

Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°516 du 14 février 2013

[Baux commerciaux] Événement

L'aléa économique et l'imprévision — Compte-rendu de la réunion de la Commission de droit immobilier du barreau de Paris

N° Lexbase : N5805BT8



par *Anne-Lise Lonné-Clément*, rédactrice en chef de Lexbase Hebdo
— édition privée

La sous-commission "Baux commerciaux" de la Commission ouverte de droit immobilier du barreau de Paris tenait, le 16 janvier 2013, sous la responsabilité de Gilles Hittinger-Roux, une réunion sur le thème "L'aléa économique et l'imprévision". Après une présentation, par Maître André Jacquin, de l'actualité jurisprudentielle des derniers mois en matière de baux commerciaux, le thème de la réunion a été abordé successivement par Louis Thibierge, Maître de conférences, qui a proposé quelques pistes de réflexion directement inspirées de sa thèse "Le contrat face à l'imprévu" (1), Dominique Cohen-Trumer, avocat à la Cour, qui a envisagé la problématique du "contrat prévu", et Fatiha Saadi, avocat à la Cour, qui a examiné l'équilibre économique du contrat confronté à des travaux imposés dans l'industrie hôtelière. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

I — Actualité jurisprudentielle en matière de baux commerciaux, par André Jacquin

Avant de revenir sur l'actualité jurisprudentielle des derniers mois, André Jacquin a soulevé la problématique des franchises de loyer et de paiement de la TVA. En effet, l'administration fiscale a considéré, dans un cas très particulier, que les franchises de loyer consenties par les bailleurs aux preneurs, dans le cadre de baux commerciaux, dès lors qu'elles avaient pour contrepartie un bail d'une durée ferme, en l'occurrence de 12 ans, et une renonciation du preneur à la faculté de donner congé à l'expiration de chaque période triennale, étaient assujetties à la TVA.

Selon André Jacquin, les rédacteurs de baux doivent donc veiller à anticiper sur cette problématique en prévoyant, dans ce cas, que cette franchise n'est pas assujettie à la TVA, mais que, néanmoins, si l'administration fiscale venait à pratiquer des redressements, le preneur supporterait la TVA dès réception des factures qui lui seraient adressées par le bailleur.

L'on peut penser qu'un tel redressement ne résistera pas à l'analyse, puisque la jurisprudence, notamment communautaire, considère que, si la soumission à la TVA suppose un avantage réciproque pour les parties, encore faut-il caractériser le lien direct entre la franchise de loyer et la renonciation à la faculté de résiliation triennale. Or, cette preuve semble difficile à rapporter.

En tout état de cause, la question est posée et il faut attendre que la jurisprudence se prononce sur cette question pour connaître la position judiciaire. Gilles Hittinger-Roux souligne que la responsabilité des avocats pourrait être engagée en cas de redressements.

1. L'obligation d'exploitation continue du fonds de commerce et la sanction éventuelle (Cass. civ. 3, 16 octobre 2012, n° 11-25.234, F-D N° Lexbase : A7193IUX)

Dans cet arrêt inédit au bulletin, la Cour de cassation répond assez clairement à la question de la sanction applicable en cas d'inexécution par le preneur de l'obligation d'exploitation continue du fonds, en indiquant que, à défaut de stipulation particulière dans le bail imposant l'exploitation continue du fonds de commerce, le bail ne peut être résilié en application de l'article 1184 du Code civil (N° Lexbase : L1286ABA).

Cet arrêt fait suite à une décision de 2009 (Cass. civ. 3, 10 juin 2009, n° 07-18.618, FS-P+B N° Lexbase : A0616EIN) qui avait considéré que le défaut d'exploitation du fonds de commerce ne pouvait donner lieu à résiliation du bail sur le fondement de l'article 1184 du Code civil.

Cet arrêt de 2009 marquait l'opposition de la Cour de cassation à la solution adoptée par les juges du fond, notamment la cour d'appel de Paris, qui considérait que le défaut d'exploitation constituait un motif de résiliation en application de l'article 1184. La cour d'appel de Paris relevait que le bail commercial lui-même supposait une sorte d'"obligation générique" d'exploitation du fonds de commerce, de même que le bailleur est tenu à une sorte d'obligation générique de délivrer les locaux en état de servir à l'usage auquel ils sont destinés.

Bien que très critiquée pour sa décision de 2009, la Cour de cassation réitère sa position de manière ferme et définitive.

L'on peut en tirer un certain nombre de conséquences, selon André Jacquin.

Tout d'abord, il apparaît que le locataire n'est plus dans l'obligation de poursuivre l'exploitation de son fonds de commerce, à défaut de clause spécifique du bail, ce quelles que soient, d'une part, la durée d'interruption de l'exploitation, et d'autre part, l'absence de motif légitime de défaut d'exploitation.

Ensuite, le seul moyen pour le bailleur de faire sanctionner le défaut d'exploitation résulte de l'application des dispositions de l'article L. 145-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L2327IBS), ou bien de celles de l'article L. 145-8 (N° Lexbase : L5735IS9). Il en résulte que le preneur peut être privé de son droit au renouvellement du bail, soit dans le cadre d'une dénégation s'il n'exploite pas le fonds de commerce dans les locaux (L. 145-1), soit dans le cas d'un motif grave et légitime, auquel cas le bailleur devra préalablement délivrer une sommation d'avoir à reprendre l'exploitation dans le délai d'un mois, en conformité avec les dispositions de l'article L. 145-17 (N° Lexbase : L5745AIM). A défaut d'avoir délivré une telle sommation, la demande serait déclarée non fondée.

Le rédacteur du bail doit donc veiller à prévoir explicitement que le preneur devra exploiter les locaux de manière continue, et maintenir ceux-ci en état d'être exploités. Il convient également de prévoir que les locaux devront être parfaitement entretenus.

Il apparaît alors un paradoxe. En effet, si le locataire exploite les locaux selon une destination non prévue au bail, il peut être sanctionné par la résiliation du bail ; alors que s'il n'exploite aucune activité dans les locaux, à défaut de clause spécifique, le bailleur ne peut plus obtenir la résiliation du bail sur le fondement de l'article 1184 du Code civil (N° Lexbase : L1286ABA).

