

# L'obligation de payer le loyer pour les locataires de locaux commerciaux en période de coronavirus

MÉMOIRE

présenté

par

**Romane Duperret**

sous la direction du

**Professeur Laurent Bieri**

Lausanne, 13 mai 2022

# Table des matières

<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>II</b>
<b>TABLE DES ARRÊTS</b> .....	<b>VI</b>
<b>TABLE DES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>VII</b>
<b>I. INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>II. HYPOTHÈSES</b> .....	<b>2</b>
A. GARANTIE POUR LES DÉFAUTS, ART. 259A SS CO.....	2
1. <i>Notions</i> .....	2
a) Usage pour lequel une chose a été louée .....	3
i) Usage convenu.....	3
ii) Usage habituel .....	5
b) État approprié de la chose.....	5
c) Types de défauts .....	6
2. <i>Mesures sanitaires comme défaut de la chose louée</i> .....	6
a) Usage convenu .....	7
b) Usage habituel.....	8
c) Types de défauts .....	8
d) Caractère approprié de la chose .....	9
B. IMPOSSIBILITÉ OBJECTIVE SUBSÉQUENTE, ART. 119 CO.....	11
1. <i>Notions</i> .....	11
a) Conditions de l'impossibilité.....	11
i) Impossibilité .....	11
ii) Impossibilité durable .....	14
iii) Impossibilité subséquente.....	15
iv) Impossibilité non imputable au débiteur .....	15
b) Effet de l'impossibilité.....	15
c) Impossibilité partielle .....	15
2. <i>Mesures sanitaires causant une impossibilité objective subséquente</i> .....	16
a) Condition de l'impossibilité.....	16
b) Condition de durabilité .....	17
c) Autres conditions .....	18
d) Conséquences.....	18
C. ADAPTATION DU CONTRAT PAR LE JUGE.....	19
1. <i>Généralités</i> .....	19
a) Conditions de l'adaptation du contrat par le juge .....	20
i) Changement de circonstances.....	21
ii) Imprévisibilité.....	21
iii) Changement de circonstances non imputable à la partie voulant s'en prévaloir.....	22
iv) Perturbation de l'équivalence des prestations .....	22
b) Étendue de l'adaptation du contrat par le juge .....	22
2. <i>Application de la clausula rebus sic stantibus</i> .....	23
a) Subsidiarité de la <i>clausula rebus sic stantibus</i> .....	23
b) Conditions d'applications .....	24
c) Étendue de l'adaptation du contrat .....	25
<b>III. CASUISTIQUE</b> .....	<b>26</b>
1. <i>Arrêt du Tribunal des baux et loyers de Genève, JTBL/565/2021, du 28 juin 2021</i> .....	26
2. <i>Arrêt du Tribunal d'arrondissement de Zurich MJ210008-L (ZMP 2021 Nr. 10), du 2 août 2021</i> ...	28
3. <i>Arrêt du Tribunal civil du canton de Bâle-Ville MG.2021.20, du 28 janvier 2022</i> .....	29
<b>IV. PROJET DE LOI FÉDÉRALE SUR LES LOYERS ET FERMAGES PENDANT LES FERMETURES D'ÉTABLISSEMENT ET LES RESTRICTIONS VISANT À LUTTER CONTRE LE CORONAVIRUS (COVID-19) (LOI COVID-19 SUR LES LOYERS COMMERCIAUX)</b> .....	<b>30</b>
<b>V. CONCLUSION</b> .....	<b>32</b>

# Bibliographie

## Doctrine

AEPLI Viktor, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, in : GAUCH Peter (édit.), *Zürcher Kommentar, T. V/1h/1 : Das Erlöschen der Obligationen (art. 114-126 OR)*, 3<sup>e</sup> édition, Zurich 1991 (cité : ZK–AEPLI, art. [...] CO N [...]).

AUBERT Carole, *Les défauts de la chose louée*, in : BOHNET François (édit.), *17<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail*, Bâle 2012, pp. 1 ss.

BECKER Hermann, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, in : BECKER Hermann (édit.), *Berner Kommentar, T. VI/I : Allgemeine Bestimmungen (art. 1-183 OR)*, 2<sup>e</sup> édition, Berne 1941 (cité : BK–BECKER, art. [...] CO N [...]).

BEUTHIEN Volker, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tubingue 1969.

BOHNET François, *Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19*, 8 avril 2020, disponible sous : <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/> (consulté le 13 mai 2022).

BOHNET François/CARRON Blaise/MONTINI Marino (édits), *Commentaire pratique : Droit du bail à loyer et à ferme*, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017 (cité : CPra Bail–AUTEUR, art. [...] CO N [...]).

BRUTSCHIN Sarah/RUBLI Xavier/STASTNY Pierre, *Avis de droit sur mandat de l'Association suisse des locataires (ASLOCA) : Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de COVID-19*, 23 mars 2020, disponible sous : <https://www.asloca.ch/avis-de-droit/> (consulté le 13 mai 2022).

BURKHALTER Peter/MARTINEZ-FAVRE Emmanuelle, *Commentaire SVIT du droit du bail*, Lausanne 2011 (cité : SVIT–AUTEUR, art. [...] CO N [...]).

CONOD Philippe/BOHNET François, *Droit du bail - Fond et procédure*, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2021.

ENZ Benjamin V., *Clausula rebus sic stantibus : Insbesondere im Spiegel der Rechtsprechung*, Zurich 2018.

FOURIER Eugénie, *Les obligations contractuelles face au COVID-19*, Quid ? Fribourg Law Review, février 2020, disponible sous : <https://student.unifr.ch/quid/fr/revue/ancienneseditions.html> (consulté le 13 mai 2022).

GAUCH Peter, *Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – Einige Gedanken zum neuen Mietrecht*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 182 (1992), pp. 189 ss.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (OR AT)*, Band II, 11<sup>e</sup> édition, Zurich 2020.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./TERCIER Pierre, *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, Tome II, Zurich 1982.

GIGER Marcel, *Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit*, thèse, St-Gall 1992 (cité : GIGER, p. [...]).

HAEFELI Andrea/GALLI Dario/VISCHER Markus, *Coronavirus SARS-CoV-2 : Klärung mietrechtlicher Fragen*, Jusletter 14 avril 2020.

HIGI Peter, *Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der « Corona-Pandemie »*, 26 mars 2020, disponible sous : <https://www.hev-zuerich.ch/corona-mangel-an-der-mietsache/> (consulté le 13 mai 2022).

HIGI Peter/BÜHLMANN Anton/WILDISEN Christoph, *Vorbemerkungen zum 8. Titel (art. 253-273c OR), Art. 253-265 OR, Die Miete*, in : SCHMID Jörg (édit.), *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, 5<sup>e</sup> édition, Zurich 2019 (cité : ZK–AUTEUR, art. [...] CO N [...]).

IYNEDJIAN Marc, *COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l’obligation de payer le loyer*, 28 mars 2020, disponible sous : <https://cvi.ch/communication-medias/avis-de-droit-commande-par-la-fri-le-loyer-reste-du-sauf-accord-avec-le-bailleur-2/> (consulté le 13 mai 2022), (cité : IYNEDJIAN, avis de droit du 28.03.20, p. [...]).

IYNEDJIAN Marc, *COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l’obligation de payer le loyer*, 5 avril 2020, disponible sous : <https://cvi.ch/communication-medias/avis-de-droit-commande-par-la-fri-le-loyer-reste-du-sauf-accord-avec-le-bailleur-2/> (consulté le 13 mai 2022), (cité : IYNEDJIAN, avis de droit du 05.04.20, p. [...]).

LACHAT David, *Avis de droit – Opinion du Professeur Peter HIGI*, 27 mars 2020, disponible sous : <https://www.asloca.ch/avis-de-droit/> (consulté le 13 mai 2022), (cité : LACHAT, avis de droit du 27.03.20, p. [...]).

LACHAT David, *Avis de droit – Avis de droit de Me Marc IYNEDJIAN*, 1<sup>er</sup> avril 2020, disponible sous : <https://www.asloca.ch/avis-de-droit/> (consulté le 13 mai 2022), (cité : LACHAT, avis de droit du 01.04.20, N [...]).

LACHAT David, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019 (cité : LACHAT/COAUTEUR, p. [...]).

LACHAT David/BRUTSCHIN Sarah, *Le bail au temps du Coronavirus*, SJ 2020 II 111 ss.

MEIER Luca, *Mietrecht und Coronavirus (COVID-19) – Eine mietrechtliche Einschätzung der aktuellen Ausnahmesituation im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Fokus Geschäftsmiete)*, disponible sous : <https://www.sgmkverband.ch/mietrecht-und-coronavirus-covid-19.pdf> (consulté le 13 mai 2022).

MEYER Laure, *Avis de droit sur les loyers de locaux commerciaux en lien avec l’interruption d’activité – COVID-19*, 30 mars 2020, disponible sous : <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/> (consulté le 13 mai 2022).

OPPLIGER Damien, *Force majeure, clausula rebus sic stantibus & clauses contractuelles*, Revue de l’avocat 2022 pp. 75 ss.

PEDUZZI Roberto, *Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge*, MietRecht Aktuell 2020, pp. 3 ss.

PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance*, thèse, Fribourg 1997 (cité : PICHONNAZ, N [...]).

PICHONNAZ Pascal, *Un droit contractuel extraordinaire ou comment régler les problèmes contractuels en temps de pandémie*, Revue de droit suisse (numéro spécial : Pandémie et droit : contribution du droit à la maîtrise d'une crise globale), Bâle 2020 (cité : PICHONNAZ, RDS, p. [...]).

REICHLE Sebastian/STEHLE Bernhard, *Coronavirus und Geschäftsraummiete*, Jusletter 18 mai 2020.

RICHARD Philippe/TORRENT Amandine, *La problématique de l'obligation du locataire commercial de payer le loyer convenu nonobstant la fermeture provisoire de son local commercial en application de l'art. 6 al. 2 Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)*, Lausanne 31 mars 2020 (document tenu à la disposition du lecteur).

RUBLI Xavier, *Le loyer des locaux commerciaux provisoirement fermés suite aux mesures étatiques pour lutter contre le coronavirus (décision MG.2021.20)*, Newsletter Bail.ch, mai 2022.

SAVIAUX Nicolas, *Avis de droit (COVID-19 – paiement du loyer)*, 31 mars, 2 et 6 avril 2020, disponible sous : <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/> (consulté le 13 mai 2022).

SCHENKEL Mario, *Schiedsgerichtsentscheid betreffend Mietzinsherabsetzung infolge Betriebsschliessung COVID-19 Coronavirus*, Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG, 30 mars 2020, disponible sous : <https://www.rechtsanwalt-luzern.ch/coronavirus-covid-19/mietzinsherabsetzung> (consulté le 13 mai 2022).

SCHÖNLE Herbert, *L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations*, in : PETER Hans/STARK Emil W./TERCIER Pierre (édits), *Le centenaire du code des obligations*, Fribourg 1982.

TERCIER Pierre, *La « clausula rebus sic stantibus » en droit suisse des obligations*, JdT 1979 I 194 ss.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 6<sup>e</sup> édition, Genève/Zurich 2019.

TSCHUDI Matthias, *Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderung*, Zurich/Bâle/Genève 2005.

VISCHER Markus/HAEFELI Andrea/GALLI Dario, *Coronavirus SARS-CoV-2 : Bundesrätliche Veranstaltungs- und Betriebsverbote – Mietvertragliche Aspekte*, mars 2020, disponible sous : <https://www.walderwyss.com/fr/publications> (consulté le 13 mai 2022).

WERRO Franz/THÉVENOZ Luc (édits), *Commentaire romand : Code des obligations I*, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2021 (cité : CR CO I–AUTEUR, art. [...] CO N [...]).

WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David (édits), *Basler Kommentar : Obligationenrecht I*, 7e édition, Bâle 2020 (cité : BSK OR I–AUTEUR, art. [...] CO N [...]).

ZÜST Martin, *Die Mietzinsherabsetzung bei Mängeln am Beispiel des Fluglärms*, Mietrechtspraxis 2003, pp. 145 ss.

## Législation et textes officiels

Communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 mars 2020, Coronavirus : le Conseil fédéral qualifie la situation de « situation extraordinaire » et renforce les mesures, disponible sous : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-78454.html> (consulté le 13 mai 2022) (cité : Communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 mars 2020, Coronavirus).

Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

Message du Conseil fédéral concernant l’initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 27 mars 1985, FF 1985 I 1396.

Motion CER-N 20.3451 « Loyers commerciaux des restaurants et autres établissements concernés par la fermeture. Pour que les locataires ne doivent que 40 pour cent de leur loyer » du 12 mai 2020.

Motion CER-N 20.3460 « Loyers commerciaux des restaurants et autres établissements concernés par la fermeture. Pour que les locataires ne doivent que 40 pour cent de leur loyer » du 19 mai 2020.

Objet du Conseil fédéral 20.076 « Loi COVID-19 sur les loyers commerciaux », du 18 septembre 2020, disponible sous : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200076> (consulté le 13 mai 2022) (cité : Objet du Conseil fédéral 20.076 « Loi COVID-19 sur les loyers commerciaux »).

Office fédéral du logement, « Coronavirus : mesures dans le domaine du droit du bail », disponible sous : <https://www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/mietrecht/coronavirus.html#850596324> (consulté le 13 mai 2022) (cité : Office fédéral du logement, « Coronavirus : mesures dans le domaine du droit du bail »).

Ordonnance du 27 mars 2020 sur l’atténuation des effets du coronavirus en matière de bail à loyer et de bail à ferme (Ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme), RS 221.213.4.

Projet de loi fédérale sur les loyers et fermages pendant les fermetures d’établissement et les restrictions visant à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (loi COVID-19 sur les loyers commerciaux), disponible sous : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80448.html> (consulté le 13 mai 2022) (cité : Projet de loi COVID-19 sur les loyers commerciaux).

## Table des arrêts

### Tribunal fédéral

ATF 44 II 386.

ATF 44 II 519.

ATF 48 II 249, JdT 1922 I 472.

ATF 52 II 532, JdT 1932 I 527.

ATF 62 II 42.

ATF 69 II 97, JdT 1943 I 543.

ATF 107 II 343.

ATF 122 III 97.

ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239.

ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284.

ATF 132 III 109.

Arrêt du TF C.144/1985 du 24 septembre 1985, SJ 1986 p. 195.

Arrêt du TF 4C.291/2000 du 11 avril 2001.

Arrêt du TF 4A\_375/2010 du 22 novembre 2010.

Arrêt du TF 4A\_490/2010 du 25 janvier 2011.

### Tribunaux cantonaux

Arrêt du Tribunal des baux et loyers de Genève, JTBL/565/2021, du 28 juin 2021.

Arrêt du Bezirksgericht Zürich, MJ210008-L (ZMP 2021 Nr. 10), du 2 août 2021.

Arrêt du Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, MG.2021.20, du 28 janvier 2022.

### Jurisprudence étrangère

Arrêt 9 C 268/20b du Tribunal d'arrondissement de Meidling à Vienne, du 28 octobre 2020.

Arrêt *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740 de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, du 13 juillet 1903.

## Table des abréviations

al.	alinéa(s)
ASLOCA	Association Suisse des Locataires
art.	article(s)
AT	<i>Allgemeiner Teil</i>
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	considérant(s)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
CR	Commentaire romand
CPra	Commentaire pratique
édit(s)	éditeur(s)
JdT	Journal des Tribunaux
JTBL	Jugement Tribunal des baux et loyers
N	numéro(s)
nbp	note(s) de bas de page
OR	<i>Obligationenrecht</i>
p.	page
p. ex.	par exemple
pp.	pages
RDS	Revue de droit suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
SVIT	<i>Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft</i> (Association suisse de l'économie immobilière)
TF	Tribunal fédéral
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>
ZMP	<i>Zürcher Mietrechtspraxis</i>

# I. Introduction

Le 25 février 2020, le premier cas de coronavirus a été détecté en Suisse. À peine plus de deux semaines plus tard, le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a décrété l'état d'urgence dans tout le pays jusqu'au 19 avril 2020<sup>1</sup>. Ceci a eu pour conséquence la fermeture totale, dès le 16 mars 2020 à minuit, des restaurants, bars, magasins non-alimentaires, commerces, lieux de loisirs et autres lieux considérés comme non essentiels<sup>2</sup>. En effet, seuls les commerces de première nécessité ont pu garder leurs portes ouvertes. Ces décisions sans précédent ont radicalement transformé, en quelques jours, le quotidien de tous les citoyens suisses.

