

Hochschulstrasse 17
Case postale
3001 Berne
Téléphone +41 31 635 48 12
Fax +41 31 634 50 55
coursupreme-civil.berne@justice.be.ch
www.justice.be.ch/coursupreme

Décision

ZK 17 563

Berne, le 6 avril 2018

Composition

Juges d'appel Geiser (Juge instructeur), Niklaus et Apolloni Meier
Greffière Saïd

Participants à la procédure

A. _____ AG
représentée par M^e B. _____
demanderesse/appelante



et

C. _____ SA
représentée par M^e D. _____
défenderesse/intimée

Objet

action en contestation de l'état de collocation dans une faillite

appel contre la décision du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, du 13 octobre 2017 (CIV 2015 5178)

Chapeau :

- Recevabilité de l'appel, objet du litige suite à la limitation des débats en première instance (consid. 15.5-15.7).
- Conditions d'une résiliation extraordinaire d'un bail portant sur un terrain nu au sens de l'art. 257f CO (16.2.1-16.2.2).
- Application par analogie de l'art. 108 CO (consid. 16.4).
- Utilisation de la chose louée en violation des clauses du contrat de bail (consid. 16.5).
- Caractère irrévocable de la résiliation (consid. 16.6.1).
- Application du terme et du délai de l'art. 257f al. 3 in fine CO aux terrains nus (consid. 16.7).

Considéranrs:

I. Procédure

1. Le 3 novembre 2015, A._____ AG (ci-après également : la demanderesse/appelante) a introduit une action en contestation de l'état de collocation (dossier, [ci-après désigné par D.], pages 2-16) dans le cadre de la faillite de l'entreprise C._____ auprès du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois (ci-après également : Tribunal régional) et a pris les conclusions suivantes :
 1. Ordonner la modification de l'état de collocation de la faillite de C._____, par voie de conséquence :
 2. Admettre en 3^e classe de l'état de collocation de la faillite de la société C._____ la production de la demanderesse pour un montant de CHF 1'011'902.00.
 3. Réserver la modification de la conclusion précitée ensuite de la procédure probatoire.
 4. Ordonner au Préposé de l'Office des faillites et de l'office des poursuites et des faillites du Jura bernois, département faillites, de rectifier l'état de collocation de la faillite de C._____ en conséquence.
 5. Avec suite des frais judiciaires et des dépens.
2. La conclusion n° 2 a été amplifiée à 2'000'000.00 par courrier du 26 juin 2017 (D. 121-122), étant précisé que le montant produit auprès de l'Office des poursuites et faillites du Jura bernois était de CHF 1'500'000.00 (PJ n° 17 de la demande).
3. Le 13 octobre 2017, le Tribunal régional a rendu la décision suivante (D. 149-164), étant précisé que les débats ont été limités à la question des effets juridiques de la résiliation du bail du 10 juillet 2013 (D. 101) :
 1. La demande du 3 novembre 2015 est rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

2. Les frais judiciaires, fixés à CHF 6'500.00, sont mis à la charge de la partie demanderesse. Ces frais sont prélevés de l'avance de frais judiciaires fournie par la partie demanderesse, le solde de celle-ci, par CHF 5'500.00 lui sera restituée dès l'entrée en force de la présente décision.
3. La partie demanderesse versera à la partie défenderesse une indemnité de dépens de CHF 10'000.00 (TTC).
4. A notifier aux parties.
4. Le 10 novembre 2017, la demanderesse/appelante a interjeté appel contre la décision précitée, en prenant les conclusions suivantes (D. 171-181) :

Plaise à la Cour Suprême :

1. Annuler le jugement rendu par le Tribunal régional du Jura bernois-Seeland en date du 13 octobre 2017.

Par voie de conséquence :

2. Dire et constater que le contrat de bail à loyer entre la société C._____ et la société A._____ AG a été résilié avant le prononcé de la faillite de la société C._____ SA prononcée le 11 novembre 2013.
3. Déclarer bien fondé dans leur principe les conclusions de l'action en contestation de l'état de collocation introduite par la société A._____ AG le 3 novembre 2015.
4. Renvoyer le dossier au Tribunal régional du Jura bernois-Seeland pour décision sur les conclusions de la demande en contestation de l'état de collocation du 3 novembre 2015.
5. Mettre les frais judiciaires et dépens de première et seconde instances à charge de la C._____ SA.
5. La Section civile de la Cour de céans en a pris et donné acte par ordonnance du 21 novembre 2017 (D.184-186) et le Juge instructeur a imparti un délai de 20 jours à la demanderesse/appelante pour effectuer une avance de frais de CHF 5'000.00.
6. Constatant que l'avance de frais avait été payée, un double de l'appel et de ses annexes a été transmis à la défenderesse/intimée par ordonnance du 29 novembre 2017 (D.188-189), lui impartissant un délai de 30 jours pour faire parvenir une réponse.
7. Le 12 janvier 2018, la C._____ SA (ci-après aussi : la défenderesse/intimée) a fait parvenir son mémoire de réponse (D.191-201), en concluant au rejet de l'appel et à la confirmation de la décision du Tribunal régional du 13 octobre 2017.
8. Le Juge instructeur en a pris et donné acte par ordonnance du 19 janvier 2018 (D. 202-203). Un nouvel échange d'écritures n'a pas été ordonné mais la possibilité a été donnée à la demanderesse/appelante de faire parvenir ses remarques finales dans un délai de 10 jours, ce qu'elle a fait par courrier du 1^{er} février 2018 (D. 206-208).
9. Par ordonnance du 7 février 2018 (D. 209-210), il en a été pris et donné acte. La possibilité a été donnée à la défenderesse/intimée de faire parvenir ses remarques finales dans un délai de 10 jours. Les mandataires des parties ont également été invités à faire parvenir leur note d'honoraires dans le même délai.
10. Le 19 février 2018, la défenderesse/intimée a fait parvenir ses remarques finales, accompagnées d'une note d'honoraires (D. 213-217).

