour la date de première présentation de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception (et ce, contrairement à la solution qui prévaut en matière de congé d'un bail d'habitation, laquelle ne retient que la réception effective de la lettre recommandée). Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence illustre une fois encore les dangers de la lettre recommandée et l'intérêt de procéder par acte de commissaire de justice lorsque l'expiration du délai de prescription est proche.

Naturellement, dans tous les cas, il importe que le mémoire soit notifié ou signifié au bon destinataire et, en cas de copreneurs ou coindivisaires, à chacun d'eux – sauf la possibilité pour le preneur d'effectuer cette notification au gérant de l'immeuble (C. com., art. R. 145-26). Ici, une erreur ou une omission constituerait une irrégularité de fond entraînant la nullité de la notification.

Quant à la « *saisine* » du juge, cette notion a été longtemps source d'errements, comme on le verra²³.

2° Les actes pouvant ou non suspendre ou interrompre la prescription

12 - En application de l'article L. 145-60 du Code de commerce, toutes les actions fondées sur le statut des baux commerciaux se prescrivent par 2 ans.

Ainsi l'action en fixation du loyer du bail renouvelé se trouve-t-elle soumise à cette prescription abrégée, l'absence de saisine du juge dans les 2 ans entraînant le maintien de l'ancien prix²⁴.

13. Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, P + B + R + I.

14. Cass. 3° civ., 6 oct. 2016, n° 15-17.989, FSB + P. – Cass. 3° civ., 16 nov. 2017, n° 16-24.642. – Cass. 3° civ., 4 mars 2021, n° 19-24.176.

15. Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403 et 16-27.691.

16. Cass. 3° civ., 23 mai 2013, n° 12-14.009, FS-P + B.

17. Cass. 3° civ., 2 févr. 2005, n° 03-18.042, FSP + B : RTD com. 2005, p. 255, obs. J. Monéger.

18. Cass. 3° civ., 14 sept. 2011, n° 10-10.032 : Bull. civ. III, n° 148.

19. Cass. 3° civ., 10 juin 1971, n° 70-12.678.

20. Cass. 3° civ., 26 oct. 2011, n° 10-18.858, FS-D.

21. Cass. 3° civ., 17 oct. 2012, n° 11-21.646.

22. Cass. 3° civ., 16 oct. 2013, n° 12-20.103.

23. n° 13.

24. Cass. 3° civ., 29 avr. 2002, n° 01-02.119.

Il en est de même de l'action en requalification d'un contrat en bail commercial, le délai de 2 ans courant à compter de la conclusion du contrat initial²⁵.

En revanche, par un arrêt de principe du 1^{er} octobre 2014, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « la demande tendant à faire constater l'existence d'un bail soumis au statut né du fait du maintien en possession du preneur à l'issue d'un bail dérogatoire, qui résulte du seul effet de l'article L. 145-5 du code de commerce, n'est pas soumise à la prescription biennale »²⁶.

Conformément à la lettre de l'article L. 145-60, la jurisprudence considère de manière constante que les actions non spécifiquement fondées sur le statut des baux commerciaux, telles celles en paiement du loyer²⁷ ou en résiliation du bail pour manquement contractuel²⁸, échappent à la prescription biennale, le droit commun s'appliquant alors.

13 - Ainsi qu'énoncé par l'article R. 145-23 déjà cité, la procédure suivie devant le juge des loyers commerciaux est une procédure sur mémoire.

À l'inverse, il résulte d'une jurisprudence constante que devant le tribunal judiciaire saisi, à titre accessoire, d'une demande relevant de la compétence du juge des loyers commerciaux, c'est la procédure contentieuse devant ce tribunal qui est applicable, et non la procédure spéciale sur mémoire²⁹. La coexistence de deux régimes de prescription, de deux juridictions compétentes et de deux procédures différentes est à l'origine d'un certain nombre de « pièges et difficultés » en matière de suspension et d'interruption de prescription.

14 - Sous réserve de stipulations contractuelles différentes, autorisées par l'article 2254 du Code civil, les délais de prescription, notamment celui prévu par l'article L. 145-60 susvisé, sont interrompus et suspendus dans les conditions prévues aux articles 2233 et suivants du Code civil.

Les causes d'interruption de la prescription prévues par ce code sont notamment la demande en justice, même en référé et même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure (C. civ., art. 2241), les mesures conservatoires et actes d'exécution forcée (C. civ., art. 2244) et la reconnaissance du débiteur (C. civ., art. 2240).

S'agissant de la demande en justice, la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation a récemment subi une importante évolution. Cependant que les autres chambres civiles de la Cour³⁰ retenaient que la prescription est interrompue par la délivrance de l'assignation, et non par sa remise au greffe de la juridiction, la troisième chambre considérait que les articles L. 145-9 et L. 145-10 du Code de commerce, imposant au locataire de saisir le tribunal en paiement d'une indemnité d'éviction avant l'expiration d'un délai de 2 ans à compter de la date pour laquelle le congé avait été donné ou de celle à laquelle avait été signifié le refus de renouvellement, instaurait, avec l'article L. 145-60 du même code, un régime spécial de prescription.

Depuis un arrêt de principe du 10 novembre 1993, elle en tirait la conséquence que seule la saisine du tribunal par le placement de l'assignation interrompait la prescription, effet que ne produi-

sait pas la seule signification de l'acte. Cette solution a été maintenue après la réforme de la prescription opérée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 et après la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « loi LME », ayant supprimé la sanction de la forclusion de l'action du locataire en cas de refus de renouvellement du bail sans offre d'indemnité d'éviction, l'action relevant désormais du régime de la prescription.

Par deux arrêts postérieurs aux textes précités, intervenus les 1^{er} février 2012 et 22 mai 2013³¹, la troisième chambre a en effet jugé que seule la saisine du tribunal pouvait interrompre le délai de prescription.

Ultérieurement, un arrêt (non publié) de la troisième chambre civile du 8 octobre 2015³² avait approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable une action en fixation au motif que l'assignation avait été *délivrée* moins d'un mois après la signification d'un mémoire. Mais la Cour n'avait pas eu alors à se prononcer directement sur la question du choix entre *délivrance* et *enrôlement*, faute d'y avoir été invitée par le pourvoi.

Les juridictions du fond continuaient le plus souvent à retenir la mise au rôle³³.

Cependant, par arrêt du 22 juin 2022³⁴, la troisième chambre a nettement abandonné son analyse antérieure. Statuant au visa de l'article L. 145-9 du Code de commerce (aux termes duquel le congé doit, à peine de nullité, indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de 2 ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné), la Cour de cassation a jugé que c'est *la délivrance* de l'assignation qui interrompt le délai de prescription de l'action en paiement de l'indemnité d'éviction :

« Il résulte de l'article 2241 du code civil, applicable en matière de bail commercial, que la délivrance d'une assignation interrompt le délai de prescription de l'action en paiement de l'indemnité d'éviction prévue à l'article L. 145-9 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, applicable au litige.

Ayant relevé que le délai pour agir qui avait commencé à courir le 31 décembre 2009, date d'effet du congé, avait été interrompu par la délivrance de l'assignation au bailleur, le 30 décembre 2011, la cour d'appel, en a exactement déduit que l'action de la locataire n'était pas prescrite ».

Il a ainsi été mis fin à un piège classique, la troisième chambre civile unifiant à cette occasion sa jurisprudence en écartant l'existence du placement de l'assignation.

Par transposition de cette solution, c'est donc la signification de l'assignation devant le juge des loyers avant le délai d'un mois suivant la notification du mémoire préalable qui rend l'action irrecevable³⁵.

15 - Toujours en matière d'interruption de prescription, un autre piège n'a en revanche pas disparu.

