



CDL - Avocats

etude@cdla.ch  
Rue Saint-Ours 5  
CH-1205 Genève  
T. +41 22 807 31 10  
F. +41 22 807 31 11

Avocats au Barreau de Genève

Monsieur  
Carlo SOMMARUGA  
Président  
ASLOCA  
Par email

Genève, le 1<sup>er</sup> avril 2020

### **Avis de droit de Me Marc IYNEDJIAN**

Monsieur le Président,

Vous avez sollicité mon opinion à propos de l'avis de droit donné le 28 mars 2020 par Me Marc IYNEDJIAN à la Fédération romande Immobilière et publié lundi dernier sur le site Internet de celle-ci.

Voici donc mes remarques.

1. Le droit n'est qu'un instrument au service de l'équité et de la justice. Avant de s'accrocher à des arguments juridiques, il faut toujours se demander dans une situation donnée quelle serait la solution juste en équité.

La solution préconisée par Me IYNEDJIAN ne me paraît ni juste, ni équitable. Elle fait porter au locataire commerçant l'entier des conséquences du coronavirus: il doit assumer son loyer, sans pouvoir faire usage des locaux loués, et en plus il doit supporter sa perte commerciale.

Le bailleur, de son côté, ne subirait, selon l'avis de droit, aucune conséquence économique du coronavirus, alors que ce mal bouleverse l'activité économique en général, sans que ni les bailleurs, ni les locataires n'en soient évidemment responsables.

Face à la pandémie de coronavirus l'équité et la solidarité exigent à nos yeux que le fardeau économique soit équitablement réparti entre les partenaires au contrat de bail.

Les aides prévues ou envisagées par la Confédération devraient servir à alléger le fardeau du bailleur ou du locataire, si la solution équitable que nous préconisons en application des art. 259d et 259e CO n'apporte pas un remède suffisant.

#### A. Défaut de la chose louée

2. Les dispositions légales actuelles prévoient une solution en équité en cas de défaut de la chose louée qui ne trouve pas sa source dans la faute de l'une des parties.

Le bailleur doit consentir une réduction ou une exonération du loyer, puisque l'art 259d CO instaure une responsabilité causale, ne présupposant aucune faute du bailleur.

Le locataire de son côté doit assumer ses pertes commerciales, conformément à l'art. 259e CO. Cette norme permet en effet au bailleur de se libérer de son obligation de payer des dommages-intérêts, en démontrant qu'il n'a commis aucune faute.

3. L'ordonnance 2 COVID-19 n'a en rien changé la réglementation du CO sur les défauts de la chose louée. Celle-ci demeure en vigueur telle quelle.

Le Conseil fédéral n'a en effet pas modifié les art. 258 à 259i CO, contrairement à qu'il a fait à propos du délai comminatoire de l'art. 257d al. 1 CO<sup>1</sup>.

4. Le régime des art. 259d et 259e CO en tant qu'il fait supporter au bailleur des réductions ou des dispenses de loyer dues à des événements extraordinaires n'est en rien insolite.

Par exemple, l'art. 13 LBFA dispose que si, temporairement, le rendement habituel est notablement diminué par suite d'accident ou d'événement naturel extraordinaire, le fermier peut exiger une remise appropriée du fermage pour une période déterminée. Ou bien l'art. 299b al. 2 CO dispense le fermier à la fin du bail de restituer les objets portés à l'inventaire s'il prouve qu'ils ont péri par force majeure.

Ou bien encore l'art 288 al. 1 let. b CO fait bénéficier le fermier des art. 259a à 259i CO lorsqu'apparaissent des défauts qui ne lui sont pas imputables, auxquels il n'est pas tenu de remédier à ses frais ou lorsqu'il « *est empêché d'user de la chose conformément au contrat* ».

---

<sup>1</sup> Ordonnance sur l'atténuation des effets du coronavirus en matière de bail à loyer et à ferme du 27 mars 2020 (RS 221.213.4), art. 2.

