



RAPPORT DE Mme ANDRICH et M. DAVID, CONSEILLERS

Arrêt n° 605 (FS-B) du 30 juin 2022 – Troisième chambre civile

Pourvoi n° 21-20.127

Décision attaquée : 1er juillet 2021 de la cour d'appel de Grenoble

Société Odalys résidences

C/

M. [V] [I]

1 - Rappel des faits et de la procédure

I.- la société Odalys Résidences, (la locataire), selon acte du 20 juin 2013 de deux lots (un appartement et un parking) situés aux [adresse 2] dans la résidence de tourisme « adresse 1 » dont M. et Mme [I] (les bailleurs) sont propriétaires .

Le loyer annuel s'établit à la somme de 10 067,70 euros, payable trimestriellement à terme échu les 31 janvier, 30 avril, 31 juillet et 31 octobre de chaque année.

L'article 6 du bail dispose que « *De convention expresse entre les parties, le loyer sera fixé à trente pour cent (30 %) des recettes effectivement encaissées par le preneur (et réparties en tantièmes de copropriété entre les propriétaires à bail) en cas de force majeure interrompant l'activité touristique du lieu de situation des*

*biens loués (tels que tremblement de terre, pollution de toute nature, catastrophe naturelle, **entrave administrative ou autre au libre accès aux lieux loués ou à la circulation des personnes et des biens...**) ou d'événement amenant un dysfonctionnement grave et dont la durée viendrait à excéder trois (3) jours consécutifs dans l'activité du preneur notamment une quelconque modification dans la destination ou l'accès des parties communes ou encore leur mauvais entretien ou fonctionnement, étant entendu que cette disposition ne saurait s'appliquer dans l'éventualité où le preneur aurait la charge ou le contrôle de l'entretien ou du fonctionnement desdites parties communes. »*

A l'entrée en vigueur de l'arrêté ministériel du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid 19, la résidence [adresse 1] a été fermée et n'a rouvert que le 2 juin.

Par lettre du 30 mars, la société Odalys Résidences a informé tous les bailleurs de la résidence, que les locaux loués étant devenus inaptes à la destination prévue au bail, elle interrompait le paiement du loyer et des charges à compter du 14 mars 2020.

Le 25 mai 2020, M. et Mme [I] ont assigné en référé la locataire en acquisition de la clause résolutoire, expulsion, et condamnation au paiement par provision d'un arriéré locatif ainsi qu'une indemnité d'occupation égale au double du loyer.

Par ordonnance du 18 novembre 2020, les bailleurs ont été déboutés de leurs demandes en résolution du bail et conséquentes, la locataire a été condamnée à leur payer la somme de 2 550,91 euros au titre des loyers impayés entre le 13 avril et le 4 septembre 2020, et à communiquer une facture n° 4 pour la période du 1er mai au 31 juillet 2020 et les comptes d'exploitation depuis le 22 octobre 2019.

La cour d'appel saisie par la locataire, **par arrêt du 1er juillet 2021**, a:

- écarté des débats les ordonnances de référé rendues par les tribunaux judiciaires d'Albertville le 19 janvier 2021 et de Dijon et de Paris le 24 février 2021,
- confirmé l'ordonnance en toutes ses dispositions.

2 - Analyse succincte des deux moyens

PREMIER MOYEN, branche unique violation principe de l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents de la cause.

Reproche à la cour d'appel d'avoir écarté des débats les ordonnances de référé rendues par les juges des tribunaux judiciaires d'Albertville le 19 janvier 2021, de Dijon et de Paris le 24 février 2021;

au prix d'une dénaturation du bordereau de communication des pièces RPVA du 17 mai 2021 dans lequel figure une pièce n° 13 correspondant aux ordonnances de référé rendues par les présidents des tribunaux judiciaires d'Albertville, de Dijon et de Paris régulièrement communiquées.

