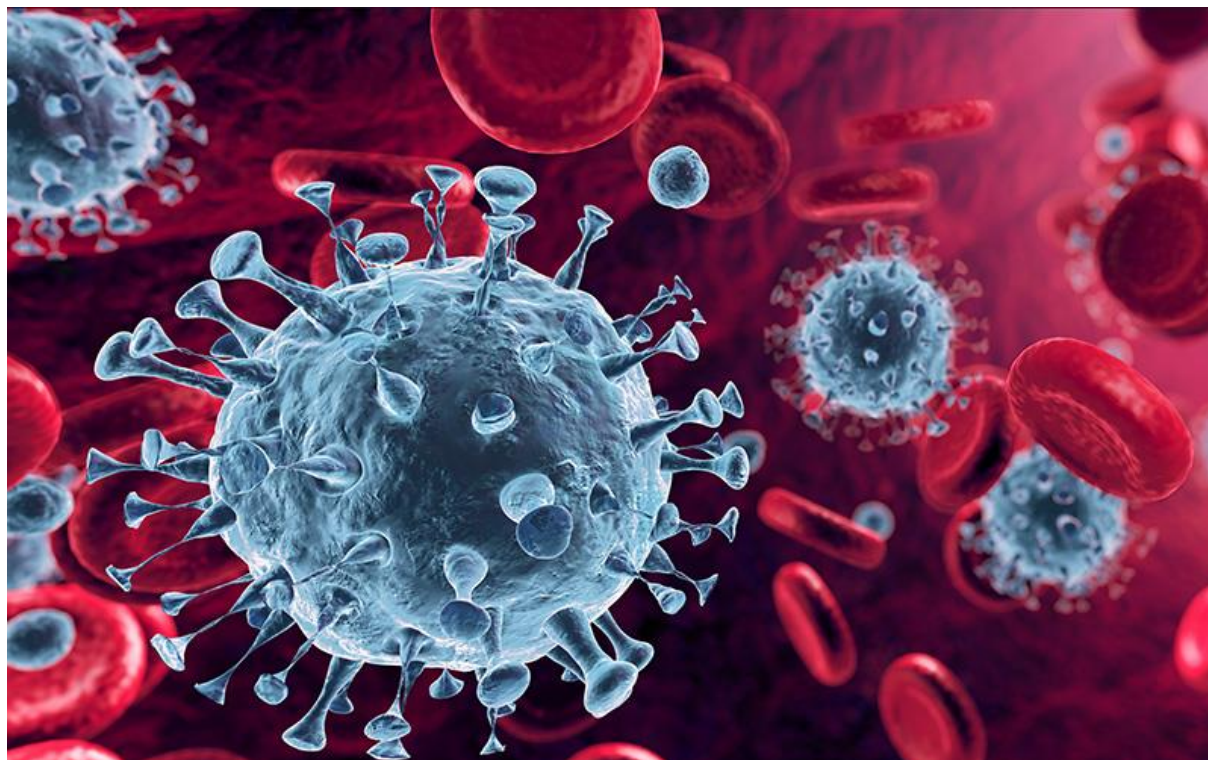




Covid-19 et loyers commerciaux fermés : les arguments contre l'extinction des loyers ne convainquent pas



Par [Fabienne Kerebel](#), conseil

Les loyers des locaux commerciaux fermés par voie réglementaire ne sont juridiquement plus dus pendant la période de fermeture. Cette conclusion prend place au sein d'une véritable « guerre des loyers » ouverte par les mesures de fermeture au public imposées par le gouvernement dans le cadre de la lutte du Covid-19, d'aucuns défendant a contrario le maintien des loyers.

Quid de la pertinence des arguments à l'encontre de l'extinction de la dette de loyers ?

CONTEXTE

Dans le cadre de la lutte contre la pandémie liée au Covid-19, le gouvernement français a, par voie réglementaire^[1], imposé la fermeture au public des établissements commerciaux, sauf pour un nombre restreint d'activités limitativement identifiées.

