

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**N° 125 /2022
du 20.10.2022
Numéro CAS-2021-00108 du registre**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du
jeudi, vingt-sept octobre deux mille vingt-deux.**

Composition:

MAGISTRAT1.), président de la Cour,
MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT6.), avocat général,
GREFFIER1.), greffier à la Cour.

Entre:

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B142684, en état de faillite depuis le 4 juillet 2022, représentée par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à L-ADRESSE2.), pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.),

demandeur en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la société anonyme SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B182017, représentée par le conseil d'administration,

défenderesse en cassation,

comparant par la société anonyme AVOCAT2.), inscrite à la liste V au tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente procédure par Maître AVOCAT3.), assisté de Maître AVOCAT4.), avocats à la Cour.

Vu le jugement attaqué, numéro 2021TALCH14/00108, rendu le 12 juillet 2021 sous les numéros TAL-2021-02935 et TAL-2021-03029 du rôle par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quatorzième chambre, siégeant en matière de bail à loyer et en instance d'appel ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 13 septembre 2021 par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à la société anonyme SOCIETE2.), déposé le 15 septembre 2021 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 10 novembre 2021 par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.), déposé le 11 novembre 2021 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général MAGISTRAT7.).

Sur les faits

Selon le jugement attaqué, le juge de paix de Luxembourg, siégeant en matière de bail à loyer, saisi de demandes principales dirigées par la bailleuse, la société SOCIETE2.), à l'encontre de la locataire, la société SOCIETE1.), et de demandes reconventionnelles dirigées par la société SOCIETE1.) à l'encontre de la société SOCIETE2.), avait, entre autres, dit n'y avoir lieu à résiliation du contrat de bail et constaté l'existence de créances réciproques dont il avait ordonné la compensation en condamnant la bailleuse à restituer un montant indûment touché à travers une garantie bancaire.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a, par réformation partielle, prononcé la résiliation judiciaire du contrat de bail et condamné la locataire, après compensation, à payer le solde restant à sa charge.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation la règle de droit et plus précisément sur la fausse interprétation, sinon de la fausse application des articles 153, 264 et 585 du Nouveau Code de procédure civile ;

Attendu qu'il est fait grief au Tribunal d'arrondissement d'avoir violé les articles susmentionnés en ce qu'il a retenu que l'acte d'appel de la partie défenderesse en cassation n'encourait pas la nullité ;

que l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile dispose << outre les mentions prescrites à l'article 153 et à l'article 154 l'appel contient à peine de nullité >> ;

que selon l'article 153 du Nouveau Code de procédure civile << Tout acte d'huissier de justice indique à peine de nullité 2) b) si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination et son siège social >> ;

qu'il ressort de la signification de l'acte d'appel de la partie demanderesse en cassation que l'huissier a dû dresser un procès-verbal de recherche ;

que dès lors la partie défenderesse en cassation n'avait pas de siège connu ce qui équivaut à une absence de siège social ;

que l'acte d'appel de la partie défenderesse en cassation, postérieur à celui de la partie demanderesse en cassation, mentionne le même siège social que celui indiqué par la partie demanderesse en cassation dans son acte d'appel et ayant conduit à un procès-verbal de recherche ;

que << l'indication du domicile correct ne constitue pas une formalité fondamentale de l'exploit introductif d'instance ; une telle indication est à qualifier de nullité de forme soumise aux exigences de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile qui dispose en son alinéa 2 qu'aucune nullité pour vice de forme des exploits ou des actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse >> (cf. Cour d'appel, 27 avril 2005, n°290091 du rôle) ;

que l'absence de siège social rend impossible toute signification, sinon exécution d'une décision de justice qui serait défavorable à la partie défenderesse en cassation ;

que dès lors cette absence de siège social cause nécessairement un grief à la partie demanderesse en cassation ;

que partant l'acte d'appel de la partie défenderesse en cassation aurait dû être déclaré nul ;

que par conséquent eu égard aux éléments développés ci-dessus, le jugement du Tribunal d'arrondissement encourt la cassation pour violation de la règle de droit résultant de la mauvaise application sinon la mauvaise interprétation des articles 153, 264 et 585 du Nouveau Code de procédure civile. ».

Réponse de la Cour

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Le moyen articulé, d'une part, la violation des articles 153 et 585 du Nouveau Code de procédure civile qui traitent des conditions intrinsèques aux actes introductifs d'instance, tenant à leur rédaction matérielle et aux mentions qui doivent y figurer sous peine de nullité, et, d'autre part, la violation de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile, qui traite des conditions extrinsèques aux actes, tenant à la nécessité d'un grief dans le chef du destinataire de l'acte, requises, au-delà du constat de la violation des termes des articles 153 et 585 précités, pour que la nullité des actes puisse être prononcée, partant deux cas d'ouverture distincts.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation la règle de droit et plus précisément sur la fausse interprétation, sinon de la fausse application de l'article 1722 du Code civil ;

en ce que le Tribunal a retenu que l'article 1722 du Code civil et la théorie des risques ne trouvaient pas application de sorte que la partie demanderesse n'était pas en mesure d'invoquer les dispositions de l'article 1722 du Code civil pour justifier le non-paiement des loyers et avances sur charges pendant la période COVID ;

alors que d'une part, non-paiement intégral des loyers durant la période COVID était justifié au sens de l'article 1722 du Code civil en raison de la perte juridique du bien loué (branche 1) ;

et que d'autre part, le non-paiement des avances sur charges durant la période COVID était également justifié alors qu'il y avait perte juridique de la chose louée en sens de l'article 1722 du Code civil (branche 2).

Réponse de la Cour

Sur les deux branches du moyen réunies

En retenant, d'une part, que la privation de jouissance dont question à l'article 1722 du Code civil doit trouver son origine dans la chose louée elle-même, disposition non critiquée au moyen, et, d'autre part, que les mesures de restriction imposées par le règlement grand-ducal modifié du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 et par la loi modifiée du 17 juillet 2020 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19, tels qu'applicables pendant les périodes de location en cause,

n'affectaient pas la chose louée, mais l'exploitation de l'activité de fitness en présentiel proposée par la demanderesse en cassation à ses clients, les juges d'appel ont fait une exacte application de la disposition légale visée au moyen.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation la règle de droit et plus précisément sur la fausse interprétation, sinon de la fausse application des articles 1719 et 1134-2 du Code civil ;

en ce que le Tribunal a retenu que l'exception d'inexécution ne trouvait pas application au motif que la partie demanderesse n'aurait pas été privée de la jouissance de la chose louée durant la période COVID (fermeture obligatoire);

alors que d'une part, la partie demanderesse n'a pas payé les loyers réduits pendant la période COVID alors qu'elle a été privée de la jouissance de la chose louée en raison des différentes mesures prises pour lutter contre la pandémie COVID-19 (branche 1) ;

et que d'autre part, la partie demanderesse était en bon droit de ne pas payer les avances sur charges pendant la période COVID alors qu'elle a été privée de la jouissance de la chose louée (branche 2).

Réponse de la Cour

Sur les deux branches du moyen réunies

En décidant que « L'exception d'inexécution, prévue à l'article 1134-2 du Code civil, ne permet au locataire de suspendre l'exécution de son obligation de payer les loyers que si le bailleur ne s'exécute pas lui-même de ses propres obligations contractuelles » et que « Contrairement à la position soutenue par l'appelante, l'impossibilité temporaire pour le preneur-exploitant d'un centre de fitness d'exercer son activité dans les lieux loués à cause de la fermeture ordonnée n'est pas la conséquence d'un manquement du bailleur à cette triple obligation de garantie d'assurer la jouissance paisible [découlant à charge du bailleur de l'article 1719 du Code civil], mais bien d'une décision des autorités qui s'impose à lui », les juges d'appel ont fait l'exacte application des dispositions légales visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation la règle de droit et plus précisément sur la fausse interprétation, sinon de la fausse application de l'article 1134 du Code civil, respectivement de l'article 6-1 du Code civil ;

en ce que le Tribunal a retenu que le bailleur ne commet pas d'abus de droit, respectivement ne manque pas à son obligation de bonne foi et de loyauté en exigeant le paiement du loyer et avances sur charges complets pour les mois pendant lesquelles les centres sportifs ont été rouverts (loyers post-Covid) et en n'accordant qu'une diminution des loyers et avances sur charges qu'à hauteur de 50 % pour la période de fermeture imposée (loyers COVID);

première branche :

Attendu que le Tribunal d'arrondissement a fait une fausse interprétation sinon une fausse application de l'article 1134 du Code civil respectivement de l'article 6-1 du Code civil ;

qu'il est fait grief au Tribunal d'arrondissement d'avoir violé les articles susmentionnés en ce qu'il a retenu que le bailleur ne manquait pas à son obligation de bonne foi, respectivement ne commettait pas d'abus de droit en exigeant le paiement du loyer complet pour les mois pendant lesquels les centres sportifs ont été rouverts (loyers Post-COVID);

qu'il est encore fait grief au Tribunal d'arrondissement d'avoir violé les articles susmentionnés en ce qu'il a retenu que le bailleur avait manqué à son obligation de loyauté et avait commis un abus de droit concernant les loyers COVID (période de fermeture imposées) mais n'a accordé qu'une diminution des loyers qu'à hauteur de 50 % durant cette période au lieu d'exempter totalement le locataire de son obligation de s'acquitter du loyer durant cette période ;

que selon l'article 6-1 du Code civil << tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus >> ;

que les magistrats belges ont pu juger qu'un bailleur se rendait coupable d'un abus de droit s'il réclamait à son locataire le paiement de 100 % du loyer pour le cas où son établissement commercial avait dû fermer sur la base de la décision des autorités publiques dans le cadre du premier confinement (cf. Justice de Paix du Canton de Woluwe-Saint-Pierre) ;

que de leurs côtés, les magistrats français se sont eux basés sur la notion de bonne foi dans le cadre de l'exécution des contrats ;

que l'exécution de bonne foi des contrats est prévue à l'article 1134 du Code civil ;

que selon ledit article 1134 << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi >> ;

que << suivant l'article 1134 du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Il en découle notamment qu'une partie devra s'abstenir dans l'exécution du contrat de tout acte qui porte délibérément préjudice à son co-contractant, cette interdiction découlant du devoir de loyauté que chaque partie doit respecter >> (cf. Cour d'appel du 6 juin 2018, Pas. 39, p.44) ;

que << l'exécution de bonne foi des conventions interdit à une partie d'abuser des droits que lui confère un contrat, pareil abus suppose, que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie >> (cf. Cour de Cassation belge du 19 décembre 1983, n° C. 09.0624.F) ;