2. L'obligation de délivrance du bailleur

A la faveur de quatre arrêts rendus en l'espace de moins de trois mois, André Jacquin est ensuite revenu sur la problématique de l'obligation de délivrance.

— Cass. civ. 3, 31 octobre 2012, n° 11-12.970, FS-D (N° Lexbase : A3352IW3)

En l'espèce, dans le cadre d'un bail commercial, le bailleur avait délivré des locaux à usage mixte de commerce et d'habitation. Il était apparu que les locaux étaient non-conformes à leur usage, en raison des nombreuses infiltrations, et de la non-conformité de l'installation électrique. La cour d'appel de Douai (CA Douai, 2ème ch., sect. 2, 16 novembre 2010, n° 09/00 499 N° Lexbase : A6146GKT), faisant une analyse des clauses et conditions du bail, avait considéré que celles-ci avaient entraîné un transfert des charges à l'égard du preneur. Celui-ci avait donc l'entière responsabilité des locaux et il lui appartenait ainsi de procéder lui-même aux réparations qui s'imposaient. Les juges ajoutaient que, dès lors qu'une clause prévoyait que le preneur prenait les locaux en l'état sans recours contre le bailleur, cette clause exonérait le bailleur de toute responsabilité à cet égard.

Conformément à sa jurisprudence, la Cour de cassation censure l'arrêt et considère que, du fait de l'obligation de délivrance du bailleur résultant de l'article 1719 du Code civil (N° Lexbase : L8079IDL), laquelle constitue, selon André Jacquin, l'essence même du bail, *"les clauses du contrat de bail ne pouvaient décharger le bailleur de son obligation de délivrance d'un local en état de servir à l'usage contractuellement prévu"*. Ce faisant la cour d'appel a violé l'article 1719 du Code civil.

— Cass. civ. 3, 31 octobre 2012, n° 11-20.660, FS-D (N° Lexbase : A3357IWA)

Dans cette affaire, un locataire, dans un centre commercial, se plaignait du fait que le dysfonctionnement des rideaux d'air chaud dans l'ouverture des portes du centre commercial, faisait obstacle à l'exploitation de son activité dans des conditions normales.

Il avait donc assigné le bailleur afin d'obtenir une réduction de loyer de 50 % durant la période de trouble.

La question se posait de savoir si cette demande d'indemnisation était recevable, alors même que le bail comportait une clause par laquelle le preneur renonçait à tout recours à l'encontre du bailleur en raison des dysfonctionnements des équipements des parties communes du centre commercial. On pouvait penser que, du fait que la clause était relativement explicite et dépourvue d'ambiguïté, cette renonciation à recours pouvait être considérée valable.

La Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel de Rennes (CA Rennes, 16 mars 2011, n° 09/06 450 N° Lexbase : A8854HCW) qui, pour rejeter la demande du preneur, avait retenu que la clause susvisée rendait sa demande irrecevable. Au visa de l'article 1719 du Code civil, relatif à l'obligation de délivrance du bailleur, la Cour de cassation retient que la clause litigieuse ne déchargeait pas la bailleuse de son obligation de délivrance et ne privait pas la locataire du droit de demander l'indemnisation de son trouble de jouissance.

— Cass. civ. 3, 13 novembre 2012, n° 11-22.716, F-D (N° Lexbase : A0312IXT)

Dans cette affaire, le preneur, une clinique chirurgicale obstétrique, avait fait l'objet d'un contrôle, dont il ressortait que les locaux n'étaient pas conformes à leur destination. Néanmoins, le bail comportait de multiples clauses mettant à la charge du preneur l'ensemble des travaux.

Là encore, alors que la cour d'appel avait considéré que les travaux incombait à la société locataire du fait des clauses contenues dans le bail, la Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel.

La décision de la Cour de cassation présente un intérêt certain dans la mesure où, dans le cadre de son activité, la clinique avait restitué les clés au bailleur immédiatement après avoir appris la non-conformité des locaux. Le bailleur avait alors assigné le locataire en paiement des loyers, en considérant que, du fait des clauses du bail, les travaux incombant au preneur, il ne pouvait s'exonérer du paiement des loyers, et qu'en conséquence, l'exception de non-exécution du bail était irrecevable.

La Cour de cassation retient, très clairement, sur le fondement de l'obligation de délivrance qui incombe au bailleur, que les travaux de conformité appartenaient au bailleur, à défaut d'une clause spécifique explicite dépourvue d'équivoque dans le bail, qui aurait mis les travaux de mise en sécurité prescrits par l'autorité administrative à la charge de la société locataire.

— Cass. civ. 3, 19 décembre 2012, n° 11-23.541, FS-P+B+I (N° Lexbase : A1296IZZ)

Dans cette affaire, il s'agissait d'un local à usage de salon de coiffure dans un centre commercial. Or, l'hypermarché de ce centre avait déménagé ainsi que l'ensemble des commerçants de la galerie marchande, à l'exception du coiffeur. Le bailleur avait supprimé les toilettes communes du centre commercial, le parking était inutilisable et la fréquentation du centre était devenue totalement dissuasive.

La question se posait, là encore, de savoir si le bailleur avait rempli son obligation de délivrance ; celui-ci soutenait qu'il n'était pas tenu de maintenir dans la galerie commerciale un environnement commercial favorable.

La Cour de cassation recadre la problématique au regard, tout d'abord, de l'obligation de délivrance, ensuite, de l'article 1723 du Code civil (N° Lexbase : L1845ABX), aux termes duquel le bailleur ne peut modifier la consistance de la chose louée. Elle approuve les juges d'appel ayant considéré que le bailleur n'avait pas rempli ses obligations, et ce faisant, prononcé la résiliation du bail aux torts exclusifs du bailleur.

3. Le droit au maintien dans les lieux du locataire dans l'hypothèse d'un congé avec refus de renouvellement et offre d'indemnité d'éviction (Cass. civ. 3, 27 novembre 2012, n° 10-30.071, F-D N° Lexbase : A8686IXY)

En l'espèce, le bailleur avait délivré un congé avec refus de renouvellement pour démolir et reconstruire l'immeuble.

