

# ARTICLE

## Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19.

## Verordnung 2 Covid 19 und geschäftliche Mietverträge.

François Bohnet<sup>1</sup>

Avec la collaboration de Luca Melcarne<sup>2</sup> et Ulysse DuPasquier<sup>3</sup>

### I. INTRODUCTION

Le présent texte fait suite à une consultation donnée au début avril 2020, visant à fournir une analyse neutre et détaillée de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes quant aux conséquences de l'Ordonnance 2 COVID-19 sur les relations contractuelles des parties à un bail à loyer pour locaux commerciaux. Il prend également en compte la doctrine et la jurisprudence rendues sous l'ancien droit.

La maladie infectieuse émergente appelée Coronavirus (ou COVID-19) a débuté en décembre 2019 à Wuhan, en Chine centrale. L'épidémie s'est rapidement propagée dans le monde entier; le 11 mars 2020, l'OMS l'a qualifiée de pandémie. Les gouvernements du monde entier ont pris des mesures pour tenter de ralentir la propagation.

En Suisse, le Conseil fédéral a décrété l'état d'urgence le lundi 16 mars 2020, ceci jusqu'au 19 avril 2020 au moins, sur la base de l'art. 7 de la loi sur les épidémies (Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 [LEp], RS 818.101). Selon l'art. 6 Ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24), teneur au 16 mars 2020, tous les magasins, restaurants, bars et établissements de divertissements et loisirs sont fermés depuis le 17 mars 2020 jusqu'au 19 avril, à l'exception des magasins d'alimentation (produits courants) et des établissements de santé (par exemple les pharmacies). Par modification du 8 avril 2020, entrée en vigueur le lendemain, la mesure susmentionnée a été prolongée jusqu'au 26 avril 2020 (cf. art. 12 al. 7 de l'Ordonnance 2 COVID-19; RO 2020 1199).

### II. ANALYSE

#### A. De l'existence d'un défaut

##### 1) Notion

Selon l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur est tenu de délivrer la chose à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir en cet état. Il en résulte que le défaut au sens des art. 258 et 259a CO correspond à l'empêchement d'user de la chose conformément au bail parce que celle-ci n'est pas **dans un état approprié** à l'usage pour lequel elle a été louée (SVIT-C-Burkhalter/Mar-

1 Avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel, codirecteur du Séminaire sur le droit de bail.

2 Avocat, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel.

3 D' en droit, avocat-stagiaire.

tinez-Favre, Rem. prélim. art. 258-259i CO, N 18; ZK-Higi/Wildisen, art. 258 CO N 27; Lachat/Rubli, p. 257; CPra Bail-Aubert, art. 259b CO N 2; BK-Giger, art. 256 CO N 40; CHK OR-Heinrich, art. 256 CO N 3). Il s'agit d'une *Abweichung vom Vertrag*, d'une mauvaise exécution du contrat (note marginale de l'art. 258 CO; CR CO I-Lachat, art. 258 CO N 1; SVIT-K-Tschudi, art. 258-259i CO N 20; ZK-Higi/Wildisen, art. 258 CO N 29).

Lorsque des défauts apparaissent pendant le bail, le locataire est en droit d'exiger une réduction proportionnelle du loyer (art. 259d *cum* art. 259a al. 1 let. b CO), ou, si le défaut exclut ou entrave considérablement l'usage pour lequel un immeuble a été loué, de résilier avec effet immédiat. Faute de remise en état dans un délai approprié ou lorsqu'une remise en l'état est impossible (art. 259b let. a CO), des dommages-intérêts peuvent être réclamés au bailleur, à moins que ce dernier ne prouve qu'il n'a commis aucune faute (art. 259e *cum* art. 259a al. 1 let. c CO).

## 2) Fermeture des établissements imposée par l'Ordonnance 2 COVID-19

Au sens de l'Ordonnance 2 COVID-19, les établissements publics devant être fermés sont les établissements qui ne sont pas « impérativement nécessaires pour répondre aux besoins de la vie quotidienne » (Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 20 mars 2020, p. 6). Leur fermeture se justifie par le fait que de tels établissements entraînent une mobilité accrue de la population et présentent un risque que les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social ne soient pas respectées (Rapport explicatif COVID-19 précité, p. 7).

Il convient donc de déterminer si l'interdiction d'ouverture et d'exploitation des commerces et de tout autre établissement public selon l'art. 6 Ordonnance 2 COVID-19 constitue un défaut au sens du droit du bail. On pourrait envisager qu'il s'agisse d'un défaut quant à l'« usage convenu », à savoir la **destination** pour lequel l'objet a été loué (TF 4A\_582/2012 du 28 juin 2013, cons. 3.2). La destination se détermine sur la base du contrat de bail si celui-ci la mentionne et, à défaut, des circonstances du cas particulier (CPra Bail-Aubert, art. 258 CO N 21; CR CO I-Lachat, art. 256 CO N 2; ZK-Higi/Wildisen, art. 258 CO N 28). Dans le cas qui nous occupe, le défaut résulterait d'une perturbation (« *Störung* ») de l'usage convenu et de la jouissance de la chose louée, perturbation causée par des circonstances externes, comme on l'admet en cas de chantier voisin (CPra Bail-Aubert, art. 258 CO N 32a et N 36 et les références jurisprudentielles citées; ZK-Higi/Wildisen, art. 258 CO N 34) qui, en l'espèce, serait l'état d'urgence et la fermeture des commerces qu'il entraîne. Selon le Tribunal fédéral, « si l'entrave est plus importante et sort du cadre raisonnable des prévisions, elle peut donner lieu à une réduction de loyer » (TF, SJ 1985 p. 575). Le défaut serait de nature juridique et donc **immatériel**, en ce sens que des prescriptions administratives restreignent l'usage convenu de la chose louée (CPra Bail-Aubert, art. 258 CO N 28; CR CO I-Lachat, art. 258 CO N 3; BSK OR I-Weber, art. 258 CO N 1, 4; BK-OR I Giger, Vorbemerk. zu Art. 258-259i CO, N 37; CHK OR-Heinrich, art. 258 CO N 3; ZK-Higi/Wildisen, art. 258 CO N 33). Il s'agirait en l'espèce d'un défaut **grave**, qui exclut ou entrave considérablement l'usage pour lequel la chose a été louée. Selon cette approche, on pourrait envisager un défaut lorsque le bail est expressément conclu à destination d'un commerce (comp. ATF 57 II 532), comme un café-restaurant ou un magasin d'habillement, mais non lorsqu'il ne s'agit que de locaux commerciaux pour une activité qui n'a pas été spécifiquement arrêtée (comp. ATF 62 II 42).

### 3) Défaut de la chose louée

Cependant, à y regarder de plus près, on constate qu'un élément essentiel manque dans cette analyse, à savoir le **défaut de la chose louée**.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un défaut immatériel, comme par exemple, une prescription administrative, encore faut-il que ce défaut affecte la chose louée. Un tel défaut serait reconnu, par exemple lorsque le bâtiment ne répond pas aux exigences de police du feu (CPra Bail Aubert, art. 258 CO N 28 et la référence à l'arrêt TC JU, CdB 1995 86; ZK-Higi/Bühlmann, art. 256 CO N 40) ou lorsqu'une interdiction d'exploiter un local est prononcée, en raison par exemple de la présence de matériaux dans les charpentes qu'une nouvelle directive qualifie de dangereux.

En l'espèce, **la chose demeure dans un état approprié à l'usage** pour laquelle elle a été louée au sens de l'art. 256 al. 1 CO. L'art. 6 Ordonnance 2 COVID-19 **ne vise pas la chose**, mais le commerce du locataire. **La fermeture** des établissements publics **ne s'applique qu'aux locataires** qui exploitent de tels établissements publics. D'ailleurs, **eux seuls ont le pouvoir de fermer leur établissement** et se conformer à l'Ordonnance 2 COVID-19, les bailleurs n'ayant, au demeurant, aucun contrôle ou pouvoir sur ce point.

C'est donc l'**exploitation** du commerce qui est **interdite**, ceci de manière générale, et non la mise à disposition du local et son affectation. En d'autres termes, l'art. 6 Ordonnance 2 COVID-19 a pour effet d'interdire l'activité commerciale du locataire, sans viser le local dans lequel intervient cette activité. Le commerçant ne peut pas exploiter, quel que soit le lieu de son activité. Il ne peut donc pas se déplacer dans un autre local ou même à l'extérieur pour son exploitation. Une personne qui travaillerait dans la rue comme coiffeur ou masseur serait aussi dans une impossibilité d'exercer son activité. En revanche, les activités visées demeurent possibles à distance: les commerçants peuvent livrer à domicile par exemple, que cela soit des repas ou des marchandises.

