

Cette lettre d'information de novembre 2019 rédigée par Jean-Pierre Blatter, Jean-Luc Seynaeve, Philippe Chatellard, Winifred Blatter Hodara et Samuel Guillaume, avocats associés, vous signale les informations apparues importantes au cours du dernier mois.

1 / Législation

L'ordonnance n° **2019-1101 du 30 octobre 2019** portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis et le rapport au Président de la République qui la précède ont été publiés au journal officiel du 31 octobre 2019.

2/ Jurisprudence et commentaires

ERRATUM : Cass. 3^{ème} civ., 12 sept. 2019, n° 18-18218 : notre lettre d'actualité d'octobre 2019.

Le commentaire de l'arrêt du 12 septembre 2019, n° 18-18218 avait été effectué « à chaud » dès la publication de la décision.

Une seconde lecture du conclusif de l'arrêt, rédigé certes en des termes qui pouvaient paraître trompeurs, nous conduit à une vision différente qui consiste à penser que la Cour de cassation a considéré que le repentir du bailleur, qui comportait une proposition de modification substantielle du mode de détermination du loyer, n'était pas valable.

On renverra sur ce point au commentaire de cet arrêt par Jean-Pierre Blatter qui paraîtra dans un prochain numéro de l'Actualité Juridique Droit Immobilier et dont la conclusion est la suivante :

« On doit conclure par conséquent qu'un tel repentir, faute d'être pur et simple, n'est pas valable, ainsi que le juge la Cour de cassation, en énonçant la règle selon laquelle le repentir entraîne le renouvellement du bail, étant sous-entendu que ce renouvellement du bail intervient aux mêmes clauses et conditions, hormis le montant du loyer (dont les modalités de fixation ne peuvent cependant être bouleversées) ». Il n'aurait été régulier que s'il n'avait pas été affecté par cette condition de modification substantielle quant au mode de détermination du loyer.

- **Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-17563, P + B + I : lorsque le juge-commissaire est saisi sur le fondement de l'article L. 641-12 du code de commerce, d'une demande de constat de la résiliation de plein droit 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.**

Cet arrêt casse l'arrêt qui avait été rendu le 4 avril 2018 par la 8^{ème} chambre du pôle 5 de la cour d'appel de Paris (n° 17/19289) et met fin ainsi à la jurisprudence qui avait été inaugurée et instaurée par cet arrêt (CA Paris, ch. 5-8, 5 juin 2018, n° 17-12676, n° 17-12668, n° 17/13025 ; CA Paris, ch. 5-9, 4 avr. 2019, n° 17/18322).

Cet arrêt du 4 avril 2018 était apparu révolutionnaire au regard de la lecture qui avait été faite jusqu'à présent des articles L. 622-14 et L. 641-12 du code de commerce et des pouvoirs propres du juge-commissaire pour constater la résiliation de plein droit pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire dans les conditions prévues aux 2° et 3° des articles L. 622-14 et L. 641-12.

En effet, ces articles prévoient que la résiliation du bail des immeubles donnés à bail au débiteur et utilisés pour l'activité de l'entreprise, peut intervenir 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 du délai de trois mois à compter dudit jugement.

Les articles R. 622-13 et R. 641-21 énoncent tous deux que le juge-commissaire constate la résiliation des contrats dans les cas prévus aux articles L. 622-13, L. 622-14 et L. 641-12.

Il avait, jusqu'à présent, été considéré que le juge-commissaire disposait ici d'un pouvoir propre qu'il pouvait exercer dès l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement déclaratif, l'avantage résultant précisément, dans le fait que cette procédure spécifique dispense le bailleur des formalités de l'acquisition de la clause résolutoire, c'est-à-dire du commandement préalable et de l'écoulement du délai d'un mois (en ce sens, J.-P. Blatter, *Traité des Baux commerciaux*, Le Moniteur, 2017, 6^{ème} éd., n° 616).

