

Le contenu de la déclaration de créance du crédit-bailleur

ou «*Qui trop déclare, rien n'obtient*»

Emmanuelle Le Corre-Broly
Avocat au barreau de Saint-Omer*
Docteur en droit
ATER à l'Université de Lille II



A l'ouverture de la procédure collective du crédit-preneur s'annonce pour la société financière un chemin semé d'embûches. Bien que le législateur du 10 juin 1994 ait considérablement amélioré la situation du crédit-bailleur, il n'en demeure pas moins que certains pièges lui restent tendus, notamment à l'occasion de la déclaration de créance. Afin d'éviter ces pièges et d'optimiser ainsi les chances de recouvrement de sa créance, le crédit-bailleur aura clairement à l'esprit le contenu précis de sa – ou parfois de ses – déclarations de créance. Cet impératif sera essentiel dans le cadre de la déclaration de l'indemnité de résiliation – constitutive le plus souvent de la majeure partie de la créance déclarée –. En effet, déclarer celle-ci de façon inappropriée, et c'est tout espoir de recouvrement qui peut disparaître. Ainsi, il pourra s'avérer pour le crédit-bailleur, que «*qui trop déclare, rien n'obtient...*»

Lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du prêteur, les banques n'ont qu'une seule et unique déclaration de créance à effectuer au titre du contrat de prêt. A leur égard, la créance de remboursement naît au jour du déblocage des fonds. Dès lors que celui-ci est intervenu avant le jugement d'ouverture, la créance devra pour le tout être déclarée au passif même si son exigibilité est postérieure au prononcé du redressement judiciaire. Toute différente sera la situation du crédit-bailleur dont les créances de loyers trouvent leur origine dans la jouissance du bien conférée au preneur. Ainsi, en dehors de l'hypothèse de résiliation ou de survenance du terme du contrat de crédit-bail au jour de la déclaration de créance – auquel cas seule la déclaration de créance initiale aura à être effectuée –, l'établissement de crédit-bail devra procéder à une déclaration de créance initiale (I) ainsi qu'à une déclaration de créance que nous qualifierons de «complémentaire» (II), dont il convient de déterminer précisément le contenu.

* Cet article est extrait de la thèse de l'auteur consacrée à l'étude du crédit-bail face au redressement ou à la liquidation judiciaire du locataire.

I La déclaration de créance initiale

Dans l'hypothèse où le contrat sera résilié au jour de la déclaration de créance (1), le crédit-bailleur n'aura à effectuer que la déclaration de créance initiale dont le contenu sera différent en cas de défaut de résiliation du contrat au jour de la déclaration de créance (2).

1. *En cas de résiliation du contrat au jour de la déclaration de créance*

En cas de résiliation du contrat de crédit-bail au jour de la déclaration de créance, le crédit-bailleur devra procéder à une déclaration de créance dont le contenu diffèrera en fonction de la résiliation (A) ou non du contrat au jour du jugement d'ouverture (B).

A- **Hypothèse de contrat résilié antérieurement au jugement d'ouverture**

Nombreux sont les cas dans lesquels l'entreprise en difficulté ne déposera pas son bilan dans le délai légal prévu à l'article 3, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985, lequel est de quinze jours à compter de la cessation des paiements. En conséquence, il en résultera souvent qu'au jour du jugement d'ouverture, le contrat de crédit-bail se sera déjà trouvé résilié par le jeu d'une clause de résiliation de plein droit. Dans cette hypothèse, la déclaration de créance du crédit-bailleur devra faire état du montant des loyers arriérés au jour de la résiliation du contrat ainsi que du montant de l'indemnité de résiliation.

La règle de l'arrêt du cours des intérêts posée à l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 ne concernant que les intérêts susceptibles de courir après le jugement d'ouverture, l'établissement de crédit-bail pourra déclarer au passif les intérêts de retard nés antérieurement au jugement d'ouverture. Ainsi, sa déclaration de créance devra-t-elle contenir les intérêts de retard calculés au taux contractuel – à défaut, au taux légal – ayant couru sur les loyers du jour de leur exigibilité au jour du

jugement d'ouverture ainsi que les intérêts de retard au même taux ayant couru sur l'indemnité de résiliation du jour de son exigibilité au jour du jugement d'ouverture. Faute de déclaration de créance des intérêts, ceux-ci sont perdus (1).

B - Hypothèse de contrat résilié entre le jour du jugement d'ouverture et celui de la déclaration de créance

Le contrat de crédit-bail peut se trouver résilié au jour de la déclaration alors que tel n'était pas le cas au jour du jugement d'ouverture. Cette hypothèse se rencontrera notamment lorsque l'administrateur, à défaut le débiteur ou le liquidateur, aura opté pour la non continuation du contrat avant que le crédit-bailleur n'ait déclaré sa créance. La non continuation du contrat emporte, en effet, désormais, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 réformée, la résiliation de celui-ci. La résiliation du contrat pourra également intervenir entre le jugement d'ouverture et la date de la déclaration de créance du crédit-bailleur lorsqu'une clause de résiliation de plein droit aura pu jouer au motif d'un défaut de paiement d'un loyer postérieur au jugement d'ouverture, lequel est couvert par les dispositions de l'article 40.

