

Nantes Université
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Les loyers commerciaux en période Covid

Mémoire de Master II Droit privé général par

Laura Barbé

Sous la direction de M. Philippe BRIAND
Professeur à la Faculté de Droit de Nantes

Année universitaire 2021-2022

Remerciements

Je souhaite tout d'abord remercier mon directeur de mémoire Monsieur Philippe Briand, professeur de droit à Nantes Université, pour sa disponibilité, son écoute et sa bienveillance eu égard au traitement de ce sujet.

Je désire également remercier Maître Olivier Gohier, huissier de justice associé à Laval, qui a su me proposer son aide, en cas de difficultés.

Enfin, j'aimerais remercier plusieurs de mes proches.

Sarah et Clémence qui, tout en rédigeant leur mémoire, m'ont encouragée dans l'accomplissement de ce travail, qui nécessite rigueur et relativisme.

Mes parents et mon frère qui m'ont toujours soutenue et inculqué les valeurs du travail et de la persévérance.

Plan sommaire

Remerciements.....	I
Plan sommaire	II
Principales abréviations	III
Introduction	1

PARTIE I : LA JOUISSANCE PERTURBEE

Chapitre 1 : Les conditions

Section 1 : Les conditions classiques.....	8
Section 2 : Le refus d’assumer le risque d’imprévision	16

Chapitre 2 : Les effets

Section 1 : La négociation du loyer par les parties	22
Section 2 : L’intervention du juge en cas d’échec des négociations	28

PARTIE II : LA JOUISSANCE ENTRAVEE

Chapitre 1 : L’empêchement lié à la chose louée

Section 1 : Les obligations du bailleur relatives à la chose louée	37
Section 2 : La perte de la chose louée	45

Chapitre 2 : L’empêchement lié à la force majeure

Section 1 : Des conditions défailtantes	52
Section 2 : L’exigibilité de la dette locative	59

Principales abréviations

AJ	Actualité juridique
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
Ass Plén	Assemblée plénière
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
CA	Cour d'appel
CCC	Contrats, Concurrence, Consommation
CCH	Code de la Construction et de l'Habitation
C.Civ	Code civil
Civ	Chambre civile
Cf	Confer
CSP	Code de la santé publique
Ed	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCPE	Semaine juridique Entreprise et affaires
JCPG	Semaine juridique Edition Générale
JCPN	Semaine juridique Notariale et Immobilière
O	Ordonnance
L	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
PUF	Presses universitaires de France
Rec.	Recueil
RDC	Revue des contrats
Rev.	Revue
RTD Civ	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com	Revue trimestrielle de droit commercial

Introduction

1. Jean-Pierre Mignot, expert près la Cour d'appel de Paris, affirmait : « *Ce n'est pas le locataire qui paie le loyer, ce sont ses clients* ». Jean-Pierre Blatter ajoute : « *Point de client, point de chiffre d'affaires, point de loyer* »¹. Ces propos reconsidèrent l'obligation de paiement du loyer afférent à un commerce, dans l'impossibilité d'accueillir des clients. Au sein d'un fonds de commerce², la clientèle constitue l'élément nécessaire à son exploitation. Les autres données telles que le nom commercial, la propriété intellectuelle ou encore le stock n'en sont que des supports³. Le loyer quant à lui, correspond au prix de louage du local commercial dans lequel est exploitée l'activité. Librement fixé par les parties lors de la conclusion du bail, il est d'ordinaire à échoir, et payable trimestriellement. En tant que coût fixe ne variant pas selon la fluctuation des volumes de production, il s'oppose aux coûts variables, devant donc être réglé prioritairement aux autres dépenses de l'entreprise.
2. La clientèle commerciale connaît depuis quelques temps des bouleversements sur lesquels elle n'a pas la main, au désarroi des commerçants qui avaient pu espérer un retour à la normale après la crise des gilets jaunes et des grèves en 2019. En effet, le pays subit, à l'instar de ses pairs, une crise sanitaire liée à l'épidémie de la Covid depuis la fin de cette même année. Si le 23 janvier 2020, l'Organisation mondiale de la Santé affirme que l'épidémie ne constitue pas une urgence publique de portée internationale car il n'existe « *aucune preuve* » de la propagation du virus en dehors de la Chine⁴, elle déclare le 30 janvier l'état d'urgence de santé publique internationale (mis en oeuvre seulement cinq fois depuis sa création le 7 avril 1948). La communication d'informations médicales par les chercheurs a permis aux gouvernements et institutions internationales de prendre les mesures nécessaires afin de limiter la propagation de la Covid-19, sur recommandation des autorités de santé.

¹ BLATTER Jean-Pierre, *Le bail, le covid-19 et le schizophrène*, AJDI, 2020, n° 245.

² « *Ensemble des éléments mobiliers corporels (matériel, outillage, marchandises) et incorporels (droit au bail, nom commercial, enseigne, droit de propriété industrielle, etc...) qu'un commerçant rassemble et organise en vue de la recherche et de l'exploitation d'une clientèle, et qui constitue une entité juridique distincte des éléments qui la composent* », Fiches d'orientation – Fonds de commerce, juin 2021.

³ GUEVEL Didier, *Droit du commerce et des affaires*, LGDJ, 2012.

⁴ Déclaration sur la réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (RSI) concernant la flambée de nouveau coronavirus (2019-nCov).

3. Le gouvernement a créé *ex nihilo* un régime d'état d'urgence sanitaire, distinct de l'état d'urgence classique⁵, « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* »⁶, théoriquement en vigueur jusqu'au 31 juillet 2022. Si les nombreuses problématiques induites par ce dernier concernent au premier plan la santé publique, le droit, et notamment celui des baux commerciaux, s'en trouve lourdement impacté. De fait, contraints de demeurer à leur domicile ou à n'accomplir que des trajets considérés comme nécessaires, les français n'ont pas pu consommer de manière habituelle. Cette mesure de confinement⁷ fut plusieurs fois supprimée puis rétablie entre 2020 et 2021. En outre, nombreux sont les commerces (considérés comme non essentiels) ayant fait l'objet d'une fermeture administrative⁸, à compter du 15 mars 2020. Progressivement, les fermetures et jauges physiques sont remplacées par un pass sanitaire⁹ puis vaccinal¹⁰. Si tous les Etats ont pris des mesures allant dans le sens d'une restriction des contacts physiques, elles se sont distinguées par la propagation différenciée du virus, la politique de santé publique, ou encore la définition d'un commerce essentiel. Ainsi, la France a pu s'inscrire entre des pays à la politique « *zéro Covid* » comme la Chine, et d'autres privilégiant nettement le maintien de l'économie, tel que le Royaume-Uni. A l'approche de l'été 2022, et au vue de l'accalmie de l'épidémie, il n'est pas fait état d'une quelconque limitation de la liberté d'aller et venir, à la fois générale ou propre aux lieux récréatifs.
4. Si l'épidémie bouleverse le quotidien des particuliers (mode de consommation, instauration du télétravail, etc...), les commerçants sont sans nul doute les plus affectés, en particulier dans le secteur du textile et de la restauration, car leurs revenus dépendent directement de la chalandise¹¹ et de l'acte d'achat¹². La France a d'ailleurs été le pays européen le plus touché durant la première vague épidémique avec une réduction de 31,1% du chiffre d'affaires des commerces

⁵ L. n ° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

⁶ CSP art n ° L3131-12.

⁷ « *Restriction massive de la liberté individuelle d'aller et venir, décidée par l'autorité administrative et qui suspend de facto l'exercice de nombreuses autres libertés individuelles et collectives : liberté d'entreprendre, de réunion, de culte, de manifestation...* », *La justice face à la crise sanitaire*, Cour de cassation, 3 mai 2021.

⁸ « *Mesure dite de police administrative qui a initialement pour but de prévenir et d'empêcher des comportements illicites ou constitutifs d'un trouble à l'ordre public en interdisant l'accès et l'exploitation des établissements* », Assistance juridique Qiir.

⁹ Loi n ° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

¹⁰ Loi n ° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique.

¹¹ « *Rayon d'influence et d'attractivité d'un point de vente* », Fiches pratiques, Chef d'entreprise.

¹² « *Opération juridique civile ou commerciale qui aboutit à l'acquisition par l'acheteur, de la propriété d'un bien ou d'un droit contre la remise par ce dernier, au vendeur d'un prix* », Dictionnaire juridique.

détaillants en avril 2020, relativement à avril 2019¹³. Les présidents des tribunaux les ont d'ailleurs appelés à ne pas attendre pour déposer le bilan. En effet, les mesures étatiques qui permettent le maintien de la trésorerie incluent indéniablement une date butoir. Partant, si le tribunal judiciaire de Nantes a constaté une baisse de 42% des procédures collectives en 2021, une hausse des dossiers reçus est constatée à l'aube de 2022. Ainsi, Loïc Belleil, Président du tribunal de commerce de Nantes, incite les commerçants à saisir le tribunal dès les premiers signes d'alerte¹⁴. Pour les exploitants poursuivant leur activité, « *l'après-crise* » est dissemblable de la période antérieure à la Covid-19 car déjà affaiblis, ils font face à une réouverture sous conditions et des habitudes consuméristes nouvelles.

5. Parmi les nombreux contrats auxquels un commerçant est partie, se trouve le bail commercial au sein duquel il est créancier de l'obligation de délivrance d'un local (article 1719 du Code civil) et débiteur de l'obligation de paiement du loyer (article 1728 du Code civil). En réalité, le bailleur est tenu par trois obligations principales. Il doit d'abord délivrer la chose louée et ses accessoires¹⁵, se matérialisant par la remise des clés lors de la conclusion du bail. Il doit ensuite entretenir le local et effectuer les réparations nécessaires afin que ce dernier reste conforme à sa destination¹⁶. Enfin, il doit garantir au preneur la jouissance paisible des lieux en prévenant tout trouble pouvant y être occasionné¹⁷. Il convient de distinguer le trouble de droit et le trouble de fait. Si le premier désigne la revendication par un tiers d'un droit réel sur une chose, le second qualifie toute action commise sans droit et empêchant le propriétaire d'en user normalement. Dans le cadre d'un bail, ces troubles proviennent du bailleur ou de tiers, en l'occurrence l'Etat. Des preneurs effectivement soucieux de leur devenir, ont objecté parmi l'abus de droit, l'enrichissement injustifié ou encore la caducité du contrat, la fermeture administrative comme trouble de fait de l'Etat. Par souci de pertinence et de célérité, la présente étude ne développera pas ces notions.

¹³ Eurostat, 4 juin 2020, n° 90/2020.

¹⁴ PERRIER Stéphane, *Tribunal de commerce de Nantes. La vague de faillites n'a pas eu lieu*, 15 janvier 2022, Ouest France.

¹⁵ C.Civ art 1719 1° : « *De délivrer la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant* ».

¹⁶ C.Civ art 1719 2° : « *D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée* ».

¹⁷ C.Civ art 1719 3° : « *D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail* ».

6. En tout état de cause, certains commerçants ont subi un fait du prince qui se définit comme « *une décision de l'autorité publique qui a pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situations contractuelles et qui en matière civile, peut constituer un cas de force majeure* »¹⁸. D'autres preneurs ont subi des ouvertures conditionnées au respect de certaines règles sanitaires strictes telles que les jauges ou la distanciation physique. Si ces contraintes heurtent directement l'obligation en nature du bailleur, ce n'est que subsidiairement qu'elles ont des répercussions sur l'obligation de paiement du preneur.
7. Le contrat étant le « *vecteur juridique de l'activité économique* »¹⁹, le bail commercial n'y faillit pas, de sorte qu'il permet à un commerçant d'exercer son activité dans des locaux que le bailleur met à sa disposition. Ce dernier subsistant durant la crise sanitaire, se pose naturellement la question de l'exigibilité des loyers atteints aux périodes de restriction de jouissance du local. En effet, si le loyer n'est plus exigible, le bail n'a plus d'objet (par l'acquisition de la clause résolutoire), entraînant ainsi la perte du fonds de commerce, qui elle-même rend impossible l'exercice d'une activité lucrative.
8. La loi d'habilitation du 23 mars 2020²⁰ a permis au pouvoir exécutif de prendre des mesures pluridisciplinaires afin d'atténuer les conséquences économiques de l'épidémie. C'est un régime provisoire doté d'une période juridiquement protégée, et d'exception en ce sens qu'il évite la discussion par des mesures exorbitantes de droit commun. Si le gouvernement a adopté des mesures pour prévenir les faillites²¹, certains preneurs ont agi en dehors de tout cadre juridique, s'arrogeant le droit de suspendre unilatéralement le paiement des loyers, mettant à mal la force obligatoire du contrat. La vigueur de cette remise en cause se conçoit au regard de son montant (V. annexe n ° 3), constituant un revenu non négligeable pour le bailleur et le principal coût fixe du preneur (5 à 20% de son chiffre d'affaires). Hormis la neutralisation des sanctions contractuelles durant une courte période au printemps²² et à l'automne 2020²³, et d'emblée seulement

¹⁸ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, Puf, Quadrige, 8^{ème} édition, 2007, V. Fait du prince a et b.

¹⁹ MAZEAUD Denis, Deffrénois, 15 septembre 1996, n ° 17, p. 1007.

²⁰ L. n ° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

²¹ « *Etat du commerçant dont la cessation des paiements a été constatée par un jugement du tribunal de commerce* », Crntl.

²² O. n ° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19.

²³ L. n ° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

ouverte à certains commerces²⁴, aucune assise légale n'est parvenue à une solution juridique de moyen terme afin de soutenir les commerçants aux abois. A l'inverse, le report des charges fiscales et sociales ou le chômage partiel ont permis au preneur d'alléger ses dépenses. Ainsi, le droit dérogatoire n'a pas établi d'annulation (abandon de la contrepartie normalement due), de suspension (interruption temporaire de l'exigibilité locative) ou même d'aménagement (report intégral ou étalement) de la dette locative. En suspendant les sanctions contractuelles, le droit dérogatoire issu de la première vague épidémique n'a rien indiqué concernant les actions en paiement classiques (procédure d'injonction de payer, procédure simplifiée de recouvrement des petites créances), l'assignation au fond, les saisies conservatoires ou les intérêts moratoires.

9. Le statut du bail commercial et le droit spécial du contrat de louage ne prévoient pas de règle spéciale en cas d'évènement imprévu, bouleversant les obligations réciproques des parties. Ainsi, jamais le droit commun des contrats n'a connu un tel renouveau depuis son instauration dans le Code civil, permettant son utilisation sous le prisme des baux commerciaux. En effet, la circulaire attachée à l'ordonnance de prorogation des délais indique que « *les dispositions de droit commun restent applicables le cas échéant si leurs conditions sont réunies, par exemple [...] le jeu de la force majeure prévue à l'article 1218 du Code civil* ». Reste à savoir si ces outils peuvent être juridiquement mobilisés en cette période exceptionnelle.

10. Les mécanismes diffèrent selon que l'exécution de l'obligation est devenue difficile ou impossible, leur caractère d'ordre public ou supplétif de volonté, suspensif d'exécution ou non, et relevant d'une obligation de somme d'argent ou d'une obligation en nature. Les bailleurs n'ont pas manqué de saisir les tribunaux afin de contester la cessation de paiement du loyer, qu'ils estiment dû pendant ces périodes de restrictions. Si l'arrêt momentané des juridictions n'a pas permis une saisine immédiate, le référé toujours autorisé, a été très employé. Alors engouffrées dans cette démarche, les parties se sont maintes fois heurtées à une contestation sérieuse ou à la limite matérielle propre au juge de l'évidence, qui ne statue pas sur le fond du droit. La jurisprudence tant attendue est finalement très éclectique et ne permet pas de révéler une tendance favorable à l'une ou l'autre des parties (V. annexe n° 1). Globalement, peu de mécanismes œuvrent favorablement à l'exonération ou la révision du loyer. Des disparités sont d'ailleurs constatées au-delà du critère géographique, au sein même des

²⁴ O n° 2020-371 du 25 mars 2020 sur les conditions d'éligibilité au fonds de solidarité.

juridictions, selon la formation concernée. Si la Cour de cassation fut saisie pour avis par le tribunal judiciaire de Chartres²⁵, un désistement d'instance résultant probablement d'un accord amiable, a engendré le dessaisissement de la Troisième chambre civile, qui n'a donc pas rendu l'avis attendu le 6 octobre 2021²⁶. Curieusement, aucune assise juridique n'ordonne le dessaisissement de la Haute juridiction judiciaire en cas d'extinction de l'instance originelle, ayant introduit la saisine. Toujours est-il que les arguments tirés de l'exception d'inexécution, la force majeure et la perte de la chose louée n'ont pas reçu d'approbation ou de réfutation, laissant les juridictions dans un vide juridique total.

11. Il ne convient pas de s'attacher au paiement du loyer *stricto sensu* mais à son exigibilité en période de restrictions sanitaires, qui empêchent le locataire de jouir librement de son local, totalement ou partiellement. En effet, le bailleur, lui-même débiteur dans divers contrats, souhaite obtenir le paiement du loyer à échéance afin de pouvoir rembourser ses dettes. Quant au preneur en difficulté financière, il souhaite censément annuler la dette locative attenante aux périodes de restrictions, ou du moins la suspendre, afin d'en négocier le montant.
12. La présente étude s'intéresse principalement au sort des loyers litigieux en France, bien que l'analyse de certaines tendances étrangères permette d'en comprendre l'enjeu. Il conviendra de distinguer utilement les commerces administrativement fermés des commerces restreints dans leur activité, soit les commerces limités à la vente à emporter (ou la livraison) et ceux qui peuvent ouvrir à des conditions sanitaires strictes, limitant le nombre de clients, et donc la pleine jouissance économique du local.
13. Le preneur restreint totalement ou partiellement dans l'exercice de son activité, ne peut plus jouir normalement du local, objet du bail commercial. Il convient de déterminer si celui-ci peut user de mécanismes de droit commun afin de se soustraire au paiement du loyer.
14. La réponse à cette question dépend de la perspective adoptée, selon que la jouissance du local est considérée comme perturbée (Partie I) ou entravée (Partie II).

²⁵ Demande du 9 juillet 2021, n ° K2170013.

²⁶ BRAULT Timothée, *Loyers commerciaux et Covid : en attendant l'avis de la Cour de cassation...*, Dalloz actualité, 10 septembre 2021.

PARTIE I : LA JOUISSANCE PERTURBEE

15. L'épidémie de la Covid-19 a engendré pour le monde des affaires et en particulier des commerçants, des bouleversements inattendus dans l'exécution de leurs obligations. Les mesures étatiques ont interféré avec la jouissance normale du local, qui n'a pas pu être aussi lucratif que dans l'espérance légitime des preneurs. Le droit français dispose d'un mécanisme permettant de prendre en compte, dans les contrats de droit privé, un changement de circonstances imprévisible, eu égard à l'environnement dans lequel les parties se sont engagées, lors de la conclusion du contrat. Les pays de Common Law disposent quant à eux d'outils similaires tels que l'impracticability²⁷, ou la doctrine de la frustration²⁸, qui ont été mobilisés durant cette crise. Initialement ferme dans la décision *Canal de Craponne* du 6 mars 1876 de la Cour de cassation, la jurisprudence française avait infléchi sa position et permis de prendre en compte le temps et les circonstances, dans quelques rares cas. Entérinée par la réforme, la révision pour imprévision permet, dans les contrats à exécution successive, d'inciter les parties à renégocier le contrat, et à défaut, faire intervenir le juge. Il a pu à juste titre, être discuté que la pandémie et les restrictions subséquentes ont constitué un changement d'une telle ampleur pour les exploitants. En effet, l'imprévision pourrait être un « joker », afin de soutenir les débiteurs confrontés à une exécution de leur obligation excessivement onéreuse, et non impossible²⁹. Cette notion ancienne pourrait bien connaître un regain d'intérêt dans le cadre de cette crise sanitaire et même dans l'actuel conflit russo-ukrainien ayant entraîné pour les commerçants une hausse des matières premières, ne permettant pas la poursuite normale de l'activité.

16. L'enjeu est de savoir si l'imprévision est applicable à l'épidémie subie par les parties au bail commercial, et si le statut spécial applicable à ce dernier ne l'empêche pas de s'appliquer. Classiquement, il convient de vérifier ses conditions d'utilisation (Chapitre 1) et d'en déterminer les effets sur les loyers commerciaux (Chapitre 2).

²⁷ Apparue en 1916, cette doctrine anglo-saxonne permet la non-exécution des obligations lorsque celle-ci entraîne des frais trop élevés.

²⁸ Apparue en 1956, cette doctrine anglo-saxonne permet de mettre fin au contrat dont l'exécution est devenue radicalement différente des obligations initialement prévues.

²⁹ GRIMALDI Cyril, *Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ?*, Rec. Dalloz 2020, p. 827.

Chapitre 1 : Les conditions

17. A l'instar de tout mécanisme contractuel, la révision pour imprévision suppose de respecter des conditions, aujourd'hui fixées par le Code civil. Ainsi, l'article 1195, depuis la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016, indique la conjoncture attendue. Il convient d'examiner les conditions classiques du mécanisme (Section 1) avant d'en évoquer le caractère supplétif, qui exige donc à priori, un refus d'assumer le risque de l'imprévision (Section 2).

Section 1 : Les conditions classiques

18. L'utilisation du mécanisme de l'imprévision n'est pas aisée. Il existe des conditions générales (§1) et des conditions spécifiques (§2).

§1 Les conditions générales

19. N'étant pas acquise depuis 1804, la révision pour imprévision ne peut s'appliquer qu'à des contrats relativement récents. Le bail doit avoir été conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme (A) mais il est permis, et la jurisprudence le montre, de constater une tolérance pour les baux conclus antérieurement (B).

A- La conclusion d'un bail commercial postérieurement au 1^{er} octobre 2016

20. A l'occasion d'une réforme, quelle qu'elle soit, il convient, pour apprécier son application dans le temps, de se référer aux dispositions de droit transitoires. En effet, l'article 1^{er} du Code civil dispose entre autres, que les « lois » et les « actes administratifs » « entrent en vigueur à la date qu'ils fixent, ou à défaut, le lendemain de leur publication ». En vertu du principe de non-rétroactivité, la jurisprudence a déjà rappelé que « la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur »³⁰.
21. Dans l'ordonnance du 10 février 2016, il est indiqué que ses dispositions entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016, sans d'autre précision³¹. Abstraction

³⁰ Civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, n° 12-15.688.

³¹ Art 9, O. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

faite de quelques dispositions qui entrent en vigueur immédiatement, l'ensemble de l'ordonnance est applicable à partir du 1^{er} octobre 2016, qui intègre donc le nouvel article 1195.

22. Dans le cadre de cette étude, le bail commercial doit être conclu ou renouvelé postérieurement au 1^{er} octobre 2016. Les prorogations conventionnelles de baux antérieures n'entrent pas dans ce champ d'application. Durant cette crise, la jurisprudence a déjà rappelé cette exigence temporelle³². Un bail commercial est, sauf exception, conclu pour une durée minimale de neuf ans³³. Le preneur dispose d'un droit au renouvellement c'est-à-dire que le bailleur ne peut pas refuser la continuation du bail qui arrive à échéance sans verser une indemnité d'éviction, sauf pour un motif restrictivement prévu par la loi³⁴.
23. Malgré la distinction aujourd'hui confuse entre la tacite reconduction et le renouvellement par les dispositions rapprochées des articles 1214 alinéa 2³⁵ et 1215³⁶ du Code civil, celle-ci demeure plus manifeste dans le droit spécial, en particulier celui du bail. Lorsque le bail arrive à échéance, le renouvellement permet de conclure un nouveau contrat, volontairement identique ou différent du précédent, en respectant un préavis de six mois. La tacite reconduction quant à elle, résultant de l'attitude passive des parties, permet d'en prolonger implicitement le terme par l'exécution des obligations.
24. Si le bail est renouvelé après le 1^{er} octobre 2016, celui-ci sera soumis à l'application de la loi nouvelle et bénéficiera des dispositions sur l'imprévision. Ainsi, un bail conclu postérieurement au 1^{er} octobre 2007 sera nécessairement renouvelé (si renouvellement il y a) après le 1^{er} octobre 2016 en vertu de sa durée. En revanche, un bail conclu antérieurement au 1^{er} octobre 2007 doit attendre l'échéance du contrat postérieure à 2016, donc lors du deuxième renouvellement, qui n'interviendra pas avant 2024. Cette situation vécue comme une inégalité entre les acteurs du monde des affaires, a pu faire évoluer la jurisprudence à ce sujet.

³² TJ Strasbourg réf., 19 février 2021, n ° 30/00552, TJ Bordeaux réf., 25 janvier 2021, n °20/01447.

³³ C. Com art L145-4.

³⁴ C. Com art L145-17.

³⁵ « *Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée* ».

³⁶ « *Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ».