De jurisprudence constante³⁶ la demande en justice n'interrompt la prescription qu'au profit de son auteur, relativement au droit qu'elle concerne et à l'égard de ceux contre qui elle est dirigée. Il en résulte que l'effet interruptif de la demande initiale ne s'étend pas à la demande reconventionnelle et ne bénéficie pas à d'autres personnes qu'à l'auteur de l'interruption.

En revanche, aux termes de l'article 33 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, dernier article survivant de ce décret, « La

25. Cass. 3^e civ., 29 nov. 2018, n° 17-24.715. – Cass. 3^e civ., 20 déc. 2018, n° 17-26.684. – Cass. 3^e civ., 17 sept. 2020, n° 19-18.435 : Bull. civ. III, n° 96.

26. Cass. 3^e civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-16.806 : Bull. civ. III, n° 121.

27. Cass. 3^e civ., 5 oct. 1994, n° 92-14.354 : Bull. civ. III, n° 160.

28. Cass. 3^e civ., 12 juill. 1989, n° 88-10.159 : Bull. civ. III, n° 164.

29. Cass. 3^e civ., 23 mai 2013, n° 12-14.009 : Bull. civ. III, n° 61.

30. Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1977, n° 75-15.932 : Bull. civ. I, n° 478. – Cass. 2^e civ., 2 juin 2016, n° 15-19.618 et 15-19.616 : Bull. civ. II, n° 149. – Et la chambre commerciale (Cass. com., 26 nov. 2003, n° 01-11.865).

31. Cass. 3^e civ., 1^{er} févr. 2012, n° 11-10.482 : Bull. civ. III, n° 19. – Et Cass. 3^e civ., 22 mai 2013, n° 12-19.120.

32. Cass. 3^e civ., 8 oct. 2015, n° 14-16.429.

33. V. par ex. CA Paris, pôle 5, ch. 3, 13 sept. 2017, n° 15/19371.

34. Cass. 3^e civ., 22 juin 2022, n° 20-20.844 et 21-11.168, FSP + B.

35. n° 10.

36. Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 2017, n° 16-14.571.

notification du mémoire institué par l'article 29 ci-dessus (devenu l'article R. 145-23 du code de commerce), interrompt la prescription. »

Et il a été jugé que ce texte n'opérant aucune distinction, la notification du mémoire interrompt la prescription au profit des deux parties³⁷.

Il est établi que la notification régulière du mémoire en cause, laquelle ne peut intervenir par lettre simple³⁸, interrompt la prescription biennale lorsque l'action en fixation du bail renouvelé ou révisé est exercée devant le juge des loyers commerciaux³⁹.

À l'inverse, dans l'hypothèse de l'introduction de l'action en fixation du loyer du bail renouvelé devant le tribunal judiciaire, la cour d'appel de Paris a jugé le 26 mai 2021⁴⁰ qu'aucun effet interruptif ne résultait de la notification du mémoire lequel n'était qu'un préalable obligatoire à la saisine du juge des loyers commerciaux mais ne constitue pas une demande en justice au sens de l'article 2241 du Code civil. Cette solution a été pleinement approuvée par la Cour de cassation par un arrêt rendu le 25 janvier 2023 : « le mémoire préalable n'est institué que pour la procédure devant le juge des loyers commerciaux de sorte que sa notification n'interrompt la prescription que lorsque la contestation relative à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé est portée devant ce juge »⁴¹.

16 - S'agissant enfin de la suspension de la prescription, l'article 2239, alinéa 1, du Code civil dispose que la prescription est suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès.

Un effet suspensif ne pouvant par définition intervenir que sur un délai de prescription ayant déjà commencé à courir, la désignation d'un expert judiciaire en vue de la fixation d'une indemnité d'éviction intervenue antérieurement à la date d'effet du congé délivré par le bailleur, point de départ de la prescription biennale, est dépourvue d'un tel effet⁴². Le piège est ici redoutable !

B. - Les pièges en cours d'instance : nullités de procédure, fins de non-recevoir, péremption

1° Les nullités de fond

17 - Les modes de notification devant le juge des loyers et devant le tribunal judiciaire recèlent encore des pièges qui peuvent se révéler également redoutables.

Aux termes de l'article L. 145-23, alinéa 1 du Code de commerce, « Les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé sont portées, quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace. Il est statué sur mémoire. »

En dépit de la clarté de cette règle, il arrive, certes rarement, que des avocats peu familiarisés avec la procédure devant le juge des loyers notifient leurs prétentions par voie de conclusions...

La sanction d'une telle méconnaissance de la règle est radicale. Selon la Cour de cassation, elle n'entraîne pas seulement l'irrecevabilité de l'action, mais plus encore, lorsqu'elle est le fait du demandeur à la fixation du loyer après dépôt du rapport d'expertise judiciaire, l'interruption définitive et l'extinction de la procédure, dès lors que les conclusions notifiées aux lieu et place du mémoire sont inopérantes pour valoir saisine du juge des loyers après la mesure d'instruction⁴³.

La nullité sanctionnerait pareillement, à l'inverse, la notification d'un mémoire à la place de conclusions devant le tribunal judiciaire lorsqu'il est saisi à titre accessoire d'une demande de fixation du loyer du bail en révision ou renouvellement (cf. art. R. 145-23, al. 2).

2° Les fins de non-recevoir en cours d'instance

18 - La jurisprudence a étendu l'exigence de la notification préalable d'un mémoire aux demandes nouvelles formées en cours d'instance devant le juge des loyers commerciaux.

Ainsi, un bailleur ayant saisi le juge des loyers commerciaux en fixation du prix du bail renouvelé, la Cour de cassation a jugé irrecevable sa demande subsidiaire en réajustement du loyer à raison de l'existence d'une sous-location, fondée sur l'article L. 145-31, alinéa 3, du Code de commerce, faute de notification d'un mémoire sur ce point⁴⁴.

Lorsqu'une expertise a été ordonnée, l'article R. 145-31, alinéa 1^{er}, du Code de commerce énonce que « dès le dépôt du constat ou du rapport, le greffe avise les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la date à laquelle l'affaire sera reprise et de celle à laquelle les mémoires faits après l'exécution de la mesure d'instruction devront être échangés. »

En application de ce texte, il a été jugé que l'échange de mémoires après expertise était une formalité indispensable à la régularité de la procédure, qui ne peut être suppléée par la signification de conclusions, ces dernières étant affectées d'une irrégularité de fond éteignant définitivement l'instance devant le juge des loyers⁴⁵.

Toutefois, sur le fondement de l'article 121 du Code de procédure civile, la procédure peut être régularisée, avant que le juge ne statue, par la notification, après les conclusions, d'un mémoire régulier⁴⁶. Encore faut-il que la prescription biennale ne soit pas alors écoulée...

Modifié par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, l'article R. 145-29 du Code de commerce dispose : « les parties sont tenues de constituer avocat... » Conséquence de cette réforme, l'article R. 145-26 du code susvisé, modifié par le même décret, énonce que « les mémoires sont signés par les avocats des parties... ».

Si aucune décision n'est à notre connaissance intervenue postérieurement à la réforme susvisée, la jurisprudence antérieure retenait que l'absence de signature du mémoire constituait une irrégularité de forme ne privant l'acte de son effet interruptif de prescription qu'à la condition pour la partie qui l'invoquait de ne pas avoir préalablement conclu au fond⁴⁷.

Il est permis de penser que cette solution demeure d'actualité.

3° La péremption d'instance

19 - L'article 386 du Code de procédure civile dispose : « l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans ».

