

# Suspension ou cessation de paiement des loyers, quels risques et solutions ?

Par Charles-Édouard Brault, avocat au barreau de Paris, Cabinet Brault & Associés



Face aux difficultés découlant des mesures de confinement mises en place pour limiter l'extension de l'épidémie de coronavirus, le président de la République a notamment annoncé une mesure de suspension des loyers. C'est ainsi que le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie prévoyait en son titre III un certain nombre de « mesures d'urgence économiques et d'adaptations à la lutte contre l'épidémie du Covid-19 ». La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 dite « loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 » a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnances toute mesure pouvant entrer en vigueur à compter du 12 mars 2020, et ce afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation du virus, et de limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique.

Diverses mesures provisoires peuvent donc être prises, la loi prévoyant notamment des mesures

« g) 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 ; »

Il est donc simplement question de reporter intégralement ou d'étaler le paiement des loyers pour les locaux professionnels et commerciaux. Mais ces mesures ne pourraient bénéficier qu'aux « microentreprises (...) dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie ».

Mais ces mesures d'urgence ne seraient offertes au bénéfice que des « très petites entreprises », ce qui impliquerait, sous réserve de précisions sur une telle notion, d'exclure une grande majorité des utilisateurs et acteurs économiques !

Il convient donc de s'interroger sur les dispositions qui peuvent être prises par les locataires qui ne seraient pas directement concernés par ces mesures provisoires au titre de l'exigibilité du paiement des loyers durant la période de confinement.

Certains bailleurs ont rapidement pris position en acceptant d'annuler les loyers exigibles pour les commerces non alimentaires durant la période de fermeture administrative (telle la Compagnie de Phalsbourg pour une période annoncée du 15 mars au 15 avril 2020, ou Ceetrus), tandis que le Conseil national des centres commerciaux (CNCC) a publié le 16 mars un communiqué de presse invitant les bailleurs à accepter la suspension temporaire de la mise en recouvrement des loyers et charges ou le paiement par mensualisation du 2<sup>e</sup> trimestre de l'année 2020.

Cependant, face à la fermeture de leurs commerces et des conséquences qui en découlent, les locataires peuvent ne pas se satisfaire d'une simple mesure de suspension de l'exigibilité des loyers, de telle sorte qu'il convient d'examiner les moyens qui pourraient être mis en œuvre et les risques éventuellement encourus en cas de défaut de paiement des loyers.

## 1) FORCE MAJEURE :

### 1.1) Notion :

Celle-ci est désormais prévue à l'article 1218 du Code civil :

**Art. 1218 :** « 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. »

Ce nouveau texte reprend donc les principes préalablement dégagés, notamment par l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 14 avril 2006 (Cass. Plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168).

L'événement permettant de justifier de la force majeure doit donc :

- échapper au contrôle du débiteur : il s'agit du critère d'extériorité et l'événement doit naturellement être indépendant de la volonté du locataire ; ce critère est caractérisé sans difficulté en ce qui concerne le coronavirus ;
- être imprévisible lors de la conclusion du contrat : cette question n'est pas problématique pour les baux en cours au jour de

l'émergence du virus, mais pour les baux récents il conviendrait de s'interroger sur l'anticipation qu'auraient pu avoir les parties, afin de déterminer la date à laquelle la prévisibilité était connue (soit pour les baux conclus depuis le mois de janvier 2020) ;  
- être irrésistible pour l'exécution du contrat : il ne s'agit alors pas d'apprécier si l'exécution d'un bail est alors plus onéreuse pour le locataire.

En matière d'épidémie, la jurisprudence est réticente à qualifier cet événement de force majeure, et on peut relever à cet effet :

- CA Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003 : pour le virus de la dengue (grippe tropicale), il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau puisqu'il sévit régulièrement dans la zone intertropicale et ne présente pas un caractère imprévisible ;
- CA Paris, 25 sept. 1998, n° 1996/08159 : l'annonce d'une épidémie de peste ne présente pas un caractère de certitude ou de gravité suffisant alors qu'un traitement peut être pris à titre préventif ;
- CA Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/02291 : une épidémie de grippe H1N1, largement annoncée et prévue avant même la mise en œuvre d'une réglementation sanitaire ne constitue pas un événement imprévisible, irrésistible et insurmontable ;
- CA Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739 : une épidémie du virus chikungunya n'a pas un caractère imprévisible et surtout irrésistible, puisqu'elle peut être soulagée par des antalgiques et se trouve généralement surmontable.

