

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA RUPTURE DES CONTRATS

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : LPA 6 sept. 2000, n° PA200017805, p. 21

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA RUPTURE DES CONTRATS

Cour de cassation, 19 déc. 1995
Cour de cassation, 28 mai 1996
Cour de cassation, 22 déc. 1997
Cour de cassation, 28 avr. 1998
Cour de cassation, juin 1998
Cour de cassation, 13 oct. 1998
Cour de cassation, 26 mai 1999
Cour de cassation, 21 juill. 1999
Cour de cassation, chambre civile, juin 1992
Cour de cassation, chambre civile, 11 juin 1997
Cour de cassation, chambre civile, 22 déc. 1997
Cour de cassation, chambre civile, 13 oct. 1998
Cour de cassation, chambre civile, 26 mai 1999
Cour de cassation, chambre commerciale, 23 oct. 1990
Cour de cassation, chambre commerciale, 21 janv. 1992
Cour de cassation, chambre commerciale, mars 1993
Cour de cassation, chambre commerciale, 16 mars 1993
Cour de cassation, chambre commerciale, 16 nov. 1993
Cour de cassation, chambre commerciale, 17 mai 1994
Cour de cassation, chambre commerciale, 19 oct. 1994
Cour de cassation, chambre commerciale, 28 mars 1995
Cour de cassation, chambre commerciale, 19 déc. 1995
Cour de cassation, chambre commerciale, janv. 1996
Cour de cassation, chambre commerciale, 16 juin 1996
Cour de cassation, chambre commerciale, 26 nov. 1996
Cour de cassation, chambre commerciale, 21 janv. 1997
Cour de cassation, chambre commerciale, mai 1997
Cour de cassation, chambre commerciale, 14 mai 1997
Cour de cassation, chambre commerciale, 17 juin 1997
Cour de cassation, chambre commerciale, 1er juill. 1997
Cour de cassation, chambre commerciale, 22 nov. 1997
Cour de cassation, chambre commerciale, 28 avr. 1998
Cour de cassation, chambre commerciale, 26 mai 1998
Cour de cassation, chambre commerciale, juin 1998
Cour de cassation, chambre commerciale, 25 sept. 1998

Cour de cassation, chambre commerciale, 13 oct. 1998

Cour de cassation, chambre commerciale, 26 mai 1999

Cour de cassation, chambre commerciale, 22 juin 1999

Cour d'appel, 25 janv. 1985

Tribunal de Commerce, 21 janv. 1992

Tribunal de Commerce, 25 sept. 1998

LA RUPTURE DES CONTRATS

1. Traiter de la rupture des contrats, n'est-ce pas là une idée bien surprenante, sachant que la législation de 1985 repose sur la continuation des contrats, sans laquelle, en effet, aucun redressement de l'entreprise n'est sérieusement envisageable ? La rupture des contrats est en tout cas le rêve de bien des cocontractants de l'entreprise en difficulté si l'on en juge par l'abondance et la permanence du contentieux en la matière. Ces derniers se montrent tout particulièrement soucieux d'échapper au lien qui les unit à un cocontractant devenu indésirable en raison des contraintes inhérentes à la procédure à laquelle il est soumis. Pour ce faire, ils tentent au mieux de se prévaloir d'une rupture du contrat antérieure ou concomitante au jugement d'ouverture (rupture qui demeure néanmoins exceptionnelle) à défaut et au pire, de tirer parti des possibilités ultérieures de rupture ouvertes par la loi, y compris au profit de l'administrateur.

Il convient ensuite d'ajouter pour justifier l'intérêt porté à la rupture des contrats, que si la loi de 1985 organise de manière générale le maintien forcé des contrats sans laquelle la continuation d'activité posée en principe par la loi serait lettre morte ¹, elle n'a jamais exclu elle-même dès son origine toute rupture des contrats. Même sous l'empire de la loi de 1985 dans sa première mouture, il était entendu que tout contrat ne méritait pas nécessairement d'être poursuivi. Le législateur a conféré précisément à l'administrateur une faculté d'option, soit en faveur de la continuation, soit en faveur de sa non-continuation ², laquelle a vocation à conduire à la résiliation, à la rupture du contrat. Le contrat, ainsi que cela a été observé, est un instrument du redressement ³. Son utilité pour le redressement commande qu'il soit préservé, son inutilité en revanche doit en permettre la rupture, fût-ce au détriment du cocontractant qui, exceptionnellement, ainsi que certaines espèces l'attestent, peut préférer la continuation du contrat ⁴. Ensuite, et enfin, la rupture des contrats mérite encore de retenir notre attention au regard de la dernière évolution législative et peut-être également de la prochaine. La dernière réforme de la loi de 1985 opérée en 1994, participant d'une volonté de restaurer les droits des cocontractants, a ouvert plus largement les hypothèses de rupture du contrat. La prochaine réforme, en préparation seulement pour l'heure, pourrait prolonger cet élargissement des cas de rupture, cette fois en conférant à l'administrateur une faculté autonome de résiliation.

Ainsi, n'apparaît-il plus aussi incongru de se pencher, à l'aube de l'an 2000, sur la rupture du contrat.

2. La question de la rupture des contrats (comme au demeurant celle de leur continuation et plus largement toute question relative aux entreprises en difficulté) est naturellement sous-tendue par un conflit d'intérêts, intérêt de l'entreprise d'une part, intérêt du cocontractant, d'autre part.

L'intérêt de l'entreprise commande plutôt de permettre la continuation la plus large possible des contrats et corrélativement la paralysie la plus étendue possible des mécanismes du droit commun permettant d'aboutir à la rupture du contrat. A défaut même de permettre la continuation des contrats, la

paralyse de la rupture, de la résiliation des contrats qui ne peuvent être poursuivis est susceptible de permettre à l'entreprise d'éviter la restitution de biens objets de ces contrats et par là même la diminution de son actif. Inversement, l'intérêt du cocontractant est généralement de pouvoir, s'il le souhaite, invoquer ou obtenir la rupture du contrat dans les conditions prévues par le contrat ou, à défaut, par les dispositions du Code civil, tout particulièrement si le contrat n'a pas été ou n'est plus exécuté par son cocontractant. Il s'agit pour lui d'empêcher toute continuation forcée ou d'éviter qu'une telle continuation ne se prolonge inconsidérément. L'attrait de la continuation du contrat qui résultait de l'institution par la loi du 25 janvier 1985 d'un privilège, celui de l'article 40, a singulièrement diminué depuis que la priorité de rang de l'article 40 a été réduite au profit des créanciers antérieurs titulaires de sûretés en cas de liquidation judiciaire. Lorsque aucune continuation forcée n'est plus possible parce que le contrat n'est plus en cours au sens de la loi, le cocontractant peut également avoir intérêt à la rupture du contrat afin d'obtenir la restitution du bien objet du contrat, plus avantageuse que la déclaration d'une créance et son paiement selon les règles de la procédure. L'exemple auquel on peut naturellement songer est celui de la vente d'immeuble dont le transfert de propriété a eu lieu avant l'ouverture de la procédure et dont le prix n'a pas été totalement payé par l'acheteur en redressement judiciaire. L'hypothèse rencontrée très souvent en pratique est celle de la vente d'immeuble avec rente viagère.

Est-ce à dire que la rupture du contrat n'offre que des avantages au cocontractant du débiteur en redressement ou liquidation judiciaires ? Certes pas.

Jusqu'à la rupture du contrat, le cocontractant bénéficie pour les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture du privilège de l'article 40. Par ailleurs, si l'on s'attache quelque peu aux conséquences pécuniaires d'une telle rupture, force est de constater qu'elles ne sont guère avantageuses pour le cocontractant dont le contrat est rompu. En particulier, les indemnités de résiliation doivent faire l'objet d'une déclaration, même lorsque la rupture est postérieure au jugement d'ouverture, la loi de 1994 ayant soustrait ces indemnités au domaine de l'article 40 et les ayant assimilées à des créances antérieures, dont elle partage le sort si peu enviable. Même si la rupture ne permet pas au cocontractant de retirer de réels avantages (« sonnants et trébuchants »), la possibilité de rompre le contrat ou d'invoquer sa rupture paraît essentielle, ne serait-ce que d'un point de vue psychologique, en ce qu'elle lui permet d'être déliée des engagements pris à l'égard d'un cocontractant très souvent défaillant avant même l'ouverture de la procédure et susceptible de le rester par la suite. Elle représente l'assurance du respect de ses droits grâce au respect des règles du droit commun des contrats, qu'une jurisprudence récente vient d'ébranler en ouvrant précisément plus largement encore la rupture des contrats 5 .

3. C'est pourquoi la loi de 1994, soucieuse de rééquilibrer les intérêts en présence, de restaurer les droits des créanciers et ceux des cocontractants de l'entreprise en difficulté, qui souvent ne sont que les deux casquettes d'une seule et même personne, a permis plus largement la rupture du contrat. Sans pour autant toutefois faire table rase des règles édictées par la loi de 1985 pour préserver les contrats lorsque s'ouvre une procédure et sans retourner purement et simplement au droit commun des contrats. La loi tend toujours dans un premier temps à la préservation des contrats. La jurisprudence, comme la loi depuis ce texte, est toute en nuances.

Il apparaît qu'au regard de la rupture des contrats, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'invoquer une rupture concomitante ou antérieure au jugement d'ouverture d'une part, et d'autre part, de permettre la rupture du contrat après le jugement d'ouverture.

Dans la première hypothèse, la marge de manoeuvre du cocontractant s'avère extrêmement étroite, extrêmement réduite par rapport aux possibilités dont il disposerait en vertu du droit commun, faute de quoi, il est vrai, aucune continuation ou presque des contrats ne serait possible et par conséquent aucun redressement envisageable. Au moment crucial de l'ouverture de la procédure et au tout début de celle-ci, la neutralisation quasi générale des possibilités de rupture s'impose. Elle est réalisée par la loi tant par l'application des règles propres à la continuation des contrats édictées essentiellement par l'article 37 de la loi, que par celles restrictives des droits des créanciers, comme l'interdiction des poursuites. La jurisprudence se révèle soucieuse d'assurer l'application de ces différentes règles. Les propositions de réforme de la loi ne remettent pas en question ces règles et tendent au contraire à en renforcer quelque peu le domaine.

