

N° E2120190

Décision attaquée : 03 juin 2021 de la cour d'appel de Paris

la société Action France
C/
la société Foncière Saint Louis

Bruno Sturlèse, avocat général

AVIS
de l'avocat général

(Rédigé le:2/06/2022)

Sens de l'Avis:

REJET avec substitution de motifs sur
les branches 1 et 2

On se référera au Rapport et aux écritures des parties pour l'exposé détaillé des faits, de la procédure et des moyens.

Discussion :

Cette affaire, a été à dessein fixée à la même audience que les dossiers C 21-19889 et M 21-20127 car, comme ceux ci, **elle est directement liée à la problématique de principe relative à l'exigibilité des loyers pendant les périodes de fermeture administrative des locaux commerciaux au public, suite à la pandémie de COVID19.**

Néanmoins, ce pourvoi constitue le dossier principal parmi ces trois dossiers "pilotes", car il concentre à lui seul l'essentiel des difficultés juridiques nouvelles et inédites auxquelles la Cour doit apporter des réponses claires pour mettre fin à un contentieux nourri.

L'ensemble des difficultés soulevées dans ces trois dossiers "pilotes" doivent, à notre sens, d'abord être examinées à la lumière des considérations générales préalables qui suivent.

I/Observations générales préalables à l'examen des difficultés juridiques soulevées par les trois dossiers "pilote".

a/ Le contexte socio-économique :

Pour lutter contre la propagation en France de l'épidémie mondiale liée au Covid 19, les pouvoirs publics ont recouru à diverses mesures sanitaires restrictives des libertés, dont notamment la fermeture au public de certains commerces.

Notre pays a ainsi connu **quatre périodes de restrictions d'accueil du public dans les commerces.**

Les deux premières en 2020 (du 17 mars au 11 mai 2020 et du 30 octobre au 28 novembre 2020) ont concerné tous les commerces dits "*non essentiels*", alors que les restrictions d'accès édictées pendant les deux dernières périodes de 2021 (du 1^{er} février 2021 au 4 avril 2021) n'ont affecté essentiellement que les grandes surfaces commerciales.

Les trois pourvois soumis à votre chambre ne concernent que cette première période de fermeture au public de tous les commerces dits "*non essentiels*", du 17 mars au 11 mai 2020.

Il nous est apparu **important que votre Chambre puisse être éclairée sur l'impact économique de telles mesures restrictives sur l'activité commerciale.**

A cet effet, **nous avons donc procédé à la consultation du Ministère de l'économie, des finances et de la relance qui a été produite aux débats.**¹

Parmi les analyses macro-économiques et les informations détaillées figurant dans la réponse de ce ministère, nous retiendrons

¹Voir notre Avis de production en date du 10 mai 2022 de la consultation du Minefi par le parquet général du 17 février 2022 et de la note d'avril 2022 de la Direction générale des entreprises de ce ministère intitulée "*Impact de la crise sanitaire sur les loyers des commerces*"

les éléments suivants que votre Chambre devra, selon nous, nécessairement prendre en compte dans ses décisions.

Les restrictions d'accueil du public ont **entraîné un recul général de l'activité du commerce de détail, mais ce recul s'est avéré de moins en moins prononcé au fil des périodes** (-31% en avril 2020, -13% en novembre 2020, -1% en avril 2021), **en raison, semble-t-il, des adaptations intervenues dans l'offre et les modes de consommation.**

On observe par ailleurs **une embellie globale de l'activité à l'issue de ces périodes de fermeture**, puisqu'ainsi les ventes du commerce de détail ont atteint en 2021 un niveau supérieur (+8%) à celui de l'année 2019 ayant précédé celle de l'arrivée de la crise, ce chiffre global **ne devant cependant pas occulter des évolutions très contrastées selon les secteurs** (+15% pour l'équipement du foyer, mais -12% pour l'habillement ou encore -35% pour les grands magasins).

On retiendra également que **le poste "loyers et charges locatives" est en moyenne le troisième parmi les charges des commerçants**, après celui des achats de marchandises et celui des frais de personnel et que, selon les estimations, **il pèse dans leur chiffre d'affaires de 3 à 11% selon les secteurs, (estimation Insee), voire 16 à 18%(estimation des organisations professionnelles).** Le montant total des loyers et charges immobilisés durant la crise serait ainsi évalué à 3 Mds d'£, dont la moitié de ce montant représenterait celui du secteur le plus affecté comportant **"l'équipement de la personne" et les "grands magasins"**.

Par ailleurs, on ne saurait ne pas prendre en compte les fortes et historiques interventions budgétaires des pouvoirs publics pour soutenir l'économie et réduire l'impact de la crise sur les entreprises, ce, dès le mois de mars 2020.

