

dont le premier est fixé au 15 janvier 2021 étant entendu qu'à défaut de respect d'une de ces mensualités, la totalité deviendra immédiatement exigible et la convention de bail serait déclarée résolue aux torts de la S.A. Y. avec expulsion.

(...)

Dispositif conforme aux motifs.

Siég. : Mme B. Vanrobays.

Greffier : Mme Y. Belarbi.

Plaid. : M^{es} J. Lecler, G. Carrozza et G. Lambeau.

J.L.M.B. 20/503

Observations

Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19

1. Le confinement lié à la Covid-19¹ a bouleversé nos existences et soulevé une noria de questions juridiques, dans tous les domaines (droit de la santé², droit social³, droit public et institutionnel⁴, vie privée⁵, ...). La matière du logement et du bail ne fait pas exception⁶. Dans le cadre du bail commercial, une interrogation s'élève de manière entêtante : le locataire commerçant est-il fondé à retenir tout ou partie de son loyer en raison du *lockdown* ? La question se pose avec une acuité particulière, il est vrai, dès lors que la mise à l'arrêt de notre économie (ou à tout le moins son ralentissement substantiel) a privé de ressources un grand nombre de commerçants⁷. « En l'espace de quelques semaines », explique le Bureau fédéral du plan, « le chômage temporaire a été demandé pour plus de 1,2 million de travailleurs et plus de 300.000 indépendants ont dû arrêter leur activité »⁸ (ce qui, selon les autorités, représente ensemble « 40 pour cent de la force de travail du secteur privé belge »⁹). À cette aune, force est de constater que le titulaire d'un bail *d'habitation* sort moins affecté de la crise sanitaire¹⁰, dans la mesure où les logements n'ont pas fait, eux, l'objet d'une mesure de fermeture¹¹.

¹ D'après l'Académie française, « Covid » est en effet de genre féminin, car son « d » final renvoie à *la* maladie (Covid étant la contraction de « *corona virus disease* »).

² Voy. A. FEYT et A. ANTOINE, « Les structures de santé face au Covid-19, en mode dégradé », in S. Parsa et M. Uyttendaele (dir.), *La pandémie du Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 393 et s.

³ Voy. Fr. HENRY et M. HENRION, « Quelques réflexions sur les incidences du Covid-19 sur le droit du travail et le bien-être au travail », *La pandémie du Covid-19 face au droit*, *ibidem*, pp. 255 et s.

⁴ Voy. E. SLAUTSKY et C. LANSSENS, « Le recours aux pouvoirs spéciaux dans le contexte de la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 : une première évaluation », *La pandémie du Covid-19 face au droit*, *ibidem*, pp. 79 et s.

⁵ Voy. S. PARSA et Y. POULLET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du confinement et du déconfinement : le *tracing* », *La pandémie du Covid-19 face au droit*, *ibidem*, pp. 137 et s.

⁶ Voy. 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 et s., ainsi que N. BERNARD et A. GARSOU, « Logement, bail et Covid-19 », *La pandémie du Covid-19 face au droit*, *op. cit.*, pp. 303 et s.

⁷ Des indépendants la plupart du temps.

⁸ Voy. l'étude « Impact économique de la crise sanitaire Covid-19 : un scénario » mise en ligne le 8 avril 2020. L'ONEm lui-même, par ailleurs, n'a pas hésité à classer officiellement le chômage temporaire lié au *coronavirus* dans la catégorie « chômage temporaire pour force majeure », (<https://www.onem.be/fr/documentation/feuille-info/t2>).

⁹ Voy. le volet « Impact budgétaire » de la note au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ayant pour objet : Mesures provisoires en matière de logement dans le cadre de la gestion de la crise du *coronavirus*. Prime de soutien aux locataires à revenus modestes qui subissent une perte de revenus en raison de la crise de *coronavirus*.

¹⁰ Voy. néanmoins sur cette question N. BERNARD et A. GARSOU, « Logement, bail et Covid-19 », *La pandémie du Covid-19 face au droit*, *op. cit.*, pp. 303 et s., ainsi que S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et *coronavirus* : quelques réflexions », *op. cit.*, pp. 326 et s.

¹¹ « Les personnes sont tenues de restées [sic] chez elles », exhortait tout à l'inverse le gouvernement. « Il est interdit de se trouver sur la voie publique et dans les lieux publics, sauf en cas de nécessité et pour des rai-

Les principes de droit à mobiliser pour résoudre cette question ayant essentiellement été forgés par la jurisprudence¹² (force majeure, abus de droit, exécution de bonne foi des contrats, ...), il a semblé de bon compte de se pencher sur la réaction des magistrats face à ce problème inédit. Précisément, les requêtes n'ont pas manqué d'affluer vers les cours et tribunaux, qui ont statué en sens divers. Une première salve de ces décisions a déjà été publiée¹³ ; le lecteur trouvera dans cette *revue* quatre jugements supplémentaires, tous liés à cette question cardinale du loyer commercial (et, ce qui justifie leur intérêt, empruntant des directions opposées). Un commentaire de synthèse s'indique maintenant, pour identifier d'éventuelles tendances de fond ; commençons toutefois par rappeler le cadre juridique général applicable à cette thématique.

1. Cadre juridique général¹⁴

1. Force majeure

2. La force majeure est souvent invoquée par le locataire commerçant à l'appui de sa prétention de suspension du loyer. Elle ne trouve pas définition dans le Code civil¹⁵ ; on s'accorde cependant pour y voir un « événement à caractère insurmontable, et selon certains imprévisible, indépendamment de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui »¹⁶.

La pandémie actuelle répond-elle à ce libellé ? Non imputable à l'une des parties, elle l'est, sans contredit¹⁷. Insurmontable, *a priori* tout autant¹⁸. Imprévisible, itou¹⁹ (au moment de la première vague à tout le moins). Il reste cependant à s'assurer que ce caractère insurmontable emporte bien l'impossibilité d'exécution de l'obligation dans le chef de son débiteur²⁰. Or, l'appréciation de celle-ci dépend intimement de l'*objet* de l'obligation inexécutée²¹. En l'occurrence, l'obligation de payer le loyer porte sur une somme d'argent. Or, l'argent est une chose fongible, donc de genre ; surtout, les

sons urgentes telles que (...) » (article 8, *in limine*, de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du *coronavirus* Covid-19, *M.B.*, 23 mars 2020).

¹² Ainsi que par la doctrine.

¹³ Voy. M. HIGNY et H. VYNCKE, *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.

¹⁴ Certains des passages qui suivent sont librement inspirés de N. BERNARD et A. GARSOU, « Logement, bail et Covid-19 », *op. cit.*, pp. 318 et s.

¹⁵ Voy. Fr. GLANSDORFF, « La force majeure », *J.T.*, 2019, p. 355.

¹⁶ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, tome II, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1424.

¹⁷ Difficile en effet de relier l'apparition de la Covid-19 en Belgique à une quelconque faute du bailleur ou du preneur. La question pourrait néanmoins se poser si la perte de revenus du preneur procédait non pas du confinement imposé par les autorités mais de la méconnaissance des règles sanitaires par le locataire par exemple, ce qui a entraîné la maladie et, par suite, un arrêt de travail.

¹⁸ Comment contrer en effet une maladie planétaire et le *lockdown* imposé subséquemment par le gouvernement ?

