

## Avis de droit

### **Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de Covid-19 sur mandat de**

**Association suisse des locataires (SMV-ASLOCA-ASI)**

**Rédigé par**

**Mes Sarah Brutschin, Xavier Rubli et Pierre Stastny  
Avocats**

L'association suisse des locataires (ASLOCA) nous a demandé si les locataires de locaux commerciaux étaient tenus de continuer à payer leur loyer, aussi longtemps qu'ils n'ont plus le droit d'exercer leur activité commerciale, en raison des mesures prises pour lutter contre la pandémie de COVID-19.

Nous répondons par la négative en invoquant les dispositions sur le défaut de la chose louée (art. 259d CO), l'impossibilité subséquente d'exécution (art. 119 CO), la notion d'exorbitance (art. 97 al. 1 CO) et l'adaptation du contrat par le juge.

Préalablement quatre remarques s'imposent :

- La situation actuelle ne connaît heureusement pas de précédent. Les problèmes juridiques qui en découlent n'ont donc pas été tranchés par la jurisprudence.
- Les contenus des contrats de bail varient d'un cas à l'autre, si bien que les considérations qui suivent ne visent pas à l'exhaustivité, ni à saisir des cas particuliers, notamment ceux où le bail lui-même prévoit un régime spécifique permettant de régler un litige entre les parties.
- L'avis de droit ne répond qu'à la question posée, alors que la pandémie va en pratique poser aux locataires bien d'autres problèmes liés à l'insolvabilité dans laquelle ils risquent de ce trouver ; le débat devra donc être élargi sur le plan politique.
- Par honnêteté intellectuelle les trois auteurs de l'avis de droit signalent qu'ils sont unanimes à considérer la solution proposée comme juste et équilibrée, et que les voies 1 (défaut de la chose louée) et 4 (intervention du juge dans le contrat) leur paraissent d'une très grande solidité. Les solutions 2 (impossibilité objective) et 3 (exorbitance) sont davantage susceptibles d'engendrer une controverse juridique.

#### **1. Le défaut de la chose louée (art. 259d CO)**

1.1. Il y a défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter, en se référant à l'état approprié à l'usage convenu<sup>1</sup>. L'usage convenu des locaux comprend leur destination (bureau, restaurant, habitation, etc.), les modalités de leur utilisation (cercles des utilisateurs, intensité de l'usage, etc.) et certaines qualités qu'ils doivent revêtir car promises (vue, calme, pas de concurrents dans l'immeuble, etc.).

Si le bail ou ses annexes ne sont pas précis à cet égard (ce qui est souvent le cas), il s'agira d'examiner si les parties ont convenu de certaines propriétés par actes concluants et de tenir compte des qualités

---

<sup>1</sup> ATF 135 III 345 consid. 3.2.

attendues (standards minima), réputées convenues qu'elles aient fait l'objet d'un accord écrit ou non (par ex. un logement doit être protégé des intempéries et il doit être possible d'accueillir des clients dans des locaux loués pour exploiter un magasin). En cas de litige, l'on appliquera les règles usuelles d'interprétation des contrats (art. 18 al. 1 CO). En l'absence d'un usage convenu, l'usage habituel est déterminant (l'usage que chacun fait, habituellement et dans des circonstances données, d'une chose comparable à l'objet loué ; par ex. il est habituel qu'un locataire d'un logement se douche quotidiennement ou qu'un restaurateur cuisine).

Lorsqu'un local est loué à usage commercial, il est évident que le locataire doit pouvoir y exercer son activité commerciale.

1.2. Si un défaut empêche ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut prétendre à une réduction proportionnelle du loyer (art. 259d CO), à partir du moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et jusqu'à l'élimination complète de ce dernier ; lorsque le défaut est grave, le locataire peut demander à être exonéré du paiement du loyer (suppression de loyer). Le but de la réduction ou de la suppression du loyer est de rétablir l'équilibre entre les principales prestations contractuelles du locataire (le paiement du loyer) et du bailleur (remise et entretien de la chose louée dans un état approprié à l'usage convenu).

La réduction ou la suppression du loyer en cas de défaut est de nature causale, c'est-à-dire qu'elle est indépendante de toute faute du bailleur. La réduction ou la suppression du loyer est donc due même si le bailleur n'a pas pris sur le défaut, et même si le défaut est irréparable<sup>2</sup>.

