

Bail commercial - Libre opinion sur l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux à l'épreuve des turbulences générées par la crise sanitaire.

Etude par Moussa Thioye professeur à l'université Toulouse Capitole, directeur du master droit de l'immobilier

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 21-22, 26 mai 2022, 1201

Bail commercial

Face aux difficultés et turbulences générées par la crise sanitaire et les restrictions juridico-administratives attachées, notamment à propos de l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux, la question posée et analysée dans la présente étude est celle de savoir si, même *a priori* mis sous le boisseau au profit du droit spécial des baux commerciaux, le droit commun des contrats en général et/ou le droit commun du bail en particulier ne seraient pas, *a posteriori*, susceptibles de bondir de leur embuscade pour voler au secours de locataires souhaitant être déchargés, temporairement ou définitivement, de dettes contractuelles de loyers.

1. - S'interroger sur « *l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux à l'épreuve des turbulences générées par la crise sanitaire* » peut, *a priori*, sembler curieux s'agissant, au moins, de « *l'existence des loyers* » puisque l'existence d'un loyer réel et sérieux constitue, dans et pour n'importe quel bail, une condition de sa formation ainsi qu'un critère de sa qualification. En effet, parce qu'il nécessite un prix appelé loyer, le bail fait partie des contrats à titre onéreux ou intéressés dans lesquels toutes les parties recherchent un avantage ou, en d'autres termes, font des affaires. Autrement dit, le bail n'est et ne peut jamais être à titre gratuit et, partant, le défaut de stipulation d'un loyer réel et sérieux (ou sa disparition) emporte la nullité (ou la caducité) du contrat sauf s'il peut être requalifié en convention d'hébergement ou en commodat(1). Autant dire alors que, avec ou sans une crise sanitaire comme celle liée à la Covid-19, un bail commercial ne saurait exister ou subsister sans un loyer réel et sérieux puisque l'existence et le paiement de celui-ci constituent, depuis toujours et pour toujours, la cause de l'obligation du bailleur et l'objet de l'obligation du locataire. Ainsi, défendre la non-existence du loyer ou, plus exactement, sa « *disparition* » équivaudrait, fatalement et logiquement, à soutenir en même temps la « *disparition* » même du bail considéré. Il nous semble ainsi que, sauf si des locataires sont tentés de cesser de l'être, parce qu'ils voudraient se libérer de leur contrat, ils devraient concentrer leurs demandes d'indulgence ou d'absolution sur la seule exigibilité des loyers sans essayer de remettre en cause leur existence proprement dite puisque, par définition, il ne peut pas y avoir de bail qui tienne sans un loyer qui le soutienne.

2. - Cela dit, on sait que le recours au bail commercial est, pour diverses raisons juridico-financières, une opération assez courante chez les commerçants ou assimilés et que cette situation fait courir au commerçant le risque de perdre son fonds s'il est expulsé, à tort ou à raison, de ses locaux d'exercice. C'est pourquoi le législateur a, très tôt, instauré un système de protection du