Dans la seconde hypothèse, les données sont différentes. L'entreprise a eu ses chances puisque par hypothèse le contrat a pu être continué. Il paraît donc juste alors qu'après avoir imposé au cocontractant le maintien forcé du contrat en dépit des inexécutions antérieures, de préserver désormais davantage ses droits et à cette fin permettre un retour à plus de souplesse par l'application de certaines règles du droit commun. Ainsi, le contrat continué doit être respecté, les obligations qu'il engendre doivent être exécutées. A défaut de continuation du contrat, à défaut d'exécution des obligations contractuelles, la résiliation du contrat doit pouvoir être prononcée. C'est ce qu'a souhaité la loi de 1994. C'est également ce à quoi tend la jurisprudence. Tel est enfin le sens des propositions actuelles de réforme formulées à l'aube de l'an 2000.

C'est ainsi qu'il nous faut envisager en premier lieu l'étroite rupture des contrats pour des causes antérieures ou concomitantes au jugement d'ouverture, puis en second lieu, la large rupture des contrats pour des causes postérieures à celui-ci.

I. L'ETROITE RUPTURE DES CONTRATS POUR DES CAUSES ANTERIEURES OU CONCOMITANTES AU JUGEMENT D'OUVERTURE

4. L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires place l'entreprise sous « sauvegarde de la loi ». La loi tend à geler la situation des partenaires de l'entreprise.

S'agissant des contrats, ce gel passe par l'édition de règles aboutissant à une restriction de principe à la rupture des contrats. Ces règles sont contenues dans des dispositions diverses, notamment les articles 37 et 47 de la loi, la première de ces dispositions définissant le régime de la continuation des contrats, la seconde celui des poursuites des créanciers antérieurs, dispositions dont la complémentarité s'avère étroite et fort profitable à l'entreprise, tandis qu'elle se révèle parfois implacable pour son cocontractant.

La loi elle-même n'a cependant pas totalement fermé la porte à toute possibilité d'invoquer la rupture du contrat. Le principe comporte ainsi des limites, au demeurant pas toujours très nettement définies et dont les cocontractants s'efforcent de tirer parti ainsi qu'en témoignent de nombreuses décisions rendues, plutôt compréhensives à l'endroit de ces derniers.

A. Les restrictions de principe à la rupture des contrats pour des causes antérieures ou concomitantes au jugement d'ouverture

5. Afin de permettre la continuation des contrats par l'administrateur, le législateur s'est employé à restreindre les causes de disparition du contrat susceptibles d'être invoquées au moment de l'exercice de l'option afin de paralyser celle-ci. Un contrat ne peut en effet être continué que s'il existe bien au jour du jugement d'ouverture ⁶. La paralysie des causes de rupture sert également à empêcher la restitution de biens dont la propriété avait été transférée à l'entreprise en redressement judiciaire.

Or, plusieurs procédés sont de nature à provoquer la rupture du contrat : tout particulièrement les clauses résolutoires pour survenance du redressement d'une part, et, d'autre part, les actions en résolution pour inexécution des obligations antérieures qui sont très souvent des obligations monétaires, des obligations de sommes d'argent. Ces procédés sont tout naturellement visés par la loi, comme nous le verrons en rappelant le contenu des règles restrictives du droit de rupture. Nous verrons ensuite que les restrictions de principe au jeu des clauses et de l'action résolutoire valent presque aussi largement en matière de liquidation judiciaire que de redressement, avec des nuances cependant depuis la dernière réforme.

1. Le contenu des règles restrictives du droit de rupture des contrats pour des causes antérieures ou concomitantes au jugement d'ouverture

Il s'agit à la fois de la règle édictée par l'article 37, alinéa 6 de la loi, qui empêche toute rupture concomitante au jugement d'ouverture de la procédure et résultant de son prononcé même, et de celle posée par l'article 47, qui fait obstacle à la rupture du contrat après ce jugement pour une cause antérieure à celui-ci.

6. L'article 37 alinéa 6 de la loi dispose, de manière au demeurant très maladroite : « Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution de contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ».

L'objet de ce texte est précisément de paralyser certaines stipulations contractuelles conduisant à la rupture du contrat, ainsi que certaines dispositions légales. Parmi les stipulations contractuelles, sont tout particulièrement concernées les clauses résolutoires pour cause de redressement judiciaire,

fréquemment insérées aujourd'hui encore dans les contrats et qui ont pour particularité d'être indépendantes de toute inexécution contractuelle 7 .

Il convient d'observer que de telles clauses ne sont pas nulles mais seulement réputées non écrites. Ainsi, leur paralysie ne s'opère-t-elle, lorsqu'elles ont été stipulées dans un contrat dont une partie est plurale, c'est-à-dire composée de plusieurs personnes, qu'à l'égard de celle qui est soumise à une procédure de redressement ou liquidation judiciaire, tandis que la clause demeure efficace à l'égard de l'autre in bonis. La solution résulte d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 décembre 1995 8 . Elle se justifie par la nécessité d'interpréter strictement les dispositions de l'article 37 en tant qu'elles dérogent au droit commun des contrats. Elle comporte néanmoins une limite liée à la nature du contrat. Il faut, en effet, que la nature de celui-ci autorise son maintien à l'égard de la personne soumise au redressement et sa résolution à l'égard de l'autre. A défaut, selon l'éminent annotateur de la décision, dont l'opinion ne peut qu'être partagée, il faudrait faire prévaloir les dispositions du droit des entreprises en difficulté et paralyser la clause à l'égard de chaque personne composant la partie plurale.

L'article 37 de la loi paralyse enfin les dispositions légales organisant la rupture du contrat en cas de « faillite », telles qu'il en existe en matière de mandat. Cependant, la portée de cette disposition a été réduite par quelques dispositions légales contraires, ainsi que nous le verrons au titre des limites à la rupture des contrats.

7. Quant à l'article 47, il paralyse, outre les actions en paiement et les voies d'exécution tendant à l'obtention d'un tel paiement, ce qui constitue son objet principal et traditionnel, la résolution (judiciaire) des contrats fondée sur le défaut de paiement d'une somme d'argent. A cet égard, il convient de rappeler que la loi de 1985 a innové par rapport au droit antérieur (tandis que la paralysie des clauses résolutoires expresses pour cause de faillite avait été imposée progressivement par la jurisprudence). Sous l'empire de la loi de 1967, pouvaient être intentées ou poursuivies toute action en résolution d'un contrat, y compris pour défaut de paiement d'une somme d'argent. La solution est encore parfois rappelée par la Cour de cassation : ainsi en est-il par exemple d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 avril 1998 relatif à un contrat de vente 9 .

Sont prohibées, non seulement les actions nouvelles, mais également les actions en cours au jour du jugement d'ouverture, telles par exemple les actions pour lesquelles, à cette date, l'instance est pendante devant la Cour d'appel. La solution a été encore affirmée récemment par la chambre commerciale de la Cour de cassation 10 .

L'interdiction ou la suspension de l'action résolutoire pour des causes antérieures au jugement d'ouverture vaut au demeurant également dans la liquidation judiciaire où la portée des règles restrictives du droit de rupture doit cependant désormais être examinée.

2. La portée des règles restrictives du droit de rupture dans la liquidation judiciaire

8. La portée de ces règles du droit de rupture demeure grande dans la liquidation judiciaire, malgré les tempéraments sensibles apportés par la dernière réforme. Il convient toutefois de distinguer à cet égard la portée de l'article 47, très nettement affirmée, et celle de l'article 37, qui s'avère plus incertaine.

a) L'affirmation nette de la portée de l'article 47 dans la liquidation judiciaire

9. Le principe de l'interdiction des poursuites en paiement (et des actions en résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent) édicté par l'article 47 de la loi s'applique à la liquidation judiciaire de manière générale et avec une force telle qu'elle limite la portée d'autres dispositions qui auraient été susceptibles d'ouvrir quelque peu les possibilités de rupture du contrat.

Cette application est générale, valant en effet quelle que soit l'hypothèse, que la liquidation soit précédée ou non d'une période d'observation, que la liquidation s'accompagne ou non d'une autorisation de continuation de l'activité.

Une telle application s'imposait déjà sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 1994, même si l'article 47 faisait partie des dispositions relatives à la période d'observation. L'interdiction des poursuites, même si elle ne peut plus alors être justifiée par le redressement de l'entreprise qui constitue le fondement nouveau de la règle dans la procédure de redressement, tire en effet sa justification du caractère collectif et égalitaire de la procédure. Par ailleurs, une telle interdiction est induite par l'article 161 de la loi qui permet, à titre exceptionnel, la reprise des poursuites pendant la liquidation judiciaire au profit de certains créanciers. La Cour de cassation a solennellement affirmé le principe de l'arrêt des poursuites dans un arrêt de sa chambre commerciale du 19 décembre 1995 *11* où elle a en outre écarté l'exercice de l'action résolutoire par le créancier titulaire d'un privilège spécial. Cette jurisprudence s'applique lorsque la liquidation judiciaire est ouverte après un redressement judiciaire, aucun renvoi express à l'article 47 n'ayant été en ce cas opéré.

Ainsi, l'article 47 s'applique « en bloc » à la liquidation judiciaire, paralysant non seulement les actions en paiement et voies d'exécution mais également les actions en résolution *12*. L'exception apportée par l'article 161 ne concerne pas, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'action résolutoire du créancier titulaire d'un privilège spécial, qui peut être le cocontractant vendeur d'immeuble ou le prêteur de deniers, et ce même si l'action résolutoire est bien analysée par la Cour de cassation en une poursuite. L'article 161 n'autorise selon cet arrêt que la poursuite ou l'engagement de voies d'exécution, ce que n'est pas, en revanche, l'action résolutoire. Le droit de poursuite ainsi retrouvé ne peut aboutir, selon la Cour de cassation, à modifier l'ordre des paiements, ce à quoi aboutirait indirectement mais certainement l'action résolutoire en permettant la restitution d'un bien au cocontractant créancier en lui permettant de se réserver l'entière valeur de l'immeuble qu'il aurait dû, à défaut, partager avec d'autres.