Dans cette hypothèse où le contrat se trouvera résilié au jour de la déclaration de créance alors que tel n'était pas le cas lors de l'ouverture de la procédure, la déclaration de créance du crédit-bailleur devra, en premier lieu, contenir les loyers antérieurs au jugement d'ouverture et non payés majorés des intérêts de retard au taux légal, ou au taux contractuel le cas échéant, du jour de leur exigibilité au jour du jugement d'ouverture.

Une question se pose lorsque – et c'est là l'hypothèse statistiquement la plus courante – un loyer couvre à la fois une période antérieure et postérieure au jugement d'ouverture. Ce loyer doit-il être considéré comme antérieur ou postérieur au jugement d'ouverture ? Cette question conduit elle-même à deux interrogations. Lorsque le loyer est payable «terme à échoir» – c'est-à-dire payable le premier jour de la période de jouissance y afférent – doit-il, puisqu'il est exigible antérieurement au jugement d'ouverture, être déclaré pour sa totalité au passif ? A l'inverse, lorsque le loyer est payable «terme échu» – c'est-à-dire payable le dernier jour de la période de jouissance y afférent – doit-il, puisqu'il est exigible postérieurement au jugement d'ouverture, être considéré comme une créance postérieure au jugement d'ouverture relevant des dispositions de l'article 40 et donc exclue du domaine de la déclaration de créance ? Un tel raisonnement, fondé sur la date d'exigibilité de la créance de loyer serait condamnable dans la mesure où, aux termes des dispositions de l'article 50, doivent être déclarées au passif les créances ayant leur «*origine antérieurement au jugement d'ouverture*». Or, la notion d'exigibilité ne s'accorde pas avec celle d'«*origine*». La doctrine (2) et la jurisprudence (3), condamnant une telle solution se sont accordées pour considérer qu'il convenait de raisonner en termes de fait générateur de la créance aux fins de déterminer les créances antérieures et postérieures au jugement d'ouverture. Cette jurisprudence, statuant notamment en matière de cotisations sociales assises sur les salaires, a clairement posé la distinction entre le fait générateur de la créance et sa date d'exigibilité (4). Peu importe que l'exigibilité de la créance soit postérieure au redressement judiciaire dès lors que le fait générateur est antérieur au redressement judiciaire. Appliquée au contrat de crédit-bail, cette solution conduit à considérer que la période de jouis-

sance antérieure au jugement d'ouverture – et celle-là seulement – donne naissance à une créance devant être déclarée au passif du locataire, quelle que soit la date d'exigibilité du loyer y afférent. Le contrat de crédit-bail emprunte au contrat de bail. La jouissance procurée au crédit-preneur l'est à titre de bail. Il résulte de l'article 1709 du Code civil que «*le louage de chose est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer*». Cette définition fait clairement apparaître le lien entre la jouissance procurée et le loyer. A telle période de jouissance, correspond tel loyer. Le fait générateur de la créance de loyer est la jouissance procurée au locataire. Il en résulte que si la jouissance procurée au crédit-locataire est relative à une période antérieure au jugement d'ouverture, la créance de loyer sera elle-même antérieure et il conviendra de la déclarer au passif, conformément aux dispositions de l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985. En revanche, lorsque la période de jouissance considérée est postérieure au jugement d'ouverture, la créance en découlant aura la qualité de créance «*article 40*». Il convient de préciser que la jouissance procurée le jour du jugement d'ouverture sera génératrice d'une créance postérieure, puisque le jugement d'ouverture rétroagit à zéro heure de sa date.

En conséquence, lors de l'établissement de la déclaration de créance, il appartiendra au crédit-bailleur de distinguer, dans le loyer relatif à une période au cours de laquelle a été prononcée l'ouverture de la procédure collective du locataire, la fraction correspondant à la jouissance procurée avant le jugement d'ouverture, de la fraction correspondant à la jouissance procurée après ledit jugement. Cette répartition s'effectuera au prorata temporis de la période considérée.

Lorsque la résiliation du contrat sera intervenue entre le jugement d'ouverture et la date de la déclaration de créance, cette dernière devra, en second lieu, faire état de l'indemnité de résiliation. Bien qu'intervenant après redressement judiciaire, la résiliation du contrat qui n'aura pas fait l'objet d'une poursuite fait naître une créance antérieure. Il en résulte que l'article 37, alinéa 5 nouveau (al. 4 ancien), qui prévoit la déclaration au passif de l'indemnité de résiliation du contrat non poursuivi crée une fiction lorsque la résiliation est survenue postérieurement au jugement d'ouverture.