Le problème se posait dans la mesure où la cour d'appel avait validé le congé, fixé l'indemnité d'éviction due par le bailleur au preneur, mais également ordonné l'expulsion du locataire. Or, l'article L. 145-28 du Code de commerce (N° Lexbase : L5756AIZ) dispose que tant que le preneur n'a pas perçu l'indemnité d'éviction, il ne peut libérer les lieux ; et quand bien même l'aurait-il reçu, il dispose alors, en application de l'article L. 145-29 (N° Lexbase : L2275IBU), d'un délai de trois mois pour libérer les lieux.

La Cour de cassation censure donc la cour d'appel de Bordeaux (CA Bordeaux, 2ème ch., 4 novembre 2009, n° 07/03 370 N° Lexbase : A0145HS8) qui ne pouvait, en fixant l'indemnité d'éviction, ordonner l'expulsion du locataire.

4. La promesse de renouvellement de bail et fixation de loyer de renouvellement (Cass. civ. 3, 12 décembre 2012, n° 11-20.727, FS-P+B N° Lexbase : A1187IZY)

L'hypothèse traitée dans cette affaire était rarissime puisque le bail était consenti au preneur pour une durée de onze ans, et il était stipulé que le bail pouvait être renouvelé huit fois, à la seule faculté du preneur. A l'occasion du troisième renouvellement, le bailleur avait délivré un congé avec offre de renouvellement, sur la base d'un loyer déplaçonné. Le locataire avait alors assigné le bailleur pour voir prononcer la nullité du congé.

La Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel de Papeete qui avait fait droit à cette demande, en retenant qu'une promesse de renouvellement de bail n'emporte pas renonciation du bailleur à faire fixer le prix du bail renouvelé et que s'il veut obtenir une modification du prix dès le renouvellement, il doit, sauf clause fixant une autre modalité de demande d'un nouveau prix, faire connaître le loyer qu'il propose dans un congé délivré conformément à l'article L. 145-9 du Code de commerce (N° Lexbase : L5736ISA).

Cette décision appelle deux remarques.

Tout d'abord, si le bailleur et le preneur avaient prévu un bail de durée à échéances successives de 11 ans ce n'était vraisemblablement pas pour obtenir le plafonnement, ni pour que le loyer soit fixé à son niveau d'origine pendant toute la période des huit renouvellements, soit 88 ans ; par ailleurs, le preneur ne pouvait légitimement soutenir que le bailleur n'avait aucun moyen de faire fixer le loyer à l'occasion de chacun des renouvellements.

Ensuite, dès lors que le bailleur souhaitait faire fixer le loyer de renouvellement à l'occasion d'une échéance du bail, il était dans l'obligation de délivrer un congé avec offre de renouvellement au locataire ; ce faisant, il avait respecté les termes de la loi. La délivrance d'un congé constituait ainsi la seule solution pour le bailleur d'obtenir un nouveau prix à l'occasion du renouvellement du bail.

5. Les problématiques d'indemnité d'éviction et d'occupation (CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 14 novembre 2012, n° 11/03 513 N° Lexbase : A8609IWR)

Dans cette dernière affaire, le bail portait sur des locaux à usage mixte de commerce et d'habitation et à usage de toutes éditions à caractère pédagogique et culturel sous toutes les formes et leur utilisation par tous moyens appropriés, à l'exclusion de tout autre.

Le fonds avait disparu en cours de procédure du fait de la liquidation judiciaire du preneur.

Le problème qui se posait devant la cour d'appel était de savoir si, dans l'hypothèse de cette indemnité d'éviction, il devait être payé au locataire une indemnité pour frais de licenciement.

Le tribunal avait considéré que les indemnités de licenciement pouvaient être fixées sur présentation du justificatif. Le bailleur avait contesté le jugement devant la cour d'appel de Paris, soutenant qu'il convenait au préalable de qualifier l'indemnité principale pour savoir si l'indemnité de licenciement était due ou non. S'il s'agissait d'une

indemnité de remplacement, l'indemnité de licenciement était due ; elle ne l'était pas s'il s'agissait d'une indemnité de transfert. La cour d'appel s'est alors livrée à cette analyse en considérant que, s'agissant d'un fonds à usage mixte d'édition et d'habitation, il s'agissait d'une indemnité de transfert de telle sorte que l'indemnité de licenciement n'était pas due.

Selon André Jacquin, l'arrêt présente par ailleurs un intérêt concernant la problématique de l'indemnité d'occupation due par le preneur au bailleur. L'indemnité d'occupation prévue par l'article L. 145-28 correspond au loyer de renouvellement auquel ne s'applique pas la règle du plafonnement (valeur locative dite judiciaire). Selon la lettre du texte, cette valeur locative doit être fixée "*compte tenu de tous les éléments d'appréciation*". Les tribunaux retiennent, en général, un abattement pour précarité de 10 %.

En l'espèce, la cour d'appel de Paris a retenu un abattement pour précarité de 30 % ce pour plusieurs raisons.

La première raison était que les locaux comportaient une partie à usage d'habitation ; si l'argument se conçoit difficilement selon André Jacquin, il procède en tout état de cause de l'appréciation souveraine de la cour d'appel de Paris.

La deuxième raison exposée tenait à ce que, dès lors que la procédure avait duré de manière anormalement longue, il est d'usage que les juges du fond retiennent un abattement pour précarité plus important. Or, en l'espèce, la procédure avait duré plus de 10 ans en raison du refus de renouvellement notifié par le bailleur sans indemnité pour motifs graves et légitimes, lesquels ont été déclarés non fondés par la juridiction. André Jacquin estime alors tout à fait justifié que le coefficient de l'abattement pour précarité soit largement supérieur au coefficient d'usage.

II — L'aléa économique et l'imprévision

– *Le contrat face à l'imprévu (2)*, par Louis Thibierge

Louis Thibierge a ici exposé quelques pistes de réflexion en droit prospectif, directement inspirées de la thèse qu'il a soutenue en 2009, sous la direction de Laurent Aynès.

L'intervenant a avant tout rappelé la distinction à opérer entre l'"imprévu" et l'"incertain". Si "*l'incertain correspond à ce à quoi les parties au contrat ont pensé, mais dont elles ont estimé la survenance aléatoire*", à l'inverse, "*l'imprévu peut être défini comme ce à quoi les parties n'ont pas songé, et qui est resté totalement étranger au champ de la volonté*".