¹⁹ « (...) la propagation rapide du virus du SRAS-CoV-2 [*sic*] a conduit à une pandémie qui n'était pas prévisible », admettent les autorités elles-mêmes (voy. par exemple le préambule de l'arrêté ministériel du 19 mars 2020 relatif au remboursement des voyages à forfait annulés, *M. B.*, 20 mars 2020).

²⁰ Le caractère insurmontable de l'événement et l'impossibilité d'exécution traduisent bien une seule et même condition : l'événement doit être un obstacle insurmontable, en ce sens qu'il empêche l'exécution de l'obligation, le créancier de l'obligation inexécutée n'ayant d'autre choix alors que de s'incliner devant la réalité (P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in P. Wéry (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, pp. 246-247 et 255). Voy. aussi J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in I. Bouioulkief (dir.), *La force majeure. État des lieux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 9.

²¹ Fr. GLANSDORFF, « La force majeure », *J.T.*, 2019, p. 356.

choses de genre ne périssent pas²² (« *genera non pereunt* », rappelle un juge dans le contexte de la présente crise sanitaire²³). Résultat : il peut difficilement être question d'une impossibilité d'exécution avec une obligation de nature pécuniaire, « une chose de même qualité et en même quantité pouvant toujours être trouvée par le débiteur »²⁴. Lorsque le débiteur est confronté à des difficultés financières, l'exécution de son obligation de payer une somme d'argent est seulement plus difficile ou onéreuse, mais non impossible²⁵. Ainsi, tel que l'a encore rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 28 juin 2018, l'insolvabilité n'a pas pour effet de libérer le débiteur de son obligation de somme, quand bien même elle résulterait de circonstances externes qui constituent, pour lui, un cas de force majeure²⁶.

3. Nul ne l'ignore, toutefois, le bail est un contrat synallagmatique, où l'obligation du preneur (payer le loyer au premier chef) répond de manière étroite aux propres devoirs du bailleur. Il se pourrait dès lors que l'impossibilité d'exécution, pierre d'angle de la force majeure, affecte *l'un des devoirs du bailleur plutôt*. Or, parmi ceux-ci figure en bonne place l'obligation de « faire jouir paisiblement le preneur » de la chose louée (« pendant la durée du bail »)²⁷. Certes, pour qu'une telle impossibilité existe, il faut que l'obstacle atteigne l'immeuble même donné en location et qu'il paralyse matériellement l'obligation du bailleur de fournir la jouissance du bien²⁸ ; on peut toutefois considérer que tel était le cas des commerces qui, en raison de leur caractère non essentiel, ont fait l'objet d'une mesure de fermeture²⁹. Autre, naturellement, est la situation du locataire qui préfère fermer le commerce *de son propre chef* (pour se prémunir contre toute contamination de la part de la clientèle par exemple), alors que le bien n'était pas visé par les arrêtés royaux³⁰.

Il s'en infère une conséquence capitale : dans un contrat synallagmatique comme le bail, si le devoir de l'une des parties s'avère impossible à exécuter, son cocontractant peut en bonne logique s'estimer délié du sien³¹ – sans devoir pour autant

²² Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », in *Journal des tribunaux et Covid-19. Panorama du droit privé et public en temps de Pandémie*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 8.

²³ 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.

²⁴ Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 100, note P. WÉRY, « L'imprévision et ses succédanés ».

²⁵ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2^e éd., vol. 1, Théorie générale du contrat, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 540.

²⁶ Cass. (1^e ch.), 28 juin 2018, *Pas.*, 2018, p. 1476 et *R.G.D.C.*, 2020, p. 26, note J. VAN ZUYLEN.

²⁷ Article 1719, 3°, de l'ancien Code civil, toujours d'application (à titre de droit commun) pour les baux commerciaux. En matière de bail d'habitation, cette disposition a été conservée (malgré la régionalisation de la compétence), tant en Région de Bruxelles-Capitale (par l'effet de l'article 16, paragraphe 3, de l'ordonnance du 27 juillet 2017 visant la régionalisation du bail d'habitation, *M.B.*, 30 octobre 2017) qu'en Flandre (voy. en creux le décret flamand du 9 novembre 2018 contenant des dispositions relatives à la location de biens destinés à l'habitation ou de parties de ceux-ci, *M.B.*, 7 décembre 2018). Et, en Wallonie, elle a été reprise textuellement (article 7, 3°, du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 28 mars 2018).

²⁸ On ne saurait donc parler d'impossibilité d'exécution dans le chef du bailleur en présence par exemple d'un événement frappant seulement le locataire lui-même (tel qu'une maladie ou une interdiction personnelle) et l'empêchant, de ce fait, de jouir du bien. Voy. M. HIGNY, *Droit immobilier et Covid-19. Le paiement du loyer et des charges au bailleur*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 6-7 et 11.

²⁹ Voy. notamment l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, *M.B.*, 23 mars 2020, p. 17603. Pour une liste plus complète des différents arrêtés ministériels pris sur cette question, voy. H. VYNCKE, « Covid-19 en de woning- en handelshuur : een evenwichtsoefening de acrobaat waardig », *Juridische panoplie bij pandemie ? op. cit.*, pp. 117 et s.; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 392 et 393, ainsi que R. TIMMERMANS, « De impact van de uitbraak van Covid-19 op private huurrelaties en mogelijk passende remedies », *Huur*, 2020, pp. 75 et s.

³⁰ S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », *op. cit.*, p. 300.

³¹ Voy. J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure ? Une question de genre ! », note sous Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, p. 35, ainsi que S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Le Covid-19 et le bail », *For. imm.*, 2020, n° 32, pp. 2 et s.

s'acquitter de dommages et intérêts³². Dès lors, le locataire commerçant (d'un magasin vendant autre chose que des aliments par exemple³³) est susceptible de voir son obligation de paiement suspendue ou éteinte, puisqu'il a été mis dans l'incapacité matérielle de jouir durant le *lockdown* de son commerce en fonction de la destination contractuellement convenue³⁴. Ce n'est, en définitive, que « prise isolément » que l'obligation de somme du preneur n'est pas affectée par la force majeure³⁵. Lui-même, d'ailleurs, le locataire commerçant semble fondé à pointer la force majeure dans le chef de son cocontractant – à seule fin de mettre entre parenthèses son propre devoir³⁶.

4. Quelle conséquence découle de la reconnaissance d'un cas de force majeure ? Suivant que l'obligation concernée est définitivement ou temporairement impossible à exécuter, elle est éteinte ou suspendue, respectivement³⁷. Néanmoins, il n'est pas toujours aisé de déterminer en pratique le caractère définitif ou temporaire de l'impossibilité d'exécution liée à la force majeure³⁸ – et c'est le cas ici aussi de la crise liée à la Covid-19, dont nous ignorons encore la durée³⁹. Toutefois, c'est moins la durée de la pandémie elle-même qu'il convient de prendre en considération que celle du *lockdown* ; or, les mesures de confinement présentent *a priori* un caractère provisoire puisqu'elles sont affectées d'une durée fixe (encore que celle-ci a été régulièrement prolongée)⁴⁰.

