

AVIS DE DROIT (Covid-19 – paiement du loyer)

J'ai pris connaissance de l'avis de droit du 23 mars 2020 de l'Asloca, établi par Maîtres Brutschin, Rubli et Stastny, de celui du 1^{er} avril 2020 de Maître David Lachat, ainsi que de celui du 28 mars 2020 délivré à la FRI (Fédération romande immobilière) par Me Marc Iynedjian. J'approuve pleinement les observations et conclusions de mon confrère Iynedjian, tout en formulant pour ma part les considérations suivantes :

Prétendu défaut de la chose louée

1. Les milieux locataires affirment que l'ordonnance 2 COVID 19 du 13 mars 2020 constitue un défaut de la chose louée et autorise le locataire à ne pas payer son loyer ou à ne pas le payer en totalité, aussi longtemps que l'ordonnance précitée est en force et lui interdit, totalement ou partiellement, d'exercer son activité commerciale dans les locaux loués¹.
2. Constitue un *défaut de la chose louée* tout ce qui s'écarte de l'état que l'art. 256 CO qualifie d'approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée. La notion de défaut suppose la comparaison entre l'état réel de la chose et l'état convenu. Il y a ainsi défaut, lorsque la chose louée ne présente pas une *qualité* que le bailleur avait *promise* ou lorsqu'elle ne présente pas une *qualité* sur laquelle le locataire pouvait *légitimement compter*, en se référant à l'état approprié à l'usage convenu. Le défaut de la chose louée étant une notion relative, son existence dépendra des circonstances du cas particulier, étant précisé qu'on prendra notamment en compte la destination de l'objet loué, l'âge et le type de la construction, ainsi que le montant du loyer². En d'autres termes, le locataire, à défaut de promesse expresse par le bailleur d'une qualité concernant la chose louée, doit pouvoir légitimement (de bonne foi) s'attendre à l'existence d'une telle qualité³.

¹ Avis de droit de l'Asloca du 23 mars 2020, p. 3, chiffres 1.4 et 1.6.

² TF 4A_577/2016 du 25 avril 2017, cons. 3.1 ; TF 4D_54/2015 du 23 février 2016, cons. 3.1 ; CdB 2/2004/58 cons. Ib p. 61 ; ATF 135 III 345 cons. 3.2, SJ 2009 I 361, CdB 3/2009/83; SVIT Romandie, Burkhalter/Martinez-Favre. *Le droit suisse du bail à loyer - Commentaire*. Zurich 2011, n° 18 ad remarques préliminaires aux art. 258 - 259i CO p. 188 ; David Lachat. *Le bail à loyer*. Lausanne 2019 p. 256 ss ; Laurent Bieri. La réparation du préjudice subi par le locataire en cas de défaut de la chose louée. 18^{ème} séminaire sur le droit du bail. Neuchâtel 2014, ch. 26 p. 67 ; Carole Aubert. *Droit du bail à loyer - Commentaire pratique*, édité par Bohnet/Carron/Montini. 2^{ème} édition Bâle 2017 n° 20 et 21 ad art. 258 CO p. 332 ; Carole Aubert. *Les défauts de la chose louée*. 17^{ème} séminaire sur le droit du bail. Neuchâtel 2012 p. 3 et 4 ; arrêt du 27 février 2005 du TF réf. 4C.368/2004 cons. 4.1 ; arrêt du 31 mai 2002 du TF réf. 4C.65/2002 cons. 3b.

³ « L'objet de référence est celui sur lequel le locataire peut sincèrement compter d'après le contenu du contrat, car le défaut se définit comme l'absence d'une qualité dont l'existence avait été promise ou à laquelle la partie contractante pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi » (TF du 29 mai 1997, SJ 1997 p. 661).

3. L'avis de droit de l'Asloca affirme avec raison, en première page, que « *la situation actuelle ne connaît heureusement pas de précédent. Les problèmes juridiques qui en découlent n'ont donc pas été tranchés par la jurisprudence* ». Il ajoute que « *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 les locaux en raison d'une guerre ou d'une épidémie* » (page 2, en bas).

Dès lors, il est patent que la **situation actuelle est totalement exceptionnelle, inédite et inattendue**, ce que nul ne songerait à contester. Personne **n'a pensé ni imaginé** la situation que le monde connaît actuellement avec la pandémie de Covid-19. Aucune des parties au contrat de bail à loyer ne l'a envisagée.

Cela exclut tout simplement la notion de défaut de la chose louée. En effet, il y a défaut de la chose, lorsque celle-ci 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.

Un événement auquel personne n'a songé, que personne n'a ne serait-ce qu'imaginé, ni les parties, ni le législateur, ni les juges, ne peut évidemment pas correspondre à une qualité promise ni que l'on pouvait attendre de bonne foi. Précisément puisque cet événement est totalement inédit et inattendu.

On dit bien que le locataire doit pouvoir s'attendre à une qualité, « *selon les règles de la bonne foi* ». Or, dans le cas de la pandémie COVID-19, **quelle est cette « qualité »**, qui devrait ou bien avoir été promise par le bailleur, ou que le locataire pouvait attendre, de bonne foi ?

