

TIME TO ADAPT

COVID-19

9 avril 2020

Baux commerciaux et professionnels: suspension d'application de clauses des baux en vigueur, force majeure et exception d'inexécution

Les mesures liées au confinement et à la fermeture de certains établissements à caractère commerciaux ont provoqué de graves difficultés économiques pour les locataires de baux commerciaux et professionnels. Ces pertes d'exploitation engendrent des difficultés à honorer le paiement des loyers, ce qui génère des difficultés pour les bailleurs. Des mesures de soutien économique ont été prises par certaines collectivités territoriales et certains bailleurs institutionnels. L'objet de ce flash est d'examiner les aspects juridiques des mesures spéciales décidées par ordonnances et décret. Ces mesures n'occulent pas les mécanismes déjà présents dans le Code civil qui peuvent aussi être mobilisés.

Mesures nouvelles : Covid-19 et suspension des clauses relatives au paiement des loyers et autres charges afférentes

Après concertation avec une partie majoritaire des fédérations de bailleurs et la Caisse des dépôts et consignations, conformément au communiqué de presse n° 2083 du Ministère de l'Economie et des Finances en date du 21 mars, il a été convenu que : « *les principales fédérations de bailleurs et la Caisse des dépôts et consignations* » appellent « *leurs adhérents à suspendre les loyers des TPE et des PME qui sont contraintes de fermer en application de l'arrêté du 15 mars 2020, et à leur proposer des échéanciers de remboursement sans pénalités, adaptés à leur situation une fois que l'activité aura repris* ».

A la suite de cette réunion, une ordonnance a été prise par le gouvernement : 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 (« Ordonnance n° 2020-316 »).

1. Champ d'application de l'Ordonnance n° 2020-316 : réservé aux entreprises en situation de précarité

Conformément au décret n° 2020-378 du 31 mars 2020 relatif 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, **les bénéficiaires de ce dispositif sont les personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique** (« Décret n°2020-378 ») :

- **qui sont susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité** prévu par l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 selon les critères déterminés par le décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 relatif au fonds de solidarité tel que modifié par le décret n° 2020-394 du 2 avril 2020 à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation (le « Décret n° 2020-371 »),

A titre de rappel : les critères pour bénéficier du fonds de solidarité sont les suivants :

- avoir débuté son activité avant le 1^{er} février 2020,
- effectif inférieur ou égal à dix salariés,
- chiffre d'affaires hors taxes (lors du dernier exercice clos) inférieur à 1.000.000 euros,
- bénéfice imposable augmenté, le cas échéant, des sommes versées au dirigeant au titre du dernier exercice clos est inférieur à 60.000 euros,
- ne pas être titulaires d'un contrat de travail à temps complet ou d'une pension de vieillesse ou bénéficier d'indemnités journalières de sécurité sociale d'un montant supérieur à 800 euros sur la période,

- ❑ sociétés non contrôlées au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce,
- ❑ lorsqu'elles contrôlent une ou plusieurs sociétés commerciales au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, la somme des salariés, des chiffres d'affaires et des bénéfices des entités liées doivent respecter les seuils fixés,
- ❑ elles n'étaient pas, 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,
- ❑ avoir fait l'objet d'une interdiction administrative d'accueil du public entre le 1er et le 31 mars 2020, ou subi une perte de chiffre d'affaires supérieure à 50% pendant cette période par rapport à l'année précédente.

OU

- **qui poursuivent leur activité dans le cadre d'une procédure collective** (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire), sous condition de communication d'une attestation par l'un des mandataires de justice désignés par le jugement d'ouverture de la procédure.

2. Conséquence de l'application de l'Ordonnance n° 2020-316 : neutralisation des « clauses sanction »

Les entreprises locataires entrant dans le champ de l'ordonnance qui ne pourraient pas payer les loyers et charges afférents aux locaux professionnels et commerciaux **échus entre le 12 mars et le 24 juillet**, 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. De même, les mécanismes de résiliation des baux commerciaux prévus par le droit des procédures collectives sont gelés.

Point d'attention : les dettes de loyers non payés **ne sont pas annulées**. Ce sont les sanctions en cas de retard de paiement qui sont gelées par l'ordonnance.

Mesures préexistantes : force majeure, exception d'inexécution et révision pour imprévision

Le locataire d'un bail commercial ou d'un bail professionnel qui n'a plus d'activité parce qu'il a dû l'arrêter ou dont l'activité a fortement diminué peut-il suspendre le paiement du loyer et sur quel fondement ?

➤ On pense d'abord à la **force majeure (C. civ., art. 1218)**.