Outre les multiples dispositifs de soutien des entreprises, comme le prêt garanti par l'Etat (PGE), l'aide à l'activité partielle, ou le moratoire des

échéances sociales et fiscales, **auxquels 96% des entreprises du commerce ont eu recours, trois dispositifs spécifiques ont été mis en place pour leur permettre globalement de faire face au paiement de leurs charges fixes, comme celles de leurs loyers.**

En particulier, un **“Fonds de solidarité”**, mis en place **dès le premier confinement, pour aider les entreprises les plus touchées** à supporter leurs charges fixes, a accordé **une aide versée semi-automatiquement** sur la base d'une déclaration de perte de chiffre d'affaires mensuelle, **dont le secteur du commerce dans son ensemble, a été le 2^{ème} plus grand bénéficiaire, après celui de l'hébergement-restauration.**

Deux dispositifs complémentaires, celui dit “Coûts fixe” et celui dit “Aide Loyers” ont été ensuite mis en place pour permettre de prendre en charge les loyers qui n'auraient pas pu être couverts par le précédent.

Enfin, nous soulignerons que **ces trois affaires topiques d'une même problématique juridique, illustrent la diversité et l'hétérogénéité des profils économiques des parties liées par un bail commercial.**

En la matière, il ne saurait y avoir d'a priori sur la faiblesse ou la puissance économique de l'une ou de l'autre des parties à un bail commercial, au regard de sa qualité de bailleur ou de preneur.

Mais on retiendra, au terme de ces développements, que la solidarité nationale a été fortement mise en oeuvre pour soutenir les locataires commerciaux au cours de la crise sanitaire.

**

b/ La Lex epidemia²

²Ce terme employé par la doctrine (X.Delpech, Lex epidemia, AJ contrats 2020,157) vise les multiples textes pris par voie d'ordonnances, destinés à gérer l'urgence sanitaire dans des branches variées.

Outre cet exceptionnel et très fort soutien économique, le gouvernement, habilité par l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 à prendre des mesures d'urgence par voie d'ordonnances, a édicté notamment des règles spécifiques pour les loyers des locaux professionnels et commerciaux, notamment avec les ordonnances n° 2020-306 et n° 316 du 25 mars 2020.

Nous reviendrons plus loin sur ces textes, mais à ce stade nous soulignerons que, contrairement à l'annonce du Président de la République dans son intervention du 16 mars 2020 évoquant une "*suspension*" des loyers pour "*les plus petites*" entreprises, **ces textes n'annulent ou ne suspendent nullement les loyers dus pendant cette période. En revanche, leur objet a été de paralyser les sanctions légales et contractuelles encourues en cas de non paiement de ceux échus entre le 12 mars et le 10 septembre 2020.**

En neutralisant ainsi les sanctions normalement encourues en cas de non paiement de ces loyers (pénalités financières, clause résolutoire de plein droit...), **ce texte a donc conduit de facto, à accorder des délais de paiement aux locataires.**

**

c/ Les positions de principe attendues de la Cour

En dépit de l'objet clair de ces textes et des incitations des pouvoirs publics et des fédérations professionnelles à privilégier des solutions transactionnelles, un contentieux très nourri s'est développé autour de l'exigibilité des loyers, les preneurs soutenant devoir être dispensés partiellement, voire totalement, du paiement de leur loyer pendant les périodes de fermeture au public des locaux commerciaux.

Pour fonder une telle prétention, ce sont surtout les concepts juridiques classiques de la force majeure, de l'exception

d'inexécution et de la perte partielle de la chose louée qui ont été le plus sollicités pour en suggérer une lecture adaptée à la crise³.

Sur ces points, **les réponses des juridictions du fond, comme celles de la doctrine, font apparaître de réelles divergences**, dont l'issue ne pourra résulter que **des positions de principe très attendues de votre Chambre.**

Il convient de **bien circonscrire le véritable coeur des difficultés de principe à résoudre** à travers ces trois dossiers "*pilotes*".

Ces questions doivent, à notre sens, être formulées ainsi, et traitées dans l'ordre suivant :

1/ La Lex epidemia (les ordonnances de mars 2020) est - elle exclusive de l'application du droit commun des contrats ?

2/ la fermeture administrative au public des locaux commerciaux constitue-t-elle un manquement du bailleur à son obligation de délivrance, pouvant justifier l'inexécution de l'obligation du locataire de payer le loyer ?

3/ Cette fermeture est-elle assimilable à la perte visée par l'article 1722 civ justifiant une réduction du loyer ?

4/ Faut -il « bilatéraliser » la force majeure en permettant au locataire de l'invoquer en sa qualité de créancier empêché de la jouissance du local ?

5/ Le moyen tiré de l'art 1722 civ et celui de l'exception d'inexécution de l'obligation de délivrance constituent -ils une contestation sérieuse, exclusive de la compétence du juge des référés-provision ?