10. Par ailleurs, la force de l'article 47 a récemment conduit certaines juridictions du fond à écarter dans la liquidation judiciaire toute action en résiliation du bailleur pour défaut de paiement de créances antérieures, action que semblaient autoriser les termes du nouvel article 153-3, alinéa 4 de la loi, issu de la réforme du 10 juin 1994.

L'alinéa 4 précise, en effet, que « le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures au jugement de liquidation judiciaire doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans les trois mois du jugement ».

La portée de cette disposition, quant à l'étendue du droit de résiliation du bailleur pour des causes antérieures au jugement d'ouverture, fait l'objet d'une controverse doctrinale. Les uns ¹³ soutiennent que le bailleur peut invoquer toutes les causes de résolution antérieures au jugement d'ouverture, même si elles consistent en un défaut de paiement d'une somme d'argent. Ils s'appuient essentiellement sur l'absence de distinction contenue dans le texte et l'adage *ubi lex non distinguit*, enfin sur le caractère dérogatoire de l'article 153-3, disposition spéciale écartant l'application des dispositions générales de l'article 47. D'autres considèrent au contraire que « l'article 153-3 alinéa 4 doit être articulé avec l'article 47 » ¹⁴ en se fondant à la fois sur le renvoi exprès opéré par cette disposition par l'article 148-2 de la loi, applicable à la liquidation judiciaire ouverte sans période d'observation, et sur l'application générale de l'article 47 à la liquidation judiciaire faite par la jurisprudence. Mais c'est peut-être davantage l'esprit de la loi qui justifie la soumission de l'action en résiliation du bailleur à l'article 47. En effet, si le législateur a eu la volonté d'améliorer la situation du bailleur, il n'a semble-t-il pas entendu lui réserver pour autant un sort meilleur que celui des autres créanciers et cocontractants, et ce d'autant que le bail peut être compris dans une cession d'unité de production (seule hypothèse, au demeurant, dans laquelle la cession du bail est possible dans la liquidation judiciaire) ¹⁵.

C'est cette deuxième opinion qui a été consacrée par deux décisions de juridictions du fond du second degré, émanant l'une de la Cour d'appel de Paris ¹⁶, l'autre de la Cour d'appel de Dijon ¹⁷. Pour l'heure, la Cour de cassation n'a pas été amenée à se prononcer. Il serait opportun qu'un éclaircissement législatif soit apporté sur ce point, éclaircissement cependant non envisagé pour l'instant par les propositions de réforme. Si la force d'application de l'article 47 est aussi grande dans la liquidation judiciaire pour paralyser les actions en résiliation, celle de l'article 37 paraît en revanche plus incertaine.

b) L'incertaine portée de l'article 37 dans la liquidation judiciaire

11. La portée de l'article 37, dont l'alinéa 6 prive d'efficacité les clause résolutoires expresses pour cause de redressement judiciaire dans la liquidation judiciaire, pourrait être réduite depuis la réforme du 10 juin 1994 aux seules hypothèses où la continuation de l'activité est autorisée. Telle est l'opinion soutenue plus ou moins implicitement par la plupart des auteurs, alors pourtant que la lettre de la loi autorise une application générale de l'article 37. La question n'a semble-t-il pas été évoquée devant les juridictions, ce qui s'explique sans doute par le fait qu'en pratique la continuation des contrats n'est pas ou

peu souvent exigée par le liquidateur (ou l'administrateur). Elle n'est toutefois pas dénuée d'un certain intérêt.

S'agissant des textes et de leur interprétation, il convient de rappeler que l'article 153-2, alinéa 2 de la loi, faisant partie des dispositions communes à la liquidation judiciaire ouverte avec ou sans période d'observation, prévoit que « l'administrateur dans le cas mentionné au deuxième alinéa de l'article 153 de la loi, ou, à défaut, le liquidateur, a la faculté d'exiger l'exécution des contrats dans les conditions prévues à l'article 37 de la loi ». L'article 153 de la loi régit dans son premier alinéa la continuation de l'activité, puis dans son second alinéa détermine l'organe compétent pour assurer l'administration de l'entreprise et désigne l'administrateur ou, à défaut, le liquidateur. Tirant parti de ce que l'article 153 concerne la poursuite de l'activité, certains auteurs soutiennent que la continuation forcée des contrats ne peut être ordonnée qu'en présence d'un maintien exceptionnel de l'activité conformément aux dispositions de l'article 153 *18* . Cependant, il nous paraît que le renvoi ainsi fait aux dispositions de l'article 153 ne concerne que l'alinéa second permettant de déterminer les pouvoirs, non l'alinéa premier régissant seul la continuation de l'activité. Par ailleurs, aucune distinction n'est faite par l'article 153-2 lui-même. Dès lors, l'application de l'article 37 ne saurait être exclusivement cantonnée aux seules hypothèses où le maintien de l'activité a été autorisé *19* .

12. L'intérêt qu'il peut y avoir à l'application de l'article 37 est moins la continuation forcée et donc prolongée du contrat que le fait d'éviter une rupture brutale de celui-ci le jour même du prononcé de la liquidation en paralysant pour ce faire les clauses résolutoires expresses pour cause de liquidation judiciaire éventuellement stipulées dans les contrats et qui seraient parfaitement efficaces à défaut. Or, une telle rupture des contrats peut s'avérer très gênante pour la cession ultérieure des actifs dans les meilleures conditions possibles. L'absence des contrats permettant de valoriser ces actifs jusqu'à la cession rendra souvent celle-ci plus difficile, moins avantageuse en tout cas pour les créanciers de l'entreprise. Si, par exemple, est ainsi résilié le contrat de maintenance de matériels, en panne au moment du prononcé de la liquidation, il sera bien souvent impossible de trouver un nouveau partenaire disposé à effectuer dans de telles circonstances la réparation.

13. Bien qu'aucune jurisprudence ne puisse pour l'instant être mentionnée à cet égard, un rapprochement peut sans doute être fait avec l'application de l'article 40 dans la liquidation judiciaire. Alors que l'article 153 alinéa premier renvoie à l'article 40 pour les « créances nées pendant cette période » (de maintien de l'activité), la jurisprudence applique les dispositions de l'article 40, même en l'absence de continuation de l'activité, jurisprudence sur laquelle, au demeurant, les avant-projets semblent vouloir revenir. Quant à la jurisprudence antérieure à la réforme de 1994, après avoir très largement admis l'application de l'article 37 à la liquidation judiciaire, sans distinguer selon que le maintien de l'activité avait été ou non autorisé, tout au plus a-t-elle introduit quelques nuances dans l'application de cette disposition, excluant la continuation des contrats en cas de cessation d'activité *20* . Mais précisément, ce n'est que la continuation des contrats qui est évoquée, non la paralysie des clauses résolutoires de plein droit.

14. Observons cependant que pour le contrat de bail, soumis à un régime spécial contenu dans l'article 153-3 de la loi, les textes sont plus clairs, l'alinéa 1er de cette disposition précisant que « la liquidation judiciaire n'entraîne pas de plein droit la résiliation des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise », disposition qui prive d'efficacité toute clause résolutoire de plein droit pour cause de liquidation.

Il apparaît ainsi qu'en vertu des dispositions des articles 37 et 47 de la loi la rupture des contrats au jour du jugement d'ouverture de la procédure peut être fréquemment évitée, ce qui permet une continuation forcée de ceux-ci ou, s'ils ne sont plus en cours, de conserver des actifs dans le patrimoine de l'entreprise souvent déjà fort maigre. Cependant, la loi elle-même n'a pas exclu toute possibilité de rupture. Ce sont ces limites qu'il convient d'envisager, même si elles ne paraissent constituer à ce stade qu'une porte étroite pour les cocontractants.

B. Les limites aux restrictions à la rupture des contrats

15. Les termes de l'article 47 autorisent d'une part les actions en résolution non fondées sur le défaut de paiement d'une somme d'argent, et d'autre part, les actions ne constituant pas des actions en résolution, même si elles peuvent avoir pour effet d'aboutir à la rupture du contrat, voire plus largement à la cessation des relations contractuelles existant entre le débiteur et ses cocontractants.

1. Les actions en résolution susceptibles d'être exercées

Ce sont essentiellement les dispositions générales de l'article 47, ainsi que quelques dispositions spéciales à certains contrats, qui permettent au cocontractant d'exercer certaines actions en résolution ou de se prévaloir de la résolution de plein droit de certains contrats. Or, ces dernières ont tendance à se multiplier, même si par ailleurs certaines d'entre elles, relatives au contrat d'assurance, pourraient être supprimées.

a) Les cas de rupture des contrats permis par l'article 47 de la loi

16. En ne suspendant ou n'interdisant que toute action en justice (...) tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, l'article 47 permet la poursuite ou l'exercice de toute action tendant à la résolution d'un contrat non fondée sur le défaut de paiement d'une somme d'argent. Disposition dérogatoire au droit commun, l'article 47 doit en effet être interprété strictement et son domaine ne peut être étendu au-delà des prévisions légales expresses. Ainsi, à s'en tenir à la lettre de

l'article 47, l'inexécution antérieure au jugement d'ouverture d'une obligation antérieure autre qu'une obligation de somme d'argent peut faire l'objet d'une action en résolution.

La jurisprudence a tout d'abord imposé cette solution malgré les termes trop généraux des dispositions de l'article 37, alinéa 4. Elle en fait par ailleurs application quelle que soit l'importance du contrat pour le redressement de l'entreprise.

