

Université de Neuchâtel – Faculté de droit

Semestre de printemps

Année académique 2021 – 2022

Droit du bail – Professeur Patricia Dietschy-Martenet

Baux de locaux commerciaux et Covid-19 – réduction du loyer durant les périodes de fermetures forcées

Mémoire de Master

Rédigé par Lyanne Elsener

Table des matières

Liste des abréviations	IV
Bibliographie	V
Introduction	1
Chapitre 1 Défaut	2
1.1 Définition	2
1.2 Existence d'un défaut	3
1.2.1 Qualité promise ou attendue.....	3
1.2.2 Règlementation du droit public : Destinataire.....	5
1.2.3 Relation avec la chose louée.....	6
1.3 Question de faute	8
1.4 Répartition des risques	9
1.5 Conclusion	9
Chapitre 2 Impossibilité	13
2.1 Définition	13
2.2 Impossibilité subséquente objective (temporaire)	14
2.2.1 Impossibilité	14
2.2.2 Durabilité.....	18
2.2.3 Libération des locaux	20
2.3 Conclusion	20
Chapitre 3 <i>Clausula rebus sic stantibus</i>	23
3.1 Définition	23
3.2 Eléments constitutifs	23
3.2.1 Changement de circonstances.....	23
3.2.2. Imprévisibilité et inévitabilité.....	24
3.2.3 Déséquilibre grave.....	25
3.3 Relation par rapport à l'art. 266g CO	26

3.4 Fardeau de la preuve	27
3.5 Conclusion	27
Conclusion.....	30

Liste des abréviations

al.	alinéa(s)
ASLOCA	Association suisse des locataires
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	<i>confer</i> (se référer à)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220)
cons.	considérant
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (RS 101)
éd.	édition
et al.	<i>et alii</i> (et d'autres)
édit.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
FRI	Fédération romande immobilière
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
let.	lettre
MRA	MietRecht Aktuell
N	numéro(s) marginal(aux)
Nr.	numéro(s)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht ; RS 220) (= Code des obligations)
p.	page
resp.	respectivement
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et suivant(e)
ss.	et suivant(e)s
SJ	La Semaine judiciaire
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
SVLR	Schweizerische Vereinigung für Luftfahrt
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduction
Vorbem.	Vorbemerkungen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (RS 210)
ZMP	Zürcherische Mietrechtspraxis
ZK	Zürcher Kommentar

Bibliographie

AEPLI VIKTOR, Art. 114-126 OR: *Das Erlöschen der Obligationen, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/1, Zurich 1991.

BOHNET FRANÇOIS/ CARRON BLAISE/ MONTINI MARINO, *Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : AUTEUR, CPra., art. ... CO, N ...).

BOHNET FRANÇOIS, *Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19*, Cahiers du bail 2/2020, Lausanne 2020, p. 33-52, disponible sous <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/>.

BRUTSCHIN SARAH/ RUBLI XAVIER/ STASTNY PIERRE, *Avis de droit de l'ASLOCA, Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie du Covid-19*, mars 2020, disponible sous <https://www.asloca.ch/avis-de-droit/>.

CONOD PHILIPPE/ BOHNET FRANÇOIS, *Droit du bail*, Fond et procédure, 2^e éd., Neuchâtel 2021.

GAUCH PETER/ SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Band II, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.

GEISER THOMAS/ FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Zivilgesetzbuch I: Basler Kommentar*, Bâle 2018, (cité : AUTEUR, BSK, art. ... CC, N ...).

GIGER HANS, *Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Art. 260-267 OR*, BK – Berner Kommentar, Berne 2020 (cité : AUTEUR, BK, art. ... CO, N ...).

GURBANOV TATIANA, *Le sort de l'obligation de payer le loyer des locaux commerciaux fermés à la suite du prononcé des mesures destinées à lutter contre l'épidémie COVID-19* (Tribunal des baux et loyers de Genève, JTBL/565/2021), Newsletter Bail.ch, septembre 2021.

HAEFELI ANDREA/ GALLI DARIO/ VISCHER MARKUS, *Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von Covid-19*, in: Covid-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Bâle 2020, (cité : HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N ...).

HAEFELI ANDREA/ GALLI DARIO/ VISCHER MARKUS, *Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen*, in: Jusletter 14 avril 2020, (cité : HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N ...).

HAUSHEER HEINZ/ WALTER HANS PETER, *Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht*, BK – Berner Kommentar Band/Nr. I/1, Berne 2012 (cité : AUTEUR, BK, art. ... CC, N ...).

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

HIGI PETER/ BÜHLMANN ANTON/ WILDISEN CHRISTOPH, *Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR)*, ZK – Zürcher Kommentar, 5^e éd., Zurich 2019 (cité : AUTEUR, ZK, art. ... CO, N ...).

HOCHSTRASSER MICHAEL, *Auswirkungen einer Pandemie auf Dauerschuldverhältnisse*, SVLR-Bulletin 152/2020, p. 37 ss.

IYNEDJIAN MARC, *COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer*, Cahiers du bail 2/2020, Lausanne 2020, p. 53-59, disponible sous <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/>.

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Berne 2017.

LACHAT DAVID, *Analyse de l'avis de droit rédigé par le professeur HIGI*, mars 2020, disponible sous <https://www.asloca.ch/avis-de-droit/> (cité : LACHAT sur HIGI, p. ...).

LACHAT DAVID/ GROBET THORENS KARIN/ RUBLI XAVIER/STASTNY PIÈRE, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019 (cité : AUTEUR, Le bail à loyer, N ...).

LACHAT DAVID/BRUTSCHIN SARAH, *Le bail aux temps du coronavirus*, SJ 2020 II p. 111 ss.

LACHAT DAVID, *Réponse de Me DAVID LACHAT à l'avis de droit de la FRI*, avril 2020, disponible sous <https://www.asloca.ch/avis-de-droit/> (cité : LACHAT sur IYNEDJIAN, p. ...).

MEYER LAURE, *Avis de droit sur les loyers de locaux commerciaux en lien avec l'interruption d'activité – COVID-19*, Chambre genevois immobilière, Genève 2020.

MÜLLER CHRISTOPH, *Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, BK – Berner Kommentar, Berne 2018 (cité : AUTEUR, BK, art. ... CO, N ...).

MÜLLER JÜRIG P., *Der « Lockdown » als Herausforderung für die Vertragsparteien bei Miete und Pacht*, in: Covid-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Bâle 2020, p. 77 ss.

PEDUZZI ROBERTO, *Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge/ L'impact des mesures d'urgence dans la crise du Coronavirus sur les contrats de bail commercial*, MRA 1/20 p. 3 ss.

PICHONNAZ PASCAL, *Impossibilité et exorbitance*, thèse, Fribourg 1997.

PICHONNAZ PASCAL/ FOËX BÉNÉDICT/ FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Code civil I*, Commentaire rommand, Bâle 2022, (cité : AUTEUR, CR, art. ... CC, N ...).

REICHLÉ SEBASTIAN/STEHLE BERNHARD, *Coronavirus und Geschäftsraummiète*, in: Jusletter 18 mai 2020.

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.

Baux de locaux commerciaux et Covid-19 – réduction du loyer durant les périodes de fermetures forcées

SAVIAUX NICOLAS, *Avis de droit, Covid-19 – paiement du loyer*, Cahiers du bail 2/2020, Lausanne 2020, p. 60-71, disponible sous <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/>.

SCHWENZER INGEBORG/ FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8^e éd., Berne 2020.

ROHRER BEAT ET AL., *Das schweizerische Mietrecht*, SVIT, Schweizer Schriften zum Immobilienrecht, Kommentar, 4^e éd., Zürich, 2018, (cité : AUTEUR, SVIT, art. ... CO, N ...).

THÉVENOZ LUC /WERRO FRANZ, *Code des obligations I*, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021, (cité : AUTEUR, CR, art. ... CO, N ...).

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID, *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2019 (cité : AUTEUR, BSK, art. ... CO, N ...).

ZÜST MARTIN, *Die Mangelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen*, thèse, St. Gall 1992.

Introduction

La propagation du virus Covid-19 depuis 2020 en Suisse et dans le monde entier a posé un défi extraordinaire à notre système juridique et aux contrats existants. Afin de maîtriser les effets de la pandémie, diverses mesures ont été prises sous forme de restrictions de droit public. Le Conseil fédéral a notamment interdit, à l'art. 6 al. 2 de l'Ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24, état de 17 mars 2020), l'ouverture de tous les magasins, marchés, restaurants, bars etc. et installations de divertissements et de loisirs à partir du 17 mars 2020 et jusqu'au 19 avril 2020 au minimum. Cette mesure a ensuite été prolongée jusqu'au 26 avril et assouplie, sous certaines conditions, le 27 avril respectivement le 11 mai.¹ À des dates ultérieures, des fermetures ont de nouveau été ordonnées au niveau national et cantonal.² Qu'est-ce que ces ordres de fermeture signifient pour le paiement des loyers par les locataires des locaux commerciaux ? Plus précisément, est-ce que ces locataires doivent bénéficier d'une réduction de loyer en raison de la restriction durant les périodes de fermetures forcées de l'utilisation du bien loué ? Nous montrerons que les opinions de la doctrine et de la jurisprudence, en répondant à cette question, sont très partagées et se contredisent parfois avec véhémence. L'étude s'articule en trois parties : tout d'abord, nous analyserons si les fermetures obligatoires peuvent constituer un défaut de la chose louée, ce qui donnerait au locataire le droit de demander une réduction correspondante du loyer (chapitre 1). Ensuite, nous examinerons s'il pourrait s'agir d'une impossibilité objective subséquente du côté du bailleur, qui entraînerait la disparition corrélative de l'obligation du locataire de payer le loyer (chapitre 2). Enfin, nous nous pencherons sur la question de savoir s'il pourrait s'agir d'un cas d'application de la *clausula rebus sic stantibus*, qui justifierait l'intervention du juge dans la relation contractuelle, notamment sous la forme d'une réduction du loyer (chapitre 3). Chacun de ces trois instituts sera esquissé dans les grandes lignes et approfondi en rapport avec les périodes de fermetures forcées, mais non de manière générale. Ce mémoire traite exclusivement de la question de savoir si une réduction de loyer doit être accordée ou non. En cas de réponse positive, il n'aborde pas la question d'étendue d'une éventuelle réduction. Pour répondre à cette question, la doctrine et les résultats résiduels de la jurisprudence

Je remercie Prof. Patricia Dietschy-Martenet pour son soutien précieux et Nour Abou Abbas, Blaw, pour sa relecture soigneuse.

¹ Pour plus d'informations : <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html>>, consulté le 29 juin 2022.

² Au niveau national : p.ex. le 22 décembre 2020, cf. art. 5a Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (RS 818.101.26). Au niveau cantonal : p.ex. Genève <<https://www.ge.ch/document/lutte-contre-covid-19-conseil-etat-declare-etat-necessite-met-place-mesures-plus-strictes-geneve>>, consulté le 14 juillet 2022.

sont pris en compte. En ce qui concerne la jurisprudence, il est en particulier fait référence à un arrêt bâlois³, un arrêt zurichois,⁴ un arrêt tessinois⁵ et un arrêt genevois^{6,7}.

Chapitre 1 Défaut

1.1 Définition

La première institution de droit qu'il convient d'examiner dans ce contexte est celle du défaut : lorsque la chose louée présente un défaut, le locataire peut exiger la réduction proportionnelle du loyer (art. 259a al. 1 let. b et art. 259d CO).⁸ La question centrale est par conséquent de savoir si la fermeture ordonnée par les autorités publiques constitue ou non un défaut de la chose louée. La question du défaut se détermine par une comparaison entre l'état réel de la chose et l'état convenu.⁹ Il y a un défaut lorsque la chose louée ne présente pas une *qualité promise* ou *sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter* en se référant à l'état approprié à l'usage convenu.¹⁰ La *perturbation* de l'usage convenu est considérée *équivalente* à un défaut,¹¹ si elle *va à l'encontre de l'usage convenu* par le contrat.¹² L'usage convenu doit être évalué objectivement en tenant compte de toutes les circonstances concrètes du cas, selon les règles usuelles d'interprétation des contrats : d'abord selon la volonté réelle des parties et subsidiairement selon le principe de la confiance.¹³ La notion du défaut est ainsi une notion relative car elle dépend des circonstances particulières.¹⁴ Un défaut peut aussi résulter de

³ Tribunal civil du canton de Bâle-Ville, MG.2021.20 du 28 janvier 2022, publié dans Newsletter Bail.ch, mai 2022, ci-après cité MG.2021.20, cons. ... Dans un autre arrêt bâlois, l'arrêt du Cour d'appel de Bâle-Ville du 10.11.2020, ZB.2020.3, la question a été laissée ouverte faute de pertinence décisionnelle.

⁴ Tribunal des baux zurichois, MJ210008-L du 2 août 2021, publié dans ZMP 2021, Nr. 10, ci-après cité ZMP 2021 Nr. 10, cons. ...

⁵ La deuxième chambre civile de la cour d'appel du Lugano, 12.2021.41 du 4 novembre 2021, publié en traduction allemande sur <<https://gastrosuisse.ch/assets/de/recht/service/gastrosuisse-merkblaetter/Corona/gastrosuisse-urteil-des-appellationsgerichts-vom-4-november-2021-geschaefts-nr.-12.2021.41.pdf>>, consulté le 23 juin 2022, ci-après cité trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. ...

⁶ Tribunal des baux et loyers de Genève, 1re Chambre, JTBL/565/2021 du 28 juin 2021, publié dans Newsletter Bail.ch septembre 2021, ci-après cité JTBL/565/2021, cons. ...

⁷ Il y en a eu d'autres, qui ne se sont pas prononcés sur le fond de la question, mais ont constaté que l'affaire était trop complexe et ne constituait pas un cas clair au sens de l'art. 257 CPC : Cour de justice Genève, ACJC/1369/2021 du 25 octobre 2021 ; ACJC/1181/2021 du 20 septembre 2021 ; ACJC/722/2021 du 7 juin 2021 ; ACJC/448/2022 du 31 avril 2022. En outre, RUBLI se réfère à un arrêt du Tribunal régional du Littoral et Val-de-Travers du 23 février 2021, qui n'a toutefois pas été publié et n'a pas pu être obtenu.

⁸ Sur la notion du défaut : CONOD/BOHNET, p. 45 s. ; TSCHUDI, SVIT, Vorbem. zu Art. 258–259i, N 19 ss. Sur le droit à la réduction du loyer selon art. 259d CO : CONOD/BOHNET, p. 57 ss. La nature juridique du droit à la réduction étant controversée, il ne sera pas question d'en approfondir cette question dans le cadre de ce mémoire, cf. à ce sujet TSCHUDI, SVIT, art. 259d CO, N 39 ss.

⁹ ATF 135 III 345, p. 347, cons. 3.2.

¹⁰ AUBERT, CPra, art. 258 CO, N 20 ; CONOD/BOHNET, p. 45 ; LACHAT/RUBLI, Le bail à loyer, p. 256 ; WEBER, BSK, art. 258 CO, N 1 ; ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.1 ; BOHNET, p. 5 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.1.

¹¹ ZÜST, N 16 ; cf. aussi TSCHUDI, SVIT, Vorbem. zu Art. 258–259i, N 57.

