

C'est évidemment la pandémie de Covid-19 qui continue de générer les textes législatifs et réglementaires les plus significatifs.

Aucune décision déterminante n'a pour le moment été rendue quant à l'impact de l'épidémie sur l'exigibilité des loyers, une certaine tendance de la jurisprudence semblant toutefois se dessiner pour exclure tout à la fois la force majeure et le défaut de délivrance du bailleur.

Quant à la jurisprudence, la Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts dont certains feront date.

01/ Législation

- **Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.**

La loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire avait permis au Premier Ministre de prendre par décret, à compter du 11 juillet 2020 et jusqu'au 30 octobre 2020, toute mesure dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19.

L'état d'urgence sanitaire qui avait été déclaré par la loi du 23 mars 2020 avait été prorogé jusqu'au 10 juillet inclus par celle du 11 mai 2020 (n° 2020-546) pour en porter le terme jusqu'au 10 juillet 2020 inclus.

Aussi, c'est le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 qui a déclaré l'état d'urgence sanitaire à compter du 17 octobre 2020 à zéro heure.

La loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 proroge jusqu'au 1^{er} avril 2021 (alors que l'état d'urgence sanitaire devra prendre fin le 16 février 2021 à vingt-quatre heures) les mesures qui avaient été adoptées autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

On aura particulièrement égard à l'article 14 de cette loi qui reprend un dispositif analogue à celui qui avait prévu par l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020.

En effet, un décret déterminera les conditions d'éligibilité au dispositif nouveau concernant les personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique affectée par une mesure de police administrative prise en application de la loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence. Il s'agit de celles qui feront l'objet d'une réglementation de l'ouverture au public pour leur activité, y compris les conditions d'accès et de présence comme de celles qui exercent des activités sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public (2° et 3° du I de la loi du 9 juillet 2020).

A la date de rédaction de ce billet de législation, ce décret n'est pas publié. Les critères d'éligibilité détermineront les seuils d'effectifs et de chiffre d'affaires des personnes concernées ainsi que le seuil de perte de chiffre d'affaires constatée du fait de la mesure de police administrative.

A la suite de l'ordonnance du 25 mars 2020, il avait fallu attendre le décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 pour connaître les bénéficiaires du fonds de solidarité qui étaient ceux éligibles au bénéfice de l'ordonnance n° 2020-316.

Les conditions d'éligibilité avaient été modifiées à plusieurs reprises jusqu'à être pratiquement toutes supprimées par le décret n° 2020-757 du 20 juin 2020.

Il faudra donc attendre la publication du décret.

Ces mêmes personnes, jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle leur activité cesse d'être affectée par une mesure de police, (c'est-à-dire une interdiction d'accueillir du public) ne pourront encourir d'intérêts, de pénalités ou toute mesure financière, courir toute action, sanction ou voie d'exécution forcée à leur encontre pour retard ou non-paiement des loyers ou charges locatives afférents aux locaux professionnels ou commerciaux où leur activité est ou était ainsi affectée ; le décret du 27 novembre 2020 ayant permis, à compter du 28 novembre 2020 la réouverture des commerces dits non essentiels, à l'exception des bars, cafés, restaurants, etc. Pour les établissements autorisés à accueillir du public à compter du 28 novembre, ce délai expirera donc le 28 janvier 2021 (selon les règles de computation des délais du code de procédure civile).

Pendant cette même période, les sûretés réelles et personnelles garantissant le paiement des loyers et charges locatives concernés ne peuvent être mise en œuvre et le bailleur ne peut pas pratiquer de mesures conservatoires (saisie-conservatoire, requête afin d'inscription d'hypothèque judiciaire ou de nantissement provisoire).

Il va de soi que les loyers et charges concernés sont ceux qui sont dus depuis le 17 octobre 2020, date d'effet du nouvel état d'urgence sanitaire.

Toute stipulation contraire, notamment toute clause résolutoire ou prévoyant une déchéance en raison du non-paiement ou retard de paiement de loyers ou charges est réputée non écrite. Nous pensons que cette disposition ne porte pas atteinte définitivement aux stipulations contractuelles mais ne concerne que les stipulations de cette nature qui seraient convenues dans un avenant ou une transaction portant sur des loyers et charges dus depuis le 17 octobre 2020 jusqu'à l'expiration du délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'activité aura cessé d'être affectée par la mesure de police.

Toutefois, ces mesures ne feront pas obstacle à la compensation en application de l'article 1347 du code civil. Cette hypothèse vise le cas de dettes et créances réciproques entre preneur et bailleur, lesquelles pourraient donc être éteintes à concurrence de la plus faible d'entre elles même pour des loyers et charges dus pendant cette période.

