

Géraldine Piedelièvre et Alix Patouillaud (LPA-CGR) : « les baux commerciaux à l'épreuve du Covid-19 »

CHRONIQUES BUREAUX le 09 Avr 2020



En cette période de crise sanitaire mondiale inédite, le Gouvernement est amené à légiférer quotidiennement. Les nombreux ordonnances et décrets annoncés, et désormais publiés, ont un impact direct en matière des baux commerciaux. Géraldine Piedelièvre, avocate associée, et Alix Patouillaud, avocate collaboratrice au sein du cabinet LPA-CGR décryptent et analysent, dans cette chronique, chacun de ces textes.

Les textes législatifs

La fermeture des lieux accueillant du public résulte d'un arrêté du 14 mars 2020, complété par un deuxième arrêté du 15 mars 2020. Par décret du 16 mars 2020, le déplacement de toute personne hors de son domicile a été interdit, sauf exceptions.

Ces mesures ont été rappelées dans le décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

La loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19

Cette loi a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois, toute mesure pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020 et notamment la mesure suivante, à l'article 11, I. 1° g :

« [...] de reporter intégralement ou d'étaler le paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels et commerciaux et de renoncer aux pénalités financières et aux suspensions, interruptions ou réductions de fournitures susceptibles d'être appliquées en cas de non-paiement de ces factures, au bénéfice des micro-entreprises, au sens du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 [...] »

Le Parlement n'a initialement envisagé ces mesures qu'au bénéfice des micro-entreprises, à savoir celles qui emploient moins de 10 salariés et ont un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 millions d'euros, dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie. Les entreprises de taille supérieure sont exclues de ces dispositions.

Les ordonnances annoncées sont parues le 25 mars 2020.

L'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de Covid-19

L'ordonnance ne vise pas les micro-entreprises dans leur ensemble, mais « [...] les personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique qui sont susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité mentionné à l'article 1er de l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 susvisée », ainsi que les personnes qui

poursuivent leur activité dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au vu de la communication d'une attestation de l'un des mandataires de justice désignés par le jugement qui a ouvert cette procédure (article 1).

L'article 2 interdit aux fournisseurs d'eau, de gaz et d'électricité d'interrompre ou suspendre la fourniture de ces fluides aux entreprises concernées, à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance jusqu'à la date de cessation de l'état d'urgence, et l'article 3 permet à ces mêmes entreprises de demander à leur fournisseur le report du paiement des factures correspondantes et exigibles pendant cette période, sans pénalités.

L'article 4 dispose que :

« Les personnes mentionnées à l'article 1er ne peuvent encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance, ou d'activation des garanties ou cautions, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à leurs locaux professionnels et commerciaux, nonobstant toute stipulation contractuelle et les dispositions des articles L. 622-14 et L. 641-12 du Code de Commerce ».

Les dispositions ci-dessus s'appliquent aux loyers et charges locatives dont l'échéance de paiement intervient **entre le 12 mars 2020** et l'expiration d'un délai de deux mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire précitée, soit **le 23 juillet 2020 à minuit**, sauf prorogation (au titre de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, l'état d'urgence sanitaire a été déclaré pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020. La date de cessation de l'état d'urgence est, ainsi, fixée au **23 mai 2020 à minuit**, sauf prorogation).

Ainsi, le bailleur ne pourra jamais réclamer aux entreprises concernées de pénalités financières ou mettre en jeu un cautionnement au titre des loyers et charges dont l'échéance de paiement est intervenue entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet 2020.

Les textes qui viennent d'être adoptés viennent **neutraliser les sanctions** susceptibles d'être appliquées aux plus petites entreprises jusqu'au 23 juillet 2020 (sauf

prorogation). En revanche, à ce stade, aucun dispositif légal n'impose aux bailleurs d'abandonner ou suspendre les loyers et charges pendant la période d'état d'urgence sanitaire, qui restent dus.

Les décrets d'application qui déterminent les critères d'éligibilité ont été publiés la semaine dernière et s'avèrent plus restrictifs qu'annoncé.

Les décrets n°2020-371 du 30 mars 2020, n°2020-378 du 31 mars 2020 et n°2020-394 du 2 avril 2020

Ces décrets sont venus préciser les **catégories d'entreprises éligibles** au bénéfice de l'article 4 de l'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020.

Le décret n°2020-371, modifié par le décret n°2020-394, définit les entreprises bénéficiaires du fonds de solidarité : il s'agit des entreprises résidentes fiscales françaises employant moins de 10 salariés et ayant un chiffre d'affaires annuel inférieur à un million d'euros HT et dont le bénéfice imposable est inférieur à 60 000 euros au titre du dernier exercice clos.