L'on penche dès lors ici pour une *suspension* de l'obligation, ce qui signifie que le contrat devra être à nouveau honoré une fois l'empêchement disparu. Ce, à moins naturellement que cette exécution ne présente alors plus aucune utilité⁴¹, par exemple parce que le bail n'allait de toute façon pas au-delà de la période du *lockdown*. Ainsi en va-t-il notamment, en matière de bail d'habitation, du gîte de vacances qui aurait été pris en location pour le congé de Pâques spécifiquement (alors que le confinement n'a été levé que plusieurs semaines après)⁴². Jugé ainsi, de manière approchante, que l'obligation du preneur commerçant de tolérer des visites à la fin du bail pour permettre à son cocontractant de relouer le bien (obligation rendue impossible par le confinement) est définitivement éteinte dès lors qu'au jour du prononcé de la décision de justice destinée à l'y obliger, le contrat avait déjà pris fin ; la demande du bailleur est devenue dès lors « sans objet »⁴³. L'enjeu, en tout état de cause, est loin d'être purement théorique dès lors que les différentes Ré-

³² Article 1148 de l'ancien Code civil : « Il n'y a lieu à aucun 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 ».

³³ Et, pour cette raison, considéré comme inessentiel.

³⁴ Voy., pour une illustration, J.P. Anvers, 3 septembre 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 75 (à propos d'un centre de bien-être).

³⁵ M. HIGNY, « Premier tour d'horizon des décisions cantonales prononcées suite à la crise du coronavirus », *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 87.

³⁶ Voy. J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *R.G.D.C.*, 2020, p. 393.

³⁷ Fr. GLANSDORFF, « La force majeure », *op. cit.*, p. 355 et J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *op. cit.*, p. 385.

³⁸ J.-Fr. GERMAIN, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », in *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 158.

³⁹ Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰ Voy. J.P. Gand, 6 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 43.

⁴¹ En ce cas, le contrat sera purement et simplement dissous (D. PHILIPPE, « Coronavirus : Force majeure ? Hardship ? Report d'exécution des obligations ? Quelques éléments pratiques, conseils pour l'analyse et la rédaction des clauses », *DA-OR*, 2020, p. 7).

⁴² Voy. R. TIMMERMANS, « De impact van de uitbraak van Covid-19 op private huurrelaties en mogelijk passende remedies », *Huur*, 2020, p. 79.

⁴³ J.P. Namur, 2 juin 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 9.

gions du pays ont institué chacune un régime juridique *ad hoc* pour les locations commerciales de très courte durée⁴⁴, indice indéniable de l'essor pris à l'heure actuelle par les magasins éphémères et autres *pop-up stores*.

5. Une double méprise, concernant cette suspension, est cependant à éviter. D'abord, le vocable ne doit donc pas être compris dans le sens où le loyer non payé durant la fermeture (pour cause de force majeure) pourra être réclamé une fois la pandémie maîtrisée, comme on l'entend parfois. Ce qui est perdu (pour le bailleur) l'est définitivement, en ce cas⁴⁵.

Ensuite, et dans la foulée de la mise au point précédente, l'éventuelle suspension de loyer pendant une période donnée n'emporte pas automatiquement un allongement correspondant de la durée du bail (pour permettre au bailleur de récupérer en quelque sorte le loyer non versé⁴⁶), tant s'en faut ; c'est l'obligation de payer le loyer qui est suspendue, pas le bail lui-même⁴⁷. Cette prorogation du contrat n'est pas inenvisageable certes, et peut d'ailleurs être suivie sur le plan des principes (théorie dite de la durée effective du bail⁴⁸), mais elle requiert naturellement l'accord des parties – ou l'intervention d'un juge ; en aucune manière, cependant, elle ne constitue un droit acquis pour le bailleur (qui ne la désire peut-être pas, au demeurant). En tous cas, cette question n'est pas abordée par les juges sollicités en cette période de crise pandémique.

2. Fondements légaux alternatifs

6. En complément de la force majeure, ou en lieu et place, sont souvent convoqués d'autres principes juridiques à titre de soutien de la demande du locataire commercial de suspendre tout ou partie du loyer. Songeons en premier lieu à la théorie des risques⁴⁹. Déclinée, à travers l'article 1722 de l'ancien⁵⁰ Code civil⁵¹ notamment⁵², dans la matière de la location (sous l'enseigne de la destruction du bien par « cas fortuit »⁵³), cette théorie fait que, dans un contrat synallagmatique comme le bail (où les prestations réciproques sont interdépendantes), si le devoir de l'une

⁴⁴ Décret flamand du 17 juin 2016 relatif à la location de courte durée en faveur du commerce et de l'artisanat, *M.B.*, 26 juillet 2016, décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail commercial de courte durée et modifiant le Code civil, *M.B.*, 28 mars 2018 et ordonnance bruxelloise du 25 avril 2019 relative au bail commercial de courte durée, *M.B.*, 9 mai 2019.

⁴⁵ Voy. cependant J.P. Bree, 16 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ Ou encore pour laisser le temps au preneur d'amortir les éventuels investissements réalisés dans le bien loué.

⁴⁷ Sur la question, voy. M. HIGNY, « Premier tour d'horizon des décisions cantonales prononcées suite à la crise du coronavirus », *op. cit.*, pp. 95 et s.

⁴⁸ Voy. J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *op. cit.*, p. 385 et Fr. GLANSDORFF, « La force majeure », *op. cit.*, pp. 389 et s.

⁴⁹ Voy. de manière générale P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 545-549 ; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, pp. 269-270 ; et, dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, voy. Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 10.

⁵⁰ En dehors des nouveaux titres 3 et 8 consacrés respectivement au droit des biens et au droit de la preuve, le Code civil a revêtu en effet, depuis le 1^{er} novembre 2020, l'appellation « ancien Code civil » (en vertu de l'article 2, alinéa 2, et de l'article 75, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019) ; ce, quand bien même les dispositions y enchâssées n'auraient nullement changé et seraient toujours en vigueur. Voy. N. BERNARD (avec la collaboration de V. DE-FRAITEUR), *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 11 et s.

⁵¹ « 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 ».

⁵² L'article 1722 a été maintenu intact à Bruxelles et en Flandre, en dépit de la régionalisation du bail d'habitation. Pour la Wallonie, voy. l'article 12 du décret wallon du 15 mars 2018, qui opère toutefois une reprise littérale de la disposition fédérale.

⁵³ Synonymes, force majeure et cas fortuit peuvent s'employer de manière indifférente (suivant P. WÉRY, *op. cit.*, p. 539).

des parties s'avère impossible à exécuter⁵⁴, les obligations corrélatives de l'autre tombent⁵⁵. La Cour de cassation ne dit rien d'autre⁵⁶. En tous cas, ce concept semble d'autant plus adapté au présent contexte pandémique que la perte en question peut être autant matérielle⁵⁷ que *juridique*⁵⁸.

Il n'est pas sûr toutefois que la théorie des risques constitue un expédient infailible dans la mesure où seules les situations de perte *définitive*⁵⁹ – et non temporaire – sont ici visées⁶⁰, ce que souligne à juste titre le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre par exemple (à propos du confinement induit par le *coronavirus*⁶¹). Elle peut être totale ou partielle, mais il doit toujours s'agir d'une *destruction* (du bien)⁶². Du reste, le législateur y attache cette conséquence (irréversible)⁶³ : le bail est « résilié »⁶⁴. Or, affectées d'un *terminus ad quem*, les mesures de confinement tiennent plutôt des actions *provisoires*, comme on l'a vu plus haut⁶⁵.

