

Marc Thewes,
rédacteur en chef

Journal

des tribunaux

Luxembourg

Doctrine

An II de la pandémie de Covid-19 - Un point comparatif sur les tribulations du paiement du loyer dans le cadre d'un bail commercial (Luxembourg, Belgique et France) : cacophonie, solidarisme ou pragmatisme ? (première partie)

I. Corbisier 33

Actualités de la jurisprudence pénale 2018-2019 (deuxième partie)

J.-L. Putz 44

Jurisprudence

Voie d'exécution. – Saisie-arrest. – Régularité. – Date d'appréciation. – Date de la saisie-arrest

Cour de cassation, 19 novembre 2020 61

Compétence judiciaire. – Compétence du président du tribunal du travail. – Appel devant le magistrat président la chambre du travail ou devant la chambre du travail. – Absence de précision dans la loi. – Critères

Cour d'appel, 3^e ch., 13 février 2020 61

Appel. – Recevabilité. – Jugement ne remplissant pas les critères des articles 579 et 580 du NCPC (rejet de l'exception du libellé obscur). – Irrécevabilité de l'appel contraire à l'article 6 de la C.E.D.H. (non)

Cour d'appel, 9^e ch., 2 juillet 2020 63

Bail à loyer. – Fixation du loyer. – Capital investi. – Valeur marchande

Trib. arr. Luxembourg 14^e ch. 21 décembre 2020 65

Chronique

Bibliographie 67

An II de la pandémie de Covid-19 - Un point comparatif sur les tribulations du paiement du loyer dans le cadre d'un bail commercial (Luxembourg, Belgique et France) : cacophonie, solidarisme ou pragmatisme ? (première partie)

Introduction

1. Depuis le printemps 2020, époque à partir de laquelle les divers gouvernements européens ont adopté des mesures sanitaires en vue de faire face à la pandémie mondiale de Covid-19, les locataires et bailleurs commerciaux ont été soumis à rude épreuve. En effet, parmi les mesures adoptées par législateurs et gouvernements ont figuré d'une part un confinement dit « strict », qui a entraîné une fermeture complète des commerces dits « non essentiels »¹ durant certaines périodes et, d'autre part, des restrictions diverses allant de l'imposition de mesures de précaution sanitaires dont l'effet a été de restreindre leur activité, comme des restrictions de fréquentation des lieux en fonction des surfaces, jusqu'au couvre-feu à des heures nocturnes différentes en fonction des pays et même des régions concernées. Entretemps les commerçants ont tenté tant bien que mal de s'adapter, encouragés parfois par les autorités, en développant des activités de vente à emporter avec ou sans le passage par un site internet (le « take-away » et le désormais fameux « click & collect »), de livraison à domicile ou encore en offrant leurs services en mode distanciel (certains clubs de sport proposant des cours en ligne, par exemple), l'imagination étant au pouvoir à cet égard. Il n'empêche que l'activité de nombreux commerçants s'est trouvée soit totalement arrêtée durant des périodes variables, soit réduite à un point tel que beaucoup se sont trouvés en difficulté pour honorer leurs échéances de paiement de leur loyer, difficulté se répercutant évidemment sur leurs bailleurs eux-mêmes concernés par des charges (de service d'emprunts notamment) ou voyant se tarir une source de revenus pouvant s'avérer vitale pour certains d'entre eux (cas notamment de particuliers ayant investi leurs économies dans des immeubles de rapport ou pour lesquels le loyer constitue un complément de retraite). Face à cette situa-

tion les États ont souvent instauré des systèmes d'aides sous diverses formes² qui ont bénéficié surtout aux locataires mais parfois aussi aux bailleurs.

2. Le propos de cet article n'est pas de revenir par le détail sur les diverses mesures restrictives adoptées par les autorités³ mais de se poser la question de savoir

2 Parmi lesquelles, à titre illustratif sans prétendre épuiser un vaste sujet (voir les liens ci-dessous pour retrouver le détail de ces aides par pays) :

— en Belgique : reports/ réductions/ dispenses de cotisations sociales, indemnités pour les indépendants ; reports/ dispenses/ exonérations/ réductions/ déductions/ prolongations de délai en matière fiscale, primes, prêts pour soutenir la trésorerie, garanties sur des lignes de crédit, accompagnement pour les micro-entreprises en difficulté... ;

— en France : crédit d'impôt bailleur pour l'inciter à abandonner des loyers ; délais de paiement d'échéances sociales ou fiscales ; remises en matière d'impôts directs ; possibilité d'accéder à un fonds de solidarité ; prêts de trésorerie garantis par l'État ; possibilité d'accéder à un dispositif de médiation du crédit pour un rééchelonnement des crédits bancaires... ;

— au Luxembourg : accès à divers types d'indemnités ; aides spécifiques pour le commerce de détail ; possibilité d'accéder à un fonds de relance et de solidarité ; aides pour les coûts non couverts ; avances remboursables ; prêts garantis par l'État... L'article 3 de la loi du 3 avril 2020 relative à la mise en place d'un régime d'aides en faveur des entreprises en difficulté financière temporaire vise notamment les charges de loyers parmi les « coûts admissibles » pouvant faire l'objet de l'octroi d'une aide par l'État pour autant que l'entreprise se trouve en difficulté temporaire du fait de la pandémie, « événement imprévisible ».

3 Cons. à cet égard :

— pour la Belgique : S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », in B. LOUVEAUX, H. PREUMONT et Z. TRUSGNACH (dir.), *Le bail dans tous ses états*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 297-331 et spéc. pp. 297-298 ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *J.T.*, 2020, pp. 265-272 et spéc. p. 265 ; N. VANDERSTAPPEN, « Le rôle du juge et les rapports de force juridiques dans le monde de l'après Covid-19 – Un glissement vers le "raisonnable" ? », *R.D.C./T.B.H.*, 2020, pp. 953-965 et spéc. p. 954. Pour les mesures de soutien aux entreprises, voir notamment la page dédiée sur le site de la Fédération des Entreprises de Belgique : https://www.feb.be/domaines-daction/securite-bien-etre-au-travail/securite-bien-etre-au-travail/covid-19-apercu-des-mesures-de-soutien-aux-entreprises_2020-03-17/ ;

— pour la France : J.-P. BLATTER, « Le bail, le Covid-19 et le schizophrène – Propos à bâtons rompus », *A.J.D.I.*, 2020, pp. 245-

comment la jurisprudence et la doctrine ont réagi à la problématique du paiement du loyer commercial dans le contexte produit par ces mesures. L'enjeu en la matière n'est pas des moindres puisqu'il s'agit de déterminer quelle partie au contrat, preneur ou bailleur, va se retrouver *in fine* dans la situation de devoir supporter le risque financier des mesures prises par les autorités⁴. À cet égard, il nous a semblé intéressant de confronter les quelques décisions luxembourgeoises que nous avons pu nous procurer⁵ aux solutions dégagées en France et en Belgique par une doctrine et une jurisprudence dont l'abondance surprend au premier abord au vu du caractère récent (à peine un peu plus d'un an) de la situation mais qui, finalement, dénote l'urgence qui a pu être ressentie par les uns et les autres, plongés dans une situation sinon inédite du moins jamais rencontrée par les acteurs concernés. Une comparaison France-Belgique-Luxembourg nous a semblé d'autant plus s'imposer que ces États sont tous les trois des héritiers du Code Napoléon et, par conséquent, il s'avère particulièrement intéressant de déterminer si les solutions y adoptées ou préconisées coïncident ou pas. Les textes applicables sont en effet dans bien des cas identiques, comme nous le verrons, avec toutefois quelques différences résultant, en droit français, de l'importante réforme de 2016⁶ et, dans une moindre mesure, pour le droit luxembourgeois de modifications intervenues à la suite de deux lois adoptées en 1987^{7, 8}.

3. Plan. — Dans les lignes qui suivent nous aborderons la question du paiement du loyer dans le bail commercial au cours de la pandémie de Covid-19 au regard des dispositions du droit commun des obligations et aussi du droit spécial du bail, et ce dans la perspective comparative que nous avons retenue. On remarquera que c'est davantage sous l'angle du droit commun des obligations et non pas tant sur la base

des dispositions spéciales du droit du bail⁹ que les locataires/preneurs et bailleurs ont le plus fréquemment tenté d'argumenter en vue respectivement d'être libérés de leur obligation de paiement du loyer ou de procurer la jouissance paisible des lieux loués ou, au contraire, en vue d'appuyer le maintien de ces obligations.

Nous envisagerons les fondements suivants : la force majeure (1), la théorie des risques (2), l'imprévision (3), l'exception d'inexécution (4) et, enfin, l'exécution de bonne foi des conventions et l'abus de droit en matière contractuelle (5).

1 La force majeure

4. Les textes et leur signification — Les vénérables textes issus du Code Napoléon sont demeurés intacts depuis 1804 dans les Codes civils belge et luxembourgeois¹⁰. Par contre, s'agissant du droit français, la réforme (précitée) de 2016 a abouti à une reformulation du texte relatif à la force majeure¹¹.

On rappellera que les conditions gouvernant la rétention d'un cas de force majeure sont les suivantes, dans une formulation différente entre le droit belge, d'une part, et les droits français et luxembourgeois d'autre part :

⁹ Sauf pour ce qui sera dit à propos de l'article 1722 des Codes civil français/belge/luxembourgeois (*infra* n° 8) mais cette disposition ne constitue qu'une illustration de la théorie des risques qui est d'application générale en droit des contrats synallagmatiques.

¹⁰ Les textes des Codes civils belge (<http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>) et luxembourgeois (<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20200101>) sont accessibles en ligne. Les dispositions suivantes s'appliquent sur le thème de la force majeure :

« Article 1147.

» Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

« Article 1148.

Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

On relèvera la différence minime suivante entre les textes belge et luxembourgeois de l'article 1148 : le début de la première phrase de la version belge du texte est la suivante : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts... » (« aucun » n'est pas orthographié au pluriel ; la version belge étant conforme à l'édition de 1804 que l'on peut consulter ici : https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf

À noter que la Proposition de réforme (précitée) du droit belge des obligations consacre la disposition suivante à la force majeure : « Article 5.226. Force majeure » § 1^{er}. Il y a force majeure en cas d'impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation. À cet égard, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution.

» Le débiteur est libéré lorsque l'exécution de l'obligation est devenue définitivement impossible par suite de la force majeure.

» L'exécution de l'obligation est suspendue pendant la durée de l'impossibilité temporaire.

» § 2. Dès que le débiteur a connaissance ou doit avoir connaissance d'une cause d'impossibilité d'exécution, il doit en informer le créancier dans un délai raisonnable. Si le débiteur manque à ce devoir, il est tenu de réparer le dommage qui en résulte ».

¹¹ Actuel article 1218 du Code civil français (le Code civil français étant accessible sous ce lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>) : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

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

L'article 1351 précise que l'impossibilité d'exécution résultant d'un cas de force majeure libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle est définitive (nous y reviendrons *infra* n° 7) tandis que l'article 1351-1 précise le régime applicable lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due.

Avant la réforme de 2016 les textes français des articles 1147 et 1148 du Code civil étaient demeurés ceux du Code Napoléon de 1804 et étaient donc à ce titre identiques aux textes luxembourgeois et belge précités.

Pour un commentaire de l'article 1218 : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., pp. 124-126 (mettant principalement en avant l'assouplissement du régime de la force majeure résultant de ce nouveau texte).

249 et spéc. pp. 245-247 ; A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *A.J.D.I.*, 2020, pp. 326-341 ; F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *R.T.D. com.*, 2020, pp. 265 et s. et spéc. n°s 1-4 ; J.-D. BARBIER, « Le sort du loyer commercial face à la pandémie », *Gaz. Pal.*, n° 15, 21 avril 2020, pp. 17 et s. ; C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *Dalloz. actualité* en ligne, 9 juin 2020 : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/l-impact-du-Covid-19-sur-contrats-de-droit-prive#.YFRmeK9A7Zt> ; J.-D. BARBIER, « Le déconfinement du bail commercial », *Gaz. Pal.*, n° 24, 30 juin 2020, pp. 54 et s. ; A. LEBORGNE, « État d'urgence sanitaire et voies d'exécution : le cadre légal », *Les voies d'exécution : bilan de la crise Covid-19 et perspectives*, *Gaz. Pal.*, n° 38, 3 novembre 2020, pp. 71 et s.

Pour les mesures de soutien aux entreprises mises en place, cons. cette page du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance : <https://www.economie.gouv.fr/Covid19-soutien-entreprises> ; spécifiquement quant aux loyers, voir le lien suivant : <https://www.pap.fr/actualites/epidemie-de-coronavirus-Covid-19-les-loyers-d-habitation-ne-sont-pas-suspendus/a21603> ;

— pour le Luxembourg, on consultera le site <https://Covid19.public.lu/fr.html> pour le relevé des mesures sanitaires en vigueur et, en ce qui concerne les diverses aides à la disposition des entreprises, on consultera cette page du ministère de l'économie : <https://meco.gouvernement.lu/fr/dossiers/2020/coronavirus-entreprises.html>. Les diverses législations mettant en place des régimes d'aides aux entreprises affectées peuvent être consultées sur le site <http://legilux.public.lu/>

⁴ En ce sens (notamment) : M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *J.T.*, 2021, pp. 205-208 et spéc. n° 2.

