

SOURCES DES OBLIGATIONS. LE CONTRAT

Effets du contrat

Cette décision du Tribunal d'arrondissement a été rendue en matière de bail commercial sur appel d'un jugement du Juge de paix de Luxembourg. Elle concerne les incidences des mesures gouvernementales prises pour lutter contre la pandémie de Covid 19 sur les obligations du locataire empêché par l'effet de ces mesures d'exercer son activité. La question, qui a déjà donné lieu, au Luxembourg (mais aussi en France et en Belgique) à un important contentieux, est très simple: le preneur peut-il se dispenser de payer les loyers ou du moins peut-il obtenir une réduction de leur montant pendant la période où il n'a pas pu exercer son activité? Plus fondamentalement, il s'agit de savoir qui, du bailleur ou du preneur doit supporter les risques de la situation. Ce type d'affaires a déjà donné lieu à un contentieux important devant les juges de paix, et le tribunal d'arrondissement s'est prononcé à son tour à plusieurs reprises. Mais cette décision, qui fait droit en partie aux prétentions du preneur, mérite une attention particulière². Elle trouve du reste un écho dans plusieurs décisions très récentes, qui en reprennent très largement l'argumentation, quoiqu'avec des résultats pas toujours similaires³.

Dans cette affaire, le bail portait sur des locaux utilisés pour exploiter un club de fitness. Le locataire avait été empêché d'exercer son activité par l'effet des mesures gouvernementales durant les mois d'avril, mai et décembre 2020, et il avait cru pouvoir en conséquence refuser de payer les loyers pendant cette période. Le bailleur, estimant que les loyers lui étaient dus, avait demandé la résiliation judiciaire du bail. Cette demande avait été rejetée par le premier juge au motif que « les mesures

gouvernementales de fermeture liées à la crise sanitaire frappant l'immeuble même dans lequel doit se dérouler l'activité commerciale, elles s'imposent au bailleur et sont étrangères au fait du preneur, de sorte que ce dernier se trouve délié de son obligation de payer le loyer et l'avance sur charges pendant les mois d'avril, mai et décembre 2020 ».

Le bailleur ayant fait appel, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est amené à examiner les différents arguments invoqués par le preneur pour refuser de payer les loyers. Ces différents arguments constituent une excellente illustration de ce qu'un auteur français a appelé la « boîte à outils contractuels »⁴.

Le Tribunal rejette d'abord un certain nombre d'arguments du preneur fondés, de manière plus ou moins directe, sur la force majeure (I), avant de donner partiellement satisfaction au preneur en se fondant sur l'exigence de bonne foi pesant sur le bailleur (II).

Notons ici que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi interjeté contre le jugement commenté par un arrêt 20 octobre 2022⁵ qui n'appelle pas d'observations spécifiques étant donné que les différents moyens ont été déclarés irrecevables, principalement pour des raisons procédurales et que pour le surplus, la Cour de cassation se contente d'approuver la solution du Tribunal en recopiant sa motivation sans prendre plus amplement position sur les questions de fond discutées ci-après.

I. La force majeure

Dans des situations de ce type, le premier argument qui vient à l'esprit est celui de la force majeure. Sans entrer dans le détail des éléments constitutifs de la force majeure⁶, on peut bien considérer en effet que les mesures gouvernementales imposant la fermeture administrative de locaux où sont exercées certaines activités constituent bien un événement extérieur aux parties,

² Sur l'ensemble de la question, on peut consulter une étude fouillée et très documentée d'I. Corbisier parue au JTL n° 74 et 75 de mai et juin 2021.

³ V. les décisions citées infra II A

⁴ M. Mekki, De l'urgence à l'imprévu du COVID 19 : quelle boîte à outils contractuels ? AJ Contrats 2020, p. 164

⁵ Arrêt n° 125/2022 N° CAS-2021-00108 du registre

⁶ Sur ces conditions V. I. Corbisier, art. cit. n° 4

imprévisible pour elles au moment de la conclusion du contrat, et irrésistible en ce que ces mesures rendent impossible, au moins temporairement, l'exécution normale du contrat. Plus précisément, il s'agit du cas particulier de force majeure résultant de décisions de la puissance publique, traditionnellement désignées comme « fait du prince », sans que cette origine ait une incidence sur la solution. Le Tribunal ne nie pas qu'on soit ici en présence d'un cas de force majeure, mais il considère que cela ne peut pas dispenser le preneur de payer les loyers. La solution est difficilement contestable si on envisage l'effet direct de l'événement considéré sur l'obligation du preneur (A). Elle est moins évidente si on s'intéresse à l'effet réflexe sur l'obligation du preneur de la force majeure affectant l'obligation du bailleur – effet réflexe que le Tribunal examine à travers la théorie des risques et l'exception d'inexécution (B).

A. L'absence d'effet direct de la force majeure sur l'obligation du preneur

Pour appréhender la situation, il faut éviter d'envisager d'emblée de manière globale les effets de la force majeure sur le contrat mais, au contraire, considérer séparément la manière dont elle affecte les obligations de chaque partie. Dès lors que c'est, dans la situation soumise au Tribunal, le preneur qui invoque la force majeure, il faut donc d'abord se demander si les mesures gouvernementales ont rendu impossible l'exécution des obligations qui pesaient sur lui. La réponse est ici clairement négative. Certes, le preneur a bien été mis dans l'impossibilité d'exercer son activité pendant la période où les centres de fitness ont été fermés, mais l'exercice de cette activité n'est en rien une obligation pour lui. Outre l'obligation de jouir paisiblement des lieux loués et de les maintenir en bon état – qui n'est nullement en cause ici – son obligation essentielle – celle dont il se prétend libéré – est l'obligation de payer les loyers au bailleur. La situation est exactement la même, en