qu'ainsi l'abus de droit suppose l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente ;

que le jugement du Tribunal d'arrondissement retient que << pour apprécier s'il y a violation de l'exécution de bonne foi, respectivement abus de droit, l'appréciation ne doit cependant pas être unilatérale, axée exclusivement sur le comportement du créancier, en l'espèce le bailleur, s'agissant de l'obligation du paiement du loyer. Pour déceler une telle violation, il convient d'analyser à partir des faits, à l'aune de toutes les exigences de la bonne foi et de la norme de prudence tant le comportement du créancier que celui du débiteur >> (cf. p. 61 du jugement du 12 juillet 2021 mais également p. 46 du jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021) ;

que le Tribunal d'arrondissement a à tort retenu que concernant les loyers Post Covid-19 que << le bailleur ne commet pas d'abus de droit, respectivement manque à son obligation de bonne foi et de loyauté en exigeant le paiement du loyer complet pour les mois pendant lesquelles les centres sportifs ont été ouverts >> (cf. p. 65 du jugement du 12 juillet 2021) ;

que pourtant << la revendication actuelle du bailleur a pour effet de rendre la position de la locataire particulièrement pénible si elle doit assumer seule toutes les conséquences économiques de la situation. La locataire étranglée par la situation économique est en passe de perdre les bénéfices qu'elle pourrait tirer de son activité et de son emploi >> (cf. p. 63 du jugement du 12 juillet 2021 mais également jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021, jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00100 du 28 juin 2021) ;

que cette situation n'est ni imputable au bailleur ni au locataire ;

que << le principe d'exécution de bonne foi des conventions doit amener le bailleur à consentir une réduction de loyer, de sorte que les conséquences dommageables de la situation exceptionnelle ne soient pas uniquement supportées par un des co-contractants >> (cf. jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021, jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00100 du 28 juin 2021) ;

que sur base de l'exécution de bonne foi des contrats, le tribunal d'arrondissement a accordé des réductions de loyers pour les loyers Post Covid-19 en cas de jauge (cf. jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021, jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00100 du 28 juin 2021) ;

qu'il échet de préciser que lors de la réouverture des établissements en vue des activités sportives des jauges devaient être respectées ;

qu'à partir du 29 mai 2020, les activités sportives étaient de nouveau autorisées sous réserve du respect des conditions sanitaires et de distanciation sociale ;

que le gouvernement a publié un document en vue de cette reprise ;

que ces mesures imposaient des distance à respecter, préconisaient des heures pour accueillir les clients... ;

qu'en novembre 2020, pour les cours collectifs, il était recommandé de limiter les cours à 4 pratiquants pour un encadrant ;

qu'il est à noter que la loi du 17 juillet 2020 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 a été modifiée à plusieurs reprises ;

que la loi du 29 octobre 2020 modifiant la loi du 17 juillet 2020 interdisait la pratique d'activités sportives en groupe de plus de quatre acteurs sportifs ;

que la loi du 9 janvier 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020, prévoit dans son article 4 alinéa 1 que << la pratique d'activités sportives et de culture physique est autorisée sans obligation de distanciation physique à condition d'être exercée individuellement ou dans un groupe ne dépassant pas le nombre de deux personnes >> ;

que selon l'alinéa 3 << les installations sportives doivent disposer d'une superficie minimal de quinze mètres carrés >> ;

que l'alinéa 5 impose des conditions quant aux douches et aux vestiaires ;

que l'article 4 de la loi du 21 avril 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020 dispose que << si le groupe dépasse le nombre de deux personnes pratiquant une activité sportive ou de culture physique, une distanciation physique d'au moins deux mètres doit être respectée entre les différents acteurs sportifs ou de culture physique >> ;

que le juge est tenu d'appliquer et de prendre en compte la législation en vigueur ;

que les décisions des autorités publiques s'imposent au juge ;

qu'il est donc peu important que la partie demanderesse en cassation n'ait pas << pris en considération les limites prévues pour l'accueil de la clientèle ordonnées par les mesures sanitaires prises successivement par les autorités compétentes pour lutter contre la pandémie >> (cf. p. 64 du jugement du 12 juillet 2021) ;

qu'invoquées spécifiquement ou non, les juges auraient dû prendre en considération d'office les jauges imposées par les différentes mesures sanitaires qui étaient d'application obligatoire pour tous et qui furent évidemment respectées par la concluante qui ne pouvait donc rouvrir son établissement qu'en les respectant et ne pouvant donc accueillir qu'une clientèle réduite;

que ces différentes mesures prises par le gouvernement sont à qualifier de mesures d'ordre public alors que le pays était en situation de crise ;

que c'est également à tort que le Tribunal d'arrondissement a évoqué l'<< organisation de cours de fitness online >> qui avait été vaguement invoquée par la partie adverse (cf. page 64 de la décision a quo) pour en conclure que le club SOCIETE2.) << a indubitablement profité au moins d'un usage partiel des lieux >> (cf. page 63 du jugement a quo) alors que :

- ces cours étaient tout à fait épisodiques ;*
- qu'ayant été dispensés online, nul ne saurait en tirer la conclusion que cela valait usage partiel des locaux loués ;*
- ces cours étaient gratuits de sorte que tant de rares clients que des externes ont pu les suivre ;*
- que les membres inscrits au club SOCIETE2.) ne sont nullement intéressés par des formules de cours online alors qu'ils souhaitent être présents physiquement dans le club pour suivre leurs cours collectifs ;*
- que les cours collectifs ne sont pas l'essentiels des services auxquels ont recours les membres du club, loin s'en faut : en effet, l'essentiel des membres vient s'entraîner quotidiennement sur des appareils de fitness ou de musculation, de même qu'ils viennent s'entraîner à des exercices de cardio (tapis de course, vélos elliptiques, rameurs, etc...)*
- que ces rarissimes cours online étaient plutôt une manifestation marketing désespérée du club pour prouver à la population qu'il existait encore quand bien même il lui était interdit d'exercer ;*

qu'il tombe donc sous le sens que durant la période COVID (période de fermeture imposées), le locataire n'a pas pu du tout jouir des locaux loués de sorte qu'aucun loyer n'était dû ;

qu'en outre, nul ne saisit pourquoi le Tribunal a supputé sans même le vérifier que le locataire avait dû << normalement dû bénéficier des aides >> étatiques pour

en arriver à ses conclusions contestées (seulement 50 % de déduction accordée concernant les loyers COVID et aucune diminution accordée pour les loyers post-COVID ;

qu'à cela s'ajoute le fait que cette question fut évoquée oralement à l'audience et qu'il fut précisé que le locataire n'avait reçu qu'une aide de 5.000 € ;

qu'en outre, la partie demanderesse n'a pu bénéficier que d'un usage partiel des lieux loués durant la période Post Covid-19 de sorte qu'une diminution des loyers aurait dû lui être accordée sur base de l'exécution de bonne foi des contrats allée à la théorie de l'abus de droit ;

que par conséquent eu égard aux éléments développés ci-dessus, le jugement du Tribunal d'arrondissement encourt la cassation pour violation de la règle de droit résultant de la mauvaise application sinon la mauvaise interprétation de l'article 1134 du Code civil, respectivement de l'article 6-1 du Code civil ;

deuxième branche :

Attendu que le Tribunal d'arrondissement a fait une fausse interprétation sinon une fausse application de l'article 1134 du Code civil respectivement de l'article 6-1 du Code civil ;

qu'il est fait grief au Tribunal d'arrondissement d'avoir violé les articles susmentionnés en ce qu'il a retenu que le bailleur ne manquait pas à son obligation de bonne foi, respectivement ne commettait pas d'abus de droit en exigeant le paiement complet des avances sur charges pour les mois pendant lesquels les centres sportifs ont été rouverts (loyers Post-COVID);

qu'il est encore fait grief au Tribunal d'arrondissement d'avoir violé les articles susmentionnés en ce qu'il a retenu que le bailleur avait manqué à son obligation de loyauté et avait commis un abus de droit concernant les avances sur charges COVID (période de fermeture imposées) mais n'a accordé qu'une diminution des avances sur charges qu'à hauteur de 50 % durant cette période au lieu d'exempter totalement le locataire de son obligation de s'acquitter des avances sur charges durant cette période ;

que selon l'article 6-1 du Code civil << tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus >> ;

que les magistrats belges ont pu juger qu'un bailleur se rendait coupable d'un abus de droit s'il réclamait à son locataire le paiement de 100 % du loyer pour le cas où son établissement commercial avait dû fermer sur la base de la décision des autorités publiques dans le cadre du premier confinement (cf. Justice de Paix du Canton de Woluwe-Saint-Pierre) ;

que de leurs côtés, les magistrats français se sont eux basés sur la notion de bonne foi dans le cadre de l'exécution des contrats ;

que l'exécution de bonne foi des contrats est prévue à l'article 1134 du Code civil ;

que le jugement a retenu << concernant les avances trimestrielles pour la période d'ouverture des centres de fitness, il n'y a pas lieu d'accorder des remises, à l'instar des développements faits au sujet des loyers >> (cf. p. 68 du jugement du 12 juillet 2021) ;

que le raisonnement de la partie demanderesse est le même que concernant la première branche et les loyers ;

que selon ledit article 1134 << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi >> ;

que << suivant l'article 1134 du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Il en découle notamment qu'une partie devra s'abstenir dans l'exécution du contrat de tout acte qui porte délibérément préjudice à son co-contractant, cette interdiction découlant du devoir de loyauté que chaque partie doit respecter >> (cf. Cour d'appel du 6 juin 2018, Pas. 39, p.44) ;

que << l'exécution de bonne foi des conventions interdit à une partie d'abuser des droits que lui confère un contrat, pareil abus suppose, que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie >> (cf. Cour de Cassation belge du 19 décembre 1983, n° C. 09.0624.F) ;

qu'ainsi l'abus de droit suppose l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente ;

que le jugement du Tribunal d'arrondissement retient que << pour apprécier s'il y a violation de l'exécution de bonne foi, respectivement abus de droit, l'appréciation ne doit cependant pas être unilatérale, axée exclusivement sur le comportement du créancier, en l'espèce le bailleur, s'agissant de l'obligation du paiement du loyer. Pour déceler une telle violation, il convient d'analyser à partir des faits, à l'aune de toutes les exigences de la bonne foi et de la norme de prudence tant le comportement du créancier que celui du débiteur >> (cf. p. 61 du jugement du 12 juillet 2021 mais également p. 46 du jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021) ;

