

28 Bail commercial et impayés locatifs pendant la crise sanitaire : les moyens d'action du bailleur

Deux ordonnances d'exception empêchent le bailleur de locaux commerciaux d'engager une action tendant à l'acquisition de la clause résolutoire du bail en cas de non-paiement des loyers pendant la crise sanitaire. Comment s'y retrouver ? Et le bailleur dispose-t-il d'autres recours ? Les réponses de G. Allard-Kohn et T. Brault.

I. Action tendant à l'acquisition de la clause résolutoire

1 Par deux ordonnances du 25 mars 2020, le Gouvernement a aménagé une protection des preneurs à bail commercial quant au risque d'acquisition de la clause résolutoire en cas de non-paiement du loyer durant la crise sanitaire.

Avant de mettre en œuvre la clause résolutoire insérée au bail, le bailleur doit vérifier si son locataire entre dans le champ d'application limité de l'ordonnance 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, plus protectrice, ou dans celui, plus général, de l'ordonnance 2020-306 du même jour.

Les dispositions nous intéressant, relatives au paiement des loyers, siègent à l'article 4 de chacune de ces ordonnances. La présente étude ne porte que sur la mise en œuvre de la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers et des charges, à l'exclusion des autres manquements contractuels susceptibles de relever de ladite clause.

Détermination du régime applicable

2 La logique est ici binaire : si un locataire ne satisfait pas aux conditions fixées par l'ordonnance 2020-316 (art. 4), il relèvera de l'ordonnance 2020-306 (art. 4).

3 Les mesures les plus protectrices de l'article 4 de l'ordonnance 2020-316 sont applicables aux « personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique qui sont susceptibles de bénéficier du fonds de so-

lidarité mentionné à l'article 1^{er} de l'ordonnance 2020-317 du 25 mars 2020 » (Ord. 2020-316 art. 1).

Par renvoi de l'ordonnance 2020-317, les personnes concernées sont définies à l'article 1^{er} du décret 2020-371 du 30 mars 2020 (modifié en dernier lieu par le décret 2020-552 du 12-5-2020) aux termes duquel le fonds de solidarité bénéficie aux personnes physiques et personnes morales de droit privé résidentes fiscales françaises exerçant une activité économique remplissant les conditions suivantes :

- elles ne se trouvaient pas en liquidation judiciaire au 1^{er} mars 2020 ;
- leur effectif est inférieur ou égal à dix salariés. Ce seuil est calculé selon les modalités prévues par le I de l'article L 130-1 du Code de la sécurité sociale ;
- le montant de leur chiffre d'affaires constaté lors du dernier exercice clos est inférieur à un million d'euros. Pour les entreprises n'ayant pas encore clos d'exercice, le chiffre d'affaires mensuel moyen sur la période comprise entre la date de création de l'entreprise et le 29 février 2020 doit être inférieur à 83 333 € ;
- lorsqu'elles sont constituées sous forme d'association, elles sont assujetties aux impôts commerciaux ou emploient au moins un salarié ;
- elles ne sont pas contrôlées par une société commerciale au sens de l'article L 233-3 du Code de commerce.

4 Soulignons que l'article 1^{er} du décret 2020-371 a été substantiellement remanié (en dernier lieu par le décret 2020-552 du 12-5-2020) et une partie de ses dispositions ont été transférées aux articles 2 et suivants du décret comme conditions des aides financières accordées en fonction de la période (mars, avril ou mai 2020). Par exemple, la condition relative au commencement d'activité de l'entreprise avant le 1^{er} février 2020 figure désormais à l'article 2 du décret 2020-371.

Géraldine Allard-Kohn et Timothée Brault interviennent, au sein du cabinet LVA, en baux commerciaux (conseil et contentieux) et ont développé une expertise en matière d'hôtellerie et de résidences services (résidences étudiantes et Ehpad).



