



L'Etude  
SWISS LAWYERS

LAWYERS WITH ATTITUDE



LAETITIA FORGET  
AVOCATE

#### L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG  
21, BOULEVARD DE PÉROLLES  
CP 656, CH-1701 FRIBOURG  
T + 41 (0)58 123 08 00  
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE  
17, RUE DU PORT FRANÇ  
CP 960, CH-1001 LAUSANNE  
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM  
LETUDE@LETUDE.CH



## BAIL COMMERCIAL ET COVID-19 : DU LOCATAIRE OU DU BAILLEUR, QUI PAIE LE PRIX DE LA FERMETURE DU LOCAL ?

En raison de la pandémie de COVID-19, la Confédération a ordonné la fermeture d'un grand nombre d'établissements publics à compter du 16 mars 2020 avec effet jusqu'au 26 avril 2020 (art. 6 et 12 al. 7 Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020), sous réserve de prolongation.

Qui doit en supporter les conséquences financières ? Le locataire professionnel par ailleurs privé de tout ou partie de ses revenus ? Ou plutôt le bailleur, alors même qu'il continue à exécuter son obligation principale, soit celle 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* » (art. 256 CO) ?

**La problématique est celle de déterminer quelle partie au bail commercial, dont aucune n'est fautive, doit supporter le poids du loyer en cas d'interdiction légale d'exploitation du local.**

Elle suscite la controverse et les spécialistes du droit du bail s'affrontent actuellement sur une solution qui n'a pas été tranchée par les tribunaux<sup>1</sup>.

Cet article a vocation à orienter les lecteurs concernés sur la possible existence du droit du locataire à une réduction ou une suppression du loyer (1) et sur la procédure applicable en vue de faire valoir ou de combattre cette prétention (2).

Il est entendu que ce qui suit concerne uniquement les parties à un contrat de bail commercial dont les locaux entrent dans le champ d'application de l'ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020.

### 1. Comment déterminer le droit du locataire à une réduction voire une suppression du loyer ?

Selon la thèse défendue par les mandataires de l'ASLOCA<sup>2</sup>, soutenus par Me David Lachat, les locataires commerciaux pourraient faire valoir une réduction voire une suppression de leur loyer, selon les circonstances d'espèce, sur la base des fondements juridiques suivants :

- le défaut de la chose louée (art. 259d CO) ;
- l'exorbitance (art. 97 CO) ;
- l'adaptation du contrat par le juge en application de la théorie de l'imprévision : le juge peut intervenir, à la requête d'une partie, en cas de déséquilibre survenant dans le rapport, entre prestation et contre-prestation, à la suite d'un changement extraordinaire, imprévisible et inévitable dans des circonstances telles que la répartition des risques n'est plus supportable pour la requérante et que l'autre partie, en persistant à demander l'exécution, exploite le déséquilibre créé et abuse ainsi manifestement de son droit (art. 2 CC).

La demande de réduction ou de suppression du loyer peut également être envisagée sur la base de l'art. 119 CO, de l'avis de nombreux auteurs bien qu'ils ne partagent pas les mêmes conclusions. Ce fondement implique de savoir s'il existe une impossibilité d'utiliser le local selon l'usage spécialement convenu entre les parties.

<sup>1</sup> Sarah Brutschin/Xavier Rubli/Pierre Stastny, avis de droit du 23 mars 2020 sur mandat confié par l'association suisse des locataires (ASLOCA) soutenus ultérieurement par David Lachat dans un avis de droit du 1<sup>er</sup> avril 2020. A contrario, Marc Lynedjian, avis de droit du 28 mars 2020 pour la Fédération romande Immobilière (FRI) ; François Bohnet, avis de droit du 8 avril 2020.

<sup>2</sup> Sarah Brutschin/Xavier Rubli/Pierre Stastny prec.

<sup>3</sup> Sarah Brutschin/Xavier Rubli/Pierre Stastny et David Lachat prec. ; François Bohnet prec. ; Vischer/Haefeli/Galli (Walder Wyss avocats), Newsletter n°137, mars 2020



L'Etude  
SWISS LAWYERS

LAWYERS WITH ATTITUDE



LAETITIA FORGET  
AVOCATE

#### L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG  
21, BOULEVARD DE PÉROLLES  
CP 656, CH-1701 FRIBOURG  
T + 41 (0)58 123 08 00  
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE  
17, RUE DU PORT FRANÇ  
CP 960, CH-1001 LAUSANNE  
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM  
LETUDE@LETUDE.CH



