

NOTE – IMMOBILIER / CONSTRUCTION

18/03/2020

Benoît BOUSSIER – Avocat associé
AV Nathalie PEYRON – Avocat associée
Virginie DELANNOY- Avocat counsel

Covid 19 et situation locative des preneurs et des bailleurs

Chers clients,

Au regard des nouvelles mesures de sécurité annoncées tant par le Ministre de l'économie Bruno Le Maire que le Président de la République ces derniers jours à la suite de l'épidémie de Coronavirus, la situation locative pour les preneurs comme pour les bailleurs se trouve fortement impactée. L'arrêté du 15 mars 2020¹ oblige un grand nombre d'établissements recevant du public à une fermeture totale jusqu'au 15 avril 2020.

Pleinement impactés par la fermeture de leurs locaux du fait de la privation de tout chiffre d'affaires, nombreux sont les preneurs qui envisagent la suspension des loyers et charges en tentant d'invoquer la force majeure (1) ou encore la théorie de la révision pour imprévision (2). La difficulté est aussi perceptible pour les bailleurs, notamment pour les non institutionnels, qui doivent également faire face à des charges. Au-delà de la possible mise en œuvre de ces voies de droit, les bailleurs et preneurs sont appelés à discuter, en bonne intelligence, des modalités de paiement des loyers et charges afin de parvenir à une solution acceptable et autant que possible équilibrée pour tous (3).

Dans son allocution du 16 mars 2020, le Président de la République a évoqué la « *suspension des factures d'eau, de gaz ou d'électricité ainsi que les loyers* » pour les « *petites entreprises les plus en difficulté* » et a promis une garantie des prêts bancaires accordés aux entreprises de toute taille à hauteur de 300 milliards d'euros. Le Président de la République a également indiqué réfléchir à un dispositif fiscal qui inciterait les bailleurs à annuler ou reporter les échéances de loyers des preneurs.

Dans l'attente de mesures concrètes et précises prises par le gouvernement qui devraient concerner les bailleurs et les preneurs, nous vous livrons des premières pistes de réflexion.

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041723302&categorieLien=id>

1. La force majeure

Dans ce contexte de crise, nombre de locataires souhaitent pouvoir se libérer de leurs obligations contractuelles.

Pourraient-ils légitimement invoquer un cas de force majeure pour échapper à leurs obligations nées d'un bail commercial ?

Le Ministre Bruno Le Maire a annoncé que le Coronavirus sera considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises en particulier au regard des marchés publics de l'État, justifiant l'inapplication des pénalités en cas de retard dans l'exécution des prestations contractuelles.

Cette mesure serait-elle transposable aux baux commerciaux ?

La force majeure se trouve définie à l'article 1218 du code civil et se trouve caractérisée lorsque l'évènement est imprévisible, irrésistible et extérieur ; la démonstration des trois conditions cumulatives incombant à celui qui revendique la force majeure.

- (i) L'évènement imprévisible est celui qui n'existe pas lors de la conclusion du bail ;
- (ii) L'évènement est extérieur lorsque le débiteur de l'obligation est tiers à l'origine de l'évènement;
- (iii) L'évènement est irrésistible car rendant l'exécution du contrat impossible.

Si les deux premières conditions ne souffrent pas de discussion pour la situation actuelle, l'irrésistibilité est plus complexe à appréhender ; la survenance de l'évènement et ses effets échappent au débiteur qui doit démontrer l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures appropriées de nature à permettre l'exécution de ses obligations.

Les juges avaient refusé de qualifier de force majeure les épidémies de grippe H1N1, dengue et chikungunya².

Sans minimiser l'ampleur de ces précédentes épidémies, les mesures de confinement et les fermetures de nombreux commerces interrogent sur le caractère de force majeure.

Dans l'hypothèse d'un preneur commercial contraint à fermer du fait d'une activité expressément visée par l'arrêté du 15 mars 2020, le bailleur n'est plus en mesure de respecter son obligation de délivrance de sorte que corrélativement, le preneur pourrait se prévaloir de l'exception d'inexécution pour notifier au bailleur la suspension voire l'annulation du paiement des loyers et charges.