S'agissant des commerces exploités au sein de locaux pris à bail, cette fermeture réglementaire pose la question du sort des loyers, les preneurs étant, par le fait du prince, privés de la jouissance des locaux loués. Cette question est essentielle pour ces derniers

PARIS
+33 1 57 57 50 00
10 place des Etats-Unis
75116 Paris

HONG KONG
+852 28 99 23 81
2 Ice House Street
Central - Hong Kong



dans la mesure où cette privation s'accompagne de la disparition des revenus d'exploitation sur la période de fermeture contrainte des locaux (la **Période de Fermeture**).

L'application du droit commun des obligations permet de conclure, s'agissant des locaux contraints réglementairement à fermeture et dans lesquelles le preneur n'est plus autorisé à exercer son activité (les **Locaux Fermés**), à l'extinction définitive de l'obligation de paiement des loyers sur la Période de Fermeture. En effet, le contrat de bail n'existe juridiquement qu'en présence de deux obligations essentielles : l'obligation de délivrance pesant sur le bailleur et l'obligation miroir de paiement des loyers pesant sur le preneur, la seconde n'étant que la contrepartie de la première qui correspond au but du contrat de bail.

L'obligation de délivrance constitue une obligation de résultat, qui suppose la délivrance, pendant toute la durée du bail, d'un local propre à accueillir paisiblement l'activité prévue au bail. La seule interdiction d'ouvrir les locaux loués au public caractérise le manquement à cette obligation, ce qui autorise le preneur à suspendre de plein droit son obligation de paiement des loyers et charges par le jeu de l'exception d'inexécution. L'obligation de délivrance étant une obligation continue insusceptible d'exécution tardive, cette suspension emporte extinction définitive de l'obligation de paiement au résultat de l'exception d'inexécution.

La cause du manquement à l'obligation de délivrance (faute du bailleur ou force majeure) est indifférente.

Les loyers relatifs à la Période de Fermeture des Locaux Fermés sont donc de plein droit et définitivement éteints pendant toute la Période de Fermeture[\[2\]](#).

ANALYSE

Des arguments circulent, au sein de la communauté juridique, à l'encontre du raisonnement susvisé et sa conclusion et au soutien du maintien de la dette de loyers des Locaux Fermés pendant la Période de Fermeture.

Toutefois, aucun de ces arguments ne convainc juridiquement.

SUR L'ABSENCE DE MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

D'aucuns soutiennent que la fermeture réglementaire des Locaux Fermés ne caractérise pas un manquement du bailleur à son obligation de délivrance :

- parce que le preneur a toujours les clefs, ou
- parce que l'interdiction réglementaire viserait non pas les Locaux Fermés mais l'activité y exercée, ou
- parce que la force majeure ferait disparaître le manquement (*infra*, §2).



SUR LA CONSERVATION DES CLEFS PAR LE PRENEUR

Le fait que le preneur ait, malgré la fermeture réglementaire, la disposition des clefs et la possibilité de se rendre dans le local ne caractérise par la délivrance requise par l'article 1719 du Code civil, lequel dispose :

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

1° De délivrer au preneur la chose louée [...] ;

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

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

Les contours de l'obligation de délivrance ont été précisés par la jurisprudence, qui rappelle fréquemment son caractère essentiel et concret, résultant de « *la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière* »^[3]. À cet égard, la Cour de cassation précise notamment que « *les clauses du contrat de bail ne [peuvent] décharger le bailleur de son obligation de délivrance d'un local en état de servir à l'usage contractuellement prévu* »^[4]. L'obligation de délivrance, *lato sensu*^[5], oblige le bailleur :

- d'une part, à délivrer au preneur un local « utile », c'est-à-dire propre à l'exercice de l'activité conforme à la destination du bail, soit, pour les commerces de vente, un local apte à accueillir du public pendant les heures d'ouverture ;
- d'autre part, à assurer cette délivrance pendant toute la durée du bail en assurant la jouissance paisible de ce local « utile ».

L'obligation de délivrance s'affirme ainsi comme une obligation de résultat, le bailleur étant astreint à un résultat précis^[6] : délivrer et assurer la jouissance paisible et utile du bien loué au preneur pendant toute la durée du bail^[7].

