

■ Praxiswissen

Les baux commerciaux à l'épreuve de la pandémie de Covid-19 - un comparatif des solutions jurisprudentielles allemande et française

de Fabienne Kutscher-Puis, Düsseldorf, et Veruschka Möller, Paris

La pandémie de Covid-19 a pu évoluer dans le temps différemment en France et en Allemagne et donner lieu à des traitements législatifs et réglementaires divergents, mais il est un fait que, tant en France qu'en Allemagne, les commerces de détail ont dû fermer pendant une certaine période afin d'endiguer la diffusion du virus. D'un côté du Rhin, un réel confinement a été prononcé, de l'autre côté un lockdown plus ou moins sévère a été ordonné. Parallèlement, des mesures d'hygiène sanitaire ont été prises, les fameux « gestes barrière » ou les « AHA Maßnahmen », lesquelles ont contribué, tout au moins dans la première phase de la pandémie, à réduire considérablement les ventes offline. Ainsi, dans les deux pays, les preneurs de baux commerciaux ont vu leurs chiffres d'affaires littéralement s'écrouler. Leur réaction fut, des deux côtés du Rhin de réduire, voire d'ajourner entièrement le paiement de leurs loyers. Mais que fut la réaction des tribunaux à cette auto-justice des preneurs ? Après une profusion de décisions de première et seconde instances rendues en 2021, le *Bundesgerichtshof* s'est prononcé par arrêt du 12 janvier 2022. La Cour de cassation a, elle, dû attendre encore six mois pour rendre le 30 juin 2022 trois arrêts de principe et adopter une position diamétralement opposée à celle du *Bundesgerichtshof*. Penchons-nous dans les lignes suivantes sur les arrêts des Hautes Cours allemande et française pour dégager les grands principes désormais applicables en France et en Allemagne en la matière.

La position du *Bundesgerichtshof*

Avant d'étudier l'interprétation faite par le *Bundesgerichtshof* des dispositions législatives applicables, il convient de présenter le contexte législatif allemand encadrant les droits du preneur quant à son obligation de paiement des loyers.

Contexte législatif et réactions des bailleurs et preneurs en Allemagne

L'obligation au paiement des loyers par le locataire représente l'obligation fondamentale du preneur et est inscrite en tant que telle au § 535, alinéa 2 du Code civil allemand (ci-après BGB). Parallèlement, le bailleur dispose d'un droit de résiliation sans préavis du contrat de bail dès lors que le preneur se trouve en retard de paiement soit de deux loyers consécutifs (ou d'un montant partiel conséquent du loyer), soit d'un montant cumulé supérieur ou égal à deux mois de loyers sur une période s'étalant sur plus de deux mois de loyers (§ 543 al. 2 n° 3 a) et b) BGB). La résiliation du bail intervient alors sans que

le bailleur ne doit mettre le preneur en demeure de verser les montants dus (§ 543 al. 3 n° 3 BGB). Ainsi, nul n'est besoin de prévoir au contrat de bail une clause résolutoire en cas de retard de paiement, la résiliation exercée par le bailleur reposant directement sur le dispositif législatif précité.

Lorsque l'Organisation Mondiale de la Santé a déclaré que l'épidémie de Covid-19 prenait rang de pandémie, la République fédérale d'Allemagne, à l'instar d'autres États, a très vite pris des mesures devant endiguer la profusion du virus et parallèlement mis en place certains mécanismes de protection de groupes de la population dont il était acquis qu'ils auraient à souffrir des conséquences de la gestion éditoriale de la crise sanitaire. Entre autres, les locataires de locaux d'habitation comme de locaux commerciaux bénéficièrent d'un moratoire adopté par une loi du 27 mars 2020¹ refondant l'article 240 § 2 de la loi introductive au Code civil allemand (ci-après EGBGB). Aux termes de cette disposition, le bailleur était privé de tout droit de résiliation du bail au motif du non-paiement de ses loyers par le preneur entre les 1^{er} avril et 30 juin 2020 dès lors que le non-paiement reposait sur les effets de la pandémie de Covid-19. Cette disposition, de force impérative, accordait une protection au preneur jusqu'au 30 juin 2022 et mettait la preuve du lien entre la pandémie et l'impossibilité de s'exécuter du paiement des loyers à la charge du preneur.

Très vite, lorsque les commerces autres que de ravitaillement de la population furent fermés par décisions administratives des *Länder*, nombre de preneurs de locaux à usage commercial ayant des contacts clientèle se sont abstenus de verser leurs loyers venant à échéance en avril, mai puis juin 2020 et ont contacté leurs bailleurs pour négocier des remises de loyers pour les mois de fermeture administrative des points de vente. Ce faisant, la plupart avait bien conscience que l'article 240 § 2 EGBGB ne leur accordait qu'un simple moratoire et que leurs créances de loyers subsistaient, qui plus est augmentées d'intérêts moratoires. En dépit d'une position de négociation défavorable des preneurs, dans de nombreux cas, des avenants aux contrats ont pu être conclus en Allemagne en vue de l'allègement de la situation financière des preneurs, ce qui s'ancrait d'ailleurs dans une atmosphère générale de solidarité nationale face à la crise sanitaire. Mais, tous les bailleurs n'ont pas fait preuve (ou n'étaient en mesure de faire preuve) de générosité vis-à-vis de leurs preneurs et très vite des assignations en paiement des loyers dus ont été délivrées. Car, si le moratoire excluait explicitement la résiliation sans préavis du bail, telle que prévue par le § 543, alinéa 3 BGB, les loyers restaient dus et pouvaient être recouverts en justice. Dans la