7. Lui aussi, le principe de l'exécution de bonne foi des contrats (consacré par l'article 1134 de l'ancien Code civil⁶⁶) est mobilisé par les plaideurs. Suivant la Cour de cassation⁶⁷, un tel principe interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci⁶⁸. Verse donc dans ce travers le créancier qui exerce son droit « d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »⁶⁹. L'exécution de l'obligation par le débiteur reste donc due en cas d'abus de droit, mais il apparaîtrait déraisonnable

⁵⁴ Par un cas de force majeure, par exemple.

⁵⁵ Par exemple, le bailleur dont l'immeuble a été matériellement détruit par un cas de force majeure se trouve certes délié de son devoir de mettre le bien loué à disposition du preneur mais, en retour, ce dernier s'abstiendra (fatalement) d'encore payer le loyer. La perte est donc pour le bailleur puisque, outre la destruction de son bien, il ne percevra plus de loyer.

⁵⁶ « (...) la disposition de l'article 1722 du Code civil relative à la destruction, par cas fortuit, de la chose louée n'est qu'une application de la règle de droit suivant 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, *J.T.*, 1993, p. 732).

⁵⁷ On parle de « perte matérielle » lorsque c'est à la suite d'un événement naturel (tel qu'une tempête ou un incendie) que la chose a été détruite et que le preneur ne peut plus, de ce fait, en jouir conformément à sa destination (Y. MERCHERS, « Le bail en général », *Rép. not.*, tome VIII, Les Baux, livre 1, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 336).

⁵⁸ La perte juridique vise le cas où « le preneur ne peut plus jouir du bien selon l'usage convenu suite à un acte juridique ». Ainsi en sera-t-il, par exemple, de la perte de jouissance résultant d'une mesure d'expropriation ou de l'exécution de travaux publics rendant impossible l'usage du bien (Y. MERCHERS, *op. cit.*, p. 336). De même, une mesure de fermeture obligatoire des lieux peut être considérée comme une situation de perte juridique (M. HIGNY, *Droit immobilier et Covid-19, op. cit.*, p. 10). Voy., pour une illustration en matière d'insalubrité (avec un arrêté d'inhabitabilité), J.P. Ostende (II), 1^{er} juin 2005, *Échos log.*, 2007, n° 2, p. 26.

⁵⁹ « Ou une perte ayant à tout le moins une durée égale à celle du bail restant à courir (M. HIGNY, « Premier tour d'horizon des décisions cantonales prononcées suite à la crise du *coronavirus* », *op. cit.*, p. 88).

⁶⁰ M. HIGNY, *Droit immobilier et Covid-19, op. cit.*, pp. 16 et 17.

⁶¹ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 37. Voy. aussi J.P. Bruges, 28 mai 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 29.

⁶² Ce qui a été détruit ne peut se reconstituer, en somme.

⁶³ En cas de destruction totale à tout le moins.

⁶⁴ Article 1722 de l'ancien Code civil et article 12 du décret wallon du 15 mars 2018.

⁶⁵ N° 4.

⁶⁶ En son alinéa 3 (« Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi »).

⁶⁷ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

⁶⁸ Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁹ Fr. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in *Les obligations contractuelles*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 280.

alors, de la part du créancier, de la réclamer⁷⁰. C'est en cela que l'on reconnaît à la bonne foi une fonction dite modératrice⁷¹.

Certes, l'abus de droit suppose sinon une intention de nuire dans le chef du créancier, à tout le moins sa volonté d'emprunter la voie qu'il sait la plus défavorable au débiteur sans que cela lui procure un avantage équivalent au désagrément subi par son cocontractant. Mais, à cette aune, peut-on reprocher au bailleur de simplement réclamer le paiement de son loyer (obligation élémentaire de tout contrat de location) ? Dans certaines circonstances, oui, justement : exiger du locataire le paiement *intégral* du loyer, tout en n'ignorant rien des difficultés financières rencontrées par ce dernier en raison de la crise sanitaire, pourrait être jugé abusif de la part du bailleur⁷² ; de manière générale, en effet, commet un tel abus le créancier qui, « malgré le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite de circonstances nouvelles imprévisibles, continue d'exiger le respect de l'accord primitif, allant jusqu'à la ruine du débiteur »⁷³. En somme, exécuter de bonne foi son contrat suppose de ne pas être complètement aveugle face à la situation son cocontractant.

8. D'autres fondements légaux alternatifs sont encore envisageables. Nous ne ferons que les esquisser, soit parce qu'ils sont moins massifs, soit parce qu'ils se révèlent moins adaptés au présent contexte sanitaire, soit encore – plus simplement – parce qu'ils n'ont été brassés dans aucune des quatre espèces publiées ici.

Il en va ainsi par exemple de l'exception d'inexécution (érigée par la Cour de cassation en principe général de droit⁷⁴), par laquelle une partie à un contrat synallagmatique suspend l'exécution de ses obligations aussi longtemps que l'autre partie n'aura pas satisfait aux siennes⁷⁵. Toutefois, parce que l'inexécution du bailleur semble devoir être fautive⁷⁶ (un manquement contractuel est requis en effet dans le chef du cocontractant⁷⁷), cette règle ne saurait prospérer *in casu*⁷⁸ – la pandémie n'étant évidemment imputable à personne.

De son côté, l'état de nécessité permet d'excuser la méconnaissance par le débiteur de ses obligations contractuelles⁷⁹ lorsque ce comportement était nécessaire pour sauvegarder un intérêt supérieur⁸⁰ (la préservation de la santé du locataire commerçant, par exemple, laquelle ne manquerait pas d'être exposée en cas de mise à la rue⁸¹). Un lien de causalité manque toutefois ici à notre estime, dans la mesure où

⁷⁰ Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 6.

⁷¹ « (...) matigende werking van de goede trouw » (J.P. Anvers, 10 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie* ?, *op. cit.*, p. 53).

⁷² M. HIGNY, *Droit immobilier et Covid-19*, *op. cit.*, p. 19.

⁷³ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 559.

⁷⁴ Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977 ; Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, p. 372 ; Cass., 22 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 970 ; Cass. 24 septembre 2009, *Larcier cass.*, 2009, p. 195. On retrouve néanmoins, dans diverses dispositions spécifiques du Code civil, des applications particulières de l'exception d'inexécution à certains contrats spéciaux ; ainsi en est-il du contrat de vente par exemple, à propos duquel l'article 1612 de l'ancien Code civil dispose que « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que l'acheteur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement » (voy P. WÉRY, *op. cit.*, p. 752).

⁷⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 751 et P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 873.

⁷⁶ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », in M. Dupont, *Les obligations contractuelles*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 230 et P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 875.

⁷⁷ P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 755-756.

⁷⁸ Voy. cependant R. TIMMERMANS, « De impact van de uitbraak van Covid-19 op private huurrelaties en mogelijk passende remedies », *Huur*, 2020, p. 79.

⁷⁹ O. CUYLITS, « Nécessité n'a pas de loi ? L'état de nécessité dans la jurisprudence commerciale et son actualité », *R.D.C.*, 2013, p. 72.

⁸⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1432.

⁸¹ M. HIGNY, *Droit immobilier et Covid-19*, *op. cit.*, p. 18.

l'on ne peut raisonnablement soutenir que c'est *pour sauvegarder sa santé* que le preneur a retenu le loyer ; des raisons économiques sont bien plutôt en cause ici.