Bien que le piège de la péremption d'instance ne soit pas spécifique à la procédure statutaire des articles R. 145-23 et suivants du Code de commerce, il est utile d'en souligner ici le caractère d'autant plus redoutable que la prescription des actions mettant en jeu des dispositions du statut des baux commerciaux est également enfermée dans un délai biennal : l'article 2243 du Code civil énonce en effet que l'interruption de la prescription est non avenue si le demandeur laisse périmer l'instance.

37. CA Nîmes, 4 juill. 2019, n° 18/04472.

38. V. n° 9.

39. Cass. 3^e civ., 2 févr. 2005, n° 03-18.402 : Bull. civ. III, n° 21.

40. CA Paris, pôle 5, ch. 3, 26 mai 2021, n° 18/28001.

41. Cass. 3^e civ., 25 janv. 2023, n° 21-20.009.

42. CA Pau, 11 oct. 2018, n° 16/02847.

43. Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, n° 01-15.508.

44. Cass. 3^e civ., 7 févr. 2007, n° 05-20.25 : Bull. civ. III, n° 19. – Cass. 3^e civ., 9 juill. 2020, n° 19-16.290.

45. Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, n° 01-15.508 : Bull. civ. III, n° 89.

46. Cass. 3^e civ., 17 sept. 2008, n° 07-17.362 : Bull. civ. III, n° 134. – CA Toulouse, 27 nov. 2013, n° 12/02273.

47. Cass. 3^e civ., 13 févr. 2002, n° 00-18.671 : Bull. civ. III, n° 38.

Le piège de la péremption peut ainsi se refermer brutalement sur les plaideurs qui n'y prennent pas garde. Certes, l'absence de toutes diligences procédurales de part ou d'autre pendant 2 ans peut révéler l'intention des parties de renoncer à poursuivre l'instance. Le principe dispositif trouve dans cette hypothèse son application naturelle : si le procès appartient aux parties, il en est de même de sa cessation lorsqu'elles s'en désintéressent. Mais c'est là une sanction dans laquelle d'aucuns voient un intérêt pour le fonctionnement de la justice en facilitant le désencombrement des rôles des juridictions, d'autant plus que le juge a désormais le pouvoir de la soulever d'office... La partie qui entend l'éviter doit donc effectuer des diligences procédurales de nature à faire progresser l'affaire⁴⁸ ou démontrant à tout le moins par des actes positifs sa volonté de poursuivre l'instance⁴⁹.

Mais en l'absence de définition légale de ce que doit être une diligence interruptive, c'est au cas par cas que le juge va la qualifier. Sous cet angle, ne sont généralement pas considérées comme des diligences pertinentes, de nature à interrompre le délai de péremption : une lettre par laquelle des parties informent le conseiller de la mise en état de l'existence de pourparlers en cours et lui demandent un nouveau délai pour conclure, sollicitent leur convocation à une audience de mise en état à l'expiration de ce délai et font connaître au magistrat leur volonté de conclure et de voir fixer l'affaire à plaider à défaut de parvenir à un accord transactionnel, même si cette lettre a été confirmée par une correspondance adressée par une autre partie au magistrat de la mise en état⁵⁰ ; ou « des demandes de renvoi, fût-ce avec l'accord de chacune des parties et après un échange de correspondance entre avocats »⁵¹ ; ou encore « la demande de renvoi, motivée par l'existence de pourparlers transactionnels dont l'aboutissement était aléatoire (qui) n'était pas de nature à faire progresser l'affaire ou à lui donner une impulsion processuelle, mais tendait seulement à la maintenir au rôle de manière figée dans la seule éventualité d'un échec des négociations, retardant au contraire l'issue de la procédure »⁵².

La longueur de certaines opérations d'expertise due à leur complexité ou à des causes personnelles affectant l'expert ou l'une des parties peut encore être telle que l'instance finisse par encourir la péremption.

20 - L'acceptation d'une médiation proposée (ou imposée) par la juridiction peut-elle être tenue pour une diligence interruptive de la péremption ?

L'on sait qu'une telle mesure interrompt la prescription (C. civ., art. 2238). Par ailleurs, aux termes de l'article 910-2 du Code de procédure civile, « la décision d'ordonner une médiation interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident mentionnés aux articles 905-2 et 908 à 910 du même code. L'interruption de ces délais produit ses effets jusqu'à l'expiration de la mission du médiateur ». Lorsqu'elle est ordonnée par le juge, la médiation est enfermée dans un délai de 3 mois, renouvelable une fois pour une même durée à la demande du médiateur (CPC, art. 131-3).

L'on sait aussi qu'aux termes de l'article 908 du Code de procédure civile, à peine de caducité de la déclaration d'appel, relevée d'office, l'appelant dispose d'un délai de 3 mois à compter de cette déclaration pour remettre ses conclusions au greffe.

Or, la cessation de la durée maximum de 6 mois de la mission du médiateur entraîne la reprise de l'instance. C'est donc à

compter de cette cessation que doit être décompté le délai de 3 mois qui est imparti à l'appelant pour conclure.

Un arrêt de la cour d'appel de Pau a ainsi déclaré caduque une déclaration d'appel déposée plus de 3 mois après la cessation du délai de 6 mois prévu pour la médiation, alors même que celle-ci était toujours en cours⁵³.

De plus, il arrive en pratique que ce délai de 6 mois soit prolongé en accord avec les parties, ou encore que la médiation judiciaire se prolonge dans le cadre d'une médiation conventionnelle.

Combiné avec une absence de diligences procédurales, le temps de la médiation peut ainsi aboutir à ce que le délai de 2 ans soit dépassé...

L'interruption des délais impartis pour conclure et former appel incident a-t-elle alors un effet sur le délai de la péremption d'instance ?

En l'absence de précision sur ce point dans l'article 910-2 précité, nous pensons avec certains auteurs que la mesure de médiation (contrairement à la convention de procédure participative) n'a pas pour effet d'interrompre le délai de l'article 386⁵⁴. D'autres auteurs suggèrent à l'inverse, sans cependant trouver un appui dans le droit positif, que la médiation entraînerait une suspension du traitement judiciaire du litige⁵⁵.

La Cour de cassation n'a pas à ce jour statué sur cette question.

Un récent arrêt de la cour d'appel de Paris⁵⁶ s'est en revanche nettement prononcé : « la médiation judiciaire, ordonnée par le juge, même avec l'accord des parties, si elle suspend certains délais de procédure, n'interrompt pas l'instance de sorte qu'elle ne suspend pas de plein droit le délai de péremption, d'autant qu'elle n'a pas pour effet de faire progresser l'instance mais de rechercher une issue alternative au différend ».

Par ailleurs, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, rendu après avis de la 2^e chambre civile, a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait jugé qu'une médiation ordonnée par la juridiction après l'expiration du délai de péremption d'instance, avec l'accord des deux parties, ne pouvait valoir renonciation de l'une d'elles à invoquer la péremption de l'instance déjà encourue⁵⁷.

La plus grande prudence s'impose donc en la matière !

Il existe à cet égard des moyens d'éviter ce piège, en cas de médiation en cours d'instance. Ainsi, devant le tribunal judiciaire, la partie qui entend se protéger contre une péremption pourra solliciter du juge de la mise en état une décision de sursis à statuer ou notifier des conclusions manifestant la volonté de poursuivre l'instance. Devant le juge des loyers, elle pourra utilement notifier un mémoire exprimant clairement cette volonté.

2. Les difficultés de la procédure

21 - Outre les pièges qu'elles recèlent, les procédures liées aux baux commerciaux suscitent souvent des difficultés qui tiennent

48. Cass. 3^e civ., 20 déc. 1994, n° 92-21.536.

49. Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2020, n° 19-15.160, P + B.