1. Pourquoi traiter l'imprévu ?

Le traitement de l'imprévu apparaît à la fois comme une nécessité et comme une possibilité.

1.1. La nécessité de traiter l'imprévu ?

L'actualité démontre, tout d'abord, que le traitement de l'imprévu pourrait se révéler parfois utile, si l'on se réfère, tout récemment, au dépôt de bilan de Virgin, annoncé le 8 janvier 2013. Les conséquences sont considérables (fermeture du magasin, résiliation du bail, licenciements, créanciers et fournisseurs impayés). Face à cette situation, force est de constater l'insuffisance du droit positif, en particulier du Code civil.

Le Code civil ne sait pas traiter l'imprévu, dans la mesure où il a totalement occulté la notion de durée du contrat (cf. C. civ., art. 1102 [N° Lexbase : L1191ABQ](#) et suivants relatifs à la typologie des contrats). De fait, le Code civil ne prend pas en compte la possibilité d'une évolution des circonstances.

La seule échappatoire envisagée par le Code civil tient à la notion de force majeure (cf. C. civ., art. 1147 [N° Lexbase : L1248ABT](#) et 1148 [N° Lexbase : L1249ABU](#)). Toutefois, Louis Thibierge relève que la force majeure ne constitue pas un remède à l'imprévu, mais une excuse à l'inexécution. Il s'agit d'une sanction rétrospective et non pas d'un remède pour l'avenir.

La théorie générale du contrat ne prévoit donc aucune disposition permettant d'adapter le contrat à l'évolution de son contexte économique.

S'agissant du Code de commerce, celui-ci prévoit quelques mécanismes éparés, comme celui de la révision des baux commerciaux. Par ailleurs, l'article L. 442-6, I, 2° ([N° Lexbase : L8640IMX](#)) sanctionne le fait "*de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*". Mais, ce texte ne permet pas pour autant, selon Louis Thibierge, le traitement de l'imprévu. En effet, tout d'abord, car il vise des déséquilibres structurels, qui résultent d'une mauvaise négociation

du contrat. Ensuite, car la sanction prévue par ce texte consiste en l'octroi de dommages-intérêts, ce qui ne permet pas en soi d'adapter le contrat qui a subi l'imprévu.

On peut donc estimer que le Code de commerce est également insuffisant.

S'agissant du droit des procédures collectives, force est de constater que l'efficacité des procédures préventives demeure assez relative. Et en tout état de cause, les procédures collectives visent à ne traiter les difficultés que de manière collective. Dans ce traitement collectif des difficultés, il n'est pas rare que les forts imposent leurs vues aux faibles.

A priori, l'on pourrait penser que le traitement de l'imprévu serait inutile du fait de la possibilité de faire des stipulations contractuelles (clauses de renégociation, clauses d'échelle mobile, clauses recettes, clauses de *hardship*, etc.). Toutefois, selon Louis Thibierge, il est difficile de concevoir que l'absence de stipulation contractuelle traduirait l'acceptation délibérée d'un risque ; il est, en effet, rare que les parties pensent à insérer des mécanismes d'adaptation. Par ailleurs, alors même que ces clauses auraient été prévues dans le contrat, elles ne résolvent pas toujours les difficultés (comme dans le cas des clauses d'indexation). De même, les clauses de force majeure s'avèrent souvent inefficaces, l'événement survenant n'étant pas celui prévu dans le contrat. Quant aux clauses de renégociation, elles ne prévoient pas le sort du contrat durant la renégociation, et en cas d'échec de la renégociation.

Toutes ces clauses contractuelles, qui sont des possibilités, ne sont nécessairement pas suffisantes (sauf éventuellement la clause de *hardship*, qui envisage toute une variété de situations), estime Louis Thibierge ; elles ne visent pas, en effet, la cause de l'événement, mais ses conséquences sur le contrat.

On peut donc estimer que le droit positif ne permet pas de traiter efficacement l'imprévu.

Pourtant, cela serait sans doute utile, pour le droit, mais aussi pour la société. En effet, le fait de ne pouvoir traiter l'imprévu augmente les risques de survenance de faillites, de liquidations judiciaires, de licenciements.

Le traitement de l'imprévu peut également être utile pour le créancier. Le créancier aurait plutôt intérêt à recouvrer une fraction de ce qui lui est dû, et donc à renégocier, que d'attendre que la situation soit irrémédiablement compromise. Par ailleurs, le traitement de l'imprévu doit pouvoir bénéficier autant au créancier qu'au débiteur. Pour ce dernier, l'utilité du traitement de l'imprévu est flagrante, puisqu'il s'agit de lui éviter la faillite, l'inexécution, une mauvaise publicité, la dépossession de la gestion de son entreprise, etc..

Pour toutes ces raisons, il apparaît nécessaire de traiter l'imprévu.

1. 2. La possibilité de traiter l'imprévu ?

La réponse à cette question est positive selon Louis Thibierge, nonobstant l'existence de plusieurs obstacles.

Le premier obstacle tient à la jurisprudence. Le célèbre arrêt "Canal de Crapone" (Cass. civ., 6 mars 1876), qui consacre le rejet de la théorie du traitement de l'imprévision en droit contractuel, constitue toujours la référence pour les juges dans le traitement de l'imprévision. Cela étant, Louis Thibierge estime qu'il ne faut pas donner à cet arrêt plus de portée qu'il n'en a. En effet, il résulte de cet arrêt que le juge n'a pas le pouvoir de refaire le contrat ; mais il ne dit en aucun cas que le contrat ne doit pas être adapté.

S'agissant de la jurisprudence postérieure, l'intervenant relève des "faux" arrêts de l'imprévision (arrêt "Huard" : Cass. com. 3 novembre 1992, n° 90-18.547 N° Lexbase : [A4297ABR](#) ; arrêt "Chevassus-Marche" : Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18.357 N° Lexbase : [A9771AYK](#) ; arrêt "France motors" : Cass. com., 15 janvier 2002, n° 99-21.172, F-D N° Lexbase : [A8042AX7](#)). L'intervenant relève, en effet, qu'il s'agit de décisions rendues dans le cadre de contrats de distribution commerciale, dans lesquelles le déséquilibre ne provenait pas de l'extérieur, mais de l'exercice d'un pouvoir unilatéral par le créancier à son débiteur.