locataire-commerçant. Enfermées dans un domaine assez précis, les règles matérielles spécialement applicables, qui sont impératives, sont aujourd'hui prévues aux articles L. 145-1 et suivants et R. 145-1 et suivants du Code de commerce et ont trait tant au contrat initial qu'à son renouvellement. Néanmoins, le droit commun des obligations conventionnelles a vocation à s'appliquer aux contrats spéciaux en l'absence de dispositions spéciales contraires et, dans les baux commerciaux, il y a de très nombreux points qui, dans le silence du statut spécial, sont fatallement et heureusement régis, de manière suppléative ou palliative, par le droit commun du bail (*C. civ., art. 1708, 1709 et 1711 et s.*) et, si cela ne suffit pas, par le droit commun des contrats en général (*C. civ., art. 6 et 1100 et s.*). Ainsi, *a priori*, le particularisme et la « préséance » du droit spécial des baux commerciaux, dans son domaine propre, n'annihilent pas le classicisme et la vivacité du droit commun des obligations contractuelles dont les ressources sont incontestablement inépuisables. En effet, même « *s'il s'est produit une réduction constante du domaine du droit commun [...], la multiplication des régimes particuliers n'implique aucunement la disparition du droit commun* » (2). Dès lors, même si la théorie générale du contrat a subi, entre autres assauts, celui du droit immobilier spécial, elle est et demeure « *le fondement de tout le droit privé et le tronc commun à toutes les disciplines* » (3). Même si les dispositions générales communes à tous les contrats ont vocation à être mises sous la table en présence de dispositions juridiques particulières à certains contrats, puisque « *specialia generalibus derogant* » (*C. civ., art. 1105, al. 3*), le droit commun « *constitue véritablement le cœur du droit privé* », « *le ciment du droit privé* » (4) et, à ce titre, il reste susceptible de resurgir pour suppléer ou reléguer au second plan le droit spécial officiellement à l'affiche comme peut l'être le droit spécial des baux commerciaux.

3. - Alors, face aux difficultés et turbulences générées par la crise sanitaire actuelle, notamment à propos de l'existence et/ou l'exigibilité des loyers commerciaux, on peut se poser la question de savoir si, même s'ils sont *a priori* mis sous le boisseau au profit du droit spécial des baux commerciaux, le droit commun des contrats en général et/ou le droit commun du bail en particulier ne seraient pas, *a posteriori*, susceptibles de bondir de leur embuscade ? En effet, avec la crise sanitaire générée par la Covid-19, aussi imprévue (sans être, peut-être, totalement imprévisible) qu'irrésistible ou difficilement résistible, le droit commun, dans tous ses variants, a dû sortir de son refuge pour combler ou tenter de combler les vides laissés par le statut des baux commerciaux. Il faudrait plutôt dire, pour plus de justesse, que l'on a essayé, plutôt en vain d'ailleurs, de mobiliser le droit commun du bail et le droit commun des contrats pour suppléer ou reléguer au second plan le droit spécial des baux commerciaux et surmonter son impuissance normative. Avec quels outils, quelles armes, quels bagages, quels arguments, quelles sources, quels moyens ? La théorie de la force majeure ? La théorie de l'imprévision ? La théorie de l'exception d'inexécution ? La théorie de l'abus de droit ? La théorie de la bonne (ou mauvaise) foi ? La théorie de l'équité ? La théorie des risques (ou de la perte de la chose louée) ? Tout cela à la fois ? Ou rien de tout cela parce que, en principe, « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » (*C. civ., art. 1103*) et que, partant, les « *contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* » (*C. civ., art. 1193*) ?

4. - On sait que des locataires commerçants désesparés et se sentant désarmés devant la crise sanitaire et les restrictions juridico-administratives y attachées ont, plutôt en faisant feu de tout bois, saisi les tribunaux pour tenter de se libérer ou d'être déchargés, temporairement ou définitivement, de dettes contractuelles de loyers. On sait, en effet, que « *la crise sanitaire liée à la Covid-19 et les mesures prises pour l'endiguer ont conduit certains preneurs à bail commercial à contester l'obligation de paiement des loyers ou à chercher à échapper aux conséquences d'un défaut de paiement* » (5). On sait aussi que des tribunaux se sont prononcés et continuent de se prononcer sur à peu près tout mais avec des réponses disparates confinant généralement à un rien

ou un quasi-rien... pour les locataires demandeurs (6). Des tribunaux « *produisants* » parmi lesquels on ne compte pas encore la plus haute des juridictions, la Cour de cassation, dont l'avis promis pour le 5 octobre 2021 et ainsi attendu, guetté, redouté ou espéré n'allait finalement jamais arriver parce que les parties à l'origine de la procédure ont, « *malheureusement* » pour la doctrine, eu la bonne idée de troquer leur bras de fer juridictionnel contre une poignée de main transactionnelle et, donc, contractuelle (7). Ainsi, en l'absence d'opinion ou de position connue de la Cour de cassation et devant la pluralité et la diversité des positions ou même des postures des juges du fait, il nous a semblé opportun de tenter une recherche de voies - relevant davantage d'une démarche exégétique que d'une libre recherche scientifique - tant sur le terrain du droit commun des contrats en général que sur celui du droit commun du bail en particulier.

