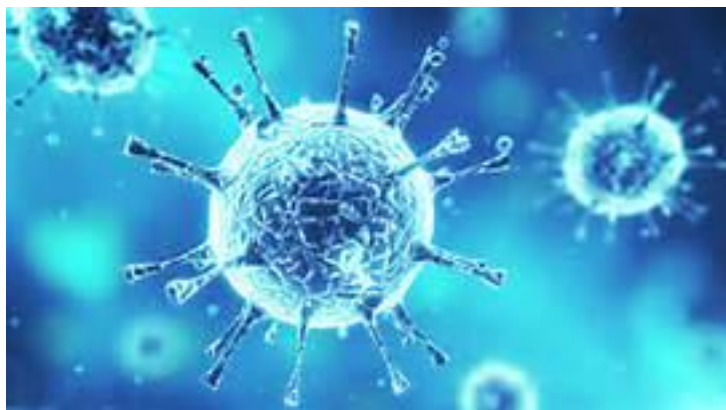


## COVID 19 et LOYERS COMMERCIAUX (Focus sur les centres commerciaux)

L'Etat d'urgence sanitaire issue de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 destinée à faire face à l'épidémie de Covid 19 est applicable sur la totalité du territoire nationale pendant deux mois. Dans ce cadre, plusieurs ordonnances ont été prises afin de déterminer et préciser les modalités de l'application de la Loi. Si les Preneurs de Baux commerciaux espéraient un aménagement du paiement des loyers, le nouveau cadre juridique leur est malheureusement peu favorable dans la mesure où **les loyers restent dus et qu'aucune disposition n'oblige le Bailleur à un aménagement de leur paiement**. Si le recours au droit commun peut permettre de dégager des « *leviers de négociations* » par l'opposition de la théorie de l'imprévision, et/ou de l'Exception d'inexécution, les Bailleurs bénéficient manifestement d'une jurisprudence favorable à leurs intérêts financiers et pourront par ailleurs aussi opposer des exceptions fondées sur la Force Majeure et/ou le « *Fait du Prince* ».



On peut ainsi regretter un manque de protection juridique des intérêts des petites enseignes en Centres Commerciaux lesquelles seront assurément en position difficile lors des négociations entre Bailleurs et Preneurs contrairement aux enseignes de portée nationale ou internationale qui pourront toujours s'appuyer sur leur notoriété et pouvoir d'attraction économique pour négocier un rabais,

étalement ou même, peut-être, une annulation du loyer dû lors du Confinement.

Toutefois, si la jurisprudence fondée sur la « *Force Majeure* » semble plus favorable au Bailleur, les circonstances sont si inédites qu'une évolution prenant plus en considération les difficultés des Preneurs en période de pandémie n'est pas à exclure. A l'image des ajustements de la vie sociale à la réalité du Covid 19, le Droit devra aussi s'adapter à ce nouveau phénomène sanitaire et ce d'autant que de nouvelles épidémies de type « *Coronavirus* » ne sont pas à exclure dans un futur proche. Il convient donc de penser à l'adaptation du droit notamment en s'appuyant sur les juges à l'écoute des difficultés concrètes des enseignes et entreprises. Avec le déconfinement, de nombreux contentieux vont émerger entre Bailleurs et Preneurs et l'office du juge pourrait ainsi retrouver son rôle de « *source de droit* » à l'origine d'une œuvre prétorienne adaptée à l'équilibre des relations juridiques et économiques entre Bailleurs et Preneurs lors de la survenance d'épidémies. C'est en tout cas ce qu'on peut espérer à la lecture de la Loi du 23 mars 2020 et des Ordonnances dont on voit bien que ce sont des textes pris dans l'urgence afin de répondre avec célérité aux problématiques immédiats.