que le Tribunal d'arrondissement a à tort retenu que concernant les loyers Post Covid-19 respectivement les avances sur charges Post Covid-19 que << le bailleur ne commet pas d'abus de droit, respectivement manque à son obligation de bonne foi et de loyauté en exigeant le paiement du loyer complet pour les mois

pendant lesquelles les centres sportifs ont été ouverts >> (cf. p. 65 du jugement du 12 juillet 2021) ;

que pourtant << la revendication actuelle du bailleur a pour effet de rendre la position de la locataire particulièrement pénible si elle doit assumer seule toutes les conséquences économiques de la situation. La locataire étranglée par la situation économique est en passe de perdre les bénéfices qu'elle pourrait tirer de son activité et de son emploi >> (cf. p. 63 du jugement du 12 juillet 2021 mais également jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021, jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00100 du 28 juin 2021) ;

que cette situation n'est ni imputable au bailleur ni au locataire ;

que << le principe d'exécution de bonne foi des conventions doit amener le bailleur à consentir une réduction de loyer, de sorte que les conséquences dommageables de la situation exceptionnelle ne soient pas uniquement supportées par un des co-contractants >> (cf. jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021, jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00100 du 28 juin 2021) ;

que sur base de l'exécution de bonne foi des contrats, le tribunal d'arrondissement a accordé des réductions des avances sur charges pour les avances sur charges Post Covid-19 en cas de jauge (cf. jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00101 du 28 juin 2021, jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00100 du 28 juin 2021) ;

qu'il échet de préciser que lors de la réouverture des établissements en vue des activités sportives des jauges devaient être respectées ;

qu'à partir du 29 mai 2020, les activités sportives étaient de nouveau autorisées sous réserve du respect des conditions sanitaires et de distanciation sociale ;

que le gouvernement a publié un document en vue de cette reprise ;

que ces mesures imposaient des distance à respecter, préconisaient des heures pour accueillir les clients... ;

qu'en novembre 2020, pour les cours collectifs, il était recommandé de limiter les cours à 4 pratiquants pour un encadrant ;

qu'il est à noter que la loi du 17 juillet 2020 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 a été modifiée à plusieurs reprises ;

que la loi du 29 octobre 2020 modifiant la loi du 17 juillet 2020 interdisait la pratique d'activités sportives en groupe de plus de quatre acteurs sportifs ;

que la loi du 9 janvier 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020, prévoit dans son article 4 alinéa 1 que << la pratique d'activités sportives et de culture physique est autorisée sans obligation de distanciation physique à condition d'être exercée

individuellement ou dans un groupe ne dépassant pas le nombre de deux personnes >> ;

que selon l'alinéa 3 << les installations sportives doivent disposer d'une superficie minimal de quinze mètres carrés >> ;

que l'alinéa 5 impose des conditions quant aux douches et aux vestiaires ;

que l'article 4 de la loi du 21 avril 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020 dispose que << si le groupe dépasse le nombre de deux personnes pratiquant une activité sportive ou de culture physique, une distanciation physique d'au moins deux mètres doit être respectée entre les différents acteurs sportifs ou de culture physique >> ;

que le juge est tenu d'appliquer et de prendre en compte la législation en vigueur ;

que les décisions des autorités publiques s'imposent au juge ;

qu'il est donc peu important que la partie demanderesse en cassation n'ait pas << pris en considération les limites prévues pour l'accueil de la clientèle ordonnées par les mesures sanitaires prises successivement par les autorités compétentes pour lutter contre la pandémie >> (cf. p. 64 du jugement du 12 juillet 2021) ;

qu'invoquées spécifiquement ou non, les juges auraient dû prendre en considération d'office les jauges imposées par les différentes mesures sanitaires qui étaient d'application obligatoire pour tous et qui furent évidemment respectées par la concluante qui ne pouvait donc rouvrir son établissement qu'en les respectant et ne pouvant donc accueillir qu'une clientèle réduite;

que ces différentes mesures prises par le gouvernement sont à qualifier de mesures d'ordre public alors que le pays était en situation de crise ;

que c'est également à tort que le Tribunal d'arrondissement a évoqué l'<< organisation de cours de fitness online >> qui avait été vaguement invoquée par la partie adverse (cf. page 64 de la décision a quo) pour en conclure que le club SOCIETE2.) << a indubitablement profité au moins d'un usage partiel des lieux >>(cf. page 63 du jugement a quo) alors que :

- ces cours étaient tout à fait épisodiques ;*
- qu'ayant été dispensés online, nul ne saurait en tirer la conclusion que cela valait usage partiel des locaux loués ;*
- ces cours étaient gratuits de sorte que tant de rares clients que des externes ont pu les suivre ;*
- que les membres inscrits au club SOCIETE2.) ne sont nullement intéressés par des formules de cours online alors qu'ils souhaitent être présents physiquement dans le club pour suivre leurs cours collectifs ;*
- que les cours collectifs ne sont pas l'essentiels des services auxquels ont recours les membres du club, loin s'en faut : en effet, l'essentiel des membres vient*

s'entraîner quotidiennement sur des appareils de fitness ou de musculation, de même qu'ils viennent s'entraîner à des exercices de cardio (tapis de course, vélos elliptiques, rameurs, etc...)

- que ces rarissimes cours online étaient plutôt une manifestation marketing désespérée du club pour prouver à la population qu'il existait encore quand bien même il lui était interdit d'exercer ;

qu'il tombe donc sous le sens que durant la période COVID (période de fermeture imposées), le locataire n'a pas pu du tout jouir des locaux loués de sorte qu'aucune avance sur charges n'était dû ;

qu'en outre, nul ne saisit pourquoi le Tribunal a supputé sans même le vérifier que le locataire avait dû << normalement dû bénéficier des aides >> étatiques pour en arriver à ses conclusions contestées (seulement 50 % de déduction accordée concernant les avances sur charges COVID et aucune diminution accordée pour les avances sur charges post-COVID ;

qu'à cela s'ajoute le fait que cette question fut évoquée oralement à l'audience et qu'il fut précisé que le locataire n'avait reçu qu'une aide de 5.000 € ;

qu'en outre , la partie demanderesse n'a pu bénéficier que d'un usage partiel des lieux loués durant la période Post Covid-19 de sorte qu'une diminution des avances sur charges aurait dû lui être accordée sur base de l'exécution de bonne foi des contrats allée à la théorie de l'abus de droit ;

que par conséquent eu égard aux éléments développés ci-dessus, le jugement du Tribunal d'arrondissement encourt la cassation pour violation de la règle de droit résultant de la mauvaise application sinon la mauvaise interprétation de l'article 1134 du Code civil, respectivement de l'article 6-1 du Code civil ;

Réponse de la Cour

Sur les deux branches du moyen réunies

En retenant

« En principe, le bailleur ne commet pas d'abus de droit en exigeant le paiement du loyer complet. L'exécution de bonne foi du contrat peut, cependant, aller jusqu'à imposer au créancier de faire preuve de modération dans l'exigence du respect de ses droits. Il ne peut pas, par conséquent, revendiquer le paiement du loyer complet pendant la période de fermeture obligatoire, sans avoir offert une quelconque marge de négociation. Une partie qui refuse obstinément de réviser un contrat devenu déséquilibré manque à son obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat. Pour apprécier s'il y a violation de l'exécution de bonne foi, respectivement un abus de droit, l'appréciation ne doit cependant pas être unilatérale, axée exclusivement sur le comportement du créancier, en l'espèce le bailleur, s'agissant de l'obligation de paiement du loyer. Pour déceler une telle violation, il convient d'analyser à partir des faits, à l'aune de toutes les exigences de la bonne foi et de la norme de prudence, tant le comportement du créancier que celui du débiteur. »

pour décider ensuite sur base de l'appréciation des éléments factuels figurant au dossier, d'une part,

« En continuant à imposer l'exécution d'un contrat dont l'économie a été radicalement déséquilibrée pendant les mois de fermeture, il y a un déséquilibre manifeste : à cause du comportement du bailleur, un déséquilibre se crée qui procure un avantage pour le bailleur de recevoir le loyer au désavantage pour la société SOCIETE1.) de le payer. La revendication actuelle du bailleur a pour effet de rendre la position de la locataire particulièrement pénible si elle doit assumer, seule toutes les conséquences économiques de la situation. La locataire étranglée par la situation économique est en passe de perdre les bénéfices qu'elle pourrait tirer de son activité et de son emploi. Cette situation n'étant pas imputable ni au bailleur ni au locataire, il ne peut être fait droit à cette demande qui démontre un déséquilibre manifeste à l'avantage du bailleur qui se montre aveugle à la situation de son cocontractant et au détriment du locataire. Dans ces conditions, le principe d'exécution de bonne foi des conventions doit amener le bailleur à consentir une réduction de loyer, de sorte que les conséquences dommageables de la situation exceptionnelle créée pendant les périodes de fermeture totale pour les centres de fitness ne soient pas uniquement supportées par un des cocontractants. »

et, d'autre part,

« ... pendant la période du 18 mars 2020 jusqu'au 28 mai 2020 inclus, soit les mois de fermeture totale imposées, le loyer ne doit être supporté par la locataire qu'à concurrence de 50%. Pour la période du 26 novembre 2020 au 10 janvier 2021 inclus, le loyer doit également être supporté par la locataire à concurrence de 50% »,

les juges d'appel n'ont pas violé les dispositions visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le cinquième moyen de cassation

Énoncé du moyen

« tiré de la violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution, de l'article 1134 du Code civil ;

en ce que le Tribunal d'arrondissement a appliqué des réductions de loyers et de charges pour les périodes post COVID-19 pour certaines catégories de personnes et pas pour d'autres ;

alors que la partie demanderesse a dû respecter des jauges à l'instar des restaurateurs ou des cafétiers.

première branche :

Attendu que le Tribunal d'arrondissement a violé l'article 10 bis (1) de la Constitution, et l'article 1134 du Code civil ;

que selon l'article 10 bis de la Constitution << les Luxembourgeois sont égaux devant la loi >> ;

que l'article 1134 du Code civil dispose que << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi >> ;

que le Tribunal d'arrondissement a violé ces articles en déclarant que << contrairement à l'argumentation avancée par la locataire, le bailleur ne commet pas d'abus de droit, respectivement manque à son obligation de bonne foi et de loyauté en exigeant le paiement du loyer complet pour les mois pendant lesquelles les centres sportifs ont été ouverts.