droit, que pour le client qui réserve une chambre d'hôtel ou un gîte, et qui, par l'effet d'une interdiction de déplacement liée à la pandémie, ou en conséquence de tout autre empêchement (maladie, accident, décès d'un proche...), est mis dans l'impossibilité de se rendre à l'hôtel ou au gîte loué : l'obligation qui pèse sur ce client n'est pas celle d'occuper la chambre, mais seulement celle de la payer (qu'il l'occupe ou non). A cet égard, la Cour de cassation française a nettement affirmé, en 2020, que « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure »⁷. Elle l'a réaffirmé par un arrêt du 30 juin 2022, à propos d'une situation similaire à celle dont a eu à connaître le Tribunal d'arrondissement où le preneur d'un bail commercial se prévalait de l'excuse de la force majeure pour être déchargé du paiement du loyer au motif que les mesures de confinement l'avaient empêché de jouir pleinement des locaux.⁸

Quant à l'obligation de somme d'argent, la seule qui pèse sur le preneur, il est admis de manière quasiment unanime qu'elle ne peut pas tomber par l'effet de la force majeure puisqu'il est toujours possible, dans l'absolu, de payer la somme due⁹. C'est ce que rappelle le Tribunal en s'appuyant tant sur la jurisprudence belge que sur la jurisprudence française : « *En raison du caractère fongible de l'argent, 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 (cf. Cass. fr., 16 septembre 2014, n° 13-20.306 ; TAL, 8 décembre 2020, n° TAL-2020-03617). Même si elle résulte de circonstances extérieures constituant pour lui une force majeure, l'insolvabilité n'a pas pour effet de libérer le débiteur de son obligation de paiement (cf. Cass. belge, 28 juin 2018, R.G. n° C. 17.07.01 N cité dans « Le bail dans tous ses états », collection Jeune barre de Namur, éd. Anthemis, p. 30). (Il en résulte que) la locataire confrontée à une obligation de fermeture temporaire de*

⁷ Civ. 1^{re}, 25 nov. 2020, n° 19-21.060 P : D. 2021. 114, note Tisseyre ; ibid. 89, obs. C. Grimaldi ; ibid. 310, obs. Boffa et Mekki ; ibid. Chron. C. cass. 483, obs. Serrier ; AJ contrat 2020. 554, obs. Mekki ; AJDI 2021. 118, obs. Houtcieff ; RTD civ. 2021. 126, obs. Barbier ; ibid. 152, obs. Jourdain ; JCP 2020, n° 1409, note Mekki ; CCC 2021, n° 1, note Leveneur ; RDC 2021/1. 17, note Latina

⁸ Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-D, n° 21-19.889 (3e espèce)

⁹ V. par exemple en droit français : B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, 9ème ed. 2019, n° 323 ; en droit belge : P. Wéry, Droit des obligations, Vol. 1, Théorie générale du contrat, Larquier, 2ème ed. 2011, n° 564

son centre de fitness ne peut invoquer la force majeure, dans la mesure où l'obligation de payer les loyers ne peut être rendue impossible par la force majeure. »

La solution est sans doute exposée de manière trop générale, car il y a des cas où l'exécution d'une telle obligation peut être rendue impossible, du moins temporairement (par exemple, pour des paiements internationaux, des mesures interdisant le transfert d'argent)¹⁰. Mais on ne saurait assimiler à une impossibilité le fait d'être confronté à des difficultés financières, même si elles se traduisent par une insolvabilité totale, et même si elles sont dues à des événements extérieurs imprévisibles (tels que la pandémie ou des calamités naturelles). Le principe paraît sévère, mais il ne saurait être contesté, sauf à remettre en cause le principe même de la force obligatoire du contrat. Cela n'interdit pas bien sûr, de chercher des solutions pour venir au secours du débiteur ainsi confronté à des difficultés financières qui ne sont pas de son fait, mais elles doivent être cherchées sur un autre terrain que celui de la force majeure. La sévérité du principe pourrait ainsi être corrigée par une admission exceptionnelle et très contrôlée de la révision pour imprévision, mais on sait que cette voie est toujours aujourd'hui fermée en droit luxembourgeois – même si nous verrons plus loin que la solution finalement retenue par le Tribunal dans cette affaire revient d'une certaine manière à une admission déguisée de cette révision¹¹. Dans le droit luxembourgeois actuel, c'est plutôt dans le droit des entreprises en difficulté et dans celui du surendettement des particuliers qu'on peut trouver des remèdes aux difficultés financières générées par la pandémie, ainsi que dans les mesures ponctuelles d'aides accordées par l'Etat (lesquelles doivent de toute façon être prises en compte lorsqu'on s'interroge sur les solutions contractuelles aux situations en cause). Mais la notion de force majeure est étrangère à toutes ces mesures. Elle peut cependant jouer un rôle pour le règlement des situations ici en cause, à condition de la considérer, non plus du côté du preneur, mais du côté du bailleur.

B. L'effet indirect de la force majeure affectant l'obligation du bailleur

En réalité, dans ce type d'affaires, si les mesures prises constituent bien un cas de force majeure, ce n'est pas pour le preneur, mais pour le bailleur qui, lui, ne peut pas remplir son obligation de procurer au locataire la jouissance paisible des lieux loués. Cela signifie certainement, au premier chef, que le bailleur qui ne peut remplir son obligation, ne peut pas être sanctionné pour cela, en particulier il ne peut pas être condamné à des dommages et intérêts : c'est l'effet premier de la force majeure que d'être exonérateur de la responsabilité pour le contractant empêché¹². Mais la question se pose alors de savoir si cette impossibilité d'exécuter pour l'un (ici le bailleur) libère l'autre (le preneur) de sa propre obligation. C'est cette question que le tribunal traite sous l'angle de la théorie des risques, mais aussi de l'exception d'inexécution.