Il est manifeste que la jouissance paisible et utile des Locaux Fermés n'est plus assurée pendant la Période de Fermeture. Les Locaux Fermés ne sont plus éligibles à l'accueil du public, le preneur n'est plus apte à y exercer l'activité prévue au bail.

Le résultat exigé par l'exécution de l'obligation de délivrance n'est donc plus atteint depuis le début de la Période de Fermeture. L'inexécution de l'obligation essentielle du bailleur est donc caractérisée.

SUR L'OBJET DE L'INTERDICTION DE FERMETURE

D'aucuns soutiennent que l'interdiction d'ouverture au public prise par la gouvernement vise non pas les Locaux Fermés mais l'activité que le preneur y exerce, de sorte que le bailleur ne manquerait pas à son obligation de délivrance et le preneur ne serait pas recevable à invoquer l'exception d'inexécution.

Cet argument n'empêche pas davantage adhésion, à un double titre.

PARIS
+33 1 57 57 50 00
10 place des Etats-Unis
75116 Paris

HONG KONG
+852 28 99 23 81
2 Ice House Street
Central - Hong Kong



LES ÉTABLISSEMENTS RECEVANT DU PUBLIC

L'interdiction d'ouverture au public vise bien les locaux, les locaux concernés étant définis par rapport à l'activité qu'ils accueillent.

L'article 6 I du décret du 23 mars 2020^[8] interdit à certains établissements de continuer à recevoir du public, identifiés par rapport aux catégories dont ils relèvent.

La notion d'établissement recevant du public est définie par l'article R. 123-2 du Code de la construction et de l'habitation, lequel dispose :

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

Sont considérées comme faisant partie du public toutes les personnes admises dans l'établissement à quelque titre que ce soit en plus du personnel »

L'interdiction d'ouverture au public concerne donc bien les locaux et non l'activité qui y est exercée. Celle-ci intervient simplement pour les besoins de l'identification des locaux concernés par cette interdiction d'ouverture au public.

En effet, l'article 6 du décret susvisé identifie :

- les établissements concernés par l'interdiction par référence au « type » d'établissement recevant du public dont ils relèvent ; conformément au Code de la construction et de l'habitation, les établissements recevant du public sont classés par « type » (symbolisé par une lettre)^[9], en fonction de leur activité ou la nature de leur exploitation^[10]
- ceux de ces établissements pouvant, par dérogation, continuer à recevoir du public par l'activité qui y est exercée^[11].

Cette distinction réglementaire est parfaitement logique au regard de l'objectif poursuivi par l'interdiction. Il s'agit en effet, non pas d'interdire telle activité, mais la réunion de personnes au sein d'un local dès lors que les activités exercées dans ce local ne sont pas essentielles à la vie quotidienne de la nation. La fermeture vise donc le local. L'exploitant d'une activité exercée dans les Locaux Fermés est ainsi parfaitement autorisé à poursuivre une activité en tout ou partie similaire dès lors qu'elle n'implique pas l'ouverture d'un local au public^[12].

Les dérogations s'expliquent en revanche par la nature de l'activité exercée dans les locaux, considérée par le gouvernement comme essentielle à la vie de la nation. Ces locaux, parce qu'ils abritent une activité essentielle et autorisée, restent ouverts au public, par dérogation.



L'interdiction d'ouverture au public affectant donc indubitablement le Local Fermé, le manquement à l'obligation de délivrance est caractérisé[13].

L'EXIGENCE DE RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC

À supposer, exclusivement pour les besoins du raisonnement, que l'interdiction eût affectée l'activité et non pas le local, les loyers afférents à la Période de Fermeture ne seraient pas davantage dus.

Le bail a pour but la mise à disposition des Locaux Fermés au profit du preneur en vue de sa jouissance effective, conforme à l'activité prévue au bail, pendant toute sa durée.

Dès lors que l'activité prévue au bail, parce qu'elle implique la réception du public, devient interdite par le règlement, le but du bail devient contraire à l'ordre public[14].

Compte-tenu du caractère temporaire de cette illicéité, elle emporterait non pas nullité mais suspension du contrat de bail pendant la Période de Fermeture.