B- La tolérance des juges pour les baux commerciaux antérieurs

25. Si la règle demeure celle de la non-rétroactivité, l'expérience laisse apercevoir une certaine tolérance pour les baux conclus antérieurement, à la faveur des preneurs commerciaux.
26. La tolérance des juges a d'abord débuté via l'application de la réforme elle-même. En effet, entre 2016 et 2018, plusieurs chambres de la Cour de cassation ont appliqué à des situations antérieures, l'esprit nouveau du texte. La loi de ratification n ° 2018-287 du 20 avril 2018 a dû modifier l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 en ajoutant : « *Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* ». La solution était alors éclairée pour la Cour de cassation, qui devait désormais statuer *contra legem* si elle souhaitait faire résistance au principe de non-rétroactivité de la réforme. Si la solution est aujourd'hui limpide, l'ambiguïté initialement utilisée par la jurisprudence montre sa volonté d'appliquer le bénéfice de la réforme aux situations normalement inéligibles.
27. Concernant spécifiquement l'imprévision, certaines décisions anciennes l'ont admise alors même que la jurisprudence de principe était applicable depuis fort longtemps. A titre d'exemple, dans la décision Huard de la Chambre commerciale du 3 novembre 1992³⁷, le juge prend en considération l'évolution des circonstances économiques pour imposer une renégociation du contrat. Ainsi, la Cour assimile à une faute le fait pour une compagnie pétrolière de ne pas avoir renégocié le contrat, en l'absence de clause contractuelle en ce sens. En 1998, la Cour de cassation évoque cette fois-ci, un manquement à l'obligation de loyauté envers un mandant n'ayant pas pris les mesures concrètes pour permettre à son mandataire de pratiquer des prix concurrentiels³⁸.
28. Enfin, plus récemment, la Cour de cassation a cassé un arrêt de Cour d'appel au motif qu'elle aurait dû rechercher si « *l'évolution des circonstances économiques n'avait pas eu pour effet de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société A* »³⁹.

³⁷ Com, 3 novembre 1992, n ° 90-18.547.

³⁸ Com, 24 novembre 1998, n ° 96-18.357.

³⁹ Com, 29 juin 2010, n ° 09-67.369.

29. Cependant, les cours d'appels sont moins avenantes sur le sujet. En effet, certaines cours d'appel se sont refusées à appliquer rétroactivement ce nouveau mécanisme, certainement par crainte que leur décision soit cassée par la Haute juridiction judiciaire. Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a par un arrêt du 21 juin 2016, refusé d'appliquer la révision pour imprévision à un contrat antérieur à la réforme. A l'identique, la Cour d'appel de Paris a affirmé que la consécration de l'imprévision par la réforme « *ne peut avoir pour conséquence de rendre respectivement fautif le cocontractant qui refuse de renégocier un contrat conclu antérieurement à sa date d'entrée en vigueur* »⁴⁰.
30. Mais, ne pourrait-on pas considérer que, même pour un contrat antérieur à la réforme, les restrictions sanitaires imposées aux commerçants constituent un changement de circonstances imprévisible, qui bouleverse l'économie générale de leur contrat ? Ne pourrait-on pas reprendre l'intitulé du dispositif de la Cour de cassation rendu le 29 juin 2010 ? C'est précisément ce que souhaite une partie de la doctrine. Il s'agirait d'interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau. En effet, un contrat échappant de peu à la loi nouvelle se trouverait dans une situation inéquitable par rapport à celle d'un contractant qui peut en bénéficier. A titre d'exemple, Martine Behar-Touchais, professeure de droit privé à l'Université Panthéon Sorbonne, suggère l'application du mécanisme à des contrats antérieurs, conduisant les juges à faire évoluer la jurisprudence ancienne ; une clause contractuelle contraire serait alors peu probable⁴¹. La jurisprudence actuelle n'a pas encore adopté cette position délicate puisque le mécanisme de l'imprévision est peu invoqué par les demandeurs.
31. Enfin, il serait légitime de réfléchir au principe de bonne foi⁴² pour imposer une renégociation, mais ce simple principe ne permet pas de créer des obligations. La Chambre commerciale a en effet affirmé que « *l'exigence de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »⁴³.

⁴⁰ CA Paris, 15 février 2018, n° 16/08968.

⁴¹ BEHAR-TOUCHAIS Martine, Contrats et obligations – *L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial – A l'occasion de la pandémie de Covid-19*, JCP E, 2020, n° 1162.

⁴² C.Civ art 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

⁴³ Com, 19 juin 2019, n° 17-29.000.

§2 Les conditions spécifiques

32. La difficulté porte sur la situation commerciale des preneurs qui doivent démontrer des conditions matérielles précises. Ainsi, il faut vérifier l'existence d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat (A), rendant l'exécution de ce denier excessivement onéreuse (B).

A- Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat

33. Des circonstances attachées à l'exécution du contrat doivent évoluer, dans un sens inattendu par les parties, et déséquilibrer le rapport *interpartes*⁴⁴. Ce mécanisme ne distingue pas s'il doit s'agir d'un changement temporaire ou définitif, et « *on ne distingue pas là où la loi ne distingue pas* »⁴⁵.
34. Il convient de discerner l'épidémie des choix politiques opérés afin de l'endiguer. En s'attachant à la définition de l'imprévision, il faut noter que l'épidémie *stricto sensu* n'a pas engendré de conséquences néfastes sur l'activité commerciale, rendant l'exécution des obligations excessivement onéreuse. Il ne s'agit donc pas tant de savoir si son existence et sa propagation peuvent être prévues par les parties que si les mesures prises par les pouvoirs publics le sont. Il est cependant constant que la jurisprudence qualifie l'épidémie comme changement de circonstances imprévisible, à l'aune des rares décisions qu'elle a rendues à ce propos. Il est permis d'affirmer que les fermetures administratives et autres restrictions sanitaires constituent un changement de circonstances imprévisible, non envisagé lors de l'engagement des parties. Deux contractants raisonnables ne peuvent anticiper une crise sanitaire engendrant des restrictions économiques telles que constatées, à la fois nationalement et localement.
35. Toutefois, la date de conclusion du contrat est décisive⁴⁶ et du même pas, difficile à appréhender dans l'utilisation du mécanisme. Ainsi, la jurisprudence devrait convenir d'une date à laquelle tous les baux commerciaux sont considérés comme n'ayant pas pu prévoir ce changement et réciproquement, l'échéance le rendant prévisible. Quelle date est-il envisageable de retenir afin que les parties puissent potentiellement bénéficier du mécanisme de l'imprévision ? Les baux

⁴⁴ « Interpartes » est une expression latine signifiant « entre les parties » à l'inverse de « erga omnes » signifiant « à l'égard de tous ».

⁴⁵ BARBIER Jehan-Denis, *Le loyer commercial face aux crises*, 1 septembre 2020.

⁴⁶ Hervé Lécuyer, *Le contrat acte de prévision*, dans *L'Avenir du droit*, mélanges François Terré, Dalloz, 1999.

conclus avant le 31 décembre 2019 sont nécessairement considérés comme n'ayant pas pu prévoir les fermetures administratives et le confinement. La question se pose avec plus d'acuité pour les contrats conclus à l'aube de l'année 2020. Faut-il retenir la date du 30 janvier 2020, lorsque l'Organisation mondiale de la santé (OMS) annonce l'état d'urgence de santé publique international ? Faut-il à *contrario* considérer la date du 12 mars 2020, initiant la période juridiquement protégée ? Il est raisonnable de prendre en considération l'apparition concrète des mesures étatiques françaises, soit à la mi-mars de l'année 2020.

36. Le 15 mars 2021, le tribunal de commerce de Paris estime que la crise sanitaire constitue un changement de circonstances imprévisible. S'il ne concerne pas directement les loyers commerciaux, ce jugement explicite la notion de l'imprévision dans le cadre de la crise sanitaire. Précédemment à l'apparition du coronavirus, une compagnie d'assurance avait signé un protocole d'accord avec son assuré pour l'indemniser d'un incendie. Parmi les conditions suspensives, se trouvait celle de la conclusion d'un nouveau bail commercial avant le 27 octobre 2020. Compte tenu des restrictions sanitaires, les recherches sont restées infructueuses et l'assureur a refusé d'exécuter ses obligations. Saisi de l'affaire, le tribunal de commerce de Paris a considéré que la crise sanitaire rend « *la recherche d'un fonds de commerce, telle que prévue par l'accord du protocole, impossible du fait de la fermeture imposée par le gouvernement de tous les bars et restaurants et que les conséquences de cette imprévision était excessivement onéreuse pour [l'assuré] lui faisant perdre l'avantage financier procurée par la possibilité de levée de la condition suspensive* »⁴⁷. De ce fait, et en vertu de l'article 1195 du Code civil, le juge a reporté la date de réalisation de la condition à une date ultérieure.
37. S'agissant spécifiquement des loyers commerciaux, le juge des référés du tribunal judiciaire de Paris a estimé que si le locataire peut se prévaloir de circonstances imprévisibles au sens de l'article 1195 du Code civil, cette demande relève de la compétence des juges du fond⁴⁸. Sans asseoir une affirmation générale, la jurisprudence ne semble pas exclure l'épidémie et les restrictions subséquentes comme changement de circonstances imprévisible. Il n'existe que trop peu de décisions rendues à propos de l'imprévision, qui pourrait, à juste titre, être invoquée par les preneurs commerciaux. Ainsi, le fait du prince

⁴⁷ TC Paris, 15 mars 2021, n ° 2020048008.

⁴⁸ TJ Paris, 20 janvier 2021, n °55750.

et les autres mesures restrictives pourraient constituer ce changement. Sur cent quarante décisions rendues en matière de loyer commercial entre le 9 juillet 2020 et le 16 décembre 2021, seules onze ont évoqué le mécanisme de l'imprévision, et deux ne l'ont pas rejeté.

B- Une exécution excessivement onéreuse

38. Dans le bail commercial, le changement de circonstances imprévisible doit rendre l'exécution du contrat (et pas seulement l'activité du preneur) excessivement onéreuse. Plus que difficile, elle ne doit pas non plus être impossible. Précisément, elle doit être rendue significativement plus coûteuse que ce que prévoyait la partie lésée. Ce changement peut être économique, social, réglementaire ou encore politique, sans prétendre à l'exhaustivité.
39. Il existe un débat doctrinal sur le point de savoir s'il faut adopter une approche restrictive ou extensive de cette notion. Une doctrine majoritaire considère que seule l'onérosité directe peut être couverte par le mécanisme de sorte que le coût de réalisation de l'exécution augmente. Cependant, certains auteurs estiment que l'onérosité indirecte permet également de bénéficier de la révision de sorte qu'une « *diminution de la contrepartie* », ou un « *rapport coût/avantage négatif* »⁴⁹ rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse. Dans le même sens, Bertrand Fages, professeur en droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris Sorbonne, évoque « *la dévalorisation du prix que pourrait recevoir le créancier* »⁵⁰.
40. Cette difficulté n'a pas échappé à l'appréciation souveraine des juges du fond appelés à statuer sur demande des preneurs commerciaux, souhaitant réviser leur loyer. Ainsi, le tribunal de commerce parisien, statuant en référé, a affirmé que « *la demande de révision du loyer sur le fondement de l'imprévision prévue par l'article 1195 du code civil ne peut être accueillie puisque, sans dénaturer le texte qui doit rester d'interprétation stricte, force est de considérer que le montant du loyer contractuellement convenu est resté le même pendant les événements, et n'est donc pas devenu excessivement onéreux* »⁵¹.

⁴⁹ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNK Philippe, *Droit des obligations*, LGDJ 2018, n ° 764.

⁵⁰ FAGES Bertrand, *Droit des obligations* LGDJ 2018, n ° 361.

⁵¹ TC Paris réf, 11 décembre 2020, n ° 2020035120.

41. Cette interprétation stricte est discutable puisque le montant du loyer n'ayant pas augmenté, sa proportion eu égard aux capacités financières réduites du commerçant l'a bien été. En effet, si certains considèrent que la crise empêche simplement le contrat de s'exécuter normalement par l'interdiction d'accès au commerce, l'exécution est incontestablement plus onéreuse relativement au prix inchangé, devenu sans intérêt. Reste à savoir si les juges considéreront toujours qu'elle l'est de manière excessive. Le jugement fait certes une application littérale du texte mais nie l'équilibre économique perturbé par les restrictions gouvernementales.
42. Tout comme l'a suggéré le tribunal de commerce de Paris le 20 janvier 2021 (V. supra, n ° 40), le tribunal judiciaire de Bordeaux, en ne rejetant pas « *l'imprévisibilité contenue à l'article 1195 du Code civil* » voire « *l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions* », estime qu' « *il n'appartient pas au juge des référés de se prononcer sur l'application au litige ou non de l'une ou plusieurs de ces notions* »⁵². Le même jour, le tribunal bordelais affirme que « *la notion de l'imprévisibilité n'apparaît pas sérieusement contestable* »⁵³. L'obstacle réside finalement dans la temporalité des restrictions et l'intervention tardive du juge, amené à statuer une fois que la situation du preneur s'est nettement améliorée.
43. Il convient de mentionner une ordonnance de référé (précitée) qui semble favorable au mécanisme de l'imprévision⁵⁴. Une société a pris possession de locaux commerciaux le 23 décembre 2019 afin d'ouvrir un restaurant, après y avoir effectué des travaux d'aménagement. Suite à la fermeture administrative du printemps 2020, le bailleur a, contrairement à de nombreux homologues, accepté de réduire de moitié le montant du loyer à échoir (du 15 mars au 22 juin). Postérieurement, le restaurant a repris son activité mais celle-ci a été affectée par des mesures de police administrative (distance entre les tables, couvre-feu, etc...). Le preneur a sollicité une seconde fois la réduction de son loyer mais le bailleur a refusé. Ne s'acquittant pas de celui-ci, le bailleur a délivré un commandement de payer visant la clause résolutoire afin que le preneur règle le solde du troisième trimestre 2020. Étonnamment, le juge estime que l'action du bailleur en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire d'un bail commercial pour défaut de paiement de loyer du 3^{ème} trimestre 2020 se heurte à une contestation sérieuse ; « *la crise sanitaire imposant d'examiner les modalités*

⁵² TJ Bordeaux réf, 25 janvier 2021, n ° 20/01392.

⁵³ TJ Bordeaux réf, 25 janvier 2021, n ° 20/01447.

⁵⁴ TJ Paris réf, 21 janvier 2021, n ° 20/55750.

d'exécution de l'obligation de payer au regard de l'exigence de bonne foi et des dispositions sur l'imprévision ». Du reste, la continuité de certaines mesures restrictives à la réouverture l'aurait empêché de poursuivre l'activité prévue et d'amortir les coûts de travaux engagés. Le juge des référés se refuse donc, compte tenu des circonstances imprévisibles et des négociations engagées entre le bailleur et le locataire, à affirmer que les loyers portant sur le troisième trimestre de l'année 2020 sont intégralement exigibles. Cette solution est bienvenue pour les preneurs commerciaux en difficulté de paiement par la fermeture administrative et la réouverture perturbée. Cependant, c'est une décision d'espèce, en ce que la situation particulière du preneur est indéniablement prise en compte et qu'aucune autre n'est allée aussi loin dans l'acceptation du mécanisme. Le même jour, et par la même formation, le juge parisien permet au preneur d'invoquer « *au fond des moyens non dénués de pertinence pour obtenir une révision de ses obligations contractuelles* »⁵⁵.

Section 2 : Le refus d'assumer le risque d'imprévision

44. Le juge doit en réalité, préalablement à l'analyse des conditions classiques, s'assurer que les contractants n'ont pas souhaité assumer ce risque. Les parties ne doivent pas avoir contractuellement prévu la restriction du droit à l'imprévision (§1), mais il existe des moyens afin de contourner leur volonté (§2).

§1 L'absence de clause qui restreint le droit à l'imprévision

45. Les parties peuvent renoncer purement et simplement au bénéfice du mécanisme (A) ou en restreindre simplement les effets (B).

A- La renonciation expresse

46. La partie qui demande le bénéfice de l'article 1195 du Code civil ne doit pas avoir accepté d'assumer le risque d'imprévision (cf. « *l'aléa chasse la lésion* »). Selon Charles-Edouard Bucher, l'imprévision est « *un mécanisme d'allocation des risques* »⁵⁶. Cette renonciation peut être expresse à l'exemple des obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnées aux I à III de l'article L211-1 du Code monétaire et financier. Cependant, elle peut également être tacite (V. infra, n ° 57).

⁵⁵ TJ Paris réf, 21 janvier 2021, n ° 20/58571.

⁵⁶ BUCHER Charles-Edouard, *Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ?*, Rev. CCC n °4, Etude 5, avril 2020.

47. Dans le cadre d'un bail commercial, il est aussi permis de distinguer les deux types de renonciation. Une renonciation expresse pourrait s'exprimer ainsi contractuellement : « *Les parties, d'un commun accord, renoncent expressément aux dispositions de l'article 1195 du Code civil et acceptent en conséquence, en cas d'imprévision telle que définie par l'article précité, d'en supporter toutes les conséquences économiques et financières* »⁵⁷. Cependant, cette acceptation doit être déterminée et déterminable car l'imprévision initialement supplétive de volonté, doit être écartée dans des circonstances précises⁵⁸.
48. Le bail commercial n'est pas aléatoire et plutôt dûment commutatif⁵⁹, donc l'insertion d'une telle clause est un acte d'imprévoyance car les parties excluent à l'avance ce qui ne peut pas être prévu. La validité de cette dernière a été soutenue lors des débats parlementaires sur la loi de ratification de l'ordonnance de 2016 par la Garde des Sceaux, indiquant que : « *L'article 1195 est supplétif de volonté : les parties sont libres d'en écarter l'application, totalement ou partiellement, et de prévoir qu'elles assumeront tout ou partie des conséquences des changements de circonstances modifiant l'équilibre du contrat* ».
49. Dans la mesure où l'imprévision légale crée désormais un fort risque d'insécurité juridique, la renonciation est presque devenue une clause de style dans les contrats d'affaires, et particulièrement dans les baux commerciaux, afin d'éviter une atteinte à la force obligatoire des contrats. Néanmoins, la crise démontre que les pratiques juridiques ne sont pas acquises et qu'il faut être prudent dans la rédaction du bail commercial, en ne se confortant pas dans les usages habituellement constatés.

B- Les autres formes de renonciation

50. La renonciation à l'imprévision peut être tacite, c'est-à-dire que le contrat est interprété comme acceptant ce risque. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a affirmé qu'un contrat de *swap* doit être interprété, eu égard à sa nature, comme exclu du champ d'application de l'article 1195 du Code civil⁶⁰. Elle considère ce contrat

⁵⁷ Modèle de clause d'imprévision dans un contrat commercial, 14 mai 2017.

⁵⁸ MERCADAL Barthélémy, « *Illicéité de la renonciation anticipée* », Mémento de droit commercial, Editions Francis Lefebvre, 2021, n ° 14009.

⁵⁹ C. Civ art 1108 : « *Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ».

⁶⁰ CA Paris, 16 février 2018, n °16/08968.

comme aléatoire, dont les parties acceptent automatiquement d'assumer le risque d'imprévision.

51. Dans le même sens, la Cour d'appel de Douai a jugé qu'une partie ayant connaissance de la volatilité du marché du beurre et refusant de faire évoluer son prix fixe, ne peut pas se prévaloir du caractère imprévisible de ces circonstances⁶¹. Elle est considérée comme ayant renoncé au bénéfice de l'imprévision (qui aurait pu être en sa faveur comme en sa défaveur). Cette interprétation extensive des contrats ne peut et ne doit pas être retenue pour les baux commerciaux. En effet, il est difficilement envisageable qu'un juge argue, afin de contrer la possibilité de révision, que le bail commercial doit être interprété comme contenant une acceptation tacite du risque d'imprévision, en l'absence de toute clause en ce sens. La crise sanitaire et ses conséquences économiques ne peuvent pas être considérées comme ayant intégré implicitement le champ contractuel. Le bail commercial incluant des obligations et des sommes considérables, ne contient ordinairement pas de clause pouvant servir de support à l'accréditation de cette possibilité.
52. Il existe également des clauses qui, sans renoncer intégralement au bénéfice de l'imprévision, en circonscrivent l'application. Il peut s'agir d'une restriction matérielle telle que la fixation d'une liste de changements de circonstances que les parties ne souhaitent pas supporter. Cela signifie à *contrario*, qu'ayant disposé de la technique contractuelle alors que l'imprévision est désormais légale, les parties acceptent implicitement d'assumer les autres risques d'imprévus tels que l'évolution technologique ou le changement de législation. A ce propos, une partie ayant expressément stipulé qu'elle ne souhaitait pas assumer le risque d'un changement de législation sera sans aucun doute, admise dans les conditions de l'imprévision, et inversement.
53. La restriction du mécanisme peut également être personnelle dans le cas où il est réservé à une seule partie au contrat. En effet, il n'est pas rare qu'une clause d'imprévision soit unilatérale, en ce sens qu'une partie privée de cette faculté contractuellement offerte à l'autre, doive se conforter dans le droit commun des contrats. Ainsi, il est possible que le bail commercial ait réservé le mécanisme de l'imprévision au bailleur, au cas où ses obligations seraient amenées à évoluer par un changement de circonstances imprévisible.

⁶¹ CA Douai, 28 novembre 2019, n ° 17/00780.

54. Enfin, reste la question de l'avenir de la renonciation initiale dans les baux successivement renouvelés. Le nouveau bail se renouvelle en principe aux conditions de celui précédemment expiré, mais rendre la renonciation pérenne et étanche à l'écoulement du temps semble excessif eu égard aux intentions du législateur de 2016. C'est à la Cour de cassation de décider si cette clause est dérogatoire, de sorte qu'il faille le consentement exprès des parties afin qu'elle soit considérée comme maintenue dans un contrat renouvelé après 2016.

§2 Le sauvetage escompté d'une clause qui restreint le droit à l'imprévision

55. Si une telle clause est stipulée dans le bail commercial, il est légitime d'examiner l'hypothétique déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (A) et la prise en compte de l'ampleur inédite de la crise (B).

A- Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

56. La liberté contractuelle ne doit pas faire fi des deux limites traditionnelles à respecter lors de l'élaboration d'un contrat. Ainsi, une clause ne doit pas vider de sa substance l'obligation essentielle du débiteur⁶², ni créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, dans un contrat d'adhésion⁶³.
57. L'exigence du premier article portant essentiellement sur les clauses limitatives de responsabilité, provoque un intérêt pour le second. Par la loi de ratification du 20 avril 2018, le législateur a à la fois, élargi la définition du contrat d'adhésion (par la suppression des « *conditions générales* ») et réduit le champ de contrôle des clauses abusives uniquement portées sur ces contrats.
58. Le bail commercial peut cacher un contrat d'adhésion⁶⁴ et pourrait ainsi bénéficier de l'article 1171 du Code civil⁶⁵. Il peut contenir certaines clauses unilatéralement fixées par le bailleur, qui pratique couramment la rédaction de conditions générales et de conditions particulières, même si cela tend à s'amoinrir.

⁶² C. Civ art 1170 : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

⁶³ C. Civ art 1171 : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

⁶⁴ C. Civ art 1110 al 2 : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

⁶⁵ AUQUE Françoise, *Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif*, AJDI 2017, p.41 et suiv.

Cependant, cette qualification n'est pas unanimement retenue. En effet, les négociations portent généralement sur des clauses essentielles telles que le loyer, les charges, la cession, etc...⁶⁶. De plus, même dans les contrats entre grandes enseignes commerciales et bailleurs fonciers, le rapport de force est difficilement démontrable puisque les preneurs sont parfaitement assistés de conseils d'experts (juristes, avocats, techniciens, etc...). Au demeurant, un contrat d'adhésion n'est pas automatiquement déséquilibré et il faut prouver qu'une clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, afin de la réputer non écrite. Ces deux conditions permettent aisément d'écarter l'article 1171 du Code civil en cas d'acceptation contractuelle du risque d'imprévision.

59. L'article 442-1 I 2° du Code de commerce prévoit quant à lui depuis 2008⁶⁷ la sanction du déséquilibre significatif dans les rapports entre professionnels. Il nécessite donc que le bailleur soit institutionnel et non une personne privée. Cette possibilité, spécialement prévue pour les relations commerciales, ne permet pas à priori de réputer la clause non écrite mais d'engager la responsabilité de l'auteur de celui-ci. L'objectif est plus une révision du contrat, le cas échéant par le juge, qu'une annulation de celui-ci. En effet, la Cour de cassation⁶⁸, soutenue par le Conseil constitutionnel⁶⁹, consacre un déséquilibre significatif sur le prix. Ainsi, la clause d'un contrat successif commercial refusant toute renégociation quand un prix est devenu manifestement disproportionné, pourrait constituer un déséquilibre significatif. Cependant, la Cour de cassation a affirmé que l'article 442-6 I 2° (aujourd'hui 442-1 I 2°) du Code de commerce n'était pas applicable aux baux commerciaux car l'exécution de ce contrat ne porte pas sur les « *seules activités de production, de distribution ou de services* »⁷⁰. Ainsi, l'espoir de neutralisation d'une clause qui accepte le risque d'imprévision est égaré de sorte qu'aucun mécanisme juridique ne permet à priori sa remise en cause dans un bail commercial.

B- L'impérativité raisonnée de la révision pour imprévision

60. Certains contractants ne souhaitent pas s'arc-bouter à combattre une clause de renonciation à l'imprévision dans le bail commercial. En effet, si tant est que le preneur doit prévoir une chute du cours boursier ou une évolution du coût des

⁶⁶ JACQUIN André, *L'argus de l'enseigne*, n° 52, avril 2017.

⁶⁷ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁶⁸ Com, 25 janvier 2017, n° 15-23.547.

⁶⁹ Cons const, déc. n° 2018-749 QPC, 30 novembre 2018.

⁷⁰ Civ. 3^{ème}, 15 février 2018, n° 17-11.239.

matières premières, il ne peut en effet pas bénéficier de l'imprévision à laquelle il renonce quasi-systématiquement dans le contrat. Les juges sont traditionnellement peu enclins à admettre l'imprévision, surtout si les parties ont souhaité en écarter l'application.