11. Prenant et donnant acte de ce courrier, le Juge instructeur a donné par ordonnance du 22 février 2018 la possibilité à la demanderesse/appelante de prendre position par retour de courrier et informé les parties que la décision serait ensuite rendue par voie de circulation (D. 218-219).
12. Par courrier du 23 février 2018, soit hors délai, la demanderesse/appelante a fait parvenir une note d'honoraires, invoquant une surcharge de travail et priant la Cour de prendre en compte cette note (D. 221-224).
13. Le Juge instructeur de la Cour de céans a pris et donné acte de ce courrier par ordonnance du 2 mars 2018 (D. 225-226) et une copie a été transmise à la défenderesse/intimée à titre d'information.

II. Faits

14. En ce qui concerne l'état de fait, il peut être renvoyé aux motifs de la première instance, puisqu'ils n'ont pas été contestés par les parties (D. 152-156).

III. En droit

15. Recevabilité

- 15.1 L'objet de la contestation est la décision du 13 octobre 2017 rendue par le Tribunal régional dans le cadre d'une action en contestation de l'état de collocation. Selon l'art. 250 de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite (LP ; RS 281.1), le créancier qui conteste l'état de collocation parce que sa production a été écartée en tout ou en partie ou parce qu'elle n'a pas été colloquée au rang qu'il revendique intente action contre la masse devant le juge du for de la faillite. Il s'agit ainsi d'une action judiciaire, pour laquelle les voies de recours ordinaires sont ouvertes.
- 15.2 Ainsi, la compétence de la Cour de céans est donnée par l'art. 6 al. 1 de la loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM ; RSB 271.1), en lien avec les art. 308 ss du Code de procédure civile (CPC ; RS 272).
- 15.3 Compte tenu de la valeur litigieuse en l'espèce supérieure à CHF 30'000.00 et au regard des considérants pertinents de la première instance à ce propos (D. 156), la voie de l'appel est ouverte (art. 308 al. 2 CPC).
- 15.4 La décision du Tribunal régional ayant été notifiée à la demanderesse/appelante le 16 octobre 2017, l'appel déposé le 10 novembre 2017 respecte ainsi le délai de 30 jours prévu à l'art. 311 al. 1 CPC.
- 15.5 La demanderesse/appelante prend comme première conclusion une conclusion constatatoire au sens de l'art. 88 CPC. De manière générale, pour qu'une telle conclusion soit recevable, il faut que le demandeur puisse justifier d'un intérêt digne de protection. Tel est le cas si le demandeur est menacé par l'incertitude concernant ses droits ou ceux d'un tiers et qu'une constatation judiciaire pourrait éliminer celle-ci, une action condamnatoire n'étant pas possible. Il faut de plus

qu'en se prolongeant, cette incertitude entrave le demandeur dans sa liberté d'action et lui soit insupportable.

- 15.6 Or en l'espèce, et comme déjà relevé, les débats ont été limités à la question des conséquences juridiques de la résiliation du bail du 10 juillet 2013. Il est dès lors manifeste qu'une conclusion condamnatoire n'est pas possible en l'espèce, ce d'autant plus que, comme relevé dans l'ordonnance rendue le 14 mars 2017, la limitation des débats a eu pour conséquence que le Tribunal de première instance n'a pas procédé à une administration de preuves complète. La demanderesse/appelante peut dans ces conditions justifier d'un intérêt digne de protection à prendre des conclusions constatatoires à ce stade de la procédure. On ajoutera qu'au vu de la limitation telle que mentionnée plus haut, la demanderesse/appelante n'avait d'autre choix que de modifier en appel ses conclusions par rapport à celles présentées dans le mémoire de demande du 3 novembre 2015.
- 15.7 Les conclusions doivent être interprétées à l'aune de la motivation (CHRISTOPH LEUENBERGER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd. 2016, n° 38 ad art. 221 CPC et références citées). Concernant la conclusion n° 3, on comprend grâce à la motivation (ch. 47 à 55 de l'appel), que la demanderesse/appelante entend obtenir que la Cour de céans constate que sa créance en restitution découlant de la fin du contrat de bail, par voie de conséquence, est née avant le prononcé de la faillite. Dans cette mesure, elle s'inscrit ainsi dans le cadre des aspects examinés dans la décision attaquée et qui peuvent faire l'objet de la procédure de deuxième instance. Au vu de l'objet du litige, la 2^e Chambre civile ne pourra toutefois pas, contrairement à la formulation imprécise de cette conclusion, déclarer bien fondée dans son principe la prétention de la demanderesse/appelante. En effet, la question de savoir dans quelle mesure l'usage concret du terrain nu par la défenderesse/intimée a excédé l'usage prévu par le contrat de bail et l'état dans lequel le terrain doit être restitué relèvent de la procédure au fond relative au bien-fondé de la créance produite par la demanderesse/appelante dans la faillite de C._____. Ainsi, dans la mesure où elle excède la simple constatation du moment de la naissance d'une créance en restitution, cette conclusion est irrecevable.
- 15.8 L'appel respectant pour le surplus les conditions de forme (art. 311 al. 1 CPC), il convient dès lors d'entrer en matière sur ses mérites.
16. Au fond
- 16.1 La demanderesse/appelante conteste en premier lieu le fait que le premier Juge a estimé irrecevable l'augmentation à CHF 2'000'000.00 de la conclusion n° 2 de sa demande.