1. Une quête, plutôt en vain, de remèdes extraits du droit commun des contrats en général

5. - La théorie de la force majeure, un remède clairement illusoire ? - Un des arguments en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, de dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait être tiré de la théorie de la force majeure commandant de libérer le débiteur « *empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé* » (*C. civ., art. anc. 1148*). À ce sujet, rappelons que face à la situation d'impuissance dans laquelle peut se trouver une personne assujettie à une force qui lui est supérieure, la morale populaire s'exprime par un proverbe bien connu : « *à l'impossible, nul n'est tenu* » ! Un aphorisme que le droit des obligations a dû faire sien, ça et là, pour venir au secours du débiteur contractuel dont la défaillance trouve son origine dans la force majeure. En effet, l'ancien article 1148 et, notamment, les nouveaux articles 1218, 1231-1 et 1307-2, 1351, 1360, du Code civil apportent un bémol au principe de la force obligatoire du contrat (*C. civ., art. 1103, 1104 et 1193. - C. civ., anc. art. 1134*) qui, en tant qu'« *instrument d'anticipation sur le futur* »(8), peut être appelé à traverser des zones de turbulence et, ainsi, s'exposer à des risques d'inexécution totale ou partielle, tardive ou défectueuse. Et il y a, parmi ces risques, les risques externes pouvant tenir à une impossibilité d'exécution et, dans cette situation, le débiteur impuissant mérite compréhension et indulgence. Et c'est ce qui est réalisé depuis toujours dans le Code civil avec l'idée que la force majeure est un motif d'absolution du débiteur défaillant qui, à cause d'un événement qui le dépasse et le domine, ne peut plus faire face à ses obligations contractuelles. En effet, lorsque, par suite d'un obstacle de force majeure, des obligations contractuelles autres que de somme d'argent ou d'une chose de genre se trouvent définitivement dans l'impossibilité d'être exécutées, cette circonstance constitue une cause d'extinction desdites obligations et le législateur exonère ainsi de toute condamnation le débiteur empêché. Selon l'article 1351 du Code civil, « *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive* ». Plus précisément, « *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* » et, « *si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résultera ne justifie la résolution du contrat* » (*C. civ., art. 1218*). Cela dit, si l'application de ces règles (relatives à la libération du débiteur) est plutôt aisée en présence d'un contrat unilatéral où seule l'une des parties est obligée, la situation se complexifie lorsque l'obligation dont l'exécution est rendue impossible par la force majeure est générée par un contrat synallagmatique. En effet, dans l'hypothèse d'un contrat bilatéral, la question se pose de savoir quelles sont les répercussions de l'extinction des obligations de l'une des parties sur l'existence ou l'exécution des