⁵ J.P. Luxembourg, 29 juillet 2020, n° 2051/20 ; J.P. Luxembourg, 13 janvier 2021, n° 94/21 ; J.P. Luxembourg, 14 janvier 2021, n° 124/21 ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 197/21 ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 204/21 accessibles via le site <https://justice.public.lu/fr.html> ; J.P. Luxembourg, 4 février 2021, n° 376/21 ; Trib. arr. Luxembourg, 8 décembre 2020, n° TAL-2020-03617 du rôle ; Trib. arr. Luxembourg, 30 mars 2021, n° TAL-2020-09641 du rôle. Nous remercions nos collègues du Comité de rédaction du *Journal des tribunaux Luxembourg* de nous avoir aimablement communiqué la plupart de ces décisions.

⁶ Réforme introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, n° 0035, 11 février 2016, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/2016/02/11/0035>. Sur cette réforme, cons. notamment : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats : 10 articles à connaître*, Paris, Dalloz, 2018 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, Dalloz, 2016.

⁷ Loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du Code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, *Mém. A*, 29 mai 1987, pp. 570-572, en ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1987/05/15/n2/2> ; loi du 2 juillet 1987 portant création d'un article 6-1 et modification de l'article 544 du Code civil, *Mém. A*, 31 juillet 1987, p. 1173, en ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1987/07/02/n1/2>

⁸ En droit belge une réforme du droit des obligations est actuellement en cours dont le dernier état figure dans la Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil (*Doc. parl.*, Ch., 55 1806/001, 24 février 2021, en ligne : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1806/55K1806001.pdf>) à laquelle nous aurons l'occasion de nous référer.

— Dans les droits français et luxembourgeois : l'événement invoqué au titre d'un cas de force majeure exonératoire doit présenter les caractères d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité¹².

L'extériorité empêche le débiteur de se prévaloir d'un événement relevant de son activité. Cette condition a parfois été abandonnée par la jurisprudence française et le rapport remis au président de la République à l'occasion de la réforme de 2016 affirme qu'elle ne constitue pas un élément de la force majeure¹³. Néanmoins on peut raisonnablement considérer que l'article 1218, précité, reprend cette condition en énonçant que l'événement doit échapper au contrôle du débiteur¹⁴.

L'imprévisibilité de l'événement s'oppose à ce que l'on puisse reprocher au débiteur de ne pas avoir pris des précautions afin de s'en prémunir. L'article 1218 précise utilement qu'il doit s'agir d'une imprévisibilité « raisonnable »¹⁵.

L'irrésistibilité traduit l'impossibilité d'exécution résultant de la survenance de l'événement. Cette impossibilité doit en principe être absolue en ce sens qu'une difficulté accrue d'exécution ne suffit pas. Avant deux arrêts rendus le 14 avril 2006 de la Cour de cassation française¹⁶, la jurisprudence tendait à considérer que l'irrésistibilité constituait le critère essentiel voire même unique de la force majeure. Depuis lors, le caractère cumulatif des conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité a été réaffirmé par ces deux arrêts et confirmé par le texte de l'article 1218¹⁷.

Le principal changement résultant en droit français de la réforme de 2016 réside dans l'assouplissement du régime applicable lorsque l'existence d'une force majeure est acquise. Désormais lorsque l'empêchement entrave définitivement l'exécution du contrat, ce dernier est résolu de plein droit¹⁸. Par ailleurs le nouveau texte présente l'intérêt de préciser le régime de la force majeure en cas d'empêchement temporaire d'inexécution : l'exécution de l'obligation concernée est alors suspendue (c'est-à-dire reportée dans le temps)¹⁹.

— En droit belge : les conditions gouvernant l'admission d'un cas de force majeure sont formulées de manière différente, à savoir que l'événement invoqué doit rendre l'exécution de l'obligation impossible (obstacle insurmontable, une difficulté accrue ne suffit pas) et doit être exempt de faute du débiteur en ce sens qu'il doit être inévitable et imprévisible²⁰. Quant à l'impossibilité, une tendance forte se dessine en faveur d'une appréciation « raisonnable et humaine » traduisant une impossibilité « normale »²¹. Quant au caractère suspensif d'un évé-

ment caractérisant une force majeure temporaire, il est reconnu de longue date, spécialement depuis un arrêt du 13 janvier 1956 de la Cour de cassation belge^{22 23}.

Néanmoins la notion d'irrésistibilité des droits français et luxembourgeois rejoint celle d'impossibilité en droit belge et l'absence de faute du débiteur peut être rapportée aux notions d'extériorité et d'imprévisibilité²⁴, en sorte que l'on ne puisse dire qu'il existerait *in fine* une réelle différence d'analyse entre le droit belge, d'une part, et les droits français et luxembourgeois, d'autre part.

Eu égard à ces conditions, il apparaît de manière assez immédiate que la force majeure pourra être assez aisément envisagée à propos des mesures adoptées par les autorités en vue de contrer la pandémie, spécialement celles de confinement strict ordonnées au printemps 2020, au regard de la condition d'imprévisibilité présente dans les trois droits étudiés, et ce bien entendu pour autant que le contrat de bail ait été conclu avant que la circonstance de la pandémie ne soit connue²⁵. Par ailleurs il sera question d'une force majeure temporaire,

jurisprudence et la doctrine actuelles sont passées d'une exigence d'impossibilité absolue appréciée *in abstracto* à une impossibilité normale appréciée *in concreto*, la notion de force majeure finit par se rapprocher de celles de l'abus de droit et de l'obligation d'exécution de bonne foi (« L'abus de droit, par exemple lorsque l'exécution de l'obligation est encore possible mais qu'il serait déraisonnable de l'exiger, compte tenu des circonstances. L'obligation d'exécution de bonne foi participe de la même idée ») et de la théorie de l'imprévision (« L'imprévision : elle est définie par la Cour de cassation comme étant une "théorie qui tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte" » Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, 565).

²² P. WÉRY, *op. cit.*, n° 577 ; DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2 par P. VAN OMME-SLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 616 ; Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, I, 460 dont il sera question *infra* n° 7.

²³ Pour une présentation alternative, plus fine, de la doctrine de la force majeure, qui ne diffère toutefois pas fondamentalement de la présentation traditionnelle, voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie ? », *R.D.C./T.B.H.*, 2020, pp. 246-278 et spéc. pp. 248-249. Selon cet auteur, sept exigences gouvernent la mise en œuvre de la doctrine de la FM :

— Six concernent le changement de circonstances :

1. le changement de circonstances s'est produit après la conclusion du contrat ;
2. le changement de circonstances doit revêtir un caractère exceptionnel ou anormal ;
3. le changement de circonstances ne doit pas être imputable au débiteur de l'obligation ou à une personne dont il doit répondre (non-imputabilité) ;
4. le changement de circonstances est imputable au débiteur — et ne lui permettra donc pas de bénéficier du régime de la force majeure — lorsqu'il aurait pu le prévoir lors de la conclusion du contrat ;
5. le changement de circonstances est imputable au débiteur lorsqu'il aurait pu l'éviter ;
6. le débiteur ne doit pas avoir accepté le risque du changement de circonstances (spécialement par l'effet d'une clause contractuelle).

— La septième exigence concerne l'impossibilité qui a évolué d'une notion d'impossibilité absolue à une impossibilité manifeste appréciée à l'aune de la bonne foi et de l'équité. Pour ne pas mettre la sécurité juridique en péril il ne suffit pas que les circonstances rendent l'exécution plus difficile ou plus onéreuse. Il ne peut raisonnablement matériellement, juridiquement ou moralement être exigé du débiteur qu'il s'exécute.

²⁴ Comp. F. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 327 : « L'imprévisibilité se confond en réalité avec les deux conditions de base de la force majeure, à savoir son caractère insurmontable et l'absence de faute du débiteur ».

²⁵ Approuvant le caractère d'imprévisibilité (l'accent est mis tantôt sur la pandémie elle-même tantôt sur les premières mesures prises par les autorités en réaction à celle-ci) au regard de la première vague de la pandémie :

— en droit belge : N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », obs. *J.L.M.B.*, 2021, pp. 39-53 et spéc. n° 2, observant que les autorités elles-mêmes avaient reconnu le caractère imprévisible de la pandémie ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie ? », *op. cit.*, p. 260 (« De overheidsmaatregelen en hun economische weerslag zijn redelijkerwijs onvoorzienbaar voor partijen die voor de uitbraak van Covid-19 contracteerden ») ;

— en droit français : si le caractère de force majeure a été par le passé écarté par la jurisprudence à l'occasion d'un certain nombre d'épidémies (SRAS, chikungunya, dengue, grippe H1-N1, virus Ebola ou grippe aviaire), celles-ci relevant de phénomènes connus, endémiques et donc prévisibles, il est généralement admis que la situation constitutive de la pandémie de Covid-19 a été à ses débuts entièrement nouvelle et par conséquent imprévisible (opinion majoritaire). Voir en ce sens : J.-P. BLATTER, « Le bail, le Covid-19 et le schizophrène – Propos à bâtons rompus », *op. cit.*, pp. 247-248 ; A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 328 ; F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 11 ; C. VERRON-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*, n° 2.2.3 (L'imprévisibilité devrait être reconnue pour les contrats conclus avant le 30 janvier 2020, date à laquelle l'O.M.S. a déclaré la Covid-19 « urgence de santé publique de portée internationale ») ; H. BARBIER, « La notion de force majeure à

¹² Pour l'observation que ces conditions, formulées par le droit français, sont également applicables en droit luxembourgeois : P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2015, n°s 788-790.

¹³ Pour plus de détails, cons. Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, LexisNexis, 2019, n°s 789 et 791.

¹⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, n° 956 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *ibidem*, soulignant toutefois que la doctrine apparaît partagée, certains estimant que la référence au contrôle du débiteur renvoie à la notion d'irrésistibilité.

¹⁵ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n°s 787 et 791.

¹⁶ Cass. ass. plén., 14 avril 2006, deux arrêts, *Bull. civ.*, 2006, ass. plén., n° 5 et n° 6.

¹⁷ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n°s 787-788 et 791.

¹⁸ Alors que cette inexécution relevait auparavant de l'ancien article 1184 du Code civil, lequel disposait que « le contrat n'est point résolu de plein droit ». Pour cette observation : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹ Voir Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n°s 792-793 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 960, faisant observer que la jurisprudence applique volontiers cette suspension. En droit luxembourgeois le caractère suspensif de la force majeure temporaire est également reconnu (cons. O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg – Principes généraux et examen de jurisprudence*, Les Dossiers du Journal des tribunaux Luxembourg, n° 2, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 199 : « Si la force majeure provoque une impossibilité temporaire d'exécuter le contrat, les obligations des parties ne vont pas être éteintes par force majeure, mais vont être temporairement suspendues »). Pourtant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg (8 décembre 2020, *supra* note 5) a estimé, à l'encontre d'une force majeure invoquée par le preneur pour la période de confinement, que : « L'irrésistibilité prend généralement la forme de l'impossibilité d'exécution en matière contractuelle. Celle-ci doit être totale et définitive, l'impossibilité temporaire ou partielle ne constituant pas un cas de force majeure ». Toutefois une lecture attentive de cette décision révèle que le motif principal de rejet de la demande du preneur réside dans la non-admissibilité d'une force majeure financière (voir *infra* n° 5).

²⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n°s 561-579.

²¹ P. WÉRY, *op. cit.*, n° 564. Voir également F. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *J.T.*, 2020, pp. 326-329 et spéc. pp. 326-327 : du fait que la

les mesures de confinement ayant bien sûr revêtu un caractère limité dans le temps.