50. Cass. 3^e civ., 20 déc. 1994, n° 92-21.536.

51. Cass. 2^e civ., 23 janv. 1991, n° 89-19.582. – Cass. 3^e civ., 4 févr. 2014, n° 12-29.641.

52. Cass. 2^e civ., 17 oct. 2013, n° 12-24.057.

53. CA Pau, 28 juin 2019, n° 18/03420, confirmant sur délégué une ordonnance du conseiller de la mise en état en date du 17 octobre 2018, n° 16/01464.

54. États Généraux du droit de la famille et du patrimoine, 18^e éd., 7 et 8 mars 2022, Atelier 28, La médiation dans le domaine familial.

55. X. Lagarde, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges : Rev. arb. 2001, p. 442, cit. par J. Joly-Huard, Conciliation et médiation judiciaires : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 210, p. 148.

56. CA Paris, pôle 5, ch. 3, 23 nov. 2022, n° 22/01695.

57. Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-22.356, FS-P + B. – Et Cass. 2^e civ., avis, 25 janv. 2018, n° 16-22.356, FS-D. – Et comm. par A. Danetle : Dalloz actualité, 26 juin 2018 : « Cet arrêt vient renforcer le sentiment qu'aujourd'hui, la péremption de l'instance est davantage une mesure d'ordre qu'une conséquence du principe dispositif prenant en compte la volonté des parties d'abandonner l'instance ».

notamment au choix de la juridiction (A) aux pouvoirs du juge saisi (B) ou à l'ouverture d'une procédure collective (C).

Il s'agit ici en général d'obstacles seulement temporaires.

A. - Les difficultés tenant au choix de la juridiction

22 - En matière de baux commerciaux particulièrement, l'hésitation du demandeur peut porter tant sur le lieu de la juridiction à saisir (1°) que sur sa compétence matérielle (2°).

1° La compétence territoriale

23 - De prime abord, la règle posée par l'article R. 145-23 du Code de commerce est simple : « la juridiction territorialement compétente est celle du lieu de la situation de l'immeuble ». Cette compétence territoriale s'impose dès lors que le litige trouve sa source dans l'application des règles spécifiques au statut des baux commerciaux⁵⁸.

Cette règle est considérée comme étant d'ordre public.

Toutefois, le lieu de situation de l'immeuble n'est plus aujourd'hui en la matière le critère exclusif de compétence territoriale. En effet, un article R. 211-4.I du Code de l'organisation judiciaire, créé par l'article 3 du décret n° 2019-912 du 30 août 2019, dispose :

« En matière civile, les tribunaux judiciaires spécialement désignés sur le fondement de l'article L. 211-9-3 connaissent seuls, dans l'ensemble du département ou, dans les conditions prévues au III de l'article L. 211-9-3, dans deux départements, de l'une ou plusieurs des compétences suivantes : 2° Des actions relatives aux baux commerciaux fondées sur les articles L. 145-1 à L. 145-60 du code de commerce ».

Un décret n° 2021-1103 du 20 août 2021, entré en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2021, a désigné les tribunaux judiciaires à compétence départementale en application de l'article L. 211-9-3 du Code de l'organisation judiciaire. Ainsi, seuls certains tribunaux judiciaires (y compris leur président dans sa fonction de juge des loyers), sont désormais territorialement compétents pour statuer sur les baux commerciaux statutaires. Le texte fait en effet expressément référence aux articles L. 145-1 et suivants, ce qui implique que la compétence spéciale ne s'étend pas, par exemple, à un bail dérogatoire... du moins tant que le litige ne porte pas sur sa requalification ou sur sa transformation en bail statutaire par application de l'article L. 145-5.

Il appartient donc aux avocats de se reporter à l'annexe tableau IV-IV de la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire avant d'engager une procédure mettant en jeu des dispositions du statut.

Cependant, en vertu de l'article 48 du Code de procédure civile, il a été jugé que si les deux parties au contrat ont la qualité de commerçant au moment de la signature du contrat, la compétence territoriale d'un autre tribunal peut être convenue par une clause expresse et très apparente du bail⁵⁹. En toute hypothèse, dès lors que l'une des parties n'est pas commerçante, aucune clause dérogatoire à la compétence territoriale n'est possible⁶⁰. Il est cependant permis de se demander si les règles impératives de compétence territoriale édictées par les articles R. 145-23 du Code de commerce et, désormais, L. 211-9-3 du Code de l'organisation judiciaire – textes spéciaux à la matière des baux commerciaux statutaires –, ne dérogent pas à la règle générale du Code de procédure civile...

58. Cass. 3^e civ., 13 oct. 2021, n° 20-18.333.

59. V. par ex. : CA Paris, 16^e ch., 4 juin 2009 : Loyers et copr. 2009, comm. 237, obs. E. Chavance.

60. J.-D. Barbier, JCl. Entreprise individuelle, fasc. 1300 : Bail commercial, n° 46 et s.

2° La compétence matérielle

a) Juge des loyers ou tribunal judiciaire ?

24 - L'article R. 145-23 du Code de commerce dispose : « Les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé sont portées, quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace. Il est statué sur mémoire.

Les autres contestations sont portées devant le tribunal judiciaire qui peut, accessoirement, se prononcer sur les demandes mentionnées à l'alinéa précédent. »

La compétence « accessoire » du tribunal judiciaire est assurément destinée à éviter un dédoublement des procédures lorsqu'un litige porte à la fois sur le loyer et sur d'autres contestations.

Dans le doute, il est fortement conseillé de saisir le tribunal judiciaire chaque fois qu'à l'occasion d'une fixation de loyer, une question ne relevant pas de la compétence du juge des loyers est susceptible de se poser.

b) Tribunal judiciaire ou tribunal de commerce ?

25 - Après une longue période d'incertitude, la Cour de cassation a consacré depuis 2015 la possibilité pour un bailleur non-commerçant de saisir le tribunal de commerce lorsque le litige ne porte pas sur l'application de dispositions du statut des baux commerciaux⁶¹. Les juridictions du fond se sont alors inclinées⁶². Cette solution peut surprendre car l'article R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire (reprenant une ancienne version de l'article R. 211-4) prévoit la compétence exclusive du tribunal judiciaire en matière de « baux commerciaux à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé (...) », sans référence au statut des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce (tandis que l'article R. 211-4, dans sa version résultant du décret n° 2021-867 du 29 juin 2021 – article 3, vise expressément les « actions relatives aux baux commerciaux fondées sur les articles L. 145-1 à L. 145-60 du code de commerce » pour déterminer la compétence des tribunaux judiciaires spécialement désignés sur le fondement de l'article L. 211-9-3).

La Cour de cassation a néanmoins maintenu sa position⁶³, laquelle ne contribue certes pas à l'unification du contentieux appelée de leurs vœux par les praticiens⁶⁴.

c) Juge des référés ou juge du fond ?

26 - L'article 484 du Code de procédure civile définit l'ordonnance de référé comme « une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires. »

Dans ce cadre général, l'article 834 (ancien article 808) du code précité édicte que « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. »

De jurisprudence constante⁶⁵, le juge des référés a, sur le fondement de ce dernier texte, le pouvoir de constater le jeu de la clause résolutoire et d'ordonner l'expulsion du preneur. Par

61. Cass. 3^e civ., 10 mars 2015, n° 14-10.341. – V. sur la question, JCl. Entreprise individuelle, fasc. 1300 : Bail commercial, n° 53 et s.

