

**LIBRE OPINION DOCTRINALE SUR L'EXISTENCE ET/OU  
L'EXIGIBILITE DES LOYERS COMMERCIAUX A L'EPREUVE DES  
TURBULENCES GENEREES PAR LA CRISE SANITAIRE (COVID-  
19)**

***A PRIORI* MIS SOUS LE BOISSEAU AU PROFIT DU DROIT SPECIAL DES BAUX  
COMMERCIAUX, LE DROIT COMMUN DES CONTRATS EN GENERAL ET/OU LE DROIT  
COMMUN DU BAIL EN PARTICULIER SERAIENT-ILS, *A POSTERIORI*, SUSCEPTIBLES  
DE BONDIR DE LEUR EMBUSCADE ?**

**Moussa THIOYE**

Professeur de droit privé à l'Université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IEJUC (EA  
1919), directeur du Master Droit de l'immobilier

## Table des matières

<b>I. – De la quête, plutôt en vain, de remèdes extraits du droit commun des contrats en général .....</b>	<b>5</b>
<b>A. - Le remède clairement illusoire de la théorie de la force majeure .....</b>	<b>5</b>
<b>B. - Le remède probablement illusoire de la théorie de l'imprévision .....</b>	<b>9</b>
<b>C. - Le remède clairement illusoire de la théorie de l'exception d'inexécution .....</b>	<b>10</b>
<b>D. - Le remède vraisemblablement illusoire de la théorie de l'abus de droit .....</b>	<b>12</b>
<b>E. - Le remède vraisemblablement « pertinent et concluant » des théories de la bonne foi et de l'équité.....</b>	<b>13</b>
<b>F. - Le remède clairement illusoire de la théorie de l'enrichissement injustifié .....</b>	<b>14</b>
<b>II. – De la quête, plutôt en vain, de remèdes tirés du droit commun du bail en particulier : le remède clairement illusoire de la perte de la chose louée .....</b>	<b>14</b>

**Précisions d'évidence et de prudence sur l'intitulé du sujet.** S'interroger sur « l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux à l'épreuve des turbulences générées par la crise sanitaire » peut, *a priori*, sembler curieux, au moins en ce qui concerne « l'existence des loyers » puisque l'existence d'un loyer réel et sérieux constitue, dans n'importe quel bail, commercial ou autre, une exigence structurelle ou condition de formation et de validité ainsi qu'un critère de qualification du contrat. En effet, parce qu'il nécessite un prix appelé loyer et, parfois, redevance, le bail fait partie des contrats à titre onéreux ou « intéressés »<sup>1</sup> dans lesquels toutes les parties « recherchent un avantage » ou, en d'autres termes, « font des affaires »<sup>2</sup>. Autrement dit, le bail n'est jamais à titre gratuit et, partant, le défaut de stipulation d'un loyer – ou d'un loyer sérieux – emporte la nullité du contrat, sauf s'il peut être requalifié en convention d'hébergement ou en commodat<sup>3</sup>. Autant dire alors que, avec ou sans une crise sanitaire comme la Covid-19, un bail commercial ne saurait exister ou subsister sans un loyer réel et sérieux puisque l'existence et le paiement de celui-ci constitue, depuis toujours et pour toujours, la cause de l'obligation du bailleur et l'objet de l'obligation du locataire. Ainsi, plaider la non-existence du loyer ou, plus exactement, sa « disparition » équivaldrait, fatalement et logiquement, à plaider en même temps la « disparition » même du bail lui-même. Il nous semble ainsi que, sauf si des locataires sont tentés de cesser de l'être, parce qu'ils voudraient se libérer de leur contrat, ils devraient se concentrer leurs demandes d'indulgence ou d'absolution sur la seule exigibilité des loyers sans essayer de remettre en cause leur existence proprement dite puisque, par définition, il ne peut pas y avoir de bail qui tienne sans loyer qui le soutienne.

**Place et rôle subsidiaires, mais réels, du droit commun en présence d'un statut d'ordre public.** Pour diverses considérations, juridico-financières, le recours au bail commercial est une opération assez courante chez les commerçants ou assimilés, en particulier dans le secteur du commerce de détail. Or, cette situation fait courir à l'exploitant du fonds le risque de perdre celui-ci s'il est expulsé, à tort ou à raison, de ses locaux d'exercice, notamment à l'arrivée du terme du contrat à durée déterminée. C'est la raison pour laquelle le législateur a, très tôt, instauré un système de protection du locataire-commerçant. Enfermées dans un domaine assez précis, les règles matérielles spécialement applicables, qui sont impératives (en vertu d'un ordre public de protection), sont aujourd'hui prévues aux articles L. 145-1 et s. et R. 145-1 et s. du Code de commerce et ont trait tant au contrat initial qu'à son renouvellement. Cela dit, le droit commun des obligations conventionnelles a vocation à s'appliquer aux contrats spéciaux en l'absence de dispositions spéciales contraires et, dans les baux commerciaux, il y a de très nombreux points qui, dans le silence du statut spécial, sont fatalement et heureusement régis, de manière supplétive ou palliative, par le droit commun du bail (C. civ., art. 1708, 1709 et

<sup>1</sup> C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, Éditions techniques, 6<sup>e</sup> éd. 1942, par E. Bartin, p. 418.

<sup>2</sup> H., L. et J. Mazeaud et Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, Théorie générale, op. cit.*, n° 100.

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 déc. 1971, n° 70-13.450 : *Bull. civ.* 1971, III, n° 644, p. 460 : « attendu que l'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée, impliquant la stipulation d'un loyer sérieux, les juges du fond ont pu déduire des circonstances de la cause, que le bail consenti par la société X... était nul ». – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 avr. 1976, n° 74-13.925 : *Bull. civ.* 1976, III, n° 176, p. 137. – À l'inverse, un soi-disant prêt à usage (commodat) doit être requalifié en bail (rural en l'espèce) dès lors qu'il y a un caractère onéreux de la mise à disposition même si le versement de la contrepartie n'est pas régulier (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 mars 2012, n° 11-14.630 : *BRDA* 8/2012, comm. 19).

art. 1711 et s.) ou, si cela ne suffit toujours pas, par le droit commun des contrats en général (C. civ., art. 6 et art. 1100 et s.).