² CA Besançon du 8 janvier 2014, n°12/0229 (grippe H1N1 de 2009) / CA Nancy du 22 novembre 2010 n°09/00003 (dengue) / CA Basse-Terre du 17 décembre 2018, n°17/ 00739)

Dans l'hypothèse d'un preneur commercial qui ne se voit pas interdire l'ouverture de son local mais se trouve impacté par les mesures de confinement (tel est le cas par exemple des locaux de bureaux), le preneur, bien que souffrant une baisse de chiffre d'affaires, ne peut invoquer l'exception d'inexécution, le bailleur ayant satisfait à son obligation de délivrance.

D'autres mesures d'aménagement du paiement des loyers et charges doivent être envisagées ; telles un paiement mensuel à terme échu et/ou une adaptation du montant de loyer corrélative à la baisse d'activité.

2. La révision pour imprévision

Si la force majeure existe depuis l'origine du code civil, il n'en est pas de même de la révision pour imprévision codifiée à l'article 1195 du code civil depuis la réforme du droit des obligations introduite par l'ordonnance du 10 février 2016.

Les parties peuvent renégocier le contrat lorsqu'un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

Sans nul doute, l'apparition du Coronavirus et les conséquences en résultant pour l'économie devraient permettre l'application de cet article puisque ce changement de circonstances n'était pas prévisible lors de la conclusion du contrat et rend l'exécution de celui-ci particulièrement difficile pour l'une des parties.

La codification récente de cette théorie dite de « l'imprévision » ne permet pas d'avoir le recul sur son application, outre qu'elle n'aurait vocation à ne s'appliquer que pour les baux récents car conclus ou renouvelés postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance susvisée, soit à compter du 1^{er} octobre 2016.

Enfin, à défaut d'accord entre les parties sur la renégociation du contrat, le recours au juge s'impose...mais les juridictions sont à ce jour closes jusqu'à nouvel ordre.

Etant supplétif de volonté, de nombreux baux ont purement et simplement écarté l'application de cet article pour éviter toute renégociation du contrat.

Une même dérogation contractuelle est également usuelle en ce qui concerne la force majeure.

Cependant, à circonstances exceptionnelles, mesures exceptionnelles qui devraient amener bailleurs et preneurs à discuter de manière pragmatique afin que chacun retrouve un certain équilibre pour permettre la reprise de l'activité, le cap de la crise passé.

3. La concertation nécessaire entre bailleurs et preneurs

Le Centre national des centres commerciaux (CNCC) a publié un communiqué de presse dans lequel il recommande aux bailleurs de mensualiser les loyers et charges facturés au titre du

deuxième trimestre 2020 et de suspendre temporairement la mise en recouvrement des loyers et charges du mois d'avril dans l'attente des décisions gouvernementales.

Le Ministre de l'Economie, Monsieur Bruno Le Maire a par ailleurs indiqué que les reports et annulations de loyers ne devront pas être faits de manière autoritaire. Un principe de solidarité doit s'appliquer pour les bailleurs.

Les modalités de règlement des loyers et charges doivent être repensées, dans un premier temps à court terme puis ensuite à plus long terme.

Un paiement mensuel doit être privilégié en lieu et place d'un paiement trimestriel, tout comme un paiement à terme échu.

Quant aux loyers basés sur le chiffre d'affaires – qu'ils soient « full variables » ou binaires (une partie fixe et une partie basée sur le chiffre d'affaires)- , il devrait pouvoir être envisagé un loyer uniquement basé sur le chiffre d'affaires avec un taux d'effort adapté notamment en fonction de l'activité, et à moduler dans la durée.

Malgré l'adage selon lequel « *le bailleur n'est pas l'associé du preneur* », l'effort doit être commun et concerté afin pour les bailleurs de pérenniser la location des locaux et éviter la vacance déjà perceptible depuis les gilets jaunes et les grèves et pour les preneurs assurer la reprise de leur activité.

Une réflexion sur un horizon plus lointain doit être menée pour envisager une réduction des loyers commerciaux afin d'adapter les coûts d'exploitation à la réalité de l'activité et une exclusion de la mise en œuvre de toutes pénalités et garanties contractuelles.