¹ Article 5 de la loi du 27 mars 2020, BGBl. I p. 569.

plupart des cas, les procédures ainsi engagées n'ont pas pu se solder, comme si souvent en Allemagne en matière commerciale, par des transactions des parties car les bailleurs souhaitaient, légitimement comme il nous semble, obtenir des magistrats une ligne juridique à suivre pendant la pandémie qui, au printemps 2020, ne faisait que de commencer.

Devant les *Landgerichte* saisis par les bailleurs, la discussion a essentiellement porté sur la révision du contrat pour cause d'imprévision et sur les défauts du bien loué, sans qu'une position unanime ne puisse se dégager des nombreuses décisions rendues par les juges du fond². Cependant, à la lumière des articles de doctrine publiés avant que les juges ne se prononcent, il semblait dès l'automne 2020 que l'argument de la révision du contrat par application du § 313, alinéa 1 BGB pouvait l'emporter et permettre d'appuyer les prétentions des preneurs de réduction des loyers dus, tout au moins pendant les périodes de fermeture des commerces. Cette position a par la suite été confortée par l'action du législateur allemand qui, par loi du 22 décembre 2020³, a levée toute ambiguïté. Le nouvel article 240 § 7 EGBGB édicté par cette loi présume ainsi qu'à l'égard de locaux à usage commercial ou professionnel qui, dans le cadre de l'exploitation du preneur, sont soit inutilisables soit restent utilisables mais uniquement avec des restrictions considérables en raison des mesures étatiques de lutte contre la pandémie de Covid-19, que la base du contrat au sens du § 313, alinéa 1 BGB a connu une modification essentielle après la conclusion du contrat⁴. Rappelons que le § 313, alinéa 1 BGB accorde à une partie à un contrat le droit de demander une renégociation du contrat lorsque des circonstances devenues la base du contrat ont gravement changé après la conclusion du contrat alors que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou bien l'auraient conclu avec une autre teneur si elles avaient prévu ce changement. Concrètement, la partie subissant le changement défavorable des circonstances considérées comme étant la base du contrat, est en droit de demander à l'autre partie une adaptation du contrat en conséquence, voir de résoudre ou résilier le contrat s'il ne peut être

2 Voir pour un panorama de la jurisprudence du fond jusqu'à l'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 12 janvier 2022, Weber, Discher, *Zur Entwicklung der „Corona-Rechtsprechung“ im Bereich des gewerblichen Mietrechts*, COVur 2022, 205. Une citation des jugements et arrêts de cours d'appel rendus en la matière dépasserait la place accordée à la présente publication.

3 Loi du 22.12.2020 (*Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht*), BGBl. I 2020 p. 3328.

4 L'art. 240 § 7 EGBGB a la teneur suivante:

„Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.“

raisonnablement exigé de l'autre partie de maintenir le contrat après adaptation⁵. Contrairement au droit civil français, dans lequel la théorie de l'imprévision n'est devenue part du droit positif qu'avec la réforme du droit des contrats de 2016, la révision du contrat pour imprévision fait partie des règles fondamentales du droit civil allemand. Toutefois, cette révision était jusqu'alors réservée à des situations réellement exceptionnelles et son application plus du domaine de l'enseignement universitaire que de la pratique juridique. Par la force des choses, le § 313 BGB a connu depuis 2020 une renaissance et est devenu une disposition majeure du droit des contrats, probablement destinée à conserver son importance au vu des crises qui bouleversent notre actualité économique.

L'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 12 janvier 2022

Par son arrêt du 12 janvier 2022⁶, le *Bundesgerichtshof* a eu l'occasion de statuer sur une réduction unilatérale de loyers à laquelle avait procédé le groupe de distribution kik à l'égard de son bailleur à Dresde, comme par ailleurs pour ses autres points de vente en Allemagne, au titre des loyers dus pendant la période de fermeture Covid en avril et mai 2020. La Cour d'appel de Dresde, dont l'arrêt est partiellement infirmé, avait voulu faire preuve de sagesse, rappelant le jugement de Salomon, et décidé, en motivant sa décision par l'imprévision, que les loyers (nets de charges) soient divisés en deux, le preneur ne devant verser que 50 % des loyers pendant la période de fermeture.⁷ Une telle solution était d'ailleurs parfaitement en phase avec les recommandations des professionnels allemands de l'immobilier.⁸

Comme à son habitude, le *Bundesgerichtshof* reprend en détail les éléments de l'affaire en s'arrêtant sur la teneur du contrat de bail litigieux, puis analyse un par un, de façon très didactique, les moyens juridiques. Quatre pistes avaient été jusqu'alors été explorées par la

5 Les termes du § 313 al. 1 BGB se lisent comme suit :

„(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.“

6 *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.2022, XII ZR 8/21, BeckRS 2022, 48. Voir aussi le communiqué de presse du *Bundesgerichtshof* du 19.01.2022, "Mietzahlungspflicht bei coronabedingter Geschäftsschließung", n° 004/2022.

