

---

# LOYERS COMMERCIAUX : QU'EN EST-IL EN CAS DE FERMETURE EN RAISON DE LA PANDEMIE?

---

Dominique Janssen

Jubel.be, 3 avril 2020.

## INTRODUCTION

1. Les interventions gouvernementales portant des mesures d'urgences pour limiter la propagation du Coronavirus se succèdent depuis une quinzaine de jours.

Parmi ces mesures, on relève en particulier les arrêtés ministériels ordonnant la fermeture des commerces, et notamment les arrêtés ministériels des 18 et 23 mars 2020 (M.B., 18 mars 2020, p. 16037 ; M.B., 23 mars 2020) qui disposent :

*Article 1<sup>er</sup>. § 1<sup>er</sup>. Les commerces et les magasins sont fermés, à l'exception :*

- des magasins d'alimentation, y compris les magasins de nuit ;
- des magasins d'alimentation pour animaux ;
- des pharmacies ;
- des librairies ;
- des stations-services et fournisseurs de carburants et combustibles;
- (...)

*Les mesures prescrites par le présent arrêté sont d'application jusqu'au 5 avril 2020 inclus. »*

La durée de fermeture a entretemps été prorogée jusqu'au 19 avril 2020, et risque bien d'être encore prorogée au-delà.

2. Un tel ordre de l'autorité dispense-t-il le locataire du paiement de ses loyers commerciaux, lorsqu'il tient à bail un établissement dont la fermeture a été ordonnée ?

Les principes applicables aux événements de force majeure et autres causes d'exonération, à la théorie des risques en droit commun des contrats et en matière de bail, forment la base légale d'une première réponse à cette question. Ensuite, un examen au cas par cas s'imposera.

## LA FORCE MAJEURE

### *Généralités*

3. La force majeure - ou cas fortuit - est une cause d'exonération des obligations qui libère le débiteur contractuel de toute responsabilité.

Le débiteur n'est pas tenu d'exécuter l'obligation atteinte d'une force majeure, et aucune faute ne peut lui être reproché de ce fait.

Lorsque la force majeure a un effet limité dans le temps, la libération du débiteur est temporaire : *'La cause d'exonération a un effet suspensif qui se termine de plein droit lorsqu'elle cesse de produire ses effets'* (P. VAN OMMESLAGHE, Droit des obligations, Bruylant, 2010, T. II, p. 1397, n° 982).

4. La force majeure est généralement définie comme un événement à caractère insurmontable/irrésistible – voire imprévisible – indépendant de toute faute du débiteur, et qui l'empêche d'exécuter les obligations du contrat (P. VAN OMMESLAGHE, Droit des obligations, T. II, p. 1381, nr 966).

Elle rend l'exécution de l'obligation (ou du contrat) impossible, ce qui constitue une différence fondamentale avec la théorie de l'imprévision, qui rend l'obligation *simplement* plus difficile ou plus onéreuse.

5. D'autres causes d'exonération produisent des effets similaires à la force majeure, par exemple l'ordre de la loi ou l'ordre de l'autorité légitime, souvent dénommés « ordre du prince » ou « fait du prince ».

Les arrêtés ministériels précités rentrent dans la définition du « fait du prince », tel que retenue par la Cour de cassation :

*« Le fait du prince est, à titre de cause étrangère, libératoire lorsqu'il constitue un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation et qu'aucune faute du débiteur n'est intervenue dans la genèse des circonstances réalisant cet obstacle ».* (Cass. 18 novembre 1996, Pas., 1996, I, 121).

6. L'ordre de fermeture est dès lors *libératoire*. Encore faut-il déterminer quelle est l'obligation libérée, quelle est l'obligation frappée de force majeure, d'impossibilité d'exécution.

### ***L'obligation frappée de force majeure***

7. Une injonction ministérielle de fermeture des commerces, met le bailleur dans l'impossibilité d'assurer au preneur la jouissance paisible du bien loué.

Aux termes de l'art. 1719 du Code civil :

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

*1° De délivrer au preneur la chose louée;*

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

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

8. Le bailleur a donc l'obligation essentielle d'assurer la jouissance paisible au locataire.

Plusieurs troubles de jouissance sont à distinguer : le trouble provoqué par le bailleur lui-même ; le trouble provoqué par des tiers qui viendraient soutenir des prétentions juridiques sur le bien loué ; le trouble résultant des vices et défauts de la chose louée.

D'autres événements peuvent également porter atteinte à la jouissance paisible du locataire, et plus particulièrement en ce qui nous préoccupe, des cas de force majeure ou de « fait du prince », et par exemple (non limitatifs) des travaux exécutés par l'autorité publique ; la suppression d'un commerce par voie réglementaire ; une réquisition (exemples cités par M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *Le bail en général*, Nouvelles, Larcier, 2000, n° 620).

Dans ces hypothèses, bien que la jouissance paisible du locataire soit troublée, la cause n'en est pas imputable au bailleur. Le bailleur ne commet aucune faute.

