

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA CLAUSE RESOLUTOIRE DES BAUX COMMERCIAUX DANS LA TOURMENTE DU
COVID-19*

HUGUES KENFACK

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

La clause résolutoire est l'une des dispositions les plus importantes des baux commerciaux. Elle est censée en faciliter la résiliation en cas de non-respect par une des parties, généralement le preneur, de ses obligations contractuelles. Mais en droit commun, l'hostilité du législateur et de la jurisprudence enlève à cette clause une partie de son efficacité. Le droit spécial issu des textes adoptés pour endiguer la pandémie de Covid-19 confirme cette hostilité en neutralisant les effets de la clause.

Disposition la plus fréquente et sans doute une des plus importantes des baux commerciaux, la clause résolutoire est depuis longtemps déjà au centre de l'actualité¹. L'hostilité du législateur et celle de la jurisprudence envers l'application de cette clause insérée dans les baux commerciaux sont une réalité, tout comme les effets limités de cette clause en cas de procédures collectives. Cette situation ne va pas changer avec la pandémie de Covid-19. La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, déclarant l'état « d'urgence sanitaire » sur le territoire national et habilitant le gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, toutes les mesures nécessaires pour faire face aux conséquences de la pandémie de Covid-19, vise cette clause essentielle des baux commerciaux². À la suite de cette loi, de nombreux autres textes ont été adoptés. Deux textes en particulier, qui concernent les sanctions de l'inexécution, ont une incidence directe sur la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers et charges³. D'une part, 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 période⁴. D'autre part, l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz, d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de Covid-19. Le premier texte instaure une protection spécifique (I) et le second une protection générale (II).

I – Clause résolutoire et protection spécifique issue de l'ordonnance n° 2020-316

L'ordonnance n° 2020-316 comporte des mesures très protectrices prévues par son article 4.

Elles ne concernent que des entreprises répondant à un certain nombre de conditions fixées par l'article 1er du décret n° 2020-371 et qui bénéficient du fonds de solidarité⁵. Dans sa dernière version⁶, les personnes concernées sont les entreprises (hors filiales) n'employant pas plus de 10 salariés, ayant réalisé, lors du dernier exercice, un chiffre d'affaires ne dépassant pas 1 million d'euros⁷. Le preneur a intérêt à bien vérifier qu'il remplit les conditions d'éligibilité de ce dispositif de solidarité et le bailleur devra lui demander une attestation sur l'honneur pour s'en assurer.

Pour les entreprises remplissant ces conditions, l'alinéa 1 de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316 prévoit qu'elles ne pourront « encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale (...) 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. 622-12 du Code de commerce ». Son alinéa 2 précise qu'il s'applique « aux loyers et charges locatives dont l'échéance de paiement intervient entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai de 2 mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire (...) ». La fin de l'état d'urgence sanitaire est prévue le 10 juillet inclus. La période concernée s'étend, en l'état actuel des textes, du 12 mars au 10 septembre 2020.

Ce texte va sans doute donner lieu à des batailles juridiques relatives à son interprétation.

En premier lieu, la lettre du texte indique clairement que les personnes éligibles ne peuvent faire l'objet de sanctions visées en raison de défaut de paiement des loyers et charges concernés. Aucune limite temporelle n'est prévue, le dispositif instaurant une protection absolue et perpétuelle⁸. Le texte ne vise ni suspension ni report de sanctions. À défaut d'une mention dans le texte de reprise des sanctions, il pose le principe d'une interdiction définitive de mise en œuvre des sanctions visées. Les loyers et charges concernés – ceux dont l'échéance de paiement intervient entre le 12 mars et le 10 septembre – ne peuvent faire l'objet d'un commandement de payer visant la clause résolutoire⁹. Or, comme ce commandement est le point de départ de plusieurs actions, par exemple celle en résiliation du bail pour défaut de paiement de loyers, cette résiliation est exclue pour les loyers de cette période.

En second lieu, l'esprit du texte ne doit pas être oublié. Il valide cette interprétation largement favorable au preneur. Il instaure une protection aux personnes susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité. Il s'agit donc d'un mécanisme de solidarité d'urgence et ciblé sur le paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité, en vue d'éviter les difficultés de trésorerie.

