

Coronavirus et droit du bail

-

Webinar du 27 mai 2020

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel
Codirecteur du Séminaire sur le droit du bail

- I. Ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme et retard dans le paiement des loyers
- II. Ordonnance 2 COVID-19 et défaut de la chose louée
- III. Ordonnance 2 COVID-19 et cas d'impossibilité
- IV. Ordonnance 2 COVID-19 et résiliation pour justes motifs
- V. Ordonnance 2 COVID-19 et clausula rebus sic stantibus
- VI. Solution législative?

Art. 2 Prolongation de délai en cas de demeure du locataire

Si le locataire a du retard pour s'acquitter d'un terme ou de frais accessoires, échus entre le **13 mars 2020** et le **31 mai 2020**, en raison des mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre le coronavirus, le bailleur accorde, en dérogation à l'art. 257d, al. 1, CO, **un délai d'au moins 90 jours** pour l'acquittement des montants dus.

Quid si retard pour des périodes antérieures ou postérieures?

Quid si le bailleur ne donne qu'un délai de 30 jours?

Quid si baux d'habitations?

II. DÉFAUT DE LA CHOSE LOUÉE

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)

Est-ce un défaut de la chose louée?

La chose n'est-elle plus dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée (art. 259d CO)?

II. DÉFAUT DE LA CHOSE LOUÉE

Question controversée: les différents avis de droit sur la question (Lachat/Brutschin en recensent plus de 15!) sont partagés.

Ceux qui **admettent le défaut** au sens de l'art. 259d CO (par exemple: Lachat/Brutschin) retiennent qu'il s'agit d'une *perturbation de la chose louée* de nature juridique. Selon cette approche, la mesure étatique *visé la population en entier* et non pas spécifiquement les locataires des commerces concernés.

Le défaut serait alors grave, en particulier (point également controversé) lorsque la destination des locaux à l'usage d'un commerce est fixée dans le bail.

Mais qu'en est-il après la réouverture compte tenu des mesures sanitaires qui sont imposées?

II. DÉFAUT DE LA CHOSE LOUÉE

Question controversée: les différents avis de droit sur la question sont partagés.

Ceux qui **nient le défaut** (par exemple l'auteur de ces lignes) relèvent entre autres que *seul le mode d'exploitation* est visé. La chose louée comme telle n'est pas visée. Si le commerce ne ferme pas, c'est l'exploitant qui sera interpellé; celui-ci ne pourra pas exploiter ailleurs, voire dans la rue.

Par ailleurs, les activités visées demeurent possibles à distance : les commerçants peuvent livrer à domicile par exemple, que cela soit des repas ou des marchandises. Dans le sens de cette interprétation: ATF 62 II 42.

Hypothèses montrant la différence des situations envisageables:

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 à notre sens 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 de même, si en cas d'incident chimique ou nucléaire, toute une zone de bâtiments ne devait plus être accessible. Il y aurait alors défaut.

II. DÉFAUT DE LA CHOSE LOUÉE

Si l'on devait retenir le défaut, le locataire aurait droit à une **réduction du loyer** (net) indépendamment de toute faute du bailleur (art. 259a al. 1 lit. b CO, pouvant potentiellement être très élevée).

Attention: **pas de consignation** valable, le défaut (s'il est reconnu) ne pouvant pas être réparé (doctrine très majoritaire)

De son côté, le locataire subit quoi qu'il en soit ses pertes commerciales, le bailleur pouvant refuser toute **indemnisation** compte tenu de l'absence de faute de sa part.

III. CAS D'IMPOSSIBILITÉ

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).

III. CAS D'IMPOSSIBILITÉ

Si l'on devait admettre l'existence d'un défaut des locaux loués – ce qui est controversé – alors le **bailleur** pourrait se prévaloir d'une impossibilité d'exécution : il lui serait en effet impossible de s'exécuter et de remédier à ce « défaut », sans qu'aucune faute ne puisse lui être imputée.

Mais pour invoquer l'art. 119 CO il faudrait un **empêchement durable**. En l'espèce, au vu de la durée actuellement prévisible de la crise liée au coronavirus il est douteux que la situation puisse être qualifiée d'empêchement durable au sens de la jurisprudence et de la doctrine.

III. CAS D'IMPOSSIBILITÉ

En revanche, 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: « *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, consid. 4.2).

III. CAS D'IMPOSSIBILITÉ

On notera le cas particulier de l'**usage spécial**, retenu dans une situation très particulière (ATF 57 II 532, apparemment nuancé par l'ATF 62 II 42).

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.

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 selon le TF devenues impossibles au sens de l'art. 119 CO.

Le locataire qui invoque l'impossibilité et qui cesse le paiement des loyers, doit abandonner les locaux (ATF 57 II 532).

III. RÉSILIATION POUR 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.

Des arrêts rendus sous l'ancien droit à l'époque de la première guerre mondiale, admettent la résiliation pour justes motifs (voir ATF 46 II 173, JdT 1920 I 546).

Le changement de circonstances imprévisible causé par la pandémie de coronavirus permet au locataire de se prévaloir d'un juste motif au sens de l'art. 266g CO, lorsqu'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.).

III. RÉSILIATION POUR JUSTES MOTIFS

Cependant :

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 et de la question de l'**indemnisation éventuelle** du bailleur, l'**intérêt pratique** de l'application de l'art. 266g CO aux situations engendrées par la crise sanitaire actuelle **paraît limité**.

IV. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS

Le principe de la *clausula rebus sic stantibus* repose sur le principe de la bonne foi, ancré à **l'art. 2 CC**. On parle aussi la théorie de « l'imprévision » ou de « l'exorbitance »

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, consid. 2 ; ATF 62 II 42, consid. 2).

La prestation reste possible, mais **devient absolument disproportionnée** à la contre-prestation, en raison d'un changement juridique ou factuel des circonstances.

IV. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS

La jurisprudence en fait une application **très restrictive**, puisque un engagement contractuel doit être respecté, ceci en vertu du principe « *pacta sunt servanda* ».

Elle peut être appliquée notamment aux **contrats de longue durée** (ATF 59 II 372, consid. 4), dont les baux.

Le changement de circonstances extraordinaire doit résulter d'un **bouleversement grave et imprévisible des circonstances** (voir par exemple ATF 48 II 249, JdT 1922 472 en droit du bail).

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*.

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 (au vu des bénéfices et réserves – au sens large – engrangés sur la base des années précédentes)

...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.

➤ Il faut donc **examiner** ces circonstances dans chaque **cas d'espèce**.

IV. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS

- 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**.

IV. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS

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*.

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, consid. 3a ; ATF 47 II 314, JdT 1921 I 561).

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.

IV. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS

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*.

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, consid. 3a ; ATF 47 II 314, JdT 1921 I 561).

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.

Il lui revient d'envisager **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, consid. 6; ATF 47 II 314, JdT 1921 I 561, chapeau et consid. 3).

Dernier point :

La *clausula* est appliquée uniquement à titre subsidiaire, 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.**

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 ».

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.

IV. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS

La doctrine est partagée.

A notre sens, 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.

La portée pratique 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.

V. SOLUTION LÉGISLATIVE?

Le Conseil fédéral a renoncé pour sa part à interférer dans les relations bailleurs-locataire.

Les Chambres fédérales ne sont pas parvenues à trouver une solution (pourcentage de réduction de loyer, dispense de paiement d'un montant de loyer) lors de la session de mai 2020.

Elles examineront à nouveau la question en juin.