

Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés - Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

396^e année - 30 NOVEMBRE 2007 - N° 240 - 1,40 euro

En ligne sur **lextenso.fr**

| | | |
|---------------|--|----|
| ACTUALITÉ | CALENDRIERS | 2 |
| | ENTRETIEN | 3 |
| | Jacques Potdevin, président de la Fédération européenne des experts-comptables « La profession comptable libérale ne doit pas avoir peur de l'Europe » Propos recueillis par Olivia Dufour | |
| DOCTRINE | DROIT DES SOCIÉTÉS | 6 |
| | Michel Fourriques Optimisation fiscale et abus de droit par fraude à la loi : le cas des sociétés d'exercice libérale | |
| | BAUX COMMERCIAUX | 8 |
| | Jean-David Guedj Des obligations du bailleur ou du risque de méconnaître le droit d'information du créancier nanti sur le fonds de commerce exploité par le preneur ! | |
| | BIBLIOGRAPHIE | 11 |
| | Jérôme Onno Kelsen, plaider la démocratie, par Sandrine Baume | |
| JURISPRUDENCE | DROIT DE LA CONCURRENCE | 13 |
| | Linda Arcelin-Lécuyer La vaine résistance des petits concessionnaires automobiles à la réorganisation des réseaux (Cass. com., 26 juin 2007) | |
| | DROIT DES OBLIGATIONS | 22 |
| | Rabih' Chendeb Devoir de mise en garde du banquier à l'égard d'emprunteurs non avertis : les précisions de la chambre mixte (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 ; 2 arrêts) | |
| CULTURE | LES SAVEURS DU PALAIS | 29 |
| | Laurencé de Vivienne La Nouvelle Athènes pour les amateurs de jazz | |
| | VENTES PUBLIQUES | 30 |
| | Bertrand Galimard Flavigny Théâtre sous la paille | |

[REPÈRES]

■ page 3

« La profession comptable libérale ne doit pas avoir peur de l'Europe »

Entretien avec Jacques Potdevin

Les experts-comptables sont-ils surdiplômés ? La responsabilité des auditeurs peut-elle demeurer illimitée au risque d'entraîner la disparition de l'un des quatre grands réseaux mondiaux d'audit et de conseil ? Autant de questions qui préoccupent actuellement la profession comptable libérale, en France comme en Europe. Jacques Potdevin, président de la Fédération européenne des experts-comptables, nous livre son analyse sur ces grands dossiers et invite à cette occasion sa profession à ne pas craindre l'Europe. Pour lui en effet, celle-ci finit toujours par adopter des positions raisonnables.

www.petites-affiches.com

Rédaction (32 pages) - Annonces pour les départements 75, 92, 93, 94 (48 pages)

ÉDITION
QUOTIDIENNE
DES JOURNAUX
JUDICIAIRES
ASSOCIÉS

Petites **a**ffiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

LA LOI
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

DES OBLIGATIONS DU BAILLEUR OU DU RISQUE DE MÉCONNAÎTRE LE DROIT D'INFORMATION DU CRÉANCIER NANTI SUR LE FONDS DE COMMERCE EXPLOITÉ PAR LE PRENEUR !

La jurisprudence attache actuellement une importance grandissante à la protection effective des créanciers nantis sur un fonds de commerce en attirant l'attention des bailleurs sur les obligations informatives pesant sur eux dans tous les cas de résiliation anormale du bail et notamment de défaut de paiement du preneur et en précisant le régime d'application de l'article L. 143-2 du Code de commerce (1).

La combinaison des règles du formalisme informatif auquel est soumis le bailleur d'un fonds de commerce à l'égard du créancier nanti de son preneur lorsqu'il poursuit la résiliation du bail et des règles de procédure civile relatives à l'intérêt à agir et à l'indivisibilité des effets d'une décision de justice est en passe de devenir un cocktail explosif pour le bailleur !

En l'espèce, une société preneuse, qui rencontrait des difficultés passagères de trésorerie du fait des conséquences des événements du 11 septembre 2001, s'est vu signifier par son bailleur le 11 septembre 2002 un commandement de payer visant la clause résolutoire.

Le preneur a logiquement pris l'initiative de saisir le juge des référés près le Tribunal de grande instance de Paris sollicitant outre des délais de paiement la suspension de la clause résolutoire.

De son côté, le bailleur a demandé à titre reconventionnel l'acquisition de la clause résolutoire et l'expulsion de son locataire sans cependant prendre soin de notifier cette action au créancier nanti sur le fonds, comme lui en faisait pourtant obligation les dispositions de l'article L. 143-2 du Code de commerce destinées précisément à protéger les créanciers du titulaire du fonds de commerce !