61. Cependant, la crise de la Covid permet de s'interroger sur la possibilité d'évincer purement et simplement cette clause eu égard aux difficultés d'exécution résultant de l'état d'urgence sanitaire. En effet, la limitation drastique de l'activité commerciale rend vraisemblablement l'exécution du bail excessivement onéreuse de sorte que si le preneur en avait eu connaissance, il n'aurait pas accepté d'en assumer le risque. A ce titre, la clause mériterait d'être écartée mais le principe de force obligatoire des contrats s'y oppose. Cependant, comme tout principe emporte exception, il serait peut-être judicieux de l'exclure spécifiquement en raison de la gravité des restrictions imposées aux commerçants. En effet, une telle crise doit faire évoluer notre droit, en particulier celui de l'imprévision. Ainsi, certains militent pour une imprévision d'ordre public ou au moins, une « *impérativité raisonnée de la révision pour imprévision* »⁷¹.
62. Partant, il faudrait tirer avantage du nébuleux article 1195 du Code civil qui ne dit pas formellement que les parties peuvent prévoir une clause contraire ; essence même d'un mécanisme supplétif. Ensuite, le fait d'assumer les risques ne revient pas seulement à renoncer à un droit mais à prendre en charge une obligation, qui suppose donc qu'elle soit déterminée ou déterminable, ce qui n'est pas le cas d'une exécution devenue excessivement onéreuse⁷². Permettre à une partie de rejeter à l'avance l'article 1195 revient à « *renoncer à l'effectivité de la protection que l'on a voulu lui procurer* »⁷³, surtout dans le contexte sanitaire. Affirmer le contraire serait antagoniste aux finalités de la réforme de 2016 qui poursuit un objectif de « *justice contractuelle* ». Ainsi, il y aurait lieu de consacrer le parallélisme de l'adage *pacta sunt servanda*⁷⁴ : *omnis convention intelligitur rebus sic stantibus*⁷⁵. Ne pas pouvoir traiter l'imprévu augmente les risques de

⁷¹ LIBCHABER Rémy, *Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision*, Rec. Dalloz, 2020, p.1185.

⁷² MERCADAL Barthélémy, *Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision*, BRDA n ° 21, Editions Francis Lefebvre 2019-2020.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Locution latine signifiant « *les pactes doivent être respectés* ».

⁷⁵ Locution latine signifiant sensiblement « *l'obligation n'est viable que si les choses demeurent en l'état* ».

survenance de faillites, de liquidations judiciaires, de licenciements⁷⁶. La crise sanitaire a parfaitement illustré ces préjudices.

63. Si les conditions requises sont accomplies, il convient de déterminer les effets de l'imprévision, apposés à la crise sanitaire.

Chapitre 2 : Les effets

64. Le mécanisme de l'imprévision permet une renégociation du contrat dans le sens d'un rééquilibrage des prestations et non d'une perte d'intérêt unilatérale. L'article 1195 du Code civil prévoit une révision du contrat d'un commun accord, et plus rarement, sa résolution (Section 1). En cas d'échec de la phase amiable, il est possible pour les parties de faire intervenir le juge (Section 2).

Section 1 : La négociation du loyer par les parties

65. La négociation du loyer peut éventuellement avoir été prévue en amont par les parties (§1). En tout état de cause, il faut vérifier l'incidence du statut des baux commerciaux (§2).

§1 L'anticipation éventuelle d'une négociation

66. Sans y renoncer, les parties peuvent souhaiter lors de la conclusion du contrat, prévoir un mécanisme spécifique de révision en cas de changement de circonstances (B). Toutefois, en tant que simple faculté, elles peuvent désirer l'application du droit commun de l'imprévision (A).

A- L'absence totale d'anticipation

67. En l'absence d'anticipation par les parties, c'est l'article 1195 du Code civil qui a vocation à s'appliquer. Celui-ci prévoit une faveur à l'accord amiable car une partie peut demander à son contractant une renégociation du contrat. Dans le cadre des restrictions sanitaires, celle-ci porte exclusivement sur le loyer dû au bailleur. Par exemple, dans l'ordonnance de référé précitée (V. supra n° 47), le bailleur a accepté de réduire de moitié le montant du loyer du 15 mars au 22 juin en raison de la fermeture administrative imprévisible⁷⁷. La situation est plus

⁷⁶ THIBIERGE Louis, *L'aléa économique et l'imprévision*, 16 janvier 2013, Commission ouverte Immobilier.

⁷⁷ TJ Paris réf, 21 janvier 2021, n°20/55750.

délicate pour la période postérieure au confinement lorsque l'activité reprend, mais dans une proportion réduite. En l'espèce, le bailleur souhaitant l'intégralité du loyer de juillet à septembre 2020, s'est étonnamment vu opposer la contestation sérieuse applicable en référé.

68. Techniquement, le texte ne prévoit pas de formalisme particulier ; une lettre recommandée semble préférable. Sur le fond, la partie demanderesse doit s'attacher de préférence, à fixer une date butoir. En effet, même si le texte indique un « *délai raisonnable* », il est loisible au contractant d'imposer une échéance avant la saisine du juge. Quatre alternatives sont envisageables. Les parties peuvent d'abord se mettre d'accord et réviser le contrat par voie d'avenant (étant entendu que l'avenant peut s'appliquer sur une période limitée, en l'espèce la durée des mesures de restriction). En cas d'absence d'entente, elles peuvent mettre un terme au contrat d'un commun accord (ce qui a été peu utilisé durant la crise sanitaire au vu des aides permettant le maintien de trésorerie du preneur). Toujours de manière aussi rare, les parties peuvent s'accorder pour saisir le juge afin qu'il adapte le contrat. Il est en effet peu probable que des parties en désaccord saisissent ensemble le juge. Enfin, en cas d'absence d'accord dans un délai raisonnable, le requérant peut saisir le juge afin qu'il révisé ou résolve le contrat ; c'est généralement la suite logique de la tentative d'accord amiable.
69. Il faut noter qu'en l'absence d'effet suspensif, le preneur est toujours tenu de payer le loyer aux échéances convenues, durant toute la phase de renégociation, et jusqu'à ce que le juge statue. Le requérant doit évidemment justifier sa demande de négociation, qui ne semble pas ardue à démontrer car la fermeture administrative a empêché le commerçant de jouir normalement de son local. Pour les commerces ouverts mais dont la chalandise est affectée, le preneur doit prouver à l'aide d'éléments comptables, que l'exécution de payer le loyer tel qu'initialement prévue au contrat, est excessivement onéreuse et mérite une renégociation. Il doit aussi préciser la temporalité de sa demande en ce sens qu'il peut vouloir une réduction de loyer provisoire ou définitive. Dans ce dernier cas, il existe des dispositions spécifiques au bail commercial, mais dont les conditions de mise en œuvre et les effets diffèrent de la révision pour imprévision (V. infra, n ° 89).

B- La stipulation de clause (s) de renégociation

70. L'anticipation de l'imprévu par l'insertion d'une clause de renégociation est possible pour les parties, tant qu'elle n'est pas potestative⁷⁸. En tant qu' « acte de prévision » pour Hauriou⁷⁹ et « d'emprise sur l'avenir » pour Ripert⁸⁰, les parties peuvent utiliser le contrat comme instrument de prévisibilité en insérant une obligation de renégociation à un certain terme et certaines conditions.
71. Elles peuvent être de plusieurs types. La clause de *hardship* (ou clause de sauvegarde) permet aux parties de prévoir conventionnellement qu'en cas de changement de circonstances imprévisible, obligation sera faite de renégocier le contrat devenu trop onéreux pour une partie. Contrairement à l'imprévision légale, la clause de *hardship* permet d'inclure avec certitude toutes les formes d'augmentation du coût de l'exécution. Parallèlement, les conditions exigées doivent être remplies. Cette clause permet une renégociation obligatoire du contrat, en vertu de la volonté initiale des contractants.
72. La clause d'indexation (ou clause d'échelle mobile) permet au loyer d'être révisé s'il a évolué de plus d'un quart par rapport au précédent, par l'effet d'un indice expressément prévu par les parties. Celui-ci modifie le loyer à une certaine périodicité, souvent annuelle, automatiquement⁸¹. Depuis le 1^{er} septembre 2014, l'augmentation ne doit pas excéder 10% du loyer acquitté l'année précédente et la réduction n'est soumise à aucun loyer plancher⁸². Ainsi, une révision du loyer à la baisse sur le fondement d'une clause d'indexation est valable, toujours faut-il que l'indice choisi (comme l'indice des loyers des activités tertiaires par exemple) ait évolué en ce sens. En effet, eu égard au mode de calcul de l'indice des loyers commerciaux⁸³, celui-ci a fortement augmenté pour atteindre un pic au troisième trimestre 2021, non atteint depuis 2008. Un décret du 15 mars 2022 a supprimé la référence au chiffre d'affaires, n'incluant ainsi plus celui des entreprises de e-commerce comme Amazon, ayant connu des records de bénéfices durant la crise.

⁷⁸ « Une clause potestative est celle qui dépend de la volonté d'une seule des parties contractantes », Grand Larousse illustré 2022.

⁷⁹ BEAUD Olivier, *Hauriou et le droit naturel*, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 1988, pp. 123-138.

⁸⁰ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, réédité par L.G.D.J le 17 décembre 2013.

⁸¹ CMF art L112-1.

⁸² CA Lyon, 18 janvier 2018, n ° 14/10142, CA Paris, 24 janvier 2018, n ° 16/09460.

⁸³ L'ILC est calculé en fonction de l'évolution du prix à la consommation (50%), de l'indice du coût de la construction (25%), et de l'indice des chiffres d'affaires du commerce en détail (25%).

73. La clause recette (ou clause de loyer variable) fixe le montant du loyer en fonction du chiffre d'affaires du locataire (intégralement ou partiellement). Contrairement à la clause de renégociation ou d'indexation, elle ne se peut pas se cumuler avec la révision triennale, considérée comme inhérente au statut de bail commercial, que les parties ont souhaité écarter. Cette clause est visiblement pertinente en cette période puisque le chiffre d'affaires diminuant, le loyer pourrait suivre cette tendance proportionnellement.
74. D'autres clauses comme les clauses *Material Adverse Change* (MAC) ou les clauses d'actualisation sont possibles mais accessoires dans le cadre de cette étude. Sans aménager les conditions de fond, les parties peuvent aussi aménager les conditions formelles, à l'instar de la conciliation préalable obligatoire. Les parties doivent donc s'attacher à parcourir leur bail commercial, afin d'étayer au mieux leurs possibilités de révision locative en période de crise.

§2 L'incidence du statut du bail commercial

75. Les locaux commerciaux sont en principe tous soumis au statut du bail commercial, prévoyant une révision particulière. Ainsi, la conciliation des deux mécanismes (A) conduit à s'interroger sur l'option préférable pour les parties (B).

A- La conciliation de l'imprévision et de la révision triennale

76. Joël Monéger affirmait qu'il est « *de la mission du statut des baux commerciaux depuis 1926* » de prévoir l'imprévisible⁸⁴. L'article 145-38 du Code de commerce dispose que les baux commerciaux peuvent être révisés à la demande d'une partie trois ans après l'entrée dans les locaux, le renouvellement ou la précédente révision, afin d'adapter le montant du loyer à la valeur locative. Par analogie, l'article 1195 du Code civil permet aux parties de réviser amiablement ou judiciairement le contrat, altéré par des circonstances imprévisibles. Considérant les deux mécanismes admissibles, il convient de déterminer s'ils sont exclusifs l'un de l'autre.
77. La révision triennale suppose une modification des facteurs locaux de commercialité et une baisse de 10% de la valeur locative en résultant. Il convient d'adopter une approche extensive de cette notion, sans cesse débattue. Si le

⁸⁴ MONEGER Joël, *Le temps, l'imprévisible et le bail commercial*, Loyers et copropriété n ° 3, mars 2017, dossier 6.

facteur doit être lié exclusivement au local, ce n'est pas *stricto sensu* l'implantation (ou la disparition) d'une enseigne qui affecte la valeur locative, mais le potentiel de clientèle qu'elle attire (ou congédie) vers les commerces voisins⁸⁵. Etant constaté que la restructuration de bureaux vacants⁸⁶ et la fermeture de commerces⁸⁷ sont matérielles, la diminution du nombre de chalands qui passent dans une rue en période Covid devrait l'être tout autant. Le lien de causalité entre la commercialité et la valeur locative doit ensuite être établi. Cette variation corrélative n'intervient qu'ultérieurement puisque c'est l'augmentation du taux de vacance, faisant croître l'offre, qui mécaniquement, diminue les valeurs locatives. *A contrario*, l'imprévision n'est pas exclusivement liée au local et permet la révision d'un contrat bouleversé dans son économie générale. Concernant l'intérêt pour le commerce exploité⁸⁸, la Cour d'appel de Riom a affirmé qu'il faut analyser l'évolution du chiffre d'affaires, le nombre de chalands dans le secteur et l'évolution du nombre de visiteurs à l'aide des systèmes de comptage des boutiques⁸⁹. L'imprévision n'exige pas une baisse de la commercialité de sorte qu'un commerçant isolé, sans autre boutique à proximité, peut l'invoquer. A l'inverse, une baisse de fréquentation touristique nationale et non alléguée dans un secteur précis, ne constitue pas une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité⁹⁰ et surtout, la seule variation des loyers d'un secteur ne saurait asseoir cette modification⁹¹.

78. Il existe bien d'autres différences entre les deux mécanismes, qui accentuent encore leur indépendance. Sur la révision triennale, le délai pour agir n'est que de deux ans, suppose une demande de révision à un montant déterminé et n'apparaît que tous les trois ans par définition. Quant à l'imprévision, elle est régie par la prescription quinquennale, suppose une négociation préalable et peut intervenir à n'importe quel moment. Ainsi, avec le seul droit spécial, un locataire ayant signé un bail le 1^{er} juin 2019, est juridiquement enfermé jusqu'au 1^{er} juin 2022 ou jusqu'à une hypothétique variation de 25% de la valeur locative par l'effet d'une indexation.

⁸⁵ MAIGNE-GABORIT Françoise et BARBIER Jehan-Dehan, Gaz. Pal. 2000, Doctr. 1811.

⁸⁶ CA Paris, 27 novembre 2002, n ° 2000/21766.

⁸⁷ Civ. 3^{ème}, 26 septembre 2001, n ° 00-13859.

⁸⁸ C. Com art R 145-6.

⁸⁹ CA Riom, 27 janvier 2021, n ° 18/01729.

⁹⁰ CA Versailles, 12 décembre 2019, n ° 18/07/183.

⁹¹ CA Versailles, 18 juin 2020, n ° 19/00087.

79. S'agissant de la conciliation des deux mécanismes, il convient de se référer à l'article 1105 alinéa 3 du Code civil⁹². Ainsi, la règle générale ne devrait être écartée qu'en cas d'incompatibilité « avec la finalité des règles spéciales »⁹³. En l'espèce, les deux mécanismes sont complémentaires. Le droit spécial impliquerait même à fortiori la révision pour imprévision puisque le législateur ne peut se satisfaire qu'un preneur reste débiteur d'un loyer devant être diminué, de par l'évolution normale du marché. Joël Monéger a également souligné la compatibilité de l'imprévision avec la révision par l'effet d'une clause d'indexation. En effet, si le droit spécial permet le jeu d'une clause d'échelle mobile, cela ne signifie pas que l'article 1195 du Code civil n'a pas à s'appliquer⁹⁴, mais simplement que les parties ont voulu anticiper son application.
80. Si le juge a déjà refusé d'appliquer la théorie de l'imprévision en y substituant l'indice du coût de la construction⁹⁵ (aujourd'hui inefficace), il convient de retenir que les deux mécanismes sont envisageables en temps de crise sanitaire, car ils sont mis en œuvre différemment.

B- Un choix tributaire de la situation des parties

81. Si la révision pour imprévision et la révision triennale sont envisageables, le choix des parties dépend de leur situation et de leur besoin. En effet, s'il a déjà été jugé que l'existence du statut des baux commerciaux empêche l'application des dispositions générales de l'article 1195 du Code civil⁹⁶, les conditions et les effets distincts doivent conduire les parties à pouvoir choisir le mécanisme le plus adapté. Les besoins des preneurs commerciaux ne sont pas tous les mêmes en période de crise sanitaire. Si la majorité d'entre eux souhaite une réduction voire une annulation immédiate du loyer durant les périodes de fermeture administrative, d'autres désirent une diminution pérenne en raison du décalage entre le loyer payé et la valeur locative.
82. L'effet respectif des deux mécanismes ne se confond pas. Ainsi, le droit spécial n'interdit pas une négociation ponctuelle du loyer sur le fondement de

⁹² C. Civ art 1105 al 3 : « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

⁹³ BOFFA Romain, *La révision et la résiliation pour imprévision*, Loyers et copro. 2016, dossier 12.

⁹⁴ MONEGER Joël, *Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n ° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L145-1 s. du code de commerce et le bail commercial*, RTD Com, 2016. 427.

⁹⁵ CA Aix-en-Provence, 21 juin 2016, n ° 15/10056.

⁹⁶ CA Versailles, 12 décembre 2019, n ° 18/07183 et TJ Rouen, 12 février 2021, n ° 20/04228.

l'imprévision et sa mise en place n'affecte pas la révision triennale qui a comme point de départ, le jour où le nouveau prix est appliqué.

83. Si la révision pour imprévision permet rarement une modification ponctuelle du contrat, il est permis de s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil d'Etat du 9 décembre 1932 (présente en-deçà de l'article 1195) qui accepte une révision temporaire du contrat et à défaut d'exécution soutenable, sa nécessaire résiliation⁹⁷.
84. Ainsi, le loyer diminué pour une certaine période (classiquement du 15 mars au 15 juin et du 29 octobre à la fin de l'année 2020), pourra retrouver son niveau antérieur, une fois la commercialité rétablie, par la sortie de crise. Si le locataire souhaite réduire durablement le montant du loyer, il doit attendre la prochaine échéance triennale. Il faut aussi noter que certes, la révision triennale concerne tous les baux commerciaux, mais de nombreux locataires issus de centres commerciaux en sont privés puisque généralement, ces contrats contiennent des clauses de loyer variable, incompatibles avec la révision statutaire. De plus, si la jurisprudence semble hostile à l'admission de l'imprévision en période de crise, elle inclut tout de même une liberté dans la révision du contrat, à l'aune des critères liant le juge dans la révision triennale.
85. Assurément, ces procédures prennent du temps et les révisions amiables ou judiciaires interviennent longtemps après le paiement du loyer litigieux. En l'absence d'effet suspensif, le preneur doit préalablement payer le loyer à échéance et espérer ensuite un remboursement du solde résultant de la révision. Ce comportement rare lié aux suspensions unilatérales de paiement, agissent sur l'examen du comportement de bonne foi par le juge. Néanmoins, ce dernier n'oubliera pas que l'article précédent l'imprévision consacre l'équité et selon Jean Bodin, « *la loi sans l'équité est un corps sans âme* »⁹⁸.

Section 2 : L'intervention du juge en cas d'échec des négociations

86. Honoré de Balzac affirmait : « *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »⁹⁹. Cette formule doit animer les parties au bail commercial pour qui

⁹⁷ CE, « *Compagnie générale des tramways de Cherbourg* », 9 décembre 1932, publiée au Lebon, n ° 89655 0100001001.

⁹⁸ DU PAYS Jacques, *Jean Bodin, de la République*, 1977, p. 734.

⁹⁹ DE BALZAC Honoré, *Illusions perdues*, 1837, Pléiade, t. IV, P.1054.

l'engagement d'un procès peut être un gouffre financier et juridique. Si le juge peut intervenir, il faut examiner son rôle (§1) et ses effets (§2).

§1 Le rôle du juge

87. Le rôle du juge nécessite de s'interroger sur l'articulation qu'il fait du contentieux de l'imprévision et de l'exécution (A) et de l'adaptation des standards qui lui sont accordés (B).

A- L'articulation de l'imprévision et de l'exécution

88. Si tant est que les conditions relatives à l'imprévision sont réunies, le juge peut, sans obligation, réviser ou résoudre le contrat. Le délai judiciaire étant difficilement compatible avec la vie des affaires, l'effet incitatif de cette phase doit conduire les parties à s'accorder sur le montant de la révision. Cependant, la crainte de l'aléa judiciaire a conduit les parties à attendre que des décisions soient rendues. Les mesures protectrices concernent exclusivement les loyers dus en période de restrictions sanitaires, mais il a été jugé qu'une mesure quelconque en lien avec le paiement du loyer, même dû antérieurement, ne doit pas être mise en œuvre car elle est « *susceptible d'affecter la pérennité de la relation contractuelle entre bailleurs et entreprises* »¹⁰⁰.
89. Hors période Covid, l'articulation de ce contentieux se résume généralement en une action du bailleur en exécution forcée et un preneur qui invoque l'imprévision en défense¹⁰¹. Si les conditions de l'imprévision sont réunies, le créancier ne peut qu'espérer l'exécution forcée du contrat révisé par le juge. Son refus de renégociation pourra être pris en compte afin de le sanctionner pécuniairement. Si les conditions de l'imprévision ne sont pas réunies, le juge condamne le débiteur à l'exécution forcée¹⁰², éventuellement assortie de dommage et intérêts¹⁰³. En période Covid, cette présentation traditionnelle ne vaut pas pour les loyers commerciaux. D'une part, l'imprévision suppose une exécution continue des obligations du débiteur qui ne bénéficie pas de l'effet suspensif, tel

¹⁰⁰ TJ Paris, 21 janvier 2021, n ° 20/55750.

¹⁰¹ GENICON Thomas, DESHAYES Olivier, et LAITHIER Yves-Marie, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2018, p. 472 et 473.

¹⁰² C. Civ art 1221 : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ».

¹⁰³ C.Civ art 1217 al 2 : « *Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées, des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* ».

que le permet la force majeure. Or, force est de constater que de nombreux preneurs suspendent unilatéralement le paiement de leur loyer. D'autre part, le droit dérogatoire interdit toute « *exécution de clause résolutoire* »¹⁰⁴ et « *voie d'exécution forcée* »¹⁰⁵. Si l'éligibilité du dispositif est initialement réservée aux bénéficiaires du fonds de solidarité, il s'étend progressivement à la majorité des preneurs commerciaux.

90. En tout état de cause, rien n'est indiqué concernant les mesures conservatoires. Applicable au loyer, celle-ci permet de bloquer les sommes et biens du locataire, qui servent ensuite à régler le solde de la dette locative, en cas de condamnation judiciaire du preneur. Ainsi, le créancier peut, sans autorisation judiciaire préalable, pratiquer une mesure conservatoire, si la créance est fondée en son principe et menacée dans son recouvrement¹⁰⁶. Les mesures protectrices de mars 2020 ne mentionnent pas cette interdiction, alors même que la justice est apparue comme un service public « *essentiel à la vie de la Nation* »¹⁰⁷. C'est donc sans surprise que certains bailleurs ont usé de cette faculté. Suite à une contestation des preneurs, le juge de l'exécution en a (presque) toujours ordonné la mainlevée, pour absence d'apparence de la créance ou absence de menace dans son recouvrement. Le législateur a rectifié ce choix dans la loi du 14 novembre 2020 et a ainsi étendu l'interdiction à toute mesure conservatoire. Elles sont cependant rétablies le 2 juin 2021, avec autorisation du juge. La Chambre nationale des commissaires de justice a dès le début, recommandé aux huissiers de suspendre les procédures civiles d'exécution de loyers impayés.
91. Si certaines mesures d'exécution sont prohibées en période de crise, rien n'empêche un bailleur d'assigner son locataire en justice afin de le faire condamner sur les divers fondements sondés le long de cette étude. Il faut en effet rappeler qu'une décision de justice est exécutoire pendant dix ans¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Art 4, O n ° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19.

¹⁰⁵ Art 14, L n ° 2020-1379 du 14 novembre 2020.

¹⁰⁶ CPCE art 511-2.

¹⁰⁷ LEBORGNE Anne, *Les voies d'exécution : bilan de la crise Covid-19 et perspectives*, Gaz. Pal. n ° 38, 3 novembre 2020.

¹⁰⁸ CPC art L111-4 : « *L'exécution des titres exécutoires mentionnés aux 1° à 3° de l'article L. 111-3 ne peut être poursuivie que pendant dix ans, sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long* ».

B- L'adaptation des standards accordés au juge

92. Si l'article 1195 du Code civil laisse une grande liberté décisionnelle au juge, c'est en partie grâce aux standards juridiques qui lui sont accordés, tranchant avec le pointillisme du mécanisme. Certains se demandent même si le juge n'est pas devenu la « *troisième partie au contrat* »¹⁰⁹. A la différence de la révision commerciale, le juge possède une certaine marge de manœuvre par l'appréciation libre et souveraine dont il dispose.
93. Le juge doit déterminer si les parties ont respecté un délai raisonnable avant de le saisir, faute d'accord. En tant qu'inconnue totale, le bailleur saisissant le juge sitôt le confinement achevé, devrait être considéré comme ne remplissant pas cette condition. C'est également le juge qui statue sur l'éventuelle clause abusive que constituerait la stipulation « *anti-1995* » précitée. Protection de la partie faible, équité, personne raisonnable, bonne foi, ou encore prévisibilité des contrats sont des notions qui peuvent apparaître dans le raisonnement du juge et influencer sur sa décision. Par exemple, une personne exigeant immédiatement le paiement intégral du loyer, sans possibilité de renégocier, sera probablement considérée comme déraisonnable.
94. La saisine du juge suite à l'échec des négociations entraîne un risque inhérent à l'aléa judiciaire. N'étant ni fiscaliste ni économiste, il lui est difficile voire impossible par manque de temps, de prendre en compte tous les paramètres d'un contrat, afin d'en résoudre l'équilibre économique. Ainsi, un preneur affecté par la crise sanitaire dans un centre commercial, ne fait pas face aux mêmes restrictions, charges et difficultés économiques qu'un commerçant en centre-ville ou en province. Il convient de prendre en compte de multiples facteurs tels que la nature du commerce (commerce de détail, restauration, etc...), l'envergure du preneur (de la microentreprise à la grande entreprise), les périodes concernées (restrictions modificatives au fil du temps) et les régions où l'activité est exploitée (certaines localités sont régies plus strictement)¹¹⁰. A titre d'exemple, le juge parisien a pris en compte le « *maintien de mesures de police pendant la période de réouverture* » ayant empêché le restaurant de « *démarrer l'exploitation de son restaurant conformément à ses prévisions et d'amortir le coût des lourds travaux d'aménagement du local commercial engagés début 2020* ». L'engorgement des

¹⁰⁹ VOGEL Joseph, *Réforme du droit des contrats : Le juge devient une troisième partie au contrat*, Actuel, Direction juridique, Editions législations, février 2016.