Il ressort des considérations précédentes que l'appel interjeté par la société SOCIETE1.) est à rejeter en ce qu'il concerne sa demande tendant à la décharge totale ou partielle des loyers à payer pour la période post-Covid-19 >> (cf. p. 65 du jugement du 12 juillet 2021) ;

que la même chambre, présidée par le même magistrat, a rendu notamment deux jugements en sens contraires au sujet des loyers post-Covid-19 ;

qu'en effet un jugement bail à loyer n°2021TALCH14/00101 du 28 juin 2021 a retenu que << pour la période du 27 mai 2020 au 9 juin 2020 inclus, pendant laquelle il y a eu possibilité d'accueillir au maximum quatre personnes à une table sans couvre-feu, le loyer ainsi que les avances sur charges sont à supporter par les locataires jusqu'à concurrence de 85 %, soit une baisse de 15% >> ;

que dans le même jugement une baisse de 25% a été accordée pour la période du 10 juin 2020 au 25 novembre 2020 ;

qu'une baisse à hauteur de 35% a également été accordée pour la période du 7 avril 2021 au 15 mai 2021 et de 25% pour la période du 16 mai 2021 au 31 mai 2021 inclus ;

qu'un autre jugement du 28 juin 2021 (n° 2021TALCH14/00100) rendu par la même chambre a accordé << pour toutes les périodes intermédiaires, - en considération des mesures sanitaires ordonnées- >> une baisse de 15% ;

<< que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée >> (Arrêt de la Cour constitutionnelle n°00159 du 13 novembre 2020) ;

que les deux jugements du 28 juin 2021 ont accordé des réductions pour les loyers post-Covid-19 en raison des jauges, imposées par le gouvernement ;

que les salles de sport se sont également vu imposées des jauges ;

qu'en effet, la loi du 17 juillet 2020 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 a vu plusieurs lois la modifier ;

que la loi du 29 octobre 2020 modifiant la loi du 17 juillet 2020 interdisait la pratique d'activités sportives en groupe de plus de quatre acteurs sportifs ;

que la loi du 9 janvier 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020, prévoit dans son article 4 alinéa 1 que << la pratique d'activités sportives et de culture physique est autorisée sans obligation de distanciation physique à condition d'être exercée individuellement ou dans un groupe ne dépassant pas le nombre de deux personnes >> ;

que selon l'alinéa 3 << les installations sportives doivent disposer d'une superficie minimal de quinze mètres carrés >> ;

que l'alinéa 5 impose des conditions quant aux douches et aux vestiaires ;

que l'article 4 de la loi du 21 avril 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020 dispose que << si le groupe dépasse le nombre de deux personnes pratiquant une activité sportive ou de culture physique, une distanciation physique d'au moins deux mètres doit être respectée entre les différents acteurs sportifs ou de culture physique >> ;

que finalement les restaurateurs, cafetiers et en l'occurrence les salles de sport se retrouvent dans une situation comparable à savoir devoir respecter des jauges en vue de pouvoir accueillir une clientèle ;

que dès lors le jugement du 12 juillet 2021 a instauré une discrimination à l'égard de la partie demanderesse alors qu'elle se trouvait dans la même situation que les locataires des jugements du 28 juin 2021 ;

que par conséquent, le jugement du Tribunal d'arrondissement encourt la cassation pour violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution et de l'article 1134 du Code civil.

deuxième branche :

Attendu que le Tribunal d'arrondissement a violé l'article 10 bis (1) de la Constitution, et l'article 1134 du Code civil ;

que selon l'article 10 bis de la Constitution << les Luxembourgeois sont égaux devant la loi >> ;

que l'article 1134 du Code civil dispose que << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi >> ;

que le jugement a retenu « concernant les avances trimestrielles pour la période d'ouverture des centres de fitness, il n'y a pas lieu d'accorder des remises, à l'instar des développements faits au sujet des loyers » (cf. p. 68 du jugement du 12 juillet 2021) ;

que concernant les loyers le Tribunal d'arrondissement a retenu que << contrairement à l'argumentation avancée par la locataire, le bailleur ne commet pas d'abus de droit, respectivement manque à son obligation de bonne foi et de loyauté en exigeant le paiement du loyer complet pour les mois pendant lesquelles les centres sportifs ont été ouverts.

Il ressort des considérations précédentes que l'appel interjeté par la société SOCIETE1.) est à rejeter en ce qu'il concerne sa demande tendant à la décharge totale ou partielle des loyers à payer pour la période post-Covid-19 >> (cf. p. 65 du jugement du 12 juillet 2021) ;

que la même chambre, présidée par le même magistrat, a rendu notamment un jugement en sens contraires au sujet des avances sur charges post-Covid-19 ;

qu'en effet un jugement bail à loyer n°2021TALCH14/00101 du 28 juin 2021 a retenu qu' << eu égard aux montants différents réclamés à titre de charges pour les mois subséquents, il y a lieu d'inviter les parties à calculer les montants dus en considération des principes sus-énoncés >> ;

qu'il y a donc lieu de se référer aux développements sur les loyers dudit jugement qui indique que << pour la période du 27 mai 2020 au 9 juin 2020 inclus, pendant laquelle il y a eu possibilité d'accueillir au maximum quatre personnes à une table sans couvre-feu, le loyer ainsi que les avances sur charges sont à supporter par les locataires jusqu'à concurrence de 85 %, soit une baisse de 15% >> ;

que dans le même jugement une baisse de 25% a été accordée pour la période du 10 juin 2020 au 25 novembre 2020 ;

qu'une baisse à hauteur de 35% a également été accordée pour la période du 7 avril 2021 au 15 mai 2021 et de 25% pour la période du 16 mai 2021 au 31 mai 2021 inclus ;

qu'un autre jugement du 28 juin 2021 (n° 2021TALCH14/00100) rendu par la même chambre a accordé << pour toutes les périodes intermédiaires, - en considération des mesures sanitaires ordonnées- >> une baisse de 15% ;

<< que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée >> (Arrêt de la Cour constitutionnelle n°00159 du 13 novembre 2020) ;

que le jugement du 28 juin 2021 ont accordé des réductions concernant les avances sur charges post-Covid-19 en raison des jauges, imposées par le gouvernement ;

que les salles de sport se sont également vu imposées des jauges ;

qu'en effet, la loi du 17 juillet 2020 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 a vu plusieurs lois la modifier ;

que la loi du 29 octobre 2020 modifiant la loi du 17 juillet 2020 interdisait la pratique d'activités sportives en groupe de plus de quatre acteurs sportifs ;

que la loi du 9 janvier 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020, prévoit dans son article 4 alinéa 1 que << la pratique d'activités sportives et de culture physique est autorisée sans obligation de distanciation physique à condition d'être exercée individuellement ou dans un groupe ne dépassant pas le nombre de deux personnes >> ;

que selon l'alinéa 3 << les installations sportives doivent disposer d'une superficie minimal de quinze mètres carrés >> ;

que l'alinéa 5 impose des conditions quant aux douches et aux vestiaires ;

que l'article 4 de la loi du 21 avril 2021 modifiant la loi du 17 juillet 2020 dispose que << si le groupe dépasse le nombre de deux personnes pratiquant une activité sportive ou de culture physique, une distanciation physique d'au moins deux mètres doit être respectée entre les différents acteurs sportifs ou de culture physique >> ;

que finalement les restaurateurs, cafetiers et en l'occurrence les salles de sport se retrouvent dans une situation comparable à savoir devoir respecter des jauges en vue de pouvoir accueillir une clientèle ;

que dès lors le jugement du 12 juillet 2021 a instauré une discrimination à l'égard de la partie demanderesse alors qu'elle se trouvait dans la même situation que les locataires des jugements du 28 juin 2021 ;

que par conséquent, le jugement du Tribunal d'arrondissement encourt la cassation pour violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution, de l'article 1134 du Code civil.

Réponse de la Cour

Sur les deux branches du moyen réunies

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Le moyen articule, en chacune de ses deux branches, d'une part, la violation de l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution, traitant de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi, et, d'autre part, la violation de l'article 1134, alinéa 3,

du Code civil, traitant de l'obligation d'exécution de bonne foi à charge des parties contractantes, partant deux cas d'ouverture distincts.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur le sixième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution ;

que selon l'article 10 bis (1) de la Constitution << les Luxembourgeois sont égaux devant la loi >> ;

que le Tribunal d'arrondissement a violé l'article 10 bis (1) de la Constitution en prononçant la résiliation judiciaire du bail ;

que la même chambre composée du même vice-président a rendu notamment deux jugements en sens contraires au sujet de la résiliation du contrat de bail ;

que dans ces deux jugements, il a été décidé que << du fait que les arriérés de loyers se sont majoritairement accumulés pendant la crise sanitaire et que les arriérés de loyers existants avant la crise ne sont pas dramatiques, il n'y a pas lieu d'accorder automatiquement à ce stade la résiliation du contrat de bail avec toutes les conséquences en découlant >> (cf. jugements bail à loyer n°2021TALCH14/00101 et n°2021TALCH14/00101 du 28 juin 2021) ;

qu'en l'espèce, les arriérés ne se sont accumulés que pendant la crise sanitaire et ne sont que les conséquences de celle-ci ;

qu'eu égard aux circonstances de la cause, les impayés de loyers ou d'avance sur charges ne devaient pas être considérés comme un manquement grave du preneur justifiant la résiliation judiciaire du bail et la condamnation du locataire à déguerpir des lieux loués tel que cela fut retenu par les décisions judiciaires susvisées mais aussi par le juge de première instance dans l'affaire qui nous occupe qui disposa << le Tribunal arrive à la conclusion que l'inexécution contractuelle est en l'espèce insuffisamment grave pour justifier la résiliation du bail >> cf. p. 65 du jugement du 4 février 2021) ;

<< que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée >> (Arrêt de la Cour constitutionnelle n°00159 du 13 novembre 2020) ;

que finalement les restaurateurs, cafetiers et en l'occurrence les salles de sport se retrouvent dans une situation comparable à savoir avoir dû fermer, respecter des jauges empêchant ainsi toute rentrée d'argent ou limitant fortement les rentrées d'argent ;

que dès lors le jugement du 12 juillet 2021 a instauré une discrimination à l'égard de la partie demanderesse alors qu'elle se trouvait dans la même situation que les locataires des jugements du 28 juin 2021 ;

que par conséquent, le jugement du Tribunal d'arrondissement encourt la cassation pour violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution. ».