Les intérêts ou pénalités financières ne peuvent être dus et calculés qu'à compter de l'expiration du délai de deux mois visé ci-dessus.

Enfin, et cette disposition doit être bien appréhendée, les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le bailleur à l'encontre du locataire pour non-paiement de loyer ou de charges locatives exigibles sont suspendues jusqu'à l'expiration du délai de deux mois.

On s'interrogera sur la portée de ce texte qui ne vise que les mesures d'exécution, par conséquent celles qui sont engagées après une décision de justice ou en vertu d'un acte notarié, les procédures elles-mêmes ne semblant pas être suspendues.

Par ailleurs, quel est le champ d'application de ce texte quand il vise les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le bailleur à l'encontre du locataire pour non-paiement de loyer ou de charges exigibles alors que la période d'exigibilité de ces loyers et charges n'est pas prévue par le texte.

S'agit-il des loyers et charges dus pour la période courue depuis le 17 octobre 2020 jusqu'à l'expiration du délai de deux mois ou s'agit-il de tout autre loyer ou charges impayés ?

S'il paraîtrait logique que les sommes en cause soient celles dues depuis le 17 octobre 2020, puisque le VII de l'article 14 énonce que cet article s'applique à compter du 17 octobre, le silence du texte pourrait permettre

de soutenir que la suspension des procédures d'exécution s'applique quelle que soit la date d'exigibilité de ces sommes.

02/ Jurisprudences et commentaires

- **Cass. 3ème civ., 19 novembre 2020, n° 19-20405 P + B + I** : la sanction de la réputation non écrite éditée par l'article L. 145-15 du code de commerce depuis sa modification par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 s'applique aux baux en cours et l'action tendant à voir réputer non écrite une clause du bail n'est en conséquence pas soumise à la prescription. Le juge peut, en accordant des délais rétroactifs et en suspendant les effets de la clause résolutoire, dire que celle-ci n'a pas produit ses effets.

La doctrine et la pratique attendaient impatiemment que la Cour de cassation se prononce sur la question de savoir si la substitution à la nullité des clauses contraires au statut prévue autrefois par l'article L. 145-15 du code de commerce par la réputation non écrite, s'appliquait aux baux en cours.

C'est chose faite avec le présent arrêt.

Si la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que la loi du 18 juin 2014 prévoyant que toute clause ayant pour effet de faire échec au droit au renouvellement est réputée non écrite, ne s'appliquait pas aux procédures en cours (Cass. 3ème civ., n° 16-15010, à paraître au bulletin ; Cass. 3ème civ., 28 juin 2018, n° 16-17939), en revanche, la cour d'appel de Paris (ch. 5-3, 19 déc. 2018, n° 17/07428) avait jugé, sans contredire ce principe, que dès lors que l'instance était engagée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, la sanction de la réputation non écrite s'appliquait à un contrat en cours.

C'est précisément à l'encontre de cet arrêt que le pourvoi formé a été rejeté.

Il s'agissait, à la suite d'un commandement de payer d'une action engagée par la société locataire aux fins de voir déclarer réputée non écrite la clause de révision du loyer stipulée au bail et en conséquence voir annuler le commandement.

La cour d'appel avait accueilli cette demande et la bailleuse lui reprochait d'avoir rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la société locataire en contestation des clauses du bail et de l'avoir au contraire déclarée recevable et dit que la clause de révision du bail était réputée non écrite.

Elle soutenait, selon les principes classiques, que, à défaut de dispositions transitoires expresses dans la loi et de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats demeurent soumis à la loi ancienne applicable lors de leur conclusion, de sorte que la cour d'appel ne pouvait juger que la nouvelle rédaction de l'article L. 145-15 du code de commerce s'appliquait aux baux en cours lors de son entrée en vigueur en relevant que l'action de la société locataire avait été introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

La Cour de cassation rejette le moyen.

Elle juge que la cour d'appel a retenu à bon droit que le texte est applicable aux baux en cours et que l'action tendant à voir réputer non écrite une clause du bail n'est pas soumise à la prescription.

C'est un principe que la Cour de cassation a formulé avec la plus grande fermeté (Cass. 1ère civ., 13 mars 2019, n° 17-23169, à paraître au bulletin).

Si cette réputation non écrite ne peut être invoquée alors qu'une procédure était en cours lors de la promulgation de la loi, en revanche, la cour d'appel « a exactement déduit que l'action tendant à voir réputer non écrite la clause du bail relative à la révision du loyer, formée le 13 janvier 2016, soit après l'entrée en vigueur de la loi précitée, était recevable ».