La qualité serait : « *Jamais il ne surviendra, durant le cours du contrat, une pandémie mondiale impliquant le confinement de plus de trois milliards d'êtres humains, ainsi que des morts par dizaines de milliers, pandémie à raison de laquelle les gouvernements ordonneront à chacun de rester chez soi, respectivement la fermeture de certains commerces* ».

Bien entendu, aucun bailleur n'a promis une telle qualité. Et aucun locataire de bonne foi ne peut prétendre qu'il s'attendait à une telle qualité.

Il ne peut donc, par définition, pas y avoir de défaut de la chose louée.

4. Malgré les ordonnances COVID-19, la chose louée demeure exempte de défaut(s). Elle est parfaitement exploitable.

D'ailleurs, les restaurants ou autres commerces, salons de coiffure, instituts de beauté, etc., qui se sont vu fermer du jour au lendemain, étaient ouverts et exploités la veille. Cela démontre que la chose était en **parfait état de d'exploitation, matériel et juridique**. Toutes les conditions nécessaires étaient réunies, pour qu'elle fonctionne (autorisation d'exploiter, patente, etc.).

Dès la levée future des mesures prononcées par le Conseil fédéral, la chose louée pourra immédiatement être exploitée par le locataire concerné.

5. Ce qui se passe aujourd'hui et qui a conduit aux décisions (ordonnances) du Conseil fédéral **n'a rien à voir avec la chose louée en elle-même et encore moins avec le bâtiment (immeuble) qui l'abrite.**

En réalité, le **but** principal visé par les décisions du Conseil fédéral est la **distanciation sociale**, soit d'éviter que des personnes ne s'agglutinent, car c'est par la proximité d'humain à humain que le virus se propage.

Les mesures prises concernent donc les êtres humains, puisque le virus se propage par l'être humain.

L'Ordonnance du 28 février 2020 du Conseil fédéral sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) prévoit des **mesures visant la population** dans le but de diminuer le risque de transmission du virus, ces mesures visant notamment à prévenir ou endiguer la propagation du virus en Suisse et à réduire la fréquence des transmissions, interrompre les chaînes de transmission et éviter ou endiguer des foyers locaux (art. 1^{er} al. 1 et 2)⁴.

Cela concerne l'ensemble du territoire suisse, pas seulement les immeubles qui abritent des locaux commerciaux. Les décisions du Conseil fédéral interdisent les réunions, qu'elles soient en milieu fermé (chez un privé ou dans un lieu public), mais également en plein air, dans l'espace public. On en est arrivé à interdire des groupes de plus de cinq personnes. Parmi ces groupes, il faut toujours garder une distance de deux mètres entre les personnes⁵.

Le déclencheur de la situation n'est donc absolument pas lié à la chose louée. Il lui est même complètement étranger. Il est, on le répète, cet événement totalement inattendu et inédit, découlant de la pandémie, ayant impliqué des **mesures gouvernementales concernant les êtres humains.**

Pour endiguer la pandémie, il faut la distanciation sociale. Afin de parvenir au but recherché, qui est la distanciation sociale, il a été logique, dans la foulée,

⁴ L'art. 1^{er} de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020 confirme ces buts.

⁵ Modification du 20 mars 2020, art. 7c de l'Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19).

d'interdire les lieux où, précisément, se réunissent et s'agglutinent des êtres humains, tels que les commerces, les restaurants, les bars, les discothèques, night-club, salons de coiffure, ongleries, instituts de beauté et de massage, etc.

C'est bien **tel ou tel type d'activités, professions, métiers, qui est visé**. L'art. 6 al. 2 de la modification du 16 mars 2020 de l'Ordonnance 2 COVID-19 l'énonce très clairement.

Les **mesures concernent des personnes, soit le genre humain**, la distanciation sociale ne pouvant fonctionner et n'ayant de sens qu'*ad personam*, la fermeture des lieux, des locaux et autres endroits concernés ne représentant que **le moyen d'atteindre** cette distanciation sociale entre les humains.

Ce sont bien tel ou tel type de locataires, dont les activités impliquent la réunion d'au moins deux personnes dans un espace restreint, qui sont visés et non pas le bailleur.

6. D'ailleurs, les autorités auraient parfaitement **pu ordonner un confinement beaucoup plus strict** que celui qui a été imposé. C'est du reste un tel confinement très strict qui a été imposé à Wuhan, foyer initial de l'épidémie en Chine. Dans un tel cas de figure, **tous les habitants de Suisse auraient reçu l'ordre de rentrer chez eux et de ne plus en sortir**, sous aucun prétexte.

On n'aurait plus retrouvé dans les rues que des militaires et des policiers, appelés à faire respecter de manière stricte ce véritable confinement. N'aurait pu sortir de chez eux que les employés des commerces et entreprises indispensables au fonctionnement du pays (alimentation, voirie, services industriels, etc.)⁶.

