



Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

*Avis de droit sur les loyers de locaux commerciaux en lien avec
l'interruption d'activité - COVID-19*

Etat au 30 mars 2020

Introduction

Le but de cet avis de droit est d'examiner l'impact des mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre le COVID-19 sur les loyers des baux des locaux concernés, soit principalement les baux commerciaux de locaux habituellement ouverts au public.

A noter que cette question – au vu de la singularité de la situation actuelle – n'a jamais été tranchée par les Tribunaux ni véritablement envisagée par la doctrine. Cet avis de droit peut être amené à évoluer en fonction des décisions du Conseil fédéral.

Situation actuelle COVID-19

A compter du 17 mars dernier, tous les commerces non-alimentaires et non essentiels ainsi que tous les restaurants (pour ce qui est de l'accueil des clients, à l'exception de la vente à l'emporter), bars, cafés, discothèques, etc. ont dû cesser leur activité, à tout le moins jusqu'au 19 avril prochain, période qui pourra être prolongée sur décision du Conseil fédéral.

L'article 6 al.2 de l'Ordonnance 2 Covid-19 prévoit en effet ce qui suit :

« *Les établissements publics sont fermés, notamment :*

- a. les magasins et les marchés ;*
- b. les restaurants ;*
- c. les bars, les discothèques, les boîtes de nuit et les salons érotiques ;*
- d. les établissements de divertissement et de loisirs, notamment les musées, les bibliothèques, les cinémas, les salles de concert, les théâtres, les casinos, les centres sportifs et de fitness, les piscines, les centres de bien-être et les*





Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

domaines skiabiles, les jardins botaniques et zoologiques et les parcs zoologiques ;

e. les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté. »

L'alinéa 3 de cet article liste un certain nombre d'exceptions, dont la possibilité pour un restaurant, par exemple, de faire de la vente à l'emporter ou de la livraison à domicile.

La formulation de cet article est très large et s'adresse à tous.

En outre, toutes les réunions de plus de cinq personnes sont interdites, ce qui limite aussi certaines activités.

Impacts envisageables sur les loyers

a. Impossibilité

L'impossibilité découle des articles 97 et 119 CO. Ces articles consacrent une application du principe *clausula rebus sic stantibus*.

Ces articles peuvent conduire soit au versement de dommages et intérêts, soit à la fin anticipée du contrat. L'article 119 CO sera applicable si aucune faute ne peut être reprochée au débiteur de la prestation, l'article 97 al.1 CO le sera dans le cas contraire (Pierre WESSNER in Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, ad. Art. 266g CO, para. 22).

Soit il existe une impossibilité initiale, soit elle est subséquente et survient en cours de contrat de bail. Dans tous les cas, il faut aussi que cette impossibilité soit durable. Toutefois, une exception à ce principe existe lorsqu'il est prévisible qu'une impossibilité temporaire ne prenne pas fin avant la fin du contrat. En effet, en principe, l'impossibilité emporte la fin du contrat.

A titre d'exemple d'impossibilité subséquente, la doctrine cite la destruction complète du bien loué (LCHAT, Le bail à loyer, édition 2019, page 803, para.4.1).

Dans le cas présent, il est évident que si impossibilité il y avait, elle serait subséquente. En outre, il est aussi clair que le débiteur (en l'occurrence le bailleur) ne peut être considéré comme fautif. Dès lors, seule l'application de l'article 119 CO serait envisageable.





Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

Toutefois, dans le cas d'espèce, l'impossibilité (si tant est qu'elle puisse être admise) ne saurait être qualifiée de durable, comme le serait justement le cas de destruction de la chose louée telle qu'évoquée par la doctrine. En effet, les mesures sont actuellement prises pour durer un peu plus d'un mois. Il est probable qu'elles soient prolongées, mais certainement pas au point de pouvoir considérer qu'elles sont durables. Le cas actuel n'est pas comparable avec les exemples de la doctrine, notamment le cas de la destruction de la chose louée.