GÉRALDINE ALLARD-KOHN
Avocat Cabinet LVA

A s'en tenir à la rédaction actuelle de l'article 1^{er} du décret 2020-371, les dispositions protectrices de l'article 4 de l'ordonnance 2020-316 devraient donc s'appliquer aux entreprises (hors filiales) n'employant pas plus de dix salariés et ayant réalisé, lors du dernier exercice, un chiffre d'affaires n'excédant pas un million d'euros, sans autre condition, même si ce n'était certainement pas l'intention première du Gouvernement.

5 En pratique, le bailleur a intérêt à solliciter de son locataire une attestation sur l'honneur pour s'assurer que ce dernier répond bien aux conditions fixées pour bénéficier du fonds de solidarité.

Sort de la clause résolutoire si le locataire relève de l'ordonnance 2020-316

6 Si le locataire entre dans le champ d'application de l'ordonnance 2020-316, il bénéficiera alors des dispositions protectrices de son article 4 prévoyant qu'il ne peut « 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 cau-

tions, 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. »

7 Ces dispositions 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. L'état d'urgence devant s'achever le 10 juillet inclus (Loi 2020-546 du 11-5-2020), la **période protégée s'étend du 12 mars au 11 septembre 2020**.

En l'état des textes applicables à ce jour, tous les termes de loyers et charges arrivant à échéance durant cette période juridiquement protégée (du 12 mars au 11 septembre 2020) ne pourront donc faire l'objet de commandement de payer visant la clause résolutoire, et ce, **à titre définitif**, le dispositif semblant ériger une protection perpétuelle. De même, le bailleur ne pourra pas se retourner contre les cautions ou mettre en œuvre les éventuelles garanties prévues au bail.

“ La protection instaurée par l'ordonnance 2020-316 est définitive ”

8 Le texte vise comme référence « l'échéance de paiement » des **loyers et charges**. Ces derniers étant classiquement appelés trimestriellement, il s'agira des 2^e et 3^e trimestres si le loyer est payable d'avance, des 1^{er} et 2^e si le loyer est payable à terme échu. Il en résulte que des loyers dus pour une période antérieure à la période protégée (du 1^{er} jan-

vier au 11 mars) pourraient être couverts par la protection instaurée par l'article 4.

9 Précision ici faite que le texte ne vise pas les **indemnités d'occupation** (statutaires et/ou de droit commun) de sorte que, à condition que la clause résolutoire insérée dans le bail les vise expressément, il serait possible, en théorie, de signifier un commandement de payer à cet égard.

Sort de la clause résolutoire si le locataire relève de l'ordonnance 2020-306

10 S'il ne satisfait pas aux conditions d'application de l'article 4 de l'ordonnance 2020-316, le locataire pourra toutefois bénéficier de l'article 4, al. 1 et 2 de l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 (modifié par ord. 2020-427 du 15-4-2020). Ces alinéas sont ainsi rédigés :

« 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}.

Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée. »

11 En vertu de cet article, les clauses résolutoires sont donc privées d'effet pendant une **autre période** juridiquement protégée qui court du **12 mars au 23 juin 2020 inclus** (Ord. 2020-306 art. 1^{er} modifié en dernier lieu par ord. 2020-560 du 13-5-2020).

12 Contrairement aux prévisions de l'ordonnance 2020-316, la **protection**

instaurée est ici **temporaire** et concerne une période plus courte.

Par ailleurs, elle ne profite ni aux garants ni aux cautions.