Par conséquent, quelles que soient les modalités de paiement de loyer, un preneur éligible au dispositif de protection ne peut encourir de pénalités financières ni voir son bailleur invoquer la clause résolutoire pour non-paiement de loyers visant cette période. Il semble donc protégé en fait d'environ 6 mois de loyer et peut-être plus si les juridictions adoptent une interprétation large du texte¹⁰ même si la lettre du texte ne se prononce pas expressément en faveur d'une telle exonération. Resteraient toutefois deux possibilités pas faciles à mettre en œuvre. D'une part, lorsque l'entreprise est in bonis, la possibilité d'effectuer une action pure de paiement, non visée par l'ordonnance. Les ordonnances n'ont pas mis entre parenthèses l'exigibilité des dettes contractuelles, et le loyer reste en principe exigible même si, au regard des mécanismes de droit commun, la réalité de la créance de loyer du bailleur peut être contestée. L'issue de cette voie est incertaine, surtout dans ce contexte économique de l'après-confinement avec restrictions sanitaires. D'autre part, lorsque le débiteur sollicite l'ouverture d'une procédure collective. Les textes régissant cette dernière permettent, dans certaines conditions, la résiliation du bail commercial pour défaut de paiement de loyers postérieurs. Cette possibilité est exclue, sur le fondement de la clause résolutoire, en cas de créances de loyers et charges de la période concernée par l'ordonnance n° 2020-316, même si le bailleur respecte les délais d'attente de 3 mois (C. com., art. L. 622-14, 2° ; C. com., art. L. 641-12, 3°). Mais la question peut se poser de savoir si le bailleur peut agir non pas sur le fondement de la clause résolutoire mais sur le simple défaut de paiement des créances de loyers postérieurs, mécanisme non expressément visé par l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316¹¹.

II – Clause résolutoire et protection générale issue de l’ordonnance n° 2020-306

L’ordonnance n° 2020-306 est moins protectrice que celle précédemment analysée, ses effets de neutralisation de la clause résolutoire étant provisoires et concernant une période plus courte. En outre, le bailleur peut théoriquement mettre en œuvre les sanctions légales d’inexécution contractuelle, actionner en paiement ou même réclamer les intérêts moratoires sur les sommes dues. La protection ne profite ni aux garants ni aux cautions, qui peuvent donc être appelés. Si les parties n’ont pas utilisé le dispositif fiscal, le locataire qui ne remplit pas les conditions de l’ordonnance n° 2020-316 pourra s’appuyer, en laissant de côté le droit commun, sur l’ordonnance n° 2020-306 aujourd’hui abondamment commentée car elle concerne tous les preneurs. Au centre de ce dispositif, un article 4. Un petit rappel de la lettre du texte s’impose. D’après l’alinéa 1, « 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 est expiré pendant la période définie au I de l’article 1er ». L’alinéa 2 complète : « Si le débiteur n’a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent effet est reportée d’une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d’une part, le 12 mars 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 ».

A priori, ce texte est clair. La période visée par cet article est désormais, conformément à l’ordonnance n° 2020-306 modifiée, entre le 12 mars et le 23 juin 2020 minuit inclus. La clause résolutoire est donc réputée « n’avoir pas produit effet » pendant cette période. Il s’agit clairement ici d’une simple suspension de délai, qui en arrête donc temporairement le cours sans toutefois en effacer le délai déjà couru (C. civ., art. 2230).

En réalité, cette clarté n’est qu’apparente, surtout lorsqu’il faut articuler ses dispositions générales avec des situations particulières, comme les exigences du « droit commun » de la clause résolutoire pour défaut de paiement de loyers, insérée dans les baux commerciaux. Elle n’est acquise, conformément à l’article L. 145-4, que 1 mois au moins après un commandement de payer visant une obligation prévue au bail et demeuré infructueux. Malgré la circulaire du ministère de la Justice sur l’interprétation de l’ordonnance, des incertitudes demeurent sur l’interprétation de l’ordonnance n° 2020-306. Convient-il de comprendre la date à laquelle « l’obligation est née » comme la date du contrat, celle de l’échéance du paiement ou du commandement ? Que penser de l’expression « date à laquelle l’obligation aurait dû être exécutée » ? Est-ce la date à laquelle l’exécution de l’obligation doit avoir lieu, ou celle à laquelle la sanction prend effet ? Seules les juridictions apporteront une réponse définitive. Il ne faut pas oublier l’esprit des textes concernés : éviter toute sanction attachée aux commandements ayant effet pendant une certaine période, pour donner une chance aux entreprises de faire face à la crise sanitaire. Cet esprit confirme l’hostilité du législateur et de la jurisprudence envers la clause résolutoire en général. La première