¹¹⁰ POUVESLE Justine, *Covid-19 : Quelles sont les possibilités offertes aux bailleurs commerciaux pour obtenir le paiement des loyers en ce début d'année 2021 ?*, BJA Cabinet d'avocats, 16 mars 2021.

tribunaux et la grève des avocats, antérieurs à la crise, ont rendu difficile cette appréciation casuistique.

95. Il faut noter que le mécanisme est mieux admis dans les locaux commerciaux de nos voisins européens, autant bouleversés. En effet, le 12 janvier 2022, la Cour fédérale allemande a affirmé que la fermeture administrative peut conduire à une révision du loyer sur le fondement de l'imprévision¹¹¹. Ayant réduit forfaitairement le loyer de 50%, la Cour d'appel a commis une erreur de droit et aurait dû procéder à une « *évaluation détaillée des circonstances de l'espèce afin de déterminer le juste montant de la réduction* », en tenant compte de « *la perte de chiffre d'affaires* », des « *mesures que le preneur a prises ou aurait dû prendre pour limiter son préjudice* », et « *les éventuelles aides d'Etat et versements d'assurances que le preneur a reçus* »¹¹².
96. Quoiqu'il en soit, l'imprévision française, peu admise en période Covid, inclue nécessairement une part de risque liée au rôle central du juge, guidé par le principe de justice contractuelle, s'éloignant du droit pour aller vers « *la morale et l'équité* »¹¹³. Concurrencée par des mécanismes plus efficaces en période de crise, l'imprévision permet tout de même de maintenir un contrat à exécution successive, tout en l'adaptant à des circonstances imprévisibles. Le bail commercial étant essentiel au preneur et profitable au bailleur, elle apparaît comme une assise convaincante afin de réviser le contrat, soumis à des bouleversements conjoncturels.

§2 Les effets

97. Les diverses mesures gouvernementales ayant suivi les vagues de contamination ont ordonné des fermetures administratives, rendant impossible l'exercice d'une quelconque activité commerciale dans le local exploité. D'autres commerces se sont vus imposer des restrictions sanitaires, rendant difficile l'exercice de l'activité prévue au bail. En tenant compte des réserves précitées,

¹¹¹ BGB § 313, trad : « (1) Lorsque les circonstances qui ont été le fondement du contrat ont gravement changé après la conclusion du contrat, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause, une adaptation peut être demandée dans la mesure où l'exécution du contrat initial ne peut être exigée de l'une des parties, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement la répartition contractuelle ou légale des risques.

¹¹² BGH (Cour fédérale allemande équivalente à la Cour de cassation française), 12 janvier 2022, R.G.XIIZR2/21).

¹¹³ ADELIN Antoine, *L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision* (« On liait les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles »), Squire Patton Boggs, 19 juillet 2016.

il convient de distinguer la mise en œuvre de l'imprévision en cas de fermeture administrative (A) et en cas de restrictions sanitaires (B).

A- Les commerces fermés administrativement

98. Certains praticiens préconisaient l'utilisation de l'imprévision pour la période « *post-Covid* », comptant ainsi sur la force majeure afin d'exonérer le preneur du loyer durant la fermeture administrative. Cependant, la force majeure étant impossible (V. infra n° 202), l'imprévision peut être envisagée pour un commerce atteint par le fait du prince.
99. Si peu de juges français statuent sur ce fondement, la jurisprudence étrangère en est riche d'enseignements. A titre d'exemple, le tribunal de Rome a ordonné la « *réduction du loyer de 40% pour les mois d'avril et mai 2020* » car il existe des « *facteurs imprévisibles qui n'ont pas été pris en considération par les parties au moment de la stipulation du rapport* »¹¹⁴. C'est une confirmation de sa décision du 29 mai 2020 qui ordonne une réduction du loyer à hauteur de 70% pour les deux mois de fermeture administrative, au visa de l'article 1464 du Code civil italien (prévoyant une imprévision équivalente au droit français)¹¹⁵.
100. En Allemagne, la Cour fédérale a rendu la célèbre décision précitée suite à un arrêt qui, ayant légitimement accueilli l'imprévision, ne pouvait pas réduire automatiquement le loyer de 50% pour la période de fermeture administrative. La Cour d'appel a, à bon droit, estimé que la fermeture obligatoire due à l'épidémie de Covid-19 constituait un « *trouble du fondement contractuel justifiant une exonération partielle du loyer* »¹¹⁶. Cette position favorable au preneur fait certainement suite à une décision du gouvernement fédéral et des Landers du 13 décembre 2020 qui présume une perturbation du fondement contractuel en cas de fermeture administrative. Ainsi, le locataire peut aisément demander une adaptation du loyer à ses conditions réelles d'exploitation. Une telle solution n'a pas été adoptée en France où seul un allègement des sanctions, et en aucun cas un droit à la révision ou une annulation des loyers ont été prévus. La révision du loyer se généralise en Allemagne puisque le bailleur doit prouver que les difficultés de paiement du loyer ne trouvent pas leur origine dans les mesures du gouvernement suite à la propagation de l'épidémie ; preuve difficile à rapporter.

¹¹⁴ Tribunal Rome, 27 août 2020, n° 29683/2020.

¹¹⁵ Tribunal Rome, 29 mai 2020, n° 18779/2020.

¹¹⁶ Cour d'appel (« Oberlandesgericht ») Dresde, 24 février 2021, n° 5 U 1782/20.

101. Sans le dénommer, certaines localités aménagent le montant du loyer en instaurant un régime juridique similaire. Par exemple, un décret-loi catalan du 20 octobre 2020 a permis aux parties de renégocier le contrat si le preneur est affecté par une mesure restrictive gouvernementale. En l'absence d'accord dans un délai d'un mois, le décret-loi prévoit une réduction obligatoire du loyer en fonction de la situation sanitaire du preneur. Ainsi, un commerce fermé a droit à une réduction de 50% de son loyer tandis qu'un commerce affecté d'une perte partielle d'usage du bien (calculée à partir de la capacité, des heures d'ouvertures, etc...) a droit à une réduction proportionnelle de la moitié de cette dernière¹¹⁷. A la différence de l'imprévision française, cette mesure exceptionnelle a permis de fixer dans un délai et une proportion précise, la révision du loyer en cas de fermeture administrative.
102. S'agissant enfin des preneurs autorisés à ouvrir leur commerce, certains ont choisi de le fermer temporairement par manque de moyens permettant le respect du protocole sanitaire, ou par manque de clientèle due aux mesures restrictives nationales. Naturellement, ces personnes ne peuvent pas bénéficier d'un quelconque mécanisme attaché à la fermeture contrainte.

B- Les commerces soumis à des restrictions sanitaires

103. Affirmer qu'un commerce conditionnellement ouvert au public constitue une exécution excessivement onéreuse des obligations du preneur, est nettement moins patent que dans le cas d'une fermeture administrative. En effet, le port du masque obligatoire, le nombre de m² minimal par personne ou encore le pass sanitaire puis vaccinal limite certes l'activité commerciale, mais ne rend pas automatiquement le contrat excessivement onéreux. Cependant, des juges issus de pays membres de l'Union européenne ont affirmé que sur cette période, le loyer devait être révisé suite à un changement de circonstances imprévisible, liées à la Covid-19. Par exemple, dans le jugement italien précité, le loyer est réduit de 20% pour les mois de juin 2020 à mars 2021 car « *même après la réouverture du commerce, l'accès des clients reste restreint pour des raisons de sécurité sanitaire* »¹¹⁸. Cette réduction à priori dérisoire permet, compte tenu de sa durée, une réelle adaptation du contrat aux restrictions de jouissance. C'est une décision appropriée qui n'oppose pas d'office le paiement intégral du loyer, ni son exonération totale pour force majeure.

¹¹⁷ Art 2, Décret-loi catalan, 20 octobre 2020.

¹¹⁸ Tribunal Rome, 27 août 2020, n ° 29683/2020.

104. Aux Pays Bas, la Cour suprême estime que tant la fermeture administrative que « *les mesures moindres mais dissuasives n'ayant permis que l'exploitation du local dans une faible mesure alors que le chiffre d'affaires est tributaire de la fréquentation des locaux par le public* », à condition que la valeur du bien loué a été « *gravement déséquilibrée* », peut constituer une « *circonstance exceptionnelle de nature générale concernant la santé publique que les parties sont présumées ne pas avoir prise en compte dans les contrats de location conclus avant le 15 mars 2020* ». Indiquant une règle de calcul indicative, celle-ci peut évoluer en fonction des capacités financières des parties. Incitant les contractants à renégocier, cette position de révision valable en cas d'ouverture limitée mérite attention.
105. Enfin, si les juges français étaient davantage saisis sur ce fondement, il n'est pas certain qu'ils considèrent ce changement de circonstances comme imprévisible. En effet, tout commerçant consciencieux de la situation sanitaire nationale anticipe nécessairement une restriction de ses conditions d'ouverture.
106. Une seule décision française a aujourd'hui implicitement accepté l'imprévision pour un restaurant, ayant pourtant conclu un bail en fin d'année 2019. Les tribunaux français ne permettent donc pas de mettre en lumière ce mécanisme, qui est pourtant adapté et adaptable à la situation des preneurs commerciaux en période Covid. En effet, il permet l'« *adaptation du montant du loyer au niveau de l'activité réelle* », souhaitée par de nombreux acteurs politiques¹¹⁹.

¹¹⁹ DUMAS Catherine, *question écrite n ° 14863*, publiée au journal officiel du Sénat, 26 mars 2020.

PARTIE II : LA JOUISSANCE ENTRAVEE

107. Selon Ernst Engel, célèbre économiste allemand, « *l'obligation tend l'exécution* »¹²⁰. Si l'exécution est le mode d'extinction de l'obligation le plus important, c'est certes car il s'agit du plus fréquent, mais également parce qu'il réalise la fonction de l'obligation dans notre ordre juridique. Appliquée aux « *loyers Covid* », Moussa Thioye affirme que s'interroger sur leur « *existence* » est curieux car le « *loyer réel et sérieux constitue, dans n'importe quel bail commercial ou autre, une exigence structurelle [...] ou condition de formation du contrat* »¹²¹. Le paiement du loyer est l'obligation essentielle du preneur et il est difficilement concevable de remettre en cause son exécution.
108. Toutefois, si l'imprévision permet l'adaptation d'un contrat difficilement exécutable, d'autres mécanismes permettent une suspension des obligations en cas d'impossibilité d'exécution. C'est notamment le cas de la force majeure, figure phare du droit de l'inexécution, selon laquelle un débiteur peut suspendre l'exécution de son obligation ou résoudre le contrat en cas d'évènement imprévisible et irrésistible, l'empêchant d'exécuter temporairement ou définitivement ses obligations¹²².
109. Ainsi, il ne s'agit pas de savoir si le montant du loyer peut être révisé mais s'il est possible d'en demander le règlement comme contrepartie de la délivrance d'un local, dont la jouissance peut être considérée comme entravée en période de Covid.
110. L'impossibilité d'exécution peut résulter de la chose louée (Chapitre 1) ou d'un évènement revêtant les caractères de la de force majeure, et plus particulièrement du fait du prince (Chapitre 2).

¹²⁰ FOEX Bénédicte (édit), *La défaillance de paiement*, réunissant les contributions présentées lors d'un séminaire de troisième cycle romand de droit à Cartigny, Editions universitaires, 2002.

¹²¹ THIOYE Moussa, *Libre opinion doctrinale sur l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux à l'épreuve des turbulences générées par la crise sanitaire (Covid-19)*, janvier 2022.

¹²² C. Civ art 1218.

Chapitre 1 : L'empêchement lié à la chose louée

111. Si l'empêchement peut résulter de causes extrinsèques, il peut aussi être causé par la chose qui sous-tend le contrat, ici le local, objet du bail commercial. Il convient de vérifier si en période de restrictions sanitaires, la chose louée a été délivrée conformément à sa destination contractuelle par le bailleur (Section 1) et/ou si celle-ci peut être considérée comme perdue (Section 2).

Section 1 : Les obligations du bailleur relatives à la chose louée

112. L'exception d'inexécution, figure de l'unilatéralisme, permet à une partie de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation due, imputable au bailleur ou à un événement de force majeure¹²³. Le preneur pourrait théoriquement refuser de payer le loyer en cas d'inexécution de l'obligation de délivrance du local (§1) et/ou de garantie de la jouissance paisible des lieux loués (§2).

§1 La délivrance du local

113. Le bailleur exécute son obligation de délivrance (A), qui mérite une différenciation d'analyse, selon la restriction subie par le commerçant (B).

A- L'exécution de l'obligation par le bailleur

114. L'obligation de délivrance du local est l'essence même du bail commercial, et ne peut donc pas faire l'objet d'une renonciation de sa sanction en cas d'inexécution¹²⁴.
115. Certains auteurs considèrent que la fermeture administrative des établissements recevant du public frappe directement le local¹²⁵, entraînant ainsi un manquement à l'obligation de délivrance¹²⁶. De plus, l'activité réduite effectuée par les preneurs présume que c'est seulement le local et non le fonds de commerce qui est atteint.

¹²³ C.Civ art 1219 : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».

¹²⁴ Chb req, 19 janvier 1863, *Cohen Scali*.

¹²⁵ CCH art R123-2 : « Pour l'application du présent chapitre, constituent des établissements recevant du public tous bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des personnes sont admises soit librement, soit moyennant une rétribution ou une participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non ».

¹²⁶ BARBIER Jehan-Denis, *Le déconfinement du bail commercial*, Barbier-associés, juin 2020.

116. Toutefois, il convient d'emprunter l'opinion doctrinale contraire qui, à l'occasion d'un jugement rendu par le tribunal judiciaire de Paris¹²⁷, a fait entendre sa voie. Un marchand d'objets d'antiquités a demandé à son bailleur le remboursement des loyers réglés au titre du premier confinement. Si le tribunal a affirmé qu'il en va de la nature du contrat que le bailleur doit, durant toute la durée du bail, délivrer au preneur la chose louée dont il doit pouvoir jouir paisiblement, cela n'a pas pour effet de l'obliger à garantir au preneur la chalandise des lieux loués ni la stabilité du cadre normatif dans lequel s'exerce son activité. Une ordonnance de référé présageait d'ailleurs cette solution en affirmant que le bailleur n'a pas « *fautivement manqué à son obligation de délivrance puisque les locaux sont restés à la disposition de la société, accessibles, que ses stocks et meubles y sont restés pendant toute la période de fermeture, et que le local était objectivement exploitable hors interdiction administrative* »¹²⁸. Joël Monéger approuve un jugement « *très solidement motivé* »¹²⁹, quand Jehan-Denis Barbier dénonce une « *double peine* » et une « *triple erreur* »¹³⁰.
117. Plutôt que « *chalandise* », le tribunal parisien aurait probablement dû utiliser le terme d'« *accessibilité* » du local, qui en est indépendante. Selon certains auteurs, l'inaccessibilité peut constituer un manquement à l'obligation de délivrance, essentielle, continue et de résultat, dont le preneur se plaint, et non la commercialité du local¹³¹. La réponse n'est pas aisée car si l'accessibilité au public est totalement ou partiellement restreinte, le bailleur a tout de même mis à disposition un local au preneur, qui a toujours possédé les clés et pouvant « *sous-louer* », « *stocker sa marchandises* », ou « *faire des travaux d'amélioration ou de rénovation* »¹³².
118. Si le bailleur peut s'engager à garantir la commercialité des lieux en cas d'arrêté municipal de fermeture d'un magasin¹³³, encore faut-il que cette extension de l'obligation de délivrance soit stipulée, ce qui n'est pas le cas des baux commerciaux touchés par la Covid. En effet, la jurisprudence exclue classiquement des obligations du bailleur la commercialité du local, qui ne devrait entrer en compte que pour la révision ou le renouvellement du bail. Il convient de

¹²⁷ TJ Paris, 25 février 2021, n ° 18/02353.

¹²⁸ TJ Paris réf, 21 janvier 2021, n ° 20/58571.

¹²⁹ MONEGER Joël, *Pandémie et bail commercial, l'article 1719 du code civil peut-il ouvrir la décharge du loyer dû ?*, Dalloz actualité, 9 mars 2021.

¹³⁰ BARBIER Jehan-Denis, *Loyers commerciaux en temps de pandémie : double peine et triple erreur*, Dalloz actualité, 9 mars 2021.

¹³¹ SEUBE Jean-Baptiste, *L'obligation de délivrance du bailleur face au Covid*, RDC, juin 2021, n ° 200c7.

¹³² TJ Paris, 25 février 2021, n ° RG 18/02353.

¹³³ Civ. 3^{ème}, 23 novembre 2007.

s'attacher à la lettre de l'article 1719 1° du Code civil, même si la jurisprudence a déjà affirmé que cette obligation s'entendait obligatoirement d'une chose conforme à sa destination contractuelle, mise à mal en période Covid.

119. Si la délivrance du local est tantôt considérée comme une obligation de moyen ou de résultat¹³⁴, reste à savoir si elle est absolue en ce sens que le bailleur doit en garantir l'accessibilité au public. Le tribunal a affirmé que le bailleur remplit son obligation puisqu'il a remis des locaux dont « *la configuration, la consistance, les agencements, les équipements et l'état* » permettaient d'exercer l'activité à laquelle ils étaient contractuellement destinés.
120. Considérant que l'obligation est exécutée, il n'est nul besoin de vérifier la suffisante gravité exigée par l'article 1219 du Code civil. Si la solution inverse avait été retenue, le bailleur aurait de toute manière été exempté de cette preuve puisque s'il doit « *assurer au preneur la disposition permanente des locaux* », « *il ne l'est logiquement qu'au regard de ses qualités propres, tant matérielles que juridiques* », permettant de rechercher sa faute. Ce n'est pas le cas d'un évènement extérieur qui le décharge de toute responsabilité, comme la Covid¹³⁵. Il existe toutefois des cas dans lesquels le bailleur a dû garantir l'accessibilité des locaux en toutes circonstances, mais ces décisions font état de causes intrinsèques à la chose louée et imputables à un manquement du bailleur¹³⁶. En l'espèce, la cause de l'inaccessibilité n'est ni liée à la chose, ni liée au comportement du bailleur.

B- La distinction des restrictions

121. L'obligation de délivrance d'un local conforme à sa destination contractuelle implique qu'il soit adapté à l'exercice d'une activité commerciale. Si tant est qu'elle est considérée comme une obligation de résultat, son exécution s'apprécie au regard des stipulations contractuelles, « *dans le respect des prescriptions administratives portant sur les locaux, et non pas dans le respect de lois de polices restreignant la circulation et l'accueil du public pour des raisons*

¹³⁴ BESSON Marie-Laure, *L'obligation de délivrance dans les baux commerciaux*, l'Harmattan, 16 février 2021, n ° 624, p.671.

¹³⁵ CONFINO Alain, *Covid-19 et article 1719 du Code civil*, Labocom, avril 2021.

¹³⁶ Civ. 3^{ème}, 18 janvier 2018, n ° 16-26011 à propos de travaux nécessaires à l'éradication de l'amiante, Civ. 3^{ème}, 27 février 2020, n ° 18-20865 à propos de travaux nécessaires à l'éradication de la mэрule et Civ. 3^{ème}, 2 décembre 2014, n ° 13-23019 à propos d'une boutique de galerie marchande fermée par arrêté municipal car non conforme aux exigences administratives.

sanitaires, prises indépendamment des locaux dans lesquels est exercée cette activité »¹³⁷.

122. Il est alors possible d'affirmer que si le refus de paiement justifié par l'inexécution de l'obligation de délivrance était avéré, il pourrait servir de fondement aux commerces fermés administrativement mais également à ceux qui font l'objet de restrictions d'accueil. Il convient toutefois de dissocier leur mise en œuvre. Dans la jurisprudence française, la saisine des tribunaux sur l'exception d'inexécution est nettement plus suscitée par les commerces administrativement fermés que conditionnellement ouverts.
123. A titre d'exemple, la Cour d'appel de Grenoble a affirmé que « *le bail commercial n'a pas subordonné le paiement des loyers à une occupation particulière des locaux ni à aucun taux de remplissage* », de sorte que le bailleur a exécuté son obligation de délivrance car « *la location des lots* » et « *l'exercice par le preneur de son activité hôtelière* » sont possibles¹³⁸. Cette décision juridiquement motivée peut se révéler sévère pour le locataire d'une résidence de tourisme, dont certaines n'ont pu rouvrir qu'au milieu du mois de juin 2020, durant la première vague épidémique. La Cour d'appel de Lyon a quant à elle, argué la rénovation du local par le preneur durant la période de fermeture pour affirmer qu'il était bien en possession des lieux et qu'il les a occupés, rendant ainsi impossible une quelconque inexécution de l'obligation de délivrance¹³⁹. Cette position a été récemment confirmée¹⁴⁰.
124. S'agissant d'un commerce limitativement ouvert, le juge des référés de Paris a soutenu que le commerce étant accessible au public à sa réouverture, l'exception d'inexécution ne doit pas être interprétée à la lumière du respect par le bailleur de son obligation de délivrance mais de l'obligation pour les parties de négocier de bonne foi les modalités d'exécution de leur contrat¹⁴¹. Implicitement, le juge admet donc que l'obligation de délivrance n'est pas notoire pour espérer une quelconque inexécution réciproque. Actuellement, aucune décision sur le fond ne s'est manifestée postérieurement à cette ordonnance ayant admis l'absence de contestation sérieuse sur les arguments allégués par le preneur.

¹³⁷ FOURQUET Véronique, *Exception d'inexécution en matière de loyers commerciaux pendant la crise sanitaire – Tribunal judiciaire de Paris – Jugement n ° RG 18/02353*, Lettre de la DAJ, n ° 314, Ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance.

¹³⁸ CA Grenoble, 5 novembre 2020, n ° 16/04533.

¹³⁹ CA Lyon, 31 mars 2021, n ° 20/05237.

¹⁴⁰ CA Lyon, 13 avril 2022, n ° 21/01573.

¹⁴¹ TJ Paris réf, 21 janvier 2021, n ° 20/55750.

125. Si le manquement à l'obligation de délivrance est admis par un tribunal, cela doit l'être au bénéfice de tous les commerces, quelle que soit la mesure de restriction subie. Ainsi, Yann Heyraud estime que les obligations du bailleur sont structurelles au contrat et qu'elles revêtent donc un caractère automatique, non réalisé en période d'activité partielle due à la Covid¹⁴². Cependant, elle se comprend mieux pour un commerce inexploitable par l'absence totale de clientèle que pour un local utilisable, mais moins fructueux qu'auparavant.
126. Dans la question posée à la Cour de cassation, la première était de savoir si les restrictions causées par le confinement pouvaient être attribuées au bailleur, redevable d'une obligation de délivrance. Prudent, le tribunal de Chartres, a insisté sur l'irresponsabilité du bailleur en cas d'admission de l'inexécution.

§2 La garantie d'une jouissance paisible des lieux

127. Si le preneur souhaite utiliser l'exception d'inexécution, l'obligation de garantie d'une jouissance paisible des lieux est plus appropriée. En effet, considérant que la chose est délivrée, un trouble y a incontestablement été porté. L'inexécution du bailleur est non fautive (A) et son incidence est différente selon la restriction subie (B).

A- L'inexécution non fautive

128. Il s'agit de savoir si l'inaccessibilité juridique peut être assimilée à un trouble de droit que le bailleur doit garantir au preneur, sur le fondement de l'article 1726 du Code civil¹⁴³, et plus généralement de l'article 1719. A priori, la réponse est négative puisque les actions tierces doivent concerner la « *propriété du fonds* ». Toutefois, la doctrine reste divisée sur l'éventuelle garantie du bailleur quant à la jouissance entravée par le fait du prince.
129. Récemment, la jurisprudence a rappelé que le bailleur doit assurer le maintien des locaux en conformité avec des règles nouvelles rendues applicables en cours de bail ou lors de son renouvellement¹⁴⁴. L'article 1719 du Code civil obligerait

¹⁴² HEYRAUD Yann, *Le paiement des loyers commerciaux : quid des locataires en activité partielle pendant la période de fermeture liée au covid-19 ?*, JCPN n ° 29, LexisNexis, 17 juillet 2020, 1159.

¹⁴³ « *Si au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire* ».