Ces préalables étant rappelés, la force majeure a été invoquée dans les trois systèmes juridiques envisagés, tant par le preneur, en vue d'échapper à son obligation de payer le loyer (article 1728, 2^o, des Codes civils luxembourgeois, belge et français²⁶), que par le bailleur en vue d'échapper à son obligation d'assurer la jouissance paisible des lieux loués (article 1719, 3^o, des Codes civils luxembourgeois, belge et français²⁷).

l'épreuve des crises sanitaires, informatiques et politiques », *R.T.D. civ.*, 2020, pp. 623-627 et spéc. p. 623 (commentant une ordonnance du 20 mai 2020 du tribunal de commerce de Paris reconnaissant la force majeure en des termes très généraux : « la diffusion du virus revêt, à l'évidence, un caractère extérieur aux parties, qu'elle est irrésistible et qu'elle était imprévisible comme en témoignent la soudaineté et l'ampleur de son apparition ») ; S. DWERNICKI, « Covid-19 : quel avenir pour la force obligatoire du contrat ? », *Les petites affiches*, n° 260, 2020, pp. 9 et s., note 20 ; J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D*, 2020, pp. 611-617 et spéc. p. 611-612 (« (...) pour un contrat conclu en mars 2020, il serait difficile d'invoquer l'imprévisibilité de l'épidémie de coronavirus et de ses effets (...) », la condition d'imprévisibilité « devrait aussi être considérée comme remplie si le contrat a été conclu avant l'apparition de l'épidémie, ou à tout le moins avant l'information du public quant à l'ampleur qu'elle pouvait prendre (...) Le fait que des crises sanitaires d'une ampleur ou d'une nature proche aient déjà existé dans le passé n'est sans doute pas de nature à exclure le caractère d'imprévisibilité. Plusieurs indices pourraient ici tendre à la qualification d'événement imprévisible : il s'agit d'une maladie nouvelle, inconnue chez l'homme et pour laquelle il n'existe aucun vaccin. Plus encore, la vitesse et l'ampleur de sa propagation au niveau mondial semblent tout à fait inédites ») ; G. MAIRE, « Le contrat et l'après Covid-19 », *R.L.D.C.*, n° 185, 1^{er} octobre 2020 (« L'étendue mondiale de cette épidémie, sa nouveauté et le caractère inédit de ses conséquences ayant consisté dans le confinement de la moitié de la planète devraient néanmoins permettre de qualifier, au cas par cas, l'épidémie de force majeure sans difficulté ») ; R. BOFFA et M. MEKKI, « Droit des contrats », *D*, 2021, pp. 310-324 et spéc. p. 322 (citant T. com. Evry, 1^{er} juillet 2020, n° 2020R0092 : « La crise du Covid-19 présente cumulativement les caractéristiques d'extériorité, d'irrésistibilité et d'imprévisibilité et relève de la force majeure, appréciée à la date du 17 mars 2020 ») ;

— en droit luxembourgeois, les décisions suivantes ont tenu la condition d'imprévisibilité pour établie dans le cadre de l'examen de l'applicabilité de la doctrine de la force majeure dans le contexte de la Covid-19 : J.P. Luxembourg, 29 juillet 2020, *op. cit.* (force majeure invoquée par le bailleur) ; J.P. Luxembourg, 13 janvier 2021, *op. cit.*, J.P. Luxembourg, 14 janvier 2021, *op. cit.*, J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 204/21, *op. cit.* (implicitement pour ces trois décisions, la force majeure étant retenue dans le cadre de l'application de la théorie des risques) ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 197/21, *op. cit.* (force majeure dans le cadre de la théorie des risques, imprévisibilité abordée de manière nuancée, le juge estimant que le fait du prince n'était pas totalement imprévisible mais retenant néanmoins la force majeure, adhérent en cela à l'analyse — évoquée ci-avant — selon laquelle l'irrésistibilité, tenue pour établie, en constituerait le critère essentiel, les caractères d'extériorité et d'imprévisibilité ne constituant que des indices pour conclure au caractère irrésistible de l'événement) ; J.P. Luxembourg, 4 février 2021, *op. cit.* (dans le même sens que J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 197/21) ; Trib. arr. Luxembourg, 8 décembre 2020, *op. cit.* (l'imprévisibilité est retenue mais la force majeure finalement rejetée pour d'autres raisons).

Ceci étant l'unanimité n'est pas totale et une incertitude demeure car quelques (rares) décisions n'ont pas considéré la condition d'imprévisibilité comme étant établie en présence des premières mesures sanitaires de confinement adoptées au printemps : voir P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *A.J.D.I.*, 2021, pp. 99-107 et spéc. p. 101 (se référant à une décision du TC Paris (réf.), 11 décembre 2020 selon laquelle la Covid-19 « a été largement annoncé[e] mondialement avant même la mise en œuvre de la réglementation sanitaire française concernant la fermeture temporaire des commerces non essentiels ; en cela, ce phénomène ne peut être qualifié d'imprévisible », notons toutefois que cette observation ne fut pas déterminante quant au rejet de l'argument de force majeure invoqué par le preneur, celui-ci fut rejeté au motif du caractère inopérant de la force majeure financière, voir *infra* n° 5).

26 Texte identique (sous la seule réserve que le texte français, ici reproduit, a substitué le mot « raisonnablement » au « bon père de famille » du Code Napoléon pour décrire la première obligation du preneur) : « Le preneur est tenu de deux obligations principales :

1^o d'user de la chose louée raisonnablement, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;

2^o de payer le prix du bail aux termes convenus ».

27 Les textes sont identiques dans les trois droits concernés quant à l'énoncé de l'obligation d'assurer la jouissance paisible (textes luxembourgeois et belge) : « Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1^o de délivrer au preneur la chose louée ;

2^o d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;

3^o d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ».

On notera que le texte français a été modernisé, sans toucher à l'obligation d'assurer la jouissance paisible, pour y préciser l'obligation de délivrance quant au bail d'habitation et pour y ajouter une quatrième obligation visant les plantations sur les lieux loués : « Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1^o de délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour de-

5. La force majeure invoquée par le preneur (en vue d'obtenir la suspension de l'obligation de payer le loyer, art. 1728, 2^o, du Code civil). — Il s'agit sans doute de l'observation la plus immédiatement frappante : l'argument de la force majeure a été brandi partout par les preneurs arguant de ce que, privés de leur outil de travail, ils ne sont plus financièrement à même de faire face à leur obligation de verser ponctuellement leur loyer et devraient donc en être dispensés du moins durant la période de fermeture totale des lieux sur ordre des autorités. Cet argument s'est heurté partout et dans la plupart des cas à une réponse implacable que l'on peut résumer comme suit : il n'existe pas, ou si peu, de force majeure en matière financière ou encore concernant les obligations de sommes²⁸. Nous disions « si peu »

mander l'expulsion de l'occupant ;

2^o d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;

3^o d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ;

4^o d'assurer également la permanence et la qualité des plantations ».

28 En Belgique : cons. P. WÉRY, *op. cit.*, n° 564 (sur le fondement de l'adage « Genera non pereunt », l'impossibilité d'exécution ne se conçoit pas pour une chose de genre, telle une somme d'argent ; référence à Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108) ; F. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 327 (l'auteur évoque l'arrêt du 28 juin 2018 de la Cour de cassation — *R.G.D.C.*, 2020, p. 26 et note J. VAN ZUYLEN — rejetant la force majeure pour les obligations de sommes, jurisprudence applicable au paiement d'un loyer) ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie? », *op. cit.*, p. 262 (rappel de ce que la force majeure financière n'est pas admise, ce qui n'empêche pas de solliciter des termes et délais) ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », p. 266 (pas de force majeure en raison de l'adage et de la jurisprudence précitées) ; S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », *op. cit.*, pp. 300-301 ; N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, n°s 2-3 ; M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *op. cit.*, n° 2 ; J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie? Eerste rechtspraak m.b.t. Covid-19 becommentarieerd/Panoplie juridique face à une pandémie ? Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, Bruxelles, la Charte (n° 30 des « Dossiers du Journal des juges de paix et de police »), 2020, p. 37 ; J.P. Ostende, 10 juillet 2020, cité par J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020, *infra*.

En France : voir P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *A.J.D.I.*, 2021, pp. 99-107 et spéc. p. 106 (l'auteur recense 43 décisions rendues sur la question de l'exigibilité du loyer durant la crise sanitaire et relève que la force majeure est invoquée dans près de deux tiers des litiges mais que si l'argument est jugé suffisamment crédible par un certain nombre de juges des référés pour renvoyer son examen devant les juges du fond, peu le retiennent de manière exonératoire, certaines « juridictions se contentent de rappeler l'arrêt pourtant critiqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation excluant, par principe, toute force majeure pour les obligations de paiement », à savoir Cass. com., 16 septembre 2014, n° 13-20.306, *D*, 2014, 2217) ; A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 329 (rappel de l'arrêt, précité, du 16 septembre 2014 et de sa conséquence quant à l'obligation du paiement du loyer, force majeure rejetée) ; G. TEBOLU, « La force majeure et la crise du coronavirus : une application ou une évolution ? », *Dalloz.actualité* en ligne, 8 septembre 2020 : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/force-majeure-et-crise-du-coronavirus-une-application-ou-une-evolution#YF3A0q9A7Zs> (et la doctrine citée pour rappeler que la force majeure ne s'applique pas en principe aux obligations de payer une somme d'argent) ; C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*, n° 2.2.1 rappelant le dispositif de l'arrêt, précité, du 16 septembre 2014 (« 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 ») ; F. KENDERIAN et J. MONEGER, « Chronique : Baux commerciaux – Du rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19 », *R.T.D. com.*, 2020, pp. 783-790 et spéc. n° 19 (évoquant des décisions ayant rejeté la force majeure dans le chef du preneur au motif que celle-ci ne peut concerner une obligation de payer une somme d'argent) ; C. TOMASI-SERRE, « Covid-19 et paiement des loyers commerciaux premières décisions de justice », *Village de la Justice*, 19 novembre 2020, en ligne : <https://www.village-justice.com/articles/covid-paiement-des-loyers-commerciaux-premieres-decisions-justice,37185.html> (commentaire d'une décision réitérant le caractère inopérant de la force majeure quant à l'obligation de somme assumée par le preneur) ; N. DISSAUX, « L'épidémie, cette perte », *D*, 2020, pp. 887-888 (l'auteur rappelant l'arrêt, précité, de 2014 tout en observant que « de nombreux commentateurs ont critiqué la généralité de l'attendu, lequel opérerait une distinction qu'aucun texte ne suggère. Au demeurant, la jurisprudence antérieure est plus nuancée ») ; Cour d'appel de Riom Ch. civ. 1, 2 mars 2021, n° 20/01418, en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/document/riom-2-mars-2021-n-2001418> (rappelant la jurisprudence précitée de la Cour de cassation : rejet de la force majeure pour les obligations de sommes).

Au Luxembourg : cette problématique a été abordée dans les décisions que nous avons pu nous procurer (*supra* note 5) dans un sens convergeant avec les approches belge et française. Voir ainsi Trib. arr. Luxembourg, 8 décembre 2020, *op. cit.* (citant une doctrine française) : « (...) il n'existe pas de force majeure financière, de sorte que les difficultés financières ne peuvent jamais constituer une force majeure (...) une impossibilité temporaire ou partielle dans le chef du locataire se caractérisant par une difficulté accrue dans l'exécution de ses obligations de paiement des loyers pendant la période limitée du confinement ne saurait constituer un cas de force majeure dans son chef, le critère de l'irrésistibilité n'étant pas donné dans une telle situation » ; J.P. Luxembourg, 14 janvier 2021 (« (...) il est admis, qu'il ne peut y avoir de force majeure

car des exceptions, très limitées, existent²⁹ et, d'autre part, certaines décisions laissent une porte ouverte à la possibilité d'invocation d'une difficulté insurmontable de trésorerie mais généralement pour rejeter l'argument en faisant valoir que le preneur ne démontre pas que cette difficulté présente un caractère insurmontable³⁰.

Il n'empêche que certaines décisions, aussi bien en Belgique qu'en France, ont fait montre d'une plus grande ouverture à l'argumentation du preneur fondée sur la force majeure et passe outre l'obstacle du rejet de principe de la force majeure financière pour examiner plus avant la demande mais avec des fortunes diverses pour le preneur. À titre d'exemples :

— J.P. Huy, 19 octobre 2020³¹ (rejet) : le preneur était ici une célèbre chaîne de restauration rapide (Quick) dont l'activité ne s'est pas trouvée radicalement entravée, étant rompue au système de la vente à emporter et ayant pu pratiquer le « click & collect ». Le juge de paix constate à cet égard que la question ne doit en l'espèce en aucun cas être appréhendée sous l'angle de la « force majeure » (ou du « fait du prince ») car « L'activité commerciale exercée dans les lieux (restauration rapide) est de celles qui n'ont pas été radicalement interdites par

financière. Ainsi, la force majeure est exclue pour les obligations de payer une somme d'argent. Les difficultés financières du preneur, résultant de la crise du Covid-19, qui l'empêcheraient de payer son loyer, ne peuvent constituer un cas de force majeure et justifier une suspension du paiement de ce loyer » ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 197/21 (le juge se réfère à sa décision du 14 janvier pour rejeter le bénéfice de la force majeure financière pour le preneur) ; J.P. Luxembourg, 4 février 2021 (*idem* : référence à la décision du 14 janvier et même rejet).

²⁹ Voy. F. COLLARD-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2019, n° 483 : évoquant Cass. civ. 3^e, 17 février 2010, *R.D.C.*, 2010, 818 (paiement par virement empêché du fait d'une panne informatique de la banque) ; F. GLANSORFF (« La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 327) évoque pour sa part un arrêt du 10 février 1998 de la Cour de cassation de France (en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007039517/>) où une étudiante avait pu invoquer un cas de force majeure (tiré de sa maladie) pour se libérer de son obligation de paiement de frais de scolarité. Nous avons en effet relevé ci-dessus que la jurisprudence française s'opposant à la force majeure est critiquée par certains commentateurs et que la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 16 septembre 2014 est plus nuancée.

Plus intéressant est un arrêt du 30 juin 2000 de la Cour d'appel de Rennes (Rennes, ch. 1, sect. B, 30 juin 2000) où le juge a « considéré que l'apparition de vices justifiant la fermeture administrative d'un hôtel pour défaut de sécurité et, partant, l'impossibilité d'exploitation par la société crédit-preneuse était constitutive d'un cas de force majeure justifiant la suspension de ses obligations financières au titre du contrat de crédit-bail ». Comp. C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER (« L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*, n° 2.2.3) qui estiment que cette décision révèle une approche où les critères de la force majeure se trouvent réunis « non pas du fait à l'origine de l'impossibilité mais des conséquences des mesures normatives prises par l'administration en présence dudit fait ».