Du jour au lendemain, les Suisses ont dû s'adapter à de nombreuses restrictions. Entre télétravail, études à distance, fermetures d'établissements et interdictions de rassemblements, une frange de la population a spécialement souffert de ce bouleversement de mode de vie. Il s'agit en particulier des commerçants, des restaurateurs, des tenanciers de bars et discothèques et plus généralement de tous les exploitants de commerces considérés comme non essentiels. Ceux-ci se sont alors trouvés contraints de fermer immédiatement leur établissement avec, pour conséquence, une perte subite de revenu. Si certains ont pu mettre en place un service de livraison à domicile ou de plats à l'emporter, tous ont subi des pertes de chiffre d'affaires très conséquentes. Pourtant, les charges fixes telles que le loyer des locaux commerciaux de ces exploitants n'ont pas disparu, plongeant certains d'entre eux dans une situation extrêmement difficile, allant parfois jusqu'à la faillite.

Les restrictions du printemps 2020 ont perduré pendant presque deux mois. Malheureusement, les fermetures de commerces et restaurants se sont reproduites à l'hiver 2020-2021, créant à nouveau une situation de crise pour les commerçants. Par ailleurs, les cantons ont bénéficié d'une certaine marge de manœuvre à plusieurs reprises au cours de la pandémie et certains d'entre eux ont également ordonné des fermetures alors que celles-ci n'étaient pas ordonnées par le Conseil fédéral.

Dès lors, la question d'un éventuel droit à une réduction de loyer à la suite de ces nombreuses semaines de clôture est apparue comme inévitable. Tant les milieux locataires que bailleurs se sont intéressés à ce sujet dès le début de la crise sanitaire et les avis sur la question ne sont de loin pas tous unanimes.

Ce travail a dès lors pour objectif d'examiner s'il existe un fondement juridique créant un droit à la réduction du loyer des locaux commerciaux durant les fermetures ordonnées par le Conseil fédéral ainsi que par les différents gouvernements cantonaux. Pour ce faire, nous analyserons trois hypothèses. Premièrement, la possibilité de considérer l'interdiction d'ouvrir le commerce comme défaut de l'objet loué, selon les art. 259a ss du Code des obligations<sup>3</sup> (ci-après : CO). Deuxièmement, l'éventualité que les fermetures engendrent une impossibilité objective subséquente au sens de l'art. 119 CO de la prestation du bailleur. Troisièmement, la possibilité d'adapter le contrat en application du principe de la *clausula rebus sic stantibus*.

Dans le spectre de ce travail, nous analyserons également quelques décisions judiciaires cantonales déjà rendues sur le sujet. Celles-ci constituent, pour le moment, l'unique

---

<sup>1</sup> Communiqué de presse du Conseil fédéral du 16 mars 2020, Coronavirus.

<sup>2</sup> Art. 6 Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (ordonnance 2 COVID-19), RS 818.101.24.

<sup>3</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

jurisprudence disponible en l'absence d'une décision rendue par le Tribunal fédéral sur la question.

Finalement, nous nous intéresserons également au projet de loi fédérale urgente ayant pour objectif de répartir la charge du loyer, pendant la durée de fermeture de l'établissement, à 40% pour le locataire et 60% pour le bailleur<sup>4</sup>.

À toutes fins utiles, nous précisons ici que différentes terminologies pourront être utilisées dans la suite de ce travail pour qualifier les décisions / mesures prises par les autorités dans le but de lutter contre la pandémie de COVID-19.

## **II. Hypothèses**

Cette section a pour objectif de mettre en exergue les trois hypothèses qui pourraient permettre de conclure au droit à une réduction de loyer pour les locataires de locaux commerciaux qui ont dû fermer leur établissement pendant un certain temps en raison des mesures sanitaires décidées par les autorités.

Pour chaque hypothèse, nous procéderons dans un premier temps à l'exposé des notions théoriques du concept juridique en question, puis nous examinerons si, compte tenu de ces définitions juridiques, le concept est applicable à la situation de la crise sanitaire due au coronavirus. Nous souhaitons également préciser que la partie théorique de chaque hypothèse n'a pas vocation à être exhaustive mais a pour but de présenter les éléments théoriques pertinents pour l'analyse de la problématique de ce travail.

### **A. Garantie pour les défauts, art. 259a ss CO**

#### **1. Notions**

Les art. 259a ss CO prévoient une série de droits dont le locataire peut faire usage en cas de défauts sur la chose louée apparaissant en cours de bail. Dans ce contexte, l'un des droits dont le locataire peut se prévaloir, et qui est particulièrement pertinent pour la problématique de ce travail, est le droit à une réduction de loyer tel que prévu à l'art. 259d CO. En effet, en cas de défaut entravant ou restreignant l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut exiger une réduction proportionnelle du loyer. Cette réduction est calculée en comparant l'usage de la chose louée sans défaut et l'usage de cette même chose louée mais cette fois-ci impactée d'un défaut<sup>5</sup>. Le but est alors de réduire le loyer dans une proportion identique à la réduction de l'usage de la chose subie par le locataire afin de rétablir l'équilibre des prestations des parties<sup>6</sup>. Par ailleurs, le locataire a droit à la réduction de son loyer dès que le bailleur a connaissance du défaut<sup>7</sup>. Néanmoins, avant de prétendre à une telle réduction, encore faut-il établir que la chose louée présente effectivement un défaut.

À ce sujet, la loi ne comporte pas de définition de la notion de défaut de la chose louée. Néanmoins, cette notion peut être comprise en rapport avec l'obligation du bailleur, à laquelle les parties ne peuvent déroger<sup>8</sup>, qui figure à l'art. 256 CO. Il s'agit de l'obligation de délivrer

---

<sup>4</sup> Projet de loi COVID-19 sur les loyers commerciaux.

<sup>5</sup> CR CO I-LACHAT/BOHNET, art. 259d CO N 2.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Art. 259d CO.

<sup>8</sup> Art. 256 al. 2 let. b CO ; GAUCH, pp. 194-195.

la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée et de l'entretenir en cet état. Il existe ainsi un défaut lorsque l'état de la chose s'écarte de cet « état approprié à l'usage »<sup>9</sup>. L'usage de la chose se rapporte au but de la location, c'est-à-dire la destination des locaux, aux modalités de l'usage, à savoir toutes les clauses relatives au cercle des utilisateurs, à la période, à la durée, à l'intensité ainsi qu'au lieu de l'utilisation<sup>10</sup>. Il convient alors de définir la notion d'usage pour lequel la chose a été louée, puis celle d'état approprié.

À ce stade, il convient de noter que le locataire peut également avoir intérêt à se faire promettre des qualités de la chose qui ne sont pas en rapport direct avec l'usage prévu de la chose mais qui ont quand même trait à son utilité pratique (p. ex. la garantie que le sol d'un dépôt loué pour y stocker du matériel peut supporter une certaine charge)<sup>11</sup> ou qui sont importantes pour lui pour d'autres raisons (p. ex. la garantie que la moquette sera remplacée)<sup>12</sup>. Ces qualités, même si elles vont au-delà de l'usage proprement dit, peuvent donc également contribuer à déterminer l'état dû de la chose louée<sup>13</sup>. Dès lors, en l'absence d'une qualité promise, la chose louée présentera un défaut même si l'usage proprement dit n'est pas restreint étant donné que la qualité promise manquante n'est pas en rapport direct avec cet usage<sup>14</sup>.

#### **a) Usage pour lequel une chose a été louée**

L'usage pour lequel une chose a été louée est déterminé en premier lieu par l'usage qui a été convenu contractuellement, puis, à défaut, par l'usage habituellement fait de cette chose<sup>15</sup>.

#### **i) Usage convenu**

L'usage convenu est défini par la destination prévue des locaux ainsi que par l'ensemble des qualités effectivement promises par le bailleur, qu'elles l'aient été expressément ou tacitement<sup>16</sup>. Ces qualités peuvent être de nature corporelle ou non corporelle, c'est-à-dire d'ordre juridique (p. ex. la conformité aux règles de droit public), économique (p. ex. le chiffre d'affaires d'un commerce)<sup>17</sup> ou encore environnemental (p. ex. l'afflux très attractif des passants)<sup>18</sup>.

L'accord est exprès lorsqu'il ressort clairement des termes utilisés par le contrat quelles sont les qualités faisant partie de l'usage convenu<sup>19</sup>. Les parties se mettent ainsi expressément d'accord sur la destination des locaux ou sur certaines qualités que ceux-ci doivent revêtir<sup>20</sup>. S'agissant de la destination des locaux, les baux commerciaux sont généralement plus explicites que les baux d'habitation et mentionnent donc souvent expressément l'affectation pour laquelle

---

<sup>9</sup> LACHAT/RUBLI, p. 256.

<sup>10</sup> ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 256 CO N 10-12.

<sup>11</sup> SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, remarques préliminaires aux art. 258-259i CO N 28.

<sup>12</sup> *Idem*, N 29.

<sup>13</sup> TSCHUDI, p. 20 ; SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, remarques préliminaires aux art. 258-259i CO N 28-29 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 258 CO N 46 et 48.

<sup>14</sup> SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, remarques préliminaires aux art. 258-259i CO N 30 ; GAUCH, p. 199.

<sup>15</sup> LACHAT/RUBLI, p. 262.

<sup>16</sup> AUBERT, N 3 et 5.

<sup>17</sup> CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 11.

<sup>18</sup> SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 CO N 16a.

<sup>19</sup> TSCHUDI, p. 24.

<sup>20</sup> LACHAT/RUBLI, p. 257.

les locaux sont loués<sup>21</sup>. Quant aux qualités pour lesquelles les parties se seront expressément mises d'accord, elles outrepasseront souvent ce que le locataire attend normalement (p. ex. un appartement entièrement rénové avec une cuisine neuve ou l'absence totale et certaine de concurrence)<sup>22</sup>.

Par ailleurs, certaines propriétés doivent être considérées comme ayant été convenues tacitement entre les parties car elles apparaissent comme objectivement et typiquement nécessaires au bon usage de la chose louée<sup>23</sup>. Il s'agit des qualités sur lesquelles le locataire peut raisonnablement compter lorsqu'il loue un tel bien. À titre d'exemple, les locaux d'habitation doivent protéger le locataire contre les intempéries et les locaux commerciaux loués dans le but d'y exploiter un magasin doivent permettre d'y accueillir des clients<sup>24</sup>. Compte tenu de leur caractère indispensable, le simple accord sur l'utilisation des locaux vaut accord tacite sur ces qualités<sup>25</sup>. S'agissant de l'accord tacite des parties, il est toutefois également possible qu'il porte sur des qualités autres que celles strictement nécessaires<sup>26</sup>.

Afin de déterminer le contenu de l'accord des parties, la réelle et commune intention de ces dernières doit en premier lieu être recherchée, conformément à l'art. 18 CO. Puis, si celle-ci n'est pas discernable, il convient de déterminer leur volonté hypothétique commune en interprétant leurs déclarations et comportements selon la théorie de la confiance<sup>27</sup>. Pour ce faire, plusieurs éléments devront être pris en considération : la rédaction du contrat, la destination et l'usage effectivement fait des locaux, le montant du loyer, les normes usuelles de qualité, les règles de droit public, les usages courants, les accords particuliers des parties ou encore les éléments subjectifs liés à la personne du locataire<sup>28</sup>. En effet, la notion d'usage convenu dépend entièrement des circonstances du cas d'espèce<sup>29</sup>.

Pour certains, la seule description générale de l'objet du contrat ne peut pas constituer un accord tacite portant sur une qualité particulière et dont l'absence constituerait un défaut<sup>30</sup>. Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt qui peut toutefois laisser entendre le contraire. En effet, dans l'arrêt du Tribunal fédéral (ci-après : arrêt du TF) C.144/1985 du 24 septembre 1985<sup>31</sup>, il a constaté que, dans le cas d'espèce, les locaux avaient été loués dans le but, spécifié dans le contrat, d'y implanter « un centre d'enseignement audio-visuel de langues et de traduction »<sup>32</sup>. Compte tenu de ce but, il a considéré qu'un « tel usage impliqu[ait] nécessairement une garantie contre les troubles, immissions et bruits diurnes quelque peu supérieurs à l'ordinaire » et que, dès lors, « les limites de tolérance, d'intensité et de durée [devaient] être fixées moins haut que dans les cas ordinaires »<sup>33</sup>.

---

<sup>21</sup> LCHAT/RUBLI, p. 258.

<sup>22</sup> SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, remarques préliminaires aux art. 258-259i CO N 26.

<sup>23</sup> CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 20 ; SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 CO N 17a.

<sup>24</sup> LCHAT/RUBLI, p. 258 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 20.

<sup>25</sup> SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 CO N 17a.

<sup>26</sup> CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 21.

<sup>27</sup> LCHAT/RUBLI, p. 259.

<sup>28</sup> LCHAT/RUBLI, pp. 259-260 et 262 ; AUBERT, N 3.

<sup>29</sup> LCHAT/RUBLI, p. 259.

<sup>30</sup> ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 256 CO N 19.

<sup>31</sup> Arrêt du TF C.144/1985 du 24 septembre 1985, SJ 1986 p. 195.

<sup>32</sup> *Idem*, c. 1d, p. 199.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

Ainsi, nous sommes d'avis qu'il n'est pas exclu que l'on puisse déduire un accord tacite portant sur une qualité en se basant sur la seule description de la destination des locaux. En effet, en intégrant la destination des locaux au contrat, nous pensons que les parties ont voulu souligner la raison pour laquelle les locaux étaient loués. Dès lors, si cette raison n'est plus atteignable, l'état des locaux n'est, à notre sens, plus conforme à l'usage pour lequel ils ont été loués et il en découle un défaut. Il semble toutefois que la destination des locaux doive être décrite de manière plutôt précise pour conclure à une telle manifestation de volonté.

## **ii) Usage habituel**

À défaut d'usage convenu, même tacitement, il faut se baser sur l'usage habituel. L'usage habituel correspond à l'usage que chacun fait habituellement et dans les mêmes circonstances d'une telle chose<sup>34</sup>. Il comprend ainsi les qualités auxquelles le locataire pouvait légitimement s'attendre en louant une même chose déterminée<sup>35</sup>. L'usage habituel a pour fonction de rendre objective l'étendue de l'obligation du bailleur en cas d'absence d'accord des parties<sup>36</sup>. Il est en outre déterminé par la nature de la chose louée<sup>37</sup>. Ainsi, à défaut d'un autre usage particulier convenu entre les parties, des locaux loués dans le but d'en faire des bureaux doivent pouvoir accueillir des « activités essentiellement intellectuelles ou administratives, activités qui se manifestent par la création ou la modification de documents, la tenue de discussions ou l'usage des télécommunications »<sup>38</sup> et ne peuvent pas accueillir des activités de massages érotiques. Par ailleurs, s'il existe un usage particulier commercial ou local pour le type de bien en question, il devra être pris en compte en priorité, avant de se référer à un usage plus général en fonction de la nature de l'objet<sup>39</sup>.

Par ailleurs, le Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 27 mars 1985<sup>40</sup> exprime la volonté de mettre en avant l'importance de la nature propre de la chose louée dans l'obligation qu'a le bailleur de fournir la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée. Le Conseil fédéral expose ainsi clairement que le but pour lequel une chose a été louée est déterminant pour définir quel est l'état dans lequel elle doit se trouver. Ainsi, « les locaux loués comme laboratoire devront pouvoir servir de laboratoire ; [...] les locaux commerciaux devront être accessibles au public [...] »<sup>41</sup>.

## **b) État approprié de la chose**

Pour juger du caractère « approprié » de l'état de la chose, l'état réel de celle-ci est comparé à l'état auquel le locataire peut s'attendre en fonction de l'usage prévu, que celui-ci ait été convenu ou qu'il soit habituel<sup>42</sup>. Ainsi, ce sont avant tout des éléments objectifs qui définissent

---

<sup>34</sup> SVIT–BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, art. 256 CO N 12 ; LCHAT/RUBLI, p. 262.

<sup>35</sup> AUBERT, N 3.

<sup>36</sup> ZK–HIGI/BÜHLMANN, art. 256 CO N 23.

<sup>37</sup> GAUCH, p. 191.

<sup>38</sup> ATF 132 III 109, c. 3.

<sup>39</sup> ZK–HIGI/BÜHLMANN, art. 256 CO N 25.

<sup>40</sup> FF 1985 I 1396.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 1404.

<sup>42</sup> CPra Bail–MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 35.

le caractère approprié<sup>43</sup>. Néanmoins, certains éléments subjectifs peuvent également entrer en ligne de compte lorsqu'ils sont connus du bailleur avant la conclusion du contrat<sup>44</sup>. Le Tribunal fédéral limite pourtant cette possibilité à la condition que ces éléments subjectifs aient fait l'objet d'un accord entre les parties<sup>45</sup>.