obligations de l'autre : doit-on considérer que le cocontractant du débiteur empêché reste toujours tenu quoiqu'il ne puisse plus obtenir la contrepartie sur laquelle il comptait ou doit-on décider, au contraire, qu'il devient subséquemment libéré et, à supposer qu'il ait déjà exécuté ses obligations, il pourra en obtenir la répétition ? Il résulte du Code civil que cette question des risques dans un contrat est dominée par un principe, « *res perit debitori* », selon lequel les risques sont pour le débiteur de la prestation devenue impossible. En effet, du fait du principe d'interdépendance ou de connexité des obligations réciproques dans un contrat synallagmatique, l'extinction des obligations de l'une des parties du fait de la force majeure entraîne par là même la libération de l'autre partie. Cette solution trouve son fondement juridique dans l'idée classique et « immortelle » de cause objective : les obligations réciproques des contractants se servant mutuellement de cause, lorsque celles de l'un s'éteignent par impossibilité fortuite d'exécution, celles de l'autre deviennent, partant, dépourvues de cause et disparaissent ainsi. Du reste, la solution est aussi commandée par des considérations d'équité puisqu'il serait injuste que la partie privée de contre-prestation par la force majeure soit malgré cela tenue d'exécuter sa propre prestation (9). Et, dans ces cadre et contexte juridiques, la question posée est la suivante : la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance (ou de jouissance paisible), pourrait-elle être qualifiée de cas de force majeure qui, parce qu'elle empêcherait le locataire de payer ses dettes contractuelles de loyers commerciaux, commanderait de le libérer temporairement ou définitivement de telles dettes de sommes d'argent ?

6. - À la question ainsi posée, une réponse négative semble s'imposer, sans coup férir, dès lors que, en vertu d'une règle constante, incontestable et incontestée, « *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* » (10). Autrement dit, le paiement d'un prix comme un loyer n'est et ne peut pas être impossible, sauf l'hypothèse dans laquelle l'événement de force majeure aurait empêché le débiteur de payer dans un délai impératif déterminé (11). À cela s'ajoute que, d'après une règle récemment rappelée par la Cour de cassation, la théorie de la force majeure n'est destinée à voler qu'au secours du « débiteur » aux abois (« débiteur » au profit de qui a été instituée la théorie de la force majeure) de sorte 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* » (12). Autrement dit, le créancier qui ne profite pas de son droit, comme le locataire créancier de l'obligation de délivrance qui ne peut pas jouir de son bien à cause d'une fermeture administrative (qui n'est pas assimilable à une perte de la chose louée), doit tout de même en payer le prix... puisqu'il n'y a pas dans une telle situation une impossibilité d'exécution (il s'agit de la théorie des risques et, même si la loi est dure, c'est la loi). D'autant que, encore une fois, « *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* » (13) puisque, par définition, le paiement d'une somme d'argent est en soi toujours juridiquement possible et s'écarte ainsi de l'idée d'empêchement qui est placée au cœur de la qualification de force majeure (et qui la distingue, entre autres critères, de l'imprévision). Bref, sans doute parce que « *la force majeure [qui porte atteinte à la force obligatoire du contrat] doit être maîtrisée sous peine de devenir une "machine à faire sauter le droit"* » (14), cette théorie classique ne serait, malgré son universalisme qui invite à évoquer l'idée de droit naturel, qu'un remède illusoire pour le locataire financièrement pris à la gorge ou étranglé par les turbulences générées par la crise sanitaire.

7. - **La théorie de l'imprévision, un remède probablement illusoire ?** - Un autre argument en faveur de l'assouplissement des dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait encore être tiré de la théorie de l'imprévision qui procède d'un déséquilibre des prestations survenu en cours d'exécution du contrat suite à un changement imprévisible des circonstances indépendant de la

volonté des parties. Rappelons, à propos de cette théorie, qu'elle a toujours été au cœur d'un antagonisme entre deux grands principes : d'une part, le principe individualiste de l'autonomie de la volonté avec, par souci de sécurité juridique, son corollaire que constitue la force obligatoire du contrat, même ultérieurement déséquilibré, dès lors qu'il a été librement conclu ; d'autre part, le principe socialisant de justice contractuelle reposant sur l'idée que la justice serait un principe général figurant parmi « *les fins suprêmes du droit* »(15). Toujours est-il que, en brisant la célèbre jurisprudence dite du « *Canal de Craponne* » du 6 mars 1876(16), le nouvel article 1195 du Code civil a consacré, de manière générale, la théorie de l'imprévision. En effet, selon le texte, « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* » mais « *elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». Et, « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Et, dans ces cadre et contexte juridiques, la question posée est celle-ci : la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance (ou de jouissance paisible), pourrait-elle être qualifiée d'imprévision qui, parce qu'elle mettrait financièrement le locataire en difficulté, l'autoriserait à exiger une renégociation du contrat et, en cas de refus ou d'échec de la renégociation, pourrait, notamment, demander au juge de réviser le loyer ?