1. Théorie des risques

Bien que traitée par le tribunal dans des développements distincts de ceux consacrés à la force majeure, l'incidence de la théorie des risques sur le contrat n'en est en réalité qu'un des aspects. On parle de théorie des risques parce que la question est de savoir qui, dans un contrat synallagmatique, doit supporter le risque de l'impossibilité d'exécution générée par la force majeure. La réponse dépend des effets que la libération du débiteur empêché a sur l'obligation de l'autre. Si le contractant du débiteur empêché d'exécuter est lui-même libéré en conséquence, c'est alors le débiteur empêché, qui ne peut pas obtenir de contrepartie (ici le bailleur), qui supporte les risques liés à la force majeure. Si en revanche, l'autre n'est pas même libéré, et qu'il doit payer alors même qu'il ne reçoit rien en échange, c'est lui (le créancier de l'obligation inexécutée, ici le preneur) qui supporte les risques. En principe, dans le système du Code civil, c'est le débiteur de l'obligation dont l'exécution est rendue impossible qui supporte les risques, en ce

¹⁰ V. par exemple Cass. fr. (civ. 3^e), 17 février 2010, n° 08-20.943, *R.D.C.*, 2010, 818 (paiement par virement empêché du fait d'une panne informatique de la banque)

¹¹ V. infra II B

¹² Pour une application V. Justice de Paix, Luxembourg, 29 juillet 2020, no 2051/20

que cette impossibilité libère le créancier – ce qu'on exprime traditionnellement par la formule latine *res perit debitori*. Il n'en va autrement que dans les contrats translatifs de la propriété d'une chose où, en raison de la règle du transfert de propriété *solo consensu*, le créancier de l'obligation de livrer (l'acheteur), doit payer la chose vendue, dont il est devenu propriétaire par le seul effet du contrat, même si celle-ci a été détruite ou détériorée après le contrat en conséquence d'un événement de force majeure (*res perit domino*) de sorte que la délivrance en est devenue impossible.

En matière de bail, comme le dit très justement le tribunal, le principe *res perit debitori* trouve une application particulière dans l'article 1722 du Code civil relatif à la perte de la chose louée. Ce texte prévoit que « si pendant la durée du bail, la chose 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 ». Et c'est précisément sur le fondement de ce texte que, dans la présente affaire, le juge de paix avait libéré le preneur de son obligation de payer les loyers, en considérant, suivant ici la position traditionnelle de la jurisprudence française¹³ que l'impossibilité d'utiliser l'immeuble conformément à sa destination était assimilable à une perte temporaire de l'immeuble. Mais, là-dessus, la décision est infirmée par le tribunal d'arrondissement. Celui-ci estime en effet, comme il l'avait fait dans de précédentes décisions¹⁴, que cette assimilation n'est possible que si la privation de jouissance trouve son origine dans la chose louée elle-même (par exemple une fermeture administrative des locaux pour cause d'insalubrité), et non dans l'activité qu'on y exerce. Or, dans notre cas, le tribunal juge que « les interdictions ordonnées ne visent que l'exploitation et non l'immeuble en tant

que tel. En effet, les décisions gouvernementales entraînant la fermeture temporaire, entre autres, des établissements de nature sportive tel que les centres de fitness, s'inscrivent dans la lignée des décisions visant uniquement l'exploitation d'un commerce et n'interviennent pas dans la relation contractuelle entre un bailleur et un locataire. Au vu de l'ensemble des considérations précédentes, il y a lieu de retenir que les mesures sanitaires mises en place successivement par les autorités compétentes, frappent non pas l'immeuble donné en location mais bien le commerce, à savoir l'activité ou l'exploitation du locataire. L'interdiction d'exploiter est partant sans lien avec le bien loué en tant que tel, mais bien avec les activités du locataire ». Le tribunal en déduit que ces mesures ne peuvent avoir pour effet de libérer le preneur de son obligation de paiement sur le fondement de l'article 1722.¹⁵

A vrai dire, la distinction ici opérée ne semble pas trouver son origine dans la jurisprudence des pays voisins du moins telle qu'elle était arrêtée au moment de la décision du tribunal d'arrondissement. A ce moment la jurisprudence française admettait encore l'application de l'article 1722 même lorsque l'impossibilité de jouir des lieux loués était la conséquence d'une mesure de fermeture administrative¹⁶. Mais sa position a évolué depuis, précisément dans le contexte du COVID, pour tenir compte de l'objectif de la mesure de fermeture. Lorsque qu'il s'agit d'une mesure générale et temporaire, sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué, comme c'était le cas pour les obligations de confinement motivées par la pandémie, la mesure ne peut pas être assimilée à une perte de la chose au sens de l'article 1722 du Code civil.¹⁷

Cependant, même si son application n'est pas toujours aisée, la distinction retenue par

¹³ Cass. fr. (civ. 3^e), 17 octobre 1968 : Bull. civ. III, n° 383 ; 19 mars 1997, n° 95-16.719 ; Cass. fr. (civ. 3^e), 18 novembre 1998, n° 96-21.251

¹⁴ Trib. arr. Luxembourg, 30 mars 2021, n° TAL-2020-09641 ; Trib. arr. Luxembourg, 11 mai 2021, n° TAL-2020-003621, Trib. arr. Luxembourg, 28 juin 2021, n° TAL-2021-02457 et TAL-2021-02480 du rôle

