



RAPPORT DE Mme ANDRICH & Mr DAVID, CONSEILLERS

Arrêt n° 604 du 30 juin 2022 – 3^{ème} Chambre civile

Pourvoi n° 21-20.190

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 3 juin 2021

la société Action France
C/
la société Foncière Saint Louis

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par acte notarié du 13 novembre 2017, la SCI Foncière Saint-Louis (la SCI) a donné en location à la société Action France, exposant exploiter en France plus de cinq cents magasins, un local commercial à usage de supermarché à dominante non alimentaire situé à Bassens (Savoie).

En exécution de l'arrêté du 14 mars 2020 ayant, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19, imposé la fermeture au public des établissements commerciaux « non indispensables à la vie de la Nation », la société Action France a fermé son commerce au public du 15 mars au 11 mai 2020.

Par lettre du 25 mars 2020, la société Action France a informé l'ensemble de ses bailleurs, dont la SCI, de la suspension du paiement des loyers et charges dans l'attente d'avoir une « meilleure visibilité de la situation ».

Le 23 avril 2020, la preneuse a sollicité de la SCI :

- la gratuité d'un mois de loyer et charges au second trimestre, les deux mois restant dus étant réglés au 30 mai 2020,
- la gratuité d'un mois de loyer et charges au troisième trimestre, les deux mois restant dus étant réglés au 31 août 2020,
- la mise en place, à compter de la réouverture du commerce, d'un loyer progressif permettant par étapes l'atteinte du loyer initial.

En réponse, la SCI a, par lettre du 27 avril 2020, proposé à sa locataire, qui l'a refusé, de différer le règlement du loyer d'avril 2020 au troisième, voire au quatrième, trimestre.

Par virement du 2 juin 2020, la société Action France a procédé au règlement de la somme de 14 575,65 euros, correspondant au loyer du mois de juin et à l'ensemble des provisions sur charges du second trimestre.

En exécution du bail notarié du 13 novembre 2017, la SCI a, le 2 juin 2020 également, procédé sur les comptes de sa locataire à la saisie attribution de la somme de 42 809,34 euros correspondant à l'intégralité de la facture du deuxième trimestre 2020.

Le 30 juin 2020, la société Action France a assigné la SCI devant le juge de l'exécution du tribunal judiciaire de Paris en mainlevée de la saisie susvisée et paiement de dommages et intérêts en raison de l'absence de mainlevée partielle consécutive au virement du 2 juin 2020.

Par jugement du 20 janvier 2021, le juge de l'exécution a validé la saisie à hauteur de 9 383 euros, a ordonné la mainlevée pour le surplus de ladite saisie et a débouté la société Action France de ses autres prétentions.

Pour statuer ainsi, le juge de l'exécution a, en substance, retenu que l'impossibilité juridique d'exploitation du commerce du 16 mars au 12 mai 2020 était assimilable à la perte de la chose louée prévue par l'article 1722 du code civil de sorte que le preneur était libéré de son obligation au paiement des loyers pour la période considérée et que la saisie ne devait être validée que pour les sommes dues entre les 12 et 31 mai 2020.

Par arrêt du 3 juin 2021, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement susvisé et a validé la saisie attribution à hauteur de la somme de 28 233,69 euros en retenant pour l'essentiel :

- que les articles 4 des ordonnances n° 2020-306 et 2020-316 du 25 mars 2020 excluaient l'application de l'article 1722 du code civil et n'avaient pas eu pour effet de suspendre l'exigibilité des loyers,
- que le bailleur n'ayant pas manqué à son obligation de délivrance, la société Action France ne pouvait invoquer une exception d'inexécution,
- que la locataire, qui admettait ne pas s'être trouvée dans l'impossibilité de payer les loyers, n'était pas fondée à invoquer à son profit la force majeure,

- qu'ayant, par lettre du 27 avril 2020, proposé de différer le règlement du loyer d'avril 2020 pour le reporter sur le troisième, voire le quatrième, trimestre, proposition refusée par la preneuse, la SCI avait manifesté sa bonne foi,
- que compte tenu du paiement de 14 575,65 euros le 2 juin 2020, il convenait de valider la saisie à hauteur de 28 233,69 euros.

La société Action France a formé un pourvoi en cassation le 27 juillet 2021. Elle a déposé un mémoire ampliatif le 15 octobre 2021 et sollicite la somme de 3 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

La SCI a déposé un mémoire en défense le 15 décembre 2021 et des observations complémentaires le 25 mars 2022. Elle sollicite une indemnité pour frais irrépétibles de 4 000 euros.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi développe un moyen unique en cinq branches, faisant grief à la cour d'appel d'avoir validé la saisie à hauteur de 28 233,69 euros :

Première branche, en violation, par refus d'application, de l'article 1722 du code civil pour avoir retenu que la société Action France ne pouvait se prévaloir des dispositions de ce texte dès lors que le législateur avait pris en compte les conséquences de la fermeture des commerces pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire par les ordonnances n° 2020-306 et 2020-316 du 25 mars 2020, alors que lesdites ordonnances n'avaient eu pour objet que de neutraliser les sanctions du retard dans le paiement des loyers sans exclure le droit pour le preneur d'invoquer la perte de la chose louée résultant de l'impossibilité temporaire d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au contrat.

Deuxième branche, en violation, par refus d'application, de l'article 1722 du code civil pour avoir retenu qu'il importait peu que la société Action France ne réponde pas aux critères d'éligibilité prévus à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 alors que le preneur non éligible à ces dispositions protectrices pouvaient invoquer les dispositions de l'article 1722 du code civil sur la perte de la chose louée.

Troisième branche, en violation des articles 1219 et 1719 du code civil pour avoir énoncé que, en l'absence de stipulations contractuelles particulières, le bailleur n'avait pas l'obligation de garantir la commercialité des locaux loués, alors que l'impossibilité pour le preneur d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au bail, même imposée par les pouvoirs publics, constituait un manquement du bailleur à son obligation de délivrance justifiant que le preneur invoque l'exception d'inexécution.

Quatrième branche, en violation de l'article 1218 du code civil pour avoir retenu que le preneur, qui reconnaissait ne pas s'être trouvé dans l'impossibilité de payer le loyer, ne pouvait invoquer à son profit la force majeure, alors que le preneur n'ayant pu exploiter la chose louée selon sa destination à raison de la fermeture des

locaux pendant la crise sanitaire pouvait obtenir la suspension de son obligation de paiement des loyers pendant cette fermeture, en invoquant la force majeure.

Cinquième branche, par manque de base légale au regard des dispositions de l'articles 1104 du code civil pour avoir considéré que le bailleur n'avait pas manqué à son devoir de bonne foi, aux motifs que celui-ci avait proposé de différer le règlement du loyer d'avril 2020 pour le reporter sur le troisième, voire le quatrième trimestre, proposition refusée par le preneur qui n'avait ni adressé au préfet une demande de dérogation, ni mis en oeuvre des activités de livraison ou de retraits de commande qu'il avait mises en place ultérieurement, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le fait pour le bailleur de pratiquer, trois semaines seulement après la fin du confinement, une mesure d'exécution forcée à l'encontre de son débiteur pour obtenir le paiement des loyers échus pendant la fermeture des locaux et ce, sans tentative préalable de renégociation du contrat pour l'adapter aux circonstances autre qu'une proposition de report d'un mois de loyer, ne constituait pas un manquement au devoir d'exécution du contrat de bonne foi,

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Les ordonnances n° 2020-306 et 2020-316 du 25 mars 2020 (page 4) entraînent-elles l'éviction des dispositions de l'article 1722 du code civil ? (page 10)

L'impossibilité pour le locataire d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au bail, même imposée par les pouvoirs publics, constitue-t-elle un manquement du bailleur à son obligation de délivrance justifiant que le preneur invoque l'exception d'inexécution ? (page 19)

Le preneur empêché d'exploiter la chose louée selon sa destination peut-il invoquer la force majeure pour obtenir la suspension de son obligation au paiement du loyer pendant la fermeture au public de son commerce ? (page 28)

L'appréciation de la bonne foi dans l'exécution du contrat. (page 36)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 L'incidence des ordonnances n° 2020-306 et 2020-316 du 25 mars 2020 sur l'application de l'article 1722 du code civil

Le contexte du litige peut être abordé notamment au travers de la fiche accessible sur le bureau virtuel et établie par le ministère de l'économie et des finances, à la demande du Parquet général,, qui fait apparaître, que « *Les différentes mesures d'interdiction d'accueil du public mises en oeuvre en 2020 et 2021 ont entraîné la fermeture de jusqu'à 45% des établissements du commerce de détail pour un total de loyers et charges locatives immobilisés estimé à plus de 3 Mds d'euros* ».

Il y est rappelé que l'accueil du public dans les établissements destinés à en recevoir a été restreint ou interdit pendant plusieurs périodes selon des critères différents :

Les deux premières du 17 mars au 11 mai 2020 et du 30 octobre au 28 novembre 2020, selon une détermination du caractère « non-essentiels » de l'activité

- la troisième du 1er février au 4 avril 2021 selon la superficie des commerces de plus de 10 000 à 20 000 m²

- la quatrième du 4 avril au 19 mai 2021 soumettant une application de la restriction aux critères de superficie et de spécificité de l'activité;

Lors de la première période de confinement qui est celle du dossier, les aides aux entreprises mises en place qui sont vérifiables, ont été : le fonds de solidarité (plafonné à 1 500€ pour les entreprises enregistrant une perte entre 20 à 50% de leur chiffre d'affaires) le prêt garanti par l'État (PGE) soumis à plusieurs conditions, l'aide à l'activité partielle et un moratoire des échéances sociales ou fiscales ainsi que diverses incitations à la négociation entre les parties consistant notamment en allègements fiscaux dont l'importance et l'impact ont été relativement modestes lors du tout premier confinement.

Autorisé à légiférer par voie d'ordonnances, le gouvernement a promulgué :

L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, « relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période », prévoit au I de son article 1^{er} que ses dispositions « *sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus.* »

En son article 4, l'ordonnance 2020-306 dispose que :

« Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1^{er}.

Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée. »

Le décret n° 2020-344 du 27 mars 2020 puis le décret n° 2020-423 du 14 avril 2020 ont modifié l'article 3 du décret n° 2020-293 pour reporter au 15 avril 2020, puis au 11 mai 2020, l'interdiction de tout déplacement de personne hors de son domicile sauf pour des motifs limitativement énumérés.

L'ordonnance n° 2020-316 prévoit quant à elle, en son article 4, que :

« les personnes mentionnées à l'article 1er ne peuvent encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance, ou d'activation des garanties ou cautions, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à

leurs locaux professionnels et commerciaux, nonobstant toute stipulation contractuelle et les dispositions des articles L. 622-14 et L. 641-12 du code de commerce.

Les dispositions ci-dessus s'appliquent aux loyers et charges locatives dont l'échéance de paiement intervient entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai de deux mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 précitée. »

Donc, en cas de défaut de paiement des loyers et charges, et pour certains bénéficiaires seulement, cette ordonnance paralysait les sanctions contractuelles jusqu'à deux mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire.

Les ordonnances 2020-306 et 2020-316 ont été abondamment commentées et, unanimement, il est relevé qu'elles ne contiennent aucune disposition particulière de nature à influencer sur l'exigibilité des loyers pendant le temps d'interdiction au public des commerces dits non essentiels.

A défaut de stipulation précise dans un texte spécial, ou d'éléments permettant de reconnaître l'intention du législateur, l'application exclusive d'un texte suppose une recherche de l'incompatibilité des dispositions édictées avec les dispositions plus générales relatives, en l'espèce, au droit du contrat et plus particulièrement au droit du contrat de louage et au statut des baux commerciaux

Contrairement à plusieurs textes adoptés en Europe, l'ordonnance 2020-316 qui vise les loyers ne récapitule pas dans un préambule ses motifs.

Elle a été précédé de la publication d'un arrêté du 16 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, qui, en considération de ce que « *l'observation des règles de distance étant particulièrement difficile au sein de certains établissements recevant du public* » a décidé qu'il convenait de « *fermer ceux qui ne sont pas indispensables à la vie de la Nation tels que les cinémas, bars ou discothèques ; qu'il en va de même des commerces à l'exception de ceux présentant un caractère indispensable comme les commerces alimentaires, pharmacies, banques, stations-services ou de distribution de la presse* » et a précisé une liste des établissements et activités concernés.