¹² ZÜST, N 172. En raison de cette assimilation de qualité et usage, la suite de ce chapitre ne fait pas de distinction entre *qualité* et *usage*, mais se concentre sur les exigences que les différents auteurs posent à l'accord entre le locataire et le bailleur afin d'affirmer qu'une qualité/usage, dont la perturbation par la fermeture entraîne un dommage, est promise ou peut être attendue.

¹³ AUBERT, CPra, art. 258 CO, N 21 ; Weber, BSK, art. 256 CO, N 4.

¹⁴ AUBERT, CPra, art. 258 CO, *ibid.* ; ZÜST, N 8.

perturbations de nature immatérielle juridique.¹⁵ En ce qui concerne la réduction du loyer, celle-ci présuppose un défaut moyen ou grave.¹⁶ La réduction ne peut être invoquée que pour la période pendant laquelle le bailleur avait connaissance du défaut, ce qui a dû probablement être le cas lors de la pandémie de Covid-19 et des restrictions qui en ont résulté.¹⁷ En outre, une déclaration de réduction de la part du locataire doit être faite et cette dernière peut être produite sans délai et même après que le bail a pris fin¹⁸ en respectant toutefois le délai de la prescription contractuelle de l'art. 128 CO.¹⁹

Diverses approches seront examinées ci-après : il s'agira en premier lieu de déterminer si les restrictions de droit public constituent un défaut. Afin de répondre à cette problématique, nous n'examinerons pas seulement la notion classique d'un défaut mais également une jurisprudence en rapport avec des prescriptions de droit public qui analyse un défaut selon le destinataire ainsi qu'une jurisprudence exigeant un rapport avec la chose et pas seulement avec l'exploitation de la chose. Enfin, nous analyserons plus précisément dans quelle mesure il est possible, en raison de la répartition des risques entre les parties ou de la faute, de nier l'existence d'un défaut quand bien même tous les éléments constitutifs sont remplis.

1.2 Existence d'un défaut

1.2.1 Qualité promise ou attendue

Le point de départ pour la définition de la qualité due est l'accord contractuel entre les parties.²⁰ Par conséquent, il convient tout d'abord d'examiner si une *qualité ou un usage*,²¹ dont la perturbation entraînerait un défaut dans le cas concret des fermetures forcées, a été *promis(e)* dans le cas concret.

Premièrement, des caractéristiques *explicitement* promises peuvent donner lieu à un défaut. Une approche possible consiste à admettre que, dans le cas d'une destination spécifique explicitement convenue, comme un café-restaurant, les perturbations des périodes de fermetures obligatoires constituent un défaut, car cette utilisation convenue ne peut plus être poursuivie.²² Dans ce sens, l'arrêt bâlois a constaté un défaut sur la base d'usage convenu comme restaurant fast-food.²³ BOHNET et MÜLLER constatent que s'il ne s'agit que de locaux commerciaux pour lesquels une activité n'a pas été spécifiquement définie et sans garanties supplémentaires, il n'y a pas de qualité explicitement promise dont la perturbation entraînerait la constatation d'un défaut.²⁴ D'autres auteurs semblent même exiger non pas une destination spécifique contractuelle, mais

¹⁵ CONOD/BOHNET, p. 45.

¹⁶ TSCHUDI, SVIT, art. 259d CO, N 11. Ce qui serait probablement le cas, cf. BOHNET p. 5.

¹⁷ GIGER, BK, art. 259d CO, N 18.

¹⁸ ATF 142 III 557, p. 567, cons. 8.3.5.

¹⁹ GIGER, BK, art. 259d CO, N 20.

²⁰ HIGI/BÜHLMANN, ZK, art. 256 CO, N 13 ; PEDUZZI, p. 6.

²¹ Cf. note de bas de page 5.

²² BOHNET, p. 5.

²³ MG.2021.20, cons. 2.4.

²⁴ BOHNET, p. 5 ; MÜLLER, N 66.

une garantie explicite de pouvoir utiliser l'objet loué conformément à sa destination ou d'une garantie supplémentaire d'utilisation.²⁵

Divers auteurs se sont toutefois penchés sur la question de savoir si, à défaut d'une qualité explicitement promise, la qualité peut être promise *tacitement*.²⁶

LACHAT/BRUTSCHIN se prononcent en faveur d'une garantie, selon laquelle le bailleur de locaux commerciaux garantit à son locataire – si ce n'est explicitement, du moins tacitement, par exemple en le tolérant – qu'il pourra utiliser le bien loué à des fins commerciales.²⁷ Ils considèrent même qu'il est trop académique et inadapté à la pratique de distinguer entre le but du contrat de location en tant que « boulangerie » ou « locaux commerciaux », étant donné que l'usage est discuté lors de la conclusion du contrat dans les deux cas.²⁸ LACHAT souligne également ailleurs la possibilité d'une promesse tacite.²⁹ Il considère même comme un abus de droit le fait d'invoquer, après avoir longtemps toléré un usage spécifique, le fait que cet usage ne soit pas celui qui a été prévu.³⁰

D'un autre côté, certains auteurs s'opposent indirectement à un tel accord tacite ou n'évoquent pas la possibilité d'un tel accord. HIGI précise que l'exploitation du commerce ne fait pas partie du contrat de bail commercial et qu'elle existe indépendamment dans la sphère juridique du locataire.³¹ Il semble donc exclure un accord tacite sur l'exploitation. L'arrêt zurichois suit HIGI et nie toute garantie d'exploitation.³² PEDUZZI passe, lorsque le contrat de location ne contient aucune disposition spécifique sur la destination et le mode d'utilisation de l'objet loué, directement à des critères objectifs pour déterminer l'état dû de l'objet loué.³³ Il ne semble donc pas envisager un accord tacite.³⁴

S'il n'est pas possible d'établir qu'une telle promesse était convenue tacitement, il faut alors se demander si la possibilité d'exploiter des locaux (commerciaux) est une *qualité que le locataire pouvait attendre*.

BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY constatent brièvement que lorsqu'un local est loué à des fins commerciales, il est clair que le locataire doit pouvoir y exercer son activité professionnelle³⁵ et entendent vraisemblablement par-là que le pouvoir d'exploitation est une qualité à laquelle il est possible de s'attendre selon l'interprétation objective d'un contrat de bail à usage commercial. LACHAT/BRUTSCHIN, qui se prononcent déjà en faveur d'une garantie implicite, précisent

²⁵ REICHLÉ/STEHLE, p. 2 exigent soit une garantie de possibilité d'utilisation, soit une garantie supplémentaire comme un loyer basé sur le chiffre d'affaires. Cf. HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 32, qui ne parlent pas d'un usage spécifique mais d'une garantie comme des horaires d'ouverture garantis. Cf. aussi PEDUZZI, p. 7, qui parle d'une obligation supplémentaire en plus de l'obligation de mise à disposition de l'usage.

²⁶ Cf. en général : LACHAT/RUBLI, le bail à loyer, p. 258 ; ZÜST, N 15. Concernant la pandémie de Covid-19 en particulier, MÜLLER, N 66, ouvre la possibilité sans s'y attarder.

²⁷ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 105 s.

²⁸ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 106.

²⁹ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 14.

³⁰ LACHAT sur IYNEDJIAN, *ibid.*

³¹ HIGI, p. 1.

³² ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.4.

³³ PEDUZZI, p. 6.

³⁴ De même BOHNET, p. 5, qui suit l'approche selon laquelle un défaut ne peut exister que lorsque le bail est expressément conclu à destination d'un commerce spécifique mais pas si l'activité n'a pas été spécifiquement définie, sans toutefois mentionner un accord tacite.

³⁵ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.1.

également qu'au moins le locataire peut compter sur le fait qu'il obtient le droit d'utiliser les locaux commerciaux pour exercer son activité économique, respectivement d'exploiter son commerce.³⁶ De même, RUBLI indique clairement que la possibilité d'exploiter son entreprise et d'y exercer son activité lucrative est une qualité sur laquelle le locataire peut compter (si elle n'est pas directement promise).³⁷ Pour lui, il peut y avoir un défaut peu importe si la destination des locaux figure dans le bail de manière expresse ou si la destination résulte des circonstances (ce qui, selon lui, devrait être la règle dans la majorité des autres cas).³⁸ L'arrêt tessinois estime que la possibilité d'exploiter les locaux est une qualité sur laquelle le locataire peut compter s'il s'agit des locaux commerciaux, en particulier pour l'usage de restaurant avec hébergement.³⁹

Tout autre est l'appréciation de IYNEDJIAN qui maintient que le locataire d'un local commercial ne peut pas s'attendre à une garantie du bailleur qu'aucune réglementation du droit public ne viendra jamais entraver les activités commerciales.⁴⁰ PEDUZZI constate même que la simple description du but (p. ex. « utilisation comme restaurant ») ne constitue pas une garantie de pouvoir utiliser l'objet loué pendant toute la durée du bail pour le but prévu.⁴¹ SAVIAUX pousse cette approche encore plus loin, en affirmant qu'une telle garantie n'est non seulement objectivement pas à attendre en bonne foi, mais qu'elle est même impossible à attendre : il affirme que la situation de la pandémie Covid-19 est si exceptionnelle, inédite et inattendue qu'elle exclut un défaut, car un événement auquel personne n'a songé ne peut correspondre ni à une qualité promise, ni une qualité dont il fallait s'attendre de bonne foi.⁴² En outre, de nombreux auteurs qui s'opposent à admettre l'existence d'un défaut dans le cas des périodes de fermetures forcées en raison de l'absence, selon eux, d'une qualité promise ou à laquelle il fallait s'attendre, soulignent que le bailleur n'a pas l'obligation de fournir des prestations pour la conduite de l'exploitation dans le bien mis à disposition, car le bien loué doit seulement être apte à cet effet.⁴³

1.2.2 Règlementation du droit public : Destinataire

Une autre approche pour déterminer si les fermetures obligatoires constituent un défaut est la délimitation en fonction du destinataire de la norme publique. Il est généralement admis qu'il ne s'agit pas d'un défaut lorsqu'une norme de droit public ne s'adresse *qu'au locataire*.⁴⁴ Le raisonnement est le suivant : dans ce cas, seul le locataire est en mesure de se conformer à la norme, comme par exemple un restaurateur qui a besoin d'une autorisation administrative pour exploiter son restaurant – s'il ne s'efforce pas de l'obtenir ou ne l'obtient pas pour des raisons qui lui sont imputables, cela ne constitue pas un défaut de la chose louée.⁴⁵ Toutefois, il est également admis que si la norme publique ne vise *que le bailleur*, la restriction qui en résulte constitue un défaut imputable au bailleur.⁴⁶ Ce qui peut être le cas pour des normes de sécurité ou prescriptions de la police du feu concernant le bâtiment.⁴⁷ L'unanimité des auteurs s'arrête

³⁶ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 105 s.

³⁷ RUBLI, p. 8.

³⁸ RUBLI, *ibid.*

³⁹ Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7.4.

⁴⁰ IYNEDJIAN, p. 3 s.

⁴¹ PEDUZZI, p. 6.

⁴² SAVIAUX, N 3.

⁴³ Cf. MÜLLER, N 74, cf. aussi PEDUZZI, p. 7 ; SAVIAUX, N 4 ; MEYER, p. 4 ; HIGI, p. 2.

⁴⁴ LACHAT sur HIGI, p. 3 ; PEDUZZI, p. 8 ; IYNEDJIAN, p. 3 s. ; HIGI/BÜHLMANN, ZK, art. 256, N 40 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.3 ; JTBL/565/2021, cons. 4.e.

⁴⁵ LACHAT sur HIGI, p. 3.

⁴⁶ PEDUZZI, p. 8 ; IYNEDJIAN, p. 3 ; HIGI/BÜHLMANN, ZK, art. 256, N 40 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.3.

⁴⁷ PEDUZZI, *ibid.* ; BOHNET p. 5 ; HIGI/BÜHLMANN, ZK, art. 256, *ibid.* ; AUBERT, CPra, art. 258 CO, N 28.

toutefois à la question de savoir comment la fermeture obligatoire prévue à l'art. 6 al. 2 de l'Ordonnance 2 COVID-19 s'inscrit dans cette conception théorique, ou, plus précisément, comment gérer le champ entre les deux possibilités, à savoir si c'est le bailleur qui est seul le destinataire de la norme ou si c'est le locataire qui est exclusivement visé, ou si, au contraire, ils sont dans une certaine mesure *tous deux les destinataires* de la norme.

HAEFELI/GALLI/VISCHER⁴⁸, IYNEDJIAN⁴⁹, et BOHNET⁵⁰ affirment que c'est *que le locataire* qui est visé, car c'est que lui qui a le pouvoir de fermer l'établissement et de se conformer à l'Ordonnance 2 COVID-19. IYNEDJIAN en conclut même que seules les entraves résultant des règles de police des constructions et d'aménagement du territoire qui visent exclusivement le bailleur en tant que propriétaire de l'immeuble peuvent être constitutives d'un défaut de la chose louée.⁵¹ Il considère donc pas seulement que le bailleur n'est pas du tout visé, mais que même si la norme devait être adressée au bailleur, sa responsabilité ne serait pas engagée.

LCHAT/BRUTSCHIN et MÜLLER évoquent l'idée d'une troisième catégorie de normes qui visent la *population dans son ensemble* et citent les restrictions en cas de guerre ou de pandémie comme exemples de normes relevant de cette catégorie.⁵² La raison invoquée est que l'ordonnance vise l'hygiène et la distance sociale et que, par conséquent, ces considérations s'appliquent à l'ensemble de la population et pas seulement aux locataires des entreprises concernées.⁵³ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY arrivent à un résultat similaire en expliquant que l'Ordonnance 2 COVID-19 n'est pas dirigée spécifiquement « contre » un locataire, mais qu'elle concerne en effet également les bailleurs qui, ne peuvent pas non plus mettre leurs locaux à disposition pour une utilisation.⁵⁴ Selon LCHAT, la responsabilité du bailleur n'est pas limitée à la situation où lui seul est concerné, mais est étendue à l'éventail entre les deux, aux normes qui concernent la collectivité et le locataire comme le bailleur.⁵⁵ L'arrêt genevois⁵⁶ et l'arrêt bâlois⁵⁷ considèrent que le bailleur et le locataire sont tous deux les destinataires de la norme mais en tirent cependant des conclusions différentes.⁵⁸

1.2.3 Relation avec la chose louée

Une autre approche adoptée par certains auteurs consiste à distinguer la relation avec l'exploitation de la chose de la relation avec la chose louée. Ils estiment qu'une perturbation dans l'utilisation de l'objet loué ne peut être qualifiée de défaut relevant du droit de bail que s'il existe *un lien direct entre l'événement perturbateur et l'objet loué*.⁵⁹

⁴⁸ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 29.

⁴⁹ IYNEDJIAN, p. 4.

⁵⁰ BOHNET, p. 6.

⁵¹ IYNEDJIAN, p. 4.

⁵² LCHAT sur IYNEDJIAN, N 8 ; LCHAT/BRUTSCHIN, p. 111 ; MÜLLER, N 67.

⁵³ LCHAT/BRUTSCHIN, p. 111 ; MÜLLER, N 67.