¹⁵ Voir dans le même sens également Trib. arr. Luxembourg, 22 décembre 2021, n° TAL-2021-06238 du rôle

¹⁶ TGI Paris, 20 janvier 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, 684 ; Cass. fr. (civ. 3^e), 19 février 1997, n° 94-21.391, JCP E 1997, II, 950, note Djigo (qui refuse d'assimiler à la destruction de la chose louée l'impossibilité pour le locataire de poursuivre son activité à la suite d'une fermeture administrative, mais uniquement parce qu'une clause du bail mettait à la charge du locataire le risque d'une telle fermeture)

¹⁷ Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-B, n° 21-20.127 (1^{re} espèce) ; Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-B, n° 21-20.190 (2^e espèce) ; Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-D, n° 21-19.889 (3^e espèce)

le tribunal peut paraître pertinente, du moins sur le seul fondement de l'article 1722, en ce qu'elle vise à assigner des bornes à une interprétation déjà très extensive de ce texte. Sauf à tordre complètement le sens des mots, il semble difficile d'assimiler les mesures sanitaires interdisant temporairement l'activité du preneur à une « destruction » de l'immeuble. On peut néanmoins s'étonner que le tribunal semble ici oublier ce qu'il a pourtant affirmé au départ, à savoir que l'article 1722 n'est qu'une application de la théorie des risques du droit commun des contrats. Or celle-ci pourrait paraître suffisante à justifier la libération du preneur dès lors que, par l'effet des mesures gouvernementales irrésistibles pour lui, le bailleur n'a pu lui assurer la jouissance de l'immeuble conformément à sa destination – peu important alors que cette impossibilité tient à des mesures touchant la seule activité et non l'immeuble lui-même. Mais, sur ce terrain du droit commun, on se heurtait à une autre difficulté. C'est que, comme le relève par ailleurs le tribunal, l'impossibilité de jouissance tenant aux mesures gouvernementales n'était pas totale : l'exploitant de la salle de fitness, s'il ne pouvait plus recevoir du public, conservait la jouissance des locaux, pour y entreposer son matériel ou ses stocks, il pouvait profiter de la période de fermeture forcée pour exécuter des travaux d'amélioration ou de rénovation, et c'est lui qui conservait l'exclusivité de l'accès aux locaux. Par conséquent, il n'y avait aucune raison de le libérer complètement de son obligation de payer, il aurait fallu seulement la réduire. Or, si cette possibilité de réduction (très exceptionnelle, il faut le rappeler, dans le système du Code civil) est expressément prévue par l'article 1722 en cas de destruction partielle de la chose louée, il est douteux qu'on puisse aboutir au même résultat sur le fondement du droit commun de la théorie des risques, qui ne semble pouvoir conduire qu'à une libération totale du cocontractant du débiteur empêché, ou, si l'impossibilité n'est que temporaire, à une suspension de son obligation. Cette « logique binaire » du « tout ou rien » pouvait paraître très inadaptée à l'espèce¹⁸. Et c'est la même raison qui, à nos yeux, justifiait en l'espèce le refus de

faire jouer l'exception d'inexécution pour libérer le preneur.

2. Exception d'inexécution

Pour tenter d'échapper à son obligation de payer, le preneur invoquait (comme dans d'autres affaires similaires) l'exception d'inexécution, prévue en droit luxembourgeois par l'article 1134-2 du Code civil : dès lors que le bailleur ne lui avait pas procuré, pendant la période de fermeture du centre, la jouissance des lieux conformément à leur destination, le preneur prétendait être dispensé d'exécuter sa propre obligation de payer les loyers. Le tribunal écarte cependant cet argument au motif que « *L'impossibilité temporaire pour le preneur exploitant d'un centre de fitness d'exercer son activité dans les lieux loués à cause de la fermeture ordonnée n'est pas la conséquence d'un manquement du bailleur à cette triple obligation de garantie d'assurer la jouissance paisible, mais bien d'une décision des autorités qui s'impose à lui... Par conséquent, le bailleur n'ayant pas manqué à son obligation de faire jouir le preneur, le moyen tiré de l'exception d'inexécution est à rejeter.* »

L'idée qui sous-tend cette réponse est que l'exception d'inexécution ne peut jouer que si l'inexécution est imputable au cocontractant. Cette solution correspond à la position générale des tribunaux luxembourgeois qui voient exclusivement dans l'exception d'inexécution un moyen de pression temporaire. Il en résulte en particulier, selon une jurisprudence constante, que l'exception ne peut être invoquée qu'avant la saisine du juge. L'*excipiens*, assigné en exécution par son cocontractant, ne peut pas se contenter de dire en défense qu'il refuse d'exécuter tant que ce dernier n'a pas lui-même exécuté, il doit former une demande reconventionnelle en dommages et intérêts¹⁹. Dans cette logique, il va de soi que l'exception ne peut pas être invoquée dans un cas où le cocontractant est empêché par l'effet de la force majeure, de sorte qu'il est tout à fait vain de vouloir faire pression sur lui. Et il paraît de même exclu que l'exception puisse être invoquée *a posteriori* devant le juge pour obtenir une

¹⁸ Sur ce point V. I. Corbisier, art. cit. n° 10-11

¹⁹ CA 28 juin 2017, n° 43688 du rôle ; CA 19 janvier 2018, N° 35244 du rôle

dispense de paiement pendant la période où l'exécution a été rendue impossible, dès lors qu'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts contre le contractant empêché serait de toute façon exclue en raison de l'effet libératoire de la force majeure. Cette position est également celle du droit belge qui réserve le jeu de l'exception d'inexécution aux cas où la défaillance est imputable au débiteur, l'inexécution résultant de la force majeure relevant de la seule théorie des risques.²⁰