Par hypothèse, l'indemnité de résiliation ne pourra être déclarée à l'occasion de l'établissement de la déclaration de créance initiale lorsqu'aucune résiliation ne sera survenue au jour de cette déclaration de créance. Tel sera donc le cas lorsque le contrat n'aura pas été résilié au jour de la déclaration de créance.

2. En l'absence de résiliation du contrat au jour de la déclaration de créance

Lorsque le contrat de crédit-bail est en cours au jour de la déclaration de créance, la question se pose alors de savoir si le crédit-bailleur doit déclarer au passif les loyers qui restent à échoir après le jugement d'ouverture de la procédure collective du locataire. L'interrogation existe du fait de la rédaction de l'article 51 de la loi du 25 janvier 1985. Cet article dispose : «*la déclaration (de créance) porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir*». Une lecture isolée de cette disposition peut conduire à la conclusion qu'il faut déclarer au pas-

sif non seulement les loyers du crédit-bail échus au jour du jugement d'ouverture, mais encore les loyers restant à échoir après ce même jugement. Cependant, l'article 51 de la loi de 1985 ne peut être isolé de l'article 50 de la même loi. Ce dernier indique que «*tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture [...] adressent la déclaration de leurs créances*». De la combinaison des deux textes, il résulte que seules doivent être déclarées au passif les créances antérieures et que, pour ces dernières, il y a lieu d'indiquer les sommes à échoir. Cette situation prend tout son sens en présence d'un contrat de crédit. Dès lors que les fonds ont été débloqués avant jugement d'ouverture, la créance de remboursement du prêteur est, pour la totalité, une créance née avant le jugement d'ouverture. Au jour de la remise des fonds par la banque, naît la créance de remboursement, laquelle ne devient exigible qu'au fur et à mesure des échéances contractuellement définies. Elle doit donc être, pour la totalité, déclarée au passif. Si le contrat de prêt n'a pas connu la déchéance du terme et s'il n'est pas, au jour du jugement d'ouverture, arrivé à son terme, la déclaration de créance devra «*porte(r) le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir*». Il en est tout autrement du contrat de crédit-bail. Les créances de loyers ne naissent pas au jour de la livraison du bien, mais trouvent leur origine dans la jouissance du bien procurée au preneur. Dans ce contexte, au jour de la déclaration de créance, aucune dette de loyer n'est à proprement parler «à échoir» puisque la dette en question n'est pas née. L'indication des sommes à échoir après jugement d'ouverture est sans application pour le contrat de crédit-bail. En effet, les loyers à échoir après jugement d'ouverture ne sont pas des «créances nées avant jugement d'ouverture». Le fait générateur de la créance de loyers est la jouissance que procure au locataire le crédit-bailleur. Dès lors que cette jouissance est postérieure au jugement d'ouverture, la créance de loyers correspondante n'a pas à être déclarée au passif.

Ainsi, si le contrat n'est pas résilié à la date du jugement d'ouverture, il y aura lieu de déclarer au passif les loyers arriérés ayant leur origine antérieurement au jugement d'ouverture et uniquement ceux-ci. Il ne peut être question de déclarer au passif des «loyers à échoir» (5). Une telle déclaration pourrait être particulièrement préjudiciable pour l'établissement de crédit-bail, que le contrat soit poursuivi (1) ou non (2).

A - Incidence de la déclaration de loyers «à échoir» en cas de non continuation du contrat

Il convient d'examiner l'incidence de la déclaration des loyers «à échoir» sur la créance bénéficiant du privilège de procédure – créance «article 40» – (a) ainsi que sur la créance d'indemnité de résiliation (b).

a) Incidence de la déclaration de loyers «à échoir» sur la créance «article 40»

Dans l'hypothèse où le contrat en cours au jour du jugement d'ouverture n'aura pas été poursuivi, les créances nées du jour du jugement d'ouverture au jour où la renonciation à la continuation du contrat est acquise sont couvertes par les dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, c'est-à-dire doivent être réglées à leur échéance, à défaut par priorité. Lorsque le crédit-bailleur aura été payé de ces loyers couverts

par les dispositions de l'article 40 avant l'admission de sa créance, le fait d'avoir déclaré des loyers «à échoir» ne sera pas pénalisant pour lui puisque le montant de son admission au passif prendra en compte les loyers perçus au titre de l'article 40. Dans le cas contraire, si la créance du crédit-bailleur est admise telle que déclarée – faisant mention de «loyers échus et à échoir» –, le crédit-bailleur pourra se voir privé de toute possibilité de percevoir des loyers au titre de l'article 40. Si tous les loyers nés postérieurement au jugement d'ouverture – dont ceux nés du jour du jugement d'ouverture au jour de l'acquisition de la renonciation à la poursuite du contrat – sont admis définitivement au passif du débiteur, une décision de justice – en l'occurrence l'ordonnance d'admission rendue par le juge-commissaire – revêtue de l'autorité de la chose jugée aura considéré tous ces loyers comme ayant leur origine antérieurement au jugement d'ouverture. Il en résultera que le crédit-bailleur pourra se voir opposer cette décision de justice et, en conséquence, pourra se voir refuser le paiement dans le cadre de l'article 40 des loyers nés du jour du jugement d'ouverture au jour de la renonciation à poursuivre le contrat, du fait de leur admission au passif.