Ainsi, *a priori*, le particularisme et la « préséance » du droit spécial des baux commerciaux, dans son domaine propre, n'annihilent pas le classicisme et la vivacité du droit commun des obligations contractuelles dont les ressources sont incontestablement inépuisables. En effet, même « *s'il s'est produit une réduction constante du domaine du droit commun [...], la multiplication des régimes particuliers n'implique aucunement la disparition du droit commun* »<sup>4</sup>. En effet, même si la théorie générale du contrat a subi, entre autres assauts de branches nouvelles s'étant développées hors du Code civil, celui du droit immobilier spécial, elle est et demeure « *le fondement de tout le droit privé et le tronc commun à toutes les disciplines* »<sup>5</sup>. Même si les dispositions générales communes à tous les contrats ont vocation à être mises sous la table en présence de dispositions juridiques particulières à certains contrats, puisque « *specialia generalibus derogant* » (C. civ., art. 1105, alinéa 3 : « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* »), le droit commun « *constitue véritablement le cœur du droit privé* », « *le ciment du droit privé* »<sup>6</sup> et, à ce titre, il reste susceptible de resurgir pour suppléer ou reléguer au second plan le droit spécial officiellement à l'affiche comme peut l'être le droit spécial des baux commerciaux.

Ainsi, face aux difficultés et turbulences générées par la crise sanitaire actuelle (Covid-19), notamment à propos de l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux, on peut se poser la question de savoir si, même s'il est *a priori* mis sous le boisseau au profit du droit spécial des baux commerciaux, le droit commun du bail en particulier (recours ou secours de premier rang) et/ou le droit commun des contrats en général (recours ou secours de second rang) ne seraient pas, *a posteriori*, susceptibles de bondir de leur embuscade ?

En effet, avec la crise sanitaire générée par le Covid-19, aussi imprévue (sans être, peut-être, totalement imprévisible) qu'irrésistible ou difficilement résistible, le droit commun, dans tous ses variants, a dû sortir de son refuge pour combler ou tenter de combler les vides laissés par le statut des baux commerciaux. Nous devrions plutôt dire, pour plus de justesse, que l'on a essayé, plutôt en vain d'ailleurs, de mobiliser le droit commun du bail et le droit commun des contrats pour suppléer ou reléguer au second plan le droit spécial des baux commerciaux et surmonter son impuissance normative. Avec quels outils, quelles armes, quels bagages, quels arguments, quelles sources, quels moyens ? La théorie de la force majeure ? La théorie de l'imprévision ? La théorie de l'exception d'inexécution ? La théorie de l'abus de droit ? La théorie de la bonne (ou mauvaise) foi ? La théorie de l'équité ? La théorie des risques (ou de la perte de la chose louée) ? Tout cela à la fois ? Ou rien de tout cela parce que, en principe, « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (C. civ., art. 1103) et que, partant, les « contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise » (C. civ., art. 1193)<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et Fr. Chénéde, Droit civil. Les obligations, Précis Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2018, n° 13.

<sup>5</sup> A. Bénabent, Droit des obligations, LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 2019, n° 7.

<sup>6</sup> A. Bénabent, op. cit., n° 7.

<sup>7</sup> On parle de force obligatoire (intangibles et irrévocables) du contrat souvent exprimée par l'adage canoniste « *pacta sunt servanda* ».

On sait que des locataires commerçants désemparés et se sentant désarmés devant la crise sanitaire et les restrictions juridico-administratives y attachées ont, plutôt en faisant feu de tout bois, saisi les tribunaux pour tenter de se libérer ou d’être déchargés, temporairement ou définitivement, de leurs dettes contractuelles de loyers. On sait, en effet, que « *la crise sanitaire liée à la Covid-19 et les mesures prises pour l’endiguer ont conduit certains preneurs à bail commercial à contester l’obligation de paiement des loyers ou à chercher à échapper aux conséquences d’un défaut de paiement* »<sup>8</sup>. On sait aussi que des tribunaux se sont prononcés sur à peu près tout mais avec des réponses confinant généralement à un rien ou un quasi-rien... pour les locataires demandeurs<sup>9</sup>. Des tribunaux « producteurs » parmi lesquels on ne compte pas encore la plus haute des juridictions, la Cour de cassation, dont l’avis<sup>10</sup> promis pour le 5 octobre et ainsi attendu, guetté, redouté ou espéré n’arrivera finalement jamais parce que les parties à l’origine de la procédure ont, « malheureusement » pour la doctrine, eu la bonne idée de troquer leur bras de fer juridictionnel contre une poignée de main transactionnelle et donc contractuelle<sup>11</sup>.

## I. – De la quête, plutôt en vain, de remèdes extraits du droit commun des contrats en général

### A. - Le remède clairement illusoire de la théorie de la force majeure

**Question(nement).** Un des arguments invoqués en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, des dettes contractuelles de loyers commerciaux a pu être tiré et pourrait encore être tiré de la théorie de la force majeure commandant de

<sup>8</sup> S. Brenna, Covid-19 et baux commerciaux : synthèse critique de jurisprudence des juges du fait, Revue des loyers, avril 2021, n° 1016, p. 162 et s., spéc. p. 162.

<sup>9</sup> Voir S. Brenna, art. préc. ; P.-H. Brault, Le bail commercial et les effets de la pandémie de Covid-19 : premières décisions et quelques observations, Loyers et copropriété, n° 1, janvier 2021, comm. n° 1, p. 8 et s.

<sup>10</sup> Avis n° 21-70.013 demandé par le tribunal judiciaire de Chartres.

<sup>11</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 octobre 2021, n° 21-70.013 : « *la procédure à l’occasion de laquelle a été sollicité l’avis de la Cour de cassation ayant pris fin, il n’y a pas lieu à avis* ».

