VIGILANCE QUANT AU NON PAIEMENT DES LOYERS PROFESSIONNELS ET COMMERCIAUX DURANT L'ETAT D'URGENCE SANITAIRE

*

Soucieux de préserver autant que possible l'équilibre économique de nos entreprises, l'Etat a très tôt annoncé la possibilité de suspendre le paiement des loyers commerciaux durant l'état d'urgence sanitaire.

L'ordonnance du 25 mars 2020 n° 2020-316, entérinant cette mesure, d'application immédiate, a été publiée au Journal Officiel du 26 mars 2020 (n° 2020-316).

Ce texte est pourtant loin de répondre aux préoccupations des chefs d'entreprise et soulève bien des interrogations.

En effet, l'article 4 de l'ordonnance précitée 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 déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 précitée. »

Aussi, selon les dispositions de l'article 1^{er} de cette même ordonnance, sont éligibles à cette mesure *« 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. Celles qui poursuivent leur activité dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peuvent également bénéficier de ces dispositions au vu de la communication d'une attestation de l'un des mandataires de justice désignés par le jugement qui a ouvert cette procédure. Les critères d'éligibilité aux dispositions mentionnées ci-dessus sont précisés par décret, lequel détermine notamment les seuils d'effectifs et de chiffre d'affaires des personnes concernées ainsi que le seuil de perte de chiffre d'affaires constatée du fait de la crise sanitaire. »*

Or, sont éligibles au fonds de solidarité créé par l'ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020, toutes les petites entreprises, en ce compris les indépendants et les professions libérales qui :

- Ont moins de 10 salariés,
- Réalisent un chiffre d'affaire inférieur à un million d'euros et présente un bénéfice imposable inférieur à 60.000 euros
- Subissent une fermeture administrative ou qui auront connu une perte de chiffre d'affaires de plus de 70% au mois de mars 2020 par rapport au mois de mars 2019.

Il convient ici de préciser que ces conditions sont cumulatives.

Il est fort regrettable de constater que la rédaction des dispositions relatives au loyers commerciaux de l'ordonnance du 25 mars 2020 est bien trop imprécise pour permettre aux chefs d'entreprise, même éligibles au fonds de solidarité, d'organiser la gestion de leur trésorerie.

En effet, le texte se contente d'indiquer que le non-paiement des échéances de loyers commerciaux, par les personnes éligibles au fonds de solidarité, durant l'état d'urgence sanitaire et jusqu'à deux mois après le terme de celui-ci, n'est pas susceptible de sanction.

Toutefois, il n'est rien précisé quant à la date d'exigibilité des échéances. Sont-elles annulées ou reportées ? Et dans ce dernier cas, quand seront-elles exigibles ?

Aucune disposition de ce texte ne dispense donc expressément les personnes qu'elle vise de ne pas payer les loyers commerciaux ou professionnels dont elles sont redevables.

Dans son discours du 25 mars 2020 sur la présentation des 25 premières ordonnances prises en application de la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid 19, le Premier Ministre évoquait le « report » des échéances locatives.

Ce point n'est toutefois pas repris dans l'ordonnance qui nous intéresse.

A l'inverse, l'article 3 de l'ordonnance 2020-316 du 25 mars 2020, statuant sur l'exigibilité des factures d'eau, de gaz et d'électricité durant la même période, prévoit expressément que : « *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.* »

La distinction opérée par le gouvernement entre les factures de gaz, d'électricité et d'eau et les échéances des loyers commerciaux et professionnels, au sein de cette ordonnance qui ne compte que 4 articles, porte à croire que les loyers non payés ne subiront pas le même sort que les factures d'énergie.

En l'absence de réponse claire du Gouvernement, il apparaît en l'état que toutes les entreprises sont logées à la même enseigne et qu'elles doivent appréhender la question du paiement de leur loyer commercial ou professionnel de la même manière.

Il convient également de préciser que le texte, *stricto sensu*, ne traite pas des redevances d'occupation dues en vertu de conventions d'occupation du domaine public, distinctes des baux commerciaux ou professionnels, le texte de l'ordonnance ne visant que les « loyers ou charges locatives », ce qui ne peut se confondre avec les redevances d'occupation dues en vertu d'une convention d'occupation du domaine public. Le non-paiement de ces redevances pourrait donc en théorie générer l'application de pénalités, de mise en œuvre de clause résolutoire, de garantie etc.