17. L'exercice de l'action en résolution d'un contrat pour inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent aurait pu être paralysé par l'article 37, et en particulier par les dispositions de son alinéa 4, selon lequel, « le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture » et « le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif ». Interprétée à la lettre, cette disposition aurait pu signifier, comme le prétendirent des administrateurs dans certains litiges, que l'inexécution d'engagements antérieurs, même constitutifs d'une obligation de faire, ne pouvait faire obstacle à la continuation du contrat et ne pouvait être sanctionnée que par des dommages-intérêts déclarés à la procédure, le texte ne distinguant pas entre les obligations antérieures. Cependant, cette disposition avait pour seul objet de consacrer une jurisprudence antérieure ayant paralysé l'exception d'inexécution opposée par les créanciers au débiteur afin d'interrompre leurs prestations jusqu'au paiement des créances antérieures de sommes d'argent qui leur étaient dues, procédé couramment dénommé « privilège du robinet ». Ainsi, ne pouvait-elle concerner l'inexécution des obligations autres que de sommes d'argent. C'est pourquoi la Cour de cassation considère que l'action en résolution d'un créancier antérieur pour inexécution d'une obligation _ antérieure _ autre que de somme d'argent, ne peut être exclue ni en application de l'article 47, ni en application de l'article 37.

La solution a été à plusieurs reprises clairement exprimée par la Cour de cassation, dont, par exemple, par un arrêt de sa chambre commerciale du 28 mai 1996 ²¹, où la Haute juridiction affirme « dès lors que la résiliation d'un contrat était demandée pour inexécution d'obligations de faire et non d'une obligation de payer une somme d'argent, le cours de l'instance ne pouvait être ni arrêté par l'ouverture du redressement judiciaire, ni par l'exercice de la faculté ouverte à l'administrateur par l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 ».

En l'occurrence, les obligations inexécutées consistaient en un défaut de souscription d'un contrat d'assurance par la société exploitant une salle de spectacles ainsi que par le défaut d'installation d'un compteur électrique séparé.

18. La possibilité d'agir en résolution d'un contrat pour inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent est admise quelle que soit l'importance du contrat pour le redressement de l'entreprise, y compris lorsqu'il s'agit du bail de l'immeuble affecté à l'exercice de l'activité. Peu importe même que le tribunal ait arrêté un plan de redressement par continuation en considération de l'existence d'un tel contrat. C'est ce qui résulte très nettement d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 21 juillet 1999 ²². Cette dernière a considéré que l'adoption d'un plan de continuation ne pouvait faire échec à la poursuite de l'action en résiliation du bail à ferme pour défaut d'entretien et d'exploitation. La Cour a par ailleurs ajouté que la rupture du contrat n'a pas à être considérée comme une modification

substantielle des moyens du plan, l'article 68 ne s'appliquant pas aux relations contractuelles, étrangères au plan de continuation.

A propos, enfin, de la nature des obligations inexécutées permettant l'exercice de l'action en résolution, il semble que la jurisprudence est moins stricte pour admettre de telles actions qu'elle ne l'est pour permettre les actions en exécution forcée des obligations en nature. On sait, en effet, qu'elle a écarté l'exécution forcée en nature d'un certain nombre d'obligations de faire au motif qu'elles dissimulent des obligations de sommes d'argent 23 .

Ainsi, faute de constituer une action en résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent, la Cour de cassation a-t-elle admis les actions suivantes :

_ l'action en résolution fondée sur l'inexécution de l'obligation de délivrance résultant de l'article 1610 du Code civil (Cass. com., 26 novembre 1996) 24 . Notons que le remboursement de la créance du prix par le vendeur en redressement doit donner lieu à déclaration, de même que toute action en réparation du préjudice subi ;

_ l'action en garantie des vices cachés (Cass. com., 28 mars 1995) 25 ;

_ l'action en résolution d'un bail pour manquement à une obligation de ne pas faire (en l'espèce, obligation de ne pas effectuer les travaux sans l'autorisation expresse du bailleur : Paris, 16 janvier 1998) 26 .

Dans d'autres circonstances, ce sont des dispositions spéciales qui autorisent la résiliation de certains contrats.

b) La résiliation des contrats autorisée par des dispositions spéciales

19. On sait que des dispositions spéciales à certains contrats aménagent le régime général relatif à la continuation et/ou à la rupture des contrats tel qu'il résulte de l'article 37, ce régime étant par ailleurs purement et simplement écarté pour le contrat de travail dont il n'est pas question ici. La loi permet à certains contractants de demander la résiliation du contrat ou d'invoquer une résiliation de plein droit.

20. Parmi les contrats soumis à des règles particulières s'agissant de leur résiliation 27 , figure notamment le contrat d'assurance, sur lequel l'actualité commande de se pencher. L'article L. 113-6 du Code des assurances, dont on considère qu'il concerne les contrats liés à l'exploitation de l'activité, prévoit qu'en cas de redressement ou liquidation judiciaire de l'assuré, l'assurance subsiste. Cependant, il permet également à chacune des parties, d'une part, au débiteur avec l'autorisation du juge-commissaire, à l'administrateur, ou au liquidateur et, d'autre part, à l'assureur, de résilier le contrat dans les trois mois du jugement d'ouverture de la procédure en considération de cette donnée nouvelle que constitue l'ouverture de la procédure. Cette disposition est interprétée strictement en raison de son caractère dérogatoire aux règles générales qui gouvernent le sort des contrats. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation exige-t-elle que ce droit discrétionnaire soit exercé expressément par son titulaire. Malgré l'interprétation restrictive ainsi adoptée, le maintien de telles règles dérogatoires au profit de l'assureur, qui peut par l'exercice de

cette faculté de résiliation priver l'entreprise de sa couverture d'assurance, fait l'objet de critiques. Le document d'orientation préparatoire du ministère de la Justice en préconise la suppression, si bien qu'à cet égard on assisterait plutôt à un renforcement des règles restrictives du droit de rupture.

21. Tandis que la possibilité de résilier le contrat d'assurance risque fort d'être remise en question, le législateur a récemment, par des dispositions de droit financier, dérogé à l'article 37, alinéa 6 de la loi et prévu ou permis la résiliation de plein droit de certains contrats en cas de survenance d'une procédure collective. Ainsi en est-il du contrat de compensation sur un marché financier : selon les dispositions de l'article 52 de la loi du 2 juillet 1996 relative à la modernisation des activités financières, le règlement général du Conseil des marchés financiers ou la convention-cadre peuvent prévoir la résiliation de plein droit du contrat.

Dernièrement, ce sont les dispositions de l'article 104 de la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière qui permettent la résiliation de plein droit du contrat passé entre une société de recouvrement et la société de crédit foncier pour le recouvrement des prêts et obligations, lorsque la société de recouvrement est en redressement ou liquidation judiciaire 28 .

A la possibilité d'exercer certaines actions en résolution, s'ajoute par ailleurs celle d'exercer des actions ne constituant pas des actions en résolution interdites par la loi, et ce même si elles conduisent à la rupture du contrat ou de la relation contractuelle.

2. La rupture des contrats résultant de l'exercice d'actions non constitutives d'actions en résolution

22. Il s'agit essentiellement de la rupture d'un contrat résultant de l'exercice des actions en constatation de la résiliation d'un contrat en vertu d'un mécanisme conventionnel ou légal. D'autres actions peuvent également être exercées parce qu'elles ne constituent pas _ davantage _ des actions en résolution, alors même qu'elles aboutissent à une rupture de relations contractuelles qui avaient vocation à perdurer. Tel est le cas de l'action en validité d'un congé avec refus de renouvellement d'un bail sans indemnité d'éviction, consécutif à l'existence d'un motif légitime de rupture.

a) L'action en constatation de la résiliation au jour du jugement d'ouverture d'un contrat en vertu d'un mécanisme conventionnel ou légal

23. Soucieuse du respect des droits acquis, la jurisprudence admet tout d'abord l'exercice des actions tendant à faire constater l'acquisition au jour du jugement d'ouverture d'une clause résolutoire expresse pour inexécution des obligations antérieures. Une telle solution n'est pas contraire aux dispositions légales pour la majorité de la doctrine 29 , considérant que l'article 47, ne visant pour les interdire que les actions tendant à la résolution (...), autorise par conséquent celles qui tendent seulement à

constater qu'une résiliation conventionnelle était acquise ³⁰ . La jurisprudence a depuis fort longtemps consacré cette doctrine très largement majoritaire (Cass. com., 17 mai 1994, relatif à un contrat de crédit-bail immobilier) ³¹ .

Encore faut-il établir que la clause résolutoire était acquise au jour du jugement d'ouverture. Or, l'acquisition de la clause résolutoire, qui dépend généralement des stipulations contractuelles (exigeant souvent une mise en demeure rappelant l'existence et les effets de la clause), est parfois réglementée par la loi dans un sens défavorable au créancier. Tel est notamment le cas en matière de bail commercial ou encore de vente d'immeuble à construire. Cependant, le régime rigoureux des clauses résolutoires dans le bail commercial ne peut être étendu au contrat de crédit-bail immobilier, ainsi que l'a souligné la Cour de cassation à maintes reprises. Sous cette réserve d'une réglementation spécifique plus rigoureuse du jeu des clauses résolutoires dans certains contrats, la possibilité d'invoquer une rupture du contrat antérieure au jugement d'ouverture par le biais de telles clauses s'avère tout particulièrement intéressante, dans la mesure où ces clauses se trouvent entièrement soustraites à l'application de l'article 47. En d'autres termes, cela signifie que le régime de l'action en constatation de l'acquisition d'une clause résolutoire antérieurement au jugement d'ouverture, n'est pas calqué sur celui des actions en résolution pour lesquelles il convient de distinguer selon qu'elles reposent sur l'inexécution d'une obligation de somme d'argent ou sur l'inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent, les premières étant interdites, les secondes autorisées. La Cour de cassation est particulièrement nette en ce sens, contrairement à certaines juridictions du fond.