Certains bailleurs, comme la Compagnie de Phalsbourg et Ceetrus ont d'ores et déjà annoncé des mesures de solidarité tendant à annuler le règlement des loyers et charges des locataires d'enseignes non-alimentaires entre le 15 mars et le 15 avril 2020.

A compter du 15 avril 2020, la mensualisation des loyers et charges sera adoptée au second trimestre 2020.

Les cinq fédérations majeures du commerce – dont PROCOS, Fédération française de la franchise- ont diffusé un communiqué de presse le 18 mars 2020 invitant les bailleurs à annuler les loyers et charges pendant la durée de fermeture des locaux et au remboursement rétroactif sur la période du 14 au 31 mars 2020 pour les preneurs contraints à fermer leurs locaux.

Pour ceux dont l'activité reste possible, elles recommandent un paiement mensuel à terme échu et une adaptation du montant des loyers.

Les assureurs pourraient également être mis à contribution au titre des pertes d'exploitation.

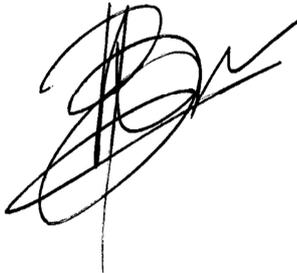
A s'en tenir à une lecture stricte des polices d'assurances, les conséquences d'une maladie contagieuse et d'une épidémie constituent une clause d'exclusion.

La situation actuelle pourrait amener à revoir en limitant cette exclusion.

Nous vous recommandons vivement d'anticiper le mois ou le trimestre qui arrive en engageant dès maintenant le processus que ce soit en votre qualité de bailleur ou de preneur et en privilégiant un dialogue constructif.

Nous demeurons bien entendu à votre disposition pour vous conseiller au mieux pour passer ce cap aussi turbulent qu'inattendu.

Benoît BOUSSIER
Avocat associé



Virginie DELANNOY
Avocat conseil

Covid 19 – Situation des chantiers en France

Chers tous,

A la lumière des nouvelles mesures de sécurité annoncées par le Président de la République et entrées en vigueur le 17 mars 2020 12h00, restreignant pour une durée minimale de 15 jours les déplacements sur l'ensemble du territoire national, vous trouverez ci-après notre éclairage sur la possibilité de poursuivre ou non la réalisation des chantiers en cours :

1- La poursuite du chantier est elle possible ?

- (i) Selon les recommandations du Gouvernement (décret du 16 mars 2020) , sont autorisés les déplacements pour se déplacer de son domicile à son lieu de travail dès lors que le télétravail n'est pas possible, étant précisé qu'aucune disposition particulière n'a encore été édictée pour interdire la poursuite des travaux de bâtiments ; d'ailleurs la consultation du site de la FFB ne mentionne pas de recommandation sur l'arrêt complet des chantiers. En conséquence l'application littérale du texte actuellement en vigueur est de permettre la poursuite des travaux, (puisque le télétravail n'est pas possible) en respectant les normes d'hygiène et de sécurité, à savoir :
- Se laver les mains très régulièrement
 - Tousser ou éternuer dans son coude ou dans un mouchoir
 - Saluer sans se serrer la main, éviter les embrassades