Le Tribunal de première instance a considéré que les conclusions prises lors d'une action en contestation de l'état de collocation doivent s'inscrire dans le cadre de la production litigieuse. Par conséquent, si la demanderesse/appelante voulait augmenter ses conclusions, elle aurait dû procéder à une production tardive au sens de l'art. 251 LP.

La demanderesse/appelante fait premièrement remarquer que les débats avaient été limités à la question des effets juridiques de la résiliation du bail du 10 juillet 2013 et qu'elle n'a dès lors pas abordé la question de l'amplification de sa conclusion dans ses plaidoiries écrites, puisque ce n'était plus l'objet des débats. Elle se plaint en outre d'une violation de son droit d'être entendue. Elle rappelle de plus avoir fait valoir un préjudice s'élevant « au minimum » à CHF 1'500'000.00. Selon elle, il ne s'agit en l'espèce pas d'une « autre prétention » qui justifierait l'application de l'art. 251 LP, puisqu'il s'agit d'une augmentation de conclusion et que cette prétention est contestée par la défenderesse/intimée, soulignant qu'une production tardive ne vaut que pour une prétention réellement nouvelle.

Quant à la défenderesse/intimée, elle fait valoir que l'existence et l'étendue de la créance n'est d'aucune pertinence pour la présente procédure, dès lors que les débats ont été limités.

- 16.1.1 Comme l'a relevé à juste titre la défenderesse/intimée dans sa réponse à l'appel, les débats ont effectivement été limités en première instance à la question des effets juridiques de la lettre du 10 juillet 2013 (D. 101). Ainsi, seule devait être tranchée la question de l'efficacité de cette résiliation, et, cas échéant, de ses effets, respectivement du moment de ses effets. D'un point de vue formel, la question de l'admissibilité de l'augmentation de la conclusion n° 2 par la demanderesse/appelante ne pouvait et ne devait dès lors pas être examinée par le Juge de première instance à ce stade de la procédure. Il n'y avait ainsi pas matière à déclarer - implicitement - irrecevable l'amplification de la demande à concurrence de CHF 500'000.00, puisque ce point dépassait le cadre des débats qui avaient été limités aux points mentionnés plus haut. Compte tenu du fait que le Juge de première instance a de toute manière rejeté intégralement la demande en retenant que la résiliation du bail était intervenue postérieurement à l'ouverture de la faillite, cette question n'avait en tout état de cause qu'une portée théorique.
- 16.1.2 A titre superfétatoire, il convient toutefois de préciser que contrairement à ce qu'affirme la demanderesse/appelante, la procédure de production tardive au sens de l'art. 251 LP n'est pas uniquement applicable aux « créances nouvelles », mais également à l'augmentation d'une créance déjà produite, s'appuyant sur des faits nouveaux (arrêt du Tribunal fédéral 5A_27/2016 du 28 juin 2016 consid. 4.1.1 ; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, SchKG Kommentar, 19^e éd. 2016, n° 1 ad art. 251 LP). Or l'augmentation repose en l'espèce sur les conclusions d'une expertise établie dans le cadre d'une procédure de preuve à future. Vu la limitation des débats en première instance et par voie de conséquence, celle de la procédure d'appel, il n'appartient toutefois pas à la Cour de céans de déterminer à ce stade si une telle expertise est ou non à qualifier de « fait nouveau » au sens de cette disposition.
- 16.2 La demanderesse/appelante critique en second lieu l'appréciation juridique du premier Juge s'agissant des effets de la résiliation du 10 juillet 2013. En effet, ce dernier a commencé par examiner si les conditions de l'art. 257f al. 3 du Code des obligations (CO ; RS 220) étaient remplies, avant de répondre par la négative,

ayant constaté que ladite résiliation était intervenue sans aucun avertissement préalable, alors que celui-ci aurait été nécessaire *in casu*.

Le Tribunal de première instance a en outre considéré que la condition du caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur ne saurait être admise, dès lors que les conditions à remplir pour obtenir l'autorisation du Service de l'énergie et de l'environnement du canton de Neuchâtel (ci-après : le SENE) n'ont jamais été réalisées, ce que la demanderesse/appelante savait, mais ce qui ne l'a jamais empêchée d'encaisser les loyers de sa locataire.

Le premier Juge a ainsi constaté le caractère inefficace de la résiliation anticipée, précisant que lorsque les conditions de l'art. 257f al. 3 CO ne sont pas remplies, la résiliation anticipée inefficace ne peut être convertie en une résiliation ordinaire.

La défenderesse/intimée se joint aux arguments et conclusions du premier Juge. Selon elle, le comportement de la demanderesse/appelante témoignerait du fait que tant que le SENE était d'accord que la défenderesse/intimée exerce son activité, le contrat de bail avec sa locataire ne constituait pour elle aucun problème. Ainsi, les conditions de l'avertissement préalable et du caractère inadmissible de la continuation du contrat faisant défaut, la résiliation était nulle.

Selon la demanderesse/appelante, un avertissement préalable n'était pas exigible *in casu*, dès lors qu'il serait patent, au regard du dossier de la cause, que la défenderesse/intimée ne se serait jamais conformée aux injonctions qui lui ont été signifiées. S'agissant du caractère insupportable du maintien du contrat de bail, la demanderesse/appelante se plaint d'un défaut de motivation. Elle rappelle en outre que c'est suite à une information reçue de la Commune de Cressier le 1^{er} juillet 2013, puis à une visite des lieux, qu'elle a eu connaissance de la situation de manière exhaustive. En outre, le fait de percevoir les loyers n'aurait strictement rien à voir avec l'appréciation du caractère insupportable du maintien du contrat. Ainsi, la résiliation examinée sous l'angle de l'art. 257f CO était bel et bien valable.