9. Un ordre de l'autorité interdisant l'occupation (temporaire) du commerce constitue dès lors un événement qui frappe l'obligation essentielle du bailleur d'assurer la jouissance paisible au locataire, mais qui ne lui est pas imputable et qui exonère le bailleur de son obligation.

C'est donc bien le bailleur qui dans ce cas, se trouve en « état de force majeure », et non le locataire.

10. L’extinction – ou la suspension temporaire des obligations du bailleur – ne porte en principe pas atteinte aux autres obligations découlant du bail.

Ainsi, la force majeure empêche certes le bailleur de fournir la jouissance convenue, mais le locataire n’est en principe pas dans l’impossibilité de payer le loyer.

Le bailleur n’est pas en faute, de sorte que le locataire ne pourrait réclamer l’indemnisation de son manque de jouissance des lieux. Pour la même raison, le locataire ne pourrait invoquer l’article 1184 du Code civil ou l’exception d’inexécution pour échapper à son obligation de paiement du loyer.

Aucune force majeure n’empêche le locataire de payer le loyer. Il lui est en effet toujours possible de se procurer de l’argent. L’argent n’a pas disparu.

11. Rappelons également qu’en vertu de l’adage « *genera non pereunt* » la force majeure ne libère en principe pas des dettes de genre, dont les sommes d’argent et partant le loyer.

Doctrine et jurisprudence ont cependant évolué vers une plus grande souplesse de ce principe, lorsque le débiteur d’une somme d’argent se trouve confronté à une véritable impossibilité d’exécution (voir sur ce sujet : F. GLANSDORFF, *Le point sur : La force majeure*, J.T., 2019, p. 355 sq ; A. DE BOECK, « *genera non pereunt, of toch wel ?* », RGDC, 2009, p. 437).

12. En conclusion, la seule application des principes relatifs à la force majeure ne dispense pas le locataire du paiement du loyer, pour deux raisons principales :

- L’obligation affectée d’une force majeure est celle du bailleur. Seul le bailleur est libéré de son obligation ;
- La force majeure ne libère en principe pas des dettes de sommes.

Deux autres institutions peuvent cependant justifier une franchise du loyer: la théorie des risques et, dans une moindre mesure, la perte de la chose louée.

## LA THÉORIE DES RISQUES

13. Suivant la théorie des risques, l’extinction de certaines des obligations du contrat par force majeure entraîne la dissolution du contrat lui-même.

Il n’y a pas de disposition générale relative à la théorie des risques. Celle-ci a été reconnue comme un principe général de droit par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 27 juin 1946 (Pas., I, 270) :

*‘Attendu en effet que, dans les contrats synallagmatiques, l’extinction, par la force majeure, des obligations d’une partie, entraîne l’extinction des obligations corrélative de l’autre partie, et justifie dès lors la dissolution du contrat ;*

*Que si cette règle de droit n’est pas formulée en termes exprès par une disposition générale du Code civil, elle est néanmoins consacrée par celui-ci, puisqu’il en fait application dans diverses*

*dispositions particulières, notamment, dans les articles 1790 et 1867, et spécialement en cas de destruction ou perte des choses immobilières louées, dans les articles 1722 et 1741. »*

L'article 1722 du Code civil en matière de bail, examiné ci-dessous, constitue un cas d'application de cette théorie.

14. La théorie des risques résulte de l'adage de droit commun « *res perit debitori* ».

En vertu de cet adage, les risques sont supportés par le débiteur de l'obligation devenue impossible. Rappelons qu'en l'espèce c'est l'obligation du bailleur d'assurer la jouissance paisible qui est devenue temporairement impossible en raison de l'injonction de fermeture des commerces.

Le bailleur est donc libéré de cette obligation. Par application de la théorie des risques, il en supporte les risques, et est en conséquence privé de la créance de loyer corrélative, alors qu'en principe le locataire n'est pas dans l'impossibilité de payer le loyer.

15. C'est donc le bailleur qui supporte finalement le risque de son impossibilité d'assurer au locataire la jouissance paisible des lieux.

Le loyer constitue la contrepartie de la jouissance des lieux accordée au preneur. Cette obligation cesse – en tout ou partie – lorsque l'occupation des lieux suivant la destination prévue est devenue impossible ou plus contrariante.

La Cour de cassation avait déjà appliqué ces principes en 1919, suite à un ordre d'interdiction de véhicules sur la Ville de Bruxelles par un arrêté de l'occupant :

*'Attendu que le bailleur doit procurer au preneur la jouissance paisible de la chose louée, conformément à la destination prévue par les parties ;*

*Que, partant, lorsque des circonstances de force majeure rendent impossible ou contrariant cette destination, l'obligation de payer les loyers cesse en tout ou en partie'* (Cass., 9 janvier 1919, Pas., 1919, I, 52).

16. Relevons que la Cour de cassation précise bien que l'obligation de payer les loyers cesse, et non pas 'est suspendue'. Aucun loyer n'est dû aussi longtemps que persiste la force majeure : « *lorsque la force majeure est établie, le débiteur est libéré des obligations qui sont affectées par l'évènement, ainsi que des obligations qui en dépendraient ou qui en seraient l'accessoire* » (F. GLANSBORFF, *Le Point sur : La force majeure*, J.T., 2019, p. 358 n° 19).