Dans une telle hypothèse, la ou les ordonnances du gouvernement central auraient été beaucoup plus simple(s) : **ordre à tout habitant de rester chez soi**, avec liste des exceptions. Et, bien évidemment, il n'y aurait eu aucun besoin de lister, comme l'a fait l'art. 6 al. 2 de la modification du 16 mars 2020 de l'Ordonnance 2 COVID-19, quel type de commerce devait être fermé.

On n'aurait donc pas eu d'art. 6 al. 2, qui est précisément la disposition réglementaire sur laquelle les milieux locataires s'appuient pour construire leur thèse du défaut de la chose louée⁷.

⁶ Des mesures auraient pu être prises pour assurer l'apport des aliments et médicament indispensables, voire que des tournus très serrés soient imposés pour que chaque foyer fasse sortir une personne, à tour de rôle, pour aller acheter les biens nécessaires, etc.

⁷ Avis de droit de l'Asloca du 23 mars 2020, p. 3, chiffres 1.4 et 1.6.

Pourtant, vu l'ordre donné à tout habitant de rester confiné à son domicile, que se serait-il passé dans les faits ?

Les locataires des locaux commerciaux de tout type, évidemment aussi concernés par l'ordre de demeurer chez eux, auraient d'eux-mêmes fermé leurs établissements, salons de coiffure, instituts de beauté, magasins, etc., avant de réintégrer leurs domiciles, pour ne plus en ressortir.

Par conséquent et **sans aucune interdiction d'exploiter, sans aucun ordre de fermeture** quel qu'il soit, tous ces commerces auraient été fermés par leurs propres exploitants.

On ose espérer que les milieux locataires n'auraient pas eu l'audace de parler, dans un tel cas, de défaut de la chose louée !

Lequel d'ailleurs, puisqu'il n'y aurait eu aucun ordre de fermeture de ces commerces, ordre qui est, je le répète, le fondement de la thèse du prétendu défaut ?

Ces commerces se seraient fermés d'eux-mêmes, par l'impérieuse nécessité de se conformer à l'ordre étatique général de confinement le plus strict.

Ce qui **démontre**, une fois encore, que les **décisions gouvernementales** prises récemment au niveau suisse **n'ont absolument rien à voir avec la chose louée**. Elles sont d'un **niveau bien plus général et répondent à des intérêts éminemment supérieurs, soit en priorité la préservation de la santé et de la vie**, sur tout le territoire helvétique⁸.

Qui peut le plus, peut le moins. A l'heure actuelle, la Confédération a choisi des mesures moindres qu'un confinement général et strict. Cependant, l'on ne peut préjuger de rien et un tel scénario reste possible. On aurait alors une nouvelle ordonnance, voire une modification des précédentes, avec l'ordre général de rester chez soi, sans plus besoin d'un art. 6 al. 2 (ou du même type) indiquant quel type de commerce est fermé.

Mais, ce n'est évidemment pas parce que nos autorités ont choisi une voie plus douce que cela change quoi que ce soit au fait que **les mesures ordonnées n'ont strictement rien à voir avec la chose louée et que, par conséquent, cette dernière est exempte de tout défaut.**

⁸ La loi fédérale sur les épidémies, du 28 septembre 2012 (RS 818.101) ne dit pas autre chose. Elle vise à « la protection de l'être humain contre les maladies transmissibles et prévoit les mesures nécessaires à cet effet » (art. 1^{er}) et « a pour but de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles » (art. 2).

7. Un exemple assoit ce qui précède. Imaginons un grave accident dans une centrale nucléaire d'un pays limitrophe. Un **nuage radioactif** se déplace sur la Suisse et y stagne plusieurs jours ou même semaines. Spontanément et sans recevoir aucun ordre de qui que ce soit, tout un chacun aura le réflexe de se terrer/confiner du mieux qu'il le peut. Résultat : plus personne à l'extérieur, donc tout reste fermé, cela va de soi. Les cafés, restaurants, bars, magasins, salons de coiffure, instituts de beauté, etc., vides car non fréquentés, seront fermés par leurs propres exploitants. Le même raisonnement vaut pour un accident dans une usine chimique avec dégagement d'un nuage toxique⁹.

Les défenseurs des locataires parleraient-ils d'un défaut de la chose louée, puisque, visiblement, dans leur logique, le bailleur est responsable de tout, quoi qu'il arrive ?

8. Les avocats de l'Asloca pourraient affirmer que le bailleur répond même du **cas fortuit**¹⁰, par exemple de l'inondation de tout ou partie de son immeuble ou de sa destruction, totale ou partielle, par la foudre.

Toutefois, en l'espèce et à raison de la pandémie COVID-19, rien de comparable. La chose louée est en parfait état. Dès la levée des mesures de confinement, elle sera exploitable de façon immédiate.

En outre et surtout, la **foudre et les inondations sont des événements très prévisibles et relativement fréquents**. En 2005, 2,3 milliards de francs suisses ont été dépensés pour réparer des dommages découlant d'inondations. Sur une période de quarante ans, de 1973 à 2011, 71% de la charge totale des sinistres d'assurance en Suisse a concerné des inondations¹¹.

Quant à la foudre, il y a entre 60'000 et 80'000 impacts par année en Suisse, en ne tenant compte que des éclairs principaux et non pas des éclairs secondaires¹².