A noter encore que le cas de l'interdiction administrative en matière de droit du bail est expressément cité dans le commentaire romand par Luc Thévenoz, qui indique ce qui suit : « *l'interdiction administrative faite au locataire d'exploiter les locaux loués ou le retrait de l'autorisation d'exercer sa profession rendent les locaux loués inutiles pour le locataire, mais ne rendent pas impossible la mise à disposition de ces mêmes locaux par le bailleur* » (Luc Thévenoz in Commentaire Romand du Code des Obligations I, ad art. 119, para. 5). Ainsi, lorsque des locaux perdent l'utilité qu'ils avaient pour leur locataire, comme dans le cas présent (qui plus est, en l'espèce, de façon momentanée), il ne s'agit pas d'un cas d'impossibilité.

Dès lors, l'impossibilité ne nous semble pas envisageable dans le cas présent.

b. Défaut de la chose louée

L'article 256 al.1 CO indique que « *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 dans cet état* ».

Le défaut n'est pas expressément défini par la loi mais correspond à tout ce qui diffère de la situation décrite à l'article 256 CO. Il peut être matériel ou immatériel (LCHAT, op. cit., page 268, para. 4.1). Les défauts peuvent être imputables au bailleur mais aussi à un tiers (cas bien connu par exemple des nuisances générées par un chantier voisin, auquel le bailleur ne peut rien).

Par ailleurs, l'article 259a CO prévoit que « *lorsqu'apparaissent des défauts de la chose qui ne sont pas imputables au locataire et auxquels il n'est pas tenu de remédier à ses frais ou lorsque le locataire est empêché d'user de la chose conformément au contrat, il peut exiger du bailleur :*

- a. *La remise en état de la chose ;*
- b. *Une réduction proportionnelle du loyer ;*
- c. *Des dommages-intérêts ;*
- d. *La prise en charge du procès contre un tiers »*





Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

En plus de ces mesures, le locataire a aussi la possibilité de consigner son loyer afin d'obtenir la réparation du défaut.

Selon la doctrine, « *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* » (AUBERT, in Droit du Bail à Loyer, commentaire pratique, ad. Art. 258, para. 20) (soulignement ajouté).

En l'occurrence, il semble clair que le locataire ne peut pas user de la chose conformément au contrat s'il est prévu dans le contrat une exploitation comme un magasin de prêt-à-porter, par exemple, et que cette exploitation est maintenant impossible. Toutefois, si l'on reprend précisément l'article 256 al.1 CO, le bailleur a honoré toutes ses obligations, dans la mesure où la chose louée est dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée et où il l'a entretenue dans cet état.

Il est clair qu'en l'espèce le bailleur remet au locataire un bien qui est parfaitement exploitable puisqu'il l'était sans problème jusqu'au 16 mars dernier. La « chose louée » dispose ainsi de toutes les qualités requises. Les questions d'autorisation d'exploiter ne font pas partie des qualités que doit promettre le bailleur.

En effet, l'octroi des autorisations administratives nécessaires à exploiter les locaux repose sur le locataire qui doit entreprendre les démarches nécessaires pour les obtenir. Même si les baux ne mentionnent pas toujours que l'obtention des autorisations administratives est du ressort du locataire, cette mention n'est pas nécessaire dans la mesure où, de par les lois administratives (la LRDBHD notamment), il appartient à l'exploitant de procéder à ces démarches.

Le seul cas dans lequel le bailleur peut être responsable du refus d'une autorisation est celui où les locaux, de par leur nature, ne correspondent pas aux exigences des normes de sécurité **qui portent sur la chose louée** et où une autorisation est refusée sur cette base (cf. arrêt 4A_208/2015 du 12 février 2016 : problématique d'un bail conclu pour un local pouvant accueillir 150 personnes. Suite à l'évolution des normes de sécurité, il n'est plus possible d'y accueillir que 50 personnes car il n'y a qu'une seule sortie de secours).

Dans cette affaire, la Cour d'appel civile du Canton de Vaud avait d'ailleurs initialement considéré que le bien n'était pas affecté par un défaut dans la mesure où les travaux de mise en conformité des issues de secours « *s'inscrivaient dans le cadre des démarches nécessaires à l'obtention d'une licence permettant l'exploitation de l'établissement et où la licence délivrée par l'autorité administrative compétente le 9 mars 2009 limitant la capacité d'accueil de l'établissement à 50 personnes ne pouvait être considérée comme un défaut dont l'intimée devait*





Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

répondre » (arrêt HC/2015/163 du 21 janvier 2015 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, consid. 4.c.).