En tant qu'instaurant une responsabilité causale toutes ces normes, comme l'art. 259d CO, font supporter au bailleur les conséquences de faits extraordinaires, dont aucune des deux parties n'est responsable.

A cet égard, le régime des art. 259d CO et 197ss CO, en particulier 205 CO (défaut de la chose vendue), est le même<sup>2</sup>.

5. Me IYNEDJIAN affirme que le bailleur ne saurait être lié par des mesures qui portent sur des éléments sur lesquels il n'a aucune emprise (*cf.* Avis de droit p. 3 *in fine* et p. 4 au sommet).

Or, la doctrine et la jurisprudence soulignent de manière unanime que la réduction ou la suppression du loyer est due même si le bailleur n'a aucune prise sur le défaut<sup>3</sup> ou si le défaut est irréparable<sup>4</sup>.

C'est le propre d'une responsabilité causale, non fondée sur la faute.

Il est ainsi couramment jugé que le bailleur doit réduire le loyer en raison des nuisances provenant d'un chantier voisin, même si le maître d'ouvrage respecte les règles de la police des constructions. Me IYNEDJIAN l'admet à bon escient et contredit de la sorte son affirmation précédente.

Autre exemple: le bailleur doit réduire le loyer de ses locataires qui habitent un immeuble à proximité d'un aéroport où les avions dépassent les normes de bruit communément admises, et dont il n'est pas imaginable d'interrompre l'activité.

Ou bien encore, le locataire a droit à une réduction du loyer lorsque d'autres locataires de l'immeuble se disputent constamment et occasionnent des désagréments à leurs voisins, ou les agressent<sup>5</sup>

Autant de situations où le bailleur n'a aucune prise sur le défaut, mais pour lesquelles il doit consentir une réduction, voire une dispense de loyer.

6. Le défaut de la chose louée peut être juridique et notamment résulter de **réglementations de droit public affectant la prestation du bailleur** vis-à-vis du locataire.

<sup>2</sup> BSK-WEBER ad Art. 259d CO N°2.

<sup>3</sup> TF 4C.219/2015 du 24.10.2015 consid. 4.2; CPra Bail-AUBERT ad art. 259d N°13 et réf. cit; HIGI/WILDISEN ad art. 259 CO N°9; TSCHUDI SVIT-Kommentar ad Art. 259d CO N°17.

<sup>4</sup> TSCHUDI, *Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen*, 2005 p. 40; ZÜST, *Die Mietzinsherabsetzung bei Mängeln am Beispiel des Fluglärms*, MP 2003 p.158; TSCHUDI SVIT-Kommentar ad art. 259d CO N°17.

<sup>5</sup> DB 2005 N°11; MP 2011 p.214ss; TF, 4A\_132/2017 et 4A\_140/2017 du 25.09.2017.

L'exemple classique opportunément cité à par Me IYNEDJIAN est celui des normes d'aménagement du territoire interdisant l'affectation de certains locaux à une activité commerciale (les locaux sont réservés à la seule habitation) ou limitant le type d'activité admise (plans d'utilisation du sol).

Il en va de même des normes du droit de la construction exigeant que les locaux loués soient pourvus de certaines installations (sorties de secours pour les établissements publics). Ces normes s'adressent au bailleur. S'il ne s'y conforme pas, il est en faute et doit réduire ou supprimer le loyer.

7. D'autres **règlementations de droit public concernent le locataire**. Leur respect est de sa responsabilité. Par exemple, le restaurateur doit être au bénéfice d'un certificat de capacité. Le commerçant doit respecter des horaires d'ouverture; il ne doit pas vendre des produits interdits à la consommation ou périmés. S'il ne se soumet pas à ces règles, le locataire est en faute et ne peut pas prétendre bénéficier de la garantie des défauts.
8. Reste une troisième catégorie de **règlementations de droit public qui concernent l'ensemble de la population** ou à tout le moins qui ne s'adressent pas spécifiquement au bailleur ou au locataire. Ce sont en particulier les restrictions en cas de guerre ou les restrictions sanitaires en cas de pandémie.