*

³Le nouveau mécanisme de l'imprévision (1195, c.civ.) ne semble pas avoir été sollicité, car il ne peut concerner que des contrats conclus depuis février 2016 ne l'ayant pas écarté, et surtout il ne permet que la renégociation du contrat.

Pour donner la mesure des enjeux liés à vos décisions attendues concernant ces trois dossiers, on précisera qu'il y a, à ce jour, **près de 25 pourvois en instance de traitement sur des questions juridiques très similaires.**

Il est donc souhaitable que les réponses données soient suffisamment claires et généralisables pour tarir définitivement un tel contentieux.

On voudrait également appeler l'attention de la Cour sur **les enjeux juridiques et juridictionnels qui se profilent derrière les réponses attendues.**

*

d/ Les enjeux juridiques et juridictionnels

Tout d'abord, il n'échappera pas à la Cour que **ce contentieux vise à solliciter du juge une adaptation très provisoire du loyer commercial** (par sa réduction, voire sa suppression, pour les deux seuls mois de fermeture administrative), c'est à **dire une réfaction judiciaire ponctuelle d'un contrat spécial, le bail commercial, lequel obéit déjà à des mécanismes sophistiqués ayant pour objet de maintenir l'équilibre des intérêts des deux parties, tout au long de son exécution.**

La crise sanitaire justifie-t-elle de sur-ajouter un mécanisme prétorien d'ajustement très ponctuel du loyer commercial, à la lumière des éléments de contexte économique rappelés plus haut ?

Faut-il "*forcer*" et étendre les concepts légaux et jurisprudentiels jusqu'alors admis pour y parvenir ?

Les innovations jurisprudentielles qu’induiraient une réponse conforme aux attentes des preneurs ne viendraient-elles pas remettre en cause la philosophie et l’équilibre de la récente réforme du droit des contrats de 2016 qui était censée offrir une “boîte à outils” complète, adaptée et admissible pour l’intervention du juge dans le rééquilibrage du contrat conclu par les parties ?

Enfin, l’admission d’un tel pouvoir de réfaction du bail commercial par le juge dans les circonstances de cette crise nous paraît générer **un risque de surcharge du système judiciaire** et constituer **un remède qui deviendrait rapidement vain, en raison de son probable contournement, à l’avenir, par la pratique contractuelle.**

En effet, l’admission du principe même de la réfaction du loyer supposerait, dans **ce contentieux sériel et massif**, à l’instar de ce qui a été exigé par la cour suprême allemande⁴, **un examen casuistique**

⁴Voir dans la note de droit comparé du SDER, la décision de la Cour de justice fédérale allemande du 12 janvier 2022 (affaire XII ZR 8/21), citée fragmentairement dans le Rapport et qui a également jugé :

“...-En cas de fermeture due à des mesures gouvernementales prises pour limiter la propagation du virus COVID-19, le locataire peut avoir droit à un ajustement du loyer dû en raison de la perturbation de la base du contrat, comme le prévoit l’article 313 du BGB.La décision du tribunal régional supérieur de réduire le loyer d’environ 50 %, étant donné qu’aucune partie au contrat n’est responsable de la fermeture décidée par le gouvernement, apparaît comme un abattement standard qui ne tient pas compte des circonstances particulières de l’espèce. Il convient de procéder à une évaluation complète de la situation dans le cadre de laquelle toutes les circonstances du cas d’espèce doivent être prises en compte (inconvenients subis par le locataire du fait de la fermeture du commerce et durée de cette fermeture, baisse concrète du chiffre d’affaires du locataire, mesures que le locataire a prises ou pouvait prendre pour réduire les pertes (par exemple le service de livraison), avantages financiers que le locataire a obtenus de prestations publiques ou d’un assureur destinés à compenser les inconvenients dus à la pandémie et, enfin, intérêts du bailleur). Il faut donc examiner concrètement quelles ont été les conséquences économiques de la fermeture du magasin pendant la période litigieuse et si ces inconvenients ont atteint une ampleur telle qu’une adaptation du contrat de bail est nécessaire....”

rigoureux de délicats et nombreux éléments probatoires de nature économique pour fixer équitablement le loyer ponctuellement révisé, afin d'éviter notamment les effets d'aubaine et les surcompensations.

Par ailleurs, **les dispositifs sollicités pour y parvenir n'étant par d'ordre public, il serait vraisemblable que les nouveaux contrats intégreraient, par ricochet, des clauses dérogatoires pour y échapper.**

**

Toutes ces considérations générales nous conduisent déjà à admettre, à ce stade, qu'il ne serait pas illégitime de laisser, à la charge du seul preneur, les risques liés à cet empêchement provisoire de bénéficier économiquement de son local commercial en raison d'une mesure sanitaire de fermeture des commerces qui s'apparente au fait du prince.