- 16.2.1 Selon l'art. 257f al. 1 CO, le locataire est tenu d'user de la chose avec le soin nécessaire. L'alinéa 3 prévoit que lorsque le maintien du bail est devenu insupportable pour le bailleur (...) parce que le locataire, nonobstant une protestation écrite du bailleur, persiste à enfreindre son devoir de diligence (...), le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat. A ce sujet, il sied de préciser que le Tribunal fédéral a jugé ce texte trop restrictif, en ce sens qu'en réalité, l'art. 257f al. 3 CO régit également le cas où le locataire use de la chose en violation des stipulations du contrat de bail (ATF 132 III 109 consid. 5 et arrêt cité).
- 16.2.2 La résiliation extraordinaire de l'art. 257f al. 3 CO est en principe soumise à la réalisation de quatre conditions : une violation grave du contrat, une protestation écrite du bailleur, la persistance du locataire et le caractère insupportable du bail pour le bailleur. S'agissant de la deuxième condition, il doit être précisé que le bailleur peut s'en dispenser s'il apparaît d'emblée que la mesure serait sans effet, en application par analogie de l'art. 108 al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_456/2010 du 18 avril 2011 consid. 3.1 ; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5^e éd. 2016, n° 1977 ; DAVID LACHAT, Le bail à loyer, 2008, p. 678 ; HANS GIGER, in Berner Kommentar Art. 256-259i OR,

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 256-273c OR, 2015, n° 97 ad art. 257f CO et références citées). Il va de soi que si l'art. 108 al. 1 CO est applicable par analogie, la troisième condition tombe également.

Enfin, s'agissant de la dernière condition, et comme précisé plus haut, le Tribunal fédéral a jugé qu'en vertu du principe de la liberté contractuelle, il est loisible au bailleur et avec l'acceptation du locataire, d'insérer dans le contrat de bail des clauses destinées à délimiter les activités qui seront admises et de fixer leurs modalités.

Or, la dernière condition de l'art. 257f al. 3 CO, à savoir le caractère insupportable du bail, entraîne une restriction de cette liberté, dans la mesure où le bailleur ne peut réagir contre une violation persistante desdites clauses qu'à la condition de prouver une situation objectivement insupportable.

En cas de violation d'une telle clause contractuelle, cette dernière condition n'est pas exigée (ATF 132 III 109 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_344/2016 du 21 octobre 2016 consid. 1 ; HANS GIGER, in Berner Kommentar Art. 256-259i OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 256-273c OR, 2015, n° 26 ad art. 257f CO). Par ailleurs, il existe un régime « allégé » pour le cas où le locataire agit intentionnellement ; si le bail porte sur des habitations ou des locaux commerciaux, le bailleur peut résilier le contrat de bail avec effet immédiat et sans avertissement préalable, lorsque le locataire cause volontairement un préjudice grave à l'objet loué (art. 257f al. 4 CO). La question de savoir si cet alinéa est également applicable aux terrains nus n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence. Au vu de ce qui suit, il est toutefois inutile en l'espèce de déterminer le champ d'application exact de cette disposition.

16.2.3 Comme retenu justement par le premier Juge, en cas de résiliation extraordinaire qui aurait été donnée alors que les conditions susmentionnées n'étaient pas remplies, le congé est nul ; seul le non-respect du délai de préavis et de l'échéance de l'art. 257f al. 3 *in fine* CO entraîne l'application l'art. 266a al. 2 CO (DAVID LACHAT, in Commentaire romand CO, 2^e éd. 2012, n° 11 ad art. 257f CO ; ROGER WEBER, in Basler Kommentar OR I, 6^e éd. 2015, n° 9 ad art. 257f CO ; HANS GIGER, in Berner Kommentar Art. 256-259i OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 256-273c OR, 2015, nos 101 et 118 ad art. 257f CO ; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2^e éd. 2014, n° 3001 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_162/2014 du 26 août 2014 consid. 5). La résiliation du contrat de bail est un droit formateur et qui est donc à ce titre univoque, inconditionnel et irrévocable (HANS GIGER, in Berner Kommentar Art. 256-259i OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 256-273c OR, 2015, nos 100 et 102 ad art. 257f CO).

16.2.4 En l'espèce, il ressort du dossier et des constatations en fait incontestées du Tribunal de première instance, qu'une interdiction d'exercer toute activité a été signifiée à la défenderesse/intimée par la Commune de Cressier en date du 1^{er} juillet 2013 (PJ n° 13 de la demande).

Il ressort par ailleurs du dossier de la cause (ch. 8 p. 1 dossier PJ) que le SENE avait déjà informé par courrier du 1^{er} septembre 2010 la défenderesse/intimée que son activité était soumise à autorisation et que cette dernière dépendait de l'aménagement du site, qui lui-même nécessitait un permis de construire. Le SENE, dans ce même courrier, a toutefois admis provisoirement et sous certaines conditions, la poursuite des activités. Le 30 octobre 2012, une réunion a eu lieu entre la société C._____, des représentants d'une autre société et le SENE. Lors de cette réunion, il a été répété à la défenderesse/intimée qu'elle exerçait ses activités dans l'illégalité et qu'elle devait entreprendre des démarches pour se mettre en conformité avec la loi (PJ n° 27 de la demande).

Ce n'est qu'en date du 1^{er} juillet 2013, la défenderesse/intimée n'ayant toujours pas entrepris les démarches nécessaires, que la Commune de Cressier lui a signifié une interdiction d'exercer (PJ n° 13) et en a informé la demanderesse/appelante. Cette dernière a alors visité les lieux puis résilié de manière extraordinaire le contrat de bail en date du 10 juillet 2013 (PJ n° 14).