Elle aussi, la théorie de l'imprévision est susceptible de constituer une ressource juridique intéressante, en ce qu'elle permet à une partie d'être exonérée de ses obligations lorsque surviennent des circonstances qu'elle ne pouvait prévoir et qui ne lui sont pas imputables. À la différence de la force majeure, il suffit ici que ces circonstances aient pour effet de rendre plus difficile ou onéreuse (et non impossible) l'exécution du contrat par une des deux parties⁸².

Par ailleurs, le preneur en proie à des difficultés financières découlant de la crise peut toujours invoquer aussi l'article 1244 de l'ancien Code civil, autorisant le juge de paix à octroyer des termes et délais de paiement (appelés aussi délais de grâce) au débiteur malheureux et de bonne foi⁸³. Le juge devra alors tenir compte de la situation des deux parties et user de ce pouvoir avec modération, eu égard notamment aux délais que le preneur aurait déjà utilisés ; plusieurs magistrats cantonaux y ont déjà eu recours dans le présent contexte pandémique, du reste⁸⁴.

Enfin, le principe de l'équité, énoncé par l'article 1135 de l'ancien Code civil (« *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* »), est susceptible à titre surabondant d'offrir quelque support argumentatif. Il tend néanmoins à se fondre dans la notion de bonne foi.

II. Application aux espèces publiées

1. Force majeure

9. Au vu de cet arrière-fond juridique quelque peu labile, la curiosité était grande dès lors de découvrir les fondements invoqués en justice par les commerçants à l'appui de leur demande de suspension du loyer et, surtout, leur réception par le magistrat concerné. Soulignons d'emblée que la théorie de la force majeure ne recueille pas le consensus. Par exemple, le juge de paix de Huy l'écarte, pour la raison simple manifestement que la pandémie n'a *pas* entraîné une impossibilité matérielle de jouissance du bien loué. « L'activité commerciale exercée dans les lieux (restauration rapide) est de celles qui n'ont pas été radicalement interdites par la réglementation sanitaire, notamment dans le cadre de la vente à apporter »⁸⁵ ; il est vrai que le locataire se trouve être un célèbre burger restaurant et qu'il a pu continuer à fonctionner en système *click and collect*⁸⁶ (auquel les *fast food* étaient déjà rompus d'ailleurs, grâce au *drive-in*). Et que cette activité ait été « ralentie » n'y change rien.

C'est pour un motif approchant que le juge de paix d'Ixelles a repoussé toute idée de force majeure, malgré qu'il s'agissait là aussi d'un restaurant (visé donc par les mesures de fermeture). « Le locataire a été laissé dans les lieux loués pendant toute la durée [du confinement] et il était ainsi parfaitement en mesure de continuer à les utiliser ou à les exploiter différemment, conformément à sa destination et en res-

⁸² Toutefois, la frontière entre imprévision et force majeure est difficile à tracer en pratique, dès lors que cette dernière s'apprécie de plus en plus de manière raisonnable et humaine (voy. *infra* n° 11).

⁸³ Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *op. cit.*, p. 11 et, en matière spécifiquement de bail d'habitation, Y. MERCHERS et M. DAMBRE, « Le bail de résidence principale », *Rép. not.*, tome VIII, Les Baux, liv. 3, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 172.

⁸⁴ Notamment J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue* et J.P. Gand, 6 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, pp. 46 et s.

⁸⁵ J.P. Huy, 19 octobre 2020, *cette revue*, p. 27.

⁸⁶ Voy. également J.P. Gand, 6 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 41 (à propos ici aussi d'un *fast food*).

pectant les limites de l'interdiction gouvernementale », explique en ce sens le magistrat⁸⁷. Celui-ci va jusqu'à énumérer une série d'usages alternatifs du bien : exécuter des « travaux de rénovation ou de rafraîchissement », proposer des services de vente à distance, ... Il n'y avait donc pas de raison de libérer le preneur de son obligation (acquitter le loyer) dans la mesure où celle du bailleur (mettre à disposition des locaux) n'a nullement été altérée. Pour autant, la demande de résolution judiciaire du bail apparaît « non justifiée », en ce qu'elle s'appuie « uniquement ou principalement (...) sur un retard accumulé pendant cette période de fermeture ».

10. Certes, seule l'*exploitation commerciale* fait l'objet des mesures de fermeture, pas l'immeuble en soi⁸⁸; dès lors, le commerçant reste parfaitement libre en théorie d'exploiter les étages supérieurs (non ouverts à la clientèle) par exemple, ou encore d'utiliser le rez-de-chaussée commercial à d'autres fins. 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. Le bail commercial n'est-il pas défini par la loi elle-même comme celui qui porte sur un immeuble affecté à un commerce « directement en contact avec le public »⁸⁹ ? Et, de manière approchante, signalons que la Cour de cassation a refusé le 29 mai 2020 d'anéantir un arrêt qui, au motif que les terrains aliénés « ne correspondent plus à l'objet convenu »⁹⁰, avait admis la force majeure et la résolution subséquente de la vente⁹¹.

Tel est, précisément, le raisonnement suivi par le juge de paix d'Etterbeek, qui a retenu la force majeure, lui. Était concerné à nouveau un commerce contraint à la fermeture (un magasin de cosmétiques) ; et le bailleur en cause épinglait lui aussi la possibilité qu'aurait conservée intacte son cocontractant (en dépit du confinement) d'utiliser le bien d'une autre manière — y stocker du matériel par exemple. Mais la vocation ultime d'un tel magasin est d'accueillir la clientèle, explique le magistrat cantonal ; à cette aune, force est de constater que le *lockdown* a rendu « impossible » tout « contact avec le public »⁹². Et « le fait que D. puisse stocker des marchandises dans les locaux loués n'est pas de nature à procurer la jouissance convenue »⁹³. La jouissance du preneur, du reste, est déclarée « indivisible » ; certes, une activité partielle (réarranger les stocks, procéder à un inventaire, mettre de l'ordre dans la comptabilité, ...) peut toujours s'envisager dans un commerce fermé à la clientèle, mais l'honnêteté commande de dire que ces tâches annexes ne durent qu'un temps, surtout en l'absence de toute nouvelle transaction. Ensuite de quoi, le magistrat accepte d'étudier la possibilité d'une révision du loyer, la pandémie constituant cette « circonstance nouvelle » susceptible d'avoir fait perdre 15% de sa valeur locative au commerce pris à bail⁹⁴.

⁸⁷ J.P. Ixelles, 29 octobre 2020, *cette revue*, p. 29.

⁸⁸ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., p. 37.

⁸⁹ Article 1^{er} de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, M.B., 10 mai 1951.

⁹⁰ Ils avaient « changé de nature » sur le plan urbanistique en effet, passant de terrains en « zone inondable à aléa faible » à terrains en « zone inondable à risque élevé » (au moment où l'acte authentique devait être diligenté).

⁹¹ Cass., 29 mai 2020, RG C.19.0292.F.

⁹² J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020, *cette revue*, p. 32.

⁹³ Traduction libre d'un passage de la décision non repris par *cette revue*, p. 35.

⁹⁴ Au sens de l'article 6, alinéa 3, de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, M.B., 10 mai 1951 (« À l'expiration de chaque triennat, les parties ont le droit de demander au juge de paix la révision du loyer, à charge d'établir que, par le fait de circonstances nouvelles, la valeur locative normale de l'immeuble loué est supérieure ou inférieure d'au moins 15 pour cent au loyer stipulé dans le bail ou fixé lors de la dernière révision »).