*

L'analyse strictement juridique qui va suivre des moyens invoqués par les preneurs conforte cette conclusion provisoire.

II/ Discussion juridique sur les questions de principe soulevées par le seul présent pourvoi

On rappellera juste ici que le présent pourvoi concerne une locataire, mentionnant exploiter 500 magasins et employer 10 000 salariés, qui a informé le 25 mars 2020 ses différents bailleurs, dont la défenderesse, vouloir suspendre le paiement de ses loyers *“jusqu'à meilleure visibilité”*.

La bailleuse, après avoir proposé un échelonnement du loyer qui a été refusé, a fait pratiquer une saisie attribution le 2 juin 2020 pour le loyer du second trimestre 2020.

L'arrêt attaqué infirme le juge de l'exécution qui avait ordonné une mainlevée partielle de la saisie pour le loyer dû pour cette période et qui s'était fondé sur l'article 1722 civ en retenant une impossibilité juridique d'exploiter le local.

Les quatre premières branches du moyen soulèvent les quatre premières questions de principe identifiées plus haut dans la discussion générale.

La cinquième branche qui articule un grief de défaut de base légale concernant la bonne foi de la bailleuse retenue par la cour d'appel, nous semble devoir être écartée sans véritable discussion⁵.

1/Les ordonnances n°306 et n° 316 du 25 mars 2020 sont-elles exclusives de l'application du droit commun des contrats et plus particulièrement de l'article 1722 civ ?

La cour d'appel a retenu que la locataire ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 1722 du code civil, dès lors que le législateur avait pris en compte les conséquences de la fermeture des commerces pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire par les ordonnances n° 2020-306 et 2020-316 du 25 mars 2020.

Nous avons déjà relevé précédemment que la première ordonnance précitée applicable à certaines entreprises (TPE), comme la seconde, laquelle a une portée générale, ne comportent aucune **disposition remettant en cause l'exigibilité même des créances locatives, mais que leur article 4, notamment, vise seulement à paralyser les sanctions légales ou contractuelles susceptibles d'être normalement mises en oeuvre en cas de non paiement des échéances dues pendant la période couverte par ces textes.**

⁵ Non seulement le moyen ne vise qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel pour caractériser la bonne foi de la bailleuse, mais il est inopérant, puisqu'il ne saurait déboucher que sur une éventuelle indemnisation, et non sur la remise en cause, ici recherchée, de l'exigibilité de la dette locative (Com.13 juin 2019,17-29000).

En neutralisant ainsi les sanctions normalement encourues en cas de non paiement des loyers dus (pénalités financières, clause résolutoire de plein droit...), **l'article 4 de ces deux ordonnances a donc eu pour seul effet, de facto, d'accorder des délais de paiement aux locataires.**

On relèvera ensuite que l'art.11 de la loi d'habilitation 2020-290 du 23 mars 2020 autorisait le gouvernement à prendre seulement des *mesures* "permettant de reporter intégralement ou d'étaler le paiement des loyers..." et que **le texte même des deux ordonnances ne comporte aucune disposition excluant l'application du droit du bail.**

L'objet de ce droit spécial résultant des ordonnances est ainsi bien différent de celui des mécanismes du droit commun, comme la force majeure, l'exception d'inexécution ou l'article 1722 civ., lesquels visent à remettre en cause l'exigibilité même du loyer.

Ce droit spécial de la lex epidemia est donc parfaitement compatible avec la mise en oeuvre des remèdes précités du droit commun des contrats pour traiter les déséquilibres contractuels provoqués par la crise.

Dès lors, à l'instar d'une très large partie de la doctrine, nous estimons que le droit résultant de ces ordonnances ne se substitue pas au droit commun, mais se superpose à celui ci⁶.

La motivation attaquée de la cour d'appel qui a considéré que les ordonnances ont exclu l'application de l'article 1722 du code civil, devra donc être censurée à ce titre.

Cependant, il y aura lieu de lui substituer une autre motivation pour écarter, à un autre titre, l'application de ce texte, comme on le verra plus loin.

2 /La fermeture administrative au public des locaux commerciaux constitue -t-elle un manquement du bailleur à son obligation de délivrance, pouvant justifier l'inexécution de l'obligation du locataire de payer le loyer ?

Peut- il être admis que le bailleur n'a pas exécuté son obligation de délivrance et de jouissance paisible (art.1719 civ.) pendant la période de

⁶M.Mekki, AJ contrats 2020, p.164;X.Delpech,AJ contrats 2020,157;

fermeture administrative au public des commerces dits “*non essentiels*”, et permettre au preneur de lui opposer l’exception d’inexécution (1219 civ.) pour le dispenser du paiement des loyers dus pendant cette période ?