8. - À la question ainsi posée, une réponse affirmative peut, *a priori*, sembler envisageable si l'on considère que le droit commun des obligations a vocation à s'appliquer aux contrats spéciaux et, donc, aux baux commerciaux en l'absence de dispositions spéciales contraires. Cela dit, la question se pose de savoir si, dans le statut des baux commerciaux, il n'existe pas depuis longtemps des dispositions textuelles spéciales en matière d'imprévision. Si la théorie de l'imprévision ne semble pas, à première vue, abordée dans le statut des baux commerciaux, rien n'est moins sûr au vu des règles légales impératives de révision (révision légale triennale ou révision « conventionnelle » en présence d'une clause d'indexation) des loyers des baux en cours. En effet, dès lors qu'elles peuvent, voire doivent, être interprétées comme une forme de consécration par le législateur de la théorie de l'imprévision (puisque le législateur procède ou fait procéder à la réactualisation des prestations financières qui seraient devenues déséquilibrées en cours d'exécution), ces règles légales impératives de droit spécial ne s'opposeraient-elles pas à l'application de règles légales supplétives comme celles issues du nouvel article 1195 du Code civil ? Rappelons encore que, selon l'article 1105, alinéa 3, du Code civil, « *les règles générales [ne] s'appliquent [que] sous réserve de ces règles particulières* ».

9. - **La théorie de l'exception d'inexécution, un remède clairement illusoire ?** - Un autre des arguments invoqués en faveur de la suspension de dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait être tiré de la théorie de l'exception d'inexécution commandant, selon l'article 1217 du Code civil, que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut [...] refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation* ». À ce propos, rappelons que, dans le sillage de ce premier texte introductif, l'article 1219 du même code dispose qu'« *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ». En reprenant ainsi des règles classiques, ce texte consacre l'exception pour risque d'inexécution avérée, qui constitue une forme de « *légitime défense contractuelle* »(17) : une partie confrontée à la carence de son cocontractant peut refuser d'exécuter ses propres obligations en attendant

l'exécution qui lui est due. Il y a ainsi, entre autres conditions, celle d'une inexécution contractuelle avérée puisqu'il résulte des dispositions expresses des articles 1217 et 1218 du Code civil, que la mise en œuvre de l'*exceptio non adimpleti contractus* suppose que l'engagement de l'autre partie n'ait pas été exécuté ou l'ait été imparfaitement. La question est néanmoins celle de savoir si peu importe la source de cette inexécution ou si, au contraire, il faut que l'inexécution trouve nécessairement sa source dans la défaillance fautive du débiteur. Pour certains auteurs, « *peu importe la source de cette inexécution. Ce peut être la faute du débiteur. Mais il peut s'agir aussi d'un événement de force majeure empêchant l'exécution d'une obligation et permettant une suspension corrélative* »(18). Il nous semble toutefois que cette opinion doctrinale, dont on ne trouve aucun écho parfaitement « *pertinent et concluant* » en jurisprudence, doit, clairement, être contestée et récusée puisque l'exception d'inexécution est envisagée par le législateur, dans l'article 1217 du Code civil, parmi les cinq catégories de « *sanctions* » (au sens de punitions et de condamnations) possibles en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de ses obligations par un débiteur. La source de l'inexécution, qui peut déclencher la mise en branle défensive et « *punitive* » de l'exception d'inexécution, ne peut et ne doit être qu'une inexécution trouvant sa source dans la faute du débiteur puisque, précisément, la finalité ultime de cette « *légitime défense contractuelle* » est, en tant que « *puissant moyen de pression sur la partie défaillante* »(19), de forcer l'exécution qui, de toute évidence, n'est concevable que si elle n'est pas empêchée par la force majeure. Et, dans ce cadre et ce contexte juridiques, la question posée et que nous nous posons aujourd'hui est la suivante : la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance, pourrait-elle être qualifiée de défaillance du bailleur qui, parce qu'il n'aurait pas exécuté son engagement ou ne l'aurait exécuté qu'imparfaitement, autoriserait le locataire à suspendre ou refuser de payer ses dettes de loyers en attendant l'exécution qui lui est due ?