Il est d'ailleurs reconnu par la jurisprudence fédérale qu'un arrêté cantonal interdisant soudainement au locataire l'ouverture de succursales et l'exploitation de son commerce sur le territoire cantonal constitue éventuellement un cas d'impossibilité ou de congé extraordinaire (ATF 62 II 42), mais non un défaut de la chose louée au sens du droit du bail. Il en irait de même si une activité commerciale spécifique était interdite par une décision étatique.

Pour bien montrer la distinction, si par hypothèse un commerce non visé par l'Ordonnance 2 COVID-19 ne pouvait plus ouvrir parce que se trouvant à l'intérieur d'un commerce visé par cette ordonnance (p. ex. décision de fermer l'ensemble d'un centre commercial, indépendamment du type d'activité concernée), il y aurait dans un tel cas défaut de la chose car ce serait la chose louée qui serait visée et non plus l'activité du locataire (dont l'exploitation serait pourtant autorisée). Il en irait de même, si en cas d'incident chimique ou nucléaire, toute une zone de bâtiments ne devait plus être accessible (voir David Lachat, Le bail des cafés et des restaurants, 18<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 236 N 32, premier point, qui vise les risques sanitaires extérieurs aux locaux loués).

Ainsi, en l'absence de défauts de la chose louée au sens où le législateur l'a entendu, le locataire n'a pas de droit à une réduction de loyer sur cette base (art. 259a

let. b et art. 259d CO) ni à une résiliation immédiate (art. 259b let. a CO). Quant aux dommages et intérêts, ils sont manifestement exclus, le bailleur pouvant démontrer qu'il n'existe pas de défauts et qu'il n'est, en tout état de cause, pas en faute.

Savoir si l'interdiction pour le locataire d'exploiter une activité commerciale pourrait constituer un cas d'impossibilité au sens de l'art. 119 CO est une autre question, qui sera traitée ci-dessous (cf. let. B).

### **B. D'une impossibilité subséquente**

L'art. 119 CO précise que l'obligation s'éteint lorsque l'exécution est rendue impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur (al. 1). Les parties sont libérées et doivent restituer ce qui peut l'être, et ne peuvent pas réclamer ce qui reste dû (al. 2).

Une impossibilité est donnée notamment lors de mesures prises par l'autorité et, par exemple, d'une interdiction d'exporter qui empêche le débiteur de fournir la prestation (ATF 111 II 352, JdT 1986 I 73). En matière de contrat de bail, le Tribunal fédéral a jugé que le bailleur n'était pas dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations lorsque l'exploitation de la chose louée était rendue impossible du fait du comportement du locataire (ATF 116 II 512, JdT 1991 I 309).

Deux cas de figure sont envisageables: d'une part, l'impossibilité touchant le bailleur (1); d'autre part, l'impossibilité touchant le locataire (2).

#### 1) Touchant le bailleur

Dans un contrat de bail immobilier, la prestation du bailleur consiste en la mise à disposition des locaux exempts de défauts (art. 253 CO).

A ce sujet, il peut être renvoyé à une jurisprudence fédérale de 1936 (ATF 62 II 42) qui connaissait un état de fait similaire à celui objet du présent avis de droit: un arrêté vaudois interdisait à Migros SA d'ouvrir des succursales dans le canton. Migros SA ne pouvait donc pas exploiter le commerce dans un local qu'elle louait, et tenta de résilier le bail au motif d'une impossibilité selon l'art. 119 CO. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il s'agissait en l'espèce d'un «*bail pur et simple de locaux, sans précision d'un usage spécial*»; de ce fait, l'exécution du contrat restait possible puisque les locaux ont été mis à disposition par le bailleur – qui était donc en mesure d'exécuter sa prestation – et que la locataire en a pris possession.

En l'espèce, l'interdiction généralisée d'ouverture des commerces et autres établissements publics prévue par l'Ordonnance 2 COVID-19 ne produit pas d'impact sur les locaux loués en tant que tels. Les qualités matérielles et juridiques de ceux-ci ne sont pas touchées par les mesures étatiques, de sorte que la chose louée ne souffre, suite à l'entrée en vigueur de ladite ordonnance, d'aucun défaut matériel ou juridique (cf. *supra*, let. A). Preuve en est le fait que, dans la situation actuelle, le bailleur peut pratiquement continuer à céder l'usage des locaux loués au locataire, pendant que ce dernier peut continuer à les occuper contre paiement d'un loyer, même s'il ne peut plus y exploiter son activité commerciale. Seule, lorsqu'une partie interviendra pour dénoncer cette situation, celle-ci pourra s'interrompre; or l'existence d'une impossibilité au sens de l'art. 119 CO ne saurait dépendre de la volonté des parties. La situation n'est différente que dans le cas d'un usage convenu «*spécial*» de la chose louée (cf. *infra* ch. 3).

Si l'on devait néanmoins admettre l'existence d'un défaut des locaux loués – ce qui est douteux pour les raisons exposées sous let. A ci-dessus – alors le bailleur pourrait se prévaloir d'une impossibilité d'exécution: il lui serait en effet parfaitement impossible de s'exécuter et de remédier à ce « défaut », sans qu'aucune faute ne puisse lui être imputée.

## 2) Touchant le locataire

Dans un contrat de bail immobilier, la prestation du locataire consiste en le paiement du loyer dû (art. 253 CO).

L'entrée en force de l'Ordonnance 2 COVID-19 ne rend pas impossible pour le locataire, au sens de l'art. 119 CO, le paiement de son loyer. En effet, « *l'impossibilité pour une raison simplement personnelle d'accomplir la prestation n'est pas une cause d'extinction de la dette* » (JdT 1936 I 162, note de jurisprudence). En d'autres termes, le fait que le locataire soit économiquement incapable de fournir sa prestation, à savoir le paiement du loyer, n'est pas un motif valable de libération au sens de l'art. 119 CO (JdT 1936 I 162, note de jurisprudence; CR CO I-Thévenoz, art. 119 CO N 6). En 2003, le Tribunal fédéral laissait ouverte la question de savoir si une obligation portant sur le paiement d'une somme d'argent pouvait tomber sous le coup de l'art. 119 CO, relevant toutefois que « *l'unanimité règne en doctrine pour dire que l'insolvabilité ou le manque d'argent ne tombe jamais sous le coup de l'art. 119 CO* » (TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003, cons. 4.2).

## 3) Usage convenu « spécial »

Une impossibilité au sens de l'art. 119 CO pourrait néanmoins être reconnue si la possibilité de faire de la chose louée un **usage spécial** était *promise* au locataire; c'est-à-dire lorsqu'il ne s'agit pas d'un « *bail pur et simple de locaux* » commerciaux, comme dans le cas des supermarchés Migros (ATF 62 II 42). Ainsi, dans un ATF 57 II 532, le bailleur avait loué à une dentiste non diplômée un local pour y ouvrir un cabinet dentaire et y reprendre la clientèle du bailleur, lui-même ancien dentiste. La possibilité d'exercer ce métier dans les locaux était ici une « condition nécessaire » du contrat (« *Die Möglichkeit, diesen Beruf daselbst ausüben zu können, war daher eine notwendige Voraussetzung des Vertrages* », cf. ATF précité, cons. 1). Suite à un changement de législation, la dentiste non diplômée ne pouvait plus exercer la médecine dentaire. L'utilisation du local aux fins spécifiées et la jouissance de la clientèle cédée étaient donc bien devenues impossibles au sens de l'art. 119 CO.

La notion d'usage **spécial** doit être distinguée de celle d'usage convenu au sens de l'art. 256 CO (c'est-à-dire de la destination pour laquelle la chose a été louée, cf. *supra*): elle possède une dimension bien plus individuelle, voire personnelle. En cas d'usage spécial, le bailleur loue le local à un certain locataire et à certaines conditions spécifiques; lorsque le locataire ne remplit plus les conditions, ceci indépendamment de sa volonté, alors un cas d'impossibilité serait réalisé selon cette ancienne jurisprudence, dont la portée limitée a rapidement été mise en exergue (ATF 62 II 42). Même si l'usage convenu au sens de l'art. 256 al. 1 CO reste possible (par exemple, l'exploitation d'un cabinet dentaire), l'usage spécial convenu entre les parties (par exemple, pour un certain locataire et moyennant reprise de clientèle) n'est plus possible.

La portée limitée de la notion d'usage « *spécial* » et le caractère général de l'Ordonnance 2 COVID-19, qui touche grand nombre d'activités commerciales de

manière identique et sans distinction, rend l'application de la jurisprudence précitée à la problématique objet du présent avis de droit difficilement envisageable.