b) Incidence de la déclaration de loyers «à échoir» sur la créance d'indemnité de résiliation

Un «scénario juridique» encore plus préjudiciable pour le crédit-bailleur est également envisageable. Lorsque le crédit-bailleur aura été admis au titre de loyers «à échoir» alors que son contrat se trouvera résilié par la suite, il pourra perdre toute chance de paiement de l'indemnité de résiliation. Si la société de crédit-bail déclare la créance de loyers «à échoir», cette déclaration est effectuée en considération du maintien de la location. En revanche, lorsque la société de crédit-bail déclare l'indemnité de résiliation, cette déclaration de créance a pour fondement les dommages-intérêts issus de la résiliation du contrat. Il apparaît que le fondement juridique de ces deux déclarations est distinct. Il en résulte que lorsque le contrat se trouve résilié, la déclaration au passif doit être faite sur le fondement de cette résiliation et non sur le fondement de loyers «à échoir». Si la déclaration de l'indemnité de résiliation n'est pas effectuée, cette créance d'indemnité de résiliation est éteinte, alors même que la créance de loyers «à échoir» ne naîtra jamais, du fait-même de la résiliation intervenue. Ainsi, le crédit-bailleur ne sera-t-il titulaire d'aucune créance issue de la résiliation du contrat... Dans ce sens, une cour d'appel (6), après avoir constaté que «*l'admission de la créance de la société X (crédit-bailleur) a été faite sur le fondement d'une créance de loyers à échoir qui n'est jamais devenue exigible en raison de la résiliation du contrat*» et que le crédit-bailleur n'avait pas déclaré sa créance d'indemnité dans le cadre des dispositions de l'article 66, alinéa 4, du décret (devenu l'article 66, alinéa 2 nouveau), a déclaré bien-fondé l'appel du crédit-preneur – lequel avait fait l'objet d'un plan de continuation – dirigé contre un jugement qui l'avait condamné à payer au crédit-bailleur des dividendes au titre de la créance de loyers «à échoir». L'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission au passif ne peut venir contrarier la solution issue de cet arrêt. En effet, l'autorité de la chose jugée ne vaut que pour ce qui a été jugé. Or, n'est revêtue de l'autorité de la chose jugée qu'une décision d'admission d'une créance qui ne deviendra jamais exigible – en l'occurrence la créance de loyers «à échoir» – du fait de la résiliation du contrat. De plus, la

créance d'indemnité de résiliation n'ayant pas été déclarée, celle-ci est éteinte, de sorte qu'il ne peut même plus être question de poursuivre le débiteur principal ou la caution en paiement de l'indemnité de résiliation. Cette solution, qui a été adoptée dans le cadre d'un plan de continuation (7), est également transposable dans le cadre d'un plan de cession ou d'une liquidation judiciaire (8).

B - Incidence de la déclaration de loyers «à échoir» en cas de continuation du contrat et d'adoption d'un plan de continuation

Le fait pour le crédit-bailleur d'avoir déclaré au passif les loyers «échus» et «à échoir» ainsi que la «valeur résiduelle» et d'avoir été admis à ce titre sera également susceptible d'engendrer des conséquences fâcheuses, lorsque le contrat aura été poursuivi et qu'un plan de continuation aura été adopté. Lorsque la créance est admise, et qu'un plan de continuation est arrêté, la créance est réglée selon les dispositions du plan dont la durée ne peut excéder 10 ans – ou 15 ans lorsque le débiteur est un agriculteur – (art. 65 nouveau, L. 25 janv. 1985) (9).

Lorsque le contrat de crédit-bail aura été poursuivi pendant la période d'observation et qu'un plan de continuation aura été adopté, le contrat de crédit-bail – contrat à exécution successive – devra être exécuté selon les prévisions contractuelles. Ainsi, les loyers correspondant à la jouissance du bien postérieure au jugement d'ouverture de la procédure, de même que ceux correspondant à la jouissance du bien postérieure à l'adoption du plan, doivent-ils être réglés à leur échéance contractuelle. La situation du crédit-bailleur est donc tout à fait enviable, puisque seule sa créance antérieure à l'ouverture de la procédure collective du preneur sera incluse dans le plan et donc réglée selon ses modalités. Tel ne sera pas le cas lorsque, du fait de la déclaration incorrecte du crédit-bailleur, sa créance aura été admise au passif au titre des loyers arriérés au jour du jugement d'ouverture, non seulement, mais également au titre de ceux devant naître sur toute la durée du contrat postérieure au jugement d'ouverture. Dans cette hypothèse, les créances de loyers postérieures à l'adoption du plan ne devront plus être réglées selon les prévisions contractuelles, mais selon les modalités du plan de continuation. Toutefois, il apparaît désormais que la levée de l'option d'achat ne pourra pas intervenir à défaut de paiement de l'intégralité des sommes dues au titre du contrat (art. 74, al. 3 nouveau, L. 25 janv. 1985).