SECOND MOYEN

fait grief à l'arrêt de condamner la locataire à payer aux bailleurs une somme au titre des loyers impayés entre le 13 avril et le 4 septembre 2020 et, à communiquer aux bailleurs la facture n° 4 pour la période du 1er mai au 31 juillet 2020 et les comptes d'exploitation depuis le 22 octobre 2019 ;

1) violation de l'article 835 du code de procédure civile : le juge des référés a accordé une provision en appréciant si les circonstances ayant entraîné l'indisponibilité des lieux loués, à leur destination contractuelle, justifiaient ou non la suspension du paiement des loyers et ce faisant, en tranchant les contestations sérieuses opposées à la demande en paiement opposées par la locataire et tirées de :

- l'exception d'inexécution, les bailleurs n'ayant pas pendant toute la période considérée, exécuter leur obligation de délivrance et d'assurer la jouissance paisible des lieux loués conformément à la destination prévue au bail ;

- la perte partielle de la chose louée caractérisée par l'impropriété des lieux à l'objet prévu au bail

- le manquement à l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat : les bailleurs ont réclamé paiement de loyers afférents à des périodes durant lesquelles les lieux loués ne pouvaient être utilisés conformément à leur destination contractuelle ;

2) violation de l'article 1353 du code civil : le contrat contenait en son article 6 une clause prévoyant la réduction des loyers à 30% ,dont la cour d'appel a écarté l'application au motif que les bailleurs faisaient valoir que la locataire ne justifiait pas de l'absence de prise en charge du préjudice lié à la fermeture des locaux par son assureur la cour d'appel a renversé la charge de la preuve ;

3) violation de l'article 455 du code de procédure civile : la cour d'appel, sans s'expliquer sur l'attestation du commissaire aux comptes de la locataire qui établissait l'absence de perception d'une quelconque indemnisation pour perte d'exploitation (pièce n°12, bordereau RPVA du 17 mai 2021), a retenu que la locataire, qui ne produisait aucun élément de nature à établir que son préjudice n'avait pas été couvert par sa police d'assurance , n'établissait pas que les conditions d'application de la clause de réduction des loyers devait s'appliquer.

2-bis propositions de rejets non spécialement motivés du premier moyen et des deux dernières branches du second moyen :

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1014 du code de procédure civile :

Ce moyen qui invoque un grief disciplinaire, dont le bien fondé ne serait pas de nature à emporter la cassation totale de l'arrêt, n'apparaît pas non plus de nature à

entraîner une cassation seulement partielle dès lors qu'en pied des conclusions d'appel de la locataire (production n°2 du mémoire ampliatif : « conclusions d'appelante n°2»), en page 20, figure la liste des pièces communiquées numérotées de 1 à 11 faisant ressortir comme nouvelles pièces communiquées en cause d'appel, les seules pièces 9 à 11 inclus, liste qui copiée puis collée est la suivante :

Liste des pièces sur lesquelles la demande est fondée :

- 1°) Bail du 20 juin 2013 ;
- 2°) Jugement d'adjudication du 22 octobre 2019 ;
- 3°) Commandement du 13 mars 2020 ;
- 4°) Lettre du 30 mars 2020 de la société ODALYS RESIDENCES à ses bailleurs ;
- 5°) Avis d'échéance du 30 avril 2020 ;
- 6°) Bordereau de virement du 3 juin 2020 ;
- 7°) Lettre du 12 juin 2020 de la société ODALYS RESIDENCES à ses bailleurs ;
- 7° bis) Avis d'échéance du 31 juillet 2020 ;
- 8°) Bordereau de virement du 3 août 2020 ;
- 9°) Lettre du conseil de la société ODALYS RESIDENCES au conseil de M. et Mme [I] accompagné du compte d'exploitation pour l'exercice 2019-2020 ;
- 9° bis) Lettre du conseil de la société ODALYS RESIDENCES au conseil de M. et Mme [I] accompagné d'un chèque CARPA de 2 550,91 euros ;
- 10°) Tableau justifiant du nouveau calcul du taux de remplissage de la résidence ;
- 11°) Tableau d'impact sur le chiffre d'affaires de la résidence [adresse 1];

Cette liste de pièces numérotées jusqu'à onze, constitue le bordereau de communication qui ne comporte **ni pièce 12 ni pièce 13**.

- L'arrêt qui ne cite ni ne vise le relevé RPVA qui indique «message envoyé», «le 17/05/21 19:28» et en «pièces jointes : Pièce n°13.PDF», n'encourt pas les griefs du moyen :

la cour d'appel n'était pas tenue d'examiner ce relevé RPVA mentionnant l'envoi par message électronique d'une pièce numérotée 13 constituée de diverses décisions rendues par d'autres juridictions dont les bailleurs contestaient, dans leurs conclusions, la communication régulière, dès lors qu'aucun bordereau de communication de pièces annexé aux conclusions n'établissait le contraire.