La littérature juridique ne s'est guère concentrée sur ces réglementations de droit public, vu leur caractère heureusement exceptionnel<sup>6</sup>.

Néanmoins si l'on applique le principe de la responsabilité causale de la réduction du loyer (art. 259d CO, ci-dessus ad 3), force est d'admettre que le bailleur assume les conséquences de ces règles de droit public s'adressant à l'ensemble de la population<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> En 2014, nous avons considéré que des raisons sanitaires externes à un café-restaurant qui en exigent la fermeture correspondent à une impossibilité objective de faire usage de la chose louée (art. 119 CO). Si elle n'est que passagère, cette impossibilité doit être traitée comme un défaut de la chose louée : Lachat, *Le bail des café-restaurants*, 18<sup>ème</sup> Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 2014, page 236 N°32.

<sup>7</sup> On citera utilement un récent avis de droit de Me Luca MEIER, qui se déclare pourtant avocat de bailleurs exclusivement (ROMEO & ZIEGLER, Rechtsanwälte, Zurich): « ...eine Epidemie bzw Pandemie, welche zu ämtlich angeordneten Quarantänen oder Betriebsschliessungen führt, kann wohl als höher Gewalt eingestuft werden. Ob dadurch der Gebrauch des Mietobjekts bzw. Geschäftsbetrieb eingeschränkt oder verunmöglicht wird, ist jedoch dennoch nach den konkreten Umständen zu beurteilen. Müssen aufgrund von behördlichen Anordnungen ganze Betriebe zwingend geschlossen werden ( z. B. Restaurants, Bars , Clubs, Kinos, Verkaufsgeschäfte etc. ) dann liegt wohl **ein klarer Mangel** vor, denn der Gebrauch des Mietobjekts wird nicht bloss gestützt auf höhere Gewalt, sondern konkret auf Veranlassung einer Drittpartei ( Bund oder Kanton) schlicht verunmöglicht. Das Mietobjekt kann seine Funktion nicht erfüllen . Dem geschäftstüchtigsten Mieter ist est nicht mehr möglich Geld zu verdienen ».

WEBER le dit expressément: « *Ergeht ein öffentlich-rechtliches Verbot der Weiterbenützung, so entstehen nach den allgemeinen Regeln vertragliche Minderungsansprüche* »<sup>8</sup>.

A l'inverse, le locataire ne peut pas prétendre faire supporter par le bailleur ses pertes commerciales engendrées par ces mêmes règles de droit public à destination de l'ensemble de la population, l'art. 259e CO reposant sur la faute du bailleur, manifestement inexistante en cas de guerre ou de pandémie.

9. En ordonnant la fermeture provisoire de certains commerces, l'art. 6 al. 2 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020 vise clairement à lutter contre la pandémie et s'adresse à la population et aux autorités (titre de l'ordonnance; art. 1; titre de la section 3).

Il est donc raisonnable de considérer que cette Ordonnance ne s'adresse pas plus spécifiquement au bailleur qu'au locataire. Elle tombe clairement sous la troisième catégorie de mesures de droit public mentionnée ci-dessus ad 6.

10. Contrairement à notre Confrère (*cf.* Avis de droit, fin du 1<sup>er</sup> paragraphe) nous ne pensons pas que notre solution découlant de l'art. 259d CO renverse la répartition des risques entre les parties au bail.

Les risques traditionnels du bailleur résident dans son incapacité à relouer ses locaux vacants en période d'abondance de tels objets sur le marché. De même, le bailleur encourt un risque en cas d'insolvabilité de certains de ses locataires, incapables de payer leur loyer. Enfin, comme aujourd'hui, le risque du bailleur peut aussi résider dans une impossibilité non fautive de mettre à disposition de ses locataires des locaux aptes à l'exercice de l'activité spécifique prévue par le bail, ou convenue tacitement entre les parties.

Pour sa part, le locataire commerçant assume le risque de subir des pertes commerciales. En ordonnant la fermeture provisoire de certains commerces l'art. 6 al. 2 de l'Ordonnance 2 COVID-19 empêche en effet le locataire de percevoir des revenus. Dans la meilleure des hypothèses, ses revenus s'en trouvent considérablement diminués. Dans une juste répartition des risques le locataire doit assumer ses pertes commerciales.

