

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 5 avril 2020

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

Monsieur le Secrétaire général,

Le 28 mars dernier, je vous ai adressé un avis de droit dans lequel je conclus que les commerçants doivent continuer à verser leur loyer malgré l'ordre de fermeture prescrit dans l'Ordonnance 2 du Conseil fédéral sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 16 mars 2020 (l'« **Ordonnance 2 COVID-19** »). Mandaté par l'ASLOCA, Me David Lachat a revu mon avis de droit et est parvenu à la conclusion inverse. L'opinion de Me Lachat est exprimée dans un courrier adressé le 1^{er} avril 2020 à l'ASLOCA ainsi que, pour information, à la FRI. Sur votre demande, je me détermine comme suit sur l'analyse de Me Lachat:

1. A l'appui de son avis, Me Lachat se prévaut de l'équité et affirme qu'il est injuste qu'un locataire qui ne peut temporairement plus réaliser de ventes dans son local doive continuer à payer son loyer. Il oublie cependant que l'élément fondamental d'un accord de bail commercial (à loyer fixe) est que le propriétaire - un investisseur ayant opté pour un placement à rendement et risques limités - perçoit une somme fixe qui ne varie pas en fonction des aléas liés aux activités commerciales déployées dans la chose louée par son locataire - un entrepreneur recherchant à

développer une affaire génératrice de profits en prenant des risques. Si des événements extraordinaires (tels que l'adoption de nouvelles règles relatives aux produits vendus par le locataire ou l'organisation dans la ville concernée d'une manifestation sportive d'importance mondiale) entraînent une explosion des ventes et profits réalisés dans la chose louée, le propriétaire continue à encaisser son loyer fixe et les profits vont exclusivement (et naturellement) chez le locataire. En contrepartie, il semble juste et en ligne avec l'équilibre contractuel entre les parties que si des circonstances exceptionnelles annihilent temporairement les ventes du locataire, ce dernier prenne la perte et que le propriétaire continue à encaisser son revenu locatif fixe.

En affirmant que l'équité impose au propriétaire de renoncer à son loyer, Me Lachat pense probablement - de manière compréhensible d'ailleurs - au cas du restaurateur ou du coiffeur indépendant moins aisé que son propriétaire et qui perdra à jamais le chiffre d'affaires manqué pendant la période de fermeture. Ce cas de figure ne capture cependant pas toutes les situations envisageables et la solution préconisée par Me Lachat est elle-même manifestement inéquitable dans d'autres hypothèses telle que celle du petit propriétaire qui a de lourdes charges d'immeuble (intérêts hypothécaires, frais d'entretien, etc.) et qui a comme locataire une enseigne internationale de vêtements qui bénéficie d'aides étatiques (chômage partiel, emprunts à taux zéro ou réduits, etc.), qui opère online et qui rattrapera peut-être ses ventes perdues après la réouverture de son magasin.

L'argument d'équité avancé par Me Lachat ne tient donc pas. Il rompt l'équilibre contractuel entre les parties et crée plus d'injustice qu'il n'en supprime. Il est donc préférable de « s'accrocher » de manière stricte au droit en ayant confiance que ce dernier apportera une réponse équitable au problème.

2. L'équilibre contractuel décrit ci-dessus est reflété dans le droit suisse du bail à loyer et dans le régime de la garantie pour les défauts. Le propriétaire ne répond que des défauts qui sont en rapport direct avec la chose louée et ne donne en revanche et naturellement aucune garantie à son locataire en lien avec les activités entrepreneuriales de celui-ci.

Cela étant précisé, Me Lachat et moi-même nous accordons sur le fait que la notion de défaut de la chose louée ne suppose pas une faute du propriétaire. Par exemple, comme nous le relevons dans nos avis de droit respectifs, un local peut devenir défectueux si des bruits excessifs provenant d'un chantier voisin affectent la chose louée.

Le fait qu'une faute du propriétaire ne soit pas nécessaire pour admettre un défaut ne signifie pas pour autant que l'on peut étendre la notion de défaut de la chose louée ad nauseam. En effet, la notion de défaut doit être rattachée à celle de garantie; une chose ne devient défectueuse que lorsqu'une garantie donnée explicitement ou implicitement par le propriétaire en lien avec la chose louée est violée. Ainsi, pour ce qui concerne les affaires de nuisances sonores, il est généralement admis qu'un propriétaire garantit implicitement à son locataire un certain degré de quiétude et que des immissions sonores excessives peuvent ainsi (même sans faute du propriétaire) rendre la chose défectueuse (M. Tschudi, SVIT Kommentar, 4^{ème} éd., 2018, n. 39 ss ad art. 256 CO), garantie qu'il est au demeurant raisonnable d'imposer au propriétaire vu que ce dernier dispose en règle générale de prétentions contre l'auteur des immissions.