1.3. Les défauts peuvent être matériels (par ex. moisissures ou chauffage insuffisant) ou immatériels. Parmi ces derniers on citera les défauts juridiques, comme par exemple l'absence des autorisations administratives nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale ou au changement de l'affectation d'un appartement en bureau<sup>3</sup>. Nous considérons qu'il en va de même lorsqu'il n'est plus possible de faire usage des locaux en raison d'une interdiction de droit public.

HIGI/BÜHLMANN<sup>4</sup> et le Tribunal cantonal lucernois<sup>5</sup> ne reconnaissent l'existence d'un défaut qu'en cas d'impossibilité de faire usage des locaux en raison d'une prescription de droit public s'adressant au bailleur. Inversement pour ces auteurs il n'y a pas de défaut au sens de l'art. 259d CO, et donc pas de réduction ou de suppression du loyer, lorsque ces prescriptions de droit public s'adressent au locataire (par ex. patente de café-restaurant nécessaire pour l'exploiter). Cette opinion n'est pas critiquable puisque le respect de la norme de droit public dépend alors du locataire et relève des risques qu'il doit assumer.

Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne traitent en revanche des prescriptions de droit public qui visent tant le bailleur que le locataire ou même l'entier de la population d'un pays, comme par exemple des interdictions d'exploiter des locaux en raison d'une guerre ou d'une épidémie. Dans un tel cas, le

---

<sup>2</sup> TF 4C.219/ 2005 du 24.10.2005 consid. 2.2 et réf à SJ 1977 p. 661 consid. 3a et à SJ 1986 p. 661 ; 4C. 377.2004 du 2.12.2005 consid. 2.1 ; ZK-HIGI/WILDISEN ad art. 259d CO N° 9 (qui cite l'exemple de bruits provenant d'un immeuble voisin) ; SVIT/TSCHUDI ad art. 259d CO N° 16-17 ; BK-GIGER ad art. 259d CO N° 16 ; BSK-WEBER ad art. 259d CO N° 1 et ad art. 258 CO N° 1 ; ZÜST p. 175 N° 305 ; BLUMER N° 751 (il est indifférent de savoir si le bailleur peut obtenir des dommages-intérêts de la part du tiers qui serait à l'origine du défaut) ; HAP ROHRER p. 229 N° 5.42 ; BRUNNER in MP 2000 p. 102 ; CPra Bail-AUBERT ad art. 259d CO N 13 ; AUBERT, 17ème Séminaire Neuchâtel, N° 67).

<sup>3</sup> RJB 2005 p. 396 consid. 4 ; ZÜST p. 94 ; BSK-WEBER ad art. 258 CO N° 1 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN ad art. 256 CO N° 40.

<sup>4</sup> ZK-HIGI/BÜHLMANN ad art. 256 CO N° 40.

<sup>5</sup> RJB 2005 p. 396 consid. 4.

locataire n'a pas prise sur le défaut que constitue l'impossibilité d'user de la chose louée conformément à l'usage convenu ; pareille situation exceptionnelle ne relève pas des risques qu'il doit assumer. Ce défaut ne lui est donc pas imputable ; une réduction ou une suppression du loyer est due, même si le bailleur n'est pas en faute et n'est pas en mesure d'éliminer le défaut<sup>6</sup>.

1.4. En l'espèce, l'ordonnance 2 COVID 19 du 13 mars 2020<sup>7</sup> prévoit à son art. 6 la fermeture d'un certain nombre d'établissements publics, dont les restaurants, les discothèques, les centres sportifs ou les salons de coiffure. Cette mesure, parmi d'autres, vise à diminuer le risque de transmission du coronavirus (COVID-19) et à lutter contre lui (art. 1 al. 1 ordonnance 2 COVID 19).

Il s'agit d'une mesure qui tend à protéger la population dans son ensemble au sens de l'art. 40 de la loi sur les épidémies du 28 septembre 2012 (LEp)<sup>8</sup>. Elle interdit à tout exploitant, qu'il soit propriétaire ou locataire des locaux, d'ouvrir son commerce. Cette prescription de droit public n'est donc pas dirigée spécifiquement « contre » un locataire, ni même du reste contre tous les locataires ; elle touche en effet également les bailleurs qui, tant que dure l'interdiction, ne sont pas autorisés à mettre à disposition des locaux pour qu'un locataire en fasse l'un des usages interdits par l'art. 6 précité.

