
LA COVID 19 A L'EPREUVE DU DROIT

La question de savoir si le virus à l'origine de la crise sanitaire actuelle a porté atteinte aux concepts juridiques est plus que jamais d'actualité.

Encore faut-il connaître quels pourraient être, dans cette hypothèse, les remèdes appropriés. Sur ce point, il semble bien que le seul antidote efficace soit la négociation.

La crise sanitaire actuelle constitue une source d'inspiration pour les avocats des preneurs qui, à défaut de dispositions législatives ou réglementaires spécifiques en dehors des ordonnances n°2020-316 et n°2020-306 du 25 mars 2020, dont on sait qu'elles ne constituent nullement un remède efficace, et qu'elles ne s'appliquent qu'aux TPE/PME, ont entrepris d'invoquer les dispositions du code Civil pour tenter d'obtenir :

- soit une exonération du paiement des loyers et charges,
- soit une diminution de loyers.

A cet égard, les preneurs invoquent, pour s'exonérer du paiement du loyer et des charges, la force majeure et l'exception d'inexécution, voire la destruction des locaux.

Ils invoquent, pour obtenir une diminution du loyer, soit l'imprévision contractuelle, soit la révision triennale.

On sait que les magistrats sont extrêmement réticents à admettre ces exceptions à la force obligatoire des contrats qui constitue un dogme intangible à valeur constitutionnelle, néanmoins la question reste posée en présence de circonstances exceptionnelles.

On donnera ici notre point de vue sur les différents concepts invoqués.

I - Sur la force majeure

Pour que la force majeure soit retenue, il appartient au débiteur de l'obligation de démontrer l'existence d'un événement imprévisible et irréversible.

Cet évènement doit, de surcroît, rendre l'exécution de l'obligation impossible.

On peut débattre à l'infini du caractère prévisible ou imprévisible d'une pandémie, et je renverrai sur ce point à mon article dans la tribune de « La Correspondance de l'Enseigne » du 16 avril 2020, mais à supposer même que la pandémie actuelle soit considérée comme un élément imprévisible, il n'en reste pas moins qu'elle doit avoir un caractère irrésistible pour constituer un fait exonératoire.

Pour être irrésistible l'obligation du débiteur doit être devenue impossible dans son exécution et non simplement difficile ou particulièrement onéreuse.

C'est la raison pour laquelle, la force majeure ne s'applique pas pour les obligations de payer une somme d'argent. (v. J. Carbonnier, Droit civil. Tome 4. Les obligations, 22e éd., PUF, coll. « Thémis », 2000, nos 162 et 166 ; A. Bénabent, Droit des obligations, 18e éd., LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2019, n° 350 ; v. aussi la note 5 de l'article de F. Danos, Le paiement des loyers relatif aux baux commerciaux et la crise du covid-19, JCP E, n° 17, 23 avr. 2020, p. 1179).

C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence a considéré que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure (Cass. Com. 16 septembre 2014, n°13-20306).

Sur la base de ce principe, l'ensemble des décisions rendues rejette la force majeure comme élément exonératoire du paiement des loyers et charges dont l'origine est la Covid-19.

On signalera que la jurisprudence ne fait pas de distinction entre les baux signés avant ou après le 1er octobre 2016, car si la rédaction du texte a été modifiée, l'ancien article 1148 du Code civil applicable avant cette date étant différent de celle de l'article 1218 du Code civil, applicable après cette date, il n'en reste pas moins que les principes véhiculés sont les mêmes.

II - Sur l'exception d'inexécution

Les textes invoqués sont les articles du Code civil qui ne s'appliquent qu'aux baux signés à compter du 1er octobre 2016 :

- Article 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. »

- Article 1220 : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

Certains locataires ont, sur le fondement de ces textes, invoqué l'exception d'inexécution du contrat, en soutenant le fait qu'ils n'avaient pas pu jouir paisiblement des locaux du fait de la fermeture administrative dont ils ont été victime.

A l'appui de cette demande, les locataires visent l'article 1719 du Code civil qui dispose :

« Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1° De délivrer au preneur 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 ;

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;

3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail... ».

Le preneur n'a pas pu jouir de ses locaux du fait de la fermeture administrative intervenue en raison de la pandémie.

Pour autant, le bailleur en est-il responsable ?

A-t-il un rôle causal dans l'interdiction faite aux preneurs de recevoir du public ?

La réouverture des commerces est-elle entre les mains du bailleur ?

La réponse est évidemment négative ; on pourrait même admettre que le bailleur puisse invoquer un cas de force majeure l'ayant empêché de permettre à son locataire de recevoir du public pour l'exonérer de toute demande d'indemnisation.