Le bénéfice des subventions qui pourront être accordées par le fonds de solidarité est également subordonné à l'une au moins des conditions suivantes (article 2) :

avoir fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public intervenue entre le 1er mars 2020 et le 31 mars 2020 ;

avoir subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 50 % pendant la période comprise entre le 1er et le 31 mars 2020.

Le décret n°2020-378 précise, quant à lui, que les entreprises (i) qui ont déposé une déclaration de cessation de paiement au 1er mars 2020, ainsi que (ii) celles qui étaient, au 31 décembre 2019, en difficulté au sens de l'article 2 du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, peuvent également bénéficier des articles 2 à 4 de l'ordonnance n°2020-316.

Les décrets n°2020-378 du 31 mars 2020 et n°2020-394 du 2 avril 2020 précisent, également, que les bénéficiaires de ces mesures devront justifier de leur situation en

produisant une déclaration sur l'honneur attestant que « l'entreprise remplit les conditions prévues par le présent décret et l'exactitude des informations déclarées » et, pour les bénéficiaires du fonds de solidarité, « l'absence de dette fiscale ou sociale impayée au 31 décembre 2019, à l'exception de celles bénéficiant d'un plan de règlement ». Elles devront présenter, en outre, l'accusé-réception du dépôt de leur demande d'éligibilité au fonds de solidarité.

Les entreprises qui ont déposé une déclaration de cessation de paiements ou sont en difficulté au sens de l'article 2 du règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 devront présenter une copie du dépôt de la déclaration de cessation de paiements ou du jugement d'ouverture d'une procédure collective.

Ainsi, d'une mesure assez générale de « suspension » des loyers annoncée lors de l'allocution du Président, est finalement visée une catégorie d'entreprises très ciblée, sans aucune suspension de loyer envisagée, mais pour autant, aucune pénalité ou sanction ne pourra être appliquée à ces entreprises pendant une période déterminée. En revanche, l'ordonnance n'annonce pas de critère d'éligibilité lié à la typologie de l'activité et, donc, tous les baux nécessaires à l'exercice d'une activité économique seraient visés.

L'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période

Cette ordonnance prévoit des dispositions générales en matière de délais, des dispositions spécifiques aux délais en matière administrative et devant les juridictions administratives et des dispositions spécifiques en matière fiscale.

Les dispositions sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date à laquelle cessera l'état d'urgence sanitaire. Ainsi, sauf prorogation, l'ordonnance vise les **délais qui arrivent à échéance entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 à minuit.**

L'article 2 dispose que :

« Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.

Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit ».

Ces actes seront, ainsi, réputés avoir été fait à temps s'ils sont effectués dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois (ie 23 août 2020 à minuit).

Soit le délai initial était inférieur à deux mois et l'acte doit être effectué dans le délai imparti par la loi ou le règlement à la cessation de l'état d'urgence, soit il était supérieur à deux mois et il doit être effectué dans un délai de deux mois.

Comme l'ordonnance ne vise que les actes prescrits par la loi ou le règlement et les délais légalement impartis pour agir, il en résulte que les délais prévus contractuellement ne bénéficient pas du report.

Toutefois, l'article 4 dispose que :

« Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires, ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1er.

Ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets à compter de l'expiration d'un délai d'un mois après la fin de cette période si le débiteur n'a pas exécuté son obligation avant ce terme.

Le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1er ».

A titre d'exemple, pour un commandement de payer signifié le 1er avril 2020, le preneur, disposant théoriquement d'un délai d'un mois pour régulariser les impayés, aura jusqu'au 23 juillet 2020 à minuit (sauf prorogation de l'état d'urgence) pour le faire.

Le champ d'application de la suspension de ces pénalités est, néanmoins, plus restreint que celui de l'article 4 de l'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020. En effet, ne sont pas visés les intérêts de retard, les dommages-intérêts et les activations des garanties ou cautions, qui pourraient donc être mis en œuvre, de même que la résiliation judiciaire. En outre, si les effets de ces pénalités sont suspendus pendant la période susvisée, il semblerait que le créancier pourrait, postérieurement et à défaut de règlement à l'expiration d'un délai d'un mois après la fin de la période, appeler des pénalités au titre des dettes échues durant cette période.

Ainsi, il pourrait être soutenu que les entreprises non concernées par l'ordonnance n°2020-316 puissent également bénéficier de la neutralisation de certaines sanctions pour non-paiement des loyers, charges, factures d'eau et d'électricité sur le fondement de cet article.

Qu'en est-il des congés devant être signifiés pendant la période de l'état d'urgence sanitaire ?