A titre d'exemple, peut être mentionné un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 décembre 1997 et relatif à un contrat de vente de fonds de commerce ³² . Le prix en était payable en plusieurs échéances. Aucune échéance n'ayant été réglée, le vendeur avait adressé une sommation de paiement à l'acheteur, sommation dans laquelle était rappelé l'effet de la clause résolutoire pour défaut de paiement des échéances insérée à l'acte. Par la suite, l'acheteur fut soumis à une procédure de liquidation judiciaire et le liquidateur prétendit qu'en l'absence de décision constatant l'acquisition de la clause passée en force de chose jugée, le vendeur ne pouvait se prévaloir d'un droit acquis à la résiliation. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir admis l'action du vendeur en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire, après avoir énoncé que « les dispositions de l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 ne font pas obstacle à la constatation de la résolution d'un contrat de vente de fonds de commerce, par application d'une clause résolutoire de plein droit qui a produit ses effets avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ». C'est la même formule (sous la réserve de la nature du contrat visé) que la Cour de cassation avait précédemment appliquée en présence d'un contrat de crédit-bail immobilier ³³ .

Pour un exemple de décision tendant cependant à soumettre l'action en constatation de l'acquisition d'une clause résolutoire au régime des actions résolutoires, cf. Paris, 21 janvier 1997 ³⁴ .

24. Plus largement, doivent être admises toutes les actions tendant à constater une résiliation acquise, tant en vertu d'un mécanisme légal que conventionnel. C'est ce que vient de préciser la Cour de cassation à propos du contrat d'assurance-vie dans un arrêt du 26 mai 1999. La Cour de cassation énonce

dans cet arrêt : « en vertu de l'article L.132-20 du Code des assurances, le défaut de paiement de la prime n'ouvre pas à l'entreprise d'assurance une action pour en exiger le paiement et est une cause de résiliation du contrat qui n'a pas à être constatée judiciairement », si bien que « la Cour d'appel en a exactement déduit que l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 n'était pas applicable » 35 .

Il en sera de même lorsqu'une partie à un contrat de compensation sur un marché financier invoquera la résiliation de plein droit de celui-ci en application de l'article 52 de la loi du 2 juillet 1996 relative à la modernisation des activités financières (selon cette disposition, le règlement général du Conseil des marchés financiers ou la convention-cadre peuvent prévoir la résiliation de plein droit des opérations de compensation).

b) Les autres actions non constitutives d'actions en résolution

25. Outre les actions tendant à constater la résiliation d'un contrat en vertu d'un mécanisme légal ou conventionnel, peut être mentionnée l'action en déclaration de validité du congé avec refus de renouvellement sans indemnité d'éviction en cas de motif grave et légitime, y compris lorsque celui-ci est constitué par des retards ou des défauts de paiement. Cette action qui conduit, non à la rupture d'un contrat, mais à celle de relations contractuelles ayant normalement vocation à perdurer, peut être exercée. La solution a été affirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation 36 . La Cour de cassation justifie sa solution par le fait que l'action en refus de renouvellement est distincte de l'action en résiliation, position conforme à l'analyse du bail renouvelé en un nouveau contrat de bail.

Sous réserve de ces quelques limites, le droit des entreprises en difficulté a bien pour premier réflexe de paralyser la rupture des contrats fondée sur des causes antérieures ou concomitantes au jugement d'ouverture, une telle paralysie permettant ou bien leur continuation, ou bien, à défaut, le maintien des actifs dans l'entreprise. Il requiert, en quelque sorte, l'oubli des errements passés et le pardon pour la situation présente. La tendance est tout autre, en revanche, dès lors que le contrat a pu être continué. Il doit alors être régulièrement exécuté à peine de voir le contrat rompu. A cette fin, la loi de 1994 a facilité la rupture des contrats, voie dans laquelle les projets actuels continuent de s'inscrire.

II. LA LARGE RUPTURE DES CONTRATS POUR DES CAUSES POSTERIEURES AU JUGEMENT D'OUVERTURE

26. Qu'elle repose sur la décision de non-continuation du contrat ou sur une inexécution de celui-ci postérieure au jugement d'ouverture, la rupture des contrats est alors plus largement ouverte. Soucieuse tout particulièrement de préserver, de respecter les droits des cocontractants de l'entreprise et d'en clarifier la situation, la loi a récemment multiplié les hypothèses de rupture des contrats. Les propositions actuelles de réforme s'inscrivent dans cette tendance, même si tous les éclaircissements souhaités n'y figurent pas

pour l'instant. Pour autant, cet élargissement des possibilités de rupture connaît quelques limites essentiellement liées à l'intérêt que les contrats peuvent présenter pour le redressement de l'entreprise.

A. L'élargissement des possibilités de rupture des contrats pour des causes postérieures au jugement d'ouverture

27. Avant de faire état des hypothèses directes et nouvelles de rupture qui existent depuis la loi du 10 juin 1994 et de celles qu'une prochaine réforme pourrait y ajouter, il convient de rappeler au préalable que le droit commun retrouve ici largement son empire.

Outre le fait que la décision de continuation du contrat suppose que le débiteur est en mesure d'exécuter la prestation promise, solution imposée par la jurisprudence sur le fondement de l'article 37, alinéa 1er de la loi 37, avant d'être consacrée par la loi de 1994 pour les contrats engendrant à l'égard du débiteur une prestation de somme d'argent, le cocontractant peut, à nouveau, en cas d'inexécution de ses engagements postérieurs par le débiteur en redressement ou liquidation, invoquer l'exception d'inexécution, mettre en oeuvre une clause résolutoire, agir en résolution, les stipulations contractuelles et les dispositions légales spéciales étant alors efficaces.

Une illustration particulièrement éclairante de cette situation est fournie par la jurisprudence relative à la rupture des contrats bancaires postérieurement au jugement d'ouverture. La Cour de cassation a, à leur propos, été amenée à préciser que leur continuation par l'administrateur ne pouvait faire obstacle à leur résiliation en application de l'article 60 de la loi bancaire 38, dès lors du moins que les causes ou plutôt les circonstances invoquées pour provoquer ainsi la rupture des contrats sont bien postérieures au jugement d'ouverture 39.

Désireuse d'améliorer la situation du cocontractant, la loi de 1994 l'a même parfois dispensé de prendre l'initiative de la résiliation, en rendant celle-ci automatique. Par ailleurs, plus souvent que par le passé, la rupture devrait pouvoir résulter de l'initiative du titulaire de l'option, administrateur ou débiteur. C'est ce à quoi tendent tout à la fois la loi, la jurisprudence et les propositions de réforme.

1. Les cas de rupture automatique dispensant le cocontractant d'agir en résiliation

28. La rupture automatique, de plein droit, du contrat a été organisée par la loi de 1994 dans deux séries d'hypothèses, d'une part, en cas de non-continuation du contrat par l'administrateur, d'autre part, en cas d'inexécution avérée du contrat par celui-ci 40. Néanmoins, l'oeuvre du législateur, à cet égard imparfaite, a suscité des discussions. Elle est aujourd'hui complétée par une jurisprudence naissante qu'une intervention législative prochaine pourrait opportunément consacrer et, par ailleurs, parachever.

a) La rupture de plein droit des contrats en cas de non-continuation

29. La loi de 1994 a prévu la résiliation de plein droit du contrat « après une mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse », ladite résiliation étant constatée par le juge-commissaire à la demande de tout intéressé ⁴¹. Cette hypothèse de rupture de plein droit suppose, selon les termes de l'alinéa premier de l'article 37 de la loi, une décision de non-continuation du contrat par l'administrateur résultant du silence gardé par celui-ci à l'expiration du délai d'un mois suivant la mise en demeure du cocontractant de prendre parti sur le sort du contrat, un tel silence valant présomption irréfragable de renonciation à la continuation du contrat ⁴². Or, la renonciation à la continuation peut également être expresse, l'administrateur prenant parti et ne se contentant pas de demeurer passif, silencieux, ce qui est de nature à réduire le passif privilégié. Peut-on alors admettre dans pareille hypothèse la résiliation de plein droit du contrat ou faut-il l'exclure, la loi ne l'ayant pas expressément prévue ?

Une partie de la doctrine ⁴³ a défendu cette deuxième opinion, soutenant qu'il convient alors de continuer d'appliquer la solution imposée par la jurisprudence sous l'empire des textes antérieurs. Selon celle-ci, « la renonciation de l'administrateur à la poursuite du contrat, n'entraîne pas par elle-même, résiliation de la convention à son initiative » ⁴⁴, la résiliation du contrat devant être sollicitée en justice par le cocontractant ⁴⁵. Une autre partie de la doctrine prône, au contraire, de transposer la solution expressément prévue en cas de non-réponse de l'administrateur mis en demeure d'opter au cas où l'administrateur mis en demeure d'opter s'est expressément prononcé en faveur de la non-continuation et même encore au cas où ce dernier a tacitement renoncé à la continuation en l'absence de mise en demeure ⁴⁶. Selon cette doctrine, une même solution doit prévaloir dans des situations similaires, sans qu'une pure bavure rédactionnelle puisse s'y opposer. C'est cette dernière opinion qu'a consacrée le Tribunal de commerce de Chambéry dans un jugement du 25 septembre 1998 ⁴⁷. La solution qui consiste à uniformiser la solution applicable en cas de non-continuation du contrat, que celle-ci soit tacite ou expresse, est assurément opportune, car plus conforme à la sécurité contractuelle. Il serait regrettable qu'elle puisse être entravée par une mauvaise rédaction des dispositions légales qu'il conviendrait par conséquent de modifier à cet égard, ce que n'envisagent pas pourtant les propositions actuelles.

Au demeurant, ainsi que le préconise une certaine doctrine ⁴⁸, la même solution devrait être appliquée en l'absence de mise en demeure dès lors que le titulaire de l'option a manifesté son intention de renoncer à la continuation du contrat, les propositions actuelles de réforme souhaitant lui reconnaître expressément ce droit, hypothèse que nous envisagerons dans un second point.