Réponse de la Cour

Il est reproché aux juges d'appel d'avoir violé l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution en traitant différemment deux cas de figure dont il est allégué qu'ils seraient identiques.

La discrimination alléguée ne trouve pas son origine dans un texte de loi, mais dans l'appréciation par les juges des faits se trouvant à la base des différents litiges dont ils étaient saisis. La disposition constitutionnelle invoquée est étrangère au grief invoqué.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur le septième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré du défaut de base légale et de la violation des articles 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 58, 64 et 65 du Nouveau Code de Procédure Civile, à savoir le non-respect du principe du contradictoire et le violation des droits de la défense ;

en ce que le Tribunal d'arrondissement a retenu que la partie demanderesse en cassation ne démontrait pas l'existence d'un accord oral portant sur la location des emplacements parking ;

en ce qu'il a également retenu que la partie demanderesse n'établirait pas que le hall d'entrée serait majoritairement utilisé par les utilisateurs du parking ;

alors que d'une part la partie demanderesse a offert de prouver par témoins qu'il y avait un accord oral concernant l'emplacement des parkings (branche 1) mais également que le hall d'entrée était majoritairement utilisé par les utilisateurs du parking (branche 2) et que d'autre part ces faits prouvés à suffisance par différentes attestations testimoniales ;

Réponse de la Cour

Sur les deux branches du moyen réunies

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Le moyen articule en chacune de ses deux branches, d'une part, la violation de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile, traitant de la charge de la preuve, et, d'autre part, la violation des articles 64 et 65 du Nouveau Code de procédure civile, traitant du principe du contradictoire, pris ensemble avec l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, partant deux cas d'ouverture distincts.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

La demanderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande de la demanderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

fixe la créance de la défenderesse en cassation à l'égard de la demanderesse en cassation du chef d'une indemnité de procédure à 2.500 euros ;

renvoie la défenderesse en cassation devant qui de droit aux fins d'admission de sa créance au passif de la faillite de la demanderesse en cassation ;

met les dépens de l'instance en cassation à charge de la demanderesse en cassation, avec distraction au profit de la société anonyme AVOCAT2.), sur ses affirmations de droit, et renvoie cette dernière devant qui de droit aux fins d'admission de sa créance au passif de la faillite de la demanderesse en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président MAGISTRAT1.) en présence de l'avocat général MAGISTRAT6.) et du greffier GREFFIER1.).

**Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
société à responsabilité limitée SOCIETE1.)
contre
la société anonyme SOCIETE2.)**

Le pourvoi en cassation, introduit par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après « la société SOCIETE1.) ») par un mémoire en cassation signifié le 13 septembre 2021 à la défenderesse en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 15 septembre 2021, est dirigé contre un jugement n°2021TALCH14/00108 rendu par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quatorzième chambre, siégeant en matière de bail à loyer et en instance d'appel, statuant contradictoirement, en date du 12 juillet 2021 (n° TAL-2021-02935 et TAL-2021-03029 du rôle). Ce jugement ne semble pas avoir été signifié à la partie demanderesse en cassation.

Le pourvoi en cassation a dès lors été interjeté dans les forme et délai prévus aux articles 7 et 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

La partie défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse le 10 novembre 2021 et elle l'a déposé au greffe de la Cour le 11 novembre 2021.

Ayant été signifié et déposé au greffe de la Cour dans le délai de deux mois à compter du jour de la signification du mémoire en cassation, conformément aux articles 15 et 16 de la loi précitée du 18 février 1885, ce mémoire est à considérer comme recevable.

Sur les faits et antécédents :

Suivant contrat de bail du 30 octobre 2008, la demanderesse en cassation a pris en location une surface commerciale. Moyennant deux avenants au contrat de bail, des réductions de loyer ainsi qu'une gratuité exceptionnelle de loyer pour 2 mois ont été accordées par le bailleur en 2011 et en 2015.

Par requête déposée le 27 août 2020, la société anonyme SOCIETE2.) SA (ci-après « la société SOCIETE2.) ») a fait convoquer la société SOCIETE1.) devant le tribunal de paix de Luxembourg pour constater, sous le bénéfice de l'exécution provisoire, la résiliation du contrat de bail avec effet au 6 juillet 2020, sinon prononcer la résiliation judiciaire, l'entendre condamner à lui payer une indemnité d'occupation à partir de la résiliation jusqu'au déguerpissement, différents montants à titre d'arriérés de loyers et d'avances sur charges, de décompte des charges, d'indemnité d'occupation pour un local archives et des parkings, une indemnité contractuelle de résiliation anticipée, une indemnité de relocation, une indemnité contractuelle d'indisponibilité ainsi que les frais de remise en état des lieux loués, outre les intérêts. Finalement elle réclame encore une indemnité de procédure.

La société SOCIETE2.) a fait appel à la garantie bancaire.

La société SOCIETE1.) a demandé, à titre reconventionnel, différents montants pour défaut de mise à disposition de deux placements de parkings et à titre de dommages et intérêts pour retrait abusif des emplacements de parking depuis août 2018. Elle demande la condamnation du bailleur à lui mettre à nouveau à disposition deux emplacements de parking, et à la reconstitution de la garantie bancaire

sauf pour un montant de 20.000 €. Elle sollicite le remboursement de différents montants à titre de loyer mis en compte à tort pour le hall d'entrée et à titre de remboursement du trop payé de charges locatives. Finalement elle réclame encore des dommages et intérêts et une indemnité de procédure.

Par jugement du 4 février 2021, le tribunal de paix de Luxembourg, siégeant en matière de bail commercial, a donné acte à la société SOCIETE2.) qu'elle renonce à faire condamner la société SOCIETE1.) à une indemnité d'occupation pour la durée du maintien dans les lieux après la date de résiliation du bail, a déterminé les créances de la société SOCIETE2.) envers la société SOCIETE1.), a constaté que, suite à l'appel de la garantie bancaire, ces créances étaient éteintes par compensation et qu'un montant de 24.985,72 € avait été appelé de trop, a débouté la société SOCIETE2.) de ses demandes en paiement d'arriérés de loyers, d'avances sur charges et de condamnation à de diverses indemnités. La société SOCIETE1.) a été déboutée de toutes ses demandes reconventionnelles, sauf que la société SOCIETE2.) a été condamnée à restituer la somme de 24.985,72 € injustement appelée à titre de garantie bancaire. La société SOCIETE1.) a été condamnée à reconstituer la garantie bancaire. Les deux parties ont été déboutées de leur demande en paiement d'une indemnité de procédure. L'exécution provisoire du jugement a été refusée.

De ce jugement, la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.) ont relevé appel par actes d'huissier des 17 et 18 mars 2021.

Le tribunal d'arrondissement a statué sur ces appels par un jugement rendu en date du 12 juillet 2021, dont le dispositif est libellé comme suit :

« ordonne la jonction des affaires inscrites sous les numéros TAL-2021-02935 et TAL-2021-03029 du rôle,

reçoit les appels en la forme,

donne acte à la société anonyme SOCIETE2.) S.A. de l'augmentation de ses demandes,

déclare l'appel de la société anonyme SOCIETE2.) S.A. partiellement fondé,

déclare l'appel de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. non fondé,

dit que la créance de la société anonyme SOCIETE2.) S.A. s'élève à la somme de 396.611,24 euros,

après compensation judiciaire dit que la créance de la société anonyme SOCIETE2.) S.A. s'élève à la somme de 183.516,81 (396.611,24 – 213.094,43) euros,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. à payer à la société anonyme SOCIETE2.) S.A. la somme de 183.516,81 euros, avec les intérêts conventionnels sur la somme de 101.822,27 euros à partir du 27 août 2020, et sur la somme de 81.694,54 euros à partir du 7 juin 2021, chaque fois jusqu'à solde,

dit prescrite la demande de société anonyme SOCIETE2.) S.A. tendant à la condamnation de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. aux arriérés de décompte charges pour l'année 2015,

nomme consultant

Maître X.¹

avec la mission de déterminer le montant redû par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. à titre de charges pour les années 2016 à 2020 en fonction de la clé de répartition convenue et fixée dans le contrat de bail conclu entre parties,

[...]²

fixe la continuation des débats à l'audience publique du mercredi, 15 décembre 2021 à 9.00 heures, salle JT 1.02 (tribunal de jeunesse),

résilie le contrat de bail conclu entre parties,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. à déguerpir des lieux loués avec tous ceux qui s'y trouvent de son chef dans les trois mois suivant la signification du présent jugement,

au besoin, autorise la société anonyme SOCIETE2.) S.A. à faire expulser la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. dans la forme légale et aux frais de cette dernière, récupérables sur simple présentation des quittances des ouvriers y employés,

par réformation, réserve la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. tendant au remboursement du trop payé de charges locatives,

confirme le jugement rendu en première instance en ce que le juge de première instance a rejeté toutes les autres demandes reconventionnelles de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. tendant à l'allocation de dommages et intérêts,

confirme le jugement rendu en première instance en ce que le juge de première instance a rejeté les demandes tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. et de la société anonyme SOCIETE2.) S.A. pour la première instance,

dit recevables mais non fondées les demandes de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. et de la société anonyme SOCIETE2.) S.A. tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

par réformation, condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. aux frais et dépens de la première instance,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à.r.l. aux frais et dépens de l'instance d'appel,

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement. »

¹ Nous avons abrégé le dispositif

² Nous avons abrégé le dispositif

Ce jugement fait l'objet du présent pourvoi.

Sur le premier moyen de cassation :

Le premier moyen de cassation est tiré de la violation de la règle de droit et plus précisément de la fausse interprétation, sinon la fausse application des articles 153, 264 et 585 du Nouveau code de procédure civile.

L'article 585 du Nouveau code de procédure civile dispose qu'«*outre les mentions prescrites à l'article 153 et à l'article 154 l'appel contient à peine de nullité:*

- 1) *la constitution de l'avocat de l'appelant,*
- 2) *le délai de 15 jours dans lequel l'intimé est tenu de constituer avocat,*
- 3) *l'indication du jugement ainsi que, le cas échéant, les chefs du jugement auxquels l'appel est limité.»*

Aux termes de l'article 153 du même code, « *Tout acte d'huissier de justice indique à peine de nullité, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs:*

- 1) *sa date;*
 - 2) *a) si le requérant est une personne physique: ses nom, prénoms, profession et domicile,*
b) si le requérant est une personne morale: sa forme, sa dénomination et son siège social.
- Au cas où le requérant est inscrit au registre de commerce, l'indication du numéro sous lequel il est inscrit lorsque l'action trouve sa cause dans un acte de commerce;*
- 3) *les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier de justice;*
 - 4) *les nom, prénoms, profession et domicile du destinataire;*
 - 5) *les formalités de la signification de l'acte. »*

L'article 264 du même code dispose :

« Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.