Cf : 1re Civ., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-19.087 : « *il ne peut être reproché à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte d'une pièce dont il n'est pas établi qu'elle ait été régulièrement produite aux débats* ».

2e Civ., 18 octobre 2018, pourvoi n° 17-21.780 : un arrêt ne peut pas se fonder «*sur une pièce qui n'était pas invoquée par les parties dans leurs écritures d'appel et qui n'était pas mentionnée dans le bordereau de communication de pièces annexé à leurs conclusions*»

Sur le second moyen pris en ses deuxième et troisième branches

Vu l'article 1014 du code de procédure civile :

La deuxième branche invoque une inversion de la charge de la preuve qui manque en droit : le contrat de bail prévoit en son article 6, une exception au paiement du montant convenu du loyer en cas d'interruption de l'activité de plus de trois jours résultant notamment d'une entrave administrative et fixe en ce cas le loyer à 30 % des recettes réelles effectivement encaissées. L'application de cette clause est expressément conditionnée à ce «*que le préjudice subi par le preneur, ne soit pas couvert par sa police d'assurances.*

Il appartient au débiteur de loyer qui prétend bénéficier de ces dispositions l'exonérant du paiement du loyer convenu de justifier que les conditions d'application de l'article 6 sont remplies. Dès lors en retenant que la locataire ne démontrait pas que le préjudice inhérent à l'interruption de l'activité n'était pas couvert par sa compagnie d'assurance a fait peser la charge de la preuve à celui à qui elle incombait.

Sur la dernière branche : la pièce que le pourvoi reproche à la cour d'appel de ne pas avoir examiné n'est pas une attestation d'un commissaire aux comptes témoignant que le préjudice de la locataire n'a pas été couvert par sa compagnie d'assurances ou établissant qu'aucune recette à ce titre n'a été comptabilisée dans les comptes de la société, mais une lettre qui accompagne les comptes de l'exercice, aux termes de laquelle le commissaire les déclare sincères.

D'une part, les juges n'ont pas à s'expliquer sur les éléments de preuve qu'ils écartent comme non probants et d'autre part, en l'espèce, ces documents ne figurant pas sur la liste des pièces versées aux débats et régulièrement communiquées en première instance et en cause d'appel, liste qui s'achève au numéro 9 et ne vise aucune attestation du commissaire aux comptes, la cour d'appel n'était pas tenue d'examiner une pièce dont la régularité de la communication n'est pas établie.

3 - Identification du point de droit faisant difficulté à juger

Le juge des référés pouvait-il écarter comme non sérieuses les contestations opposées par la locataire ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

I - ACTUALITÉ RÉGLEMENTAIRE ET LÉGISLATIVE DU LITIGE :

L'arrêté ministériel du 15 mars 2020 a complété l'arrêté ministériel du 14 mars 2020 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 » étendant cette mesure aux « 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 précisant une liste des établissements et activités concernés pour prévoir que pouvaient continuer à recevoir du public, les établissements de **catégorie M** pour les activités figurent en annexe dudit arrêté, ladite annexe visant notamment l'« *hébergement touristique et autre hébergement de courte durée lorsqu'il constitue pour les personnes qui y vivent un domicile régulier* ».

L'article 3 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 a **interdit, jusqu'au 31 mars 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile** à l'exception des déplacements pour des motifs limitativement énumérés, (le motif touristique étant exclu)

L'article 8 de ce décret a prévu que pouvaient continuer à recevoir du public les seuls établissements des catégories L, M, N, P, S, T, X, Y, CTS, PA et R pour les activités mentionnées en annexe dudit décret, ladite annexe¹ visant notamment l'«

¹ ANNEXE

Les activités mentionnées au II de l'article 8 sont les suivantes :

Entretien et réparation de véhicules automobiles, de véhicules, engins et matériels agricoles.

Commerce d'équipements automobiles.

Commerce et réparation de motocycles et cycles.

Fourniture nécessaire aux exploitations agricoles.

Commerce de détail de produits surgelés.

Commerce d'alimentation générale.

Supérettes.