Ainsi, toute hypothèse de non-continuation du contrat conduirait à sa résiliation de plein droit, solution qui contribuerait à la fois à clarifier et à simplifier la situation du cocontractant.

La non-continuation des contrats n'est pourtant pas la seule hypothèse de résiliation de plein droit des contrats. Le défaut de paiement comptant d'une créance de somme d'argent emporte également résiliation de plein droit, solution sur laquelle il est au contraire permis d'être plus réservé.

b) La rupture de plein droit en cas de défaut de paiement comptant

30. Il importe de rappeler à ce propos que la loi de 1994, et plus précisément l'article 37, alinéa 2, impose à l'administrateur un véritable devoir de ne pas continuer les contrats qu'il n'est pas en mesure d'exécuter, ce qui concerne les contrats « à exécution ou paiement échelonnés dans le temps » et les contrats dont la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent (article 37, alinéa 2). L'alinéa suivant prévoit qu'en cas de défaut de paiement d'une somme d'argent et en l'absence d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, « le contrat est résilié de plein droit » (article 37, alinéa 3). Ainsi, alors qu'en droit commun, en l'absence de clause résolutoire expresse un tel manquement suppose l'intervention du cocontractant en justice et une décision judiciaire pour aboutir à l'anéantissement du contrat, ici l'intervention du cocontractant est nécessaire pour éviter la rupture du contrat, qui à défaut se produit de plein droit.

Cette résiliation, comme la résiliation de plein droit prévue en cas de non-continuation, est constatée par le juge-commissaire à la demande de tout intéressé en application de l'article 61-1 du décret, disposition commune à ces différentes hypothèses de résiliation de plein droit ⁴⁹. Le juge-commissaire, qui se borne à constater la résiliation et sa date, ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, alors même qu'un tel manquement pourrait être dépourvu de gravité. Une telle automaticité est quelque peu critiquable, le manquement en cause pouvant être peu important. Elle a, dès lors, une valeur hautement symbolique de la volonté du législateur d'assurer le respect des conventions, dans des conditions en définitive plus rigoureuses qu'en droit commun.

L'intérêt d'une telle rupture automatique paraît limité aux hypothèses, en pratique plutôt rares, où les parties n'auraient stipulé aucune clause résolutoire de plein droit, laquelle, on l'a dit, retrouve une pleine efficacité pour sanctionner l'inexécution des engagements postérieurs au jugement d'ouverture. Il faut, cependant, semble-t-il, y ajouter les hypothèses où ces clauses font l'objet d'une réglementation particulière destinée à en retarder la mise en oeuvre, comme cela est le cas en matière de bail commercial (sous réserve cependant de celles relatives au défaut de paiement des loyers et des charges, l'article 38 établissant un régime spécifique), la doctrine considérant que la résiliation de plein droit fait échec à cette réglementation spécifique ⁵⁰.

31. Dès lors toutefois qu'une telle résiliation de plein droit serait maintenue, il s'avérerait nécessaire d'en préciser clairement le domaine. S'agit-il du défaut de paiement des seules obligations de sommes d'argent, comme le pensent certains auteurs ⁵¹, le législateur n'ayant visé pour le sanctionner que le défaut de paiement, alors qu'il s'était référé dans l'alinéa précédent au contrat « à exécution ou paiement échelonnés », ou bien s'agit-il, comme l'ont soutenu d'autres auteurs, plus largement du défaut d'exécution de toute obligation, le terme paiement étant à entendre au sens large d'exécution ⁵²? Si le législateur entend imposer en pareille circonstance une résiliation de plein droit, une précision en ce sens serait souhaitable afin que le domaine de l'alinéa 3 soit identique à celui de l'alinéa précédent, concernant les contrats pour lesquels un devoir de non-continuation incombe à l'administrateur.

32. Enfin, profitant de son intervention, c'est également à un éclaircissement de la notion de paiement comptant, dont le défaut provoque la résiliation de plein droit, qu'il faut inviter le législateur, la doctrine s'interrogeant à juste titre sur la portée d'une telle exigence posée par la réforme du 10 juin 1994, alors que l'article 40 de la loi imposait déjà le paiement à l'échéance des créances postérieures.

33. Il convient d'ajouter une dernière observation commune à ces deux hypothèses de résiliation des contrats de plein droit. Le souci du législateur de libérer au plus vite le cocontractant des liens qui l'unissait au débiteur l'a conduit à poser un peu rapidement le principe de la résiliation en négligeant d'apporter certaines précisions sur ses conséquences et leur règlement. En particulier, il est resté muet sur le juge compétent pour déterminer les dommages-intérêts dus au titre de la rupture et sur leur sort. S'agit-il du juge-commissaire à qui il incombe selon le décret de constater la résiliation du contrat et sa date ou du juge du contrat ? Ainsi, tandis que certains auteurs considèrent que les pouvoirs du juge-commissaire sont limités à la seule constatation de la rupture et de sa date, le juge du contrat conservant pour le restant sa compétence ⁵³, d'autres soutiennent, en revanche, que ce dernier est compétent pour connaître des conséquences de la rupture, telles notamment que la fixation des dommages-intérêts destinés à la réparation du préjudice causé par la rupture ⁵⁴. Si opportune soit-elle au regard de la simplification qui en découlerait pour le cocontractant et qui a été spécialement recherchée par le législateur en édictant une résiliation de plein droit, cette dernière solution se heurte sans doute aux termes précis et étroits de l'article 61-1 du décret. Au demeurant, la Cour de Paris dans un arrêt du 28 juin 1996 a exclu que le juge-commissaire puisse allouer une provision au bailleur et ordonner l'expulsion du preneur ⁵⁵. La controverse ainsi née sur les pouvoirs du juge-commissaire pourrait ici encore justifier d'utiles précisions législatives.

Si le législateur a multiplié les cas de rupture automatique du contrat, évitant par là même au cocontractant d'avoir à faire prononcer celle-ci judiciairement, il pourrait également faciliter la rupture du contrat à l'initiative du titulaire de l'option. Ainsi, les cas de rupture des contrats résultant de l'intervention du titulaire de l'option pourraient être étendus.

2. Les cas de rupture résultant de l'intervention du titulaire de l'option

34. Il convient ici essentiellement de faire état de la proposition du document d'orientation préparatoire visant à reconnaître à l'administrateur une faculté autonome de résiliation unilatérale, s'ajoutant, semble-t-il, à la faculté de renonciation spontanée à la continuation des contrats. La rupture peut également résulter de l'intervention du débiteur chargé de la gestion de l'entreprise soumise à une procédure simplifiée lorsqu'aucun administrateur n'a été désigné. Les solutions de la jurisprudence conduisent en tout cas dans cette dernière hypothèse à admettre plus facilement la rupture des contrats que leur continuation.

a) La rupture résultant de l'initiative de l'administrateur

35. On sait que le législateur, obnubilé par la continuation du contrat, n'a pas prévu que l'administrateur puisse prendre l'initiative de leur résiliation. La non-continuation du contrat (dont la jurisprudence avait précisé qu'elle n'emportait pas résiliation ipso facto du contrat en application des dispositions antérieures à la réforme), comme sa résiliation aujourd'hui, n'est envisagée par la loi qu'en cas de mise en demeure du cocontractant demeurée sans réponse. A cet égard, la loi de 1994 n'a curieusement apporté aucune modification.

Afin que l'administrateur ne soit plus prisonnier d'un mécanisme qui repose sur l'intervention du cocontractant et qui peut avoir pour effet de générer un lourd passif privilégié, la doctrine a préconisé de reconnaître à l'administrateur la faculté de renoncer spontanément à la continuation du contrat ⁵⁶ et d'en provoquer la résiliation unilatérale. La solution se heurte sans doute au droit commun qui est hostile à la reconnaissance au profit de la partie qui a provoqué l'inexécution du contrat d'une faculté de résiliation unilatérale. Elle est néanmoins certainement conforme à l'esprit de la loi, soucieuse d'éclairer le plus rapidement possible les cocontractants sur leur sort et de les préserver d'une continuation forcée non nécessaire à l'entreprise ou financièrement insupportable pour celle-ci. Au demeurant, un certain nombre d'arrêts ont implicitement admis une telle non-continuation et résiliation à l'initiative de l'administrateur ⁵⁷. Le liquidateur s'est même vu expressément reconnaître une telle faculté, subordonnée toutefois au respect des stipulations contractuelles ⁵⁸.

C'est cette solution que le document d'orientation préparatoire paraît préconiser de retenir.

Cette nouvelle hypothèse de non-continuation des contrats devrait entraîner leur résiliation de plein droit, comme dans les hypothèses rencontrées précédemment où la décision de non-continuation est consécutive à une mise en demeure adressée à l'administrateur.

Lorsque le débiteur est laissé seul à la tête de l'entreprise, les hypothèses de rupture des contrats sont plus nombreuses encore.

b) La rupture des contrats résultant de l'intervention du débiteur

36. Peut ici être mentionnée la jurisprudence relative au pouvoir du débiteur en matière de continuation ou plutôt de non-continuation des contrats, lorsque dans le régime simplifié de la procédure de redressement judiciaire aucun administrateur n'a été désigné. Il est, en effet, intéressant d'observer que la jurisprudence en la matière favorise assez largement la rupture des contrats ou plus exactement leur non-continuation, laquelle rend leur rupture inéluctable.

Ainsi, la jurisprudence a considéré qu'en l'absence d'autorisation du juge-commissaire prescrite par l'article 141 de la loi, la décision de continuation du contrat prise par le débiteur seul est nulle. Or, une telle nullité a pour conséquence la non-continuation du contrat et sa résiliation. C'est en effet comme si le débiteur, mis en demeure d'opter, n'avait pas répondu à la mise en demeure ⁵⁹.

En outre, la jurisprudence a prévu que la décision de non-continuation du contrat pouvait être prise par le débiteur seul, sans l'autorisation du juge-commissaire ⁶⁰. L'article 141 n'exige l'autorisation du juge-commissaire que pour l'exercice de la faculté prévue par l'article 37 (et par l'article 121), qui est la faculté d'exiger la continuation forcée des contrats en cours.