Par conséquent, le locataire d'un établissement public ou d'un commerce interdit en raison de l'épidémie de COVID 19 est en droit d'obtenir du bailleur, qui n'est certes pas plus fautif que son locataire, une réduction (si les locaux demeurent partiellement exploitables) ou, dans certains cas où les locaux ne sont plus du tout exploitables (par ex. un restaurant qui ne fait pas de livraison à domicile), la suppression de leur loyer, ceci tant que dure l'interdiction légale de l'exploiter.

Il en irait de même si l'on devait considérer, contre notre opinion, que les interdictions figurant dans l'ordonnance 2 COVID 19 s'adressent uniquement au locataire, car ici l'ouverture de son établissement ne dépend pas de lui - il n'a aucune prise sur le défaut -, contrairement à la situation où il pourrait éliminer l'entrave à l'utilisation de la chose selon l'usage convenu, par exemple, s'il est restaurateur, en obtenant une patente ou en engageant un employé qui en a une.

1.5. La réduction ou la suppression du loyer doit être demandée au bailleur, par écrit de préférence. En cas de refus, le locataire peut pratiquer une autoréduction ou ne pas payer son loyer, mais court le risque que le bailleur lui signifie une résiliation extraordinaire pour non-paiement du loyer (art. 257d al. 2 CO). Pour éviter qu'un tribunal ne valide le congé, le locataire doit rappeler au bailleur, par écrit et pendant le délai comminatoire imparti par le bailleur (art. 257d al. 1 CO), qu'il estime avoir droit à une réduction ou à une dispense du loyer, et la chiffrer (en pourcent du loyer), tout en déclarant la compenser avec le loyer réclamé. A réception du congé il doit le contester.

1.6. La réduction du loyer ou sa suppression est due dès la connaissance du défaut par le bailleur. La publication de l'ordonnance COVID 2 est un fait notoire, largement répercuté par tous les médias et connu de toute la population. Par conséquent, la suppression du loyer ou sa réduction est due dès son entrée en vigueur, soit dès le 17 mars 2020 et, à tout le moins, jusqu'au 19 avril 2020 (art. 12 ordonnance 2 COVID 19).

1.7. La répartition des risques économiques entre bailleur et locataire résultant des art. 259a ss CO est équitable. Elle tient compte du fait que les mesures prises visent à la distanciation sociale, affectant

---

<sup>6</sup> Cette solution est expressément prévue par le droit autrichien : § 1104 ABGB.

<sup>7</sup> RS.818.101.24.

<sup>8</sup> RS 818.101. La LEp répond à un intérêt général et vise, pour les mesures les plus incisives de lutte contre la maladie, comme celles prises dans le cadre de la pandémie actuelle, l'ensemble de la population : SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, Krankheitsbekämpfung, N° 7 et N° 37, in SBVR VIII-POLEDNA-KIESER, Gesundheitsrecht, 2005.

ainsi l'ensemble des relations sociales, et que chaque partie est ici appelée à supporter une fraction des risques<sup>9</sup>.

Sous réserves d'aides étatiques, le bailleur, même non fautif, assume le risque de non perception ou de diminution des loyers. Le locataire commerçant, de son côté, assume le risque de ne plus percevoir les revenus découlant de l'interdiction légale d'exploiter son commerce.

En effet, en cas de défaut de la chose louée le locataire peut aussi prétendre à des dommages-intérêts, par exemple pour sa perte de revenus (art. 259e CO). Toutefois le bailleur peut s'exonérer de pareille obligation, en démontrant qu'il n'est pas en faute. Une telle absence de faute du bailleur est, dans le cas qui nous occupe, une évidence.

## **2. L'impossibilité d'exécution (art. 119 CO)**

2.1. La précédente section s'attachait à la contre-prestation du locataire de payer le loyer convenu en échange de la remise de locaux. L'objet de notre attention est ici différent ; il y est question de la prestation du bailleur visant à remettre des locaux dans un état approprié à l'usage convenu, et à permettre leur utilisation effective par le locataire.