En revanche, je réitère - sans me contredire - qu'en application du principe de la confiance, le propriétaire ne saurait être raisonnablement lié par des garanties implicites qui sont sans rapport direct avec la chose louée elle-même (i.e. sans rapport avec son état matériel, son affectation ou le fait qu'elle soit libre d'immissions excessives (*Immissionsfreiheit*)) et qui portent sur des éléments sur lesquels le propriétaire n'a aucune emprise. A cet égard, dans un arrêt du 18 février 2013 (ACJ/202/2013), la Cour de justice de Genève a indiqué qu'à « trop étendre la notion de qualité implicitement promise, le bailleur encourrait une responsabilité pour des situations exorbitantes des faits qu'il maîtrise, ce qui ne peut être le but poursuivi par le législateur » et que « on ne saurait en principe admettre un accord tacite portant sur des paramètres qui ne se trouvent pas dans la sphère de puissance du bailleur » (c. 5.1). Aussi, sauf clause contractuelle contraire expresse, le propriétaire ne donne à son locataire pas de garantie de chiffre d'affaires ni d'autres garanties en lien avec les activités commerciales déployées par le locataire dans la chose louée ou en lien avec les modalités dans lesquelles ces activités pourront être exercées. De même, le propriétaire ne donne pas de garantie implicite d'horaires ni de continuité d'exploitation. Il existe en effet une entente générale que les horaires d'ouverture au public sont l'affaire et le risque du locataire et que l'on ne peut raisonnablement considérer que le propriétaire garantit implicitement à son locataire que les conditions d'ouverture au public applicables au local loué ne feront jamais l'objet de modifications.

Une modification des conditions d'ouverture au public n'est ainsi pas constitutive d'un défaut, encore moins lorsque cette modification est, comme en l'espèce, temporaire. Même un ordre de fermeture de longue durée (en lien, par exemple,

avec une pandémie qui s'avèrerait non maîtrisable) n'aurait, en raison des considérations qui précèdent, pas pour effet de rendre la chose louée défectueuse et de permettre ainsi au locataire de demeurer gratuitement en possession de la chose louée jusqu'à l'expiration du bail (en empêchant le propriétaire d'affecter le local loué à une activité autorisée). Dans une telle hypothèse, le locataire ne serait cependant pas dépourvu de moyens. Il pourrait se prévaloir de l'article 266g CO et, si les conditions de cette disposition sont réunies, résilier le contrat en indemnisant de manière équitable le propriétaire. A ce sujet, je maintiens que, contrairement à ce qu'affirme Me Lachat, les nombreux auteurs cités dans mon avis de droit considèrent que l'article 266g CO exclut de manière générale l'application de la théorie de l'imprévision à un contrat de bail (et non pas seulement à la résiliation de celui-ci), opinion qui est d'ailleurs confirmée en jurisprudence (cf. jugement de la Cour civile I du Tribunal cantonal du Valais du 24 septembre 2014, Cahiers du bail 1/15, p. 24 ss, c. 3.5).

3. Me Lachat invoque, à l'appui de son opinion, l'article 13 de la Loi fédérale sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985 (« LBFA »). Cette disposition stipule que le fermier peut exiger une remise appropriée du fermage si le rendement habituel de la chose affermée est notablement diminué par suite d'accident ou d'évènement naturel extraordinaire. Contrairement à un bail à loyer ordinaire, un bail à ferme agricole a pour objet un bien productif (cf. articles 275 CO et 4 al. 1 LBFA). Dans un bail à ferme agricole, le bailleur ne remet pas seulement, comme dans un bail ordinaire, l'usage d'un bien, mais également la jouissance de celui-ci (P. Tercier, Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd., 2016, n. 2317) et garantit à son locataire que ce bien aura une certaine productivité (cf. B. Studer / P. Koller, Basler Kommentar, 7^{ème} éd., 2020, n. 2 ad art. 278 CO). C'est précisément ce qui le distingue d'un bailleur ayant conclu un bail à loyer ordinaire qui, comme exposé ci-dessus, remet seulement l'usage d'une chose sans donner à son locataire de quelconque garantie de productivité ou autre assurance similaire (cf. également Tercier, op. cit., n. 2317 (le « bail à loyer porte une chose matérielle sans égard à sa productivité éventuelle; il en confère l'usage en échange d'un loyer »)). Le droit du bail à loyer ordinaire ne contient ainsi logiquement pas de disposition équivalente à l'article 13 LBFA ce qui vient confirmer qu'un locataire n'a, contrairement à un fermier, pas droit à une baisse de loyer du simple fait qu'il ne peut plus générer de ventes dans la chose louée.
4. Enfin, les jurisprudences d'avant-guerre citées par Me Lachat dans son avis de droit ne lui sont d'aucune aide. Dans l'arrêt du dentiste du 10 novembre 1931 (ATF

57 II 532), la nouvelle réglementation cantonale n'était, contrairement à l'Ordonnance 2 COVID-19, pas temporaire et empêchait définitivement la locataire d'utiliser la chose louée. En outre, le contrat de bail en question était couplé avec un contrat de remise de commerce ce qui pouvait justifier d'imposer au bailleur, comme en matière de bail à ferme (cf. ci-dessus), une garantie implicite de continuité d'exploitation.