⁵⁴ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.4; cf. aussi RUBLI, p. 7.

⁵⁵ LCHAT sur HIGI, p. 4. LCHAT justifie cela par l'application du principe de la responsabilité causale de la réduction du loyer, LCHAT sur IYNEDJIAN, N 8.

⁵⁶ JTBL/565/2021, cons. 4.e.

⁵⁷ MG.2021.20, cons. 2.4.

⁵⁸ Cf. chapitre 1.5.

⁵⁹ PEDUZZI, p. 6.

BOHNET⁶⁰, HAEFELI/GALLI/VISCHER⁶¹, HIGI,⁶² SAVIAUX,⁶³ IYNEDJIAN⁶⁴ et PEDUZZI⁶⁵ partagent cet avis et utilisent ce fait comme argument supplémentaire pour nier un défaut. REICHLÉ/STEHLE mettent l'accent sur cette approche et se réfèrent à la jurisprudence de la Cour fédérale de justice allemande (BGH), qui fait la distinction entre les circonstances liées à l'objet (Objektbezug) et celles liées à l'exploitation (Betriebsbezug) et qui limite la responsabilité du bailleur aux circonstances propres à l'immeuble.⁶⁶ Ils situent cette jurisprudence dans le paysage juridique Suisse de telle sorte qu'en Suisse aussi, les restrictions liées à l'objet – comme le bruit dans le voisinage – sont reconnues comme des défauts, mais que les restrictions dues à la pandémie Covid-19 sont liées à l'exploitation et ne concernent pas l'état ou la qualité de l'objet loué et ne constituent donc pas un défaut.⁶⁷ Toutefois, ils ouvrent explicitement la possibilité qu'une garantie sur des caractéristiques liées à l'exploitation puisse entraîner un défaut.⁶⁸

En revanche, LACHAT conteste le point de vue de IYNEDJIAN et affirme qu'il est inexact de prétendre que les mesures de l'Ordonnance 2 COVID-19 seraient sans rapport direct avec la chose louée.⁶⁹ Il maintient que ces mesures privent le locataire d'exercer l'activité pour laquelle la chose était louée – l'exploitation d'un commerce – et souhaite ainsi mettre en évidence un lien clair avec la chose louée.⁷⁰ RUBLI constate également que les mesures étatiques ont un lien direct avec les locaux loués car elles empêchent le locataire d'utiliser la chose conformément à l'usage prévu dans le bail.⁷¹ Il formule précisément que séparer local et commerce en parlant d'un local commercial serait dissocier artificiellement ce qui forme indéniablement un tout.⁷² Ainsi RUBLI souligne qu'il n'est même pas nécessaire que la chose louée soit directement touchée pour admettre l'existence d'un défaut au sens du droit du bail.⁷³ Il cite comme exemple les agressions physiques ou verbales par des voisins ou l'obstruction d'une route d'accès aux clients.⁷⁴ Il se base en outre sur LACHAT/BRUTSCHIN, qui soulignent également que l'impossibilité d'accéder aux locaux en raison d'un glissement de terrain ou d'un accident chimique entraînant l'évacuation des lieux peuvent constituer un défaut.⁷⁵ Toutefois, les auteurs cités plus haut⁷⁶ feraient probablement valoir que dans tous ces exemples, c'est précisément la chose qui est concernée et pas seulement l'utilisation.

L'arrêt bâlois retient que dès que l'usage convenu est restreint, la restriction n'est pas seulement en relation avec l'exploitation de la chose mais aussi en relation avec la chose elle-même.⁷⁷ Dans

⁶⁰ BOHNET, p. 6.

⁶¹ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 29.

⁶² HIGI, p. 1.

⁶³ SAVIAUX, N 6, 13.

⁶⁴ IYNEDJIAN, p. 3.

⁶⁵ PEDUZZI, p. 8.

⁶⁶ REICHLÉ/STEHLE, p. 12 s.

⁶⁷ REICHLÉ/STEHLE, p. 14. En appliquant cette théorie, depuis la rédaction de cet article de REICHLÉ/STEHLE, une décision de la Cour fédérale de justice allemande a nié l'existence d'un défaut dû aux restrictions de droit public pendant la pandémie, cf. XII ZR 8/21, 12 janvier 2022, N 23 ss.

⁶⁸ REICHLÉ/STEHLE, p. 14.

⁶⁹ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 12.

⁷⁰ Cf. aussi chapitre 1.5, l'arrêt bâlois évoque des arguments similaires.

⁷¹ RUBLI, p. 8.

⁷² RUBLI, *ibid.* Cf. aussi trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7.

⁷³ RUBLI, p. 7.

⁷⁴ RUBLI, p. 7 s.

⁷⁵ RUBLI, *ibid.* ; LACHAT/ BRUTSCHIN, p. 117.

⁷⁶ BOHNET, HAEFELI/GALLI/VISCHER, HIGI, SAVIAUX, IYNEDJIAN et PEDUZZI.

⁷⁷ MG.2021.20, cons. 2.4.

l'arrêt tessinois, la première instance a fait ce même argument, que « *commercio* » et « *locale commerciali* » constituent une paire de concepts indissociables.⁷⁸

1.3 Question de faute

Un autre argument évoqué dans ce contexte est la faute du bailleur ou, en particulier, la question de savoir si le bailleur doit pouvoir influencer sur le défaut ou non.

LACHHAT et BRUTSCHIN, qui sont en faveur de la reconnaissance d'un défaut lorsque sont survenues les fermetures forcées, soulignent que la faute du bailleur ne joue aucun rôle et ne doit pas être un critère.⁷⁹ Ils affirment qu'il s'agit d'une responsabilité causale qui s'applique, indépendamment de l'influence du bailleur, chaque fois que la réparation du défaut n'incombe pas au locataire.⁸⁰ En conséquence, le bailleur supporte les conséquences de tous les défauts dont aucune des deux parties n'est responsable.⁸¹ La doctrine relative au droit à la réduction se prononce également contre la faute ou la possibilité d'influence comme condition.⁸²

En revanche, certains auteurs s'opposent clairement à une telle interprétation causale du droit des défauts : MÜLLER se prononce contre une responsabilité purement causale, arguant du fait que le droit des contrats est marqué par la responsabilité pour faute.⁸³ Il poursuit en expliquant que le bailleur ne doit pas porter la responsabilité de circonstances extraordinaires dont la cause n'est pas imputable à son comportement et dont la prévention, l'atténuation ou la suppression n'était pas non plus dans sa sphère d'influence.⁸⁴ HIGI va dans ce sens et nie que le bailleur soit responsable car il n'a pas de possibilité de remédier la perturbation.⁸⁵ SAVIAUX s'inscrit lui aussi dans cette lignée, en précisant que, faire supporter au bailleur la responsabilité pour quelque chose sur laquelle il n'a aucune influence, qui lui est étrangère et ne le concerne pas, va contre le sens même de justice.⁸⁶

L'arrêt tessinois retient explicitement que la responsabilité pour le défaut au sens de l'art. 259d CO vaut indépendamment de la cause du défaut et du fait que celui-ci relève ou non de la sphère d'influence du bailleur ou qu'une faute lui soit imputable.⁸⁷ L'arrêt bâlois souligne également ce point.⁸⁸

⁷⁸ Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7.

⁷⁹ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 5 ; LACHAT sur HIGI, p. 3 ; LACHAT/ BRUTSCHIN, p. 109.

⁸⁰ LACHAT sur IYNEDJIAN, *ibid.* ; LACHAT sur HIGI, *ibid.*

⁸¹ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 4 ; cf. aussi LACHAT/ BRUTSCHIN, p. 109, qui justifient, par le caractère causal, pourquoi le bailleur doit supporter les conséquences d'une ordonnance qui, selon eux, s'adresse à l'ensemble de la population.

⁸² TSCHUDI, SVIT, art. 259d CO, N 16 s. ; GIGER, BK, art. 259d CO, N 19.

⁸³ MÜLLER, N 77.

⁸⁴ MÜLLER, N 78.

⁸⁵ HIGI, p. 2.

⁸⁶ SAVIAUX, N 3, qui argumente en outre que même dans le cas de l'art. 58 CO, le bailleur a une possibilité d'influencer la situation.

⁸⁷ Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7.4.

⁸⁸ MG.2021.20, cons. 2.4. Cf. chapitre 1.5.

1.4 Répartition des risques

Une autre source d'arguments pour et contre la réduction du loyer est l'allocation des risques. Certains des auteurs opposés à la réduction affirment que ce qui touche l'exploitation du commerce fait partie des risques entrepreneuriaux qui doivent être supportés par le commerçant sauf si le bailleur les assume dans le contrat de bail.⁸⁹

Par conséquent, IYNEDJIAN considère que l'affirmation d'une réduction du loyer constitue un *transfert illégitime* et contraire au principe de la confiance d'une partie substantielle des *risques entrepreneuriaux* du locataire vers le bailleur.⁹⁰ SAVIAUX constate en outre que de faire assumer au bailleur le risque du locataire d'avoir choisi d'exercer une certaine activité commerciale s'éloignerait du sentiment de justice le plus élémentaire.⁹¹ L'arrêt zurichois exprime ce même point de vue.⁹²

En revanche, BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY estiment que la *répartition des risques économiques est juste* car elle tient compte du fait que les mesures affectent l'ensemble des relations et chaque partie doit assumer une fraction des risques :⁹³ le bailleur assume le risque de ne pas pouvoir louer, respectivement de ne pas percevoir ou de devoir diminuer le loyer, alors que le locataire assume le risque de ne plus percevoir les revenus.⁹⁴ LACHAT voit même un bouleversement inéquitable dans la répartition des risques si le locataire ne peut pas faire valoir une réduction de loyer, car il serait le seul à devoir supporter les conséquences économiques du coronavirus.⁹⁵ Quant à l'arrêt tessinois, ce dernier précise également qu'il ne peut en aucun cas considérer que les conséquences des mesures auraient dû relever du risque d'entreprise des locataires.⁹⁶ En effet, il dit que ce risque d'entreprise comprend le risque de ne pas avoir de clients, alors que la possibilité d'utiliser les locaux conformément à leur destination constitue une qualité sur laquelle les requérants pouvaient compter (cf. chapitre 1.2.1).⁹⁷

1.5 Conclusion

Pour conclure, nous proposons dans ce chapitre de résumer les conclusions énoncées par les tribunaux. Enfin, nous esquisserons nos propres considérations sur la problématique.

Tout d'abord, l'arrêt zurichois (usage convenu : local commercial – magasin en particulier pour des vêtements féminins) affirme que le bailleur doit uniquement garantir que la chose soit remise et entretenue dans un état approprié à l'usage prévu ou supposé par le contrat.⁹⁸ Cet arrêt part du principe que l'exploitation ne constitue pas une garantie, puisqu'il souligne que le locataire n'est pas perturbé dans l'usage lui-même, tant que les locaux mis à disposition sont matériellement

⁸⁹ IYNEDJIAN, p. 4 ; SAVIAUX, N 14.

⁹⁰ IYNEDJIAN, *ibid.*

⁹¹ SAVIAUX, N 11.

⁹² ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.5.

⁹³ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.7.

⁹⁴ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, *ibid.* ; cf. aussi LACHAT sur IYNEDJIAN, N 10.

⁹⁵ LACHAT sur IYNEDJIAN, *ibid.*

⁹⁶ Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7.

⁹⁷ Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, *ibid.*

⁹⁸ ZMP 2021, Nr. 10, p. 1.

adaptés à ce qui a été convenu par les parties.⁹⁹ Il souligne que le risque d'exploitation incombe uniquement à la locataire :¹⁰⁰ « [l]a qualité de l'objet loué et ses caractéristiques correspondaient donc à tout moment à ce qui avait été convenu dans le contrat. L'objet loué en question a toujours pu être utilisé comme local commercial (pour les vêtements féminins). La possibilité d'utilisation supprimée ou réduite en raison des mesures générales de protection, n'est pas la conséquence d'un défaut de la chose louée, mais un fait qui concerne l'exploitation par la locataire et donc le risque d'entreprise de la défenderesse. »¹⁰¹ Ainsi, cet arrêt nie l'existence d'un défaut dans le cas concret.¹⁰² Ensuite, l'arrêt genevois (usage convenu : local commercial – café/restaurant) évoque cependant la notion de la perturbation.¹⁰³ Mais dans le cas d'espèce, il refuse de l'appliquer car elle ne provient pas de l'environnement autour de la chose louée.¹⁰⁴ Cet arrêt nie finalement l'existence d'un défaut.¹⁰⁵ Cependant, il souligne que les mesures s'adressent à la population en générale.¹⁰⁶ Ainsi, il ajoute que ces mesures n'ont d'effet que sur les activités du locataire (et non sur la mise à disposition du bailleur) et elles n'émanent pas non plus du bailleur.¹⁰⁷ Contrairement aux deux arrêts analysés précédemment, l'arrêt bâlois (usage convenu : restaurant fast-food) admet l'existence d'un défaut.¹⁰⁸ Il affirme que l'état réel s'est écarté de l'état convenu par contrat pendant la durée de la fermeture ordonnée par les autorités car le local mis à disposition ne pouvait plus être utilisé comme convenu.¹⁰⁹ Il se refuse d'appliquer la jurisprudence du destinataire car les restrictions ont visé le public, impliquant de ce fait tant le locataire que le bailleur ; d'un côté, le locataire n'a plus pu utiliser la chose et de l'autre, le bailleur n'a plus pu mettre les locaux à disposition sans restrictions.¹¹⁰ L'arrêt bâlois refuse aussi l'application du critère de la relation avec la chose louée en affirmant que dès que l'usage convenu est restreint, la restriction n'est pas seulement en relation avec l'exploitation de la chose mais également en relation avec la chose elle-même.¹¹¹ Finalement, l'arrêt tessinois estime lui aussi que la possibilité d'exploitation des locaux est une qualité sur laquelle le locataire peut compter s'il s'agit des locaux commerciaux et conclut par conséquent que les fermetures forcées constituaient un défaut.¹¹²

Notre analyse personnelle nous permet de conclure qu'en fin de compte, c'est la question de la garantie de l'exploitation dans le cadre de l'usage convenu qui est déterminante.

Toute d'abord, la question du *destinataire* n'apporte, comme déclaré dans l'arrêt bâlois,¹¹³ pas de réponse définitive. Selon nous, lorsqu'il faut choisir, le destinataire est plutôt le locataire, car il faut distinguer entre le destinataire et l'objectif général. De nombreuses dispositions publiques visent la sécurité publique (et donc la population) mais s'adressent à un individu en particulier

⁹⁹ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.4.

¹⁰⁰ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.5.

¹⁰¹ ZMP 2021, Nr. 10, *ibid.*

¹⁰² ZMP 2021, Nr. 10, *ibid.*

¹⁰³ JTBL/565/2021, cons. 4.a

¹⁰⁴ JTBL/565/2021, cons. 4.e.

¹⁰⁵ JTBL/565/2021, *ibid.*

¹⁰⁶ JTBL/565/2021, *ibid.*

¹⁰⁷ JTBL/565/2021, cons. 4.e.

¹⁰⁸ MG.2021.20, cons. 2.4.

¹⁰⁹ MG.2021.20, *ibid.* Cette décision assimile, à juste titre selon notre point de vue défendu ici, l'utilisation des locaux à l'exploitation.