#### 4) Libération des locaux

L'impossibilité au sens de l'art. 119 CO implique l'extinction des obligations et, en matière de bail, la libération des locaux auparavant loués. Comme le formulait le Tribunal fédéral en 1936, «*celui qui, dans un contrat bilatéral, se prétend libéré de son obligation doit renoncer à la contre-prestation [...], sinon il s'enrichirait aux dépens de son cocontractant*» (ATF 62 II 42, cons. 1 *in fine*). Partant, il serait «*inadmissible*» de vouloir «*garder le bénéfice du bail tout en étant libéré de ses obligations*» (ATF 62 II 42, cons. 1). En d'autres termes, le locataire qui invoque l'impossibilité et qui cesse le paiement des loyers doit abandonner les locaux (ATF 57 II 532).

#### 5) Caractère passager de l'interdiction

Enfin, il faut s'interroger sur le caractère **passager** de l'interdiction d'ouverture des établissements publics. Certes, nous verrons, ci-après, que les effets de la crise seront probablement durables et pourraient de ce fait constituer des justes motifs rendant la continuation du bail intolérable au sens de l'art. 266g CO (cf. *infra*, let. C). Néanmoins, contrairement à l'arrêt précité au sujet d'un cabinet dentaire, le prétendu motif d'impossibilité, à savoir l'interdiction d'exploitation des diverses activités commerciales, est, dans le contexte actuel, uniquement temporaire; il est plus que vraisemblable que l'interdiction d'ouverture des commerces sera entièrement levée d'ici quelques mois.

A ce propos, Thévenoz considère que dans les contrats de durée qui comprennent des obligations à exécution continue, comme les contrats de bail, l'impossibilité d'une prestation ne touche que l'échange de prestations affectées, «*sans nécessairement compromettre les échanges ultérieurs*» (CR CO I-Thévenoz, art. 119 CO N 19 CO). Cela revient vraisemblablement à admettre une impossibilité temporaire.

Or, pour qu'une impossibilité temporaire soit tout de même considérée comme durable au point de rendre l'exécution impossible au sens de l'art. 119 CO, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, que la durée doit être «*imprévisible [au point qu'elle est] assimilable à un empêchement durable*» (TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003, cons. 4.2 *in fine*, et les références citées pour la notion d'empêchement durable). Pour ce qui concerne les contrats de durée comme le bail, une impossibilité temporaire est reconnue comme impossibilité au sens de l'art. 119 CO uniquement lorsqu'il est avéré que l'impossibilité ne cessera pas avant la fin du contrat (ZK-Aepli [1991], art. 119 CO N 121).

En l'espèce, au vu de la durée prévisible de la crise liée au coronavirus – vraisemblablement quelques mois – il est douteux que la situation actuelle puisse être qualifiée d'empêchement durable, au sens de la jurisprudence et doctrine précitées.

### C. D'une exécution du bail intolérable

#### 1) Justes motifs

Selon l'art. 266g al. 1 CO, en présence de justes motifs, une partie peut résilier le bail à n'importe quel moment, en observant le délai de congé légal, lorsque l'exécution du contrat devient pour elle intolérable. Comme la note marginale de cette disposition l'indique, il s'agit d'un «*congé extraordinaire*». D'après le message, «*[i]*

doit s'agir de motifs inconnus et imprévisibles lors de la conclusion du contrat et qui n'ont pas été provoqués par la faute de la partie qui s'en prévaut» (FF 1985 I 1369, p. 1432). Cette résiliation pour justes motifs diffère de la *clausula rebus sic stantibus* (changement de circonstances extraordinaire, cf. *infra*, let. D), en ce sens qu'elle n'est pas conditionnée à un déséquilibre (ATF 128 III 428, cons. 3).

L'art. 266g CO adopté en 1989 correspond partiellement (FF 1985 I 1369, p. 1431, qui évoque une nouvelle formulation) à l'art. 269a CO, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912, dont la teneur était la suivante: «*Les baux immobiliers à terme fixe peuvent être résiliés avant leur expiration par l'un ou l'autre des contractants, s'il survient des circonstances graves qui lui en rendent, dès le début ou en cours de bail, l'exécution intolérable; sauf à observer les délais prévus par la loi et à offrir à l'autre partie un dédommagement complet. Lorsque le bail est fait pour un an ou pour un terme plus long, l'indemnité due au bailleur ou au preneur ne peut être inférieure au loyer d'un semestre. Le preneur ne peut être contraint de délaisser la chose louée tant que l'indemnité ne lui est pas payée.*»

C'est sous l'ancien droit (art. 269a CO) que la jurisprudence a eu l'occasion d'examiner la notion de justes motifs en cas de guerre ou de grave crise économique. Ainsi, à l'époque de la Première Guerre mondiale, le TF jugeait l'affaire suivante: le locataire d'une surface commerciale (exploitation d'un magasin avec un bail de 10 ans) ne parvenait plus à s'acquitter de son loyer à partir de 1914. Le Tribunal avait admis les justes motifs, en reprenant les constatations du tribunal cantonal: «*par suite de la guerre et sans faute de sa part, [le locataire] avait été mis dans l'impossibilité de continuer le contrat de bail*» (ATF 46 II 173, JdT 1920 I 546, cons. 1).

Durant la même période, le Tribunal fédéral avait dû examiner la situation d'un individu au bénéfice d'un affermage du service de restaurant sur les bateaux d'une société de navigation, conclu en 1911. En raison de la guerre, le locataire avait vu ses recettes fondre de plus de 50% et demandait une réduction de son loyer. Le Tribunal fédéral a admis la libération totale ou partielle du débiteur, non sur la base de l'exécution intolérable de l'art. 269a CO (qui n'avait pas été invoquée par les parties), mais sur celle de la *clausula rebus sic stantibus* (ATF 48 II 249, JdT 1922 472, chapeau; cf. *infra*, let. D).

En 1934, le TF constate que de tels justes motifs de l'art. 269a CO étaient aussi remplis lorsque, suite à une grave crise économique, «*les circonstances se sont modifiées au point que la continuation du contrat, au prix convenu, est devenue intolérable au demandeur*» (ATF 60 II 205, JdT 1934 I 626, cons. 4). Selon l'instance précédente (Tribunal de commerce zurichois) était intolérable le fait que la modification durable et imprévue «*est de nature à entraîner la ruine du demandeur*» (ATF 60 II 205, JdT 1934 I 626, cons. 3). Le TF ajoute qu'une diminution du chiffre d'affaires de 27%, puis 46%, en raison d'une crise économique, est «*considérable, dans la branche du restaurant, [et qu'elle] ne peut être considérée comme une simple fluctuation des affaires*» (ATF 60 II 205, JdT 1934 I 626, cons. 4).

Ces divers exemples sont confirmés par la doctrine actuelle (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 25; CR CO I-Lachat, art. 266g CO N 3; ZK-Higi, art. 266g CO N 45; BSK OR I-Weber, art. 266g CO N 5; CHK OR-Heinrich, art. 266g CO N 3). Comme juste motif objectif, Higi cite également la *catastrophe naturelle* qui, sans endommager le

local loué, le rend inaccessible et exclut par exemple son utilisation comme restaurant pendant une période indéterminée (ZK-Higi, art. 266g CO N 45).

Il convient enfin de relever que le juge décide selon sa libre appréciation (art. 4 CC) s'il existe un juste motif au sens de l'art. 266g CO, à l'instar de ce qui peut être dit en cas d'application de la *clausula* (cf. *infra*, let. D).

En l'espèce, le changement de circonstances imprévisible causé par la pandémie de coronavirus, et notamment l'interdiction d'exploiter son activité commerciale au sens de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 19 mars 2020, permet au locataire de se prévaloir d'un juste motif au sens de l'art. 266g CO lorsque, en raison de la mesure susmentionnée et de ses effets, la continuation du bail est devenue pour lui intolérable; ceci dépend des circonstances auxquelles doit faire face le locataire (type de commerce; situation dans la branche, possibilité d'une reprise plus ou moins normale de l'activité commerciale du locataire une fois l'interdiction levée, etc.; cf. également ch. 2 ci-dessous).

## 2) Aspect durable de la crise

Il est difficile de déterminer combien de temps les établissements publics et autres commerces devront rester fermés. En l'état, il est probable que cet état de crise dure sur plusieurs mois et soit suivi d'une période de récession, en dépit de la levée de l'interdiction qui suivra dans un futur plus ou moins proche.