La solution ainsi donnée par la Cour de cassation, sans doute conforme aux vœux du législateur a également pour objet de ne pas laisser subsister trop longtemps deux régimes juridiques de sanction applicables aux clauses irrégulières en matière de bail commercial.

Par ailleurs, sur le troisième moyen dont elle était saisie, la Cour de cassation donne une réponse classique en approuvant la cour d'appel d'avoir souverainement retenu que compte tenu des efforts de la société locataire pour apurer la dette locative, il y avait lieu de lui accorder des délais rétroactifs en application de l'article L. 145-41 du code de commerce jusqu'à la date de son paiement et de décider par conséquent que la clause résolutoire n'avait pas produit ses effets.

- **[Cass. 3ème civ., QPC, 12 novembre 2020, n° 20-15179 P + B + I](#)** : il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité portant sur la contrariété au droit de propriété des articles L. 145-33 et L. 145-34 alinéa premier du code de commerce.

Un bail commercial au profit d'un preneur avait été renouvelé en 2007 moyennant un loyer annuel de 17 238,60 euros.

Après un refus de renouvellement, les bailleurs ont exercé leur droit de repentir et offert le renouvellement du bail dont le loyer a été fixé par un arrêt de la cour d'appel de Limoges à la somme annuelle de 12 000 euros.

La société propriétaire a formé un pourvoi en cassation, d'une part, et par mémoire distinct, d'autre part, a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité sur la question de savoir si les articles L. 145-33 et L. 145-34 alinéa premier du code de commerce sont contraires au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et aux principes d'égalité garantis notamment par les articles 6 et 13 du même texte et par l'article 3 de la constitution de 1958.

La Cour de cassation a décortiqué la question en plusieurs strates.

Elle dit tout d'abord qu'elle n'est ni nouvelle, ni sérieuse.

Ensuite, elle en a exposé les raisons.

Les articles L. 145-33 et L. 145-34 ne sont pas d'ordre public et les parties ont la possibilité de les écarter pour fixer le loyer du nouveau bail (il est évidemment illusoire de penser que, sans contrepartie, le locataire accepterait de renoncer à une valeur locative inférieure au dernier loyer payé ou au plafonnement).

La Cour de cassation énonce ensuite que le bailleur peut demander la révision du loyer à l'issue d'une période de trois ans et compenser ainsi partiellement ou totalement la perte de revenus subie lors du renouvellement du bail.

On sait que la fixation du loyer à la valeur locative, en application des articles L. 145-38 ou L. 145-39 du code de commerce est particulièrement difficile à obtenir compte tenu des conditions très restrictives de la mise en œuvre de ces textes.

Enfin, elle juge que la fixation du loyer à la valeur locative, y compris à la baisse, correspond au juste prix du bail déterminé si nécessaire après expertise contradictoire et sous le contrôle du juge, compte tenu des caractéristiques matérielles du bien et de l'état du marché locatif.

Quant au principe d'égalité, il n'y a évidemment pas lieu de se référer à l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui vise les charges publiques mais la Cour de cassation estime que le bailleur et le preneur n'étant pas dans une situation identique, le législateur est fondé à les soumettre à un traitement différent afin d'assurer la protection du preneur contre la surélévation du loyer en cas de dégradation de l'environnement économique, cette différence de traitement étant limitée, proportionnée et en rapport avec l'objet de la loi, de sorte que la fixation du loyer à la valeur locative sans plancher à la baisse, n'est pas contraire au principe d'égalité.

- **Cass. 3ème civ., 12 novembre 2020, n° 18-25967** : il appartient au juge de rechercher si le loyer du bail renouvelé calculé par application du plafonnement excède la valeur locative.

Cette jurisprudence n'est pas nouvelle (Cass. 3ème civ., 3 déc. 2003, n° 02-11374, Bull. civ. III, n° 219 ; Cass. 3ème civ., 5 nov. 2014, n° 13-21990, Bull. civ. III, n° 139 ; CA Toulouse, 2ème ch., 11 déc. 2019, n° 17/04664, Administrer janv. 2020, p. 49) mais elle présente l'intérêt complémentaire en cassant l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, de décider que la valeur locative s'établit selon les critères définis à l'article L. 145-33 et non sur la base du loyer plafonné.

La cour d'appel avait en effet, pour fixer le prix du bail renouvelé, recherché le montant du loyer plafonné auquel elle avait appliqué des abattements pour tenir compte des charges exorbitantes du droit commun pesant contractuellement sur le preneur.