La cour d’appel ne l’a pas admis, en considérant qu’aucun manquement ne pouvait être reproché au bailleur qui n’a pas l’obligation de garantir la commercialité des locaux, l’impossibilité d’exploiter étant du seul fait du législateur.

Avant toute discussion, il conviendrait au préalable de s’interroger sur l’efficience même du mécanisme tenant à l’exception d’inexécution qui est invoqué par les preneurs pour effacer leur dette locative due pendant la période de fermeture de leur commerce.

L’exception d’inexécution n’est en effet qu’un moyen de pression pour obtenir l’exécution d’une obligation, et qui débouche sur l’exécution de celle-ci ou sur la résolution du contrat, et non sur le résultat escompté ici par les preneurs. Le non paiement des loyers n’est pas de nature à favoriser le retour attendu de la clientèle, puisque celui-ci échappe par nature à la maîtrise du bailleur.

Ce rappel devrait à lui seul suffire à disqualifier le recours à ce mécanisme qui a fleuri inconsidérément dans ces contentieux et qui, selon nous, le rend, par nature, inopérant .

En tout état de cause, si la Chambre envisageait de répondre quand même sur le fond du grief, il nous paraîtrait, à l’instar de l’arrêt attaqué, inapproprié de considérer qu’un tel empêchement d’accès du public puisse relever d’un manquement du bailleur à son obligation de délivrance et de jouissance paisible des locaux.

Certes, votre jurisprudence a entendu largement la notion de délivrance en y incluant, au-delà de la simple délivrance matérielle, une délivrance juridique impliquant une mise à disposition d’un local dans lequel puisse être

effectivement exercée l'activité à laquelle il est contractuellement destiné⁷.

Mais, à notre connaissance, vous avez jusqu'alors retenu un tel manquement que dans des hypothèses où l'impossibilité d'exploiter était préexistante au bail ou liée à l'état même du bien loué ou à ses inadaptations⁸.

Il nous semble que jusqu'alors votre Chambre s'est limitée à n'exiger du bailleur qu'à prendre en charge les travaux d'adaptation nécessaires à l'affectation du local prévue au contrat, ou de vérifier l'absence de restriction administrative, prévisible lors de la conclusion du bail, susceptible d'être contraire à celle ci.⁹.

Ici, ce n'est pas l'état de l'immeuble du bailleur qui est à l'origine de l'empêchement de la jouissance économique du local par le preneur, mais la décision du gouvernement, en cours d'exécution du bail, de fermer au public tous les commerces dits "*non essentiels*".

L'impossibilité d'exploitation économique du local n'est pas directement liée à celui-ci, puisqu'elle résulte d'une décision d'ordre général affectant tous les commerces dits non essentiels.

⁷ Ainsi le bailleur est tenu:- d'effectuer les travaux nécessaires à l'exercice de l'activité stipulée au contrat ([3^e Civ., 3 avril 2001, 99-15.740](#), [3^e Civ., 5 juin 2002, 00-19.037, Bull. 123](#), [3^e Civ., 16 septembre 2008 07-18.303](#), [3^e Civ., 18 février 2014, 12-18.182](#))

-de vérifier que les diverses autorisations nécessaires pour l'exercice de l'activité projetée sont réunies, que les réglementations administratives sont respectées ([3^e Civ., 26 mars 1997, 95-14.103, Bull. 70](#)) et que les conditions imposées par les règlements pour exercer l'activité prévue sont remplies ([3^e Civ., 19 décembre 2012, 11-28.170, Bull.187](#)).

⁸ Local donné à bail pour une activité interdite par le POS (Civ.3,2juill. 1997,Bull.159); local loué pour une activité de restaurant non autorisée par la copropriété (Civ.3,18mars1998,96-15277),ou dont les structures sont non conformes aux normes pour une telle activité (Civ.3,11oct.2011,10-17257);

⁹ Voir Civ.3,28nov.2007,06-17758,une garantie de commercialité était stipulée et le bailleur ne pouvait ignorer l'arrêté municipal intervenu seulement le mois suivant.

Par ailleurs, **dans les affaires de “désertification” des galeries marchandes**, dans lesquelles les bailleurs conservent pourtant une certaine maîtrise de l'évolution de leur environnement, **vous n'avez jamais admis que le bailleur ait une obligation de maintenir la commercialité** ou un environnement commercial favorable au preneur¹⁰.

On comprendrait donc mal une approche différente et plus rigoureuse ici, alors que l'empêchement dont souffre le preneur est totalement extérieur au bailleur qui n'a aucune prise sur l'évolution de celui-ci.

L'article 1719 ne saurait donc comprendre pour le bailleur une obligation de garantir le maintien d'une chalandise assurant le chiffre d'affaires ou encore une jouissance fructueuse.