Le locataire commercial peut-il compter sur un revirement de la situation économique lui permettant de compenser le manque à gagner qu'il subit actuellement? Une relance de l'économie suffisante qui aurait pour effet de gommer les pertes subies par les locataires commerciaux actuels est néanmoins difficilement envisageable. C'est «*précisément l'absence de cet espoir*» (ATF 60 II 205, JdT 1934 I 626, cons. 4) qui peut rendre la continuation du contrat de bail intolérable, au sens de l'art. 266g CO (art. 269a CO). Le Tribunal fédéral relève que «*cet espoir existerait s'il s'agissait de simples fluctuations dues à des circonstances momentanées*» (ATF 60 II 205, JdT 1934 I 626, cons. 4). C'est ainsi la «*nécessité de compter, même à l'avenir, avec un chiffre d'affaires inférieur qui rend le paiement du loyer convenu insupportable au demandeur*» (ATF 60 II 205, JdT 1934 I 626, cons. 4). Ce type de situation doit être distingué d'un simple fléchissement de la conjoncture, qui ne donne pas de juste motif de résiliation (TF, DB 1996 N 13: «*il ne doit pas s'agir de circonstances susceptibles de se produire à l'avenir et dont un homme d'affaires circospect aurait dû tenir compte, ni de circonstances pouvant être considérées comme de simples fluctuations des affaires ou de la conjoncture économique*»; CR CO I-Lachat, art. 266g CO N 3; voir aussi Bezirksgericht Zurich, 9 juillet 1993, A. AG c/G., cité par ZK-Higi, art. 266g CO N 45). En bref, comme le relève Higi, les justes motifs doivent être **durables** quant à leur effet (et non simplement passagers), ce qui entraîne le caractère déraisonnable du maintien du bail (ZK-Higi, art. 266g CO N 45).

En l'espèce, il semble être admis par les experts que la crise sanitaire du COVID-19 aura des effets socio-économiques durables et profonds, ne correspondant pas à des variations économiques usuelles. Le critère de durabilité des effets des justes motifs pourrait donc être rempli suivant les circonstances auxquelles doit faire face le locataire (type de commerce; situation dans la branche, possibilité d'une reprise plus ou moins normale de l'activité commerciale du locataire une fois l'interdiction levée, etc.).

### 3) Respect du délai légal

Conformément à l'art. 266g al. 1 CO *in fine*, si le contrat peut être résilié « à n'importe quel moment », le délai de congé légal doit en tous les cas être respecté. Ainsi, pour un local commercial, le congé peut être donné pour n'importe quel terme – pas nécessairement pour la fin d'un mois (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 31) – moyennant respect du délai légal de six mois (art. 266d CO).

Compte tenu, d'une part, de la nécessité de respecter le délai légal de six mois applicable aux locaux commerciaux, d'autre part, de la résiliation pure et simple du contrat de bail comme seule conséquence juridique prévue par la loi – sans possibilité d'une simple adaptation des clauses prévues par celui-ci –, l'intérêt pratique de l'application de l'art. 266g CO aux situations engendrées par la crise sanitaire actuelle paraît limité.

### 4) Indemnité

En cas d'application de l'art. 266g CO se pose encore la question de l'indemnité visée par l'al. 2, aux termes duquel, le juge « statue sur les conséquences pécuniaires du congé anticipé, en tenant compte de toutes les circonstances ». Il s'agit d'une responsabilité causale fondée sur des considérations d'équité (CR CO-Lachat, art. 266g CO N 6; CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 41; BSK OR I-Weber, art. 266g CO N 1 s.; CHK OR-Heinrich, art. 266g CO N 4). Le juge fixe l'indemnité en équité (art. 4 CC), en tenant compte de toutes les circonstances, notamment de la situation économique des parties et des efforts déployés par celle qui donne le congé pour limiter le dommage (ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, cons. 2a/aa; TF, CdB 2001 102, cons. 4; TF 4A\_54/2018 du 11 juillet 2018, cons. 4: en l'occurrence, un mois de loyer; CR CO-Lachat, art. 266g CO N 6).

Le dédommagement dû au bailleur n'équivaut pas nécessairement à la perte de loyer qu'il a subie et qui correspond à son intérêt positif à l'exécution (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 41; ZK-Higi, art. 266g CO N 80, 82; BSK OR I-Weber, art. 266g CO N 9; CHK OR-Heinrich, art. 266g CO N 6); en ce sens, le dédommagement n'est pas forcément « complet » (déjà sous l'ancien droit, malgré le texte légal: ATF 46 II 168, JdT 1920 I 546, cons. 2). Les circonstances de l'espèce sont déterminantes. Comme le relevait le législateur, « [i]l peut en résulter, suivant les circonstances, que la somme due par celui qui résilie reste bien inférieure au dommage réel subi par l'autre partie » (FF 1985 I 1369, p. 1432). Le caractère plus ou moins grave ou fortuit des faits en cause et le comportement des parties dans la survenance des circonstances, en particulier le fait qu'elles aient tenté de diminuer le dommage subi, sont des éléments centraux (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 41 s.; Lachat, p. 916; BSK OR I-Weber, art. 266g CO N 9; CHK OR-Heinrich, art. 266g CO N 6). Le juge peut donc faire supporter au bailleur une partie du dommage causé par la résiliation extraordinaire du locataire (ATF 46 II 168, JdT 1920 I 546, cons. 2): cela dépendra du caractère « plus ou moins grave ou fortuit des faits en cause » (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 42), mais aussi de la situation financière des parties au jour du jugement (ATF 103 II 330, JdT 1978 I 285, cons. 4b; ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, cons. 2a). Exprimée de manière plus abstraite, la règle veut qu'une indemnité soit due uniquement si celle-ci paraît équitable (ATF 122 III 262, JdT 1997 I 13, cons. 2a).

## D. D'un changement de circonstances extraordinaire

### 1) *Clausula rebus sic stantibus*

Le principe de la *clausula rebus sic stantibus* (ci-après: la *clausula*) repose sur le principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 CC. Il veut que le juge puisse intervenir, à la demande du débiteur, lorsque le changement des circonstances rompt à tel point l'équilibre entre prestation et contre-prestation qu'en ne renonçant pas à ses prétentions contractuelles, le créancier exploite usurairement le **déséquilibre** créé et **abuse manifestement de son droit** (ATF 128 III 428; ATF 107 II 343, JdT 1982 I 272, cons. 2; ATF 62 II 42, cons. 2). La prestation reste possible, mais devient absolument disproportionnée à la contre-prestation, en raison d'un changement juridique ou factuel des circonstances (BK-Hausheer/Aebi-Müller, art. 2 CC N 239; BK-Merz [1962], art. 2 CC N 242; CR CC I-Chappuis, art. 2 CC N 56; von Tuhr, p. 495). En d'autres termes, il s'agit de reconnaître que, dans ces circonstances, le maintien pur et simple des conventions n'est plus tolérable; le seul déplacement de l'équilibre contractuel ne suffit donc pas, la disproportion survenant doit être manifeste et excessive (Deschenaux, p. 189 et 190). Le déséquilibre contractuel doit aller objectivement au-delà du risque (normal) qu'a pris la partie qui s'est obligée contractuellement (Steinauer, N 613).

Il s'agit là de la théorie dite de « l'imprévision » ou de « l'exorbitance » (CR CC I-Chappuis, art. 2 CC N 56). La jurisprudence en fait une application très restrictive, puisque, sur le principe, un engagement contractuel doit être respecté, ceci en vertu du principe « *pacta sunt servanda* » (BK-Hausheer/Aebi-Müller, art. 2 CC N 239; CR CC I-Chappuis, art. 2 CC N 56). Elle peut être appliquée notamment aux contrats de longue durée (ATF 59 II 372, cons. 4; Wessner, La résiliation du bail à loyer pour justes motifs, p. 5; CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 7; ZK-Higi, art. 266g CO N 20; BK-Hausheer/Aebi-Müller, art. 2 CC N 236), dont font partie les contrats de bail.

Le changement de circonstances extraordinaire doit résulter d'un bouleversement grave et imprévisible des circonstances (Engel, p. 793 s.; Huguenin, p. 257; BSK OR I-Wiegand, art. 18 CO N 95; CR CC I-Chappuis, art. 2 CC N 56; von Tuhr, p. 564). Un tel changement extraordinaire de circonstances doit aussi être admis lorsque imposer l'exécution du contrat est « *de nature à consommer la ruine* » du débiteur (ATF 48 II 242, cons. 4; ATF 54 II 257, JdT 1928 482, cons. 7); une telle exigence n'est toutefois pas nécessaire (Steinauer, N 613).

