

Second confinement : les nouvelles mesures de protection des preneurs à bail commercial face à la crise sanitaire

Dans le cadre de l'épidémie de Covid-19, l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 a institué différentes mesures de gestion de la crise sanitaire portant plus particulièrement sur les loyers et les charges. Le décret n°2020-1766 du 30 décembre 2020 définit les critères d'éligibilité à ces mesures.

D. n°2020-1766, 30 déc. 2020, relatif aux bénéficiaires des dispositions de l'article 14 de la 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 et portant sur les loyers et charges locatives : JO, 31 déc. 2020.

La 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 a, en son article 14, suspendu de manière temporaire toute action, toute sanction, toute voie d'exécution forcée pour non-paiement des loyers et des charges relatifs aux baux commerciaux et professionnels pour les entreprises dont les activités sont affectées par une mesure de police administrative prise en application des 2° ou 3° du I de l'article 1^{er} de la loi n°2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire ou du 5° du I de l'article L.3131-15 du Code de la santé publique.

Restait à savoir quelles personnes physiques ou morales étaient éligibles à cette mesure de protection. En effet, aux termes de l'article 14 de la loi précitée, les bénéficiaires de cette mesure devaient être ultérieurement définis par décret.

Après un mois et demi d'attente, le décret n°2020-1766 du 30 décembre 2020, relatif aux bénéficiaires des dispositions de l'article 14 de la loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020, publié au *Journal officiel* du 31 décembre 2020, définit les critères d'éligibilité à la mesure de protection.

On rappellera que la mesure protectrice a pour objet d'empêcher les bailleurs, en cas de retard de paiement, d'agir contre leurs locataires en paiement des loyers et charges, de prendre des mesures de sûreté ou d'entreprendre des mesures d'exécution. De même, les sanctions, pénalités et mesures financières sont suspendues, comme le cours des intérêts ou les voies d'exécution.

Ce dispositif, institué par l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020, est applicable depuis le 17 octobre 2020 (article 14 VII de la loi), jusqu'à l'expiration d'un délai de 2 mois à compter de la date à laquelle l'activité des bénéficiaires cesse d'être affectée par la mesure de police administrative. Dans sa version initiale, la date envisagée par l'article 1^{er} de la loi était le 16 février 2021. L'article 2 de la loi n°2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, publiée au *Journal officiel* du 16 février, a substitué la date du 1^{er} juin 2021 à celle du 16 février 2021. La mesure de protection devrait donc perdurer au moins jusqu'au 1^{er} août 2021.

I- Les paramètres d'application du texte

Le décret du 30 décembre 2020 a circonscrit la mesure dans des proportions non négligeables, en instituant différents paramètres d'application du texte ayant pour objet de limiter sa portée aux TPE et aux entreprises de taille intermédiaire.

Ces paramètres, par ailleurs cumulatifs, sont au nombre de trois :

- un nombre maximum de salariés ;
- un montant maximum de chiffre d'affaires ;
- une perte de plus de 50 % de chiffre d'affaires au titre du mois de novembre 2020 par rapport à un chiffre d'affaires de référence.

1) Le premier critère retenu est l'effectif

A cet égard, l'article 1, I, 1^o du décret prévoit que l'effectif « salarié » des entreprises doit être inférieur à 250, étant ici précisé que, d'une part, le seuil d'effectif est calculé selon les modalités prévues par le I de l'article L. 130-1 du Code de la sécurité sociale, et que, d'autre part, quand une entreprise contrôle ou est contrôlée par une autre personne morale au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce, il est tenu compte de l'ensemble des salariés des entités liées.

Ce premier critère est, à lui seul, de nature à réduire le champ d'application du texte.

2) Le deuxième critère retenu concerne le seuil de chiffre d'affaires (CA), prévu à l'article 1, I, 2^o du décret.

Celui-ci doit être inférieur à 50 millions d'euros lors du dernier exercice clos.

Pour les activités n'ayant pas d'exercice clos, le montant du CA mensuel moyen doit être inférieur à 4,17 millions d'euros.

Les premier et deuxième critères sont pris en compte au premier jour où la mesure de police administrative visée à l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 s'est appliquée.

3) Enfin, le troisième critère retenu par le décret est la perte de chiffre d'affaires.

Pour bénéficier de la mesure de protection, il faut avoir perdu au moins 50 % du CA du fait des mesures de police administrative. Il faut donc nécessairement un lien de causalité entre les mesures administratives et la perte de chiffre d'affaires constatée.

La période de calcul de la perte de chiffre d'affaires diffère selon la date de création des entreprises :

- pour les entreprises créées avant le 1^{er} juin 2019, la perte de CA de plus de 50 % doit porter sur la période comprise entre le 1^{er} novembre 2020 et le 30 novembre 2020, par rapport à un CA de référence, qui est celui de la même période de l'année précédente ou, si l'entreprise le souhaite, le CA mensuel moyen de l'année 2019 ;
- si l'entreprise a été créée entre le 1^{er} juin 2019 et le 31 janvier 2020, on retiendra comme chiffre d'affaires de référence, le CA mensuel moyen sur la période comprise entre la date de création et le 29 février 2020 ;
- si l'entreprise a été créée entre le 1^{er} février 2020 et le 29 février 2020, le chiffre d'affaires de référence sera celui réalisé en février 2020, ramené sur 1 mois ;
- enfin, pour les entreprises créées après le 1^{er} mars 2020, le chiffre d'affaires mensuel de référence sera le CA moyen réalisé entre le 1^{er} juillet 2020 ou, à défaut, la date de création de l'entreprise et le 30 septembre 2020.