³⁰ Parmi les 43 décisions recensées par P. JACQUOT (« La Covid, le loyer et le juge »), plusieurs (T.J. Annecy (réf.), 7 septembre 2020 ; JEX T.J., Paris, 16 septembre 2020 ; Grenoble, 5 novembre 2020 et T.J. Nantes (réf.), 10 décembre 2020 ; T.C. Paris (réf.), 11 décembre 2020, JEX T.J. Rennes (réf.), 7 janvier 2021) mettent en évidence que le preneur ne démontre pas de difficultés de trésorerie ou de difficulté particulière inhérente à la fermeture administrative rendant impossible l'exécution de son obligation de payer ses loyers. Voir en outre Riom, 2 mars 2021 (*op. cit.*) : la Cour d'appel rappelle l'arrêt du 16 septembre 2014 de la Cour de cassation (précité) aux termes duquel la force majeure est rejetée pour les obligations de sommes mais relève par ailleurs que le locataire « ne démontre pas une insuffisance de trésorerie qui l'empêcherait d'exécuter son obligation de payer le loyer » ; T.C. Lyon, 17 novembre 2020 (commentée par F. KENDERIAN et J. MONEGER, « Chronique : Baux commerciaux – Du rôle central de la bonne foi dans le règlement des litiges locatifs issus de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 20) : rejet de la force majeure, le preneur ne démontrant pas une insuffisance de trésorerie. Comp. la réflexion de F. KENDERIAN (« Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 12) selon lequel une difficulté de trésorerie insurmontable ne laisserait le choix que de recourir à la théorie de l'imprévision (*infra* titre 3) ou au droit des entreprises en difficulté.

En droit belge, notons qu'une décision a, à l'inverse, rejeté la force majeure au motif notamment que le locataire continuait à disposer d'une « certaine trésorerie » en dépit de la Covid (J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 4 septembre 2020, *Juridische panoplie bij pandemie?*, *op. cit.*, p. 5 et commenté par N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, n° 16).

³¹ *J.L.M.B.*, 2021/1, pp. 27-29. Sommaire : Le bailleur qui réclame le paiement de son loyer ne peut être considéré comme faisant un usage méchant de son droit, notwithstanding les mesures de confinement ordonnées dans le cadre de la crise sanitaire engendrée par la pandémie liée au coronavirus Covid-19. Le débat porte uniquement sur le déséquilibre qui existerait entre l'avantage pour le bailleur de percevoir le loyer et le désavantage pour le preneur de le payer. Ce déséquilibre éventuel ne peut s'appréhender de manière théorique, mais doit au contraire faire l'objet d'un examen concret. Lorsque la situation économique du preneur paraît plus solide que celle du bailleur, il n'y a aucune raison de suspendre le paiement des loyers ». Cette décision sera également envisagée *infra* n° 17 au titre de l'argumentation fondée sur l'exécution de bonne foi/abus de droit.

la réglementation sanitaire, notamment dans le cadre de la vente à emporter.

Certes, il est possible que l'activité ait été ralentie (mais cela doit être objectif), et il est surtout possible que la s.a. B. ait dû prendre légitimement des mesures de prudence susceptibles d'amointrir son chiffre d'affaires (comme par exemple la fermeture de son drive-in) mais ces décisions commerciales, pour explicables qu'elles soient en raison, d'un point de vue économique ou d'un point de vue sanitaire, n'en restent pas moins des choix faits par le preneur, et qui ne peuvent donc être juridiquement considérés comme extérieurs à lui et s'imposant à lui ». En l'occurrence il n'est pas indifférent d'observer que la situation économique du preneur apparaissait plus solide que celle du bailleur...

— J.P. Ixelles, 29 octobre 2020³² (rejet) : le locataire (commerce de restauration) demeurait dans les lieux et pouvait en faire des usages alternatifs (travaux de rénovation, vente à distance...). Le juge estime qu'il n'y a aucune raison de remettre en cause l'obligation du preneur de payer son loyer dans la mesure où le bailleur continue à mettre les locaux à sa disposition³³. En outre le juge estime que l'appréciation de l'obligation d'assurer la jouissance des lieux ne doit se faire qu'au début du bail. Cette décision a été critiquée : « Un élément doit cependant être gardé à l'esprit : pour conclure au maintien de la jouissance du bien loué (et dénier toute impossibilité d'exécution), il faut que cette jouissance puisse se faire dans le respect de la destination de départ. Si le reliquat d'utilisation admis en période de lockdown ne correspond plus à ce qui avait été contractuellement décidé, il semble difficile d'encore soutenir que le coronavirus n'a pas eu d'impact sur cette obligation essentielle du bailleur ». En outre l'appréciation de l'exécution par le bailleur de son obligation d'assurer la jouissance paisible doit se faire tout au long du bail et non simplement à son entame³⁴.

— J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020³⁵ : force majeure admise (commerce de cosmétiques). Le bailleur, pour s'y opposer, pointait la possibilité pour le preneur d'utiliser le bien loué d'une autre manière en dépit du confinement (pour y effectuer du stockage par exemple). Mais le juge fait observer que la vocation ultime d'un tel magasin est d'y accueillir de la clientèle et le fait que le preneur puisse y effectuer du stockage n'est pas de nature à lui procurer la jouissance convenue, ladite jouissance étant déclarée indivisible, considérations en conséquence desquelles le juge accepte d'étudier la possibilité d'une révision du loyer. Cette décision est également évoquée au titre d'application de la théorie des risques³⁶.

— T.C. Lyon, 17 novembre 2020³⁷ (rejet) : « Les mesures des pouvoirs publics sur l'étalement des loyers montrent que le législateur ne reconnaît pas le caractère de force majeure à la pandémie ».

— T.C. Paris (réf.), 28 octobre 2020³⁸ (rejet) : « Même si la force majeure venait à être caractérisée, elle le serait autant pour le bailleur que pour le preneur ». On notera que le juge aurait pu ici en tirer les conséquences dans les termes d'une application de la théorie des risques, envisagée *infra* titre 2³⁹.

— T.J. Toulouse (réf.), 26 novembre 2020⁴⁰ (contestation sérieuse établie) : « Il ressort de la jurisprudence concernant la force majeure que, s'agissant du versement d'une somme d'argent, les caractères de la force majeure sont rarement remplis en particulier concernant la condition d'impossibilité compte tenu du fait que l'impossibilité de se

³² *J.L.M.B.*, 2021/1, pp. 29-32. Sommaire : Le bailleur qui réclame son loyer n'abuse pas de son droit. Son obligation de livraison est remplie dès la mise à disposition des lieux dans un état convenu et non contesté. Lorsque le bailleur a laissé le preneur dans les lieux et n'a rien fait pour en entraver l'exploitation, une résolution du bail ne se justifie pas même en raison des difficultés générées par la crise sanitaire engendrée par la pandémie liée au coronavirus Covid-19.

³³ Voir également le commentaire de cette décision sous l'angle de la théorie des risques (application rejetée) : *infra* n° 8.

³⁴ N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, n°s 10 et 12.

³⁵ *J.L.M.B.*, 2021/1, p. 32.

³⁶ « Actualiteit Vrederegerecht Etterbeek, 30 oktober 2020 », *R.D.C./T.B.H.*, 2020/8, pp. 1073-1074. Voir *infra* n° 8.

³⁷ Évoqué par P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *A.J.D.I.*, 2021, pp. 99-107 et spéc. p. 101.

³⁸ P. JACQUOT, *ibidem*.

³⁹ Dans le même ordre d'idées : T.J. Nancy (réf.), 16 décembre 2020 (P. JACQUOT, *ibidem*, p. 102) : « Il ne peut être contesté que la fermeture administrative des commerces dits non essentiels constitue un événement qui échappe au contrôle des parties, propriétaire et locataire étant confrontés de la même façon à cette fermeture ».

⁴⁰ P. JACQUOT, *ibidem*, p. 101.

procurer de l'argent est difficilement définitive et absolue. Cependant, au regard du caractère absolu de la fermeture des commerces non essentiels et de l'absence totale de rentrée d'argent pendant une période de deux mois dans la mesure où les dispositifs de type "click and collect" n'avaient pas encore été mis en place de façon élargie et la livraison après achat sur Internet était, elle aussi, affectée par les dispositions prises pour lutter contre la pandémie, la question de la caractérisation de la force majeure est sérieuse ».

On observera néanmoins que même si la force majeure est retenue dans le chef du preneur, certains estiment que les aides étatiques⁴¹ procurées au preneur sont susceptibles d'entraver la démonstration du caractère irrésistible de l'événement (droits français et luxembourgeois) ou encore de l'impossibilité d'exécution (droit belge) dans la mesure où le but de ces aides est précisément d'atténuer les difficultés d'exécution de ses obligations par le locataire⁴². Nous y reviendrons (*infra* n° 9).

La conclusion générale n'est pas vraiment encourageante pour le preneur se prévalant d'un argument de force majeure. En Belgique il est relevé que cette théorie ne recueille pas le consensus⁴³. En France on observe que si l'argument peut séduire *a priori* au stade des référés, il est généralement rejeté ensuite au fond⁴⁴.

6. La force majeure invoquée par le bailleur (en vue d'obtenir la suspension de l'obligation d'assurer la jouissance paisible des lieux loués, art. 1719, 3°, du Code civil). — La première décision luxembourgeoise connue, à savoir celle du tribunal de paix du 29 juillet 2020⁴⁵, a retenu la force majeure au profit du bailleur, lui permettant ainsi d'être déchargé de son obligation d'assurer la jouissance paisible des lieux loués durant la période de fermeture administrative correspondant au premier confinement strict (période d'avril et mai) alors que l'obligation du preneur de payer son loyer a été maintenue. Dans cette affaire, le preneur avait invoqué l'exception d'inexécution à l'encontre du bailleur pour n'avoir pu jouir des locaux (commerce de bijouterie) durant la période concernée. Cet argument ne put prospérer pour la raison que nous exposerons ci-dessous (*infra* titre 4). Par contre le juge admit pour la fermeture administrative des locaux loués les caractères d'extériorité, d'irrésistibilité et d'imprévisibilité exonérant le bailleur de sa responsabilité contractuelle au titre de la force majeure.

Cette décision est demeurée isolée. On remarquera la position prudente adoptée par le cabinet d'avocats ayant représenté le bailleur en cette affaire⁴⁶. En effet nous verrons ci-après que le preneur eût été mieux inspiré d'invoquer la théorie des risques plutôt que l'exception d'inexécution. S'il apparaît manifeste que le bailleur puisse invoquer la force majeure, nous avons affaire ici à un contrat synallagmatique caractérisé par une interdépendance entre les obligations du preneur et du bailleur. Cette considération nous amène à considérer l'impact de la théorie des risques sur le maintien de l'obligation du preneur en présence d'un cas de force majeure exonérant le bailleur de l'exécution de son obligation.

⁴¹ Décrites ci-dessus *supra* n° 1.

⁴² En ce sens : C. VERROUST-VALLIOT et S. PELLETIER (« L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.*, n° 2.2.3) : « (...) au regard des critères jurisprudentiels et spécifiquement le caractère d'irrésistibilité rappelé (...) il n'est pas certain que l'épidémie de Covid-19 stricto sensu puisse être considérée comme un cas de force majeure exonérant, par exemple, un preneur de son obligation de paiement du loyer, ne serait-ce que parce qu'il a pu bénéficier des reports de charges et aides d'État mises en œuvre. Et d'autant moins que cette obligation consiste en un paiement d'une somme d'argent à propos de laquelle on a vu que la jurisprudence refusait que la force majeure soit un motif d'exemption » (souligné par nous).

⁴³ N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, n° 9.

⁴⁴ P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *A.J.D.I.*, 2021, pp. 99-107 et spéc. p. 106 et voy. *supra* note 29.

⁴⁵ *Supra* note 5.

⁴⁶ Voir « MOLITOR obtient une des premières décisions au profit d'un bailleur sur le paiement des loyers commerciaux durant l'état de crise lié au Covid-19 » (en ligne : <https://molitorlegal.lu/molitor-obtient-une-des-premieres-decisions-au-profit-dun-bailleur-sur-le-paiement-des-loyers-commerciaux-durant-letat-de-crise-lie-au-covid-19/>) : « Cependant (...) la décision ne répond pas à toutes les questions que suscitera la force majeure dans le domaine des baux commerciaux ».

2 La théorie des risques, soit invoquée seule, soit en son illustration tirée de l'article 1722 du Code civil concernant le contrat de bail

7. La théorie des risques : considérations générales. — La théorie des risques, traduite par l'adage *res perit debitori*, est également commune aux trois systèmes juridiques examinés. Dans les contrats synallagmatiques, elle postule qu'en cas d'extinction d'une obligation en raison de la survenance d'un cas de force majeure, le débiteur de l'obligation éteinte ne puisse exiger de son cocontractant qu'il exécute son obligation propre (dont l'exécution est quant à elle toujours possible) : la chose périt donc aux risques du débiteur de l'obligation inexécutée⁴⁷.