A l'inverse, **combien de pandémies mondiales** impliquant le confinement de plus de trois milliards d'êtres humains, l'arrêt quasiment complet du trafic aérien, la réduction drastique des transports de passagers et des déplacements en véhicules privés ?

⁹ Et pourquoi pas, même en cas d'invasion du pays par un ennemi armé, qui imposerait un couvre-feu permanent et strict durant des semaines, voire mois. Tout un chacun devrait rester chez soi et les commerces, bars, restaurants, etc., resteraient fermés. Il est évident qu'il n'y aurait pas défaut de la chose louée, mais les milieux locataires soutiendraient vraisemblablement que oui.

¹⁰ Pierre Engel. *Traité des obligations en droit suisse*. 2^e éd. Berne 1997, p. 469.

¹¹ Peter Hausmann, Christian Kurz, Giuseppe Rebuffoni. *Les inondations en Suisse-Un risque sous-estimé*. Swiss Re 2012.

¹² Office fédéral de météorologie et de climatologie MétéoSuisse : www.meteosuisse.admin.ch/home/meteo/termes-meteorologiques/orage/gewitter-und-blitzhaeufigkeit-in-der-schweiz.html.

Zéro. Aucun précédent ! C'est un événement totalement inédit, qui constitue une première mondiale dans l'histoire de l'humanité.

Au contraire, les événements de force majeure, tels l'inondation ou la foudre, sont d'ailleurs à ce point fréquents et habituels qu'ils font l'objet d'assurances pour en couvrir les conséquences¹³, ces assurances étant de surcroît obligatoires. A l'inverse, quel assureur a-t-il prévu et couvert le risque lié à la pandémie mondiale COVID-19 ? Aucun.

Dès lors, l'argument éventuel que pourraient brandir les avocats de l'Asloca, tiré du fait que le bailleur répond du défaut en cas d'inondation ou de foudre, ne serait d'aucune pertinence. La comparaison de ces hypothèses avec la pandémie mondiale COVID-19 serait pour le moins inadéquate.

Par surabondance, il est logique que le bailleur réponde si sa chose est détruite, en tout ou partie, par un événement fortuit tel que la foudre ou l'eau. En effet, cet événement touche son bien immobilier. Il y a donc un lien de causalité évident entre l'événement (inondation, foudre) et l'objet¹⁴. En revanche, rien de tel avec le **virus COVID-19, puisqu'il est partout et que son vecteur est l'être humain et non pas un objet inanimé, donc pas un bâtiment.**

Responsabilité objective ou causale

9. L'avis de droit délivré le 23 mars 2020 à l'Asloca essaie de justifier la dispense de paiement du loyer durant la fermeture des locaux commerciaux à raison de la lutte contre le coronavirus, en affirmant que « *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* »¹⁵. L'avis de droit délivré le 1^{er} avril 2020 à l'Asloca parle de « *responsabilité causale* »¹⁶.

Il faut toutefois préciser que la jurisprudence citée en note de bas de page 2 de l'avis du 23 mars 2020 concerne uniquement la question de la réduction de loyer pour nuisances découlant d'un chantier voisin de la chose louée¹⁷. Ainsi, jurisprudence et doctrine sont d'avis qu'un défaut peut trouver sa source, non

¹³ Par les établissements cantonaux d'assurance.

¹⁴ De surcroît, l'assurance obligatoire souscrite par le bailleur pour ce type d'événements fera qu'il se verra rembourser tout ce qu'il aura pu/dû accorder au locataire (réduction de loyer, dommages-intérêts).

¹⁵ Avis de droit du 23 mars 2020, ch. 1.2 p. 2.

¹⁶ Avis de droit du 23 mars 2020, ch. 5 p. 3 et ch. 8 p. 4.

¹⁷ Jurisprudence critiquable à bien des égards (voir Nicolas Saviaux. *Réduction de loyer. Chantier dans le voisinage de l'objet loué*. CdB 1/2013 pages 1 ss, ainsi que note intitulée *Nuisances et réduction de loyer* publiée aux CdB 3/2014 pages 77 à 80 commentant un arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève.

seulement dans la chose elle-même, mais aussi dans le voisinage ou l'attitude de tiers.

Les immissions provenant d'un chantier voisin peuvent ainsi constituer un défaut, qu'elles échappent ou non à la sphère d'influence du bailleur¹⁸. Dans ces décisions, le Tribunal fédéral a indiqué que le défaut « *peut avoir sa source non seulement dans la chose elle-même, mais aussi dans le voisinage ou l'attitude de tiers* » et que, s'agissant des nuisances découlant d'un chantier voisin, « *peu importe qu'elles échappent ou non à la sphère d'influence du bailleur* »¹⁹.

10. Or, dans le cas des nuisances extérieures à la chose louée (en particulier en provenance d'un chantier voisin), le propriétaire/bailleur peut **agir contre le perturbateur** en application des art. 679 et 684 CC et obtenir des dommages-intérêts correspondants aux réductions de loyer et aux honoraires d'avocat²⁰.