Or, la Cour de cassation juge que, et cette solution générale doit donc être retenue, que sur le loyer plafonné résultant d'un loyer contractuel indexé, il n'y a pas lieu d'appliquer des facteurs de minoration (pas plus d'ailleurs qu'il n'y aurait lieu d'appliquer des facteurs de majoration).

- **Cass. 3ème civ., 22 octobre 2020, n° 19-19542 P + B + I** : lorsque la constatation de la résiliation du bail est intervenue par l'effet d'une ordonnance de référé passée en force de chose jugée, le bailleur ne peut plus, en cas de non-respect par le preneur des délais de paiement conditionnant la suspension des effets de la clause résolutoire, demander unilatéralement l'exécution du bail résilié.

La décision ci-dessus complète, voire achève la construction jurisprudentielle par la Cour de cassation de la portée qu'il convient de donner aux clauses résolutoires insérées dans les baux et notamment celle de leur rédaction.

Si lorsque la clause résolutoire prévoit que le bailleur pourra s'en prévaloir si bon lui semble, le locataire, après un commandement de payer, même visant la clause résolutoire, ne peut pas lui-même se prévaloir de la résiliation du bail, si le bailleur ne le fait pas (Cass. 3ème civ., 27 avril 2017, n° 16-13625), la Cour de cassation ayant jugé que cette clause avait été stipulée au seul profit du bailleur.

Néanmoins, dans un arrêt postérieur (Cass. 3ème civ., 6 sept. 2018, n° 17-22767), la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé que la clause n'était pas stipulée dans l'intérêt exclusif du bailleur et que le locataire pouvait donc se prévaloir de la résiliation du bail.

Cette jurisprudence règle donc la situation qui est antérieure ou concomitante à la décision du juge appelé à se prononcer sur la constatation de la résiliation du bail.

L'arrêt ici commenté porte sur la situation postérieure et la solution ne prête pas à discussion.

Quoique la clause du bail ait comporté effectivement la disposition selon laquelle le bailleur pourrait se prévaloir de la clause résolutoire « si bon lui semble », il avait obtenu du juge des référés une décision constatant l'acquisition de la clause résolutoire et suspendant ses effets en contrepartie de délais accordés au locataire, sous réserve toutefois que ceux-ci soient respectés sous peine d'acquisition définitive de la clause résolutoire.

L'ordonnance avait été signifiée et était devenue définitive.

La locataire ne s'est pas acquittée de la première échéance. La résiliation du bail était par conséquent irrévocablement acquise et la preneuse prenait acte de la résiliation et indiquait qu'elle allait restituer les clés. Ce à quoi la société propriétaire a répondu qu'elle renonçait à se prévaloir de l'acquisition de la clause résolutoire.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris avait admis, au profit du bailleur, cette faculté eu égard à la rédaction de la clause, en relevant que la société propriétaire avait renoncé au bénéfice de l'acquisition de la clause résolutoire, de sorte que le bail s'était poursuivi entre les parties.

Or, la résiliation ayant été constatée par une ordonnance devenue définitive et donc passée en force de chose jugée (la Cour de cassation relevant qu'aucune décision contraire n'avait été rendue par une juridiction statuant au fond, ce qui aurait été possible), le bailleur ne pouvait plus, en cas de non-respect par le preneur des délais de paiement conditionnant la suspension des effets de la clause résolutoire et provoquant irrémédiablement la résiliation du bail, demander unilatéralement l'exécution du bail résilié.

La renonciation à la décision de justice aurait nécessité l'accord des deux parties.

On conclura en rappelant que si la disposition « si bon semble au bailleur » permet à celui-ci de se prévaloir ou non de la résiliation du bail, d'une part cette résiliation sera acquise et le locataire pourra s'en prévaloir si dans son commandement le bailleur indique qu'il entend en effet se prévaloir de cette disposition et elle sera parfaitement inefficace une fois la résiliation constatée, le bail étant alors définitivement résilié sans possibilité de le faire renaître unilatéralement.

- **Cass. 3ème civ., 22 octobre 2020, n° 19-20443 P + B** : la durée du bail dérogatoire conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014, cumulée avec les baux dérogatoires conclus précédemment ne doit pas être supérieure à trois ans à compter de la date d'effet du premier bail dérogatoire.

L'arrêt est d'importance comme le montre sa vocation à une large et immédiate publication.

Il s'agit en effet de la première décision rendue sur cette question postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Pinel.

Le 1er juin 2013, la société de La Cadène a consenti à un preneur, qui occupait déjà les lieux en vertu d'un précédent bail dérogatoire à l'issue duquel il avait renoncé à se prévaloir du droit au statut des baux commerciaux qui lui était acquis du fait de son maintien dans les lieux, un deuxième bail d'une durée de vingt-quatre mois.