La garantie d'une jouissance paisible n'inclut pas celle d'une telle jouissance fructueuse. Selon les textes et votre jurisprudence¹¹, le bailleur ne garantit que les troubles de jouissance de son chef et les troubles de droit émanant des tiers. Or la fermeture administrative en cause ne relève pas de ceux ci.

Il nous paraîtrait donc opportun que la Cour affirme clairement qu'une telle difficulté d'exploitation ne saurait relever de l'obligation de délivrance du bailleur.

Cependant, dans l'hypothèse où votre Chambre voudrait néanmoins inclure dans l'obligation du bailleur l'accessibilité permanente de la clientèle au local commercial, elle ne pourrait, conformément à la jurisprudence¹², qu'en relever ici le bailleur, en constatant que cette obligation a nécessairement cessé, au regard d'une mesure qui s'apparente à un fait du prince présentant, à l'égard du bailleur, toutes les caractéristiques de la force majeure.

¹⁰Civ3,12 juill.2000,Bull.137;

¹¹ Art.1725 et 1726c.civ. Civ3,4 avr. 2012,11-11.676;Civ.3, 22 févr.1983, Bull.51

¹²Civ.3,9oct1974,73-11721,B345;Civ.3,29 avril2009,08-12261;

Les griefs de la troisième branche seront donc écartés.

3/ La fermeture administrative au public des locaux des commerces classés “non essentiels” est-elle assimilable à la perte visée par l’article 1722 civ justifiant une réduction du loyer ?

Cette discussion se justifie dans le traitement de ce pourvoi, car dans la mesure où la cour d’appel a écarté l’application de l’article 1722 pour un motif dont on a estimé qu’il devait être censuré¹³, il y a lieu de s’interroger sur le caractère opérant du moyen soulevé devant la cour d’appel invoquant l’application de cet article.

L’article 1722 du code civil, dont la rédaction est restée inchangée¹⁴, prévoit en cas de perte de la chose louée par cas fortuit, la résolution du contrat lorsque la perte est totale, et offre une option au locataire lorsque la perte est partielle, entre la résolution du contrat ou la réduction du loyer.

La jurisprudence a donné une interprétation assez large à la notion de perte, en admettant qu’elle ne soit pas uniquement de nature matérielle, en

¹³Voir supra point II-1

¹⁴Il n’est pas sans intérêt de donner ici la nouvelle rédaction qui est proposée dans l’Avant projet de réforme des contrats spéciaux, laquelle fonde explicitement le mécanisme sur la notion de caducité du contrat et codifie une partie de votre jurisprudence sur la perte économique .

Art. 1743. – En cas de perte totale de la chose louée en cours d’exécution, y compris par force majeure, le contrat est caduc.

Est assimilée à la perte totale de la chose l’impossibilité absolue et définitive d’en jouir conformément à sa destination.

Il en va de même en cas de disproportion manifeste entre le coût de la remise en état et la valeur vénale de la chose.

Si, dans les mêmes circonstances, la perte n’est que partielle, le locataire peut demander une diminution proportionnelle du loyer ou la résiliation.

Il n’y a lieu à aucun dédommagement lorsque la perte totale ou partielle est due à un cas de force majeure

assimilant à celle-ci la perte juridique¹⁵.

L'impossibilité de jouir du bien loué conformément à sa destination a été, dans certaines circonstances, ainsi assimilée à une perte juridique, notamment lorsque la chose, non matériellement détruite ou atteinte, devient juridiquement interdite de l'usage convenu.

Pour autant, alors que le dispositif de l'article 1722 est une application particulière du mécanisme de la caducité du contrat, comme cela résulte explicitement désormais de sa nouvelle rédaction figurant dans l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux¹⁶, il nous semble inapproprié d'admettre que la perte, au sens de l'article 1722, puisse s'entendre de toute circonstance fortuite diminuant sensiblement l'usage de la chose.

Or telle est bien la tendance qui sous-tend la thèse de ceux qui voudraient voir assimilée à une perte partielle du local commercial l'impossibilité du public d'accéder à celui-ci résultant des mesures sanitaires gouvernementales prises en raison de l'épidémie de Covid 19.

Nous ne pouvons partager une telle approche.

*

Il est utile de souligner que nous sommes ici en présence d'un empêchement de jouissance économique du bien loué ayant à la fois un caractère partiel et temporaire, puisque seul l'accès du public au local est prohibé, le preneur en conservant les autres usages, et que cette interdiction provisoire a en l'espèce prévalu un peu moins de 2 mois.

Par ailleurs, l'avis 1015 cpc qui vient d'être adressé aux parties laisserait penser que la Cour envisage éventuellement de considérer que la perte juridique de la chose devrait nécessairement résulter d'une interdiction visant

¹⁵Civ. 3, 7février 2019,17-21.145

¹⁶Voir supra note 14

directement le bien loué et non, comme en l'espèce, résulter d'une interdiction tenant à la seule nature de l'activité commerciale du preneur (un commerce non essentiel à la Nation).