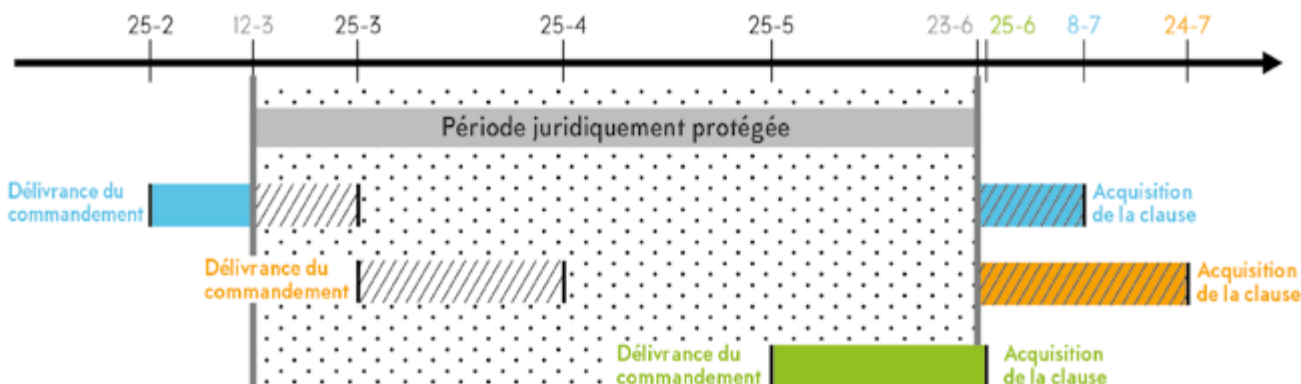
13 Il est rappelé que l'effet résolutoire d'une clause est subordonné à une interpellation du débiteur restée vaine (C. civ. art. 1225 et 1344) et qu'en matière de baux commerciaux, cette interpellation revêt la forme d'un **commandement de payer** visant la clause résolutoire, laquelle n'est acquise « qu'un mois après un commandement demeuré infructueux » (C. com. art. L 145-41), le bail pouvant prévoir un délai supérieur.

Si l'on s'en tient à une clause résolutoire impartissant un délai d'un mois, il convient donc de distinguer entre les clauses résolutoires visées par un commandement délivré :

- avant le 12 mars 2020, pour lesquelles le délai d'un mois est prorogé, à compter du 24 juin, de la fraction qui restait à courir au 12 mars ;
- entre le 12 mars et le 23 mai et pour lesquelles le délai d'exécution prévu par le commandement ne courra qu'à partir du 24 juin ;
- à compter du 24 mai, pour lesquelles le cours du délai d'un mois n'apparaît pas perturbé.

14 Ces trois hypothèses peuvent être résumées tel que suit, en prenant pour **exemples** des **commandements** de payer visant la clause résolutoire qui auraient respectivement été **délivrés les 25 février, mars et mai** (voir le schéma ci-dessous).

Le commandement délivré le 25 février entre dans le champ de l'article 4 de l'ordonnance 2020-306 en ce qu'il fait courir un délai d'un mois devant expirer au cours de la période juridiquement protégée, à savoir le 25 mars. Dès lors, le cours du délai est arrêté au 12 mars pour reprendre, à compter du 24 juin, pour le temps restant à courir. La clause résolutoire sera donc acquise le 8 juillet si le locataire n'en a pas réglé les causes dans l'intervalle.



Pour le commandement délivré le 25 mars, le délai d'un mois qu'il fait courir devait également expirer durant la période juridiquement protégée, le 25 avril. La prorogation profitera aussi à ce délai qui, à la différence du premier exemple, n'a pas pris cours avant le 12 mars. Il sera donc reporté, pour sa durée entière, à compter du 24 juin, et expirera en conséquence le 24 juillet.

Pour le troisième commandement (délivré le 25 mai), une approche littérale du texte conduit, à notre sens, à considérer que la prorogation de l'article 4 ne concerne que les clauses résolutoires visées par un commandement de payer qui accorderait au preneur un délai d'un mois devant expirer durant la période juridiquement protégée, soit avant le 23 juin 2020 minuit. Selon cette lecture, un commandement de payer pourrait valablement être délivré le 24 mai et produire effet dès le 24 juin puisque le délai d'un mois qu'il ferait courir expirerait en dehors de la période protégée. Ainsi, dans notre exemple, la clause résolutoire visée par un commandement signifié le 25 mai pourrait être acquise le 25 juin 2020 sans report ni prorogation.

Il doit toutefois être souligné :

- d'une part, que la hâte d'un bailleur, en pareille période, dans la délivrance du commandement pourrait s'apparenter à de la mauvaise foi de nature à faire échouer le processus résolutoire (Cass. 3^e civ. 10-11-2010 n° 09-15.937 ; Cass. 3^e civ. 25-10-2018 n° 17-17.384) ;
- d'autre part, que le juge peut suspendre les effets de la clause et octroyer des délais de paiement pouvant aller jusqu'à vingt-quatre mois (C. com. art. L 145-41 ; C. civ. art. 1343-5).