On pourrait s'interroger sur la pertinence de cette position de la jurisprudence luxembourgeoise, qui ne résulte absolument pas du texte de l'article 1134-2 du Code civil, lequel exige seulement qu'il y ait eu un « défaut d'exécution » sans en préciser la cause. En droit français, la doctrine considérait traditionnellement de manière quasiment unanime que l'exception d'inexécution peut être invoquée quelle que soit la cause de l'inexécution, y compris après la saisine du juge pour s'opposer à une demande en exécution²¹. Dans trois affaires analogues à celle tranchée par le tribunal d'arrondissement, la Cour de cassation française vient cependant d'exclure à son tour le jeu de l'exception d'inexécution au motif que les mesures générales et temporaires d'exercer l'activité pour endiguer la pandémie de la COVID19, et qui étaient sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué, ne constituent pas une inexécution de l'obligation de délivrance du bailleur.²²

En présence d'un réel défaut d'exécution dû à un événement de force majeure, le jeu de l'exception n'est au fond qu'une application de la théorie des risques. Le mécanisme présente surtout un intérêt lorsque, comme en l'espèce, la force majeure présente un caractère temporaire. L'exception permet alors au cocontractant du débiteur empêché de suspendre l'exécution de son obligation tant que l'empêchement perdure, étant précisé que, dans les contrats à exécution successive

comme le bail, cette suspension n'a pas seulement pour effet de retarder l'exécution, elle se traduit par une libération du contractant pendant la période où l'exécution était impossible²³

Cependant, même si on peut discuter de l'affirmation du tribunal selon laquelle l'exception d'inexécution ne joue pas en cas de force majeure, sa position sur le fond doit être approuvée. Tout comme la théorie des risques, l'exception d'inexécution ne peut en effet conduire qu'à une suspension totale de l'obligation de l'*excipiens* pendant la période d'inexécution, non à la réduction du montant de cette obligation. Or, pour les raisons exposées précédemment, il ne paraissait pas justifié de libérer complètement le preneur pendant la période d'inactivité forcée, dès lors qu'il conservait par ailleurs la jouissance des locaux, dont le bailleur ne pouvait plus disposer. Si on voulait venir au secours du preneur, sans faire supporter par le seul bailleur les risques de la situation, il paraissait plus opportun d'opérer une réduction du montant du loyer, à l'instar de ce que permet, comme on l'a vu, l'article 1722 en cas de perte partielle de la chose louée. C'est pour obtenir ce résultat que le Tribunal admet un dernier argument du preneur, en se fondant sur l'exigence de bonne foi pesant sur le bailleur – et c'est là que réside le principal intérêt de la décision.

II. Exigence de bonne foi

Chacun sait que, dans la plupart des droits nationaux des pays d'Europe (à l'exception remarquable des droits de *common law*), l'exigence de bonne foi en matière contractuelle a connu, depuis une trentaine d'années, un développement considérable, que reflètent les divers projets européens d'harmonisation du droit des contrats. Cette promotion de la bonne foi contractuelle se manifeste nettement dans la réforme française du droit des obligations de 2016, ainsi que dans le projet belge. Le

²⁰ Dans ce sens P. Wéry, *op.cit.*, no 779

²¹ Voir par exemple J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, « Les effets du contrat », in *Traité de droit civil*, 3e éd., 2001, Paris, L.G.D.J., p. 444, no 383 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, 12e éd., 2018, Dalloz, p. 827, no 769 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, I. Contrat et engagement unilatéral, 5e éd., 2019, Thémis, p. 765, no 995 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 13e éd., 2018, Dalloz, p. 179, no 179

²² Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-B, n° 21-20.127 (1re espèce) ; Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-B, n° 21-20.190 (2e espèce) ; Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-D, n° 21-19.889 (3e espèce)

²³ P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, n° 672

droit luxembourgeois n'a pas échappé à ce mouvement – que certains jugent dangereux pour la sécurité des transactions – et le présent jugement en offre une illustration spectaculaire, en admettant, au nom de l'exigence de bonne foi, la réduction du montant du loyer du preneur. Dans le contexte actuel où on se demande s'il ne conviendrait pas de réviser le droit des obligations du Luxembourg en suivant les exemples français et belge, le jugement est d'autant plus intéressant qu'au delà de son argumentation explicite (A), on peut se demander s'il ne consacre pas, de manière déguisée, un autre élément marquant de ces réformes étrangères, à savoir la révision judiciaire du contrat pour imprévision (B).

A. L'argumentation explicite fondée sur la bonne foi

Le tribunal commence par poser, en se référant à la jurisprudence luxembourgeoise, que « *suivant l'article 1134 précité, les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Il en découle notamment qu'une partie devra s'abstenir dans l'exécution du contrat de tout acte qui porte délibérément préjudice à son co-contractant, cette interdiction découlant du devoir de loyauté que chaque partie doit respecter. Cette obligation de loyauté est mise à la charge de chacune des parties (cf. CA, 6 juin 2018, Pas. 39, p. 44).* »