Il ressort ainsi de ce qui précède, que l'illégalité formelle des activités de C._____ n'a été constatée par les autorités compétentes qu'en date du 1^{er} juillet 2013. Jusqu'à cette date, la société en question a bénéficié d'une « autorisation provisoire » et elle a visiblement mis à profit la tolérance, voire le laxisme des autorités compétentes pour continuer ses activités illégales, comme le démontre la PJ n° 27 de la demande. Jusqu'au courrier du 1^{er} juillet 2013 de la Commune de Cressier, la demanderesse/appelante pouvait valablement partir du principe que soit sa locataire bénéficiait des autorisations nécessaires (« autorisations provisoires »), soit que les démarches en vue de légaliser la situation étaient en cours, d'entente avec les autorités compétentes. Le fait que la demanderesse/appelante a écrit dans sa lettre de résiliation du 10 juillet 2013 que les conditions n'étaient *plus* remplies, ne fait que renforcer ce constat. Le SENE, en tant qu'autorité compétente pour décider d'une telle interdiction d'exercer, a effectivement « corrigé » le courrier du 1^{er} juillet 2013 de la Commune de Cressier en date du 19 juillet 2013 (PJ n° 4 de la réponse), levant pratiquement l'interdiction formelle d'exercer, ce qui ne modifie pas la situation. En effet, même si une interdiction formelle d'exercer n'avait pas encore été valablement prononcée, contrairement à ce qui figure sur le courrier de la Commune de Cressier, il ressort clairement de cette pièce que la défenderesse/intimée n'avait toujours pas entrepris les démarches nécessaires pour l'obtention de l'autorisation d'exercer et qu'un ultime sursis de 30 jours lui était accordé pour agir. En outre, et comme le relève la défenderesse/intimée elle-même dans son mémoire de réponse (D. 195 ch. 18), l'intervention des autorités n'a pas empêché la défenderesse/intimée de poursuivre ses activités sans rien entreprendre. En tout état de cause, la défenderesse/intimée n'était alors toujours pas en possession des autorisations nécessaires à son activité en violation de la clause n° 3 du contrat de bail à loyer, laquelle stipule que l'autorisation d'exercer sera obligatoirement requise auprès de l'autorité compétente **avant le début de toute activité sur le terrain**, plus de trois ans s'étant écoulés depuis le début du bail.

Il est donc cavalier pour la C._____ SA d'admettre d'un côté que suite à cet ultime avertissement du SENE, la société C._____ n'a rien entrepris et continué ses activités en violant à la fois les prescriptions de droit public et le contrat de bail, et de l'autre, affirmer que malgré ces circonstances, sa bailleuse n'était pas en droit de résilier le contrat de manière extraordinaire.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, la demanderesse/appelante n'avait pas à attendre qu'une interdiction formelle d'exercer soit prononcée en bonne et due forme par l'autorité compétente pour être en droit de résilier le contrat de manière extraordinaire. Au contraire, le contrat de bail prévoyait dès le départ une obligation pour la locataire d'être en possession des autorisations nécessaires, et non pas uniquement de ne pas être sous le coup d'une interdiction d'exercer ses activités.

- 16.3 Il découle de ce qui précède que C._____ a effectivement violé le contrat de bail du 17 mai 2010, plus précisément sa clause n° 3. Cette violation doit être qualifiée de grave. Premièrement, la défenderesse/intimée a ignoré le contrat de manière répétée et volontaire, puisqu'elle a été mise en garde au moins deux fois par les autorités compétentes et qu'elle n'a, en plus de trois ans, pas entrepris de démarche pour rendre son activité légale.

Deuxièmement, les conséquences de cette violation sont susceptibles d'être extrêmement importantes, puisqu'il en découle une obligation de dépollution et de remise en état, dès lors que le site a été déclaré pollué au sens de l'art. 5 al. 3 de l'ordonnance sur l'assainissement des sites contaminés (OSites ; RS 814.680 ; PJ n° 10 de la demande). Selon l'expertise E._____ SA du 29 mai 2017 réalisée sur mandat du Tribunal du Littoral et du Val-de-Travers, les coûts de dépollution de la parcelle pourraient être de l'ordre de CHF 1'200'000.00 à CHF 1'400'000.00, soit approximativement l'équivalent de 30 années de loyer de la parcelle concernée.

Qu'une partie des déchets concernés aient été entreposés sur le site antérieurement au début du bail comme le prétend la défenderesse/intimée, ou que tel ne soit pas le cas comme le soutient la demanderesse/appelante est à ce stade de la procédure sans importance. Il ressort en effet clairement du dossier que des matériaux ont été stockés sans droit et sans autorisation non seulement sur la parcelle prise en bail par C._____, mais encore sur une parcelle adjacente également propriété de la demanderesse/appelante.

- 16.4 La deuxième condition de l'art. 257f al. 3 CO exige que le bailleur avertisse préalablement son locataire, sous réserve qu'un tel avertissement apparaisse d'emblée inutile.

Or en l'espèce, il ressort clairement du dossier que la défenderesse/intimée a été avertie – certes non pas par la demanderesse/appelante mais par le SENE, respectivement la Commune de Cressier – par deux fois au moins de l'illégalité de son activité.

Malgré ces rappels à l'ordre et mises en demeure, et de l'aveu de la défenderesse/intimée elle-même (D. 195 ch. 18), C._____ ne s'est jamais mise en conformité, jusqu'à provoquer l'interdiction d'exercer prononcée par la Commune de Cressier, respectivement la mise en demeure formelle du SENE. Comme relevé plus haut, la question de savoir si la Commune de Cressier était ou non compétente pour prononcer une telle interdiction n'est pas déterminante pour le sort de la présente cause. Au vu de la teneur du courrier de la Commune de Cressier du 1^{er} juillet 2013 (*« suite au permis de construire délivré le 6 février 2012, à nos rencontres sur place (30.10.2012, 30.05.2013) et à nos différents courriels échangés, nous constatons que les points à clarifier, à exécuter et à transmettre concernant le site n'ont pas été respectés »*), la demanderesse/appelante pouvait valablement considérer qu'un nouvel avertissement serait superflu, puisque ceux donnés par les autorités compétentes étaient restés lettre morte pendant des mois.