11. De manière générale, pour qu'il y ait force majeure, une réelle impossibilité d'exécution est requise. À cet égard, le juge de paix de Bruxelles exige une impossibilité « absolue », ignorant dès lors la pandémie comme cause libératoire du paiement du loyer malgré que le confinement ait rendu l'exécution de cette obligation « beaucoup plus difficile »⁹⁵. Et compte est d'autant moins tenu des circonstances particulières du preneur que cette appréciation doit se mener « *in abstracto*, c'est-à-dire dans la situation du débiteur normalement prudent et diligent ».

Sur ce point, cette décision paraît toutefois en porte-à-faux avec la doctrine⁹⁶ et la jurisprudence⁹⁷ dominantes. Aujourd'hui, celles-ci admettent que l'impossibilité d'exécution soit appréciée *in concreto*, de manière raisonnable et humaine, au regard tant de la situation du débiteur que de l'ampleur de l'obligation à assumer⁹⁸. C'est donc l'impossibilité « réelle normale » d'exécution qui doit dorénavant servir à mesurer le caractère insurmontable de l'événement, et non plus l'impossibilité « théorique absolue »⁹⁹.

12. Une autre interrogation émerge à propos de l'obligation du bailleur d'assurer la jouissance paisible du bien loué : à quel moment se placer pour l'apprécier ? Au début du bail uniquement ? Tout au long de la relation contractuelle ? L'enjeu est crucial car, dans la première hypothèse, toute survenance d'un événement ultérieur (comme une pandémie) reste sans effet sur le devoir du bailleur, déjà consommé en quelque sorte. Le juge de paix d'Ixelles opte résolument pour cette première option¹⁰⁰. « Son obligation de livraison », observe-t-il (désignant le bailleur), « a été accomplie depuis la mise à disposition des lieux ». Depuis, ce dernier « joue ainsi un rôle principalement passif » ; du reste, il n'a « rien fait » *in specie* pour « entraver l'exploitation »¹⁰¹.

L'argument, toutefois, peine à convaincre. D'abord, il tend à occulter que c'est « pendant la durée du bail » expressément (et non simplement à l'entame de celui-ci) que le bailleur est tenu faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée¹⁰². Ensuite, le caractère longitudinal en quelque sorte du devoir du bailleur est attesté à suffisance par l'obligation de réparation du bien loué qui pèse sur l'intéressé, laquelle est à honorer non seulement *ab initio* mais également (et à nouveau) « pendant la durée du bail »¹⁰³. Par ailleurs, oblitérer la destination du bien revient à oblitérer la loi elle-même ; celle-ci assigne d'une part au preneur le devoir d'« user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le

⁹⁵ J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue*, p. 35.

⁹⁶ Voy. entre autres P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1426 ; Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du *coronavirus* », *op. cit.*, p. 6, ainsi que S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et *coronavirus* : quelques réflexions », *op. cit.*, p. 300.

⁹⁷ Notamment Gand, 5 septembre 2013, *R.W.*, 2015-2016, p. 1109 et Civ. Mons, 22 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1277 (somm.). Voy. aussi la jurisprudence citée par Fr. GLANSDORFF, *ibidem*, p. 6.

⁹⁸ C'est en tous cas ce qui a justifié par exemple la résiliation d'un bail de logement étudiant pour force majeure (incarné en l'espèce par la réorientation forcée du koteur par l'université vers un site situé une centaine de kilomètres plus loin) alors que, techniquement, l'occupation du logement assortie du paiement du loyer n'était nullement devenue impossible – simplement l'obligation prenait-elle un tour « disproportionné » (J.P. Tournai, 8 mai 2007, *J.T.*, 2008, p. 162 : « l'on ne pouvait raisonnablement exiger de lui [le preneur] qu'il fasse chaque jour la navette entre Tournai et Bruxelles, pour suivre ses cours ; une telle exigence aurait évidemment eu pour effet de compromettre sérieusement un suivi normal de sa formation, et la réussite même de ses études »).

⁹⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 540.

¹⁰⁰ En ce sens aussi, Cass., 17 juin 1993, *J.T.*, 1993, p. 732 : « l'obligation de délivrance peut notamment être réduite à l'acte purement matériel de la mise à la disposition du preneur de la chose promise ».

¹⁰¹ J.P. Ixelles, 29 octobre 2020, *cette revue*, p. 29.

¹⁰² Article 1719, 3°, de l'ancien Code civil.

¹⁰³ Article 1720, alinéa 2, de l'ancien Code civil.

bail »¹⁰⁴ et, de l'autre, fait obligation au bailleur « d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée »¹⁰⁵. Enfin, si l'allusion au rôle prétendument passif du bailleur pourrait se comprendre en présence d'un droit réel, dont le constituant il est vrai est simplement tenu de livrer le bien tel qu'il est et de ne plus interférer par la suite avec la jouissance du titulaire¹⁰⁶, le bail est un droit *personnel*, qui suppose – pour le bon exercice des prérogatives du preneur – l'intervention décidée du bailleur. Contrairement à ce qu'indique dès lors le juge de paix de Bruxelles, il ne suffit pas de « respecter » la jouissance paisible du preneur ; aux termes de la loi même, il s'indique de « faire jouir » le locataire du bien loué¹⁰⁷. Une action *positive* est attendue de la part du bailleur, dont le devoir nous paraît excéder (largement) ce qui est présenté par le magistrat cantonal comme une simple « obligation de ne pas faire ».

2. Fondements légaux alternatifs

13. Si la force majeure devait ne pas être retenue, d'autres fondements légaux peuvent servir de critères d'appréciation alternatifs, comme on l'a vu. Telle est précisément la démarche suivie par les juges de paix de Bruxelles et de Huy¹⁰⁸. Le premier se dit d'ailleurs « mal à l'aise » par rapport à l'éviction de la force majeure, « eu égard aux conséquences de la pandémie à laquelle [la locataire commerçante] est étrangère » ; du reste, il ne semble « pas approprié d'accuser un débiteur à la ruine (...) afin de permettre au bailleur de bénéficier de tous les avantages du contrat »¹⁰⁹. Non sans logique, le juge de paix de Bruxelles choisit alors de recourir au principe de l'exécution de bonne foi des conventions et à l'abus de droit. « En poursuivant l'exécution du contrat tel que conclu initialement, ce malgré le bouleversement de son économie contractuelle à la suite de circonstances nouvelles imprévisibles », le bailleur « recherche un avantage hors de proportion avec la charge corrélative de l'autre partie » et, partant, « commet un abus de droit ». La locataire ne doit pas « seule, assumer toutes les conséquences » d'une situation qui n'est imputable ni à l'une à l'autre des parties¹¹⁰. En somme, le magistrat dénonce une « disproportion entre le préjudice causé [au locataire] et l'avantage recherché [par le bailleur] ». Au reste, le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre avait ouvert la voie : « Exiger le paiement intégral du loyer durant la période de fermeture imposée par le gouvernement provoquerait un déséquilibre radical dans l'économie du contrat, au désavantage du locataire, et constituerait donc aux yeux du tribunal un abus de droit »¹¹¹.