2.2. L'impossibilité vise le cas où le débiteur de la prestation ne peut plus exécuter celle-ci. L'art. 119 CO traite de l'impossibilité objective - ou matérielle - (situation dans laquelle ni le débiteur, ni un tiers ne pourrait exécuter l'obligation)<sup>10</sup>, subséquente (elle survient après la conclusion du contrat et la remise des locaux, quand il s'agit de bail à loyer portant sur une chose immobilière)<sup>11</sup> et non-fautive (le débiteur est exempt de reproches)<sup>12</sup>.

2.3. Les délimitations suivantes permettent de mieux cerner la problématique en matière de bail.

D'abord, seule la prestation du bailleur de remettre des locaux appropriés à l'usage convenu peut être impossible au sens de l'art. 119 CO, car la dette du locataire est une dette d'argent, donc d'une chose de genre, qui ne peut pas être impossible à exécuter<sup>13</sup>. La dette d'argent du locataire s'examinera donc plutôt sous l'angle plus large de l'exorbitance (cf. *infra* 3).

Par ailleurs, le fait que la prestation du bailleur devienne inutile pour le locataire n'est pas un cas d'impossibilité<sup>14</sup>.

2.4. Parmi les cas d'impossibilité, la doctrine évoque notamment l'impossibilité d'utilisation (*Verwendungsunmöglichkeit*)<sup>15</sup>. C'est l'impossibilité pour le créancier de faire l'usage qu'il envisageait de la prestation du débiteur, si bien que le but qu'il recherchait en concluant le contrat ne peut être atteint. Il s'agit d'un cas d'impossibilité véritable, lorsque les parties ont convenu que la prestation doit

---

<sup>9</sup> Il serait inéquitable que seul le locataire subisse les conséquences économiques des mesures, alors que si les locaux étaient vacants, ils ne trouveraient certainement pas preneur pour une destination proscrite par les mesures de lutte contre la pandémie.

<sup>10</sup> ATF 135 III 212, consid. 3.1 ; PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, 1997, N° 323 et N° 325.

<sup>11</sup> LACHAT, Le bail à loyer, 2019, p. 803.

<sup>12</sup> ATF 111 II 352 consid. 2a ; TF 4C.344/2002 du 12.11.2002 consid. 4.2 et réf. cit.

<sup>13</sup> TF 4C.344/2002 du 12.11.2002 consid. 4.2 et réf. cit. ; PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 364.

<sup>14</sup> CR CO-THEVENOZ ad art. 119 CO N° 5 qui donne le cas du locataire qui se voit interdire l'utilisation de la chose louée.

<sup>15</sup> PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 442.

être effectivement possible, ce qui est le cas lorsque le contrat prévoit, même implicitement, une destination précise des locaux (restaurant, bar, etc.)<sup>16</sup>.

2.5. La cause de l'impossibilité peut être matérielle (circonstance de fait) ou juridique (par un acte de puissance publique, on interdit par exemple d'utiliser la chose louée sous une certaine forme)<sup>17</sup>.

2.6. L'impossibilité passagère n'est pas visée par l'art. 119 CO, selon la doctrine majoritaire<sup>18</sup>.

Deux observations s'imposent ici. D'abord, il ne faut pas confondre *l'impossibilité de l'exécution de la prestation*, d'une part, qui ne peut pas être passagère, et *la cause de l'impossibilité* d'autre part, qui elle peut parfaitement être passagère. Ainsi, la foudre qui tombe sur un immeuble est une cause passagère, mais la destruction de l'immeuble est définitive et rend impossible sa location. PICHONNAZ relève que si l'obligation est durable et continue (*Dauerleistung, fortgesetzte Leistung*), et que son exécution doit être faite à une période ou à une date donnée, si elle s'avère impossible, il y a alors impossibilité quantitative partielle, car le temps perdu ne se rattrape plus<sup>19</sup>.

Pour le cas qui nous occupe, il est physiquement impossible au locataire commercial, sauf à remonter le temps, de pouvoir profiter à nouveau de l'usage par exemple du bar/restaurant, du 17 mars 2020 au 19 avril 2020. L'impossibilité est donc durable, mais la cause (l'interdiction) est passagère.

En toute hypothèse, le caractère passager ne peut plus être retenu, quand on ignore quand la cause de l'impossibilité disparaîtra<sup>20</sup>. A ce jour l'art. 6 ordonnance 2 COVID 19 ont effet jusqu'au 19 avril 2020, mais qu'en sera-t-il à l'avenir ? Si elle devait être reconduite *sine die*, on pourrait en conclure que même la cause de l'impossibilité n'est plus passagère.