La Cour de cassation a reçu, le 9 juillet 2021, une demande d’avis formée le 6 juillet 2021 par le tribunal judiciaire de Chartres, dans une instance opposant la société Maisons du monde France à la SCI DPN. La demande d’avis était ainsi formulée dans les termes ci-reproduits.

1) Dans le cas d’un bail commercial conclu au profit d’un preneur touché par la fermeture administrative ordonnée en vertu des décrets pris pour lutter contre la propagation de l’épidémie de Covid 19, le preneur peut-il opposer l’exception d’inexécution et refuser le paiement des loyers en faisant valoir que le bailleur a manqué à son obligation de délivrance d’une chose apte à l’usage convenu, quand bien même ce manquement ne serait pas de son fait mais dû à un cas de force majeure ?

2) La fermeture administrative ordonnée en vertu des décrets pris pour lutter contre la propagation de l’épidémie de Covid 19 constitue-elle un cas de force majeure qui frappe la substance même du contrat de bail, de sorte que celui-ci serait alors suspendu (le bailleur serait dispensé de son obligation de délivrance pendant la durée des mesures réglementaires et le preneur serait dispensé du paiement de loyer et des charges) ?

3) L’interdiction temporaire d’exploiter des locaux commerciaux décidée par les pouvoirs publics pour lutter contre la pandémie équivaut-elle à une perte partielle de la chose louée au sens de l’article 1722 du code civil, justifiant une dispense de paiement des loyers pour la période considérée ?

Néanmoins, par jugement du 15 septembre 2021, le tribunal judiciaire de Chartres a constaté l’extinction de l’instance et de l’action, ainsi que son dessaisissement, par l’effet du désistement d’instance et d’action de la société Maisons du monde France, accepté par la SCI DPN.

Il s’ensuit, selon la Cour de cassation que « *la procédure à l’occasion de laquelle a été sollicité l’avis de la Cour de cassation ayant pris fin, il n’y a pas lieu à avis* ».

libérer le débiteur « empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé » (C. civ., art. 1148 ancien).

Rappelons que face à la situation d'impuissance dans laquelle peut se trouver une personne assujettie à une force qui lui est supérieure et dépasse ainsi ses capacités de résistance, la morale populaire s'exprime par un proverbe bien connu : « à l'impossible, nul n'est tenu ». Un aphorisme que le droit des obligations a dû faire sien, çà et là, pour venir au secours du débiteur contractuel dont la défaillance trouve son origine dans la force majeure. En effet, l'ancien article 1148<sup>12</sup> et, notamment, les nouveaux articles 1218<sup>13</sup>, 1231-1<sup>14</sup> et 1307-2<sup>15</sup> 1351<sup>16</sup>, 1360<sup>17</sup>, du Code civil apportent un bémol sérieux, voire une nette échappatoire, au célèbre principe de la force obligatoire du contrat. Certes, comme toute obligation juridique, l'obligation contractuelle jouit, en principe, d'un caractère contraignant qui entraîne, dans son sillage, un caractère irrévocable et un caractère intangible (C. civ., art. 1103, 1104 et 1193 ; ancien article 1134). Appliquant ainsi l'adage canonique « *pacta sunt servanda* », ces textes imposent le respect de la parole contractuellement donnée. Et, en général, le pari sur l'avenir que constitue le contrat est gagné grâce à l'exécution correcte et intégrale des obligations convenues. Cela dit, tout pari sur l'avenir recèle une part de risques puisqu'il peut arriver que le scénario contractuel ne soit guère suivi avec fidélité parce qu'il y aura eu des écarts ou déviations par rapport à la ligne de conduite initialement tracée. Le contrat, « *instrument d'anticipation sur le futur* »<sup>18</sup>, peut être appelé à traverser des zones de turbulence et, ainsi, s'exposer à des risques d'inexécution totale ou partielle, tardive ou défectueuse. Il y a, parmi ces risques, les risques externes pouvant tenir à une impossibilité d'exécution et, dans cette situation, le débiteur impuissant mérite compréhension et indulgence. Puisque la défaillance contractuelle est justifiée, le droit doit faire s'approprier le proverbe selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu ». Et c'est ce que réalise depuis toujours le Code civil dans les textes susmentionnés. L'idée est que la force majeure est un motif d'absolution du débiteur défaillant qui, à cause d'un événement qui le dépasse et le domine, ne peut plus faire face à ses obligations contractuelles. En effet, dans l'hypothèse où, par suite d'un obstacle de force majeure, des obligations contractuelles autres que de somme d'argent ou d'une chose de genre<sup>19</sup> se trouvent définitivement dans l'impossibilité d'être

<sup>12</sup> « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

<sup>13</sup> « 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. »

<sup>14</sup> « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

<sup>15</sup> « Si elle procède d'un cas de force majeure, l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur. »

<sup>16</sup> « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure. »

<sup>17</sup> « Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure. »

<sup>18</sup> J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., p. 309.

<sup>19</sup> Voir Cass. Com., 16 septembre 2014, n° 13-20306, Bull. civ. IV, n° 118 : « attendu que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de ce cette obligation en invoquant un cas de force majeure ».

exécutées, cette circonstance constitue une cause d'extinction desdites obligations. Par une consécration de l'adage selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu », le législateur exonère de toute condamnation le débiteur empêché d'exécuter ses obligations par la force majeure : selon l'article 1351 du Code civil, « l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive ». Plus précisément, « 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 » et, « 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 ». Cela dit, si l'application de ces règles (relatives à la libération du débiteur) est plutôt aisée en présence d'un contrat unilatéral où seule l'une des parties est obligée, la situation se complexifie lorsque l'obligation dont l'exécution est rendue impossible par la force majeure est générée par un contrat synallagmatique. En effet, dans l'hypothèse d'un contrat bilatéral, la question se pose de savoir quelles ont les répercussions de l'extinction des obligations de l'une des parties sur l'existence ou l'exécution des obligations de l'autre: doit-on considérer que le cocontractant du débiteur empêché reste toujours tenu quoiqu'il ne puisse plus obtenir la contrepartie sur laquelle il comptait ou doit-on décider, au contraire, qu'il devient subséquemment libéré et, à supposer qu'il ait déjà exécuté ses obligations, il pourra en obtenir la répétition.