Si dans un premier temps cette ordonnance a pu paraître source de sécurité durant l'état d'urgence sanitaire pour les preneurs à bail commercial ou professionnel éligibles au fonds de solidarité, son imprécision peut induire un grand nombre de contentieux *post* crise, et ce d'autant que l'ordonnance est parue et entrée en vigueur à la veille de l'exigibilité du 2^{ème} trimestre 2020.

En revanche, l'article 4 de 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, dispose, sans distinction :

« 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 1^{er}. 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 1^{er}. »

Les entreprises, **sans pour autant être dispensées du paiement de leurs loyers**, sont protégées des effets d'une clause résolutoire et/ou de pénalités courus durant la période de confinement.

Seuls des intérêts au taux légal, très faible, à l'exclusion de tout taux contractuel pénalisant, serait du dès lors qu'une mise en demeure de payer aurait été notifiée au preneur.

Il faudra veiller au délai d'un mois qui suivra la fin de la période visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance précitée afin, soit de payer les arriérés visés dans un éventuel commandement visant la clause résolutoire, soit de les contester judiciairement, soit de demander judiciairement la suspension des effets de la clause résolutoire et des délais de paiement pouvant aller jusqu'à 24 mois ou un report de paiement pouvant aller également jusqu'à 24 mois (article 1343-5 du code civil).

Quels sont - en l'absence d'édiction par les ordonnances publiées durant la crise sanitaire d'un principe de non-paiement des loyers commerciaux et professionnels - les autres sources du droit permettant aux entreprises de justifier, sans responsabilité ni sanction, un non-paiement ou un retard de paiement des loyers commerciaux dus ?

Il convient de bien faire attention aux idées reçues ainsi qu'à l'utilisation des notions juridiques à l'apparence exonératoire du fait de la vulgarisation de leur emploi à tort et à travers...

❖ **Le recours à la force majeure :**

La pandémie que nous connaissons actuellement permet-elle au preneur d'invoquer la force majeure pour suspendre le paiement de ses loyers durant la période de confinement ?

L'article 1218 du Code Civil définit la force majeure comme suit : 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.

Ainsi, le preneur invoquant la force majeure doit justifier de trois conditions cumulatives :

- La survenance d'un événement échappant à son contrôle.
- Imprévisible lors de la conclusion du contrat.

- Irrésistible, c'est-à-dire auquel le preneur ne peut remédier par l'adoption de quelque mesure que ce soit.

S'il est aisé de justifier des deux premières conditions pour les baux en cours au jour où le Président de la République a décrété le confinement, la dernière peut poser difficulté pour justifier de la suspension de l'obligation de paiement des loyers commerciaux ou professionnels.

Jusqu'alors, les rares jurisprudences relatives à une épidémie témoignent de la réticence des tribunaux à faire application de la théorie de la force majeure alors que ce point relève de leur appréciation souveraine.

A noter toutefois que les plus récentes décisions de justice traitaient de virus bien moins graves dont l'impact et la propagation n'ont pas nécessité la mise en œuvre des mesures sanitaires que nous connaissons actuellement :

Cour d'Appel de Besançon 8 janvier 2014 n° 12/02291 relative à la grippe H1N1

Cour d'Appel de Basse Terre, 17 décembre 2018 n° 17/00739 relative au chikungunya

Il ne faut pas croire, parce que la crise sanitaire a été prévue par le législateur et que le Covid 19 est considéré par les pouvoirs publics comme un cas de force majeure (annonce du vendredi 28 février 2020 du ministre de l'économie et des finances), que les parties peuvent *ipso facto* suspendre toutes leurs obligations contractuelles, ne plus rien payer et s'affranchir de tout délai contractuel.

Rappelons en premier lieu que les obligations de bonne foi et de loyauté demeurent (article 1104 du code civil).

Il ne suffit donc pas de se dire « il y a la crise CORONA, donc je ne paye pas ».

S'orienter vers une telle simplicité de raisonnement serait une grave erreur d'appréciation juridique et source de responsabilités multiples (à l'égard du bailleur, de la société preneuse pour le dirigeant responsable, etc.).