La qualification est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, et un arrêt récent

rendu sur la question de la grippe aviaire a considéré que le confinement d'animaux d'élevage n'avait pas affecté directement l'exploitation et que son impact sur le résultat de l'exploitation n'établissait pas qu'il présentait un caractère insurmontable et irrésistible (CA Toulouse, 3 oct. 2019).

Mais s'agissant du coronavirus, il convient de relever qu'il a connu une ampleur inédite et fulgurante tandis que les conséquences peuvent être létales et qu'il n'existe pas encore de traitement, de telle sorte que les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure pourraient être remplies, à supposer que l'activité du locataire soit directement concernée par l'obligation de fermeture et ne figure pas dans la liste des commerces autorisés à demeurer ouverts.

Dès lors, pour les commerces qui ne sont pas directement frappés d'une interdiction, il en découlerait simplement des circonstances plus difficiles pour l'exploitation, mettant en échec le caractère irrésistible de la force majeure (CA Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263).

### 1.2) Effets de la force majeure :

Il convient alors d'opérer une distinction, et ce en fonction d'un cas de force majeure temporaire ou définitif. Lorsque le cas de force majeure est temporaire, le débiteur de l'obligation n'est pas libéré et l'exécution de cette obligation est seulement suspendue jusqu'au jour où l'événement cesse.

Lorsque le cas de force majeure est définitif, le contrat peut alors être résolu de plein droit dans les conditions des articles 1351 et 1351-1 du Code civil.

On peut relever à cet effet l'arrêt de la Cour de cassation du 22 février 2006 rendu dans le cadre de l'exécution de travaux de

délivrance du bailleur, aux termes duquel il était jugé que le bailleur ne pouvait s'exonérer de ses obligations dues à un événement de force majeure que pendant le temps où cet événement l'empêchait de donner ou de faire ce à quoi il s'était obligé (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 févr. 2006, n° 05-12032).

Ce n'est donc pas le bail lui-même qui est suspendu, mais l'obligation découlant du contrat, à savoir l'obligation de paiement des loyers.

Cette obligation ne serait donc pas éteinte, ce qui permet de considérer qu'elle serait suspendue durant la période temporaire de la force majeure, impliquant que le bailleur ne pourrait percevoir le loyer durant cette période.

Les tribunaux devront apporter des éclairages précis sur cette question et les conséquences de la « suspension », étant précisé que les juges admettent difficilement l'inexécution de paiement d'une somme d'argent pour un motif de force majeure (Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20306 : « *Le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure* »).

Ceci étant, et en invoquant la force majeure, le locataire ne pourrait donc théoriquement obtenir que la suspension de son obligation de paiement du loyer durant la période considérée.

Le ministre de l'Économie et des Finances avait d'ores et déjà déclaré le 28 février 2020 que l'épidémie de coronavirus serait considérée comme un cas de force majeure pour les entreprises, et il appartiendra donc aux tribunaux de retenir éventuellement cette qualification, avec les conséquences



Sébastien Legrix de la Salle, avocat associé, DS Avocats

### L'État pourra-t-il prendre en charge ces loyers impayés ?

« Aucune annonce n'a été faite dans ce sens ! D'autant plus que l'on ne connaît pas encore le coût de cette mesure. Toutefois, souvent dans les baux commerciaux, les clauses relatives aux assurances stipulent l'obligation pour le preneur de s'assurer pour la perte d'exploitation pendant une durée de deux ans. De même, certains bailleurs souscrivent des assurances perte de loyers pour la même durée, le cas échéant en refacturant les primes d'assurance aux preneurs. Il n'est donc pas à exclure que la solution à la tension actuelle passe par la prise en charge des préjudices par les compagnies d'assurances.

Au-delà des outils juridiques et des décisions prises par le gouvernement, la meilleure solution demeure la négociation directe entre les preneurs et les bailleurs. Nous pourrions nous en sortir par le haut à la condition qu'il y ait un vrai dialogue entre ces deux parties. D'autant plus que les juridictions seront à l'arrêt pendant plusieurs semaines et ne traiteront que des dossiers les plus importants. D'ailleurs, nous constatons que certains bailleurs – comme la Compagnie de Phalsbourg et Ceetrus – ont annoncé la suspension des loyers et charges des locataires entre le 15 mars et le 15 avril prochain. »

qui en découlent sur la suspension du paiement du loyer.

En ce cas et compte tenu de la période de suspension, le bailleur ne pourrait mettre en œuvre les différentes sanctions qui lui sont offertes, dont la clause résolutoire.

Par ailleurs, certains baux peuvent d'ores et déjà prévoir des dérogations conventionnelles compte tenu du caractère supplétif de l'article 1218 du Code civil.