L'article 5 dispose que :

« Lorsqu'une convention ne peut être résiliée que durant une période déterminée ou qu'elle est renouvelée en l'absence de dénonciation dans un délai déterminé, cette période ou ce délai sont prolongés s'ils expirent durant la période définie au I de l'article 1er, de deux mois après la fin de cette période ».

Ainsi, dans l'hypothèse où un congé n'était pas délivré dans les délais, mais pendant la période de prorogation, le congé sera réputé avoir été donné dans les délais, mais ses effets seront reportés. Le point de départ sera la date à laquelle le congé a été donné.

Par ailleurs, l'article 2 pourrait également s'appliquer en matière de congés/demandes de renouvellement puisqu'ils font l'objet de dispositions légales du Code de Commerce.

En tout état de cause, les dispositions de droit commun restent applicables.

Les mécanismes du droit commun

Bailleurs et preneurs s'interrogent légitimement sur le sort réservé aux entreprises non éligibles au fonds de solidarité.

Les preneurs tenteront vraisemblablement d'invoquer la force majeure (**A**), l'imprévision (**B**), l'exception d'inexécution (**C**) pour tenter de suspendre le paiement de leur loyer ou solliciteront des délais de paiement (**D**).

La force majeure (article 1218 du Code Civil)

Pour être qualifié de force majeure, un événement empêchant une partie à un contrat d'exécuter ses obligations doit présenter les trois caractères suivants :

cet événement doit échapper au contrôle de la partie qui ne peut plus exécuter ses obligations, c'est-à-dire être indépendant de sa volonté ;

cet événement doit avoir été raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat ;

cet événement doit être irrésistible lors de l'exécution du contrat. Cette irrésistibilité doit rendre l'exécution du contrat impossible et non pas seulement plus onéreuse ou plus compliquée.

En ce qui concerne les épidémies, l'étude de la jurisprudence témoigne d'un rejet régulier de la notion de force majeure pour qualifier de tels événements.

Les juges ont, ainsi, refusé de qualifier de force majeure les épidémies de grippe H1N1 de 2009 (CA Besançon 8-1-2014 n° 12/0229), du bacille de la peste (CA Paris 25-9-1998 n°1996/08159), du virus de la dengue (CA Nancy 22-11-2010 n° 09/00003) ou du virus du chikungunya (CA Basse-Terre 17-12-2018 n° 17/00739).

Néanmoins, Bruno Lemaire a déclaré la force majeure dans les marchés publics. Aucune annonce n'a été faite en ce sens concernant les marchés privés. Les chantiers ne sont, aujourd'hui, pas à l'arrêt.

Par ailleurs, plusieurs arrêts rendus en matière de droit des étrangers ont reconnu le Covid-19 comme un cas de force majeure (CA Colmar 12 mars 2020, n°20/01981 ; 16

mars 2020 n°20/01143, 23 mars 2020 n°20/01207 et CA Douai 4 mars 2020 n°20/00395). Toutefois, ces décisions semblent difficilement transposables en matière des baux commerciaux puisqu'il ne s'agissait pas d'une obligation de paiement, mais d'une impossibilité matérielle de se rendre aux audiences.

Les preneurs pourraient chercher à invoquer un cas de force majeure afin de solliciter la suspension du paiement des loyers compte-tenu de la fermeture administrative des locaux.

En réponse, les bailleurs soutiendront que s'agissant d'une pure obligation de paiement, celle-ci est insusceptible d'être « empêchée », sauf en cas de fermeture des places bancaires et ce, en application de jurisprudences anciennes et constantes.

Retenir la notion de force majeure pour telle ou telle situation est une pure question d'espèce qui s'apprécie au cas par cas.

Il est possible de s'interroger sur une éventuelle intervention législative spécifique à la pandémie de Covid-19, qui pourrait alléger les conditions légales d'admission de la force majeure, voire en généraliser les conséquences par des dispositions spéciales. Cette possibilité est, toutefois, subordonnée au respect des principes généraux. En effet, le Conseil d'Etat rappelle que « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 » (Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Ct 17).

Il est également envisageable que les juridictions qui auront à statuer sur la force majeure en relation avec cet évènement inédit fassent une application souple des conditions d'ouverture posées par l'article 1218. En effet, jamais auparavant de telles mesures (fermetures administratives, confinement) n'ont été prises par le Gouvernement.

Dans l'hypothèse où le cas de force majeure serait reconnu, il conviendra de s'interroger sur la notion de « suspension » du contrat. Faudra-t-il entendre une annulation pure et simple des obligations des parties pendant une période déterminée

ou un simple report des obligations et, ainsi, un simple report du paiement des loyers et charges ? A ce jour, aucune réponse n'a été apportée.

L'imprévision (article 1195 du Code Civil)

La notion de révision pour imprévision a été consacrée dans la réforme du droit des obligations et applicable aux contrats conclus après le 1er octobre 2016.