Il est apporté une précision pour les entreprises ayant fait l'objet d'une mesure d'interdiction d'accueil du public. Pour celles-ci, en effet, le CA du mois de novembre 2020 n'intègre pas, pour la détermination du seuil, le CA réalisé au titre des activités de vente à distance avec retrait en magasin ou livraison.

II- Les éléments justificatifs

Pour être éligibles à la mesure de protection, les bénéficiaires doivent fournir une simple déclaration sur l'honneur attestant qu'ils remplissent les conditions de l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020, accompagnée de tout document comptable, fiscal ou social justifiant que les critères du décret sont réunis (seuils de salariés et de chiffre d'affaires). La perte de CA est, quant à elle, établie sur la base d'une estimation.

Les entreprises de moins de 50 salariés bénéficiant du fonds de solidarité pourront justifier de leur situation en présentant l'accusé-réception du dépôt de leur demande d'éligibilité audit fonds au titre du mois de novembre 2020, accompagné de tout document comptable ou fiscal permettant de justifier qu'elles ne dépassent pas le niveau de CA constituant le deuxième critère visé ci-dessus.

Il est loisible de voir ici le souci des rédacteurs du décret d'alléger au maximum le formalisme pour favoriser l'application de la mesure de protection.

Il va de soi que toute fausse déclaration sera susceptible d'engager la responsabilité du preneur, la non-application du texte, voire, le cas échéant, la résiliation du bail en vertu de l'article 1229 du Code civil pour les baux signés postérieurement au 1^{er} octobre 2016, et de l'article 1184 du Code civil pour les baux signés avant cette date.

III- L'accumulation de textes, source de confusion

Force est de constater que ce décret définissant les critères d'éligibilité aux mesures protectrices dans le cadre du « confinement 2 » est infiniment plus simple que le décret d'application du texte ayant institué des mesures protectrices des locataires dans le cadre du premier confinement (ord. n°2020-316, 25 mars 2020, puis D. n°2020-378, 31 mars 2020, mod. par D. n°2020-757, 20 juin 2020).

Force est également de constater qu'entre le « confinement 1 » et le « confinement 2 », les mesures se sont largement durcies pour les bailleurs (plus de possibilité d'action, plus de possibilité de prendre des mesures conservatoires...).

Ainsi, si les loyers et charges demeurent exigibles, leur recouvrement n'est provisoirement plus possible pour les bailleurs en cas d'inexécution de la convention locative par les preneurs pendant la période concernée.

Cette mesure, qui fait peser sur les bailleurs la dette locative, risque d'avoir des effets pervers pour les preneurs, dès lors que les loyers et charges seront réclamés en totalité quand ils redeviendront exigibles, au risque d'entraîner des résiliations de bail et de nombreuses procédures collectives. Elle risque également d'entraîner des difficultés financières certaines pour les bailleurs ayant fait financer l'acquisition de leur bien par un prêt, ou vivant des fruits de leurs loyers.

On peut par ailleurs s'interroger sur l'opportunité de cette mesure, dès lorsque la loi de finances pour 2021 (L. n°2020-1721, 29 déc. 2020), aux termes de son article 20, incite fortement les bailleurs à renoncer définitivement aux loyers hors taxes et hors accessoires échus au titre du mois de novembre 2020, en leur accordant un crédit d'impôt.

Or, au risque de brouiller le message, les critères d'éligibilité des entreprises à cette mesure d'incitation fiscale sont très différents de ceux du décret du 30 novembre 2020.

Ainsi, le cumul des deux textes (article 14 de la loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 et article 20 de la loi n°2020-1721 du 29 décembre 2020), publiés à quelques semaines d'intervalle mais s'ignorant l'un l'autre, rend la lisibilité de l'ensemble difficile et la cohérence incertaine, au risque de nuire à leur mise en œuvre.

Le foisonnement des textes en matière de loyers et charges, à la suite de la crise sanitaire, n'est pas sans conséquence sur leur compréhension. Montesquieu avait très certainement raison quand il écrivait que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires » (*De l'esprit des lois*, livre 29).

La force obligatoire du contrat de bail doit demeurer la règle. C'est la raison pour laquelle les mesures incitatives comme celles instituant un crédit d'impôt sont toujours préférables aux mesures impératives, telles que celles prévues par l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020.

Camus disait : « L'homme du siècle demande des lois et des institutions de convalescence qui le brident sans le briser, qui le conduisent sans l'écraser ». Espérons qu'il en sera ainsi, mais le doute est permis.

André JACQUIN