7 OLG Dresden, arrêt du 24.02.2021, 5 U 1782/20, BeckRS 2021, 2461.

8 Voir les recommandations conjointes de la fédération du commerce HDE Handelsverband Deutschland et de la fédération immobilière ZIA Die Immobilienwirtschaft du 02.06.2020 (*Verhaltenskodex des Handels und der Immobilienwirtschaft*): <https://zia-deutschland.de/project/verhaltenskodex-des-handels-und-der-immobilienwirtschaft/> https://einzelhandel.de/index.php?option=com_attachments&task=download&id=10428

doctrine, puis par la jurisprudence, sur lesquelles la Haute Cour allemande prend position.

(1) Sur l'exclusion des droits du preneur du fait de la législation COVID en matière de baux commerciaux

Contrairement au législateur français, ainsi que nous le verrons plus bas, le parlement allemand avait adopté les textes spécifiques aux baux commerciaux que nous avons présentés ci-devant. L'on aurait pu estimer que ces textes s'opposaient à ce que les preneurs se réfèrent à des dispositions législatives générales pour obtenir une réduction de loyer. Cette opinion a certes été défendue en doctrine et, de façon isolée par les juridictions de première instance, mais elle est rejetée par la Haute Cour allemande, comme la doctrine majoritaire l'avait fait avant elle.⁹ Particulièrement, l'art. 240 § 2 EGBGB accordant aux preneurs un moratoire au titre des loyers des mois d'avril et de mai ne saurait, selon le *Bundesgerichtshof*, justifier que les preneurs soient parallèlement privés de leurs droits tirés des règles générales. Indépendamment du fait que les motifs du projet de loi précisent que les preneurs restent tenus d'exécuter leurs obligations « en application des principes généraux », ce qui inclut l'exercice des droits accordés par la loi,¹⁰ le but poursuivi par le législateur était sans nul doute la protection des preneurs pendant la pandémie. Or, si le moratoire accordé avait conduit à priver le preneur des droits dont il bénéficie en situation normale, la protection souhaitée lui aurait été refusée.¹¹

(2) Sur les droits en garantie d'un défaut du bien loué (§ 536 al. 1 phr. 1 BGB)

Un des arguments invoqués par quasiment tous les plaideurs portait sur les droits du preneur en cas de défaut du bien loué. La garantie due par le bailleur eu égard à l'état du bien loué confère au preneur le droit de réduire en tout ou en partie le montant de son loyer en présence d'un défaut entachant l'usage du bien loué contrairement à l'accord des parties sur l'état du bien.¹² Déjà dans les procédures judiciaires, les preneurs avaient bien conscience de l'imperfection de cet argument. En effet, le droit allemand des baux commerciaux met par principe à la charge du preneur ce qu'il est convenu d'appeler le *Verwendungsrisiko*, soit le risque d'une exploitation commerciale du bien loué susceptible de générer des bénéfices. Sauf clause dérogatoire, extrêmement rare en pratique, l'obligation du bailleur se limite à mettre à disposition et entretenir un bien loué conforme à l'usage

⁹ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.202, n° 18.

¹⁰ BT-Drs. 19/18110, p. 35.

¹¹ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.202, n° 24.

¹² La disposition applicable est le § 536 al. 1 BGB qui a la teneur suivante :

„Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.“

prévu conventionnellement ; en revanche, il revient au preneur d'exploiter le bien et il subira d'éventuelles conséquences de circonstances extérieures entravant la bonne exploitation. Ainsi, ni des restrictions d'ordre administratif ni d'autres limitations à l'usage du bien loué ne sont considérées comme des défauts du bien loué au sens du § 536, alinéa 1 BGB.¹³

En l'occurrence, le *Bundesgerichtshof* se montre formel : Les ordonnances administratives de fermeture des commerces aux fins d'endigement du virus du Covid-19 ne constituent pas un défaut du bien loué car « la restriction d'usage liée à la décision de fermeture ne repose pas sur les qualités concrètes, l'état ou l'emplacement du bien loué, mais est rattachée à l'exploitation de la défenderesse en tant que preneur »¹⁴.

(3) Sur l'impossibilité d'exécution (§ 326 al. 1 BGB, § 275 al. 1 BGB)

L'argument selon lequel le preneur doit être exempté de son obligation de paiement des loyers parce que le bailleur se trouverait dans l'impossibilité de délivrer, en tout ou en partie, un bien conforme au but conventionnel a été peu invoqué dans les procédures menées en la matière car manifestement voué à l'échec. Ce moyen a tout de même été formé devant la Cour fédérale qui lui consacre un paragraphe de ses motifs.¹⁵ Elle constate qu'à aucun moment du lock-down, le bailleur n'a été dans l'impossibilité d'octroyer au preneur l'usage du bien loué conformément au but conventionnel ; ainsi le bailleur a bien exécuté son obligation contractuelle de délivrance et le preneur ne saurait invoquer une exception d'inexécution.