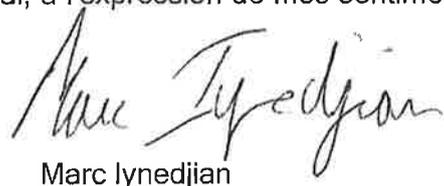
C'est d'ailleurs ce qu'a retenu plus tard le Tribunal fédéral dans son arrêt du 25 février 1936 (ATF 62 II 42, c.1) pour distinguer le cas du dentiste de celui de la Migros qui, de son côté, avait conclu un contrat de bail ordinaire. Dans l'affaire de la Migros, celle-ci a été condamnée à verser le loyer alors même que l'arrêté fédéral sur les grands magasins l'avait empêchée de manière permanente pendant toute la durée contractuelle du bail d'utiliser la chose louée. Le contrat de bail stipulait certes une clause d'affectation commerciale générale, mais mentionnait également expressément la possibilité que les locaux soient remis à un « magasin d'alimentation ». En tout état de cause, l'affaire a été exclusivement examinée sous l'angle de l'impossibilité (article 119 CO) et le Tribunal fédéral n'a pas indiqué que lorsqu'un contrat de bail contient une clause d'affectation à une activité spécifique cela implique une garantie implicite de la part du propriétaire que ladite activité pourra être en tout temps exercée, sans aucune entrave, avec accueil du public dans les locaux loués. A noter que lorsqu'une arcade commerciale est louée, les parties savent toujours, même si elles ne l'indiquent pas expressément dans le contrat de bail, que la chose louée est destinée à être ouverte au public en sorte que la présence ou non d'une clause d'affectation spécifique dans le contrat de bail ne saurait être un critère pertinent pour déterminer si une garantie sur les conditions d'ouverture au public de la chose louée peut être imposée au propriétaire en vertu du principe de la confiance. En outre, dans la pratique, l'intention claire des parties lorsqu'elles stipulent une clause d'affectation spécifique est d'interdire au locataire de changer l'affectation du local (par exemple convertir une librairie en sex shop ou en un restaurant / bar bruyant) sans l'accord du bailleur et nullement de donner au locataire une garantie sur les conditions d'ouverture au public de la chose louée.

Pour terminer, l'arrêt du Tribunal fédéral du 19 septembre 1922 (ATF 48 II 366) cité par Me Lachat concerne un contrat de livraison d'électricité, soit un contrat aux termes duquel une entreprise d'électricité s'est engagée à vendre et livrer de l'électricité à un consommateur final. Un tel contrat est régi par les règles du droit de la vente (c. 2; cf. également R.H. Weber / B. Kratz, Elektrizitätswirtschaftsrecht,

2004, p. 288 s.) et non par celles du bail à loyer. Les prestations et droits et obligations des parties, ainsi que l'équilibre contractuel, résultant d'un contrat de vente d'électricité n'ont rien à voir avec ceux résultant d'un contrat de bail. Le fait que le Tribunal fédéral ait considéré qu'un consommateur d'électricité pouvait, dans une circonstance particulière (destruction de son usine par un incendie) entièrement différente de celle qui nous occupe ici, être libéré de son obligation de payer le prix de vente à une entreprise d'électricité (dont le profil n'a rien à voir avec celui d'un propriétaire immobilier) n'a donc aucune pertinence en l'espèce.

5. En conclusion, nous sommes conscients de la brutalité de la situation pour de très nombreux locataires commerciaux. Nous invitons par conséquent les propriétaires à être raisonnables et, de manière générale, à accepter une suspension temporaire du paiement des loyers relatifs aux arcades commerciales (suspension imposée de toute façon par le Conseil fédéral dans son Ordonnance sur l'atténuation des effets du coronavirus en matière de bail à loyer et de bail à ferme du 27 mars 2020), puis, une fois la poussière retombée et le dommage subi par leur locataire déterminé (en tenant compte notamment des aides étatiques et d'une éventuelle reprise robuste et en gardant à l'esprit que les propriétaires ont également des frais (intérêts hypothécaires, frais d'entretien, impôts fonciers, etc.)), à discuter de bonne foi un arrangement avec leur locataire. Dans de nombreux cas, la réalité économique contraindra de toute façon le propriétaire, s'il veut éviter une faillite de son locataire et une arcade vide, à la discussion. Nous invitons également les autorités à tenir compte de la charge de loyer des commerçant lorsqu'elles légifèrent sur les aides étatiques. Nous rejetons par contre la solution préconisée par les milieux proches des locataires consistant à distordre la notion de défaut de la chose louée pour transférer, de manière contraire au droit, un risque entrepreneurial vers le propriétaire. Cette solution créera plus d'injustice qu'elle n'en supprimera. Notre position est par conséquent la bonne et elle doit être maintenue.

Je demeure à votre disposition pour toute clarification qu'il vous serait utile d'obtenir et vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, à l'expression de mes sentiments distingués.


Marc Lynedjian