¹⁴⁴ Civ. 3^{ème}, 28 janvier 2021, n ° 20-13.854.

donc le bailleur à garantir la stabilité du cadre normatif. Seulement, il faut déterminer si la réglementation Covid-19 concerne uniquement les locaux ou le commerce proprement dit. L'exercice d'une activité réduite par certains commerçants va dans le sens d'un mode d'exploitation atteint, distinct de la disponibilité de la chose. Donc, le bailleur ne devrait pas en être garant.

130. Alain Confino propose tout de même deux perspectives. Sur la destination contractuelle du bail, la réglementation semble viser les locaux, qui y sont intrinsèquement liés dans l'esprit des parties. A moins que le bail soit stipulé « *tous commerces* », l'accessibilité du preneur à des locaux permettant seulement une activité « *résiduelle ou dégradée* » ne satisfait pas l'objectif contractuel des parties. C'est l'approche qu'adopte Jehan-Denis Barbier qui invoque l'atteinte à la seule disponibilité de la chose. En revanche, sur la caractéristique des locaux, l'interdiction de recevoir du public est « *à priori étrangère à leur disponibilité* ». En effet, c'est selon la nature de l'activité exercée et par-là, la définition d'un commerce essentiel, que la jouissance du local a été entravée¹⁴⁵. Les coiffeurs interdits d'exercer durant le premier confinement ont pu ouvrir sous certaines conditions lors des restrictions postérieures. Ainsi, un juge angevin a proprement jugé que « *l'accès au public des locaux étant déterminé non par l'état du local mais par l'activité qui y était exercée* », « *les locaux sont demeurés pendant cette période en l'état de remplir l'usage auquel ils étaient destinés* »¹⁴⁶.

131. La privation temporaire de jouissance n'est donc pas imputable au bailleur qui n'a commis aucune faute dans l'exécution de ses obligations. Dans un « *monde obsédé par la responsabilité d'autrui* », Jehan-Denis Barbier dénonce une appréciation subjective des juges qui semblent confondre inexécution et faute ; la seconde n'étant théoriquement pas nécessaire à l'exception d'inexécution¹⁴⁷. Il a en effet été jugé que ce mécanisme peut fonctionner en cas d'évènement de force majeure résultant de mesures législatives ou réglementaires¹⁴⁸. Pourtant, l'exception d'inexécution est en réalité un mécanisme proche de la responsabilité civile dont la logique commanderait l'existence d'une faute, même si la première permet la suspension des obligations, quand la deuxième permet l'allocation de dommages et intérêts.

¹⁴⁵ CONFINO Alain, *Covid-19 et article 1719 du Code civil*, Labocom, avril 2021.

¹⁴⁶ TJ Angers JEX, 28 août 2020, n ° 11/20-594.

¹⁴⁷ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, CHENEDE François, *Les obligations*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2018, p. 827.

¹⁴⁸ Com, 20 janvier 1976, Gaz. Pal, 1976, 1, somm. p. 96.

132. Ainsi, Moussa Thioye souligne la place du mécanisme dans les sanctions de l'inexécution, en son sens punitif¹⁴⁹. Selon lui, la source de l'inexécution ne peut être que fautive puisque la finalité de ce moyen de défense est tant une méthode de pression qu'un procédé pour forcer l'exécution « *qui n'est concevable que si elle n'est pas empêchée par la force majeure* »¹⁵⁰. Sous cette conception, le mécanisme devient sans objet en période Covid. Par ailleurs, l'exception d'inexécution suppose une exécution possible mais inexécutée pour diverses raisons, ce qui n'est pas le cas de la jouissance paisible qui est ici empêchée par la fermeture administrative.
133. Dans le jugement parisien¹⁵¹, le « *cadre normatif* » est probablement entendu largement, incluant des troubles extérieurs tant aux locaux qu'au contrôle du bailleur. Ainsi, le trouble dans la « *jouissance utile* » du local « *n'est pas garanti par la bailleuse* ». La prise en compte des activités annexes (livraison, click and collect) aurait peut-être conduit une solution différente, bien qu'en l'espèce, le premier confinement ne le généralisait pas encore. En réalité, le tribunal est, dans ces décisions favorables au bailleur¹⁵², attentif à l'équilibre contractuel au jour de son appréciation. En effet, à l'heure où les aides étatiques se pérennisent pour les preneurs, les bailleurs dont le taux d'encaissement diminue, semblent délaissés (contrairement à d'autres pays européens comme l'Italie). Cette considération est discutable car les circonstances économiques ne devraient pas influencer sur la règle de droit, et qu'en définitive, le preneur ne demande pas d'indemnisation d'un préjudice (car le bailleur est irresponsable), mais la constatation d'un loyer inexigible compte tenu d'un local inutilisable. Enfin, il faut souligner que les bailleurs ne sont pas fatalement des grandes foncières telles que Phalsbourg qui s'est permise d'annuler deux mois de loyer pour ses partenaires.

B- La distinction des restrictions

134. Hors période Covid, la jurisprudence a déjà jugé que l'exception d'inexécution d'un bail commercial ne joue que si le preneur est dans l'impossibilité absolue d'exploiter le fonds de commerce¹⁵³. Ainsi, un commerce partiellement privé de

¹⁴⁹ C. Civ > Livre III > Titre III > Sous-titre 1 > Chapitre IV > Section 5 : « *L'inexécution du contrat* ».

¹⁵⁰ THIOYE Moussa, V. n ° 137.

¹⁵¹ V. n ° 131.

¹⁵² TJ Paris, 26 octobre 2020, n ° 20 52713, TC Lyon, 17 novembre 2020, n ° 2020J00420, TJ la Rochelle, 23 mars 2021, n ° 20/02428, CA Versailles, 6 mai 2021, n ° 20/04845, TJ Argentan, 7 septembre 2021, n ° 20/00786.

¹⁵³ CA Lyon, 8^{ème} chambre, 22 mai 2018, n ° 17/04756.

sa jouissance économique ne pourrait logiquement pas bénéficier du mécanisme, si tant est que celui-ci est admis.

135. L'impossibilité absolue d'exploitation ne fait aucun doute en cas de fermeture administrative. A titre d'illustration, les salles de sports ou les salons de coiffure n'ont pas pu accueillir de clients jusqu'au 11 mai 2020. S'il est tentant d'affirmer que le trouble porté à la jouissance paisible est une inexécution suffisamment grave, le bailleur n'en est pas responsable, donc l'exception d'inexécution doit être reconsidérée. Ainsi, si un preneur privé de clientèle invoque ce moyen, le bailleur peut opposer le fait du prince, événement de force majeure qui l'exonère d'assurer la jouissance paisible du local¹⁵⁴. Fabien Kendérian rappelle les propos du Doyen Carbonnier¹⁵⁵ selon lesquels une fois l'usage de la chose ôtée, « *quelle utilité essentielle, quelle cause le contrat pourrait-il conserver pour le preneur ?* »¹⁵⁶. Autrefois appelée « *cause* », l'actuel contenu ou essence du contrat serait en effet anéantie par le fait du prince de l'Etat.
136. D'autres locataires ont été restreints dans la jouissance économique de leur local ; l'impossibilité d'exploitation est alors partielle. Sous le prisme de la contrepartie du loyer, l'exception d'inexécution est ici moins concevable car le preneur peut réaliser une partie du chiffre d'affaires qu'il produisait avant la Covid, tandis qu'un commerce fermé n'en génère aucun. L'inexécution réciproque de paiement du loyer n'est pas dans ce cas, proportionnée à l'inexécution non fautive du bailleur. Si certains ont proposé le paiement de la portion de loyer équivalente au taux d'activité réalisé¹⁵⁷, cette déduction est périlleuse car son calcul ne repose sur aucune base légale et le juge peut intervenir à posteriori pour vérifier la proportionnalité de cette inexécution monétaire. Le risque ultime est la résiliation du bail. Cette proposition fait écho à la sanction contractuelle de réduction du prix¹⁵⁸, ou même de la révision pour imprévision. Le preneur alors créancier de l'obligation de délivrance d'un local dont il doit jouir paisiblement, déciderait de notifier la réduction du prix au bailleur ayant imparfaitement exécuté

¹⁵⁴ Civ. 3^{ème}, 29 avril 2009, n ° 08-12.261.

¹⁵⁵ CARBONNIER Jean, obs, RTD Civ, 1958. 625, n ° 2.

¹⁵⁶ KENDERIAN Fabien, *Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19*, RTD Com, 2020, p. 265.

¹⁵⁷ BEHAR-TOUCHAIS Martine, *L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial*, JCP E, 2020, n ° 1162.

¹⁵⁸ C. Civ art 1223 : « *En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix* ».

sa prestation. Si le rapport du Président de la République attaché à l'ordonnance de réforme du droit des contrats y décrit une « *sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu* », ce mécanisme ne trouve pas d'application en jurisprudence.

137. Reste que le bailleur ne peut pas arguer la clause « *tous commerces* » inutilisée par un locataire qui préfère rester fermé, afin de justifier son droit à un quelconque paiement du loyer. La Cour d'appel de Douai a en effet estimé que le preneur n'étant tenu d'aucune obligation en ce sens, l'argument doit être rejeté¹⁵⁹.
138. Dans la question posée à la Cour de cassation, l'exception d'inexécution ne mentionne pas l'obligation de jouissance paisible du local.

Section 2 : La perte de la chose louée

139. La perte de la chose louée permet la révision ou la résolution du bail dans le cas où sa destruction est constatée. Comme tout mécanisme juridique, il convient d'en examiner les conditions (§1) et les effets (§2).

§1 Les conditions

140. L'admission du mécanisme dépend de la conception adoptée (A), qui diffère toujours selon la gravité des restrictions (B).

A- De la conception matérielle à la conception finaliste

141. La perte de la chose louée permet au preneur de demander la révision ou la résolution du bail d'une chose détruite, totalement ou partiellement¹⁶⁰. La destruction peut être matérielle et affecter l'état physique de la chose (incendie, inondation, etc...), ou juridique quand le bien est rendu impropre à sa destination (réquisition, nouvelles mesures de sécurité, etc...).

¹⁵⁹ CA Douai, 16 décembre 2021, n ° 21/03259.

¹⁶⁰ C.Civ art 1722.

142. Si elle ne peut être tranchée par le juge des référés¹⁶¹, cette question a provoqué des solutions divergentes au fond. La distinction entre la perte partielle ou totale n'apparaissant pas séante, celle de sa durée l'est d'autant plus. En effet, en 2012, la Cour de cassation a affirmé que l'article 1722 du Code civil implique une impossibilité absolue et définitive d'user de la chose louée conformément à sa destination¹⁶². Ainsi, un immeuble objet d'une réquisition judiciaire n'est que temporairement indisponible et le preneur peut librement en jouir, une fois la mesure levée¹⁶³. La question se pose donc pour des restrictions temporaires issues d'un régime de crise.
143. Le tribunal de la Rochelle a assimilé la fermeture administrative à une perte de la chose louée en citant deux anciennes jurisprudences, jugeant respectivement que la perte de la chose peut être assimilée à l'impossibilité d'user des locaux en raison d'un cas fortuit¹⁶⁴, ou à l'impossibilité résultant d'une disposition légale intervenue en cours de bail¹⁶⁵. Ainsi, il serait « *de droit* » qu'une décision administrative qui ordonne la suspension de l'exploitation d'un commerce équivaut à une perte de la chose louée¹⁶⁶. D'autres décisions ont, en rejetant les fondements classiques, admis la révision du loyer pour perte temporaire de la chose¹⁶⁷. La Cour d'appel parisienne a par exemple estimé qu'une perte peut s'entendre de toute circonstance diminuant sensiblement l'usage de la chose¹⁶⁸.
144. Le 6 mai 2021, la Cour d'appel de Versailles a, via deux formations différentes, pris une solution contradictoire à propos des loyers issus du premier confinement. Si la formation de référé admet la perte d'un local fermé ne réalisant pas de vente à emporter¹⁶⁹, la formation du fond la rejette car l'impossibilité d'exploitation ne serait pas liée au local et que l'indisponibilité de celui-ci « *n'a pas vocation à durer dans le temps* »¹⁷⁰. Ce critère temporel est discutable dans la mesure où même temporaire, l'indisponibilité ouvre droit au bénéfice d'une indemnité compensatrice du préjudice subi, sauf stipulation contractuelle contraire (« *clause de souffrance* »). De plus, le caractère temporaire aurait pu servir à fonder une perte partielle et non totale puisque le texte ne fait aucune distinction.

¹⁶¹ TC Paris, 19 février 2021, n ° 2020047783.

¹⁶² Civ. 3^{ème}, 19 décembre 2012, n ° 11-26.076.

¹⁶³ CA Paris, Chambre 6 Section C, 20 décembre 1995, RG n ° 94/010320.

¹⁶⁴ Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, n ° 94-17.941.

¹⁶⁵ Civ. 3^{ème}, 12 mai 1975, n ° 73-14.051.

¹⁶⁶ TJ La Rochelle, 23 mars 2021, n ° 20/02428.

¹⁶⁷ TJ Toulouse, 1^{er} juillet 2021, n ° 21/02415, CA Douai, 16 décembre 2021, n ° 21/03259, CA Paris, Pole 01, Chb 02, 21 avril 2022, n ° 21/17487.

¹⁶⁸ CA Paris réf., 29 septembre 2021, n ° 21/00544.

¹⁶⁹ CA Versailles réf., 6 mai 2021, n ° 20/04284.

¹⁷⁰ CA Versailles, 6 mai 2021, n ° 19/08848.

L'absence d'atteinte à la chose a été reprise dans plusieurs décisions ultérieures¹⁷¹.

145. Théoriquement, la perte de la chose louée apparaît plus solide que l'exception d'inexécution qui est naturellement rapportée aux obligations du bailleur, dont l'exécution est discutée en cette période. La Cour d'appel de Paris l'a d'ailleurs rappelé dans un arrêt accueillant la perte de la chose dont l'usage a été sensiblement diminué¹⁷² ; « *l'absence de faute du bailleur étant indifférente* ». Soutenant dans cette étude que la chose a été délivrée, il est impossible d'affirmer qu'elle est à la fois perdue, même juridiquement.
146. Concernant son rejet, le tribunal de commerce parisien a jugé que « *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 physiquement* »¹⁷³. Cette solution joignant l'obligation de délivrance et de jouissance paisible paraît surabondante. La Cour d'appel de Lyon a quant à elle, affirmé que le bien loué n'étant pas détruit ; « *l'impossibilité d'exploitation ne peut être assimilée à une destruction, sans détourner de leur sens les dispositions précitées* »¹⁷⁴. En dénonçant une dénaturaison de l'article 1722 du Code civil, la Cour renonce à assimiler restriction et destruction. Dans les anciens arrêts qui assimilent la fermeture administrative à une perte juridique, seuls des immeubles localement identifiés (ayant par exemple manqué aux règles de sécurité), étaient concernés. Ainsi, il est légitime de se demander si la restriction nationale peut être un obstacle à l'admission de cette théorie, même si aucun texte ne semble l'affirmer.
147. En définitive, l'admission du mécanisme dépend de la perception adoptée. Par la conception matérielle, il est difficile d'admettre qu'une décision administrative entraîne la destruction d'un local. Par une conception finaliste, l'impossibilité d'exploitation peut être reconnue comme une perte juridique.

B- La distinction des restrictions

148. Lorsque la perte est admise, c'est ordinairement pour la période de fermeture administrative car les diverses restrictions sont moins probantes. Si la réduction des activités ou des horaires d'ouverture peuvent apparaître comme des

¹⁷¹ TJ Quimper, 8 juin 2021, n ° 20/0114, TJ Paris, 28 octobre 2021, n ° 16/13087, CA Angers, 1^{er} février 2022, n ° 21/01252.

¹⁷² CA Paris, 2 juillet 2021, n ° 20/08315.

¹⁷³ TC Paris réf, 12 décembre 2020, n ° 2020/0035120.

¹⁷⁴ CA Lyon, 31 mars 2021, n ° 20/05237.

mesures administratives proche de la fermeture, les jauges ou encore la distanciation imposée tiennent plus à des règles sanitaires *stricto sensu*, n'ayant pas de lien avec une quelconque perte.

149. S'agissant de la fermeture, l'arrêt de la Cour d'appel de Douai permet de rendre compte de l'admission du mécanisme. Par l'impossibilité d'utiliser les lieux loués conformément à leur « *destination essentielle* », un commerce ne pouvant plus accueillir de clientèle pendant 56 jours est assimilable à une perte partielle de la chose louée. Des situations similaires de longue date avaient admis que cette interdiction d'exploitation constituait une perte totale, comme celle frappant un cinéma¹⁷⁵ ou celle d'un commerce se situant en zone de rénovation urbaine résultant d'un décret¹⁷⁶. Les juges font certainement ce choix par prudence, afin de bénéficier des effets de la perte partielle (V. infra n ° 168).
150. S'agissant des diverses restrictions, un jugement parisien permet de comprendre le rejet du mécanisme¹⁷⁷. Il s'agissait d'un bail portant sur des locaux à usage exclusif de « *fabrication et vente à consommer sur place et à emporter de tous produits de boulangerie, pâtisseries, viennoiseries et, plus généralement, de tous les produits à base de pâte salée ou sucrée, avec ou sans accompagnement, restauration, salon de thé, glaces, boissons chaudes et froides, confiseries* ». Le preneur arguait l'impossibilité de développer toute la palette d'activités prévue au bail, notamment la restauration. En plus de se voir opposer l'absence d'atteinte à la chose elle-même, les juges déplorent que le preneur n'ait pas réussi à prouver le caractère essentiel de l'activité de restauration, parmi les autres autorisées au bail. Dans le sens inverse, la Cour d'appel de Douai a estimé qu'il est « *indifférent que le preneur ait pu utiliser des locaux à des fins de stockage notamment pour la réalisation de ventes en ligne* »¹⁷⁸.
151. Dans la question posée à la Cour de cassation, la deuxième était de savoir si l'interdiction temporaire d'exploiter les locaux commerciaux, décidée par les pouvoirs publics, équivaut à une perte partielle de la chose louée justifiant une dispense de paiement pour la période considérée. Les textes exceptionnels disposant que « *les établissements recevant du public [...] ne peuvent accueillir du public* » devraient pouvoir résonner simplement, selon le tribunal chartrain, comme une perte partielle de la chose louée.

¹⁷⁵ Com, 19 juin 1962, n ° 323.

¹⁷⁶ Civ. 3^{ème}, 12 mai 1975, n ° 73-14.051.

¹⁷⁷ TJ Paris, 20 janvier 2022, n ° 20/06670.

¹⁷⁸ CA Douai, 16 décembre 2021, n ° 21/03259.

§2 Les effets

152. L'admission du mécanisme permet en période Covid la diminution partielle ou totale du loyer (A) et varie selon que le commerce est fermé ou conditionnellement ouvert (B).

A- De la diminution à l'annulation du loyer

153. D'ordinaire, la perte partielle permet la révision du contrat quand la perte totale en permet la résiliation. S'il a été curieusement jugé que la perte totale pouvait engendrer une dispense de loyer (V. infra n° 182), les juges saisis admettent que la fermeture administrative constitue une perte partielle, justifiant une diminution du loyer. En effet, les preneurs ne souhaitent généralement pas résilier le bail, mais aménager voire annuler le loyer.
154. Cependant, l'attitude des juges est également singulière en cette période. Par exemple, le tribunal judiciaire de la Rochelle a estimé que la perte partielle que constitue la fermeture administrative justifie qu'aucun loyer ne soit dû pour la période courant du 16 mars au 11 mai 2020¹⁷⁹. Cette exonération équivaut à un abandon de celui-ci, comme si il n'était plus exigible. En effet, les juges estiment que le preneur ne doit désormais plus la contrepartie de la jouissance du local, assurément entravée. Cela va au-delà du texte même de l'article 1722 du Code civil qui permet une « *diminution du prix* » en cas de perte partielle. A Douai, si le preneur avait judicieusement relevé une « *diminution totale du prix* », les juges d'appel ont énoncé qu'il était « *dispensé* » du paiement pendant cette période¹⁸⁰. Pareillement, la Cour d'appel de Versailles, qui a confirmé les provisions allouées au bailleur, a énoncé la « *déduction des 56 jours de loyers commerciaux correspondant aux périodes de fermeture* »¹⁸¹. La Cour d'appel de Paris a récemment repris cette formulation, dans plusieurs arrêts¹⁸². Cette dispense a déjà été évoquée en fin d'année 2020 au motif que « *l'impossibilité objective pour le locataire de jouir de la chose louée conformément à sa destination, était susceptible de le libérer en tout ou partie, définitivement ou temporairement, de son obligation de régler le loyer contractuel* »¹⁸³. Cette libération obligationnelle constitue bel et bien une exonération totale de la contrepartie normalement due en période de fermeture.

¹⁷⁹ TJ La Rochelle, 23 mars 2021, n° 20/02428.

¹⁸⁰ CA Douai, 16 décembre 2021, n° 21/03259.

¹⁸¹ CA Versailles réf, 6 mai 2021, n° 20/04284.

¹⁸² CA Paris, 30 mars 2022, n° 21/16710, CA Paris, 21 avril 2022, n° 21/17272.

¹⁸³ TJ Paris, 7 octobre 2020, n° 20/81050.

155. Dans le commentaire de plusieurs arrêts, Virginie Audinot, avocate au barreau de Paris, évoque le « *remboursement* » et « *l'effacement* » du loyer¹⁸⁴. En effet, à l'occasion d'un litige liant la société GIFI et son bailleur, le tribunal judiciaire de Béthune a, par une décision très motivée, retenu la perte absolue et partielle du local. Sur le moyen tiré de la perte de la chose louée, le tribunal précise la non-application du droit exceptionnel, la possibilité de vente en ligne mais l'absence d'un système de « *Click and collect* » opérationnel. Ainsi, l'impossibilité juridique absolue de la société est un « *motif de diminution du prix* » justifiant que GIFI soit « *dispensée du paiement du loyer* » en cette période¹⁸⁵.
156. Cette solution est certes économiquement favorable au preneur mais juridiquement contestable. Ainsi, Virginie Audinot dénonce un décompte pur et simple des loyers dus au titre de la période Covid. La recherche de critères ou la prise en compte des intérêts adverses n'a pas été réalisée.
157. A ce jour, aucun juge n'a prononcé la résiliation du bail pour perte totale de la chose louée. Cela s'explique par la faible demande et la temporalité des restrictions, qui rendrait la résiliation pléthorique.

B- La distinction des restrictions

158. Comme énoncé précédemment, la perte de la chose louée n'a presque jamais été suggérée pour les périodes de restrictions sans fermeture. En effet, si certains tribunaux sont réticents à son admission en cas de fait du prince, il est difficile de l'envisager pour des ouvertures conditionnées. Les situations étant hétérogènes, les juges ne peuvent pas faire preuve de casuistique afin d'estimer les effets du mécanisme sur le loyer.
159. Toutefois, il convient d'étudier les modes de calculs envisageables afin que les avocats puissent, s'ils en ont le temps et la capacité, chiffrer leur demande en justice sur le fondement de la perte de la chose louée. La société d'expertise Robine & Associés propose plusieurs méthodes¹⁸⁶. Avec ce support, les preneurs pourraient être plus enclins à demander une diminution du loyer pour perte de la chose louée, équivalente tant aux périodes de fermeture qu'aux périodes d'ouverture conditionnée.

¹⁸⁴ AUDINOT Virginie, *Le remboursement ou l'effacement des loyers « Covid »*, Consultation avocat, CNB, 10 mai 2022.

¹⁸⁵ TJ Béthune, 12 avril 2022, n ° 20/02378.

¹⁸⁶ TOUSSAINT Clara, *Covid-19, fermeture des commerces et article 1722 C.civ : comment calculer la réduction de loyer ?*, Robine & Associés, 2022.

160. La première méthode réside dans la corrélation entre la baisse du chiffre d'affaires¹⁸⁷ et celle du loyer. Bien que les loyers soient parfois stipulés en fonction de la variation du chiffre d'affaires (en particulier dans les centres commerciaux et les hôtels), ce lien primaire semble curieux. En effet, il ne tient compte ni des coûts fixes ni des coûts variables qui, restant sensiblement les mêmes, voient le chiffre d'affaires décroître simultanément. Toutefois, cela permet de réduire le loyer d'un commerce corrélativement à la baisse de sa commercialité. Par exemple, une baisse supposée de 20% du chiffre d'affaires en 2020 relativement à 2019 engendrerait une baisse de 20% du loyer pour la période afférente aux restrictions.
161. La deuxième méthode consiste dans le calcul de la perte d'exploitation, à hauteur de la marge brute, elle-même égale à la différence entre le chiffre d'affaires et les charges variables de l'entreprise. Ainsi, quand le chiffre d'affaires est en baisse, la marge brute diminue également car les coûts variables sont inévitables. En période Covid, la réduction serait alors égale au taux de marge brute (Marge brute/chiffre d'affaires) x 100)) multiplié par la perte de chiffre d'affaires prévisionnel. Ce calcul qui nécessite une expertise professionnelle, paraît davantage correspondre à la perte d'activité réelle de l'entreprise. Ainsi, une baisse de loyer parallèle apparaît plus juste.
162. La troisième et dernière méthode permettrait d'appliquer au loyer « *un coefficient d'adaptabilité du commerce aux contraintes sanitaires* ». Pondérée entre 0 et 0,25 (du plus faible au plus fort impact), les quatre tranches seraient divisées ainsi : la commercialité du secteur, le caractère touristique du secteur, la proportion de l'espace de vente dans les locaux, et la proportion du chiffre d'affaires de l'année antérieure basée sur la vente hors boutique. Face à des restrictions disparates et souvent vécues comme injustes, ce mode de calcul permettrait d'ajuster le loyer à la difficulté financière rencontrée. Ainsi, il serait tenu compte de l'interdépendance entre le loyer commercial et le fonds de commerce dans l'estimation de la réduction du loyer.
163. Le désavantage de ces méthodes réside dans l'intervention nécessaire d'un expert, représentant un coût non négligeable. En outre, mandater un avocat spécialisé en droit des baux n'est pas aisé et le preneur doit, s'il le souhaite, agir le plus tôt possible afin d'étayer ses possibilités.