(4) Sur la révision pour imprévision (§ 313 al. 1 BGB)

Ayant écarté les trois premiers moyens, le *Bundesgerichtshof* s'arrête sur le dernier moyen de l'imprévision pour le retenir et dessiner les conditions posées à son exercice dans le contexte de la pandémie de Covid-19. La Cour constate, en premier lieu, qu'aucune des parties au contrat de bail litigieux n'avait pu, à la date de conclusion du contrat en 2013, anticiper la survenance d'une pandémie pendant la durée du bail laquelle susciterait des mesures administratives de la portée de celles prises par le gouvernement allemand. Ainsi, selon la Cour, les parties pouvaient avoir légitimement confiance en ce que des événements graves tels qu'une révolution, une guerre ou une catastrophe naturelle n'ébranlent pas le pays et portent atteinte à la bonne exécution de leur bail.¹⁶ Cette confiance légitime constitue ce

¹³ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.202, n° 30 et suiv., qui rappelle sa propre jurisprudence antérieure.

¹⁴ „Weil die mit der Schließungsanordnung zusammenhängende Gebrauchsbeschränkung nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache beruht, sondern an den Geschäftsbetrieb der Bekl. als Mieterin anknüpft.“ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.202, n° 32.

¹⁵ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.202, n° 40.

¹⁶ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.202, n° 45.

que l'on appelle en droit allemand de l'imprévision « *die große Geschäftsgrundlage* », qui, si elle est modifiée, ouvre la voie à une révision du contrat.

Cette position ne saurait étonner tant elle est conforme avec la doctrine majoritaire mais aussi et surtout avec la constatation faite par le législateur de décembre 2020 qui a créé l'article 240 § 7 EGBGB. Cependant, les juristes allemands le savent bien, le raisonnement ne pouvait s'arrêter avec cette constatation. Car, la révision pour imprévision ne nécessite pas que cette première condition (appelée en allemand « *das tatsächliche Element* »). Deux autres conditions sont requises, appelées en allemand « *das hypothetische Element* » et « *das normative Element* ».

Le premier élément impose que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou ne l'auraient pas conclu avec la même teneur si elles avaient pu prévoir le changement de circonstances, en l'espèce la pandémie. En l'espèce, les juges allemands ne s'attardent pas réellement sur cet aspect et considèrent comme acquis que des parties de bonne foi auraient, en connaissance de la survenance d'une pandémie, décidé de ne pas laisser une seule partie en supporter les conséquences.¹⁷

C'est bien plus l'élément dit normatif qui peut susciter des difficultés et doit être précisément établi dans chaque espèce. En effet, la partie subissant les conséquences négatives du changement de circonstances doit établir en quoi elle ne peut être raisonnablement tenue d'exécuter le contrat tel qu'il a été conclu (« *ihr das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann* »), cet état de fait devant être apprécié au vu de toutes les circonstances de l'espèce (« *unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls* »). C'est cette appréciation au cas par cas qui interdit une décision de partage 'moitié moitié' tel que la Cour d'appel de Dresde l'avait fait dans sa décision attaquée. Au contraire, le preneur doit établir et démontrer le montant de sa perte de chiffre d'affaires relative au bien loué¹⁸. Par ailleurs, le preneur doit divulguer les aides dont il a pu bénéficier au titre de la fermeture de son local, qu'il s'agisse d'aides étatiques ou d'indemnités d'assurance versées à ce titre. S'agissant des aides étatiques, la Cour précise que le preneur qui aurait omis de solliciter des aides alors qu'il pouvait y avoir droit doit être traité comme s'il les avait perçues. En revanche, les juges supérieurs allemands s'abstiennent de rajouter aux conditions ressortant du § 313, alinéa 1 BGB un dernier élément que certaines juridictions du fond avaient identifié

¹⁷ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 12.01.202, n° 52.

¹⁸ L'appréciation se limitant au bien loué et non à l'activité nationale, voire internationale du preneur, ainsi qu'avaient pu le juger certains tribunaux du fond.

pour rejeter les demandes des preneurs : « *das soziale Element* ». Cet élément conduirait à exiger que le preneur se trouve dans une situation mettant sa situation en danger existentiel (« *Existenzgefährdung* ») pour pouvoir prétendre à une révision du contrat.¹⁹

La position de la Cour de cassation

Contexte législatif et réaction des bailleurs et preneurs en France

En édictant, spécifiquement pour les baux de locaux à usage commercial ou professionnel, une présomption d'imprévision en présence de mesures gouvernementales de lutte contre la pandémie altérant significativement l'usage des locaux loués pour le preneur, le législateur allemand a ouvert la voie à une révision et adaptation des baux par une minoration des loyers, et ainsi, par la voie amiable ou judiciaire, à un partage des conséquences économiques préjudiciables de la crise sanitaire entre locataires et bailleurs.

Le législateur français n'ayant pas adopté de dispositions comparables, les preneurs de baux commerciaux dont l'activité a été impactée par les mesures restrictives de lutte contre la pandémie, ont exploré une multitude de fondements juridiques aux fins d'obtenir une exonération ou minoration des loyers dus notamment pendant les périodes de fermeture de leurs établissements.