Aucune nullité pour vice de forme des exploits ou des actes de procédure ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse. »

Le moyen n'indique pas en quoi le jugement dont pourvoi aurait violé chacune des dispositions visées au moyen. Or, aux termes de l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou chaque élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture, et il doit indiquer la partie attaquée de la décision et préciser en quoi celle-ci encourt le reproche allégué, le tout sous peine d'irrecevabilité. L'exposé du moyen ne comporte pas ces précisions, de sorte que le moyen doit être déclaré irrecevable.

Subsidiairement :

Le moyen fait grief au jugement attaqué d'avoir retenu que l'acte d'appel de la défenderesse en cassation n'encourait pas la nullité, alors que la société défenderesse en cassation ne disposait pas

de siège connu. L'acte d'appel de la partie défenderesse en cassation aurait indiqué le même siège social que celui indiqué dans l'acte d'appel de la demanderesse en cassation ayant donné lieu à un procès-verbal de recherche lors de la signification effectuée la veille. La demanderesse en cassation fait valoir que l'absence de siège social rendrait impossible toute signification, sinon exécution d'une décision de justice qui serait défavorable à la partie défenderesse en cassation.

Sous le couvert de la violation des dispositions visées au moyen, la demanderesse en cassation tend à remettre en discussion l'appréciation par les juges du fond de l'existence d'un grief dans le chef de la demanderesse. A condition que cette appréciation se fasse *in concreto*³, cette question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Plus subsidiairement :

Dans un arrêt du 20 décembre 2012⁴, votre Cour a décidé qu' « *une éventuelle difficulté d'exécution de la décision à intervenir constitue un préjudice hypothétique* » et qu'en retenant un tel préjudice, les juges du fond ont violé l'article 264 du Nouveau code de procédure civile.

C'est dès lors à juste titre que les juges d'appel ont décidé que la société SOCIETE1.) restait en défaut d'établir le grief subi et qu'ils n'ont pas annulé l'acte d'appel de la défenderesse en cassation en se basant sur une éventuelle difficulté de signification ou d'exécution de la décision à intervenir.

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation:

Le deuxième moyen est tiré de la violation de la règle de droit et plus précisément de la fausse interprétation, sinon de la fausse application de l'article 1722 du Code civil.

Le moyen est articulé en deux branches, la première ayant trait au non-paiement intégral des loyers durant la période COVID et la seconde ayant trait au non-paiement des avances sur charges durant cette même période.

Le moyen fait grief au jugement attaqué d'avoir décidé que la théorie des risques et l'article 1722 du Code civil ne trouvaient pas d'application. Ce serait à tort que les juges d'appel auraient retenu qu'il n'y avait pas de perte juridique de la chose louée au sens de l'article 1722 du Code civil, de sorte que la demanderesse en cassation ne pouvait se prévaloir de cette disposition pour justifier le non-paiement intégral, respectivement pour demander la réduction des montants dus à titre de loyer, respectivement d'avances sur charges, durant les périodes de fermeture imposées par les autorités.

L'article 1722 du Code civil dispose :

« 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,

³ Arrêt n° 36/13 du 2 mai 2013, n° 3172 du registre

⁴ Arrêt n° 67/12 du 20 décembre 2012, n° 3093 du registre

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. »

Le deuxième moyen reste en défaut d'indiquer les dispositions attaquées de la décision dont pourvoi⁵ et de formuler des conclusions dont l'adjudication est demandée.

Le rejet de la théorie des risques s'est reflété au niveau du dispositif en ce que l'appel de la société SOCIETE1.) a été déclaré non fondé et qu'après compensation judiciaire la créance de la société SOCIETE2.) a été fixée à la somme de 183.516,81 euros.

Or, dans le cadre de la première branche du moyen, la demanderesse en cassation se limite à critiquer certains extraits de la motivation du jugement attaqué :

- *« que pour arriver à la conclusion que l'article 1722 du Code civil ne trouvait pas application, le Tribunal d'arrondissement a retenu à tort en l'espèce que « les mesures sanitaires mises en place successivement par les autorités compétentes, frappent non pas l'immeuble donné en location, mais bien le commerce, à savoir l'activité ou l'exploitation du locataire » (cf. p. 60 du jugement du Tribunal d'arrondissement n° 2021 TALCH14/00108 du 12 juillet 2021) »⁶*
- *que le Tribunal d'arrondissement n'a pas pu retenir valablement que « ce n'est pas la chose louée mais bien l'activité de fitness en présentiel qui est affectée par les prédites dispositions réglementaires et légales. »⁷*
- *que c'est à tort que le Tribunal d'arrondissement a évoqué l'«organisation de cours de fitness online » qui avait été vaguement évoquée par la partie adverse (cf. page 60 de la décision a quo)⁸ »*

Les juges d'appel ont conclu à l'absence de perte juridique au sens de l'article 1722 du Code civil sur base de la motivation suivante :

« Cette disposition [l'article 1722 du Code civil] constitue un cas d'application de la théorie des risques particulier à la perte par cas fortuit. Cette théorie des risques, - qui est applicable en matière de bail -, prévoit que lorsque l'exécution de l'obligation de l'une des parties devient impossible par suite de cas fortuit ou de force majeure, le débiteur de cette obligation est libéré (cf. Cass. belge, 10 septembre 1965, Pas. Belge, 1966, I, 52 ; Cass. belge, 17 septembre 1982, Pas. Belge, 1983, I, 81; TAL, 30 mars 2021, n° TAL-2020-09641; TAL, 11 mai 2021, n° TAL-2020-00361).

On distingue traditionnellement la perte totale de la perte partielle.

Il y a aussi perte au sens de l'article 1722 du Code civil, lorsque la jouissance, telle que les parties l'ont voulue en contractant, n'est plus possible, eu égard notamment à la destination convenue dans le bail. La privation de la jouissance doit avoir son origine dans la chose elle-

⁵ Même si le mémoire en cassation comporte une rubrique « dispositions attaquées » à la page 7

⁶ page 11 du mémoire en cassation, avant-dernier alinéa

⁷ *ibidem*, page 12, dernier alinéa

⁸ *ibidem*, page 13, deuxième alinéa

même (cf. M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *Les Nouvelles, Le louage de choses, I, Les baux en général*, 2e ed., n° 420).

L'article précité ne concerne donc pas seulement le cas de perte totale ou partielle de la chose mais s'étend aussi au cas où le preneur se trouve dans l'impossibilité de jouir des lieux loués ou d'en faire un usage conforme à leur destination. L'article 1722 du Code civil sera applicable au cas où, sans qu'il y ait eu détérioration matérielle, le preneur se trouvera, par suite des circonstances, dans l'impossibilité de jouir de cet immeuble et d'en faire usage conformément à sa destination.

En application de l'article 1722 du Code civil, il faut que la privation de jouissance subie par le preneur ait son origine dans la chose elle-même, à savoir l'immeuble loué et que l'impossibilité de fournir la jouissance telle qu'elle a été prévue au contrat soit définitive.

La pandémie liée au Covid-19 a frappé le monde entier et les gouvernements des différents pays ont adopté des mesures rigoureuses pour lutter contre la propagation du virus.

Au Luxembourg, le Gouvernement a également adopté de telles mesures, y compris celles consistant à imposer temporairement la fermeture des commerces et magasins, à l'exception de certains secteurs considérés comme essentiels.

En particulier, tel que relevé précédemment, par règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 en son article 2, les autorités compétentes ont décidé que « concernant les établissements recevant du public, les activités de nature culturelle, sociale, festive, sportive et récréative sont suspendues. Les aires de jeux sont fermées. Les établissements relevant des secteurs culturel, récréatif, sportif et ORGANISATION1.) sont fermés. Il en est de même des cantines d'entreprises, sauf dans le respect d'une distance interpersonnelle de deux mètres. L'interdiction ne vise pas les services à emporter, de drive-in et de livraison à domicile. L'interdiction ne vise pas les hôtels. Toutefois, les restaurants et les bars d'hôtel, à l'exception du room-service et du service à emporter, sont fermés. »

L'article 3 alinéa 1er du règlement grand-ducal précité poursuit, « Toutes les activités commerciales et artisanales qui accueillent un public sont interdites », à l'exception des activités énumérées en son paragraphe 2.

Aux termes de l'article 3 quinquies introduit par la loi du 25 novembre 2020 modifiant, entre autres, 1° la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19, entrée en vigueur le 26 novembre 2020, les établissements relevant du secteur sportif sont fermés au public, à l'exception des installations du Centre national sportif et culturel qui restent accessibles aux sportifs d'élite.

Suivant les dispositions de la loi du 9 janvier 2021 modifiant la loi modifiée du 17 juillet 2020 précitée, entrée en vigueur le 11 janvier 2021, ces interdictions susmentionnées ont été abrogées.

Ainsi, les mesures réglementaires et légales prises successivement par les autorités compétentes ont pour seul objectif d'interdire les activités qui pourraient favoriser la propagation du Covid-19.

Les interdictions ordonnées ne visent partant que l'exploitation et non l'immeuble en tant que tel. En effet, les décisions gouvernementales entraînant la fermeture temporaire, entre autres, des établissements de nature sportive tel que les centres de fitness, s'inscrivent dans la lignée des décisions visant uniquement l'exploitation d'un commerce et n'interviennent pas dans la relation contractuelle entre un bailleur et un locataire.

Au vu de l'ensemble des considérations précédentes, il y a lieu de retenir que les mesures sanitaires mises en place successivement par les autorités compétentes, frappent non pas l'immeuble donné en location mais bien le commerce, à savoir l'activité ou l'exploitation du locataire. L'interdiction d'exploiter est partant sans lien avec le bien loué en tant que tel, mais bien avec les activités du locataire.

Il convient également de relever que les dispositions réglementaires et légales imposant la fermeture de certains établissements n'interdisent pas toutes les activités commerciales comme par exemple l'organisation online de cours de fitness. Ainsi, la fermeture imposée par les autorités compétentes n'a pas nécessairement pour effet de rendre l'exécution du contrat de location totalement impossible car les activités commerciales susmentionnées restent possibles et peuvent être organisées.

Par conséquent, ce n'est pas la chose louée mais bien l'activité de fitness en présentiel qui est affectée par les prédites dispositions réglementaires et légales.