Par ailleurs, le fait que le local loué soit approprié à l'usage pour lequel il a été loué peut dépendre de prescriptions de droit public. Dans un tel cas, le non-respect de ces prescriptions ne constitue un défaut que si ces prescriptions s'adressent au bailleur uniquement<sup>46</sup>. Ainsi, lorsque des prescriptions, telles que l'obligation d'obtenir une patente pour la restauration, sont à la charge du locataire uniquement, seul ce dernier en est responsable et le non-respect de ces prescriptions ne peut pas être considéré comme un défaut du local<sup>47</sup>.

### c) Types de défauts

Les défauts peuvent être matériels mais aussi immatériels, c'est-à-dire de nature juridique (p. ex. la prétention d'un tiers sur la chose louée ou l'absence d'autorisation administrative), économique (p. ex. l'impossibilité de réaliser le chiffre d'affaires contractuellement garanti ou encore la présence d'un concurrent dans l'immeuble en violation d'une promesse de non-concurrence) ou idéale (p. ex. l'atteinte à la bonne réputation de l'immeuble)<sup>48</sup>. Par ailleurs, constitue ainsi également un défaut toute diminution ou tout empêchement d'user de la chose conformément au contrat, comme le précise l'art. 259a al. 1 CO<sup>49</sup>.

Il convient de préciser que le bailleur répond des défauts moyens et graves, à l'exception des menus défauts et des défauts occasionnés par le locataire, sans qu'une faute de sa part ne soit nécessaire<sup>50</sup>. Ainsi, le locataire pourra se prévaloir de son droit à la garantie contre les défauts même si le défaut résulte d'un cas fortuit ou du comportement de tiers<sup>51</sup>. D'ailleurs, selon la doctrine majoritaire<sup>52</sup>, le locataire peut exercer ses droits en garantie des défauts indépendamment du fait que le bailleur puisse, ou non, faire valoir ses propres droits à l'égard d'un éventuel tiers responsable<sup>53</sup>. Ainsi, si le défaut est dû à un chantier voisin, le locataire sera fondé à demander une réduction de loyer même si le bailleur ne peut lui-même pas obtenir un dédommagement de la part du propriétaire voisin.

## 2. Mesures sanitaires comme défaut de la chose louée

Il s'agit maintenant d'analyser si les fermetures ordonnées par le Conseil fédéral (et par les Conseils d'Etat des différents cantons) en raison de la crise du COVID-19 peuvent constituer des défauts. Si cela est le cas, les locataires de surfaces commerciales ayant dû fermer leurs portes pendant un certain temps pourront se prévaloir des droits issus de la garantie pour les

<sup>43</sup> ZK–HIGI/BÜHLMANN, art. 256 CO N 29.

<sup>44</sup> CPra Bail–MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 33 ; AUBERT, N 3.

<sup>45</sup> Arrêt du TF 4C.291/2000 du 11 avril 2001, c. 4b.

<sup>46</sup> ZK–HIGI/BÜHLMANN, art. 256 CO N 40.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> CR CO I–LACHAT/BOHNET, art. 258 CO N 3 ; LACHAT/RUBLI, pp. 270-271.

<sup>49</sup> SVIT–BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, remarques préliminaires aux art. 258-259i CO N 45 ; CPra Bail–AUBERT, art. 258 CO N 32a.

<sup>50</sup> BK–LACHAT/BOHNET, art. 259a CO N 3.

<sup>51</sup> LACHAT/RUBLI, p. 271.

<sup>52</sup> ZÜST, N 3.2.

<sup>53</sup> CPra Bail–AUBERT, art. 258 CO N 29.

défauts, en particulier celui de la réduction du loyer. En ce sens, l'on pourrait considérer que les mesures sanitaires constituent un défaut si, du fait des fermetures, les locaux loués ne sont pas dans l'état approprié à l'usage pour lequel ils ont été loués.

#### **a) Usage convenu**

Comme le reconnaissent plusieurs auteurs, il ne fait pas de doute que si les parties ont expressément convenu de certaines qualités telles que la garantie de pouvoir effectivement exploiter le commerce ou la garantie d'un certain chiffre d'affaires, il s'agit de qualités promises dont l'absence représente un défaut et permet au locataire de se prévaloir des droits y relatifs, tels que la réduction du loyer<sup>54</sup>. En revanche, lorsque des qualités n'ont été convenues que tacitement, notamment lorsque que seule la destination des locaux a été prévue contractuellement, l'avis de la doctrine est beaucoup plus divisé.

S'agissant des cas dans lesquels seule la destination des locaux a été précisée dans le contrat, certains auteurs estiment que la description du but ou de l'affectation du local, aussi précise soit-elle, ne suffit pas pour considérer que le bailleur a garanti que le locataire pourrait effectivement exercer son activité commerciale tout au long du contrat<sup>55</sup>. Tout au plus, le bailleur garantit que les réglementations publiques applicables autorisent une telle activité<sup>56</sup>.

Néanmoins, d'autres auteurs affirment le contraire. Dans le cadre d'une décision d'arbitrage privé rendue le 30 mars 2020 par l'étude d'avocats Schenkel & Serrago AG, il a été considéré qu'étant donné que le contrat de bail garantissait au locataire que les locaux pouvaient être utilisés pour une activité de restauration, ce dernier pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les locaux se trouvent dans un état permettant l'exploitation d'un restaurant<sup>57</sup>. Ainsi, puisque les mesures sanitaires entravent l'exploitation de cette activité, l'état réel diffère de l'état convenu et un défaut en découle<sup>58</sup>.

En effet, lorsqu'un exploitant loue des locaux commerciaux, il a pour but d'y exploiter son activité commerciale et l'objectif de cette activité commerciale est, principalement, l'obtention d'un bénéfice<sup>59</sup>. Le but du locataire de locaux commerciaux est donc l'obtention d'un bénéfice. Or, en cas d'interdiction de cette activité, le but recherché par le locataire en louant ces locaux commerciaux ne peut plus être atteint. Comme nous l'avons vu, lorsque l'état des locaux ne correspond plus à l'usage qui a été convenu entre les parties, notamment déterminé par la destination des locaux, il en résulte un défaut. Il est donc possible d'en déduire que lorsque cette destination n'est plus atteignable, tel que c'est le cas pour les commerçants devant fermer leurs portes et renoncer à un chiffre d'affaires, il y a un défaut.

D'ailleurs, dans l'arrêt du TF 4A\_490/2010<sup>60</sup>, un restaurant avait connu des baisses de fréquentation et donc une baisse de chiffre d'affaires en raison de la présence d'un bar, accueillant des activités de prostitution, qui se trouvait dans le même immeuble que le restaurant et partageait les mêmes toilettes au sous-sol. Le Tribunal fédéral, tout comme les instances

---

<sup>54</sup> REICHL/STEHLE, N 44 ; IYNEDJIAN, avis de droit du 05.04.20, p. 3.

<sup>55</sup> PEDUZZI, p. 6.

<sup>56</sup> IYNEDJIAN, avis de droit du 28.04.20, p. 3.

<sup>57</sup> SCHENKEL, c. 3.1.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> BOHNET, p. 23.

<sup>60</sup> Arrêt du TF 4A\_490/2010, du 25 janvier 2011.

précédentes, avait considéré que le local abritant le restaurant était entaché d'un défaut<sup>61</sup>. Nous pouvons donc en déduire que le défaut trouvait sa source dans l'empêchement de poursuivre le but dans lequel le local avait été loué, à savoir l'exploitation d'un restaurant et l'obtention d'un chiffre d'affaires.

Par conséquent, nous sommes d'avis que la mention de la destination précise pour laquelle les locaux sont loués est déterminante afin de définir l'usage pour lequel ces locaux ont été loués, et donc apprécier si leur état est approprié à cet usage. Plusieurs auteurs sont également de cet avis<sup>62</sup>. En revanche, nous pensons qu'il est nécessaire que la destination soit précisément décrite dans le contrat afin de pouvoir affirmer que la volonté des parties était bien de prévoir que les locaux ne seraient dans un état approprié à l'usage pour lequel ils ont été loués que s'ils permettent la destination décrite. En effet, la seule mention de « locaux commerciaux » n'est, à notre sens, pas suffisante.

## **b) Usage habituel**

S'agissant de l'hypothèse selon laquelle il faut se référer à l'usage habituel des locaux, celle-ci a une importance beaucoup plus rare en pratique. En effet, comme nous l'avons vu, les contrats de bail de locaux commerciaux précisent en principe la destination pour laquelle ils sont loués. Néanmoins, certains auteurs considèrent que même lorsqu'aucune affectation spécifique n'est mentionnée, l'usage habituel de locaux commerciaux comprend la possibilité d'exploiter les locaux et d'y exercer une activité lucrative<sup>63</sup>. Ainsi, une entrave cette exploitation devrait, selon eux, constituer un défaut.

D'ailleurs, comme nous l'avons vu plus haut, le Conseil fédéral avait précisé l'importance du but de la location pour déterminer l'état approprié ainsi que l'usage pour lequel le local a été loué et a expressément mentionné que des locaux commerciaux devaient pouvoir être accessibles au public<sup>64</sup>. Nous sommes donc d'avis que l'usage habituel d'un local commercial est d'être accessible au public. Selon nous, il en découle qu'un empêchement d'accès au public rend impossible l'usage habituel du local et est donc constitutif d'un défaut.

## **c) Types de défauts**

Pour autant que l'on considère que les fermetures des commerces désignés comme non essentiels constituent des défauts, ceux-ci doivent être considérés comme des défauts immatériels dont la cause est juridique, puisqu'il s'agit de décisions étatiques. Comme nous l'avons exprimé, nous sommes d'avis que ces défauts restreignent gravement l'usage pour lequel les locaux ont été pris en location. Compte tenu de cette entrave, il s'agit de défauts moyens, voire graves, dont la responsabilité incombe dès lors au bailleur<sup>65</sup>.

Par ailleurs, certains auteurs estiment que, pour être qualifié de tel, le défaut doit obligatoirement impacter le local directement, ce qui n'est, selon eux, pas le cas des fermetures, qui se réfèrent à l'activité de l'exploitant<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> Arrêt du TF 4A\_490/2010, du 25 janvier 2011, c. 2.

<sup>62</sup> BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.3 ; LACHAT, avis de droit du 27.03.20, p. 2 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 116.

<sup>63</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, p. 114.

<sup>64</sup> FF 1985 I 1396, p. 1404.

<sup>65</sup> Art. 259 CO *a contrario* et art. 259a al. 1 CO.

<sup>66</sup> BOHNET, p. 6 ; HAEFELI/GALLI/VISCHER, N 29 ; HIGI, p. 2 ; MEYER, p. 5 ; PEDUZZI, p. 8.

Nous ne partageons pas cet avis. En effet, nous pensons que l'empêchement d'user de la chose louée conformément à ce qui a été prévu dans le contrat est tout à fait en lien avec l'objet. En effet, les locaux commerciaux sont loués dans le but d'y exploiter un commerce. L'entrave à cette exploitation est donc logiquement liée au local en soi. D'ailleurs, les locataires de locaux commerciaux ont en principe une obligation de les exploiter, sans quoi ceux-ci perdraient de la valeur<sup>67</sup>.

Néanmoins, si l'on devait considérer que l'entrave à l'exploitation n'est ici pas liée directement au local, il faut relever que les défauts peuvent être de nature idéale et avoir un effet prépondérant sur la réputation d'un commerce, par exemple, et non pas uniquement sur le local en tant que tel. Ainsi, dans l'arrêt précité du TF 4A\_490/2010, le Tribunal fédéral a clairement admis que le local dans lequel un restaurant était exploité était entaché d'un défaut<sup>68</sup>. Ce défaut avait, selon le Tribunal fédéral, sa source dans le fait que l'exploitation du restaurant était entravée en raison de la baisse de fréquentation et du chiffre d'affaires, provoquée par les activités de prostitution exercées dans le même immeuble<sup>69</sup>. Nous pensons donc qu'une entrave peut également constituer un défaut même si celle-ci ne touche, à première vue, que l'exploitation du commerce et uniquement de façon indirecte le local.

Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné plus haut, les qualités promises peuvent également avoir trait à l'utilité pratique du local<sup>70</sup>. D'ailleurs, BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE citent en exemple le fait d'obtenir la garantie de pouvoir utiliser un appartement à des fins commerciales, même en l'absence d'autorisations<sup>71</sup>. L'absence d'une telle possibilité réelle d'exploitation représentant un défaut, nous pensons qu'il peut dès lors en être déduit qu'un défaut peut avoir trait à l'exploitation d'une activité commerciale et qu'il ne doit pas forcément toucher uniquement et directement le local en tant que tel.

LACHAT/BRUTSCHIN expriment d'ailleurs le même avis puisqu'ils considèrent que le défaut ne doit pas forcément affecter physiquement et directement les locaux mais peut simplement empêcher la jouissance normale des locaux, comme c'est le cas avec les mesures sanitaires<sup>72</sup>.

#### **d) Caractère approprié de la chose**

Finalement, comme nous l'avons vu, une restriction de droit public ne peut constituer un défaut que si celle-ci est à destination du bailleur uniquement. En effet, si la règle de droit public s'adresse uniquement au locataire, comme c'est le cas pour l'obtention de patente de restaurants par exemple, il est uniquement du ressort du locataire d'agir pour remplir cette obligation. De la même façon que pour les défauts du fait du locataire, il est normal que le locataire ne puisse pas invoquer une garantie pour les défauts alors qu'il est lui-même en mesure de faire le nécessaire pour se conformer à cette règle de droit public.

Dans le cas des fermetures liées au COVID-19, les mesures des gouvernements, fédéral ou cantonaux, sont en effet assimilables à des réglementations de droit public. Pour une partie de

---

<sup>67</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, pp. 115-116.

<sup>68</sup> Arrêt du TF 4A\_490/2010, du 25 janvier 2011, c. 2.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> SVIT-BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, remarques préliminaires aux art. 258-259i CO N 28.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, pp. 116-117.

la doctrine<sup>73</sup>, ces règles de droit public s'adressent directement et uniquement aux locataires, ce qui exclut toute possibilité de défaut.

Pour d'autres auteurs<sup>74</sup>, un défaut ne saurait être exclu à ce motif. Certains auteurs<sup>75</sup> estiment en effet que les mesures sanitaires s'adressent à l'ensemble de la population et non en particulier aux bailleurs ou aux locataires. D'autres<sup>76</sup> confirment qu'étant donné la portée générale de ces mesures, celles-ci s'adressent également aux bailleurs car ceux-ci ne peuvent plus remplir l'obligation qui leur incombe, à savoir mettre à disposition un local dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué. Cet avis est également partagé par le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville dans un arrêt<sup>77</sup> que nous examinerons à la fin de ce travail.

Selon nous, il ne s'agit en effet pas d'une incombance à la charge des locataires ne pouvant être réalisée que par ces derniers mais bien d'une interdiction adressée à l'ensemble de la population. La charge est donc tout à fait différente de celle d'un restaurateur qui n'aurait pas fait les démarches pour obtenir une autorisation et qui se plaindrait ne pas pouvoir exercer. Ici, le locataire ne peut concrètement rien faire pour changer la situation.

Il est vrai qu'il en va de même pour le bailleur, qui n'a également aucune prise sur les mesures sanitaires et qui ne peut ni prévenir ni remédier à la pandémie. Néanmoins, contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine<sup>78</sup>, le bailleur peut devoir assumer des défauts dont il n'est absolument pas responsable, sur lesquels il n'a aucune prise et même des défauts provenant d'immissions externes pour lesquelles il ne pourra lui-même pas être remboursé étant donné que la responsabilité pour les défauts est une responsabilité causale qui ne requiert pas la faute<sup>79</sup>. Certains auteurs l'ont d'ailleurs relevé dans leur avis de droit, à raison<sup>80</sup>. En effet, dans la relation de bail, le bailleur peut être amené à octroyer des réductions ou des dispenses de loyer suite à la survenance d'évènements extraordinaires<sup>81</sup>.

Dès lors, nous sommes d'avis que les fermetures ordonnées par les gouvernements peuvent constituer des défauts pour autant que la destination précise de ceux-ci, au moins, ait été convenue dans le contrat. Ce faisant, les parties ont, selon nous, voulu souligner que l'état approprié à l'usage pour lequel les locaux ont été loués dépend de la possibilité du locataire de faire usage de ces locaux selon la destination convenue. Ainsi, si la destination n'est plus possible, l'usage est restreint et il en découle un défaut pour lequel le locataire devrait être fondé à demander une réduction de loyer en application de l'art. 257d CO.