- ❑ Il faut d'abord vérifier que le contrat en cause ne contient pas, soit une clause qui exclut la force majeure, soit une clause qui l'encadre par des conditions particulières.
- ❑ En l'absence de clause et de manière générale, plusieurs décisions antérieures ont refusé d'admettre qu'une épidémie puisse constituer un cas de force majeure (pour la grippe H1N1 : CA Besançon, 8 janvier 2014, n°12/0229 ; pour le chikungunya : CA Basse-Terre, 17 décembre 2018, n°17/00739 ; pour la dengue ; CA Nancy, 22 novembre 2010, n°09/00003).
- ❑ Cependant, il ne s'agissait que d'épidémies à caractère limité, géographiquement et dans leurs conséquences. Peut-être les juges auraient-ils une approche plus ouverte de la nature juridique des conséquences du COVID 19, qui est une pandémie mondiale dont la contagion est extrême et les conséquences sanitaires, économiques et sociales dramatiques dans tous les pays. D'ailleurs, sans que cela engage les tribunaux, le Ministre de l'économie et des finances a déclaré le 28 février dernier qu'il s'agissait, pour les pouvoirs publics, d'un cas de force majeure.
- ❑ Cependant, il a été jugé que le débiteur ne peut pas invoquer la force majeure lorsque l'exécution du contrat devient simplement moins profitable et non impossible (Soc. 12 février 2003, n°99-429875, publié au Bulletin).
- ❑ Plus encore, selon la Cour de cassation, la force majeure ne peut pas être invoquée par le débiteur d'une somme d'argent (donc par le locataire pour le paiement des loyers) car, en application de la qualification juridique de chose genre, elle semble considérer qu'on peut toujours trouver de l'argent... (Com., 16 septembre 2014, n°13-20306, publié au Bulletin).

➤ Le locataire pourrait ensuite penser à l'**exception d'inexécution (C. civ., art. 1219 et 1220)**.

- ❑ L'article 1219 du Code civil dispose que « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».
- ❑ Il en résulte deux conditions : (i) un défaut d'exécution de l'obligation du cocontractant; (ii) une inexécution suffisamment grave.
- ❑ S'agissant de l'hypothèse d'un bail, le locataire pourrait donc, au moins théoriquement, suspendre le paiement du loyer s'il démontrait qu'il est dans l'impossibilité de jouir de la chose louée (pouvoir utiliser le local) par la faute du bailleur.

- ❑ Cependant, le bailleur a deux obligations principales (art. 1719 C. civ.) : (i) une obligation de délivrance lors de l'entrée dans les lieux ; (ii) une obligation d'assurer la jouissance paisible des lieux tout au long de la location.
 - ❑ Sur l'inexécution grave de l'obligation de jouissance paisible:
 - soit le locataire exerce une activité qui ne fait pas partie de celles qui ont été interdites par les pouvoirs publics ; dans ce cas, il n'y a pas d'inexécution grave, ni même d'inexécution tout court de l'obligation du bailleur puisque le locataire peut continuer d'exercer son activité dans le local, même si du fait du confinement cette activité est réduite, voire très réduite ;
 - soit le locataire a dû cesser toute activité en raison d'une mesure administrative de fermeture tenant à l'état d'urgence sanitaire ; dans ce cas, la situation est certainement suffisamment grave pour envisager, au moins de prime abord, l'exception d'inexécution.
 - ❑ Sur l'inexécution de son obligation par le bailleur, deux réserves se présentent:
 - en premier, l'impossibilité pour le locataire d'utiliser son local ne résulte pas d'une inexécution par le bailleur de son obligation de jouissance, mais du fait d'un tiers, les pouvoirs publics.
 - en second, indépendamment de ce qui précède, l'impossibilité pour le locataire d'utiliser son local résulte d'un cas de force majeure pour le bailleur (art. 1218 C. civ.) :
 - la fermeture du local était imprévisible car le Covid-19 et ses conséquences administratives ne pouvaient être raisonnablement prévus lors de la conclusion du bail;
 - la fermeture du local est irrésistible car elle ne peut être évitée ;
 - la fermeture du local est un événement extérieur, car il échappe au pouvoir du bailleur.
 - ❑ Or, il a été jugé à plusieurs reprises qu'en cas de force majeure pour le bailleur, le locataire ne pouvait pas invoquer l'exception d'inexécution et suspendre ou réduire le loyer .
- Le locataire pourrait, enfin, songer à invoquer la **révision pour imprévision (C. civ., art. 1195)**.

Si la fermeture des locaux rend l'exécution du bail « *excessivement onéreuse* » pour le locataire, et si une clause du contrat ne s'y oppose pas, il peut demander au bailleur une renégociation du loyer pour la période de chute d'activité, c'est certainement la voie à privilégier (de nombreuses négociations sont d'ailleurs en cours) et, en cas d'échec, solliciter l'intervention du juge. On peut penser que cette possibilité reste ouverte en dépit du mécanisme spécifique de révision des loyers prévu par le droit des baux commerciaux (c. com., art. L. 145-37 et s.).

Notre équipe est mobilisée pour vous aider à trouver les solutions efficaces et pragmatiques pour répondre aux urgences ou adapter vos activités.

Contacts

Benoît Roucher
Avocat associé, Paris La Défense
Tel: +33 1 55 68 49 58
Mob: +33 6 20 65 72 17
broucher@kpmgavocats.fr

Jean-Jacques Daigre
Of Counsel, Conseil Scientifique,
Paris La Défense
Tel : +33 1 55 68 49 02
jdaigre@kpmgavocats.fr

Alain Couret
Partner, Conseil Scientifique,
Paris La Défense
Tel : +33 1 55 68 50 10
acouret@kpmgavocats.fr

Clément Barrillon
Senior Manager, Conseil Scientifique,
Paris La Défense
Tel : +33 1 55 68 48 09
cbarrillon@kpmgavocats.fr