En revanche, si l'arrêt de la première chambre civile du 16 mars 2004 (Cass. civ. 1, 16 mars 2004, n° 01-15.804, FS-P N° Lexbase : [A5937DBI](#)) pourrait laisser entendre un début de consécration de la théorie de l'imprévision. Un peu plus nettement, dans un arrêt du 26 septembre 2007, la cour d'appel de Nancy a pu décider d'ordonner une renégociation du contrat, menaçant les parties d'intervention judiciaire, à défaut de s'y conformer. Puis dans un arrêt du 29 juin 2010 (Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, F-D N° Lexbase : [A6845E3W](#)), la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir ordonné une injonction de faire en référé (reprise du travail), alors qu'il existait une contestation sérieuse tenant au déséquilibre économique, et de ne pas avoir vérifié si l'évolution des circonstances économiques n'avait pas engendré un déséquilibre du contrat, de sorte que l'obligation du débiteur serait devenue sans cause. Même si l'arrêt est rendu en matière de référé, il semble exprimer une position de la

Cour de cassation. En tous les cas, la Cour de cassation, au sein d'un groupe de travail, a affirmé qu'elle était, à l'unanimité, en faveur d'une consécration de la théorie de l'imprévision.

Le deuxième obstacle tient au solidarisme contractuel. Il s'agit d'une doctrine prônée dans les années 1990, selon laquelle le créancier serait "l'ami" du débiteur. Selon Louis Thibierge, il conviendrait plutôt de considérer que les parties sont tenues à une obligation de coopération, et que leurs intérêts seraient finalement convergents. C'est en ce sens, qu'il apparaît utile, à l'un comme à l'autre, d'adapter le contrat à l'imprévu.

Le troisième obstacle réside dans la force obligatoire des contrats. Mais là encore, il semble que la force obligatoire n'a pas vocation à être sollicitée indûment. Cela est d'ailleurs extrêmement bien appréhendé par les juges administratifs, qui recourent, lorsque se crée une situation imprévue extrêmement grave, à la notion de charges "extracontractuelles", autrement dit, survenue de façon accidentelle. Or, cette charge n'a pas vocation à peser davantage sur le débiteur que sur le créancier. En effet, certes la durée du contrat suppose une acceptation de certains risques, mais tous les risques ne sont pas envisageables. Selon Louis Thibierge, la force obligatoire doit se mesurer uniquement à l'aune des prévisions des parties ; autrement dit si l'incertain entre dans le spectre de la force obligatoire, il n'en va pas de même de l'imprévu, qui demeure en dehors du champ contractuel.

S'il apparaît donc nécessaire et possible de traiter l'imprévu, il convient de savoir comment ce traitement peut-il s'opérer.

2. Comment traiter l'imprévu ?

2. 1. Quelles situations méritent un traitement ?

Il s'agit ici d'identifier les situations dans lesquelles un événement imprévu vient rendre dérisoire les termes de l'échange.

Certains auteurs estiment qu'il faut s'en tenir à un imprévu économique ; au contraire, Louis Thibierge, estime que tout type d'événement peut être pris en compte, dès lors qu'il a une traduction économique sur le contrat. En d'autres termes, ce n'est pas la source de l'événement qui importe, mais sa conséquence. Il s'agit alors de considérer un imprévu juridique (embargo, revirement jurisprudentiel, etc.), technique (par exemple, l'obsolescence liée à l'arrivée d'une nouvelle technologie), humain (lié à la maladie), et bien évidemment économique. Toutes les sources doivent ainsi être prises en compte.

Cela étant, selon la Cour de cassation, ce n'est pas l'imprévu qui doit être pris en compte, mais l'imprévisible. Or, selon l'intervenant, rien n'est réellement imprévisible ; cela doit conduire les juges à apprécier *in concreto* ce qui était imprévisible ou non ; la définition donnée par le juge à l'imprévisible, est "*ce qui ne pouvait raisonnablement être prévu par le débiteur lorsqu'il a contracté*".

En tout état de cause, que l'événement ait été prévisible ou non importe peu, dès lors qu'il pose une difficulté majeure d'exécution ; il s'agit de savoir ce qui a été prévu et accepté par les parties. Les critères à retenir résident donc, selon Louis Thibierge, dans les termes de l'échange, ce qui suppose de prendre en compte à la fois les coûts de l'exécution, mais également l'utilité et la valeur de la prestation.

S'agissant du seuil de déclenchement à retenir, le critère serait l'hypothèse dans laquelle l'imprévu rend l'échange dérisoire ; tel est le cas, en cas d'exécution à perte, ou lorsque la prestation reçue est devenue dérisoire.

2. 2. Quelles en sont les modalités de traitement ?

Il ne s'agit pas ici de donner au juge le pouvoir de "refaire" le contrat en lieu et place des parties, mais d'obliger celles-ci à renégocier, et ce de bonne foi bien sûr. La bonne foi suppose de vouloir sauver le contrat, ce qui implique, d'une part, que le créancier accepte de supporter la part de l'imprévu qui rend l'échange dérisoire, d'autre part, que le débiteur accepte de s'exécuter à zéro.

Les parties demeurent libres d'adopter une autre clé de répartition et de préférer, le cas échéant, mettre fin au contrat lorsque son adaptation serait déraisonnablement coûteuse ou singulièrement inutile.

Le rôle du juge est d'accompagner le processus de renégociation et de favoriser, le cas échéant par l'incitation et la contrainte, l'aboutissement des discussions.

Ce n'est qu'à défaut de remède possible que l'imprévu débouche sur une sanction : la caducité du contrat.

Au final, tout porte à considérer que l'imprévu doit être traité en amont, avant qu'il ne soit "*trop tard, trop loin*" (3).

– Le contrat prévu, par Dominique Cohen-Trumer

Dominique Cohen-Trumer a appelé à la vigilance au regard des incitations actuelles à la renégociation obligatoire du contrat (cf. *supra*, et cf. avant-projet "Catala"), en soulignant les termes antinomiques de l'"obligation de renégocier", et estime qu'il convient de s'interroger sur le "forçage" des notions, et notamment du contrat et ses dangers.