Notons, pour conclure, que cette solution n'est pas incongrue. En effet, le code civil autrichien prévoit expressément que lorsque les locaux ne sont plus utilisables en raison d'une épidémie, le loyer n'est plus dû<sup>82</sup>. Si le locataire conserve un usage limité, il a toutefois également droit à

---

<sup>73</sup> HAEFELI/GALLI/VISCHER, N 29 ; IYNEDJIAN, avis du 28.03.20, p. 4 ; BOHNET, p. 6 ; SAVIAUX, N 3.

<sup>74</sup> LACHAT, avis de droit du 01.04.20, N 9 ; SCHENKEL, c. 2.4 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.4 ; RUBLI, p. 7.

<sup>75</sup> LACHAT, avis de droit du 01.04.20, N 9.

<sup>76</sup> SCHENKEL, c. 2.4 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.4 ; RUBLI, p. 7.

<sup>77</sup> Arrêt du Tribunal civil du canton de Bâle-Ville, MG.2021.20, du 28 janvier 2022, c. 2.4.

<sup>78</sup> RICHARD/TORRENT, N 73.

<sup>79</sup> CPra–AUBERT art. 259d N 13 ; TSCHUDI, p. 40.

<sup>80</sup> SCHENKEL, c. 2.3 et 3.1 ; LACHAT, avis de droit du 01.04.20, N 5.

<sup>81</sup> LACHAT, avis de droit du 01.04.20, N 4.

<sup>82</sup> § 1104 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Autriche) du 1er janvier 1812.

une réduction de loyer<sup>83</sup>. D'ailleurs, le Tribunal d'arrondissement de Meidling à Vienne a confirmé que la suppression de l'obligation de paiement du loyer par le locataire d'un salon de coiffure était justifiée en raison de la non-utilisation des locaux pendant la période de fermeture<sup>84</sup>.

Par ailleurs, comme nous l'exposerons plus en détail ci-dessous, l'hypothèse du défaut a également été admis en pratique par le Tribunal civil de Bâle-Ville<sup>85</sup> s'agissant de locaux loués à destination d'un restaurant de restauration rapide.

## **B. Impossibilité objective subséquente, art. 119 CO**

### **1. Notions**

L'art. 119 al. 1 CO prévoit qu'une obligation s'éteint lorsque son exécution devient impossible à la suite de circonstances non imputables au débiteur. Les conséquences de la fin de cette obligation sont la libération des parties et l'application des règles de l'enrichissement illégitime. En effet, selon l'art. 119 al. 2 CO, le débiteur de la prestation impossible doit supporter le risque de la contre-prestation puisque le créancier en est libéré, même si cette contre-prestation reste objectivement possible, dans le but de respecter l'équilibre contractuel<sup>86</sup>. Il faut toutefois réserver les cas, prévus par l'art. 119 al. 3 CO, dans lesquels la loi ou le contrat mettent les risques à la charge du créancier. Il n'y a toutefois pas d'exception légale dans ce sens en droit du bail.

Pour que l'art. 119 CO soit applicable, il faut que quatre conditions soient réunies. Il faut tout d'abord une impossibilité, cette impossibilité doit être durable et subséquente et finalement elle ne doit pas être imputable au débiteur.

#### **a) Conditions de l'impossibilité**

##### **i) Impossibilité**

La prestation du débiteur est impossible lorsqu'elle ne peut plus être exécutée ni par ce dernier ni par un tiers<sup>87</sup>. L'impossibilité est technique lorsque, matériellement, elle ne peut être exécutée<sup>88</sup>. Ainsi, lorsqu'un immeuble est détruit par le feu, l'obligation du bailleur de remettre les locaux loués au locataire est techniquement impossible. L'impossibilité peut également être juridique, lorsqu'on ne saurait raisonnablement exiger du débiteur ou d'un tiers la réalisation de l'obligation, bien qu'elle soit encore techniquement possible<sup>89</sup>. C'est alors uniquement la difficulté à fournir la prestation qui est appréciée, sans tenir compte du montant de la contre-prestation<sup>90</sup>. Ainsi, l'obligation de livrer une bague alors que celle-ci a été perdue en mer est encore techniquement possible mais personne ne pourra, dans les faits, effectuer les recherches afin d'exécuter la livraison, peu importe le prix de la bague<sup>91</sup>.

---

<sup>83</sup> § 1105 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Autriche) du 1er janvier 1812.

<sup>84</sup> Arrêt du Tribunal d'arrondissement de Meidling à Vienne, 9 C 268/20b, du 28 octobre 2020.

<sup>85</sup> Arrêt du Tribunal civil du canton de Bâle-Ville, MG.2021.20, du 28 janvier 2022.

<sup>86</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 10.

<sup>87</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1591.

<sup>88</sup> PICHONNAZ, N 388.

<sup>89</sup> *Idem*, N 410.

<sup>90</sup> *Idem*, N 409.

<sup>91</sup> *Idem*, N 411.

Il faut préciser que les dettes de genre, telles que les dettes d'argent, ne peuvent pas être considérées comme des obligations dont l'exécution est impossible, ni techniquement ni juridiquement, au sens de l'art. 119 CO, car tant que le genre existe toujours, le débiteur doit pouvoir s'exécuter<sup>92</sup>.

Par ailleurs, que l'impossibilité soit technique ou juridique, les circonstances la provoquant peuvent également relever d'éléments de fait, comme un incendie, ou d'éléments de droit, comme une décision étatique<sup>93</sup>.

S'agissant de l'impossibilité juridique, il existe deux cas particuliers. Le premier concerne la situation dans laquelle la prestation du débiteur est encore possible mais le créancier ne peut l'accepter en raison de la disparition du but contractuel, que ce soit en raison du fait que celui-ci ait été atteint par un autre moyen, qu'il ait disparu ou encore pour toute autre raison<sup>94</sup> (*Zweckfortfall*). Le second est celui dans lequel la prestation est également encore possible mais elle ne permet pas au créancier d'atteindre le but qu'il envisageait (*Verwendungsunmöglichkeit* ou impossibilité d'utilisation)<sup>95</sup>.

Une partie des auteurs<sup>96</sup> considèrent que les cas de disparition du but contractuel (*Zweckfortfall*) ne peuvent pas constituer des cas d'impossibilité au sens de l'art. 119 CO car la prestation, du point de vue du débiteur, est encore possible<sup>97</sup>. Néanmoins, ils considèrent tout de même qu'elle n'est plus exigible et que le débiteur en est donc libéré<sup>98</sup>. En revanche, s'agissant de la contre-prestation, ils estiment qu'il existe une lacune qu'il s'agit de combler en considérant que le créancier est tenu d'exécuter sa contre-prestation sous déduction du montant épargné par le débiteur du fait que ce dernier n'exécute pas sa prestation<sup>99</sup>.

D'autres auteurs<sup>100</sup> estiment en revanche que l'art. 119 CO est applicable aux cas de disparition du but contractuel étant donné que le résultat attendu et pour lequel les parties ont conclu le contrat ne peut être atteint ni par le débiteur ni par un tiers. Nous rejoignons cet avis. En effet, nous considérons que les parties s'unissent contractuellement afin d'atteindre un certain but. Dès lors, si ce but ne peut plus être atteint, l'exécution de la prestation par le débiteur doit, selon nous, être considérée comme impossible.

S'agissant des cas d'impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*), la doctrine est également divisée. Pour certains<sup>101</sup>, ces cas ne peuvent pas constituer des cas d'impossibilité au sens de l'art. 119 CO car l'utilité de la prestation pour le créancier ne doit pas avoir d'influence sur l'exécution de celle-ci. Pour d'autres<sup>102</sup>, c'est exceptionnellement envisageable lorsque les parties ont prévu contractuellement que le débiteur doit pouvoir effectivement utiliser la prestation. Ce faisant, les parties ont ainsi eu la volonté d'inclure la possibilité d'utilisation dans

---

<sup>92</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 6.

<sup>93</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1591.

<sup>94</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 5.

<sup>95</sup> PICHONNAZ, N 425.

<sup>96</sup> ZK–AEPLI, art. 119 CO N 51 ; BSK–WIEGAND, art. 119 CO N 6.

<sup>97</sup> PICHONNAZ, N 429.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> PICHONNAZ, N 432 ; GIGER, p. 24.

<sup>101</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 5 ; ZK–AEPLI, art. 119 CO N 31.

<sup>102</sup> PICHONNAZ, N 464.

l'obligation du débiteur<sup>103</sup>. Dès lors, si cette utilisation est empêchée, le débiteur se trouve dans l'impossibilité de fournir sa prestation. Ainsi, lorsque les parties expriment de manière expresse la condition d'utilisation de la prestation, il n'y a pas de doute sur leur volonté.

En revanche, il est plus difficile d'admettre cette volonté lorsque cette condition a été intégrée implicitement. Ce n'est néanmoins pas impossible. En effet, dans l'arrêt *Krell v. Henry*<sup>104</sup>, la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a retenu que les parties s'étaient entendues oralement sur le but du contrat, soit la location d'un balcon pour pouvoir y observer la parade du couronnement du roi Edward VII, bien que le contrat ne contienne pas cette clause écrite<sup>105</sup>. Elles avaient dès lors implicitement convenu de la possibilité d'utiliser la prestation, c'est pourquoi l'annulation de la parade a conduit à l'impossibilité de la prestation du bailleur.

S'agissant particulièrement du contrat de bail, certains auteurs considèrent qu'étant donné l'obligation du bailleur de livrer et de maintenir la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée (selon l'art. 256 CO), l'usage que fait le locataire de la chose fait partie intégrante de la prestation du bailleur<sup>106</sup>. Par conséquent, si cet usage n'est plus possible, l'exécution de la prestation est impossible. Ainsi, lorsque les parties ont convenu d'un usage, notamment en prévoyant expressément l'exploitation d'un commerce, en garantissant un certain chiffre d'affaires ou en fixant le but déterminé de la location, elles ont en principe implicitement inclus la possibilité d'utilisation des locaux comme condition nécessaire du contrat<sup>107</sup>. Si cette utilisation n'est plus possible, il s'agit dès lors d'un cas d'impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*) pour lequel l'art. 119 CO est applicable.

Lorsque les parties n'ont rien convenu et qu'il faut se référer à l'usage habituel, PICHONNAZ estime qu'il ne peut pas y avoir d'impossibilité si le locataire ne peut pas faire l'usage particulier qu'il souhaitait faire de la chose mais que l'usage habituel est encore possible<sup>108</sup>. Dès lors, *a contrario*, si l'usage habituel n'est plus possible, il y a, à notre sens, impossibilité.

La jurisprudence ne compte pas de nombreux cas d'application. Cependant, dans l'ATF 57 II 532<sup>109</sup>, le Tribunal fédéral a jugé que le fait de prévoir dans un contrat de bail portant sur un chalet la reprise de l'activité de dentiste ainsi que de la clientèle de l'ancien dentiste consistait en une condition nécessaire du contrat<sup>110</sup>. Dès lors qu'un usage spécial avait été promis dans le contrat, le Tribunal fédéral a considéré qu'une entrave à cet utilisation particulière, à savoir l'empêchement de l'exercice de l'activité de dentiste en raison d'un changement de législation, représentait un cas d'impossibilité au sens de l'art. 119 CO. La doctrine<sup>111</sup> en a déduit qu'il s'agissait d'un cas de disparition du but contractuel (*Zweckfortfall*).

En revanche, dans l'ATF 62 II 42, le Tribunal fédéral a cette fois-ci jugé qu'aucun usage spécial n'avait été convenu et qu'il s'agissait donc d'un bail pur et simple de locaux commerciaux<sup>112</sup>.

---

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> Arrêt *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740 de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, du 13 juillet 1903.

<sup>105</sup> PICHONNAZ, N 455 et nbp 561.

<sup>106</sup> BEUTHIEN, pp. 166 ss.

<sup>107</sup> PICHONNAZ, N 449.

<sup>108</sup> *Idem*, N 455.

<sup>109</sup> ATF 57 II 532, JdT 1932 I 525.

<sup>110</sup> *Idem*, c. 1, p. 527.

<sup>111</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, p. 133 ; HAEFELI/GALLI/VISCHER, N 20 ; REICHLER/STEHLE, N 28.

<sup>112</sup> ATF 62 II 42, c. 1.

Dès lors, l'empêchement d'exploiter le commerce ne constituait, selon le Tribunal fédéral, pas une impossibilité. La doctrine a ici déduit qu'il s'agissait d'un cas d'impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*)<sup>113</sup>. Néanmoins, nous considérons qu'en suivant le raisonnement de PICHONNAZ<sup>114</sup> tel qu'exposé plus haut, l'entrave à l'usage habituel aurait également dû être considéré comme une impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*) mais pour laquelle l'art. 119 CO est applicable. Dès lors, l'exploitation d'un commerce étant l'usage habituel que l'on peut faire d'un local commercial, nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral aurait dû considérer qu'il s'agissait d'une impossibilité au sens de l'art. 119 CO. LACHAT/BRUTSCHIN partagent d'ailleurs cet avis<sup>115</sup>.

## ii) Impossibilité durable

Par ailleurs, cette impossibilité doit être durable<sup>116</sup>. Une impossibilité est considérée comme durable lorsqu'il apparaît d'emblée exclu qu'elle soit levée, du moins avant la fin du contrat, ou lorsque sa durée est totalement imprévisible<sup>117</sup>. L'impossibilité peut donc être durable même si sa cause n'est que passagère<sup>118</sup>. Ainsi, bien que la tempête détruisant une maison soit passagère, l'impossibilité de délivrer la maison est bien durable.

La doctrine majoritaire<sup>119</sup> estime qu'en cas d'impossibilité passagère, la prestation est encore possible et qu'il convient alors d'appliquer les règles de la demeure<sup>120</sup>.

PICHONNAZ considère toutefois qu'il faut réserver les cas dans lesquels le contrat doit être exécuté à un terme fixe ou durant un délai déterminé (*Fixgeschäft*)<sup>121</sup>. En effet, si le débiteur ne peut s'exécuter au terme fixe ou durant le délai déterminé prévu par le contrat et que ce « temps perdu » ne peut être compensé ultérieurement, il convient d'admettre que cette impossibilité passagère constitue en réalité une impossibilité partielle<sup>122</sup>. GIGER propose de retenir, de manière générale, qu'il existe une obligation à terme fixe en droit du bail et donc que l'écoulement du temps doit entraîner une impossibilité partielle du bailleur<sup>123</sup>. BECKER partage le même avis puisqu'il affirme que le locataire doit accepter la prestation partielle encore possible et payer en échange une partie proportionnelle du loyer lorsque la chose louée n'a pas été à sa disposition pendant une fraction de la durée de location<sup>124</sup>. L'impossibilité partielle sera traitée ci-dessous.

---

<sup>113</sup> REICHLÉ/STEHLE, N 32 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 133.

<sup>114</sup> PICHONNAZ, N 455.

<sup>115</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, p. 133.

<sup>116</sup> PICHONNAZ, N 690.

<sup>117</sup> PICHONNAZ, N 699 et 700.

<sup>118</sup> FOURIER, p. 8.

<sup>119</sup> ZK–AEPLI, art. 119 CO N 122 ; BK–BECKER, art. 97 CO N 21 ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 1940.

<sup>120</sup> PICHONNAZ, N 1054 et 1060.

<sup>121</sup> *Idem*, N 1060.

<sup>122</sup> PICHONNAZ, N 722 ; CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 19.

<sup>123</sup> GIGER, p. 28.

<sup>124</sup> BK–BECKER, art. 119 CO N 3.

### **iii) Impossibilité subséquente**

En outre, l'impossibilité qui frappe l'obligation doit être subséquente, c'est-à-dire qu'elle doit apparaître après la naissance de l'obligation. Si elle survient avant, il s'agira d'une impossibilité initiale, selon l'art. 20 CO, avec pour conséquence la nullité du contrat<sup>125</sup>.

### **iv) Impossibilité non imputable au débiteur**

Enfin, l'impossibilité ne doit pas être imputable au débiteur, que ce soit en raison de sa faute, du fait de son auxiliaire, d'une base légale spécifique, d'une clause contractuelle ou encore de motifs d'équité<sup>126</sup>. Autrement dit, l'impossibilité ne doit pas tomber dans la sphère de risque du débiteur<sup>127</sup>. Le débiteur est donc libéré si l'impossibilité provient d'un cas fortuit ou d'un fait du créancier<sup>128</sup>.