II. Autres actions envisageables

Le loyer demeure, en principe, dû

15 Si les praticiens prônent pour la plupart le dialogue et encouragent les rapprochements amiables entre bailleurs et locataires, il leur arrive de ne pas parvenir à canaliser les volontés bellicieuses des bailleurs insatisfaits de ne pas percevoir leur loyer.

Les articles 4 des deux ordonnances du 25 mars 2020, s'ils neutralisent (temporairement pour l'un définitivement pour l'autre) la faculté du bailleur de se prévaloir de la clause résolutoire du fait d'un impayé locatif pendant la crise sanitaire, ne remettent aucunement en cause le droit de créance (exigibilité du loyer) et permettent donc que lesdites volontés soient exaucées.

En ce sens, une récente réponse ministérielle (Rép. Houlier : AN 26-5-2020 p. 3687 n° 28385 : JOAN) confirme que les ordonnances n'ont pas suspendu l'**exigibilité des dettes contractuelles**. Le bailleur conserve donc la faculté d'agir en paiement des termes non acquittés.

Une **réserve** doit toutefois être émise : si, en vertu du droit spécial instauré par les ordonnances, le loyer reste exigible, le droit commun des contrats permet de s'interroger sur la réalité du droit de créance du bailleur (C. civ. art. 1218 : force majeure ; C. civ. art. 1219 : exception d'inexécution ; C. civ. art. 1722 : destruction de la chose louée, à laquelle est assimilée par les tribunaux la privation de jouissance résultant de la décision de fermeture des commerces). Si l'obligation de paiement des loyers était contestée puis reconnue éteinte par les juges, les développements suivants devraient alors être délaissés.

Voies classiques offertes au créancier insatisfait

16 Comme évoqué précédemment, il est tout à fait envisageable que le bailleur agisse en paiement du loyer impayé, la force obligatoire des contrats (C. civ. art. 1103 et 1194) conférant au créancier d'une obligation contractuelle le droit de la faire exécuter (C. civ. art. 1341).

Après mise en demeure de payer demeurée infructueuse, le bailleur pourrait recourir à certaines voies de droit commun offertes par l'article 1217 du Code civil à condition que le manquement soit suffisamment grave : action en résolution judiciaire du contrat (C. civ. art. 1227) ou exception d'inexécution si, par exemple, il devait accomplir certains travaux lui incombant. Il pourrait aussi refuser le renouvellement en invoquant un motif grave et légitime (C. com. art. L 145-17).

“ Le non-paiement du loyer pendant la crise sanitaire, un manquement grave ? ”

Le seul manquement au paiement des loyers dus pendant la crise sanitaire pour un locataire contraint de fermer son établissement par arrêté du 15 avril 2020 nous paraît toutefois bien insuffisant pour constituer à lui seul un manquement grave justifiant l'une de ces sanctions.

Référé-provision

17 Si le bailleur est admis à agir en paiement au fond, il pourra tout autant saisir, en référé, le président du tribunal judiciaire (C. com. art. R 145-23) en sollicitant l'octroi d'une provision sur le fondement de l'article 835 du Code de procédure civile.

Il l'obtiendrait certainement s'il était considéré que le paiement du loyer constitue une obligation non sérieusement contestable, étant précisé que le preneur pourrait, de son côté, solliciter et obtenir des délais au visa de l'article 1343-5 du Code civil pouvant aller jusqu'à deux années.

Injonction de payer

18 Pratique peu courante en matière de baux commerciaux (les bailleurs préférant mobiliser la clause résolutoire), l'injonction de payer trouve pourtant à s'y appliquer (Cass. 3^e civ. 1-3-2015 n° 14-10.339) et elle peut se révéler utile en ce que cette procédure « peut éventuellement être plus rapide que la saisine d'un juge des référés » envisagée ci-avant (Lipman Boccara : Administrer n° 486 avril 2015).

