

DOSSIERS / 19 Septembre 2018

La cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire, véritable parcours de saut d'obstacles ?

**par Maître Pascal Bally, Mandataire Judiciaire,
avec l'assistance de Mme Justine Daniel,
SELARL BALLY MJ**

L'un de vos clients projette de reprendre un fonds de commerce en difficulté dans le but d'en faire une affaire prospère. Mais connaissez-vous la procédure de reprise d'un fonds de commerce dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire ? Savez vous quels éléments doivent retenir votre attention afin d'accompagner votre client dans la formulation de son offre ?

Lorsque la cession du fonds de commerce intervient dans le cadre de la liquidation judiciaire, deux hypothèses sont envisageables :

- La cession du fonds dans le cadre d'une cession d'entreprise en application des dispositions des articles L. 642-1 et suivants du Code de Commerce ;
- La cession du fonds dans le cadre d'une cession d'élément d'actif isolé en application des articles L. 642-19 et suivants du Code de commerce.

Nous ne traiterons ici que de la cession d'un fonds de commerce selon l'article L. 642-19 du Code de Commerce.

I/ LA PROCEDURE DE REPRISE D'UN FONDS DE COMMERCE SELON L'ARTICLE L. 642-19 DU CODE DE COMMERCE

Que dit le texte ? L'article L. 642-19 du Code de commerce reprend, pour l'essentiel, les dispositions de l'ancien article L. 622-18 du même code : « Le juge commissaire soit ordonne la vente aux enchères publiques, soit autorise, aux prix et conditions qu'il détermine, la vente de gré à gré des autres biens du débiteur ».

Où trouver l'information ? Le liquidateur suscite des offres d'acquisition au moyen d'une publicité sur le site du Conseil National (www.cnajmj.fr) et le cas échéant par voie de presse, et fixe le délai pendant lequel elles seront reçues.

Quelles formalités doit respecter l'offre ? L'offre doit être écrite ; elle doit préciser le périmètre de reprise en ventilant en fonction du prix offert pour les actifs incorporels, corporels, et les stocks le cas échéant.

Elle doit être accompagnée :

- d'un chèque de banque pour le montant total de l'offre (à confirmer avec les mandataires de justice) ;
- d'une déclaration d'indépendance et de sincérité du prix.

Il convient de prévoir le remboursement du dépôt de garantie et le règlement des honoraires du rédacteur d'actes.

Qui peut présenter une offre ? En application de l'article L. 642-20 du code de commerce qui renvoie sur ce point à l'article L. 642-3 dudit code, ni le débiteur, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne peuvent, directement ou par personne interposée, acquérir les biens de l'entreprise ainsi vendus. Toutefois, lorsqu'un actif mobilier est nécessaire aux besoins de la vie courante et de faible valeur, le juge-commissaire peut, par une ordonnance spécialement motivée, autoriser l'une de ces personnes, excepté les contrôleurs, à s'en porter acquéreur (C. com., art. L. 640-20, al. 2).

Quel prix ? Le juge commissaire se référera le plus souvent à l'inventaire dressé par le Commissaire priseur désigné par le Tribunal et, le cas échéant, au rapport de l'expert désigné en vue d'estimer le fonds de commerce. Le prix doit être précis et détaillé (ventilation biens corporels/biens incorporels, prix net vendeur, modalités de paiement et garanties financières, etc).

Quel sort pour les salariés ? Dans le cadre d'une liquidation judiciaire sans poursuite d'activité, la question de la reprise des salariés ne se pose pas en pratique puisque le liquidateur dispose d'un délai de 15 jours pour licencier le personnel. Or ce délai n'est pas compatible avec la mise en place d'une procédure de vente d'un fonds de commerce.

Retrouvez cette article sur notre site internet à l'adresse:

<http://fusions-acquisitions.fr/article/dossiers-5/la-cession-du-fonds-de-commerce-en-liquidation-judiciaire-veritable-parcours-de-saut-d-obstacles-3035>

Convocation des candidats et diversité de pratiques. Dans certains cas, le juge-commissaire convoque les candidats pour leur permettre de s'expliquer sur leur offre et, le cas échéant, de l'améliorer. Dans d'autres cas, le dépôt des offres se fait auprès d'un huissier. Ces offres sont ensuite dépouillées dans le cadre d'une audience du Tribunal de Commerce. Les différences de traitement sont la conséquence du mutisme de la loi.