### **b) Effet de l'impossibilité**

En cas d'impossibilité d'exécution, l'obligation du débiteur mais également la contre-prestation du créancier s'éteignent, sous réserve d'exceptions (art. 119 al. 3 CO)<sup>129</sup>. Ainsi, pour les contrats synallagmatiques, le débiteur doit alors restituer ce qu'il a déjà reçu, en application des règles sur l'enrichissement illégitime, et ne peut dès lors plus réclamer ce qui lui restait dû<sup>130</sup>.

En revanche, le rapport d'obligation qui lie les deux parties subsiste et les obligations accessoires doivent en principe encore être exécutées<sup>131</sup>. Par ailleurs, le débiteur est notamment tenu de réduire au maximum le dommage causé au créancier, par exemple en prenant toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour conserver l'objet de la prestation<sup>132</sup>. Il est toutefois également possible que le contrat perde son objet, puisque l'obligation principale est devenue impossible, et donc que les obligations des parties se rapportent alors à la liquidation du rapport original<sup>133</sup>.

### **c) Impossibilité partielle**

La loi ne traite pas de l'éventualité de l'impossibilité partielle. Toutefois, il est tout à fait envisageable qu'une prestation ne devienne pas entièrement impossible mais que le débiteur soit en mesure de fournir une partie de celle-ci<sup>134</sup>. L'impossibilité partielle peut être quantitative mais aussi qualitative<sup>135</sup>.

Pour autant que la prestation du débiteur soit divisible matériellement sans qu'elle ne perde toute sa valeur et sans que le contrat ne perde son sens, il peut y avoir une impossibilité partielle

---

<sup>125</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1581.

<sup>126</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 7.

<sup>127</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1597.

<sup>128</sup> *Idem*, N 1598.

<sup>129</sup> *Idem*, N 1602.

<sup>130</sup> Art. 119 al. 2 CO.

<sup>131</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 18.

<sup>132</sup> BSK OR I–WIEGAND, art. 119 CO N 12.

<sup>133</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 18.

<sup>134</sup> *Idem*, N 19 ; PICHONNAZ, N 578.

<sup>135</sup> PICHONNAZ, N 582.

quantitative si le débiteur ne peut fournir qu'une partie de sa prestation<sup>136</sup>. Comme nous l'avons exposé plus haut, l'impossibilité passagère sera considérée comme une impossibilité partielle quantitative lorsque l'obligation s'inscrit dans la durée et se révèle impossible pendant un certain temps uniquement<sup>137</sup>. L'impossibilité partielle quantitative étant une réelle impossibilité, les conséquences de l'art. 119 CO s'appliquent. Ainsi, la partie de l'obligation qui s'avère impossible s'éteint et la contre-prestation s'en retrouve réduite proportionnellement<sup>138</sup>.

L'impossibilité partielle qualitative quant à elle correspond à l'éventualité dans laquelle le débiteur ne peut plus offrir la prestation avec toutes les qualités promises, indépendamment du montant de la contre-prestation<sup>139</sup>. Un arrêt du Tribunal fédéral<sup>140</sup> et une partie de la doctrine<sup>141</sup> considèrent qu'il convient d'appliquer à ce cas de figure les principes de l'impossibilité partielle quantitative. Ainsi, la contre-prestation doit être réduite proportionnellement. L'autre partie de la doctrine<sup>142</sup> estime au contraire qu'une telle hypothèse ne doit pas constituer un cas d'impossibilité mais un cas d'exécution défectueuse. Il en découle que les règles sur la garantie à raison des défauts, soit les art. 259 ss CO pour le contrat de bail, doivent s'appliquer.

Une telle distinction peut toutefois s'avérer superflue. En effet, TSCHUDI relève qu'en matière de bail, les conséquences juridiques de l'impossibilité partielle qualitative sont similaires à celles de l'art. 259d CO, qui prévoit le droit à une réduction de loyer en cas de défaut de la chose louée. En effet, dans les deux cas, lorsque la chose louée ne présente plus une caractéristique convenue, le bailleur doit tenir la chose à disposition du locataire dans l'état où elle peut encore l'être, et ce dernier doit continuer à payer le loyer dans une mesure réduite proportionnellement<sup>143</sup>.

## **2. Mesures sanitaires causant une impossibilité objective subséquente**

Tout d'abord, il faut relever que l'impossibilité ne peut concerner que la prestation du bailleur étant donné que la prestation du locataire est une dette en argent et que, comme nous l'avons vu, les dettes en argent ne sont jamais considérées comme impossibles à exécuter, l'argent étant une chose de genre. Ainsi, il convient d'examiner si la prestation du bailleur peut être considérée comme impossible au sens de l'art. 119 CO.

### **a) Condition de l'impossibilité**

Premièrement, il faut une impossibilité. La mise à disposition du local commercial par le bailleur n'est pas ici entravée techniquement. En revanche, il peut s'agir d'une impossibilité juridique, si, comme nous l'avons vu précédemment, on ne peut raisonnablement exiger du bailleur, ou d'un tiers, qu'il mette à disposition le local loué dans l'état convenu par les parties. Comme examiné plus haut, il existe deux cas particuliers de l'impossibilité juridique : la

---

<sup>136</sup> PICHONNAZ, N 586-590.

<sup>137</sup> *Idem*, N 722.

<sup>138</sup> *Idem*, N 1221.

<sup>139</sup> *Idem*, N 606.

<sup>140</sup> ATF 69 II 97, c. 2, JdT 1943 I 541/543.

<sup>141</sup> PICHONNAZ, N 1037 ; ZK-AEPLI, art. 119 CO N 120 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2604 ss ; BSK OR I-WIEGAND, art. 119 CO N 13.

<sup>142</sup> CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 32 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 258 CO N 24 ; CPra bail-AUBERT, N 8.

<sup>143</sup> TSCHUDI, pp. 41-42.

disparition du but contractuel (*Zweckfortfall*) et l'impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*).

Nous sommes d'avis qu'étant donné que le but d'exercer une activité commerciale est inhérent à la location d'un local commercial<sup>144</sup>, les mesures étatiques empêchant l'exercice de l'activité commerciale font disparaître le but contractuel (*Zweckfortfall*). Selon nous, il y a donc impossibilité de la prestation du bailleur, laquelle consiste en la mise à disposition du local au locataire dans lequel ce dernier peut réaliser le but pour lequel il l'a pris en location, à savoir l'exercice de son activité commerciale. LACHAT/BRUTSCHIN partagent cet avis<sup>145</sup>.

Une autre partie de la doctrine<sup>146</sup> considère au contraire que pour qu'il y ait une disparition du but contractuel (*Zweckfortfall*), il est nécessaire que le bailleur ait donné des garanties allant au-delà de la simple obligation de mise à disposition (p. ex. garantie que le locataire peut effectivement exercer l'activité commerciale prévue). À défaut, il ne s'agit, pour ces auteurs, que d'une impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*)<sup>147</sup>. D'autres auteurs rejoignent ce point de vue et considèrent également que l'empêchement d'exploiter le commerce ne représente qu'une impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*)<sup>148</sup>.

À considérer qu'il s'agit effectivement d'une impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*), nous rappelons que celle-ci peut également constituer une impossibilité au sens de l'art. 119 CO<sup>149</sup>. En effet, lorsque les parties ont spécifié que les locaux étaient destinés à l'exploitation d'un commerce, elles ont, ce faisant, prévu expressément la possibilité d'utiliser les locaux<sup>150</sup>. Ainsi, étant donné que les mesures sanitaires empêchent l'exploitation des commerces, nous pensons que la prestation du bailleur devient impossible. BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY sont d'ailleurs de cet avis<sup>151</sup>. Lorsque les parties n'ont rien spécifié, ce qui est plutôt rare, il convient de se référer à l'usage habituel. Comme nous l'avons vu plus haut, l'usage habituel d'un local commercial est d'y exploiter une activité commerciale<sup>152</sup>. Nous suivons donc l'avis de PICHONNAZ<sup>153</sup> et considérons qu'en cas d'empêchement de cet usage habituel, ce qui est le cas avec les mesures sanitaires, il y a également impossibilité de la prestation du bailleur.

## **b) Condition de durabilité**

Deuxièmement, l'impossibilité doit être durable. En l'occurrence, dans les cas où le contrat a pris fin avant la fin des mesures sanitaires, l'impossibilité est durable. Lorsque ce n'est pas le cas, la plupart des auteurs de doctrine<sup>154</sup> assurent que, les mesures sanitaires ayant été prises pour une durée déterminée, l'impossibilité ne peut pas être considérée comme étant durable.

---

<sup>144</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, p. 113.

<sup>145</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>146</sup> REICHL/STEHLE, N 32-33 ; BOHNET, pp. 9-10.

<sup>147</sup> REICHL/STEHLE, N 32-33.

<sup>148</sup> HAEFELI/GALLI/VISCHER, N 25.

<sup>149</sup> PICHONNAZ, N 447.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.4.

<sup>152</sup> PICHONNAZ, N 455.

<sup>153</sup> *Idem*, N 456.

<sup>154</sup> IYNEDIJIAN, avis de droit du 05.04.20, p. 3 ; BOHNET, pp. 11-12 ; MEYER, p. 3 ; PEDUZZI, p. 17 ; REICHL/STEHLE, N 19-20 ; SCHENKEL, c. 5.2 ; RICHARD/TORRENT, N 87.

Toutefois, comme nous l'avons vu, l'impossibilité passagère peut constituer une impossibilité au sens de l'art. 119 CO lorsque le contrat doit être exécuté dans un délai déterminé (*Fixgeschäft*)<sup>155</sup>. En effet, il est possible de considérer qu'il existe une impossibilité lorsque le temps perdu ne peut plus être compensé<sup>156</sup>. Nous sommes ainsi d'avis que la solution retenue par GIGER est pertinente en la matière. Pour rappel, celle-ci préconise d'admettre pour principe que le contrat de bail est un contrat devant être exécuté durant un délai déterminé<sup>157</sup>. Ainsi, l'impossibilité passagère de fournir un local dans lequel le locataire peut exercer son activité commerciale devrait être considérée comme une impossibilité partielle (quantitative) et les conséquences de l'impossibilité partielle, telles qu'exposées ci-dessus, devraient être appliquées.

BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY adhèrent par ailleurs à cette conception et rappellent également, à raison, que l'impossibilité d'exécution de la prestation, qui doit être durable, ne doit pas être confondue avec la cause de l'impossibilité, qui elle, peut être temporaire. Ils expliquent en effet que puisque le temps de fermeture des commerces ne pourra jamais être rattrapé, l'impossibilité d'exécution est belle est bien durable, quand bien même les mesures sanitaires, qui sont la cause de l'impossibilité, sont temporaires<sup>158</sup>. Nous partageons entièrement cet avis.

### c) **Autres conditions**

Troisièmement, l'impossibilité doit être subséquente, c'est-à-dire qu'elle doit survenir après la conclusion du contrat. Ce point ne pose pas de problème en l'espèce. En effet, pour la grande majorité des commerces ayant dû fermer leurs portes en raison des mesures sanitaires, le contrat de bail avait déjà été conclu préalablement.

Quatrièmement, l'impossibilité ne doit pas être imputable au débiteur. Ici, la fermeture des commerces ne peut être imputée ni au bailleur ni au locataire, étant donné qu'elle a été ordonnée par le Conseil fédéral ainsi que par les différentes autorités cantonales en raison de la pandémie causée par le coronavirus.

### d) **Conséquences**

Les conditions sont à notre sens toutes remplies. Néanmoins, il ne s'agit pas, selon nous, d'une impossibilité totale, mais bien d'une impossibilité partielle, puisque celle-ci est passagère. Nous sommes d'avis que le fait que le bailleur ne puisse plus exécuter pleinement son obligation de tenir à disposition des locaux commerciaux en raison des mesures sanitaires peut être constitutif d'une impossibilité partielle quantitative ou qualitative.

En effet, l'obligation de tenir des locaux à disposition est une prestation divisible matériellement et ce, sous deux angles. D'une part, l'obligation devant être exécutée durant un temps déterminé, elle peut donc être divisée dans le temps. Certains auteurs sont d'ailleurs de cet avis<sup>159</sup>. D'autre part, lors des fermetures, les locaux peuvent encore souvent servir d'emplacements de stockage ou d'espaces de préparation pour les services en ligne<sup>160</sup>. Ainsi, dans les deux cas, la prestation du bailleur peut être fournie uniquement dans une certaine

---

<sup>155</sup> PICHONNAZ, N 722.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> GIGER, p. 28.

<sup>158</sup> BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.6.

<sup>159</sup> *Idem*, N 2.7 et nbp 21 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 131.

<sup>160</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, p. 131 et nbp 108.

fraction. L'impossibilité est donc, à notre sens, partielle quantitative et il convient d'y appliquer les principes de l'impossibilité au sens de l'art. 119 CO, c'est-à-dire réduire proportionnellement le loyer du locataire.

D'un autre point de vue, on pourrait également considérer que l'interdiction d'ouvrir les commerces a rendu la prestation du bailleur partiellement et qualitativement impossible. En effet, comme nous l'avons déjà exprimé plus haut, nous sommes d'avis qu'un local commercial ne permettant pas au locataire d'exploiter son commerce n'est pas dans un état approprié à l'usage pour lequel il a été loué et qu'il lui manque donc une qualité. Néanmoins, nous rejoignons l'avis de la partie de la doctrine<sup>161</sup> qui estime que cette configuration doit engendrer l'application des règles sur la garantie des défauts.

Ainsi, nous sommes d'avis qu'il existe en effet ici une impossibilité partielle quantitative pour le bailleur d'exécuter l'entier de son obligation dont la conséquence devrait être une réduction proportionnelle du loyer, en vertu de l'art. 119 al. 1 CO.

Dans le calcul de la réduction proportionnelle du loyer, il conviendra également de prendre en compte le fait que certains commerçants ont tout de même pu faire usage d'une partie de leurs locaux à titre d'entrepôt ou afin de proposer un service de plats à l'emporter ou de livraison à domicile.

## C. Adaptation du contrat par le juge

### 1. Généralités

Lorsque l'exécution de l'obligation du débiteur est certes encore possible mais qu'elle exigerait de lui des sacrifices excessifs, le débiteur se trouve dans une situation d'exorbitance<sup>162</sup>. Étant donné que la prestation du débiteur est encore possible, ce dernier devrait tomber en demeure. Toutefois, s'il en remplit les conditions, le débiteur peut invoquer l'exorbitance de sa prestation. Ce faisant, il pourra demander l'adaptation du contrat de trois manières : s'il existe une clause contractuelle permettant d'adapter l'obligation exorbitante, il appartiendra au juge de l'interpréter voire de la corriger ; à défaut de clause contractuelle, le juge devra appliquer des dispositions légales supplétives réglant les situations d'exorbitance, telles que l'art. 266g CO en droit du bail qui prévoit la résiliation pour justes motifs ; et finalement, à défaut de dispositions légales, le juge procédera au comblement de cette lacune<sup>163</sup>. Ces trois solutions sont des cas d'adaptation du contrat mais seule la troisième option représente l'adaptation du contrat au sens de la *clausula rebus sic stantibus*.

Bien que la doctrine<sup>164</sup> utilise couramment la notion de *clausula rebus sic stantibus* pour désigner le régime applicable à la situation d'exorbitance<sup>165</sup>, les conséquences de l'exorbitance sont donc en réalité plus larges. En effet, l'adaptation du contrat selon la *clausula rebus sic stantibus* ne vise que les hypothèses dans lesquelles il n'y a ni clauses contractuelles ni dispositions légales supplétives qui règlent la situation<sup>166</sup>. Elle est donc, en ce sens, subsidiaire à d'autres moyens contractuels ou légaux.

<sup>161</sup> CR CO I–THÉVENOZ, art. 119 CO N 32 ; ZK–HIGI/BÜHLMANN, art. 258 CO N 24 ; CPra bail–AUBERT, N 8.

<sup>162</sup> PICHONNAZ, N 2 ; SCHÖNLE, p. 419 ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 1956.

<sup>163</sup> PICHONNAZ, N 76-79.

<sup>164</sup> GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 1956-1957, TERCIER, pp. 202-203.

<sup>165</sup> PICHONNAZ, N 1376.

<sup>166</sup> *Idem*, N 1377 ; TERCIER, p. 197.

Le principe de la *clausula rebus sic stantibus* étant une exception à la fidélité contractuelle, elle-même exprimée par l'adage *pacta sunt servanda*, il ne peut être appliqué que dans une mesure restreinte<sup>167</sup>. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs lui-même exprimé qu'en raison des conditions strictes d'application, ce principe ne conduisait que rarement à une résiliation ou une adaptation judiciaire du contrat<sup>168</sup>.