Cette délicate question est connue sous l'appellation de « théorie des risques » : qui du débiteur ou du créancier de la prestation contractuelle devenue impossible pour cas fortuit doit, en définitive, assumer les conséquences dommageables de l'impossibilité d'exécution

Il résulte du Code civil que cette question des risques dans un contrat est dominée par un principe, « *res perit debitori* », selon lequel les risques sont pour le débiteur de la prestation devenue impossible. En effet, du fait du principe d'interdépendance ou de connexité des obligations réciproques dans un contrat synallagmatique, l'extinction des obligations de l'une des parties du fait de la force majeure entraîne par là même la libération de l'autre partie. Cette solution – que l'on qualifie volontiers de règle ordinaire même si le Code civil se contente d'en faire des applications particulières sans jamais l'élever formellement au rang de principe général – trouve son fondement juridique dans l'idée de cause objective: les obligations réciproques des contractants se servant mutuellement de cause, lorsque celles de l'un s'éteignent par impossibilité fortuite d'exécution, celles de l'autre deviennent, par voie de conséquence, dépourvues de cause et disparaissent ainsi. Du reste, la solution est également commandée par des considérations d'équité : il serait, en effet, injuste que la partie privée de contre-prestation par la force majeure soit malgré cela tenue d'exécuter sa propre prestation.

Dans ce cadre et ce contexte juridiques, la question posée et que nous nous posons aujourd'hui est la suivante: la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance (ou de jouissance paisible), pourrait-elle être qualifiée de cas de force majeure qui, parce qu'elle empêcherait le locataire de payer ses dettes contractuelles de loyers commerciaux, commanderait de le libérer temporairement ou définitivement de telles dettes de sommes d'argent ?

**Libre opinion doctrinale : réponse tranchée.** A la question posée, une réponse négative semble s'imposer, sans coup férir, dès lors que, en vertu d'une règle constante incontestable et incontestée, « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme*

*d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de ce cette obligation en invoquant un cas de force majeure »<sup>20</sup>. Autrement dit, le paiement d'un prix comme un loyer n'est et ne peut pas être impossible, sauf l'hypothèse dans laquelle l'événement de force majeure aurait empêché le débiteur de payer le prix dans un délai impératif déterminé<sup>21</sup>.*

A cela s'ajoute que, d'après une règle récemment rappelée par la Cour de cassation, la théorie de la force majeure n'est destinée à voler qu'au secours du « débiteur » aux abois (« débiteur » au profit de qui a été instituée la théorie de la force majeure) de sorte que « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure »<sup>22</sup>. Autrement dit, le créancier qui ne profite pas de son droit, comme le locataire, créancier de l'obligation de délivrance, qui ne peut pas jouir de son bien à cause d'une fermeture administrative (qui n'est pas assimilable à une perte de la chose louée), doit tout de même en payer le prix... puisqu'il n'y a pas dans une telle situation une impossibilité d'exécution (il s'agit de la théorie des risques et, même si la loi est dure, c'est la loi). D'autant que, encore une fois, « 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 » puisque, par définition, le paiement d'une somme d'argent est en soi toujours juridiquement possible et s'écarte ainsi de l'idée d'empêchement qui est placée au cœur de la qualification de force majeure (et qui la distingue, entre autres critères, de l'imprévision).

Bref, sans doute parce que « la force majeure (qui porte atteinte à la force obligatoire du contrat) doit être maîtrisée sous peine de devenir une “machine à faire sauter le droit” »<sup>23</sup>, cette théorie classique ne serait, malgré son universalisme qui invite à évoquer l'idée de droit naturel, qu'un remède illusoire pour le locataire financièrement pris à la gorge ou étranglé par les turbulences générées par la crise sanitaire.

**COIN DES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES**

L'argument de la force majeure « a été généralement considéré comme échappant à la compétence du juge des référés (CA Lyon, 22 févr. 2021, ord. n° 20/00174 ; Tr. jud. Boulogne-sur-Mer, 4 nov. 2020, ord. n° 20/00205). Quant aux juges du fond, ils s'y sont montrés défavorables, pour des raisons néanmoins variables.

Certaines décisions ont rejeté l'argument en raison de l'objet de l'obligation : la force majeure ne s'applique pas aux obligations de sommes d'argent (Tr. jud. Paris, 26 oct. 2020, n° 20/55901 ; Tr. com. Paris, 11 déc. 2020, n° 2020035120 ; CA Paris, pôle 5, ch. 3, 3 févr. 2021, ord. n° 19/16222 ; CA Paris, pôle 5, ch. 3, 3 févr. 2021, n° 19/13274 ; Tr. jud. Paris, 18<sup>e</sup> ch., 28 oct. 2021, n° 16/13087 : « il est... de principe que 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 »), en relevant par ailleurs que les mesures prises par l'Etat n'ont pas suspendu l'exigibilité des loyers.

<sup>20</sup> Voir Cass. Com., 16 septembre 2014, n° 13-20306, Bull. civ. IV, n° 118 : « attendu que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de ce cette obligation en invoquant un cas de force majeure ».

<sup>21</sup> Voir Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 février 2010, n° 08-20943, Bull. civ. III, n° 47 : jugé qu'un incident (bogue) informatique ayant empêché un paiement (virement ou tout paiement par un autre moyen) dans le délai prévu « constituait un cas de force majeure pour la débitrice ».

<sup>22</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 2020, n° 19-21.060, D. 2021, p. 114, note S. Tisseyre.

<sup>23</sup> P.-H. Antonmattéi, Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, 1992, n° 2.



D'autres se sont justement fondées sur les mesures mises en place par les pouvoirs publics – fonds de solidarité, mesures d'étalement ou de report de paiement – dont il est déduit que le législateur ne reconnaît pas le caractère de la force majeure à la pandémie (CA Riom, 1<sup>re</sup> ch., 2 mars 2021, n° 20/01418 ; Tr. com. Lyon, 17 nov. 2020, n° 2020J00420).

