

Marc Iynedjian
Docteur en droit
LL.M. (Columbia)
Avocat

Rue Charles-Bonnet 2
CH - 1206 Genève
Tél.: +41 22 702 15 15
miynedjian@pplex.ch

Fédération romande immobilière (FRI)
15, rue du Midi
1003 Lausanne

A l'attention de: Olivier Feller, secrétaire
général

Genève, le 28 mars 2020

**Concerne: COVID-19 - Ordre de fermeture des magasins et restaurants
Impact sur l'obligation de payer le loyer**

Monsieur le Secrétaire général,

Le 16 mars dernier, le Conseil fédéral a ordonné, dans l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (l'« **Ordonnance 2 COVID-19** »; art. 6 al. 2), la fermeture de la plupart des magasins et restaurants du pays jusqu'au 19 avril au minimum.

Vous m'avez demandé un avis de droit sur la question suivante: un locataire dont le magasin ou le restaurant a dû être fermé en vertu de l'Ordonnance 2 COVID-19 doit-il continuer à payer son loyer?

En substance, un locataire ne peut être libéré (en tout ou en partie) de son obligation de payer le loyer que si, de son côté, le bailleur n'exécute pas ses propres obligations résultant du contrat de bail ou si, en raison de circonstances extraordinaires, l'exécution du contrat est devenue intolérable pour le locataire. Le présent avis démontre que, nonobstant l'ordre de fermeture prescrit dans l'Ordonnance 2 COVID-19, les bailleurs

continuent, en laissant la chose louée à disposition des locataires, à pleinement exécuter leurs obligations envers ces derniers (cf. section A. ci-dessous) et que ledit ordre n'a, à ce stade à tout le moins, pas pour effet de rendre l'exécution des contrats de bail intolérable pour les commerçants qui ont dû fermer temporairement leur porte (cf. section B. ci-dessous). Les locataires ne sont donc pas libérés de leur obligation de payer le loyer et doivent continuer à le verser pendant la période de fermeture des commerces.

Cette conclusion n'est pas partagée par tous, en particulier par les milieux proches des locataires. Dans un avis de droit commandé par l'ASLOCA et daté du 23 mars 2020 (l'« **Avis de Droit ASLOCA** »), trois avocats considèrent que l'ordre de fermeture prescrit dans l'Ordonnance 2 COVID-19 a pour effet de libérer les locataires concernés de leur obligation de payer le loyer. Le présent avis établit également que les principaux arguments allégués dans l'Avis de Droit ASLOCA sont infondés.

A. Les propriétaires continuent à pleinement exécuter leurs obligations contractuelles

En premier lieu, il faut, aux fins de déterminer si les propriétaires continuent, nonobstant la fermeture des commerces ordonnées dans l'Ordonnance 2 COVID-19, à exécuter ou non leurs engagements contractuels, définir quelles sont les obligations d'un bailleur au titre d'un contrat de bail.

L'article 256 al. 1 CO stipule que le propriétaire a l'obligation « 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 ». Un propriétaire qui loue un local à un commerçant doit faire en sorte que ledit local présente toutes les qualités expressément promises dans le contrat de bail ainsi que toutes les qualités sur lesquelles le locataire pouvait légitimement compter au moment de la conclusion du contrat. Si le local ne présente pas, ou cesse en cours de bail de présenter, ces qualités, le bailleur viole ses obligations. Le local devient alors défectueux (D. Lachat et al., *Le bail à loyer*, éd. 2019, p. 256; C. Aubert, *Droit du bail à loyer et à ferme* (F. Bohnet et al. éditeurs), 2^{ème} éd., 2017, n. 20 ad art. 258 CO) et le locataire peut, en particulier, réclamer une réduction de loyer sur la base des articles 259a et 259d CO.

Lorsque, comme c'est très souvent le cas, les parties ne spécifient pas dans leur contrat de bail les qualités que doit présenter la chose louée, celle-ci doit alors seulement présenter les qualités sur lesquelles le locataire pouvait légitimement compter. Ces qualités (implicites) doivent être déterminées en application du principe de la confiance (M. Tschudi, SVIT Kommentar, 4^{ème} éd., 2018, n. 28 ad art. 256 CO). En d'autres termes, il s'agit d'identifier les qualités qu'un locataire raisonnable pouvait, de bonne foi, escompter de la chose louée.