¹¹⁰ MG.2021.20, *ibid.*

¹¹¹ MG.2021.20, *ibid.*

¹¹² Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7.4.

¹¹³ MG.2021.20, cons. 2.4.

qui va finalement se conformer aux restrictions (p.ex. fermer les locaux).¹¹⁴ Toutefois, des arguments très pertinents sont avancés pour expliquer pourquoi le public et le bailleur sont également partiellement visés par ces normes.¹¹⁵ C'est pourquoi il semble inapproprié de faire dépendre des conséquences aussi graves de l'identité exacte du destinataire, précisément parce qu'il est facile de faire valoir des arguments dans les deux sens. Ce critère convient pour des cas clairs, comme le permis de restaurateur ou les prescriptions relatives aux bâtiments, mais non pour des cas complexes intermédiaires. En outre, ce critère ne peut être invoqué dans le contexte qui nous préoccupe puisque ce dernier est fait pour viser la partie qui a une influence et dans le cas d'une pandémie, aucune partie n'est à même d'influencer la situation.¹¹⁶

Ensuite, le critère de la *relation avec la chose / l'exploitation* n'est pas non plus d'une utilité certaine. Selon nous, le fait que ce soit l'exploitation qui soit touchée n'empêche pas l'existence d'un défaut car la perturbation de l'utilisation prévue constitue un défaut.¹¹⁷ Cet avis va contre HIGI et l'arrêt zurichois, qui séparent l'exploitation du commerce et l'usage des locaux et nient un défaut car, selon eux, l'exploitation n'est pas garantie et la mise à disposition de la chose n'est pas touchée.¹¹⁸ Selon nous, il semble pourtant artificiel de séparer entre « chose » et « exploitation » si le but de la chose est précisément de l'exploiter.¹¹⁹ De plus, cet argument ignore la notion de perturbation. Nier a priori l'existence d'un défaut parce que les locaux étaient physiquement en état d'être utilisés, bien que cette utilisation ait été totalement ou partiellement limitée, est trop réducteur.¹²⁰ D'après nous, la possibilité d'exploitation est en principe garantie et la question du défaut se détermine en fonction de la mesure dans laquelle cette exploitation a été garantie (aspect développé quelques paragraphes plus loin).

De plus, l'argument de la *faute* ne devrait pas non plus jouer de rôle. La loi et la doctrine affirment clairement que le bailleur est responsable de manière objective, ce qui signifie que la source du défaut est sans importance pour sa qualification (cas fortuit, un auxiliaire, un tiers).¹²¹ AUBERT mentionne explicitement que les droits du locataire en défaut sont indépendants de ceux que le bailleur peut faire valoir à l'égard du tiers responsable.¹²² Selon nous, cela signifie qu'il ne faut pas invoquer la faute et ce, ni pour élargir¹²³, ni pour restreindre la notion du défaut.

Il en va de même pour l'argument de la *répartition des risques* : la répartition des risques n'est pas mentionnée comme critère par la loi ou la doctrine sur le défaut et ne devrait, par conséquent,

¹¹⁴ Cf. HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 18 ; BOHNET, p. 6.

¹¹⁵ Cf. LACHAT sur IYNEDJIAN, N 8 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 111 ; MÜLLER, N 67 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 1.4.

¹¹⁶ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.4, semble de suivre cet argument.

¹¹⁷ Cf. ZÜST, N 16 ; TSCHUDI, SVIT, Vorbem. zu Art. 258–259i, N 57.

¹¹⁸ HIGI, p. 1 resp. ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.4.

¹¹⁹ Cf. aussi Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7 ; RUBLI, p. 8.

¹²⁰ C'est ce qu'affirme précisément l'arrêt genevois : « [i]l ne faut donc pas limiter la notion de défaut au défaut purement matériel (Sachmangel), mais également l'étendre à la notion de perturbation (Störung) qui diminue ou entrave l'usage ou la jouissance de la chose louée. A la signature du contrat, le preneur peut en effet s'attendre à pouvoir jouir de la chose louée de façon normale sans être incommodé par les voisins dans une mesure qui dépasse la tolérance due au voisinage » JTBL/565/2021, cons. 4.a. Cf. aussi HIGI/WILDISEN, ZK, art. 258, N 32: « [a]insi, lorsqu'il loue un local pour une affectation spécifique telle que l'exploitation d'un restaurant, le propriétaire garantit implicitement à son locataire que les réglementations de droit public applicables autorisent une telle affectation. »

¹²¹ AUBERT, CPra, art. 258 CO, N 29 ; cf. aussi TSCHUDI, SVIT, Vorbem. zu Art. 258–259i, N 57 ; JTBL/565/2021, cons. 4.a.

¹²² AUBERT, CPra, art. 258 CO, *ibid.*

¹²³ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.4 semble de suivre cette argumentation.

pas être introduite. C'est finalement le législateur qui décide de la répartition des risques et l'application de la loi, qui est neutre en termes de valeur,¹²⁴ conduit à une répartition concrète des risques.

Finalement, tout se réduit à la question de la notion de défaut par rapport à l'exploitation. La question décisive est donc : *la perturbation de l'exploitation est-elle couverte par une garantie d'exploitation dans le cadre de l'usage convenu ?* Il n'est pas possible de répondre à cette question de manière générale puisque cela dépend des circonstances du cas concret. Si des garanties spécifiques ont été données (explicitement ou tacitement), elles entraînent un défaut si elles ne sont pas réalisées.¹²⁵ Selon nous, à défaut des telles garanties spécifiques, s'il s'agit d'un usage commercial comme un restaurant ou un magasin, la possibilité d'exploitation est néanmoins une qualité sur laquelle le locataire peut compter en vertu du principe de confiance.¹²⁶ Le principe de confiance est limité par le principe directeur de la bonne foi.¹²⁷ De ce fait, le locataire ne peut compter sur le fait de ne pas être dérangé dans l'exploitation que dans le cadre de la bonne foi. Il convient ici d'intégrer l'argument de SAVIAUX et de noter qu'un événement aussi inattendu que la pandémie de Covid-19 n'est justement pas couvert par la bonne foi.¹²⁸ Dans le cadre de l'usage convenu (p.ex. usage commercial), l'exploitation est couverte par une garantie d'exploitation, dont la perturbation entraîne un défaut. Mais cette garantie existe seulement dans le cadre du principe de confiance, qui est dépassé lors de la pandémie Covid-19.

¹²⁴ Cf. aussi chap. 5 sur la manière dont les considérations socio-économiques ne devraient pas jouer un rôle.

¹²⁵ Cette possibilité est admise de manière relativement unanime, cf. ZMP 2021, Nr. 10, cons. 4.4.

¹²⁶ Cf. RUBLI, p. 8 ; LCHAT/BRUTSCHIN, p. 127 ; Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 7.4.

¹²⁷ MÜLLER, BK, art. 1 CO, N 162.

¹²⁸ Cf. SAVIAUX, N 3.

Chapitre 2 Impossibilité

2.1 Définition

La deuxième institution de droit qu'il convient d'examiner dans ce contexte est celle de l'impossibilité : en particulier de l'impossibilité subséquente objective.

Si dans un contrat bilatéral, l'une des prestations est rendue objectivement et subséquemment impossible par un cas fortuit, c'est-à-dire sans que l'une des parties n'ait commis de faute ou n'en soit responsable, l'art. 119 CO s'applique.¹²⁹ Cela a pour conséquence que l'obligation du débiteur et la créance du créancier s'éteignent de part et d'autre et que ce qui a déjà été reçu doit être restitué.¹³⁰ L'impossibilité subséquente signifie qu'au moment de la conclusion du contrat, l'impossibilité de fournir la prestation au moment de l'échéance n'est pas encore établie.¹³¹ L'impossibilité objective, par opposition à l'impossibilité subjective, se caractérise par le fait que ni le débiteur ni des tiers ne sont en mesure d'effectuer la prestation contractuelle.¹³² En outre, l'impossibilité au sens de l'article 119 CO doit, en principe,¹³³ être durable.¹³⁴ La source de l'impossibilité peut être de nature juridique.¹³⁵

Dans le cas d'espèce, il convient donc de vérifier deux conditions : s'il s'agit a) d'une *impossibilité subséquente objective non imputable au bailleur* qui est b) *durable*. Ensuite, un troisième critère possible est discuté, à savoir si c) les locataires doivent avoir *quitté les locaux*.

En raison de la nature des restrictions imposées par les autorités publiques, la notion d'*impossibilité partielle* sera pertinente à deux égards dans les prochains chapitres : d'une part, l'impossibilité partielle *temporaire*, qui prévoit une impossibilité limitée dans le temps pour les contrats de durée¹³⁶ ; d'autre part l'impossibilité *quantitative* partielle, qui englobe la situation où une partie de la prestation ne peut plus être fournie.¹³⁷

La question de l'impossibilité est ici limitée à l'impossibilité de la prestation en nature du bailleur – l'impossibilité de paiement par le locataire au sens de l'art. 119 CO est unanimement exclue.¹³⁸ Seuls BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, approfondissent la prestation du locataire sous le titre de l'« exorbitance ».¹³⁹

¹²⁹ KOLLER, N 54.12 ; MÜLLER, N 94.

¹³⁰ JTBL/565/2021, cons. 5.a ; cf. aussi BOHNET, p. 7.

¹³¹ AEPLI, ZK, art. 119, N 53.

¹³² PICHONNAZ, N 325 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 63.08 ; AEPLI, ZK, art. 119, N 47 ; WIEGAND, BSK, art. 119, N 5.

¹³³ Cf. chap. 3.2.2 pour la remise en question de cette condition.

¹³⁴ AEPLI, ZK, art. 119, N 44 ; KOLLER, N 54.185.

¹³⁵ AEPLI, ZK, art. 119, N 45 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.4.

¹³⁶ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 123.

¹³⁷ LACHAT/BRUTSCHIN, *ibid.*

¹³⁸ REICHLÉ/STEHLE, N 17 ; BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.3 ; PEDUZZI, p. 16 ; BOHNET, p. 9 ; JTBL/565/2021, cons. 5.a. Seul HIGI, p. 2, voit une impossibilité subjective subséquente du locataire dans le fait qu'il ne peut pas utiliser la chose louée à sa guise.

¹³⁹ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.9 , 3.1 ss. Ce concept n'est toutefois pas analysé dans le cadre de ce mémoire, car ces réflexions sont traitées sous le titre de la *clausula rebus sic stantibus*, cf. aussi BOHNET, p. 17 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2565.

2.2 Impossibilité subséquente objective (temporaire)

2.2.1 Impossibilité

Il convient de déterminer si la fermeture obligatoire des locaux commerciaux constitue une impossibilité objective subséquente de la prestation du bailleur qui ne lui est pas imputable. La question centrale est de savoir si la notion d'impossibilité est couverte ou non. Une telle impossibilité serait toujours subséquente, puisque, pour les baux en cours, les fermetures obligatoires dues à la pandémie de Covid-19 sont intervenues après la conclusion du contrat.¹⁴⁰ Elle serait ainsi objective car ni le bailleur ni des tiers ne sont en mesure de mettre à disposition des locaux exempts d'ordres de fermeture.¹⁴¹ La question de l'imputation ne poserait pas non plus de problème en l'occurrence puisque l'entrée en vigueur des réglementations sur la pandémie n'est imputable à la faute d'aucune des parties.¹⁴²

La doctrine et la jurisprudence proposent diverses approches afin de déterminer s'il y a impossibilité ou non. L'approche la plus utilisée dans le contexte des fermetures obligatoires dues à la pandémie de Covid-19 est celle qui consiste à distinguer entre la *perte de la finalité*¹⁴³ (Zweckfortfall) et *l'impossibilité d'utilisation* (Verwendungsunmöglichkeit). Dans le cas de la perte de finalité, la prestation en soi est encore objectivement possible, mais le créancier ne peut pas la recevoir, car elle n'atteint plus son but (p. ex. le patient meurt avant l'opération, la maison brûle avant que le peintre ne puisse la peindre).¹⁴⁴ En cas d'impossibilité d'utilisation, la prestation est également encore objectivement possible et le créancier peut ici encore la recevoir en soi, mais il ne peut plus l'utiliser dans le but prévu¹⁴⁵ (p. ex. la mariée qui peut recevoir sa robe de mariée, bien qu'elle se soit séparée du marié avant le mariage).¹⁴⁶

Cette distinction est essentielle car selon la doctrine dominante et la jurisprudence du Tribunal fédéral, la règle de l'impossibilité doit être appliquée en cas de perte de finalité.¹⁴⁷ En conséquence, s'il s'agit d'une impossibilité d'utilisation, la règle de l'impossibilité ne s'applique pas¹⁴⁸ et les parties ne sont pas libérées de leur obligation de prestation.¹⁴⁹ Pour illustrer cette distinction, divers auteurs se réfèrent à deux arrêts du Tribunal fédéral : l'arrêt « Migros » et l'arrêt « Emrich ».¹⁵⁰

Dans le cas « Emrich », il s'agissait d'un contrat de bail entre une dentiste (titulaire du brevet de dentiste zurichois), la locataire, et un dentiste, le bailleur, dans le canton de Glaris.¹⁵¹ Après la conclusion du contrat, la Landsgemeinde glaronnaise a édicté une loi selon laquelle l'exercice professionnel de la médecine dentaire n'était autorisé qu'aux personnes ayant obtenu le diplôme

¹⁴⁰ MEYER, p. 2.

¹⁴¹ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 129.

¹⁴² JTBL/565/2021, cons. 5.c.

¹⁴³ Ou disparition du substrat, PICHONNAZ, N 426.

¹⁴⁴ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 19. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2561.

¹⁴⁵ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 21.

¹⁴⁶ KOLLER, N 53.14.

¹⁴⁷ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 21 ; REICHLÉ/STEHLE, N 21.

¹⁴⁸ KOLLER, N 53.14 ; REICHLÉ/STEHLE, *ibid.*

¹⁴⁹ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 22 ; REICHLÉ/STEHLE, *ibid.*

¹⁵⁰ « Migros » ATF 62 II 42, « Emrich » ATF 57 II 532.

¹⁵¹ ATF 57 II 532, p. 533, cons. A.

fédéral de dentiste.¹⁵² À cause de restrictions supplémentaires, la locataire n'aurait pas pu continuer à pratiquer la médecine dentaire dans le canton de Glaris, même si elle avait réussi l'examen fédéral.¹⁵³ En effet, lors de la conclusion du contrat, les parties sont parties de l'idée que la locataire louait le logement en question dans le but d'y poursuivre l'exploitation du cabinet dentaire dirigé jusqu'alors par le bailleur.¹⁵⁴ Ainsi, le but de l'exploitation du cabinet dentaire avait été une condition essentielle de la conclusion du contrat et, surtout, le bailleur avait garanti la possibilité d'exploiter ce cabinet dentaire.¹⁵⁵ Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a statué dans le sens de la perte de la finalité.¹⁵⁶

Dans le cas « Migros », il s'agissait d'un contrat de bail entre Migros SA et un bailleur de divers locaux pour dépôt, entrepôt, bureau, etc.¹⁵⁷ Après la conclusion du contrat, une interdiction d'ouvrir des magasins Migros SA a été édictée dans le canton de Vaud, à la suite de quoi Migros SA n'a pas obtenu d'autorisation d'exploitation pour ce magasin concret.¹⁵⁸ Le tribunal fédéral a statué dans le sens d'impossibilité d'utilisation¹⁵⁹ car il s'agissait ici d'un bail pur et simple de locaux, sans précision d'un usage spécial.¹⁶⁰

Il ressort de ces cas d'application que ces critères de distinction tournent en fin de compte autour de la question de la définition de la prestation et de l'interprétation du contrat.¹⁶¹ La question de savoir s'il s'agit d'un cas de perte de la finalité ou d'une impossibilité d'utilisation dépend donc des accords concrets et ne peut pas être résolue pour tous les baux restreints par les périodes de fermetures obligatoires. Ce qui peut toutefois être analysé, ce sont les différentes exigences que les auteurs posent aux accords concrets (p.ex. au niveau de la précision de la destination, assurances spécifiques, etc.) pour considérer qu'il y a perte de la finalité et non impossibilité d'utilisation (question de curseur).