Il n'y a dès lors pas perte juridique au sens de l'article 1722 précité, de sorte que, par réformation du jugement entrepris, la locataire ne peut pas se prévaloir desdites dispositions pour justifier le non-paiement intégral respectivement pour demander la réduction du loyer, conformément à ce qui a été décidé par le jugement entrepris (cf. TAL, 30 mars 2021, n° TAL-2020-09641 ; TAL, 11 mai 2021, n° TAL-2020-003621). »⁹

La demanderesse en cassation se contente de reprocher à la décision entreprise d'avoir retenu que les mesures sanitaires mises en place successivement par les autorités compétentes ne frappent pas l'immeuble donné en location, mais l'activité du locataire. Par contre, elle ne critique nullement cette décision en ce qu'elle a retenu que, pour qu'il y ait perte juridique au sens de l'article 1722 du Code civil, la privation de jouissance doit non seulement frapper l'immeuble, mais qu'elle doit, de surcroît, trouver son origine dans la chose elle-même. Elle n'expose d'ailleurs pas en quoi le vice dénoncé aurait dû avoir une influence sur la disposition attaquée du pourvoi.

La première branche est principalement irrecevable pour ne pas contenir les indications requises par l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, et pour être dirigée contre les seuls motifs de la décision entreprise.

Subsidiairement, elle est inopérante pour être sans incidence déterminante sur le dispositif.¹⁰

Dans le cadre de la deuxième branche du moyen, la demanderesse en cassation critique le jugement entrepris en ce qu'il a retenu « *concernant les avances trimestrielles pour la période d'ouverture des centres de fitness, il n'y a pas lieu d'accorder des remises, à l'instar des développements faits au sujet des loyers* » (cf. page 68 du jugement du 12 juillet 2021) ». ¹¹

⁹ Pages 58 et 59 du jugement du 12 juillet 2021 (nous soulignons)

¹⁰ Jacques et Louis Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 5^e éd. 2015/2016, n° 83.09 et n° 83.30

¹¹ Page 14 du mémoire en cassation, 2^{ème} alinéa

Cette partie de la motivation du jugement a trait à la « période post-COVID » pendant laquelle les centres de fitness étaient ouverts, alors que dans l'exposé du moyen, la demanderesse en cassation expose « *que d'autre part, le non-paiement des avances sur charges durant la période COVID était également justifié alors qu'il y avait perte juridique de la chose louée en sens de l'article 1722 du Code civil (branche 2)* ». ¹²

La disposition attaquée ne correspond dès lors pas à l'exposé du moyen.

La deuxième branche est irrecevable.

Sur le troisième moyen de cassation:

Le troisième moyen est tiré de la violation de la règle de droit et plus précisément de la fausse interprétation, sinon de la fausse application des articles 1719 et 1134-2 du Code civil.

Le moyen est articulé en deux branches, la première ayant trait au non-paiement intégral des loyers durant la période COVID et la seconde ayant trait au non-paiement des avances sur charges durant cette même période.

Le moyen fait grief au jugement attaqué d'avoir décidé que l'exception d'inexécution ne trouvait pas application et que la demanderesse en cassation n'aurait pas été privée de la jouissance de la chose louée durant la période COVID (fermeture obligatoire). Il est encore fait grief à la décision entreprise d'avoir retenu que le principe de l'exception d'inexécution ne s'appliquait pas au motif que l'impossibilité pour la demanderesse en cassation d'exercer son activité n'était pas la conséquence d'un manquement du bailleur.

L'article 1134-2 du Code civil dispose :

« Lorsqu'une des parties reste en défaut d'exécuter une des obligations à sa charge, l'autre partie peut suspendre l'exécution de son obligation formant la contre-partie directe de celle que l'autre partie n'exécute pas, à moins que la convention n'ait prévu en faveur de cette partie une exécution différée. »

Aux termes de l'article 1719 du même code, « *le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière:*

- 1° de délivrer au preneur la chose louée;*
- 2° d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée;*
- 3° d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. »*

Le troisième moyen reste en défaut d'indiquer les dispositions attaquées de la décision dont pourvoi et de formuler des conclusions dont l'adjudication serait demandée.

¹² Page 10 du mémoire en cassation (Nous soulignons)

Le rejet de l'exception d'inexécution s'est reflété au niveau du dispositif en ce que l'appel de la société SOCIETE1.) a été déclaré non fondé et qu'après compensation judiciaire la créance de la société SOCIETE2.) a été fixée à la somme de 183.516,81 euros.

Or, dans le cadre de la première branche du moyen, la demanderesse en cassation se limite à critiquer un extrait de la motivation du jugement attaqué :

« que c'est à tort que le jugement du tribunal d'arrondissement retient que « la fermeture temporaire de l'établissement n'a pas pour effet de supprimer toute possibilité de jouissance des lieux » (cf. p. 58 du jugement du 12 juillet et supra, premier moyen, première branche) »¹³

Les juges d'appel ont conclu que les conditions d'application de l'exception d'inexécution ne sont pas remplies en se basant sur la motivation suivante :

«Aux termes de l'article 1728 du Code civil, le locataire est tenu de deux obligations principales : user de la chose louée en bon père de famille et payer le prix du bail aux termes convenus.

Aux termes de l'article 1719 du même code, le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière de délivrer au preneur la chose louée, d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour laquelle elle a été louée et de le faire jouir paisiblement pendant la durée du bail.

Dans le contrat de bail, comme dans tout contrat synallagmatique, ces deux obligations doivent être exécutées simultanément. Chacune des parties n'est en droit d'exiger la prestation qui est due qu'autant qu'elle offre d'exécuter la sienne. Réciproquement, elle peut refuser d'exécuter sa prestation tant que le cocontractant n'offre pas lui-même d'exécuter.

Ce refus se manifeste par l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution, prévue à l'article 1134-2 du Code civil, ne permet au locataire de suspendre l'exécution de son obligation de payer les loyers que si le bailleur ne s'exécute pas lui-même de ses propres obligations contractuelles.

L'exception d'inexécution ne peut dès lors jouer qu'en cas de nécessité. Le preneur ne doit user de ce moyen de se faire à soi-même justice provisoire que s'il n'a pas à sa disposition des moyens plus normaux pour arriver à ses fins.

Il incombe dès lors à l'appelante de rapporter la preuve de l'inexécution par le bailleur de ses obligations contractuelles.

En particulier, le preneur reproche à son bailleur de l'avoir privé de la jouissance paisible des lieux loués pendant la période de fermeture légale du restaurant.

Au vu dispositions précitées de l'article 1719 du Code civil, le bailleur est tenu de trois obligations principales, à savoir délivrer au preneur la chose louée, entretenir la chose en état de servir à l'usage convenue et faire jouir paisiblement le preneur pendant toute la durée du bail.

¹³ Page 19 du mémoire en cassation, page 19, 3^e alinéa

La livraison de la chose louée se réalise au début du bail. En effet, le locataire reçoit l'accès aux lieux et y installe son entreprise, conformément aux dispositions légales et contractuelles en cours.

L'obligation du bailleur de garantir une paisible jouissance à son locataire se réalise par contre pendant la durée du bail et est constituée par une interdiction dans le chef du bailleur de limiter ou d'annuler le droit d'usage de son locataire par tout fait ou par tout acte juridique dans son chef. L'obligation de respecter une jouissance paisible pendant la durée du bail est ainsi une obligation de ne pas faire. Le bailleur ne la respectera pas pour autant qu'une faute ou négligence lui soit reprochable.

Cette dernière obligation de garantir une jouissance paisible comprend aussi trois aspects, à savoir la garantie du fait personnel, la garantie des vices cachés et la garantie du fait des tiers imposant au bailleur de garantir le preneur de tout trouble provenant de tiers qui prétendraient avoir des droits sur la chose.

Au Luxembourg, le Gouvernement a adopté des mesures consistant, entre autres, à imposer temporairement la fermeture des commerces et magasins, à l'exception de certains secteurs considérés comme essentiels.

Contrairement à la position soutenue par l'appelante, l'impossibilité temporaire pour le preneur-exploitant d'un centre de fitness d'exercer son activité dans les lieux loués à cause de la fermeture ordonnée n'est pas la conséquence d'un manquement du bailleur à cette triple obligation de garantie d'assurer la jouissance paisible, mais bien d'une décision des autorités qui s'impose à lui.

Il convient d'ajouter que la fermeture temporaire de l'établissement n'a pas pour effet de supprimer toute possibilité de jouissance des lieux : le preneur conserve la possibilité d'y maintenir son matériel d'exploitation, ses stocks, d'exécuter des travaux d'améliorations ou de rénovation. Le cas échéant, le preneur peut exploiter les lieux différemment, conformément à sa destination et en respectant les limites de l'interdiction gouvernementale.

Par ailleurs, la locataire a conservé l'exclusivité de l'accès aux lieux, car elle est restée, pendant toute la période litigieuse, en possession de la chose louée, de sorte qu'elle en avait la jouissance (cf. TAL, 16 février 2021, n° TAL-2021-00053).

Par conséquent, le bailleur n'ayant pas manqué à son obligation de faire jouir le preneur, le moyen tiré de l'exception d'inexécution est à rejeter. »¹⁴

Le rejet de l'exception d'inexécution repose donc sur la motivation que le bailleur n'avait pas manqué à ses obligations, étant donné que l'impossibilité temporaire pour le locataire d'exercer son activité dans les lieux loués était la conséquence d'une décision des autorités.

Le demandeur en cassation se limite à critiquer le motif selon lequel « la fermeture temporaire de l'établissement n'a pas pour effet de supprimer toute possibilité de jouissance des lieux ». Or, ce motif n'est pas nécessaire au soutien du dispositif. En effet le seul constat de l'absence de manquement du bailleur à ses obligations suffit pour justifier le dispositif. Le constat additionnel

¹⁴ Pages 56-58 du jugement du 12 juillet 2021 (nous soulignons)

que la possibilité de jouissance des lieux n'a pas été supprimée totalement n'a pas d'incidence sur le dispositif.

La première branche est principalement irrecevable pour ne pas contenir les indications requises par l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, sinon, subsidiairement, cette branche est dirigée contre un motif surabondant et ne saurait être accueillie.