Mais toute clause d'un bail écartant ou aménageant la force majeure ne doit pas créer un déséquilibre significatif au regard de l'article 1171 du Code civil, ou priver de sa substance l'obligation essentielle du bailleur, à savoir son obligation de délivrance, puisqu'une telle clause pourrait alors être réputée non écrite (art. 1170 du Code civil).

## 2) IMPRÉVISION :

En l'état du droit antérieur à l'ordonnance portant réforme du droit des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), le juge n'avait pas la possibilité de modifier la convention des parties en raison d'un changement de circonstances.

Cependant, la révision pour imprévision était admise en matière administrative et a été introduite au droit des contrats par le nouvel article 1195 du Code civil :

**Article 1195.** « 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. À 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. »

Il doit s'agir d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du bail, et le coronavirus pourrait en tant que tel caractériser ce changement.

En l'absence de définition de l'imprévisibilité, on pourra s'interroger sur les conséquences des mesures prises par le gouvernement imposant la fermeture de bon nombre de commerces, puisqu'elles aboutissent à l'impossibilité d'exécuter le bail et caractérisent

## « En matière d'épidémie, la jurisprudence est réticente à qualifier cet événement de force majeure »

plus un cas de force majeure qu'un cas de révision du bail pour imprévision...

Il faut ensuite que ce changement de circonstances rende l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'autre partie, et cette condition ne pose pas de difficulté puisque l'exécution du contrat induit, durant la période de fermeture imposée, une perte de chiffre d'affaires pour le locataire et donc une exécution excessivement onéreuse.

Sauf si les parties ont accepté le risque lié à tel changement de circonstances économiques, elles devront alors renégocier le bail, tandis qu'à défaut d'accord il appartiendra au juge de procéder à l'adaptation du contrat.

Là encore, les nouvelles dispositions de l'article 1195 du Code civil sont supplétives, de telle sorte que toute dérogation conventionnelle intégrée dans les baux depuis 2016 doit être considérée comme valable, sous réserve des dispositions de l'article 1104 du Code civil qui prévoit que :

**Article 1104.** « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

Si l'une des parties invoque un changement de circonstances imprévisibles ou même l'inexécution de bonne foi du contrat, le bail devra être appliqué en toutes ses dispositions tant que le juge n'aura pas statué, notamment puisque l'article 1195 du Code civil rappelle que chacune des parties « continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

La négociation constitue sans nul doute la solution la plus appropriée, et ce tant en raison de la fermeture actuelle des tribunaux que des délais de procédure.

## 3) OBLIGATION DE DÉLIVRANCE ET EXCEPTION D'INEXÉCUTION :

Lorsqu'un bailleur ne peut exécuter son obligation de délivrance, le locataire peut faire valoir l'exception d'inexécution

désormais visée par les articles 1219 et 1220 du Code civil :

**Article 1219.** « 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. »

**Article 1220.** « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur. »

Mais encore faut-il caractériser le défaut de délivrance du bailleur qui pourra lui-même tenter d'invoquer la force majeure : l'obstacle à la délivrance des lieux loués lui est également imposé par le gouvernement, et il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'un défaut de délivrance imputable au bailleur.

Pour les boutiques traditionnelles en pied d'immeuble, les bailleurs, tout comme les locataires, se voient imposer les mesures de fermeture, de telle sorte que le bailleur n'est pas directement fautif et la mise en œuvre de l'exception d'inexécution paraît donc délicate.

En revanche, une interrogation subsiste pour les galeries marchandes et centres commerciaux dans la mesure où ils demeurent totalement fermés en partie du fait du bailleur, et ce en exécution des mesures gouvernementales. Du fait de la fermeture du centre par le bailleur, le locataire se trouve automatiquement dans l'impossibilité d'exploiter.

Le locataire pourra alors tenter de refuser d'exécuter son obligation de paiement des loyers ou même suspendre l'exécution de paiement par le biais d'une notification au bailleur.

#### 4) DISPOSITIONS QUI PEUVENT DONC ÊTRE PRISES :

Compte tenu de la situation, à laquelle les locataires de locaux qui se sont vu imposer la fermeture doivent faire face, et sous réserve de la mise en œuvre de dispositions plus favorables qui seraient prises par le gouvernement dans le cadre des mesures d'urgence économique, il semble justifié de suspendre le paiement des loyers à compter de la date de la fermeture des commerces par le gouvernement et de notifier aux bailleurs l'absence de paiement des loyers durant la période d'interdiction d'activités en invoquant la survenance d'un événement de force majeure, l'exception d'inexécution et, à toute fin, l'imprévision impliquant la révision du loyer sous réserve de dispositions contractuelles dérogoires.