Cette situation a donné lieu à une jurisprudence foisonnante, mais aussi à des solutions disparates, créant une situation d'insécurité juridique d'autant plus problématique que les baux commerciaux français contiennent systématiquement une clause résolutoire sanctionnant la moindre inexécution des obligations contractuelles par le preneur par la résolution immédiate – sauf à obtenir judiciairement des délais de paiement et la suspension des effets de la clause – et sans indemnité du bail à l'initiative du bailleur, et ce sans que le magistrat ne puisse conditionner la résolution par la gravité de l'inexécution.²⁰ Or, l'une des spécificités du bail commercial soumis au statut des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce est qu'il confère au preneur en principe un droit au renouvellement de son bail, et à défaut, une indemnité d'éviction censée compenser la perte de son fonds de commerce. Un preneur qui déciderait ainsi, de son propre chef et afin de réagir à une situation qu'il perçoit comme trop

¹⁹ Position défendue notamment par la Cour d'appel de Karlsruhe, OLG Karlsruhe, arrêt du 24.02.2021, 7 U 109/20, BeckRS 2021, 2464.

²⁰ Confirmation récente : [Civ. 3e, 11 mars 2021, FS-P+L, n° 20-13.639](#) (Le preneur avait réglé les frais de poursuite non pas dans le délai d'un mois du commandement de payer, mais seulement suite à l'assignation en référé aux fins de constatation de l'acquisition de la clause résolutoire. La Cour de cassation refuse de censurer l'arrêt de la Cour d'appel qui avait constaté l'acquisition de la clause résolutoire, nonobstant le caractère mineur de l'inexécution et la perte de toute indemnité d'éviction pour le preneur.)

urgente pour attendre la validation préalable par une décision judiciaire au fond, de suspendre le paiement du loyer ou d'en minorer le montant, risque ainsi la perte de ce qui est appelé sa 'propriété commerciale'. Cet élément constitue au demeurant une différence considérable avec le régime du droit allemand qui ne connaît pas l'indemnité d'éviction et la notion de 'propriété commerciale'.

La révision, ou le cas échéant, la résolution d'un contrat pour imprévision a été invoquée par certains preneurs. Elle est codifiée, depuis la réforme par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, à l'article 1195 du Code civil qui dispose que : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

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

Dans la pratique, ce fondement n'a généralement pas apporté de solution aux preneurs impactés par les fermetures administratives. Outre le fait que l'article 1195 du Code civil ne s'applique qu'aux contrats conclus ou renouvelés après son entrée en vigueur en date du 1^{er} octobre 2016, ce qui, compte tenu de la durée des baux commerciaux (conclus généralement pour 9 années) en a exclu, en 2020, un nombre important, les conditions de son application sont aussi plus restrictives et complexes que la disposition équivalente du droit allemand (§ 313 BGB). L'article 1195 requiert par exemple le constat de ce que le changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat ait rendu l'exécution de celui-ci « *excessivement onéreuse* » pour la « *partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ». Une décision du Tribunal de commerce de Paris, rendue en référé le 11 décembre 2020, avait dès lors considéré que la demande de révision du loyer sur le fondement de l'imprévision de l'article 1195 du Code civil, texte « *d'interprétation stricte* », ne pouvait être accueillie puisque le montant du loyer était « *resté le même pendant les événements* » et ne serait dès lors pas devenu « *excessivement onéreux* ». ²¹ D'autres décisions, telle que celle rendue le 12 février 2021, au fond, par le Tribunal Judiciaire de Rouen, ont estimé que les dispositions

21 Tribunal de Commerce de Paris, Ordonnance de référé du 11 décembre 2020, RG n° 2020035120.

de l'article 1195 du Code civil ne s'appliquaient pas aux baux commerciaux puisque le statut des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce contiendrait de nombreuses dispositions spéciales relatives à la révision du contrat de bail « (*révision triennale, clause d'indexation*) », de sorte qu'il n'y aurait pas « *lieu de faire application des dispositions générales de l'article 1195* » du Code civil, qui devraient au contraire « *être écartées au profit des règles spéciales du statut des baux commerciaux* ». ²² Des décisions ont aussi débouté des preneurs de leurs demandes au titre de l'imprévision puisqu'ils avaient, de leur propre chef, déjà cessé le règlement des loyers. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 4 mars 2022²³, a refusé d'accueillir favorablement l'argumentation du preneur sur le fondement de l'article 1195 du Code civil en précisant d'une part, qu'en cas d'échec de la renégociation du contrat, seul le juge du fond pourrait adapter le contrat, le réviser ou y mettre un terme, des demandes en ce sens excédant les compétences du juge des référés, et d'autre part, que « *dans l'attente d'une éventuelle saisine du juge du fond, l'appelante ne peut se dispenser du paiement des loyers contractuellement dus* ».

Compte tenu également des délais judiciaires, les autorités françaises n'ayant, contrairement aux autorités allemandes²⁴, prévu aucune disposition procédurale spécifique pour traiter d'éventuelles demandes d'adaptation de baux impactés par les restrictions gouvernementales à raison de la pandémie de Covid-19, l'intérêt pratique de l'article 1195 du Code civil s'est avéré être limité en France.

Les arrêts de la Cour de cassation du 30 juin 2022

Il n'est donc pas vraiment surprenant que l'imprévision de l'article 1195 du Code civil n'ait pas figuré parmi les moyens soutenus dans les trois affaires qui ont donné lieu aux arrêts de principe rendus par la Cour de cassation le 30 juin 2022²⁵ dans le but de clarifier le débat autour des loyers de baux commerciaux correspondant aux périodes de restrictions sanitaires dans le contexte du Covid 19.