En Belgique, deux arrêts de la Cour de cassation sont à mettre en évidence pour traduire la théorie des risques selon que la force majeure entraîne un empêchement définitif ou temporaire d'exécution :

— Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270⁴⁸ : « Attendu (...) que, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie dès lors la dissolution du contrat ».

On notera que cette affaire concernait un bail commercial et qu'il y était question de l'application de l'article 1722 du Code civil⁴⁹. Des particuliers avaient loué à la société Métro-Goldwyn Mayer un établissement commercial à usage de salle de cinéma et de spectacles de music-hall (le fameux « Forum » de Liège). Le 2 mai 1941 l'occupant allemand retira à la locataire sa licence d'exploitation en raison de la nationalité, « race » ou religion de certains membres de la société. Par conséquent la société locataire suspendit le paiement de son loyer à partir de cette date en raison de l'impossibilité pour elle de jouir des lieux loués.

— Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460 : « (...) la force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu ; (...), pour- tant, (...) si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissout de plein droit ».

Contrairement à ce qui a été admis en France jusqu'à la réforme de 2016, on considère en Belgique que l'article 1184 du Code civil⁵⁰ ne s'applique pas au cas d'inexécution à la suite d'une force majeure⁵¹. La théorie des risques se déduit en Belgique de la nature du contrat synallagmatique ; elle constitue un véritable principe général de droit

⁴⁷ Le régime de la théorie des risques est différent dans le cas d'un contrat translatif d'un droit réel. Dans ce cas, et pour autant que le transfert de propriété se réalise par le seul échange des consentements, l'acquéreur reste tenu de ses obligations : on se réfère alors à l'adage *res perit domino*.

⁴⁸ Également publiée à la *R.C.J.B.*, 1947, pp. 268-274 avec la note de A. DE BERSAQUES aux pp. 274-290 (accessible en ligne : <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/rcjb>)

⁴⁹ Lequel est demeuré inchangé (version du Code Napoléon de 1804) tant en Belgique qu'en France et au Luxembourg. Cet article 1722 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. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

À noter pour la Belgique : l'article 1722 du Code civil a été maintenu intact à Bruxelles et en Flandre. Pour la Wallonie, voir l'article 12 du décret wallon du 15 mars 2018 (en ligne : http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2018031513), qui opère une reprise littérale de la disposition fédérale. On se référera donc exclusivement à l'article 1722 pour le droit belge.

⁵⁰ Article 1184 du Code civil belge : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

⁵¹ Note de A. DE BERSAQUES sous Cass., 27 juin 1946, *op. cit.*, p. 279. Voir également J. LIMPENS, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1949, pp. 350-385, n° 30 (en ligne : <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/rcjb>).

qui se fonde sur l'interdépendance des obligations des parties qui sont censées s'exécuter trait pour trait et elle est en outre étrangère à la théorie de la cause⁵² (la cause étant centrée en Belgique sur la notion de mobile déterminant, contrairement à la conception dualiste qui a prévalu en France jusqu'en 2016 et qui prévaut toujours au Luxembourg⁵³) et se trouve notamment illustrée par la disposition figurant à l'article 1722 du Code civil⁵⁴ (précité)⁵⁵.

En France il importe, en ce qui concerne la théorie des risques, de distinguer l'exposé qui en était fait avant et depuis la réforme de 2016 (évoquée ci-avant) :

— Avant la réforme de 2016, l'inexécution consécutive à un cas de force majeure relevait de l'ancien article 1184 du Code civil⁵⁶ en vertu d'une jurisprudence ancienne, à savoir un arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 1891⁵⁷ qui recourait à la notion de cause pour justifier l'interdépendance des obligations dans un contrat synallagmatique :

« Vu l'article 1184 du Code civil ;

» Attendu que cet article ne distingue pas entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant obstacle à la résolution, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement ; qu'en effet, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause »⁵⁸.

Cette jurisprudence était souvent combattue par la doctrine dans la mesure où elle faisait fi de la distinction à faire entre résolution et théorie des risques⁵⁹.

— Depuis la réforme de 2016, qui a fait disparaître la notion de cause du Code civil⁶⁰, la doctrine se réfère à la notion d'interdépendance entre les obligations des parties dans les contrats synallagmatiques pour justifier la théorie des risques⁶¹. Désormais l'article 1351 du

Code civil⁶² reprend l'essentiel⁶³ de la théorie lorsque l'empêchement résultant d'une force majeure s'avère définitif (libération) alors que l'article 1218, alinéa 2, du Code civil, déjà cité, pourvoit aux conséquences d'un empêchement temporaire (suspension de l'obligation)⁶⁴.

Le Luxembourg, contrairement à la Belgique, emboîte le pas à l'approche française antérieure à la réforme de 2016 : on y considère en effet que l'article 1184 du Code civil⁶⁵ s'applique au cas d'inexécution à la suite d'une force majeure en ce que cette disposition ne distingue pas selon la cause de l'inexécution⁶⁶. En outre, le Luxembourg adhérent à la conception dualiste (objective et subjective) également retenue en France avant la réforme de 2016, la notion de cause est retenue pour justifier l'interdépendance entre les obligations dans un contrat synallagmatique, les obligations réciproques des parties se servant mutuellement de cause⁶⁷.

8. Application de la théorie des risques au contrat de bail commercial dans le contexte de la pandémie de Covid-19 : réception constatée en Belgique et au Luxembourg (?) contre réception limitée en France. — En Belgique, nous avons vu (*supra* n° 7) que la théorie des risques a valeur de principe général de droit alors que l'article 1722 du Code civil⁶⁸ en constitue une illustration dans la matière du contrat de bail⁶⁹. La théorie des risques a connu un certain succès au sein d'une doctrine qualifiée de « majoritaire »⁷⁰ mais surtout, à vrai dire, lorsqu'il s'agit de l'appliquer à la situation de fermeture stricte qui s'est illustrée plus particulièrement au début de la pandémie⁷¹. Toutefois, un examen plus précis de cette doctrine et de la jurisprudence amène à nuancer le propos en ce qui concerne l'application de l'article 1722. L'étude de M. Higny (précitée), rédigée dans les premiers temps de la pandémie (publiée en avril 2020), fait certainement autorité en la matière mais si l'auteur se penche de manière approfondie sur l'application de l'article 1722, des réserves certaines sont apportées dans le contexte qui nous intéresse. En effet l'auteur relève que si cette disposition couvre effectivement non seulement la perte matérielle mais aussi la perte dite « juridique » de la chose louée, il n'en demeure pas moins qu'elle n'envisage que la perte *définitive* (ou au moins dont la durée est égale à celle du bail restant à courir), totale ou partielle⁷², de la chose louée⁷³. Or les mesures de

⁵² Voir DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1 par P. VAN OMMESSLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 2013, n°s 193-194, 564.

⁵³ Pour le rappel de cette différence par rapport au droit français : P.A. FORTIERS, « La cause en droits français et belge », in E. VAN DEN HAUTE (coord.), *Le droit des obligations*, Collection de l'Académie de droit privé européen, Bruxelles, Bruylant, 2013. Sur les similitudes et différences entre la théorie des risques et la caducité du contrat par disparition de son objet, cons. R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in R. JAFFERALI (coord.), *Le droit commun des contrats – Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 129-230 et spéc. pp. 213-219.

⁵⁴ DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1 par P. VAN OMMESSLAGHE, op. cit., n°s 564-569 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n°s 573-577.

⁵⁵ La Proposition de réforme (précitée) du droit des obligations consacre les dispositions suivantes à la théorie des risques :

« Article 5.100. Effets sur le contrat en cas d'impossibilité définitive d'exécution de l'obligation

» Lorsque l'impossibilité d'exécuter une obligation principale est totale et définitive sans être imputable au débiteur, le contrat est dissous de plein droit en sa totalité.

» Lorsque l'impossibilité est partielle et définitive, sans être imputable au débiteur, la dissolution se limite à la partie du contrat qui est affectée, pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et sa portée.

Dans les contrats translatifs de propriété, le transfert des risques s'opère toutefois conformément à l'article 5.80.

Article 5.101. Effets dans le temps de l'impossibilité définitive d'exécution

L'impossibilité définitive d'exécution qui n'est pas imputable au débiteur prive le contrat d'effets depuis la date de cette impossibilité.

Les prestations fournies sans contrepartie avant cette date donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 5.115 à 5.122.

Article 5.102. Effets sur le contrat en cas d'impossibilité temporaire d'exécution de l'obligation

Lorsque l'impossibilité n'est que temporaire, sans être imputable au débiteur, l'exécution de l'obligation corrélatrice du cocontractant est suspendue.

Toutefois, si le contrat ne peut plus être utilement exécuté à la fin de l'impossibilité, les articles 5.100 et 5.101 sont d'application conforme ».

⁵⁶ Cette disposition, qui était identique à celles figurant toujours dans les Codes civils belge et luxembourgeois, ne figure plus dans l'actuel Code civil français, la thématique de la résolution du contrat étant désormais abordée aux articles 1217, 1224-1225 et 1227-1228 de ce Code.

⁵⁷ Cass. civ., 14 avril 1891, aff. *Ceccaldi*, D.P. 1891, I, 329, note PLANIOL, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952698/>

⁵⁸ Voir les commentaires de A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », op. cit., pp. 330-331.

⁵⁹ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 126.

⁶⁰ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *ibidem*, p. XII ; L. AYNES, « La disparition de la cause du contrat », in P. ANCEL et A. PRÜM (sous la dir. de), *Réformer le droit des contrats ? - Analyse comparée autour du droit luxembourgeois*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larciér, 2020, pp. 217-221.

⁶¹ Voy. notamment Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, n° 410.

⁶² Lequel dispose que : « 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, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure ».

⁶³ Selon l'expression de M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Paris, Thémis – P.U.F., 2019, n°s 989-990. Voir également N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *ibidem*, p. 228.

⁶⁴ Voir N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *ibidem*, op. cit., p. 125.

⁶⁵ Dont le contenu est identique à celui de la disposition belge précitée.

⁶⁶ P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois - Approche comparative*, n°s 722-723.

⁶⁷ P. ANCEL, *ibidem*, n°s 341-346 ; O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg – Principes généraux et examen de jurisprudence*, op. cit., n° 201 et la jurisprudence commentée.

⁶⁸ Qui, pour rappel, dispose dans les trois droits qui nous intéressent 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. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

⁶⁹ Pour ce rappel, notamment : DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1 par P. VAN OMMESSLAGHE, op. cit., n° 564 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larciér, 2011, op. cit., n° 573.

⁷⁰ M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », op. cit., n° 2, les auteurs se référant aux études de M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », op. cit. et N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », op. cit.

⁷¹ Ainsi un certain nombre de décisions ont totalement libéré le preneur de son obligation de paiement du loyer durant la période de confinement. On citera : J.P. Anvers, 3 et 17 septembre 2020 ; J.P. Schaerbeek, 22 juin 2020, J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020 (cette dernière décision étant envisagée *supra* n° 5), évoquées in « Actualité Vrederegerecht Etterbeek 30 oktober 2020 », *R.D.C./T.B.H.*, 2020/8, pp. 1073-1074 et spéc. p. 1074.

⁷² Si la perte est totale le preneur est libéré tandis que si la perte s'avère partielle une réduction du loyer est envisageable.

⁷³ Cons. M. HIGNY, *ibidem*, pp. 267-272 : l'auteur envisage l'hypothèse de la fermeture administrative des lieux loués (par opposition à un autre scénario, sur lequel nous reviendrons, où les lieux loués ne sont pas ou plus soumis à une telle mesure mais les difficultés économiques persistent du fait du contexte dans lequel se trouvent les parties au contrat). Dans ce cas la mesure de fermeture met le bailleur en situation d'em-

fermeture administrative, même complète, des lieux loués ne revêtent pas ce caractère définitif. Certes l'article 1722 ne constitue lui-même qu'une application *particulière* de la théorie des risques qui elle-même ne semble pas contenir pareille restriction et M. Higny lui-même semble considérer que la théorie des risques conserve sa vocation à être mise en œuvre même lorsque l'on ne se trouve pas dans une situation de perte définitive des lieux loués⁷⁴. Pourtant certains juges ont été sensibles à cette limitation du champ d'application de l'article 1722⁷⁵. Référence implicite de l'adage *Specialia generalibus derogant* ? En tout cas une réticence certaine s'est manifestée face à une solution qui relève du « tout ou rien » et fait reposer le risque financier des mesures prises par les autorités intégralement sur les épaules du bailleur⁷⁶, et ce même si on a fait observer que la mise en œuvre de cette disposition n'emportera pas nécessairement une libération générale du preneur mais nécessitera, dans une approche au cas par cas, de tenir compte de la mesure dans laquelle la destination convenue a été affectée⁷⁷. Nous verrons ci-après que les juridictions belges ont le plus souvent marqué une préférence pour des remèdes moins extrêmes.