D'ailleurs, de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a appliqué par analogie à l'examen d'une demande de réduction de loyer en cas de nuisances extérieures à l'immeuble les principes posés dans le cadre des art. 679 et 684 CC relatifs aux droits de voisinage²¹.

Ainsi, même s'il est exact que les nuisances provenant du chantier voisin, considérées comme un défaut de la chose louée et ouvrant le droit à une réduction de loyer, « *échappent* » à la sphère d'influence du bailleur, ce **dernier peut obtenir du voisin perturbateur la réparation** de son dommage. Au final, le dommage lié à la nécessité pour lui d'accorder une réduction de loyer à son locataire est compensé par le voisin constructeur.

¹⁸ TF 5A_833/2017 du 8 mars 2018, cons. 2.3.

¹⁹ TF 5A_833/2017 du 8 mars 2018, cons. 2.3 ; TF 4C.219/2005 du 24 octobre 2005 cons. 2.2 et réf à SJ 1977 p. 661 cons. 3a et à SJ 1986 p. 661 ; TF 4C.377.2004 du 2 décembre 2005 cons. 2.1

²⁰ TF 5C.833/2017 du 16 août 2005, cons. 2, BR/DC 2/2006/69.

²¹ TF du 27 septembre 1985, SJ 1986 I 195 ; TF 5C.117/2005, SJ 2006 I 235 cons. 2.3 p. 242, DB 2007 n°8 p. 19. La doctrine approuve cette analogie. Pascal Pichonnaz a, à juste titre, relevé que "*l'art. 259d CO entend protéger le locataire contre des immiscions de manière comparable à ce qui prévaut pour le propriétaire en matière de droit de voisinage (...). Ainsi, la limite de tolérance peut être appréciée de manière comparable en tenant compte (1) de la situation et de la nature de l'immeuble (ville, campagne, développement urbain) et (2) de l'usage local* » (Pascal Pichonnaz, note concernant l'arrêt 5C.117/2005 du 16 août 2005 du TF, dans Droit du bail 2007 n° 8 ch. 8 p. 20). L'ouvrage *Mietrecht für die Praxis* approuve également cette application analogique des art. 679 et 684 CC (*Mietrecht für die Praxis*. 9^{ème} édition 2016 p. 254 ch. 11. 4.5.1.4). Maya Blumer applique également les règles du droit de voisinage (art. 684 CC) en cas de nuisances provenant de l'extérieur notamment du voisinage (Maya Blumer. *Gebrauchüberlassungsverträge. Miete, Pacht. Obligationenrecht - Besonderer Teil*. Edité par Wolfgang Wiegand Bâle 2012 n° 683 p. 205 et 206). Andreas Brunner, juge au Tribunal administratif du canton de Bâle-Campagne, confirme cette application analogique des art. 679 et 684 CC (Andreas Brunner. *Störungen der Mieterinnen und Mieter durch Immissionen, insbesondere Bau- und Verkehrslärm - zivil- und öffentlichrechtliche Rechte-helf und deren Durchsetzung (2. Teil)* MP 4/00/153 spéc. p. 155).

De même, si c'est « *l'attitude de tiers* » qui constitue le défaut, le bailleur peut agir. On pense en particulier à la violation du devoir de diligence par un locataire de l'immeuble. Elle peut devoir conduire à l'obligation du bailleur d'accorder une réduction de loyer au locataire perturbé par un autre locataire (causant p. ex. des bruits excessifs)²², mais le bailleur peut **agir contre ce locataire perturbateur** en résiliant son contrat de bail, en application de l'art. 257f CO.

On voit donc que, même dans la jurisprudence qui fait répondre le bailleur d'éléments extérieurs, **ces derniers sont toujours en lien avec la chose louée, soit parce qu'en provenance du voisinage, auquel cas les art. 679 et 684 CC font le lien avec le voisin perturbateur, soit parce qu'en lien avec un « tiers » locataire, auquel cas le lien permettant au bailleur d'agir est l'art. 257f CO.**

En revanche, **on ne trouve jamais de cas dans lesquels le bailleur devrait répondre d'un événement complètement extérieur à la chose louée, sans aucun lien, même de voisinage (art. 679 et 684 CC), avec celle-ci**²³.

Même dans le cas des réductions de loyer accordées à raison du bruit d'avions décollant et atterrissant, c'est uniquement parce qu'il y a un lien de proximité avec la chose louée que le bailleur y est parfois astreint. Ainsi, un propriétaire d'un bien immobilier proche de l'aéroport de Cointrin devra cas échéant indemniser son locataire, mais pour du bruit proche et lié à cet aéroport. Personne ne songerait à lui imputer le bruit de l'aéroport de Kloten. C'est donc toujours bien parce qu'il y a un lien de cause à effet entre un événement dans la proximité de la chose que le bailleur peut devoir en répondre. Mais pas s'il n'y a aucun lien ni proximité.

Et ce n'est que pure logique et justice.

