

LE BAIL, LE COVID-19 ET LE SCHIZOPHRÈNE

Propos à bâtons rompus

par Jean-Pierre Blatter

Docteur en droit, avocat à la cour d'appel de Paris, spécialiste en droit immobilier, ancien professeur des universités associé (Conservatoire national des arts et métiers), professeur honoraire à l'ICH, directeur scientifique de l'AJDI

Comment le juriste,
(mais non l'avocat)
peut-il adopter
une position juridique
ou empirique qui ne le
conduit pas à être écartelé
entre la défense
des intérêts des bailleurs
et la défense des intérêts
des preneurs ?

Notre cabinet qui, on le sait, conseille tant les bailleurs que les locataires, avait déjà établi, entre le 13 mars et le 31 mars 2020, plus d'une vingtaine de consultations sur la question du paiement des loyers pendant la période devenue celle de l'état d'urgence sanitaire.

De même que le Premier ministre déclarait pertinemment le 2 avril 2020 que la préparation de la crise d'hier ne correspond pas nécessairement à la préparation de la crise de demain, nous sommes restés attentifs à l'évolution de la situation législative et réglementaire au jour le jour.

Jeu de piste législatif et réglementaire

Dans son adresse aux Français du 16 mars 2020, le président de la République avait annoncé: « S'agissant des entreprises, nous mettons en place un dispositif exceptionnel de report de charges fiscales et sociales, de soutien au report d'échéances bancaires et de garanties de l'État à hauteur de 300 milliards d'euros pour tous les prêts bancaires contractés auprès des banques. Pour les plus petites d'entre elles et tant que la situation durera, celles qui font face à des difficultés n'auront rien à déboursier, ni pour les impôts, ni pour les cotisations sociales. Les factures d'eau, de gaz ou d'électricité ainsi que les loyers devront être suspendus. »

Cette phrase, lue plutôt qu'entendue, peut sans doute être mieux comprise. Elle a assurément été mal interprétée puisque, d'un côté, nombreux ont été alors les locataires annonçant à leurs bailleurs qu'ils ne paieraient pas les loyers, notamment ceux du deuxième trimestre de l'année 2020 exigibles au 1^{er} avril 2020.

D'un autre côté, il est vrai qu'un certain nombre de bailleurs institutionnels ont, quant à eux, mesuré la nécessité de soulager la trésorerie de leurs locataires qui, pour la plupart, allait être mise à mal par l'effet des arrêtés successifs intervenus, pour le premier d'entre eux, le 14 mars, décidant en son article 1^{er} l'interdiction d'accueillir du public jusqu'au 15 avril 2020 à un certain nombre d'établissements recevant du public. Pourquoi, en effet, les bailleurs de locaux commerciaux seraient-ils les seuls à n'être pas affectés par la crise sanitaire? Un arrêté du 13 mars avait déjà interdit tout rassemblement, réunion ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert, après deux arrêtés antérieurs, celui du 4 mars ayant d'abord interdit les rassemblements de plus de 5 000 personnes en milieu

clos, puis celui du 9 mars interdisant tout rassemblement mettant en présence de manière simultanée plus de 1 000 personnes.

Cette restriction progressive a abouti au décret du 16 mars interdisant le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs autorisés.

De l'annonce du président de la République, dont la plupart n'ont entendu que la phrase « les loyers devront être suspendus » alors que, à l'évidence, il fallait entendre que cette mesure ne s'appliquerait qu'aux plus petites d'entre les entreprises tant que la situation durera et qui feront face à des difficultés, il ne reste en réalité que peu de chose.

Tout d'abord est intervenue la loi n° 2020-293 du 23 mars 2020 qui dans son article 11, I, 1, g a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures « permettant 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 microentreprises au sens du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008, relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie ».

La loi faisait sans doute référence aux « plus petites » d'entre les entreprises évoquées dans l'adresse aux Français.