¹⁸⁷ « *Somme des ventes de marchandises, de produits fabriqués, des prestations de service et des produits des activités annexes* », Insee, 8 février 2021.

Chapitre 2 : L'empêchement lié à la force majeure

164. Si la force majeure constitue l'illustre fondement contractuel sur lequel les locataires pensaient s'en remettre, force est de constater qu'il n'a pas permis une suspension de leurs obligations en période Covid. Les conditions étant défaillantes (Section 1), le loyer reste exigible (Section 2). Il n'y a pas lieu de distinguer les commerces fermés des commerces limitativement ouverts.

Section 1 : Des conditions défaillantes

165. Les conditions font défaut puisqu'une épidémie n'est pas automatiquement considérée comme un événement de force majeure (§1) et que le mécanisme fonctionne exclusivement pour les obligations en nature (§2).

§1 Les épidémies et la force majeure

166. La jurisprudence n'admet pas automatiquement l'épidémie comme événement de force majeure, tant pour les maladies notoires (A), que pour la Covid (B).

A- La jurisprudence classique

167. La force majeure permet en cas de survenance d'un événement échappant au contrôle du débiteur, imprévisible et irrésistible, empêchant temporairement ou définitivement l'exécution d'une obligation, de respectivement suspendre cette dernière ou résoudre le contrat¹⁸⁸. Si une catastrophe naturelle, la guerre ou la mort sont classiquement reconnues comme telles, il convient de déterminer si l'épidémie l'est tout autant. La solution n'est pas uniforme et mérite une appréciation *in concreto*, sous le prisme des critères classiques édictés à l'article 1218 du Code civil (anciennement l'article 1148).

168. Avant toute chose, il faut vérifier que les parties n'aient pas prévu une clause qui contredirait l'application pleine et entière de la force majeure. En effet, même si elle est d'ordre public, les parties peuvent en aménager les conditions ou les effets par des clauses licites¹⁸⁹ ; la force majeure n'opérant que si le débiteur n'ait pas convenu « *de s'en charger* »¹⁹⁰. Cependant, il est possible de les priver

¹⁸⁸ C. Civ art 1218.

¹⁸⁹ Com, 11 octobre 2005, n° 03-10.975, 3ème civ, 31 octobre 2006, n° 05-19.171.

¹⁹⁰ C.Civ art 1351 : « *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* ».

d'efficacité par divers moyens¹⁹¹, énoncés lors des développements sur l'imprévision.

169. L'absence de contrôle du débiteur sur l'évènement correspond au critère d'extériorité, définitivement abandonné en 2006¹⁹². Une épidémie est nécessairement hors de portée du débiteur, tant dans son apparition que dans sa propagation, résultant exclusivement de paramètres infectieux.
170. Le critère d'imprévisibilité, apprécié à la date de conclusion du contrat, doit s'analyser au regard d'une personne normalement prudente et diligente. Cette exigence a parfois fait défaut notamment pour l'épidémie de dengue où le « *dépassement du seuil épidémique* » n'était pas un « *phénomène nouveau* »¹⁹³, et le virus H1N1 où l'épidémie « *a été largement annoncée et prévue, avant même la mise en œuvre de la réglementation sanitaire* »¹⁹⁴. *A contrario*, l'épidémie de gastro-entérite a été considérée comme imprévisible car les clients ne « *pouvaient pas prévoir l'ampleur qu'elle allait prendre* » alors même qu'elle était devenue « *habituellement une infection banale* »¹⁹⁵. Le critère ne fait donc pas l'unanimité dans l'appréciation des juges.
171. Enfin, le débiteur ne doit pas pouvoir paralyser les effets de l'évènement par des mesures appropriées ; l'irrésistibilité s'appréciant tant dans sa survenance inévitable que dans ses effets insurmontables¹⁹⁶. Plus qu'une exécution onéreuse, la force majeure impose des difficultés anormales et inévitables « *même si toutes les diligences utiles sont mises en œuvre* »¹⁹⁷. Ainsi, le virus du chikungunya n'a pas été considéré comme tel car cette maladie « *soulagée par des antalgiques* » était « *généralement surmontable* »¹⁹⁸. *A contrario*, l'épidémie de brucellose bovine « *d'une très grande virulence et d'une contagiosité redoutable* », pouvait « *être transmise par n'importe quel vecteur tel piqûres d'insectes ou corps humain* »¹⁹⁹. Une épidémie grave et mortelle n'est donc pas fatalement considérée comme un évènement de force majeure.

¹⁹¹ BUCHER Charles-Edouard, *La clause de force majeure*, Rev. CCC n ° 10, formule 9, octobre 2019.

¹⁹² Ass plén, 14 avril 2006, n ° 02-11.168.

¹⁹³ CA Nancy, 22 novembre 2010, n ° 09/00003.

¹⁹⁴ CA Besançon, 8 janvier 2014, n ° 12/02291.

¹⁹⁵ CA Aix-en-Provence, 3 mai 2006, n ° 306944.

¹⁹⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n ° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁹⁷ Soc, 25 février 1954, n ° 107, CJUE, 17 septembre 1987, n ° 70/86.

¹⁹⁸ CA Basse-Terre, 17 décembre 2018, n ° 17/00739.

¹⁹⁹ CA Agen, 21 janvier 1993, n ° 1993-040559.

172. A l'instar de l'imprévision, il s'agit de qualifier au-delà de l'épidémie elle-même, les mesures prises consécutivement afin de l'endiguer. Si les cordons sanitaires de la peste ou les quarantaines du choléra n'ont pas suscité de nombreux questionnements, un arrêt a déjà refusé d'assimiler la réglementation administrative de la grippe H1N1 au fait du prince car celle-ci n'était pas irrésistible pour une entreprise pouvant adapter sa commande aux fabricants²⁰⁰.

B- Le cas de la Covid-19

173. Si Bruno le Maire déclare le 28 février 2020 que dans les contrats de marché public, la Covid est un évènement de force majeure, le droit privé ne semble pas concerné et une telle affirmation politique ne peut constituer une vérité juridique.

174. L'extériorité de l'épidémie ne pose pas de difficulté puisque c'est précisément l'absence de mainmise sur cette maladie qui la rend si dangereuse. L'imprévisibilité peut faire défaut si le contrat est conclu à une date où l'épidémie est connue du public. Comme pour l'imprévision, il convient de retenir la mise en œuvre des premières mesures françaises (16 mars 2020), date à laquelle le contractant est considéré comme ayant eu tort de s'engager, ou que du moins, il en assume les risques. Enfin, l'irrésistibilité, parfois discutée en raison de mesures comme le port du masque ou le vaccin, dépend de la nature de l'obligation inexécutée (V. Infra n ° 198). Eu égard aux épidémies précédentes, la Covid est certes d'une importance et d'une rapidité plus forte, mais dont le taux de létalité est plus faible. L'incertitude autour de ce nouveau virus (évolution, durée, remèdes) aurait pu conduire les juridictions à adopter une position uniforme en l'admettant comme cas de force majeure, sans pour autant imputer toute inexécution contractuelle à ce dernier.

175. Si plusieurs arrêts ont à l'origine assimilé l'épidémie à un évènement de force majeure²⁰¹, ces solutions d'espèce ne prédisaient en rien la réalité des choses puisque d'autres juges l'ont rejeté²⁰², y compris dans les pays anglo-saxons²⁰³. La propagation du virus *stricto sensu* n'a pas empêché les contractants d'exécuter leurs obligations, sauf quelques rares cas, comme l'hospitalisation qu'elle peut occasionner. Exempt de mesures gouvernementales, les

²⁰⁰ CA Besançon, 8 janvier 2012, n ° 12/02291.

²⁰¹ CA Douai, 4 mars 2020, n ° 20/00395, CA Colmar, 12 mars 2020, n ° 20/01098, CA Paris, 28 juillet 2020, n ° 20/06689, CA Paris, 9 décembre 2020, n ° 20/05041.

²⁰² TC Nanterre, 16 décembre 2020, n ° 2020F01030, CA Riom, 2 mars 2021, n ° 20/01418.

²⁰³ High Court of Justice, 22 avril 2021, case n ° QB-2020-002783, QB-2020-002786, QB-2020-002792.

commerces auraient pu rester ouverts car s'ils ont pu résister à l'épidémie, ils ne pouvaient en revanche s'opposer aux consignes étatiques.

176. Conformément à la définition du dictionnaire de Cornu précitée, la fermeture administrative est assurément un fait du prince, comme l'ont confirmé plusieurs arrêts²⁰⁴ ; les conditions de l'article 1218 du Code civil sont incontestablement accomplies. *A contrario*, la Cour d'appel de Grenoble a estimé que celui-ci ne concerne que les rapports entre une personne morale de droit public et son cocontractant²⁰⁵. Le fait du prince a d'ailleurs été mobilisé par le bailleur pour justifier l'impossibilité d'exécuter l'obligation de jouissance paisible du local. Les différentes ouvertures conditionnées ne peuvent pas être considérées comme des décisions de l'autorité publique portant atteinte à l'équilibre financier du contrat. Dans cette configuration, le bailleur tout autant impuissant, a délivré une chose, et en a globalement assuré la jouissance paisible. Le déséquilibre financier rudement démontrable engendre une exigibilité des loyers dus pour cette période.
177. Selon la Cour de cassation, le fait du prince est libératoire lorsqu'aucune faute du débiteur n'est intervenue dans l'émergence des circonstances réalisant cet obstacle. Ainsi, la voie de l'arrêt de paiement empruntée par de nombreux locataires peut leur être opposée afin qu'ils ne puissent pas se prévaloir de ce principe (V. infra n° 201). En effet, si la force majeure possède un effet suspensif, l'incertitude autour de l'application du mécanisme aurait dû les conduire à continuer de verser les loyers au bailleur.
178. Dans la question posée à la Cour de cassation, la troisième était de savoir si la fermeture administrative est un cas de force majeure frappant la substance même du bail, justifiant alors sa suspension. Ainsi, le bailleur pourrait être dispensé de son obligation de délivrance et le preneur serait dispensé du paiement du loyer.

²⁰⁴ TJ La Rochelle, 23 mars 2021, n° 20/02428, CA Versailles, 6 mai 2021, n° 20/04845.

²⁰⁵ CA Grenoble, 5 novembre 2020, n° 16/04533.

§2 Le rejet du mécanisme aux obligations de sommes d'argent

179. L'évènement doit avoir empêché l'exécution de l'obligation par le débiteur. En l'espèce, l'impossibilité n'est pas retenue en ce que l'obligation de paiement du loyer induit l'impérissabilité d'une chose de genre (A) et qu'il est permis de prendre en compte la situation exceptionnelle du débiteur (B).

A- L'im périssabilité d'une chose de genre

180. Selon l'adage « *A l'impossible, nul n'est tenu* »²⁰⁶, le contractant confronté à un évènement de force majeure n'en doit plus l'obligation réciproque. Toutefois, ce principe dépend de la nature de l'obligation en cause. La somme d'argent que représente le loyer est une chose de genre, en ce qu'elle est fongible et interchangeable, à l'inverse des corps certains tels qu'une œuvre d'art ou un immeuble²⁰⁷. Par-là, une somme d'argent ne peut jamais périr, c'est-à-dire que sa circulation n'entraîne pas sa perte et qu'elle peut être remplacée par une autre somme, « *de même quantité et qualité* »²⁰⁸. Si une somme d'argent est l'objet même de l'obligation, son exécution est toujours possible, même si le débiteur s'estime besogneux, car l'argent est disponible à tout un chacun. Ce principe posé par la Cour de cassation le 16 septembre 2014²⁰⁹, a plusieurs fois été rappelé, encore récemment dans le cadre de ce contentieux²¹⁰. Seuls quelques rares cas sont admis comme le bug informatique qui bloque le virement automatique²¹¹, ou l'impossibilité matérielle qui résulte d'une hospitalisation²¹². A *contrario*, une obligation en nature telle que la prestation de service, peut devenir impossible en raison d'un cas de force majeure (accident, catastrophe naturelle, manifestation, etc...).
181. Assurément, le preneur dans l'impossibilité de jouir normalement de son local, peut toutefois en verser la contrepartie prévue au bail. En effet, le loyer est généralement versé par virement automatique et il n'est fait état d'aucun problème technique généralisé des établissements de crédit, qui ont toujours été considérés comme indispensables à la vie de la Nation. Ainsi, le principe selon

²⁰⁶ D'AQUIN Saint Thomas, divers ouvrages.

²⁰⁷ COURBE Patrick, LATINA Mathias, *Droit civil ; les biens*, 9^{ème} édition, Dalloz Memento, 2019.

²⁰⁸ C. Civ art 1892.

²⁰⁹ Com, 16 septembre 2014, n ° 13-20.306.

²¹⁰ CA Paris, 17 mars 2016, n ° 15/04263, CA Paris, 12 mai 2021, n ° 20/14094, CA Nancy, 10 novembre 2021, n ° 21/01022, CA Paris, 20 janvier 2022, n ° 21/11811, CA Paris, 31 mars 2022, n ° 21/16460, CA Lyon, 13 avril 2022, n ° 21/01573.

²¹¹ Civ. 3^{ème}, 17 février 2010, n ° 08-20.943.

²¹² Civ. 3^{ème}, 19 septembre 2019, n ° 18-18.921.

lequel l'obligation d'une somme d'argent ne peut se voir opposer la force majeure doit jouer dans le cas des preneurs qui endurent les restrictions sanitaires et administratives. De plus, il serait malaisé de connaître le sort des loyers sous le prisme de l'article 1218 du Code civil, en cas d'empêchement temporaire. Seraient-ils suspendus ou annulés ? L'hypothèse probable de la suspension correspondrait à un report ; mesure insuffisante pour de nombreux preneurs en période de crise.

182. Le preneur est dans le cas présent, confronté à une double difficulté. Il ne peut invoquer ni l'impossibilité d'exécuter une obligation de somme d'argent, ni se placer comme créancier de l'obligation de délivrance d'un local, puisque ce mécanisme ne joue pas pour celui qui n'a pas pu bénéficier de la prestation due²¹³.
183. Il convient de distinguer l'exception d'inexécution et la suspension du contrat. Le locataire qui invoque l'exception d'inexécution se fonde sur les obligations du bailleur. C'est ensuite ce dernier qui soulève la force majeure afin de prouver que celle-ci ne lui est pas imputable. Le preneur qui invoque en revanche la suspension, projette lui-même la force majeure pour justifier son impossibilité d'exécution. Si la décomposition du raisonnement est différente, le résultat est identique.
184. Si certains avocats s'interrogent sur une éventuelle exonération du bailleur qui serait dispensé de l'obligation de délivrance tout en continuant à percevoir les loyers, Jehan-Denis Barbier rappelle l'effet libératoire double d'un contrat synallagmatique²¹⁴. Ainsi, Marcel Planiol préconisait déjà en 1928 que « *lorsque l'une des parties est empêchée par force majeure d'accomplir son obligation, elle perd le droit d'exiger l'accomplissement à son profit de l'obligation contractée par l'autre partie* »²¹⁵.

B- Des solutions financières à disposition du preneur

185. La solution précitée peut être renforcée par l'analyse, certes peu juridique mais révélatrice, de la situation financière de certains preneurs commerciaux. Si la trésorerie a soudainement été battue en brèche par l'arrêt ou la limitation de l'activité, l'accompagnement financier des commerçants l'a été tout autant. Avant

²¹³ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020, n ° 19-21.060.

²¹⁴ BARBIER Jehan-Denis, *Loyers commerciaux et COVID : l'état de non-droit*, novembre 2021.

²¹⁵ PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, 1928.

les aides financières *stricto sensu*, le système du « *Click and collect* » a permis aux commerçants administrativement fermés, de générer une fraction de chiffre d'affaires via ce relais d'activité tutélaire (qui n'est d'ailleurs pas pris en considération dans le calcul du fonds de solidarité).

186. En premier lieu, le fonds de solidarité a permis aux preneurs de jouir d'un certain revenu de substitution. Si les conditions d'éligibilité (dont l'effectif inférieur à 10 salariés) sont initialement rigoureuses, elles se sont ensuite élargies. Aussi, le plafond originel de 1500 euros a atteint 10 000 euros lors de la seconde vague épidémique, pour les entreprises particulièrement touchées (couvre-feu, secteur du tourisme et de l'évènementiel). Celles-ci ont dû choisir entre une aide forfaitaire et un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé à la même période de l'année précédente. Il a été jugé que « *la mise en place d'un fonds de solidarité [...] démontre que le législateur ne reconnaît pas de caractère de force majeure à la pandémie* »²¹⁶.
187. En second lieu, les membres de la Fédération bancaire française et BPI France ont mis en place un prêt garanti par l'Etat. N'étant pas un prêt de l'Etat, mais d'un établissement de crédit à une entreprise, il permet au commerçant d'avoir comme garant l'Etat sur une partie significative du prêt en cas de défaillance (jusqu'à 90 %). Toutes les entreprises sont concernées, à l'exception des sociétés civiles immobilières, des établissements de crédit et des sociétés de financement. L'objectif est le remboursement des dettes aux créanciers du preneur, comme le bailleur ou le fournisseur. Les avantages multiples tels que la facilité d'accès (acceptation spontanée, taux faible), le montant (jusqu'à trois mois de chiffre d'affaires pour les entreprises récentes ou innovantes), et son mode de remboursement (fin de l'année 2022 et sur dix ans), le rendent particulièrement attrayant. Si les sommes devront être remboursées (à rebours du fonds de solidarité), les conditions laissent penser que le preneur peut aisément se reconstruire une certaine trésorerie.
188. Des aides spécifiques au paiement du loyer ont aussi été mises en place plus tardivement. Ainsi, pour les commerces de détails et de services fermés entre février et mai 2021, non éligibles au fonds de solidarité, un dispositif « *Loyers* » a permis une prise en charge des loyers et charges d'un magasin, calculée au

²¹⁶ CA Riom, 2 mars 2021, n ° 20/01418.

prorata des journées d'interdiction d'accueil du public²¹⁷. Le dispositif « *Coûts fixes* » permet quant à lui aux entreprises ayant saturé le fonds de solidarité, de prendre en charge jusqu'à 90 % des pertes d'exploitation d'un commerce ne pouvant plus couvrir ses coûts fixes avec ses recettes, assurances et aides publiques de janvier à octobre 2021²¹⁸. Les conditions de ces deux mécanismes sont relativement larges, et le dispositif coûts fixes est renouvelé depuis ce jour. Les sommes ne couvrant généralement pas l'ensemble des pertes d'exploitation, suggèrent tout de même un règlement, quoique difficile, du paiement du loyer. Ainsi, selon la théorie des risques, c'est au débiteur de prendre en charge les conséquences de l'impossibilité qu'il argue (*res perit debitori*) et non au créancier (*res perit domino*).

189. Concernant le bailleur, il peut dans certaines conditions, simplement bénéficier d'un crédit d'impôt s'il renonce à percevoir le loyer dû au mois de novembre 2020²¹⁹. Sommairement, un bailleur renonçant à la totalité du loyer bénéficie d'un crédit d'impôt de 50 % de la somme abandonnée. Enfin, son assurance « *Garantie loyers impayés* » ne prend généralement pas en charge les sommes dues mais l'accompagne simplement dans ses démarches de recouvrement.

Section 2 : L'exigibilité de la dette locative

190. Le rejet de la force majeure, et partant son effet suspensif, implique une obligation théorique du paiement à échéance (§1) et une immixtion plausible du juge dans le règlement de la dette (§2).

§1 L'obligation théorique du paiement à échéance

191. Le droit dérogatoire agit sur les modalités de paiement du loyer par le preneur (A), qui a parfois bénéficié d'une clémence du bailleur (B).

²¹⁷ Décret n ° 2021-1488 du 16 novembre 2021 instituant une aide relative aux loyers ou redevances et charges de certains commerce de détail et services interdits d'accueil du public afin de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19.

²¹⁸ Décret n ° 2021-310 du 24 mars 2021 instituant une aide visant à compenser les coûts fixes non couverts des entreprises dont l'activité est particulièrement affectée par l'épidémie de covid-19.

²¹⁹ L. n ° 2020-1721 de finance pour 2021 du 29 décembre 2020.

A- L'incidence de l'éligibilité au droit dérogatoire

192. Qualifié de *lex epidemia*²²⁰, le droit dérogatoire mis en place par le gouvernement a aménagé l'exécution de l'obligation de paiement du loyer commercial. Si l'allocation du Président de la République présageait une annulation de la dette locative, l'ordonnance n ° 2020-316 n'en paralyse finalement que les sanctions contractuelles²²¹, pour les seuls bénéficiaires du fonds de solidarité ou d'une procédure collective. Les saisines judiciaires se sont vues opposer une lecture littérale des ordonnances, qui ne supprime en rien l'exigibilité des loyers²²². Les entreprises non éligibles se sont vues appliquer l'ordonnance générale de prorogation des délais, qui instaure une période juridiquement protégée pendant laquelle les clauses pénales, clauses résolutoires, clauses de déchéance et les astreintes ne prennent pas effet jusqu'au 24 juillet 2020²²³. L'ordonnance relative aux loyers permet en outre de paralyser toute pénalité financière, intérêts de retard, dommages et intérêts ou toute clause d'activation des garanties, pour le loyer échu entre le 12 mars et le 11 septembre 2020. Si le mécanisme général prévoit le report des sanctions, le mécanisme spécial les abandonne véritablement (politique du « *quoiqu'il en coûte* »). Les mesures automnales (politique du « *quoiqu'il arrive* ») ajoutent, de manière cohérente, l'interdiction des mesures conservatoires et d'exécution forcée, du 17 octobre jusqu'à deux mois après la cessation de la mesure de restriction.
193. Si toutefois le locataire reçoit un commandement de payer du bailleur, il doit faire opposition dans les trente jours devant le tribunal judiciaire afin d'obtenir son annulation. L'urgence de la situation a tout de même conduit à une large saisine du juge des référés²²⁴, afin d'obtenir des délais de paiement²²⁵. L'interdépendance d'une mesure d'exécution forcée et d'un titre exécutoire n'a pas engendré de saisie-attribution en début de crise au vue de l'incertitude des

²²⁰ DELPECH Xavier, *Lex epidemia*, AJ Contrat, 2020, n ° 4, p. 157.

²²¹ O. n ° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19.

²²² TJ Annecy, 7 septembre 2020, n ° 20/00275, TJ Lons-le-Saunier JEX, 24 mars 2021, n ° 20/00615, CA Versailles réf., 18 novembre 2021, n ° 21/02066.

²²³ O. n ° 2020-306 du 25 mars 2020.

²²⁴ CPC art 808 : « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

²²⁵ C. Civ art 1343-5 : « *Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues* ».

juges sur l'exigibilité même des loyers commerciaux. Aujourd'hui majoritairement reconnus, les loyers dus peuvent l'être de manière forcée via diverses saisies.

194. L'absence temporaire de sanctions équivaut implicitement à un report du paiement en cause. Un locataire ne craignant pas de sanctions contractuelles au titre d'un retard de paiement n'est pas incité à l'effectuer. Reste que certains modes de recouvrement sont initialement omis par le droit dérogatoire (V. n ° 9). Ainsi, le locataire pourrait a priori ne pas payer le loyer à échéance, par manque de moyens ou parce qu'il estime ne pas le devoir, et à défaut d'accord amiable, le juge aurait à statuer sur l'exigibilité du loyer. Bien que le juge refuse généralement l'annulation de la dette, le droit dérogatoire a pu tout de même constituer un « *filet de sécurité* »²²⁶. La poursuite pérenne des relations commerciales commande néanmoins de payer le loyer à échéance, si cela est possible, à charge de faire valoir des arguments de droit commun postérieurement. Au-delà des périodes protégées, le bailleur retrouve la possibilité de poursuivre le locataire en recouvrement et en expulsion. Face à la dette locative, l'insuffisante trésorerie ou l'absence d'accord amiable pour l'étaler et/ou la réduire engendre l'état de cessation des paiements et par-là, amorce une procédure collective.
195. Le droit exceptionnel n'a pas échappé aux critiques telles que la carence du fonds de solidarité à l'avènement de l'ordonnance, son champ d'application restreint, et principalement son absence de remise en cause du loyer.

B- La solidarité entre les parties au bail

196. L'aménagement du paiement par le droit exceptionnel s'ajoute à l'indulgence de certaines grandes foncières, bailleuses de nombreux preneurs commerciaux. Par exemple, la Compagnie de Phalsbourg a annulé deux mois de loyers, du 15 mars au 15 mai 2020, soit une perte de 12 millions d'euros par mois. Sur la même période, Ceetrus, la foncière d'Auchan, a annulé les loyers de tous ses magasins fermés. Des villes comme Versailles ou Onex (Suisse) ont également abandonné les loyers de locaux dont elles sont propriétaires, durant le temps des restrictions.
197. Conformément à la demande du gouvernement, les principales fédérations de bailleurs ont demandé à leurs membres de suspendre les loyers dus pour l'échéance d'avril 2020. Elles ont également signé avec des associations de

²²⁶ BEAUGENDRE Sébastien, *Les commerces déliés de l'obligation de payer leurs loyers*, Fashion Network, 6 avril 2020.

commerçants, une charte de bonnes pratiques afin de suspendre le paiement et proposer des échéanciers de remboursement adaptés²²⁷. Pour les très petites entreprises, le ministère de l'Economie a demandé une annulation de trois mois de loyers (deux pour la période de fermeture et un au prorata des quatre mois de reprise jusqu'à septembre).

