

Covid-19 - Les loyers commerciaux à rude épreuve !

Face à la crise sanitaire actuelle que traverse actuellement notre pays, et dont les premiers effets se font déjà ressentir sur un plan économique et logistique, le Président de la République avait très tôt annoncé la possibilité de suspendre le paiement des loyers commerciaux durant l'état d'urgence sanitaire. Au-delà de cette mesure, le locataire peut-il se prévaloir de principes juridiques pour s'abstenir de payer ses loyers ?

Le dispositif existant

Un champ d'application restreint

L'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020, entérinant cette mesure, d'application immédiate, est toutefois venue circonscrire les champs d'application de cette mesure aux seules entreprises éligibles au Fonds de Solidarité, à savoir celles qui remplissent notamment les conditions suivantes :

- être commerçants, artisans, professions libérales et autres agents économiques, quel que soit leur statut (société, entrepreneur individuel, association...) et leur régime fiscal et social (y compris micro-entrepreneurs), ayant :
 - un effectif inférieur ou égal à 10 salariés ;
 - un chiffre d'affaires sur le dernier exercice clos inférieur à 1 000 000 € ; pour les entreprises n'ayant pas encore clos d'exercice, un chiffre d'affaires mensuel moyen sur la période comprise entre la date de création et le 29 février 2020 inférieur à 83 333 euros ;
 - un bénéfice annuel imposable inférieur à 60 000 € au dernier exercice clos ;
 - un début d'activité avant le 1^{er} février 2020 ;
 - n'avoir pas été en liquidation judiciaire avant le 1^{er} mars 2020 ;
 - ne pas être contrôlée par une société commerciale au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce.

En revanche, les titulaires d'un contrat de travail ou d'une pension de retraite et les entrepreneurs ayant bénéficié d'au moins deux semaines d'arrêt maladie en mars ne sont pas éligibles.

Conséquences pratiques

Outre le champ d'application particulièrement restreint de cette mesure, l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 suscite un double constat.

■ Aucune annulation du paiement des loyers

En effet, l'article 4 de l'ordonnance susvisée dispose :

« Les personnes mentionnées à l'article 1^{er} 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 déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 précitée ».

Une interprétation stricte de ce texte amène donc à considérer que les loyers concernant la période entre le 12 mars 2020 et un délai de deux mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire (soit le 24 juillet 2020) restent parfaitement exigibles, y compris pour les entreprises éligibles au Fonds de Solidarité.



Par My-Kim Yang-Paya
Avocate associée
Seban & Associés



et Alexane Raynaldy
Avocate directrice
Seban & Associés

Seules sont neutralisées les sanctions pour défaut de paiement, type intérêts de retard, exécution de clause résolutoire, ou encore toute clause prévoyant une déchéance du terme.

Ainsi, ces mêmes loyers et charges pourraient dès maintenant faire l'objet d'actions en paiement de la part des bailleurs. Sur un plan juridique, on se situe donc loin des déclarations gouvernementales du 16 mars dernier.

■ Aucun report automatique des loyers commerciaux

L'ordonnance susvisée ne prévoit pas non plus la possibilité d'un report ni ses éventuelles modalités de paiement des échéances. Pourtant, en son article 3 relatif aux factures de fluides, il y est très clairement indiqué :

« Le paiement des créances dues à ces échéances ainsi reportées est réparti de manière égale sur les échéances de paiement des factures postérieures sur six mois, à partir du mois suivant la date de fin de l'état d'urgence sanitaire ».

A contrario, il faut donc en déduire que, pour les loyers commerciaux, il semble que





toutes les entreprises, tant celles éligibles au Fonds de Solidarité que celles qui ne le sont pas, restent tenues de payer leurs loyers sans qu'aucune suspension automatique ne soit effectivement prévue par les Pouvoirs Publics.

Alors que certains bailleurs institutionnels, comme le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) ou l'Association Française des Sociétés de Placement Immobilier (AFSPIM) ont annoncé le 20 mars dernier la suspension du recouvrement des loyers et charges « à partir du 1^{er} avril 2020, et pour les périodes postérieures d'arrêt d'activité imposé par l'arrêté du 15 mars 2020 », d'autres, comme la Compagnie de Phalsbourg, ont même décidé l'annulation pure et simple des loyers.

Dans le même sens, la loi 2020-473 du 25 avril 2020 (article 3) permet à un bailleur, sous conditions, qui annule un loyer à une entreprise entre le 15 avril 2020 et le 31 décembre 2020 un double avantage fiscal (temporaire) :

- aucun impôt ne sera appliqué sur ces revenus perdus ;
- les déductions de charges correspondant aux éléments de revenus ayant fait l'objet d'un abandon ou d'une renonciation ne seront pas remises en cause.