Pour autant, la jurisprudence n'affiche pas une préférence sans bornes pour la rupture des contrats. Elle a contribué, comme le législateur à certains égards, à tempérer quelque peu la large rupture des contrats pour des causes postérieures au jugement d'ouverture.

B. Les limites à la rupture des contrats

37. Ces limites sont constituées, en premier lieu, par le maintien d'un régime plus strict de résiliation du contrat de bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise et, en second lieu, par le contrôle exercé par la jurisprudence sur la décision de non-continuation prise par l'administrateur.

1. Le maintien d'un régime plus restrictif de résiliation du contrat de bail d'immeuble affecté à l'exploitation de l'activité de l'entreprise

38. Nul n'ignore que si la situation du bailleur d'immeuble a été améliorée par la dernière réforme, elle n'a cependant pas été alignée sur celle des contractants « ordinaires », ce qu'atteste l'existence de dispositions spécifiques au contrat de bail ayant pour objet un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise. Ces dispositions sont contenues dans les articles 38 et 153-3 de la loi, la dernière de ces dispositions, relative à la liquidation judiciaire, renvoyant à l'article 38 qui régit la résiliation du contrat de bail pour défaut de paiement des loyers et charges relatifs à une occupation postérieure et au défaut d'exploitation, auquel ce texte est relatif.

39. Pourtant, compte tenu de la faveur de la loi de 1994 à l'égard du bailleur, la combinaison des dispositions de l'article 38 et de celles de l'article 37 a suscité des difficultés, si bien que les auteurs du document d'orientation préparatoire préconisent d'introduire la précision suivante selon laquelle « les dispositions de l'article 37 s'appliquent aux contrats de bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprises sous réserve des dispositions particulières de l'article 38 ». Il s'agit ainsi d'affirmer que les dispositions dérogatoires de l'article 38 l'emportent sur la disposition générale de l'article 37 demeurant applicable pour le restant. C'est en définitive l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* qui est prônée, ainsi qu'une certaine doctrine l'avait suggéré pour résoudre les difficultés de combinaison des articles 37 et 38 ⁶¹.

Or, l'article 38, malgré les progrès réalisés en faveur du bailleur en 1994 ⁶², reste en retrait s'agissant de la résiliation du bail lorsqu'est en cause un défaut de paiement du loyer ou des charges. Ici, la résiliation de plein droit prévue par l'article 37 alinéa 3 est écartée. Le bailleur doit attendre deux mois

après le jugement d'ouverture pour demander la résiliation judiciaire ou invoquer la clause résolutoire de plein droit pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure, même échus avant l'ouverture de la procédure. Il faut par ailleurs préciser qu'il est soutenu que la mise en oeuvre de la clause résolutoire obéit aux exigences de l'article 25 du décret de 1953 ⁶³ .

40. Rappelons enfin que le défaut d'exploitation pendant la période d'observation ne peut être sanctionné par la résiliation en application de l'article 38 alinéa 2 de la loi.

Ainsi, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise pour inexécution de certaines obligations postérieures demeure-t-elle encore plus difficile que celle des autres contrats. Même pour ces derniers, la rupture qu'a fortement favorisée le législateur peut être cependant quelque peu freinée par le contrôle exercé par la jurisprudence sur la décision de non-continuation du contrat.

2. Le contrôle de la décision de non-continuation et la responsabilité éventuelle de l'administrateur

41. L'exercice par l'administrateur de l'option qui lui est conférée par l'article 37 est source de responsabilité, si bien que le caractère discrétionnaire de la décision qu'il prend, pourtant très largement affirmé, est en quelque sorte fortement estompé, sinon gommé.

Jusqu'à récemment, le responsabilité civile délictuelle de l'administrateur a été retenue à l'égard des cocontractants de l'entreprise le plus souvent pour avoir continué le contrat sans s'être assuré de la possibilité de fournir la prestation promise. Cette responsabilité pour faute, retenue pour manquement à une obligation de moyens, est appréciée au moment où l'administrateur exerce l'option. Cette jurisprudence a été consacrée par la réforme de 1994.

42. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 9 juin 1998 de la Cour de cassation ⁶⁴ , c'est au contraire la décision de non-continuation du contrat (un contrat de concession exclusive) qui a été source de responsabilité. Celle-ci a pu être retenue en raison de fautes de négligences commises à l'occasion de la décision de non-continuation. Les circonstances établissaient la légèreté de l'administrateur, qui « ne s'était entouré d'aucun avis, n'avait pas demandé une prolongation des délais impartis, n'avait pas mené une véritable étude sur la réponse à fournir et avait laissé s'éteindre les effets du contrat conclu... qui revêtait pour l'entreprise une importance primordiale, puisqu'il lui permettait de vendre avec exclusivité un produit recherché ». On observera qu'ici ce n'est pas le cocontractant qui agissait en responsabilité contre l'administrateur, mais le débiteur. Cette décision rappelle que l'option doit être exercée en considération de l'intérêt de l'entreprise et plus particulièrement de l'intérêt que le contrat présente pour le redressement de celle-ci. La vague de mesures mettant l'accent sur les droits des cocontractants avait sans doute eu tendance à le faire oublier.

Au coeur du redressement, le sort du contrat impose au législateur, tout comme ensuite à ceux qu'il investit du pouvoir d'en décider, un véritable exercice d'équilibrisme. Si précisément aujourd'hui il

n'entend pas remettre en question les grands équilibres en la matière, il doit encore à l'aube de l'an 2000 faire oeuvre de clarté et apporter les précisions que l'ambiguïté et le silence des textes nécessitent.

1 –

(1) Cf. M.-H. Monsérié, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 33.

2 –

(2) Le propos mérite d'être sinon nuancé du moins éclairé. En effet, le législateur a subordonné l'exercice exprès de l'option à la mise en demeure du cocontractant. Un certain laps de temps peut donc s'écouler entre le jugement d'ouverture et la mise en demeure. Il faut naturellement considérer pour ne pas ruiner le mécanisme de l'option ainsi institué que les contrats perdurent jusqu'à ce que l'administrateur exerce effectivement l'option. Au demeurant, la jurisprudence a été amenée à préciser qu'en l'absence de mise en demeure, absence qui n'est pas une hypothèse d'école, l'administrateur pouvait exercer l'option de manière tacite, soit en exécutant le contrat, soit en y renonçant.

3 –

(3) A. Laude, La non-continuation des contrats dans les procédures collectives, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, P.U.A.M. 1997, p. 110 à 124.

4 –

(4) Tout particulièrement en vue de sa cession au repreneur, une telle cession pouvant s'avérer en effet fort avantageuse, notamment pour le crédit-bailleur.

5 –

(5) Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 octobre 1998 admet la résolution unilatérale d'un contrat : Cass. civ. 1re, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 197, note Ch. Jamin.

6 –

(6) Et si, par ailleurs, il n'a pas été complètement exécuté, autre condition que nous n'avons pas à examiner ici.

7 –

(7) Sont également visées par l'article 37 les clauses stipulant en cas de redressement judiciaire une indivisibilité entre les obligations contractuelles à exécution successive ou échelonnée (l'indivisibilité stipulée a pour but de rendre indissociables les prestations antérieures et postérieures au jugement d'ouverture et de conduire au paiement des créances antérieures, et, à défaut, l'inexécution de ces obligations indissociables doit aboutir à la rupture du contrat).

8 –

(8) Cass. com., 19 décembre 1995, Bull. civ. IV, no 306, p. 280 ; R.T.D. Civ. 1996, p. 611, no 8, J. Mestre.

9 –

(9) Cass. com., 28 avril 1998, Juris-data no 002008 ; Rev. proc. coll. 1999,2/3, p. 121, no 12, F. Macorig-Venier.

10 –

(10) Cass. com., 22 juin 1999, Salvi et cts c/ Geron et cts, arrêt no 1251 D. Le contrat concerné était un contrat de vente avec rente viagère et l'action était une action en résolution. L'arrêt d'appel, qui avait constaté la résolution, comme s'il s'était agi d'une action tendant à constater l'acquisition de la clause résolutoire, alors que l'action exercée était bien une action en résolution, est cassé.

11 –

(11) Cass. com., 19 décembre 1995, D. 1996, 145, M.-J. Campana ; Dr. et Patrimoine, mai 1996, p. 83, M.-H. Monsérié ; Rev. proc. coll. 1997/1, p. 51, no 6, F. Macorig-Venier.

12 –

(12) Y demeurent soumis, tant le créancier titulaire d'un privilège spécial dont l'action résolutoire ne saurait prospérer selon une jurisprudence déjà ancienne, que le bailleur d'un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise dont l'action en résiliation pour défaut de paiement de créances antérieures ne peut davantage être exercée selon une jurisprudence plus récente des juridictions du fond.

13 –

(13) F. Pérochon et R. Bonhomme-Juan, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, 4e éd. L.G.D.J., no 377 ; M. Pédamon, Les incidences de la loi du 10 juin 1994 sur le bail à usage commercial, Gaz. Pal. 1995, doct., p. 10 ; Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, par Ph. Delebecque et M. Germain, t. 2, 15e éd., no 3226 ; J. Vallansan, Continuation des contrats en cours, J.-Cl. com., fasc. 2335, no 110.

14 –

(14) C. Saint-Alary-Houin, La résiliation du bail commercial, Petites Affiches no 82 de juillet 1996, p. 22 et s., no 10. Dans le même sens, B. Soinne, qui affirme que la disposition de l'article 153-3 « ne peut être interprétée en dehors du cadre général de la loi de 1985 dont l'une des clés de voûte est précisément représentée par l'arrêt des poursuites ainsi que des actions en résolution », Traité des procédures collectives, no 2360-8.

15 –

(15) Cass. com., 19 octobre 1994, Rev. dr. soc. 1994, no 7, Y. Chaput ; Rev. Loyers 1995, 11, Ch.-H. Gallet.