62. CA Paris, pôle 5, ch. 3, 20 avr. 2022, n° 21/17961.

63. Cass. 3^e civ., 11 avr. 2019, n° 18-16.061.

64. V. D. Confino, Baux commerciaux 2016 : éd. Législ., p. 194 et s.

65. Par ex. Cass. 3^e civ., 14 janv. 2015, n° 13-15.096 et 13-19.434.

ailleurs, selon l'article 835, anciennement 809, du Code de procédure civile, « le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent, ... dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable... accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. »

Une première difficulté se pose à ce stade.

Les dispositions de l'article 835 du Code de procédure civile n'autorisent en effet le juge des référés qu'à accorder une provision, principe dont la Cour de cassation veille scrupuleusement au respect. Le 24 novembre 2021⁶⁶, la troisième chambre a ainsi censuré un arrêt ayant, après constatation de l'acquisition de la clause résolutoire insérée au bail, fixé le montant de l'indemnité trimestrielle d'occupation due par le locataire conformément aux stipulations du contrat qui prévoyait notamment une majoration de 10 % de la somme due en cas de non-paiement à l'échéance convenue, en énonçant : « En statuant ainsi, la cour d'appel, qui ne s'est pas limitée à accorder une provision, a excédé ses pouvoirs et violé le texte susvisé. »

La provision pouvant être allouée par le juge des référés n'ayant d'autre limite que celle du montant non sérieusement contestable de la créance alléguée, cette exigence de la Cour de cassation peut paraître excessive.

Elle existe cependant et elle est la conséquence directe du principe selon lequel le juge des référés ne peut statuer qu'à titre provisoire.

Si elle n'est, en principe puisque la saisine ultérieure du juge du fond est rare, que provisoire, l'ordonnance de référé présente pour le demandeur l'avantage majeur d'intervenir à l'issue d'une procédure simple et rapide.

27 - Il est dès lors tentant d'y recourir largement mais surgit alors, sur le fondement de l'article 834 du Code de procédure civile comme sur celui de l'article 835 du même code, une seconde difficulté liée au fait que les pouvoirs du juge des référés présentent une importante limite tenant à l'absence de contestation sérieuse.

Selon la définition qu'en donne le JurisClasseur procédure civile⁶⁷ « une contestation sérieuse survient lorsque l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond qui pourrait éventuellement intervenir par la suite sur ce point si les parties entendaient saisir les juges du fond... En ce sens, le juge des référés... doit analyser les moyens développés devant lui, mais est tenu de se reconnaître dépourvu de pouvoirs lorsqu'il s'agit de prendre une mesure qui supposerait un droit reconnu, alors que celui-ci n'apparaît pas incontestable ou évident... ».

Il est ainsi considéré que l'interdiction pour le juge des référés de trancher une contestation sérieuse l'empêche de se prononcer sur le statut des biens et des personnes, sur les actions en responsabilité⁶⁸ ainsi que sur la qualification ou l'interprétation d'un acte juridique⁶⁹. De la même façon, il ne peut, sauf disposition expresse l'y autorisant, prononcer la nullité d'un contrat⁷⁰.

Si le juge des référés, « juge de l'évidence », n'a plus le pouvoir de statuer dès lors que se présente une contestation sérieuse, une abondante jurisprudence lui interdit à l'inverse de se retrancher derrière la seule existence d'une défense au fond et lui fait obligation de passer outre à des contestations manifestement dépourvues de fondement.

Entre les deux positions, le juge des référés doit donc tenir une étroite ligne de crête d'autant plus délicate que l'existence d'une contestation sérieuse n'est pas laissée à son appréciation souveraine mais est contrôlée par la Cour de cassation⁷¹.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a récemment eu à exercer ce contrôle en matière de « loyers Covid ».

Le 30 juin 2022⁷² elle a tout d'abord jugé que le manquement du bailleur à son obligation de délivrance ainsi que la perte partielle de la chose louée, invoqués par le preneur pour s'opposer au paiement des loyers de la période d'interdiction de recevoir du public, ne constituaient pas des contestations sérieuses des demandes des bailleurs en paiement de provisions sur les loyers arriérés.

Par trois arrêts du 23 novembre 2022⁷³, elle a ensuite approuvé trois cours d'appel, dont celle de Nancy, d'avoir retenu, sans interpréter le contrat, que la clause de suspension du paiement du loyer à raison « de la survenance de circonstances exceptionnellement graves (telles qu'incendie de l'immeuble, etc.) affectant le bien et ne permettant pas une occupation effective et normale après la date de livraison » ne pouvait être mise en œuvre qu'à raison de la survenance d'un événement intrinsèque au bien loué, ce qui n'était pas le cas de l'interdiction de recevoir du public, et que n'existait donc pas de contestation sérieuse.

28 - Le juge des référés peut-il statuer sur l'imprévision ?

À l'occasion de la pandémie de Covid-19, nombre de locataires ont également invoqué ce moyen en référé pour tenter d'échapper au paiement de leur loyer au titre des périodes d'interdiction d'accueil du public.

Plusieurs juges des référés ont admis qu'il y avait là matière à contestation sérieuse d'une demande du bailleur afin d'acquisition de la clause résolutoire pour non-paiement dudit loyer⁷⁴, mais ont renvoyé le preneur à se pourvoir devant le juge du fond seul à même d'apprécier le bien-fondé d'une demande d'adaptation du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil.

29 - Le juge des référés peut-il désigner un expert sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile en vue de donner son avis sur le loyer de renouvellement ?

Un arrêt de la cour d'appel de Versailles a répondu par la négative, par les motifs suivants : « l'article R. 145-23 du code de commerce donne compétence au juge des loyers pour fixer le loyer du bail révisé ou renouvelé. Aux termes de ce texte, le juge des loyers est le président du tribunal de grande instance devenu le tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace. Il a une compétence exclusive pour statuer sur les litiges relatifs à la fixation des loyers des baux commerciaux renouvelés ou révisés. S'il est saisi, il peut ordonner une expertise. Le président du tribunal de grande instance devenu le tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace, contrairement aux allégations des parties n'est pas le juge des référés »⁷⁵. Mais cet arrêt a été rendu dans une espèce assez particulière où le bail prévoyait que les parties s'en remettraient, pour la fixation du loyer de renouvellement, à l'avis d'un expert chargé de « statuer » comme amiable compositeur. N'étant en désaccord que sur le nom de l'expert, elles étaient d'accord pour saisir le juge des référés, mais le bail ne visait que « le président du tribunal de grande instance »... La cour d'appel de Versailles

71. Cass. ass. plén., 16 nov. 2001, n° 99-20.114 : Bull. ass. plén., n° 13 : « Attendu qu'en statuant par ces motifs, qui ne mettent pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

72. Cass. 3^e civ., 30 juin 2022, n° 21-20.127, FSP + B.

73. Cass. 3^e civ., 23 nov. 2022, n° 21-21.867, 22-12.753 et 22-13.773, FSP + B.

74. TJ Paris, Ord. réf. prés., 21 janv. 2021, n° 20/55750.

75. CA Versailles, 14^e ch., 5 nov. 2020, n° 20/02776, aff. Mercycalis c/ Feu Vert.

66. Cass. 3^e civ., 24 nov. 2021, n° 19-26.174.

67. JCl. Procédure civile, fasc. 1200-95, réf. n° 25.

68. Cass. 2^e civ., 11 déc. 2008, n° 07-20.255.

69. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2006, n° 05-11.591.

70. Cass. soc., 23 mars 2006, n° 04-48.322.

a sans doute fait preuve ici d'un excès de juridisme. Une référence contractuelle expresse au juge des référés devrait permettre d'éviter cette embûche.

30 - Relevons une dernière difficulté procédurale potentielle, liée à la nature de l'ordonnance de référé qui, on le sait, même lorsqu'elle est « définitive », n'a pas autorité de la chose jugée au principal.