Le bailleur avait donc toujours intérêt à saisir le juge-commissaire qui ne peut par conséquent, ni accorder des délais, ni suspendre les effets de la clause résolutoire, même si l'on sait qu'à la suite de sa décision il sera nécessaire d'obtenir une ordonnance de référé pour obtenir l'expulsion.

Dans son arrêt du 4 avril 2018 et dans des arrêts postérieurs, la cour d'appel de Paris avait jugé au contraire que « *les dispositions de l'article L. 622-14 du code de commerce ne dérogent pas aux dispositions de l'article L. 145-41 du même code prévoyant en cas de clause résolutoire la délivrance préalable d'un commandement, le liquidateur pouvant se prévaloir des dispositions de l'article L. 145-41 susmentionné et solliciter des délais de paiement ainsi que la suspension des effets de la clause résolutoire* ».

La cour d'appel poursuivait :

« *Le fait d'opter pour la saisine du juge-commissaire plutôt que pour le juge des référés, d'une demande en constat de la résiliation du bail ne dispense pas de la délivrance préalable d'un commandement de payer visant la clause résolutoire et le statut des baux commerciaux s'applique quelque soit le juge saisi en raison de son caractère d'ordre public, la résiliation de plein droit d'un contrat de bail en cours par le juge-commissaire, en application des articles L. 622-14 et R. 662-13 du code de commerce devant intervenir sans préjudice de l'article L. 145-41 du même code* ».

Dans ses arrêts postérieurs, la cour d'appel de Paris précisait :

« *Les dispositions de l'article L. 622-14 du code de commerce ne dérogent pas aux dispositions de l'article L. 145-41 du même code* ».

C'est donc cette jurisprudence qui est mise à néant par un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation qui, au contraire, reconnaît la singularité de la procédure de l'article R. 641-21 alinéa 2 du code de commerce et les pouvoirs propres du juge-commissaire, procédure totalement distincte de celle mise en œuvre en application de l'article L. 145-41 du code de commerce, c'est-à-dire la clause résolutoire prévue au bail, pour autant qu'elle existe.

Il apparaît en effet que contrairement à ce que considère un auteur (F. Kenderian : *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, LexisNexis, 4^{ème} éd., n° 94), le terme de « constatation » ne fait pas nécessairement référence à l'existence d'une clause résolutoire.

Après avoir énoncé la règle de principe ci-dessus exprimée selon laquelle la procédure devant le juge commissaire obéit à des conditions spécifiques, le conclusif de l'arrêt est particulièrement clair :

« *Qu'en statuant ainsi alors que le bailleur, qui agissait 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'était 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* ».

On sait que la motivation des magistrats de la cour d'appel de Paris était fondée sur l'idée que le locataire faisant l'objet d'une procédure collective ne devait pas bénéficier de moins de garantie que celui qui était *in bonis*.

Il n'en demeure pas moins que les dispositions légales sont spécifiques au régime des entreprises en difficulté, qui est lui-même d'ordre public et que l'on ne saurait concevoir que le bailleur ne puisse solliciter du juge-commissaire la constatation de la résiliation du bail dans des hypothèses où le bail serait dépourvu d'une disposition contractuelle prévoyant la clause résolutoire, ce qui existe.

Certes, le bailleur dispose, lorsque le bail comporte une clause résolutoire, du choix de son action qui, de toute façon ne peut être engagée que trois mois après le jugement déclaratif : faire délivrer un commandement, puis saisir le juge des référés, lequel pourra, certes accorder des délais et suspendre les effets de la clause résolutoire, mais également ordonner l'expulsion par une décision exécutoire de plein droit ou, saisir le juge-commissaire pour qu'il constate la résiliation de plein droit du bail pour défaut de paiement sans possibilité pour lui d'accorder des délais de paiement et de suspendre les effets d'une clause résolutoire qui n'a pas été mise en œuvre, mais à charge ensuite pour le propriétaire de solliciter du juge des référés l'expulsion d'un occupant devenu sans droit ni titre, lequel n'aura plus, comme le juge de l'exécution, que le pouvoir d'accorder des délais non sur le fondement de l'article 1343-5 du code civil (qui ne concerne que les délais de paiement) mais sur celui de l'article 808 du code de procédure civile.