Cette jurisprudence a été cassée par le Tribunal fédéral mais uniquement dans la mesure où la patente n'avait pas été accordée à cause de la nature des locaux et du fait que le bailleur n'a pas fait les travaux nécessaires dans les locaux pour que la capacité prévue dans le contrat puisse être maintenue. Au demeurant, LACHAT cite le cas des autorisations administratives parmi les défauts immatériels (en l'occurrence juridique) pouvant justifier une réduction de loyer. Toutefois, il fait expressément référence à l'arrêt susmentionné et indique dans une note « *cas du bailleur qui refuse de collaborer aux démarches nécessaires à l'obtention des autorisations administratives d'exploiter un restaurant* » (LACHAT, op.cit, page 270, note 115), impliquant donc un manquement du bailleur.

Dès lors, c'est seulement dans le cas très particulier d'une autorisation administrative qui porte sur la chose louée elle-même qu'une impossibilité d'exploiter peut être reprochée au bailleur.

Il s'agit encore de relever que la plupart du temps, le locataire prend des locaux à bail en vue d'y exercer une activité particulière. Ainsi, si le bailleur conclut souvent le contrat de bail en ayant connaissance de l'activité qui y sera exercée, il n'a, dans la grande majorité des cas, pas d'emprise sur cette décision. Or, dans un tel cas, pourquoi devrait-il être pénalisé parce que son locataire a choisi d'ouvrir une papeterie, alors que s'il avait choisi d'ouvrir une pharmacie ou un magasin d'alimentation, il aurait pu continuer à l'exploiter et la question du loyer ne se poserait pas. Cela est encore plus vrai lorsque l'affectation n'est pas mentionnée sur le contrat de bail, et que seul le fait qu'il s'agisse d'un local commercial est mentionné. Dans un tel cas, il ne peut pas être argumenté que l'usage de la chose conformément au contrat est impossible puisqu'un usage commercial reste possible dans certains cas (magasin d'alimentation ou pharmacie par exemple).

A noter encore qu'il semble difficile d'admettre un défaut à aussi large spectre, qui concerne tous les commerces (hors alimentation et pharmacie) de suisse et tous les restaurants, bars, discothèques, etc. En effet, comme indiqué, un défaut est inhérent à un bien loué en particulier et ne saurait être admis pour tous les locaux d'un certain type.

Ainsi, puisque l'interdiction actuelle d'exploiter n'a aucun lien avec les locaux loués, le bailleur n'a pas à en assumer le risque. Dans le cas qui nous occupe, il s'agit d'un risque commercial que prend le locataire lorsqu'il décide d'exploiter un tel établissement.





Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

Toutefois, comme chacun le sait, nous sommes dans une situation inédite dans le cadre de laquelle il est très difficile de prévoir les conclusions auxquelles parviendront les Tribunaux. Il convient donc de se montrer prudent. Ainsi, à toutes fins utiles et de manière subsidiaire, il sera traité de la réduction de la quotité loyer.

Des possibilités offertes au locataire

Si un défaut de la chose louée devait être admis, la loi (article 259a CO) donne au locataire différentes possibilités d'action, lesquelles ne sont pas toutes envisageables dans le cas présent.

En effet, selon cet article, le locataire « *peut exiger du bailleur :*

- a. *La remise en état de la chose ;*
- b. *Une réduction proportionnelle du loyer ;*
- c. *Des dommages-intérêts ;*
- d. *La prise en charge du procès contre un tiers ».*

L'alinéa 2 de cet article précise encore que le locataire peut consigner son loyer.

S'agissant de la réparation de la chose, cela est bien évidemment impossible dans le cas d'espèce dans la mesure où le bailleur n'a aucune prise sur la source du défaut.

Il en va dès lors de même pour la consignation puisqu'elle n'est possible que pour faire en sorte que le bailleur répare la chose louée. Ainsi, si aucun défaut ne peut être réparé, il n'est pas possible de consigner le loyer.