En 1921, un contrat à long terme de fourniture d'énergie électrique fut remis en cause par le fournisseur sur la base de la *clausula*, en raison d'une élévation significative de ses coûts de production (ATF 54 II 257, JdT 1922 546). C'était l'occasion pour la Haute Cour de poser les principes suivants:

1. La *clausula rebus sic stantibus* n'est implicitement contenue que dans les contrats à long terme.
2. Elle n'est pas applicable lorsque les circonstances nouvelles qui ont aggravé la situation d'une des parties auraient pu être prévues.
3. Seule peut réclamer la résolution d'un contrat à long terme, la partie qui est dans l'impossibilité subjective d'exécuter ce contrat ou qui ne peut l'exécuter qu'au risque de se ruiner ou, plus généralement, de subir un dommage important.

4. La résolution d'un contrat ne peut donc être accordée pour la seule raison que son exécution aurait cessé d'être lucrative pour le demandeur ou lorsque le demandeur peut rétablir l'équilibre de son budget par la modification d'autres contrats ; il faut donc un déséquilibre contractuel tel, qu'exiger l'exécution du contrat selon les termes initialement prévus reviendrait à commettre un abus de droit.
5. Une partie ne saurait être libérée de ses obligations lorsque le changement de circonstances qu'elle invoque lui est partiellement imputable.

L'année suivante, en 1922, le TF a eu à juger de l'application de la *clausula* à un contrat par lequel une société de navigation cédait à un particulier le droit d'exercer le métier de restaurateur sur les bateaux du lac des Quatre-Cantons exploités par ladite société, et ce en raison d'une diminution considérable des recettes par suite de la guerre, les bateaux naviguant à régime nettement réduit (ATF 48 II 249, JdT 1922 472). Si la question de la nature juridique exacte du contrat avait, à l'époque, été laissée ouverte par la Haute Cour, celui-ci relevait vraisemblablement du bail à ferme, dès lors qu'il avait pour objet, pas tant l'utilisation des locaux (une surface du bateau), mais bien plus l'exploitation d'une chose productive d'un rendement (le restaurant du bateau).

Dans son arrêt, le TF précise que le locataire est en droit de demander « *sa libération totale ou partielle lorsque, depuis la conclusion du contrat, les circonstances de fait se sont modifiées à tel point que sa prestation a changé de nature ou est devenue si onéreuse que, d'après les règles de la bonne foi, elle ne peut plus être attendue de lui* » (ATF 48 II 249, JdT 1922 472, chapeau).

Dans l'affaire qui lui était soumise, le TF arrive à la conclusion « *que les deux contractants partageaient de l'idée que les circonstances de fait existant lors de la conclusion du contrat seraient durables. Dans ces conditions, la demanderesse ne voulait sans doute pas astreindre le défendeur à davantage et celui-ci ne voulait pas s'obliger à davantage qu'à ce qui peut équitablement être exigé en tenant compte des deux intérêts en présence en cas de modification radicale et fâcheuse des circonstances de fait* » (ATF 48 II 249, JdT 1922 472, cons. 1).

Au vu de ce qui précède, il semble que l'interdiction d'ouvrir les établissements publics prévue par l'Ordonnance 2 COVID-19 du 19 mars 2020 soit une circonstance extraordinaire et imprévisible, au sens de la *clausula*. Les circonstances actuelles semblent d'ailleurs correspondre à l'une des hypothèses énumérées par Deschenaux en guise d'introduction à la théorie de l'imprévision : « *par l'effet des événements, le locataire n'est plus à même d'atteindre le but qu'il s'était proposé en concluant le bail ; il ne peut plus exploiter son commerce ou son industrie, ou ses affaires sont tellement en recul que le loyer stipulé n'est plus en rapport avec elles* » (Deschenaux, p. 184).

Sur le principe, une application de la *clausula* ne peut donc pas être d'emblée exclue, **en particulier si les mesures devaient être entièrement ou partiellement reconduites**. En effet, si ladite ordonnance ne semble produire aucun impact sur la prestation à fournir par le bailleur (cf. *supra*, point B.1 sur l'absence d'impossibilité touchant le bailleur), elle peut rendre impossible l'exploitation de l'activité commerciale du locataire et, par là même, engendrer une importante baisse, voire même la

perte totale de ses revenus pendant la durée des mesures. Le locataire peut donc se retrouver en grande difficulté pour exécuter sa propre prestation, à savoir le paiement du loyer. Selon les circonstances (durée des mesures, perte de revenus engendrée par celles-ci, capacité du locataire à faire face, d'un point de vue financier, aux aléas causés par la crise actuelle), le rapport entre prestation et contre-prestation dans le contrat de bail peut être frappé d'un déséquilibre tel, qu'exiger le paiement intégral du loyer selon les termes initialement prévus dans le bail serait constitutif d'un abus de droit. Les critères permettant de déterminer si un tel déséquilibre est donné, au vu des conséquences engendrées par la crise sanitaire actuelle, sont les mêmes que ceux qui permettront d'adapter les clauses contractuelles au changement de circonstances imprévisible, de sorte qu'ils seront énumérés au ch. 5 ci-dessous.

## 2) Résiliation ou modification

Lorsque les conditions d'application de la *clausula* sont réunies, celle-ci permet, non seulement une *résiliation* du contrat, mais aussi sa modification, plus précisément son *adaptation* (CR CC-Chappuis, art. 2 CC N 56; voir aussi Engel, p. 789 s.; Wessner, L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires, p. 6). Ainsi, il est envisageable de résilier le contrat ou, « *suivant les circonstances, de le modifier en réduisant ou augmentant la prestation pour rétablir une proportion équitable quand la valeur de la contre-prestation a diminué ou s'est élevée dans une proportion extraordinaire* » (von Tuhr, p. 565 s.).

La jurisprudence retient que le juge peut maintenir le contrat, tout en modifiant la portée des obligations qui en découlaient (ATF 122 III 97, JdT 1997 I 294, cons. 3a; ATF 47 II 314, JdT 1921 I 561). Ici aussi, le juge dispose d'une marge d'appréciation et d'ajustement étendue: il pourra ainsi réduire la durée du contrat, étendre, respectivement diminuer les obligations des parties respectives, voire même libérer partiellement l'un des contractants (BK-Hausheer/Aebi-Müller, art. 2 CC N 248 s.; ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, art. 18 CO N 654; BK-Merz, art. 2 CC N 250; BSK OR I-Wiegand, art. 18 CO N 118; CR CC-Chappuis, art. 2 CC N 56; Wessner, La résiliation du bail à loyer pour justes motifs, p. 5).

Dans l'affaire susmentionnée relative à l'exploitation d'un restaurant sur un bateau de la société de navigation du lac des Quatre-Cantons, le TF a admis la réduction du loyer sur la base d'un rapport d'expertise qui tenait compte de l'importante baisse du nombre des passagers et du mouvement des bateaux, ainsi que de la chute des recettes du locataire (ATF 48 II 249, JdT 1922 472, cons. 2).

Dans un autre cas consécutif à la Première Guerre mondiale, le TF a tranché le litige opposant les parties à un contrat de bail à loyer conclu pour une durée de neuf ans, dont le loyer comprenait le prix du chauffage. En raison de la guerre, le prix du charbon avait explosé (passant de 7% du loyer à plus de 30%) et le bailleur avait souhaité augmenter le loyer, ce que le locataire avait refusé. Le TF avait considéré qu'il pouvait « *en appliquant par analogie l'art. 373 al. 2 CO<sup>4</sup>, accorder soit une augmentation du loyer stipulé, soit la résiliation du contrat* » (ATF 47 II 314, JdT 1921 I 561, chapeau et cons. 3; mise en évidence ajoutée).

4 L'art. 373 al. 2 CO relatif au contrat d'entreprise prévoit que « *si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat* ».

Comme nous le verrons dans la section qui suit, c'est le juge qui devra déterminer si une résiliation ou, au contraire, une modification s'imposent, sur la base de la volonté hypothétique des parties (ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239, cons. 6). Il fera pour cela appel à son pouvoir d'appréciation, très large dans ce contexte.

### 3) Volonté hypothétique des parties

Si les conditions d'application de la *clausula* sont remplies, un très large pouvoir d'appréciation est octroyé au juge, qui est en mesure d'adapter le contrat, en envisageant ce que les parties auraient hypothétiquement convenu si elles avaient pu imaginer le changement de circonstances extraordinaire (ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239, cons. 6). Le contrat contient alors une marge d'ajustement («*Anpassungslücke*», voir BK-Hausheer/Aebi-Müller, art. 2 CC N 249 et la référence à ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, art. 18 CO N 651) permettant au juge d'ajuster de manière équitable la prestation devenue absolument disproportionnée (ATF 61 II 259, JdT 1936 I 166, cons. 3a), en présumant «*quelle eût été la volonté concordante des parties si elles avaient prévu le cours des choses*» (JdT 1936 I 162, note de jurisprudence).