- **Cass. 3ème civ., 10 octobre 2019, n° 18-19662 : L'indemnité d'éviction due au preneur sortant ne doit réparer que le préjudice qu'il a subi, sans que cette indemnité puisse comprendre les frais de déménagement des locaux loués par le sous-locataire, ni ses frais de réinstallation, de communication et du double loyer, qui étaient en partie supportés par le sous-locataire.**

En l'état d'un droit au paiement de l'indemnité d'éviction judiciairement acquis au locataire, après une discussion devant la cour d'appel, au motif que le preneur en avait sous-loué une partie, les magistrats, pour lui accorder une certaine somme au titre des indemnités d'éviction et indemnités accessoires, ont retenu que les locaux formant un tout indivisible, la sous-locataire n'ayant pas de droit direct au renouvellement du bail, la locataire principale devait être indemnisée de son éviction de la totalité des locaux, y compris de la partie sous-louée, « *qu'il s'en déduit que l'ensemble des préjudices résultant de l'éviction doit être pris en compte sans distinguer les sociétés occupantes* » (CA Paris, ch. 5.3, 7 mai 2018, n° 16/15172).

L'arrêt est cassé sur la seule question du calcul des accessoires de l'indemnité d'éviction, la Cour de cassation énonçant que l'indemnité d'éviction du preneur sortant ne doit réparer que le préjudice qu'il a subi et que par conséquent c'était à tort que la cour d'appel l'avait indemnisé des frais de déménagement des locaux sous-loués, ainsi que des frais de réinstallation qui comprenaient des frais de communication et de double loyer qui étaient en partie supportés par la sous-locataire.

Le raisonnement qui avait conduit la cour d'appel à cette conclusion, tenait au fait que s'agissant d'une sous-location partielle, d'une part, le bail comportait une clause d'indivisibilité conventionnelle et, d'autre part, la configuration des locaux révélait qu'ils formaient un tout indivisible.

Elle a conclu que dans ces conditions la société sous-locataire n'avait pas droit au renouvellement direct du bail « *de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer le préjudice causé spécifiquement à la société VIZONA (locataire principale), en raison de sa propre activité, l'ensemble des préjudices résultant de l'éviction devant être pris en compte sans distinguer les sociétés occupantes* », la société VIZONA devant être indemnisée du fait de son éviction de la totalité des locaux loués, y compris de la partie sous-louée.

C'est précisément sur cette motivation qu'intervient la cassation.

La valeur du droit au bail, calculée sur la totalité des locaux n'était pas, quant à elle, discutée.

En revanche, la cour d'appel avait considéré que l'ensemble des préjudices résultant de l'éviction doit être pris en compte sans distinguer les sociétés occupantes et par conséquent a retenu, au titre des frais de déménagement, la totalité de ceux-ci y compris ceux du sous-locataire, de même pour les frais de communication, les frais de réinstallation et les frais de double-loyer, alors que la société propriétaire contestait chacun des éléments de cette liste, notamment le double loyer, en soutenant qu'ils seraient partagés avec la société sous-locataire. Ce moyen avait été également écarté.

Le moyen de cassation soutenait qu'en présence d'une sous-location partielle, le locataire ne peut pas prétendre à la réparation du préjudice causé par l'éviction de la totalité des lieux y compris ceux sous-loués.

Les principes qui fondent cette jurisprudence ne sont pas nouveaux.