En l'absence de résiliation du contrat au jour de la déclaration de créance, le crédit bailleur sera, dans certains cas, tenu d'effectuer une déclaration de créance complémentaire.

II La déclaration de créance complémentaire

La déclaration de créance complémentaire devra être effectuée lorsque l'établissement de crédit-bail sera fixé sur le sort de son contrat. Dans le cas où le contrat n'aura pas été poursuivi, le crédit-bailleur sera incontestablement tenu de faire figurer, dans cette déclaration complémentaire, l'indemnité de résiliation du contrat non poursuivi (1). En revanche, dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat initialement poursuivi, s'engage une discussion relative à la déclaration de l'indemnité de résiliation (2).

1. L'obligation de déclaration de l'indemnité de résiliation du contrat non poursuivi

Sous l'empire de la législation de 1985 initiale, lorsque l'administrateur, à défaut le débiteur ou le liquidateur, avait renoncé à la poursuite du contrat, le crédit-bailleur pouvait se prévaloir de la résiliation intervenant du fait de l'existence d'une clause résolutoire de plein droit, en cas de défaut de paiement de loyers (10).

Sous le régime de la loi du 25 janvier 1985 réformée, le contrat non poursuivi se trouve résilié de plein droit. Le crédit-bailleur pourra être informé du défaut de continuation du contrat – et donc désormais de sa résiliation – par décision expresse de l'administrateur judiciaire ou, à défaut, du débiteur ou du liquidateur, de ne pas continuer le contrat. La non-continuation pourra également résulter d'un défaut de réponse à la mise en demeure adressée à l'administrateur, à défaut au débiteur ou au liquidateur, dans les prévisions des articles 37 et 141 de la loi. Lorsque la renonciation à la continuation du contrat sera acquise, le crédit-bailleur devra procéder à une déclaration de créance complémentaire. La créance à déclarer suite à cette non-poursuite du contrat ne sera pas constituée de «loyers à échoir», mais plutôt de l'indemnité de résiliation.

Cette solution est parfaitement logique dans la mesure où, du fait du défaut de continuation du contrat et de la résiliation de ce dernier en découlant, les loyers «à échoir» ne deviendront jamais exigibles.

Dans les prévisions de l'article 66, alinéa 2 (al. 4 ancien), du décret du 27 décembre 1985, il appartient au crédit-bailleur de déclarer les conséquences de la non-continuation du contrat, telle que cela est envisagé par l'article 37, alinéa 5 nouveau (al. 4 ancien), de la loi du 25 janvier 1985 selon lequel «*si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat, l'inexécution peut donner lieu à des dommages-intérêts dont le montant sera déclaré au passif au profit de l'autre partie*». Le crédit-bailleur devra donc déclarer au passif l'indemnité de résiliation.

Le fait pour le crédit-bailleur d'effectuer une déclaration de créance initiale relative à la créance de loyers arriérés au jour du jugement d'ouverture, puis une déclaration complémentaire d'indemnité de résiliation, oblige les sociétés financières à une gestion très serrée de leurs dossiers puisqu'elles doivent déclarer deux créances au lieu d'une. Ces déclarations sont toutes deux enfermées dans un délai précisé par les textes (art. 66 al. 1 et 2 D. 27 déc. 1985). Une autre technique pourrait éventuellement être mise en place afin d'éviter au crédit-bailleur d'avoir à procéder à deux déclarations. Lors de la déclaration de créance initiale – laquelle deviendrait en l'occurrence la seule et unique déclaration – le crédit-bailleur pourrait non seulement déclarer les loyers échus à la date du jugement d'ouverture, mais aussi, de façon simultanée, une créance éventuelle (11) d'indemnité de résiliation pour l'hypothèse où le contrat ne serait pas continué. Cette indemnité couvrirait la totalité des loyers restant à échoir au jour du jugement d'ouverture, mais avec la précision qu'il y aura lieu de déduire de cette somme les loyers courants entre la date du jugement d'ouverture et la date de la renonciation à la poursuite du contrat, lesquels sont couverts par les dispositions de l'article 40.

En dehors de cette technique, l'obligation pour le crédit-bailleur de procéder à une déclaration de créance complé-

mentaire à l'occasion de la non-continuation de son contrat est clairement et indiscutablement posée par le texte. Il en est tout autrement, en ce qui concerne l'indemnité de résiliation du contrat initialement continué

2. *La discussion relative à la déclaration d'indemnité de résiliation du contrat continué, puis résilié*

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, l'indemnité de résiliation du contrat de crédit-bail régulièrement continué était couverte par les dispositions de l'article 40 (12) de la même loi, lesquelles prévoient le règlement à leur échéance, ou à tout le moins par priorité, des créances régulièrement nées après le jugement d'ouverture.