Des dommages-intérêts ne peuvent être demandés au bailleur que s'il a commis une faute ayant généré le défaut. Dans le cas présent, il est évident que cela n'est pas le cas. Des demandes de dommages-intérêts sont donc inenvisageables.

La question du procès contre un tiers ne rentre pas en matière ici non plus.

Dès lors et au vu de ce qui précède, si un défaut devait être admis, la seule possibilité offerte au locataire serait celle de demander une réduction proportionnelle du loyer.

De la quotité de la réduction – si réduction il devait y avoir

Si un défaut de la chose louée devait être admis de façon générale, différents éléments seraient à prendre en considération pour déterminer quelle réduction devrait être accordée, selon les cas précis :





Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

La réduction qui pourrait être accordée doit être proportionnelle à la réduction de l'usage qui est imposée. Ainsi, si pour certaines enseignes, la réduction serait très conséquente (boutique qui doit fermer), pour d'autres, elle devrait l'être de façon moins importante.

En effet, par exemple, un restaurant qui ne doit plus accueillir de clients assis à ses tables, peut par contre tout à fait continuer à cuisiner et à faire de la vente à l'emporter ou de la livraison. Ainsi, un locataire d'un restaurant qui réclamerait une réduction de 100% du loyer devrait se la voir refuser, qu'il ait décidé de continuer à exploiter sous une forme réduite ou non, dès lors qu'il en a la possibilité.

Pour des bureaux, même si les travailleurs se sont tous mis en télétravail, il ne semble pas possible de demander une réduction de loyer. En effet, la fermeture des bureaux n'a pas été ordonnée, ni même le fait de rester confiné chez soi. En soi, les bureaux peuvent continuer à être utilisés, à la condition de pouvoir maintenir les mesures sanitaires prévues, ce qui est de la responsabilité du chef de l'entreprise. Même les salles de réunion prévues pour plus de cinq personnes peuvent continuer à être utilisées, mais en prévoyant plus de distance entre les personnes, ou en étant moins nombreux.

Enfin, pour les locaux dont l'exploitation n'est manifestement plus possible (magasin qui ne vend pas de l'alimentaire ou n'est pas une pharmacie), un solde de loyer devrait toujours être versé dans la mesure où il remplit le but de stockage et où le locataire peut toujours y venir pour y faire par exemple un travail administratif (comptabilité, inventaire, etc.).

De la cessation de payer le loyer

Certains conseillent aux locataires de simplement cesser de payer leur loyer. Cela n'est pas sans risque. En effet, en cas de défaut de paiement, le bailleur peut mettre son locataire en demeure de s'acquitter de son loyer dans un délai de 30 jours (ou de 60 jours pour un bail à ferme). Si le paiement n'intervient pas dans ce délai, le bailleur peut alors résilier le contrat de bail pour la fin du mois qui suit. Si le locataire estime avoir droit à une réduction de loyer (totale ou partielle), il pourrait essayer de l'invoquer et de compenser sa demande avec le loyer réclamé. Toutefois, si la réduction de loyer ne devait finalement pas être admise, la résiliation du contrat de bail serait validée.

Si l'on imagine bien que dans les circonstances actuelles, peu de baux se verront résiliés de la sorte, cela reste une possibilité qu'il ne faut pas exclure.





Chambre genevoise immobilière
Association des propriétaires

A noter encore que les procédures de résiliation de bail en cas de défaut de paiement sont maintenant impactées par la récente décision du Conseil fédéral de prolonger les délais de mise en demeure de 30 à 90 jours pour les habitations et locaux commerciaux, en dérogation avec l'article 257d al.1 CO et de 60 à 120 jours pour les baux à ferme (art. 282 al.1 CO), ce pour les loyers et fermages échéant entre le 13 mars et le 31 mai 2020.

* * * * *

Au vu de la situation actuelle et de l'incertitude juridique qu'elle génère, il sera donc vivement recommandé aux parties au contrat de bail de favoriser la discussion et de se montrer compréhensives envers les difficultés financières rencontrées par leur cocontractant. En tout état, des mesures radicales telles que cessation de payer le loyer ou résiliation du contrat de bail sans disposer d'un accord bilatéral sont fortement déconseillées.

Laure Meyer
Titulaire du brevet d'avocat