Supermarchés.

Magasins multi-commerces.

Hypermarchés.

Commerce de détail de fruits et légumes en magasin spécialisé.

Commerce de détail de viandes et de produits à base de viande en magasin spécialisé.

Commerce de détail de poissons, crustacés et mollusques en magasin spécialisé.

Commerce de détail de pain, pâtisserie et confiserie en magasin spécialisé.

Commerce de détail de boissons en magasin spécialisé.

Autres commerces de détail alimentaires en magasin spécialisé.

Les distributions alimentaires assurées par des associations caritatives.

Commerce de détail de carburants en magasin spécialisé.

Commerce de détail d'équipements de l'information et de la communication en magasin spécialisé.

Commerce de détail d'ordinateurs, d'unités périphériques et de logiciels en magasin spécialisé.

Commerce de détail de matériels de télécommunication en magasin spécialisé.

Commerce de détail de matériaux de construction, quincaillerie, peintures et verres en magasin spécialisé.

Commerce de détail de journaux et papeterie en magasin spécialisé.

Commerce de détail de produits pharmaceutiques en magasin spécialisé.

Commerce de détail d'articles médicaux et orthopédiques en magasin spécialisé.

Commerces de détail d'optique.

Commerce de détail d'aliments et fournitures pour les animaux de compagnie.

Commerce de détail alimentaire sur éventaires sous réserve, lorsqu'ils sont installés sur un marché, des dispositions du III de l'article 8.

Commerce de détail de produits à base de tabac, cigarettes électroniques, matériels et dispositifs de vapotage en magasin spécialisé.

Vente par automates et autres commerces de détail hors magasin, éventaires ou marchés n. c. a.

Hôtels et hébergement similaire.

hébergement touristique et autre hébergement de courte durée lorsqu'il constitue pour les personnes qui y vivent un domicile régulier»;

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 1er 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 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 parmi lesquels ne figurait pas les déplacements touristiques.

Hébergement touristique et autre hébergement de courte durée lorsqu'il constitue pour les personnes qui y vivent un domicile régulier.

Terrains de camping et parcs pour caravanes ou véhicules de loisirs lorsqu'ils constituent pour les personnes qui y vivent un domicile régulier.

Location et location-bail de véhicules automobiles.

Location et location-bail d'autres machines, équipements et biens.

Location et location-bail de machines et équipements agricoles.

Location et location-bail de machines et équipements pour la construction.

Activités des agences de placement de main-d'œuvre.

Activités des agences de travail temporaire.

Réparation d'ordinateurs et de biens personnels et domestiques.

Réparation d'ordinateurs et d'équipements de communication.

Réparation d'ordinateurs et d'équipements périphériques.

Réparation d'équipements de communication.

Blanchisserie-teinturerie.

Blanchisserie-teinturerie de gros.

Blanchisserie-teinturerie de détail.

Services funéraires.

Activités financières et d'assurance

II- LES CONTESTATIONS OPPOSÉES A LA DEMANDE EN PAIEMENT

La locataire soulevait devant la cour d'appel plusieurs contestations se référant notamment à l'exception d'inexécution, la perte de l'objet de la chose louée, notions relevant du droit commun des contrats et du contrat de louage

Il était soutenu que les bailleurs n'ont pas pendant toute la période considérée, exécuté leur obligation de délivrance et d'assurer la jouissance paisible des lieux loués conformément à la destination prévue au bail (1) ; que la perte partielle de la chose louée est caractérisée par l'impropriété des lieux à l'objet prévu au bail (2).

Le moyen évoque également l'exécution de bonne foi des contrats qui était soulevée devant la cour d'appel mais ce n'était qu'au regard de l'impropriété à la destination contractuelle que la locataire soutenait que les bailleurs ne pouvaient réclamer le paiement d'un loyer pour la période pendant laquelle «les lots loués étaient impropres à leur destination contractuelle». Ce point n'appelle donc pas de développement spécifique en l'espèce.

1- l'exception d'inexécution :

1.1 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 l'inexécution future de son cocontractant 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 un cocontractant 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, 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 gaz a l'obligation d'entretenir le compteur, l'abonné ne peut opposer le fonctionnement défectueux du compteur, pour suspendre le paiement du gaz qu'il a lui même consommé et qui est facturé conformément aux clauses contractuelles (Cass. 1re civ., 4 juin 1991 : Bull. civ. I, n° 181). Inversement le défaut de paiement de la consommation enregistrée, justifie la suspension de la fourniture de gaz.