Le fondement juridique du principe de la *clausula rebus sic stantibus* a fait l'objet de controverses dans la doctrine et fluctue encore dans la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>169</sup>. En effet, certains auteurs<sup>170</sup>, en accord avec la jurisprudence<sup>171</sup>, considèrent que l'adaptation du contrat en vertu de la *clausula rebus sic stantibus* repose sur l'application de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC, c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir une adaptation du contrat que lorsque la volonté d'une partie de maintenir ce contrat en dépit des nouvelles circonstances constitue manifestement un abus de droit<sup>172</sup>. Pour d'autres auteurs, l'abus de droit ne saurait être le fondement de l'application du principe car il ne permet que de dénoncer l'illicéité d'un comportement sans fournir de solution à celui-ci<sup>173</sup>. Par ailleurs, certains estiment également que le principe de l'abus de droit ne peut justifier une adaptation du contrat que lorsque celui-ci comporte déjà une clause contractuelle réglant l'éventualité de l'adaptation<sup>174</sup>. En effet, lorsque ce n'est pas le cas, le contrat comporte une lacune que le juge doit combler en recourant à la volonté hypothétique des parties<sup>175</sup>. Selon ces auteurs, l'adaptation du contrat en vertu de la *clausula rebus sic stantibus* ne peut alors être justifiée que par l'application du principe de la bonne foi<sup>176</sup>.

#### a) Conditions de l'adaptation du contrat par le juge

La prestation du débiteur est considérée comme exorbitante lorsque, bien que toujours possible, elle nécessite des efforts excessifs de la part de ce dernier compte tenu de la contre-prestation du créancier, ceci en raison de la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles<sup>177</sup>. Contrairement à l'impossibilité, il est ici nécessaire de tenir compte de la contre-prestation du créancier pour déterminer s'il est excessif d'exiger du débiteur qu'il fournisse sa prestation dans ces nouvelles conditions<sup>178</sup>. La notion d'exorbitance est une notion éminemment relative qu'il convient d'apprécier en fonction des circonstances du cas d'espèce<sup>179</sup>.

L'intervention du juge à des fins d'adaptation du contrat suppose plusieurs conditions : il faut un changement de circonstances, que celui-ci ne soit pas prévisible, qu'il ne soit pas imputable

---

<sup>167</sup> BSK–WIEGAND, art. 18 CO N 97.

<sup>168</sup> ATF 122 III 97, c. 3a.

<sup>169</sup> ENZ, N 10.

<sup>170</sup> BOHNET, pp. 18 et 20 ; PEDUZZI, p. 12 ; RICHARD/TORRENT, N 95.

<sup>171</sup> ATF 122 III 97, c. 3a ; ATF 107 II 343, c. 2.

<sup>172</sup> ENZ, N 10.

<sup>173</sup> ZK–JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO N 722.

<sup>174</sup> PICHONNAZ, N 1395 ; TERCIER, p. 206.

<sup>175</sup> OPPLIGER, p. 78.

<sup>176</sup> PICHONNAZ, N 1395 ; TERCIER, p. 206.

<sup>177</sup> PICHONNAZ, N 2 et 726.

<sup>178</sup> *Idem*, N 756.

<sup>179</sup> REICHL/STEHLE, N 60 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 139.

à la partie qui s'en prévaut et qu'il engendre une grave perturbation de l'équivalence des prestations<sup>180</sup>.

### **i) Changement de circonstances**

Premièrement, il faut une évolution des circonstances se produisant après la conclusion du contrat<sup>181</sup>. En réalité, le fait que certaines circonstances, qui avaient pourtant été prévues par les parties dans le contrat, n'apparaissent finalement pas, entre également dans le champ de cette première condition. Ainsi, pour être précis, il convient plutôt de se demander si l'évolution ou la non-évolution des circonstances correspond à ce que les parties avaient convenu lors de la conclusion du contrat<sup>182</sup>. Compte tenu de cette exigence, il faut bien entendu que l'exécution du contrat soit différée dans le temps par rapport à sa conclusion<sup>183</sup>. Par ailleurs, l'origine des circonstances nouvelles n'importe pas. Celles-ci peuvent toucher tant l'ensemble de la population qu'uniquement l'une des parties<sup>184</sup>. En outre, les circonstances nouvelles peuvent être de fait comme de droit, telles que des nouvelles mesures administratives<sup>185</sup>.

### **ii) Imprévisibilité**

Deuxièmement, la modification des circonstances provoquant cette difficulté de fournir la prestation pour le débiteur devait être imprévisible lors de la conclusion du contrat. Selon le Tribunal fédéral, le changement des circonstances est considéré comme prévisible lorsque, selon le cours ordinaire des choses, les parties devaient raisonnablement s'attendre à une telle évolution et auraient dû en tenir compte lors de la conclusion du contrat<sup>186</sup>. Il s'agit donc d'un critère objectif. Par ailleurs, le caractère imprévisible devra être apprécié avec retenue de sorte que toute évolution inhabituelle ne pourra pas être considérée comme imprévisible<sup>187</sup>. En effet, les parties à un contrat de durée doivent s'attendre à une évolution des conditions présentes lors de la conclusion du contrat<sup>188</sup>.

Le changement de législation ne peut en principe pas être considéré comme une circonstance nouvelle imprévisible<sup>189</sup>. Néanmoins, une partie de la doctrine considère qu'un changement de législation peut se révéler imprévisible lorsqu'il constitue une intervention extraordinaire qui crée un préjudice flagrant à un grand nombre de personnes<sup>190</sup>. Par ailleurs, lorsque le changement de circonstances était prévisible en soi mais que tel n'est pas le cas de sa nature, de son ampleur ni de ses conséquences sur le contrat, la condition de l'imprévisibilité est également remplie<sup>191</sup>.

---

<sup>180</sup> ATF 127 III 300, c. 5b, JdT 2001 I 239/244.

<sup>181</sup> BSK-WIEGAND, art. 18 CO N 99.

<sup>182</sup> TERCIER, pp. 196-197 ; ENZ, N 38.

<sup>183</sup> TERCIER, p. 196.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 208.

<sup>185</sup> *Idem*, p. 208.

<sup>186</sup> Arrêt du TF 4A\_375/2010 du 22 novembre 2010, c. 3.1.

<sup>187</sup> BSK-WIEGAND, art. 18 CO N 101.

<sup>188</sup> ATF 127 III 300, c. 5b/aa, JdT 2001 I 239/244.

<sup>189</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1054.

<sup>190</sup> ENZ, N 52.

<sup>191</sup> ATF 127 III 300, c. 5b/aa, JdT 2001 I 239/245 ; ENZ, N 37.

Un exemple de changement de circonstances extrêmement important que l'histoire a connu est sans doute les périodes de guerres mondiales. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a notamment considéré que la diminution des recettes d'un locataire en raison de la guerre ne pouvait être prévue par les parties lors de la conclusion du contrat et qu'il fallait au contraire admettre que les parties étaient parties de l'idée que les circonstances de fait existant au moment de la conclusion allaient perdurer tout au long du contrat<sup>192</sup>.

### **iii) Changement de circonstances non imputable à la partie voulant s'en prévaloir**

Il faut, troisièmement, que la survenance de ces circonstances ne soit pas imputable à la partie qui s'en prévaut, ou à un tiers dont elle répond<sup>193</sup>. Ainsi, ni le changement de circonstances ni le déséquilibre en résultant ne doit avoir été provoqué, ou aggravé, par la partie sollicitant l'adaptation du contrat<sup>194</sup>.

### **iv) Perturbation de l'équivalence des prestations**

Finalement, il faut que cette nouvelle circonstance imprévisible présente un caractère suffisamment exceptionnel pour créer un déséquilibre important entre les prestations des parties<sup>195</sup>. Par déséquilibre important, il faut entendre une disproportion évidente entre la prestation et la contre-prestation<sup>196</sup>. Il y a disproportion évidente lorsque le décalage entre les prestations est à tel point considérable qu'elles ne peuvent plus être considérées comme équivalentes<sup>197</sup>. Ainsi, une adaptation du contrat ne pourra être opérée que lorsqu'il n'est plus raisonnablement acceptable d'imposer cette charge d'exécution au débiteur<sup>198</sup>. Toutefois, selon certains auteurs, il n'est pas nécessaire que le déséquilibre contractuel en soit au point de créer une exploitation usuraire ou de provoquer la ruine du débiteur<sup>199</sup>. Néanmoins, dans un tel cas de ruine du débiteur, il faut admettre le déséquilibre important des prestations contractuelles<sup>200</sup>.

### **b) Étendue de l'adaptation du contrat par le juge**

Contrairement à l'impossibilité totale, la conséquence de l'exorbitance n'est pas l'extinction pure et simple de l'obligation, mais l'adaptation du contrat<sup>201</sup>. Comme nous l'avons vu, à défaut de clause contractuelle ou de disposition légale supplétive, l'adaptation du contrat par le juge prend la forme d'un comblement de lacune. L'adaptation peut prendre plusieurs formes telles que la modification de l'ampleur de la contre-prestation, la libération partielle du débiteur ou encore la réduction ou l'augmentation de la durée du contrat, voire l'extinction du contrat<sup>202</sup>. Ce faisant, le juge dispose d'une certaine liberté d'appréciation mais devra toutefois tenir compte des conclusions des parties et devra rechercher leur volonté hypothétique afin de déterminer ce qu'elles auraient prévu, de bonne foi, si elles avaient eu conscience de la

---

<sup>192</sup> ATF 48 II 249, c. 1, JdT 1922 I 472/475.

<sup>193</sup> TERCIER, p. 208 ; ENZ, N 81 ; PICHONNAZ, N 769.

<sup>194</sup> TERCIER, p. 208.

<sup>195</sup> *Idem*, p. 209.

<sup>196</sup> BSK-WIEGAND, art. 18 CO N 104.

<sup>197</sup> ENZ, N 64.

<sup>198</sup> TERCIER/PICHONNAZ, N 1055.

<sup>199</sup> BSK-WIEGAND, art. 18 CO N 104.

<sup>200</sup> BOHNET, p. 18.

<sup>201</sup> PICHONNAZ, N 1374.

<sup>202</sup> *Idem*, N 1375.

modification des circonstances<sup>203</sup>. La nature du contrat, le contexte de sa conclusion ainsi que les intérêts de chaque partie sont autant d'éléments qui devront également être pris en compte par le juge<sup>204</sup>. Par ailleurs, il pourra s'inspirer des solutions légales ainsi que des usages commerciaux en vigueur<sup>205</sup>. En outre, le juge devra privilégier l'adaptation des clauses contractuelles à son extinction pure et simple<sup>206</sup>, celle-ci étant souvent trop radicale et peu opportune pour les parties.

## 2. Application de la *clausula rebus sic stantibus*

### a) Subsidiarité de la *clausula rebus sic stantibus*

Tout d'abord, s'agissant du caractère subsidiaire de la *clausula rebus sic stantibus*, nous partons ici du principe que les parties n'ont prévu aucune clause contractuelle pouvant régler la situation causée par les mesures sanitaires. Quant à l'existence d'une disposition légale supplétive en droit du bail, la doctrine n'exprime pas d'opinion unanime.

Certains auteurs<sup>207</sup> estiment que la *clausula rebus sic stantibus* ne peut s'appliquer en matière de bail étant donné qu'il existe une disposition légale supplétive réglant la situation de l'exorbitance. En effet, selon ces mêmes auteurs, l'art. 266g CO règle exhaustivement les conséquences d'une obligation exorbitante<sup>208</sup> et représente une *lex specialis* par rapport à la *clausula rebus sic stantibus*<sup>209</sup>. D'autres<sup>210</sup> s'opposent à cette interprétation et considèrent que les effets de la *clausula rebus sic stantibus* sont plus larges puisqu'ils comprennent également l'adaptation du contrat par le juge dans le but de rétablir l'équilibre des prestations, et non seulement d'aboutir à sa résiliation. Ainsi, selon ces auteurs, l'art. 266g CO n'exclut pas l'application de la *clausula rebus sic stantibus*. Nous adhérons à cette interprétation. En effet, comme nous l'avons vu, le juge devrait en principe préférer l'adaptation des obligations contractuelles à l'extinction pure et simple du contrat<sup>211</sup>. Le but est en effet de faire cesser l'exorbitance. Dès lors, si des moyens moins radicaux sont possibles, ceux-ci doivent être appliqués en premier lieu. Nous sommes donc d'avis que la *clausula rebus sic stantibus* est applicable en droit du bail, si les conditions sont remplies, afin de permettre une adaptation du contrat et, *in fine*, une éventuelle réduction de loyer.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas exprimé clairement sur la question. Toutefois, dans l'ATF 128 III 428<sup>212</sup>, il a affirmé que la résiliation pour justes motifs n'était pas conditionnée à un déséquilibre, contrairement à la *clausula rebus sic stantibus*, et qu'il était bien plus déterminant de savoir s'il était devenu, après le changement de circonstances et de manière

---

<sup>203</sup> PICHONNAZ, N 1397-1398 ; TERCIER, p. 204.

<sup>204</sup> TERCIER, p. 205.

<sup>205</sup> PICHONNAZ, N 1399.

<sup>206</sup> *Idem*, N 1398.

<sup>207</sup> ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 266g CO N 26 ; IYNEDJIAN, avis de droit du 28.03.20, p. 7 ; SAVIAUX, N 15 ; RICHARD/TORRENT, N 96 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 137.

<sup>208</sup> ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 266g CO N 26 ; IYNEDJIAN, avis de droit du 28.03.20, p. 7 ; SAVIAUX, N 15 ; RICHARD/TORRENT, N 96.

<sup>209</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, p. 137.

<sup>210</sup> BOHNET, p. 27 ; LACHAT, avis de droit du 01.04.20, N 17 ; BSK-WEBER, art. 266g CO N 1 ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO N 97.

<sup>211</sup> PICHONNAZ, N 1398.

<sup>212</sup> ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284.

générale, insupportable d'être lié par le contrat pour la partie qui s'en prévaut<sup>213</sup>. À notre avis, l'on pourrait en déduire que les institutions de la résiliation anticipée pour justes motifs et celle de la *clausula rebus sic stantibus* ne traitent pas de la même problématique et ainsi que la première n'exclut pas l'application de la seconde.

## **b) Conditions d'applications**

Il convient ensuite d'examiner les différentes conditions devant être remplies afin de permettre une adaptation du contrat en application de la *clausula rebus sic stantibus*. Premièrement, il faut donc que l'on soit en présence d'un changement de circonstances qui soit intervenu après la conclusion du contrat. S'agissant de cette condition, il est plus qu'évident que, pour les commerces concernés, l'obligation de fermer leurs portes durant plusieurs semaines, voire plusieurs mois, constitue un changement radical de circonstances par rapport à la situation qui existait lors de la conclusion du contrat. En effet, ces locataires se sont vus empêchés de réaliser l'activité pour laquelle ils avaient loué leurs locaux et ont subi d'importantes pertes de chiffre d'affaires en raison de la cessation, partielle ou totale, de leur activité<sup>214</sup>. Il va de soi que nous ne nous intéressons pas ici aux contrats ayant été conclu en cours de pandémie.

Deuxièmement, ce changement de circonstances doit être imprévisible. Il ne fait aucun doute que personne, ni les bailleurs ni les locataires, ne s'attendait, en concluant un contrat de bail commercial, à vivre un jour une crise sanitaire si importante que l'ensemble des commerces non essentiels devraient être fermés durant plusieurs mois. La subjectivité n'est toutefois pas suffisante ; il faut, comme nous l'avons vu, que le caractère imprévisible soit objectif. Bien qu'une pandémie mondiale constitue un risque continuellement présent auquel il faut s'attendre<sup>215</sup>, jamais un virus n'avait provoqué de telles conséquences désastreuses pour l'économie d'une société moderne, de sorte que la nature, l'ampleur et les conséquences des modifications des rapports contractuels qui en ont découlé n'étaient absolument pas prévisibles<sup>216</sup>. Par ailleurs, comme nous l'avons vu, un changement de législation peut être imprévisible lorsqu'il s'agit d'une intervention extraordinaire qui crée un préjudice flagrant à un grand nombre de personnes<sup>217</sup>. Nous sommes d'avis que les mesures sanitaires ordonnées, bien qu'elles aient été provisoires, remplissent cette condition et peuvent donc être considérées comme imprévisibles.