11. En effet, comment justifier de faire supporter à une personne la responsabilité de quelque chose sur laquelle elle n'a absolument aucune influence, qui lui est totalement étrangère et ne la concerne pas ? C'est contraire au sens même de justice. **Même en cas de responsabilité objective**, le responsable potentiel a un **moyen d'agir, soit un moyen d'influencer** la situation.

²² TF 4A_32/2018 du 11 juillet 2018, dans lequel des locataires bruyants perturbaient le sommeil et la tranquillité des autres locataires de l'immeuble. Le bailleur a dû accorder une réduction de loyer.

²³ Dans l'arrêt 4A_476/2011 du 11 novembre 2011, le bailleur avait dû restituer des loyers payés par son locataire alors que la chose louée était totalement inutilisable. Il s'agissait d'un café-restaurant qui ne pouvait pas être exploité sans divers travaux incombant au propriétaire. Il s'est vu condamner à les exécuter et a dû restituer au locataire les loyers payés alors que l'établissement était fermé. C'est logique, étant donné qu'il était dans le pouvoir du propriétaire de faire ces travaux et qu'il aurait même dû les exécuter avant de mettre en location les locaux. Il était donc de sa responsabilité et de son fait de louer une chose en état de fonctionner pour l'usage prévu. Rien de pareil avec la pandémie Covid-19.

Par exemple, le propriétaire responsable de l'ouvrage en vertu de l'art. 58 CO peut éviter que ce dernier ne présente un défaut. Il peut entretenir son ouvrage, afin d'éviter que celui-ci ne présente des situations dangereuses, dont il devra répondre. Il a une possibilité d'influencer sa propre responsabilité et de faire en sorte qu'elle n'existe pas.

Lorsque les nuisances proviennent de l'immeuble dont le bailleur est propriétaire, ce dernier a une marge de manœuvre. Par exemple, s'il y a un locataire perturbateur qui cause des nuisances pour les autres habitants de l'immeuble, le propriétaire et bailleur peut résilier le bail du perturbateur en vertu de l'art. 257f CO et l'évacuer de l'immeuble.

Il a une possibilité d'agir et d'influencer la situation. S'il ne le fait pas, on peut comprendre qu'il doive répondre des immissions constitutives d'un défaut et octroyer le cas échéant des réductions de loyer à ses autres locataires incommodés.

En revanche, il serait tout à fait contraire au plus élémentaire sens de la justice que de vouloir faire assumer au propriétaire/bailleur les conséquences financières découlant d'une pandémie mondiale. C'est pourtant ce à quoi tendent les avis de droit délivrés à l'Asloca.

12. De surcroît, les avocats de l'Asloca accordent à la notion de responsabilité causale une **portée qu'elle n'a pas**. Ainsi, ce n'est pas parce que tel responsable le sera indépendamment de toute faute qu'il doit répondre de tout et n'importe quoi.

A côté du régime ordinaire de la responsabilité aquilienne (pour faute, art. 41 ss CO), le législateur a prévu plusieurs dispositions spéciales, applicables à des situations particulières. On parle de **responsabilité objective ou causale**. Il y a *responsabilité objective simple* dans le cas où le responsable a objectivement violé un devoir général de diligence, sans pour autant nécessairement commettre une faute. On trouve notamment la responsabilité de l'employeur (art. 55 CO), celle du chef de famille (art. 333 CC), celle du propriétaire d'immeuble (art. 679 CC), celle du détenteur d'animaux (art. 56 CO), celle du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO). Ces derniers doivent exercer une certaine surveillance sur des personnes ou des choses afin d'éviter la survenance d'un préjudice. On leur impose logiquement une responsabilité plus stricte dès qu'il y a violation de ce devoir.

Il existe aussi les responsabilités fondées sur un risque inhérent à l'exercice d'une activité, qu'on appelle *responsabilités objectives aggravées*. Il s'agit de la responsabilité du détenteur d'un véhicule automobile (art. 58 ss LCR), de l'exploitant d'une installation électrique (art. 27 ss LIE), de l'exploitant d'une entreprise de chemin de fer (art. 1 ss LRespC), de l'exploitant d'une installation

nucléaire (art. 3 ss LRCN). La particularité de ces responsabilités objectives aggravées provient du fait qu'elles n'impliquent pas nécessairement la violation d'un devoir de diligence. Il suffit qu'une personne réalise un certain état de chose entraînant un danger particulier pour que la loi l'oblige à réparer²⁴.

Dans tous ces cas de figure, le responsable l'est, sans faute, parce qu'il est propriétaire d'un animal, d'un immeuble, d'un ouvrage, d'un véhicule, d'un chemin de fer, d'une centrale nucléaire. Il y a donc **un fondement objectif à sa responsabilité**. Il y a un lien entre un cet élément objectif et son éventuelle responsabilité.

En revanche, aucun de ces responsables objectifs ne devra répondre d'un événement qui est sans aucun lien avec son animal, son immeuble, son ouvrage, son véhicule, son chemin de fer, sa centrale nucléaire. Pour la situation qui nous occupe (pandémie COVID-19), aucun d'eux ne saurait se voir imputer une responsabilité quelconque, étant donné que cet événement est sans aucun rapport avec eux, la personne, la chose, l'entreprise, l'activité dont ils ont à répondre.

