

## Les loyers Covid en Allemagne

### **Imprévision et solutions plus économiques que juridiques**

*Peut-on raisonnablement exiger de la part du preneur d'honorer le contrat à des conditions inchangées ? La question que pose Etienne Sprösser, avocat outre-Rhin chez Schultze&Braun, est celle qu'a récemment tranchée la Cour fédérale allemande saisie d'un différend sur les loyers Covid entre Kik et son propriétaire. Décidant en fait autant qu'en droit, les magistrats ont refusé le trop simpliste jugement de Salomon à 50-50. Prférant le cas par cas, ils ont estimé qu'aucun défaut ne pouvait être imputé au magasin, pas plus que l'impossibilité de s'en servir ; mais, qu'en revanche, aucune des parties ne pouvait prévoir une telle situation - qui aurait été prévue au bail si elle avait été prévisible, pardi ! Reste à faire les comptes entre le locataire et le bailleur de qui a perdu quoi et qui a reçu quelles aides. Avec précision. Les experts ont du pain sur la planche ! A.B.*

#### **Par Etienne Sprösser, rechtsanwalt (avocat) chez Schultze&Braun**

Par une décision attendue du 12 janvier 2022 (n° XII ZR 8/21), la Cour fédérale allemande (Bundesgerichtshof) a apporté quelques éclaircissements sur les conditions de minoration de loyer à la suite des fermetures administratives de locaux commerciaux liées à l'épidémie de Covid-19. La plus haute juridiction de l'ordre judiciaire allemand rejette l'idée qu'une telle fermeture administrative puisse être qualifiée de défaut de la chose louée, mais consacre le principe d'une réduction de loyer sur le fondement de l'imprévision. Cette minoration n'est pas systématique et doit au contraire être appréciée au cas par cas en prenant en compte tous les éléments d'espèce.

#### **I - Le cadre juridique**

Le Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch – Bgb) offre trois moyens théoriques pour un preneur de refuser le paiement de l'intégralité du prix stipulé au contrat de bail. Le droit de la location est en ce sens favorable au preneur que tout défaut de la chose louée qui en réduit la jouissance entraîne de plein droit une minoration du loyer, en vertu de l'article 536 BGB. Par ailleurs, un débiteur n'a pas à s'acquitter de son obligation de paiement, si l'exécution de l'obligation synallagmatique (par hypothèse, l'obligation du bailleur) est impossible, art. 275, 326 Bgb.

Enfin, l'article 313 du Bgb dispose qu'un contrat doit être adapté, voire résolu en cas d'imprévision. Pour s'en prévaloir, les trois éléments suivants doivent être réunis :

- Des circonstances considérées par les parties comme essentielles à l'exécution du contrat ont changé de manière substantielle (élément factuel),
- de sorte que les parties, en connaissance de la situation réelle, n'auraient pas conclu le contrat du tout ou du moins à des conditions différentes (élément hypothétique)

- et, qu'au vu de la répartition légale et contractuelle des risques, l'exécution du contrat à des conditions inchangées soit intolérable pour une partie (l'élément normatif).

## **II - La décision de la Cour fédérale du 12 janvier 2022**

La décision est intervenue au sujet d'un litige opposant l'entreprise textile allemande Kik au bailleur de l'un de ses locaux. Après avoir dû fermer ledit local du 19/03/2020 jusqu'au 19/04/2020, le preneur refusa de payer le loyer d'avril 2020. En première instance, le tribunal judiciaire de Chemnitz (Landgericht Chemnitz) condamna le preneur au paiement intégral du loyer pour la période considérée, décision réformée par la Cour d'appel de Dresde qui réduisit la condamnation au paiement de la moitié du loyer. Cette dernière décision fut censurée par la Cour fédérale et l'affaire renvoyée devant les juges du fond.

La Cour s'est notamment prononcée sur l'application des trois moyens présentés ci-dessus.