Troisièmement, ni le changement de circonstances ni le déséquilibre causé par ce changement ne doivent être imputables à la partie qui souhaite s'en prévaloir. Dans le cas d'une pandémie mondiale qui a bouleversé le quotidien de millions de personnes en quelques semaines, il est évident que les locataires de locaux commerciaux ne sont pas plus responsables que quiconque des mesures sanitaires qui ont été ordonnées afin de contrer le virus. En effet, les commerçants n'ont pas eu d'autre choix que de fermer leurs portes. Par ailleurs, la plupart d'entre eux ont développé des services à distance comme la livraison à domicile ou d'autres alternatives en ligne. Les exploitants qui étaient en mesure de le faire, sans pour autant augmenter leurs coûts, ont donc ainsi pu tenter de réduire leurs pertes.

Finalement, le changement imprévisible de circonstances doit résulter en un déséquilibre important des prestations contractuelles. Ce point fait l'objet de controverses parmi les auteurs

---

<sup>213</sup> ATF 128 III 428, c. 3c, JdT 2005 I 284/289.

<sup>214</sup> REICHLÉ/STEHLE, N 51 ; SCHENKEL, c. 6.4

<sup>215</sup> REICHLÉ/STEHLE, N 52.

<sup>216</sup> SCHENKEL, c. 6.4.

<sup>217</sup> ENZ, N 52.

de doctrine s'étant exprimés à ce sujet. Pour la plupart des auteurs<sup>218</sup>, l'obligation de fermeture imposée à nombre de commerces a provoqué une importante, voire totale, perte de revenus rendant le paiement mensuel de charges fixes telles que le loyer pénible voire impossible pour les locataires. D'ailleurs, ce raisonnement a été suivi s'agissant des autres charges fixes importantes que sont les salaires des employés étant donné la possibilité de demander des indemnités en cas de réduction d'horaires de travail<sup>219</sup>. La perte de revenu a donc été clairement prise en compte et il a été considéré qu'un employeur ne pouvait pas assumer les charges salariales sans rentrées d'argent. En revanche, concernant l'autre charge fixe importante qu'est le loyer, rien de tel n'a été prévu. Nous estimons donc qu'un raisonnement similaire devrait être suivi et qu'il convient de considérer qu'imposer le paiement entier du loyer, alors même qu'aucune recette n'est réalisée en raison de facteurs totalement extérieurs et sur lesquels les locataires ne peuvent en aucun cas influencer, engendre une disproportion grossière des prestations des parties.

Pour d'autres auteurs en revanche, l'équilibre des prestations n'est pas rompu étant donné que les fermetures n'ont duré que quelques mois<sup>220</sup>. Nous ne pouvons adhérer à ce propos. Peu importe que la cause n'ait duré que quelques semaines ou quelques mois ; les conséquences ont été désastreuses pour certains exploitants. Ces derniers sont restés obligés de payer un loyer plein et entier alors qu'ils ne disposaient plus, ou presque plus, d'aucun revenu. Par ailleurs, l'obligation de payer un loyer plein n'est plus, à notre sens, équivalente à la prestation du bailleur, étant donné que les locataires ne peuvent plus exploiter leur commerce, raison principale pour laquelle ils ont pris les locaux en location<sup>221</sup>. Nous sommes, dès lors, d'avis que la disproportion est évidente.

### c) **Étendue de l'adaptation du contrat**

De manière générale, il est préférable que la partie souhaitant demander une adaptation du contrat n'exécute pas sa prestation sans réserve<sup>222</sup>. Les locataires devraient toutefois être attentifs au fait qu'un non-paiement de loyer pourrait les placer dans une situation de demeure dans laquelle ils risqueraient de se voir résilier leur contrat de bail avec effet immédiat<sup>223</sup>.

Comme nous l'avons répété à maintes reprises ci-dessus, le juge doit tenir compte des circonstances de chaque cas d'espèce pour procéder à l'adaptation du contrat, notamment des conclusions des parties. Il nous semble logique que tout bailleur et tout locataire a davantage d'intérêt à convenir d'une réduction partielle ou totale du loyer pendant les quelques mois de fermeture que d'aboutir à une résiliation du contrat. En effet, il est souvent plus fastidieux de recommencer une relation contractuelle avec un tout nouveau partenaire. D'ailleurs, les commerçants souhaitant s'engager dans une nouvelle relation contractuelle devaient être plutôt rare en temps de pandémie. De manière générale, l'adaptation du contrat serait donc plus efficace qu'une résiliation<sup>224</sup>. Nous ne pouvons donc rejoindre le point de vue de certains

---

<sup>218</sup> BOHNET, p. 20 ; REICHLÉ/STEHLE, N 56 ; SCHENKEL, c. 6.4.

<sup>219</sup> Ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage), RS 837.033.

<sup>220</sup> IYNEDJIAN, p. 6 ; RICHARD/TORRENT, N 102.

<sup>221</sup> REICHLÉ/STEHLE, N 56.

<sup>222</sup> *Idem*, N 57.

<sup>223</sup> Art. 257d al. 2 CO.

<sup>224</sup> HAEFELI/GALLI/VISCHER, N 35.

auteurs qui estiment que l'adaptation serait faite sans tenir compte de la volonté des parties et donc arbitrairement<sup>225</sup>.

Par ailleurs, comme déjà mentionné à plusieurs reprises, il devra également être tenu compte du fait que certains commerçants n'ont pas perdu l'utilité de la totalité de leurs locaux et qu'ils ont pu les utiliser à titre d'espace de stockage ou pour développer leur commerce en ligne<sup>226</sup>. En effet, ce faisant, leur obligation de payer le loyer s'en trouvera moins disproportionnée.

Un auteur remarque, à juste titre, que la raison pour laquelle il n'y a que très peu de jurisprudence concernant la *clausula rebus sic stantibus* est que les conditions d'application sont strictes et difficilement réalisables en pratique<sup>227</sup>. En effet, les cas dans lesquels le Tribunal fédéral a appliqué ce principe relèvent en majorité de situations exceptionnelles, telles que la première guerre mondiale. Néanmoins, contrairement à cet auteur, nous pensons justement que la crise sanitaire que nous avons vécue pendant plus de deux ans devrait faire partie des cas exceptionnels qui nécessitent l'application de la *clausula rebus sic stantibus* en raison du caractère sans précédent de cette crise et des conséquences désastreuses qu'elle a provoquées sur l'économie, et ce, au niveau mondial. Nous sommes donc, pour toutes ces raisons, en faveur d'une adaptation du contrat en application de la *clausula rebus sic stantibus*.

### III. Casuistique

Bien que la pandémie de COVID-19 ait débuté en Suisse il y a plus de deux ans, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question des loyers de baux commerciaux pendant les fermetures qui ont été ordonnées ces deux dernières années. Par ailleurs, très peu de décisions cantonales ont été rendues sur le sujet. Bien que d'un point de vue strictement théorique le peu de décisions rendue ne rende pas plus aisée l'analyse du problème, nous pouvons espérer qu'il découle d'accords à l'amiable entre bailleurs et locataires s'agissant du paiement du loyer en temps de fermeture.

#### 1. Arrêt du Tribunal des baux et loyers de Genève, JTBL/565/2021, du 28 juin 2021

La société anonyme A. SA, ayant pour but l'exploitation d'un restaurant, l'importation, l'exportation et le commerce de denrées alimentaires, de vins et de spiritueux, ainsi que B., l'unique administratrice de A. SA (ci-après : les locataires), louent des locaux commerciaux à C., propriétaire de l'immeuble sis à Genève, dont D. SA est la régie (ci-après : les bailleuses). Les locataires demandent une réduction de loyer de 100% pour les périodes de fermeture ordonnées par le Conseil fédéral ainsi que par le Conseil d'Etat du canton de Genève, soit du 16 mars 2020, à 18 h 00, au 10 mai 2020, du 2 novembre 2020 au 10 décembre 2020 et du 23 décembre 2020 au 23 mars 2021, jour de l'audience, étant donné que les fermetures étaient encore en vigueur à cette date.

Dans un premier temps, le Tribunal des baux et loyers de Genève (ci-après : le Tribunal) rappelle les principes en matière de contrat de bail à loyer et de défauts de la chose louée. Le tribunal arrive à la conclusion que les fermetures des établissements ne représentent pas un défaut. Bien que la jurisprudence ait déjà admis l'existence d'un défaut immatériel découlant de l'absence d'autorisations administratives ou du non-respect de réglementations de droit public, le Tribunal considère que, dans ces cas, la restriction de l'usage était directement liée

---

<sup>225</sup> PEDUZZI, p. 15.

<sup>226</sup> REICHL/STEHLE, N 60.

<sup>227</sup> PEDUZZI, p. 14.

aux caractéristiques propres au local, voire au comportement du bailleur. En revanche, pour lui, les restrictions de l'usage découlant des mesures sanitaires sont liées au type d'activité exercée. En d'autres termes, les mesures n'avaient pas vocation à toucher la chose louée elle-même, et encore moins la mise à disposition de la chose, mais uniquement un certain type d'activité<sup>228</sup>.

S'agissant de cet argument, nous sommes d'avis que les fermetures de commerces sont liées aux locaux. Néanmoins, comme nous l'avons exprimé plus haut, nous pensons également que la restriction de l'usage ne doit pas forcément être directement liée aux caractéristiques matérielles du local. En effet, l'art. 259d CO permet d'obtenir une réduction de loyer lorsqu'un défaut empêche ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée, sans que la condition de lien avec les caractéristiques physiques du local ne soit exprimée. Selon nous, lorsqu'un local est entaché d'un défaut en raison d'une perte de chiffre d'affaires liée à sa nouvelle réputation, il ne s'agit pas d'un défaut entachant le local directement. Par ailleurs, la situation d'interdiction d'une activité commerciale tout à fait légale étant totalement inédite, il est, à notre avis, normal qu'aucun précédent jurisprudentiel correspondant exactement à la situation ne puisse être appliqué. En effet, les cas que la jurisprudence a traités s'agissant d'autorisations administratives ou de règlementations de droit public concernent pour la plupart des situations dans lesquelles un comportement actif était attendu du bailleur ou du locataire afin de respecter des règles en vigueur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Dans un deuxième temps, le Tribunal s'intéresse à l'éventualité d'une impossibilité subséquente au sens de l'art. 119 CO et en rappelle les notions. Le Tribunal considère que malgré les interdictions d'ouverture de certains établissements, la mise à disposition des locaux par les bailleuses demeurerait possible. Dans tous les cas, les mesures n'avaient pas un caractère durable. Il ajoute que même si l'impossibilité devait être admise, la conséquence de celle-ci aurait dû être la libération des locaux par les locataires, chose qu'ils n'ont pas faite. Dès lors, le Tribunal conclut que les conditions de l'impossibilité n'étaient pas remplies en l'espèce<sup>229</sup>.

Comme nous l'avons exprimé plus haut, la disparition du but contractuel ainsi que l'impossibilité d'utilisation, lorsque la possibilité d'utilisation avait été prévue contractuellement, peuvent être des cas d'impossibilité au sens de l'art. 119 CO. En outre, l'art. 119 CO peut également s'appliquer à l'impossibilité passagère lorsque le contrat doit être exécuté dans un certain temps, ce que certains auteurs estiment être le cas pour le contrat de bail. Finalement, l'impossibilité peut être partielle et donc n'engendrer que la réduction de la contre-prestation, à savoir le loyer, et non systématiquement la résiliation totale du contrat et la libération des locaux. Nous sommes donc d'avis que l'analyse du Tribunal n'est pas assez approfondie s'agissant de l'argument de l'impossibilité.

Finalement, le Tribunal admet que l'adaptation du contrat par le juge, en vertu du principe de la *clausula rebus sic stantibus*, pourrait être possible. En effet, les fermetures des établissements constituent un changement important et imprévisible des circonstances. Toutefois, il ne s'y intéresse pas plus en l'espèce, étant donné que les locataires n'ont pas démontré que les conditions de la *clausula rebus sic stantibus* étaient remplies et n'ont pas produit les éléments nécessaires à cet effet. En outre, le Tribunal a considéré que les locataires n'avaient pas démontré l'existence d'un déséquilibre pouvant entraîner leur perte ni un abus de droit de la part des bailleuses étant donné que ce dernier leur a proposé des arrangements de paiement ainsi qu'une éventuelle réduction de loyer jusqu'à un maximum de 80% mais que les locataires

---

<sup>228</sup> Arrêt du Tribunal des baux et loyers de Genève, JTBL/565/2021, du 28 juin 2021, c. 4. e).

<sup>229</sup> *Idem*, c. 5. c).

ont simplement refusé ces propositions<sup>230</sup>. Dès lors, les locataires ont été déboutées dans l'ensemble de leurs conclusions. Malheureusement ici, l'analyse théorique des conditions de la *clausula rebus sic stantibus* n'a pas pu être faite à cause des demandeurs, ceux-ci n'ayant pas étayé leurs allégations.

## **2. Arrêt du Tribunal d'arrondissement de Zurich MJ210008-L (ZMP 2021 Nr. 10), du 2 août 2021**

Dans cette affaire, le locataire a cessé de payer le loyer de son local commercial pour les mois d'avril et de mai 2020 ainsi que pour le mois de février 2021. Pour les mois de juin 2020 à janvier 2021, il a payé un tiers du loyer brut par mois. Le bailleur a dès lors déposé action en paiement des loyers impayés.

Le Tribunal commence par étudier l'éventualité de l'impossibilité objective subséquente de l'art. 119 CO. Selon lui, la question à trancher dans ce cas est celle de savoir si l'utilisation effective des locaux à une fin déterminée fait partie ou non du contenu de la prestation due par le bailleur<sup>231</sup>. En effet, selon le Tribunal, ce n'est que si le bailleur avait garanti au locataire la possibilité de toujours utiliser les locaux conformément à leur destination que le risque d'entreprise serait considéré comme étant également à charge du bailleur<sup>232</sup>. Dans ce cas, une impossibilité au sens de l'art. 119 CO pourrait être retenue. Dans le cas d'espèce cependant, le Tribunal a considéré que les parties n'avaient pas prévu d'usage spécifique dans le contrat et n'avaient pas non plus prévu de garantie de la possibilité d'exercer une activité commerciale ou d'obligation d'utilisation<sup>233</sup>. De plus, l'impossibilité ici ne présentait pas le caractère durable nécessaire<sup>234</sup>. Dès lors, le Tribunal n'a pas retenu d'impossibilité objective subséquente.

Ici, le Tribunal semble avoir suivi le développement de la doctrine s'agissant de l'impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*). Néanmoins, comme nous l'avons exprimé plus haut, nous défendons l'avis selon lequel la mention de la destination des locaux est suffisante pour considérer que les parties ont convenu de la condition de pouvoir utiliser les locaux. S'agissant de la condition de durabilité, nous renvoyons au propos exprimé dans la section précédente s'agissant de la décision du Tribunal des baux de Genève.

C'est ensuite l'hypothèse des défauts de la chose louée qui est examinée. Le Tribunal suit l'avis d'une partie de la doctrine qui estime que la qualité convenue de l'objet loué ne concerne que des caractéristiques liées à l'objet et non pas également à l'exploitation<sup>235</sup>. Ainsi, selon le Tribunal, l'usage convenue de la chose louée n'est pas affecté lorsque le locataire ne peut exploiter son commerce. En outre, le Tribunal rejette l'argument selon lequel l'atteinte à l'exploitation constituerait un défaut uniquement en raison de la non-influence des parties sur elle. Le fait que les mesures aient été destinées à toute la population n'a pas non plus d'importance<sup>236</sup>. Dès lors, il conclut à l'absence de défaut de la chose louée. Le Tribunal suit ici le même raisonnement que celui développé dans l'arrêt genevois, pour lequel nous avons déjà émis des critiques.

---

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> Arrêt du Tribunal d'arrondissement de Zurich, MJ210008-L (ZMP 2021 Nr. 10), du 2 août 2021, c. 3.1.

<sup>232</sup> *Idem*, c. 3.3.

<sup>233</sup> *Idem*, c. 3.5.

<sup>234</sup> *Idem*, c. 3.2.

<sup>235</sup> *Idem*, c. 4.2.

<sup>236</sup> *Idem*, c. 4.4.

Finally, the Tribunal is interested in the possible application of the principle of the *clausula rebus sic stantibus*. In this context, it estimates that, without doubt, the circumstances have been overturned for a number of tenants of commercial premises<sup>237</sup>. As for the criterion of unforeseeability, the Tribunal considers that even if it fails to expect at any time the triggering of a pandemic or an epidemic, the measures taken by the authorities could not have been foreseeable for the parties, at least not in such a measure<sup>238</sup>. Nevertheless, the Tribunal does not analyze whether the other conditions are fulfilled because in the case, the tenant has not explained how the measures have concretely affected his commercial activity<sup>239</sup>. From then on, the condition of a serious disturbance of the contractual balance is not demonstrated<sup>240</sup>. It notes however that the consequences suffered because of a closure of a few weeks would not in any way be comparable to those suffered as a result of a closure of several years in times of war. In addition, the tenant was able to use a part of the premises as stock and to benefit from developing his business online. In view of the lack of evidence relating to the loss of turnover or other damageable consequences, the elements invoked are not sufficient to conclude to a serious disturbance of the contractual balance<sup>241</sup>. It is therefore not possible to proceed to an adaptation of the contract because the conditions of the *clausula rebus sic stantibus* are not fulfilled. In abundance, the tenant simply refused the offer of the landlord proposing to exempt him, in the sense of an amicable agreement and without recognizing a legal obligation, of 60% of the rents for the months of April and May 2020<sup>242</sup>. The tenant has therefore been dismissed in his conclusions.