On sait que, selon ce décret du 18 décembre 2018, les microentreprises sont celles qui occupent moins de dix personnes et qui ont un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 000 000 d'euros.

Mais cette loi, qui annonçait une ordonnance, a été effectivement suivie de 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 » qui a, en son article 1^{er}, défini les personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité mentionné à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020, puisque précisément, ce sont ces personnes qui peuvent bénéficier du dispositif de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316, qui n'a pas pour objet de suspendre, de reporter ou d'étaler les loyers mais seulement d'interdire toute mesure de « coercition » et de mise en œuvre des garanties, puisqu'il est rédigé dans les termes suivants: « Les personnes mentionnées à l'article 1^{er} ne peuvent encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages et 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 du loyer 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 déclarée par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 précitée. »

On sait que les articles L. 622-14 et L. 641-12 du code de commerce sont ceux qui permettent aux bailleurs, à l'égard d'une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaires, de demander au juge-commissaire de constater la résiliation de plein droit du bail pour défaut de paiement des loyers dus après l'ouverture de la procédure collective et l'expiration d'un délai de trois mois.

Les charges, qui n'étaient pas visées par la loi d'habilitation, apparaissent ici.

Le jeu de piste ne s'arrête pas là puisque, pour déterminer les bénéficiaires de ces mesures, il convient donc de se référer à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-317 de même date « portant création d'un fonds de solidarité 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 » pour y lire simplement dans son article 3 qu'« un décret fixe le champ d'application du dispositif, les conditions d'éligibilité, d'attribution des aides, leur montant, ainsi que les conditions de fonctionnement et de gestion du fonds ».

C'est l'objet du décret n° 2020-378 du 31 mars 2020 relatif au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et de d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19 qui renvoie lui-même au décret n° 2020-371 du 30 mars, qui enfin nous apprend que les bénéficiaires du fonds de solidarité et par conséquent de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316 sont les entreprises qui, au titre des neuf conditions qui sont posées, remplissent les troisième et quatrième, à savoir que leur effectif est inférieur ou égal à dix salariés et que le montant de leur chiffre d'affaires constaté lors du dernier exercice clos est inférieur à 1 000 000 d'euros.

Ce sont donc des « super » microentreprises et non plus des microentreprises au sens du décret du 18 décembre 2008.

Mais encore faut-il que les entreprises visées à l'article 1^{er} remplissent les conditions de l'article 2 qui sont alternatives.

Soit ces entreprises ont fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public intervenue entre le 1^{er} mars 2020 et le 31 mars 2020, soit elles ont subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 70 % durant la période comprise entre le 1^{er} mars 2020 et le 31 mars 2020, ce seuil de 70 % ayant été ramené à 50 % par le décret n° 2020-394 du 2 avril 2020.

Il existe en France environ 4 500 000 entreprises. Plus des deux tiers sont des microentreprises.

Il n'en reste pas moins vrai que, de loi en ordonnance, puis d'ordonnance en décret, les annonces du président de la République ont été réduites comme peau de chagrin pour ceux qui les avaient prises au pied de la lettre.

De même, la notion de « force majeure » a fait son apparition dans les propos du ministre de l'économie et des finances, M. Bruno Le Maire, qui avait déclaré le 28 février 2020 que l'épidémie de coronavirus serait « considéré(e) comme un cas de force majeure pour les entreprises [...] pour tous les marchés publics de l'État, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, nous n'appliquerons pas de pénalités ».

La direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et des finances a mis en ligne, le 19 mars 2020, une fiche intitulée « La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire » expliquant que « les difficultés liées à l'épidémie de coronavirus peuvent relever du régime de la force majeure. Si tel est le cas, la force majeure exonère les co-contractants de toute faute contractuelle. Ainsi, sauf si le contrat l'envisage, pour une telle situation, les entreprises titulaires ne doivent pas se voir appliquer de pénalités ni d'autres sanctions contractuelles ».