Une ordonnance de référé rendue le 7 novembre 2002 par le président du Tribunal de grande instance de Paris — et qui n'a pas non plus fait l'objet d'une signification au créancier nanti — a alors, accordé au locataire six mois de délais de paiement conditionnant la suspension de la clause résolutoire au strict respect des échéances prévues tant pour les arriérés que pour les loyers courants.

Le preneur après avoir respecté l'échéancier prévu durant plusieurs mois a réglé avec quelques jours de retard le loyer courant, et s'est vu immédiatement délivrer un commandement de quitter les lieux le 17 janvier 2003.

Le créancier nanti n'a été informé de la procédure d'expulsion en cours qu'à l'été 2004 assignant immédiatement le bailleur à jour fixe devant le Tribunal de grande instance de Paris aux fins d'obtenir la rétractation de l'ordonnance du 7 novembre 2002 et de tous les actes subséquents et donc notamment du constat de la résiliation du bail !

Le Tribunal de grande instance de Paris a, par jugement du 4 novembre 2004, déclaré l'action de la banque, créancier nanti, recevable, mais s'est logiquement déclaré incompétent au profit du juge des référés.

Appel ayant été interjeté par le bailleur le juge des référés a sursis à statuer par ordonnance du 18 décembre 2004, tandis que la Cour

d'appel de Paris a mis fin à cette procédure parallèle par arrêt du 20 septembre 2006, en déclarant le bailleur irrecevable en son appel.

Le juge des référés près le Tribunal de grande instance de Paris a alors le 11 décembre 2006, fait droit à la demande du créancier nanti — la banque en l'occurrence — en ordonnant la rétractation de l'ordonnance de référé du 7 novembre 2002, dans l'ensemble de ses effets et à l'égard de toutes les parties (2) : le bail liant le bailleur et le preneur continuant donc à produire tous ses effets par une sorte de résurrection juridique !

La Cour d'appel a confirmé par une décision devenue définitive le 22 juin 2007 redonnant ainsi sans contestation vie au bail (3) !

Ces décisions révèlent l'attachement de la jurisprudence à une protection effective des créanciers nantis (I) et doivent attirer l'attention de tous les bailleurs sur les obligations informatives pesant sur eux dans tous les cas de résiliation anormale du bail et notamment de défaut de paiement du preneur sous peine de se voir très lourdement sanctionnés (II).

I. La protection effective des créanciers nantis sur le fonds

Les obligations informatives pesant sur le bailleur en faveur du créancier nanti revêtent un caractère protecteur (A) dont la jurisprudence assure l'effectivité en adoptant une appréciation souple du droit d'action du créancier (B).

A. La finalité protectrice des obligations informatives pesant sur le bailleur

L'article L. 142-3 du Code de commerce dispose notamment que : « Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits... ».

Cette information vise à protéger le créancier nanti du titulaire du fonds de commerce qui se trouve en effet dépourvu de toute garantie du fait du déperissement de son « gage » lorsque la résiliation du bail entraîne la disparition du fonds de commerce exploité dans les lieux !

Toute résiliation anormale du bail doit donc être notifiée aux créanciers munis d'un privilège ou d'un nantissement afin d'éviter son déperissement !

Ainsi l'ordonnance de référé du 11 décembre 2006 précise-t-elle que

(1) Cass. com., 16 octobre 2007, pourvoi n° 05-19.756.

(2) Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1976, Bull. civ. III, n° 266, jurisprudence constante.

(3) CA Paris, 14^e ch. B., 22 juin 2007.

le préjudice causé par le défaut de notification tient au fait d'avoir été privé d'une information essentielle que la publicité légalement prévue était destinée à assurer, alors que la banque créancier nanti avait précisément pris soin de prendre une garantie sur le fonds de commerce afin d'éviter tout risque de concours et *a fortiori* de la disparition de l'objet même de sa sûreté !

Le juge des référés a également souligné l'intérêt de la notification de la procédure de résiliation du bail commercial au créancier nanti, celle-ci lui ouvrant en effet la possibilité non seulement de se substituer au locataire dans le paiement des loyers, mais également d'intervenir s'il y a lieu, à l'instance, et d'appeler plus généralement le locataire au strict respect de ses obligations, voire de prendre des dispositions alternatives afin de sauvegarder sa créance.

C'est donc l'utilité même de l'inscription du nantissement et de l'obligation de notification de la procédure en résiliation d'un bail commercial au créancier nanti qui se trouve ainsi explicitée et renforcée.

B. Le droit d'action du créancier nanti destinataire de cette information

Il existe logiquement un lien indéfectible entre la qualité de créancier nanti, l'existence même « du gage » et la protection apportée du fait de l'information délivrée par le bailleur, la seule qualité de créancier nanti cristallisant dès lors son intérêt à agir.