Il faut évidemment vérifier en premier lieu que le contrat a été conclu avant la survenance ou la reconnaissance par l'Etat du cas de force majeure et/ou que l'obligation de confinement dans la zone concernée par le bail a été décrétée. **A défaut, la condition d'imprévisibilité ne serait pas remplie.**

Il faut par ailleurs s'assurer dans chaque contrat que la force majeure n'a pas été écartée par les parties, car l'article 1218 du code civil n'est pas d'ordre public et l'article 1351 du même code dispose que l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.

Il convient également de vérifier dans le contrat, si la force majeure n'en est pas exclue, la définition qu'il 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 de clause gérant la suspension du contrat, il faudra s'en remettre aux dispositions de l'article 1218 ainsi qu'à la jurisprudence prise en application de ce texte.

Invoquer une épidémie, des restrictions de circulation ou de confinement, pour justifier le non-paiement ou le retard de paiement de loyers n'est pas vain mais n'est pas pour autant *ipso facto* bien fondé.

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. On relèvera un arrêt, dans un contexte de confinement d'animaux lié à la grippe aviaire qui jugeait 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'évènement de force majeure*** » exonératoire. (CA TOULOUSE, 3 octobre 2019, n°19/01579)

Ainsi, sauf texte contraire des pouvoirs publics, la force majeure ne pourra pas faire l'objet d'une application systématique conduisant, pour toutes les entreprises, à la suspension du paiement de ses loyers commerciaux ou professionnels. Une appréciation au cas par cas est de rigueur.

Les sociétés, bien que constatant une importante baisse de leur chiffre d'affaires, pourraient en effet, en cas d'action judiciaire de leur bailleur postérieure à la crise sanitaire pour non-paiement des loyers antérieurs, se voir opposer l'inapplicabilité de la théorie de la force majeure dès lors qu'elles ne justifieraient pas d'une impossibilité de payer.

Les sociétés ayant réussi à maintenir une activité réduite en mettant notamment en place un système de roulement de leurs salariés et/ou leur placement en télétravail, ou qui aurait trouvé d'autres débouchés, tels la vente en ligne, ne pourraient justifier de la suspension du paiement des loyers en raison de la force majeure.

Il est à noter l'arrêt de la Cour de Cassation, rendu en assemblée plénière le 14 avril 2006, selon lequel le débiteur gravement malade empêché de fournir la prestation contractuelle peut invoquer la force majeure pour justifier de son inexécution.

On devrait concevoir, selon cette jurisprudence, qu'un entrepreneur individuel atteint de la maladie puisse faire valoir la force majeure pour s'exonérer de ses obligations de paiement puisqu'il n'aurait plus aucune activité lui permettant d'obtenir des ressources pécuniaires suffisantes.

Pour les personnes morales, selon que celle-ci comprend un ou plusieurs mandataires sociaux, l'analyse est différente évidemment. Même en présence d'un seul mandataire social gravement atteint du Covid 19, il n'est pas certain que la force majeure soit reconnue à l'entité pour justifier un non-paiement des loyers commerciaux ou professionnels. La désignation d'un administrateur peut en effet être obtenue selon une procédure d'urgence dans l'attente de la désignation d'un nouveau mandataire social.

Enfin, utiliser la force majeure, à supposer qu'elle puisse être retenue et qu'elle justifie le non-paiement des loyers, peut s'avérer dangereux pour le preneur. Si ce moyen permet, dès lors que les conditions sont réunies, de suspendre le paiement des loyers, il ne faut pas que la situation dure trop longtemps car si le retard qui en résulte impacte trop le bailleur, ce dernier pourra se prévaloir de la résiliation du bail, ce qui peut aboutir à la perte du fonds de commerce du preneur. Rappelons que l'empêchement définitif justifie la résiliation de plein droit du bail (article 1218 alinéa 2). Il s'agit donc d'un moyen à manier avec précaution.

❖ Le recours à l'imprévision :

L'imprévision fut l'une des nouveautés de la réforme du droit des contrats (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016).

L'article 1195 du code civil la consacre en ces termes :

« 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. »

Deux vérifications s'imposent à la partie qui souhaiterait faire valoir ce moyen : la date de conclusion du contrat et le contenu du contrat sur cette notion : l'écarte-t-il ? Comment la définit-il ? Comment la gère-t-il ?

Si la condition d'imprévisibilité se retrouve dans cette notion, à l'aune de la force majeure, l'irrésistibilité n'en est pas une condition. Il ne faut pas que l'exécution du contrat soit compromise mais qu'elle soit, du fait du cas d'imprévision, rendue **excessivement onéreuse**.