Par essence, la créance d'indemnité de résiliation n'est pas une créance contribuant au maintien de l'activité de l'entreprise. En étant considérée comme une créance bénéficiant des dispositions de l'article 40, cette créance d'indemnité de résiliation tend à réduire les chances de redressement de l'entreprise débitrice. Fort de cette constatation, le législateur de 1994 a entendu exclure des dispositions de l'article 40 l'indemnité de résiliation du contrat continué. La loi du 10 juin 1994 a complété le 3^e alinéa de l'article 40 par une phrase précisant qu'«*en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice de la présente disposition.*»

Il ressort avec évidence de la lecture des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était d'exclure les indemnités de résiliation des contrats poursuivis du bénéfice des dispositions de l'article 40 (13). En outre, l'article 66 du décret du 27 décembre 1985, modifié par celui du 21 octobre 1994, prévoit désormais que les indemnités et pénalités résultant de contrats poursuivis doivent être intégrées dans le passif antérieur au jugement d'ouverture et doivent, en conséquence, être déclarées au passif dans un délai d'un mois à compter de la résiliation de plein droit du contrat.

Toutefois, le résultat atteint ne semble pas en adéquation avec le but poursuivi par le législateur du fait d'un mauvais positionnement de la disposition nouvelle, au sein de l'article 40 de la loi (14). A la lecture du texte nouveau, il apparaît, compte tenu du positionnement de la modification apportée par la loi de 1994, que les indemnités de résiliation ne sont pas purement et simplement écartées du bénéfice de l'article 40 (15). En effet, la nouvelle disposition est insérée au 3^e alinéa de l'article 40 prévoyant l'ordre dans lequel doit être effectué le paiement des créances de l'article 40, et plus précisément au 3^e qui précise qu'en troisième rang de l'article 40, sont réglées les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article 37 et dont le cocontractant, autorisé par le juge-commissaire, accepte de recevoir un paiement différé. Il résulte alors de la

lecture du texte, qu'en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités dont le cocontractant a accepté de recevoir un paiement différé sont exclues du troisième rang de l'article 40, et doivent en conséquence être réglées au cinquième et dernier rang, parmi «les autres créances selon leur rang», au même titre que les indemnités et pénalités qui n'auraient pas fait l'objet d'acceptation de délai de la part du cocontractant. Telle est la solution à laquelle doit aboutir l'application littérale du texte de l'article 40, alinéa 3, 3^e nouveau de la loi du 25 janvier 1985, lequel est clair et donc non sujet à interprétation, et ce, d'autant qu'en vertu de la hiérarchie des normes, le décret d'application ne peut modifier la lettre d'une disposition législative claire (16).

En conséquence, malgré l'intention contraire du législateur, l'indemnité de résiliation du contrat de crédit-bail poursuivi reste susceptible, sous le régime de la loi de 1985 réformée, de bénéficier des dispositions de l'article 40. Cependant, compte tenu de l'incertitude régnant sur la question, et en l'absence de prise de position jurisprudentielle déterminante à ce jour, il serait très hasardeux pour les sociétés financières de ne pas déclarer leur créance d'indemnité de résiliation. Elles seraient avisées de déclarer une créance d'indemnité de résiliation du contrat initialement continué, tout en précisant qu'il ne s'agit que d'une créance éventuelle, laquelle n'existerait effectivement que dans l'hypothèse où leur prétention de voir considérée l'indemnité de résiliation comme relevant des dispositions de l'article 40 ne serait pas admise. Il conviendrait alors, pour le crédit-bailleur, de poursuivre le paiement de sa créance «article 40» devant le tribunal et, parallèlement, de solliciter du juge-commissaire que ce dernier sursoit à statuer sur l'admission de sa créance, dans l'attente de l'issue du procès relatif à l'assignation en paiement de la créance devant, à son sens, bénéficier du privilège de procédure posé à l'article 40.

Force est de constater que le crédit-bailleur, afin d'optimiser les chances de recouvrement, devra être particulièrement vigilant lors de l'établissement de sa déclaration de créance. Il sera avisé de ne déclarer que ce qui, juridiquement, peut être admis au passif. Dans le cas contraire, non seulement il risquerait individuellement de se pénaliser, mais encore il s'expose à pénaliser la globalité des créanciers. En effet, dans son rôle de défenseur de l'intérêt collectif des créanciers, le représentant des créanciers ne manquera pas de contester la créance déclarée. Le législateur, pour l'inciter en ce sens, lui alloue des honoraires de contestation de créance qui viendront, à due concurrence, minorer les répartitions à intervenir au profit des créanciers. Ainsi, en limitant sa déclaration de créance, le crédit-bailleur préserve ses intérêts, et, curieusement, les intérêts de tous les autres créanciers. ■

(1) Cass. com. 26 janvier 1988 : *Rev. proc. coll.* 1988-3, p. 293, n° 1, obs. B. Dureuil ; *Quot. jur.* 1988, n° 92, p. 4 ; D. 1988, som. com. 218, obs. A. Honorat ; *JCP* 1988, éd. G, IV, 125 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, Pan. 91.