L'intervenante a rappelé, tout d'abord, que le droit des baux commerciaux envisage l'imprévision à plusieurs égards, à travers la déspécialisation, la clause résolutoire en cas de non-paiement du loyer, ou encore la possibilité de ramener le loyer à la valeur locative (cf. C. com., art. L. 145-39 N° Lexbase : L5767AIG).

Aussi, les parties savent s'autoriser à négocier quand elles l'estiment nécessaire, et non quand on le leur impose.

Elle relève, également, que les juges peuvent eux-mêmes modifier le contrat ; la Cour de cassation a en effet validé la possibilité pour le juge, de changer l'indice retenu dans le bail, en cas d'indice illicite, pour respecter l'intention des parties.

Il convient alors de se demander dans quels cas le juge devrait "imposer" la renégociation.

Dominique Cohen-Trumer a soulevé quelques hypothèses dans lesquelles la réponse peut laisser sceptique.

Elle a envisagé, tout d'abord, un premier exemple dans lequel le bail porterait sur la location d'un local situé sur les Champs-Élysées, en contrepartie d'un loyer devenu dérisoire, tandis que le locataire réalise un chiffre d'affaires très important, sans modification des facteurs locaux de commercialité. Doit-on obliger les parties à renégocier le contrat ? La réponse semblerait positive selon la thèse de Louis Thibierge, puisque les termes de la relation ont été substantiellement modifiés. Mais la loi ne le permet pas. Il faudrait donc modifier la loi.

S'agissant, ensuite du cas de "Virgin", Dominique Cohen-Trumer souligne que, en tout état de cause, le dépôt de bilan ne peut être imputé seulement à un loyer excessif. L'imprévu est double : explosion des valeurs locatives sur les Champs-Élysées, d'une part, et l'arrivée de l'ère du numérique, d'autre part. Si Virgin n'avait pas déposé le bilan, est-ce qu'il y aurait eu lieu à renégocier à la hausse fortement le loyer du bail ? Sans doute, mais Virgin n'aurait pas pu négocier à la hausse. À défaut de renégociation possible, n'y avait-il pas lieu à résiliation du contrat alors, mais sans indemnité au profit du preneur ? Ce serait l'application logique de la thèse de l'imprévu, mais là encore la loi ne le permet pas.

L'intervenante envisage, ensuite, l'hypothèse où la valeur locative d'un local baisserait fortement en raison d'une crise internationale de l'immobilier, alors que le chiffre d'affaires du preneur connaîtrait une croissance très forte. Y a-t-il lieu à renégociation ? La loi ne l'autorise pas plus.

Enfin, dans un dernier exemple, il a été envisagé une forte baisse de la valeur locative d'un local, en raison de la modification de la commercialité du secteur, impliquant une forte baisse du chiffre d'affaires du locataire. Y a-t-il lieu, dans ce cas, à obliger les parties à renégocier ? La réponse est positive selon la thèse de l'imprévu. Mais ce cas est réglé par les dispositions de l'article L. 145-38 du Code de commerce. La révision du loyer est alors prévue par la loi.

Finalement, dans la plupart des cas, le cœur du problème est lié à l'environnement commercial et économique et les parties sont sensées avoir pris chacune leur risque, et pouvoir recourir à la loi le cas échéant, si les conditions en sont remplies. Dans ces conditions, il est difficilement concevable, selon Dominique Cohen-Trumer d'imposer la renégociation sans changer la loi.

Rebondissant sur les propos de Louis Thibierge qui soulignait l'intérêt commun que peuvent avoir les parties à sauver le contrat, elle a souligné que dans bien des cas, lorsque le loyer est sous-évalué, l'intérêt du bailleur serait bel et bien de mettre fin au contrat sans indemnité et de trouver un autre locataire, si l'opportunité lui en était offerte comme le prévoit la thèse de l'imprévu.

Quoi qu'il en soit, l'intervenante relève que l'imprévu ne trouve à s'appliquer que dans le cadre de contrats de longue durée. Le moyen le plus simple de ne pas subir l'imprévu, consisterait à réduire la durée des contrats. Il conviendrait de modifier la loi afin de proposer une durée plus courte des contrats, et limiter l'incidence de l'imprévu sur la valeur locative. La durée de neuf ans est sans doute trop longue dans un tel contexte économique. Une réduction de la durée des contrats serait, selon elle, préférable à la suppression du statut des baux commerciaux, à laquelle aboutirait nécessairement l'application de la thèse de l'imprévu et de l'obligation de négocier.

– L'équilibre économique du contrat confronté à des travaux imposés dans l'industrie hôtelière, par Fatiha Saadi

Les accidents survenus dans plusieurs établissements hôteliers, dont certains aux conséquences tragiques, ont conduit le législateur à durcir la réglementation sur la sécurité incendie dans les établissements recevant du public (ERP), objet de l'arrêté du 24 juillet 2006 (N° Lexbase : L4544HKI), modifié et complété par l'arrêté du 26 octobre 2011, concernant les petits établissements de 5ème catégorie, d'une capacité d'accueil de moins de 100 personnes.

Bien que l'amélioration des mesures de sécurité n'ait donné lieu à aucune controverse, le coût très élevé des travaux imposés soulève des problèmes tenant à l'imputabilité de leur charge, objet d'un nombreux contentieux administratif et judiciaire.

Il en résulte que l'économie initiale du contrat et celle de son équilibre risquent d'être sérieusement compromises.

— *Travaux imposés cause du déséquilibre économique du contrat*

Bien que le droit français soit fortement marqué par le principe de l'autonomie de la volonté et de sa conséquence la force obligatoire du contrat, le juge a pénétré la sphère contractuelle en imposant aux parties des obligations non conventionnelles.

Le concept de l'économie du contrat et son interprétation et application jurisprudentielle notamment en matière de sécurité a eu pour conséquence de modifier le contenu obligatoire du contrat, qui n'est plus celui voulu par les parties mais imposé par le "forçage de contrat" selon l'expression du Doyen Josseran, phénomène apparu en jurisprudence en 1911 (Cass.civ. 1, 21 novembre 1911 N° Lexbase : A8928C88).