198. Le Conseil National des Centres Commerciaux a quant à lui, ordonné à ses membres de suspendre les loyers et les charges pour les petites et moyennes entreprises, en les appelant à solliciter un loyer mensuel, et après un report d'échéance. Ces mesures concernent de nombreux locataires qui, souhaitant poursuivre leur activité autant que faire se peut, sont exonérés de leur coût fixe majeur. Certains bailleurs ont compris qu'il valait mieux une annulation momentanée suivie d'un paiement intégral à la prochaine échéance, qu'une exigibilité immédiate, risquant de mettre en péril la poursuite du bail commercial.
199. Malgré ces efforts, force est de constater qu'ils ne le sont que du côté des bailleurs institutionnels qui peuvent financièrement se permettre de renoncer à un ou plusieurs mois de loyers. Ainsi, les bailleurs privés ne peuvent généralement pas octroyer à leur locataire une telle renonciation. Face à ce constat, des instances se sont déployées afin de concilier les intérêts divergents. D'abord, le médiateur des entreprises, déjà existant, a pu accompagner les commerçants dans l'exécution de leurs contrats, et particulièrement le bail commercial. En 2020, 70 % des saisines se sont traduites par un succès. Par ailleurs, la Commission Départementale de Conciliation des Baux Commerciaux, paritairement composée, a permis de dresser des accords amiables permettant de saisir le juge, en cas de non-respect. Enfin, le médiateur des loyers commerciaux a été créé spécialement à l'occasion de cette crise afin de rassembler un grand nombre de bailleurs sur le chemin d'un abandon de loyers.

²²⁷ *Charte de bonnes pratiques entre commerçants et bailleurs pour faire face à la crise du COVID-19*, 3 juin 2020.

§2 L'immixtion du juge dans le règlement de la dette

200. Le juge saisi essentiellement par le bailleur, dispose d'un office déterminé (A), auquel s'ajoute la prise en compte de la bonne foi des parties (B).

A- L'office du juge

201. En cas d'impayés de loyers, le tribunal compétent est le tribunal judiciaire, contrairement à la révision ou le renouvellement, qui sont réservés à son Président²²⁸. Le choix majoritaire du référé a permis de mettre en lumière sa limite, au regard des juges du fond. En effet, de nombreux arguments se sont opposés à sa compétence d'attribution²²⁹. Ainsi, de nombreux « *référé urgence* »²³⁰ et « *référé provision* »²³¹ ont abouti à des renvois au fond. En pratique, il s'est généralement contenté de dire si le preneur tombait ou non, sous le jeu des ordonnances Covid.

202. Hors référé, l'office du juge se distingue selon qu'il traite de l'exigibilité du loyer ou de ses modalités de paiement. A propos de l'obligation *stricto sensu*, les juges ont, malgré des divergences de position, amplement justifié leur raisonnement, eu égard au stock de demandes auquel ils ont dû faire face. En effet, selon la situation des parties, le juge a pu statuer sur des demandes d'annulation pure et simple, de report, ou de révision. Avec l'aide du droit commun, du droit spécial et du droit exceptionnel, son office est donc relativement large. Concernant les modalités de règlement, le loyer *in fine* exigé, n'a pas fait l'objet d'originalité. Un seul jugement se distingue en ce que l'existence d'une créance envers le bailleur a constitué l'occasion d'en ordonner la compensation avec la dette connexe de loyer²³². Le Conseil National des Centres Commerciaux a pour sa part proposé que le bailleur reverse le dépôt de garantie au locataire afin qu'il règle immédiatement le loyer. Cette solution n'a pas été retenue par les juges qui ont couramment utilisé l'article 1343-5 du Code civil afin d'octroyer un délai de grâce sur deux années.

203. La mise en œuvre de ce délai n'est pas aisée puisque le juge doit tenir compte du droit exceptionnel qui a, pour certains trimestres, paralysé les sanctions

²²⁸ C. Com art R145-23.

²²⁹ TJ Paris réf, 20 janvier 2021, n ° 20/55750, TJ Bordeaux réf, 25 janvier 2021, n ° 20/01392, TC Paris réf, 19 février 2021, n ° 2020047783.

²³⁰ CPC art 834.

²³¹ CPC art 835.

²³² TJ Paris, 10 juillet 2020, n ° 04516.

pécuniaires attachées au non-paiement du loyer. Son office se trouve réduit sur ce point. Ainsi, le juge doit d'abord prendre en compte l'abandon définitif des sanctions des loyers échus entre le 12 mars et le 11 septembre 2020, si le commerce en est bénéficiaire. S'agissant de la deuxième vague épidémique, le dispositif de report permet l'acquisition de la clause résolutoire et des autres sanctions, afférentes au 3^{ème} ou au 4^{ème} trimestre de l'année 2020, après un certain temps. De fait, un bailleur qui demande l'acquisition de la clause résolutoire et l'expulsion du locataire entre le 17 octobre et deux mois suivant la cessation de la mesure de restriction, voit automatiquement sa demande déclarée irrecevable par le juge²³³.

204. Ce n'est qu'en cas de non-respect de l'échéancier que le locataire est considéré comme un occupant sans droit ni titre justifiant alors la résiliation du bail et l'expulsion du locataire, que le bailleur peut faire constater en référé. En effet, après cette nouvelle défaillance, le preneur ne peut plus saisir le juge de l'exécution afin d'obtenir de nouveaux délais.

B- La prise en compte de la bonne foi des parties

205. La bonne foi contractuelle se retrouve au-delà de sa négociation et sa formation, lors de l'exécution du contrat²³⁴. Les parties doivent donc réaliser leurs engagements de manière loyale. Ce principe, invoqué majoritairement après la perte de la chose louée (V. annexe n° 2), peut s'appréhender de deux manières. Dans sa conception étroite, la bonne foi commande aux parties de se rapprocher afin de discuter de l'exécution du contrat qui s'avèrerait compromise. Dans sa conception extensive, la bonne foi obligerait les parties à suggérer une modification du contrat au cas où celui-ci ne semblerait plus propice aux capacités des parties. La jurisprudence Covid semble avoir adopté une solution intermédiaire en admettant dans de nombreuses décisions qu' *« il résulte de l'article 1104 du Code civil que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, ce dont il s'ensuit 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 »*²³⁵. Pierre de Plater y voit une *« contrainte du compromis »* puisqu'elle semble imposer un

²³³ TJ Aix-en-Provence, 22 février 2022, n° 21/1915.

²³⁴ C.Civ art 1104 (anciennement 1134).

²³⁵ TJ Paris, 10 juillet 2020, n° 04516, TJ Paris réf, 21 janvier 2021, n° 20/58771, CA Riom, 2 mars 2021, n° 20/01418, TJ Paris, 20 janvier 2022, n° 20/06670.

aménagement des modalités contractuelles, afin d'intégrer l'impact de la crise sanitaire²³⁶.

206. Ce principe, qui ne permet à priori pas la remise en cause du loyer, a irrigué le contentieux des loyers Covid. Il n'a pas été réservé à l'une ou l'autre des parties. Ainsi, des bailleurs se sont vus opposer la mauvaise foi pour avoir immédiatement exigé le loyer à échéance²³⁷. Par exemple, le refus immédiat de toute négociation ou la signification d'un commandement durant la période juridiquement protégée ont pu servir à appuyer ce propos. *A contrario*, des preneurs ont parfois manqué à ce principe en arrêtant de payer les loyers, alors qu'aucune assise juridique ne le permettait²³⁸. Ainsi, le tribunal parisien a affirmé que la bonne foi ne permettait pas que le locataire ne s'abstienne unilatéralement d'exécuter ses engagements et qu'il ne fonde donc pas « *une dispense [...] d'honorer les loyers demeurant exigibles* »²³⁹. Le preneur aurait théoriquement dû verser le loyer à échéance, afin de le contester ensuite. Il ajoute que son irrespect ne peut avoir comme autre conséquence que l'engagement de sa responsabilité, pouvant ainsi conduire à des dommages et intérêts. Cette sanction a d'ailleurs été utilisée pour le manquement du preneur à l'obligation qui lui est faite, d'émettre les factures et le décompte d'exploitation²⁴⁰. Si le refus de négocier semble constituer un manquement à l'obligation de loyauté, pouvant être sanctionné par des dommages et intérêts, Michel Stock rappelle que l'intégration d'une révision dans le giron de l'article 1104 du Code civil serait *contra legem* car ce dernier est d'ordre public, quand l'imprévision est supplétive de volonté.
207. La tendance est donc à la faveur de la négociation amiable. Comme de nombreux contentieux, les juges souhaitent que les parties tentent en amont, de trouver une solution équilibrée. Hélas, de nombreux contractants se sont menés, dans un esprit vindicatif, une bataille juridique, qui n'est pas encore achevée.

²³⁶ DE PLATER Pierre, *Le bail commercial, la bonne foi et le juge face à la pandémie*, 26 mars 2021, Dalloz actualité, 26 mars 2021.

²³⁷ TJ Limoges, 16 septembre 2020, n ° 20/00185, TJ Paris réf., 26 octobre 2020, TJ Pais réf, 21 janvier 2021, n ° 20/58771.

²³⁸ TJ Nancy réf, 16 décembre 2020, n ° 2020008075, TJ Paris, 20 janvier 2022, n ° 20/06670.

²³⁹ TJ Paris, 20 janvier 2022, n ° 20/06670.

²⁴⁰ CA Grenoble, 5 novembre 2020, n ° 16/04533.

Conclusion

208. « *Ce que nous vivons aujourd'hui fera l'histoire de demain* »²⁴¹. L'appel à récits lancé à l'aube de la crise sanitaire résonne aujourd'hui comme une nécessaire introspection du droit ayant régi les loyers commerciaux ces deux dernières années. L'incertitude de la crise a déteint sur le raisonnement des juges, qui n'a pas su révéler un quelconque fil conducteur, en cette période juridiquement et financièrement inédite. De fait, ni l'imprévision inadaptée, l'exception d'inexécution inefficace, la perte de la chose louée instable, et la force majeure impossible n'ont permis d'éclairer le preneur sur une quelconque exonération du loyer, en cette période de jouissance précaire. L'état de « *non-droit* »²⁴² semble toujours attendre sa « *consécration* »²⁴³. En tout état de cause, les parties ne manqueront pas d'utiliser la technique contractuelle, afin de se prémunir contre les risques de conditions d'exploitation dégradées. Il est préférable que le bail se poursuive avec un preneur insolvable qui réalisera ultérieurement un retour à meilleure fortune. En effet, en cas de résiliation, rien n'assure au bailleur qu'il retrouvera un locataire pour occuper son local, à l'heure où sa jouissance est incertaine. La vacance des locaux est moins souhaitée qu'un recouvrement long et difficile. Si la Covid a bouleversé les baux commerciaux, ceux-ci ne sont pas à l'abri d'autres crises (économiques, environnementales) qui nécessiteront une réponse rapide afin de maintenir le contrat, imprégné d'un lien de confiance et d'intérêt commun entre les parties.

209. La crise sanitaire et économique a engendré une diminution des valeurs vénales et locatives, différenciée par le type de commerce (centre-ville, centres commerciaux, *retails parc*). Etant un « *accélérateur des tendances antérieures* »²⁴⁴, la crise sanitaire n'a fait qu'accentuer cette diminution, suite au développement du télétravail, du e-commerce et de la réduction de l'automobile en zone urbaine. Si les parties décident de procéder à une révision triennale, elles doivent veiller à ne pas pérenniser la baisse car il existe une « *faculté de rebond importante* », notamment à Paris, comme constaté lors des attentats de 2015 et comme il sera probable de voir avec les Jeux Olympiques de 2024²⁴⁵.

²⁴¹ *Mémoires de confinement*, Aqlo, 5 avril 2020.

²⁴² BARBIER Jehan-Denis, Loyers commerciaux et Covid : l'Etat de non-droit, Gaz. Pal, 9 novembre 2021.

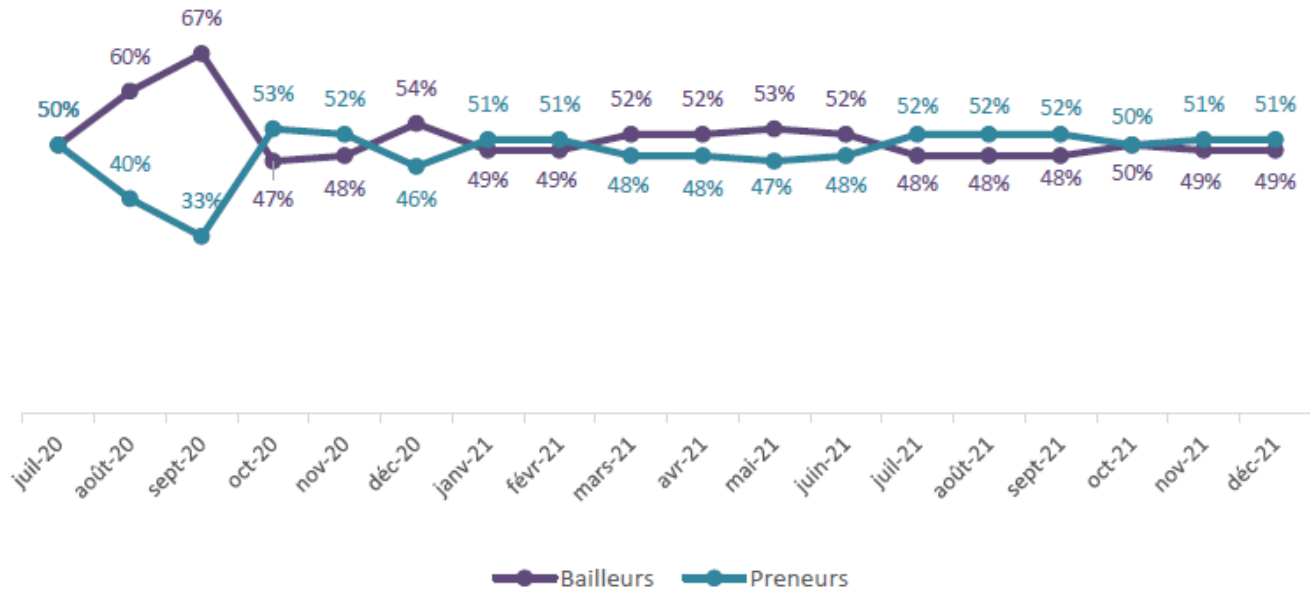
²⁴³ BARBIER Jehan-Denis, *Loyers commerciaux et Covid : l'attente de la consécration du droit*, Dalloz actualité, 14 avril 2021.

²⁴⁴ COLOMER Patrick, *Quel est l'impact du Covid-19 sur les valeurs locatives dans le marché de l'immobilier commercial ?*, Interview par ROBELIN Baptiste, Colomer expertises, 1 février 2021.

²⁴⁵ Loc.cit.

Annexes

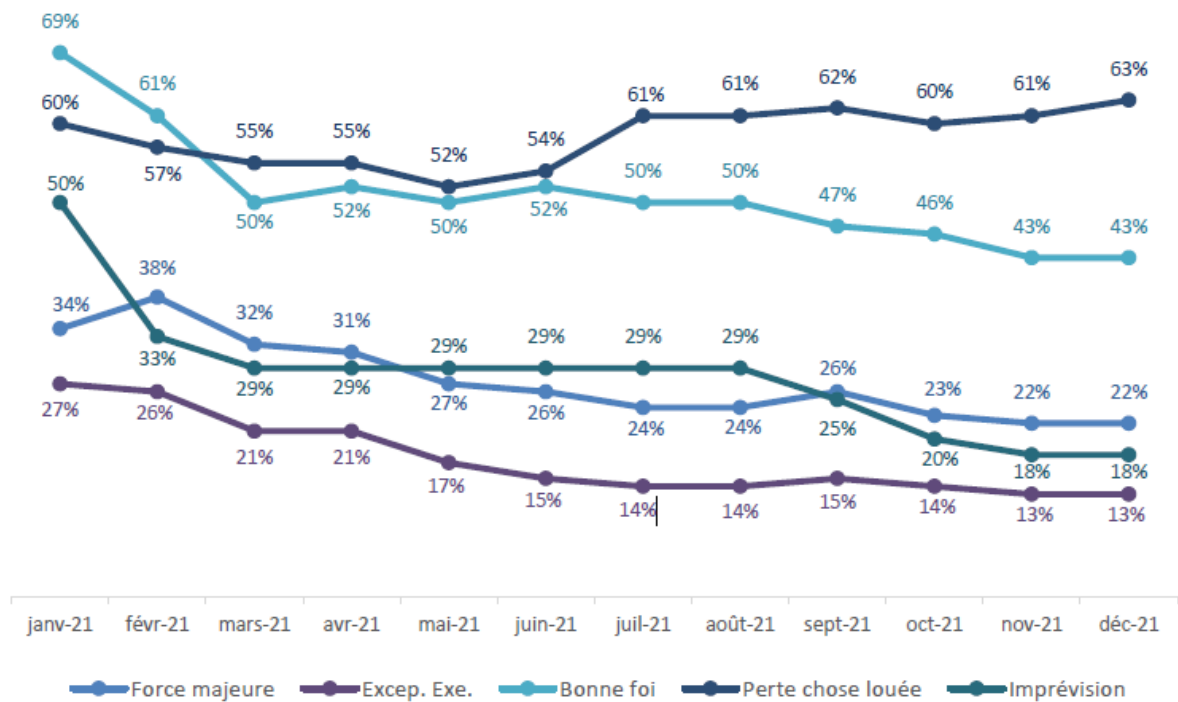
Annexe 1 : Répartition du succès des saisines en justice de juillet 2020 à décembre 2021²⁴⁶.



Ces données prennent en considération toutes les décisions rendues, en référé ou au fond.

²⁴⁶ JACQUOT Pascal, MARTINEZ Jules, *Les loyers Covid, maj n ° 5*, LinkedIn, 28 décembre 2021.

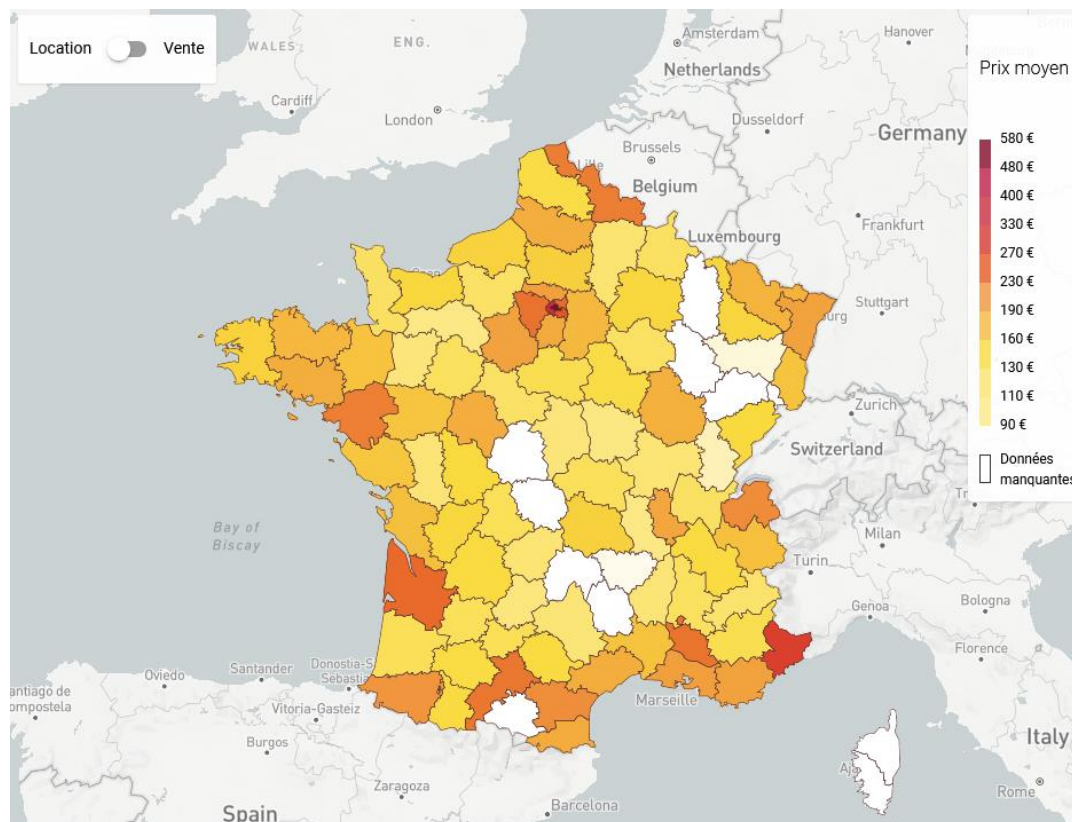
Annexe 2 : Evolution du taux de réussite des moyens invoqués par les preneurs de janvier à décembre 2021²⁴⁷.



Ces données ne tiennent pas compte du nombre de fois où le moyen est invoqué, de la nature de la décision rendue, ni des faits d'espèce.

²⁴⁷ Loc. cit.

Annexe 3 : Prix moyen d'un loyer par m²/an entre mai 2021 et janvier 2022²⁴⁸.



Cette cartographie représente le prix des locaux nus, affichés avant toute négociation, pouvant donc différer des valeurs constatées sur le marché. Ils ne tiennent pas compte des taxes, charges et honoraires.

Exemple 1 : Commerce de 100 m² à Nantes.

Le loyer pourrait être de $(200 \times 100) / 12 = 1666$ euros.

Exemple 2 : Commerce de 50 m² à Paris.

Le loyer pourrait être de $(500 \times 50) / 12 = 2083$ euros. Sur les Champs-Élysées, à 16 350 euros le m² en moyenne par an, le loyer atteindrait 68 125 euros²⁴⁹.

²⁴⁸ Prix du marché – Locaux commerciaux, Snapkey : Expert en immobilier d'entreprise et professionnel, 2021.

²⁴⁹ Sur les Champs-Élysées, le loyer commercial est 100 fois plus cher que la moyenne française, Capital, 19 novembre 2018.

Bibliographie

- **Ouvrages généraux**

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, Puf, Quadrige, 8^{ème} édition, 2007, V. Fait du prince a et b.

FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, n ° 361.

GRAND LAROUSSE ILLUSTRÉ 2022.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNK Philippe, *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, n ° 764.

MERCADAL Barthélémy, *Mémento de droit commercial*, Ed. Francis LEFEBVRE, 2021, n ° 14009.

PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, 1928.

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, réédité par LGDJ, 17 décembre 2013.

TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, CHENEDE François, *Les obligations*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2018, p. 827.

- **Ouvrage spéciaux**

ANDIGNE-MORAND Anne, *Baux commerciaux industriels et artisanaux*, n ° 2 247 04250 3, Encyclopédie Delmas, 2000, 11^{ème} édition, p. 61 à 68, p. 79 à 82, p. 114 à 119.

BARRET Olivier, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, n ° 2-275-01981-2, LGDJ, 2001.

COLLECTIF, *Covid-19 et droit immobilier*, 1^{ère} édition, Dalloz, Grand angle, octobre 2020.

COURBE Patrick, LATINA Mathias, *Droit civil ; les biens*, 9^{ème} édition, Dalloz Memento, 2019.

DU PAYS Jacques, *Jean Bodin, de la République*, 1977, p. 734.

DE BALZAC Honoré, *Illusions perdues*, 1837, Pléiade, t. IV, p. 1054.

FOEX Bénédic (édit), *La défaillance de paiement*, réunissant les contributions présentées lors d'un séminaire de troisième cycle romand de droit à Cartigny, Editions universitaires, 2002.

GRIMALDI Cyril, MERESSE Serge, RENAUD-ZAKHAROVA Olga, *Droit de la franchise*, n ° 978-2-7110-2563-3, LexisNexis, 2017.

GUEVEL Didier, *Droit du commerce et des affaires*, LGDJ, 2017.

KARIMI Abbas, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, n ° 2.275.02055.1, LGDJ, 2001, p. 1 à 20.

LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, n ° 2.275.02489.1, LGDJ, 2004.

LECUYER Hervé, *L'avenir du droit, mélanges en l'honneur de François Terré*, Le contrat acte de prévision, Dalloz, 1999.

• Articles et chroniques

AMBLARD Colas, *Quelles obligations contractuelles en période de crise sanitaire ?*, Juris associations, 2020, n ° 626, p.27.

AUQUE Françoise, *Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif*, AJDI, 2017, p. 41 et s.

AYNES Laurent, BENABENT Alain, *Force majeure et révision pour imprévision*, RDC n ° 01, Lextenso, 1 mars 2021, p. 157.

BEAUD Olivier, *Hauriou et le droit naturel*, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 1988, p. 123 à 138.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, *L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial – à l'occasion de la pandémie de Covid-19*, JCPE n ° 15-16, LexisNexis, 9 avril 2020, p. 1162.

BLATTER Jean-Pierre, *Le bail, le covid-19 et le schizophrène*, Rev. AJDI, 2020, Dalloz, 24 avril 2020, p. 245.