La majorité des auteurs posent des exigences très élevées pour admettre une perte de la finalité: BOHNET se réfère à l'arrêt « Migros » et ne voit une impossibilité au sens de l'art. 119 CO que dans le cas où il ne s'agit pas d'un « bail pur et simple de locaux » commerciaux.¹⁶² Il exige qu'un usage spécial (pas seulement un usage convenu au sens de art. 256 CO) ait été convenu lors de la conclusion du contrat (p.ex. pour un certain locataire et moyennant reprise de clientèle).¹⁶³ À cause de ces exigences élevées, il voit la portée de la notion d'usage spécial limitée et l'application de celle-ci sur le caractère général de l'Ordonnance 2 COVID-19 difficilement envisageable.¹⁶⁴ L'arrêt genevois reprend également cette distinction et exige pour une perte de finalité un usage spécial, c'est-à-dire des conditions spécifiquement convenues, et non une simple destination au sens de l'art. 256 CO.¹⁶⁵ REICHLÉ/STEHLE partent également du

¹⁵² ATF 57 II 532, p. 533, cons. A; REICHLÉ/STEHLE, N 24.

¹⁵³ REICHLÉ/STEHLE, N 24 ; ATF 57 II 532, p. 533, cons. A.

¹⁵⁴ REICHLÉ/STEHLE, N 28 ; ATF 57 II 532, p. 534, cons. 1 ; cf. aussi ATF 62 II 42, *ibid.*

¹⁵⁵ REICHLÉ/STEHLE, *ibid.* ; ATF 57 II 532, *ibid.* ; cf. aussi ATF 62 II 42, p. *ibid.*

¹⁵⁶ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 24 ; REICHLÉ/STEHLE, N 28

¹⁵⁷ ATF 62 II 42, p. 42, cons. A.

¹⁵⁸ ATF 62 II 42, p. 43, cons. A ; REICHLÉ/STEHLE, N 26.

¹⁵⁹ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 24 ; REICHLÉ/STEHLE, N 28 ; ATF 62 II 42, p. 44, cons. 1.

¹⁶⁰ ATF 62 II 42, p. 44, cons. 1.

¹⁶¹ KOLLER, N 53.15 ; cf. aussi REICHLÉ/STEHLE, N 24 ; ZMP 2021, Nr. 10, cons. 3.2. LACHAT/BRUTSCHIN, p. 125, sont critiques à l'égard de cette approche.

¹⁶² BOHNET, p. 9. Selon la catégorisation introduite dans ce chapitre, il s'agit d'un cas de perte de finalité dans un tel cas.

¹⁶³ BOHNET, p. 10.

¹⁶⁴ BOHNET, *ibid.*

¹⁶⁵ JTBL/565/2021, cons. 5.a.

principe qu'il s'agit d'une simple impossibilité d'utilisation lorsque l'État interdit temporairement l'utilisation spécifiquement convenue.¹⁶⁶ Ils considèrent que la situation juridique n'est différente que si le bailleur a donné des assurances contractuelles allant au-delà de l'obligation traditionnelle de mise à disposition de l'usage (p. ex. garantie que le locataire pourra effectivement exercer l'activité commerciale prévue) ou s'il a conclu des clauses contractuelles correspondantes de partage des risques avec le locataire.¹⁶⁷ HAEFELI/GALLI/VISCHER considèrent la fermeture obligatoire principalement comme un cas d'application de l'impossibilité d'utilisation lorsque le locataire peut recevoir la prestation du bailleur mais ne peut plus l'utiliser (ou seulement en partie) aux fins prévues.¹⁶⁸ PEDUZZI argumente de manière similaire et affirme qu'une impossibilité n'entre en ligne de compte que si le bailleur a garanti l'existence de caractéristiques spécifiques de l'objet loué ou s'il a assumé des obligations en dehors du domaine typique du contrat de bail.¹⁶⁹ Selon lui, il ne devrait donc pas y avoir d'impossibilité objective subséquente dans la plupart des cas de fermetures forcées.¹⁷⁰ IYNEDJIAN nie également la possibilité de l'application de l'art. 119 CO en se référant à l'arrêt « Migros ».¹⁷¹

Les considérations de BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY indiquent des exigences allégées bien qu'ils travaillent avec le terme à l'envers : ils appliquent le terme d'impossibilité d'utilisation dans le cas où le contrat dispose expressément une affectation précise ou que celle-ci est implicite ou tacitement convenue.¹⁷² L'utilisation de ce terme est plutôt trompeuse. En effet, leur argumentation va dans le sens de la perte de finalité puisqu'ils prévoient l'application des règles de l'impossibilité et une réduction du loyer.¹⁷³ LACHAT/BRUTSCHIN considèrent d'une part également qu'il s'agit de placer le curseur dans l'évaluation de la destination du contrat de bail plus bas : ils contredisent le Tribunal fédéral dans l'affaire « Migros » et soulignent que l'usage prévu peut aussi résulter de l'usage habituel ou d'un accord tacite.¹⁷⁴ Pour eux, un accord tacite sur la finalité suffit donc pour une perte de la finalité et ils n'exigent pas d'usage spécial¹⁷⁵ ou assurances spécifiques¹⁷⁶ comme les auteurs précités. D'autre part, ils remettent en question l'application de la distinction entre impossibilité d'utilisation et perte de finalité : ils argumentent qu'il est tout aussi bien possible d'affirmer que le bailleur peut encore remettre l'objet loué, mais que le locataire ne peut plus le recevoir pour le but prévu, à savoir l'exploitation d'une activité commerciale, et qu'il s'agit alors d'un cas de perte de finalité.¹⁷⁷ Ils considèrent que la classification entre impossibilité d'utilisation et perte de finalité est académique et floue.¹⁷⁸

En assimilant *l'existence ou la non-existence d'un défaut* à celle de l'impossibilité, IYNEDJIAN, qui nie l'existence d'un défaut et justifie ainsi la négation de l'impossibilité,¹⁷⁹ pose les mêmes exigences à l'accord entre le bailleur et le locataire pour l'affirmation d'une continuation de la

¹⁶⁶ REICHLÉ/STEHLE, N 32 s.

¹⁶⁷ REICHLÉ/STEHLE, *ibid.*

¹⁶⁸ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 25.

¹⁶⁹ PEDUZZI, p. 16 s.

¹⁷⁰ PEDUZZI, p. 17.

¹⁷¹ IYNEDJIAN, p. 5.

¹⁷² BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.9. Ces exigences sont allégées par rapport aux exigences des auteurs précédemment cités car ils n'exigent qu'une affectation et non un usage spécial ou des garanties supplémentaires.

¹⁷³ Sont du même avis REICHLÉ/STEHLE, N 21.

¹⁷⁴ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 125.

¹⁷⁵ Cf. BOHNET, p. 10.

¹⁷⁶ Cf. REICHLÉ/STEHLE, N 32 s ; PEDUZZI, p. 16 s.

¹⁷⁷ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 124.

¹⁷⁸ LACHAT/BRUTSCHIN, *ibid.*

¹⁷⁹ IYNEDJIAN, p. 5. Cf. HIGI, p. 2, qui semble de faire l'inverse.

finalité que pour l'affirmation d'un défaut. LACHAT voit également une corrélation entre l'existence ou la non-existence d'un défaut et l'existence de l'impossibilité lorsqu'il constate que le défaut peut consister dans une impossibilité objective partielle (temporaire) d'utiliser les locaux loués.¹⁸⁰

BOHNET et HIGI semblent de faire l'inverse en se servant de l'impossibilité pour nier un défaut. BOHNET ajoute que si toutefois il fallait admettre l'existence d'un défaut des locaux loués, le bailleur pourrait alors se prévaloir d'une impossibilité d'exécution car il lui serait impossible de s'exécuter et de remédier à ce « défaut ».¹⁸¹ HIGI constate que « *aucun bailleur n'a la possibilité de remédier à la perturbation de l'exploitation du locataire causée par les interdictions officielles et qu'il s'agit à cet égard d'une impossibilité objective et non fautive au sens de l'art. 119 CO* ». ¹⁸²

Outre le critère de l'impossibilité d'utilisation contre la perte de la finalité, qui est utilisé par la majorité des auteurs, il existe d'autres critères pour déterminer s'il y a impossibilité ou non.

THEVENOZ fait la distinction entre *l'impossibilité ultérieure* et *l'inutilité ultérieure*.¹⁸³ Il voit l'inutilité ultérieure dans les cas où le but de la prestation est déjà atteint, où ce même but disparaît (perte de finalité) ou lorsque le créancier n'a plus d'intérêt à l'exécution de la prestation pour une autre raison.¹⁸⁴ Selon lui, le cas de perte de finalité relève donc de l'inutilité subséquente et non de l'impossibilité ; il s'oppose ainsi à la distinction telle que pratiquée par le Tribunal fédéral dans les arrêts « Migros » et « Emrich » (dans lesquels il ne statuerait pas sur l'impossibilité) et s'appuie sur une jurisprudence différente.¹⁸⁵ En raison de ses exigences accrues quant à la notion d'impossibilité, il conclut à plus forte raison, qu'il n'y a pas d'impossibilité subséquente dans le cas d'application des fermetures obligatoires en raison de la pandémie de Covid-19, mais que la notion d'inutilité ultérieure qu'il utilise est devrait être appliquée.¹⁸⁶

HAEFELI/GALLI/VISCHER introduisent le critère du *destinataire* pour déterminer s'il y a impossibilité ou non : selon eux, il n'y a impossibilité partielle objective subséquente non fautive au sens d'une impossibilité partielle juridique de la part du bailleur que s'il est également destinataire de l'ordre de fermeture, en plus du locataire.¹⁸⁷ Dans le cas concret de l'application de l'Ordonnance 2 COVID-19, ils nient cette possibilité.¹⁸⁸

Une approche complètement différente est adoptée par MÜLLER qui semble faire dépendre la question de l'impossibilité uniquement du fait qu'elle soit *quantitativement totale ou partielle*.¹⁸⁹ L'impossibilité quantitative partielle englobe la situation où une partie de la prestation ne peut plus être fournie.¹⁹⁰ Pour lui, dans le cas des baux pour lesquels les parties ont convenu d'une destination (p. ex. bureau, magasin de vente, cabinet médical, institut de beauté, etc.), l'utilisation de l'objet loué est certes temporairement limitée, mais reste utilisable – hormis l'interdiction

¹⁸⁰ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 13.

¹⁸¹ BOHNET, p. 9.

¹⁸² HIGI, p. 2.

¹⁸³ THEVENOZ, CR, art. 119, N 5.

¹⁸⁴ THEVENOZ, CR, art. 119, *ibid.*

¹⁸⁵ THEVENOZ, CR, art. 119, N 5, note de bas de page 6.

¹⁸⁶ THEVENOZ, CR, art. 119, N 5.

¹⁸⁷ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 18.

¹⁸⁸ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, *ibid.*

¹⁸⁹ MÜLLER, N 101 ss.

¹⁹⁰ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 123 ; cf aussi THEVENOZ, CR, art. 119, N 27.

d'accès au public.¹⁹¹ Dans le cas des baux pour lesquels les parties n'ont pas défini de destination (p. ex. local commercial), il ne voit aucune restriction pour les locataires.¹⁹² Dans les deux cas, il ne semble pas prévoir l'application des règles de l'impossibilité puisqu'il les réserve exclusivement au cas pour lequel aucune utilisation partielle des biens loués n'était possible.¹⁹³

Pour les autres auteurs, l'impossibilité quantitative partielle n'est pas un critère d'affirmation ou de négation de l'impossibilité. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS prévoient qu'en cas d'impossibilité quantitative partielle, il faut savoir si le créancier a encore un intérêt ou non dans la partie possible de la prestation.¹⁹⁴ Si ce n'est pas le cas, il faut considérer qu'il y a impossibilité pour l'ensemble de la prestation.¹⁹⁵ Dans l'affirmative, les conséquences de l'impossibilité doivent être limitées à la partie impossible de la prestation et la contrepartie doit être réduite en conséquence.¹⁹⁶ HAEFELI/GALLI/VISCHER confirment également que l'impossibilité quantitative partielle s'applique en l'espèce et prévoient une obligation de paiement partiel du loyer dans la mesure où l'acceptation de la prestation de location restante est raisonnable pour le locataire.¹⁹⁷ THEVENOZ voit ces mêmes options et s'appuie également sur l'économie du contrat et la volonté hypothétique des parties pour savoir si l'obligation doit s'éteindre complètement (avec extinction de la contre-prestation) ou si elle doit être réduite à la prestation encore possible (avec réduction proportionnelle de la contre-prestation).¹⁹⁸

2.2.2 Durabilité

Si l'impossibilité est avérée, il faut encore déterminer si elle est ou doit être durable. Selon la doctrine majoritaire, l'impossibilité temporaire n'est pas couverte par le terme légal de l'impossibilité de l'art. 119 CO.¹⁹⁹ Ainsi, ceci signifie que l'impossibilité doit être durable.²⁰⁰ En rapport avec les fermetures obligatoires dues à la pandémie de Covid-19, la doctrine examine d'une part diverses approches selon lesquelles une impossibilité temporaire doit être traitée comme une impossibilité durable, et d'autre part remet en question le critère de durabilité et introduit l'impossibilité partielle (temporaire) comme impossibilité au sens de l'art. 119 CO.

Il existe deux doctrines en vertu desquelles même une impossibilité potentiellement que temporaire peut être *considérée comme durable*.

La première de ces deux doctrines affirme que si la *durée* de l'impossibilité n'est *pas prévisible*, l'impossibilité doit en règle générale être considérée comme durable.²⁰¹

Cette doctrine est suivie par BOHNET qui estime qu'en raison de la durée estimable des restrictions imposées par la pandémie de Covid-19 il est douteux qu'elles puissent être qualifiée

¹⁹¹ MÜLLER, N 101.

¹⁹² MÜLLER, *ibid.*

¹⁹³ MÜLLER, N 102.

¹⁹⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 64.31.

¹⁹⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, *ibid.*

¹⁹⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, *ibid.*

¹⁹⁷ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 17, mais le nient finalement en raison de l'argument du destinataire, cf. chapitre 2.2.1.

¹⁹⁸ THEVENOZ, CR, art. 119, N 29 s.