Si l'on adoptait la solution préconisée par Me IYNEDJIAN, qui fait supporter au seul locataire toutes les conséquences économiques du coronavirus, la répartition des risques entre bailleur et locataire s'en trouverait inégalement bouleversée.

---

<sup>8</sup> BSK-WEBER ad Art 253 CO N°4.

11. Il ne suffit pas que la chose louée soit tenue à la disposition du locataire pour qu'il n'y ait pas de défaut (*cf.* Avis de droit p.5, 2ème paragraphe)<sup>9</sup>. Par exemple, un local commercial que le bailleur continue à mettre à disposition du preneur est défectueux lorsque le bruit du chantier sis sur un fond voisin empêche le locataire d'y exercer normalement son activité commerciale.
12. Il est inexact de prétendre que les mesures instaurées par l'Ordonnance 2 COVID 19 seraient « sans rapport direct » avec la chose louée (*cf.* Avis de droit p. 3 *in fine*).

En effet, ces mesures affectent l'usage possible des locaux prévu par le contrat de bail (art 256 al. 1 CO). Un bail commercial doit à l'évidence permettre au locataire de faire du commerce, c'est-à-dire d'exercer une activité lucrative.

En ordonnant la fermeture de certains commerces, l'ordonnance prive leurs locataires de la faculté d'exercer l'activité pour laquelle ils les ont loués.

Comment imaginer une atteinte plus directe à la chose louée ?

13. L'avis de droit s'attarde sur un arrêt Migros (ATF 62 II 42). Or cette décision ne porte pas sur l'application des règles sur les défauts de la chose louée, mais sur l'impossibilité objective subséquente d'exécution (art. 119 CO)<sup>10</sup>. Mais il est vrai que le défaut peut consister dans une impossibilité objective partielle (temporaire) d'utiliser les locaux loués.

Dans cette cause tranchée en 1933, la Migros a invoqué son impossibilité d'exploiter les locaux. Elle faisait valoir que le Grand Conseil vaudois avait temporairement interdit sur son territoire l'ouverture de succursales de la Migros. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y avait pas d'impossibilité objective

<sup>9</sup> Pareil argument est mis en avant par WENGER PLATTNER dans un récent avis de droit, mais avec beaucoup plus de nuance : « *Schuldet der Vermieter ein Restaurant oder Ladengeschäft, welches dem Publikum zugänglich sein muss?*

*Diese Frage ist offen und wir gehen davon aus, dass ein Gerichtsentscheid in beide Richtungen gefällt werden kann, ohne dass er grob rechtsfehlerhaft wäre.*

*Einerseits kann argumentiert werden, eine effektive, faktische Nutzbarkeit des Mietobjektes zum vertraglich vereinbarten Gebrauch (gemäss dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck, z.B. Restaurant) sei geschuldet, womit es aktuell an der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes fehlen würde.*

*Andererseits kann man sich auf den Standpunkt stellen, das Mietobjekt bzw. die Räumlichkeiten stünden dem Mieter ja zur Verfügung, wodurch der Vermieter seine Gebrauchsüberlassungspflicht erfülle. Der Vermieter sei nicht verpflichtet, das Mietobjekt frei von öffentlich-rechtlichen Einschränkungen, z.B. aufgrund des Epidemiengesetzes, zu halten ».*

A nos yeux, si vraiment ces deux solutions sont juridiquement soutenables, l'argument de l'équité (ci-dessus ad 1) est décisif.

<sup>10</sup> En retenant la thèse que les mesures prises par la Confédération pour lutter contre le coronavirus constituent une impossibilité objective partielle (passagère) au sens de l'art. 119 CO, on aboutirait un résultat semblable au nôtre.

d'exploitation, car le bail ne comportait aucune destination précise pour les locaux, ceux-ci étant destinés à un dépôt, entrepôt, bureau, etc<sup>11</sup>.