Une ordonnance constatant, même « définitivement », l'acquisition de la clause résolutoire, peut dans certaines hypothèses être remise en cause au fond devant le tribunal judiciaire. Il en est ainsi lorsque le preneur n'a pas demandé de délais devant le juge des référés mais en demande devant le tribunal statuant au fond, lequel peut les lui accorder rétroactivement en suspendant les effets de la clause résolutoire. Ce peut être également le cas si le preneur demande et obtient au fond l'annulation de la clause résolutoire ou du commandement.

D'où, ici encore, l'extrême prudence qui s'impose aux praticiens qui poursuivent l'expulsion sur la base d'une ordonnance qui peut ainsi être ultérieurement mise à néant par un jugement au fond.

B. - Les difficultés tenant aux limites des pouvoirs du juge des loyers

31 - L'on a vu⁷⁶ que le président du tribunal judiciaire ou son délégué, le « juge des loyers commerciaux », a compétence exclusive pour fixer le montant du loyer du bail révisé ou renouvelé, le tribunal judiciaire pouvant toutefois, à titre accessoire, être saisi d'une telle demande.

En raison du caractère spécial de la compétence définie par l'article R. 145-23 susvisé, imposant une interprétation stricte de celui-ci, la Cour de cassation a retenu que le juge des loyers commerciaux ne pouvait que « fixer » le montant du loyer du bail sans pouvoir « condamner » une partie au paiement de celui-ci et a en conséquence refusé d'appliquer les intérêts majorés de cinq points en cas de condamnation non exécutée dans le délai de 2 mois à compter de la décision devenue exécutoire prévue par l'article L. 313-3 du Code monétaire et financier⁷⁷.

L'interdiction pour le juge des loyers commerciaux de prononcer une condamnation au paiement du loyer est, au surplus, cohérente avec l'exercice du droit d'option par une partie au bail renouvelé, le locataire devenant en cette hypothèse rétroactivement occupant et se trouvant alors débiteur, non plus de loyers, mais d'indemnités d'occupation.

32 - Aux termes de l'article 90 du Code de procédure civile, « Lorsque le juge s'est déclaré compétent et a statué sur le fond du litige dans un même jugement rendu en premier ressort, celui-ci peut être frappé d'appel dans l'ensemble de ses dispositions.

Lorsque la cour infirme du chef de la compétence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente. »

En application de ce texte, d'où découle le principe de plénitude de juridiction de la cour d'appel, la question s'est posée de savoir si cette dernière, également juridiction d'appel du tribunal judiciaire compétent pour prononcer une condamnation, n'avait pas le pouvoir, sur recours contre une décision du juge

des loyers commerciaux, de condamner une partie au paiement de loyers.

La jurisprudence retient toutefois sur ce point que l'appel ne peut conférer à la cour une mission différente de celle du premier juge en lui donnant davantage de pouvoirs qu'à celui-ci.

En application de ce principe, il est notamment jugé que la cour d'appel, saisie d'un recours contre une ordonnance du juge des référés, ne peut statuer que dans les limites des pouvoirs de celui-ci⁷⁸. De même, la cour d'appel, statuant sur contestations de décisions du juge-commissaire ou du juge de la mise en état, n'a pas plus de pouvoir que ces juges spécialisés.

33 - Dans le droit fil de ces décisions, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a récemment exclu la compétence de la cour d'appel, statuant sur recours contre une décision du juge des loyers commerciaux, pour prononcer une condamnation au paiement des loyers en énonçant que « la cour d'appel, statuant sur l'appel d'une décision du juge des loyers commerciaux du tribunal judiciaire, qui a retenu que la locataire sollicitait la condamnation de la bailleuse au paiement d'une certaine somme, a exactement décidé que le prononcé d'une condamnation excédait ses pouvoirs. »⁷⁹.

Un arrêt, non publié, du 17 septembre 2020 est venu jeter le trouble sur les principes bien établis ci-dessus exposés en retenant que, au regard de l'obligation de restituer ce qui avait été indûment perçu définie par l'article 1376 du Code civil, le juge des loyers commerciaux fixant le prix du loyer révisé à un montant inférieur à celui du loyer versé par le preneur, était compétent pour statuer sur la demande de restitution, accessoire de la demande principale⁸⁰.

Mais le doute créé par cet important infléchissement de jurisprudence a été de courte durée puisque, par l'arrêt publié du 11 mai 2022 précédemment évoqué, la troisième chambre a retenu qu'« en application de l'article R. 145-23 du code de commerce, la compétence du juge des loyers qui lui permet, après avoir fixé le prix du bail révisé ou renouvelé, d'arrêter le compte que les parties sont obligées de faire est exclusive du prononcé d'une condamnation. »

La situation est donc à ce jour claire : ni le juge des loyers commerciaux, ni la cour d'appel statuant sur recours contre une décision prise par ce dernier, ne sont compétents pour prononcer une condamnation au paiement de loyers.

34 - Toutefois, comme relevé par l'arrêt du 11 mai 2022 susvisé, il résulte de l'article L. 145-57 du Code de commerce que « pendant la durée de l'instance relative à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, le locataire est tenu de continuer à payer les loyers échus au prix ancien ou, le cas échéant, au prix qui peut, en tout état de cause, être fixé à titre provisionnel par la juridiction saisie, sauf compte à faire entre le bailleur et le preneur, après fixation définitive du prix du loyer... »

Ce texte prévoit donc expressément l'intervention d'un compte entre les parties après fixation définitive du prix du loyer.

En application de cette disposition, de nombreux juges des loyers commerciaux, dans le souci d'éviter aux parties d'engager une nouvelle procédure dénuée d'enjeu puisque le résultat du compte entre elles leur a été donné, s'autorisent à « constater » le montant de la créance de restitution ou à « dire » que le bailleur devra restituer le trop-perçu.

La décision fixant le loyer du bail renouvelé à un prix moindre que celui qui avait été atteint par le jeu de l'indexation conventionnelle faisant naître, au bénéfice du locataire, une créance de restitution, la troisième chambre civile, rejoignant d'ailleurs les

76. n° 12.

77. Cass. 3^e civ., 18 mars 1992, n° 90-14.000 : Bull. civ. III, n° 185 : « Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que la fixation, par la juridiction des baux commerciaux, du loyer du bail renouvelé est exclusive du prononcé de toute condamnation et que le bailleur n'était donc pas fondé à calculer les intérêts légaux, sur les compléments de loyers échus, au taux majoré à l'expiration du délai de deux mois à compter du jour où la décision de fixation était devenue exécutoire. »

78. Cass. soc., 2 juill. 1974, n° 73-11.263 : Bull. civ. V, n° 402.

79. Cass. 3^e civ., 11 mai 2022, n° 20-21.689, 20-21.651 et 20-21.652, publié.

80. Cass. 3^e civ., 17 sept. 2020, n° 19-20.589.

autres chambres de la Cour de cassation, a, par un arrêt publié du 6 octobre 2016, jugé qu'une décision définitive fixant le montant du loyer constituait un titre exécutoire permettant d'agir en exécution forcée de la créance de restitution⁸¹.

Cette jurisprudence s'est développée en considération des dispositions des articles L. 111-2 et L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution aux termes desquels, d'une part, « le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur », d'autre part, constituent des titres exécutoires « les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire. »

L'article L. 111-6 du code susvisé énonçant par ailleurs que « la créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation », la décision du juge des loyers commerciaux, même limitée à la constatation de l'existence de l'obligation de payer un prix déterminé au lieu du loyer du bail expiré ou de celui fixé à titre provisionnel, peut, sans prononcer une condamnation à payer la différence entre ces prix, fonder des mesures d'exécution forcée.