Ce concept imaginé pour connaître une application ponctuelle, particulière que d'autres outils juridiques ne pouvait remplir, a connu une extension au fil des années en particulier à compter de l'année 1990 (Cass. civ. 1, 11 décembre 1990, n° 88-15-030 N° Lexbase : A6916CRL)

Le forçage qui devait être une application ponctuelle s'est généralisé en matière de sécurité incendie.

En conclusion le concept d'économie du contrat telle que la jurisprudence en fait application fournirait au juge la légitimation de son interventionnisme.

Face à un constat de risques aux biens et aux personnes dans les établissements recevant du public, le législateur est intervenu pour instituer et imposer des règles notamment en matière de sécurité incendie, lesquelles ne sont qu'un maillon d'une chaîne de mesures croissantes protectrices, s'inscrivant dans un mécanisme plus global de la sécurité des biens et des personnes.

Dans le secteur de l'hôtellerie, la sécurité des personnes et des biens repose sur une réglementation que doivent impérativement respecter les constructeurs et les exploitants.

Leur exécution engendre néanmoins des conséquences importantes sur la finalité du contrat dont l'équilibre est susceptible d'être remis en cause.

La cause principale du déséquilibre du contrat en ce domaine est essentiellement celle de la charge des travaux, et leur imputabilité, qui doit être recherchée dans les obligations mises à la charge des parties en application de la loi, du contrat et enfin de la jurisprudence

— *De l'imputabilité de la charge des travaux imposés en matière de sécurité incendie au regard de ses fondements*

Bien qu'en application des dispositions des articles 1719 (N° Lexbase : L8079IDL) et 1720 (N° Lexbase : L1842ABT) du Code civil, pèse sur le bailleur une obligation de délivrance en ce qu'il doit assurer et garantir au preneur la conformité des locaux avec la destination du bail, ce tout au long de sa durée, l'on a assisté à un transfert contractuel croissant de l'obligation de travaux sur le preneur.

L'article 1720 du Code civil n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger ; c'est ainsi que lors de la conclusion du bail ou lors de son renouvellement, les parties et en particulier le bailleur peut proposer, voire imposer, plus couramment, un transfert de la charge des travaux lui incombant, sur le preneur (Cass. civ. 3, 17 avril 1996, n° 94-15.906 N° Lexbase : A9896AB7, Bull. civ. III, n° 103).

La finalité économique du bail aujourd'hui de plus en plus "capitalistique" et l'accroissement de la réglementation, a amené les bailleurs à user de cette voie en rédigeant des clauses calquées sur les nouvelles contraintes administratives de sécurité, et celle des contraintes imposées par la jurisprudence rédigeant des baux de plus en plus dérogatoire à l'obligation de délivrance.

Si la prévisibilité est un élément de la formation du contrat et son adhésion à celui-ci, l'accroissement constant des mises en conformité et leur coût très important transféré sur la personne du preneur, conduit à un déséquilibre de l'économie du contrat.

— *Application jurisprudentielle en matière de sécurité incendie*

Se référant au concept de l'économie du contrat qu'a adopté la jurisprudence dès 1911 en matière de sécurité des transports et depuis élargie, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel le bailleur ne peut, fût-ce sous couvert d'une clause par laquelle le locataire déclare prendre les locaux en l'état, se décharger de son obligation essentielle de délivrance, sous peine de ruiner l'existence même du contrat.

Cette obligation de délivrance à la charge du bailleur est réaffirmée d'une manière constante par la Cour de cassation (Cass. civ 3, 31 octobre 1989, n° 88-15.403 N° Lexbase : A7851AGU, Bull. civ. III, n° 203) et concerne non seulement la délivrance matérielle des locaux mais également la délivrance juridique portant sur les autorisations nécessaires à la destination des locaux.

Ce principe a encore été rappelé dans une décision récente de la cour d'appel de Paris du 6 décembre 2012 (CA Paris, Pôle 5, 3ème ch., 6 juin 2012, n° 10/22 234 N° Lexbase : A3129IN9), laquelle a rejeté la référence à la clause de transfert vers le preneur au motif que les travaux de mise en conformité avec les prescriptions de l'autorité administrative en matière de sécurité ne se confondent ni avec de simples travaux d'aménagement, ni avec la conformité des locaux avec les règles en matière d'hygiène et salubrité.

L'obligation pesant à cet égard sur le bailleur s'inscrit selon la Cour dans l'économie de la convention qui fait peser sur le bailleur la charge des grosses réparations de l'article 606 du Code civil (N° Lexbase : L3193ABU).

Il s'ensuit que par réactivité et par souci d'échapper à la charge financière des travaux, les bailleurs procèdent à une rédaction de baux plaqués plus rigoureusement et précisément sur la jurisprudence et son évolution, et celle d'une projection sur la réglementation future.

— *Du déséquilibre économique du contrat en raison du coût financier des travaux source d'aléa*

L'exécution des travaux de sécurité incendie constituent un coût financier très important représentant souvent pour le preneur exploitant de petits hôtels, un coût quasi équivalent à la valeur du fonds, ce qui a des conséquences majeures même sur l'existence juridique du contrat.

Si la prévisibilité notamment économique en raison des travaux de mise en conformité est de l'ordre de l'adhésion au contrat, il en va autrement si le poids financier imposé par les prescriptions en cours de bail anéantit les projections initiales, garantes de l'équilibre contractuel.

En matière de sécurité incendie, l'équilibre du contrat, et par voie de conséquence sa pérennité, risquent de souffrir de l'aléa dû aux obstacles tels que le refus du bailleur de les exécuter ou les autoriser ; du refus ou autorisation tardive du juge judiciaire ; de l'inexécution à défaut de financement.

1. *Refus du bailleur d'exécuter les travaux et ou de les autoriser*

L'exploitant locataire qui a obtenu l'avis favorable de la commission de sécurité autorisant expressément la réalisation des travaux de sécurité incendie objet d'un projet dûment validé par les services compétents, est tenu de les exécuter après avoir informé le bailleur.