Cependant, le juge des référés qui s'est de plus prononcé sur la date à laquelle doit s'apprécier le droit au succès de l'action à savoir la date à laquelle le préjudice qui résultait du défaut de notification (4) de la demande du bailleur a pris naissance — soit au jour de la demande reconventionnelle d'acquisition de la clause résolutoire — retient en l'espèce une conception très souple de la nécessité de ce lien.

Le juge des référés distingue en effet le droit à ce que l'on pourrait qualifier de succès de l'action de l'intérêt à agir, conditionnant la recevabilité de l'action, qui s'apprécie lui au jour de l'introduction de l'instance (5) ou encore au jour où l'action en tierce opposition est engagée, ainsi que l'a décidé le jugement du 4 novembre 2004, confirmé sur ce point par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 septembre 2006.

Or cette distinction constitue une protection essentielle du créancier nanti qui en l'espèce n'était plus titulaire du nantissement au jour de son intervention !

En effet, la juridiction a considéré qu'il s'agissait de protéger effectivement ses droits et que son statut de créancier nanti au jour de la demande reconventionnelle de résiliation du bailleur entraînait *de*

facto la reconnaissance de son intérêt à agir et ce même s'il n'avait plus cette qualité au jour de son intervention.

Il s'agit dès lors d'un aménagement *in favorem* qui en réalité s'explique parfaitement par les conséquences induites par le défaut d'information de la part du bailleur qui entraîne en effet l'anéantissement de la résiliation (6) !

II. Les risques encourus par le bailleur

La carence du bailleur est lourdement sanctionnée (A) et l'oblige à présent à une grande vigilance dans le respect du formalisme informatif qui lui est imposé (B).

A. L'anéantissement de la procédure de résiliation en cas de défaut de paiement du preneur

La sanction de l'absence de notification faite par le bailleur est en effet automatique et implacable !

Il s'agit de la rétractation pure et simple de l'ordonnance de référé en l'espèce ainsi que de tous les actes subséquents : la procédure de résiliation pour défaut de paiement des loyers est totalement anéantie et le bail continue dès lors de produire ses effets à l'égard de toutes les parties en raison du caractère indivisible des obligations nées du bail, la rétractation produisant son effet de plein droit (7).

Il existe en effet une incompatibilité totale entre la résiliation du bail entre le bailleur et le preneur et l'inopposabilité d'une telle résiliation au créancier !

L'obligation d'information du créancier nanti revêt donc à présent une réelle efficacité au regard des risques encourus par le bailleur.

En effet le risque pris par le bailleur est très sévèrement sanctionné dans la mesure où toute procédure de résiliation diligentée notamment en cas de défaut de paiement des loyers par le preneur est tout simplement anéantie, le bail ressuscitant et les parties se trouvant en l'état antérieur à nouveau confrontées aux difficultés de paiement des loyers !

B. Une vigilance accrue dans le respect du formalisme informatif imposé au bailleur

Dès lors le bailleur doit délivrer en cas de résiliation anormale du bail consenti une information immédiate au créancier nanti quelle que soit la voie de droit envisagée.

Cette information par voie de notification émanant impérativement du bailleur, ce dernier doit prendre garde de délivrer une information claire et non équivoque afin de permettre au créancier nanti d'agir en temps utiles (8).

(4) À propos duquel la jurisprudence constante considère qu'il ne peut plus être suppléé ultérieurement.

(5) Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2003, pourvoi n° 01-03.272.

(6) En effet, théoriquement l'intérêt à agir doit au titre de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile s'apprécier au jour de la demande, se traduisant en matière de tierce opposition par la nécessité de démontrer l'existence d'un préjudice né ou à craindre, celui qui demande la rétractation d'un jugement devant souffrir de la décision rendue à son insu. En ce sens, Cass. civ. 3^e, 17 mai 1977, Bull. civ. III, n° 215.

(7) Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1976, Bull. civ. III, n° 466.

(8) Cass. com., 16 janvier 2001, Bull. civ. IV, n° 15.

Le bailleur se voit ainsi imposer une réelle obligation de loyauté en faveur d'un tiers au contrat de bail !

*
* *

En définitive, ces décisions sont riches d'enseignements pour tous les praticiens qui doivent prendre un soin tout particulier au respect par le bailleur des modalités de la notification au créancier nanti de toute action en résiliation soit lors de l'assignation si le bailleur est

en demande, soit à l'occasion de ses conclusions comportant demande reconventionnelle au regard du contenu effectif que la jurisprudence octroie à ce formalisme informatif mais réellement protecteur des créanciers nantis, et ce sous peine de voir leur responsabilité civile professionnelle engagée.

Jean-David GUEDJ

Avocat à la Cour

VIENT DE PARAITRE



**LES SÛRETÉS
LA PUBLICITÉ FONCIÈRE**

DROIT CIVIL

Disponible sur **librairie Lgdj.fr**
www.lgdj.fr