En fonction de ces éléments, comment le juriconsulte (mais non l'avocat) peut-il adopter une position juridique ou empirique qui ne le conduise pas à être écartelé entre la défense des intérêts des bailleurs et la défense des intérêts des preneurs ?

L'exercice est assurément schizophrénique.

Les théories développées du côté des preneurs

Du côté des preneurs, il nous semble que quelques théories ont été développées comme celle de l'exception d'inexécution.

L'exception d'inexécution ?

L'article 1219 dispose en effet qu'« 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 ».

Or, d'un autre côté, peut-il légitimement être reproché au bailleur de ne pas exécuter son obligation, c'est-à-dire son obligation de délivrance ?

Même si la plupart des commerces accueillant du public font l'objet d'une interdiction précisément d'accueillir du public depuis l'arrêté du 14 mars, « récapitulé » par le décret du 23 mars

2020 modifié par celui du 27 mars 2020 et par celui du 1^{er} avril 2020, il n'en reste pas moins vrai que le locataire a toujours la jouissance des lieux loués.

Il en possède les clés, il y stocke son matériel et ses marchandises et rien ne lui interdit de s'y rendre notamment pour y travailler, nonobstant l'interdiction de déplacement puisqu'il s'agit d'un légitime motif dérogatoire.

Il ne peut être véritablement imputé au bailleur un manquement à son obligation de délivrance.

Il n'en reste pas moins vrai que le preneur ne peut disposer de la jouissance « paisible des locaux » que le bailleur est tenu de lui assurer, soit que son activité fasse l'objet d'une interdiction d'accueillir du public, soit qu'elle ne le fasse pas. De nombreux hôtels, dont l'exploitation est autorisée comme figurant dans l'annexe à l'article 1^{er} de l'arrêté du 14 mars, sous la rubrique « Hôtels et hébergement similaire », ont fermé faute de clients à raison tant de la fermeture des frontières, s'agissant des touristes étrangers, que de l'interdiction de se déplacer en ce qui concerne les touristes français. Néanmoins, on peut être tenté de soutenir que les mesures gouvernementales qui ont été adoptées empêchent également le bailleur de respecter son obligation, prévue par l'article 1719 du code civil, de faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail.

La force majeure ?

C'est aussi du côté de la force majeure qu'il convient de se tourner, cette force majeure résultant tant de l'épidémie de coronavirus que des dispositions réglementaires qui ont été adoptées pour en empêcher la propagation. La force majeure est définie par l'article 1218 du code civil et est caractérisée « 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 ».

Ici, il ne s'agirait pas de l'obligation du bailleur de délivrer la chose louée, mais bien de celle du preneur de payer le loyer. Les caractéristiques de la force majeure sont assurément réunies en ce que l'on se trouve en présence d'un événement échappant au contrôle du locataire, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par lui, au moyen de mesures appropriées.

Si, s'agissant des épidémies, l'essentiel de la jurisprudence (rendue majoritairement en matière de voyages touristiques) a écarté la qualification de force majeure (le SRAS: Paris, 29 juin 2006, n° 04/09052; le chikungunya: Saint-Denis de La Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114; la dengue: Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003; la grippe H1- N1: Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/02291; le virus Ebola: Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263; Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607; ou encore la grippe aviaire: Toulouse, 3 oct. 2019, n° 19/01579), la situation actuelle, totalement nouvelle, étendue à l'échelle de la planète, entraînant le confinement de la moitié de la population mondiale, est évidemment différente, tant par son ampleur que par son intensité et ses conséquences.

Elle n'a pas été raisonnablement prévue par nos gouvernants, ni par les autorités scientifiques ou ministérielles, puisque le

21 janvier 2020, le ministre de la santé, M^{me} Agnès Buzyn, déclarait : « Le risque d'introduction en France de cas liés à cet épisode est faible mais il ne peut pas être exclu », et recommandait des mesures de précaution pour les voyageurs se rendant à Wuhan (Chine) ou en revenant.