SUR LE CARACTÈRE NON FAUTIF DU MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

D'aucuns estiment que le caractère non fautif à l'origine du manquement l'obligation de délivrance, soit fait obstacle à l'exception d'inexécution, soit « efface » le manquement.

Or, la cause du manquement est totalement indifférente.

L'absence de faute du bailleur n'empêche pas l'inexécution, laquelle est caractérisée par la seule défaillance dans la délivrance du résultat convenu et nécessaire[15]. En particulier, la force majeure, à la supposer caractérisée[16], reste impuissante à paralyser le jeu de l'exception d'inexécution[17]. Elle exonère uniquement le bailleur de toute responsabilité contractuelle[18] au titre du manquement à l'obligation de délivrance et donc des conséquences de ce manquement[19], sans le dispenser de s'acquitter de la contrepartie justifiant le droit au paiement des loyers.

SUR LES EFFETS « SEULEMENT » SUSPENSIFS DE L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

D'aucuns estiment encore que l'exception d'inexécution peut fonder une suspension de la dette de loyers pendant la Période de Fermeture, à l'exclusion de toute extinction de cette dette. L'échéance de l'obligation de paiement serait alors simplement reportée à l'issue de la Période de Fermeture, les loyers de la Période de Fermeture restant dus à hauteur de la totalité de leur montant.

Cette conclusion méconnaît la particularité de l'obligation de délivrance, qui est une obligation continue insusceptible de régularisation a posteriori. L'inexécution de l'obligation de délivrance pendant la Période de Fermeture est ainsi définitive.

Conformément à la théorie de la contrepartie[20], le droit de ne pas exécuter l'obligation de paiement des loyers sur la même période doit également être définitif. Autrement dit,



compte-tenu de la nature des obligations essentielles inhérentes au contrat de bail, l'exception d'inexécution emporte, non plus suspension, mais extinction de l'obligation de paiement des loyers sur la Période de Fermeture.

Telle est d'ailleurs la position classique de la jurisprudence[21].

SUR L'INCIDENCE DES MESURES GOUVERNEMENTALES DE SOUTIEN

Il est encore soutenu que les mesures gouvernementales bénéficiant aux preneurs dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 corrigent l'absence de délivrance conforme des Locaux Loués.

Pareille position ne repose sur aucun fondement juridique. Ces mesures sont parfaitement indifférentes au maintien ou à l'extinction juridique de l'obligation de paiement ; le gouvernement n'a, en outre, en aucun cas conditionné ces mesures à l'absence d'extinction d'une dette de loyers.

NOTES DE BAS DE PAGE

[1] Pour la période 15 mars-10 mai 2020 : Arrêté du 14 mars 2020 (JORF n°0064 du 15 mars 2020, n°16), complété par Arrêté du 15 mars 2020 (JORF n°0065 du 16 mars 2020, n°2) puis abrogé et remplacé par le Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 - À compter du 11 mai 2020 : Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020.

[2] Voir notre analyse en ce sens : [Covid-19 et loyers de locaux commerciaux fermés : extinction de l'obligation de paiement](#) (François Devedjian, Fabienne Kerebel) et [Covid-19 : Et pourtant, les loyers des commerces fermés ne sont pas dus](#) (Philippe Ginestié).

[3] Cass. Civ. 3^{ème}, 25 juin 2008, n° 07-14.341 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mai 2014, n° 12-29.504

[4] Cass. Civ. 3^{ème}, 31 oct. 2012, 11-12.970

[5] La jouissance étant consubstantielle à la délivrance.

[6] Ce résultat étant la raison d'être et le but du contrat de bail.

[7] Elle tend même à se rapprocher de l'obligation de garantie, laquelle est encore plus forte puisqu'elle assure, de façon automatique et sans exonération, à un cocontractant une couverture contre toutes les conséquences résultant de l'inexécution des obligations de son co-contractant.

[8] Supra, Note 1.

[9] Le décret identifie maladroitement mais très clairement ces « types » sous le vocable « catégorie » (vocable – catégorie de 1 à 5 – identifiant normalement la capacité d'accueil de l'établissement : art. R. 123-19 CCH).

[10] Art. R. 123-18 CCH.

[11] Annexe au décret susvisé du 23 mars 2020.