C'est pourtant ce que tentent de faire les avocats de l'Asloca avec le bailleur. L'événement (pandémie) est sans aucun lien avec l'immeuble abritant le commerce fermé. Par conséquent, il est totalement étranger à une quelconque responsabilité, fût-elle causale, du bailleur.

13. Jusqu'où ira-t-on à vouloir systématiquement faire assumer à un tiers (en l'occurrence au propriétaire/bailleur) tout et n'importe quoi ?

Reprochera-t-on un jour au bailleur la présence dans l'objet loué d'ondes électromagnétiques potentiellement nuisibles à la santé (Wifi, smartphone, 4 ou 5G, etc.), c'est-à-dire l'électrosmog, thème à la mode²⁵ et lui réclamera-t-on des réductions de loyer ou encore des dommages-intérêts pour atteintes à la santé ?

Voudra-t-on rendre le bailleur responsable des effets du changement climatique ? Ou des effets de la chute d'une météorite ? Ou encore du fait qu'un jour, dans le futur et afin de diminuer les coûts de la santé qui augmentent/explosent chaque année, des décisions politiques pourraient aboutir à interdire les sports à risque, tels que le ski, les sports d'escalade et de montagne, etc. Par effet ricochet, un magasin de vente d'articles de sport liés

²⁴ Pierre Tercier. Le droit des obligations. 3^e éd. Zurich 2004, p. 339-340 ; Pierre Engel. Traité des obligations en droit suisse. 2^e éd. Berne 1997, p. 471, 531 et 545 ; Franz Werro. La responsabilité civile. 3^e éd. Berne 2017, p. 13-14. ; Basler Kommentar, 7^e éd. Bâle 2020 N 1 ad art. 41 CO p. 358.

²⁵ Voir parmi bien d'autres émissions ou articles, RTS, Temps présent, *Etre connecté peut nuire gravement à la santé*, 18 mai 2017.

au ski, au sport de montagne, etc. n'aura plus de clients et devra fermer boutique. Voudra-t-on en rendre responsable le bailleur ?

Ces exemples pourraient être qualifiés d'absurdes. Ils ne le sont pourtant pas moins que la tentative de l'Asloca de faire supporter au bailleur la perte économique du locataire, par le biais de la suppression de son obligation de payer le loyer durant la fermeture imposée par le Conseil fédéral.

Risque économique, imprévision

14. Le **risque économique ou d'entreprise** appartient au locataire, commerçant, artisan, cafetier-restaurateur, etc. C'est lui qui a fait le choix d'exploiter un commerce, un atelier, un restaurant, etc.²⁶. C'est un choix et il doit l'assumer. Dans toute situation, il y a des gagnants et des perdants.

Parmi les gagnants, en l'espèce, il y a tous les pharmaciens, fabricants de produits médicaux, de désinfection, d'hygiène, commerces de comestibles, entreprises de pompes funèbres, etc., puisqu'ils restent ouverts et voient leurs chiffres d'affaires croître de manière extraordinaire, à raison de la pandémie. Imagine-t-on de permettre au bailleur de réclamer à ce type de locataires de participer aux gains et bénéfices qui vont exploser à raison de la pandémie ²⁷?

La chose louée n'est pas concernée en tant que telle par les décisions du Conseil fédéral. **C'est bien tel ou tel type d'activités, professions, métiers, qui est visé, parce qu'ils impliquent la réunion de plusieurs personnes, au moins deux, dans un espace restreint et que c'est cette proximité qui propage le virus, ce que l'on veut éviter**²⁸. L'art. 6 al. 2 de la modification du 16 mars 2020 de l'Ordonnance 2 COVID-19 l'énonce très clairement.

On ne saurait faire assumer à un tiers, en l'occurrence au bailleur, les risques d'avoir choisi d'exercer tel ou tel métier, telle ou telle activité professionnelle ou commerciale. Cela serait totalement exorbitant du sentiment de justice le plus élémentaire.

²⁶ Celui qui se lance dans l'aventure de la libre entreprise doit en assumer les hauts et les bas (Nicolas Saviaux. *Les difficultés économiques de l'employeur et l'assurance-chômage*. Thèse de doctorat. Lausanne 1993, p. 57.58).

²⁷ Si le contrat de bail a prévu un loyer en fonction du chiffre d'affaires, cela sera le cas et le bailleur aurait du reste aussi perçu moins de loyer, dans le cas d'un locataire dont le chiffre d'affaires serait impacté à la baisse à raison de la pandémie. En revanche, pour un bail standard, le bailleur ne touchera pas davantage de loyer, même si le chiffre d'affaires de son locataire a décuplé à raison de la pandémie.

²⁸ A l'inverse, un métier, une profession, une activité qui n'impliquent pas la réunion de personnes dans un espace restreint ou qui permettent de maintenir la distance de deux mètres entre êtres humains ne sont pas visées par les mesures gouvernementales.

15. La théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*) n'est pas applicable en matière de bail à loyer, car absorbée par l'art. 266g CO²⁹. En outre et selon la Haute Cour, "*le bailleur ne garantit pas, sauf promesse spéciale, l'immutabilité des circonstances environnantes*"³⁰.