Que dire alors du locataire qui, rassuré par ce « risque faible », ne peut se voir reprocher d'avoir été imprévoyant... sauf à s'être rendu en Chine!

Au plan juridique, et même si le contrat n'a plus désormais de « cause », il a néanmoins un objet selon l'article 1163 du code civil, qui est « une prestation présente ou future » et, selon l'article 1709 du code civil, « le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ».

La contrepartie juridique de la jouissance de la chose est le loyer. Mais quelle la contrepartie économique?

Le locataire peut-il payer un loyer alors qu'il est privé, non certes du fait du bailleur, mais pour les raisons exposées ci-dessus, de la jouissance économique de cette chose?

Jean-Pierre Mignot, expert près la cour d'appel de Paris, d'aucuns s'en souviendront, disait autrefois : « Ce n'est pas le locataire qui paie le loyer, ce sont ses clients. »

Point de client, point de chiffre d'affaires, point de loyer.

On voit que la recherche de la quadrature du cercle n'est pas éloignée.

Si, comme nous l'espérons tous, cette douloureuse période prendra fin, prendra fin avec elle l'empêchement constitutif de force majeure qui n'aurait été que temporaire : l'exécution de l'obligation aura été suspendue.

Comment faut-il entendre cette suspension? S'agit-il seulement du report de l'exécution de l'obligation ou de son annulation?

L'article 1218 du code civil renvoie aux articles 1351 et 1351-1 lorsque l'empêchement est définitif.

L'article 1351 énonce 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.

A contrario, l'empêchement temporaire, s'il ne libère pas le débiteur, ne peut que suspendre l'exécution de l'obligation pendant le temps de cet empêchement, cette obligation devant être exécutée ultérieurement.

Dans la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la justice, du 26 mars 2020 portant application de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, relative à la prorogation des délais et l'adaptation des procédures, on peut lire le commentaire du dernier alinéa de l'article 2 sur le report des délais, énonçant qu'« 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 », selon lequel « l'alinéa 2 ne vise de même que les paiements prescrits "par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit", ce qui signifie que le paiement des obligations contractuelles n'est pas suspendu pendant la période juridiquement protégée prévue à l'article 1^{er}. Les échéances contractuelles doivent toujours être respectées, seul le jeu de certaines clauses est paralysé par l'article 4 (voir plus loin) ».

L'article 4 est celui qui 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 pendant les délais déterminés, 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 suspendues pendant la période définie au I de l'article 1^{er} ».

On doit cependant citer un arrêt (Civ. 3^e, 22 févr. 2006, n° 05-12.032, D. 2006. 2972, obs. Y. Rouquet, note S. Beaugendre; *ibid.* 2007. 1827, obs. L. Rozès; AJDI 2006. 640, obs. M.-P. Dumont; RTD civ. 2006. 764, obs. J. Mestre et B. Fages) qui, rendu au visa de l'article 1148 du code civil énonce que « la force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé ».

S'agissant des décisions administratives interdisant l'accueil du public, on citera également un arrêt de la troisième chambre civile du 1^{er} juin 2011 (Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, n° 09-70.502, D. 2011. 1620; *ibid.* 2679, chron. A.-C. Monge et I. Goanvic; *ibid.* 2891, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin; AJDI 2011. 622; RDI 2011. 447, obs. M. Poumarède; AJCT 2011. 530, obs. J.-H. Driard) qui a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu « que l'interruption des travaux, puis le retrait du permis de construire constituaient des événements insurmontables s'agissant de décisions administratives s'imposant immédiatement quels que soient les recours possibles et contraignaient la société locataire à interrompre sur le champ puis à cesser les travaux, la cour d'appel qui n'était pas tenue d'apprécier le mérite d'un éventuel recours devant les juridictions administratives a pu en déduire que l'impossibilité d'exécuter le contrat caractérisait la force majeure et, sans violer l'article 1184 du code civil, décidé que devait être prononcé pour ce motif la résiliation du contrat à compter de la date de l'arrêté d'annulation ».

MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina (*La réforme du droit des obligations*, Hors collection, Dalloz 2016, n° 625) écrivent : « L'article 1218 du code civil ne mentionne pas expressément l'effet exonératoire de responsabilité de la force majeure. La solution étonne, non pas tant parce qu'elle prend l'exact contrepied de l'ancienne version du code civil, mais parce que

l'effet exonératoire est le seul effet qui se produit nécessairement en cas de survenance d'un événement de force majeure. Que l'inexécution soit définitive ou non, qu'elle soit suffisamment grave ou non pour provoquer la résolution, la force majeure empêche que soient réclamés au débiteur des dommages et intérêts pour son retard ou son inexécution. Autrement dit, la force majeure supprime toujours l'obligation de réparer, mais n'entraîne que parfois la libération des parties. »

Ce serait donc le seul effet de l'empêchement temporaire résultant de la force majeure : l'exonération de l'obligation de réparer, laquelle, au demeurant est prévue par l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316, pour les entreprises qui peuvent en bénéficier, mais non la dispense d'exécution de l'obligation, une fois l'empêchement temporaire terminé.

Mais serait-il équitable que les entreprises qui ne peuvent bénéficier du régime privilégié de celles qui y sont éligibles puissent profiter d'avantages supérieurs sous couvert de la force majeure en soutenant que celle-ci dispense définitivement du paiement des loyers et charges pendant la période d'état d'urgence sanitaire ?

L'imprévision ?

Enfin, d'autres preneurs ont songé à invoquer les dispositions de l'article 1195 du code civil sur l'imprévision, lequel 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 pendant la renégociation ».

D'une part, cette disposition n'est applicable qu'aux contrats conclus postérieurement au 1^{er}

octobre 2016 ; d'autre part, dans la très grande majorité des cas, les contrats ainsi conclus ont écarté l'application de l'article 1195.

Les conditions de la mise en jeu de cet article seraient-elles néanmoins réunies ? Certes le changement de circonstances était totalement imprévisible lors de la conclusion du contrat, pour peu qu'elle soit antérieure au 30 janvier 2020, et rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse, sans doute même pour les deux parties, mais pendant un temps seulement.

La demande de renégociation, pendant le temps de laquelle le preneur devra continuer à s'acquitter de son obligation ou, à défaut d'accord dans un délai raisonnable, la saisine du juge à qui sera demandée la révision du contrat, peut-elle permettre, sous couvert de révision, la modification provisoire du loyer ?

Une telle solution n'a été envisagée ni par l'ordonnance du 2 février 2016, ni par les auteurs.

Il faudrait donc de l'imagination aux juges lorsqu'ils seront saisis d'une action sur le fondement de l'article 1195 du code civil pour envisager que le contrat puisse être modifié de manière temporaire.

On le voit, les réponses ne sont guère aisées et celles d'aujourd'hui ne sont plus nécessairement celles d'hier ni encore de demain.

Toute action en recouvrement de loyers, notamment à l'égard des entreprises qui ne peuvent bénéficier du régime prévu à l'ordonnance n° 2020-316 et notamment les commandements visant la clause résolutoire délivrés pendant la période d'état d'urgence sanitaire seront assurément taxés de mauvaise foi, observation étant faite cependant que si divers bailleurs institutionnels, à grand renfort de communication, ou même privés, ont annoncé la suspension des loyers de leurs locataires, d'autres locataires tout aussi institutionnels ont, plus discrètement, dès le 14 mars dernier, demandé systématiquement à tous leurs bailleurs d'être exonérés totalement des loyers du deuxième trimestre, annonçant d'ailleurs qu'ils ne le régleraient pas.

En confinement à Paris, le 6 avril 2020