Des arrêts anciens avaient déjà décidé qu'en cas de sous-location partielle, comme c'est le cas ici, le locataire pourrait n'obtenir le renouvellement de son bail que pour la partie qu'il exploite effectivement, ou, solution corrélative, qu'il puisse n'obtenir l'indemnité d'éviction, que pour le seul fonds exploité par lui (Cass. com., 30 nov. 1955, JCP 1956, 9162 ; Cass. 3^{ème} civ., 21 mars 1973, AJPI 1974, p. 615), à l'exception de celui de son sous-locataire.

La solution est donc conforme à ce principe de la réparation du seul préjudice subi par le preneur.

- **Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2019, n° 18-24077, P + B + I : l'article L. 145-4 du code de commerce dans sa rédaction actuelle confère au preneur la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale au moins six mois à l'avance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire.**

Par cet arrêt publié sur le site Internet de la Cour de cassation, la haute juridiction casse un arrêt rendu par la cour d'appel de Caen, le 6 septembre 2018 (n° 16/02685).

La société QUALITERRE était sous-locataire, titulaire d'un bail commercial qui lui avait été consenti par acte du 1^{er} septembre 2010, prenant effet en même temps que le bail principal.

La société QUALITERRE, sous-locataire, a délivré une première fois un congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception le 29 août 2013 pour le 31 décembre 2013.

Ce congé était à l'évidence irrégulier puisque, à l'époque considérée, la loi ne permettait pas de délivrer congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, alors que de surcroît le délai de six mois n'était pas respecté.

Aussi, la société QUALITERRE a-t-elle réitéré son congé pour la période triennale suivante par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 16 février 2016 et pour déclarer ce congé également irrégulier, la cour d'appel de Caen jugeait que ce congé était régi par l'article L. 145-9 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi numéro 2015-990 du 6 août 2015 imposant la délivrance du congé par acte extrajudiciaire.

Or, il n'en était rien puisque précisément l'article L. 145-4 du code de commerce, modifié par la même loi, a permis que le congé soit délivré par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire.

Aussi, visant ces deux articles, la cour d'appel de Caen est-elle sanctionnée pour violation de la loi, le premier, l'article L. 145-4 par refus d'application, le second, L. 145-9 par fausse application.

Quelles conséquences doit-on tirer de cet arrêt qui, au fond ne fait qu'appliquer strictement la règle de droit puisque le deuxième alinéa de l'article L. 145-4, depuis qu'il a été modifié par la loi du 6 août 2015, énonce que :

« Toutefois, le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, au moins six mois à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire ».

Le congé délivré par la société QUALITERRE était donc parfaitement régulier.

La véritable question qui se pose, par-delà le congé triennal du preneur, est autre mais n'est pas réglée par cet arrêt sauf à considérer que sa publication immédiate présente un caractère prémonitoire.

En effet, s'il est certain que désormais le congé du bailleur ne peut être valablement délivré que par acte extrajudiciaire et que le congé triennal du locataire peut être délivré par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la question de savoir si le congé délivré par le locataire pour le terme du bail (qui n'est généralement qu'une troisième échéance triennale, sauf si le bail a été conclu pour dix ans) ou ultérieurement en cours de tacite prolongation peut être délivré par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou doit être délivré par acte extrajudiciaire, dans les formes prévues par l'article L. 145-9.

Certains auteurs ont entendu limiter la faculté de délivrer congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour le preneur qu'aux seules échéances triennales.

D'autres considèrent (en ce sens J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, Le Moniteur, 6^{ème}éd. 2017, n° 378 et ss) que ces deux articles distincts régissent désormais, le premier le congé du preneur, pour quelque échéance que ce soit, le second, le congé du bailleur, de sorte que le congé du preneur pourrait en toutes circonstances être délivré par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qu'il s'agisse des échéances triennales, du terme du bail ou encore de toute autre date en cours de tacite prolongation.

Il faudra sans doute attendre un prochain arrêt de la Cour de cassation pour en être certain toutefois.