Cela est d'autant plus certain qu'au terme de l'article 1725 du Code civil : « Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance... »

Sur ce point encore les demandes présentées par les preneurs ont été rejetées par la jurisprudence au motif pris que le contexte sanitaire ne saurait, en lui-même, générer un manquement du bailleur à son obligation de délivrance du bien loué.

Enfin, il n'est pas contestable que le locataire avait bien la disposition de son local et pouvait évidemment y accéder.

III - L'article 1722 du code civil

Certains demandeurs invoquent encore les dispositions de l'article 1722 du Code civil pour s'exonérer du paiement du loyer.

Ce texte est ainsi rédigé : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement. »

Selon cette thèse la fermeture administrative des locaux commerciaux, aboutirait à une destruction partielle non matérielle des locaux, permettant d'obtenir une diminution partielle du prix du bail pendant la période de difficulté.

Peut-on assimiler l'hypothèse où le preneur ne peut recevoir du public dans ses locaux à une perte partielle de ceux-ci ?

Une perte partielle des locaux pourrait-elle être purement intellectuelle ?

On peut en douter.

L'empêchement provisoire du public d'accéder aux locaux doit résulter de la chose elle-même et non d'une fiction intellectuelle aussi séduisante soit elle, voire d'une décision administrative indépendante de la volonté des parties.

L'action de détruire suppose une suppression ou une éradication du local. Or, rien de tel en l'espèce, il ne s'agit ici que de l'empêchement du locataire de recevoir du public dans ses locaux en raison d'une mesure administrative.

A cet égard, s'il existe bien une décision admettant qu'une interdiction administrative d'exploiter équivalait à une perte de la chose louée, il s'agissait en réalité d'une perte totale, dont l'origine résultait du défaut pour le bailleur d'avoir déféré à une injonction administrative de réaliser des travaux, la société locataire s'étant, de son côté, volontairement abstenue de contraindre la société bailleuse de les effectuer.

C'est ainsi que la Cour de cassation soulignait, dans son attendu de principe, que le fait que la société propriétaire « qui n'avait pas effectué les grosses réparations et les aménagements qui lui incombaient à la suite de l'arrêté du 9 avril 1951, avait été indéniablement à l'origine de la décision suspendant l'exploitation et que de son côté, la société locataire, alors qu'elle s'était volontairement abstenue de contraindre [le bailleur] à entreprendre les aménagements imposés par cet arrêté, avait elle-même provoqué l'interdiction d'exploiter », ajoutant que « dans ces circonstances, la cour d'appel a pu admettre que cette interdiction équivalait à la perte de la chose louée ... » (Cass. Civ. 3ème 19 juin 1962, Bull. Civ. IV 323).

En d'autres termes, c'est bien la faute des parties qui avait contraint le juge à résilier le bail aux torts des deux parties, au visa de l'article 1741 du Code civil, la Cour de cassation ayant rejeté le pourvoi, tout en substituant le motif de droit retenu par la cour d'appel, puisque celle-ci avait retenu à tort l'article 1722 du Code civil pour résilier le bail.

Rien de tel en l'espèce, puisque la décision qui émane d'une autorité publique n'a pas pour origine une faute du bailleur ou du preneur, confirmant par là-même la position de la Cour de cassation, selon laquelle et conformément à l'article 1741 du Code civil : « Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée, et par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements ».

Dans le cas de la Covid-19, non seulement, la chose louée n'est pas détruite en totalité, mais la demande des preneurs ne porte pas sur la résolution du bail, mais sur une diminution du loyer pendant la période de non accessibilité des locaux au public.

Sur ce point, force est de constater l'absence de caractérisation de la démolition partielle des locaux, seule susceptible d'entraîner, « suivant les circonstances », une diminution du prix.

IV - L'imprévision contractuelle

L'imprévision contractuelle ne peut être invoquée qu'au titre des baux conclus à partir du 1er octobre 2016.

Précédemment, les contrats étaient signés *ne varietur* ce qui avait été consacré par la fameuse jurisprudence dite « Canal de Craponne » du 6 mars 1876 qui a fait transpirer abondamment les étudiants en droit et les praticiens.

C'est précisément pour contrer l'absolutisme de cette jurisprudence que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont rédigé l'article 1195 du Code civil ainsi : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

La question de l'application de cette disposition à la Covid-19 n'est pas encore tranchée.

Elle risque d'ailleurs de ne pas l'être avant longtemps car l'article 1195 du Code civil constitue une disposition supplétive et la plupart des baux récents contiennent une disposition dérogatoire par laquelle bailleur et preneur renoncent réciproquement à l'application de ce texte.