¹⁹⁹ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.6 ; PICHONNAZ, N 708 ; KOLLER, N 54.185.

²⁰⁰ AEPLI, ZK, art. 119, N 44.

²⁰¹ AEPLI, ZK, art. 119, *ibid.* ; REICHLI/STEHLE, N 18 ; BOHNET, p. 11 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 122 ; JTBL/565/2021, cons. 5.a. PICHONNAZ, N 703, applique cette jurisprudence aux contrats de durée indéterminée.

d'empêchement durable, au sens de cette jurisprudence et doctrine.²⁰² REICHLÉ/STEHLE rejettent également le caractère durable en invoquant cette même raison.²⁰³ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY se sont prononcés en faveur de la qualification de la durée de l'impossibilité comme étant imprévisible si la fermeture obligatoire était reconduite après le 19 avril pour une durée indéterminée.²⁰⁴

La deuxième de ces deux doctrines, suivie spécifiquement en ce qui concerne les contrats de durée et l'impossibilité, affirme que l'impossibilité temporaire de la prestation caractéristique est considérée comme durable s'il est établi qu'elle *ne disparaîtra pas avant la fin du contrat*.²⁰⁵

LACHAT/BRUTSCHIN et BOHNET²⁰⁶, en appliquant cette doctrine, ne voient pas non plus d'impossibilité durable due aux fermetures forcées.²⁰⁷ MÜLLER suit cette approche mais considère cependant que l'impossibilité s'applique tout au plus aux contrats conclus pour une durée limitée aux mois de mars et avril 2020 car dans ces cas, l'impossibilité a pris fin avant l'ordre de fermeture.²⁰⁸

BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY suivent une troisième approche en faveur du caractère durable : ils distinguent l'impossibilité de fournir la prestation (qui ne peut pas être temporaire) et la cause de l'impossibilité (qui peut également être temporaire).²⁰⁹ Ils s'appuient sur PICHONNAZ²¹⁰ et l'interprètent de manière à retenir que si l'obligation constitue une prestation durable et que l'exécution doit avoir lieu à une date déterminée, et que cela est impossible, il s'agit alors d'une impossibilité partielle temporaire car le temps perdu *ne peut plus être rattrapé*.²¹¹ Ils soutiennent donc qu'il est impossible pour le locataire de profiter à nouveau de l'objet loué du 16 mars 2020 au 19 avril 2020.²¹² Ainsi, l'impossibilité est donc durable et seule la cause (interdiction d'ouverture) est temporaire.²¹³

Cependant, plusieurs auteurs se prononcent en faveur d'une *impossibilité partielle temporaire*.²¹⁴ La doctrine s'accorde en principe sur le fait que les conséquences d'une impossibilité temporaire ne sont pas réglées par la loi.²¹⁵ Or, ce courant doctrinal ne cherche pas à la substituer sous certaines conditions à l'impossibilité durable, mais applique la notion de l'impossibilité partielle. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS voient l'impossibilité partielle temporaire dans le cas de la pandémie Covid-19 ou aussi en cas de guerre, de catastrophe naturelle et autres et proposent l'application des règles de l'impossibilité durable.²¹⁶ Ceci voudrait dire que la prestation et la contre-prestation deviennent nulles pendant la période de l'impossibilité et que ces dernières

²⁰² BOHNET, p. 11 s.

²⁰³ REICHLÉ/STEHLE, N 20.

²⁰⁴ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.6.

²⁰⁵ AEPLI, ZK, art. 119, N 123 ; BOHNET, p. 11 ; LACHAT/BRUTSCHIN, p. 122. PICHONNAZ, N 702, applique cette jurisprudence aux contrats de durée déterminée.

²⁰⁶ BOHNET, p. 11 s.

²⁰⁷ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 122.

²⁰⁸ MÜLLER, N 103.

²⁰⁹ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.6.

²¹⁰ PICHONNAZ, N 722.

²¹¹ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.6. Cf. aussi LACHAT/BRUTSCHIN, p. 123.

²¹² BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.6.

²¹³ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, *ibid.*

²¹⁴ LACHAT/BRUTSCHIN p. 123.

²¹⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 63.10a; KOLLER, N 54.185.

²¹⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 63.10 s.

sont réactivées dès qu'elles sont à nouveau possibles.²¹⁷ HAEFELI/GALLI/VISCHER approuvent également l'obligation de paiement partiel du loyer en cas d'impossibilité partielle temporaire.²¹⁸ THEVENOZ prévoit que, dans les contrats de durée, l'impossibilité de fournir une prestation affecte l'échange ou le moment particulier auquel il intervient, sans nécessairement compromettre l'échange ultérieur,²¹⁹ ce que BOHNET interprète comme une concession à l'impossibilité partielle temporaire.²²⁰

2.2.3 Libération des locaux

Une troisième condition pour l'application de l'article 119 CO est aussi mentionnée par certaines parties, à savoir la libération des locaux. BOHNET,²²¹ SAVIAUX,²²² le Tribunal fédéral dans l'arrêt « Migros »²²³ et l'arrêt genevois²²⁴ exigent que les locataires aient quitté les locaux s'ils veulent faire valoir l'impossibilité. L'arrêt « Migros » en particulier insiste sur cette condition et l'utilise comme un critère décisif pour nier l'impossibilité dans le cas concret : il est précisé que celui qui veut se libérer de son obligation dans un contrat bilatéral doit aussi renoncer à la contre-prestation car sinon il s'enrichirait.²²⁵ LACHAT/BRUTSCHIN reprennent également ce critère mais adoptent une autre approche : selon eux, la question de la libération des locaux ne se pose que lorsque le locataire prétend que ses obligations contractuelles ont disparu sur la base de l'art. 119 CO (impossibilité durable) – en revanche, la question ne se pose pas en cas d'impossibilité partielle temporaire car celle-ci n'entraîne qu'une adaptation limitée dans le temps du contrat de bail.²²⁶

2.3 Conclusion

En guise de conclusion, ce chapitre synthétisera les différentes considérations des tribunaux au sujet de cette situation légale. Finalement, nous énoncerons notre propre position sur la question.

Le tribunal des baux zurichois rejette l'application de art. 119 CO puisqu'il considère que la condition de la durabilité n'est pas remplie dans le cas d'espèce.²²⁷ Cependant, il fait néanmoins intervenir, la distinction entre la perte de la finalité et l'impossibilité d'utilisation dans l'hypothèse où l'impossibilité partielle temporaire serait admise.²²⁸ Dans cet arrêt, le tribunal des baux zurichois considère que la question décisive est 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.²²⁹ Si tel est le cas, le tribunal zurichois des baux considère qu'il y a lieu d'envisager une perte de finalité.²³⁰

²¹⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 63.10a.

²¹⁸ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 17, mais le nient finalement en raison de l'argument du destinataire, cf. chapitre 2.2.1.

²¹⁹ THEVENOZ, CR, art. 119, N 19.

²²⁰ BOHNET, p. 11.

²²¹ BOHNET, p. 10.

²²² SAVIAUX, N 16.

²²³ ATF 62 II 42, p. 45, cons. 1.

²²⁴ JTBL/565/2021, cons. 5.c.

²²⁵ ATF 62 II 42, p. 45 cons. 1.

²²⁶ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 134.

²²⁷ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 3.2. Il n'y a pas de fermeture durable d'établissements accessibles au public au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral car la suppression de ces dispositions était toujours prévisible.

²²⁸ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 3.1 et 3.3 ss.

²²⁹ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 3.2.

²³⁰ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 3.1.

Mais il le nie dans le cas d'application concret la perte de finalité en raison de l'absence d'une telle garantie et affirme qu'il s'agit par conséquence que d'une impossibilité d'utilisation.²³¹ L'arrêt du tribunal bâlois refuse l'application de l'art. 119 CO pour la même raison.²³² Selon lui également, l'impossibilité ne peut pas être considérée comme durable dans le cas d'espèce.²³³ L'arrêt genevois nie également le caractère durable.²³⁴ Il exige, en se référant à BOHNET et l'arrêt « Emrich », un usage spécial qui n'est pas l'usage convenu au sens de l'art. 256 CO.²³⁵ Lorsqu'un tel usage spécial fait défaut, il s'agit alors d'une impossibilité d'utilisation.²³⁶ En l'espèce, le tribunal genevois précise qu'il ne s'agit pas d'un cas d'impossibilité car la mise à disposition est encore possible (impossibilité d'utilisation et non perte de finalité) et exige en outre que les locataires auraient dû quitter les locaux pour pouvoir admettre une impossibilité.²³⁷

Notre analyse personnelle nous permet de conclure ce qui suit : comme exposé dans les chapitres précédents, il s'agit de répondre à la question de savoir a) s'il existe une impossibilité objective subséquente et non fautive, b) si cette impossibilité est durable ou doit l'être et c) si le locataire doit avoir libéré les locaux pour faire valoir art. 119 CO.

En ce qui concerne l'affirmation ou la négation d'une *impossibilité objective subséquente et non fautive* il nous faut retenir ce qui suit : la distinction utilisée par la majorité de la doctrine et la jurisprudence dominante entre *l'impossibilité d'utilisation et la perte de la finalité* est le critère décisif pour déterminer si l'impossibilité il y a ou non.

L'avis de MÜLLER²³⁸ n'est pas suivi car il semble confondre la question de savoir si, selon la destination, il y a impossibilité (perte de la finalité ou impossibilité d'utilisation) avec la question de savoir s'il y a impossibilité totale ou partielle. Alors que pour lui, l'usage convenu ne semble servir qu'à clarifier si l'impossibilité est totale ou partielle, selon le point de vue défendu ici, l'utilisation convenue sert à clarifier au préalable s'il existe une impossibilité (à l'aide de la délimitation entre l'impossibilité d'utilisation et la perte de la finalité), qui peut à son tour être totale ou partielle.

HAEFELI/GALLI/VISCHER²³⁹ ne peuvent pas non plus être suivis car, selon nous, le critère du destinataire n'est d'aucune aide pour déterminer si la notion d'impossibilité est couverte ou non : en fin de compte, les locaux ne sont pas utilisables indépendamment du destinataire de la norme (la question du destinataire dans ce contexte est comme la question de savoir si l'incendiaire a agi par vengeance envers le locataire ou le bailleur puisqu'en effet, l'impossibilité est jugée sur le fait que la maison ait brûlé ou non). En plus, ce critère ne tient pas compte de ce qui a été convenu par les parties dans le cas concret.

L'approche de HIGI²⁴⁰ et de BOHNET²⁴¹, qui nient l'existence d'un défaut puisqu'il est impossible d'influencer les restrictions, ne peut pas non plus être suivie et ce en raison de deux objections :

²³¹ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 3.5.

²³² MG.2021.20, cons. 2.8.

²³³ MG.2021.20, *ibid.*

²³⁴ JTBL/565/2021, cons. 5c.

²³⁵ JTBL/565/2021, cons. 5.a.

²³⁶ JTBL/565/2021, *ibid.*

²³⁷ JTBL/565/2021, cons. 5.c.

²³⁸ MÜLLER, N 101 s.

²³⁹ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 18.

²⁴⁰ HIGI, p. 2.

²⁴¹ BOHNET, p. 9.

la première concernant leur position sur la notion du défaut et la seconde par rapport à leur interprétation de la notion d'impossibilité. D'abord, sur la notion du défaut, l'influence du locataire sur le défaut n'est pas une condition préalable à l'existence d'un tel défaut.²⁴² Ensuite, sur la notion d'impossibilité, le problème réside dans la question de savoir si la prestation du bailleur est objectivement et subséquentement impossible sans qu'il y ait faute de sa part. En effet, la question de savoir si cela est effectivement le cas relève selon nous de la garantie de prestation et donc de l'interprétation du contrat et non de l'influence sur le défaut. Ce n'est pas l'influence sur la situation qui doit être impossible, mais la prestation elle-même.

En ce qui concerne le niveau des exigences, l'avis de BOHNET²⁴³ (suivi par l'arrêt genevois²⁴⁴) qui exige un usage spécial pour affirmer la perte de finalité (non seulement un usage convenu au sens de art. 256 CO), est le plus convaincant car il reprend de manière très pertinente la différence essentielle de la jurisprudence du Tribunal fédéral entre les arrêts « Migros » et « Emrich ». Selon nous, le terme d'usage spécial décrit correctement qu'il doit y avoir des éléments qualificatifs précis, par exemple un locataire et une destination spécifique ou des garanties spécifiques comme la prise en charge de la clientèle, pour affirmer la perte de la finalité (au sens du Tribunal fédéral).

Concernant l'aspect de la *durabilité*, les deux jurisprudences selon lesquelles une impossibilité temporaire peut être considérée comme durable ne sont pas, selon l'opinion défendue ici, applicables aux baux en cours. Effectivement, la fin des restrictions était prévisible et l'impossibilité n'a pas non plus perduré jusqu'à la fin du contrat dans la plupart des cas. Cependant, il est possible d'appliquer dans le cas d'espèce l'approche de l'impossibilité partielle temporaire.²⁴⁵ Ce mécanisme de nullité des prestations pendant la période de l'impossibilité et de leur réactivation dès qu'elles sont à nouveau possibles²⁴⁶ semble nettement plus adapté aux contrats de durée. En outre, l'approche de BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY selon laquelle l'impossibilité est durable car locataire ne peut pas profiter à nouveau de l'objet loué du 16 mars 2020 au 19 avril 2020 et seule la cause est temporaire,²⁴⁷ est également convaincante selon nous. En suivant l'une de ces deux approches, l'impossibilité au sens de l'art. 119 CO peut être admise dans le cas des fermetures forcées pour autant que la notion de l'impossibilité (perte de finalité, cf. au-dessus) soit couverte.

Finalement, au sujet de l'obligation de *libération des locaux*, l'approche de LACHAT/BRUTSCHIN selon laquelle la question de la libération ne se pose pas en cas d'adaptation limitée dans le temps du contrat de bail, est la plus convaincante²⁴⁸ puisque selon nous, l'adaptation s'applique dans tous les cas qu'à la période de fermeture.

²⁴² Cf. chapitre 1.3.

²⁴³ BOHNET, p. 10.

²⁴⁴ JTBL/565/2021, cons. 5.a.

²⁴⁵ Cf. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 63.10 s. ; HAEFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter, N 17.

²⁴⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 63.10a.

²⁴⁷ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 2.6.

²⁴⁸ LACHAT/BRUTSCHIN, p. 134.