10. - À la question ainsi posée, une réponse négative semble s'imposer, sans crainte, dès lors que la source de l'inexécution grave qui peut permettre à un locataire de déclencher la mise en branle défensive de l'exception d'inexécution ne peut et ne doit être qu'une inexécution trouvant sa source dans la faute du bailleur. Or, il va sans dire que la crise sanitaire et les contraintes juridico-administratives y attachées, comme les fermetures administratives, ne sauraient aucunement être reprochées à un bailleur qui, du reste, les subit aussi à son niveau. L'exception d'inexécution qui serait utilisée, sous prétexte de crise sanitaire, serait indéniablement détournée de sa finalité défensive contre une défaillance contractuelle et mobilisée au mépris de sa nature de moyen de pression sur une partie volontairement défaillante pour la forcer à exécuter ses obligations.

11. - **La théorie de l'abus de droit, un remède vraisemblablement illusoire ?** - Un des autres arguments en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, de dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait encore être tiré de la théorie de l'abus de droit en se demandant s'il n'y aurait pas lieu de se placer sur ce terrain lorsqu'une partie, comme un bailleur commercial, entend faire exécuter une obligation dans des circonstances où un événement imprévu, comme la crise sanitaire et les mesures y attachées, a déséquilibré l'économie du contrat au détriment du locataire subissant une privation de jouissance.

12. - À la question ainsi posée, une réponse négative semble s'imposer, sans la moindre hésitation, dès lors que le créancier qui demande l'exécution de l'obligation promise, comme le paiement des loyers, ne commet pas un abus de droit car celui-ci n'est pas détourné de son but légitime. Demander le respect de la parole donnée, même s'il y a déséquilibre ultérieur, ne peut être considéré comme un abus de droit, qui est une variété de faute extracontractuelle, car « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » (C. civ., art. 1103). De plus, la théorie de l'abus de droit ne conçoit d'intervention du juge qu'en termes d'indemnisation alors que le remède à la crise

sanitaire et la privation subséquente de jouissance ne peut et ne doit pas consister en une quelconque condamnation d'un bailleur à des dommages-intérêts. Cela dit, il faut rappeler que l'abus de droit peut, lorsqu'il s'agit de « *l'abus subjectif* », résulter d'une intention de nuire, voire d'une légèreté blâmable, du détournement de la finalité d'une prérogative ou d'un pouvoir. Et, dans ce cas, il serait bien l'antithèse de la bonne foi contractuelle et, donc, condamnable à ce titre.

13. - **Les théories de la bonne foi et de l'équité, des remèdes vraisemblablement « pertinents et concluants » ?** - Un des arguments en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, de dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait être tiré des théories de la bonne foi et de l'équité et, précisément, des dispositions des articles 1104 et 1194 du Code civil aux termes desquels « *les contrats doivent être [...] exécutés de bonne foi* » et conformément à toutes les suites que leur donne « *l'équité* »... L'idée serait de soutenir que le fait d'exiger de son débiteur l'exécution d'une obligation telle que convenue, alors que les circonstances, comme la crise sanitaire et les mesures y attachées, l'ont considérablement modifiée au détriment de ce dernier, pourrait être considéré comme injuste... Et, dès lors, les institutions de bonne foi et d'équité devraient commander le rétablissement de l'équilibre parce que les articles 1104 et 1194 du Code civil créeraient un véritable devoir de renégociation du contrat à la charge des parties en cas de crise.