2.7. L'impossibilité peut être partielle<sup>21</sup>. Elle entraîne l'extinction partielle de l'obligation et la réduction correspondante de la contre-prestation (art. 119 a. 1 et 2 CO, par analogie), sauf si le contrat prévoit un régime particulier (art. 119 al. 3 CO).

2.8. Elle n'entraîne par contre pas l'extinction du rapport d'obligation (*Schuldverhältnis*), donc du bail dans le cas qui nous intéresse<sup>22</sup>.

2.9. En synthèse, les mesures de lutte contre la pandémie de COVID-19 proscrivent certaines utilisations commerciales spécifiques pour un temps donné, ce qui interdit au bailleur de permettre à son locataire d'utiliser effectivement les locaux selon la destination convenue, pour une fraction de la période temporelle promise par le contrat de bail.

Cela consacre une impossibilité d'utilisation par le locataire (cf. *supra* 2.4), lorsque le contrat dispose expressément une affectation précise ou que celle-ci est implicite ou tacitement convenue.

---

<sup>16</sup> Cf. ATF 57 II 532 ; PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 445 ss et réf. cit. aux notes de bas de page 544 et 545.

<sup>17</sup> Le débat sur ces catégories est superflu quand on a affaire à une interdiction publique, car alors il est interdit de faire quelque chose, et peu importe de savoir que c'est par une décision publique (PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 671).

<sup>18</sup> PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 690 et réf. cit.

<sup>19</sup> PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 722.

<sup>20</sup> TF 4C.34472002 du 12.11.2002 consid. 4.2 ; PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 700.

<sup>21</sup> BSK-WIEGAND ad art. 119 OR n° 13 ; CR CO THEVENOZ ad art. 119 CO n° 17, 19 et 27 ss ; PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 581 : lorsque la prestation est divisible, ce qui est le cas de celle continue, qui peut être fractionnée dans le temps ; BK-BECKER ad art. 119 OR N° 3 : le locataire temporairement privé de la chose doit le loyer pour la fraction de la prestation effectivement reçue.

<sup>22</sup> PICHONNAZ, *op. cit.*, N° 1228 ; CR CO-THEVENOZ ad art. 119 CO N° 19 ; BSK-WIEGAND ad art. 119 OR N° 4.

L'impossibilité est durable (cf. *supra* 2.6), et dite quantitative partielle (cf. *supra* 2.6 et 2.7). Vu l'impossibilité pour le bailleur de s'exécuter, à l'évidence non-fautive, le locataire voit sa contre-prestation de loyer réduite, dans la mesure où est éteinte l'obligation du bailleur de lui permettre l'utilisation effective de sa prestation, sauf régime contractuel particulier. Le bail est maintenu (cf. *supra* 2.8).

2.10. Le bailleur n'est pas tenu à des dommages-intérêts, vu son absence de faute. Le locataire, quant à lui, n'est pas tenu de déclarer une impossibilité pour voir s'éteindre son obligation de payer le loyer, comme c'est le cas en matière de défaut (cf. *supra* 1.5), encore que la bonne foi peut commander de signaler pareille intention à son bailleur.

Un congé qui serait notifié pour demeure du locataire serait inefficace, faute de loyer exigible<sup>23</sup>. Le loyer versé par erreur par le locataire peut être recouvré dans les trois années consécutives à la connaissance de ses droits (art. 67 al. 1 CO par renvoi de l'art. 119 al. 2 CO).

### **3. Exorbitance**<sup>24</sup>

3.1. Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO).

L'art. 97 al. 1 CO trouve d'abord application dans tous les cas d'impossibilité d'exécution objective et subséquente (cf. *supra* 2.2). Mais selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire l'impossibilité d'exécution subjective et subséquente tombe également sous le coup de l'art. 97 al. 1 CO<sup>25</sup>. Tel est le cas lorsque l'exécution de la prestation est certes en elle-même possible, mais son débiteur n'est pas en mesure de l'exécuter. On parle dans ce cas d'exorbitance de la prestation.

3.2. La prestation est subjectivement impossible quand, selon la bonne foi en affaires, on ne peut plus exiger du débiteur qu'il continue à la fournir<sup>26</sup>.