Dans ces circonstances, il convient de retenir que l'art. 108 CO était applicable en l'espèce et qu'un avertissement préalable par la demanderesse/appelante n'était pas nécessaire. Partant de ce constat, il est ainsi inutile d'examiner la troisième condition, à savoir la persistance du locataire à violer le contrat de bail.

- 16.5 Enfin, il convient d'examiner la dernière condition, soit celle du caractère insupportable de la continuation des rapports contractuels pour le bailleur.

D'emblée il sied de relever que, contrairement à ce qu'a retenu le premier Juge, le simple fait d'accepter le paiement du loyer ne suffit pas pour nier le caractère insupportable de la relation contractuelle, étant rappelé à ce propos qu'un locataire qui continue d'user la chose louée malgré la résiliation, devient débiteur de dommages-intérêts qui correspondent en règle générale au montant du loyer dû (DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, p. 532 ; exception : ROGER WEBER, in Basler Kommentar OR I, 6^e éd. 2015, n° 2b ad art. 267 CO). En outre, la 2^e Chambre civile peine à distinguer sur quoi le Tribunal de première instance s'est basé pour affirmer que la demanderesse/appelante « savait » que les conditions à remplir pour obtenir une autorisation du SENE n'avaient *jamaïs* été réalisées.

Au contraire, le dossier tend plutôt à démontrer qu'elle n'en a eu connaissance qu'au mois de juillet 2013. En effet, le courrier du SENE du 1^{er} septembre 2010 ne fait mention que d'une copie à la Commune de Cressier et il ne ressort nullement des pièces déposées que le PV de la séance 30 octobre 2012 aurait été remis à la demanderesse/appelante. Il semble au contraire qu'elle n'en a eu connaissance que dans le cadre de la procédure pénale menée contre l'administrateur de C._____. Même si elle devait être au courant de ces différents échanges d'écritures, il est rappelé que la défenderesse/intimée a premièrement été mise au bénéfice d'une autorisation provisoire par le SENE, puis qu'elle a bénéficié d'un « sursis » lors de la séance du 30 octobre 2012, le temps de faire le nécessaire, comme il en ressort du PV de cette séance. Ainsi, l'illégalité de l'activité de la défenderesse/intimée n'a été formellement reconnue qu'en date du 1^{er} juillet 2013. L'ampleur des probables dégâts n'a été constatée – partiellement – que suite à la visite des lieux par la demanderesse/appelante. Cela ressort en particulier du courrier du 10 juillet 2013 comme mentionné plus haut.

Compte tenu du dommage vraisemblablement provoqué – partiellement ou complètement – par les activités illicites de C._____ se chiffrant en centaines de milliers de francs, pour un revenu locatif annuel de CHF 45'000.00, on ne saurait sérieusement nier le caractère insupportable de la continuation des rapports contractuels.

En tout état de cause et même en faisant abstraction de ces circonstances, il découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral exposée au considérant 16.2.2 qu'en cas de violation d'une clause spécifiquement introduite dans le contrat comme en l'espèce, le caractère insupportable de la continuation des rapports contractuels n'a pas à être démontré, dès lors que cela reviendrait à une limitation indésirable de la liberté contractuelle.

- 16.6 La défenderesse/intimée fait valoir en outre que la demanderesse/appelante elle-même serait toujours partie du principe que la résiliation n'était pas valable. Premièrement, la demanderesse/appelante a continué à percevoir les loyers et n'a à aucun moment demandé à la défenderesse/intimée de quitter le terrain et de le remettre en état, ni introduit d'action en expulsion. Elle a en outre produit une créance provisoire en date du 18 novembre 2013 (PJ n° 7 de la réponse à la demande) avec pour libellé « loyer 4^e trimestre ».

Deuxièmement, dans les procédures ultérieures, elle s'est toujours prévaluée du contrat de bail en question, sans jamais faire allusion au fait qu'il avait été résilié (PJ n°s 8, 9 et 10 de la réponse à la demande).

- 16.6.1 Comme déjà précisé (consid. 16.2.3), la résiliation est un droit formateur et à ce titre univoque, inconditionnel et irrévocable. Dès lors, une « annulation » de la résiliation prononcée valablement est exclue. En outre, il sied de préciser qu'une « reconduction tacite » du contrat de bail est en l'espèce également exclue, puisqu'une telle hypothèse serait uniquement envisageable en présence d'un contrat de bail de durée déterminée (DANIEL DURANTE, *Le renouvellement des contrats de durée – solution légales et contractuelles*, 2016, n° 84), ce qui n'est manifestement pas le cas.

Ainsi et sous réserve d'un abus de droit qui ne saurait être retenu en l'espèce, l'attitude quelque peu équivoque de la demanderesse/appelante suite à la résiliation communiquée à C._____ n'empêche pas la résiliation d'être valable. Il convient en effet de relever à ce sujet qu'il ne s'est écoulé que quatre mois entre la résiliation du contrat de bail et le prononcé de faillite de C._____. Concernant l'encaissement des loyers et la production de créance du 18 novembre 2013, il sied de préciser que ce fait n'est d'aucune pertinence, puisque, comme déjà rappelé, un locataire continuant d'user de la chose louée malgré la résiliation commet une faute contractuelle et devient débiteur de dommages-intérêts qui correspondent en règle générale aux loyers dus (DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, p. 532 ; exception : ROGER WEBER, in *Basler Kommentar OR I*, 6^e éd. 2015, n° 2b ad art. 267 CO).