1.2 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, obligation 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 (3e Civ., 2 juillet 1997, n° 95-14.151, Bull. n° 159 ; 3 avril 2001, n° 99-15.740 ; 5 juin 2002, Bull., n° 123 , 3e Civ., 18 septembre 2008, n° 07-18.303 ; 3e 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 (3ème Civ., 26 mars 1997, Bull n° 70, pourvoi 95-14.103) et que les conditions imposées par les règlements pour exercer l'activité prévue sont remplies (3 Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-28.170, Bull. 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 : 3e 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 :

3e Civ, 21 décembre 1987, n° 86-13.861, Bull 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 Civ., 8 juin 1995, pourvoi 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 ;*

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 Civ., 12 juin 2001, pourvoi 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 les lieux conformément à leur destination contractuelle.*

3 Civ., 19 décembre 2012, n° 11-28.170, Bull. 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 : 3e Civ., 11 avril 2019, pourvoi n° 18-13.558 :
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.

3e 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.

S'agissant des troubles causés au locataire par les tiers, les articles 1725 et 1726 du code civil distinguent ² les troubles de fait, pour lesquels le bailleur n'est pas tenu à garantie³, **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 à 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 à contredire ceux conférés par le bailleur au preneur** (3ème Civ 2 mars 2017, n° 15-25.136 Bull 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

²Cette 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* »

³ 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 ;

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. L'exception d'inexécution 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 3e Civ, 6 juillet 1982, n° 81-11.711, Bull n° 168 qu' *« 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 permettaient 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 (3e Civ, 21 décembre 1987, n° 86-13.861, Bull n° 212; 3e 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 (3e Civ, 31 octobre 1978, n° 77-11.355, Bull 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 (3e Civ, 8 avril 1998, n° 97-10.709 ; 3e 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 3e 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 :

3e 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 :

3e Civ 15 décembre 1993, Bull 168, pourvoi 92-12.324 : 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 , Civ. 3ème 1er mars 1995, Bull 60, n° 93-13.812.

3e Civ 11 janvier 2006, Bull 13, n° 04-30.240 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.*

3e Civ ., 25 juin 2003, pourvoi 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*»

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

3e Civ 3e Civ., 23 mai 2013, Bull 63, pourvoi 11-26.095 *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 incombaient 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 ;*

3e Civ., 2 décembre 2014, rejet du pourvoi 13-22.609 : *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. [J] et de Mme [G] , de visiter les lieux pour s'assurer de la réalité des plaintes de ces derniers et que M. [J] 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.*

3e Civ., 17 avril 2015, pourvoi 14-22.754 : *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.» (1726 du code civil).

2- la perte de la chose louée :

Si l'exception d'inexécution suppose que soient évoqués les manquements respectifs aux obligations contractuelles des parties, la perte de la chose louée prévue à l'article 1722 du code civil ⁴peut être invoquée et accueillie indépendamment du comportement des parties au contrat.

Depuis un arrêt 3e Civ., 1 mars 1995, pourvoi n° 93-14.275, Bull. n° 59 il est acquis que l'article 1722 du code civil s'applique aux baux commerciaux.

Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une demande en résolution du contrat de louage que le bailleur (comme le preneur) peut solliciter sur le fondement de l'article 1741 du code civil, mais de la perte partielle de la chose, celle à propos de laquelle le locataire exerçant l'option qui lui est offerte par l'article 1722 du code civil, sollicite une réduction du montant du loyer.

L'article 1722 précisant, l'intervention d'un cas fortuit, le fait que la perte soit le résultat d'une faute ou d'un comportement ou de la volonté de l'une ou l'autre des parties n'a pas d'incidence dès lors que, dans un cas fortuit, elles n'ont aucune possibilité d'empêcher l'événement qui se produit.

Les conditions de mise en œuvre 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 jurisprudence la plus abondante concerne la résiliation du bail pour destruction plutôt que des demandes en réduction du loyer.