1) Elle répond tout d'abord par la négative à la question de savoir si une fermeture administrative constitue ou non un défaut de la chose louée. Conformément à sa jurisprudence antérieure, une fermeture administrative peut certes constituer un défaut au sens de l'article 536 Bgb, encore faut-il pour cela que cette fermeture se rapporte directement aux caractéristiques concrètes, à l'état ou à la situation géographique de la chose louée. Tel n'est pas le cas d'arrêtés prohibant l'ouverture de tous les commerces ne servant pas à l'approvisionnement de base de la population.

2) L'obligation du bailleur se limitant à fournir la jouissance de la chose louée, elle n'est pas rendue impossible par l'interdiction faite au preneur de l'utiliser comme local commercial. Le preneur ne peut donc pas refuser son paiement sur le fondement de l'impossibilité, articles 326, 275 Bgb.

3) En revanche, il pourrait être en droit de demander l'adaptation du contrat pour cause d'imprévision, article 313 Bgb. La Cour admet la réunion des critères factuels et hypothétiques en des termes peu circonstanciés laissant penser que cette solution a vocation à s'appliquer de manière quasi-systématique aux fermetures administratives liées à la Covid-19. Elle considère qu'aucune partie n'avait pu imaginer qu'une pandémie viendrait perturber la relation contractuelle et, qu'en connaissance de cause, une possibilité d'adaptation du contrat eut été prévue pour ne pas en faire peser la charge financière sur l'une d'entre elles.

La question centrale concerne donc l'élément normatif de l'imprévision et se résume comme suit : peut-on raisonnablement exiger de la part du preneur, au vu de tous les éléments d'espèce et de la répartition des risques légale et conventionnelle, d'honorer le contrat à des conditions inchangées ? La fermeture ne relevant du risque exclusif d'aucune partie, le maintien du contrat à des conditions inchangées doit encore être intolérable pour le locataire, ce qui d'après la Cour fédérale ne peut faire l'objet d'une appréciation schématique (partage 50-50) mais doit, au contraire, être apprécié au cas par cas en prenant en compte tous les éléments de l'espèce. À ce titre, doivent être considérés :

- La perte de chiffre d'affaires subie par le preneur au niveau du local en question – et non pas au niveau de la société ou du groupe. Il n'est pas non plus nécessaire que la survie économique du locataire soit effectivement menacée.
- Les mesures que le preneur a prises ou aurait pu prendre pour limiter ses pertes
- Les compensations financières éventuellement perçues par le biais d'aides étatiques (hors prêts) ou d'assurances pertes d'exploitation
- Les intérêts du bailleur

C'est au preneur souhaitant obtenir une adaptation de son loyer de prouver que le maintien du contrat à des conditions inchangées ne saurait lui être raisonnablement demandé. Il doit démontrer avoir subi des pertes et avoir tout entrepris pour les compenser par l'obtention d'aides. S'il ne parvient pas à apporter cette dernière preuve, il devra être traité comme s'il avait obtenu lesdites aides.

### **III - Conclusion**

La solution adoptée par la Cour fédérale rebat les cartes des négociations entre bailleurs et preneurs de locaux commerciaux. Le rejet de la répartition 50-50 de principe fragilise la position des preneurs qui pourront, en revanche, se réjouir que la perte de chiffre d'affaires doive être estimée au niveau de chaque local et non au niveau de la société, voire du groupe de société ou qu'une atteinte à leur survie économique ne soit pas une condition sine qua non de la réduction de loyer.

Au reste, l'arrêt du 12 janvier 2022 demeure assez sibyllin sur le contour précis des critères à prendre en compte dans l'évaluation d'ensemble exigée par la Cour fédérale pour caractériser l'élément normatif. Il reste évidemment à attendre et observer quelles conséquences les juridictions du fond tireront de cette décision, mais il y a fort à parier que nombre d'entre elles recourront à des experts pour estimer les aspects économiques de la réduction de loyers – la perte de chiffre d'affaires en étant la pierre angulaire – ce qui risque d'allonger et d'enchérir les procédures judiciaires. De ce fait, et à cause des nombreuses incertitudes persistant à la suite de l'arrêt de la Cour fédérale, on ne saurait trop conseiller aux bailleurs et preneurs de tenter de trouver un accord amiable sur les questions de loyers à payer pendant les restrictions administratives liées à la Covid-19 s'ils souhaitent que leur litige puisse être résolu rapidement.