Les bénéficiaires des mesures de l'ordonnance 2020-316 sont des personnes physiques ou personnes morales, exploitant avant le 1^{er} février 2020 une entreprise dont l'effectif est inférieur ou égal à 10 salariés, réalisant un chiffre d'affaire de moins d'un million d'euros HT sur le dernier exercice ou de moins de 83 333 euros HT depuis la date de création de l'entreprise et le 29 février 2020, qui sont éligibles au fonds de solidarité (créé par l'ordonnance 2020-317 du 25 mars 2020) qui remplit les conditions définies par le décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 donc particulièrement touchée par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

En application de cet article, les bailleurs de locaux professionnels et commerciaux ne peuvent donc plus réclamer ou mettre en œuvre à l'encontre de leur locataire qui

ne paye pas ses loyers, des pénalités ou intérêts de retard, des dommages-intérêts, des astreintes, ni se prévaloir d'une clause pénale ou d'une clause résolutoire.

Le monde entier ayant confronté à une situation inédite, les réponses à cette situation, en Europe, comme les discussions qu'elles suscitent présentent un grand nombre de similarités dont l'origine peut être sans doute recherchée dans la diffusion du code civil de 1804, ciment du partage continental du droit du contrat de louage.

Si on se tourne vers nos voisins, les mesures adoptées présentent beaucoup d'analogies avec celles prises en France :

En République fédérale d'Allemagne, la Loi du 27 mars 2020 en vue d'«atténuer les conséquences de la pandémie du COVID-19 en matière de droit civil, de droit de l'insolvabilité et de procédure pénale» (Gesetze zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht) ¹ en son article 2 (Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen) ², intitulé « *Limitation à la résiliation des contrats de location et de bail* » dispose :

« 1. Le bailleur ne peut pas résilier un bail portant sur des immeubles ou des locaux au seul motif que le locataire n'a pas payé le loyer, bien qu'il soit exigible, entre le 1^{er} avril 2020 et le 30 juin 2020, si le défaut de paiement est dû aux effets de la pandémie de COVID-19. Le lien entre la pandémie COVID-19 et la non-performance doit être établi de manière crédible. Les autres droits de résiliation ne sont pas affectés.

2. Il ne peut être dérogé au paragraphe 1 au détriment du locataire.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent mutatis mutandis aux baux à ferme.

4 Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent que jusqu'au 30 juin 2022. »

¹: Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, ausgegeben zu Bonn am 27. März 2020 <https://www.bgbl.de/>

²§ 2 Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen

(1) Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.

(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.

En Espagne, le Real Decreto-Ley 15/2020 du 21 avril 2020 ³, décide de mesures visant « à réduire les coûts d'exploitation des PME et des travailleurs indépendants qui ont été adoptées pour les raisons énoncées en préliminaire :

« En l'absence d'accord entre les parties, la loi 29/1994, du 24 novembre, sur les baux urbains ne prévoit aucune cause d'exclusion du paiement du loyer pour cause de force majeure ou par déclaration d'état d'alarme ou d'autres causes, sauf dans les cas visés à l'article 26, relatif à l'habitabilité du logement découlant de l'exécution de travaux, qui peuvent être applicables aux locaux commerciaux par l'article 30 de la présente loi.

De même, si le règlement du Code civil relatif à la force majeure est utilisé, il n'offre pas de solution idéale car il n'ajuste pas la répartition des risques entre les parties, bien qu'il puisse justifier la résolution contractuelle dans les cas les plus graves.

Compte tenu de cette situation, il convient de prévoir un règlement spécifique conforme à la clause « rebus sic stantibus », établie par la jurisprudence, qui permet la modulation ou la modification des obligations contractuelles si les conditions requises sont remplies : imprévisibilité et inévitabilité du risque, caractère trop onéreux de la disposition due et bonne foi contractuelle. »

Choisissant une voie médiane, le législateur espagnol a prévu la modulation du paiement des loyers, dans un chapitre I ⁴ qui ne comporte que deux articles. Le caractère automatique (mais limité à quatre mois) du report dépend de la qualité du bailleur, « professionnel de l'immobilier» (*gran tenedor*), l'alinéa 2 de l'article 1^{er} relatif aux «Baux pour une utilisation autre que le logement de locaux appartenant à un grand propriétaire-exploitant, (professionnel de l'immobilier) permet, en ce cas, que le loyer soit « reporté, sans pénalité ni accumulation d'intérêts, du prochain revenu locatif mensuel, en divisant les versements dans une période de deux ans, qui sera comptée à partir du moment où la situation mentionnée ci-dessus est surmontée, ou à partir de la fin de la période de quatre mois susmentionnée, et toujours dans la durée du bail ou de l'une de ses prolongations. »

Si le bailleur ne peut être considéré comme «gran tenedor», selon l'article 2, le locataire peut demander un report «temporaire et extraordinaire du paiement du loyer à condition que ledit report ou une réduction du loyer n'ait pas été convenu par les deux parties sur une base volontaire. »

En Italie, un décret-loi du 17 mars 2020 ⁵ édictant des « Mesures visant à renforcer le Service national de santé et le soutien économique aux familles, aux

³ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

⁴ CAPÍTULO I Medidas para reducir los costes de pymes y autónomos
Artículo 1. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda con grandes tenedores.
Artículo 2. Otros arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

⁵ DECRETO-LEGGE 17 marzo 2020, n. 18 Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. (20G00034) (GU Serie Generale n.70 del 17-03-2020)

travailleurs et aux entreprises liés à l'urgence épidémiologique de la COVID-19 ». (JO Série générale n.70 du 17-03-2020) a exclu en son article 91 l'application d'éventuelles déchéances ou pénalités en raison de retard ou a prévu la prise en considération « des mesures de confinement aux fins d'exclusion de la responsabilité du débiteur, au sens des articles 1218 et 1223 du code civil, en ce qui concerne également l'application d'éventuelles déchéances ou pénalités dues en raison de retards ou d'inexécution contractuelle. »

L'article 103 al.6 prévoit la *suspension de l'exécution des procédures d'expulsion des locaux d'habitation et commerciaux pour défaut de paiement des loyers jusqu'au 1^{er} septembre 2020, terme prorogé par la suite jusqu'au 30 juin 2021, et le decreto-legge n.34 du 19 mai 2020 a prévu une réduction de 50% du loyer des salles de sport et installations sportives pour la période allant de mars 2020 à juillet 2020.*

Un autre exemple divergent, en Europe, doit être relevé, celui des mesures adoptées par le Gouvernement catalan dont l'application est territorialement limitée au seul territoire régional qui, dans le décret du 20 octobre 2020 («Decreto-ley 34/2020 de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocios arrendados»), s'appliquant aux activités commerciales et industrielles ou culturelles, d'enseignement, sportives, récréatives et à tous les services qui sont particulièrement touchés par la crise sanitaire, prévoit ⁶ :

- en cas de suspension de l'activité exercée dans le local commercial, une réduction de 50 % du loyer en vigueur, tant que la suspension durera.
- en cas de restriction partielle de l'utilisation du bien, une réduction du loyer égale à la moitié de la perte d'usage du bien jusqu'à la levée des mesures de restriction. Cette perte d'utilisation étant déterminée selon la réduction de la capacité, des horaires ou de toute autre limitation convenue, sans que la fourniture de services de livraison à domicile ou de collecte de produits n'affecte l'application des réductions ci-dessus.

Pour autant, dans la plupart des pays européens, on voit que la question de la suspension ou de la réduction des loyers commerciaux exigibles, a été laissée à la « libre » négociation des parties et donc, faute d'accord, c'est au juge, dans ce contexte de crise, qu'il est échu d'établir ou de maintenir un équilibre du bail commercial permettant d'amoindrir ou de dépasser les conséquences de la pandémie.

Ceci explique sans doute que tant en Allemagne, qu'en Italie, en Espagne ou en France, de mêmes réponses, souvent divergentes, aient été apportées par les juridictions du fond alors qu'à ce jour les cours nationales n'ont pas encore définitivement arrêté leur jurisprudence.

Sur la question particulière de l'éviction du droit commun du contrat de louage par l'effet des mesures spéciales neutralisant la résiliation du bail pour défaut de

⁶ <https://barcelone.consulfrance.org/COVID-19-Loyers-commerciaux-en-Catalogne>

payement des loyers ou incitant à une négociation, nos recherches n'ont permis de trouver qu'une seule décision d'une Cour nationale, celle du Bundesgerichtshof prononcée le 12 janvier 2022 (décision Az. XII ZR 8/21) qui (en substance) a appliqué le principe de l'adaptabilité du contrat lorsque les circonstances qui ont présidé à la signature du contrat ont subi de graves modifications et que les parties n'auraient pas conclu ou auraient conclu avec un contenu différent si elles avaient pu prévoir ces modifications, après avoir retenu que :

« les mesures particulières ne permettaient pas d'évincer l'application des règles générales du droit dès lors que, si le texte spécial, qui limite la possibilité de résiliation par le bailleur pour retard dans le paiement, n'accorde pas au locataire le droit de refuser de payer le loyer pendant la période concernée, il ne se prononce pas sur le montant du loyer, pas plus que sur la question de savoir quelles pourraient être les autres conséquences juridiques les restrictions de la vie économique dues à la pandémie, en particulier sur les loyers commerciaux. » Cette décision retient encore que le « seul objectif poursuivi par le législateur était de garantir la pérennité du contrat de location »⁷

4-2 Sur la perte de la chose louée au sens de l'article 1722 du code civil:

L'article 1722 du code civil, qui appartient aux dispositions relatives au contrat de louage, dispose :

« 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. »

L'article précisant l'intervention d'un cas fortuit, il n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la perte est le résultat d'une faute ou d'un comportement ou de la volonté de l'une ou l'autre des parties qui, dans le cas fortuit, n'ont aucune possibilité d'empêcher l'événement qui se produit.

Les conditions de mise en oeuvre des dispositions de l'article 1722 du code civil restent les mêmes que la perte soit totale ou partielle: il s'agit d'une perte qui doit être caractérisée.

La perte visée à l'article 1722 du code civil peut correspondre à une perte matérielle (un des bâtiments donnés en location, situé sur une faille sismique ignorée, s'écroule) mais selon la jurisprudence, également à une perte fonctionnelle, caractérisée lorsque l'utilisation prévue par le bail du local loué pour une activité commerciale industrielle ou artisanale est totalement impossible ou diminuée.

La distinction entre destruction totale qui induit une résiliation qui s'impose à l'une comme à l'autre des parties et destruction partielle, est que, dans ce second cas,

⁷ Cette traduction est celle des rapporteurs

seul le preneur peut se prévaloir de cette destruction partielle le texte lui offrant, au surplus, une option entre la résiliation du bail et la demande en diminution du prix.

Contrairement à un acte administratif, comme un arrêté de péril, interdisant purement et simplement l'accès à des locaux, par l'effet des textes promulgués en 2020 pendant les périodes dites de confinement, l'usage des locaux par le bailleur ou ses salariés moyennant aménagements, n'a pas été interdit mais, par l'effet des interdictions d'accès au public, il a été réduit à ce seul usage.

S'agissant de commerces dits «non-essentiels», les mesures gouvernementales ont interdit aux preneurs la réception de leur clientèle dans les locaux loués, les ont privés de la possibilité que les chalands y pénètrent et les ont même obligés à adopter une autre organisation du travail excluant en tout ou partie de l'activité commune de leurs salariés dans ces locaux, pourtant destinés à contenir l'activité commerciale.

Dès lors, le comportement actif ou passif des bailleurs n'a interféré d'aucune manière dans la situation de fait créée par les mesures gouvernementales.

Les divergences de positions adoptées par les cours d'appel peuvent trouver une explication dans l'opposition entre une conception purement matérielle du bien loué qui se définirait au regard de ses caractéristiques propres (surface, agencements, équipements, état...) et une conception où la finalité commerciale ou artisanale, soit la destination que les parties lui ont donnée pour l'exercice d'une activité qui est précisée au contrat, primerait

La vocation légale du bail soumis au statut étant de régir la location d'un local dans lequel est exploité un fonds (industriel, commercial ou artisanal), il paraît toutefois difficile d'exclure l'une ou l'autre de ces deux conceptions.