⁴ 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

Cass 3ème Civ 22 janvier 1997, Bull n° 17 : "...le bail prend fin de plein droit par la perte totale de la chose survenue par cas fortuit ou même par la faute de l'une des parties sauf les dommages et intérêts pouvant être mis à la charge de celle des parties responsable de cette perte".

Cass 3ème Civ 20 janvier 1988, Bull n° 13 : est légalement justifié au regard de l'article 1722 du code civil, l'arrêt qui prononce la résiliation du bail d'un local d'habitation après avoir constaté l'existence d'une décision administrative ordonnant la démolition de l'immeuble en raison de son état.

Cass 3ème Civ 3 octobre 1978, B n° 297 : la ruine d'un bâtiment par vétusté n'est un cas fortuit au sens de l'article 1722 du code civil que s'il n'y a pas de faute ou défaut d'entretien imputable au bailleur. Dans le même sens : Cass 3ème Civ 30 septembre 1998, Bull n° 177, 3 mai 1978, Bull n° 176, 29 janvier 1975, Bull n° 35.

Cass. 3e civ; 30 octobre 2007, n° 0711939 : qu'ayant retenu que les baux s'étaient trouvés résiliés de plein droit par la perte de la chose louée résultant de l'arrêté administratif de fermeture du centre commercial en date du 12 janvier 1992, et que cette perte avait le caractère fortuit dès lors que les circonstances à l'origine de la décision administrative ne pouvaient être imputées à faute au bailleur, la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve ni violer l'autorité de la chose jugée, a légalement justifié sa décision.

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 à la cour d'appel d'avoir fait droit à cette demande, au motif que tout bailleur devait garantir au preneur trouble dans sa jouissance par un acte administratif, alors que l'adret attaque qui avait constaté 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 [B] 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'à la suite d'un arrêté municipal du 22 septembre 1958 [B] 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](#) 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 défaut de fourniture d'eau, de partie du loyer d'un logement que [A] lui avait donné en location du 1er au 31 août 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 à 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 à

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.

Contrairement à un acte administratif comme un arrêté de péril interdisant purement et simplement l'accès à des locaux, par l'effet des deux ordonnances promulguées en 2020, pendant les périodes dites de confinement l'usage des locaux n'a pas été interdit totalement mais il a été réduit par les interdictions visées parfois modulées par la possibilité de recourir à des formes de commerce différentes.

S'agissant de commerces dit non essentiels, les premières mesures gouvernementales de articles 2020 ont interdit aux preneurs la réception de leur clientèle dans les locaux loués, les ont privé 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 que l'activité de leurs salariés se déroule dans ces locaux, pourtant destinés à contenir l'activité commerciale.

C'est donc la jouissance des lieux par les preneurs qui a été modifiée, alors même que le comportement actif ou passif des bailleurs n'a interféré d'aucune manière dans la situation 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 purement économique, le bien loué se caractérisant par sa finalité commerciale ou artisanale, la destination que les parties lui ont donné pour l'exercice d'une activité qui est précisée au contrat .

La vocation légale du bail soumis au statut étant de régir la location d'un local dans lequel est exploité un fonds (commercial ou artisanal), il paraît impossible de retenir pour fondée uniquement l'une de ces propositions .

Ainsi à retenir une conception uniquement matérielle , la question de la perte ne se pose pas car elle n'existe pas puisque la chose n'est pas en soi modifiée, et regarder uniquement la destination du bien suppose que soit étudiée et pesée l'incidence que peut avoir le fait que le preneur ne soit pas privé totalement du local auquel il peut avoir accès, lui ainsi que, sous réserve d'une organisation particulière, ses salariés.

Si on se réfère à l'usage commercial d'un local qui est lieu de travail de salariés, de réception fournisseurs, de chalands et, de clients, une destruction totale temporaire, supposerait une impossibilité pour tous d'en user pendant la période considérée et la destruction partielle temporaire pourrait en ce cas correspondre à une possibilité pendant une durée limitée de réception limitée à une certaine catégorie de personnes.