pêchement de satisfaire à son obligation de procurer la jouissance paisible des lieux loués (article 1719, 3^o, du Code civil). Cette mesure frappe bien l'immeuble et non l'activité du preneur, qui n'est pas soumis à une mesure d'interdiction liée à sa situation personnelle, vu que la mesure vise à empêcher les rassemblements dans des lieux clos. L'obligation de fermeture s'imposant au bailleur, nous sommes, ainsi que nous l'avons déjà fait observer (*supra* n° 6), face à un cas de force majeure dans le chef du bailleur. C'est alors que la théorie des risques entre en jeu : du fait de la force majeure, libératoire dans le chef du bailleur, nous nous trouvons confrontés à une « perte juridique » des lieux loués (perte de jouissance à envisager de manière concrète, c'est-à-dire selon la destination voulue par les parties dans leur bail). Ainsi, par exemple la destination d'un magasin de vêtements est de vendre des vêtements au public et donc ce n'est pas parce que le preneur peut encore y réaliser du stockage que le bailleur peut toujours être considéré comme fournissant la jouissance conformément à la destination prévue. Cette situation, découlant de la mesure de fermeture complète des lieux loués à distinguer de celle découlant de mesures qui ont simplement pour effet de diminuer l'intérêt que la chose présente pour le preneur comme, par exemple, des travaux à la voirie, et non de générer une impossibilité d'exécution dans le chef du bailleur. En outre l'article 1722 ne peut être invoqué lorsque des événements imprévus entraînent une simple diminution des profits nés de la jouissance des lieux loués, restés par ailleurs propres à la destination convenue. Dans le cas d'une réelle impossibilité, la jurisprudence, précitée (*supra* n° 7), du 13 janvier 1956 de la Cour de cassation s'applique et l'effet suspensif de la force majeure temporaire aboutit à ce que le preneur soit lui-même libéré temporairement de l'exécution de ses propres obligations contractuelles dont le paiement du loyer et des charges, les effets de la théorie des risques étant amenés à se prolonger tant que la mesure de fermeture administrative sera d'application. L'auteur met toutefois en évidence, déjà au printemps dernier, des cas particuliers, comme celui du locataire d'un restaurant pourtant fermé y préparant des repas qu'il fait livrer : dans cette hypothèse la perte juridique temporaire n'est pas totale mais partielle et il pourrait en résulter une diminution du montant du loyer à négocier entre les parties ou, à défaut d'accord, à déterminer par les juridictions. L'auteur aborde ensuite la question de l'application de l'article 1722 du Code civil et, après avoir rappelé que cette disposition constitue une application légale de la théorie des risques, souligne que « cette disposition ne devrait pas s'appliquer à la situation de fermeture temporaire des lieux loués imposée par l'arrêté ministériel. En effet, l'article 1722 du Code civil ne s'applique qu'aux situations de perte définitive des lieux loués, que ces pertes soient matérielles ou juridiques (...) » ; l'application de l'article 1722 du Code civil devrait être exclue suite à la fermeture imposée de certains lieux loués par l'arrêté ministériel, en ce qu'elle est limitée dans le temps ». L'auteur réserve toutefois deux cas qui seront constitutifs de « perte définitive » au sens de l'article 1722 : d'abord « une perte définitive pourrait se présenter si la durée de fermeture imposée par ledit arrêté ministériel est au moins égale à la durée du bail qui reste à courir » et le cas des locations de vacances alors que les preneurs ne peuvent se rendre sur les lieux en raison d'une interdiction de se déplacer liée à la mesure de confinement adoptée.

⁷⁴ M. HIGNY (*op. cit.*, p. 271, note 74) où l'auteur fait observer, à propos de l'opinion d'un auteur qui lui semble s'efforcer de faire entrer dans le champ d'application de l'article 1722, des hypothèses non constitutives de perte définitive de la chose louée : « Nous nous posons la question de savoir s'il n'y aurait pas à ce niveau confusion entre impossibilité temporaire et impossibilité partielle. On pourrait avoir l'impression que l'auteur s'efforce de faire rentrer les différentes hypothèses de la théorie des risques dans le texte de l'article 1722 (en les rattachant artificiellement à la « perte partielle ») ; ceci étant, est-ce vraiment nécessaire, surtout si l'on sait que l'article 1722 du Code civil est une application ponctuelle de ladite théorie des risques ? » (souligné par nous).

⁷⁵ Voir N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », *op. cit.*, n° 6, évoquant : J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020 et J.P. Bruges, 28 mai 2020, deux décisions sur lesquelles nous reviendrons car elles ont néanmoins procuré une satisfaction *partielle* au preneur sur la base d'un autre fondement juridique. Par ailleurs on remarquera que l'auteur semble confondre la théorie des risques avec son application particulière tirée de l'article 1722 du Code civil et lui prête donc une limitation (à la perte définitive) qui ne concerne pourtant que la dernière disposition *ibidem*.

⁷⁶ Cfr N. BERNARD, *ibidem*, n° 14, se référant à « la logique purement binaire » de la théorie des risques, où l'entière des risques est assumée par une seule des parties.

⁷⁷ S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », *op. cit.*, pp. 330-331.

Pour être complet notons aussi une position minoritaire, en doctrine et en jurisprudence, selon laquelle le locataire ne pourrait invoquer la théorie des risques en ce que la mesure de fermeture administrative ne mettrait pas le bailleur dans l'incapacité de faire jouir paisiblement le locataire des lieux loués mais frapperait le locataire dans son aptitude de permettre l'accès des lieux loués au public, cet accès étant du ressort du seul preneur et non du bailleur⁷⁸.

En droit français, nous n'avons pu relever de discussion doctrinale ni de jurisprudence portant sur l'application de la théorie des risques, dans le contexte des mesures restrictives adoptées à la suite de la pandémie de Covid-19, considérée *indépendamment* de la mise en œuvre de l'article 1722 du Code civil⁷⁹. La discussion s'est centrée sur la possibilité d'invoquer l'article 1722 envisagé au titre de la perte juridique partielle généralement confondue avec une perte temporaire des lieux loués. En d'autres termes, la réserve faite en droit belge (ci-dessus) insistant sur la nécessité d'une perte définitive de la chose ne se retrouve guère dans les considérations qui ont été développées par la doctrine française qui semble estimer assez largement que la perte juridique temporaire est assimilable à la perte partielle visée à l'article 1722⁸⁰ même si un auteur a pu estimer que cette démarche relevait d'une interprétation « extensive » de la disposition concernée entendue comme se référant non pas à une destruction matérielle mais à une destruction juridique momentanée du local, entendue comme « l'impossibilité objective pour le locataire de jouir de la chose louée conformément à sa destination »⁸¹. Force est toutefois de constater que les espèces antérieures à la crise du Covid-19 et présentant des similitudes avec celle-ci sont plutôt rares⁸² et que, s'agissant des déci-

⁷⁸ Voir M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *op. cit.*, n° 2, p. 206. Voir J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020 (*Juridische panoplie bij pandemie* ?), *op. cit.*, p. 34), J.P. Ixelles, 29 octobre 2020 (*J.L.M.B.*, 2021/1, pp. 29-32) et J.P. Ixelles, 18 février 2021, R.G. n° 20A3982/8 (inédit) et cons. G. DE CRAYENCOUR, « La jouissance paisible du locataire... au temps du Covid-19 », 9 avril 2020, en ligne : https://www.relaw.be/images/La_jouissance_paisible_au_temps_du_Covid-19.pdf. L'arrêt (précité) de la Cour d'appel de Riom du 2 mars 2021 exprime des considérations partiellement similaires : « (le) locataire, reproche à son bailleur de ne pas lui assurer la jouissance paisible des lieux loués conformément à l'article 1719 du Code civil. Or, l'impossibilité pour le locataire d'exercer son activité dans les lieux n'est pas la conséquence d'un manquement du bailleur à son obligation de garantie de jouissance paisible, mais d'une décision de l'autorité qui s'impose au locataire comme au bailleur. Le bailleur ne dispose d'aucun moyen pour interdire lui-même l'accès des locaux loués au public ».

⁷⁹ Tout au plus a-t-on observé que pour la période antérieure à la réforme de 2016 (baux conclus ou renouvelés avant le 1^{er} octobre 2016), la théorie de la cause justifiant l'interdépendance des obligations dans un contrat synallagmatique (*supra* n° 7) pourrait être invoquée. À cet égard un arrêt du 29 juin 2010 de la Cour de cassation (en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022430481/>) a, sous le visa de l'article 1131 ancien du Code civil, censuré un arrêt de Cour d'appel qui n'avait pas recherché si l'évolution des circonstances économiques n'avait pas eu pour effet de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit, la Cour admettant ainsi « qu'une circonstance extérieure aux parties puisse faire disparaître la cause d'une obligation et dispenser le débiteur de cette exécution ». Cet arrêt est toutefois demeuré isolé (voir à cet égard : A. CONFINO et J.-P. CONFINO, « Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, pp. 330-331) et rejoint pour le reste la problématique de l'imprévision (envisagée *infra* titre 3).

⁸⁰ Voir G. TEBoul, « La force majeure et la crise du coronavirus : une application ou une évolution ? », *op. cit.* : si l'auteur énonce que l'empêchement de jouissance doit être définitif, ce qui n'est pas le cas de l'épidémie de Covid-19, il ajoute de manière peu claire que l'impossibilité d'user de l'immeuble pourrait être assimilée à une perte partielle de la chose et les loyers correspondants ne seraient pas dus ; F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, spéc. n° 32, se prévalant notamment de l'arrêt, envisagé ci-dessous, du 29 avril 1965 pour justifier l'application de l'article 1722 à la perte temporaire de jouissance résultant de la fermeture administrative des commerces pour cause de Covid-19.

⁸¹ P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *op. cit.*, p. 107, citant un extrait de : JEX t.J. Paris, 27 octobre 2020, n° 20/81460.

⁸² Constatation faite par A. CONFINO et J.-P. CONFINO (« Les baux commerciaux malades de la peste », *op. cit.*, p. 330) qui évoquent un arrêt du 29 avril 1965 de la Cour de cassation (en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006970620/>) « qui a jugé au visa de l'article 1722 que l'intervention d'un arrêté municipal qui met le locataire d'une palissade d'affichage dans l'impossibilité de l'utiliser pendant une certaine période justifie le remboursement au preneur d'une partie du prix de location ». Les auteurs citent également un arrêt (Cass. civ. 3^e, 30 octobre 2007, n° 07-11.939) approuvant une Cour d'appel d'avoir jugé que des baux commerciaux s'étaient trouvés résiliés de plein droit par la perte de la chose louée résultant d'un arrêté administratif de fermeture d'un centre commercial, arrêté revêtant le caractère d'un cas fortuit dans la mesure où les circonstances ayant abouti à la décision de fermeture ne pouvaient être imputées à la faute du bailleur. Voy. également N. DISSAUX, « L'épidémie, cette perte », *op. cit.*, évoquant un arrêt de 1896 (Req. 11 février 1896, *D.*, 1896, 1, 239) en ces termes : « un bien loué doit être considéré comme perdu dès qu'il devient impropre à la destination pour laquelle il

sions rendues dans le contexte de cette crise, la moisson est maigre puisque cet argument n'a été produit que dans quatre sur 43 espèces recensées tout récemment et sans succès pour deux d'entre elles⁸³. Une tentative d'explication réside dans le fait que le développement d'une argumentation axée sur l'article 1722 suppose d'entrer dans la technicité du droit spécial du bail⁸⁴. Il semble aussi que, comme observé pour le droit belge (ci-dessus), les juges répugnent à appliquer une solution faisant *a priori* reposer l'intégralité du risque sur le bailleur⁸⁵ même si, comme en droit belge, la doctrine fait observer que le juge pourra moduler les effets produits par la disposition de la dispense totale de paiement du loyer à divers degrés de réductibilité⁸⁶.

Au Luxembourg, quelque peu en contraste avec les réserves et réticences belge et française, la plupart des décisions de premier degré que nous avons recensées⁸⁷ ont appliqué la théorie des risques dans une acception correspondant à celle préconisée par la doctrine française à propos de l'article 1722, à savoir que la perte partielle visée à cette disposition y a été comprise comme se référant également à la perte juridique temporaire de jouissance :

— J.P. Luxembourg, 13 janvier 2021 (débit de boissons) : application de la théorie des risques sur le fondement de l'article 1722 qui en est une application. Les loyers sont demeurés impayés depuis mars 2020. Le preneur réclame une réduction de loyer de 50% du fait de l'impossibilité d'exploiter leur commerce en raison de la fermeture administrative du 18 mars au 25 juin 2020 et à partir du 26 novembre 2020 sur la base de l'article 1722 du Code civil. Le bailleur s'y oppose en faisant valoir que le preneur aurait pu continuer à exploiter son commerce par le biais de ventes à emporter. Selon le juge la « perte » visée à l'article 1722 vise tant la perte matérielle que la perte juridique de la chose louée, empêchant une jouissance paisible conformément à la destination prévue par les parties. Dès lors qu'un événement constitutif de force majeure rend impossible ou contrarie la destination prévue, l'obligation de payer le loyer cesse en tout ou en partie. Par contre, ci-

avait été loué. Souvenons-nous : à la fin du XIX^e siècle, la crise du phylloxera, cette peste des vignes, avait pu libérer certains preneurs à bail rural. De fait, qu'importait la terre, si les cepes étaient morts » ; F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 31.