- Utiliser des mouchoirs à usage unique et les jeter
 - Eviter les rassemblements, limiter les contacts
 - Mise à disposition des masques (si possible et si nécessaire compte tenu de la proximité des salariés qui serait nécessaires) et des gels hydro alcooliques
 - Prévoir, si possible, des équipes réduites et adaptés les conditions de travail pour éviter les contacts rapprochés (pas moins d'1 mètre).
- (ii) Cette poursuite des travaux s'impose lorsqu'il est nécessaire de réaliser des travaux de mise en sécurité d'un chantier ou de terminer une prestation mettant en cause la sécurité des personnes (installation électrique non protégée, gros œuvre ou cloisonnement instable...). Dans tous les cas, Pour justifier leurs déplacements, les travailleurs devront présenter leur Carte BTP et l'autorisation de déplacement dérogatoire (téléchargeable sur le site du Ministère de l'intérieur <https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Attestation-de-deplacement-derogatoire-et-justificatif-de-deplacement-professionnel> ou à rédiger sur papier libre). Les entreprises sont invitées à établir également une attestation à fournir aux salariés, en indiquant notamment la localisation du chantier (modèle en annexe ci-après).
- (iii) A ce décret qui fixe de manière générale les dispositions applicables au déplacement sur le territoire français, s'opposent :
- Une obligation légale selon laquelle tout employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la protection de la santé de son personnel : il lui appartient de procéder à une évaluation du risque professionnel ; évaluation qui doit être renforcée et adaptée en cas d'épidémie : il devra alors tout mettre en œuvre pour éviter au maximum les risques de contagion sur le lieu de travail ou à l'occasion du travail par des mesures telles que des actions de prévention, des actions d'information et de formation ainsi que la mise en place de moyens adaptés, conformément aux instructions des pouvoirs publics.
 - La réalité de la diminution voire de la suppression des approvisionnements de chantier : en effet de nombreux fournisseurs ont cessé tous leurs approvisionnements, ce qui va tarir automatiquement la possibilité de poursuivre la réalisation de travaux.
 - La décision du coordonnateur SPS qui peut imposer la suspension des travaux pour des raisons de sécurité ;
- (iv) Dans ces conditions, il est fort probable qu'au-delà des travaux de mise en sécurité, les chantiers en cours sur le territoire français vont être suspendus dans les jours à venir.
- (v) Sur le plan juridique, et même si la propagation du virus était connue depuis plusieurs jours, des mesures édictées par le gouvernement n'étaient pas prévisibles et certaines tant dans leur ampleur que dans leur durée. Dès lors, la suspension du chantier, pour les raisons sanitaires que nous connaissons, pourrait être qualifiée d'évènement de force majeure, compte tenu du caractère extérieur, non prévisible (dans ses conséquences et sa durée), irrésistible de la crise sanitaire. Cet évènement de force majeure devrait justifier le report du délai contractuel d'exécution, puisque l'origine du retard qui en découle est une cause non

imputable aux parties. Restera ensuite à régler les conditions d'indemnisation des entreprises dont les travaux sont suspendus qui seront surement discutées et évoquées par la suite mais à ce stade il est difficile de pouvoir affirmer les solutions qui seront retenues.

- (vi) En cas de décision de suspension des travaux, soit par le maître d'ouvrage, il convient que celui qui en prend l'initiative informe son cocontractant de sa décision en invoquant les raisons qui l'empêchent de poursuivre (obligation de sécurité de l'employeur et rupture de l'approvisionnement), étant précisé que le maître d'ouvrage devra rappeler à l'entreprise son obligation de mettre le chantier en sécurité, en coordination avec le maître d'œuvre d'exécution et le SPS).

2- Les conséquences de la suspension : la garde

La notion de garde concerne la responsabilité de la chose, et plus particulièrement les atteintes à l'ouvrage en cours ou les dommages causés par l'ouvrage en travaux.

La réponse dépendra de ce qui est prévu dans le marché.

- Soit la garde a été transférée à l'entreprise générale ou à une entreprise en particulier. Dans ce cas l'arrêt des travaux prononcé du fait du risque sanitaire s'entend comme une suspension des travaux (le contrat continue à vivre) et non une résiliation qui mettrait un terme au marché. Dans ces conditions, l'entreprise en charge de la garde conserve la responsabilité de l'ouvrage en travaux pendant la suspension et doit appliquer les mesures de sécurité adaptées à cette suspension en fonction de la durée prévisible. Cependant aucune mesure n'est prévue au marché pour assurer un gardiennage et une surveillance continue, il sera à notre sens difficile d'imposer à l'entreprise de prendre en charge ce surcoût.
- Soit la garde n'a pas été transférée aux entreprises, par une clause spécifiquement rédigée en ce sens dans le marché, et la question de la responsabilité de l'ouvrage (qui du maître d'ouvrage ou de l'entreprise est en charge) est difficile à trancher. En effet, dans ce cas, les tribunaux qui ont eu à juger de la responsabilité de l'ouvrage avant réception, ont recherché si une des entreprises du chantier avait le contrôle et la maîtrise de l'intégralité de l'ouvrage en travaux. Si tel n'était pas le cas, ces juges ont considéré que le maître d'ouvrage restait gardien de l'ouvrage.