Enfin, des décisions ont écarté la force majeure, faute pour le preneur de justifier de difficultés de trésorerie rendant impossible l'exécution de son obligation de payer les loyers, l'épidémie n'ayant donc pas de conséquences irrésistibles (CA Riom, 1<sup>re</sup> ch., 2 mars 2021, n° 20/01418 ; CA Grenoble, ch. com., 5 nov. 2020, n° 16/04533) »<sup>24</sup>.

## B. - Le remède probablement illusoire de la théorie de l'imprévision

**Question(nement).** Un autre argument en faveur de l'assouplissement des dettes contractuelles de loyers commerciaux a pu être tiré et pourrait encore être tiré de la théorie de l'imprévision qui procède d'un déséquilibre des prestations survenu en cours d'exécution du contrat suite à un changement imprévisible des circonstances indépendant de la volonté des parties.

Rappelons, à propos de la théorie de l'imprévision, qu'elle a toujours été et reste au cœur d'un antagonisme entre deux grands principes :

- d'une part, le principe « individualiste » de l'autonomie de la volonté avec, par souci de sécurité juridique, son corollaire que constitue la force obligatoire du contrat, même ultérieurement déséquilibré, dès lors qu'il a été librement conclu ;
- d'autre part, le principe « socialisant » de justice contractuelle reposant sur l'idée que la justice serait un principe général figurant parmi « les fins suprêmes du droit »<sup>25</sup>.

Toujours est-il que, en brisant la célèbre jurisprudence dite du « Canal de Craponne » du 6 mars 1876<sup>26</sup>, le nouvel article 1195 du Code civil a consacré, de manière générale, la théorie de l'imprévision (qui, en théorie, n'était précédemment admise que çà et là en droit privé). En effet, selon le texte, « *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 **demandeur une renégociation du contrat à son cocontractant*** » mais « *elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». Et, « **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. A 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** ».

Dans ce cadre et ce contexte juridiques, la question posée et que nous nous posons aujourd'hui est la suivante : la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance (ou de jouissance paisible), pourrait-elle être qualifiée d'imprévision qui, parce qu'elle mettrait

<sup>24</sup> Chronique jurisprudentielle réalisée par S. Brenna, art. préc., p. 165.

<sup>25</sup> F. Gény, cité par S. Goyard-Fabre et R. Sève, Les grandes questions de la philosophie du droit, PUF, 1986, p. 193.

<sup>26</sup> Civ., 6 mars 1876, D. 76. 1. 193 ; S. 76. I. 161 : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

financièrement le locataire en difficulté, l'autoriserait à demander (exiger) une renégociation du contrat à son bailleur et, en cas de refus ou d'échec de la renégociation, pourrait, notamment, demander au juge de réviser le loyer ?

**Libre opinion doctrinale : réponse hésitante.** A la question posée, une réponse affirmative peut, *a priori*, sembler envisageable si l'on considère que le droit commun des obligations a vocation à s'appliquer aux contrats spéciaux et, donc, aux baux commerciaux en l'absence de dispositions spéciales contrares.

Cela dit, la question s'est posée et se pose de savoir si, dans le statut des baux commerciaux, il n'existe pas depuis longtemps des dispositions textuelles spéciales en matière d'imprévision. Si la théorie de l'imprévision ne semble pas, à première vue, abordée dans le statut des baux commerciaux (d'autant que, avant la réforme de 2016, il y avait une insensibilité de principe du droit privé à l'égard de cette théorie), rien n'est moins sûr au vu des règles légales impératives de révision (révision légale triennale ou révision « conventionnelle » en présence d'une clause d'indexation) des loyers des baux en cours. En effet, dès lors qu'elles peuvent, voire doivent, être interprétées comme une forme de consécration par le législateur de la théorie de l'imprévision (puisque le législateur procède ou fait procéder à la réactualisation des prestations financières devenues déséquilibrées en cours d'exécution), ces règles légales impératives (de révision) de droit spécial ne s'opposeraient-elles à l'application de règles légales supplétives comme celles issues du nouvel article 1195 du Code civil ? Rappelons encore que, selon l'article 1105, alinéa 3, du Code civil, « *les règles générales [ne] s'appliquent [que] sous réserve de ces règles particulières* ») : « *specialia generalibus derogant* ».

#### COIN DES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

« Des décisions contradictoires ont été rendues sur le fondement de ce texte [article 1195 du Code civil]... La demande de révision du loyer a été rejetée par le Tribunal de commerce de Paris statuant en référé, compte tenu de la fixité du loyer, qui n'a donc pu devenir excessivement onéreux (*Tr. com. Paris, 11 décembre 2020, n° 2020035120*). Inversement, elle a été admise par le Tribunal judiciaire de Paris, toujours en référé, au motif que le preneur peut se prévaloir, sans contestation sérieuse, de l'article 1195 du Code civil en raison de l'impossibilité d'ouvrir l'établissement (restaurant) à la date prévue (*Tr. jud. Paris, 21 janvier 2021, n° 20/55750*) »<sup>27</sup>.

#### C. - Le remède clairement illusoire de la théorie de l'exception d'inexécution

**Question(nement).** Un autre des arguments invoqués en faveur de la suspension des dettes contractuelles de loyers commerciaux a pu être tiré et pourrait encore être tiré de la théorie de l'exception d'inexécution commandant, selon l'article 1217 du Code civil, que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut (...) refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation* ».

Rappelons que, dans le sillage de ce premier texte introductif, l'article 1219 du même code dispose qu' « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation [il y a suspension de l'obligation], alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas [condition de l'inexécution d'ores et déjà avérée] la sienne [alors qu'elle est exigible] et si cette inexécution est suffisamment grave [condition de gravité de l'inexécution et de proportionnalité de la riposte]* ». En reprenant ainsi des règles classiques, ce texte

<sup>27</sup> Chronique jurisprudentielle réalisée par S. Brenna, art. préc., p. 167.

consacre l'exception pour risque d'inexécution avérée, laquelle constitue une forme de légitime défense contractuelle : une partie confrontée à la carence de son cocontractant – dont « l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement » – peut refuser d'exécuter ses propres obligations en attendant l'exécution qui lui est due.