14. C'est une chose, pour un juge, de retenir l'abus de droit ; c'en est une autre d'en tirer une conséquence concrète (d'ordre pécuniaire) pour les parties au litige. Car deux sanctions sont traditionnellement possibles en cas d'abus de droit : la réduction du droit à son usage normal ou la réparation du préjudice causé par l'abus¹¹². Comment se sont positionnés dès lors les magistrats cantonaux en cette période

¹⁰⁴ Article 1728, 1°, de l'ancien Code civil.

¹⁰⁵ Article 1719, 2°, de l'ancien Code civil.

¹⁰⁶ Lequel a, par définition, un rapport direct – et sans intermédiaire – avec le bien. Voy. N. BERNARD (avec la collaboration de V. DEFRAITEUR), *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 32 et s.

¹⁰⁷ Article 1719, 3°, de l'ancien Code civil.

¹⁰⁸ Dûment aiguillonnés par les plaideurs probablement.

¹⁰⁹ J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue*, p. 35.

¹¹⁰ Le bailleur réclamait à la fois l'apurement de l'ensemble des arriérés de loyer et la résolution de la convention.

¹¹¹ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., p. 38.

¹¹² Voy. notamment Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

troublée¹¹³ ? En faveur de la première solution, massivement¹¹⁴. Et cette réduction s'est souvent opérée de manière mathématique (ou strictement linéaire). Saisi ainsi d'une demande tendant au versement intégral du loyer, le juge de paix de Bruxelles a décidé d'allouer une ristourne de loyer de 50 pour cent pour deux mois¹¹⁵, durée qui correspond à la période de fermeture¹¹⁶ des magasins non essentiels durant la première vague¹¹⁷ ; son homologue de Woluwe-Saint-Pierre a fait de même (à propos d'un salon de coiffure)¹¹⁸. Notons bien qu'il s'agit d'une remise de la *moitié* du loyer (et non d'une dispense totale), ce qui traduit sans doute la volonté de la justice de faire supporter les conséquences de la pandémie à *parts égales* par le preneur et le bailleur – pas uniquement donc par ce dernier ; telle est d'ailleurs, par rapport à la logique purement binaire de la théorie des risques¹¹⁹ la vertu d'un principe comme celui de l'exécution de bonne foi des conventions¹²⁰, lequel permet de *mutualiser* ce risque en quelque sorte.

Le juge de paix de Bruges est allé plus loin, réduisant le loyer à un quart de son montant habituel (pour les mois d'avril et mai)¹²¹. Situé dans un haut lieu touristique mais resté ouvert visiblement, le magasin (de chocolats et confiseries) avait subi une lourde perte il est vrai, qui a fait chuter le chiffre d'affaires à moins de 25 pour cent, précisément. Certes, il peut être utile de tenir compte du volume d'activités maintenues dans le commerce pour évaluer le loyer restant dû, mais soulignons à titre de comparaison que le salon de coiffure avait dû fermer ses portes, lui, et que le juge de paix de Bruxelles souligne de son côté que « le chiffre d'affaires [de la boutique] a été réduit à zéro durant la période de confinement »¹²² (ce qui n'a pas empêché ces preneurs de devoir malgré tout verser la moitié du loyer). En tout état de cause, calquer trop étroitement ce loyer sur les revenus résiduels du locataire revient, quelque part, à faire peser sur le seul bailleur les effets négatifs de la pandémie.

15. Trois nuances semblent devoir être apportées à propos de la bonne foi et des sanctions y attachées. D'abord, il convient d'identifier la part quantitative exacte du bien paralysée par le confinement pour calculer au plus juste le paiement. Songeons par exemple aux immeubles d'affectation mixte, abritant le magasin et le logement du commerçant (aux étages). C'est ainsi que le juge de paix de Schaerbeek, à qui il n'a pas échappé que la perte de jouissance de l'intéressé n'a « pas été totale », a résolu¹²³ de maintenir le paiement d'une partie du loyer malgré que le commerce¹²⁴ ait été complètement fermé¹²⁵.

Comment appréhender, ensuite, la situation où le bail commercial a pris fin pendant le *lockdown*¹²⁶ et où le preneur se maintient dans les lieux sans titre ni droit ? Cer-

¹¹³ Et, en amont, les plaideurs.

¹¹⁴ Voy., pour la première salve de décisions, M. HIGNY, « Premier tour d'horizon des décisions cantonales prononcées suite à la crise du *coronavirus* », *op. cit.*, pp. 111 et s.

¹¹⁵ J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue*, p. 35.

¹¹⁶ De la mi-mars à la mi-mai, schématiquement.

¹¹⁷ Même si, ici, les mois exacts bénéficiant de la réduction restent peu clairs, à notre estime.

¹¹⁸ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁹ Où l'entièreté des risques est assumée par l'une des parties – et par elle seule.

¹²⁰ Voy. J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*

¹²¹ J.P. Bruges, 28 mai 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 29.

¹²² J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue*, p. 35.

¹²³ Sur le pied de la théorie de la perte juridique de la chose louée par cas fortuit (mais de manière abusive selon nous : voy. *supra* n° 6).

¹²⁴ Dédié à l'esthétique.

¹²⁵ J.P. Schaerbeek, 22 juin 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁶ Sans que le preneur formule une demande de renouvellement.

tes, le loyer n'a pas à être raboté dans cette hypothèse (puisqu'aucun prix n'est dû), mais il demeure que l'ex-preneur a joui du bien gratuitement durant cette période, fût-ce pour un usage amoindri¹²⁷ ; il semble juste dès lors qu'il verse à son ancien cocontractant une indemnité d'occupation, sur le pied de la théorie de l'enrichissement injustifié¹²⁸. Confronté à ce cas de figure, le juge de paix d'Anvers a fixé ce dédommagement à la moitié du loyer¹²⁹.

Enfin, se voir accorder une certaine dispense de loyer pour cause d'abus de droit ne signifie nullement pour le preneur l'éloignement (définitif) de toute perspective de résolution du bail¹³⁰. Saisi d'une demande de ce type par le bailleur, le juge de paix de Bruxelles autorise par exemple l'enclenchement d'une telle dissolution du contrat en cas de non-respect par le preneur – à qui sont accordés des délais de grâce – du plan d'apurement de sa dette¹³¹. Et le juge de paix de Bruges n'hésite pas à prononcer directement cette sanction¹³².

16. C'est également du côté de l'abus de droit que s'est tourné le juge de paix de Huy, mais pour en tirer une conclusion opposée. Commenant par écarter toute idée d'« usage méchant du droit » dans le chef du bailleur (qui ne fait rien d'autre que réclamer son loyer), il s'intéresse à bon droit au déséquilibre allégué entre l'agrément tiré de la perception du loyer et l'inconvénient de son paiement¹³³. Cette question doit faire l'objet d'un « examen concret » plutôt que théorique, annonce-t-il en prélude à son exercice de mise en balance. À cet égard, la locataire, chaîne bien connue de burger restaurants, est « une société dont la solidité économique n'est pas comparable à celle de tout locataire commercial généralement quelconque exerçant un métier de bouche » (entendez : elle est bien meilleure). Par ailleurs, « aucun chiffre concret n'est en tout cas apporté pour démontrer que le paiement du loyer litigieux mettrait en péril [s]a viabilité économique ». Péril économique il y a d'autant moins pour la chaîne, enfin, que le franchisé (et sous-locataire) s'est correctement acquitté, lui, du paiement du loyer pendant la période litigieuse. De manière générale, on ajoutera qu'il faut également prendre en considération dans cette analyse casuistique les éventuels soutiens financiers prodigués par les autorités aux locataires commerçants éprouvant des difficultés à régler leurs loyers en période de pandémie¹³⁴.