(2) F. Derrida, «Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», 3^e éd. 1991, *Dalloz*, n° 409 ; B. Soinne, «Traité des procédures collectives», 2^e éd., *Litec* 1995, n° 1101, p. 805 ; B. Soinne, «Les notions de fait générateur et d'exigibilité de la créance en droit fiscal et dans le droit des procédures collectives» : *Rev. proc. coll.* 1987-2, p. 1.- Adde, v. Endréo, «Fait générateur des créances et échanges économiques», *RTD com.* 1984, 223.

(3) Cass. com. 8 novembre 1988 : D. 1989, 36, note A. Honorat ; *Rev. proc. coll.* 1989, 227, n° 1, obs. B. Dureuil ; *Rev. proc. coll.* 1989-4, p. 562, n° 8 obs. Dureuil ; D. 1989, 36, obs. Honorat ; D. 1988, Inf. Rap. 286 ; *Bull. Joly* 1989, p. 91, n° 26 ; *Quot. jur.* 1989, n° 119, p. 8 ; *Rev. jurispr. com.* 1989, 187, n° 18, obs. Gallet ; *JCP* 1989, éd. E, II, 15468, obs. Cabrillac et Vivant.- Cass. com. 18 juillet 1989 : *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 235, n° 14, obs. B. Soinne ; D. 1989, somm. 288, obs. Honorat ; *JCP* 1989, éd. G, IV, 359 ; *Quot. jur.* 1989, n° 137, p. 12 ; *Rev. huiss.* 1990, 162 ; *Rev. dr. bancaire* 1990, n° 18, p. 87 ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 914.- Cass. com. 7 novembre 1989 : *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 235, n° 14, obs.

C. Saint-Alary-Houin ; *Bull. civ. IV*, 272 ; *Rev. huiss.* 1990, 880.

(4) Cass. com. 8 novembre 1988 : D. 1989,36, note A. Honorat ; *Rev. proc. coll.* 1989, p. 227, n° 1, obs. B. Dureuil ; *Rev. jurispr. com.* 1989, 187, n° 18, obs. Gallet ; *JCP* 1989, éd. E, II, 15468, n° 3, obs. Cabrillac et Vivant ; *RTD com.* 1989, 137, obs. A. Martin-Serf.- Cass. com. 18 juillet 1989 : D.1989, Somm. 288, obs. A. Honorat, rejetant le pourvoi contre Douai, 18 février 1988 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, 413, note B. Soinne ; *Rev. proc. coll.* 1988, p. 383, n° 19, obs. M.-J. Campana et C. Saint-Alary-Houin.- Cass. com. 7 novembre 1989 : *Bull. civ. IV*, n° 272, p. 185 ; *JCP* 1990, éd. E, I, 19938 ; *Rev. proc. coll.* 1990, p. 235, n° 14, obs. C. Saint-Alary-Houin, censurant Lyon, 17 février 1988 : D. 1988, Somm. 339, obs. A. Honorat.- Cass. com. 20 octobre 1992 : *Petites affiches* 9 juin 1993, n° 69, p. 16, note F. Derrida ; *Quot. jur.* 13 mai 1993, n° 38, p. 3.- Cass. com. 5 avril 1994 : *Bull. civ. IV*, n° 141, p. 112.

(5) Paris, 3^e ch. A, 16 février 1993 : aff. Climat de France c/CGL, inédit.- Douai, 2^e ch., 12 décembre 1996, aff. SNC Pakatrans c/Mercedes Benz Financement -SA Solovam, inédit.

(6) Paris, 3^e ch. A, 16 février 1993, préc.- Dans le même sens : Douai, 2^e ch., 12 décembre 1996, préc.

(7) Paris, 3^e ch. A, 16 février 1993, préc.

(8) Douai, 2^e ch., 12 décembre 1996, préc.

(9) L'article 65 évoque la durée du plan et non pas la durée des remboursements. Il semble cependant qu'il faille entendre que les délais de remboursement ne pourront excéder dix ans, même si l'article 74 de la loi traitant de ces délais de remboursement reste muet sur la durée des remboursements.

(10) Sous l'empire de la législation de 1985, la non-continuation du contrat n'équivalait pas à sa résiliation, mais permettait seulement au cocontractant de se prévaloir de la résiliation.

(11) La jurisprudence s'est orientée dans le sens de la déclaration de créances des créanciers éventuels : Cass. civ. 4 janvier 1893 : DP 1895, I, 294.- Paris 22 octobre 1979 : *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 180.- Aix-en-Provence, 22 mai 1981 : D. 1981, Inf. Rap. 490, obs. Honorat. Paris, 3^e ch., 10 novembre 1981 : *Rev. jurispr. com.* 1982, 306, 2^e arrêt, note Nguyen Xuan Chanh.