Il y a ainsi, entre autres conditions, celle d'une inexécution contractuelle avérée puisqu'il résulte des dispositions expresses des articles 1217 et 1218 du Code civil, que la mise en œuvre de l'*exceptio non adimpleti contractus* suppose que l'engagement de l'autre partie n'ait pas été exécuté ou l'ait été imparfaitement. La question est néanmoins celle de savoir si peu importe la source de cette inexécution ou si, au contraire, il faut que l'inexécution trouve nécessairement sa source dans la défaillance fautive du débiteur.

Pour certains auteurs, « *peu importe la source de cette inexécution. Ce peut être la faute du débiteur. Mais il peut s'agir aussi d'un événement de force majeure empêchant l'exécution d'une obligation et permettant une suspension corrélative* »<sup>28</sup>. Il nous semble toutefois que cette opinion doctrinale, dont on ne trouve aucun écho sérieux en jurisprudence<sup>29</sup>, doit, clairement, être contestée et récusée puisque l'exception d'inexécution est envisagée par le législateur, dans l'article 1217 du Code civil, parmi les cinq catégories de « sanctions » (au sens de punitions et de condamnations) possibles en cas d'inexécution (pure et simple) ou d'exécution imparfaite (exécution partielle, exécution défectueuse et exécution tardive) de ses obligations par un débiteur. La source de l'inexécution, qui peut déclencher la mise en branle défensive et « punitive » de l'exception d'inexécution, ne peut et ne doit être qu'une inexécution trouvant sa source dans la faute du débiteur puisque, précisément, la finalité ultime de cette « légitime défense contractuelle » est, en tant que « puissant moyen de pression sur la partie défaillante »<sup>30</sup>, de forcer l'exécution qui, de toute évidence, n'est concevable que si elle n'est pas empêchée par la force majeure.

Dans ce cadre et ce contexte juridiques, la question posée et que nous nous posons aujourd'hui est la suivante : la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance, pourrait-elle être qualifiée de défaillance du bailleur qui, parce qu'il n'aurait pas exécuté son engagement ou ne l'aurait exécuté qu'imparfaitement, autoriserait le locataire à suspendre ou refuser de payer ses dettes de loyers en attendant l'exécution qui lui est due ?

**Libre opinion doctrinale : réponse tranchée.** A la question posée, une réponse négative semble s'imposer, sans crainte, dès lors que, comme nous venons de l'indiquer, la source de l'inexécution grave qui peut permettre à un locataire de déclencher la mise en branle défensive de l'exception d'inexécution ne peut et ne doit être qu'une inexécution trouvant sa source dans la faute du bailleur. Or, il va sans dire que la crise sanitaire et les contraintes juridico-administratives y attachées, comme les fermetures administratives, ne sauraient aucunement être reprochées à un bailleur qui, du reste, les subit aussi à son niveau. L'exception d'inexécution qui serait utilisée, sous prétexte de crise sanitaire, serait

<sup>28</sup> Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et Fr. Chénéde, op. cit., n° 769. Dans le même sens, S. Brenna, art. préc., p. 166 : « *l'exception d'inexécution a vocation à jouer quand bien même l'inexécution serait le fruit d'une cause étrangère* » ; O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 541.

<sup>29</sup> Voir, dans le contexte de la crise sanitaire, Tr. com. Limoges, ord. référé, 31 juillet 2020, n° 20/00387, cité par S. Brenna, art. préc., p. 166 : « *à supposer la force majeure ou le fait du Prince caractérisé, l'absence de faute du bailleur n'empêche pas le constat évident de l'inexécution* » permettant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution.

<sup>30</sup> A. Bénabent, op. cit., n° 7.

indéniablement détournée de sa finalité défensive contre une défaillance contractuelle et mobilisée au mépris de sa nature de moyen de pression sur une partie volontairement défaillante pour la forcer à exécuter ses obligations.

### COIN DES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

« Plusieurs décisions de référé ont (...) retenu la compétence du juge du fond pour trancher une contestation qualifiée de sérieuse. Lorsque le juge saisi s'est reconnu compétent, il s'est globalement montré rétif au jeu de l'exception d'inexécution. La justification avancée est l'absence de toute inexécution de la part du bailleur... (CA Grenoble, ch. com., 5 nov. 2020, n° 16/04533), ou encore le fait que la fermeture administrative n'est pas en lien avec un manquement du bailleur qui aurait rendu le local inexploitable (Tr. com. Lyon, 17 nov. 2020, n° 2020J00420) »<sup>31</sup>. Le tribunal judiciaire de Paris a aussi pu rejeter l'exception d'inexécution invoquée par un *excipiens* locataire au sujet des loyers dans la crise sanitaire au motif que les dispositions de l'article 1719 du Code civil, aux termes desquelles les obligations de délivrance au preneur d'un local conforme à la destination contractuelle, dans lequel il est en mesure d'exercer l'activité prévue par le bail, et d'en faire jouir paisiblement celui-ci pendant la durée du bail, n'ont pas pour effet d'obliger le bailleur à garantir au preneur la chalandise des lieux loués et la stabilité du cadre normatif dans lequel s'exerce son activité (Tr. jud. Paris, 18<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> section, 25 févr. 2021, n° 18/02353).

On notera néanmoins, allant dans un sens contraire, une décision ayant jugé, fort contestablement, que « le résultat exigé par l'exécution de l'obligation de délivrance n'est plus atteint. L'inexécution de l'obligation essentielle du bailleur est ainsi caractérisée. A supposer la force majeure ou le fait du Prince caractérisé, l'absence de faute du bailleur n'empêche pas le constat évident de l'inexécution » permettant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution (Tr. com. Limoges, ord. référé, 31 juillet 2020, n° 20/00387, cité par S. Brenna, art. préc., p. 166).