En d'autres termes, dès lors que le contenu des clauses contractuelles reflète la volonté des parties et précise les relations qui les lient, c'est sur cela qu'il faut «*se baser en première ligne pour décider si et dans quelle mesure les modifications de fait survenues depuis la conclusion du contrat entraînent des conséquences juridiques*» (ATF 48 II 249, JdT 1922 472, cons. 2). Le tribunal doit ainsi «*combler la lacune que présente le contrat, en tenant compte de son contenu et de son but, et il doit le compléter en adoptant la solution à laquelle les parties se seraient arrêtées si elles avaient pu envisager les événements extraordinaires qui se sont produits*» (ATF 47 II 314, JdT 1921 I 561, chapeau et cons. 3; voir aussi Reymond, p. 251).

Dans le domaine des baux commerciaux, il s'agit donc de se demander **quelle aurait été la volonté hypothétique des parties**, si elles avaient pu prévoir qu'une telle crise sanitaire et l'état d'urgence qu'elle provoque pouvait arriver aussi vite. Par définition, le locataire de locaux commerciaux loue pour un usage commercial (CPra Bail-Bohnet/Dietschy-Martenet, art. 253 CO N 10). L'activité commerciale du locataire vise nécessairement l'obtention d'un bénéfice (ZK-Higi, art. 253a/253b CO N 31; SVIT-C-Burkhalter/Martinez-Favre, art. 253a CO N 8). Ainsi, la location d'une surface commerciale ne répond plus à son but en cas d'interdiction temporaire de l'activité commerciale. Le bailleur sait que le versement des loyers, pour la mise à disposition d'une surface exclusivement commerciale, dépend de la capacité du locataire à dégager un chiffre d'affaires en développant son activité commerciale dans lesdits locaux.

Dans le cas d'activités commerciales qui ne peuvent plus être exploitées, au vu de l'interdiction d'ouvrir les établissements publics prévue par l'Ordonnance 2 COVID-19 du 19 mars 2020, la volonté hypothétique des parties dépendra de l'ensemble des circonstances du cas concret (cf. *infra* ch. 5).

### 4) Caractère subsidiaire

La *clausula* est appliquée uniquement à titre subsidiaire (BK-Hausheer/Aebi-Müller, art. 2 CC N 229; Wessner, La résiliation du bail à loyer pour justes motifs, p. 5), c'est-à-dire lorsque le contrat ne prévoit rien au sujet d'un changement de circonstances extraordinaire, **et qu'il n'existe aucune disposition légale spéciale** (Steinauer,

N 606 ss). Or, en droit du bail, il existe une disposition spéciale permettant une résiliation extraordinaire, à savoir l'art. 266g CO, lorsque l'exécution du contrat de bail est devenue « intolérable » (cf. *supra*, let. C).

La question qui se pose ici est donc de déterminer si l'art. 266g CO exclut toute application de la *clausula* au contrat de bail.

En premier lieu, rien ne ressort sur ce point de la volonté du législateur lors de l'élaboration de l'art. 266g CO, respectivement de l'art. 269a CO.

En 1933, le Tribunal fédéral reconnaissait que la *clausula* pouvait en théorie s'appliquer en droit du bail ; il déclarait cela quand bien même la notion de « circonstances graves » de l'art. 269a CO existait déjà : « [d]as bedeutet durchaus nicht, dass damit die *clausula rebus sic stantibus auf Mietverträge überhaupt unanwendbar erklärt werde* » (ATF 59 II 372, cons. 4). Il fondait son raisonnement, à savoir la non-application de l'art. 269a CO, sur le fait que le locataire prétendait principalement à une réduction du loyer, sur la base de l'art. 255a CO relatif aux « détériorations » (c'est-à-dire les défauts) et sans devoir une quelconque indemnité supplémentaire (« *Art. 69 OR [ist] nicht anwendbar, da das Eventualbegehren des Klägers auf entschädigungslosen Rücktritt geht* », voir ATF 59 II 372, cons. 2), alors que l'art. 269a CO exigeait en principe une indemnisation complète (en ce sens, Zihlmann, p. 98). Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a néanmoins conclu au rejet de l'application de la *clausula*, en raison du fait que le locataire aurait dû être conscient du ralentissement économique qui se profilait lorsqu'il avait conclu le contrat de bail (ATF 59 II 372, cons. 4 *in fine*). La question de la *clausula* dans le cadre d'un contrat de bail qui aurait pu être résilié selon l'art. 269a CO a aussi été envisagée par le Tribunal fédéral en 1936, mais rejetée en l'espèce, au motif que l'on était « *en présence d'un bail d'une année et non d'un contrat de longue durée* » (ATF 62 II 42, cons. 2).

L'arrêt publié au RO 59 II 372 semble *a priori* ne plus être d'une grande actualité dans la mesure où l'art. 266g CO n'exige pas de celui qui résilie qu'il offre de dédommager l'autre partie comme le prévoyait l'art. 269a CO (Zihlmann, p. 98 ; ZK OR-Higi, art. 266g CO N 28 ; voir aussi Reymond, p. 251). Relevons cependant que la jurisprudence fédérale avait eu l'occasion de préciser sous l'ancien droit que « *l'existence de justes motifs doit agir dans le sens d'une réduction, lors du calcul des dommages-intérêts* » (ATF 61 II 259, JdT 1936 I 166, cons. 3a). Ainsi, le TF avait déjà pu expliquer que le dédommagement « complet » ne correspondait pas forcément à la perte totale de loyer subie par le bailleur (ATF 46 II 168, JdT 1920 I 546, cons. 2). Il ajoutait que les parties devaient s'accorder sur l'étendue de l'indemnité selon les dispositions générales du CO (art. 99 et 43a CO) et, à défaut d'accord, s'en remettre au juge (ATF précité). Partant, compte tenu, d'une part, de l'interprétation restrictive qui était faite de la notion de « dédommagement complet » au sens de l'art. 269a CO, d'autre part, de l'existence, encore aujourd'hui, d'une possibilité d'indemnisation au sens de l'art. 266g al. 2 CO, la jurisprudence précitée – qui admet, sur le principe, une application de la *clausula* en droit du bail – n'apparaît pas dénuée de toute portée, même sous l'empire de l'art. 266g CO.

La doctrine n'est pas unanime quant à l'application de la *clausula* en matière de changement de circonstances extraordinaire en droit du bail. Selon un **premier courant**, une telle application est exclue. Sous l'ancien droit déjà, Sprenger considérait que l'art. 269a CO avait exhaustivement concrétisé les cas d'application de la *clau-*

sula en matière de bail ; il analysait néanmoins uniquement la résiliation du contrat et n'envisageait pas les possibilités d'adaptation du contrat que permettrait la *clausula* (Sprenger, p. 74 s.). Selon Hausheer/Aebi-Müller, l'art. 266g CO est une règle spéciale empêchant l'application subsidiaire de la *clausula* (BK-Hausheer/Aebi-Müller, art. 2 CC N 229 en lien avec N 236). De même, Higi exclut catégoriquement toute possibilité d'application subsidiaire de la *clausula* dans le domaine du bail ; une adaptation du contrat par le juge est, selon lui, hors de question, en tant que l'art. 266g CO prévoit uniquement la résiliation du contrat (ZK-Higi, art. 266g CO N 25 s. : « *Als zwingende Norm lässt Art. 266g sodann grundsätzlich keinen weiteren Raum für anderweitige (inhaltliche) Vertragsanpassungen gestützt auf eine vertragliche Regelung oder gar auf die allgemeinen Grundsätze der clausula rebus sic stantibus* »). Cet auteur est donc d'avis que l'art. 266g CO intervient, eu égard à un changement de circonstances extraordinaire, de manière exclusive (ZK-Higi, art. 266g N 28). Toutefois, suivant un **second courant** doctrinal, dans l'édition précédente du même commentaire zurichois, Schmid constatait, sous l'empire de l'ancien droit, que le champ d'application de la *clausula* était plus large que l'art. 269a CO, précisément du fait que seule la *clausula* permettait une adaptation du contrat sans exiger le versement d'une quelconque indemnité de la part de celui qui s'en prévaut (ZK-Schmid [1977], art. 269 CO N 4). Du même avis, Lanz constatait, en 1937, que les justes motifs de l'art. 269a CO diffèrent de la *clausula* en tant qu'ils permettent de mieux prendre en considération les obstacles personnels qui touchent l'une des parties dans l'exécution du contrat (Lanz, p. 77). Roggwiller considérait lui que l'application de la *clausula* était envisageable uniquement subsidiairement, lorsque l'application de l'art. 269a CO aurait abouti à un résultat injuste et inéquitable, par exemple lorsqu'un dédommagement complet eut été exigé (« *unbillig* », Roggwiller p. 146). Giger semble considérer que la *clausula* puisse s'appliquer pour un ajustement du loyer, mais ne s'étend pas sur la question (BK-Giger, art. 257 CO N 37 et les références à Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, qui pourtant en N 1286 et 1287 retiennent que la *clausula* n'intervient que si la loi ne prévoit rien). Wessner n'exclut pas une application de la *clausula* subsidiaire à l'art. 266g CO, mais ne se prononce pas plus en détail (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 8 s. ; Wessner, La résiliation du bail à loyer pour justes motifs, p. 5 s.). Quant à Lachat et Weber, ils déclarent que l'art. 266g CO est un cas d'application de la *clausula*, mais ne se prononcent pas quant à savoir si elle exclut une application plus générale de celle-ci sur la base de l'art. 2 CC (Lachat, p. 911 ; BSK OR I-Weber, art. 266g CO N 1). De manière plus générale, après avoir cité un certain nombre de « *dispositions spéciales* » du CO, au rang desquelles figure l'art. 269a CO, Deschenaux précisait que « *[c]es dispositions spéciales, conçues pour des cas bien définis, peuvent révéler certaines tendances du législateur ; elles ne sont pas susceptibles, sans plus, de fournir un critère généralisable propre à résoudre le problème de l'imprévision* » (Deschenaux, p. 187).