Il ajoute, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation de Belgique, que « *l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions implique dans le chef de tous les cocontractants, - bailleur et locataire -, un devoir de solidarité et de loyauté: en effet, les parties doivent non seulement tenir compte de leur propre intérêt contractuel, mais également des intérêts légitimes de leurs cocontractants. Le principe d'exécution de bonne foi des conventions consacré à l'article 1134 du Code civil interdit ainsi à une personne d'abuser des droits que lui confère celui-ci. Il y a abus lorsque le titulaire, usant dans son seul intérêt d'un droit qu'il puise dans la convention, en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie (cf. Cass. belge, 19 décembre 1983, n° C. 09.0624.F). L'abus de droit suppose ainsi l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse les limites de l'exercice normal de*

celui-ci par une personne prudente et diligente. En principe, le bailleur ne commet pas d'abus de droit en exigeant le paiement du loyer complet. L'exécution de bonne foi du contrat peut, cependant, aller jusqu'à imposer au créancier de faire preuve de modération dans l'exigence du respect de ses droits. Il ne peut pas, par conséquent, revendiquer le paiement du loyer complet pendant la période de fermeture obligatoire, sans avoir offert une quelconque marge de négociation. »

Enfin, citant cette fois un arrêt français, il estime qu'« *une partie qui refuse obstinément de réviser un contrat devenu déséquilibré manque à son obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat (cf. Cass. com. fr., 3 novembre 1992, Bull. 92, IV, n° 338)* »

Partant de ces prémisses, le Tribunal considère que le bailleur a eu une attitude trop rigide à l'égard de son locataire, qu'il ne lui a pas offert suffisamment de possibilité de négociation. Il estime que « *en continuant à imposer l'exécution d'un contrat dont l'économie a été radicalement déséquilibrée pendant les mois de fermeture, il y a un déséquilibre manifeste: à cause du comportement du bailleur un déséquilibre se crée qui procure un avantage pour le bailleur de percevoir le loyer au désavantage pour SOC1. de le payer. La revendication actuelle du bailleur a pour effet de rendre la position de la locataire particulièrement pénible si elle doit assumer seule toutes les conséquences économiques de la situation. La locataire étranglée par la situation économique est en passe de perdre les bénéfices qu'elle pourrait tirer de son activité et de son emploi. Cette situation n'étant imputable ni au bailleur ni au locataire, il ne peut être fait droit à cette demande qui démontre un déséquilibre manifeste à l'avantage du bailleur qui se montre aveugle à la situation de son contractant et au détriment du locataire. Dans ces conditions, le principe d'exécution de bonne foi des conventions doit amener le bailleur à consentir une réduction de loyer, de sorte que les conséquences dommageables de la situation exceptionnelle créée pendant les périodes de fermeture totale pour les centres de fitness ne soient pas uniquement supportées par un des cocontractants.* »

Le bailleur n'ayant pas consenti une telle réduction de loyer, le Tribunal se substitue à lui, et consent au preneur une réduction des loyers de 50 % pendant la période Covid. Il refuse en revanche de suivre l'argumentation du preneur et de réduire les loyers pour la période post-Covid, à une époque où il n'y avait plus de fermeture administrative, bien que pendant cette période le locataire ait subi une nette diminution de son chiffre d'affaires.

Il est à noter que cette argumentation fondée sur la bonne foi, qui se trouvait déjà dans un jugement précédent du 28 juin²⁴, se retrouve textuellement dans un jugement du 13 juillet 2021²⁵, mais encore, plus récemment, dans une décision du 8 décembre 2021²⁶, ainsi que dans deux décisions du 22 décembre²⁷, bien que le tribunal n'en tire pas toujours les mêmes conclusions dans les différentes affaires. C'est ainsi que, dans le jugement du 8 décembre, le tribunal accepte de réduire le montant du loyer, mais dans des proportions différentes (80 % à la charge du locataire, 20 % à la charge du bailleur) pour tenir compte du fait que le locataire – un restaurateur – avait pu pratiquer pendant la période de fermeture la vente de produits en « click and collect » et qu'il ne justifiait pas avoir sollicité les aides de l'Etat. Dans les deux décisions du 22 décembre, la réduction de loyer est purement et simplement refusée, dans un cas parce que le locataire ne justifiait pas avoir exercé dans les lieux loués une activité affectée par les mesures de fermeture, dans l'autre parce que le bailleur avait déjà accordé une bonification, s'étant ainsi montré « seulement partiellement insensible à la situation des locataires » tandis que ceux-ci n'avaient pas tenté de se rapprocher de la bailleuse pour trouver une solution à l'amiable. La confrontation de ces différentes décisions est particulièrement intéressante, parce qu'elle montre que l'argument de la bonne foi permet d'aboutir, selon les cas, à un partage des risques entre les deux parties dans des proportions variables, ou à un maintien du risque à la charge du seul locataire. Pour cela, le juge devra tenir

compte à la fois de l'importance des pertes subies par le locataire, des aides dont il a pu bénéficier, et surtout du comportement des deux parties. Toutes les décisions insistent sur le fait que « *pour apprécier s'il y a violation de l'exécution de bonne foi, l'appréciation ne doit pas être unilatérale, axée exclusivement sur le comportement du créancier, en l'espèce le bailleur, s'agissant de l'obligation du paiement du loyer. Pour déceler une telle violation, il convient d'analyser à partir des faits, à l'aune de toutes les exigences de la bonne foi et de la norme de prudence tant le comportement du créancier que celui du débiteur* ». On est ici très loin de la « logique binaire » qui préside à l'application de la théorie de la force majeure dans ses diverses manifestations.

Même si, par les solutions extrêmement nuancées qu'il permet, le recours à la bonne foi aboutit à un résultat qu'on peut juger satisfaisant, la manière dont les juges luxembourgeois en font application, dans cette décision comme dans celles qui l'ont suivie, suscite quelques interrogations. Il semble en effet que le Tribunal mêle ici deux fonctions de la bonne foi, l'une qu'on peut appeler complète, qui est inspirée de la jurisprudence française, l'autre, correctrice ou modératrice, qui rejoint plutôt la jurisprudence et la doctrine belges. A cet égard, le raisonnement suivi est très représentatif de la manière dont la jurisprudence luxembourgeoise en droit des obligations se construit sous la double influence du droit français et du droit belge.