Néanmoins, s'il venait à être invoqué en l'absence de disposition dérogatoire, on peut en tirer les conséquences suivantes :

- Ce texte ne peut aboutir à une exonération du paiement du loyer mais à une renégociation du contrat c'est-à-dire finalement à une révision du prix du bail.
- Or, s'agissant de la révision des loyers le régime statutaire des baux commerciaux obéit à un régime spécifique régi par les articles L.145-38 et L.145-39 du Code de commerce.
- Or, les lois spéciales dérogeant aux lois générales empêchent ces dernières de recevoir application en vertu de la règle « *specialia generalibus derogant* ».

On peut donc légitimement se demander si une action fondée sur cette disposition pourrait trouver à s'appliquer en présence de la possibilité pour un preneur ou un bailleur de faire réviser le prix du bail en raison de textes spécifiques d'ordre public de surcroît.

Quand bien même ce texte serait applicable, celui-ci suppose un certain nombre de préalables :

- Un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat. (On supposera que tel est le cas pour les besoins du raisonnement.)
- Rendant pour une partie l'exécution du contrat particulièrement onéreuse. (Sur ce point pèse la fermeture des commerces pendant quelques semaines par rapport à l'exécution du bail dans sa durée ? Constituera-t-elle un motif suffisant de révision à l'aune du principe de l'intangibilité contractuelle ?)
- Le demandeur doit demander la renégociation du contrat mais continuer à en exécuter les termes pendant cette renégociation. (Pendant toute la durée de la négociation et de la procédure, si la négociation n'aboutit pas, le demandeur sera tenu de respecter les termes du contrat et donc de supporter le paiement du loyer et des charges.)

On voit ici le caractère inadapté de la mesure par rapport au problème posé, car la négociation peut s'inscrire dans la durée et déboucher finalement sur une action judiciaire en révision du contrat.

V - La révision triennale légale du bail

Elle résulte de l'article L 145-38 du Code de commerce ainsi rédigé :

« La demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé. La révision du loyer prend effet à compter de la date de la demande en révision.

De nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable.

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel

des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier, intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer. Dans le cas où cette preuve est rapportée, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente... ».

Cette disposition suppose des conditions d'application strictes.

En outre, la recevabilité d'une demande de révision triennale suppose comme préalable une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité.

Peut-on admettre qu'une pandémie internationale puisse constituer un facteur local de commercialité dont la modification pourrait entraîner le bienfondé d'une telle demande ?

Cela semble évidemment douteux.

De surcroît, comment démontrer que la modification matérielle invoquée aurait entraîné par elle-même une variation de 10% de la valeur locative ?

Il semble donc qu'aucun des arguments avancés par les locataires ne puisse prospérer.

On rappellera enfin que la révision triennale est inapplicable dans le cadre de loyers comportant des clauses recette.

VI - L'exécution des conventions de bonne foi.

Seule reste, en conséquence, la piste de la négociation des modalités d'exécution du bail de bonne foi.

A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que l'obligation d'exécution du contrat de bonne foi résulte d'une disposition d'ordre public ; à savoir l'article 1104 du Code civil ainsi rédigé : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

Du point de vue juridique, la bonne foi en droit des contrats fait référence à une norme de comportement, que toute partie à un contrat, se doit d'adopter en fonction des circonstances prévisibles ou imprévisibles.

La notion de bonne foi invite chaque contractant à avoir un comportement loyal, être à l'écoute de l'autre partie, et à se montrer réciproquement bienveillant.

Autrement dit, en présence de circonstances exceptionnelles, les parties sont invitées de bonne foi à discuter des conditions d'exécution du contrat, en fonction de leurs impératifs propres.

A l'issue de ces discussions, et à défaut d'aboutissement, le tribunal analysera la situation en fonction des efforts accomplis par l'une ou l'autre partie, ou des demandes exagérées de l'une des parties ou des propositions insuffisantes de l'autre.

Autrement dit, si le preneur a fait des propositions au bailleur et que celui-ci n'y a pas répondu, et que ces propositions ne sont pas exorbitantes le tribunal pourra en tenir compte dans son appréciation.

Il en va de même, a contrario, si le bailleur a fait des propositions raisonnables au preneur et que celui-ci les a refusées en adoptant une attitude maximaliste.

Dans ce cas et bien que le loyer reste exigible, le tribunal pourrait accorder des délais au preneur pour exécuter son obligation dans la limite maximum de deux années.

Ainsi, la négociation demeure la seule voie possible dans ce contexte particulier d'exécution d'un contrat de bail qui par essence est destiné à s'inscrire dans la durée.

Le dispositif de crédit d'impôts mis en place par M. Bruno Le Maire, ministre de l'Economie, devrait favoriser considérablement cette voie.



André JACQUIN