L'absence de condamnation expresse à paiement ne fait donc pas obstacle à l'exécution de la décision du juge des loyers commerciaux et, en cas de contestation du débiteur du solde du compte entre les parties, la solution résidera dans le recours au juge de l'exécution.

35 - La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite « loi Pinel », dont l'un des objectifs a été la modération des loyers commerciaux, a, en son article 11, introduit une modification des articles L. 145-34, L. 145-38 et L. 145-39 du Code de commerce prévoyant de manière identique que la variation de loyer découlant de l'application de ces textes ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente.

La question s'est dès lors posée de savoir s'il revenait ou non au juge des loyers commerciaux fixant le prix d'un bail renouvelé dé plafonné, de calculer l'étalement de l'augmentation du montant du loyer.

Par un avis du 9 mars 2018⁸², la troisième chambre civile a ainsi répondu à la question posée en ce sens par le tribunal de grande instance de Dieppe : « Il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux, mais dans celui des parties, d'arrêter l'échéancier des loyers qui seront exigibles durant la période au cours de laquelle s'applique l'étalement de la hausse du loyer instauré par ce texte. »

Par arrêt du 25 janvier 2023, la Cour de cassation vient de rappeler cette règle et de l'étendre à la cour d'appel statuant sur recours contre une décision du juge des loyers commerciaux : « Ce dispositif (l'étalement de la hausse des loyers) étant distinct de celui de la fixation du loyer, il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux de statuer sur son application. Pour fixer le montant du bail renouvelé dû par la locataire aux sommes de 22 417,43 euros à compter du 1^{er} janvier 2015, de

24 659,17 euros à compter du 1^{er} janvier 2016, de 27 215,09 euros à compter du 1^{er} janvier 2017 et de 29 500 euros à compter du 1^{er} janvier 2018, l'arrêt retient que le loyer du bail renouvelé ne s'établira à ce dernier montant qu'à compter du 1^{er} janvier 2018 en application du dernier alinéa de l'article L. 145-34. En statuant ainsi, alors que saisie de l'appel d'un jugement du juge des loyers commerciaux, elle ne pouvait statuer que dans la limite des pouvoirs de celui-ci, la cour d'appel a violé les textes susvisés (les articles L. 145-34, dernier alinéa, et R. 145-23 du code de commerce.) »⁸³.

Concernant les limites de la question et des moyens soulevés, l'avis et l'arrêt susvisés n'ont pas déterminé quel était le juge compétent pour statuer en cas de désaccord des parties sur les modalités de calcul du lissage de l'augmentation du loyer. Mais il semble sur ce point que l'exclusion de la compétence du juge des loyers commerciaux implique nécessairement de retenir celle du tribunal judiciaire ou, en présence d'un premier acte d'exécution forcée, celle du juge de l'exécution.

C. - Les difficultés liées à l'ouverture d'une procédure collective

1° La neutralisation des clauses résolutoires non définitivement acquises avant le jugement d'ouverture

36 - La Cour de cassation a fixé sur ce point une doctrine très claire : « l'action introduite par le bailleur, avant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du preneur, en vue de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers ou des charges échus antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure ne peut, dès lors qu'elle n'a donné lieu à aucune décision passée en force de chose jugée, être poursuivie après ce jugement »⁸⁴.

L'avocat qui a obtenu pour son client bailleur une ordonnance de référé constatant le jeu de la clause résolutoire, le cas échéant en en suspendant les effets moyennant l'octroi de délais de paiement, a le plus grand intérêt, au moment de la signifier et pendant toute la durée du délai d'appel, à surveiller de près une éventuelle déclaration de cessation des paiements ou l'ouverture d'une procédure collective du locataire. Si un tel événement survient avant que l'ordonnance devienne définitive, il aura soin de renoncer à toute mesure d'exécution frustratoire...

2° L'action en résiliation du bail, entre juge des référés du tribunal judiciaire et juge-commissaire

37 - Aux termes de l'article L. 145-41 du Code de commerce : « Toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai.

Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge. »

Les baux commerciaux comportent très généralement une clause résolutoire stipulée au profit du bailleur dont l'objet est de sanctionner l'inexécution d'obligations découlant du contrat par la résolution de plein droit de celui-ci.

81. Cass. 3^e civ., 6 oct. 2016, n° 15-12.606 : Bull. civ. III, n° 125 : « Mais attendu que si, jusque dans le délai d'un mois suivant la signification de la décision définitive qui fixe le montant du loyer du bail renouvelé, le bailleur ou le preneur peuvent opter pour le non-renouvellement du bail, ce délai ne fait pas obstacle à l'exécution de la décision définitive fixant le montant du loyer, qui peut être poursuivie tant que le droit d'option n'est pas exercé ; Et attendu qu'ayant retenu à bon droit que les décisions en cause constituaient des titres exécutoires qui permettaient à la société Lairadis d'agir, à ses risques et péril, en exécution forcée pour recouvrer le trop-perçu des loyers versés depuis le 1^{er} mars 2007, la cour d'appel a pu décider que le congé de la locataire mettant un terme, le 28 février 2013, au bail renouvelé ne pouvait s'interpréter comme une renonciation au renouvellement du bail. »

82. Cass. 3^e civ., 9 mars 2018, n° 17-70.040 : Bull. civ. avis, n° 3.

83. Cass. 3^e civ., 25 janv. 2023, n° 21-21.943, FS-B.

84. Cass. 3^e civ., 26 mars 2020, n° 19-10.223. – Cass. 3^e civ., 4 juill. 2019, n° 18-16.453. – En dernier lieu, pour la procédure de sauvegarde, Cass. 3^e civ., 13 avr. 2022, n° 21-15.336. – Et son commentaire et les réf. cit. par Sarah Andjehaïri-Tribillac : Dalloz actualité, 16 mai 2022.

Contrairement à la résolution judiciaire de droit commun, qui doit être prononcée par le juge disposant d'un pouvoir souverain pour apprécier la gravité des manquements contractuels invoqués, la clause résolutoire écarte ce pouvoir d'appréciation. Dès lors que le manquement est établi, la sanction est automatique, le juge ne prononçant d'ailleurs pas la résiliation du bail, mais la constatant.

De par l'automatisme de ses effets, la clause résolutoire est donc un mécanisme redoutable pour le preneur se trouvant exposé à son expulsion des lieux loués, à la perte de son outil de travail et à la ruine de son fonds.

Et parce que la clause résolutoire est dangereuse, la loi est venue en limiter les effets.

En application du premier alinéa de l'article L. 145-41 susvisé, la clause résolutoire ne peut être mise en œuvre qu'un mois après la délivrance d'un commandement lequel, à peine de nullité d'ordre public, doit mentionner ce délai.

La délivrance du commandement est requise, même en cas d'infraction au bail irréversible, telle l'omission d'appeler le bailleur à concourir à un acte de cession ou de sous-location.

Le second alinéa de l'article L. 145-41 du Code de commerce permet quant à lui au juge d'accorder à l'auteur du manquement contractuel des délais de régularisation.

Lorsque la résiliation du bail n'a pas été constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis autorité de chose jugée, les délais en cause suspendent la réalisation et les effets de la clause résolutoire, laquelle ne joue en définitive pas si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge.

38 - Mais qu'en est-il de la résiliation du bail en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur ?

La soumission du locataire à une telle procédure n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail commercial.

En vertu du principe, d'ordre public, de continuation du contrat en cours au jour du jugement d'ouverture, ledit contrat ne peut en effet être résilié ou résolu du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, toute disposition contraire étant réputée non écrite.