En tout état de cause, face à l'absence d'un principe de non-paiement des loyers et charges pendant cette période de crise sanitaire, faudra-t-il seulement compter sur la compréhension de certains bailleurs et la bonne foi des preneurs ou existe-t-il des outils juridiques susceptibles d'y répondre ?

Peut-on invoquer la force majeure ?

L'article 1218 du Code civil dispose : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et

dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

En vertu de ce texte, la force majeure est caractérisée lorsque l'événement survenu était imprévisible, irrésistible et extérieur.

Les conditions existent-elles ?

- **L'extériorité** : la condition d'extériorité n'est pas en débat dans la mesure où le débiteur n'est pas à l'origine de l'épidémie.
- **L'imprévisibilité** : la condition d'imprévisibilité ne semble pas non plus présenter de difficulté particulière dès lors que la conclusion du contrat est antérieure à la survenance de l'épidémie.

Remarque : se pose toutefois la question de la date à retenir pour la survenance de l'épidémie. En effet, dans une note du 18 mars 2020, certains professionnels de l'immobilier considèrent que c'est la date de déclaration officielle de l'épidémie Coronavirus en France qui doit être retenue, soit le 29 février 2020. On pourrait toutefois retenir tout aussi légitimement la date de fermeture officielle de tous les commerces non indispensables à la vie de la Nation, soit le 14 mars 2020. Ou encore celle du confinement plus généralisé, soit le 18 mars 2020.

- **L'irrésistibilité** : c'est davantage le critère d'irrésistibilité qui pose question. L'article 1218 du Code civil précise que la force majeure est l'événement « dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées » et qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

Pour vérifier si cette condition est validée, deux situations sont à distinguer.

Première hypothèse concernant un commerce « non indispensable à la vie de la Nation », avec fermeture obligatoire du local commercial. On pourrait alors considérer que le preneur se situe davantage dans l'impossibilité d'exercer son activité et partant, de générer du chiffre d'affaires,

rendant ainsi impossible le paiement de ses différentes charges, y incluant son loyer commercial.

Aussi, dans un tel cas, si l'on considère que la notion d'irrésistibilité est remplie, le bailleur n'est plus en mesure de satisfaire à son obligation de délivrance, non pas en raison d'un événement qui lui est imputable, mais en raison d'un événement de force majeure, donnant ainsi lieu à une suspension de l'exécution du contrat par les parties sur le fondement de l'article 1220 du Code civil.

En effet suivant cet article, une « partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle », cette suspension devant « être notifiée dans les meilleurs délais ».

Si la fermeture imposée d'un local pourrait alors participer à caractériser la notion d'irrésistibilité, il faut toutefois rester prudent et ne pas considérer que ce critère s'applique automatiquement pour chaque local dont la fermeture a été ordonnée par les arrêtés des 14 et 15 mars 2020. La notion d'activité commerciale peut par exemple être distinguée des locaux stricto sensu, considérant le e-commerce ou la vente en ligne.

Seconde hypothèse concernant un commerce « indispensable à la vie de la Nation », avec ouverture autorisée. Même s'il existe une baisse du chiffre d'affaires due à la survenance de l'épidémie du Covid-19 et que le commerçant a des difficultés pour payer ces loyers, la situation est plus délicate car :

- d'une part, le bailleur respecte bien son obligation de délivrance ;
- d'autre part, la jurisprudence peine à retenir la force majeure pour les obligations contractuelles liées à une somme d'argent considérant que la notion de difficulté doit être distinguée de celle de l'impossibilité stricto sensu¹.

La jurisprudence analyse au cas par cas l'impossibilité d'exécuter telle ou telle obligation contractuelle et s'il n'y a pas d'autres moyens permettant de l'exécuter. Ainsi, la jurisprudence a écarté la qualification de force majeure invoquée pour cause d'épidémie lorsque, s'agissant du virus Ebola, ce dernier n'avait pas rendu impossible l'exécution des obligations² ou lorsque l'épidémie de Dengue était récurrente et de ce fait prévisible³.

1. Cass. com. n° 13-20.306 F-PB ? 1- septembre 2014 : RJD 11/14 n° 886 .

2. Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 3, répertoire général n° 15/05607, 29 mars 2016.

3. Cour d'appel de Nancy, 1^{ère} Chambre civile, répertoire général n° 09/00003, 22 novembre 2010.

On relèvera également un arrêt, dans un contexte de confinement d'animaux lié à la grippe aviaire qui a estimé que « son impact sur les résultats de l'exploitation n'établit pas qu'il présentait un caractère insurmontable et irrésistible susceptible de lui conférer la qualification d'événement de force majeure exonératoire⁴ ».