Il est généralement admis qu'un commerçant qui prend un local en location peut raisonnablement s'attendre à ce que ledit local lui sera remis dans un état matériel acceptable. De même, le commerçant peut raisonnablement escompter que son local ne sera pas affecté par des immissions excessives telles que de fortes nuisances sonores (Tschudi, op. cit., n. 39 ss ad art. 256). Si, même sans faute du propriétaire, ces qualités ne sont pas satisfaites à la délivrance de la chose louée, ou cessent de l'être postérieurement (par suite, par exemple, d'une inondation ou de l'ouverture d'un chantier bruyant sur un fonds voisin), la chose louée est, respectivement devient, défectueuse et le locataire peut réclamer une réduction de loyer.

Il est également généralement admis en doctrine et en jurisprudence qu'un locataire peut légitimement s'attendre à ce que le propriétaire respecte, pour ce qui concerne le local loué, les règles de police des constructions et d'aménagement du territoire qui lui sont applicables en tant que propriétaire de l'immeuble (P. Higi, Zürcher Kommentar, 5^{ème} éd., 2019, n. 40 ad art. 256 CO; Lachat et al., op. cit., p. 260 et note de bas de page 27; arrêt de l'Obergericht du canton de Lucerne du 18 août 2004, RJB 141/2005, p. 396, c. 6). Ainsi, lorsqu'il loue un local pour une affectation spécifique telle que la vente au détail ou l'exploitation d'un restaurant, le propriétaire garantit implicitement à son locataire que les réglementations de droit public applicables autorisent une telle affectation (P. Higi / C. Wildisen, Zürcher Kommentar, 5^{ème} éd., 2019, n. 32 ad art. 258 CO; Tschudi, op. cit., n. 52 ad Vorb. zu art. 258-259i CO).

En revanche, le propriétaire ne saurait être lié par des garanties qui sont sans rapport direct avec la chose louée elle-même et qui portent sur des éléments sur lesquels le propriétaire n'a aucune emprise. En particulier, comme relevé à juste titre par les auteurs de l'Avis de Droit ASLOCA (p. 2, n. 1.3), le propriétaire n'est pas tenu de garantir à un locataire restaurateur que ce dernier disposera pendant toute la durée du bail d'une patente de cafetier-restaurateur. De même, un commerçant ne peut raisonnablement

escompter que son propriétaire lui garantisse qu'aucune réglementation de droit public ne viendra jamais entraver, pendant la durée du bail, les activités commerciales déployées dans la chose louée. En particulier, un propriétaire ne saurait être tenu de garantir que les produits vendus dans le local loué ne feront jamais l'objet de restrictions de vente. De même, le propriétaire ne doit pas garantir à son locataire que les heures officielles d'ouverture des magasins ne seront jamais modifiées ou que les autorités étatiques ne prononceront jamais d'ordre de fermeture des magasins en raison de manifestations (type gilets jaunes), catastrophes environnementales ou ... d'épidémies. Ces événements, qui n'impactent aucunement l'état de la chose louée ou son affectation, font partie des risques entrepreneuriaux qui doivent naturellement être supportés par le commerçant. Ces risques sans rapport avec la chose louée ne peuvent être transférés vers le propriétaire que si ce dernier accepte expressément de les assumer dans le contrat de bail. Les propriétaires acceptent parfois de partager les risques - et profits - entrepreneuriaux avec leurs locataires, par exemple lorsqu'ils indexent le loyer au chiffre d'affaires réalisé dans le local loué. En revanche, lorsque les parties optent pour un bail standard avec un loyer fixe, le propriétaire n'a aucune participation aux profits réalisés par le locataire dans la chose louée et, par symétrie, l'on ne peut raisonnablement mettre à charge des propriétaires des garanties implicites liées à la rentabilité et continuité des activités déployées dans la chose louée.