14. - À la question ainsi posée, une réponse négative semble s'imposer, facilement, dès lors que l'équité et la bonne foi sont, dans la théorie classique, considérées comme de simples règles d'interprétation des clauses contractuelles ambiguës en cas de lacunes du contrat, ce qui n'est pas le cas en présence d'une crise sanitaire. On peut même ajouter que l'article 1103 disposant que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » exige le respect de la parole donnée, écartant ainsi délibérément le problème. Néanmoins, avec la réforme de 2016 et son ouverture franche au solidarisme contractuel, « *l'exigence [d'ordre public] de bonne foi et la conception solidariste qui en est retenue semblent particulièrement adaptées à la situation extraordinaire résultant de la pandémie* » (20) et l'on devrait ainsi pouvoir parler, avec justesse, de « *rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19* » (21).

15. - **La théorie de l'enrichissement injustifié, le remède clairement illusoire ?** - Un argument en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, de dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait être tiré de la théorie de l'enrichissement injustifié du créancier bailleur puisque, dans le contexte de la crise sanitaire et des restrictions juridico-administratives y attachées, il serait injuste de sa part de garder intact le bénéfice de ses loyers malgré le changement imprévu des circonstances économiques et l'appauvrissement subséquent du locataire.

16. - À la question ainsi posée, une réponse négative semble s'imposer, facilement, dès lors que l'enrichissement du bailleur, si enrichissement il y a, ce qui est fort douteux, voire faux, a bien une cause, à savoir le contrat de bail lui-même qui, rappelons-le, tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait (*C. civ., art. 1103*).

17. - Il apparaît ainsi, en définitive, que la quête de remèdes extraits du droit commun des contrats en général est, dans l'ensemble, plutôt décevante comme semble aussi l'être celle que l'on pourrait fonder sur le droit commun du bail en particulier.

2. Une quête, plutôt en vain, de remèdes tirés du droit commun du bail en particulier

18. - Un argument en faveur de la suspension ou de la suppression, temporaire ou définitive, de dettes contractuelles de loyers commerciaux pourrait encore être tiré de la théorie de la perte de la

chose louée en considérant que la crise sanitaire, avec les restrictions juridico-administratives y attachées et la privation subséquente de jouissance pure et simple ou de jouissance paisible, équivaudrait à une perte partielle de la chose louée. Or, selon l'article 1722 du Code civil, « *si, pendant la durée du bail, la chose louée [...] n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail* » (22).

19. - À la question ainsi posée, une réponse négative semble s'imposer, facilement, dès lors que les dispositions de l'article 1722 du Code civil, qui ne visent que la « destruction » totale ou partielle par cas fortuit, ne peuvent pas être invoquées par le locataire en cas de fermeture administrative parce qu'il ne s'agit pas là, de toute évidence, d'une « destruction » totale ou partielle qui serait synonyme de remise en cause de l'obligation de délivrance. À cela s'ajoute que, d'après une règle récemment rappelée par la Cour de cassation, la théorie de la force majeure n'est destinée à voler qu'au secours du « *débiteur* » aux abois de sorte 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* » (23). Autrement dit, le créancier qui ne profite pas de son droit (comme le locataire, créancier de l'obligation de délivrance, qui ne peut pas jouir de son bien à cause d'une fermeture administrative qui n'est pas assimilable à une perte de la chose louée) doit tout de même en payer le prix, d'autant que ce paiement d'une obligation de somme d'argent n'est pas et ne peut pas être juridiquement impossible. *Dura lex, sed lex* !

Mots clés : Entreprise. - Crise sanitaire. - Bail commercial.