⁸³ Voir P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *op. cit.*, pp. 104 et 107. Les deux décisions ayant accueilli favorablement l'argument sont JEX t.J. Paris, 27 octobre 2020, n° 20/81460 (« Il se déduit de ce texte que l'impossibilité objective pour le locataire de jouir de la chose louée conformément à sa destination peut le libérer, pour tout ou partie, définitivement ou temporairement, de son obligation de payer le loyer contractuel ») et JEX t.J. Paris, 20 janvier 2021, n° 20/80923 (« L'impossibilité juridique survenue en cours de bail d'exploiter les lieux loués est assimilable à la situation envisagée (par l'article 1722 du Code civil) laquelle a pour effet de libérer le preneur de l'obligation de payer le loyer tant qu'il ne peut jouir de la chose louée »). Les deux décisions ayant rejeté l'argument ont fait valoir que « Même si l'accès du lieu loué a été temporairement interdit au public, les mesures sanitaires n'ont pas fait cesser sa mise à disposition par le bailleur, ni la possibilité pour le locataire d'en jouir puisqu'il pouvait toujours y accéder physiquement » (TC Paris (réf.), 11 décembre 2020) et d'autre part ont fait relever l'examen de la question du juge du fond (t.J. Angers (réf.), 24 décembre 2020). On notera que la première décision rejetant l'argument fondé sur l'article 1722 n'est pas sans évoquer (première partie de phrase) la position minoritaire exposée ci-avant en droit belge à l'encontre de la mise en œuvre de la théorie des risques.

⁸⁴ P. JACQUOT, « La Covid, le loyer et le juge », *op. cit.*, p. 107.

⁸⁵ Voir C. VERRUST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du Covid-19 sur les contrats de droit privé », *op. cit.* : (à propos de l'article 1722) « Le législateur a (...) entendu faire peser sur le bailleur le risque final, et ce même lorsque l'inexécution de l'obligation du bailleur provient d'un cas fortuit ou du fait de la puissance publique », une constatation qui ne semble pas recueillir l'assentiment des auteurs puisqu'ils estiment ensuite, dans un raisonnement qui rappelle la position minoritaire belge précitée et la décision, également précitée du TC Paris (réf.) du 11 décembre 2020, qu'« on peut légitimement se demander si le bailleur ne pourrait pas être regardé comme ayant exécuté ses obligations positives, voire comme étant déchargé de son obligation d'assurer la jouissance paisible, de sorte que le preneur ne pourrait lui opposer un trouble de jouissance pour justifier une suspension des loyers ».

⁸⁶ F. KENDERIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *op. cit.*, n° 32 : « (...) il conviendrait, là encore, d'opérer une distinction entre ceux qui ont été contraints à une inexploitation temporaire totale, et ceux qui n'ont pas été totalement empêchés d'exploiter les locaux. Lorsque le locataire a été totalement privé de la jouissance économique du bien loué en raison des mesures de fermeture prises par les pouvoirs publics, il pourrait solliciter, sur le fondement de l'article 1722, une diminution des loyers afférents à la période durant laquelle il n'a pu user des locaux conformément à leur destination contractuelle, c'est-à-dire une dispense définitive de paiement des loyers pour la période considérée. En revanche, dans l'hypothèse où le locataire, bien que visé par l'interdiction administrative de recevoir du public, a été autorisé à poursuivre certaines activités (par exemple les activités de vente à emporter et de livraison pour les restaurants), le loyer sera simplement réductible, et il reviendra au juge, s'il considère que l'article 1722 est bien applicable à la situation d'épidémie de Covid-19, d'apprécier dans quelle proportion le locataire pourrait réduire le quantum de son obligation ».

tant l'étude de M. Higny⁸⁸, le juge précise que l'article 1722 ne peut être invoqué lorsque les événements imprévus entraînent une simple diminution des profits nés de la jouissance des lieux loués qui demeurent par ailleurs propres à la destination convenue. En outre le juge relève que l'article 1722 ne pourra s'appliquer que si la force majeure affecte l'immeuble et ses utilités (destination) et, par conséquent, il ne pourra concerner qu'un immeuble destiné à accueillir le public et affecté par la décision de fermeture. En outre il faudra déterminer si la décision de fermeture vise l'immeuble (art. 1722 s'applique) ou l'activité du preneur (art. 1722 ne s'applique pas et les loyers restent dus). Le juge cite également l'arrêt de principe de la Cour de cassation belge du 13 janvier 1956 (précité) posant l'effet suspensif de la force majeure temporaire dans le cadre de la théorie des risques. Si l'impossibilité d'exécution n'est que temporaire, l'exécution des obligations est suspendue. Donc en cas de perte juridique temporaire, le preneur est également temporairement délié de ses obligations envers le bailleur. Vu que la fermeture décrétée interdit l'accueil du public, la mesure affecte l'immeuble et s'impose au bailleur et est étrangère au fait du preneur.

Appréciation : cette décision a probablement été facilitée par le fait que le preneur ne réclamait qu'une réduction du loyer. On remarquera en outre que le contre-argument du bailleur visait l'activité (qui aurait pu demeurer possible via des ventes à emporter) et non l'immeuble qui fait l'objet de la perte juridique. Cette décision met en évidence l'importance de la notion de « destination » qui est ici concernée par la perte juridique (application dans le jugement puisqu'il fait la différence entre le pourcentage du loyer correspondant au commerce — qui est concerné par la perte juridique — et le pourcentage correspondant à l'habitation qui lui reste intégralement dû).

— J.P. Luxembourg, 14 janvier 2021 (commerce de vêtements) : cette décision est largement similaire à la décision précédente. La théorie des risques via son application à l'article 1722 est convoquée en vue de délier le locataire de son obligation de payer le loyer durant la période de confinement. Le juge précise à cet égard : « Ni une vente en ligne, ni un mode de vente click & collect, à les supposer réalisables et autorisés par le franchiseur, ne sauraient procurer au preneur la jouissance de la chose louée conformément à la destination prévue par les parties ». Par contre, l'obligation de payer le loyer est maintenue pour la période postérieure au confinement même si la poursuite des activités s'avère plus difficile : « (d)ans la mesure où pour la période post-confinement, le bien loué n'a plus été frappé par une mesure de fermeture obligatoire, aucune perte de jouissance ne saurait être invoquée par le locataire, qui doit dès lors reprendre l'exécution de son obligation de payer le loyer et les charges au bailleur ».

— J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 197/21 (débit de boissons avec un restaurant dans un centre commercial) : cette décision est largement similaire aux deux précédentes en ce qui concerne la rétention de la théorie des risques (art. 1722) pour les loyers afférents à la période de confinement. Le juge fait observer ici qu'« (i)l n'est pas établi que la société SOC2) Sàrl ait effectivement ou ait raisonnablement pu développer une activité de livraison ou de take-away ».

— J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, n° 204/21 (débit de boissons) : décision substantiellement identique aux précédentes en ce qui concerne la mise en œuvre de la théorie des risques pour la période de confinement et maintien de l'obligation de payer le loyer pour la période post-confinement même si la poursuite des activités s'avère plus difficile en raison des contraintes imposées par le gouvernement. La proposition d'adapter le loyer en fonction du chiffre d'affaires est également rejetée, le paiement du loyer étant la contrepartie de la jouissance de la chose louée, non du chiffre d'affaires réalisé.

— J.P. Luxembourg, 4 février 2021 (club de fitness) : la théorie des risques (art. 1722) est également appliquée selon les mêmes conditions que pour les espèces précédentes, le locataire étant délié de son obligation de paiement du loyer durant la période de confinement.

La décision du tribunal de paix du 4 février est intéressante à un autre titre, à savoir qu'elle aborde sommairement la question de l'incidence des aides procurées par l'État (loi du 3 avril 2020). Selon l'argumentation du bailleur : « Le calcul des aides afférentes se baserait notamment sur les charges de loyer de l'entreprise. Le législateur ne laisserait ainsi aucun doute sur le fait que l'obligation de paiement du loyer des entreprises est maintenue ». La réponse du juge est la suivante :

⁸⁷ *Supra* note 5.

⁸⁸ « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble

« Le fait que le législateur ait mis en place un régime d'aides pour certaines entreprises ne permet pas de conclure qu'il ait eu l'intention de déroger aux mécanismes du Code civil relevant du droit des obligations en général et de la théorie des risques en particulier. En effet, l'appréciation devant se faire au cas par cas, tous les commerçants ne sont pas intégralement ou partiellement déliés de leur obligation de payer le loyer mais peuvent néanmoins subir les conséquences de la pandémie, de sorte que des aides publiques tenant compte du loyer peuvent se justifier ».

9. La question des aides, encore, problématique du devoir de modérer le dommage. — Ces dernières considérations sur l'incidence des aides étatiques⁸⁹ nous amène à nous pencher sur une réflexion qui a été formulée en Belgique⁹⁰ à propos des effets de la théorie des risques, à savoir que le preneur est dispensé du paiement mais que l'ampleur de cette dispense est elle-même fonction de la mesure dans laquelle la destination contractuelle est affectée par les interdictions ou restrictions liées à la Covid-19, les dispositions contractuelles advenues entre les parties⁹¹, la mise en œuvre par le locataire des possibilités qui lui sont procurées par la réglementation en vigueur⁹² et, *last but not least*, « les interventions éventuelles des pouvoirs publics qui atténueraient les conséquences des mesures Covid-19 », en d'autres termes : les aides qui profitent essentiellement au preneur mais aussi parfois au bailleur⁹³.

On peut dire ici que l'existence de ces aides en faveur du preneur n'a pas d'incidence sur la rétention d'un cas de force majeure en sa condition d'irrésistibilité puisque, précisément, la force majeure se réalise ici dans le chef du *bailleur* alors que les aides visées profitent au preneur. Il s'agit néanmoins de déterminer de manière fine quelles ont été les répercussions réelles de la force majeure invoquée sur l'exécution de ses obligations par le preneur. Bien sûr si l'impossibilité d'exécution pour le bailleur était absolue, on n'aurait pas à se poser cette question de mesure mais, comme nous l'avons vu (*supra* n° 4), l'impossibilité est désormais appréciée de manière raisonnable ou humaine, ce qui explique sans aucun doute que l'on admette aujourd'hui volontiers une certaine modularité dans les effets procurés à la théorie des risques, laquelle modularité peut également s'expliquer du fait d'une interprétation extensive de la notion de « destruction partielle » figurant à l'article 1722 du Code civil.

Plus généralement, la question peut également être abordée, rappelons-nous qu'en droit luxembourgeois l'article 1184 du Code civil s'applique au cas d'inexécution à la suite d'une force majeure (*supra* n° 7) et que quoi qu'il en soit la force majeure aboutit nécessairement à une inexécution contractuelle, sous l'angle du devoir de la victime de cette inexécution (ici le preneur) de modérer son dommage. Cette question est aujourd'hui toujours débattue en droit privé français. Tout récemment des auteurs ont fait observer que le « renouvellement de la bonne foi pourrait, en période de crise du Covid-19, donner un nouveau souffle à l'obligation pour la victime de minimiser son dommage »⁹⁴. L'existence d'une telle obligation ou devoir⁹⁵ signifie que « (...) la victime ne peut (...) se murer dans la passivité face au dommage qu'elle subit (...) elle devra prendre les mesures raisonnables pour modérer son

face au coronavirus », *op. cit.*

⁸⁹ Voir déjà *supra* 5 : l'existence de telles aides profitant au preneur serait susceptible selon certains d'entraver la démonstration du caractère irrésistible de la force majeure invoquée et de l'impossibilité d'exécution entraînée par celle-ci.

⁹⁰ S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », *op. cit.*, p. 331.

⁹¹ La matière n'étant pas d'ordre public, le contrat peut avoir réglé la question de la définition et des effets de la force majeure et de la théorie des risques. Dans ce cas ces clauses s'appliqueront sauf si elles venaient à être considérées comme abusives (en Belgique une réglementation concernant les clauses abusives dans les contrats entre entreprises, business to business, a été adoptée en 2019) : voir S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, *ibid.*, pp. 301-302.

⁹² À savoir, selon la période considérée, ce que le locataire pouvait faire pour conserver voire même développer certaines activités (ventes à livrer ou emporter, activités en distanciel, click & collect, etc.).

⁹³ *Supra* n° 1.

⁹⁴ R. BOFFA et M. MEKKI, « Droit des contrats », *op. cit.*, p. 313.