Les auteurs de l'Avis de Droit ASLOCA affirment que la chose louée devient défectueuse lorsque son usage est entravé par des réglementations de droit public qui, comme l'ordre de fermeture des magasins énoncé dans l'Ordonnance 2 COVID-19, « visent tant le bailleur que le locataire ou même l'entier de la population d'un pays » (p. 2, n. 1.3). Ce raisonnement est infondé. En premier lieu, il est contraire aux avis doctrinaux et jurisprudentiels susmentionnés selon lesquels seules les entraves résultant des règles de police des constructions et d'aménagement du territoire qui visent exclusivement le bailleur en tant que propriétaire de l'immeuble peuvent être constitutives d'un défaut de la chose louée. En outre, s'il était admis, un tel raisonnement aurait, comme exposé ci-dessus, pour conséquence de transférer de manière illégitime et contraire au principe de la confiance une partie substantielle des risques entrepreneuriaux du locataire vers le propriétaire. Enfin, en tout état de cause, l'ordre de fermeture des magasins prescrit dans l'Ordonnance 2 COVID-19 vise, contrairement à ce qui est soutenu dans l'Avis de Droit ASLOCA, uniquement les locataires puisque seuls ceux-ci (à l'exclusion du propriétaire) ont, pendant la durée du contrat de bail, l'usage du local loué et sont donc en mesure de fermer celui-ci (Lachat et al., op. cit., p. 57).

En d'autres termes, un local fermé en raison de l'ordre de fermeture des commerces stipulé dans l'Ordonnance 2 COVID-19 ne devient pas de ce fait défectueux. Il demeure à l'entière disposition du locataire qui peut d'ailleurs continuer à l'utiliser notamment comme surface de stockage ou pour y déployer des activités qui ne sont pas prohibées par l'Ordonnance 2 COVID-19 (services de restauration à l'emporter par exemple).

Dans la mesure où la chose louée n'est pas défectueuse et demeure conforme au contrat, le bailleur continue à exécuter, malgré l'ordre de fermeture des commerces, pleinement ses obligations au titre du contrat de bail puisque la chose louée demeure à disposition du locataire. L'exécution par le propriétaire de ses obligations au titre du contrat de bail ne devient ainsi pas non plus impossible au sens de l'article 119 al. 1 CO (cf. dans ce sens arrêt du Tribunal fédéral du 25 février 1936, ATF 62 II 42, c. 1, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que la Migros, dont les activités de vente avaient été temporairement interdites dans les années 30 dans le canton de Vaud, ne pouvait se prévaloir l'article 119 CO pour cesser de verser le loyer afférant à un local qu'elle avait pris en location à Lausanne; cf. également R. Weber, Basler Kommentar, 7^{ème} éd., 2020, n. 4 ad art. 253 CO qui indique que les cas d'impossibilité pour le bailleur d'exécuter son obligation de mise à disposition de la chose louée ne doivent pas être admis à la légère).

En conclusion, les locataires ne peuvent prétendre que, du fait de la fermeture des commerces ordonnée dans l'Ordonnance 2 COVID-19, les propriétaires n'exécutent plus leurs obligations contractuelles. En conséquence, les locataires doivent de leur côté respecter leurs propres engagements contractuels et continuer à verser le loyer. Au demeurant, cette conclusion vaut, a fortiori, pour les baux portant sur des locaux dont la fermeture n'a pas été ordonnée par le Conseil fédéral (bureaux, habitations, etc.).

B. L'exécution des contrats de bail n'est pas devenue intolérable pour les locataires

Comme établi sous section A. ci-dessus, les contrats de bail continuent à être pleinement exécutés malgré l'ordre de fermeture énoncé dans l'Ordonnance 2 COVID-19. Un locataire dont le local a dû être fermé en raison de l'Ordonnance 2 COVID-19 ne peut ainsi se prévaloir d'une inexécution contractuelle par le propriétaire pour cesser de payer le loyer.

Dans certains cas exceptionnels, une partie peut solliciter une adaptation du contrat par le juge, et ce, même si les parties ont, jusqu'alors, pleinement exécuté le contrat. En effet, lorsque des circonstances nouvelles et imprévisibles rompent de manière grave l'équilibre contractuel et imposent une charge intolérable sur une partie, celle-ci peut demander au juge d'adapter le contrat (W. Wiegand, Basler Kommentar, 7^{ème} éd., 2020, n. 95 ss ad art. 18 CO). L'adaptation du contrat peut être sollicitée sur la base de la théorie développée par la jurisprudence de l'imprévision (*clausula rebus sic standibus*) elle-même déduite du principe de la bonne foi énoncé à l'article 2 CC (cf., parmi beaucoup d'autres, arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 2019 6B_122/2017, c. 6.4.6).