De prime abord, le Tribunal est allé chercher dans la jurisprudence française l'idée d'un devoir de loyauté qui impose au contractant une obligation de renégocier le contrat lorsque des circonstances imprévues créent un déséquilibre manifeste au détriment de son cocontractant. Le Tribunal cite du reste un arrêt très célèbre de la Cour de cassation française, l'arrêt Huard de 1992²⁸, qui avait admis cette obligation, et qui avait été interprété comme un correctif au refus de la révision du contrat pour imprévision en droit français. Cependant,

²⁴ n° TAL-2021-02457 et TAL-2021-02480 du rôle

²⁵ n° TAL-2021-01938 du rôle

²⁶ n° TAL-2021-03756 du rôle

²⁷ Trib. arr. Luxembourg, 22 décembre 2021, n° TAL-2021-06976 du rôle ; Trib. arr. Luxembourg, 22 décembre 2021, n° TAL-2021-04661 du rôle

dans cette jurisprudence, la sanction du manquement à l'obligation de bonne foi pesant sur le contractant qui a refusé de venir en aide à l'autre n'est certainement pas la révision du contrat par le juge (ce que fait en l'espèce le tribunal). Elle n'est que la condamnation à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le cocontractant, venant en compensation de ce qu'il peut devoir. Même si, en pratique, cela peut revenir au même, c'est moins difficile à accepter face au dogme de la force obligatoire qu'une réduction directe par le juge des sommes dues, telle que l'opèrent les juges luxembourgeois.

Mais on voit aussi clairement dans le jugement l'influence du droit belge, qui met en évidence une fonction correctrice ou modératrice de la bonne foi²⁹, permettant de faire obstacle directement à certaines prétentions d'un créancier contractuel lorsqu'elles sont contraires à l'exigence de bonne foi. Dans cette fonction, le jeu de la bonne foi se confond en droit belge avec la sanction de l'abus de droit en matière contractuelle³⁰, et on remarque du reste que le Tribunal, dans la décision commentée, fait explicitement le lien entre les deux notions. On ne dit plus ici au bailleur : vous aviez l'obligation de renégocier le contrat déséquilibré, et on vous condamne à des dommages et intérêts pour y avoir manqué. On lui dit : en exigeant l'intégralité du loyer dans les circonstances exceptionnelles, en vous montrant insensible aux difficultés de

votre locataire, vous avez abusé de votre droit au paiement des loyers. La sanction doit alors être le rejet de la prétention abusive. Cette fonction modératrice est également connue en droit français, elle est par exemple utilisée pour faire échec à l'application d'une clause résolutoire invoquée de mauvaise foi³¹ (même si, en droit français, on répugne à faire le lien avec l'abus de droit³²). Mais dans cette fonction, l'exigence de bonne foi ne paraît pas de nature à justifier la réduction d'une obligation contractuelle. Dans plusieurs arrêts très remarquables, la Cour de cassation française a posé que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »³³. Or c'est précisément ce que fait ici le Tribunal de Luxembourg. La solution semble davantage compatible avec la position de la Cour de cassation belge, qui pose que « *la sanction d'un tel abus n'est pas la déchéance totale de ce droit, mais seulement la réduction de ce droit à son usage normal* »³⁴. On est bien dans cette logique avec le présent jugement. Mais, du coup, on a l'impression que le recours à la bonne foi permet, de manière à peine déguisée, une sorte de révision du contrat pour imprévision.

²⁸ Cass. fr. (com.) 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338 ; JCP 1993. II. 22164, note Virassamy ; RTD civ. 1993. 124, obs. Mestre ; Defrénois 1993. 1377, obs. Aubert ; CCC mars 1993, n° 45. V. aussi Cass. fr. (com.) 22 déc. 1998, n° 96-18.357, CCC 1999, n° 56, obs. M. Malaurie-Vignal ; Defrénois 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999. I. 143, obs. Jamin ; RTD civ. 1999. 98, obs. Mestre ; RTD civ. 1999. 646, obs. Gautier

²⁹ V. not. Cass. be., 19 septembre 1983, *Pas. be.*, 1984, I, p. 55 ; *J.T.*, 1985, p. 56, note Dufrière ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.L. Fagnart ; *R.D.C.*, 1984, p. 276, note Rauws.

³⁰ Sur cette approche et la différence avec l'approche française V. P. Ancel, op. cit. n° 476

³¹ V. par ex. Cass. fr. (civ. 3e), 16 octobre 1973, no 72-11956 ; Cass. fr. (civ. 3e), 8 avril 1987, no 85-17596 ; Cass. fr. (civ.3e), 31 janvier 1995, no 92-20654 ; *D.*, 1995, p 389, note C. Jamin ; Cass. fr. (civ. 1ère), 16 février 1999, no 96-21997, *Defrénois*, 2000, p. 248, obs. D. Mazeaud