La défenderesse/intimée ne peut donc pas tirer avantage de ces circonstances, ce d'autant plus que de son propre aveu, C._____ a continué à occuper le terrain loué malgré la résiliation. Il n'y a ainsi aucune place pour l'adage *venire contra factum proprium* en l'espèce.

- 16.7 Il découle de ce qui précède que la résiliation du 13 juillet 2013 a été valablement donnée et a pu déployer tous ses effets. Quant aux termes et délais de cette dernière, l'exigence d'un délai de 30 jours pour la fin d'un mois est applicable aux « baux d'habitation et aux locaux commerciaux ». Cette protection du locataire a été introduite, notamment pour que ce dernier ait le temps de débarrasser et remettre en état la chose louée ainsi que de prendre les dispositions nécessaires, contrairement, par exemple, à la location d'une chose mobilière qu'il pourrait et doit rendre immédiatement (HANS GIGER, in Berner Kommentar Art. 256-259i OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 256-273c OR, 2015, n° 17 ad art. 257f CO).

De l'avis de la 2^e Chambre civile, un terrain nu doit donc également entrer dans le champ d'application de cette disposition au titre de « local commercial », puisque ce besoin de protection supplémentaire s'applique également au locataire d'un terrain nu dont le contrat de bail serait résilié et qui devrait ainsi débarrasser et remettre en état. Il est patent qu'une résiliation donnée le 10 juillet 2013 pour le 31 juillet 2013 ne respecte pas le terme et le délai exigés.

En tout état de cause, contrairement aux quatre conditions susmentionnées qui doivent être remplies sous peine de nullité de la résiliation, le non-respect des termes et délais de l'art. 257f al. 3 *in fine* CO n'entraîne pas sa nullité, mais la résiliation prend simplement effet au prochain terme utile (HANS GIGER, in Berner Kommentar Art. 256-259i OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 256-273c OR, 2015, n° 106 ad art. 257f CO).

En l'espèce, le bail s'est ainsi terminé le 31 août 2013, soit bien avant le prononcé de la faillite de C._____ qui est intervenu en date du 11 novembre 2013 (PJ n° 8 de la demande). Même si un délai de trois mois devait être retenu, la fin du bail serait malgré tout intervenue avant l'ouverture de la faillite, ce qui est déterminant pour la suite de la procédure en contestation de l'état de collocation.

17. C'est donc à tort que le Tribunal de première instance a considéré que la résiliation extraordinaire du 13 juillet 2013 était nulle. Il convient ainsi de constater que le contrat de bail à loyer entre la société C._____ et la société A._____ AG a bien été résilié avant le prononcé de la faillite de la société C._____.
18. Au vu de ce qui précède, il sied brièvement d'examiner si la créance en restitution est née avant le prononcée de la faillite ou si tel n'est pas le cas.
- 18.1 Etant arrivé à la conclusion que la résiliation du 10 juillet 2013 était nulle, le premier Juge a relevé que la créance en restitution n'était pas non plus née avant le prononcée de la faillite de la défenderesse/intimée.

- 18.2 La demanderesse/appelante fait valoir que dès lors que le contrat de bail a été valablement résilié avant le prononcé de la faillite, sa créance en restitution est donc également née avant et doit à ce titre être admise à l'état de collocation.

La défenderesse/intimée estime quant à elle que dès lors que la résiliation était nulle et que le jugement de faillite n'a pas non plus mis fin au contrat de bail, la locataire n'avait ainsi pas encore l'obligation de restituer le terrain au sens de l'art. 267 al. 1 CP au jour du prononcé de la faillite.

- 18.2.1 Le contrat de bail du 17 mai 2010 stipule à son art. 11 que « la chose louée sera restituée complètement débarrassée et propre à 12 heures au plus tard le lendemain du jour où expire le contrat de bail ». Comme l'a justement retenu le premier Juge, ce régime reprend le principe prévu à l'art. 267 al. 1 CO. Ainsi, la créance en restitution de l'objet loué dans l'état qui résulte d'un usage conforme au contrat prend naissance ainsi au moment où le contrat de bail prend fin. En particulier, une mise en demeure explicite du bailleur n'est pas nécessaire.
- 18.2.2 En l'espèce, la créance en restitution en faveur de la demanderesse/appelante est dès lors bien née avant le prononcé de la faillite de la défenderesse/intimée. Pour ce qui est du bien fondé de cette créance ainsi que du calcul de l'éventuel montant qui devra être pris en considération, ce point relève de la procédure au fond de l'action en contestation de l'état de collocation et ne peut bien évidemment pas être examiné par la Cour de céans dans le cadre de la présente procédure.
- 18.2.3 Il est dès lors inutile d'examiner le bien fondé de l'argumentation subsidiaire de la demanderesse/appelante, fondée sur l'art. 211a LP, ni son applicabilité temporelle au cas d'espèce.
19. Au vu de tout ce qui précède, la décision attaquée doit dès lors être annulée et il doit être constaté que le contrat de bail à loyer entre les parties a été résilié avant le prononcé de la faillite du 11 novembre 2013. Il convient également de constater que la créance en restitution est, par voie de conséquence, également née avant le prononcé de la faillite. Le dossier doit être renvoyé à la première instance, afin qu'elle statue – en partant de ces prémisses - sur l'action en contestation de l'état de collocation au fond.