Chapitre 3 *Clausula rebus sic stantibus*

3.1 Définition

La *clausula rebus sic stantibus*²⁴⁹ est un principe qui permet d'adapter un contrat aux changements de circonstances.²⁵⁰ Contrairement à l'impossibilité (art. 119 CO), la prestation est toujours possible dans ce cas.²⁵¹ Selon la doctrine majoritaire, ce principe est dérivé de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)²⁵² et selon la jurisprudence du TF, de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).²⁵³ Il doit être appliqué subsidiairement aux règles contractuelles ou légales.²⁵⁴ En principe, les obligations contractuelles sont immuables (*pacta sunt servanda*).²⁵⁵ Le juge peut toutefois intervenir en corrigeant les obligations contractuelles « lorsque des circonstances ultérieures et imprévisibles ont entraîné un déséquilibre si manifeste entre la prestation et la contre-prestation que l'insistance d'une partie à faire valoir ses droits apparaît comme abusive ». ²⁵⁶ Ce principe intervient donc lorsque la prestation reste possible mais devient absolument disproportionnée.²⁵⁷ Pour l'application de la *clausula rebus sic stantibus*, les éléments suivants doivent être réunis : a) un *changement de circonstances*, b) une *imprévisibilité* et l'*inévitabilité* de ce changement et c) un *déséquilibre grave* qui en résulte.²⁵⁸ Si ces conditions sont remplies, selon le point de vue, soit il existe une lacune d'adaptation qui peut être comblée à la demande du débiteur par la résiliation ou l'adaptation du contrat,²⁵⁹ soit, selon le Tribunal fédéral, le maintien abusif du contrat ne doit pas bénéficier d'une protection juridique.²⁶⁰

3.2 Eléments constitutifs

3.2.1 Changement de circonstances

Les *circonstances* doivent avoir *changé* depuis la conclusion du contrat.²⁶¹ REICHLÉ/STEHLE estiment sans aucun doute que tel est effectivement le cas car la pandémie mondiale et les fermetures d'entreprises ordonnées en conséquence ont considérablement modifié les circonstances depuis la conclusion du contrat du fait que les locataires ne peuvent plus utiliser

²⁴⁹ Ce principe est également connu sous le nom de « principe de l'imprévision ». Dans ce mémoire, nous utiliserons l'expression latine *clausula rebus sic stantibus* pour s'y référer.

²⁵⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 225.

²⁵¹ HOCHSTRASSER, p. 46 ; BOHNET, p. 17.

²⁵² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 226 ; BOHNET, p. 17 ; HONSELL, BSK, art. 2 CC, N 19.

²⁵³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, *ibid.* ; HOCHSTRASSER, p. 46. Pour plus de références cf. CHAPPUIS, CR, art. 2 CC, N 56.

²⁵⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 229 ss ; BOHNET, p. 23.

²⁵⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 239.

²⁵⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 240.

²⁵⁷ BOHNET, p. 17.

²⁵⁸ HEAFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, §1 N 43 ; WIEGAND, BSK, art. 18, N 99 ss ; BOHNET, p. 18, formule des conditions légèrement différentes.

²⁵⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 248 s. ; BOHNET, p. 17 et 22.

²⁶⁰ HOCHSTRASSER, p. 46 ; ATF 107 II 343, p. 348, cons. 2.

²⁶¹ HOCHSTRASSER, p. 45 ; HEAFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 44 ; WIEGAND, BSK, art. 18 CO, N 99 s.

les locaux comme d'habitude.²⁶² HAEFELI/GALLI/VISCHER²⁶³ et BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY²⁶⁴ avancent des arguments similaires. Le changement de circonstances est suffisant²⁶⁵ : une garantie de l'immutabilité des circonstances environnantes du bailleur, comme semble l'exiger SAVIAUX,²⁶⁶ n'est pas une condition préalable.

3.2.2. Imprévisibilité et inévitabilité

Le changement de circonstances doit être objectivement *imprévisible*, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir été suffisamment probable pour qu'une partie raisonnable en tienne compte lors de la conclusion du contrat.²⁶⁷

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les parties doivent s'attendre à ce que les conditions existantes au moment de la conclusion du contrat changent ultérieurement.²⁶⁸ Les modifications de la situation juridique ne sont en principe pas considérées comme imprévisibles.²⁶⁹ La prévisibilité doit être rejetée si le changement était prévisible en tant que tel, mais que *la nature, l'ampleur et les effets* de ce changement sur le contrat n'étaient eux pas prévisibles.²⁷⁰

Selon REICHLÉ/STEHLE, il faut s'attendre à tout moment à l'apparition d'épidémies ou de pandémies et aux fermetures d'entreprises qui en découlent.²⁷¹ Selon HAEFELI/GALLI/VISCHER aussi, la pandémie de Covid-19 était prévisible.²⁷² En revanche, ce sont la nature, l'ampleur et les conséquences sur le contrat qui sont qualifiés comme imprévisibles²⁷³ : REICHLÉ/STEHLE affirment que personne en Suisse ne s'attendait, lors de la conclusion d'un contrat de bail, à des fermetures d'entreprises ordonnées par l'Etat en raison d'une pandémie rampante qui durerait de nombreux mois.²⁷⁴ Ils constatent que la plupart des parties n'ont pas envisagé une telle évolution au moment de la conclusion du contrat et ajoutent que ces dernières n'étaient pas tenue de le faire.²⁷⁵ De même, HAEFELI/GALLI/VISCHER estiment que les conséquences de la loi Covid-19 sont inattendues.²⁷⁶ L'arrêt genevois admet également le caractère imprévisible des conséquences de la pandémie Covid-19.²⁷⁷ L'arrêt zurichois indique toutefois ne pas pouvoir examiner ce caractère car, en espèce, la défenderesse n'a nullement expliqué comment les mesures prises par les autorités sanitaires ont concrètement affecté ses activités commerciales.²⁷⁸

²⁶² REICHLÉ/STEHLE, N 51.

²⁶³ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 44.

²⁶⁴ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 4.1.

²⁶⁵ Cf. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 239.

²⁶⁶ SAVIAUX, N 15. Il semble ici mélanger les conditions de la *clausula rebus sic stantibus* avec celles du défaut, puisque l'arrêt sur lequel il se fonde (ATF 135 III 345, p. 348, cons. 3.3) concerne le défaut.

²⁶⁷ HOCHSTRASSER, p. 45 ; WIEGAND, BSK, art. 18 CO, N 101.

²⁶⁸ ATF 127 III 300, p. 305, cons. 5b/aa.

²⁶⁹ ATF 127 III 300, p. 305, *ibid.*

²⁷⁰ ATF 127 III 300, p. 305, *ibid.* ; HOCHSTRASSER, p. 45 ; REICHLÉ/STEHLE, N 53 ; JTBL/565/2021, cons. 5.b.

²⁷¹ REICHLÉ/STEHLE, N 53.

²⁷² HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 47.

²⁷³ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 4.1, affirment l'imprévisibilité sans entrer dans cette subtilité.

²⁷⁴ REICHLÉ/STEHLE, N 53.

²⁷⁵ REICHLÉ/STEHLE, *ibid.*

²⁷⁶ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 47.

²⁷⁷ JTBL/565/2021, cons. 5.d.

²⁷⁸ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 5.2.5.

En outre, les changements des circonstances doivent être *inévitables*.²⁷⁹ C'est-à-dire si une partie a pu surmonter les conséquences de l'évolution future, l'adaptation du contrat n'entre pas en ligne de compte.²⁸⁰

REICHLÉ/STEHLE nient la possibilité d'éviter les conséquences de la pandémie Covid-19 même dans les cas où les locataires peuvent encore exercer certaines activités (p. ex. take-away, livraison à domicile).²⁸¹ Pour eux, cela ne suffit pas pour nier l'inévitabilité, mais ces circonstances doivent plutôt être prises en compte lors de la détermination de l'ampleur de l'adaptation.²⁸² IYNEDJIAN semble partager ce point de vue puisqu'il insiste fortement sur les différences d'impact en fonction du modèle et de l'opportunité commerciaux, non pas au titre de l'inévitabilité, mais au titre du déséquilibre grave.²⁸³ De même, HAEFELI/GALLI/VISCHER nient la possibilité d'éviter les conséquences de la pandémie Covid-19.²⁸⁴

3.2.3 Déséquilibre grave

Il doit y avoir une *grave perturbation de l'équivalence entre les parties*, c'est-à-dire qu'il doit y avoir une disproportion énorme entre la prestation et la contre-prestation en raison de la modification des circonstances et que la poursuite du contrat sans modification n'est pas tolérable.²⁸⁵ Contrairement aux conditions mentionnées précédemment, le défaut d'équivalence doit toujours être examiné au cas par cas et ne peut pas être affirmé de manière générale.²⁸⁶ À ce titre, IYNEDJIAN souligne que les effets de la fermeture ne sont pas les mêmes entre p.ex. un restaurateur indépendant sans possibilité d'offrir ses services à l'emporter et qui ne peut jamais rattraper les chiffres d'affaires perdus et une grande enseigne de vêtements qui peut vendre ses produits sur internet et dont les ventes à la réouverture des commerces compenseront peut-être les chiffres d'affaires perdus.²⁸⁷

REICHLÉ/STEHLE supposent que dans de nombreux cas, les difficultés à payer le loyer, résultant de la possibilité d'utilisation limitée et du déficit de revenus, atteignent le seuil de l'intolérable.²⁸⁸ HAEFELI/GALLI/VISCHER qualifient également une telle perturbation grave dans les cas d'application concrets des fermetures forcées de « tout à fait imaginable ». ²⁸⁹ BOHNET fait valoir qu'il est également possible d'admettre un déséquilibre grave lorsque l'impossibilité (ou le défaut) de la prestation du bailleur est niée, puisque, indépendamment de cette qualification, l'exploitation des locaux est limitée et que la prestation du locataire est par conséquent rendue plus difficile.²⁹⁰

²⁷⁹ REICHLÉ/STEHLE, N 55.

²⁸⁰ REICHLÉ/STEHLE, *ibid.*

²⁸¹ REICHLÉ/STEHLE, *ibid.*

²⁸² REICHLÉ/STEHLE, *ibid.*

²⁸³ IYNEDJIAN, p. 6. Bien qu'il infirme lui-même ce principe d'examen au cas par cas, qu'il établit ici, plus loin à la p. 7, en niant globalement qu'il puisse y avoir dans ce cas un déséquilibre grave.

²⁸⁴ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 50.

²⁸⁵ HOCHSTRASSER, p. 46. Cf. aussi HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 51 ; WIEGAND, BSK, art. 18 CO, N 104.

²⁸⁶ MÜLLER, N 118. BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 4.1, semblent ignorer ce fait, ce que critique également IYNEDJIAN, p. 6.

²⁸⁷ IYNEDJIAN, *ibid.*

²⁸⁸ REICHLÉ/STEHLE, N 56.

²⁸⁹ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, §1 N 52.

²⁹⁰ BOHNET, p. 20.

Cependant, certains auteurs expriment des avis critiques vis-à-vis d'un déséquilibre grave. IYNEDJIAN soulève l'aspect temporel comme contre-argument : pour lui, une fermeture d'un mois n'est pas de nature à rompre l'équilibre d'un contrat de location conclu pour cinq ou dix ans – par contre, tel serait le cas d'une fermeture de plusieurs mois.²⁹¹ L'arrêt tessinois rejette à ce titre l'application de la *clausula rebus sic stantibus* car les restrictions n'ont duré que deux mois.²⁹² En revanche, HAEFELI/GALLI/VISCHER ne voient pas de problème dans le fait que la fermeture n'ait duré qu'un mois et appliquent les règles de l'impossibilité partielle (au sens temporaire) par analogie et affirment l'application de la *clausula rebus sic stantibus* limitée dans le temps.²⁹³ LACHAT précise que la question du déséquilibre dépend certes de la durée de la fermeture, mais aussi de l'importance des sacrifices des parties : il note que de nombreux bailleurs ne tirent pas tous leurs états locatifs des commerces affectés par la pandémie Covid-19 mais continuent de tirer des revenus des baux qui se portent sur des locaux commerciaux qui restent ouverts.²⁹⁴ De plus, IYNEDJIAN et BOHNET citent les aides étatiques comme facteur susceptible de rétablir l'équilibre.²⁹⁵

3.3 Relation par rapport à l'art. 266g CO

Indépendamment de l'affirmation ou de la négation des conditions susmentionnées concernant la *clausula rebus sic stantibus*, un point de discussion majeur est de déterminer son champ d'application. La controverse porte sur le fait de savoir si la *clausula rebus sic stantibus* a un champ d'application propre en dehors de l'art. 266g CO ou si son champ d'application est contenu dans cette même disposition.²⁹⁶

PEDUZZI,²⁹⁷ IYNEDJIAN,²⁹⁸ SAVIAUX,²⁹⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER,³⁰⁰ et HIGI³⁰¹ suivent l'opinion selon laquelle l'art. 266g CO s'applique exclusivement en tant que *lex specialis* à la *clausula rebus sic stantibus*. La raison invoquée est que le caractère impératif de l'art. 266g ne laisse aucune place à la *clausula rebus sic stantibus*.³⁰² Cette opinion représente la doctrine dominante.³⁰³

Il existe toutefois un courant doctrinal qui se prononce en faveur d'une *application parallèle* de la *clausula rebus sic stantibus* et de l'art. 266g CO.³⁰⁴ Dans des anciens arrêts, le TF a considéré (mais finalement rejeté) l'application de la *clausula rebus sic stantibus* pour les contrats de

²⁹¹ IYNEDJIAN, p. 6.

²⁹² Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 8.

²⁹³ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 51.

²⁹⁴ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 16.

²⁹⁵ IYNEDJIAN, p. 6 ; BOHNET, p. 31.

²⁹⁶ Ce point controversé a déjà été discuté de manière très détaillée dans la doctrine et la jurisprudence. Ici, les deux positions ne sont décrites que de manière très rudimentaire et il n'est pas possible, dans ce mémoire, d'approfondir le débat. Pour une étude approfondie de la doctrine et de la jurisprudence, cf. BOHNET, p. 23 ss.

²⁹⁷ PEDUZZI, p. 14.

²⁹⁸ IYNEDJIAN, p. 7.

²⁹⁹ SAVIAUX, N 15.

³⁰⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, art. 2 CC, N 229 en lien avec N 236.

³⁰¹ HIGI, ZK, art. 266g CO, N 26.

³⁰² HIGI, ZK, art. 266g CO, *ibid.* ; PEDUZZI, p. 14.

³⁰³ PEDUZZI, *ibid.*

³⁰⁴ Pour plus de références cf. BOHNET, p. 24. Cependant, comme le souligne à juste titre PEDUZZI, p. 14, la plupart de ces sources sont des doctrines qui se réfèrent à l'ancien droit (art. 269 aCO).

bail.³⁰⁵ BOHNET se prononce en faveur de l'application parallèle de la *clausula rebus sic stantibus* et de l'art. 266g aux contrats de bail : il justifie cette position par le fait que l'art. 266g a une portée pratique limitée car il ne s'avère pas être plus efficace que d'autres dispositions du droit du bail, et ce même indépendamment de la possibilité d'adaptation non prévue.³⁰⁶ Une exclusion serait, selon lui, incompatible avec la marge de manœuvre beaucoup plus générale et plus grande de la *clausula rebus sic stantibus*.³⁰⁷ LACHAT argumente que l'art. 266g CO est une norme spéciale qui, certes, ne permet pas d'appliquer la *clausula rebus sic stantibus* à la résiliation du contrat de bail, mais permet au contraire au juge d'intervenir dans le contrat pour rétablir l'équilibre entre les prestations des parties.³⁰⁸ Il considère que la *clausula rebus sic stantibus* est applicable à l'adaptation du contrat et que l'art. 266g CO est applicable à sa résiliation.³⁰⁹ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY affirment également (implicitement) que le champ d'application de la *clausula rebus sic stantibus* est indépendant de l'art. 266g CO.³¹⁰

L'arrêt genevois laisse la question de la relation entre la *clausula rebus sic stantibus* et l'art. 266g CO explicitement ouverte.³¹¹

3.4 Fardeau de la preuve

Le fardeau de la preuve incombe au locataire.³¹² Ce dernier doit démontrer quelles sont les pertes de bénéfices qu'il a subies en raison des mesures prises mais aussi dans quelle mesure il est capable de faire face aux conséquences de la crise grâce aux bénéfices et aux réserves des années précédentes.³¹³ Tant dans l'arrêt genevois que dans l'arrêt zurichois, ce fardeau de la preuve était le point crucial.³¹⁴

3.5 Conclusion

En guise de conclusion, ce chapitre synthétisera les différentes considérations des tribunaux au sujet de cette situation légale. Finalement, nous énoncerons notre propre position sur la question.