En définitive, aux termes de ces débats, la question est donc de savoir si un empêchement administratif partiel et temporaire d'exploitation, lié à la nature de celle ci, peut constituer une perte partielle au sens de l'article 1722 ?

*

Sur l'approche résultant du moyen d'office envisagé par la Cour pour écarter l'article 1722, qui retiendrait que la perte de la chose ne pourrait pas être invoquée lorsque l'interdiction administrative est édictée en raison de la nature de l'activité et non au regard du local loué, nous n'y sommes pas favorable.

En effet, une telle approche nous semble conduire la Cour à ne faire qu' "*un pas de côté*", puisqu'elle ne répondra pas à la situation des commerces dont l'interdiction d'accès a été fondée sur le seul critère de leur surface, comme cela a été le cas lors de la troisième période de confinement de 2021¹⁷.

En outre, une telle approche s'éloigne de celle adoptée par votre Chambre pour l'obligation de délivrance et qui correspond à une approche fonctionnelle du local commercial, prenant en compte sa destination et sa finalité première qui est d'être le siège de l'exploitation d'un fonds de commerce.

Pour notre part, il nous paraît plus justifié et approprié de considérer qu'une perte partielle du local, au sens de l'article 1722, ne saurait être temporaire, en affirmant clairement, à l'instar de ce que vous avez admis pour la perte totale, que cette perte, même partielle, doit être "*absolue et définitive*"¹⁸

¹⁷ Commerces en surfaces commerciales de 10 000 à 20 000m²

¹⁸ Civ. 3, 20 décembre 2018, 16-23.448 ; Civ. 3, 8 mars 2018, 17-11.439, *Bull.* ; Civ. 3, 19 décembre 2012, 11-26.076

L'impossibilité partielle de jouissance économique du bien loué doit donc être irréversible et non simplement momentanée pour pouvoir être assimilée à la perte partielle visée par l'article 1722 civ.

En effet, le "*temporaire*" n'est pas équivalent ou assimilable au "*partiel*".

Et la caducité du contrat qui fonde l'article 1722, lequel constitue une application particulière de celle ci, suppose une impossibilité définitive d'exécuter un de ses éléments essentiels.

Par ailleurs, la Cour ne saurait tirer nul enseignement déterminant des quelques rares et anciennes décisions invoquées par les tenants de la thèse de l'assimilation, ni se sentir liée par celles ci.

Les situations de fait couvertes par ces décisions ne correspondent d'abord pas aux circonstances de nos affaires.

Ainsi, dans l'affaire concernant la palissade louée aux fins d'affichage et interdite de celui-ci par un arrêté municipal, l'arrêt¹⁹ prend soin de caractériser une jouissance de la chose empêchée "*d'une manière absolue*" "pendant une certaine période", ce qui semble renvoyer à une perte totale pendant celle ci.

De même, dans l'affaire de la location du parc à huîtres, dont le locataire exploitant avait dû cesser l'exploitation pour obéir à une interdiction de l'administration maritime, l'arrêt²⁰, au visa des articles 1184 et 1722 fait référence à une modification de "*l'objet de la location*", pour censurer la condamnation du preneur à payer l'intégralité des loyers, ce qui nous semble, là encore, renvoyer à une perte totale.

En outre, dans ces deux affaires, est en cause une interdiction administrative individuelle qui semble en outre bien définitive et irréversible,

¹⁹ Civ.1, 29 nov. 1965, Bull. 655;

²⁰ Civ.3, 7 janv. 1987, 85-15381;

et avoir conduit par ailleurs, non à une réduction du loyer dans le cadre d'une poursuite du contrat, mais bien plutôt à des restitutions de loyers dans le cadre de la résolution de celui ci.

Enfin, on relèvera que l'arrêt qui a admis le jeu de l'article 1722 pour réduire le loyer d'un local, suite à un défaut de fourniture d'eau dû à des "*conditions atmosphériques exceptionnelles et persistantes*" concernait une habitation louée pour ...le seul mois d'août²¹...

Nous ne partageons donc pas l'avis des rapporteurs selon lesquels "*il résulte de cette jurisprudence qu'une fermeture, décidée par l'autorité administrative, rendant la chose louée impropre à sa destination commerciale, peut caractériser la perte de la chose louée qui peut justifier une réduction de loyers pour une période déterminée*".

Nous sommes d'avis de juger que la perte partielle visée par l'article 1722 ne saurait résulter d'une interdiction administrative générale, provisoire et très limitée dans le temps, de recevoir du public dans un local commercial, en invitant la Cour, pour conforter la solution de la cour d'appel sur ce point, à substituer ce motif à celui retenu par celle ci pour écarter l'application de cette disposition.