(12) Cass. com. 3 mai 1994 : D. 1994, Inf. Rap. 157, *JCP* 1994, éd. G, IV, 1650 ; *JCP* 1994, éd. G, I, 3799, obs. Cabrillac et Pétel ; *JCP* 1994, éd. E, Pan. 870.- Paris, 12 janvier 1990 : D. 1993, som. 6, obs. F. Derrida.- Paris, 16 octobre 1992 : *Juris-Data* n° 023013.- Douai, 19 mai 1994, rép. gén. 92-09107, aff. Sté Sofinabail c/SA Bari's, inédit.- Sous l'empire de la loi de 1967 : Cass. com. 13 décembre 1982 : *Juris-Data* n° 000040.- Cass. com. 17 juin 1981 : *Bull. civ. IV*, n° 257.- Cass. com. 30 mars 1993 : *RJDA* 10/93, n° 834, p. 717.

(13) Ainsi, en présentant à l'Assemblée nationale l'amendement qui donnera lieu à l'adoption de cette disposition nouvelle, le ministre de la justice a précisé qu'«il vous est proposé de réduire le champ d'application de l'article 40. L'objet de cette modification est que seules les créances finançant la période d'observation, à l'exclusion des indemnités et pénalités, bénéficient de l'actuelle priorité de paiement. Cette mesure est importante. Elle permettra de réduire le volume des créances bénéficiant de l'article 40. Elle facilitera, de ce fait, le redressement de l'entreprise puisqu'elle lui donnera un ballon d'oxygène en augmentant ses facilités de trésorerie» (Interv. Méhaignerie, Ass. nat. 1^{re} séance du 24 novembre 1993 : *JO* déb. 25 novembre 1993, p. 6263). La commission des lois, quant à elle, a proposé au Sénat de «réintroduire, dans les créances de la période d'observation, les indemnités de résiliation des contrats dont l'exécution a été régulièrement poursuivie... Ces indemnités font en effet partie de l'équilibre du contrat et il serait donc particulièrement préjudiciable d'en affaiblir la portée» (Rapp. Dailly, n° 303, p. 81).

(14) A titre anecdotique, il est intéressant de rapporter les circonstances dans lesquelles la place de la disposition nouvelle a été choisie. Le député S. Charles avait proposé devant l'Assemblée nationale (Interv. S. Charles, Ass. nat. séance du 24 novembre 1993, *JO Ass. Nat.*, déb. p. 6257) un amendement tendant à insérer à l'article 37 la disposition suivante : «en cas de résiliation postérieure au jugement d'ouverture, les indemnités de rupture font l'objet d'une déclaration au passif». L'adoption de cet amendement aurait de façon certaine relégué la créance d'indemnité de résiliation d'un contrat poursuivi dans la catégorie des créances ne bénéficiant pas des dispositions de l'article 40. Pourtant, cet amendement n'a pas été adopté, dans la mesure où le garde des sceaux (Ass. nat. séance du 24 novembre 1993, *JO Ass. nat.*, déb. p. 6257) a indiqué que «la place choisie par le gouvernement pour insérer cette disposition (c'est-à-dire l'article 40 al. 3-3^e) me semble plus judicieuse» (!).

(15) En ce sens : B. Soinne, «Traité des procédures collectives», préc., n° 1162, p. 848.- P.-M. Le Corre, *J.-CI. com.*, Fasc. 2338, «Redressement et liquidation judiciaires, Le nouvel article 40 de la loi du 25 janvier 1985 (L. 10 juin 1994)», n° 45 et s.- M. Cabrillac et Ph. Pétel : *JCP* 1994, éd. G, I, 3799.- Contra : Campana et Legeais, «Le nouvel article 40 de la loi du 25 janvier 1985» : *Petites Affiches* 1994 n° 110, p. 49.- Derrida et Sortais, «La réforme du droit des entreprises en difficulté (premier aperçu)» : D. 1994, chr. 270, n° 44.- Trib. com. Troyes, 1^{re} ch., 23 décembre 1996 : aff. Bail Actéa c/Crozat es-qual. liq. Marot, inédit.

(16) V. B. Soinne, «Traité des procédures collectives», préc., n° 1162.- Sur la hiérarchie des normes juridiques, v. not. Starck et Boyer, Introduction au droit, *Litec* 1988, n° 458, p. 189.

O.D.A.L.

L'AUXILIAIRE DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET BANCAIRES

Annonces légales – Balo – Formalités sur toute la France – Renseignements hypothécaires – Traductions simples, jurées et Rapports annuels
INPI – Urbanisme – Domiciliation – Enregistrements – Nantissements

Vos besoins de tous les jours au meilleur coût au meilleur délai

61, rue de l'Arcade 75008 Paris
Tél. : 01 42 93 02 14 – Fax : 01 43 87 68 20