Il peut-être recouru à une conception uniquement matérielle au regard de laquelle la question de la perte ne se poserait pas car elle n'existe pas si les locaux existent et sont accessibles. Alors que regarder la destination du bien suppose que soit étudiée et pesée l'incidence d'une mesure autoritaire qui n'est imputable à aucune des parties sur l'usage conforme à la destination contractuelle que peut faire le preneur de la chose.

Il pourrait être considéré que rapportée à l'usage commercial d'un local dont un preneur à bail a la jouissance, la chose louée est le lieu de présentation ou d'accès à l'activité commerciale, de travail de salariés, de réception des fournisseurs, des chalands et des clients.

Une destruction totale temporaire supposerait l'impossibilité absolue pour tous d'user de la chose louée pendant une période déterminée et la destruction partielle pourrait, dès lors, correspondre à une restriction partielle apportée à l'usage du local conforme à sa destination contractuelle comme celle interdisant l'accès aux lieux loués, pendant une période déterminée.

C'est cette acception que la majorité des preneurs, ont invoqué au soutien de leur demandes en suspension des loyers ou réduction du prix fondées sur les dispositions de l'article 1722 du code civil.

Les cours d'appel, bien avant la pandémie Covid, avaient déjà des positions divergentes, certaines écartant l'application de l'article 1722 du code civil dans le cas où l'immeuble, objet d'une réquisition, n'était que temporairement indisponible puisque le preneur avait pu en jouir à nouveau après la levée de l'interdiction (comme Paris, Chambre 6, section C, 20 décembre 1995, RG n°94/010320), d'autres appliquant depuis longtemps ce texte dans l'hypothèse où le preneur se trouvait dans l'impossibilité de jouir des locaux loués ou d'en faire un usage conforme à sa destination, du fait d'une décision administrative prise pendant la durée du bail, ou d'une épidémie ayant touché des terres agricoles (CA Colmar, 29 août 1995, RG n°93/04547).

L'incidence du caractère temporaire de la perte a aussi réanimé des débats que l'on pouvait penser dépassés.

La Cour de cassation a admis, à plusieurs reprises, que le temps limité de la perte ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 1722 du code civil.

Ainsi, 1^{ère} Civ., 29 novembre 1965, Bull. civ. I, n° 655, rejetant le pourvoi formé contre la décision qui avait jugé que le preneur dans l'impossibilité d'utiliser la chose louée pendant une certaine période pouvait, sur le fondement de l'article 1722 du code civil, exiger du bailleur le remboursement d'une partie du prix de la location:

« Attendu qu'il est fait grief a la cour d'appel d'avoir fait droit a cette demande, au motif que tout bailleur devait garantie au preneur trouble dans sa jouissance par un acte administratif, alors que l'adret attaque qui avait constate qu'il y avait eu, non une destruction de la chose louée, mais un trouble passager de jouissance, n'aurait pu légalement accueillir la demande de Bonsergent sur le fondement de l'article 1722 du code civil ;

Mais attendu que par application de ce texte, le preneur est dégagé de ses obligations envers le bailleur lorsqu'un cas fortuit ou de force majeure empêche d'une manière absolue la jouissance de la chose louée ;

Attendu que les juges du fond ayant retenu qu'a la suite d'un arrêté municipal du 22 septembre 1958 Bonsergent avait été dans l'impossibilité d'utiliser sa palissade d'affichage pendant une certaine période, ont pu décider, qu'en vertu de l'article 1722 du code civil, il était en droit d'exiger des consorts x... le remboursement d'une partie du prix de location ;»

Cass. 3e civ., 17 juin 1980 : Bull. civ. 1980, III, n° 116 http://srv-cassation.cour-de-cassation.justice.fr/rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?ID_ARRET=518198 qui a jugé que l'arrêt , par cas fortuit, de la fourniture d'eau constitue une perte partielle justifiant une diminution du prix :

«Attendu que pour débouter demoiselle x... de sa demande en restitution, pour default de fourniture d'eau, de partie du loyer d'un logement que garaud lui avait donne en location du 1er au 31 aout 1976, le jugement attaque rendu en dernier ressort

(tribunal d'instance de pontivy 23 mai 1978) retient que, si aux termes de l'article 1721 du code civil le bailleur est garant des vices qui empêchent l'usage de la chose louée, sa responsabilité disparaît si le vice résulte de la force majeure, que tel est le cas en l'espèce ou le manque d'eau allégué est du a des conditions atmosphériques exceptionnelles et persistantes ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'arrêt de la fourniture d'eau courante en cours de location constituait une perte partielle par cas fortuit de la chose louée, de nature a justifier une diminution du loyer, le tribunal a violé le texte susvisé ;et que provoquée par "des conditions atmosphériques exceptionnelles et persistantes" pouvant être qualifiées cas fortuit, elle justifiait la diminution du loyer.

S'agissant du cas fortuit , depuis très longtemps, la jurisprudence retient qu'un ordre d'une autorité, peut présenter les caractéristiques d'un cas fortuit :

Civ. 22 nov. 1922 DP 1925 page 213 : sommaire

«un locataire d'emplacements destinés à recevoir des plaques de publicité est en droit de refuser le paiement des loyers, quand, par suite d'ordres de l'autorité militaire pendant l'état de siège, toutes les plaques ont été enlevées, de sorte qu'il y a eu un obstacle absolu à l'utilisation des emplacements pris en location» .

Civ. 14 janvier 1941 DP 1941 p. 66 :

«l'article 1721 c.civ d'après lequel garantie est due au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêche l'usage quand bien même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail, laisse en dehors de ses prévisions le cas où le trouble ne provient pas d'un vice caché ou n'est pas imputable au propriétaire mais est né d'un cas fortuit ou du fait d'autrui.

Dans le cas où la limitation de jouissance dont se plaint le locataire n'est que la conséquence de l'ordonnance de police, postérieure à la location du garage par le bailleur, le trouble n'est imputable ni à celui-ci, ni à l'immeuble, mais résulte du fait de la puissance publique ; en conséquence, il ne saurait y avoir lieu qu'à application de l'article 1722 c.civ , lequel prévoit soit une simple réduction du loyer, soit la résiliation mais sans aucun dédommagement.

3^e Civ., 7 janvier 1987, pourvoi n° 85-15.381

Vu les articles 1184 et 1722 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 12 juillet 1985) que la société du Parc de la Baie d'Isigny avait donné en location à la société «Normandie Coquillages», moyennant un loyer mensuel de 7 500 francs, un terrain situé au bord de la mer sur lequel se trouvaient des bâtiments et des viviers et, un parc à huîtres situé en mer ; que la locataire a fait installer en 1978 à ses frais une prise d'eau de mer destinée à alimenter les viviers ; que quelques mois plus tard, l'administration a mis le locataire en demeure de cesser l'exploitation du parc à huîtres ; que le syndic de la bailleuse a réclamé à la société locataire l'intégralité des loyers impayés pour la période du 1^{er} août 1978 au 16 avril 1981, date à laquelle le terrain et la prise d'eau de mer avaient été vendus à un tiers ; que la locataire, qui avait quitté les lieux peu après cette cession, a résisté à cette demande en soutenant, que la perte partielle de la chose louée devait entraîner la réduction du loyer à la somme de 2 500 francs par mois ;

Attendu que pour condamner la Société Normandie Coquillages à payer l'intégralité des sommes réclamées à titre de loyers ou d'indemnité d'occupation pour la période du 1er août 1978 au 16 avril 1981, l'arrêt retient que la réduction du loyer réclamée par la locataire était formellement contestée par la bailleuse ; qu'en statuant ainsi alors qu'il était constant que l'administration des affaires maritimes ayant en 1978 mis la Société Normandie Coquillages en demeure de cesser l'exploitation du parc à huîtres, l'objet de la location se trouvait modifié, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

S'agissant de la chose louée, objet de la perte, la jurisprudence a connu une évolution notable puisqu'au XIX^{ème} siècle, la Cour de cassation jugeait que pour qu'il y ait perte partielle au sens de l'article 1722, il fallait que cette perte porte sur la chose elle-même (Cass. req., 21 janv. 1874 : DP 1874, 1, p. 170). Il ne suffisait pas qu'il y ait diminution dans les produits ou l'agrément de la chose louée.

Mais depuis lors, la conception de la perte de la chose louée a été assouplie pour se fonder sur l'utilisation de la chose ou la jouissance du bien loué, en appréciant la consistance de la chose louée non pas seulement physiquement mais sur le plan fonctionnel :

Ce mouvement a été initié bien avant Cass. 3^e civ., 17 juin 1980 : précité qui a jugé que l'arrêt, par cas fortuit, de la fourniture d'eau constitue une perte partielle justifiant une diminution du prix puisqu'il empêchait l'usage de la chose louée.

La Cour de cassation retient la perte fonctionnelle de la chose louée qui correspond, selon la définition donnée notamment dans l'arrêt 3^e Civ., 8 mars 2018, pourvoi n° 17-11.439, Bull. 2018, III, n° 27 à l'impossibilité d'en user conformément à sa destination.

Selon Romain Boffa, (Cf ouvrage : La destination de la chose, Lextenso, 2008, n° 322 s.) le statut de l'acte juridique dépend «*dans une large mesure de la destination assignée à la chose, comme le montre le droit des baux*» et dans cette optique, l'exploitation des lieux conformément à la destination fixée au bail constitue la cause de l'engagement de payer les loyers et ainsi la possibilité d'avoir accès à la chose qui ne correspond pas à la possibilité de l'exploiter conformément à la destination fixée au bail ne peut répondre de façon adéquate à l'engagement du preneur à payer les loyers.

Un local loué peut-être physiquement ou matériellement intact, mais le locataire, par cas fortuit, résultant d'une mesure gouvernementale prise pour une période déterminée, peut néanmoins être empêché pendant cette période, d'en user conformément à sa destination contractuelle de commerce de librairie, de théâtre, de restaurant etc.

Dans l'immense majorité des cas d'espèces liées aux restrictions de l'utilisation des locaux loués au cours des années 2020 et 2021, les preneurs invoquaient nécessairement une perte fonctionnelle partielle puisque tous demandaient soit une dispense de paiement des loyers pendant la période correspondante soit une diminution du montant des loyers, ce que seule la perte partielle leur permet d'obtenir.

Certaines cours d'appel ou tribunaux ont rejeté l'application de l'article 1722 et dénié que la fermeture administrative ordonnée par l'Etat français pendant les périodes de crise sanitaire ait pu provoqué une perte de la chose louée (cour d'appel de Versailles

6 mai 2021 n°19/08848, tribunal judiciaire de Quimper 8 juin 2021 n°20/01114, tribunal judiciaire de Paris 26 octobre 2021 n°20/06292, tribunal judiciaire de Paris 28 octobre 2021 n°16/13087).

Ainsi, pour certains juges du fond il est exclu que la perte de la chose louée s'entende d'une perte partielle et temporaire :

« les dispositions de l'article 1722 du code civil ne concernent que les hypothèses de destruction totale ou partielle, mais définitive, de la chose louée et ne sont donc manifestement pas applicables aux faits de l'espèce » (tribunal judiciaire de Strasbourg, 19 février 2021, n° 20/00552).

« S'il est exact que la jouissance paisible des locaux a été affectée, il n'est pas démontré un manquement du bailleur à ses obligations qui entraînait une impossibilité absolue pour le preneur d'utiliser les lieux loués conformément à la destination du bail. » (tribunal judiciaire de Paris 26 octobre 2020, n° 20/53713 et 20/55901)

« Si l'accès du lieu loué a été temporairement interdit au public, les mesures sanitaires n'ont pas fait cesser sa mise à disposition par le bailleur ni la possibilité pour le locataire d'en jouir puisqu'il pouvait toujours y accéder physiquement. » (tribunal de commerce de Paris, 11 décembre 2020, n° 20200-35120)

D'autres considèrent que la perte alléguée correspond en réalité à celle d'une rentabilité que le bail commercial ne garantit pas au preneur pour en déduire qu'une contrainte partielle et temporaire ne caractériserait pas la perte de la chose louée.