date pourrait être l'échéance du paiement¹², et la seconde la prise d'effet de la sanction¹³, c'est-à-dire 1 mois après le commandement de payer.

Il convient d'effectuer une distinction entre plusieurs hypothèses en prenant le cas d'une clause résolutoire prévoyant un délai de 1 mois et d'un paiement des loyers et charges toujours pas intervenu. L'obligation exigible de paiement est donc inexécutée plus de 1 mois après le commandement de payer.

La première hypothèse est celle d'un commandement de payer visant la clause résolutoire dont le délai de 1 mois s'est écoulé avant le 12 mars 2020. L'effet de la clause est définitivement acquis. Les sanctions encourues ne sont pas concernées par la suspension ni par une éventuelle situation de procédures collectives qui interviendrait après le 12 mars.

La deuxième hypothèse est celle du même commandement délivré avant le 12 mars mais dont le délai de 1 mois expire après cette date. Le commandement est, par exemple, délivré le 20 février et le délai de 1 mois expire le 20 mars. Dans ce cas, la suspension du délai intervient dès le 12 mars, puis reprise à compter du 24 juin, pour le temps restant à courir. Ainsi, si le locataire n'a pas réglé entre-temps sa dette de loyer, la clause sera acquise le 3 juillet.

La troisième hypothèse est celle d'un commandement délivré après le 12 mars et dont l'expiration de 1 mois a lieu avant le 24 juin, par exemple un commandement délivré le 26 mars. Il aurait dû expirer le 26 avril mais, en application de l'ordonnance, il est suspendu et expirera le 24 juillet.

La quatrième hypothèse est celle d'un commandement de payer délivré pendant la période concernée mais qui expire après celle-ci. Par exemple, un commandement délivré le 1er juin. Cette hypothèse peut soulever une difficulté d'interprétation pour les tribunaux. Si on s'en tient à l'interprétation de la lettre de l'alinéa 1 du texte telle qu'évoquée ci-dessus, une clause résolutoire visée par un commandement de payer accordant au preneur un délai de 1 mois devant expirer après la fin de la période protégée, le 23 juin minuit, devrait être exclue de la protection de l'ordonnance car la prise d'effet de la sanction est bien en dehors de cette période protégée¹⁴. Le législateur y avait-il pensé ? Cela ne revient-il à contourner l'esprit de la loi ? Certains penchent pour l'application de l'alinéa 2 sans tenir compte de la date d'expiration du délai de 1 mois, à condition qu'il soit dans cette hypothèse délivré pendant la période protégée. Un commandement délivré le 1er juin devrait en principe expirer le 1er juillet, mais, en application de l'esprit de l'ordonnance, il n'expirera que le 24 juillet¹⁵. Pour arriver au même effet, les juridictions ne seront-elles pas tentées de décider qu'il y a mauvaise foi du bailleur dans la délivrance d'un tel commandement de payer ? Une grande prudence s'impose.

En définitive, bailleurs et locataires peuvent utiliser le dispositif commercial de solidarité ou celui plus général pour essayer de maintenir leurs relations d'affaires dans de bonnes conditions. La clause résolutoire peut être neutralisée temporairement ou définitivement, en fonction des textes visés, des conditions et des personnes concernées. L'hostilité du législateur et de la jurisprudence à l'égard de la clause résolutoire insérée dans les baux commerciaux va peut-être s'accroître avec la pandémie de Covid-19.