Dans le cadre de la deuxième branche du moyen, la demanderesse en cassation critique le jugement entrepris en ce qu'il a retenu « *concernant les avances trimestrielles pour la période d'ouverture des centres de fitness, il n'y a pas lieu d'accorder des remises, à l'instar des développements faits au sujet des loyers* » (cf. page 68 du jugement du 12 juillet 2021) ». ¹⁵

Cette partie de la motivation du jugement a trait à la « période post-COVID » pendant laquelle les centres de fitness étaient ouverts, alors que l'exposé du moyen fait valoir « *que d'autre part, le non-paiement des avances sur charges durant la période COVID était également justifié alors qu'il y avait perte juridique de la chose louée en sens de l'article 1722 du Code civil (branche 2)* ». ¹⁶

La disposition attaquée ne correspond dès lors pas à l'exposé du moyen.

La deuxième branche est irrecevable.

Sur le quatrième moyen de cassation:

Le quatrième moyen est tiré de la violation de la règle de droit et plus précisément de la fausse interprétation, sinon de la fausse application des articles 6-1 et 1134 du Code civil.

Le moyen est articulé en deux branches, la première ayant trait au fait que le bailleur exige le paiement du loyer complet pour les mois pendant lesquels les centres sportifs ont rouvert (loyers post-COVID) et n'accorde qu'une diminution des loyers à hauteur de 50 % pour la période de fermeture imposée (loyers COVID), et la seconde ayant trait au fait que le bailleur exige le paiement complet des avances sur charges pour les mois pendant lesquels les centres sportifs ont rouvert (avances post-COVID) et n'accorde qu'une diminution de ces avances à hauteur de 50 % pour la période de fermeture imposée (avances COVID).

L'article 6-1 du Code civil dispose :

« Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus. »

Aux termes de l'article 1134 du même code, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

¹⁵ Page 14 du mémoire en cassation, 2^{ème} alinéa

¹⁶ Page 10 du mémoire en cassation (Nous soulignons)

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Il ressort de l'exposé du moyen que c'est le troisième alinéa de l'article 1134 qui est visé.

Le quatrième moyen reste en défaut d'indiquer les dispositions attaquées de la décision dont pourvoi.

La décision des juges d'appel d'accorder une réduction des loyers à hauteur de 50 % pour la période COVID et de retenir que le bailleur était en droit d'exiger le paiement complet des loyers et charges pendant la période où les centres sportifs étaient ouverts (période post COVID), s'est reflétée au niveau du dispositif en ce qu'après compensation judiciaire la créance de la société SOCIETE2.) a été fixée à la somme de 183.516,81 euros.

Or, dans le cadre de la première branche du moyen, la demanderesse en cassation se limite à critiquer quelques extraits de la motivation du jugement attaqué :

- *« que le Tribunal d'arrondissement a à tort retenu que concernant les loyers Post Covid - 19 que « le bailleur ne commet pas d'abus de droit, respectivement manque à son obligation de bonne foi et de loyauté en exigeant le paiement du loyer complet pour les mois pendant lesquels les centres sportifs ont été ouverts (cf. p.65 du jugement du 12 juillet 2021) ¹⁷*
- *que c'est également à tort que le Tribunal d'arrondissement a évoqué l'«organisation de cours de fitness online » qui avait été vaguement invoquée par la partie adverse (cf. page 64 de la décision a quo) pour en conclure que le club SOCIETE2.) « a indubitablement profité au moins d'un usage partiel des lieux » (cf. page 63 du jugement a quo). »*

L'indication des dispositions attaquées est incomplète dans la mesure où le pourvoi ne saurait être dirigé contre les seuls motifs de la décision entreprise. La première branche doit être déclarée irrecevable sur base de l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Cette branche est encore irrecevable en ce qu'elle comporte plusieurs griefs différents :

Il est tout d'abord reproché au jugement entrepris d'avoir retenu que le bailleur ne manquait pas à son obligation de bonne foi, respectivement ne commettait pas d'abus de droit en exigeant le paiement du loyer complet pour les mois pendant lesquels les centres sportifs ont été rouverts (loyers Post-COVID).

Ensuite il est reproché à ce même jugement d'avoir retenu que le bailleur avait manqué à son obligation de loyauté et avait commis un abus de droit concernant les loyers COVID (période de fermeture imposée), mais n'a accordé qu'une diminution des loyers qu'à hauteur de 50% durant cette période au lieu d'exempter totalement le locataire de son obligation de s'acquitter du loyer durant cette période.¹⁸

¹⁷ Page 24 du mémoire en cassation

¹⁸ Page 23 du mémoire en cassation,

Ensuite, il est encore reproché au jugement attaqué de ne pas avoir tenu compte des jauges et des conditions sanitaires et de distanciation sociale à respecter lors de la réouverture des établissements en vue des activités sportives.

Il est encore reproché au jugement en question d'avoir évoqué l'organisation de cours de fitness online pour en conclure que le club SOCIETE2.) « *a indubitablement profité au moins d'un usage partiel des lieux* » (cf. page 63 du jugement *a quo*).

Finalement la demanderesse en cassation fait valoir qu'en outre, nul ne saisit pourquoi le Tribunal a supputé sans même le vérifier que le locataire avait dû « normalement dû bénéficier des aides » étatiques pour en arriver à ses conclusions contestées (seulement 50% de déduction accordée concernant les loyers COVID et aucune diminution accordée pour les loyers post-COVID).

Aux termes de l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture. En formulant plusieurs griefs totalement différents, la première branche ne respecte pas cette exigence, de sorte qu'elle doit être déclarée irrecevable.

Dans le cadre de la deuxième branche du moyen, la demanderesse en cassation cite exclusivement un extrait du jugement entrepris qui a retenu que « *concernant les avances trimestrielles pour la période d'ouverture des centres de fitness, il n'y a pas lieu d'accorder des remises, à l'instar des développements faits au sujet des loyers* » (cf. page 68 du jugement du 12 juillet 2021) ». ¹⁹

Cette partie de la motivation du jugement a exclusivement trait à la « période post-COVID » pendant laquelle les centres de fitness étaient ouverts, alors que l'exposé du moyen reproche au jugement entrepris d'avoir « *retenu que le bailleur ne commet pas d'abus de droit, respectivement ne manque pas à son obligation de bonne foi et de loyauté en exigeant le paiement du loyer et avances sur charges complets pour les mois pendant lesquels les centres sportifs ont été rouverts (loyers post-Covid) et en n'accordant qu'une diminution des loyers et avances sur charges qu'à hauteur de 50 % pour la période de fermeture imposée (loyers COVID)* ». ²⁰

La disposition attaquée ne correspond dès lors que partiellement à l'exposé du moyen. Aucune disposition attaquée n'est citée en ce qui concerne les avances correspondant à la période pendant laquelle les centres sportifs étaient fermés (période COVID).

L'indication des dispositions attaquées est encore incomplète dans la mesure où le pourvoi ne saurait être dirigé contre les seuls motifs de la décision entreprise. La deuxième branche doit être déclarée irrecevable sur base de l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

La deuxième branche est irrecevable.

¹⁹ Page 14 du mémoire en cassation, 2^{ème} alinéa

²⁰ Page 22 du mémoire en cassation, dernier alinéa

Sur le cinquième moyen de cassation:

Le cinquième moyen est tiré de la violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution et de l'article 1134 du Code civil.

Le moyen est articulé en deux branches, la première ayant trait à la réduction des loyers durant la période post-COVID et la seconde ayant trait à la réduction des avances sur charges durant cette même période. L'argumentation juridique étant identique pour les deux branches, les mêmes conclusions s'imposent pour les deux branches.

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture et chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi la décision attaquée encourt le reproche allégué.

Le moyen articule la violation de 1134 du Code civil, qui porte sur la force obligatoire et l'exécution de bonne foi des conventions, et l'article 10 bis de la Constitution ayant trait à l'égalité devant la loi, partant des cas d'ouverture distincts.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Il est encore irrecevable en ce que l'article 10 bis de la Constitution est étranger au grief invoqué. Il est en effet fait grief à la juridiction d'appel d'avoir accordé des réductions de loyers et de charges à certaines catégories de personnes se trouvant dans une situation comparable à celle de la demanderesse en cassation. Plus spécialement la demanderesse en cassation invoque deux jugements rendus par la même juridiction dans d'autres affaires, dans lesquelles elle aurait statué différemment. Elle n'invoque partant pas une inégalité devant la loi, la discrimination alléguée ne trouvant pas son origine dans un texte de loi.

S'y ajoute que le moyen n'indique nullement en quoi le jugement entrepris aurait violé l'article 1134 du Code civil.

Le moyen est irrecevable en ses deux branches.

Sur le sixième moyen de cassation:

Le sixième moyen est tiré de la violation de l'article 10 *bis* (1) de la Constitution.

Il est fait grief à la juridiction d'appel d'avoir prononcé la résiliation judiciaire du contrat de bail, alors que dans deux jugements rendus par la même juridiction dans d'autres affaires, aucune résiliation du bail n'aurait été prononcée, alors que les situations auraient été comparables à celle de la demanderesse en cassation.

La discrimination alléguée ne trouve pas son origine dans un texte de loi, mais dans l'appréciation par les juges des circonstances factuelles de chaque cas d'espèce. L'article 10 *bis* de la Constitution garantissant l'égalité devant la loi est étranger au grief invoqué.

Le moyen est irrecevable.

Sur le septième moyen de cassation:

Le septième moyen de cassation est tiré du défaut de base légale et de la violation des articles 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, des articles 58, 64 et 65 du Nouveau code de procédure civile, à savoir le non-respect du principe du contradictoire et la violation des droits de la défense.

Le moyen est articulé en deux branches, la première concernant deux emplacements de parking et la deuxième concernant le hall d'entrée. L'argumentation juridique étant identique pour les deux branches, les mêmes conclusions s'imposent pour les deux branches.

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture et chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi la décision attaquée encourt le reproche allégué.

Le moyen articule tant le défaut de base légale, c'est-à-dire une insuffisance de la motivation du jugement entrepris, que la violation de la loi (*in specie* l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif à plusieurs garanties procédurales différentes, l'article 58 du Nouveau code de procédure civile relatif à la charge de la preuve, les articles 64 et 65 du Nouveau code de procédure civile relatifs au principe du contradictoire), partant plusieurs cas d'ouverture distincts.

S'y ajoute que la demanderesse en cassation n'indique pas quelles dispositions du jugement sont attaquées par ce moyen, en quoi les dispositions invoquées auraient été violées et quelles sont les conclusions dont l'adjudication est demandée.

Le moyen est irrecevable en ses deux branches.

Plus subsidiairement :

Sous le couvert de la violation des dispositions visées au moyen, le moyen tend à remettre en discussion l'appréciation par les juges du fond des éléments de preuve leur soumis. Or, cette appréciation est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Le premier avocat général

MAGISTRAT7.)