## I. Ordonnances dérogatoires de Droit Commun et maintien de l'obligation de paiement des loyers pour les grandes enseignes

- L'Ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 : Application aux microentreprises et exclusion des grandes enseignes

L'article 4 de l'Ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 prévoit **la neutralisation de tous les effets contractuels du non-paiement des loyers et charges locatives** dont l'échéance interviendrait entre le 12 mars jusqu'à deux mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire. Durant cette période, les pénalités financières ou intérêts de retard, dommages-intérêts, astreintes, exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance ou l'activation des garanties ou cautions sont neutralisées.

**L'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020** relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité et des locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19 s'applique aux personnes physiques ou morales de droit privé *« exerçant une activité économique particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation du covid-19 et des mesures prises pour en limiter la propagation »*.

Dans la suite de l'ordonnance du 25 mars 2020, le Décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 relatif au 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 (complété par le décret n° 2020-394 du 2 avril 2020) a indiqué que le fonds de solidarité, et par conséquent les mesures applicables aux locaux commerciaux, ne concerneraient finalement que :

- **Les très petites entreprises (TPE) de dix salariés ou moins,**
- **Les TPE qui subissent une fermeture administrative ou auront connu une perte de chiffre d'affaires de plus de 50% au mois de mars 2020, par rapport à mars 2019.**
- **Les TPE avec un chiffre annuel inférieur à 1.000.000 d'euros et un bénéfice annuel imposable inférieur à 60.000 euros sur le dernier exercice clos**

Enfin, sont aussi exclues **les sociétés qui contrôlent une ou plusieurs sociétés commerciales** au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce lorsque les seuils de salariés, chiffre d'affaires et bénéfice sont dépassés au niveau du groupe. De plus, d'autres critères ont été énoncés par le Décret, et notamment **l'exclusion des sociétés contrôlées par une société commerciale au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce.**

Ainsi, à la grande déception des enseignes Preneurs en Centres Commerciaux, ces derniers sont, *de jure*, exclus du domaine d'application de l'ordonnance susvisée.

- *Ordonnances n°2020-306 du 25 mars 2020 et n°2020-427 du 15 avril 2020 : prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et adaptation des procédures*

Contrairement à l'Ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020, l'Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 est applicable à tous les Preneurs.

Vu l'article 4 de cette Ordonnance, **les astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires ainsi que les clauses de 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 avant ou pendant la période juridiquement protégée, soit jusqu'à plus d'un mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire.

Toutefois, par ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020, le gouvernement est venu modifier la date à laquelle ces clauses et astreintes reprendront leurs cours ou leurs effets. Le report n'est plus forfaitairement fixé à un mois, **mais limité à la seule durée d'exécution du contrat qui a été impactée par les mesures résultant de l'état d'urgence sanitaire.**

On peut considérer que cette prorogation des délais échus est un **report du terme** auquel s'ajoute naturellement un délai supplémentaire pour exécuter l'obligation.

**En tout état de cause, Il s'agit bien d'un sursis non applicable aux loyers lesquels demeurent pleinement dus pendant la période de confinement.**

## II. « Force Majeure » et « Fait du Prince » : Des arguments opposables par Bailleurs et Preneurs

Si le Ministre de l'Economie et des Finances considère l'épidémie comme un cas de Force Majeure, il convient de se référer aux dispositions de l'article 1218 du code civil qui précisent :



*« 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 d'autres termes, l'exécution de l'obligation du débiteur peut être empêchée de manière permanente ou temporaire lors d'un cas de force Majeure, « **Imprévisible** » au jour de la rédaction du contrat et « **irrésistible** » lors de sa survenance.