16 –

(16) Paris, 25 juin 1996, Juris-data no 022505 ; Rev. proc. coll. 1998, p. 287, no 5, F. Macorig-Venier.

17 –

(17) Dijon, 30 avril 1996, Juris-data no 056644 ; Rev. proc. coll. 1999, p. 119, no 8, F. Macorig-Venier.

18 –

(18) B. Soinne, no 2660.

19 –

(19) En ce sens, F. Pérochon et R. Bonhomme-Juan, préc., no 377 : « la loi du 10 juin 1994 a confirmé le jeu de l'article 37 dans l'article 153-2, alinéa 2 L., sans le lier au maintien éventuel de

l'activité » (voir cependant, no 190 : « le même régime _ article 37 _ s'applique en cas de liquidation judiciaire, si l'activité est exceptionnellement poursuivie »).

20 –

(20) Cass. com., 23 octobre 1990, Rev. proc. coll. 1994, C.S.A.H. ; D. 1993, p. 6, F. Derrida. Voir aussi Cass. com., 16 novembre 1993, Rev. proc. coll. 1994/1, p. 45, J. Mestre et A. Laude.

21 –

(21) R.J.D.A 1996, no 1394, p. 986 ; Rev. proc. coll. 1998/3, p. 282, F. M.-V.

22 –

(22) Arrêt no 1381 P + B.

23 –

(23) Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, no 192 ; R.T.D. Com. 1997, p. 684, A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1998/3, p. 285, F. M.-V.

24 –

(24) D. Aff. 1997, p. 160 ; Rev. proc. coll. 1998/3 p. 284, F. M.-V.

25 –

(25) Rev. proc. coll. 1996/1, p. 70, F. M.-V.

26 –

(26) Rev. proc. coll. 1999 2/3, no 5, F. M.-V.

27 –

(27) S'agissant du contrat d'édition, rappelons que la résiliation du contrat d'édition peut être demandée par l'auteur en cas de cessation d'activité de l'entreprise d'édition depuis au moins trois mois ou lorsque la liquidation est prononcée (article L. 132-15, alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle).

28 –

(28) Dictionnaire permanent des difficultés des entreprises, Bull. 188, 1er septembre 1999, p. 6441.

29 –

(29) Contra cependant : J. Ghestin, M. Billiau, p. 452, no 450 ; C. Paulin, La clause résolutoire, thèse Toulouse, no 276, p. 285, soutenant que « le texte paraît suffisamment large pour concerner l'action en exécution de la résolution ».

30 –

(30) B. Soinne, Traité théorique et pratique des procédures collectives, no 1043.

31 –

(31) J.C.P. éd. E. 1994. I. 394, no 4, M. Cabrillac et Ph. Pétel.

32 –

(32) Cass. com., 22 novembre 1997, Quot. jur. du 22 décembre 1997, p. 2 ; Rev. proc. coll. 1998 2/3, p. 117, no 1, F. Macorig-Venier.

33 –

(33) Cass. civ. 3e, 11 juin 1997, R.J.D.A. 1997, no 1262 ; Rev. proc. coll. 1998, p. 285, no 2, F. Macorig-Venier.

34 –

(34) Paris, 21 janvier 1997, Rev. proc. coll. 1999 2/3, p. 118, no 3, F. Macorig-Venier.

35 –

(35) Cass. com., 26 mai 1999, J.C.P. éd. E. 1999, p. 1272 ; J.C.P. éd. E. 1999, p. 1532, Ph. Pétel.

36 –

(36) Cass. civ. 3e, 3 juin 1992, Bull. civ. III, no 182 et 14 mai 1997, R.J.D.A. 1997, no 954 ; Rev. proc. coll. 1998/3, p. 287,6, no 4, F. M.-V.

37 –

(37) Cass. com., 16 novembre 1993, Rev. proc. coll. 1994, p. 45, J. Mestre et A. Laude ; 22 octobre 1996, Rev. proc. coll. 1997, p. 178, J. Mestre et A. Laude.

38 –

(38) Moyennant le respect d'un délai de préavis lorsque le contrat est à durée indéterminée selon l'alinéa premier de cette disposition, un tel préavis n'étant plus nécessaire, selon l'alinéa 2 de la loi bancaire, lorsque le comportement du bénéficiaire du crédit est gravement répréhensible ou sa situation irrémédiablement compromise. Cass. com., 2 mars 1993, Rev. proc. coll. 1993, p. 532, J. Mestre et A. Laude, la situation irrémédiablement compromise étant elle-même appréciée strictement par la Cour de cassation, comme « celle qui ne laisse aucune chance d'aboutir au redressement de l'entreprise », Cass. com., 16 juin 1996, Rev. proc. coll. 1997, p. 180 et s., J. Mestre et A. Laude.

39 –

(39) En cas de résiliation unilatérale, la Cour de cassation ne contrôle pas à proprement parler les causes de la rupture, mais « les circonstances caractérisant la rupture des concours bancaires, postérieure à l'ouverture de la procédure collective » : Cass. com., 1er juillet 1997, Rev. dr. bancaire janvier/février 1998, p. 24, J.-M. Calendini et M.-J. Campana.

40 –

(40) Cf. M.-J. Campana, La résiliation de plein droit des contrats en cours, in Continuation des contrats en cours et sort du bail dans le redressement et la liquidation judiciaires, Colloque C.R.A.J.E.F.E. du 27 avril 1996, Petites Affiches no 82 de 1996, p. 11 et s.

41 –

(41) Sur la portée de l'innovation apportée par la loi de 1994, cf. La réforme du droit des entreprises en difficulté, Commentaire de la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement amiable des difficultés des entreprises et de son décret d'application du 21 octobre 1994, A. Couret, J. Larrieu, F. Macorig-Venier, C. Mascala, M.-H. Monsérié, C. Saint Alary-Houin, éd. Montchrestien, no 130, p. 65.

42 –

(42) En pratique, pour faire échec à cette présomption, il appartient au mandataire de prouver qu'il a répondu à la mise en demeure, cette preuve ne pouvant résulter du paiement des loyers : Cass. com., 13 octobre 1998, Act. proc. coll. no 11, 1998, no 143.

43 –

(43) A. Laude, La non-continuation des contrats dans les procédures collectives, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, précit., p. 117 ; J. Vallansan, La continuation des contrats en cours, Juris.-Class. com. fasc. 2335, no 129 ; F. Pérochon et R. Bonhomme-Juan, préc., no 196, pour qui la résiliation doit avoir lieu en cas de décision spontanée de l'administrateur de renoncer à la continuation du contrat, laquelle décision peut être prise même en l'absence de mise en demeure.

44 –

(44) Cass. com., 21 janvier 1992, Bull. civ. IV, no 25 ; 13 octobre 1998, R.J.D.A. 12/1998, no 1380.

45 –

(45) Des arrêts récents de la Cour de cassation sont venus préciser la compétence en la matière : en excluant tout d'abord la compétence du juge-commissaire : Cass. com., 26 mai 1998, Actualité des procédures collectives, 25 septembre 1998, no 91 ; puis celle du juge des référés : Cass. com., 13 octobre 1998, Quot. jur. no 87 de 1998, p. 2, et R.J.D.A. précit., au profit de celle de la juridiction du fond, le juge du fond étant celui du contrat et non celui de la procédure collective : Cass. com., 21 janvier 1992, Bull. civ. IV, no 25.

46 –

(46) M.-J. Campana, préc., p. 12.

47 –

(47) Trib. com. Chambéry, 25 septembre 1998, R.J.D.A. 12/1998, no 1381, p. 1036.

48 –

(48) M.-J. Campana, préc. ; F. Pérochon et R. Bonhomme-Juan, préc.

49 –

(49) L'exigence éventuelle d'une telle constatation a conduit certains auteurs à qualifier cette résiliation de plein droit, de résiliation « en trompe-l'oeil », M.-J. Campana, art. préc., no 3. Néanmoins, la situation n'est pas différente de celle que peut engendrer une clause résolutoire de plein droit.

50 –

(50) C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Domat Montchrestien, 2e éd., no 558, p. 325. En sens inverse cependant, C. Saint-Alary-Houin, La résiliation du bail commercial, préc., no 20.

51 –

(51) F. Pérochon et R. Bonhomme-Juan, préc., no 199.

52 –

(52) M.-J. Campana, La résiliation de plein droit des contrats, Petites Affiches no 82 de 1996, p. 11 et s.

53 –

(53) M.-J. Campana, préc., no 9.

54 –

(54) M.-H. Monsèrié, in *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, no 131 de 1995, p. 66.

55 –

(55) Paris, 28 juin 1996, J.C.P. éd. E. 1996 ; Gaz. Pal. 1997, 1, somm. 141, Brault.

56 –

(56) F. Pérochon et R. Bonhomm-Juan, préc., no 196, p. 179 ; A. Laude, préc., p. 118.

57 –

(57) Cf. arrêts cités par J. Mestre et A. Laude, R.P.C. 1994, p. 246 in fine.

58 –

(58) Cass. com., 16 mars 1993, R.P.C. 1994, p. 245.

59 –

(59) Cass. com., 6 mai 1997, R.P.C. 1997, p. 444, J. Mestre et A. Laude.

60 –

(60) Cass. com., 9 janvier 1996, R.P.C. 1996, p. 215 ; J. Mestre et A. Laude, préc.

61 –

(61) F. Auque, *Le bail commercial n'est pas un contrat comme les autres (articles 37 et 38 nouveaux de la loi du 25 janvier 1985)*, Rev. proc. coll. 1997-2, p. 131.

62 –

(62) Possibilité de demander la résiliation pour défaut de paiement des charges, réduction du délai « d'inertie » de 3 à 2 mois.

63 –

(63) C. Saint-Alary-Houin, *La résiliation du bail commercial*, no 20.

64 –

(64) Cass. com., 9 juin 1998, R.J.D.A. 11/1998, no 1251 ; Rev. proc. coll. 1998 2/3, p. 115, A. Laude.