L'examen ne s'arrête pas là ; de la même manière qu'il y a deux plateaux à toute balance, le juge prête aussi attention à la situation du *bailleur*. Celui-ci, précisément, déclare sans être contredit devoir supporter « d'importantes charges d'emprunt hypothécaire en rapport avec le bâtiment ». Résultat : « l'abus de droit n'est pas prouvé et les loyers retenus sont dus ». C'est d'une conclusion similaire qu'accouche le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre (dans une autre espèce)¹³⁵, qui refuse l'application de la force majeure au motif notamment que le locataire continuait de disposer d'une « certaine trésorerie », en dépit de la Covid (qui n'a fait que *ralentir*

¹²⁷ Pour cause de confinement.

¹²⁸ Cette notion d'enrichissement injustifié forme la nouvelle appellation de l'enrichissement sans cause, telle que développée dans le projet de réforme du droit des obligations (article 5.138 en projet du nouveau Code civil).

¹²⁹ J.P. Anvers, 13 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁰ Sur cette question spécifique de la résolution du bail, voy. M. HIGNY, « Premier tour d'horizon des décisions cantonales prononcées suite à la crise du coronavirus », *op. cit.*, pp. 98 et s.

¹³¹ J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue*, p. 35.

¹³² J.P. Bruges, 28 mai 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, *op. cit.*, p. 30.

¹³³ J.P. Huy, 19 octobre 2020, *cette revue*, p. 27.

¹³⁴ S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », *op. cit.*, p. 306.

¹³⁵ À propos ici d'un bail de droit commun (bureau).

l'activité commerciale concernée, sans la paralyser)¹³⁶. Relevons encore cette position intermédiaire du juge de paix d'Anvers : réclamer le paiement intégral du loyer n'est pas constitutif d'un abus de droit, mais refuser d'ouvrir à cette occasion une « marge de négociation »¹³⁷ avec le preneur, bien¹³⁸.

17. *Quid*, pour le surplus, de la théorie de l'imprévision ? Elle est incontestablement séduisante sur papier, puisque la pandémie pourrait s'apparenter à ces « circonstances, inexistantes au moment de la conclusion du contrat et totalement imprévisibles, [qui] viennent en bouleverser l'économie rendant l'exécution de la convention exceptionnellement lourde »¹³⁹. Du reste, les juges de paix de Huy et Bruxelles l'ont bien prise en considération dans leurs raisonnements respectifs. Aucun des deux, toutefois, n'a décidé de la retenir¹⁴⁰ ; l'absence d'une pleine consécration en droit interne a pu rebuter (« le Code civil belge ne la reconnaît pas »¹⁴¹), quand ce n'est pas sa nature « controversée »¹⁴².

Plusieurs éléments de tempérament s'indiquent toutefois. *Primo*, plusieurs autres pays ont intégré, eux, la théorie de l'imprévision dans leur *corpus* juridique – dont notre voisin français¹⁴³. *Secundo* : en droit belge, la faculté conférée aux parties à un bail commercial de demander la « révision » du loyer au triennat en raison de l'apparition de « circonstances nouvelles »¹⁴⁴ peut être vue comme une application (certes circonscrite) de l'imprévision. Telle est d'ailleurs l'objet de la demande principale formée (par le preneur) devant le juge de paix d'Etterbeek¹⁴⁵. À preuve ou à témoin en tous cas de la fécondité de cette idée de révision, on l'a dupliquée dans le droit du bail d'habitation¹⁴⁶. *Tertio*, des auteurs soutiennent qu'il n'est « pas impossible » conceptuellement de voir des juges s'en inspirer¹⁴⁷. *Quarto*, le projet de réforme du droit des obligations promeut résolument la règle de l'imprévision et lui réserve une place de choix dans le nouveau Code civil (sous l'appellation « changement de circonstances »)¹⁴⁸. *Quinto*, certains magistrats se sont permis d'anticiper cette réforme¹⁴⁹ et,

¹³⁶ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 4 septembre 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., p. 5.

¹³⁷ « Onderhandelingsmarge ».

¹³⁸ J.P. Anvers, 10 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., p. 52.

¹³⁹ Suivant la formulation de J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue*, p. 35.

¹⁴⁰ Pas plus que J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., p. 39.

¹⁴¹ J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *cette revue*, p. 35. Voy. aussi J.P. Gand, 6 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., pp. 44 et 45, ainsi que J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 4 septembre 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., p. 5.

¹⁴² J.P. Huy, 19 octobre 2020, *cette revue*, p. 27.

¹⁴³ Article 1195 du Code civil, introduit par l'article 2 de 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.*, 11 février 2016 : « 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 ».

¹⁴⁴ Article 6 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, *M.B.*, 10 mai 1951.

¹⁴⁵ Voy. *supra* n° 10.

¹⁴⁶ Article 240, alinéa 2, du Code bruxellois du logement, article 58, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du décret wallon du 15 mars 2018 et article 35, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du décret flamand du 9 novembre 2018.

¹⁴⁷ S. LEBEAU et B. LOUVEAUX, « Bail et coronavirus : quelques réflexions », op. cit., p. 306.

¹⁴⁸ Article 5.77 du nouveau Code civil en projet (« 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 :

plus généralement, d'autres appliquent déjà cette théorie de manière implicite (par une interprétation extensive de la force majeure¹⁵⁰). Affaire à suivre dès lors !

Nicolas BERNARD

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Justice de paix de Namur (2nd canton)

24 novembre 2020

Baux - Bail à loyer – Coronavirus – Suspension des décisions d'expulsions administratives et judiciaires – Force majeure – Fait du prince – Ordre de déguerpissement (non).

L'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 55 du gouvernement wallon suspendant l'exécution des décisions d'expulsions administratives et judiciaires constitue un fait du prince qui fait obstacle à ce qu'un ordre de déguerpissement soit imposé à des locataires en défaut de paiement de leurs loyers, même à la date où le renvoi qui leur a été adressé est validé.

(Commune de X. / Pierre et Paule)

(...)

Motivation

En fait

La commune de X a signé le 10 janvier 2020, avec les défendeurs une convention de bail sous-seing privé pour un logement situé à (...) conformément à l'article 31 du Code wallon du logement et de l'arrêté du gouvernement wallon du 11 février 1999 relatif à l'octroi par la région d'une aide aux personnes morales en vue de la création de logement de transit.

La convention d'occupation à titre précaire a pris cours le 16 janvier 2020 et devra se terminer le 15 janvier 2023.

Le loyer a été fixé à 251,00 euros par mois, la provision pour charges s'élève à 100,00 euros.

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 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 ».

¹⁴⁹ J.P. Anvers, 10 juillet 2020, *Juridische panoplie bij pandemie ?*, op. cit., p. 49.

¹⁵⁰ Voy. P. WÉRY, op. cit., p. 554 ; Fr. GLANSDORFF, « La force majeure », op. cit., pp. 355-356 et P. VAN OMME-SLAGHE, op. cit., pp. 1426-1427.