⁹⁵ La doctrine belge fait observer qu'il ne s'agit pas d'une véritable obligation mais plutôt d'un devoir ou incombance (*cf.* *Obliegenheit* du droit suisse) selon une formulation retenue par un arrêt du 14 mai 1992 de la Cour de cassation (*J.L.M.B.*, 1994, p. 48, obs. D. PHILIPPE, « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage ») : « Attendu que la victime d'un dommage a droit, en règle, à la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi ; que, (...), elle n'a pas l'obligation de restreindre le dommage dans la mesure du possible, qu'elle doit uniquement prendre les mesures raisonnables pour limiter le préjudice et qu'elle n'est tenue de pareille obligation que

dommage »⁹⁶ à peine de ne pouvoir obtenir une réparation intégrale de son dommage, la victime ayant à assumer une partie du préjudice qu'elle aura causé par sa faute⁹⁷. Ce devoir existe dans de nombreux droits étrangers, plus connu sans doute sous son appellation anglaise de « duty to mitigate the damage », et se retrouve dans des textes internationaux ou codifications savantes⁹⁸. En droit français, la jurisprudence peine encore à reconnaître un tel devoir⁹⁹. Néanmoins la doctrine fait observer que d'autres outils permettent d'atteindre un résultat similaire à celui qui résulte de la mise en œuvre d'un tel devoir, spécialement l'exécution de bonne foi (*infra* titre 5) et la faute de la victime permettant de modérer la réparation le cas échéant¹⁰⁰. En Belgique l'existence du devoir pour la partie préjudiciée de modérer son dommage trouve son fondement en matière contractuelle dans la fonction complétive de la bonne foi (article 1134, alinéa 3, du Code civil) et a été reconnu par plusieurs arrêts de la Cour de cassation¹⁰¹. En droit luxembourgeois, même si une influence de la jurisprudence française hostile à la reconnaissance d'un devoir de modérer le dommage s'est fait ressentir, la jurisprudence majoritaire semble néanmoins favorable à la reconnaissance de ce devoir¹⁰². Dans l'hypothèse qui nous occupe, essentiellement celle du preneur victime d'une inexécution du

si tel eût été le comportement d'un homme raisonnable et prudent ».

⁹⁶ M. HOUBBEN, « Le devoir pour la victime de minimiser son dommage – Rapport belge », in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle – Études de droit comparé*, Bibliothèque de la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 513-566 et spéc. n° 55.

⁹⁷ M. HOUBBEN, *ibidem*, n° 49.

⁹⁸ Voir, par exemple, l'article 7.4.8, 1 (« 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ») des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (en ligne : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-dunidroit-2010-fr>) ; l'article 9:505 (1) (« (1) Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ») des Principes de droit européen des contrats (en ligne : <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL2fr.html>) et l'article 3:705 (1) (« (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps ») du Draft Common Frame of Reference (en ligne : https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf).

⁹⁹ R. BOFFA et M. MEKKI, « Droit des contrats », *op. cit.*, pp. 313-314. Voir en outre M. BACACHE, « L'obligation de minimiser le dommage – Rapport français », in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle – Études de droit comparé*, Bibliothèque de la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 493-512 : le droit français s'avère absolument rétif à la reconnaissance d'une telle obligation en cas de dommage corporel ; en dehors de cette hypothèse le droit français semble s'orienter dans le sens de la reconnaissance d'un tel devoir à condition qu'il se limite aux mesures destinées à éviter l'aggravation du dommage. Mais voir, par exemple, Cass. civ. 3^e, 10 juillet 2013, 12-13.851, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027706781> (« la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ») et Cass. civ. 2^e, 23 septembre 2020, n° 15-28.898 : « l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences, la victime n'étant pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

On remarquera qu'une proposition de réforme du 29 juillet 2020 (Sénat, en ligne : <https://www.senat.fr/leg/ppl19-678.html>) vise à introduire une telle obligation de modérer le dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle (article 1264 : « Les dommages et intérêts peuvent être réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres, raisonnables et proportionnées, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. Une telle réduction ne peut s'appliquer à l'indemnisation du préjudice résultant d'un dommage corporel »).

¹⁰⁰ En ce sens notamment : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, n°s 243 et 977 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Paris, Thémis – P.U.F., 2019, n°s 1078-1080.

¹⁰¹ Outre l'arrêt, précité, du 14 mai 1992, voir Cass., 17 mai 2001 (*Pas.*, 2001, I, p. 889) : si la règle de l'article 1134, alinéa 3 « n'impose pas au créancier de restreindre son dommage dans toute la mesure du possible, elle lui commande de prendre, avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son préjudice ». Cons. en outre : DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1 par P. VAN OMMESSLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 2013, n°s 8, 100 et 103 et vol. 2, n° 1122 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n°s 491-493. On notera en outre que la Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil (*op. cit.*) comprend, en cas d'inexécution d'une obligation, un devoir pour le créancier de limiter le dommage : Article 5.238. « Devoir de limiter le dommage.

Le créancier doit prendre les mesures raisonnables pour limiter et prévenir les conséquences dommageables de l'inexécution.

Les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouverts auprès du débiteur.

Si le créancier ne prend pas ces mesures, le dommage qui en découle est alors à sa charge ».

¹⁰² P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois* - Ap-

contrat de bail, ce devoir de modérer le dommage, notamment en faisant usage des aides disponibles, nous semble s'imposer également. Certes les textes et jurisprudences évoqués concernent une inexécution contractuelle par la faute du cocontractant alors qu'il n'est pas ici question de faute du bailleur confronté à un événement constitutif d'une force majeure. Mais ce devoir à charge du preneur nous semble s'imposer *a fortiori* dans ce cas de figure.

10. La décision rendue au degré d'appel du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 30 mars 2021 : revirement dans l'application de la théorie des risques ? — Aux dernières nouvelles (nous écrivons ces lignes début avril 2021), ce jugement du 30 mars fait grand bruit en tant que « décision de principe » rejetant la théorie des risques (art. 1722 du Code civil), et ce à l'encontre de la jurisprudence (envisagée *supra* n° 8) du tribunal de paix ayant au contraire retenu celle-ci en diverses espèces. Une analyse de cette décision nous amène toutefois à formuler quelques réserves quant à l'argumentation adoptée par le tribunal, qui s'inscrit à l'encontre de la compréhension majoritairement retenue pour la théorie des risques.

En l'occurrence, le preneur des lieux loués (sur lesquels se pratiquaient des activités d'hébergement et de restauration) estimait pouvoir être libéré de son obligation de payer les loyers pour la période de fermeture des restaurants et cafés de décembre 2020 à aujourd'hui, excipant d'une perte juridique temporaire sur pied de l'article 1722 du Code civil. En réponse à cette prétention, le tribunal a tout d'abord repris l'exposé classique de la théorie des risques au Luxembourg (en bref : la perte juridique admise doit porter sur l'immeuble, le tribunal adhérent en outre à la position non nécessairement suivie en Belgique¹⁰³ selon laquelle la notion de perte partielle peut se confondre avec une perte temporaire). Pour rejeter ensuite l'application de l'article 1722, le tribunal énonce :

« Lorsque c'est l'activité commerciale qui est entravée directement par cas fortuit, le preneur ne peut pas se prévaloir de l'article 1722 du Code civil pour demander la résiliation du bail ou une diminution du prix.

» En l'espèce, les mesures réglementaires du 18 mars 2020 ayant interdit les activités commerciales qui accueillent un public et les dispositions de la loi du 25 novembre 2020 ayant ordonné la fermeture au public des établissements de restauration et de débit de boissons ont pour seul objectif d'interdire toutes les activités qui pourraient favoriser la propagation de la Covid-19. C'est donc l'activité de restauration sur place et de débit de boisson qui est interdite.

» D'ailleurs, en l'occurrence, les locataires ont pu continuer à donner les chambres en sous-location, à user de l'immeuble à des fins de stockage et ils auraient, sauf preuve contraire, pu mettre en place un service de take-away.

» Ce n'est partant pas la chose louée mais bien l'activité de restauration et de débit de boisson qui est affectée par les prédites dispositions réglementaires et légales.

» Il n'y a dès lors pas de perte juridique de la chose louée en tant que telle et les locataires ne peuvent pas se prévaloir de l'article 1722 du Code civil pour suspendre le paiement des loyers à partir de décembre 2020.

» Les arriérés de loyers sont donc dus ».

En bref : l'application au profit du preneur de l'article 1722 est refusée en ce que la perte juridique porterait sur l'activité du preneur et non sur l'immeuble loué. En outre, à titre surabondant, le tribunal relève, comme s'il n'était pas entièrement convaincu de son propre raisonnement, que des activités sont demeurées possibles, pratiquées ou non, sur les lieux loués, donnant ainsi l'impression que le tribunal aurait pu reconsidérer sa position si aucune activité n'avait été possible alors que, pourtant, il venait précisément d'énoncer qu'une impossibilité portant sur les activités ne donnait pas lieu à l'application de l'article 1722 du Code civil.

Quant à l'exigence que l'impossibilité doive porter sur l'immeuble et non sur l'activité, celle-ci est en effet mise en avant, comme nous avons eu l'occasion de le relever déjà¹⁰⁴. Toutefois, cette exigence est généralement considérée comme satisfaite au motif que ce n'est pas l'activité elle-même qui fait l'objet d'une interdiction mais bien l'accès à l'immeuble par le public en sorte que l'interdiction frappe bien l'immeuble lui-même. Certes le législateur ou l'autorité réglementaire fait

parfois référence à certaines activités précises mais encore est-ce parce que, précisément, celles-ci se pratiquent moyennant l'accueil d'un public. Ainsi le texte du Règlement grand-ducal du 18 mars 2020¹⁰⁵ était à cet égard particulièrement clair lorsqu'il énonçait que « *Toutes les activités commerciales et artisanales qui accueillent un public sont interdites* » (souligné par nous). Le texte de la loi du 25 novembre 2020¹⁰⁶ se réfère certes plus spécifiquement aux activités de restauration et de débit de boissons¹⁰⁷ mais même s'agissant de cette disposition précise on ne peut dire qu'elle interdise ces activités en tant que telles puisque la suite de son article 3*quater* révèle qu'elles demeurent permises lorsqu'il s'agit de faire du service de chambre ou à emporter, soit deux activités qui ne supposent pas le rassemblement d'un public ainsi qu'il en est ordinairement dans un bar ou un restaurant. Par ailleurs on a déjà observé que la circonstance que certaines activités demeurent possibles ne dispense pas de la nécessité d'avoir égard à la destination des lieux loués telle que prévue par le contrat de bail. Ainsi on ne peut pas affirmer que ladite destination demeure assurée pour un lieu loué afin d'y exploiter un restaurant ou un bar conçu pour y recevoir du public en relevant qu'il est toujours possible d'y effectuer du stockage. Certes le fait que certaines activités demeuraient effectivement pratiquées sur le site (hébergement) ainsi que la considération des aides demandées auront une influence sur le quantum de la libération du preneur, ainsi que nous l'avons vu ci-avant¹⁰⁸, mais affirmer que celui-ci n'avait droit à aucune exonération (pour autant bien sûr que la condition d'imprévisibilité et d'irrésistibilité ait été satisfaite¹⁰⁹) relève de la logique « binaire » qui a été dénoncée par certains¹¹⁰.

11. En conclusion pour la théorie des risques et un peu à l'instar de ce que nous avons pu observer pour la force majeure (*supra* titre 1), le tableau que nous venons de brosser apparaît contrasté. Certes l'argumentation juridique, ancrée dans une disposition ancienne du Code civil, est solide même si pas totalement dénuée d'incertitudes, comme nous l'avons vu. Mais le caractère *a priori* binaire de la solution tirée de la théorie des risques qui fait reposer l'intégralité du risque financier de la crise liée à la pandémie sur les épaules du bailleur peut rebuter un juge même si, comme nous l'avons vu, des aménagements sont possibles. Par conséquent ne serait-il pas préférable de se tourner vers la théorie de l'imprévision en vue d'amener les parties à adapter le contenu de leur contrat en partageant les risques issus de la crise sanitaire ?

Isabelle CORBISIER

Professeure ordinaire, Université du Luxembourg

La suite de cette étude paraîtra au prochain numéro du Journal. Au vu du caractère évolutif de la matière, l'auteur tient à préciser que la recherche pour cet article a été clôturée à la fin du mois de mars 2021.

¹⁰⁴ *Supra* n° 8 et spécialement les développements de la note 72.

¹⁰⁵ Voir ce texte et ses diverses consolidations sous le lien suivant : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2020/03/18/a165/jo>

¹⁰⁶ Loi du 25 novembre 2020 modifiant :

1° la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ;

2° la loi modifiée du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux.

En ligne : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/11/25/a933/jo#:~:text=novembre%202020%20modifiant%20%3A-,%20C2%B0%20la%20loi%20modifi%C3%A9e%20du%2017%20juillet%202020%20sur,personnes%20atteintes%20de%20troubles%20mentaux>

¹⁰⁷ Aux termes de l'article 3*quater* de cette loi : « Les établissements de restauration et de débit de boissons sont fermés au public. » Sont également visées par l'alinéa 1^{er}, les activités occasionnelles et accessoires de restauration et de débit de boissons.

» L'alinéa 1^{er} ne s'applique ni aux cantines scolaires et universitaires ni aux services de vente à emporter, de vente au volant et de livraison à domicile.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, les établissements d'hébergement peuvent accueillir du public, à l'exception de leurs restaurants et de leurs bars. Le service de chambre et le service à emporter restent ouverts ».

¹⁰⁸ *Supra* n° 9.

¹⁰⁹ Nous avons cru relever dans la jurisprudence analysée ci-avant une tendance à considérer plus aisément ces conditions comme satisfaites à l'occasion de l'adoption des premières mesures de confinement « strict » du printemps 2020. Or les conditions de la force majeure sont à apprécier lors de la conclusion du contrat et non en cours d'exécution du contrat. Cette attitude jurisprudentielle s'explique sans doute par la démarcation de plus en plus floue (déjà relevée) entre force majeure et imprévision et l'existence d'aides couplée au développement d'activités dans la période post-confinement complexifiant encore l'appréciation de la situation.

proche comparative, op. cit., n° 792.

¹⁰³ *Supra* n° 8.