Les auteurs de l'Avis de Droit ASLOCA affirment que les conditions de la théorie de l'imprévision sont réunies en l'espèce et que les locataires sont donc légitimés à demander au juge de réduire ou supprimer le loyer dû pendant la période de fermeture des commerces.

Là encore, la position exprimée dans l'Avis de Droit ASLOCA est infondée. En premier lieu, le point de savoir si l'équilibre d'un contrat est rompu ne peut être réglé de manière générale et abstraite, mais doit être examiné au cas par cas en fonction de la situation concrète du bailleur (qui a également ses propres frais et risques) et du locataire. L'ordre de fermeture des commerces n'a, par exemple, pas le même effet sur un restaurateur indépendant (n'ayant pas la possibilité d'offrir de services de restauration à l'emporter) qui ne rattrapera jamais le chiffre d'affaires perdu pendant la période de fermeture et une grande enseigne de vêtements qui vend également ses produits par internet et dont les ventes à la réouverture des commerces compenseront peut-être le manque à gagner subi pendant l'épidémie.

En outre, la théorie de l'imprévision n'est applicable qu'en cas de déséquilibre grave imposant une charge intolérable à une partie (Wiegand, op. cit., n. 104 ad art. 18 CO). L'Ordonnance 2 COVID-19 impose une fermeture d'un mois environ. Une fermeture d'un mois n'est, à tout le moins pour des baux conclus (comme c'est le cas pour la plupart des baux commerciaux) pour 5 ou 10 ans, pas de nature à rompre l'équilibre contractuel entre les parties. Cet équilibre pourrait être rompu si la fermeture devait se prolonger sur de nombreux mois sans que les locataires ne puissent bénéficier d'aides étatiques ou de reports consensuels de délai de paiement des loyers. Dans la mesure où nous ignorons la durée de la fermeture ainsi que le contour exact des aides étatiques dont bénéficieront les locataires, ceux-ci ne peuvent manifestement pas, à ce stade, se prévaloir de la théorie de l'imprévision.

Enfin, et en tout état de cause, la théorie de l'imprévision n'est pas applicable en matière de bail à loyer car elle est absorbée par l'article 266g CO. Cet article stipule que lorsque « l'exécution d'un contrat de bail devient intolérable pour une partie, celle-ci peut résilier le bail à n'importe quel moment en observant le délai de congé » (al. 1) et en indemnisant l'autre partie de manière équitable pour le dommage subi du fait de la résiliation prématurée du contrat (al. 2). L'article 266g CO constitue un cas d'application de la théorie de l'imprévision et exclut l'application de celle-ci (Higi, op. cit., n. 25 s. ad art. 266g CO; P. Wessner, Droit du bail à loyer et à ferme (F. Bohnet et al. éditeurs), 2^{ème} éd., 2017, n. 8 s. ad art. 266g CO; U. Hulliger / P. Heinrich, CHK - Handkommentar, 3^{ème} éd., 2016, n. 2 ad art. 266g CO). A ce stade, l'article 266g CO n'est, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus en lien avec la théorie de l'imprévision, pas applicable et, même s'il devait l'être, ne donne pas droit au locataire à une réduction ou suppression de loyer, mais lui ouvre seulement les portes d'une résiliation du contrat avec indemnisation du propriétaire.

En résumé, l'ordre de fermeture des commerces ne crée, à ce stade du moins, pas un déséquilibre grave rendant de manière générale l'exécution des contrats de bail intolérable pour les locataires. Les locataires demeurent pleinement liés par leurs baux et ne sont pas légitimés à modifier ou résilier ceux-ci.

Je demeure à votre disposition pour toute information complémentaire qu'il vous serait utile d'obtenir.

Je vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, à l'expression de mes sentiments distingués.


Marc Linedjian