Pour les entreprises se trouvant dans la seconde hypothèse, il ne pourrait qu'être fort recommandé, s'ils décidaient de notifier à leur bailleur la suspension des loyers sur le fondement de la force majeure, de le faire dans le strict respect du processus décrit au bail commercial, en documentant sérieusement sur le plan comptable et financier l'impossibilité (et pas seulement la difficulté) de régler le loyer pendant la période de confinement.

En tout état de cause, et sauf texte contraire des pouvoirs publics – nonobstant le fait que le Ministre de l'Economie et des Finances ait déclaré l'épidémie du Covid-19 comme un cas de force majeure lors d'une annonce officielle le 28 février dernier, et que certains lobbying tentent de faire qualifier cette épidémie de catastrophe naturelle pour obtenir une application automatique de la force majeure – la force majeure ne pourra pas faire l'objet d'une application automatique, conduisant toutes les entreprises à la suspension de leurs loyers commerciaux. Une appréciation au cas par cas devra être retenue.

Il faudra par ailleurs s'assurer dans chaque contrat que la force majeure n'a pas été écartée par les parties, car les articles 1218 et 1351 du Code civil ne sont pas d'ordre public.

Si la force majeure n'en est pas exclue, il faudra alors vérifier la définition que le contrat en donne et la gestion de suspension qu'il y prévoit.

En l'absence de mise à l'écart de la force majeure dans le contrat et de clause la définissant et gérant la suspension du contrat, il faudra alors s'en remettre aux dispositions de l'article 1218 susvisé ainsi qu'à la jurisprudence prise en application de ce texte.

Peut-on Invoquer l'imprévision ?

L'article 1195 du Code civil dispose que :
« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend

l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Par définition, l'imprévision suppose donc la réunion de plusieurs conditions parmi lesquelles figure un changement de circonstances imprévisible au moment de la formation du contrat.

Cette condition est assortie d'une seconde condition, étant la conséquence directe de la première puisqu'elle rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

En d'autres termes, à la différence de la force majeure, l'imprévision ne rend pas l'exécution de l'obligation impossible mais seulement plus difficile (en raison par exemple d'une prestation dont la valeur aura considérablement diminué, ou parce que l'exécution exigera de lui des efforts plus soutenus).

Ce moyen juridique pourrait ainsi parfaitement s'appliquer à l'épidémie du Covid-19 mais cela suppose une double condition :

- que le bail commercial ait été conclu ou renouvelé postérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, soit à compter du 1^{er} octobre 2016 ;
- de démontrer le caractère excessivement onéreux du maintien du payer du loyer commercial.

A titre d'exemple, la Cour de cassation⁵ a considéré qu'une société n'avait pas apporté la preuve d'une situation ayant altéré « fondamentalement » l'équilibre des prestations et justifiant l'activation d'une clause de *hardship*, quand bien même ladite société avait produit des lettres de ses fournisseurs annonçant des hausses de prix de 4 % à 16 %, entraînant une diminution de 58 % de sa marge brute. L'interprétation souveraine des juges du fond peut donc être particulièrement stricte.

Par ailleurs, et *a contrario* de la force majeure, il convient d'insister et de souligner que l'imprévision ne permet pas de suspendre ou d'arrêter l'exécution contenue dans le contrat qu'elle affecte.

En effet, tant que le juge ne s'est pas prononcé, le preneur sera tenu du paiement de la totalité ou d'une partie des loyers commerciaux dus au bailleur. Les Tribunaux étant eux-mêmes fermés en raison de l'épidémie du Covid-19, il n'est pas certain que le recours au juge au visa de l'article 1195 constitue la mesure la plus appropriée à ce stade.

Etant de surcroît, précisé, que les parties sont libres de prévoir dans leur bail les cas qui constitueront un cas d'imprévision. Dans certains baux, l'application de l'article 1195 du Code civil relatif à l'imprévision est même exclue. Il conviendra ainsi de se référer aux clauses du bail afin de voir si cette disposition est écartée par les parties ou si elle demeure.

* * *

Les circonstances actuelles tendent ainsi nécessairement vers une insécurité juridique qui risque d'être source d'un contentieux abondant.

Il est donc très largement conseillé, outre la lecture attentive de chacun des baux et, plus généralement, des contrats litigieux, de respecter scrupuleusement le mécanisme contractuel.

Ainsi, si les outils précités permettent aux débiteurs d'une obligation contractuelle de se soustraire, au moins temporairement, à celle-ci, il n'en demeure pas moins que l'appréciation du juge, au cas par cas, restera un élément clé de leur efficacité. Aucune application automatique n'étant de rigueur à ce jour. ■

4. Cour d'appel de Toulouse, n° 19/01579, 3 octobre 2019.

5. Cass ; com , n° 12-29.550, 12 février 2015.