Le paiement d'un loyer commercial ou professionnel à hauteur de celui prévu par le contrat de bail alors que l'activité du preneur décline sensiblement semble répondre à cette condition. Il faut cependant démontrer le caractère excessivement onéreux du maintien du paiement de ce loyer.

A titre d'exemple, dans un arrêt en date du 12 février 2015 (n°12-29.550), la Cour de cassation 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. Le résultat fut donc sévère pour cette société.

Le critère « excessivement onéreux » est subjectif. Il y a donc fort à craindre que la frontière de l'excessivement onéreux soit source d'insécurité et ne donne pas au moyen d'imprévision un socle solide au preneur pour s'affranchir du paiement des loyers commerciaux ou professionnels dont il est redevable.

Il convient d'insister et de souligner que l'imprévision ne permet pas de suspendre ou d'arrêter l'exécution contenues dans le contrat qu'elle affecte. Il s'agit de la grande différence avec la force majeure. Pour que l'imprévision permette au débiteur de s'affranchir du paiement de la totalité ou d'une partie des loyers commerciaux dus au bailleur, **il faut l'accord de ce dernier ou une décision du juge.**

❖ L'exception d'inexécution :

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.

Telle est l'exception d'inexécution définie par l'article 1219 du code civil.

L'absence de mise à disposition des lieux objet du bail est à l'évidence un manquement grave puisqu'il s'agit d'une obligation essentielle du bailleur.

Le bailleur en est-il cependant l'auteur dans le cadre de la crise Covid 19 ? N'est-il pas lui-même astreint par un cas de force majeure qui le contraint à ne plus pouvoir mettre ses locaux en jouissance ? D'ailleurs, n'est-ce pas plutôt le preneur qui est tenu de ne pas se rendre à son lieu de travail sauf s'il n'a pas d'autres moyens pour travailler ?

Si ce moyen peut se tenter car le preneur, empêché de se rendre dans les locaux mis à sa disposition, perd le bénéfice de toute jouissance, donc de toute contrepartie à son obligation de payer le loyer, ce moyen n'est pas sans risque.

Le bailleur pourra en effet discuter le bienfondé d'une telle exception pour les questions et raisons qui précèdent.

Il faudra donc pour le preneur, en cas de délivrance d'un commandement de payer visant la clause résolutoire, ne pas attendre que le délai qu'il prévoit ait expiré pour opposer l'exception d'inexécution, sinon il risquerait la résiliation de plein droit du bail.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé que l'acheteur d'un appartement vendu en l'état futur d'achèvement ne peut s'opposer, en invoquant une exception d'inexécution à une clause résolutoire acquise un mois après le commandement à lui adressé, dès lors que, dans ce mois, il n'a ni payé ni saisi le juge aux fins de suspension des effets de la clause résolutoire (Civ.3^{ème}, 28 janvier 2015, n°14-10.963).

Cette solution est tout à fait transposable aux baux commerciaux ou professionnels.

Il apparaît donc que -

- faute de pouvoir exciper utilement et de manière fondée d'un cas de force majeure ou
- d'obtenir de son bailleur la possibilité de modifier temporairement les conditions du bail via l'imprévision, la saisine du juge étant quasi impossible en cette période de crise ou
- de faire valoir de manière fondée l'exception d'inexécution ou
- d'être éligible au fonds de solidarité mentionné à l'article 1er de l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 -

seules les dispositions de **l'article 4 de 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, sans distinction, permettent d'aider sans risque majeur le preneur à maintenir un minimum de trésorerie grâce à l'absence de sanction susceptible de jouer efficacement, en cas de non-paiement de loyers, jusqu'à la fin du mois qui suit la fin de la crise sanitaire prévue en l'état par la loi du 22 mars 2020 au 24 mai 2020.

Attention donc à la délivrance d'un commandement visant la clause résolutoire dont le délai arriverait à expiration avant la fin de la période de crise. Les effets seraient prorogés à seulement un mois après cette fin de période de crise. Ne réagir qu'après serait fatal.

*

Emmanuel RASKIN, avocat associé – SELARL SEFJ – Barreau de PARIS, Vice-Président National de l'ACE et Vice - Président de la commission textes du CNB

Avec la collaboration de :

Marie-Lise TURPIN, avocat conseil – SELARL SEFJ, membre ACE

Elisa ROUQUET, avocat – SELARL SEFJ, membre ACE