**

4/Faut -il « bilatéraliser » la force majeure en permettant au locataire de l'invoquer en sa qualité de créancier de la jouissance du local ?

Le locataire devant la cour d'appel ne prétendait pas avoir été empêché de payer le loyer par la force majeure²², mais soutenait devoir en être dispensé parce que celle ci l'avait empêché de profiter de la jouissance du local.

²¹Cass. 3e civ., 17 juin 1980 : Bull. 116

²² Il est en effet aujourd'hui solidement admis qu'il n'existe pas de "force majeure financière". Voir ainsi en dernier lieu : [Com., 16 septembre 2014, 13-20.306, Bull. 118](#) « ...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. ».

Un tel moyen invoquant la force majeure en s'appuyant sur la thèse développée par une certaine doctrine visant à "*bilatéraliser*" le recours à celle-ci pour l'étendre au créancier de la prestation empêchée par de telles circonstances et de le libérer de son obligation de payer cette prestation, tend en réalité, sous un habillage juridique habile, au même résultat que celui recherché par la mise en oeuvre de l'exception d'inexécution.

La cour d'appel a estimé que la locataire ne pouvait invoquer à son profit la force majeure.

Sa solution doit être à cet égard confortée.

Si par un arrêt isolé²³, antérieur à la nouvelle rédaction du code civil sur la force majeure figurant désormais à son article 1218, la Cour avait admis dans une affaire d'enseignement à distance que le contrat soit résilié par son bénéficiaire, empêché de suivre l'enseignement par un cas de force majeure, **la Cour a récemment adopté une position différente et très claire en la matière.**

Selon celle ci : "**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**"²⁴.

Une large doctrine²⁵ a soutenu cette solution en soulignant sa conformité à la lettre et à l'esprit de l'article 1218 civ.

Les arguments de la doctrine favorable à la bilatéralisation²⁶ et repris par le mémoire ampliatif ne sont pas convaincants, ni adaptés aux circonstances spécifiques liées à notre contentieux.

²³[Civ.1, 10 février 1998, 96-13.316, Bull. 53](#)

²⁴[1^{ère} Civ., 25 novembre 2020, 19.21-060, publié;](#)

²⁵Ch. Lachièze [,JCPEntrep. n° 10, 11 mars 2021, 1131;](#)», Hugo Barbier [,La partie empêchée de profiter de sa créance ne peut invoquer la force majeure RTD civ. 2021. p.126;](#)»L. Leveneur[Contrats, conc. Consom, n°1, janvier 2021, comm. 1.;](#)

²⁶R.Boffa et M.Mekki [D. 2021, p. 310;](#)M. Mekki [JCP éd. G., n°51, 14 décembre 2020, p. 1409;](#)P.Jourdain [RTD civ. 2021, p. 152...](#)

Il est soutenu que les effets d'une telle bilatéralisation seraient moins lourds que dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de principe de 2020, parce que ce n'est pas la résiliation du contrat qui est recherchée, mais sa suspension, et qu'il serait plus équitable de faire peser le risque sur le propriétaire du bien (en privant le bailleur de son loyer).

Ces derniers arguments sont contredits, nous semble-t-il, par nos développements généraux préliminaires ayant souligné **le caractère sériel de ce contentieux, le poids des sommes correspondant aux loyers concernés par les périodes de confinement (3 Mds d'euros) et l'importance des aides publiques accordées pour aider les locataires commerciaux** dans ces périodes exceptionnelles.

Or ce qui semble fonder la position de la doctrine autorisée qui est favorable à une "*bilatéralisation*" de la force majeure, c'est le "*solidarisme contractuel*" et un partage plus équitable des risques.

M.Mekki²⁷ explique ainsi que si le créancier ne peut profiter de son droit, le débiteur ne devrait pouvoir réclamer son droit au paiement, dès lors que cela ne lui cause pas un préjudice et que l'équilibre entre les patrimoines est maintenu.

On voit bien que les limites fixées par cet auteur à une bilatéralisation de la force majeure ne sont manifestement pas ici remplies...

On ajoutera qu'il serait **curieux, afin de priver les bailleurs de leurs revenus pendant cette période, de faire appel à un solidarisme contractuel qui viendrait ainsi s'ajouter à la solidarité nationale dont ont déjà bénéficié les preneurs.**

Les circonstances particulières de notre contentieux ne sont donc pas du tout propices à une remise en cause de la dernière jurisprudence de la Cour sur la force majeure.

²⁷ M.Mekki, *Payer le prix sans profiter du droit: le sort du créancier en cas de force majeure*, AJ contrat 2020,554;

Le grief sera écarté .

Nous concluons donc au **REJET du pourvoi avec la substitution de motif proposée plus haut.**