Dans un communiqué qui a accompagné la publication de ces trois arrêts, il est expliqué que la Cour avait été saisie d'une trentaine de pourvois, dans le cadre de procédures initiées suite à des refus de paiement de preneurs frappés par l'interdiction d'accueil du public dans les locaux commerciaux de commerces considérés comme non-

22 Tribunal judiciaire de Rouen, 12 février 2021, n° 20/04228.

23 Cour d'appel de Paris, Pôle 1 chambre 8, 4 mars 2022, n° 21/11534.

24 § 44 de la loi relative à l'introduction du code de procédure civile (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung*), principe de priorité et d'accélération : « (1) *Les procédures relatives à l'adaptation du loyer ou du bail de terrains ou de locaux autres que des locaux d'habitation en raison de mesures prises par l'État pour lutter contre la pandémie de Covid-19 doivent être traitées en priorité et de façon accélérée.* (2) *Dans les procédures visées au paragraphe 1, une première audience doit avoir lieu au plus tard un mois après la notification de l'acte introductif d'instance.* »

25 Cour de cassation : pourvois n° 21-20.190 (Action France), 21-20127 (Odalys Résidences), 21-19.889 (La Bourse de l'Immobilier).

essentiels, lors du premier confinement au printemps 2020. La troisième chambre civile a fait le choix d'en examiner trois en priorité, afin de « répondre à des questions de principe posées par cette situation ». ²⁶

Dans ces arrêts du 30 juin 2022, la Cour suprême répond à quatre des moyens fréquemment invoqués par les preneurs, à savoir la perte de la chose louée (1), le manquement du bailleur à ses obligations de délivrance et de jouissance paisible (2), la force majeure (3) et la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles (4).

Elle les rejette tous comme infondés, avec la motivation suivante :

(1) Sur la perte de la chose louée (article 1722 du Code civil)

L'article 1722 du Code civil dispose que « 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. (...) ».

Les preneurs soutenaient que la situation résultant du confinement s'analysait en une perte partielle de la chose louée, la notion de perte ne visant pas seulement une destruction matérielle, totale et définitive, mais également des situations de privation de jouissance temporaires, ce qui justifierait la suspension des loyers pendant la période d'interdiction de public ; selon eux, cette suspension devait en outre s'entendre comme une dispense de paiement.

La Cour de cassation considère, contrairement à la Cour d'appel de Paris (affaire « Action France »), que l'article 1722 du Code civil n'est pas écarté par les dispositions spécifiques prises par le législateur à l'occasion de la crise sanitaire et qui neutralisaient, au bénéfice de certaines catégories de preneurs (en fonction notamment de seuils d'effectifs, de chiffres d'affaires et de bénéficiaires), temporairement certaines sanctions en cas de non-paiement de loyers et charges. ²⁷

En revanche, elle refuse d'appliquer l'article 1722 du Code civil en soulignant que l'interdiction de recevoir du public avait été décidée « aux seules fins de garantir la santé publique » et que « l'effet de la me-

²⁶ <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/06/30/baux-commerciaux-et-etat-durgence-sanitaire>.

²⁷ L'Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée, relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et l'adaptation des procédures pendant cette même période ; Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020, modifiée, relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19, article 4, applicable aux personnes physiques et morales de droit privé susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité mentionné à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 susvisée, en fonction donc notamment des seuils d'effectifs, de chiffres d'affaires et de bénéficiaires (à apprécier le cas échéant au niveau du groupe), ainsi que de pertes en chiffre d'affaires définis comme critères d'éligibilité par le décret n° 2020-371 du 30 mars 2020.

sure générale et temporaire (...) était « sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué », ne pouvant dès lors être assimilée à la perte de la chose au sens de l'article 1722 du Code civil.

Le critère d'absence de « *lien direct avec la destination contractuelle du local* » surprend dans la mesure où les mesures de restriction s'appliquaient bien en fonction de la nature de l'activité exercée dans les locaux, considérée comme 'essentielle' ou non, et qu'une distinction fondée sur l'affectation de l'activité exercée versus de la chose louée elle-même semblerait plus pertinente pour déterminer s'il s'agit d'une 'perte de la chose louée'. Par ailleurs, les arrêts ne le disent pas très clairement, mais en faisant référence au caractère « temporaire » de la mesure administrative prise, ils semblent refuser d'assimiler une perte seulement temporaire à une perte partielle visée par l'article 1722 du Code civil.

(2) Sur l'obligation de délivrance et l'exception d'inexécution (art. 1719 et 1219 du Code civil)

Les preneurs estimaient être fondés à opposer aux bailleurs l'exception d'inexécution dès lors que ces derniers auraient manqué à leur obligation de délivrance, un manquement objectif devant suffire à caractériser le manquement, sans qu'il soit nécessaire de caractériser une faute ou que le manquement nécessite une clause particulière du contrat en vertu de laquelle le bailleur garantirait la commercialité des locaux (ce que semblait exiger la Cour d'appel dans l'affaire « Action France »).