Au vu des divers avis exprimés, il est difficile de déceler un courant doctrinal majoritaire, en lien avec la question de l'applicabilité de la théorie de l'imprévisibilité en droit du bail. Certes, l'art. 266g CO donne « une porte de sortie » aux parties et leur permet, à certaines conditions, de résilier le bail « *à n'importe quel moment* » ; ce faisant, il constitue, comme le reconnaissent généralement les auteurs précités, un cas d'application de la *clausula*. Cependant, l'exigence du respect des délais de résiliation légaux, imposée par l'art. 266g al. 1 CO, implique que ladite disposition

n'a de portée pratique que pour les baux dont le laps de temps jusqu'à l'échéance ordinaire est supérieur au délai légal (CPra Bail-Wessner, art. 266g N 12). En clair, la disposition vise prioritairement les baux de durée déterminée – souvent commerciaux – dont l'échéance est lointaine, ou des baux de durée indéterminée, dont le délai de résiliation est largement plus long que la durée minimale fixée par le Code (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 12). Dans le cas contraire, Wessner en déduit que « celui des partenaires qui entend mettre fin au contrat aura avantage à attendre ou à provoquer l'extinction ordinaire, sans devoir s'exposer à indemniser l'autre » (CPra Bail-Wessner, art. 266g CO N 12), comme le prévoit l'al. 2 de l'art. 266g CO. Au demeurant, Wessner rappelle l'existence d'autres moyens permettant au locataire de se libérer de manière anticipée de ses obligations découlant du contrat de bail, à savoir ceux tirés des art. 263 CO (transfert du bail commercial) et 264 CO (restitution anticipée de la chose). A cela s'ajoute le fait que l'art. 266g CO ne permet, contrairement à la *clausula*, aucune *adaptation* du contrat de bail, mais uniquement sa *résiliation*.

Face à ce constat, il n'est pas permis d'écarter l'application de la *clausula* en matière de droit du bail, au seul motif que l'art. 266g CO interviendrait de manière exclusive, en cas de changement de circonstances extraordinaire et imprévisible. Outre l'absence de toute possibilité d'adaptation des clauses contractuelles, l'art. 266g CO se révèle, dans bien des hypothèses, pas plus efficace que d'autres dispositions applicables en matière de bail. En définitive, la portée pratique plutôt limitée de l'art. 266g CO ne peut être comparée à la portée de la *clausula* qui, fondée sur l'art. 2 CC, a vocation à s'appliquer de manière bien plus générale et à garantir une plus grande marge de manœuvre, au moment de déterminer les conséquences juridiques du changement de circonstances extraordinaire et imprévisible.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas exclu que la *clausula rebus sic stantibus* puisse être invoquée dans le cadre d'un contrat de bail afin d'en obtenir, selon les circonstances, l'adaptation ou la résiliation, et ce malgré la possibilité d'invoquer l'art. 266g CO.

#### 5) Situation d'espèce

Dans le cas des locaux commerciaux qui ne peuvent plus être exploités, au vu de l'interdiction d'ouvrir les établissements publics prévue par l'Ordonnance 2 COVID-19 du 19 mars 2020, et pour l'hypothèse où l'on devrait admettre l'application de la *clausula* en droit du bail, ce qui est controversé, il conviendrait de se pencher sur la volonté hypothétique des parties. Celle-ci dépendrait évidemment de l'ensemble des circonstances du cas concret. A titre d'exemple, la volonté des parties pourrait notamment être fonction du type d'activité commerciale (possibilité de distribution à distance; limitation du personnel, etc.) et de la facilité à trouver d'autres locaux commerciaux, respectivement à déplacer l'exploitation de l'activité en cause dans un autre lieu, de la durée des relations contractuelles qui lient les parties et de l'intérêt de chaque partie à voir celles-ci se poursuivre malgré la crise actuelle.

Selon les circonstances du cas, si les parties avaient eu conscience au moment de conclure le bail de l'éventualité de la situation que nous vivons aujourd'hui, elles auraient pu envisager une **suspension provisoire du paiement des loyers** dont les montants pourraient ensuite être étalés sur les mois à venir, cas échéant en comptant sur les mesures de soutien à l'économie, mises en place par la Confédération;

ceci reviendrait à aménager les modalités de paiement des loyers, pour tenir compte des conséquences économiques imprévisibles subies par le locataire. L'Ordonnance sur l'atténuation des effets du coronavirus en matière de bail à loyer et de bail à ferme du 27 mars 2020 (Ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme) prévoit d'ailleurs à son art. 2 une solution qui, si elle ne correspond pas à une suspension des paiements, fait bénéficier le locataire d'une prolongation du délai applicable en cas de demeure dans le paiement du loyer, en le faisant passer de 30 à 90 jours (cf. art. 257d al. 1 CO).

Toujours suivant les circonstances, les parties auraient également pu envisager une **remise partielle du loyer** pour la période au cours de laquelle les mesures prévues par l'Ordonnance 2 COVID-19 du 19 mars 2020 resteront applicables, afin que les parties supportent, chacune dans une certaine mesure, les conséquences économiques de la crise actuelle et que le maintien pur et simple du contrat n'aboutisse pas à l'exploitation abusive du déséquilibre massif qui s'est créé. Par là même, le bailleur pourrait éviter des pertes, en termes de revenu locatif, potentiellement plus élevées. Pour rappel, une telle remise du loyer nécessite tout d'abord l'existence d'un déséquilibre contractuel, tel qu'indiqué ci-dessus (cf. *supra*, ch. 1). Ainsi, son principe et sa quotité dépendront de l'impact concret que les mesures prises par le Conseil fédéral pour faire face à la crise sanitaire actuelle auront sur la capacité du locataire concerné à payer son loyer. Afin d'apprécier le déséquilibre contractuel, il se justifiera donc de mettre dans la balance la situation économique générale des parties (en ce sens, Deschenaux, p. 191).

En vertu des règles sur le fardeau de la preuve (art. 8 CC), il revient au locataire de prouver, sur la base des documents comptables dont il dispose, que l'impact de la crise actuelle sur sa situation financière est tel que l'équilibre contractuel entre la prestation et la contre-prestation est rompu et, partant, qu'exiger le paiement de l'intégralité du loyer malgré les mesures actuellement en vigueur serait constitutif d'un abus de droit. L'exigence est stricte. En d'autres termes, il s'agit de démontrer que l'exécution du contrat selon les termes prévus lors de sa conclusion est de nature à exploiter, de manière contraire à la bonne foi, le déséquilibre massif qui s'est créé. Pour ce faire, au rang des critères à prendre en considération peut être citée la perte de bénéfice essuyée par le locataire en raison des mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre le coronavirus (la perte est-elle totale? Est-elle partielle ou pourrait-elle être partielle en raison de la possibilité de continuer l'activité commerciale en l'adaptant au contexte actuel?). Entre également en ligne de compte la santé financière générale du locataire et donc sa capacité à faire face aux conséquences de la crise actuelle au vu des bénéfices et réserves (au sens large) engrangés sur la base des années précédentes (le locataire est-il un petit indépendant confronté à la perte de son seul revenu? Est-il une grande entreprise pouvant compter sur des réserves comptables importantes?). A l'évidence, l'appréciation générale des effets des mesures prises par le Conseil fédéral sur l'équilibre contractuel dépendra également de la durée pendant laquelle lesdites mesures resteront en vigueur.