Note 1 *V. Cass. 3e civ., 20 déc. 1971, n° 70-13.450 : JurisData n° 1971-000644 ; Bull. civ. III, n° 644.* - *Cass. 3e civ., 27 avr. 1976, n° 74-13.925 : JurisData n° 1976-098176 ; Bull. civ. III, n° 176.*

Note 2 *Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et Fr. Chénédé, Droit civil. Les obligations : Dalloz, 12e éd., 2018, n° 13.*

Note 3 *A. Bénabent, Droit des obligations : LGDJ, 18e éd., 2019, n° 7.*

Note 4 *A. Bénabent, Droit des obligations : LGDJ, 18e éd., 2019, n° 7.*

Note 5 *S. Brenna, Covid-19 et baux commerciaux : synthèse critique de jurisprudence des juges du fait : Rev. Loyers, avr. 2021, n° 1016, p. 162 et s., spéc. p. 162.*

Note 6 *V. les décisions citées et commentées par S. Brenna, Covid-19 et baux commerciaux : synthèse critique de jurisprudence des juges du fait : Rev. Loyers, avr. 2021, n° 1016, p. 162, préc. - P.-H. Brault, Le bail commercial et les effets de la pandémie de Covid-19 : premières décisions et quelques observations : Loyers et copr. 2021, comm. 1.*

Note 7 *Cass. 3e civ., 6 oct. 2021, n° 21-70.013 : inédit au Bulletin civil.*

Note 8 *J. Carbonnier, Flexible droit : LGDJ, 8e éd., p. 309.*

Note 9 *V. A. Bénabent, Droit des obligations : LGDJ, 18e éd., 2019, n° 360 et s.*

Note 10 *V. Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306 : Bull. civ. IV, n° 118 ; JCl. Responsabilité civile et Assurances, Synthèse 260.*

Note 11 *V. Cass. 3e civ., 17 févr. 2010, n° 08-20.943 : JurisData n° 2010-000804 ; Bull. civ. III, n° 47 ; JCP E 2010, 1316, obs. E. Chavance ; JCP G 2010, I, doctr. 516, note P. Grosser.*

Note 12 *Cass. 1re civ., 25 nov. 2020, n° 19-21.060, P+B+I : JurisData n° 2020-019227 ; JCP E 2021, 1131 ; JCl. Civil Code, Synthèse 625 ; D. 2021, p. 114, note S. Tisseyre.*

Note 13 *V. Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306, préc.*

Note 14 *P.-H. Antonmattéi, Contribution à l'étude de la force majeure : LGDJ, 1992, n° 2.*

Note 15 *F. Gény, cité par S. Goyard-Fabre et R. Sève, Les grandes questions de la philosophie du droit : PUF, 1986, p. 193.*

Note 16 *Cass. civ., 6 mars 1876 : D. 76, 1, p. 193 ; S. 76, I, p. 161.*

Note 17 *A. Bénabent, Droit des obligations : LGDJ, 18e éd., 2019, n° 369.*

Note 18 *Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et Fr. Chénedé, préc., n° 769. - Rappr. S. Brenna, Covid-19 et baux commerciaux : synthèse critique de jurisprudence des juges du fait : Rev. Loyers, avr. 2021, n° 1016, art. préc., p. 166. - O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations : LexisNexis, 2e éd., 2018, p. 541.*

Note 19 *A. Bénabent, Droit des obligations : LGDJ, 18e éd., 2019, n° 369.*

Note 20 *S. Brenna, Covid-19 et baux commerciaux : synthèse critique de jurisprudence des juges du fait : Rev. Loyers, avr. 2021, n° 1016, art. préc., p. 167.*

Note 21 *F. Kenderian, Du rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19 : RTD com. 2020, p. 783.*

Note 22 *À rapprocher de l'article 1741 du Code civil aux termes duquel « le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée ».*

Note 23 *Cass. 1re civ., 25 nov. 2020, n° 19-21.060, préc.*