Dire si le paiement du loyer par le locataire est subjectivement impossible implique une analyse concrète des circonstances du cas. On doit l'admettre lorsque les prestations exigées du locataire ne sont plus raisonnablement en adéquation avec la valeur de la contreprestation du bailleur<sup>27</sup>. Pour l'essentiel, il conviendra de déterminer si le locataire ayant perdu les revenus de son commerce peut se procurer par un autre moyen les fonds nécessaires et, en cas de réponse positive, si on peut raisonnablement exiger de lui qu'il les consacre sans de graves inconvénients au paiement du loyer.

Si après avoir procédé à l'analyse concrète du cas, on arrive à la conclusion qu'il serait exorbitant d'exiger du locataire qu'il s'acquitte de son loyer, alors qu'il ne peut plus faire usage de son local commercial, ni en tirer des revenus, il conviendra d'exonérer le locataire de toute faute et, en application de l'art. 97 al. 1 CO de le dispenser du paiement du loyer.

---

<sup>23</sup> Par prudence le locataire déposera une demande d'annulation (art. 271 al. 1 et 273 CO) d'un tel congé anticipé et, préalablement, il rappellera par écrit au bailleur, pendant le délai comminatoire (art. 257d al. 2 CO) qu'il ne se considère pas débiteur du loyer, en raison de l'impossibilité objective de faire usage des locaux.

<sup>24</sup> *Unerschwinglichkeit der Leistung*.

<sup>25</sup> ATF 135 III 212 consid. 3.1 ; TF 4A\_189/2012 du 2.10.2012 consid. 5.2 ; BK-WEBER ad art 97 CO N 121 et réf.cit.

<sup>26</sup> ATF 82 II 332 consid. 5.

<sup>27</sup> BSK-WIEGAND ad art. 97 OR N°14 et réf.cit.

3.3 Certes les facilités de crédit prévues par le Conseil fédéral procurent au locataire, dans les circonstances qui nous occupent, les moyens de s'acquitter de son loyer. Mais selon les cas, le remboursement ultérieur des crédits deviendrait à son tour exorbitant.

#### 4. Adaptation du contrat par le juge

4.1. En vertu de l'art 6 ordonnance 2 COVID 19 de nombreuses entreprises ont dû fermer leurs locaux commerciaux.

Pareille décision étatique était absolument imprévisible et n'est évidemment imputable à aucun des deux partenaires du bail à loyer ou à ferme. Les circonstances présidant à leurs relations contractuelles s'en sont trouvées fondamentalement modifiées. Entre les principales obligations des deux parties, à savoir pour le bailleur la délivrance d'un objet locatif adapté au but convenu (par ex. à l'exploitation d'un restaurant) et pour le locataire le paiement du loyer, une grave déséquilibre est survenu.

4.2. Dans l'hypothèse d'un tel déséquilibre soudain entre les prestations des parties, la jurisprudence admet, sans s'attarder sur son fondement juridique (*clausula rebus sic stantibus*; bonne foi et interdiction de l'abus de droit; force majeure), que le juge adapte le contrat<sup>28</sup>. Encore faut-il que la modification des circonstances n'ait été ni prévisible, ni évitable. Il ne faut pas non plus que le contrat ait été, depuis la modification des circonstances, pleinement et sans réserves assumé par le locataire.

4.3. Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis que les conditions sont réunies pour une intervention du juge dans le contrat, tant que l'art. 6 ordonnance 2 COVID 19 demeure en vigueur. Selon les circonstances le juge décidera si une suppression ou une réduction du loyer est de nature à faire renaître un juste équilibre entre les prestations des parties.

#### 5. Conclusion

Contrairement à certains avis hâtifs qui ont circulé, quatre approches juridiques différentes dispensent selon les cas le locataire commerçant de payer son loyer ou de le payer en totalité, aussi longtemps que l'ordonnance 2 COVID 19 du 13 mars 2020 est en force et lui interdit, totalement ou partiellement, d'exercer son activité commerciale dans les locaux loués.

En revanche, sous réserve des aides étatiques annoncées ou à compléter, ce locataire assumera seul ses pertes de gain.

Genève, Lausanne, Bâle, le 23 mars 2020.

Sarah BRUTSCHIN

Avocate à Bâle

Xavier RUBLI

Avocat à Lausanne

Pierre STASTNY

Avocat à Genève

<sup>28</sup> ATF 127 III 300 consid. 5b et réf. cit.