Le créancier d'une obligation contractuelle déterminée en son montant (CPC art. 1405) peut en effet saisir le président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce (CPC art. 1406), sur requête (CPC art. 1407), aux fins qu'il prenne une « ordonnance portant injonction de payer ». Cette procédure peut procurer au bailleur un titre exécutoire (C. exécution art. L 111-3), sésame requis pour pratiquer toutes mesures d'exécution.

Mesures conservatoires (saisies)

19 En ce domaine, le bailleur est un créancier « privilégié » puisque, en vertu de l'article L 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution, ni un titre exécutoire ni l'autorisation préalable du juge ne sont requis pour pratiquer une mesure conservatoire en cas de loyer impayé.

Le bailleur aura simplement à solliciter d'un huissier de justice qu'il mène à bien ladite mesure, à charge toutefois d'assigner le locataire dans le mois suivant en vue de l'obtention d'un titre exécutoire, à peine de caducité de la saisie conservatoire (C. exécution art. R 511-7).

Attention, seuls les loyers impayés, à l'exclusion des charges et accessoires non expressément visés par l'article L 511-2 précité, peuvent faire l'objet d'une saisie conservatoire sans autorisation du juge. Le locataire pourrait donc valablement contester l'étendue de la saisie pratiquée et demander sa mainlevée ou à tout le moins son cantonnement.

VEILLE LÉGISLATIVE

Projet ou proposition de loi	Assemblée nationale	Sénat	Evolution
Proposition de loi AN n° 1284 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux	Adoptée (n° 201) Adoptée (n° 394)	Adoptée (n° 70) Adoptée (n° 96)	CMP
Projet de loi AN n° 2907 portant diverses dispositions urgentes pour faire face aux conséquences de l'épidémie de Covid-19	Adopté (n° 420) Adopté (n° 426)	Adopté (n° 91) Lecture le 10-6-2020	CMP : accord

VEILLE FISCALE ET SOCIALE DE LA QUINZAINE

FISCAL

Covid-19 : les modalités de paiement des acomptes d'IS et de CVAE sont aménagées

Afin d'accompagner les entreprises dans la reprise de leur activité, les modalités de paiement des acomptes d'IS et de CVAE sont assouplies. En particulier, la possibilité de modulation de ces acomptes est étendue et les marges d'erreur tolérées sont augmentées.

Communiqué DGFIP du 29-5-2020, economie.gouv.fr : FR 26/20 inf. 1

Les fusions sans échange de titres admises au régime de faveur

Tirant les conséquences des allègements opérés en matière juridique par la loi « Soilihi », un décret permet d'enregistrer gratuitement les opérations de fusion ou scission entre sociétés sœurs détenues à 100% par la même mère et réalisées sans échange de titres. Après l'extension opérée par la loi de finances pour 2020 de l'application du régime de faveur en matière d'IS aux opérations sans échange de titres, cette modification attendue des dispositions du CGI permet d'assurer pleinement la neutralité fiscale des opérations concernées.

Décret 2020-623 du 22-5-2020 : FR 26/20 inf. 6

Plafonnement des charges financières nettes : de nouvelles précisions administratives

L'administration publie ses commentaires définitifs sur le dispositif de limitation de la déductibilité des charges financières nettes. De nombreux points sont clarifiés et assouplis par rapport aux premiers commentaires. Sont également commentés les ajustements apportés au dispositif par la loi de finances pour 2020, en particulier le régime des entreprises autonomes pour lesquelles l'administration retient une position rigoureuse.

BOI-IS-BASE-35-40 ; BOI-IS-GPE-20-20-110 du 13-5-2020 : FR 25/20 inf. 1

SOCIAL

Le forfait mobilités durables peut dès à présent être mis en place par les entreprises

Le forfait mobilités durables a pour objectif d'encourager le recours à des transports plus propres et moins coûteux, en permettant aux entreprises de prendre en charge les déplacements domicile-travail de leurs salariés effectués notamment à vélo, en covoiturage ou encore grâce à des engins de location ou en libre-service.

Décret 2020-541 du 9-5-2020 : FR 26/20 inf. 11