Les cours d'appel, bien avant la pandémie Covid, avaient déjà des positions divergentes : certaines écartant l'application de ce texte dans le cas où l'immeuble, objet d'une réquisition n'avait été que temporairement indisponible, puisque le preneur avait pu en jouir de nouveau après la levée (comme: CA Paris, Chambre 6 section C, 20 Décembre 1995, RG n°94/010320, , d'autres appliquant depuis longtemps l'article 1722 du Code dans l'hypothèse où le preneur se trouve 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 animé des débats que l'on pouvait penser dépassés puisque depuis de nombreuses années la Cour de cassation a jugé que le temps limité de la perte ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 1722 du code civil (, Civ. 1re, 29 nov. 1965, Bull. civ. I, n° 655 a rejeté le pourvoi formé contre une décision qui avait retenu 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.

: 3e Civ., 17 juin 1980, n° 79-10.049, Bull. n° 116 a jugé qu

«L'arrêt de fourniture d'eau courante en cours de location résultant de conditions atmosphériques exceptionnelles et persistantes constitue une perte partielle par cas fortuit de la chose louée de nature à justifier une diminution du loyer en application de l'article 1722 du Code civil.»

III SUR LE REJET DE L'EXISTENCE D'UNE CONTESTATION SÉRIEUSE_ :

Le moyen tiré de l'existence d'une contestation sérieuse est de nature à faire obstacle aux pouvoirs du juge des référés d'accorder une provision.

M. Kebir, le 3 mai 2017 commentant au Dalloz Civ. 3e, 30 mars 2017, F-P+B, n° 16-10.366 rappelle que *« Concrètement, le pouvoir du juge des référés est limité à ce qui est manifeste, ce qui lui interdit de se prononcer sur trois catégories de problématiques juridiques , le statut des biens et des personnes, les actions en responsabilité pour lesquelles le juge des référés ne peut octroyer des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice (2e civ., 11 déc. 2008, n° 07-20255) et la qualification ou l'interprétation d'un acte juridique (Civ. 1e, 4 juill. 2006, 05-11591). De même, il ne saurait prononcer la nullité d'un contrat (Soc., 23 mars 2006, 04-48322).*

Traditionnellement, il est retenu qu'une contestation est sérieuse lorsqu'elle obligerait le juge des référés à se prononcer sur l'existence d'un droit ou à apprécier la validité, la qualification ou l'interprétation d'un acte juridique.

La Cour de cassation contrôle la notion d'obligation sérieusement contestable au sens et pour l'application des dispositions s'y référant (Ass. Plén., 16 novembre 2001, Bull. n°13 ; Civ 2, 13 février 2003, Bull II n°42).

Comme l'exposait le Pr. Normand, *« il y a contestation sérieuse, dès lors que l'un des moyens de défense opposés à la prétention de celui qui s'appuie sur un droit n'est pas manifestement vain, dès lors autrement dit qu'il existe une incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond, s'il venait à être saisi.*

Selon le JurisClasseur procédure civile (Fasc. 1200-95 Référés n° 23) *« Une contestation sérieuse survient lorsque l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond qui pourrait éventuellement intervenir par la suite sur ce point si les parties entendaient saisir les juges du fond...»*

Au Dalloz action, in Droit et pratique de la procédure civile 2009-2010, n°124-312 , il est encore relevé : Pour justifier le rejet total ou partiel d'une demande de provision, la contestation doit être de nature à supprimer ou à restreindre l'obligation du débiteur, le

juge ayant, dans chaque cas d'espèce, le devoir de vérifier si le moyen soulevé est, ou non, sérieux .

2e Civ., 11 juillet 2013, pourvoi n° 12-24.722, Bull. 2013, II, n° 163 :

Vu l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Attendu que pour débouter les consorts D de leur demande de provision dirigée contre les sociétés Axa et Croc'affaires, l'arrêt retient les mêmes motifs ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans s'expliquer sur le caractère sérieux des contestations élevées par le locataire et son assureur de responsabilité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

3 Civ 17 septembre 2020 n°19-17.784 ., Vu l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile :

4. Il résulte de ce texte que le président ne peut, en référé, accorder une provision au créancier que dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

5. Pour condamner la société Millennium à payer à la société LB 23 une provision (...), l'arrêt retient que la garantie responsabilité civile générale souscrite (...) a vocation à indemniser les conséquences de la responsabilité contractuelle de la société EPF couverture pour les dommages causés au maître de l'ouvrage, tiers au contrat d'assurance, (...) et qu'il ne peut être sérieusement contesté que cette garantie a vocation à s'appliquer en l'espèce, les clauses d'exclusion invoquées par l'assureur se rapportant à la garantie « responsabilité civile après réception ou livraison » et non à la garantie « responsabilité civile exploitation ».