Si la force majeure est temporaire, elle entraîne une suspension du contrat aussi longtemps que dure l'évènement. Ce n'est que si la force majeure provoque une impossibilité définitive d'encore poursuivre le contrat que celui-ci est dissous (P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations*, T.I, p. 852, n° 568 p. 852).

17. En conclusion, par application de la théorie des risques, le locataire dont le commerce a dû fermer en raison d'un ordre de l'autorité, sera dispensé du paiement du loyer en proportion de la durée de fermeture.
18. Ce principe rigoureux pourra être atténué si l'impossibilité d'exercer le commerce n'est pas totale. Le loyer pourra être affranchi en totalité ou en partie en fonction de la situation, et plus particulièrement la possibilité pour le locataire de poursuivre en partie ses activités (ex. poursuite d'activités sous forme de *take-away* ou livraisons à domicile).
19. Il conviendra également de vérifier si le locataire commercial n'a pas perçu d'indemnisation couvrant le même préjudice. Dans ce cas le bailleur pourrait demander à se faire remettre la part d'indemnité qui couvre ce même préjudice (comp. par analogie la jurisprudence relative aux indemnités de réquisition, ou encore l'article 21 du bail à ferme : « *Si, pendant la durée du bail, la moitié au moins d'une récolte est détruite par des cas fortuits, avant sa séparation de la terre, le preneur peut demander une diminution du montant de son fermage, à moins qu'il ne soit indemnisé* »).
20. Rappelons encore que la théorie des risques ne s'applique pas en cas de mise en demeure antérieure à la survenance de la force majeure. Dans cette hypothèse, la charge des risques est déplacée.
21. Finalement ni la force majeure, ni la théorie des risques ne sont d'ordre public ou impératives. Les parties sont donc libres d'aménager contractuellement les conséquences d'une force majeure, et mettre les risques à charge du locataire. De tels aménagements contractuels sont valables. Le locataire pourrait ainsi renoncer à tous recours à l'égard du bailleur, qui n'est pas en mesure de lui procurer la jouissance paisible des lieux loués (art. 1719 du Code civil).

#### **LA PERTE DE LA CHOSE LOUÉE PAR CAS FORTUIT : l'article 1722 du Code Civil**

22. L'article 1722 du Code civil vise l'hypothèse d'une 'destruction' de la chose louée, par cas fortuit, et distingue la perte totale, de la perte partielle.

En cas de perte totale, le bail est résilié de plein droit.

En cas de perte partielle, le locataire, et uniquement lui, peut solliciter soit une diminution du loyer, soit la résiliation du bail.

*Cet article « n'est qu'une application de la règle de droit selon laquelle, 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 » ( Cass., 17 juin 1993, R.W., 1994-1995, 1435).*

23. L'article 1722 du Code civil vise l'hypothèse de ce qui est généralement appelé 'la perte de la chose louée' par force majeure.

La perte peut être matérielle ou juridique.

La perte matérielle affecte l'état physique de l'immeuble : l'immeuble est détruit (en tout ou partie). La perte est juridique lorsque le bien devient impropre à sa destination, ou est déclaré inhabitable. Par exemple la fermeture d'un dancing ensuite d'une décision administrative, ou

encore de nouvelles prescriptions réglementaires de sécurité en cours de bail (M. DAMBRE, de Huurprijs, Die Keure, 2009, p. 378, nr 833).

24. La perte juridique peut être temporaire : l'objet du contrat ne disparaît pas ; il n'est qu'indisponible et l'obligation est simplement suspendue.

Plusieurs décisions de jurisprudence ont ainsi accordé une diminution temporaire des loyers sur base de l'article 1722 du Code civil, dans l'hypothèse de réquisitions du bien loué, en temps de guerre (voy. jur.citée M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, Le louage de choses, Le bail en général, Nouvelles, Larcier, 2000, p. 285, note 3).

Il s'agit d'un cas d'application de perte juridique partielle et temporaire, semblable à la situation actuelle.

25. Dans le cadre de l'article 1722 du Code civil c'est également le bailleur qui est dans l'impossibilité de fournir la jouissance promise, et non le preneur qui se trouve dans l'impossibilité d'occuper les lieux : « *c'est l'inexécution non fautive par le bailleur de ses obligations qui justifie, par application de la théorie des risques, que le preneur soit libéré des siennes.* » (M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, Le louage de choses, Le bail en général, Nouvelles, Larcier, 2000, p. 282, n° 425).

26. L'article 1722 du Code civil vise cependant des hypothèses bien précises, de destruction de l'immeuble, soit totale soit partielle, alors que l'ordre de fermeture des commerces ne crée pas une telle situation.

La théorie des risques examinée ci-dessus, devrait dès lors suffire comme base juridique permettant au locataire d'être dispensé du paiement du loyer, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à la théorie de la 'perte de la chose louée', qui n'en constitue qu'un cas d'application.