- Il faut d'abord définir l'usage spécialement convenu du local entre les parties. Un usage spécial de la chose louée doit avoir été promis au locataire<sup>4</sup>. Il s'agit par exemple de stipuler au bail qu'un restaurant ou un salon de coiffure sera exploité dans le local (usage spécial explicitement convenu) ou à défaut de stipulation précise au bail, l'utilisation spécifique du local par le locataire sans que le bailleur n'ait jamais protesté (usage spécial tacitement convenu).
- Si la fermeture des établissements publics ordonnée par la Confédération interdit au locataire d'exercer son activité professionnelle selon l'usage spécial explicitement ou tacitement convenu, tel que défini ci-dessus, il fait face à une impossibilité dite subjective qui, pour un restaurant ou un salon de coiffure, découlerait de l'interdiction de recevoir et de servir une clientèle au sein même du local.
- Une fois établie l'impossibilité d'exploiter le local selon l'usage spécialement convenu, se pose la question de savoir si le local conserve une utilité résiduelle. Dans l'affirmative, le locataire serait, selon certains auteurs<sup>5</sup>, sur la base d'une jurisprudence certes ancienne<sup>6</sup>, tenu de continuer à payer un loyer mais pourrait demander à le réduire proportionnellement au dommage subi. Tel peut être le cas d'un restaurant dont le local peut encore servir de take-away par exemple. Dans la négative, si le local n'a strictement plus aucune utilité professionnelle pour le locataire, il pourrait, sur la base d'une jurisprudence ancienne du Tribunal Fédéral<sup>7</sup>, demander à se voir totalement libéré de l'obligation de payer un loyer aussi longtemps que durera l'interdiction légale.

Pour la Fédération Romande Immobilière (FRI), Me Marc lynedjan considère, au contraire, que 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 il n'a aucune emprise. Il conteste ainsi le droit à la réduction voire à la suppression du loyer sur la base du défaut de la chose louée (art. 259d CO) et de l'impossibilité d'exécution (art. 119 CO). Selon cet auteur, l'adaptation du contrat par le juge sur la théorie de l'imprévision (art. 2 CC) n'est pas exclue, mais doit être examinée au cas par cas, et applicable en cas de déséquilibre grave imposant une charge intolérable à une partie<sup>8</sup>.

Le Professeur François Bohnet rejoint l'avis de Me lynedjan puisqu'il rejette également l'application de l'art. 259d CO, met en doute celle de l'art. 119 CO pour ne véritablement donner une chance qu'à la théorie de l'imprévision (art. 2 CC) en fonction du cas d'espèce<sup>9</sup>.

Partant, faute de solution définie clairement par les tribunaux, les locataires et les bailleurs devront déterminer par eux-mêmes ou avec l'aide d'un avocat, à qui revient la charge du loyer sur la période litigieuse selon leur cas bien spécifique. En cas de revendications antagonistes, nous les invitons à procéder comme suit.

## 2. Comment faire valoir ses droits face à la partie adverse ?

**2.1. Si vous êtes locataire et estimez avoir droit à une réduction ou une suppression de loyer: la réduction ou la suppression du loyer n'est pas automatique.** Sans accord du bailleur ou décision de justice, le loyer reste dû dans son entier à l'échéance convenue au contrat. Si vous avez du retard pour payer les loyers échus entre le 13 mars 2020 et le 31 mai 2020, en raison des mesures prises par le Conseil Fédéral pour lutter contre le COVID-19, le bailleur doit néanmoins vous accorder un délai d'au moins 90 jours pour vous acquitter des montants dus (art. 2 ord. COVID-19 bail à loyer et bail à ferme du 27 mars 2020). Quoiqu'il en soit, le défaut de

<sup>4</sup> François Bohnet prec.

<sup>5</sup> Vischer/Haefeli/Galli (Walder Wyss avocats) prec.

<sup>6</sup> François Bohnet prec.

<sup>7</sup> ATF 57 II 532

<sup>8</sup> Marc lynedjian prec.

<sup>9</sup> François Bohnet prec.



L'Etude  
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



LAETITIA FORGET  
AVOCATE

#### L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG  
21, BOULEVARD DE PÉROLLES  
CP 656, CH-1701 FRIBOURG  
T + 41 (0)58 123 08 00  
F +41(0)26 322 68 42

LAUSANNE  
17, RUE DU PORT FRANÇ  
CP 960, CH-1001 LAUSANNE  
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM  
LETUDE@LETUDE.CH



paiement vous expose aux paiements d'intérêts moratoires (art. 104 CO), à des poursuites selon la LP et à une résiliation anticipée du bail (art. 257d CO) avec dommages et intérêts (art. 97 CO). Vous prendriez donc un réel risque si vous cessez unilatéralement de payer le loyer. Il est impératif d'adresser une lettre recommandée avec accusé de réception, dont vous garderez évidemment copie signée, à votre bailleur pour lui signifier votre prétention en réduction ou suppression du loyer sur la période litigieuse. Si ce dernier refuse, vous avez l'opportunité de saisir la commission de conciliation en matière de bail à loyer. En tout état de cause, si votre bailleur vous met en demeure selon l'art. 257d CO, requiert une poursuite ou forme action, vous devrez faire valoir vos droits dans les délais impartis auprès de ce dernier en développant vos arguments, en chiffrant la réduction et en déclarant la compensation, également, le cas échéant, auprès de l'Office des poursuites ou de l'autorité judiciaire. L'aide d'un avocat est recommandée si vous ne maîtrisez pas la procédure.