« Le bail commercial n'a pas subordonné le paiement des loyers à une occupation particulière des locaux ni à aucun taux de remplissage. » (cour d'appel de Grenoble, 5 novembre 2020, n° 16/04533)

« Si le bailleur doit assurer la jouissance du preneur, il ne lui garantit pas que le bail sera fructueux. » (cour d'appel de Riom 2 mars 2021, n° 20/01418)

Plusieurs cours d'appel ont eu une analyse contraire en jugeant que l'application de l'article 1722 du code civil, permettant au preneur à bail commercial de solliciter une réduction du loyer en cas de destruction totale ou partielle du local, n'est pas limitée à une perte matérielle de la chose louée, *mais s'applique également en cas de perte juridique, si le preneur est dans l'impossibilité, même temporaire, de jouir de la chose ou d'en faire un usage conforme à sa destination*, notamment à la suite de dispositions légales ou réglementaires ou d'une décision administrative. (Douai, 8^e chambre, 3^e section, 16 Décembre 2021, n° 21/03259 cité in Accueil Actualités juridiques du village Droit des affaires et des sociétés)

dans le même sens Paris, 2 juin 2021, RG 20/17808 *« Il est constant que la destruction de la chose louée peut s'entendre d'une perte matérielle de la chose louée mais également d'une perte juridique, notamment en raison d'une décision administrative et que la perte peut être totale ou partielle, la perte partielle pouvant s'entendre de toute circonstance diminuant sensiblement l'usage de la chose. »*

En l'espèce, il est constant qu'en raison de l'interdiction de recevoir du public la société Cevivachia a subi une perte partielle de la chose louée puisqu'elle n'a pu ni jouir de la

chose louée ni en user conformément à sa destination pendant les périodes de fermeture administrative, l'absence de toute faute du bailleur étant indifférente

dans le même sens : CA Pau, 26 octobre 2021, RG 21/00335

Par arrêt CA Versailles, 27 mai 2021, RG 20/05330 , si la prétention du preneur est rejetée c'est en absence de bien-fondé de la demande en diminution du prix du bail au constat que celle-ci a déjà été concédée au preneur:

« Il est constant que même s'il n'y a pas destruction physique du bien objet du bail, il y a juridiquement perte lorsque le locataire ne peut plus jouir de la chose louée ou ne peut plus en user conformément à sa destination.

Au cas présent, il sera relevé que si la société Meating a payé le loyer pour la période du 15 au 31 mars 2020 alors qu'elle était soumise à une mesure de fermeture administrative, elle reconnaît toutefois que sa bailleuse l'a totalement exonérée du paiement du loyer contractuellement prévu pour l'intégralité du 2^e trimestre 2020.

*Dans ces conditions, **cette concession spontanée de la bailleuse pouvant être assimilée à une diminution suffisante du prix pour la période allant du 15 mars à la fin du 2^e trimestre 2020**, il n'y a pas lieu de retenir de contestation sérieuse à ce titre. »*

Il peut être également remarqué les décisions suivantes :

« L'impossibilité objective pour le locataire de jouir de la chose louée conformément à sa destination peut le libérer pour tout ou partie définitivement ou temporairement de son obligation la situation dans laquelle s'est trouvée le preneur au cours du deuxième trimestre de l'année 2020 est parfaitement assimilable à celle envisagée par l'article 1722 du code civil » (Tribunal judiciaire Paris JEX 27 octobre 2020, n° 20/81460)

« Laquelle a pour effet de libérer le preneur de l'obligation de payer le loyer tant qu'il ne peut jouir de la chose louée, peu important à cet égard la clause de non responsabilité invoquée par le bailleur » (Tribunal judiciaire Paris JEX 20 janvier 2021, n° 20/80923).

« L'allégation par le locataire de la perte partielle des locaux loués en application des dispositions de l'article 1722 du Code civil en raison de la fermeture de son commerce durant la période de confinement revêt le caractère d'une contestation sérieuse opposable à son obligation de payer le loyer et les charges pendant la période de fermeture contrainte du commerce » (Versailles, 4 mars 2021, n° 20/02572).

En l'espèce :

Le mémoire ampliatif souligne le classicisme de la question que nos prédécesseurs se sont déjà posée en considérant à l'instar de MM Planiol et Ripert et de M. Josserand que la perte visée à l'article 1722 du code civil n'est pas exclusivement une perte matérielle mais qu'elle peut être juridique lorsque « *le preneur se trouvera, par suite des circonstances, dans l'impossibilité de jouir de cet immeuble, d'en faire usage*

conformément à sa destination » le dernier concluant qu'on ne saurait distinguer, pour l'application de l'article 1722, entre la « perte matérielle » et la « perte juridique. »

Il se prévaut également de la jurisprudence abondante qui a « érigé l'impossibilité d'user les lieux conformément à leur destination comme une hypothèse de perte des lieux, au sens de l'article 1722 du code civil » et soutient que les solutions dégagées depuis l'arrêt 1^{ère} Civ., 29 novembre 1965, Bull. civ. I, n° 655 sont transposables aux conséquences de la crise sanitaire.

Le mémoire en défense oppose, citant N. Molfessis, « Le risque du Far West », JCP G., 2020, 443, que la cour d'appel a exactement retenu que le législateur avait, en promulguant les ordonnances du 25 mars 2020, écarté les dispositions de droit commun du contrat de louage et que ces « règles nouvelles, parce qu'elles sont d'exception, signent une forme brutale et sans ménagement de mise à l'écart de notre droit. (...) Qu'il s'agisse de procédure ou de droit substantiel, de droit du travail, de droit fiscal, de droit des sociétés, de droit des contrats, de droit des marchés publics, etc., nombre de principes essentiels sur lesquels repose notre système juridique ont été écartés pour éviter que tout ne s'écroule. »

Dans cette optique le mémoire en défense soutient que la règle figurant à l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316 ayant été spécialement édictée pour traiter des difficultés liées au paiement des loyers commerciaux pendant la période d'état d'urgence sanitaire, elle a été jugée plus adaptée à la situation que les dispositions du droit commun du bail dont l'application priverait de toute portée cette règle spéciale, ce dont il résulte qu'elles sont incompatibles et qu'en conséquence, la règle spéciale doit prévaloir si elle censée être plus adaptée à la situation concernée que la règle générale et si les deux règles sont incompatibles.

Il ajoute que l'article 1722 du code civil n'a pas vocation à s'appliquer aux hypothèses « d'une fermeture seulement momentanée » (Droit et pratique des baux commerciaux, Dalloz action, n° 431.22), ou ne visant que l'activité du preneur, et qu'en tout état de cause, « en dépit de l'interdiction de recevoir le public, le locataire a toujours la jouissance des lieux loués dans lesquels il peut se rendre. »

Il conclut qu'admettre que les locataires puissent invoquer l'application de l'article 1722 du code civil pour être purement et simplement dispensés de l'obligation de payer le loyer pendant la période de fermeture de son commerce, priverait de toute portée la disposition spécialement mise en place par le législateur qui n'a pas estimé opportun de suspendre purement et simplement l'exigibilité des loyers pour les preneurs dans l'impossibilité d'exploiter leur commerce en raison de l'interdiction de recevoir le public.

La cour d'appel, pour écarter l'application de l'article 1722 du code civil a retenu, en se fondant sur les articles 4 des ordonnances n°2020-306 et 2020-316 du 25 mars 2020 « de première part, que le législateur a pris en compte les conséquences pour bailleurs et preneurs de la fermeture des commerces pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire, excluant de ce fait l'application à cette situation de l'article 1722 du code civil, de seconde part, que si ces dispositions avaient pour objet, notamment, d'éviter l'acquisition, au profit des bailleurs, de clauses résolutoires, elles n'ont pas eu

pour effet de suspendre l'exigibilité du loyer dû par un preneur à bail commercial dans les conditions prévues au contrat. ».

Il appartiendra à la Chambre de juger si les mesures contenues aux deux ordonnances du 27 mars 2020, qui ne prévoient que la neutralisation des sanctions de la défaillance d'un cocontractant sans organiser le report ou la suppression de l'exigibilité de l'exécution de l'obligation de payer le loyer, ont exclu temporairement l'application des mécanismes du droit du contrat de louage, comme la perte de la chose, ou du droit des contrats, comme l'exception d'inexécution, qui permettent la modulation du prix de l'obligation exigible, lorsque l'avantage qui est procuré en contrepartie du paiement se trouve amoindri ou inexistant.

4-2 Obligation de délivrance et exception d'inexécution en cas d'impossibilité, imposée par les pouvoirs publics, d'exploiter les lieux loués conformément à leur destination contractuelle

Selon les traités de Droit civil (J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat : LGDJ, 3e éd. 1993, n° 16. – F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, n° 4, spéc. n° 65), réserve étant faite de la disposition permettant à un cocontractant d'invoquer la modification future de l'économie du contrat, introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, sans incidence dans le présent litige, l'exception d'inexécution peut être invoquée par une partie lorsque le manquement de son cocontractant est établi.

L'exception d'inexécution est un moyen de défense lorsqu'elle est opposée à une demande de condamnation et l'inexécution par exception, consacrée en 2016 dans le code civil, est également un moyen de pression lorsque pour obtenir de son débiteur l'exécution de son obligation, le créancier n'exécute pas ses propres engagements.

L'exception d'inexécution, à la différence du mécanisme de compensation entre deux obligations de même nature existant entre deux personnes réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, suspend mais n'éteint pas le rapport obligataire, chacune des parties restant tenue d'exécuter l'obligation qui lui incombe. Elle permet au juge d'autoriser une partie à retenir l'exécution de sa propre obligation tant que l'autre partie n'a pas exécuté l'obligation qui lui incombe.

L'exception d'inexécution est, par essence liée à la réciprocité et à l'interdépendance ainsi qu'à la proportionnalité des obligations respectives, de sorte que la méconnaissance ou l'inexécution imparfaite d'une obligation secondaire ne permet pas de se prévaloir d'une exception pour suspendre l'exécution d'une obligation principale.

Chaque co-contractant peut invoquer l'exception d'inexécution lorsque l'autre partie manque à ses obligations mais dès lors que toutes les obligations d'un même contrat ne sont pas obligatoirement interdépendantes, toutes ne peuvent pas donner lieu à une application de l'exception d'inexécution.

Il a été ainsi jugé que si une société de distribution de gaz a l'obligation d'entretenir le compteur, l'abonné ne peut opposer le fonctionnement défectueux de celui-ci pour suspendre le paiement du gaz qu'il a lui-même consommé et qui est facturé conformément aux clauses contractuelles (1^{ère} Civ., 4 juin 1991, pourvoi n° 89-21.147, Bull. 1991, I, n° 181). Inversement le défaut de paiement de la consommation enregistrée, justifie la suspension de la fourniture de gaz.

En matière de bail, les locataires, pour soutenir qu'ils ne sont pas tenus au paiement immédiat ou entier du loyer prévu, peuvent effectivement opposer l'exception d'inexécution de l'obligation de délivrance du bailleur, qui, dans le contrat, est le corollaire de même intensité, de leur propre obligation de payer le loyer.

Ainsi, les articles 1719 et 1720 du code civil obligent le bailleur à délivrer la chose louée au preneur et à lui assurer une jouissance paisible des lieux loués et l'article 1728 oblige le preneur à payer le loyer et les charges récupérables aux termes convenus.

Selon l'article 1719 de ce code, le bailleur doit mettre la chose louée à la disposition du preneur: c'est la délivrance au sens strictement matérielle.

En application de ce texte le bailleur est tenu :

- d'effectuer les travaux nécessaires à l'exercice de l'activité stipulée au contrat (3^e Civ., 2 juillet 1997, n° 95-14.151, Bull. 1997, III, n° 159, 3^e Civ., 3 avril 2001, n° 99-15.740, 3^e Civ., 5 juin 2002, n° 00-19.037, Bull. 2002, III, n° 123, 3^e Civ., 16 septembre 2008, n° 07-18.303, 3^e Civ., 18 février 2014, n° 12-18.182).

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

L'article 1720 du code civil précise que l'obligation implique la mise à disposition d'un bien conforme à la destination contractuellement convenue par les parties.