#### 5) RISQUES ENCOURUS :

À titre préalable, il convient de s'interroger sur la faculté du bailleur de mettre en œuvre les garanties complémentaires qui lui auraient été consenties, notamment une garantie bancaire à première demande.

Si la force majeure est reconnue et compte tenu de la période de suspension de l'obligation, le défaut d'exigibilité des loyers restreindrait cette faculté, et ce sous réserve de dérogations conventionnelles. Mais en cas de mise en œuvre, la banque devrait honorer son obligation, avec les conséquences qui en découlent.

Le bailleur pourrait tenter également de mettre en œuvre la clause résolutoire.

Dans cette hypothèse, cette initiative risque de ne pas apporter les effets escomptés au cours des prochains mois, et ce pour les motifs suivants :

- Sur le plan pratique, la quasi-totalité des huissiers a suspendu ses activités, de telle sorte que les actes sont délivrés au « *compte-gouttes* ».

À supposer qu'un bailleur fasse délivrer un commandement par exploit d'huissier, il ne pourrait alors invoquer le bénéfice de l'acquisition de la clause résolutoire qu'après l'expiration du délai d'un mois, et ce en saisissant le tribunal (usuellement le juge des référés) d'une demande de constatation de l'acquisition de la clause résolutoire.

Or, les circonstances actuelles ne permettent plus d'obtenir des dates d'audience, sauf pour des cas d'urgence absolue et caractérisée, et il paraît très peu probable qu'une demande de placement d'une procédure d'acquisition de clause résolutoire d'un bail soit favorablement accueillie.

Les locataires disposent donc en fait de

plusieurs mois avant qu'un tribunal ne soit en réalité amené à statuer sur l'acquisition de la clause résolutoire.

- En droit, une demande d'acquisition de clause résolutoire durant cette période pourrait être valablement contestée par le locataire qui pourrait tout d'abord soulever la force majeure.

L'exception d'inexécution pourrait également être invoquée, puisqu'un tel motif a été retenu lorsqu'un arrêté administratif interdisait la jouissance de locaux dans des conditions qui rendaient inopérante une demande de recouvrement des loyers et d'acquisition de clause résolutoire par un bailleur (CA Paris, 10 mai 1997 : Gaz. Pal. 1997, 2, p. 477).

Le défaut de délivrance du bailleur peut également être invoqué pour échapper à une demande d'acquisition de clause résolutoire.

Mais le principal motif qui pourrait être invoqué par un locataire porte sur l'exigibilité de bonne foi d'un bailleur dans la délivrance d'un commandement puis pour la mise en œuvre de la procédure d'acquisition de clause résolutoire.

Le juge doit en effet rechercher si une clause résolutoire a été mise en œuvre de bonne foi par le bailleur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2018, n° 16-28684 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 oct. 2018, n° 17-17384), et pour apprécier cette bonne foi, les juges peuvent tenir compte du contexte.

Lorsque la clause résolutoire n'est alors pas invoquée de bonne foi par le bailleur, le commandement ne produit aucun effet (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juill. 1993, n° 91-16208).

Ceci impliquerait en tout état de cause la saisine du tribunal judiciaire dans le cadre d'une procédure au fond valant opposition au commandement, soit une procédure qui a vocation à durer près de 18 mois, soit un laps de temps durant lequel un accord amiable sera susceptible d'intervenir...

À défaut d'accord amiable et compte tenu du contexte actuel, il est fort probable qu'un tribunal, s'il constate l'acquisition de la clause résolutoire, en suspendra les effets en accordant alors des délais au locataire en application des dispositions d'ordre public de l'article L. 145-41 du Code de commerce.

\*\*\*

Alors qu'un certain nombre de bailleurs a d'ores et déjà prévu de suspendre ou d'exonérer les locataires de tous paiements du loyer durant la période de fermeture des commerces, l'absence de règlement des loyers notifiée au bailleur en invoquant les divers mécanismes offerts ne présente pas de risque inconsidéré, mais offrira néanmoins la possibilité pour le bailleur d'exécuter une garantie qui lui aura été consentie, notamment une obligation bancaire à première demande. ■

---

**« Il semble justifié de suspendre le paiement des loyers à compter de la date de la fermeture des commerces par le gouvernement et de notifier aux bailleurs l'absence de paiement des loyers durant la période d'interdiction d'activités en invoquant la survenance d'un événement de force majeure »**

---