Dans les cas les plus extrêmes emportant une absence totale d'intérêt à la continuation du bail, les parties pourraient également s'accorder sur une **résiliation immédiate** du contrat de bail, sans même respecter le délai de six mois (cf. art. 266d CO) auquel renvoi l'art. 266g al. 1 CO (cf. *supra*, let. C). On relèvera toutefois que

de telles situations devraient être plutôt rares en pratique puisqu'elles semblent réservées aux cas dans lesquels le locataire envisage l'abandon pur et simple de son activité commerciale.

### III. SYNTHÈSE

L'interdiction d'ouvrir les établissements publics, décrétée par le Gouvernement suisse en mars 2020 en réponse à la crise sanitaire COVID-19, **ne constitue pas un défaut de la chose louée** au sens du droit du bail suisse. C'est en effet l'activité commerciale destinée au public que mène le locataire qui est visée par cette interdiction. Les locaux ne souffrent donc d'aucun défaut matériel ou juridique et restent dans un état approprié selon le droit du bail. C'est ici la notion même de défaut de la chose louée qui n'est pas réalisée.

Il est **douteux qu'il existe une impossibilité** au sens de l'art. 119 CO. Tout d'abord, rien ne démontre que l'une ou l'autre des prestations dues par les parties soit durablement impossible: le paiement du loyer et la mise à disposition des locaux ne sont pas remis en question. C'est ici la notion même d'impossibilité objective qui n'est pas réalisée. Si une impossibilité devait néanmoins être retenue au sens de l'art. 119 CO, alors il appartiendrait au locataire de libérer immédiatement les locaux, l'exécution du contrat étant désormais impossible et menant à l'extinction des droits et obligations des parties.

L'interdiction prévue par l'ordonnance précitée constitue un grave changement de circonstances, puisqu'il empêche le locataire de réaliser un bénéfice en exploitant la surface commerciale qu'il loue. Ce changement de circonstances imprévisible et extraordinaire **doit permettre au locataire de se prévaloir de justes motifs au sens de l'art. 266g CO** et de résilier le contrat de manière extraordinaire, lorsqu'il rend pour ce dernier la poursuite du bail intolérable. Il devra néanmoins respecter le délai de congé légal de six mois pour les surfaces commerciales et s'acquitter des loyers dus jusqu'à cette échéance. L'appréciation du juge quant à un dommage supplémentaire est réservée à l'alinéa second de la disposition précitée. En définitive, l'intérêt pratique d'une application de l'art. 266g CO aux situations consécutives à la crise sanitaire actuelle paraît limité.

L'art. 266g CO ne règle vraisemblablement pas la problématique d'un changement de circonstances imprévisible et extraordinaire de manière exhaustive. **Il reste dès lors probablement une place pour la théorie de l'imprévision** fondée sur l'art. 2 CC. L'application de cette théorie au cas concret dépend toutefois des circonstances d'espèce et en particulier de la question de savoir si, en raison des effets consécutifs aux mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre le coronavirus, le locataire se trouve dans une difficulté telle pour payer son loyer, qu'il serait abusif de lui réclamer l'intégralité de celui-ci, selon les modalités prévues lors de la conclusion du bail. En pareille hypothèse, si les parties avaient eu conscience du risque potentiel de pandémie, elles auraient pu prévoir des clauses allant dans le sens d'une suspension du paiement des loyers, peut-être d'une remise partielle de ceux-ci, voire, dans les rares cas aux conséquences les plus graves, d'une résiliation immédiate du contrat de bail, sans respect d'un délai de six mois. Aussi bien le principe que la quotité d'une éventuelle remise partielle de loyer dépendront de l'impact concret que les mesures prises par le Conseil fédéral, pour faire face à la crise sanitaire actuelle,

auront sur la capacité du locataire concerné à payer son loyer. Le locataire supporte le fardeau de la preuve. Il devra ainsi démontrer sa perte de bénéfice consécutive auxdites mesures, mais également sa capacité à faire face aux conséquences de la crise actuelle au vu des bénéfices et réserves (au sens large) engrangés sur la base des années précédentes. L'appréciation générale des effets des mesures prises par le Conseil fédéral sur l'équilibre contractuel dépendra également de la durée pendant laquelle lesdites mesures resteront en vigueur.

#### IV. BIBLIOGRAPHIE

Aebi-Müller Regina E. et al., *Berner Kommentar – Art. 1-9 ZGB, Band I, Einleitung und Personenrecht*, Berne 2012 (cité: BK-[Auteur]).

Bohnet François/Carron Blaise/Montini Marino (édit.), *Commentaire pratique Droit du bail à loyer et à ferme – CO et OBLF, Contrats-cadres, Droit international privé, Dispositions pénales*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016 (cité: CPra Bail-[Auteur]).

Burkhalter Peter/Martinez-Favre Emmanuelle (édit.), *Commentaire SVIT du droit du bail*, Lausanne 2011 (cité: SVIT-C-[Auteur]).

Deschenaux Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in: *Traité de droit civil suisse*, tome II/I, Fribourg 1969 (cité: Deschenaux).

Engel Pierre, *Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997 (cité: Engel).

Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 10<sup>e</sup> éd. Zurich 2014 (cité: Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger).

Giger Hans, *Berner Kommentar, Art. 256-259i OR – Die Miete*, Berne 2015 (cité: BK-[Auteur]).

Heinrich Peter, in: Müller-Chen Markus et al. (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012 (cité: CHK OR-Heinrich).

Huguenin Claire, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2019 (cité: Huguenin).

Lachat David et al., *Le bail à loyer*, Lausanne 2019 (cité: Lachat ou Lachat/[Auteur]).

Lanz Hans, *Der Rücktritt vom Mietvertrag wegen Mängel der Mietsache und die Kündigung aus wichtigen Gründen*, thèse Berne 1937 (cité: Lanz).

Merz Hans, art. 2 CC, in: Becker Hermann et al., *Berner Kommentar - Artikel 1-10 ZGB*, Berne 1962 (cité: BK-Merz [1962]).

Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (édit.), *Commentaire romand – Code civil I, Art. 1-359 CC*, Bâle 2010 (cité: CR CC I-[Auteur]).

Reymond Claude, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/1, Bâle 1977 (cité: Reymond).

Roggwiller Hans, *Der « wichtige Grund » und seine Anwendung in ZGB und OR*, Zurich 1956 (cité: Roggwiller).

Sprenger Werner, Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrages für Immobilien: unter Berücksichtigung der zürcherischen Gesetzgebung und Rechtspraxis, Zurich 1972 (cité: Sprenger).

Steinauer Paul-Henri, *Traité de droit privé suisse – Le Titre préliminaire du Code civil*, tome II/1, Bâle 2009 (cité: Steinauer).

SVIT (édit.), *Das schweizerische Mietrecht – Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2018 (cité: SVIT-K-[Auteur]).

Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, Art. 1-529 CO, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 (cité: CR CO I-[Auteur]).

vonTuhr Andreas, *Partie générale du CO*, Lausanne 1929 (cité: vonTuhr).

Wessner Pierre, *L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires*, 9<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996 (cité: Wessner, *L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires*).

Wessner Pierre, *La résiliation du bail à loyer pour justes motifs*, 10<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998 (cité: Wessner, *La résiliation du bail à loyer pour justes motifs*).

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 7<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité: BSK-[Auteur]).

Zihlmann Peter, *Das neue Mietrecht*, Zurich 1990 (cité: Zihlmann).

ZK-[Auteur], *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht* (volumes mentionnés ci-dessous, en principe dans leur édition la plus récente; s'il s'agit d'une édition plus ancienne, la date d'édition est indiquée entre crochets):

- Schmid Emil, *Zürcher Kommentar – Art. 261–274 OR*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1977;
- Jäggi Peter/Gauch Peter/Hartmann Stephan, *Zürcher Kommentar – Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2015;
- Higi Peter, *Zürcher Kommentar – Art. 266 - 268b OR, Miete*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1995;
- Higi Peter/Bühlmann Anton/Wildisen Christoph, *Zürcher Kommentar – Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253-265 OR*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2019;
- Aepli Viktor, *Zürcher Kommentar – Das Obligationenrecht, Art. 114-126 OR, Erlöschen der Obligation*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1991.