L'obligation incombant au bailleur de maintenir la délivrance de la chose louée dans un état conforme à sa destination et d'assurer la jouissance paisible du preneur dure tout le temps du bail : 3^e Civ., 10 septembre 2020, n° 18-21.890

Selon une jurisprudence constante et ancienne, le local mis à disposition doit présenter les caractéristiques qui répondent à l'usage, auquel il est destiné contractuellement :

3^e Civ, 21 décembre 1987, n° 86-13.861, Bull. 1987, III, n° 212 : *Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui condamne le locataire au paiement de loyers sans rechercher, comme il lui était demandé, si celui-ci ne s'était pas trouvé, du fait du bailleur, dans l'impossibilité totale d'exercer son commerce dans les lieux .*

3^e Civ., 8 juin 1995, pourvoi n° 93-14.869 : *approbation de la condamnation de la bailleuse à exécuter des travaux : ayant relevé que le logement avait été délivré sans arrivée*

d'eau, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que les prescriptions du décret du 6 mars 1987 s'imposaient lors de la délivrance des locaux et que la bailleuse devait assumer l'alimentation normale en eau des lieux loués et approbation de la réduction du loyer : qu'ayant retenu que la bailleuse avait manqué à son obligation de délivrance en louant un logement dépourvu d'arrivée d'eau, la cour d'appel a pu en déduire que le loyer devait être réduit pour assurer la réparation du préjudice né des troubles de jouissance subis par le locataire de ce fait

3^e Civ., 12 juin 2001, pourvoi n° 99-19.457 : cassation de l'arrêt qui retient que *le bailleur a eu de simples difficultés pour offrir à ses locataires un confort optimum de chauffage, pour ne pas avoir recherché si, du fait de l'inexécution par le bailleur de ses obligations, les locataires s'étaient trouvés dans l'impossibilité d'user des lieux conformément à leur destination contractuelle.*

3^e Civ., 19 décembre 2012, n° 11-28.170, Bull. 2012, III, n° 187 : *«Il résulte de l'article L. 424-3 du code de l'environnement qu'un parc de chasse ne peut être exploité que dans une propriété comprenant une habitation et entourée d'une clôture continue et constante.*

*Manque en conséquence à son obligation de délivrance le bailleur qui donne à bail commercial, pour l'exploitation d'un parc de chasse, des terres dépourvues d'habitation, le bien ne pouvant, dès l'origine, être utilisé conformément à sa destination contractuelle, la clause selon laquelle le preneur s'engageait à mettre les lieux loués en conformité avec les règlements en vigueur ne pouvant le décharger de cette obligation.*³

Pour que la chose louée puisse être affectée à l'usage prévu au bail, elle doit être conforme aux normes de sécurité : **3^e Civ.**, 11 avril 2019, pourvoi n° 18-13 :

Vu l'article 1719 du code civil

Attendu que, pour écarter l'exception d'inexécution soulevée par la (locataire) l'arrêt retient (...° qu'il n'était pas démontré un manquement de la (bailleuse) à son obligation de délivrance ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que le local était équipé d'un système d'extraction des fumées qui, dès l'origine, n'était pas conforme aux normes de sécurité et que ce n'était que le 14 avril 2016, après la restitution des clés par la locataire, que la bailleuse avait obtenu l'autorisation du syndicat de copropriété nécessaire pour entreprendre les travaux de mise aux normes, ce dont il résultait que la bailleuse avait manqué à son obligation de délivrer des locaux conformes à la destination contractuelle, dont elle ne pouvait être exonérée par la clause du bail mettant à la charge du preneur les travaux de mise en conformité, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé.

3^e Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-17.107 : *«le bailleur, tenu de délivrer un local conforme à la destination contractuelle du bien, sans qu'une clause d'acceptation par le preneur des lieux dans l'état où ils se trouvent ne l'en décharge, doit, sauf stipulations expresses contraires, réaliser les travaux de mise en conformité aux normes de sécurité qu'exige l'exercice de l'activité du preneur ...»*

Seule la mise en conformité met fin au manquement à l'obligation de délivrance et le trouble causé au preneur perdure autant qu'il n'y a pas été mis fin, le preneur étant créancier de l'obligation du bailleur de prendre les mesures nécessaires à la délivrance de la chose louée et également de l'obligation de réparer le préjudice subi.

Est encore comprise dans l'obligation essentielle du bailleur, celle de garantir ou assurer une jouissance paisible au preneur. Le bailleur est, en conséquence, tenu de répondre des troubles subis par le locataire, de son fait ou du fait des personnes dont il doit répondre et même des tiers.

Beaucoup d'auteurs⁸ considèrent que l'exception d'inexécution peut jouer dès qu'il y a inexécution suffisamment grave d'une obligation, peu important qu'il n'y ait aucune faute du débiteur ou qu'il y ait force majeure. Pour le Pr Testu, la logique fondamentale du contrat de louage de chose induit que « *l'absence constatée de mise à disposition effective de la chose selon les prévisions du contrat doit entraîner une suspension des loyers pour la période correspondante. Peu importe qu'il n'y ait aucune faute du bailleur ou qu'il y ait force majeure.* »

S'agissant des troubles causés au locataire par les tiers, les articles 1725 et 1726 du code civil distinguent⁹ les troubles de fait, pour lesquels le bailleur n'est pas tenu à garantie¹⁰, **des troubles de droit, dont il doit garantir au preneur** et lorsqu'un tiers prétend avoir ou se comporte comme s'il avait un droit sur la chose louée, le bailleur doit garantir d'éviction au preneur.

Cette garantie est la transposition dans le bail de la garantie d'éviction de la vente (art. 1626 du code civil : « *Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente.* »

Le trouble de droit peut résulter de la prétention élevée par un tiers d'avoir sur tout ou partie de la chose louée un droit de propriété, de servitude, d'usage ou de jouissance. Entre donc dans cette garantie l'exercice, par un tiers, d'une action en revendication sur le bien.

En matière de bail, il a été jugé que le risque d'éviction ouvrant droit à la garantie du bailleur est caractérisé **lorsque l'exploitation des locaux par le preneur est soumise au bon vouloir d'un tiers disposant de droits incontestables de nature**

⁸ C. Chabas, L'inexécution licite du contrat, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 380, 2002, n° 264 ; M. Fabre-Magnan, Les obligations, t. 1, PUF, 5e éd., 2019, n° 206 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Les obligations, Dalloz, n° 769.

⁹ Cette distinction résulte des articles 1725 et 1726 du code civil :

- article 1725 du code civil : « *le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble causés que des tiers apportent par voie de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée, sauf au preneur à les poursuivre en leur nom personnel* »

- article 1726 du code civil : « *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* »

¹⁰ le bailleur n'ayant aucune obligation de surveillance ni de garde à l'égard de la chose, il n'a pas à couvrir les voies de fait de tiers ; dans ce cas, il revient au preneur d'agir lui-même directement contre les personnes concernées. Le bailleur n'est pas responsable des vols commis au cours du bail (3 e Civ., 4 avr. 2012, n° 11-11.676). En revanche, sa responsabilité peut être retenue si le trouble a pu être causé ou facilité par sa faute (pour une faute lourde du gardien de l'immeuble en cas de vol : 3 e Civ. 3 22 févr. 1983, Bull. civ. III, n° 51 ;

à contredire ceux conférés par le bailleur au preneur (3^e Civ 2 mars 2017, n° 15-25.136, 15 11-419, III, n°29)

En application de l'article 1726 du code civil, le locataire dont la jouissance est troublée par une action concernant la propriété du fonds a droit à une diminution du prix du bail.

1.3 Sur ces fondements, le manquement de l'autre cocontractant, invoqué par celui qui entend se soustraire à ses propres obligations, est apprécié avec une certaine bienveillance puisque la Cour de cassation, souvent, ne reconnaît au preneur le droit de se soustraire au paiement du loyer que dans des circonstances démontrant une particulière anormalité du manquement du bailleur.

Selon le doyen Carbonnier, ce sont seulement les obligations de même importance qui doivent être exécutées «trait pour trait» et qui peuvent donner lieu à une application de l'exception d'inexécution. Celle-ci est ainsi fréquemment écartée au motif que l'inexécution par la partie adverse de ses obligations est minime et de peu d'importance.

Il a été ainsi jugé (3^e Civ, 6 juillet 1982, n° 81-11.711, Bull n° 168) que *«Un locataire ne peut pour refuser le paiement de loyers échus, qui constituent une créance certaine, opposer au bailleur l'inexécution par lui de travaux qui représentent une créance indéterminée. Dès lors une cour d'appel peut estimer dépourvues de portée des conclusions faisant valoir que les dégradations ne permettraient plus l'utilisation des lieux loués et en limitaient l'exploitation, justifiant ainsi le refus d'exécuter le commandement de payer. »*

Certaines décisions, pour retenir le manquement du bailleur à son obligation de délivrance, exigent que le preneur démontre qu'il est dans une impossibilité totale d'utiliser les lieux ou d'exercer l'activité prévue au bail, le bailleur ne remplissant alors plus son obligation de délivrance (3^e Civ, 21 décembre 1987, n° 86-13.861, Bull n° 212, 3^e Civ., 13 juillet 2010, n° 09-15.409).

Ce faisant, bien qu'il s'agisse d'obligations interdépendantes, la jurisprudence introduit une dégradation tenant à la gravité de la méconnaissance de l'obligation qui peut conditionner le succès de l'exception.

Ont ainsi censurés des arrêts se contentant de relever le caractère certain de la créance de travaux sans constater l'existence de l'impossibilité d'utiliser les lieux conformément à leur destination (3^e Civ, 31 octobre 1978, n° 77-11.355, Bull. 1978, III, n° 329)

Par ailleurs la Cour a rejeté des pourvois dirigés contre des décisions ayant refusé le jeu de l'exception au motif d'une continuation de l'exploitation du fonds dans les locaux (3^e Civ., 8 avril 1998, n° 97-10.709 ; 3^e Civ, 6 janvier 2009, n° 07-20.316- ce dernier arrêt concernant une affaire dans laquelle la cour d'appel avait retenu que le constat produit par la locataire évoquait une mise en scène, alors que selon un constat par le bailleur, le fonds est exploité et offre même une façade convenable.)

Plus récemment, un motif d'un arrêt attaqué se référant à une nécessaire proportionnalité de l'exception au manquement, a été approuvé par notre Chambre : 3^e Civ., 8 avril 2021, pourvoi n° 19-19.092 : rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la

cour d'appel qui avait, pour écarter l'exception (soulevée par une preneuse à bail rural) d'inexécution de l'obligation de délivrance, *«retenu souverainement que les désordres allégués par celle-ci, affectant des bâtiments à usage de gîte, ne constituaient pas une raison sérieuse et légitime de non-paiement des fermages dus au titre de l'exploitation de la totalité du domaine, dès lors **que cette rétention n'était pas proportionnée à la carence imputée au bailleur.***

En la matière, il convient également de rappeler que, notre Cour peut, dans certains cas, juger avec sévérité la cohérence de la motivation d'un arrêt en considérant que les juges du fond ne tirent pas les conséquences de leurs propres constatations :

3^e Civ., 17 septembre 2013, pourvoi 12-10.120, cassation d'un arrêt qui avait retenu que *«la bailleuse était demeurée dans l'ignorance de ce désordre et que la locataire n'avait pas satisfait à l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions en ne prenant pas à sa charge la résolution du problème»* pour violation de l'article 1719 : la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations, selon lesquelles *le plancher incriminé présentait un désordre tel que le local loué selon bail du 16 novembre 2004 était impropre à sa destination*, le manquement de la bailleuse à son obligation de délivrance qui s'en déduisait.

Mais, elle laisse néanmoins une large place au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond :

3^e Civ., 15 décembre 1993, pourvoi n° 92-12.324, Bull. 1993, III, 168 : Som., *les juges du fond apprécient souverainement le bien-fondé de l'exception d'inexécution invoquée par le preneur qui entend se prévaloir des manquements du bailleur à ses obligations pour suspendre le paiement des loyers* . Idem , 3^e Civ., 1^{er} mars 1995, pourvoi n° 93-13.812, Bull. 1995, III, n° 93, 3^e Civ., 11 janvier 2006, pourvoi n° 04-30.240, Bull. 2006, III, n° 13 Som. : *Les juges du fond apprécient souverainement le bien-fondé de l'exception d'inexécution invoquée par le locataire-gérant qui entend se prévaloir des manquements du loueur du fonds à ses obligations pour suspendre le paiement des redevances.*

3^e Civ., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-15.364 : *« la cour d'appel a souverainement déduit de ses constatations que le preneur ne pouvait invoquer l'exception d'inexécution dès lors qu'il ne s'était pas trouvé dans l'impossibilité d'utiliser les locaux conformément à la destination du bail »*

3^e Civ., 6 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.316 : même conclusif.