Or, la Cour de cassation réfute cette argumentation et souligne que les locaux avaient bien été mis à disposition du preneur, que l'impossibilité de les exploiter était le seul fait du législateur, donc non « *imputable* » au bailleur (arrêt « Odalys Résidences ») et qu'une telle « *mesure générale de police administrative portant interdiction de recevoir du public n'était pas constitutive d'une inexécution de l'obligation de délivrance* » (arrêt « Action France »).

La Cour de cassation semble donc consacrer, du moins dans ce contexte, comme le *Bundesgerichtshof* allemand, une conception étroite de l'obligation de délivrance qui se résumerait à la mise à disposition de locaux qui, matériellement, permettent l'exercice de l'activité contractuellement convenue, mais ne comprendrait aucune garantie quant à la « *chalandise des lieux loués et la stabilité du cadre normatif dans lequel s'exerce son activité* », selon une formule adoptée précédemment par le Tribunal Judiciaire de la Rochelle dans un jugement du 23 mars 2021²⁸.

28 Tribunal Judiciaire de La Rochelle, 23 mars 2021, n° 20/02428 (qui avait par contre accueilli l'argument de la perte de la chose louée, sur le fondement de l'article 1722 du Code civil, dispensant le preneur du règlement de loyer pendant la durée de fermeture administrative).

**(3) Sur la force majeure
(art. 1218 du Code civil)**

Dans l'affaire « Action France », le preneur avait invoqué la force majeure dans le sens où, selon lui, n'ayant pu exploiter le local loué selon sa destination contractuelle en raison des restrictions imposées, il serait en droit d'obtenir la suspension de son obligation de régler les loyers pendant la durée de fermeture.

En réalité, il se prévalait donc de l'impossibilité du bailleur de lui fournir un local exploitable, pour corrélativement se libérer de la contrepartie que constitue le règlement des loyers.

Or, la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel qui refuse de libérer le preneur de son obligation de paiement, sans se prononcer sur la question de savoir si les restrictions imposées pour raisons sanitaires remplissent les critères de la force majeure (« à supposer que l'état d'urgence sanitaire constitue un fait de force majeure »). Il est rappelé que le bailleur a fourni un local « *en lui-même exploitable* » (ce qui rejoint la conception étroite de l'obligation de délivrance retenue par ailleurs), que le preneur n'était pas dans l'impossibilité de payer, et que l'article 1218 du Code civil ne permet pas à un « *créancier qui n'a pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit* » d'obtenir « *la résolution du contrat ou la suspension de son obligation en invoquant la force majeure* ».

La Cour de cassation confirme ainsi une jurisprudence classique selon laquelle « *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* », l'obligation de payer n'étant par nature pas impossible. La Cour d'appel de Paris avait rappelé ce principe dans le contexte des restrictions sanitaires, dans son arrêt du 4 mars 2022 (n° 21/11534), dans lequel elle avait en outre pris soin de souligner que le preneur, exploitant une résidence de tourisme, avait certes, justifié de pertes subies en lien avec la crise sanitaire, mais qu'il avait disposé « *d'une importante trésorerie grâce au prêt garanti par l'État (...) qui lui a été accordé* ».

**(4) Sur la bonne foi (art.
1104 du Code civil)**

Dans l'affaire « Action France », le preneur reprochait au bailleur d'avoir fait pratiquer une saisie « *à peine trois semaines après l'ouverture des magasins* » ce qui caractérisait, selon lui, une exécution du contrat de bail empreinte de mauvaise foi.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel qui avait certes, rappelé qu'en vertu du principe d'exécution des contrats de bonne foi conformément à l'article 1134, devenu article 1104 du Code civil, « *en cas de circonstances exceptionnelles* », il convient « *de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaires une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives* », mais retenu

que dans le cas d'espèce, le bailleur avait vainement fait des propositions de différé de loyers, et donc fait preuve de bonne foi.

Cette argumentation ne semble donc pas fermer, de façon générale, la porte à une suspension des loyers lorsque les circonstances de l'espèce permettraient notamment de caractériser un comportement moins conciliant du bailleur.

La position de la Haute Juridiction française, qui a favorisé, en principe et sauf mauvaise foi, le maintien des obligations contractuelles dans l'intérêt des bailleurs, s'explique en France sans doute en grande partie par l'important dispositif de réglementations protectrices spécifiques et d'aides accordées aux exploitants concernés par les fermetures administratives pendant la crise du Covid 19.

Le communiqué qui accompagne les arrêts du 30 juin 2022 a ainsi souligné que le parquet général de la Cour de cassation avait versé aux débats une note du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance relative à l'impact de la crise sanitaire sur les loyers des commerces et selon laquelle les entreprises fermées avaient pu « *bénéficiaire de trois dispositifs d'aides successifs (fonds de solidarité, coûts fixes et aide loyers), ainsi que d'autres mesures de soutien* », certaines aides n'étant par ailleurs non remboursables et non imposables.