IV. Frais et dépens

20. Conformément à l'art. 104 al 4 CPC, en cas de renvoi de la cause, la juridiction supérieure peut déléguer la répartition des frais de la procédure de recours à la juridiction précédente. Au vu du fait que la procédure va se continuer devant le Tribunal de première instance, il convient d'annuler également les ch. 2 et 3 de la décision attaquée et de laisser au Juge de première instance le soin d'opérer la liquidation de la totalité des frais et dépens dans le cadre du procès sur le fond.
21. Il sied toutefois de statuer sur les frais de la procédure d'appel. Conformément à l'art. 44 al. 1 let. b du Décret du 24 mars 2010 concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public (DFP ; RSB 161.12) qui prévoit pour la valeur litigieuse concernée un émolument compris entre CHF 1'500.00 et CHF 20'000.00, la Cour fixe l'émolument judiciaire à un montant (réduit) de CHF 4'000.00 pour tenir compte du fait que la procédure avait été limitée en première instance. Vu l'issue de la présente cause, les frais de la procédure d'appel doivent être entièrement mis à la charge de la défenderesse/intimée. Ils sont prélevés sur l'avance de frais fournie par la demanderesse/appelante, le solde lui étant restitué dès l'entrée en force de la présente décision, à charge pour la défenderesse/intimée de lui rembourser la somme de CHF 4'000.00.
22. En ce qui concerne les dépens pour la procédure d'appel, leur sort suivra celui des frais judiciaires. La demanderesse/intimée a dès lors droit à une indemnité de dépens. Le tribunal fixe les dépens selon le tarif cantonal (art. 105 al. 2 CPC en lien avec l'art. 96 CPC). Conformément à l'art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les dépens (ORD ; RSB 168.811), dans une procédure de première instance concernant un litige patrimonial d'une valeur litigieuse se situant entre CHF 20'000.00 et CHF 50'000.00, les dépens pouvant être alloués sont au minimum de CHF 3'200.00 et au maximum de CHF 15'700.00. Selon l'art. 7 ORD, en procédure de recours (art. 308 à 334 CPC), pour autant qu'elle soit menée par le même avocat ou la même avocate que précédemment, les honoraires sont fixés à 50 pour cent au plus des honoraires selon l'article 5 ; ils sont fixés à 20 pour cent au plus des honoraires dans les procédures de recours (art. 319 à 327 CPC) occasionnant peu de travail. Les dépens pouvant être alloués à la demanderesse/appelante sont ainsi au maximum de CHF 7'850.00.
23. M^e B. _____ a déposé (tardivement mais néanmoins avant la rédaction de la présente décision) une note d'honoraires globale en date du 23 février 2018 auprès de la Cour de céans (D. 222-224) répertoriant autant ses activités déployées en première qu'en deuxième instance. Le montant réclamé au titre d'honoraires pour la deuxième instance représente CHF 2'395.00 (7h55 x CHF 300.00), plus débours (non détaillés) et TVA. Les dépens ne doivent toutefois par être fixés principalement en fonction du temps de travail, mais conformément aux barèmes mentionnés plus haut déterminés principalement sur la base de la valeur litigieuse.

Le montant réclamé par M^e B. _____ au titre des honoraires est admissible. En revanche, il n'appartient pas à la Cour, en l'absence d'une note détaillée relative aux débours et à la TVA, de se livrer à des calculs aussi compliqués qu'hypothétiques car le montant précis des débours ne ressort pas de la note déposée.

L'indemnité globale est dès lors fixée à CHF 2'700.00 TTC, montant que la défenderesse/intimée devra verser à la demanderesse/appelante.

24. A toutes fins utiles, il est précisé que les frais et les dépens de la présente procédure d'appel doivent être considérés comme dette de la masse et qu'ils ne doivent pas figurer à l'état de collocation.

La 2^e Chambre civile décide :

1. L'appel déposé le 10 novembre 2017 contre la décision rendue le 13 octobre 2017 par le Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois est partiellement **admis** dans la mesure des conclusions recevables et la décision précitée **annulée**.
2. Il est **constaté** que le contrat de bail à loyer entre la société C._____ et la société A._____ AG a été valablement résilié avant le prononcé de la faillite de la société C._____ prononcée le 11 novembre 2013, à savoir le 31 août 2013.
3. Il est **constaté** que la créance en restitution de la chose louée dans un état qui résulte d'un usage conforme au contrat est née avant le prononcé de la faillite de la société C._____ en date du 11 novembre 2013, à savoir le 1^{er} septembre 2013.
4. Le dossier est **renvoyé** au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, pour décision au fond sur l'action en contestation de l'état de collocation.
5. Le sort des frais et dépens pour la procédure de première instance sera tranché dans le cadre de la procédure au fond par le Tribunal de première instance.
6. Les frais de la procédure de deuxième instance, fixés à CHF 4'000.00, **sont mis** à la charge de la défenderesse/intimée et prélevés sur l'avance de frais fournie par la demanderesse/appelante, le solde de CHF 1'000.00 étant restitué à cette dernière dès l'entrée en force de la présente décision. La défenderesse/intimée remboursera ce montant de CHF 4'000.00 à la demanderesse/appelante.
7. La défenderesse/intimée est **condamnée** à verser à la demanderesse/appelante une indemnité de dépens fixée à CHF 2'700.00 TTC pour la procédure de deuxième instance.
8. A notifier :
 - à A._____ AG, par M^e B._____
 - à la C._____ SA, par M^e D._____
 - au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence Jura bernois.

Berne, le 6 avril 2018

Au nom de la 2^e Chambre civile

Le Juge instructeur :

Geiser, Juge d'appel

La Greffière :

Saïd

Voies de recours :

(valeur litigieuse : supérieure à CHF 30'000.00)

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, la présente décision peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral au sens des art. 39 ss, 72 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). Seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF).

Le recours en matière civile, motivé par écrit et signé, doit respecter les conditions de forme prescrites à l'art. 42 LTF et être adressé au Tribunal fédéral (Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14).

La qualité pour recourir en matière civile est régie par l'art. 76 LTF.