Sur « *l'imprévisibilité* », on peut estimer que s'agissant des contrats passés après le 30 janvier 2020, date à laquelle l'OMS a déclaré qu'il s'agissait d'une urgence de santé publique, elle pourrait encore être invoquée sans pour autant être retenue systématiquement. Au contraire, s'agissant des contrats conclus après le 23 février 2020, date du déclenchement du plan Orsan REB<sup>1</sup> relatif à un « *risque*

---

<sup>1</sup> Le dispositif ORSAN (**organisation de la réponse du système de santé en situations sanitaires exceptionnelles**) est un dispositif d'organisation des soins qui date de 2014. Le volet Orsan REB, consacré aux risques épidémiques et biologiques. Il a été déclenché le 23 février par Olivier Véran, ministre des Solidarités et de la Santé. Ce plan comporte quatre stades :

épidémique ou biologique connu ou émergent » par le Ministère de la Santé, « l'imprévisibilité » ne pourra plus être invoquée. Enfin, si le critère de « l'extériorité » a longtemps été retenu, un **arrêt d'Assemblée plénière du 14 avril 2006**<sup>2</sup> l'a supprimé, suppression définitivement entérinée par la réforme du droit des obligations de 2016.

« L'irrésistibilité » correspond à l'impossibilité de faire face à un événement insurmontable, quels que soient les moyens employés par le débiteur : « Si ce dernier dispose d'un certain nombre de procédés pour la surmonter, il sera tenu pour responsable de l'inexécution de son obligation, même si l'exécution de son obligation est difficile et onéreuse »<sup>3</sup>. Le critère « d'irrésistibilité » implique de s'assurer de la capacité de l'entreprise à poursuivre son activité, certes dans des conditions dégradées, mais permettant la réalisation d'un chiffre d'affaire minimum. Si l'entreprise parvient à surmonter les difficultés, alors la situation ne peut pas être caractérisée « d'irrésistible ». Au contraire, si dans le cadre de l'Etat d'Urgence Sanitaire une galerie commerciale est fermée, il est devenu impossible pour les preneurs d'exercer leur commerce et de s'acquitter de leur loyer ; un juge pourrait alors considérer « l'irrésistibilité » caractérisée et la force majeure possiblement retenue.

En constatant l'impossibilité pour le Bailleur de satisfaire à son obligation de « *délivrance conforme* » telles que définie à l'article 1719 alinéa 3 du code civil, le preneur pourrait tenter d'invoquer l'exception d'inexécution afin de se soustraire temporairement à son obligation de s'acquitter du loyer.

Toutefois, le Bailleur pourrait à son tour opposer des éléments juridiques à un argumentaire fondé sur la Force Majeure. D'une part le fait que l'obligation du bailleur d'assurer au preneur une jouissance paisible de la chose louée n'est pas applicable en cas de force majeure (**Cour de cass. 3ème civ. 29 avril 2009, n°08-12.261**). D'autre part, la Cour de cassation précise dans un arrêt du 16 septembre 2014 que le débiteur d'une obligation de paiement d'une somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force Majeure<sup>4</sup> (**Cour de cass. com. 16 septembre 2014, n°13-20.306**).

Enfin, le Bailleur pourrait aussi opposer un autre argument fondé sur la théorie du « *Fait du Prince* ». Cette théorie, inhérente au droit administratif, en l'espèce doit se comprendre comme l'**impossibilité objective d'exécuter une obligation contractuelle en raison d'ordonnances et décrets**. C'est dans ces conditions que le Bailleur pourrait opposer que si les locaux loués aux Preneurs sont fermés, cette fermeture est fondée sur le « **Fait du Prince** » : argument admis par la jurisprudence comme un événement de force Majeure.

---

le stade 1 est celui où le virus n'est pas en circulation générale dans la population ; il doit permettre de freiner l'introduction du virus en France ;  
le stade 2 a pour objectif de freiner la propagation du virus sur le territoire ;  
le stade 3 correspond à une circulation libre du virus sur le territoire, et vise l'atténuation des effets de la pandémie ;  
le stade 4 constate le retour à une situation normale.