La théorie de l'imprévision ne permet pas d'écarter les effets de l'inexécution du contrat, mais d'en demander la renégociation en continuant à l'exécuter, avec la possibilité de saisir le juge en cas d'échec, qui peut adapter le contrat ou y mettre fin.

Les preneurs pourraient solliciter une révision à la baisse du loyer en soutenant que « le loyer initialement accepté s'avérant excessivement onéreux », à condition toutefois que le bail soit postérieur au 1er octobre 2016 et qu'il ne stipule une dérogation expresse aux dispositions de l'article 1195 du Code Civil.

Les bailleurs soutiendront en retour qu'en l'absence de toute augmentation du coût du loyer, il ne pourra pas être considéré que le contrat est devenu « excessivement onéreux ».

Le recours à l'imprévision ne permet pas de répondre rapidement à une situation d'urgence et semble peu adapté.

L'exception d'inexécution (articles 1219 et 1220 du Code Civil)

L'exception d'inexécution, qui d'ordinaire vise à contraindre le cocontractant à s'exécuter, est ici envisagée comme une réponse à la force majeure touchant l'obligation de délivrance du bailleur.

S'il était admis que l'obligation de délivrance ne pouvait plus être remplie par le bailleur en raison d'un événement de force majeure, le preneur pourrait se prévaloir de la suspension du contrat.

S'agissant des commerces non alimentaires ayant fait l'objet d'une fermeture administrative, les locataires envisageront vraisemblablement de se prévaloir de la

suspension de leur loyer.

S'agissant des bureaux, depuis la mesure de confinement instaurée le 17 mars dernier, les entreprises sont fortement incitées à favoriser le télétravail.

Dès lors qu'ils considèrent que l'obligation de délivrance ne peut plus être remplie par leurs bailleurs en raison d'un événement de force majeure, les locataires tenteront probablement de se prévaloir de la suspension du contrat pour ne plus régler leur loyer, à condition toutefois que le bail ne stipule pas de dérogation.

En retour, il est probable que les bailleurs soutiendront que la fermeture des locaux n'est pas de leur fait. Par ailleurs, concernant les locataires « bureaux », il pourrait être soutenu que le télétravail garantit la continuité de l'exploitation par les locataires ce qui les empêcheraient de se prévaloir de l'exception de l'inexécution.

Délais de paiement (article 1343-5 du Code Civil)

Les circonstances exceptionnelles auxquelles nous sommes confrontés justifieront, sans nul doute, l'octroi de délai de paiement dans la limite de 24 mois à tout débiteur qui sera susceptible de prouver que les mesures sanitaires ont pesé sur ses capacités financières.

Cela ne vaudrait pas, pour autant, annulation des paiements.

Conclusion

Les circonstances actuelles tendent nécessairement vers une insécurité juridique.

Au regard des textes adoptés ces derniers jours, il apparaît que le législateur n'a pas souhaité imposer aux bailleurs d'annuler les appels de loyers et charges alors qu'eux-mêmes doivent faire face à leurs propres obligations, ni leur faire supporter seuls toutes les conséquences des mesures de confinement et de fermeture : cela ne respecterait ni le texte, ni l'esprit de la loi. La loi de ratification attendue apportera peut-être plus de précisions.

Les tribunaux étant actuellement quasiment à l'arrêt, il semblerait qu'aucune mesure judiciaire ne pourra vraisemblablement être initiée dans les prochaines semaines.

L'organisation judiciaire ne retrouvera un fonctionnement normal qu'après plusieurs mois et les procédures ne seront pas traitées avant un certain délai, sauf peut-être pour les délais de grâce qui relèvent du juge des référés.

Elles ne permettront donc pas de répondre à des difficultés urgentes et il serait inopportun que la crise économique soit suivie d'un emballement judiciaire généralisé, qui ne ferait qu'accentuer l'engorgement des tribunaux.

Dans ce contexte, il semble être de l'intérêt commun des parties de trouver, de bonne foi, un terrain d'entente et des aménagements sur le paiement du loyer pendant la période de confinement, afin de faire face à cette situation inédite et éviter l'aggravation des difficultés, voire même la faillite de l'une ou l'autre des parties. En toute hypothèse, les solutions devront être recherchées au cas par cas, aucune solution ne pouvant être généralisée.

Bailleurs et preneurs subissent tous deux les conséquences tant sanitaires que financières de la pandémie de Covid-19 : les circonstances devraient les inciter à trouver des solutions négociées pour surmonter cette période et pérenniser leur relation, comme tous les acteurs économiques qui seront certainement mis à contribution pour favoriser le redressement du pays.

La rédaction d'Immoweeek