BOFFA Romain, *La révision et la résiliation pour imprévision*, Rev. Loyers et copropriété, dossier 12.

BRAULT Philippe-Hubert

- *Incidences du Covid-19 sur le bail commercial et l'obligation au paiement des loyers*, Rev. Loyers et copropriété n ° 5, LexisNexis, mai 2020, étude 5.
- *Clause résolutoire et exception d'inexécution pour manquement à l'obligation de délivrance*, Gaz. Pal. n ° 24, 30 juin 2020.

BRAULT Timothée, *Loyers commerciaux et Covid : en attendant l'avis de la Cour de cassation...*, Dalloz actualité, 10 septembre 2021.

BUCHER Charles-Edouard

- *Les premières décisions rendues à propos du Covid-19 : quels enseignements pour le droit des contrats ? Cour d'appel de Douai 5 mars 2020*, AJ Contrats, Dalloz, 2020, p.235.
- *Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ?*, JurisClasseur CCC, LexisNexis, avril 2020, étude 5.

CARBONNIER Jean, obs, RTD Civ, 1958. 625, n °2.

CASANOVA Jean-Michel, DENIZOT Christophe, DIAS Claude, LECOURT Arnaud, PUECH Didier, Formulaire de procédure commerciale Dalloz :

- *Mise en demeure de respecter une obligation non sanctionnée par une clause résolutoire*, mai 2021.
- *Conclusions afin d'obtenir des délais d'exécution pour un locataire ayant reçu une assignation en résiliation de bail fondée sur une clause résolutoire*, mai 2021.
- *Demande en révision du loyer*, mai 2021.

DANOS Frédéric, *Le paiement des loyers relatifs aux commerciaux et la crise du Covid-19*, JCPE n ° 17, LexisNexis, 23 avril 2020, p. 1179.

DE LA VAISSIERE François, *Exigibilité des loyers durant la prolongation de la crise sanitaire : l'incertitude règne !*, Defrénois n ° 27, 1 juillet 2021, p. 15.

DELPECH Xavier

- *Dossier : Covid-19 et contrat*, AJ Contrats, 2020, p. 163.
- *Lex epidemia*, AJ Contrats, 2020, p. 157.
- *Une année pas comme les autres*, AJ Contrats, Dalloz, 2020, p. 501.

DE PLATER Pierre, *Bail commercial et Covid 19 : le droit et l'équité*, Dalloz actualité, 30 avril 2021.

DWERNICKI Stanislas, CHESNEAU Etienne, GRANJON Yannick, *Covid-19 : quel avenir pour la force obligatoire du contrat ?*, LPA n ° 260, Lextenso, 29 décembre 2020, p. 9.

FOURQUET Véronique, *Exception d'inexécution en matière de loyers commerciaux pendant la crise sanitaire – Tribunal judiciaire de Paris – Jugement n ° RG 18/02353*, Lettre de la DAJ, n ° 314, Ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance.

GENICON Thomas, DESHAYES Olivier, LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2018, p. 472 et 473.

GRIMALDI Cyril, *Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ?*, Rec. Dalloz, 2020, p. 827.

GUIOMARD Pascale, *La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts*, Dalloz actualité, 4 mars 2020.

HEINICH Julia, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision*, Rec. Dalloz, 26 mars 2020, p. 611.

HEYRAUD Yann, *Le paiement des loyers commerciaux : quid des locataires en activité partielle pendant la période de fermeture liée au covid-19 ?*, JCPN n ° 29, LexisNexis, 17 juillet 2020, p. 1159.

HOUTCIEFF Dimitri

- *Covid-19, bars et restaurants : pas de café mais l'addition !*, Gaz. Pal. n ° 31, Lextenso, 15 septembre 2020, p. 27.
- *Le bailleur ne garantit pas la stabilité du cadre normatif*, Gaz. Pal n ° 14, 13 avril 2021.

JACQUIN André, *La révision triennale post Covid-19 : gare aux épines !*, Gaz. Pal. n ° 24, Lextenso, 30 juin 2020, p. 58.

JACQUOT Pascal, *Covid et perte de la chose louée : premier arrêt au fond*, Dalloz actualité, 25 mai 2021.

KENDERIAN Fabien

- *Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19*, RTD Com 2020, 25 juillet 2020, p.265.
- *Du rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19*, RTD Com 2020, 18 février 2021, p. 783.
- *Covid-19 : les limites de l'exception d'inexécution en matière de paiement des loyers commerciaux pendant la crise sanitaire*, Rec. Dalloz, 2021, 15 avril 2021, p. 728.

LEBORGNE Anne, DOROL Sylvain, KIEFFER Frédéric, ROTH Cyril, *Les voies d'exécution : bilan de la crise Covid-19 et perspectives*, table ronde n ° 1, Gaz. Pal. n ° 38, Lextenso, 3 novembre 2020, p. 71.

LIBCHABER Rémy, *Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision*, Rec. Dalloz, 11 juin 2020, p. 1185.

MAIGNE-GABORIT Françoise, BARBIER Jehan-Denis, Doctr. 1811, Gaz. Pal, 2000.

MAUBLANC Jean-Pierre, *Le crédit d'impôt pour abandon de loyers*, Rev. AJDI 2021, Dalloz, p. 183.

MAZEAUD Denis, Defrénois, 15 septembre 1996, n ° 17, p. 1007.

MAZURE Joël, *Covid-19 : pas de perte de la chose louée*, AJDI, 2022, p. 32.

MONEGER Joël

- *Pandémie et bail commercial : l'article 1719 du code civil peut-il ouvrir la décharge du loyer dû ?*, Dalloz actualité, 9 mars 2021.
- *Chronique baux commerciaux*, La semaine juridique notariale et immobilière n 0 36, LexisNexis, 4 septembre 2020, 1175.
- *Le temps, l'imprévisible et le bail commercial*, Rev. Loyers et copropriété n ° 3, mars 2017, dossier 6.
- *Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n ° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L145-1 s. du code de commerce et le bail commercial*, RTD Com, 2016, 427.

MEKKI Mustapha

- *De l'urgence à l'imprévu du Covid-19, quelle boîte à outils contractuels ?*, AJ Contrats, Dalloz, 2020, p.164.
- *Covid-19 et notariat : à l'imprévu...*, JCPN n ° 13, LexisNexis, 27 mars 2020, act. 317.

MERCADAL Barthélémy, *Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision*, BRDA n ° 21, Ed. Francis Lefebvre 2019-2020.

PAGES Melody, TORRENT Sarah, *Covid-19 : exigibilité des loyers commerciaux*, Dalloz actualité, 4 décembre 2020.

PERREAU-SAUSSINE Louis, *Bail commercial – Le sort des loyers dans les baux commerciaux à l'épreuve de la crise du covid-19 : quid de l'exception d'inexécution ?*, JCPN n ° 18, LexisNexis, 1^{er} mai 2020, act. 415.

PERRIER Stéphane, *Tribunal de commerce de Nantes. La vague de faillites n'a pas eu lieu*, 15 janvier 2022, Ouest France.

RADE Christophe, *Covid-19 et force majeure*, Droit social 2020, p. 598.

REGNAULT Sébastien, *L'après confinement et le bail commercial : le temps de l'incertitude*, JCPE n ° 26, LexisNexis, 25 juin 2020, 1258.

SEUBE Jean-Baptiste, *L'obligation de délivrance du bailleur face du Covid*, RDC n ° 02, Lextenso, 1 juin 2021, p. 59.

VENNER Nicolas, *La géolocalisation, un espoir pour les locataires*, AJDI, 2020, p. 343.

VOGEL Joseph

- *Réforme du droit des contrats : Le juge devient une troisième partie au contrat*, Actuel Direction juridique, Ed. Francis Lefebvre, février 2016.
- *Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19*, AJ Contrats, Dalloz, 2020, p. 275.

VOGEL Louis, VOGEL Joseph, *Les contentieux commerciaux liés à la crise sanitaire et leurs enseignements*, JCPG n ° 8-9, LexisNexis, 22 février 2021, doct. 239.

ZIADE Roland, CAVICCHIOLI, *L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux*, AJ Contrats, Dalloz, 2020, p. 176.

Articles Internet (exclusivement)

ADELIN Antoine, *L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision (« On liait les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles »)*, Squire Patton Boggs, 16 juillet 2016, https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

AUDINOT Virginie, Village justice.

- *Le remboursement ou l'effacement des loyers « Covid », Village justice, 6 mai 2022.*
- *Covid et loyers commerciaux : quelle est l'actualité jurisprudentielle ?, Village justice, 12 mars 2022.*
- *La fermeture administrative liée au Covid-19 constitue une perte partielle de la chose louée, 6 avril 2022.*

BAGUENAUD DE PUCHESSÉ Renaud, GRANJON Yannick, *Covid-19 et obligation de paiement des loyers : recensement des décisions rendues*, Gide, 17 juin 2021, <https://www.gide.com/fr/actualites/covid-19-et-obligation-de-paiement-des-loyers-recensement-des-decisions-rendues>

BARBIER Jehan-Denis, Barbier-associés,
<http://www.barbieravocats.com/pages/doctrine-cabinet-barbier-avocat-de-la-cours.cfm?id=118>

- *Le loyer commercial face aux crises*, avril 2020.
- *Coronavirus : La résiliation du bail par le locataire*, avril 2020.
- *Le sort du loyer commercial face à la pandémie*, avril 2020.
- *Le déconfinement du bail commercial*, juin 2020.
- *Le gel du bail commercial en temps de pandémie*, janvier 2021.
- *Loyers commerciaux et COVID : l'état de non-droit*, novembre 2021.
- *Sabotage ou sabordage ?*, AJDI 2020, p. 549.
- *Sur l'exigibilité ou non des loyers pendant les fermetures des locaux commerciaux imputables à l'épidémie de Covid*, Gaz. Pal. n ° 07, Lextenso, 1 mars 2022.

BEAUGENDRE Sébastien, *Les commerces déliés de l'obligation de payer leurs loyers*, Fashion Network, 6 avril 2020.

BENEKE Christine, DEGER Gordian, *Baux commerciaux en Allemagne : Réduction de loyer en cas de fermeture administrative*, Qivive, 14 janvier 2022, <https://www.qivive.com/en/node/1899/pdf>

BERTRAND Arnaud, *Loyers commerciaux et Covid-19 : quelle est votre marge de manœuvre ?*, 27 juillet 2020, <https://www.experts-et-decideurs.fr/vie-entreprise/loyers-commerciaux-covid-19-quelle-marge-de-manoeuvre/>

BETTON Ghislaine, HEROLE Alice, *Révision et renouvellement : baisse du loyer commercial suite à la crise sanitaire*, Pivoine Avocats, 20 octobre 2021, <https://www.pivoine-avocats.com/articles/revision-et-renouvellement-baisse-du-loyer-commercial-suite-a-la-crise-sanitaire-1507.htm>

BOIX Arnaud, *Covid 19 : le loyer du bail commercial surfe sur la 4^{ème} vague*, Eloquence Avocats associés, 13 juillet 2021, <https://www.eloquence-avocats.com/fr/covid-19-le-loyer-du-bail-commercial-surfe-sur-la-4eme-vague.html>

COLOMER Patrick, *Quel est l'impact du Covid-19 sur les valeurs locatives dans le marché de l'immobilier commercial ?*, Interview par ROBELIN Baptiste, Colomer expertises, 1 février 2021, <https://www.colomerexpertises.eu/fr/site-download-process/770-57x8dvp.html>

CONFINO Alain, *Covid-19 et article 1719 du Code civil*, Labocom, avril 2021, <https://www.labocom.org/wp-content/uploads/2021/04/Confino-Covid-19-et-article-1719-du-code-civil.pdf>

DAVID Aude, *Aides aux entreprises : pour qui ?*, Journal du net, 3 mars 2022, <https://www.journaldunet.fr/management/guide-du-management/1494253-aides-aux-entreprises-deux-echeances-aujourd-hui-fevrier-2022/>

DELFY Éric, *Bail commercial et pandémie*, Chronos x Vivaldi, 25 mars 2021, <http://vivaldi-chronos.com/immobilier/baux-commerciaux-immobilier/bail-commercial-et-pandemie/>

FERAUD-COURTIN Muriel, MILANDOU Gisèle-Aimée, RAYNOUARD Arnaud, *Covid-19 : quels impacts sur les contrats ? Comparatif entre pays européens*, Deloitte Avocats, 20 mai 2020, <https://blog.avocats.deloitte.fr/covid-19-impacts-contrats-comparatif-entre-pays-europeens>

HEBER-SUFFRIN Virginie, <https://hsa-avocats.fr/bail-commercial-droit-immobilier/>

- *Loyers commerciaux Covid 19 : juge des référés et imprévision (article 1195 du code civil)*, HSA Avocats, 16 février 2021.
- *Loyers commerciaux Covid 19 : juge et obligation de bonne foi (article 1104 du code civil)*.
- *Loyers commerciaux Covid-19, panorama décisions juillet 2020 – juin 2021*.

HERY Christophe, *Crise du Covid-19 et respect des baux commerciaux*, ALTAIR Avocats, 7 juillet 2020, <https://www.altairavocats.com/categories/publications-et-seminaires-12475/articles/crise-du-covid-19-et-respect-des-baux-commerciaux-685.htm>

JACQUIN André, *L'argus de l'enseigne*, 2017, n ° 52, <https://www.jacquin-marvani.fr/wp-content/uploads/Le-bail-commercial-est-il-un-contrat-dadhesion-avril2017.pdf>.

JACQUOT Pascal, MARTINEZ Jules, *L'analyse du contentieux relatif aux « Loyers Covid »*, Predictice, 23 février 2022, <https://blog.predictice.com/actualite-juridiques/pascal-jacquot-jules-martinez-fidal-loyers-covid-cartographie>

MLADENOVIC Michael, *Exigibilité des loyers commerciaux et Covid-19 : panorama de la jurisprudence récente*, Village justice, 25 juin 2021, <https://www.village-justice.com/articles/exigibilite-des-loyers-commerciaux-covid-panorama-jurisprudence-recente,39528.html>

MOORTTGAT-MARTEL Muriel, BADEL Maryse, *Baux commerciaux et Covid-19*, Lawréa Avocats, 27 novembre 2020, <https://www.lawrea-avocats.com/fr/site/actualites/b/baux-commerciaux-et-covid-19/>

MY-KIM YANG-PAYA, RAYNALDY Alexane (SEBAN & Associés), *Covid-19 – Les loyers commerciaux à rude épreuve !*, Rev. Fr. de comptabilité, mai 2020, n ° 542.

POUVESLE Justine, *Covid-19, Quelles sont les possibilités offertes aux bailleurs commerciaux pour obtenir le paiement des loyers en ce début d'année 2021 ?*, BJA Avocats, 16 mars 2021, <https://www.bjavocat.com/2021/03/16/covid-19-quelles-sont-les-possibilites-offertes-aux-bailleurs-commerciaux-pour-obtenir-le-paiement-des-loyers-en-ce-debut-dannee-2021/>

PRIGENT Julien, *Loyers Covid : seul le principe de bonne foi doit être examiné*, Mutelet-Prigent et associés, 17 décembre 2020, <https://www.prigent-avocat.com/2020/12/17/loyers-covid-seul-le-principe-de-bonne-foi-doit-%C3%AAtre-examin%C3%A9-en-raison-de-l-exclusion-de-la-force-majeure-de-l-article-1722-du-code-civil-et-de-l-impr%C3%A9vi/>

SPROSSER Etienne, *Covid-19 : la Cour fédérale allemande précise les conditions de minoration de loyers à la suite des fermetures administratives*, 2022, <https://www.schultze-braun.de/fr/espace-info/newsletter-archiv/internationales-recht/covid-19-la-cour-federale-allemande-precise-les-conditions-de-minoration-de-loyers-a-la-suite-des-fermetures-administratives/>

SUISSA Joseph, *Loyers commerciaux et Covid-19*, JDB Avocats, 11 mai 2021, <https://jdbavocats.com/droit-commercial/loyers-commerciaux-et-covid-19/>

TAIEB Céline, *Etat de la jurisprudence en matière d'exigibilité des loyers commerciaux en période de Covid*, mars 2022, [https://www.lagbd.org/Etat de la jurisprudence recente en matiere d exigibil it%C3%A9 des loyers commerciaux en periode de Covid](https://www.lagbd.org/Etat%20de%20la%20jurisprudence%20recente%20en%20matiere%20d'exigibilite%C3%A9%20des%20loyers%20commerciaux%20en%20periode%20de%20Covid)

THIOYE Moussa, *Libre opinion doctrinale sur l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux à l'épreuve des turbulences générées par la crise sanitaire (Covid-19)*, janvier 2022, <https://www.avocatparis.org/sites/bdp/files/2021-12/THIOYE-Libre%20opinion%20sur%20l%27existence%20ou%20l%27exigibilit%C3%A9%20des%20loyers%20en%20p%C3%A9riode%20de%20crise%20sanitaire%209%20novembre%202021.pdf>

TOUSSAINT Clara, *Covid-19, fermeture des commerces et article 1722 C.ci : comment calculer la réduction de loyer ?*, Robine & Associés, 2022, <https://www.robine-associes.com/covid-19-fermeture-des-commerces-et-article-1-722-c-ci-comment-calculer-la-reduction-de-loyer/>

VANDEVELDE Maya, *Covid-19 et loyers commerciaux : encore des précisions sur l'application du droit commun des contrats*, La Quotidienne, Ed. Francis Lefebvre, 9 avril 2021, https://www.evl.fr/actualite/covid-19-loyers-commerciaux-precisions-application-droit-commun-contrats_f5b25d496-5364-4085-befa-bdebd5486964

Articles sans auteur identifiable

AP REDACTION, *Covid-19 et révision pour imprévision*, Affiches parisiennes, 5 mai 2020, <https://www.affiches-parisiennes.com/covid-19-et-revision-pour-imprevision-10260.html>

CAPNOT L'expertise notariale, *La révision pour imprévision et Covid-19, une solution de renégociation du contrat ?*, <https://www.capnot.fr/actualite/la-revision-pour-imprevision-et-covid-19-une-solution-de-renegociation-du-contrat/>

INFOREG

- *Bail commercial et Covid-19 – Exclusion de la force majeure à l'obligation de paiement des loyers*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, janvier 2021, prat. 3.
- *Locaux professionnels : que faire en cas de difficultés de paiement du loyer*, 20 janvier 2022.

JURISTIQUE, *Modèle de clause d'imprévision dans un contrat commercial*, 14 mai 2017, <https://www.juristique.org/commercial/modele-clause-imprevision>.

LEXBASE, *Etude : Covid-19 et les baux commerciaux : quelques aspects de l'application des ordonnances « délais »*, 7 mai 2020, <https://www.lexbase.fr/encyclopedie-juridique/58050453-etude-covid-19-et-les-baux-commerciaux-quelques-aspects-de-l-application-des-ordonnances-delaiss-redi>

SIMMONS SIMMONS, *Commentaire d'arrêt récent sur les loyers Covid (CA Paris, 04/03/2022)*, 29 avril 2022, <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cl2kn8e1r34cy0a023gqx1i8i/commentaire-d-arr-t-r-cent-sur-les-loyers-covid-ca-paris-04-03-2022>

VIE PUBLIQUE, *Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ?*, 2 février 2022, <https://www.vie-publique.fr/fiches/273947-quest-ce-que-letat-durgence-sanitaire>

WEBLEX, *Coronavirus : attention aux arguments invoqués !*, Weblex, février 2021, <https://www.weblex.fr/weblex-actualite/coronavirus-covid-19-encore-une-nouvelle-precision-concernant-le-paiement-des-loyers-commerciaux>

- **Notes, observations, conclusions et rapports**

Thèses

BESSION Marie-Laure, *L'obligation de délivrance dans les baux commerciaux*, l'Harmattan, 16 février 2021, n ° 624, p.671.

Comptes rendus

THIBIERGE Louis, *L'aléa économique et l'imprévision*, 16 janvier 2013, Compte rendu de la réunion de la Commission de droit immobilier du barreau de Paris.

Webinaires (YouTube) :

Covid-19 et loyers commerciaux, Editions Francis Lefebvre, 19 mai 2021.

Covid-19 et baux commerciaux : des précisions sur les obligations de loyers !, Cédric LAHMI Avocat, 23 mai 2021.

Covid-19 : quels impacts sur les loyers et contrats commerciaux ?, Medef de l'Est parisien, 20 mai 2020.

Covid-19 : Actualité des baux commerciaux, Editions Francis Lefebvre, 9 février 2021.

Les baux commerciaux à l'épreuve du Covid 19, Edilaix, 15 avril 2020.

Loyers et baux commerciaux pendant la crise sanitaire : que faire ?, CCI Lyon Métropole, 28 avril 2020.

Webinar : les baux commerciaux à l'épreuve du covid-19, Denjean & Associés, 27 octobre 2021.

Webinaire du 19/05 : les baux commerciaux au temps de la Covid 19, UNPI Val de Loire, 20 mai 2021.

Index alphabétique

B

Bail commercial, 5 et s, 13 et s, 16 et s, 47 et s, 86, 96 et s.

Bonne foi, 31, 42, 43, 85, 93, 124, 200, 205, 206 et s.

C

Clientèle, 1, 2, 77, 102, 125, 135, 149.

Commerce, 1, 3, 4, 7, 8 et s, 36 et s, 69 et s, 94 et s, 115 et s, 146 et s, 188 et s.

E

Exception d'inexécution, 10, 112 et s, 134 et s, 183 et s, 208.

F

Fermeture administrative, 3, 5, 43, 67 et s, 81, 95 et s, 132 et s, 155 et s.

Force majeure, 6, 9, 10, 89 et s, 112, 131 et s, 164 et s, 180 et s, 205 et s.

I

Imprévision, 15 et s, 44 et s, 64 et s, 88 et s, 139, 168 et s, 206 et s.

J

Jouissance, 5 et s, 13, 109 et s, 127 et s, 137 et s, 176 et s.

L

Loyer, 1 et s, 36 et s, 65 et s, 107 et s, 164 et s.

O

Obligation, 1 et s, 27 et s, 56 et s, 107 et s, 174 et s, 202 et s.

P

Perte de la chose louée, 10, 139 et s, 155 et s, 208.

Table des matières

Remerciements.....	I
Sommaire	II
Principales abréviations	III
Introduction	1
PARTIE I : LA JOUISSANCE PERTURBEE	7
Chapitre 1 : Les conditions.....	8
Section 1 : Les conditions classiques.....	8
§1 Les conditions générales	8
A- La conclusion d'un bail postérieurement au 1 ^{er} octobre 2016	8
B- La tolérance des juges pour les baux commerciaux antérieurs	10
§2 Les conditions spécifiques	12
A- Un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat.....	12
B- Une exécution excessivement onéreuse	14
Section 2 : Le refus d'assumer le risque d'imprévision	16
§1 L'absence de clause qui restreint le droit à l'imprévision.....	16
A- La renonciation expresse	16
B- Les autres formes de renonciation	17
§2 Le sauvetage escompté d'une clause qui restreint le droit à l'imprévision...	19
A- Une clause qui créé un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.....	19
B- L'impérativité raisonnée de la révision pour imprévision.....	20
Chapitre 2 : Les effets.....	22
Section 1 : La négociation du loyer par les parties	22
§1 L'anticipation éventuelle d'une négociation	22
A- L'absence totale d'anticipation	22

B- La stipulation de clause (s) de renégociation.....	23
§2 L'incidence du statut du bail commercial.....	25
A- La conciliation de l'imprévision et de la révision triennale.....	25
B- Un choix tributaire de la situation des parties.....	27
Section 2 : L'intervention du juge en cas d'échec des négociations.....	28
§1 Le rôle du juge.....	29
A- L'articulation de l'imprévision et de l'exécution.....	29
B- L'adaptation des standards accordés au juge.....	31
§2 Les effets.....	32
A- Les commerces fermés administrativement.....	33
B- Les commerces soumis à des restrictions sanitaires.....	34
PARTIE II : LA JOUISSANCE ENTRAVEE.....	36
Chapitre 1 : L'empêchement lié à la chose louée.....	37
Section 1 : Les obligations du bailleur relative à la chose louée.....	37
§1 La délivrance du local.....	37
A- L'exécution de l'obligation par le bailleur.....	37
B- La distinction des restrictions.....	39
§2 La garantie d'une jouissance paisible des lieux.....	41
A- L'inexécution non fautive.....	41
B- La distinction des restrictions.....	43
Section 2 : La perte de la chose louée.....	45
§1 Les conditions.....	45
A- De la conception matérielle à la conception finaliste.....	45
B- La distinction des restrictions.....	47
§2 Les effets.....	49
A- De la diminution à l'annulation du loyer.....	49
B- La distinction des restrictions.....	50

Chapitre 2 : L'empêchement lié à la force majeure	52
Section 1 : Des conditions défailtantes	52
§1 Les épidémies et la force majeure	52
A- La jurisprudence classique	52
B- Le cas de la Covid-19.....	54
§2 Le rejet du mécanisme aux obligations de somme d'argent	56
A- L'impérissabilité d'une chose de genre.....	56
B- Des solutions financières à disposition du preneur	57
Section 2 : L'exigibilité de la dette locative	59
§1 L'obligation théorique du paiement à échéance	59
A- L'incidence de l'éligibilité au droit dérogatoire.....	59
B- La solidarité entre les parties au bail	61
§2 L'immixtion du juge dans le règlement de la dette.....	62
A- L'office du juge	62
B- La prise en compte de la bonne foi des parties	64
Conclusion	66
Annexes.....	67
Bibliographie	70
Index alphabétique.....	83