3^e Civ., 23 mai 2013, pourvoi n° 11-26.095, Bull. 2013, III, n° 63, *qu'ayant souverainement retenu que si étaient établies des infiltrations d'eau de pluie en toiture de nature à troubler la jouissance paisible des lieux et dont les réparations incombent au bailleur, l'activité avait pu se poursuivre dans les lieux loués, la cour d'appel a pu déduire de ces seuls motifs, sans dénaturer et sans être tenue d'effectuer une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que le non-paiement total des loyers n'était pas justifié ;*

3^e Civ., 2 décembre 2014, pourvoi 13-22.609 (rejet) : *ayant retenu, par motifs propres et adoptés, appréciant la portée des éléments soumis à son appréciation, que les causes de l'humidité et des infiltrations constatées n'étaient pas déterminées et ne pouvaient pas en l'état être imputées au bailleur, qu'en revanche les dispositifs de chauffage et d'aération n'étaient pas adaptés aux caractéristiques du logement mais que les locataires, qui avaient cessé tout paiement des loyers trois mois après le début du bail en septembre 2006,*

n'avaient fait état de désordres affectant les lieux loués qu'en janvier 2008 et qu'à plusieurs reprises, le mandataire du bailleur avait tenté en vain, en raison du silence ou de l'absence de M. W et de Mme X, de visiter les lieux pour s'assurer de la réalité des plaintes de ces derniers et que M. W ne démontrait pas s'être trouvé dans l'impossibilité de résider dans le logement loué, **la cour d'appel**, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a **souverainement déduit de ces constatations que le preneur ne pouvait invoquer l'exception d'inexécution pour justifier le non paiement de son loyer** et que le bail s'était donc trouvé résilié, par acquisition de la clause résolutoire, à compter du 10 février 2009.

[3^e Civ.](#), 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.754, Bull. 2015, III, n° 135 : le manquement à l'obligation de délivrer un logement décent autorise le locataire à suspendre le paiement des loyers.

Enfin, la Cour retient qu'en application de l'article 1726 du code civil «*le trouble de jouissance dénoncé au propriétaire ouvre droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme*» et elle ainsi censuré un arrêt qui, pour rejeter une demande en suspension du paiement des loyers et en paiement de dommages-intérêts, avait retenu que le preneur «*qui n'aurait pu subir qu'une éviction partielle puisqu'une seule des deux parcelles louées faisait l'objet de l'action en revendication, n'a demandé ni la réduction du loyer ni la résiliation du bail, que le risque d'éviction ne s'est pas réalisé et qu'aucun manquement du bailleur à son obligation de délivrance et de jouissance paisible n'est établi.*»

La Cour ([3e Civ., 24 septembre 2020, pourvoi n° 19-16.547](#)) a ainsi jugé qu'en «*statuant ainsi, alors que le bailleur est tenu de répondre du trouble subi par son locataire par suite d'une action concernant la propriété du fonds en cas d'éviction ou de risque d'éviction du preneur et que la possibilité offerte au preneur de solliciter la diminution du prix du bail ne lui interdit pas d'invoquer l'exception d'inexécution, la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article 1726 du code civil).*»

Au cas particulier :

L'arrêt attaqué a retenu que le bailleur n'avait pas manqué à son obligation puisqu'«*aucun manquement à son obligation positive de délivrance ne peut lui être imputée, que le bailleur n'avait pas pour obligation, en l'absence de stipulations contractuelles particulières, de garantir la commercialité des locaux, ceux objet du bail ayant été mis à la disposition du preneur, lequel admet que l'impossibilité d'exploiter qu'il allègue était le seul fait du législateur.*»

Le mémoire ampliatif se prévaut de très nombreux articles de doctrine (N. Dissaux, «*L'épidémie, cette perte* », D. 2020; F. Kenderian, *Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19*, RTD com. 2020, p. 265, J.-D. Barbier, *Le gel du bail commercial [les loyers covid, Administrer janv. 2021.]*) qui retiennent que la fermeture administrative fait perdre au locataire la jouissance de son local, ce qui lui ouvre droit à la révision du loyer qui peut être temporaire, que l'interdiction temporaire d'exploiter les locaux commerciaux décidée par les pouvoirs publics pour lutter contre la pandémie pourrait être invoquée au soutien d'une demande de diminution du prix du bail comme équivalent à une perte partielle de la chose louée au sens de l'article 1722 du code civil ainsi que de nombreuses décisions des juridictions du fond qui ont considéré que cet article avait vocation à s'appliquer à la situation des commerces dont la fermeture au public a été prescrite.

Il souligne aussi que la cour d'appel ne pouvait réduire l'obligation de délivrance du bailleur à une mise à disposition matérielle de la chose, sans égard pour l'aptitude des lieux à réaliser l'usage convenu alors que la Cour de cassation retient une définition fonctionnelle de l'obligation de délivrance et, écarte toute clause qui dispenserait le bailleur d'exécuter « son obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible ». Il conclut également que la cour d'appel s'est méprise dès lors ne s'agissait pas d'une fluctuation de la commercialité des lieux dont le bailleur n'a pas à répondre mais *d'une inaccessibilité pure et simple des lieux au public*.

Il précise que les divers décrets Covid ne suspendent pas l'exploitation du commerce, mais interdisent l'accès du public aux locaux commerciaux, de sorte que l'exploitation du commerce peut se poursuivre mais à l'extérieur des locaux loués et encore que c'est au bailleur de supporter l'impossibilité de la chose à réaliser la destination prévue au contrat qu'il détermine et que le preneur est en droit d'invoquer l'exception d'inexécution, même si l'inexécution par le bailleur de son obligation de délivrance ne lui est pas imputable mais résulte d'une décision des pouvoirs publics.

Le mémoire en défense rappelle que le caractère commercial du bail oblige seulement «le bailleur à permettre au locataire d'exploiter les lieux loués pour l'usage convenu entre les parties et prenne toutes les dispositions nécessaires» (J-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, Le Moniteur, 6e éd., n° 789) sans qu'il soit tenu de garantir l'existence d'une clientèle, d'une zone de chalandise, ou plus généralement *la commercialité* du bien (Ch. Quément, *J-cl. Bail à loyer*, fasc. 1275, J-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, préc., n° 801) ni une « *une jouissance fructueuse* » et que la jurisprudence retenant que le preneur qui développe une activité commerciale assume les risques d'exploitation et les aléas de la commercialité considère que le bailleur n'est pas tenu de garantir « *le trouble de jouissance causé au preneur par des tiers* » citant notamment (3^e Civ., 8 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.345)¹¹

Il souligne qu'autoriser le preneur à se prévaloir de l'exception d'inexécution à raison des effets de la crise sanitaire reviendrait, à dévoyer ce mécanisme dont la fonction première est d'inciter le débiteur à s'exécuter (v. O. Deshayes, *Rép. civ.*, V° Exception d'inexécution, n° 20) dès lors que le non paiement des loyers « *pendant la période d'interdiction d'accueil du public ne changera rien à l'impossibilité dans laquelle se trouve le bailleur d'assurer, pendant cette même période, la délivrance d'un local exploitable économiquement* » (F. Kendérian, « Les limites à l'exception d'inexécution en matière de paiement des loyers commerciaux pendant la crise sanitaires », *D.* 2021, p. 728) et s'il était retenu que le bailleur était tenu, au titre de l'obligation de délivrance

¹¹Attendu que pour rejeter la demande de remise en état des lieux loués, l'arrêt retient que la réparation du trouble de voisinage est fondée sur l'article 1382 du code civil et que ce trouble est causé par un tiers, que l'application des articles 1719 et 1720 du code civil est exclue quand les conditions de l'article 1725 du même code sont réunies et que c'est donc à tort que le jugement entrepris étend les obligations du bailleur à la réparation des désordres générés par les travaux de l'immeuble voisin ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence d'obligation de garantir le trouble de jouissance causé au preneur par des tiers ne dispense pas le bailleur de son obligation de faire, pendant la durée du bail, les réparations nécessaires autres que locatives, la cour d'appel a violé les textes susvisés

de garantir la commercialité des lieux, de toute façon, il pourrait se prévaloir de la force majeure pour justifier l'inexécution de son obligation (sur la faculté pour le bailleur de justifier de l'inexécution de l'obligation de la délivrance en cas de force majeure\fs24fs24 , v. [3^e Civ.](#), 29 avril 2009, pourvoi n° 08-12.261, Bull. 2009, III, n° 88).

Il appartiendra à la Chambre de se prononcer sur la possibilité, dans de telles circonstances, pour le preneur d'opposer à la demande en paiement du loyer l'exception de l'inexécution par le bailleur de son obligation visée à l'article 1719 du code civil.

4-3 L'invocation de la force majeure par le preneur empêché d'exploiter la chose louée conformément à sa destination contractuelle

Aux termes de l'article 1148 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.* »

Sur le fondement de ce texte, il était acquis que la force majeure entraînait pour le débiteur l'exonération totale de son obligation, même de résultat ([1^{ère} Civ.](#), 13 mars 2008, pourvoi n° 05-12.551, Bull. 2008, I, n°76, [1^{ère} Civ.](#), 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-26.814, Bull. 2012, I, n°248).

Relatif aux effets de la force majeure, le texte susvisé n'en donnait toutefois aucune définition.

L'article 1218 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance susvisée du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, est, en matière contractuelle, venu remédier à cette situation.

Reprenant les éléments dégagés par la jurisprudence, le texte en cause, inséré à la section 5 (l'inexécution du contrat), du chapitre IV, (les effets du contrat), du sous-titre I^{er}, (le contrat), du titre III (des sources d'obligations » dispose en effet : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

[Le rapport au Président de la République](#) relatif à cette ordonnance énonce, s'agissant de la force majeure, : « *Avant de se consacrer à l'étude des dispositions spécifiques à chaque remède à l'inexécution, l'ordonnance définit en son article 1218 la force majeure en matière contractuelle, cause d'exonération de responsabilité et cause de libération du débiteur de ses obligations. Il n'existe pas dans le code civil actuel de définition de la force majeure, dont les contours et les effets ont été dessinés par la jurisprudence de la Cour de cassation, et ce de façon parfois inconstante. Le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure*

en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 ([Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 04-18.902, Bull. Ass. Plén. 2006, n° 6](#) et [Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 02-11.168, Bull. 2006, Ass. plén., n° 5](#)), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. L'imprévisibilité tout d'abord, doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat (contrairement à la matière extracontractuelle, où ce critère doit être apprécié au jour du fait dommageable) : en effet, si l'événement était prévisible au moment de la formation du contrat, le débiteur a entendu supporter le risque de ne pas pouvoir exécuter son obligation. L'événement doit également être irrésistible, tant dans sa survenance (inévitabile) que dans ses effets (insurmontables). Le second alinéa de l'article 1218 envisage les conséquences de la force majeure, en distinguant selon le caractère temporaire ou définitif de l'empêchement. En cas d'empêchement temporaire, l'exécution de l'obligation sera suspendue sauf si le retard en résultant justifie la résolution du contrat (exemple d'une prestation ne pouvant être délivrée utilement à un jour autre que celui déterminé pour un événement non reportable), tandis qu'en cas d'empêchement définitif le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs engagements dans les conditions des articles 1351 et 1351-1, auxquels il est expressément renvoyé. Il s'agit d'une codification de solutions dégagées par la jurisprudence ».

Les travaux parlementaires relatifs la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ayant ratifié l'ordonnance du 10 février 2016 ne font pas état de discussions particulières relatives à l'article 1218.

Si les arrêts susvisés prononcés le 14 avril 2006 par l'assemblée plénière de notre Cour n'ont évoqué que l'imprévisibilité et l'irrésistibilité de l'événement de force majeure, le critère de l'extériorité n'a pas pour autant été abandonné par la jurisprudence ultérieure ([2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-11.191](#), [3^e Civ., 9 juillet 2013, pourvoi n° 12-17.012](#), [3^e Civ., 23 mars 2017, pourvoi n° 16-12.870](#)).

Evoquant un « événement échappant au contrôle du débiteur », l'article 1148 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, réaffirme, sous une autre formulation, l'exigence d'extériorité de l'événement de force majeure.

4-3-1 Force majeure et irrésistibilité

L'irrésistibilité, définie par l'article 1218 du code civil comme l'événement « dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées » et qui « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur », constitue le « noyau dur » de la force majeure ((Fabrice Gréau, Rép. civ., V° Force majeure, n° 66).

L'irrésistibilité s'apprécie in abstracto, soit par comparaison avec un individu ordinaire, normalement diligent, placé dans les mêmes circonstances que l'agent.