Dans une réponse ministérielle à une question écrite d'un Sénateur en date du 15 avril 2021, dans le contexte de la prolongation de l'État d'urgence et de diverses mesures protectrices pour les secteurs concernés par les restrictions sanitaires, le Ministre de l'Économie a précisé que le texte de loi (article 14 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020) ne prévoyait « *ni suspension, ni réduction, ni abandon de loyer* », de sorte que « *les propriétaires retrouveront tous leurs droits à l'issue de la crise sanitaire, y compris sur les loyers qui ont été dus pendant la période de protection des entreprises et qui n'auraient pas été acquittés* », et ce « *afin de préserver l'intérêt des bailleurs* ». ²⁹

Il rappelle par ailleurs les aides consenties aux commerces concernés par les conséquences économiques de la crise sanitaire, les conditions dans lesquelles les bailleurs ayant consenti des abandons de loyers pouvaient bénéficier de crédits d'impôts, ainsi que les dispositifs de modes amiables de règlement des différends tels que la commission départementale de conciliation des baux commerciaux ou le médiateur d'entreprises, auxquels les parties sont encouragées à recourir.

Le message au cœur de la réponse ministérielle se résume probablement dans la phrase suivante : « *Les bailleurs et locataires sont invités*

²⁹ Réponse ministérielle dans JO Sénat du 27/01/2022, p. 472.

à s'entendre sur des modalités de paiement des loyers, en fonction des contraintes de chacune des parties. »

En conclusion

Pour les autorités, politiques et judiciaires, françaises, outre les mesures de soutien dont ont pu bénéficier les exploitants (dans la mesure où ils remplissaient les critères d'éligibilité), la solution pour la question des loyers dus pour les périodes affectées par les fermetures administratives résiderait ainsi essentiellement dans une discussion amiable entre preneurs et bailleurs, certes encouragée par divers dispositifs (de modes alternatifs de règlement des différends, d'incitation fiscale, de prise en compte des propositions amiables par les juridictions au titre de l'obligation de bonne foi), mais qui ne règle probablement bien souvent pas la difficulté de manière satisfaisante pour les preneurs de baux commerciaux qui, en l'absence d'accord, peuvent toujours se voir condamnés à régler l'intégralité des loyers, voire voir activée la clause résolutoire.

En Allemagne, les juges ont, avec l'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 12 janvier 2022, certes également encouragé la négociation amiable, compte tenu de la multitude de facteurs à prendre en considération pour justifier d'une demande de minoration du loyer sur le fondement du § 313 BGB qui complexifie la démarche procédurale, mais signalé aussi clairement aux deux parties, que la question serait tranchée, selon les éléments du cas d'espèce, et donc « *en fonction des contraintes de chacune des parties* », pour reprendre les termes de la réponse ministérielle française citée précédemment, en l'absence d'accord.

En France comme en Allemagne, les professionnels du droit assistant les parties à un bail commercial auront en tout cas dû déployer, en très peu de temps, des efforts de négociation jamais vus en vue d'arriver à des solutions amiables. Par ailleurs, de nouvelles clauses de force majeure et/ou de révision des contrats ont fait leur entrée dans les contrats de baux commerciaux conclus ou reconduits depuis le début de la pandémie pour essayer de pallier d'éventuelles nouvelles fermetures administratives des locaux. Ces dernières sont à l'heure actuelle improbables en liaison avec le virus du Covid-19 mais, qui sait, lesdites clauses peuvent trouver leur légitimité dans d'autres circonstances survenant dans un monde dont l'instabilité politique et économique est actuellement manifeste.



Fabienne Kutscher-Puis, LL.M. (Sarrebuck), docteur en droit (Allemagne) est Avocate aux Barreaux de Düsseldorf et Paris et Avocate spécialiste en droit international des affaires (Allemagne).

Son activité dominante porte sur le droit commercial et de la distribution, particulièrement dans les relations franco-allemandes.

Elle est Secrétaire Générale de la DFJ et rédactrice en chef des Actualités.



Veruschka Möller, LL.M. (Köln/Paris 1), Avocate au Barreau de Paris, est associée fondatrice du cabinet Caravelle Avocats.

Ses domaines d'activité dominants sont le droit commercial, avec une pratique significative en matière de baux commerciaux et en contentieux commercial, et le droit de la propriété intellectuelle et industrielle. Sa pratique est essentiellement internationale, avec une forte dominante franco-allemande.

■ Aus den Hochschulen

Der Loser-Bachelor von nebenan

Eine deutsch-französische Blickweise auf die Debatte um den integrierten Bachelor-Abschluss in der deutschen Juristenausbildung aus Betroffenenensicht

von Björn Schümann, Frankfurt am Main

In den vergangenen Wochen ist eine heftige Debatte um die Frage ins Rollen gekommen, ob deutsche Jurastudierende nach Beendigung des Grundstudiums einen Bachelor of Laws (LL.B) bekommen sollten, um vor der Examensvorbereitung jedenfalls schon einen Abschluss in der Tasche zu haben – für den Fall der Fälle, das wiederholte Durchfallen. Stein des Anstoßes war ein polemischer Artikel der Vorsitzenden des Deutschen Juristen-Fakultätentages, Frau Professorin Chiusi, in der FAZ vom 29.06.2022. Mittlerweile gab es eine Fülle von Repliken – ebenso polemisch, noch polemischer, deutlich sachlicher, ablehnend, zustimmend. Jedes ihrer Argumente wurde kritisch beleuchtet und