Tout d'abord, l'arrêt zurichois admet que les fermetures forcées constituent un changement de circonstances mais n'examine ni le caractère imprévisible de la nature et de l'ampleur de la pandémie, ni s'il s'agit d'un déséquilibre grave car, dans le cas d'espèce, la défenderesse n'a nullement expliqué comment les mesures prises par les autorités sanitaires ont concrètement

³⁰⁵ ATF 59 II 372, p. 360, cons. 4; ATF 62 II 42, p. 45, cons. 2 (arrêt « Migros »), PEDUZZI, *ibid.*, et en particulier BOHNET, p. 24, approfondissent ces arrêts.

³⁰⁶ BOHNET, p. 27.

³⁰⁷ BOHNET, *ibid.*

³⁰⁸ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 17.

³⁰⁹ LACHAT sur IYNEDJIAN, *ibid.*

³¹⁰ BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, N 4.3.

³¹¹ JTBL/565/2021, cons. 5.d.

³¹² BOHNET, p. 31.

³¹³ BOHNET, *ibid.*

³¹⁴ GURBANOV, p. 12, qui fait également remarquer ici que ce même argument aurait également été soulevé dans le cadre de la procédure simplifiée (comme c'était le cas dans l'arrêt zurichois). En effet, la maxime inquisitoire sociale applicable dans la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC) n'oblige pas le juge à examiner d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position (ce que la demanderesse a également omis de faire dans l'arrêt zurichois).

affecté ses activités commerciales et ce qu'elle a entrepris pour en surmonter les effets.³¹⁵ L'arrêt genevois, quant à lui, affirme également que les fermetures liées à la pandémie Covid-19 constituent un changement important et accepte en revanche le caractère imprévisible.³¹⁶ Cependant, il nie lui aussi l'application de la *clausula rebus sic stantibus* car la demanderesse n'a pas démontré que les autres conditions étaient réalisées en l'espèce :³¹⁷ le tribunal genevois fait remarquer que la demanderesse n'a pas démontré un manque de liquidité alors même que le fardeau de la preuve le lui incombait.³¹⁸ Il retient ainsi que la demanderesse a pu bénéficier d'aides étatiques, que l'établissement avait été fermé durant environ 6 mois pour un bail conclu pour dix ans, que le bailleur a proposé des arrangements de paiement et qu'il était même prêt à concéder une réduction de loyer jusqu'à un maximum de 80%.³¹⁹ Par contre, il laisse ouverte la question de la relation entre la *clausula rebus sic stantibus* et l'art. 266g CO.³²⁰ De même, l'arrêt bâlois n'admet pas la *clausula rebus sic stantibus* car, dans le cas d'espèce, la demanderesse n'a pas démontré que les conditions étaient remplies.³²¹ Enfin, l'arrêt tessinois rejette l'application de la *clausula rebus sic stantibus*, à défaut d'un déséquilibre grave, car les restrictions n'ont duré que deux mois.³²²

Selon nous, la pandémie de Covid-19 représente un *changement de circonstances*. En outre, l'argumentation de REICHLÉ/STEHLE³²³ et HAEFELI/GALLI/VISCHER³²⁴ selon laquelle une pandémie était certes prévisible en soi, *mais que son ampleur et ses effets* étaient eux *imprévisibles*, est également convaincante. L'argumentation de REICHLÉ/STEHLE³²⁵ selon laquelle la pandémie et ses effets étaient en soi *inévitables* et que les différentes circonstances atténuant les effets (comme la possibilité de la vente à emporter ou du commerce en ligne) ne rendent pas les effets de la pandémie évitables, mais ne doivent être pris en compte qu'au titre du déséquilibre grave, est également convaincante. Le point crucial est donc le *déséquilibre grave* entre la prestation et la contreprestation qui doit toujours être examiné en fonction des circonstances concrètes. Les circonstances financières concrètes, telles que la perte de revenus, les réserves accumulées et les aides étatiques ainsi que la durée du contrat devraient jouer un rôle à cet égard.³²⁶ Comme l'illustrent les arrêts zurichois et genevois, il convient ici de garder à l'esprit la question du fardeau de la preuve. D'ailleurs, il nous semble intéressant d'appuyer l'argument avancé par LACHAT selon lequel le déséquilibre dépend des sacrifices des deux parties et qu'il faut donc tenir compte de la mesure dans laquelle le bailleur tire des revenus des contrats de bail non concernés par la pandémie Covid-19.³²⁷ Cet argument est de prime abord surprenant car le déséquilibre, selon la conception défendue ici, doit être examiné entre la prestation et la contreprestation du contrat de bail spécifique et ne peut en principe pas dépendre du fait que le bailleur a d'autres contrats de bail ou non. Il s'agit d'autant plus d'une approche intéressante puisqu'elle reviendrait à comparer de manière holistique la situation entre le locataire et le

³¹⁵ ZMP 2021, Nr. 10, cons. 5.2.5 s.

³¹⁶ JTBL/565/2021, cons. 5.d.

³¹⁷ JTBL/565/2021, *ibid.*

³¹⁸ JTBL/565/2021, *ibid.*

³¹⁹ JTBL/565/2021, *ibid.*

³²⁰ JTBL/565/2021, *ibid.*

³²¹ MG.2021.20 cons. 2.8.

³²² Trad. GastroSuisse, 12.2021.41, cons. 8.

³²³ REICHLÉ/STEHLE, N 53.

³²⁴ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, §1 N 47.

³²⁵ REICHLÉ/STEHLE, N 55.

³²⁶ Cf. ZMP 2021, Nr. 10, p. 1.

³²⁷ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 16.

bailleur, et qui nous semble équitable car le locataire doit également se laisser imputer les bénéfices réalisés les années précédentes.

En ce qui concerne la *relation entre la clausula rebus sic stantibus et l'art. 266g CO*, l'approche *systématique* de la doctrine dominante, qui qualifie l'art. 266g CO de *lex specialis* par rapport à la *clausula rebus sic stantibus*, nous paraît convaincante. Toutefois, selon nous, cette approche doit être combinée avec l'élément *téléologique*, conformément à LACHAT³²⁸ et au sens du pluralisme des méthodes : la fonction de l'art. 266g CO est la résiliation du contrat de bail. La fonction de la *clausula rebus sic stantibus* va plus loin et comprend également l'adaptation du contrat. L'art. 266g CO ne constitue donc qu'une *lex specialis* par rapport à la *clausula rebus sic stantibus* dans la mesure où il s'agit de la résiliation du contrat – les autres fonctions de la *clausula rebus sic stantibus* ont toutefois leur propre champ d'application. L'application de la *clausula rebus sic stantibus* pour réduire le loyer serait par conséquent envisageable selon l'opinion défendue ici.

Finalement, il convient de souligner que les circonstances concrètes doivent toujours être examinées avec minutie et que la *clausula rebus sic stantibus* ne peut pas être affirmée ou refusée de manière globale. HAEFELI/GALLI/VISCHER soulignent également que la *clausula rebus sic stantibus* est un instrument puissant, néanmoins dangereux, qui doit par conséquent être utilisé avec soin et ne pas aboutir à une jurisprudence incontrôlée en matière d'équité.³²⁹ En cas d'affirmation de l'application de la *clausula rebus sic stantibus*, l'intervention du juge dans le contrat doit également être adaptée aux circonstances concrètes, la réduction du loyer constituant une option.³³⁰

³²⁸ LACHAT sur IYNEDJIAN, N 17.

³²⁹ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Covid-19, § 1 N 78.

³³⁰ Pour une étude approfondie des possibilités et des guides d'adaptation, cf. MÜLLER, N 119 ss ; BOHNET, p. 22 ss. et p. 28 ss.

Conclusion

Les développements exposés dans ce mémoire montrent que tant la doctrine que les tribunaux de première instance tirent des conclusions totalement différentes de circonstances similaires (locaux commerciaux affectés par des périodes de fermetures forcées) en ce qui concerne l'existence d'un défaut, l'impossibilité et la *clausula rebus sic stantibus*. Nous pouvons parler d'une véritable bataille d'opinions.³³¹

Ces divergences de points de vue doivent être replacées dans le contexte de la situation tout à fait exceptionnelle et inédite provoquée par la pandémie de Covid-19. Comme cette problématique concernait tous les locataires et bailleurs de locaux commerciaux de toute la Suisse, des intérêts financiers et sociopolitiques substantiels étaient et sont encore en jeu. Cet environnement à haute tension a donné lieu à diverses approches très innovatrices et pertinentes ainsi qu'à des tentatives, parfois passionnées, pour protéger soit le locataire, soit le bailleur des effets catastrophiques de la pandémie de Covid-19.

Un exemple des efforts déployés pour tenter de trouver une solution « juste » (ici plutôt en faveur des locataires) est illustré par la citation suivante de LACHAT : « [l]e droit n'est qu'un instrument au service de l'équité et de la justice. Avant de s'accrocher à des arguments juridiques, il faut toujours se demander dans une situation donnée quelle serait la solution juste en équité. »³³² Cette citation nous montre en effet les efforts remarquables entrepris et ceci dans le but de trouver une solution qui convienne à tous. Toutefois, elle est, à notre avis, en contradiction directe avec l'art. 4 CC. Ce point de vue est critiqué à juste titre par SAVIAUX qui met en évidence que la réduction du loyer au titre de la justice et de l'équité est trop superficielle.³³³ Il souligne l'importance que revêt le loyer pour les bailleurs en termes d'intérêts hypothécaires, de primes d'assurance et de frais d'entretien.³³⁴ De même, MÜLLER constate pertinemment que les considérations de politique sociale ne doivent pas jouer un rôle dans la réponse aux questions soulevées car les rapports de forces économiques dans un contrat de bail peuvent être très différents : par exemple, des locataires économiquement puissants peuvent être confrontés à des bailleurs privés.³³⁵

Selon nous, il n'est pas nécessaire de contourner le droit au nom de l'équité. L'approche juridique proposée dans ce mémoire devrait, selon l'avis exprimé ici, conduire à un résultat final équitable. Si tel ne devait pas être le cas, il convient de préciser que c'est n'est alors pas à la jurisprudence d'intervenir mais bien au législateur.³³⁶ L'approche proposé ici peut être résumée de la manière (simplifiée) suivante :

³³¹ LACHAT/BRUTSCHIN p. 113.

³³² LACHAT sur IYNEDJIAN, N 1.

³³³ SAVIAUX, N 17.

³³⁴ SAVIAUX, *ibid.*

³³⁵ MÜLLER, N 71.

³³⁶ C'est ce qui a été fait sous forme d'un projet de loi, « Loi COVID-19 sur les loyers commerciaux », qui prévoyait que les locataires touchés par les fermetures et les restrictions ne devraient verser que 40 % de leur loyer pour la durée de la fermeture, cf. FF 2020 8341 ss. Cependant, le 30 novembre 2020, le Conseil national a rejeté lors du vote final ce projet. Le 2 décembre 2020, le Conseil des États a décidé de ne pas entrer en matière sur cet objet. La Loi COVID-19 sur les loyers commerciaux a donc définitivement échoué.

Pour déterminer si les restrictions, par les périodes de fermetures forcées, constituent un *défaut*, la question de l'exploitation des locaux comme qualité promise ou attendue est décisive.³³⁷ L'exploitation des locaux dans le cadre de l'usage convenu (explicitement ou tacitement) est une qualité sur laquelle le locataire peut en principe compter. Cette confiance n'est toutefois protégée que dans le cadre de la bonne foi.³³⁸ La nature et les modalités des effets de la pandémie de Covid-19 sont tellement inattendues qu'elles ne sont pas protégées par une garantie fondée sur la bonne foi.³³⁹ Il peut néanmoins y avoir un défaut si des garanties explicites ou tacites en relation avec l'exploitation ont été spécifiquement données et qu'elles viennent à manquer.

Le point crucial pour savoir si les restrictions, par les périodes de fermetures forcées, constituent un cas d'*impossibilité* est la notion de l'impossibilité. Pour que la notion d'impossibilité soit couverte, il faut qu'il y ait une perte de finalité et non une simple impossibilité d'utilisation et cela nécessite un usage spécial (exigence accrue : éléments qualifiants, comme la reprise de la clientèle). Le fait que l'impossibilité ne soit pas durable et ne puisse pas être considérée comme telle selon la jurisprudence du Tribunal fédéral n'empêche pas son application. Comme les contrats de bail sont des contrats de durée, la notion d'impossibilité partielle temporaire s'applique. Ainsi, une telle impossibilité serait objective, subséquente et non imputable au bailleur. De plus, il nous faut préciser que les locaux n'ont pas besoin d'être abandonnés par les locataires.

Dans la plupart des cas, il ne devrait rester que la *clausula rebus sic stantibus*. Les trois premières conditions – le changement de circonstances, l'imprévisibilité et l'inévitabilité – sont remplies dans le cas des fermetures forcées pendant la période de la pandémie de Covid-19. De plus, le déséquilibre grave doit être examiné au cas par cas et doit être démontré par celui qui l'invoque (c'est-à-dire le locataire). L'art. 266g CO n'empêche pas l'application de la *clausula rebus sic stantibus* pour la réduction du loyer.

Finalement, il nous reste à suivre l'évolution de cette situation : alors que l'arrêt genevois n'a pas été objet d'un appel³⁴⁰ et que la procédure d'appel contre l'arrêt zurichois a été classée en raison d'une transaction extrajudiciaire³⁴¹, la décision bâloise a été contestée devant la Cour d'appel de Bâle-Ville et pourrait donc finalement aboutir au Tribunal fédéral.³⁴² De même, un recours au Tribunal fédéral a également été déposé à l'encontre de l'arrêt tessinois.³⁴³

Lyanne Elsener, le 16 juillet 2022

³³⁷ Le critère du destinataire n'est pas utilisé car il ne convient que pour les cas clairs de destinataires exclusifs qui peuvent influencer la situation. Le critère de la relation avec la chose n'est pas non plus appliqué car il n'est pas fait de distinction entre l'usage et l'exploitation des locaux commerciaux. La faute du bailleur n'est pas requise et n'est donc pas prise en compte. Les éventuelles considérations de répartition du risque ne sont pas non plus prises en compte.

³³⁸ Cf. pour le principe de confiance, MÜLLER, BK, art. 1 CO, N 162.

³³⁹ Cf. SAVIAUX, N 3.

³⁴⁰ GURBANOV, p. 12.

³⁴¹ Décision NG210013-O de la Cour suprême du canton de Zurich du 10 décembre 2021.

³⁴² RUBLI, p. 7.

³⁴³ RUBLI, *ibid.*