Pour des raisons souvent économiques mais également pour des considérations tenant au comportement malicieux et dilatoire du bailleur qui se saisit de l'occasion pour tenter de se défaire d'un locataire, il oppose un refus de les autoriser et de les exécuter.

Le locataire a alors la possibilité de saisir le juge à cette fin, non sans prendre le risque d'un refus ou d'une décision soumise à l'avis d'un expert, dont l'examen et le rapport peuvent intervenir très tardivement, avec les conséquences sur l'exploitation et le contrat.

Le locataire peut également, face au refus du bailleur, les exécuter non sans l'avoir préalablement informé, avec pour seule conséquence le risque de ne pas en avoir remboursement en l'absence d'information et autorisation judiciaire (C. civ., art. 1144 N° Lexbase : L1244ABP et Cass. civ. 3, 11 janvier 2006, n° 04-20.142, FS-P+B N° Lexbase : A3462DM8) sauf si les conditions cumulatives de la gestion d'affaires sont réunies.

2. *Refus ou autorisation tardive du juge judiciaire*

Le juge, saisi par le locataire d'une demande d'autorisation de travaux, peut les autoriser ou ordonner une mesure d'expertise et réserver ainsi sa décision aux conclusions de l'expert. Il peut de même être demandé la résolution du bail et l'indemnisation du préjudice subi.

Or l'exécution des travaux étant soumis à des dates impératives, tout retard est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité certaine, dont pourrait se saisir le bailleur.

3. Inexécution à défaut de financement

L'exploitant ou, en vertu de la convention, le bailleur, peut ne pas pouvoir ou vouloir financer le coût des travaux, ce qui aura des conséquences importantes à caractère administratif, judiciaire et juridique.

— Conséquences de l'inexécution des travaux de mise en sécurité incendie : les sanctions

En applications des dispositions de l'article R. 123-3 du Code de la construction et de l'habitation (N° Lexbase : L78441EA), les constructeurs, propriétaires et exploitants des ERP sont tenus en tout moment à respecter les mesures de prévention et de sauvegarde propres à assurer la sécurité des personnes. Dans la pratique c'est l'exploitant premier responsable de sécurité dans un établissement, qui reçoit l'injonction de réaliser les travaux de sécurité.

Le contrôle de l'application de la réglementation est une des responsabilités du maire et du Préfet lesquels s'appuient sur les avis des commissions de sécurité et des bureaux de prévention des services d'incendie et de secours, composés de sapeurs pompiers.

1. Sanction administrative

Après mise en demeure à l'exploitant, le maire en son pouvoir de police générale le met en demeure d'avoir à entreprendre les travaux de sécurité incendie et en cas de refus, il prend un arrêté de fermeture de l'établissement.

A défaut pour le maire de procéder à la fermeture ou mettre en demeure l'exploitant, le Préfet se substitue au maire après qu'il l'ait mis en demeure et procède à la fermeture.

2. Sanction pénale

En cas de refus d'application de l'arrêté de fermeture administrative ou ouverture sans arrêté de réouverture l'exploitant encourt des sanctions pouvant aller de la contravention de 5ème classe par jour d'ouverture pouvant aller jusqu'à cinq ans de prison ferme et 45 000 euros d'amende.

3. Sanction financière

Elle consiste dans l'interdiction de recevoir du public jusqu'à la réalisation des travaux requis et de percevoir des loyers ou toute autre somme versée en contrepartie de l'occupation des lieux.

Le bailleur ne pourra de même prétendre à perception de loyer et devra assurer le relogement ou l'hébergement des occupants dont la chambre constitue la résidence principale.

4. Sanction juridique et judiciaire

La date butoir pour la mise en conformité étant le 22 juillet 2012 ceux qui ne répondaient pas aux critères disparaissent des réseaux de commercialisation.

En effet la fermeture administrative faisant échec à l'exploitation, le locataire pourra se voir opposer par le bailleur une résiliation du bail pour défaut d'exploitation, la délivrance d'un congé refus renouvellement de bail ou une action en résiliation sur le fondement de l'article 1184 du Code civil (N° Lexbase : L1286ABA), du fait de la disparition de l'objet du contrat.

L'on constate, dès lors, la tentation pour certains bailleurs de tirer avantage de cette réglementation et de ses conséquences pour se réapproprié le bien, au préjudice du locataire démuné face à la malice du bailleur et du "tout sécurité — tolérance zéro" imposé par la réglementation.

Ce pose donc là le principe de l'équilibre de l'économie du contrat mis à mal par les travaux imposés et leurs conséquences.

En matière de baux commerciaux, le transfert de la charge des travaux imposés par la destination des locaux,

proposé ou imposé par le bailleur lors de sa conclusion ou de son renouvellement s'inscrit dans une adhésion à la projection prévisible de travaux imposés ; en transférant la charge des travaux de sécurité incendie sur le preneur, l'équilibre économique du contrat se trouve rompu.

C'est ce que souligne à cet égard la note intitulée "*De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*" (RTDCiv., 1912, p. 69, P. Picard et Prod'Homme), à savoir "*Les deux obligations essentielles cessent de se faire contrepoids : une rupture d'équilibre s'ensuit*".

C'est pourquoi le recours au concept de l'économie du contrat et de son application par la jurisprudence présente un intérêt certain quant au respect de la finalité du contrat et celle de la pérennité du lien contractuel.

En conclusion même si la liberté contractuelle risque d'être mise à mal, l'intervention du juge par référence à l'économie du contrat en ce qu'il lui permet de faire obstacle notamment à la résolution en dépit d'une inexécution, réinstaura une forme d'équilibre. Il en est ainsi par exemple lorsque le bailleur se saisit d'une inexploitation par suite d'une fermeture administrative suivie de travaux et d'une réouverture intervenant souvent après plusieurs mois.

Dans cette perspective et dans le souci de préserver l'équilibre économique du contrat, ne pourrait-on pas songer à d'autres outils juridiques pour réconcilier les intérêts des parties et ceux de la réglementation par le recours, comme par exemple, à la souscription d'une police d'assurances spécialement conçue à cet effet.

(1) *Le contrat face à l'imprévu*, Louis Thibierge, Economica, DL 2011.

(2) *Le contrat face à l'imprévu*, Louis Thibierge, Economica, DL 2011.