Entrée en jouissance. La Cour de cassation a confirmé que, à l'instar de la vente de gré à gré d'un immeuble, la vente de gré à gré d'un élément d'actif (en l'espèce, un fonds de commerce), est parfaite dès l'ordonnance du juge-commissaire qui l'autorise, sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée (Cass. Com., 7 sept 2010, n°09-66.284). Il en résulte, notamment, que le cessionnaire ne peut donc refuser de procéder à la vente autorisée sans motif légitime tiré de la non réalisation des conditions dont il avait assorti son offre (Cass. Com., 11 mars 1997, n°94-19.207). Cette solution soulève la question du moment de l'entrée dans les lieux du cessionnaire et du moment de la prise de possession du fonds. En pratique, il est courant que le mandataire, sans attendre la signature de l'acte de cession, remette les clés dès le versement du prix par le cessionnaire entre ses mains, en général par chèque de banque, l'acte n'étant signé que quelques semaines plus tard, et sous réserve de la production d'une attestation d'assurance.

Quels recours contre l'ordonnance rendue par le Juge-Commissaire ? Le recours contre ces décisions est formé devant la Cour d'appel, et non plus devant le tribunal. Les candidats acquéreurs évincés se voient fermer la voie de l'appel, au motif qu'ils n'ont « aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du code de procédure civile », et qu'ils ne sont pas parties aux ordonnances (Cass. Com., 16 Nov. 2010, n°10/18922).

II/ LA NECESSITÉ D'EXAMINER LES CLAUSES DU BAIL

L'occasion est ici donnée de rappeler que la survenance de la liquidation judiciaire est sans effet sur le bail commercial en cours !

Le bailleur ne peut obtenir la résiliation de plein droit du bail commercial en cas de défaut de réponse du liquidateur à une mise en demeure d'opter sur le sort du contrat. C'est le liquidateur qui décide du sort du contrat de bail. Ainsi, en phase liquidative, le liquidateur continue le bail commercial dans la perspective de le céder.

En autorisant sur le fondement de l'article L. 642-19 du Code de commerce, la vente du fonds de commerce d'un débiteur en liquidation judiciaire, le juge-commissaire peut autoriser la cession du droit au bail qui en fait partie et qui constitue l'un de ses éléments essentiels. Il se doit, dès lors, en application de l'alinéa 5 de l'article L. 641-12 du Code de commerce, de respecter les stipulations du bail, notamment celles organisant les modalités de sa cession.

L'opposabilité à la procédure collective des clauses réglementant la cession du bail commercial est parfaitement justifiée dans la liquidation judiciaire. Ainsi, à l'exception de la clause de garantie solidaire pesant sur le cédant - qui est réputée non écrite -, toutes les clauses et conditions régissant la cession du bail doivent être respectées en phase liquidative, qu'il s'agisse des clauses imposant au preneur diverses formalités (concours du bailleur à l'acte, rédaction d'un acte notarié, etc.), ou des clauses d'agrément.

L'obligation faite au liquidateur, par l'article L. 641-12, alinéa 5, du Code de commerce, de respecter les clauses réglementant la cession du bail, a également conduit la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un important arrêt du 27 septembre 2011, à reconnaître l'efficacité de la clause du bail cédé rendant le cessionnaire garant du paiement de la totalité des sommes dues par le preneur cédant à la date de cession du bail (Cass. Com., 27 sept. 2011, n°10-23.539). La solution, rendue au triple visa des articles L. 641-12 et L. 642-19 du Code de commerce et 1134 du Code civil, mérite d'être connue des bailleurs, car elle s'avère un excellent moyen pour eux de se prémunir contre les effets néfastes de la Liquidation judiciaire du preneur. De leur côté, les cessionnaires ont tout intérêt à bien lire les clauses du bail qu'ils projettent de reprendre, et ce d'autant plus que, selon le même arrêt, il importe peu que la clause n'ait pas été reproduite dans l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession. Si cette clause devait, à l'avenir, devenir de style, elle pourrait rendre difficiles certaines cessions de fonds de commerce et de bail. C'est la raison pour laquelle il a été suggéré de réputer non écrite la clause de solidarité pesant sur le cessionnaire, et non pas seulement sur le cédant, comme le prévoit actuellement le Code de commerce.

Le bail commercial peut également prévoir qu'en cas de cession du droit au bail ou du fonds de commerce, le bailleur disposera d'un droit de préemption qui s'exercera au prix que le candidat acquéreur a offert. Cette clause permet au bailleur de maîtriser l'identité du cessionnaire. De la même manière, les droits de préemption des collectivités territoriales ont vocation à s'appliquer.

Pour conclure :

La cession d'un fonds de commerce en liquidation judiciaire se révèle être une opération particulièrement complexe, d'où l'importance pour le candidat repreneur d'être assisté d'un conseil en la matière.

Face au mutisme de la loi, diverses pratiques visant notamment à lever toutes les suspensions qui ont pu planer sur les ventes de gré à gré ont été développées par les tribunaux de commerce.

Toute la difficulté réside, pour le liquidateur, à concilier les intérêts en présence.