#### D. - Le remède vraisemblablement illusoire de la théorie de l'abus de droit

**Question(nement).** Un des autres arguments en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, des dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait encore être tiré de la théorie de l'abus de droit en se demandant s'il n'y avait pas lieu de se placer sur ce terrain lorsqu'une partie, comme un bailleur commercial, entend faire exécuter une obligation dans des circonstances où un événement imprévu, comme la crise sanitaire et les mesures y attachées, a déséquilibré l'économie du contrat au détriment du locataire subissant une privation de jouissance.

**Libre opinion doctrinale : réponse hésitante.** A la question posée, une réponse négative semble s'imposer, sans la moindre hésitation, dès lors que le créancier qui demande l'exécution de l'obligation promise, comme le paiement des loyers, ne commet pas un abus de droit car celui-ci n'est pas détourné de son but légitime. Demander le respect de la parole donnée, même s'il y a déséquilibre ultérieur, ne peut être considéré comme un abus de droit, qui est une variété de faute extracontractuelle, car « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (C. civ., art. 1103). De plus, la théorie de l'abus de droit ne conçoit d'intervention du juge qu'en termes d'indemnisation alors que le remède à la crise sanitaire et la privation subséquente de

<sup>31</sup> Chronique jurisprudentielle réalisée par S. Brenna, art. préc., p. 165.

jouissance ne peut et ne doit pas consister en une quelconque condamnation d'un bailleur à des dommages-intérêts.

Cela dit, il faut rappeler que l'abus de droit peut, lorsqu'il s'agit de « l'abus subjectif », résulter d'une intention de nuire, voire d'une légèreté blâmable, du détournement de la finalité d'une prérogative ou d'un pouvoir. Et, dans ce cas, il serait bien l'antithèse de la bonne foi contractuelle et, donc, condamnable à ce titre (voir *infra*).

### **E. - Le remède vraisemblablement « pertinent et concluant » des théories de la bonne foi et de l'équité**

**Question(nement).** Un des arguments en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, des dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait encore être tiré des théories de la bonne foi et de l'équité et, précisément, des dispositions des articles 1104 et 1194 du Code civil aux termes desquels « *les contrats doivent être (...) exécutés de bonne foi* » et conformément à toutes les suites que leur donne « *l'équité* »... L'idée serait de soutenir que le fait d'exiger de son débiteur l'exécution d'une obligation telle que convenue alors que les circonstances, comme la crise sanitaire et les mesures y attachées, l'ont considérablement modifiée au détriment de ce dernier pourrait être considéré comme injuste... Et, dès lors, les institutions de bonne foi et d'équité devraient commander le rétablissement de l'équilibre parce que les articles 1104 et 1194 du Code civil (anciens articles 1134, alinéa 3, et 1135) créeraient un véritable devoir de renégociation du contrat à la charge des parties en cas de crise.

**Libre opinion doctrinale : réponse hésitante.** A la question posée, une réponse négative semble s'imposer, facilement, dès lors que l'équité et la bonne foi sont, dans la théorie classique, considérées comme de simples règles d'interprétation des clauses contractuelles ambiguës en cas de lacunes du contrat, ce qui n'est pas le cas en présence d'une crise sanitaire. On peut même ajouter que l'article 1103 disposant que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » exige le respect de la parole donnée, écartant ainsi « délibérément » le problème.

Néanmoins, avec la réforme de 2016 et son ouverture franche au solidarisme contractuel, « *l'exigence [d'ordre public] de bonne foi et la conception solidariste qui en est retenue semblent particulièrement adaptées à la situation extraordinaire résultant de la pandémie* »<sup>32</sup> et l'on devrait ainsi pouvoir parler, avec justesse, de « *rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19* »<sup>33</sup>.

#### **COIN DES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES**

« L'exigence (d'ordre public) d'exécution des contrats de bonne foi a été utilisée, avec un succès de principe, par les preneurs, reprochant à leur bailleur un manque de mesure dans ses exigences portant sur le paiement du loyer et des charges. Il a ainsi été admis que les parties sont tenues, en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaires une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives (*CA Riom, 1<sup>re</sup> ch., 2 mars 2021, n° 20/01418*). (...) Le bailleur qui se borne à adresser une mise en demeure en refusant immédiatement toute

<sup>32</sup> S. Brenna, art. préc., p. 167.

<sup>33</sup> F. Kenderian, Du rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19, RTD com. 2020, p. 783.

négociation et d'envisager ne serait-ce qu'un échelonnement de la dette de loyer manqué à son obligation d'exécution de bonne foi (*Tr. jud. Paris, 21 janv. 2021, n° 20/58571*) »<sup>34</sup>.

## F. - Le remède clairement illusoire de la théorie de l'enrichissement injustifié

**Question(nement).** Un des autres autres arguments invoqués en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, des dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait encore être tiré de la théorie de l'enrichissement injustifié (sans cause) du créancier bailleur puisque, dans le contexte de la crise sanitaire et des restrictions juridico-administratives y attachées, il serait injuste de sa part de garder intact le bénéfice de ses loyers malgré le changement imprévu des circonstances économiques et l'appauvrissement subséquent du locataire.

**Libre opinion doctrinale : réponse tranchée.** A la question posée, une réponse négative semble s'imposer, facilement, dès lors que l'enrichissement du bailleur, si enrichissement il y a, ce qui est fort douteux, voire faux, a bien une cause, à savoir le contrat de bail lui-même qui, rappelons-le, tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait (C. civ., art. 1103).

## II. - De la quête, plutôt en vain, de remèdes tirés du droit commun du bail en particulier : le remède clairement illusoire de la perte de la chose louée

**Question(nement).** Un des arguments invoqués en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, des dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait encore être tiré de la théorie de la perte de la chose louée en considérant que la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance pure et simple ou de jouissance paisible, équivaudrait à une perte partielle de la chose louée. Or, selon l'article 1722 du Code civil, « *si, pendant la durée du bail, la chose louée [...] n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail* »<sup>35</sup>.

**Libre opinion doctrinale : réponse tranchée.** A la question posée, une réponse négative semble s'imposer, facilement, dès lors que les dispositions de l'article 1722 du Code civil, qui ne visent que la « destruction » totale ou partielle par cas fortuit, ne peuvent pas être invoquées par le locataire en cas de fermeture administrative parce qu'il ne s'agit pas là, de toute évidence, d'une « destruction » totale ou partielle qui serait synonyme de remise en cause de l'obligation de délivrance.