³² V. p. ex. : M. Fabre-Magnan, op.cit. n° 94

³³ Cass. fr. (com.), 10 juillet 2007, no 06-14768 ; Cass. fr. (civ. 3e), 26 mars 2013, no 12-14870. Sur cet arrêt voy. le commentaire de Y.-M. Lathier, *R.D.C.*, 2013, p. 888. Les trois arrêts du 30 juin 2022 que la Cour de cassation française a rendu dans des affaires analogues à celle soumise au tribunal et que nous avons évoqués, (Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-B, n° 21-20.127 (1re espèce) ; Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-B, n° 21-20.190 (2e espèce) Civ. 3e, 30 juin 2022, FS-D, n° 21-19.889 (3e espèce)) ne disent pas si celle-ci est prête à faire évoluer sa position. La question de l'effet d'une violation de l'obligation de bonne foi n'était posée que dans la deuxième espèce, où le preneur reprochait au bailleur d'avoir refusé de renégocier le montant des loyers pendant la période où l'activité ne pouvait être exercée. Mais son pourvoi est rejeté sur ce point pour des raisons de pur fait, au motif que « ayant constaté que la bailleuse avait vainement proposé de différer le règlement du loyer d'avril 2020, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre la locataire dans le détail de son argumentation, en a souverainement déduit que la bailleuse avait tenu compte des circonstances exceptionnelles et ainsi manifesté sa bonne foi » - ce qui ne permet pas de savoir quelles auraient été les conséquences d'un manquement à la bonne foi.

³⁴ Cass. be., 16 décembre 1982, *Pas. be.*, 1983, I, p. 472 ; Cass. be., 18 février 1988, *Pas. be.*, I, p. 728 ; *R.D.C.*, 1988, note E. Dirix ; Cass. be., 11 juin 1992, *Pas. be.*, I, p. 898 ; Cass. be., 8 février 2001, *Pas. be.*, 2001, I, p. 244

B. L'admission implicite de la révision du contrat pour imprévision

En décidant de réduire directement le loyer dû par le preneur durant la période de confinement, plutôt que de se contenter de condamner le bailleur à des dommages et intérêts pour avoir refusé, de mauvaise foi, d'en reconsidérer le montant, le tribunal se reconnaît un pouvoir de révision du contrat lorsque l'équilibre de celui-ci se trouve bouleversé suite à des circonstances exceptionnelles et a priori imprévisibles. Cela revient à admettre, par le détour de l'obligation de bonne foi, la théorie de l'imprévision.

La Cour d'appel, dans un arrêt du 15 décembre 2010 et la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 octobre 2013³⁵ s'étaient déjà montrées réceptives à son admission. Mais les faits en cause dans les deux affaires ne constituaient pas de vraies situations d'imprévision.

En France, la réforme du droit des contrats en 2016 a brisé la résistance traditionnelle de la jurisprudence à admettre qu'un juge puisse redéfinir les termes d'un contrat affecté par des circonstances imprévisibles rendant son exécution franchement inéquitable pour l'une des parties.³⁶ En Belgique la loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil

reconnaît à son tour au juge un pouvoir de révision pour tenir compte d'un changement des circonstances sur lesquelles se fonde l'accord des parties.³⁷ Auparavant la Cour de cassation belge s'était montré de plus en plus ouverte à une révision pour imprévision sur le fondement de la théorie de l'abus de droit lorsqu'un créancier ne peut raisonnablement plus exiger l'exécution du contrat selon les termes initialement convenus.³⁸ Par la présente décision, le tribunal d'arrondissement s'inscrit dans cette lignée.

En se plaçant sur le terrain de l'obligation de bonne foi et celui de l'abus de droit, le juge s'arroge une large marge de manœuvre pour apprécier si, suite à des circonstances exceptionnelles et imprévisibles, les obligations d'un contrat sont devenues excessivement onéreuses pour la partie affectée par ces circonstances et si, par conséquent, celle-ci peut légitimement attendre de son partenaire contractuel qu'il s'engage dans une renégociation de bonne foi des termes du contrat. Ce fondement laisse aussi au juge une grande flexibilité pour moduler les droits de la partie qui refuse d'ajuster ses prétentions puisqu'il s'agit pour lui de rétablir, en fonction des circonstances précises, une proportionnalité enfreinte par l'exercice abusif de ces droits.

La souplesse que permet le recours à la bonne foi et à l'abus de droit contraste avec le mécanisme plus lourd sur le plan tant

³⁵ Pas. 36, p. 744, note Pascal Ancel

³⁶ Art. 1195 C. civ. fr.: Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

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

³⁷ Article 5.74 Changement de circonstances :

Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ;

2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ;

3° ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur ;

4° le débiteur n'a pas assumé ce risque ; et

5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.

Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations.

En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé..

³⁸ Cass. be., 14 octobre 2010, Pas., 2010, p. 2643 ; Cass. be., 19 juin 2009, Pas., 2009, p. 1590 ; Cass. be., 12 avril 2013, Pas., 2013, p. 863.

procédural que substantiel qu'a introduit le législateur français en consacrant la théorie de l'imprévision dans le nouvel article 1195 du Code civil. La solution paraît en tout cas plus malléable pour réagir aux situations d'urgence telles celles provoquées par la pandémie de Covid-19. Si les tribunaux

continuent à l'appliquer de façon mesurée, elle pourrait constituer une alternative attractive à un dispositif spécifique introduit par une loi.³⁹

Pascal Ancel
André Prüm

³⁹ On notera que, dans une décision récente la cour de révision allemande a admis dans un cas similaire à celui du jugement commenté, l'application du §313 BGB relatif à la révision pour imprévision, en imposant aux juges du fond de procéder à une mise en balance concrète focalisée sur le cas d'espèce de toutes les circonstances opérantes (BGH 12 janvier 2022, n° XII ZR 8/21 ; sur cet arrêt V ; J. Dubarry, Baux commerciaux et Covid-19 : un éclairage du droit allemand sur le principe et la mise en œuvre de la révision des loyers pour imprévision, RDC 2002/4 p. 82 s.)