En tout état de cause, il nous semble prudent d'informer l'assureur de l'immeuble ainsi que l'assureur Dommages ouvrage de la suspension .

3- Quelles mesures sociales peuvent être prises pour les entreprises concernées par la suspension des travaux (sont concernées tous les intervenants de l'acte de construire) ?

- (i) Des dispositifs sociaux ont été mis en place pour permettre l'activité partielle (chômage partiel), congé maladie spécial et télétravail. En particulier, la demande de chômage partiel simplifié doit être présentée dans les 30 jours, avec effet rétroactif, sur le site du Ministère du travail (<https://activitepartielle.emploi.gouv.fr>)

(ii) Les autres mesures mises en place par le Gouvernement sont les suivantes : (<https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2020/Coronavirus-MINEFI-10032020.pdf>):

- Des délais de paiement d'échéances sociales et/ou fiscales (URSSAF, impôts)
- Dans les situations les plus difficiles, des remises d'impôts directs pouvant être décidées dans le cadre d'un examen individualisé des demandes ;
- Un soutien de l'État et de la banque de France (médiation du crédit) pour négocier avec sa banque un rééchelonnement des crédits bancaires ;
- La mobilisation de Bpifrance pour garantir des lignes de trésorerie bancaires dont les entreprises pourraient avoir besoin à cause de l'épidémie ;
- L'appui au traitement d'un conflit avec des clients ou fournisseurs par le médiateur des entreprises ;
- La reconnaissance par l'État et les collectivités locales du Coronavirus comme un cas de force majeure pour leurs marchés publics. En conséquence, pour tous les marchés publics d'État et des collectivités locales, les pénalités de retards ne seront pas appliquées.

Nous vous invitons également à suivre l'actualité sur le site officiel du Gouvernement (<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>) ; du Ministère d travail (<https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/l-actualite-du-ministere/article/coronavirus-questions-reponses-pour-les-entreprises-et-les-salaries>) de la Fédération Française du Bâtiment (ffbatiment.fr) et de la Fédération des Promoteurs Immobiliers (fpifrance.fr).

Nous restons à votre disposition pour vous aider en fonction de chaque situation à rédiger le message adapté pour la suspension d'un chantier, au cas par cas. Le département immobilier reste joignable ou par téléphone pour le suivi de vos demandes.

A très bientôt,

Bien cordialement

Benoît BOUSSIER
Avocat associé

A black ink signature of Benoît BOUSSIER, consisting of a stylized, overlapping 'B' and 'S' followed by a horizontal line.

Nathalie PEYRON
Avocat Associée

A blue ink signature of Nathalie PEYRON, written in a cursive style.

Annexe : MODELE D'ATTESTATION DE L'ENTREPRISE A L'ATTENTION DE SES SALARIES POUR JUSTIFIER LES DEPLACEMENTS

ATTESTATION DE DÉPLACEMENT DÉROGATOIRE

En application de l'article 1er du décret du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, la société [INSERER DENOMINATION et FORME SOCIALE], immatriculée au RCS de [INSERER VILLE] sous le n° [INSERER N° immatriculation] at ayant son siège [INSERE L'ADRESSE DU SIEGE SOCIAL], certifie que Monsieur/Madame [INSERER NOM ET PRENOM] né.e le [INSERER DATE] à [INSERER VILLE] et demeurant [INSERER ADRESSE] est un salarié.e de l'Entreprise et qu'il est affecté.e au chantier sis [INSERER ADRESSE CHANTIER] et que son déplacement est lié au motif suivant :

déplacements entre le domicile et le lieu d'exercice de l'activité professionnelle, lorsqu'ils sont indispensables à l'exercice d'activités ne pouvant être organisées sous forme de télétravail (sur justificatif permanent) ou déplacements professionnels ne pouvant être différés,

conformément à l'article 1er du décret du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19.

Fait à [INSERER LIEU], le/...../2020

[SIGNATURE + TAMPON DE LA SOCIETE]