A cette époque en effet la durée du bail dérogatoire était limitée à deux ans mais il était parfaitement admis que le locataire ayant acquis le droit au bénéfice d'un bail statutaire à l'expiration du bail dérogatoire puisse renoncer à ce droit et se lier avec son bailleur par un nouveau bail de même nature.

Toutefois, un troisième bail soumis également au régime des baux dérogatoires a été conclu le 1er juin 2015 pour une durée d'une année jusqu'au 31 mai 2016.

Le litige est né, comme à l'accoutumée lorsque le bailleur a fait savoir qu'il n'entendait plus maintenir le locataire dans les lieux et lui consentir un nouveau bail.

C'est dans ces conditions que la société locataire a revendiqué le droit au bénéfice du statut.

La cour d'appel de Bordeaux a fait droit à la demande de la bailleuse qui sollicitait son expulsion.

Elle a avait considéré que les parties ayant conclu un bail dérogoaire le 1er juin 2014 d'une durée de vingt-quatre mois puis un nouveau bail le 1er juin 2015 d'une durée de douze mois, la durée globale de baux successifs n'excédait pas trois ans.

Le locataire soutenait que dès lors que la cour d'appel avait constaté l'entrée dans les lieux à une date antérieure au 1er juin 2013, il en résultait que le preneur avait acquis la propriété commerciale à la date du 1er juin 2016 et qu'il n'était pas par conséquent occupant sans droit ni titre comme l'avait jugé la cour d'appel.

C'est dans ces conditions qu'intervient cet arrêt de cassation qui répond à une question.

La réponse consiste à décider que le bail conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Pinel devait répondre aux exigences de ce texte et « par suite ne pas avoir une durée cumulée avec celle des baux dérogoaires conclus précédemment pour exploiter le même fonds dans les mêmes locaux de plus de trois ans, courant à compter de la d'effet du premier bail dérogoaire ».

Ainsi, l'intervention de la loi du 18 juin 2014 ne remettait-elle pas le compteur de la durée des baux dérogoaires à zéro.

Pour mesurer la durée de trois ans, durée maximum autorisée par l'article L. 145-5, il convient de se référer à la date de la première entrée dans les lieux du locataire sous le régime du bail dérogoaire. Or, cette date conduisait à constater que la durée cumulée des baux dérogoaires était supérieure à trois ans.

En effet, de l'examen de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux (4ème ch. civ., 29 mai 2019, n° 16-06891), il résulte que le locataire était entré dans les lieux depuis de très nombreuses années et par acte du 31 mai 1995 il avait expressément renoncé au statut des baux commerciaux « pour la conclusion d'un bail dérogoaire de vingt-quatre mois devant prendre fin le 31 mai 1999 ». Il s'ensuivit une succession de baux dérogoaires d'une durée de deux ans, le dernier en date du 1er juin 2013 stipulant que le locataire renonçait de manière expresse à se prévaloir du statut des baux commerciaux.

Quant au point 6 de l'arrêt, la Cour énonce que : « Selon ce texte, les parties ne peuvent pas conclure un nouveau bail dérogoaire pour exploiter le même fonds dans les mêmes locaux à l'expiration d'une durée totale de trois ans que ne peuvent excéder les baux dérogoaires successifs et qui court dès la prise d'effet du premier bail dérogoaire, même si le preneur a renoncé à l'issue de chaque bail dérogoaire à l'application du statut des baux commerciaux ».

La renonciation au bénéfice du statut des baux commerciaux à l'issue d'un bail dérogoaire, ne changeait rien au décompte des années d'occupation sous l'empire du régime de l'article L. 145-5. La Cour de cassation ne se prononce pas sur les effets de cette renonciation qu'elle tient pour acquise (faute de contestation). Si elle avait été contestée, la prise d'effet du bail statutaire aurait été bien antérieure. Aujourd'hui une telle renonciation ne serait plus possible, selon nous (en ce sens : J.-P. Blatter, Traité des baux commerciaux, 6ème éd. Le Moniteur 2017, n° 335).

03/ Formations

03.12.2020 – Ecole Régionale des Avocats du Grand Est (ERAGE) - Distanciel

Jean-Pierre Blatter présentera lors de l'Université d'Hiver la revue de jurisprudence des douze derniers mois.

11.12.2020 – Convention Dalloz Avocats – 100 % Digital

Jean-Pierre Blatter présentera l'actualité des baux commerciaux lors de cette Convention annuelle.