(Source : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Pand%C3%A9mie\\_de\\_Covid-19\\_en\\_France](https://fr.wikipedia.org/wiki/Pand%C3%A9mie_de_Covid-19_en_France))

<sup>2</sup> **Cour de cassation, Assemblée plénière, Audience publique du vendredi 14 avril 2006** : Ass. plén. 14 avr. 2006, n° 04-18.902 P, Brugiroux c/ RATP et n° 02-11.168 P, Mittenaere c/Lucas, Bull. civ. Ass. plén. n° 5 ; JCP 2006.II.10087, note P. Grosser ; D. 2006.1577 et Dalloz RTD Civ., Pan.1933, obs. Ph. Brun et p. 1566, chron. D. Noguéro ; Contrats, conc. consom. 2006.comm.152, obs. L. Leveneur ; Gaz. Pal. 9-11 juill. 2006, concl. R. de Gouttes ; Defrénois, 2006.1212, obs. E. Savaux) « **Il y a au moins une certitude : lorsque sont réunis les caractères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité, la force majeure est constituée** » Patrice Jourdain, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) RTD Civ. 2006 p. 77.

<sup>3</sup> « *Invoquer la force majeure pour refuser d'exécuter un contrat* », 27 juin 2006 : <https://www.onb-france.com/actualites/invoquer-la-force-majeure-pour-refuser-dexecuter-un-contrat>

<sup>4</sup> En vertu de l'adage « *genera non pereunt* » : 'les choses de genre ne périssent pas'

### III. Spécificités des Baux commerciaux conclus postérieurement au 1<sup>er</sup> Octobre 2016

- *Demande de révision du loyer fondée sur l'article 1195 du Code civil :*

L'article 1195 du Code civil modifié par l'article 2 de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 précise 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. »*

Toutefois, le Bailleur pourra opposer que les dispositions de l'article 1195 ne peuvent pas être invoquées aux fins de survenir à un manque de trésorerie. De même, il faut rappeler que la partie qui oppose l'exception de l'article 1195 du Code civil devra en tout état de cause poursuivre le paiement des loyers pendant la négociation. Enfin, l'article 1195 du Code civil n'étant pas d'ordre public, il convient de vérifier si le contrat comporte une dérogation ou une renonciation à ces dispositions.

- *Exception d'inexécution fondée sur l'article 1220 du Code civil*

L'article 1220 du Code civil modifié par l'article 2 de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 dispose que :

*« 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 doit être notifiée dans les meilleurs délais. »*

Cependant, dans le cas de l'application de l'article 1220, le Bailleur pourrait là aussi invoquer le « *Fait du Prince* ».

### IV. Conclusion : Dénonciation du refus de payer les loyers et rapprochement entre Bailleurs et Preneur

- La première étape pour une enseigne locataire en Bail commercial est de **dénoncer le paiement des loyers** en se fondant soit directement sur les dispositions du bail, soit sur l'un des arguments évoqués ci-dessus, notamment les principes généraux de droit commun, la Force Majeure et/ou l'article 1719 du Code civil couplé à l'exception d'inexécution. Dans ce cas, il convient de faire appel à son expert-comptable/CAC afin de faire la preuve que sur le plan comptable et financier **il est impossible** de s'acquitter des loyers dues au titre des mois affectés par le confinement.
- Dans le cas où un Preneur recevrait un Commandement payer, **il convient alors d'immédiatement saisir la juridiction des référés** afin de solliciter des délais et un échancier.

- **Tenter à minima d'obtenir une mensualisation des loyers** : Le syndicat des promoteurs et gestionnaires de centres commerciaux a recommandé à ses adhérents la mensualisation des loyers et la « *suspension temporaire de la mise en recouvrement des loyers et des charges d'avril* ».
- **Les preneurs ont donc tout intérêt à négocier directement avec leur bailleur au cas par cas, comme préconisé par le Gouvernement**, leur pouvoir de négociation dépendant principalement de la force de leur marque ou à continuer le paiement de leur loyer tant que leur situation financière le permet. A ce titre, le Ministère de l'économie et des finances a invité les preneurs à se rapprocher de leurs bailleurs pour effectuer s'il y a lieu des demandes de report à l'amiable du paiement des loyers.

\*\*\*\*\*