## 2.2. Vous êtes bailleur et refusez la réduction ou la suppression du loyer revendiquée par votre locataire sur la période litigieuse:

Si vous admettez que votre locataire est fondé à faire valoir une réduction ou une suppression de loyer sur la période litigieuse compte tenu des circonstances, nous vous conseillons de le déclarer spontanément afin d'éviter de subir les frais d'une procédure. Si vous n'êtes pas certain de votre position, vous pouvez faire appel à un avocat pour évaluer la situation.

En tout état de cause, le locataire n'est pas en droit de réduire ou de cesser de payer son loyer sans votre accord ou sans décision de justice en ce sens. Si le contrat de bail mentionne une échéance précise de paiement du loyer, tout retard met en demeure le locataire, étant précisé que compte tenu de cette situation exceptionnelle, vous êtes tenu de lui accorder un délai d'au moins 90 jours s'il a du retard dans le paiement des loyers échus entre le 13 mars 2020 et le 31 mai 2020 (art. 2 ord. COVID-19 bail à loyer et bail à ferme du 27 mars 2020). A ce stade, selon les circonstances de fait, vous pouvez, soit interpellier l'intéressé pour ouvrir le dialogue et éventuellement trouver un accord, soit requérir une poursuite (art. 67 LP) et entamer une procédure en résiliation anticipée du bail (art. 257d CO). Dans cette hypothèse, nous vous rendons attentifs à la nécessité de suivre scrupuleusement la procédure, notamment les délais.

## 3. En résumé : nos conseils

### A l'attention de chaque partie liée par un contrat de bail commercial:

- Lisez le bail, ou retenez l'affectation admise en pratique par les parties, pour déterminer l'usage spécialement convenu du local et évaluez, avec réalisme pour le bailleur et avec flexibilité pour le locataire, si le local conserve une utilité résiduelle en cas de fermeture au public.
- Chiffrez honnêtement vos pertes financières dues à la fermeture du local, et celles de la partie en face si cela est matériellement possible, et estimez en conséquence, autant que possible, l'importance du déséquilibre contractuel induit par la crise entre les parties.
- En cas de retard de paiement des loyers échus entre le 13 mars 2020 et le 31 mai 2020, en raison des mesures prises pour lutter contre le COVID-19, un délai d'au moins 90 jours doit être accordé au locataire pour s'acquitter des montants dus.
- Toute communication doit impérativement être adressée par lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR), dans les délais impartis, à la partie adverse ou aux autorités.



L'Etude  
SWISS LAWYERS

LAWYERS WITH ATTITUDE



LAETITIA FORGET  
AVOCATE

#### L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

**FRIBOURG**  
21, BOULEVARD DE PÉROLLES  
CP 656, CH-1701 FRIBOURG  
T + 41 (0)58 123 08 00  
F +41 (0)26 322 68 42

**LAUSANNE**  
17, RUE DU PORT FRANÇ  
CP 960, CH-1001 LAUSANNE  
T +41 (0)58 123 08 20

[WWW.LETUDE.COM](http://WWW.LETUDE.COM)  
[LETUDE@LETUDE.CH](mailto:LETUDE@LETUDE.CH)



#### Locataires:

- Ne cessez pas de payer votre loyer à échéance, même si vous pensez avoir droit à sa réduction ou à sa suppression.
- Ecrivez une LRAR à votre bailleur pour lui exposer et justifier votre demande. En cas de refus de sa part, faites valoir vos prétentions devant l'autorité judiciaire compétente, que ce soit par requête de votre part, ou par voie de défense si c'est votre bailleur qui forme une action judiciaire ou intente une procédure de résiliation à votre rencontre.

#### Bailleurs:

- Si vous admettez que votre locataire est fondé à obtenir une suppression ou une baisse de loyer, renoncez spontanément au paiement du loyer durant la période litigieuse ou consentez une réduction.
- Si vous faites face à un retard de loyer, interpellez votre locataire pour en connaître les motifs et restez ouverts au dialogue.
- Si vous entendez exiger le paiement du loyer, interpellez votre locataire et entamez au besoin une procédure de résiliation de bail selon l'art. 257d CO.

Cette note est d'ordre général. En ces temps incertains, elle a pour vocation d'informer et d'orienter nos lecteurs directement concernés par la problématique qui précède. Elle ne saurait remplacer l'avis de droit d'un avocat sur une situation de fait spécifique et l'Etude décline toute responsabilité en cas d'interprétation et/ou d'application incorrecte des dispositions légales.