Il peut y avoir des changements, le monde étant impermanent par définition. Sauf preuve contraire, aucun des bailleurs concernés actuellement n'a garanti à son locataire que ce qui se passe aujourd'hui (pandémie entraînant la fermeture des commerces, etc.) ne surviendrait jamais.

16. Malgré l'ordre de fermeture de certains locaux, liés à des activités librement choisies par tel ou tel locataire, la chose louée demeure exempte de défaut et parfaitement utilisable. D'ailleurs, les locataires qui prétendent à la suppression du loyer **ont-ils restitué** la chose louée et ses clés au bailleur ?

Non. Ils ont conservé l'usage de la chose louée. Elle continue d'abriter leurs biens (tout le matériel nécessaire au commerce) et marchandises, etc.

Or, le contrat de bail n'est rien d'autre que la mise à disposition de l'usage d'un bien en échange du paiement d'un loyer³¹. Cette mise à disposition perdue, le locataire étant encore en possession de la chose louée. Partant, le paiement du loyer continue d'être dû.

Les arguments de l'Asloca tirés de l'impossibilité impliqueraient que les locataires aient restitué la chose louée et les clés, ainsi que vidé cette dernière³². Tel n'est manifestement pas le cas, les locataires sachant très bien que la situation n'est que passagère et voulant reprendre leur exploitation dès la levée des mesures.

Dans l'intervalle, ils doivent payer le loyer convenu (*pacta sunt servanda*), le risque économique lié à leur activité leur incombant.

Justice et équité

17. Dans son avis de droit du 1^{er} avril 2020, Me David Lachat invoque en premier lieu des raisons d'équité et de justice. Or, les conclusions des milieux locataires aboutissent à accorder au locataire le droit de ne pas payer son loyer. **Sans se soucier le moins du monde de savoir ce que représente le loyer pour un propriétaire.**

²⁹ Voir l'avis de droit de Me Marc Iynedjian, en p. 7.

³⁰ ATF 135 III 345 cons. 3.3, p. 348 4^{ème} paragraphe *in fine*.

³¹ C'est la définition même du bail à loyer, selon l'art. 253 CO (Lachat, op. cit., p. 54).

³² Ou bien déclaré au bailleur qu'il fait déréliction des meubles la garnissant, le bailleur pouvant ainsi en disposer librement.

La plus grande partie des propriétaires immobiliers ont des charges hypothécaires à payer chaque mois ou chaque trimestre, des primes d'assurance à régler, des coûts d'entretien à assumer, etc. Pour bon nombre de propriétaires privés, le loyer perçu représente leur revenu³³. Que dire des propriétaires institutionnels (caisses de pension, compagnies d'assurance, SUVA, établissements cantonaux d'assurance contre l'incendie, etc.), qui ont besoin des loyers pour assurer le régulier paiement des rentes, pensions, indemnités à leurs pensionnés, assurés, affiliés, etc. ?

Il est irréfléchi de parler de justice et d'équité sans même imaginer l'effet domino que pourrait induire la thèse des milieux locataires, si elle était suivie.

En revanche, l'on ne peut que souhaiter que, l'aspect juridique mis de côté (*pacta sunt servanda*, les loyers sont dus), les aides promises par les collectivités publiques, puissent servir en particulier à décharger les locataires impactés de leurs charges de loyer, cela par un paiement direct du loyer aux propriétaires. Cette solution garantirait que l'aide consentie soit utilisée à bon escient et, surtout, reste dans le circuit des échanges économiques usuels³⁴.

De même, il est de bon aloi de chercher des arrangements et des compromis, entre locataires et propriétaires concernés. D'ailleurs, spontanément, les milieux propriétaires ont affirmé vouloir faire preuve d'un esprit d'ouverture, ont prôné la discussion au cas par cas, ainsi que manifesté le souhait de trouver des arrangements et compromis³⁵.

Mais, la position soutenue par les milieux locataires dès l'avis de droit du 23 mars 2020, indiquant de manière péremptoire que la chose louée est entachée d'un défaut et que le locataire est exempté de payer son loyer, va clairement à l'encontre de l'esprit de compromis et ne favorise pas la discussion, puisqu'elle fait croire au locataire concerné qu'il est dans son bon droit en cessant de payer le loyer.



Ainsi fait à Lausanne, les 31 mars, 2 et 6 avril 2020

Nicolas Saviaux, av.

³³ Nombreux sont les propriétaires d'un seul bien immobilier, qui représente son avoir de retraite. Les loyers sont leur seul revenu, à côté de la rente AVS.

³⁴ Le loyer étant payé au propriétaire, celui-ci peut à son tour payer ses charges hypothécaires, la banque percevant son dû et pouvant à son tour jouer son rôle. La caisse de pensions paie les rentes et pensions qu'elle doit. Le propriétaire paie ses assurances. Et ainsi de suite.

³⁵ Certaines collectivités publiques ont même renoncé aux loyers de leur patrimoine immobilier durant cette période.