[12] Ainsi, par exemple, d'un restaurateur adoptant une activité de vente à emporter pendant la Période de Fermeture.

[13] Supra, Note 1.1)

[14] Art. 6 et 1162 C.civ.

[15] Supra, § 1.1)

PARIS
+33 1 57 57 50 00
10 place des Etats-Unis
75116 Paris

HONG KONG
+852 28 99 23 81
2 Ice House Street
Central - Hong Kong



[16] Ce qui n'est pas certain même lorsque le contrat de bail n'a pas exclu la force majeure. En effet, la jurisprudence adopte une appréciation particulièrement stricte des critères de la force majeure et a régulièrement refusé de reconnaître la force majeure en présence d'épidémies. Voir : Paris, 25 sept. 1996, n°1996/08159 (bacille de la peste), Besançon, 8 janv. 2014, n°12/0229 (grippe H1N1), Nancy, 22 nov. 2010, n°09/00003 (virus de la dengue) ou Basse-Terre, 17 déc. 2018, n°17/00739 (virus du chikungunya). Il est toutefois vrai que le virus du Covid-19 présente une ampleur, géographique, pathologique et sociétale, inédite de nature à favoriser la reconnaissance de la force majeure. L'appréciation se fera néanmoins *in concreto* et donc au regard de la situation de chaque personne appelée à se prévaloir de la force majeure.

[17] P.-H. Antonmattei, Contribution à l'étude de la force majeure (LGDJ, 1992, n° 318, p. 224) : La suspension d'une obligation pour cause de force majeure peut donner lieu à une application de l'exception d'inexécution de la part de la partie qui n'est pas empêchée d'exécuter : cette exception ne remplit pas alors une fonction coercitive, mais a un but préventif, en rapport avec l'inexécution temporaire et joue tant que l'obligation du partenaire est elle-même suspendue pour cause de force majeure.

CA Rennes 5^{ème} Ch. 5 juin 2019, n°16/06391 : « [...] *Les locataires sont donc bien fondés à opposer l'exception d'inexécution par le bailleur de son obligation de délivrance sans que puissent leur être opposés la force majeure et le fait qu'ils aient été relogés sans frais pour eux, puisqu'il s'agit de les dispenser de leur obligation de paiement du loyer et non de les dédommager du préjudice consécutif à leur emménagement dans un autre logement [...]* ».

[18] Art. 1351 C.civ.

[19] La résiliation du contrat à la demande du preneur et la réparation du préjudice subi par le preneur à raison du manquement.

[20] *Supra*, §2.1 et Note 13.

[21] Voir notamment : Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 1995, n° 93-16807 : « [...] *si le bailleur n'exécute pas son obligation de délivrer la chose louée, le locataire n'est pas tenu de payer les loyers qui en sont la contrepartie [...]* » et CA Rennes 5^{ème} Ch. 5 juin 2019, n° 16/06391 (*supra*, Note 16) ; Cour d'appel, Versailles, Ch. 12 section 2, 30 Mars 2000 (JurisData : 2000-119758).



Fabienne Kerebel

COUNSEL

Elle a acquis une solide expertise du droit des sociétés cotées et non cotées et ses différentes composantes, en particulier le private equity et les fusions-acquisitions.

À ce titre, Fabienne conseille entreprises et dirigeants sur leurs opérations de croissance externe, l'évolution de leur gouvernance ou de l'actionnariat, l'intéressement des managers-clefs ou la réorganisation des structures sociétaires. Elle a développé une pratique approfondie des opérations sur titres financiers qui lui permet d'accompagner aussi bien start-up, PME et ETI dans leurs levées de fonds qu'investisseurs à tous les stades de leur investissement.

PARIS
+33 1 57 57 50 00
10 place des Etats-Unis
75116 Paris

HONG KONG
+852 28 99 23 81
2 Ice House Street
Central - Hong Kong



GINESTIÉ MAGELLAN PALEY-VINCENT
Avocats à la Cour

[ACCÉDER À SA FICHE](#)

PARIS
+33 1 57 57 50 00
10 place des Etats-Unis
75116 Paris

HONG KONG
+852 28 99 23 81
2 Ice House Street
Central - Hong Kong