A cela s'ajoute que, d'après une règle récemment rappelée par la Cour de cassation, la théorie de la force majeure n'est destinée à voler qu'au secours du « débiteur » aux abois de sorte que « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure »<sup>36</sup>. Autrement dit, le créancier qui ne profite pas de son droit (comme le locataire, créancier de l'obligation de délivrance, qui ne peut pas jouir de son bien à cause d'une fermeture administrative qui n'est pas assimilable à une perte de la chose louée) doit tout de même en payer le prix,

<sup>34</sup> Chronique jurisprudentielle réalisée par S. Brenna, art. préc., p. 167.

<sup>35</sup> A rapprocher de l'article 1741 du Code civil aux termes duquel « *le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée* ».

<sup>36</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 2020, n° 19-21.060.

d'autant que ce paiement d'une obligation de somme d'argent n'est pas et ne peut pas être juridiquement impossible.

### COIN DES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

De manière très critiquable, voire contestable, au vu des raisons susmentionnées, il a été affirmé par la cour d'appel de Versailles que, s'il n'y a pas destruction physique du bien objet du bail, il y a, au sens de l'article 1722 du Code civil, juridiquement perte lorsque le locataire ne peut plus jouir de la chose louée ou en user paisiblement conformément à sa destination, ce qui est le cas dans l'hypothèse d'une fermeture administrative. Cependant, comme pour commencer à se dédire, les juges versaillais, statuant en référé, ont estimé que l'allégation d'une perte partielle constitue une contestation sérieuse opposable à l'obligation de payer les loyers et charges pendant la période de fermeture contrainte du commerce ; elle doit par conséquent être tranchée par le juge du fond (*CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch., 4 mars 2021, n° 20/02572*)<sup>37</sup>. Cette décision est à rapprocher de celle de la cour d'appel de Pau qui, le 26 octobre 2021, a estimé que la fermeture administrative pourrait éventuellement être assimilée à une perte partielle de la chose au sens de l'article 1722 du Code civil mais que cette interprétation du texte excède les pouvoirs du juge des référés au sens de l'article 873 du Code de procédure civile (*CA Pau, 26 oct. 2021, n° 21/00335*).

On dira, avec un auteur, qu' « une telle solution, outre qu'elle n'est guère cohérente avec l'affirmation de l'absence d'inexécution du bailleur, dénature quelque peu le mécanisme de l'article 1722 du Code civil. Cette disposition constitue en effet une application particulière de la théorie de la caducité du contrat, qui repose elle-même sur l'impossibilité définitive de l'exécuter à raison de la disparition de l'un de ses éléments essentiels. La destruction, même partielle, devrait par conséquent consister en une impossibilité, totale ou partielle mais tout aussi définitive, d'exécution »<sup>38</sup>.

On notera aussi une décision ayant jugé, fort contestablement, pour en déduire la possibilité de faire jouer l'exception d'inexécution, que « le résultat exigé par l'exécution de l'obligation de délivrance n'est plus atteint » (Tr. com. Limoges, ord. référé, 31 juillet 2020, n° 20/00387, cité par S. Brenna, art. préc., p. 166).

Néanmoins, dans une décision du tribunal judiciaire de Paris, il a été opportunément jugé que le contexte sanitaire ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de délivrance du bailleur (*Tr. jud. Paris, 26 oct. 2020, n° 20/55901*). On peut aussi lire, dans une autre décision du même tribunal judiciaire de Paris, que « même si l'accès du lieu loué a été temporairement interdit au public, les mesures sanitaires n'ont pas fait cesser sa mise à disposition par le bailleur, ni la possibilité pour le locataire d'en jouir puisqu'il pouvait toujours y accéder » (*Tr. com. Paris, 11 déc. 2020, n° 2020035120*). Le tribunal judiciaire de Paris a aussi jugé, en application des dispositions de l'article 1719 du Code civil, que les obligations de délivrance au preneur d'un local conforme à la destination contractuelle, dans lequel il est en mesure d'exercer l'activité prévue par le bail, et d'en faire jouir paisiblement celui-ci pendant la durée du bail, n'ont pas pour effet d'obliger le bailleur à garantir au preneur la chalandise des lieux loués et la stabilité du cadre normatif dans lequel s'exerce son activité (*Tr. jud. Paris, 18<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup>*

<sup>37</sup> CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch., 4 mars 2021, n° 20/02572, Revue des loyers, avril 2021, n° 1016, p. 164, obs. S. Brenna qui cite, comme allant dans le même sens, Tr. jud. Paris, JEX, 27 oct. 2020, n° 20/81460 ; Tr. jud. Paris, JEX, 20 janvier 2021, n° 20/80293 ; Tr. jud. Angers, 24 déc. 2020, n° 20/01392.

<sup>38</sup> S. Brenna art. préc., p. 164.

*section, 25 févr. 2021, n° 18/02353). Notons, en outre, que la cour d'appel de Pau a, le 26 octobre 2021, rejeté la demande d'un locataire tendant à faire qualifier la fermeture administrative au public de perte totale de la chose louée au motif que le preneur avait conservé « l'accès à l'ensemble desdits locaux, outre l'emprise extérieure, ce qui lui a permis de maintenir son activité administrative, assurer la gestion des stocks, poursuivre l'exploitation de la vente en ligne, avec retraits et livraisons » (CA Pau, 26 oct. 2021, n° 21/00335). Notons, par ailleurs, que le tribunal judiciaire de Paris a jugé, le 28 octobre 2021, que « le trouble de jouissance dont la société X... se prévaut, du fait de la fermeture administrative de son commerce imposée par les mesures législatives et réglementaires de lutte contre la propagation de la pandémie de Covid-19, n'est pas garanti par le bailleur » et que, dès lors, il convient de rejeter l'argument tiré de « la destruction alléguée de la chose louée » (Tr. jud. Paris, 18<sup>e</sup> ch., 28 oct. 2021, n° 16/13087).*