6. En statuant ainsi, alors que la société Millennium soutenait que la garantie « responsabilité civile exploitation », (...), ne permettait pas de régler le coût des travaux de reprise des défauts de la toiture, la cour d'appel, qui a tranché une contestation sérieuse portant sur l'étendue de la garantie de l'assureur, a violé le texte susvisé.

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 majoritairement considéré que l'invocation d'une perte partielle de la chose louée en application de l'article 1722 du code civil constituait une contestation sérieuse empêchant le juge des référés de statuer.

Telle a été la position des cours d'appel de Paris (7 mai 2021 RG 20/15102, 12 mai 2021 RG 20/16820 et RG 20/17489, 2 juin 2021 RG 20/17808, 30 juin 2021 RG 20/15566, 1er juillet 2021 RG 21/00640, 2 juillet 2021 RG 20/08315, 8 juillet 2021 RG 21/02296), Versailles (4 mars 2021 RG 20/02572, 6 mai 2021 RG 20/04284), Aix-en-Provence (24 juin 2021 RG 20/06465), Orléans (22 juillet 2021 RG 2002151), Poitiers (8 juin 2021, RG 20/02340) et Toulouse (8 juillet 2021, RG 20/022767).

Ont en revanche retenu l'absence de contestation sérieuse les cours d'appel de Chambéry (29 juin 2021 RG 20/01402), de Grenoble (1er juillet 2021 RG 20/03802); Lyon (31 mars 2021 RG 20/05237 et 11 mai 2021 RG 20/04368); Paris (4 février 2021 RG 20/12540, 18 mars 2021 RG 20/13262 et RG 20/13420, 25 mars 2021 RG 20/13593, 7 mai 2021 RG 20/15102, 12 mai 2021 RG 20/17489 et 8 juillet 2021 RG 21/02296); Versailles (6 mai 2021 RG 20/04284 et RG 20/04845), d'Aix-en-Provence (24 juin 2021 RG 20/06465), Limoges (5 juillet 2021 RG 20/00449), de Lyon (31 mars 2021 RG 20/05237 et 11 mai 2021 RG 20/04368) ; Montpellier (10 juin 2021 RG 20/04605) ; Orléans (25 mars 2021 RG 20/02454) et Riom (2 mars 2021 20/01418

Concernant l'exception d'inexécution pour manquement du bailleur à son obligation de délivrance, la cour d'appel de Toulouse (8 juillet 2021 RG 20/02767) semble, à ce jour, être la seule à avoir retenu l'existence d'une contestation sérieuse.

L'arrêt attaqué, pour *condamner la locataire au paiement d'une provision à valoir sur les loyers échus pendant la période où la résidence a été fermée* :

- **a écarté l'exception de l'inexécution par les bailleurs de leur obligation de délivrance et de garantie d'une jouissance paisible comme non sérieuse**, en retenant : le caractère général des restrictions apportées à l'aptitude juridique des lieux donnés à bail, *les mesures concernant tous les bailleurs se trouvant dans la même situation*

et en énonçant : *«l'obligation des bailleurs d'assurer une jouissance paisible, entraînant l'obligation de permettre que les lieux puissent être affectés à leur destination convenue pendant toute la durée du bail, n'a pas été méconnue par les intimées»* et que «Le juge des référés a retenu *que si la mesure administrative de fermeture a vocation à créer un trouble dans l'exercice de l'activité du preneur, elle ne constitue pas un manquement du bailleur ni à son obligation de délivrance, ni à son obligation de jouissance paisible»*

- **a écarté comme non sérieuse la contestation fondée sur la perte de la chose louée**

en énonçant : en outre, l'appelante ne peut invoquer l'article 1722 du code civil, permettant une réduction des loyers en cas de perte partielle de la chose louée, ***puisque en la cause, les locaux donnés à bail n'ont subi aucune perte.***

Les motifs de l'ordonnance confirmée ne diffèrent en rien de ceux de l'arrêt. Il appartient à notre chambre de juger si, en condamnant, par ces motifs, la locataire au paiement d'une provision à payer une provision, la cour d'appel a, comme il lui en est fait reproche, tranché une contestation sérieuse.