En matière de liquidation judiciaire, l'article L. 641-12 du Code de commerce opère une distinction fondamentale entre la résiliation pour des causes antérieures au jugement d'ouverture et celles pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure à ce jugement.

Comme nous venons de l'évoquer, en application du principe de l'arrêt des poursuites individuelles posé par l'article L. 622-21 du Code de commerce, le bailleur ne peut agir en résiliation ou constat de l'acquisition de la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers ou des charges échus antérieurement au jugement d'ouverture.

En revanche, aux termes de l'article L. 641-12, 3° du Code de commerce, « le bailleur peut également demander la résiliation judiciaire ou faire constater la résiliation de plein droit du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire, dans les conditions prévues aux troisième à cinquième alinéas de l'article L. 622-14. »

L'article L. 622-14, auquel renvoie l'article L. 641-12, 3°, dispose quant à lui « sans préjudice de l'application du I et du II de l'article L. 622-13, la résiliation du bail des immeubles donnés à bail au débiteur et utilisés pour l'activité de l'entreprise intervient dans les conditions suivantes... »

2° Lorsque le bailleur demande la résiliation ou fait constater la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, le bailleur ne pouvant agir qu'au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement.

Si le paiement des sommes dues intervient avant l'expiration de ce délai, il n'y a pas lieu à résiliation.

Nonobstant toute clause contraire, le défaut d'exploitation pendant la période d'observation dans un ou plusieurs immeubles loués par l'entreprise n'entraîne pas résiliation du bail. »

L'article R. 641-21, 2° du Code de commerce édicte enfin que « le juge-commissaire constate, sur la demande de tout intéressé, la résiliation de plein droit des contrats dans les cas prévus au III de l'article L. 641-11-1 et à l'article L. 641-12 ainsi que la date de cette résiliation. »

Le défaut de paiement des loyers et charges postérieurement à l'ouverture de la liquidation judiciaire constitue donc une cause de résiliation du bail.

Cependant, afin que l'entreprise en difficulté ne soit pas trop rapidement privée de son local d'exploitation, le législateur a imposé au bailleur un délai d'attente, ou « de carence », de 3 mois avant d'agir en résiliation.

S'agissant d'un délai d'action, l'introduction de l'instance avant son écoulement entraîne l'irrecevabilité de la demande.

Le point de départ du délai est soit la date du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, lorsque celle-ci est prononcée immédiatement, soit celle du jugement d'ouverture de la sauvegarde ou du redressement judiciaire, en cas de conversion de la procédure en liquidation judiciaire.

La jurisprudence considère que l'existence de cette procédure spécifique en droit des procédures collectives ne prive pas le bailleur d'agir en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire insérée au bail commercial⁸⁵.

En conséquence, le bailleur qui entend faire constater la résiliation du bail pour défaut de paiement de loyers postérieurs au jugement d'ouverture, peut agir :

- soit en acquisition de la clause résolutoire insérée au bail commercial, c'est-à-dire en pratique le plus souvent devant le juge des référés mais également devant le tribunal judiciaire ;
- soit devant le juge-commissaire en constatation de la résiliation de plein droit sur le fondement des articles L. 641-12, 3° et L. 622-14 du Code de commerce.

Mais comment articuler ces deux procédures ?

39 - À cet égard, des divergences sont apparues, en doctrine comme en jurisprudence, pour savoir si le bailleur devait, en agissant devant le juge-commissaire, respecter les dispositions d'ordre public de l'article L. 145-41 du Code de commerce précédemment évoqué imposant la signification préalable d'un commandement et offrant un délai d'un mois au preneur pour mettre fin à l'infraction.

Plusieurs cours d'appel, dont celle de Paris, ont considéré que le fait pour le bailleur d'opter pour la saisine du juge-commissaire plutôt que pour celle du juge des référés ne le dispensait pas de la délivrance préalable du commandement visant la clause résolutoire, les dispositions de l'article L. 622-14 du Code de commerce ne dérogeant pas à celles d'ordre public de l'article L. 145-41.

Par une série d'arrêts intervenus les 9 octobre 2019, 15 janvier 2020, 26 février 2020 et 18 mai 2022⁸⁶, la chambre commer-

85. Cass. com., 10 juill. 2001, n° 99-10.397 : Bull. civ. IV, n° 133 : « la compétence donnée au juge-commissaire par l'article 61-1 du décret du 27 décembre 1985, introduit par le décret du 21 octobre 1994, pour constater la résiliation de plein droit des contrats poursuivis après l'ouverture de la procédure collective n'exclut pas la compétence du juge des référés, appelé à statuer en application de la clause résolutoire insérée au bail et de l'article 25 du décret du 30 septembre 1953, indépendamment du déroulement de la procédure collective. »

86. Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-17.563. – Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-28.127. – Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-20.859, 18-20.860 et 18-23.350 et 18-23.521. – Cass. com. 18 mai 2022, n° 20-22.164, FSP + B.

ciale de la Cour de cassation a mis fin à cette controverse en décidant⁸⁷ qu'« en application des articles L. 641-12, 3°, et R. 641-21, alinéa 2, du code de commerce, lorsque le juge-commissaire est saisi, sur le fondement du premier de ces textes, d'une demande de constat de la résiliation de plein droit du bail d'un immeuble utilisé pour l'activité de l'entreprise, en raison d'un défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire du preneur, 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.

En conséquence, le bailleur, qui agit devant le juge-commissaire pour lui demander la constatation de la résiliation de plein droit du bail, sans revendiquer le bénéfice d'une clause résolutoire, n'est pas dans l'obligation de délivrer le commandement exigé par l'article L. 145-41 du code de commerce. »

Et, par arrêt du 24 novembre 2021⁸⁸, la troisième chambre civile a adopté une position strictement similaire en jugeant que « Pour rejeter la demande de constatation de la résiliation de plein droit du bail, l'arrêt constate que le bail commercial contenait une clause résolutoire, et retient qu'il appartenait aux bailleurs, préalablement à la mise en œuvre des articles L. 641-12 et L. 622-14 du code de commerce, de délivrer un commandement de payer. En statuant ainsi, alors que les bailleurs, qui agissaient devant le juge-commissaire pour demander la constatation

de la résiliation du bail sur le fondement de l'article L. 641-12, 3°, sans revendiquer le bénéfice de la clause résolutoire, n'étaient pas dans l'obligation de délivrer le commandement exigé par l'article L. 145-41 du code de commerce, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé les textes susvisés. »

La situation est donc désormais claire : le bailleur saisissant le juge commissaire en constatation de la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges postérieurs à l'ouverture de la liquidation judiciaire n'a, peu important l'insertion au contrat d'une clause résolutoire, pas à délivrer le commandement prévu par l'article L. 145-41 du Code de commerce.

Il s'agit certes d'un élément favorable au bailleur, mais compense-t-il la limitation des pouvoirs du juge-commissaire à la constatation de la résiliation du bail, sans pouvoir accorder une provision et ordonner l'évacuation des lieux ? Il est permis d'en douter.

Conclusion

40 - Au terme de ce panorama, l'on voit bien comment, dans cette matière déjà complexe qu'est le droit des baux commerciaux, une insuffisante maîtrise des règles de procédure peut mettre à mal un droit, par des pièges parfois fatals ou des difficultés fortement pénalisantes. Le principe de compétence qui, est-il besoin de le rappeler, est un devoir professionnel de l'avocat, impose, outre une formation permanente, une très grande vigilance avant l'engagement de toute procédure, tout particulièrement en ce domaine !■

87. Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-17.563.

88. Cass. 3^e civ., 24 nov. 2021, n° 20-20.973, inédit.