Here also, the complete analysis of the *clausula rebus sic stantibus* has not been carried out because of the lack of cooperation of the parties. We emphasize however that the closures of several months which the merchants have suffered have caused considerable economic consequences which, in our opinion, can be compared to those caused by a closure in times of war.

For all these reasons, we cannot follow the views expressed by the Geneva and Zurich courts. We are nevertheless conscious that they correspond to the view of the majority of authors of doctrine who have expressed their views on the subject.

### **3. Arrêt du Tribunal civil du canton de Bâle-Ville MG.2021.20, du 28 janvier 2022**

In this case, the tenant rents premises to the landlord in Basel for the operation of a fast-food restaurant. He asks, for the period from 16 March 2020 to 10 May 2020, for a 100% reduction of rent.

The Tribunal begins with the analysis of a possible default of the premises because of the closure of the restaurant. It notes that the lease contract expressly stated the destination of the premises as a fast-food restaurant. Thus, given that the surface is normally available for consumption on site, it could not have been used during the closure period, the actual and effective state of the premises deviates from the contractually agreed state, which is the definition of default in law of lease<sup>243</sup>. The Tribunal rejects

---

<sup>237</sup> *Idem*, c. 5.2.2.

<sup>238</sup> *Idem*, c. 5.2.4.

<sup>239</sup> *Idem*, c. 5.2.5.

<sup>240</sup> *Idem*, c. 5.2.6.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> *Ibidem*.

<sup>243</sup> Arrêt du Tribunal civil du canton de Bâle-Ville, MG.2021.20, du 28 janvier 2022, c. 2.4.

également plusieurs arguments du bailleur. En effet, il estime que l'ordonnance 2 COVID-19 s'adresse non pas uniquement au locataire mais bien à la collectivité dans son ensemble, ce qui ne fait donc pas obstacle à considérer qu'il existe un défaut<sup>244</sup>. En outre, le Tribunal considère, contrairement au bailleur, que l'accord exprès des parties dans le contrat sur la destination des locaux en tant que restaurant de restauration rapide a pour effet de rendre l'interdiction de droit public liée aux locaux, objet du bail<sup>245</sup>. Il précise également que, même s'il n'est pas possible de considérer que l'interdiction est liée aux locaux, un défaut peu tout de même exister. En effet, le Tribunal reprend l'avis de la doctrine qui relève que des immissions qui ont leur origine en dehors de la sphère d'influence du bailleur et qui ne sont pas liées directement à l'objet du bail peuvent également constituer un défaut<sup>246</sup>. Par ailleurs, compte tenu du fait que le locataire a pu continuer l'exploitation de son service à l'emporter, le Tribunal considère qu'il ne peut prétendre qu'à une réduction proportionnelle du loyer à l'usage des locaux dont il pouvait encore exercer.

Comme nous l'avons exprimé tout au long de notre travail, nous sommes pleinement en accord avec les arguments ainsi qu'avec la conclusion du Tribunal s'agissant de cet aspect.

Le Tribunal s'intéresse ensuite aux conditions de l'impossibilité objective subséquente. Néanmoins, il ne poursuit pas l'analyse car il considère que la condition de la durabilité n'est pas remplie en l'espèce au vu du caractère temporaire des mesures ordonnées<sup>247</sup>. S'agissant de ce point, nous émettons la même critique que pour l'arrêt rendu par le Tribunal des baux et loyers de Genève. En effet, nous estimons que l'impossibilité passagère peut être considérée, dans le cadre d'un contrat de bail, comme impossibilité partielle pour laquelle l'art. 119 CO s'applique.

Finalement, l'adaptation du contrat selon la *clausula rebus sic stantibus* n'est pas examinée étant donné que la locataire n'a pas démontré comment les mesures prises par les autorités avaient concrètement affecté son activité commerciale.

Il convient de préciser que cette décision a été contestée par les deux parties auprès de la Cour d'appel de Bâle-Ville et n'est donc pas encore entrée en force<sup>248</sup>. Elle est toutefois porteuse d'espoir pour les locataires de locaux commerciaux souhaitant obtenir une réduction de loyer pour la période de fermeture des commerces en raison du coronavirus.

#### **IV. Projet de loi fédérale sur les loyers et fermages pendant les fermetures d'établissement et les restrictions visant à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Loi COVID-19 sur les loyers commerciaux)**

Les 12 et 19 mai 2020, les commissions de l'économie et des redevances du Conseil national et du Conseil des États ont déposé deux motions de teneur identique chargeant le Conseil fédéral de prendre des mesures pour que les exploitants des commerces ayant dû fermer temporairement à la suite des mesures sanitaires ne doivent payer que 40% de leur loyer pour

---

<sup>244</sup> *Ibidem.*

<sup>245</sup> *Ibidem.*

<sup>246</sup> *Ibidem.*

<sup>247</sup> *Idem*, c. 2.7.

<sup>248</sup> RUBLI, p. 7.

la période de fermeture, les 60% restant devant être à la charge des bailleurs<sup>249</sup>. Le Conseil fédéral a donc établi un projet de loi COVID-19 sur les loyers commerciaux, sans toutefois demander au Parlement de l'approuver. En effet, le Conseil fédéral a estimé qu'une approche non interventionniste était préférable et que les accords amiables entre les parties devaient être encouragés<sup>250</sup>. Finalement, le Conseil national a rejeté la loi sur les loyers commerciaux lors du vote final le 30 novembre 2020 et le Conseil des États a décidé le 2 décembre 2020 de ne pas entrer en matière sur le projet<sup>251</sup>. Celui-ci a donc été abandonné.

Pour la gauche de l'échiquier politique<sup>252</sup>, ce projet était une nécessité pour assurer la sécurité juridique et éviter de devoir attendre plusieurs mois, voire plusieurs années, avant de pouvoir avoir un jugement du Tribunal fédéral. En outre, elle s'appuyait sur le fait que la proportion de règlements amiables dans ce domaine n'était que de 40%, laissant ainsi une grande partie des commerçants sans solution. Elle craignait également une vague de faillites en cas de rejet du texte, qui coûterait assurément plus cher à l'État. Le centre souhaitait lui une solution plus équilibrée et aurait préféré une répartition de loyer de 50% chacun, afin d'avoir une « symétrie des sacrifices ».

Quant à la droite<sup>253</sup>, elle craignait que cette loi ouvre la porte à des demandes du même genre dans d'autres domaines, tels que la vente. Elle estimait par ailleurs que les mesures d'aide du Conseil fédéral comme le chômage partiel, les indemnisations ainsi que les prêts pour les coûts fixes étaient suffisantes. Selon le Parti Libéral Radical, la loi était en outre inconstitutionnelle car problématique du point de vue de la liberté économique, de la garantie de la propriété et de l'égalité de traitement. Le caractère supposé arbitraire de la loi a également été mis en avant.

Selon nous, une telle loi n'est, théoriquement, pas nécessaire étant donné que nous sommes d'avis qu'une réduction de loyer peut être obtenue via les trois hypothèses que nous avons examinées dans ce travail. Néanmoins, nous sommes conscients que cet avis n'est de loin pas partagé par l'entier de la doctrine ni par tous les tribunaux s'étant déjà prononcés à ce sujet. Dans cette perspective, nous sommes convaincus qu'une telle loi aurait pu permettre aux commerçants de traverser cette crise plus sereinement, ou de la traverser tout court pour ceux qui ont malheureusement fait faillite. En effet, nous ne voyons pas en quoi cette ingérence de l'Etat dans les rapports privés aurait été plus problématique que toutes celles, parfois même bien plus graves, que nous avons connues lors de cette crise sanitaire. D'ailleurs, dans le domaine du bail, l'ordonnance du Conseil fédéral permettant aux locataires de bénéficier d'un délai de paiement plus long<sup>254</sup> reste une ingérence, bien qu'elle soit plus modérée. Néanmoins, étant donné que nous sommes d'avis que l'étendue de la réduction de loyer doit tenir compte des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, notamment du fait que le commerçant puisse encore faire un usage restreint du local ou encore que le restaurateur ait mis en place un service de restauration à l'emporter, nous rejoignons l'avis du centre qui proposait une répartition du loyer de l'ordre de 50%-50%.

---

<sup>249</sup> Motion CER-N 20.3451 et Motion CER-E 20.3460 « Loyers commerciaux des restaurants et autres établissements concernés par la fermeture. Pour que les locataires ne doivent que 40 pour cent de leur loyer » du 12 mai 2020 et 19 mai 2020.

<sup>250</sup> Objet du Conseil fédéral 20.076 « Loi COVID-19 sur les loyers commerciaux.

<sup>251</sup> Office fédéral du logement, « Coronavirus : mesures dans le domaine du droit du bail ».

<sup>252</sup> Objet du Conseil fédéral 20.076 « Loi COVID-19 sur les loyers commerciaux.

<sup>253</sup> *Ibidem*.

<sup>254</sup> Ordonnance du 27 mars 2020 sur l'atténuation des effets du coronavirus en matière de bail à loyer et de bail à ferme (Ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme), RS 221.213.4.

## V. Conclusion

Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis que les trois hypothèses que nous avons examinées devraient pouvoir être invoquées par les locataires afin d'obtenir une réduction de leur loyer commercial pour les périodes de fermetures dues aux mesures sanitaires. En effet, en raison de ces restrictions, les locaux commerciaux se sont trouvés, à notre sens, dans un état qui n'était plus approprié à l'usage pour lequel ils avaient initialement été loués. Ainsi, l'usage ayant été restreint, le locataire devrait pouvoir demander une réduction proportionnelle du loyer. Néanmoins, comme nous l'avons exprimé, la réduction doit être proportionnelle à l'entrave qu'a subie le locataire sur l'usage du local. Le fait que l'exploitant ait pu utiliser une partie des locaux comme espace de stockage ou qu'il ait pu développer un service de vente en ligne ou à l'emporter doit être pris en compte puisqu'un usage résiduel aura pu être fait.

De même, nous pensons que l'hypothèse de l'impossibilité de la prestation du bailleur est également applicable. En effet, au vu de la nature des locaux commerciaux, nous estimons que le but d'y exploiter une activité commerciale est inhérente à ceux-ci. L'entrave à cette exploitation provoquée par les mesures sanitaires engendre, à notre sens, la disparition du but contractuel et donc l'impossibilité de la prestation du débiteur. Cette impossibilité n'est toutefois que partielle et permet la réduction du loyer pour la période de fermeture sans impliquer une résolution totale du contrat.

Enfin, nous sommes d'avis que la voie de l'adaptation du contrat par la *clausula rebus sic stantibus* est applicable afin de réduire, proportionnellement et momentanément, le loyer des commerçants concernés. Les conditions sont, à notre sens, toutes remplies et, comme nous l'avons exprimé plus haut, nous estimons que l'art. 266g CO ne fait pas obstacle à l'application de la *clausula rebus sic stantibus*. Par ailleurs, cette voie nous paraît être la solution la plus adaptée à cette situation exceptionnelle. En effet, l'adaptation du contrat devant être réalisée par le juge, les circonstances de chaque cas d'espèce devraient être prises en compte afin d'obtenir la solution la plus équitable pour chacun.

Ainsi, bien que nous estimions que les hypothèses du défaut de la chose louée et de l'impossibilité sont tout à fait défendables, nous sommes conscients qu'elles ne sont pas défendues par la doctrine majoritaire. Nous pensons donc que la voie de l'adaptation du contrat par le juge selon la *clausula rebus sic stantibus* devrait être suivie par les bailleurs et les locataires mais surtout encouragée par les praticiens du droit.

De manière générale, nous rappelons que la réduction de loyer doit être faite de manière individuelle, en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce. En effet, le temps de fermeture et l'utilisation résiduelle des locaux sont des éléments à prendre en compte pour évaluer le droit du locataire à une réduction de loyer. En effet, nous ne prônons pas une exemption totale et inconditionnelle du loyer mais bien une réduction proportionnelle de celui-ci à l'utilisation qui a pu être conservée.

Il convient de préciser que nous sommes conscients du fait que la crise sanitaire a eu des répercussions économiques importantes sur une grande frange de la population. Ainsi, priver les propriétaires louant leurs locaux de leur revenu pendant un certain temps peut également avoir pour effet de les placer dans une situation économique inconfortable. Toutefois, la plupart des propriétaires immobiliers réalisent un bénéfice sur la location de leur bien par rapport aux frais, notamment hypothécaires, qu'ils doivent supporter. Dès lors, nous pensons qu'il paraît acceptable que dans une telle période les propriétaires renoncent à une partie de leur bénéfice

afin de permettre aux commerçants de ne pas devoir gravement s'endetter, voire de devoir fermer définitivement leur commerce.

En effet, au vu de la situation totalement inédite et sans précédent que nous avons vécue, nous rejoignons LACHAT lorsqu'il rappelle que le droit doit être au service de l'équité<sup>255</sup> et nous considérons de ce fait qu'il est d'ailleurs du devoir de tous les praticiens d'interpréter les outils juridiques à disposition afin de pouvoir répondre à de toutes nouvelles situations et de proposer les solutions les plus équitables pour chaque partie.

Par ailleurs, compte tenu des avis diamétralement opposés pouvant exister s'agissant des trois hypothèses analysées dans ce travail, une éventualité tout à fait différente mérite d'être examinée. Compte tenu du changement de circonstances qu'ont engendré les mesures sanitaires, PICHONNAZ propose d'imposer aux parties un devoir de renégocier le contrat fondé sur la bonne foi<sup>256</sup>. En effet, la renégociation du contrat par les parties permettrait d'avoir un modèle plus solidaire et surtout inscrit dans la durée<sup>257</sup>. Il rappelle d'ailleurs qu'une telle renégociation du contrat était déjà une pratique courante en droit romain puisqu'il était admis que les bailleurs devaient consentir à une réduction de tout ou partie du fermage lorsque le fermier n'obtenait aucune ou très peu de récolte<sup>258</sup>. Cette solution partait donc du principe qu'il était contraire à la bonne foi de demander l'entier du fermage au fermier qui n'avait pas pu cultiver sa terre<sup>259</sup>. Néanmoins, il était également prévu que si dans le futur le fermier bénéficiait de récoltes fructueuses, il devait donner davantage au bailleur afin de compenser la remise concédée à l'époque<sup>260</sup>. Selon ce modèle, il serait également contraire à la bonne foi d'exiger d'un commerçant le paiement entier de son loyer alors que celui-ci n'a pu obtenir aucun revenu en raison d'une fermeture de son établissement pour raisons sanitaires.

Afin d'imposer cette renégociation, PICHONNAZ estime qu'une intervention étatique est nécessaire pour imposer des règles impératives de renégociation et suggère même qu'elle soit gérée par des groupes représentatifs des parties concernées<sup>261</sup>. Cette représentation permettrait de garder une certaine équité et égalité des armes pour les relations contractuelles dans lesquelles une partie bénéficie d'une position contractuelle forte. Cet auteur est d'ailleurs d'avis que le projet de loi COVID-19 sur les loyers commerciaux aurait justement pu contribuer à éviter un abus de position contractuelle dominante et à favoriser des solutions de négociation dynamiques<sup>262</sup>.

Pour finir, bien que les fermetures dues aux mesures sanitaires semblent être désormais derrière nous, il n'est pas encore trop tard pour les locataires de faire valoir leurs droits. Par ailleurs, nous sommes d'avis que ce travail peut apporter des réponses dans d'autres cas que celui de la crise de coronavirus. En effet, il est très probable que les parties à un contrat y intègrent désormais le risque d'une pandémie mondiale. En revanche, nous ne sommes pas à l'abri d'une autre crise, par exemple climatique, qui bouleverserait tout autant l'économie ainsi que les rapports contractuels.

---

<sup>255</sup> LACHAT, avis de droit du 01.04.20, p. 1.

<sup>256</sup> PICHONNAZ, RDS, p. 144.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>258</sup> *Idem*, p. 145.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> *Idem*, pp. 147-148.

<sup>262</sup> *Idem*, p. 149.