Son examen intervient par ailleurs au moment de la survenance du fait dommageable.

En matière contractuelle, l'irrésistibilité prend la forme d'une impossibilité d'exécution totale et définitive, une exécution simplement rendue plus onéreuse ou difficile que prévue étant insuffisante à caractériser la force majeure ([Soc., 15 février 1995, pourvoi n° 91-43.905](#) « attendu, cependant, que si cessation d'activité consécutive à l'inondation aurait pu être invoquée comme une cause économique de licenciement, elle ne pouvait, en raison de son caractère temporaire et partiel, caractériser un cas de force majeure... »

Au regard de ce critère, l'irrésistibilité est appréciée de manière rigoureuse par la jurisprudence.

Il a ainsi été jugé :

- que le maintien d'un voyage organisé aurait été possible, malgré des émeutes dans le pays de destination, la situation s'étant rapidement améliorée, alors que les liaisons aériennes et d'autres voyages ont été maintenus ([1^{ère} Civ.](#), 20 janvier 1998, pourvoi n° 96-12.446, Bull. 1998, I, n°20),

- que la première « guerre du Golfe » n'empêchait pas un voyage au Maroc ([1^{ère} Civ.](#), 8 décembre 1998, pourvoi n° 96-17.811, Bull. 1998, I, n°346),

- [que](#) le décès d'un acteur au cours d'un tournage n'était pas un cas de force majeure permettant de rompre l'engagement de son partenaire, la série ayant pu se poursuivre avec un autre comédien ([Soc. 12 février 2003, pourvoi n° 99-42.985, Bull. 2003, IV, n°50](#)),

- que la pollution de l'eau résultant d'une agriculture intensive, alors que la mise en place de mesures adéquate était de nature à éviter la distribution d'une eau polluée, n'était pas irrésistible pour un distributeur d'eau au public ([1^{ère} Civ.](#), 30 mai 2006, pourvoi n° 03-16.335, Bull. 2006; I, n°279).

Selon la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, un empêchement simplement momentané avait pour effet de suspendre l'exécution de l'obligation jusqu'au moment où il venait à cesser ([3^e Civ.](#), 22 février 2006, pourvoi n° 05-12.032, Bull. 2006, III, n°46 « *Mais attendu que la force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il est obligé.* »)

L'article 1218 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance susvisée, a repris cette règle en énonçant en son alinéa 2 que « *si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat* ».

Les juges du fond apprécient souverainement les faits leur permettant de relever l'existence, ou l'absence, des éléments constitutifs de la force majeure ([1^{ère} Civ.](#), 29 mai 2001, pourvoi n° 99-20.237).

Mais la Cour de cassation contrôle la qualification des faits opérée par les juges du fond de sorte qu'encourt la censure l'arrêt admettant la force majeure en se bornant à l'affirmer sans préciser le caractère de l'obstacle retenu ([1^{ère} civ.](#), 3 juillet 1974, pourvoi n° 73-12.798, Bull. 1974, I, n°215, [2^e Civ.](#), 17 avril 1975, pourvoi n°74-10.050, Bull. 1975, II, n° 108, [2^e Civ.](#), 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-68.849 « *Attendu que pour débouter M. et Mme V de leur demande, l'arrêt énonce que selon le certificat de Météo France établi le 22 mai 2006, le vent qui a soufflé le 20 mai 2006 sur la commune de Saint-Clair-sur-les-Monts a atteint ou dépassé 100 km/h, la vitesse maximale relevée à Ectot-les-Baons à 10 heures étant de 108 km/h ; que cette vitesse du vent suffit à caractériser une tempête, voire une violente tempête ; qu'il est de jurisprudence constante que la tempête ou les vents très violents constituent des événements qui peuvent être qualifiés de force majeure, exonérant le gardien de la chose de la responsabilité pesant sur lui en vertu de l'article 1384, alinéa 1er, du code civil, lorsqu'ils présentent un caractère irrésistible pour lui ; Qu'en se déterminant ainsi, par*

des motifs d'ordre général et insuffisants à caractériser l'imprévisibilité et l'irrésistibilité d'un événement de force majeure exonératoire de responsabilité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé. »

4-3-2 Force majeure et inexécution d'une obligation monétaire

Il est classiquement admis qu'il n'existe pas de « *force majeure financière* » (J.Cl. Civ. Art. 1231 à 1231-7, fasc. 11-30 n° 14) et que, de manière générale, le débiteur d'une obligation de donner une chose de genre ne peut prétendre échapper à celle-ci en invoquant la force majeure.

Rattachée à l'adage « *genera non pereunt* » (les choses de genre ne périssent pas), cette solution découle de la fongibilité des choses de genre pouvant toujours être remplacées, quoi qu'il en coûte au débiteur (Ainsi, le débiteur d'une chose fongible, même spécifique, ne peut se prévaloir de la défaillance de son fournisseur, événement non irrésistible dès lors que ce dernier ne jouissait d'aucun monopole dans sa production ([1^{ère} Civ.](#), 12 juillet 2001, n° 99-18.231, Bull. 1998, I, n° 216).

Le principe ci-dessus exposé concerne tout particulièrement les obligations monétaires ([1^{ère} Civ.](#), 23 avril 1969, Bull. 1969, I, n° 138 « *attendu, en effet, que s'agissant du paiement d'une somme d'argent, la cour d'appel, répondant ainsi implicitement mais nécessairement aux conclusions prétendument délaissées, relève justement que l'impossibilité de l'acquitter n'est ni absolue ni définitive* ») et a récemment été rappelé par la chambre commerciale de notre Cour ([Com.](#), 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-20.306, Bull. 2014, IV, n° 118 « *Mais attendu 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.* »)

Notre Cour a en revanche admis que le retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent n'engage pas la responsabilité du débiteur s'il est imputable à la force majeure ([3^e Civ.](#), 17 février 2010, pourvoi n° 08-20.943; Bull. 2010, III, n°47).

4-3-3 Le créancier empêché de bénéficier de la prestation peut-il invoquer la force majeure ?

Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, notre Cour avait réservé le bénéfice de la force majeure au seul contractant empêché d'exécuter son obligation.

Un arrêt isolé ([1^{ère} Civ.](#), 10 février 1998, pourvoi n° 96-13.316, Bull.1998, I, n° 53), rendu en matière d'enseignement privé à distance, avait toutefois admis que le contrat soit résilié par l'élève ou son représentant légal si, par suite d'une force majeure, il était empêché de suivre l'enseignement correspondant (exception reprise à l'article L. 444-8 du code de l'éducation).

Par arrêt du 25 novembre 2020 ([1^{ère} Civ.](#), 25 novembre 2020, pourvoi n° 19.21-060, publié) la première chambre civile de notre Cour a, s'agissant du texte nouveau, jugé : « *Vu l'article 1218, alinéa 1, du code civil :*

7. Aux termes de ce texte, il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

8. Il en résulte que le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure.

9. Pour prononcer la résiliation du contrat à compter du 9 octobre 2017, après avoir énoncé qu'il appartenait aux demandeurs de démontrer la force majeure, le jugement retient que M. H a été victime d'un problème de santé imprévisible et irrésistible et que Mme H a dû l'accompagner en raison de son transfert à plus de cent trente kilomètres de l'établissement de la société, rendant impossible la poursuite de l'exécution du contrat d'hébergement.

10. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que M. et Mme H avaient exécuté leur obligation en s'acquittant du prix du séjour, et qu'ils avaient seulement été empêchés de profiter de la prestation dont ils étaient créanciers, le tribunal a violé le texte susvisé. »

<https://www.courdecassation.fr/publications/lettre-de-la-premiere-chambre-civile/lettre-de-la-premiere-chambre-civile-ndeq1-0/a> Commentant cet arrêt, [la lettre de la première chambre civile de décembre 2020](#) énonce : « ce texte (l'articles 1218 du code civil) ne donne donc pas au créancier, simplement empêché de profiter de la prestation, la possibilité d'invoquer la force majeure pour obtenir l'anéantissement du contrat. Reste au créancier la possibilité de souscrire une assurance-annulation pour se prémunir contre ce risque ».

Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires qui soulignent son importance dans la perspective des contentieux à venir dans le cadre de la crise sanitaire de la Covid 19. Ils montrent également la division de la doctrine.

Certains auteurs estiment que l'arrêt respecte l'esprit et la lettre de l'article 1218 du code civil en rejetant la « bilatéralisation » de la force majeure :

Pour Mathias Latina (« Le créancier, qui n'a pas pu profiter de la contrepartie à laquelle il a droit, ne peut invoquer la force majeure », L'Essentiel Droit des contrats, janvier 2021: « (...) dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 1998, les hauts magistrats avaient « bilatéralisé » la force majeure en admettant implicitement l'invocation de celle-ci, non pas seulement par le débiteur empêché d'exécuter, mais également par le créancier qui n'a pas été en mesure de tirer profit de la contrepartie prévue en sa faveur. Cet arrêt était toutefois resté isolé, ce qui pouvait faire douter de sa portée. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation a finalement décidé de refuser la bilatéralisation de la force majeure. Le créancier « qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure ». Autrement dit, la force majeure est un mécanisme prévu dans l'intérêt exclusif du débiteur, seule hypothèse prévue par l'article 1218 du code civil. Cette solution est d'une importance considérable dans la période de crise sanitaire que nous connaissons. Elle prive en effet les preneurs à bail commercial d'un argument, dans leur combat contre les bailleurs qui ont refusé de

renoncer à tout ou partie des loyers lors des périodes d'interdiction d'exploiter. En effet, les preneurs ne sont pas empêchés de payer le loyer par l'interdiction de recevoir du public ; ils ne sont empêchés que de profiter pleinement de la jouissance du local. Dès lors, ils ne sont pas autorisés à invoquer la force majeure. »

Christophe Lachièze (- Des conditions de la résolution du contrat pour force majeure, parle d'une solution « *logique* ». Hugo Barbier (La partie emphytéotique de profiter de sa créance ne peut invoquer la force majeure " [RTD civ. 2021. p.126](#)) d'un « *revirement justifié parce que ce n'est que par une interprétation contra legem de l'article 1218 du code civil que les juges auraient pu en décider différemment* » et parce que « *l'ADN de la force majeure ne saurait être jurisprudentiellement modifié si l'on ose dire, afin de transformer cette théorie en une machine à anéantir les contrats ayant, en cours d'exécution, perdu leur intérêt pour le créancier* ». Cette position est partagée par Grégoire Loiseau (De la résolution du contrat pour force majeure, " [Communication Commerce électronique n° 1, Janvier 2021, comm. 4](#)) et Laurent Leveneur ([HYPERLINK Contrats, conc. Consom, n°1, janvier 2021, comm. 1.](#)) pour lequel « *Cette décision tire la stricte conséquence de la définition que donne le nouvel article 1218 du Code civil de la force majeure. un moment où la crise sanitaire de la Covid-19 conduit souvent à s'interroger sur la possibilité éventuelle d'en appeler à la force majeure, cette décision est du plus haut intérêt.* »

Au contraire d'autres auteurs, bien qu'admettant sa conformité à la lettre de l'article 1218 du code civil, critiquent cette décision.

Ainsi, Cyril Grimaldi ([D. 2021, p. 89](#)), retient que « *Si l'article 1218, alinéa 1er, ne pouvait fonder la solution du tribunal, il ne la condamnerait pas non plus ; ce texte était tout simplement inapplicable. En réalité, aucun texte ne permettait de retenir telle solution plutôt que telle autre (...) Il reste néanmoins que l'enjeu de la question posée est bien de savoir si c'est le créancier, le débiteur, ou les deux, qui doivent subir les risques en cas d'impossibilité pour le débiteur d'exécuter ce qu'il doit ou d'impossibilité pour le créancier de recevoir son dû* » et encore « *si la solution qu'elle [la Cour de cassation] retient est limpide - ce qu'il faut saluer -, elle est aussi dénuée de toute motivation - ce dont on peut se désoler. Certes, on ne demande pas au juge français de faire comme le juge de Common Law ; mais, tout de même, on aimerait connaître les ressorts de décisions si importantes* ».