Notes de bas de page

1 –

On se limitera à la clause relative au paiement des loyers et charges. Déjà, v. Kenfack H., « Actualité de la clause résolutoire », Loyers et copr. 2006, étude 19 ; Kendérian F., « La clause résolutoire du bail commercial », JCP E 2017, 1258 ; pour une présentation d'ensemble, v. Droit et pratique des baux commerciaux 2020-2021, 6e éd., à paraître, Dalloz, Action.

2 –

V. Barbier J.-D., « Le sort du loyer commercial face à la pandémie », Gaz. Pal. 21 avr. 2020, n° 377p9, p. 17.

3 –

On se contentera de mentionner ici le méconnu article 14 B du Code général des impôts créé par la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020, de finances rectificative, qui incite à la négociation entre bailleurs et locataires sur les loyers commerciaux et les charges reposant sur le locataire, en indiquant la voie : l'abandon ou la renonciation. La clause résolutoire est mise entre parenthèses par les parties elles-mêmes.

4 –

Mod. par ord. n° 2020-427, 15 avr. 2020 et par ord. n° 2020-560, 13 mai 2020, et, en dernier (?) lieu, par ord. n° 2020-666, 3 juin 2020. V. Giraud P., « Restez confinés, les délais sont prorogés », Gaz. Pal. 7 avr. 2020, n° 377f3, p. 15, et Giraud P., « Nouvelle ordonnance sur la gestion des délais, une pincée de précisions, une bonne dose de complexification », Gaz. Pal. 21 avr. 2020, n° 377u8, p. 13.

5 –

D. n° 2020-371, 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.

6 –

D. n° 2020-552, 12 mai 2020.

7 –

Une partie des conditions prévues initialement à l'article 1er ont été transférées aux articles 2 et suivants comme conditions des aides financières en fonction des périodes.

8 –

Dans le même sens, v. Allard-Kohn G. et Brault T., « Bail commercial et impayés locatifs : les moyens d'action du bailleur », BRDA 12/2020, inf. 28 ; Bolland-Blanchard A. et Taillefer A., « Quels risques pour le défaut de paiement des loyers commerciaux au regard des ordonnances nos 2020-306 et 2020-316 ? », LPA 19 juin 2020, n° 154w1, p. 8.

9 –

De même, ne sont pas visées, et sont donc exclues de la protection, les indemnités d'occupation.

10 –

Allard-Kohn G. et Brault T., « Bail commercial et impayés locatifs : les moyens d'action du bailleur », BRDA 12/2020, inf. 28, citant l'exemple de loyers payés trimestriellement des 1er et 2e semestres payables à terme échu, ce qui a pour conséquence que les loyers dus pour la période antérieure à celle visée par l'ordonnance pourraient être concernés (période du 1er janvier au 11 mars).

11 –

D'après la Cour de cassation, est autonome la demande de résiliation du bail commercial formée auprès du juge-commissaire, fondée, non sur la mise en œuvre de la clause résolutoire, mais sur le simple défaut de paiement de créances de loyers postérieurs (Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-20859 ; v., déjà, Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-17563).

12 –

Dans le même sens, Bolland-Banchard A. et Taillefer A., « Quels risques pour le défaut de paiement des loyers commerciaux au regard des ordonnances nos 2020-306 et 2020-316 ? », LPA 19 juin 2020, n° 154w1, p. 8 ; Confino A. et Confino J.-P., « Les baux commerciaux malades de la peste », AJDI 2020, p. 326, penchent pour la date de délivrance du commandement. Le résultat entre ces deux solutions semble le même.

13 –

Dans le même sens, Bolland-Banchard A. et Taillefer A., « Quels risques pour le défaut de paiement des loyers commerciaux au regard des ordonnances nos 2020-306 et 2020-316 ? », LPA 19 juin 2020, n° 154w1, p. 8 ; Confino A. et Confino J.-P., « Les baux commerciaux malades de la peste », AJDI 2020, p. 326.

14 –

Dans ce sens, Allard-Kohn G. et Brault T., « Bail commercial et impayés locatifs : les moyens d'action du bailleur », BRDA 12/2020, inf. 28.

15 –

Confino A. et Confino J.-P., « Les baux commerciaux malades de la peste », AJDI 2020, p. 326.