Selon Romain Boffa et Mustapha Mekki ([D. 2021, p. 310](#)) : « *Cette solution est critiquable. Elle fait prévaloir une application dogmatique de la théorie des risques et une interprétation littérale malvenue de l'article 1218... Cet arrêt devrait décevoir de nombreux créanciers « victimes » des effets de la Covid-19.* »

Mustapha Mekki ([JCP éd. G., n°51, 14 décembre 2020, p. 1409](#)) considère que « *Si la décision est parfaitement conforme à la lettre de l'article 1218 du Code civil, une autre interprétation du texte plus opportune serait compatible avec son esprit* ».

Patrice Jourdain ([RTD civ. 2021, p. 152](#)) souligne également que la solution retenue « *semble aussi rigoureuse pour les clients de l'établissement thermal que non juridiquement nécessaire* » et s'interroge sur l'abandon de la solution de 1998 « *largement approuvée par les commentateurs* » de parvenir à une solution juste.

Xavier Delpech (Une année pas comme les autres, [AJ contrat décembre 2020, p. 501](#)) souligne que face à l'urgence sanitaire, le droit s'est trouvé largement inadapté, notamment parce que sa mise en oeuvre passe par le recours au juge et au procès et donc au temps long : « *la crise sanitaire totalement inédite a mis à l'épreuve les instruments offerts par le code civil au débiteur aux abois pour échapper à l'exécution de ses obligations contractuelles que sont l'imprévision et la force majeure (...)* Quant à la force majeure, très peu de décisions l'ont admise en matière contractuelle dans le contexte de la crise de la Covid-19, si ce n'est deux arrêts de la cour d'appel de Paris, assez critiquables (...) Curieusement, le « grand arrêt » que les observateurs attendaient en matière de force majeure est effectivement « tombé » - il y a tout juste quelques jours d'ailleurs - mais il a été rendu dans un contexte tout fait étranger à la crise sanitaire actuelle. Ceux qui attendaient un arrêt de principe qui affirme en toute netteté « Covid-19 = force majeure » resteront donc sur leur faim. Il faut dire que les pouvoirs publics ont voulu coûte que coûte éviter que surgisse un contentieux - qui aurait nécessairement été abondant et plein d'incertitudes - lié à l'inexécution contractuelle dans le contexte de la crise sanitaire actuelle. Ils ont cette fin édicté une véritable *Lex epidemia*. »

4-3-4 Application de la force majeure par les cours d'appel

De l'examen des arrêts relatifs à l'incidence des mesures de lutte contre la crise sanitaire de la Covid 19 sur le paiement des loyers commerciaux recensés, au 30 septembre 2021, par le SDER, il résulte que les cours d'appel ont en très large majorité écarté l'application de la force majeure au profit des preneurs.

La cour d'appel de Versailles a à l'inverse considéré que la fermeture des commerces non essentiels ordonnée par les autorités publiques constituait pour le bailleur un cas de force majeure le dispensant de l'exécution de son obligation de délivrance et de jouissance paisible de sorte que le moyen tiré de l'exception d'inexécution de cette obligation ne pouvait être retenu (Versailles 6 mai 2021,).

Dans un arrêt du 9 décembre 2020 (, la cour d'appel de Paris a retenu que « ... *la fermeture totale du commerce de la société Ten Oz dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et du confinement est susceptible de revêtir le caractère de la force majeure, si bien qu'il existe une contestation sérieuse quant à l'exigibilité des seuls loyers courant compter du 11 mars 2020* »

A l'exception de cette décision, tous les arrêts recensés, rendus en référé comme au fond, ont considéré que le preneur ne pouvait invoquer la force majeure pour se soustraire à son obligation de paiement du loyer.

Les décisions en cause ont, alternativement ou cumulativement, été motivées :

- par la considération selon laquelle le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'en exonérer en invoquant un cas de force majeure (cour d'appel de Paris 3 février 2020 [RG 19/16222](#), 7 mai 2021 [HYPERLINK RG 20/11923](#) et [RG 20/15102](#), 12 mai 2021 [RG 20/14094](#), [HYPERLINK 20/16820](#) et [RG 20/17489](#) et 2 juin 2021 [RG 20/17808](#), cour d'appel de Lyon 31 mars 2021 [RG 20/05237](#), cour d'appel de Limoges 5 juillet 2021 [RG 20/00449](#), cour d'appel de Riom 2 mars 2021 [RG 20/01148](#)),

- par la possibilité pour le preneur, exploitant un commerce de restauration, de réaliser des ventes emporter et des livraisons ([cour d'appel de Paris, 25 mars 2021 RG 20/13593](#)),

- par l'absence de preuve de difficultés de trésorerie rendant impossible le paiement du loyer (cour d'appel de Paris 18 mars 2021 [RG 20/13262](#) et [RG 20/13420](#)).

4-3-5 Position des parties

Le mémoire ampliatif fait grief à la cour d'appel d'une violation de l'article 1218 du code civil pour avoir écarté la force majeure au motif que le bailleur avait fourni un local en lui-même exploitable et que le preneur reconnaissait ne pas avoir été dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de payer le loyer, alors que ledit preneur se trouvait dans l'impossibilité d'exploiter les lieux conformément à la destination prévue au contrat.

La demanderesse au pourvoi considère que si l'article 1218 du code civil n'évoque que l'empêchement d'exécution de son obligation par le débiteur, la doctrine est favorable à une « bilatéralisation » de la force majeure au bénéfice du créancier empêché de bénéficier de la prestation attendue.

Elle ajoute que, sous l'empire des textes antérieurs l'ordonnance du 10 février 2016, la Cour de cassation avait, à deux reprises, implicitement consacré la solution susvisée ([1^{ère} Civ., 10 février 1998, pourvoi n° 96-13.316, Bull. 1998, I, n°53, précité](#), et [1^{ère} Civ., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-19.816](#)).

Admettant que par arrêt du 25 novembre 2020 la première chambre civile de notre Cour ([1^{ère} Civ., 25 novembre 2020, pourvoi n° 19-21.060, publié](#)) a retenu que le créancier n'ayant pu profiter de la prestation à laquelle il a droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure, la société Action France demande à notre chambre de revenir sur cette jurisprudence, selon elle intervenue dans des conditions non transposables au contexte de crise exceptionnel lié à la pandémie de Covid 19.

La défenderesse au pourvoi objecte quant à elle que la force majeure ne peut être invoquée par le débiteur d'une somme d'argent, que ladite force majeure ne concerne que le débiteur empêché d'exécuter sa propre obligation, que la crise sanitaire n'est pas un événement irrésistible et que les juridictions du fond ayant statué sur ce point ont, en leur grande majorité, écarté l'existence de la force majeure.

Il appartiendra à notre chambre de dire si la force majeure peut être invoquée par le créancier empêché de bénéficier de la prestation attendue.

4-4 La bonne foi dans l'exécution du contrat

Aux termes de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur*

consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent tre exécutées de bonne foi. »

Issu de l'ordonnance du 10 février 2016 susvisée, l'article 1104 du code civil, applicable en la cause, énonce quant à lui : « **les contrats doivent tre négociés, formés et exécutés de bonne foi. Ces dispositions sont d'ordre public. »**

Ainsi qu'énoncé par le texte susvisé, le principe de bonne foi s'impose aux parties aux stades de la négociation, de la formation et de l'exécution du contrat.

Ledit principe est présumé connu des parties auquel il n'a donc pas tre rappelé (1^{ère} Civ. 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-15.529, Bull. 2012, I, n°222 « ... Mais attendu... qu'ayant... relevé, bon droit, qu'il (l'avocat) n'était pas tenu d'attirer l'attention de son client sur les conséquences d'une fausse déclaration d s lors que l'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en mati re contractuelle et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression, la cour d'appel, qui n'avait pas effectuer des recherches ou répondre des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, a pu décider, sans encourir les griefs des huit premi res branches du moyen, qu'aucun manquement n'était imputable l'avocat »

L'exécution de bonne foi du contrat impose en premier lieu aux parties un devoir de loyauté (3^e Civ., 21 mars 2012, pourvoi n° 11-14.174, Bull. 2012, III, n° 49 « ... la cour d'appel a pu retenir, en l'état de l'obligation légale d'une régularisation annuelle des charges pesant sur le bailleur, que la réclamation présentée sur une période écoulée de cinq ans de plus du triple de la somme provisionnée, si elle était juridiquement recevable et exacte dans son calcul était, dans ce cas, déloyale et brutale et constitutive d'une faute dans l'exécution du contrat et en déduire que M. Dubos avait, par son comportement, engagé sa responsabilité envers la locataire et sa caution solidaire pour le dommage occasionné... »)

Le principe de bonne foi soumet encore les parties une obligation de coopération (1^{ère} Civ., 23 janvier 1996, pourvoi n° 93-21.414, Bull. 1996, I, n° 36 « Vu l'article 1134, troisi me alinéa, du Code civil ; Attendu que la Compagnie générale des eaux (la CGE) fournit l'eau divers immeubles propriétés de l'Office public d'habitations loyers modérés du Val-d'Oise ; que, d s l'origine, elle n'a pas facturé les fournitures concernant deux de ces immeubles ; que, dans les limites de la prescription, elle en a poursuivi le paiement ; que l'Office a demandé reconventionnellement qu'il lui soit accordé des dommages-intér ts équivalents la condamnation qui serait mise sa charge ; que l'arr t attaqué, apr s avoir relevé que l'Office est débiteur du co t des fournitures, a retenu que la CGE a commis une faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles pour ne pas avoir facturé ses fournitures avec la ponctualité nécessaire la correcte gestion des immeubles, laquelle a entraîné, pour l'Office, un préjudice né de l'accumulation d'une dette dont la méconnaissance légitime a emp ché la répercussion sur les locataires, et que ce préjudice est égal sa dette avec laquelle il se compense ; Attendu que, pour statuer ainsi, la cour d'appel a retenu que rien ne faisait obligation l'Office de détecter l'absence de facturation ; Attendu, cependant, que la cour d'appel avait constaté que l'utilisation par l'Office des deux immeubles en cause des fins locatives impliquait nécessairement qu'ils étaient desservis en eau ; que d s

lors, comme l'invoquait la CGE, l'Office ne pouvait ignorer tre débiteur du co t de la consommation d'eau qu'il était fondé récupérer sur ses locataires, et tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur d'eau, devait vérifier si cette fourniture lui était facturée par la CGE ; qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé l'article susvisé. »)

Invoquant l'arr t " [Com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, Bull. 1992, IV, n° 338](#), la demanderesse au pourvoi fait valoir qu'antérieurement l'ordonnance du 10 février 2016, notre Cour avait retenu que le contractant manquait son devoir de bonne foi en refusant de renégocier le contrat devenu déséquilibré la suite d'un changement de contexte économique.

En cause d'appel, la société Action France soutenait avoir proposé la SCI une adaptation du bail tenant compte des circonstances exceptionnelles liées la fermeture de son commerce au public et faisait grief la bailleresse d'une exécution de mauvaise foi du contrat pour n'avoir admis qu'un simple report de paiement d'un mois de loyer et avoir, trois semaines seulement apr s la fin du confinement et sans réelle tentative de renégociation du contrat, brusquement procédé une mesure d'exécution forcée.

Invoquant quant elle plusieurs décisions de notre Cour ([1^{ère} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-26.131, Com., 8 octobre 2013, pourvoi n° 12-23.343, Soc., 16 décembre 2014, pourvoi n° 13-14.558, Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 15-25.531, 2^e Civ., 4 novembre 2013, pourvoi n° 20-14.609](#)), la SCI soutient que, sous couvert de défaut de base légale, le grief tend remettre en cause l'appréciation des juges du fond ayant souverainement retenu qu'en proposant un report de paiement d'une partie des loyers, la bailleresse avait manifesté sa bonne foi.

La SCI invoque encore le caract re inopérant du grief, la Cour de cassation décidant que si la r gle selon laquelle les conventions doivent tre exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas porter atteinte la substance m me des droits et obligations légalement convenus entre les parties ([Com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14.768, Bull. 2007, IV, n° 188, Com. 19 juin 2019, pourvoi n° 17-26.635, " 3^e Civ., 14 mai 2020, pourvoi n° 19-13.355](#))

Elle ajoute que par arr t du 19 juin 2019 ([Com. 19 juin 2019, pourvoi n° 17-29.000](#)) transposable l'esp ce, la Cour de cassation a retenu que l'exigence de bonne foi n'autorisait pas le juge porter atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance m me des droits et obligations légalement convenus entre les parties.

Il appartiendra notre chambre de statuer sur le grief.

5 - Orientation proposée : FS 2 projets

—