Au demeurant, un autre arrêt ancien du Tribunal fédéral considère que doit être libéré du paiement de son loyer un dentiste dont l'activité est devenue impossible en raison d'une nouvelle législation cantonale interdisant la dentisterie dans le chalet loué. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a libéré la locataire du paiement du loyer, au motif que la destination professionnelle des lieux avait été clairement stipulée dans le contrat (ATF 57 II 532).

De même, *in* ATF 48 II 366 le Tribunal fédéral a admis de libérer un fabricant de son obligation de payer la fourniture d'électricité convenue avec les Forces motrices locales, au motif que sa fabrique avait brûlé et que provisoirement il n'avait plus besoin d'électricité jusqu'à la reconstruction du bâtiment.

14. A noter que d'autres auteurs<sup>12</sup>, citant les trois arrêts du Tribunal fédéral mentionnés ci-dessus, arrivent, eux, à la conclusion que si le contrat précise la destination des locaux, son locataire peut prétendre à une réduction proportionnelle de son loyer, en raison des mesures de fermeture imposée par l'art. 6 al. 2 de l'Ordonnance 2 COVID-19, moyennant une nuance: le locataire ne doit pas être dispensé de tout le paiement du loyer, si les locaux conservent une utilité partielle (par exemple à usage de dépôt).

Nous partageons l'avis de ces auteurs qui invitent les parties à analyser le contenu du bail. Si son texte écrit dit seulement qu'ils sont destinés à un usage commercial, il faut encore se demander si dans les faits cette affectation commerciale au sens large a été précisée et en particulier si l'affectation concrète a été admise, sans remarque ni protestation par le bailleur. Si dans les faits<sup>13</sup>, le locataire a exploité dans les locaux un magasin de fleurs, le bailleur commettrait à nos yeux un abus de droit en prétendant, longtemps après le début de la location, que l'usage des lieux qu'en fait le fleuriste n'était pas celui prévu par le bail.

<sup>11</sup> ATF 62 II 42 consid. 1. On ne s'empêchera pas de voir dans cet arrêt un reflet de ce temps (1933) où la Migros était *persona non grata* chez nous.

<sup>12</sup> VISCHER/HAEFELI/GALLI (WALDER WYSS avocats), *Auswirkungen der bundesrätlichen Veranstaltungs- und Betriebsverbote auf Mietverträge*, Newsletter N°137, mars 2020.

<sup>13</sup> WENGER et PLATTNER dans leur avis de droit (p. 1) relèvent à juste titre que la destination des locaux « *eine ausdrückliche oder implizite sein kann* ».

## **B. Exécution intolérable du contrat**

15. Les remarques générales de Me IYNEDJIAN sur le pouvoir du juge d'intervenir dans le contrat (cf. Avis de droit p. 6, 1<sup>er</sup> paragraphe) correspondent à la pratique générale et à la théorie de l'imprévision. Il en va de même de la remarque consistant à rappeler qu'il faut tenir compte du cas concret et de la situation personnelle des deux parties (*ibidem*, 3<sup>ème</sup> paragraphe).
16. La gravité du déséquilibre du contrat dépendra, il est vrai, de la durée de l'interdiction d'ouvrir les commerces (cf. Avis de droit p. 6, dernier paragraphe), mais aussi de l'importance des sacrifices de chacune des parties.

A cet égard, il faudra notamment prendre en considération le fait que les bailleurs ne sont pas tous à la même enseigne. Pour la plupart d'entre eux les états locatifs ne concernent que très partiellement des commerces fermés en raison des mesures liées au coronavirus. Ces bailleurs continuent à percevoir les loyers des habitations, des bureaux et des commerces qui demeurent ouverts en période de pandémie. Rares doivent être les bailleurs qui, selon la solution que nous préconisons, perdraient provisoirement la totalité ou une grande partie de leur état locatif.

17. Nous ne pouvons en revanche pas suivre Me IYNEDJIAN lorsqu'il affirme que l'art. 266g CO exclut d'une manière générale l'application au droit du bail de la *clausula rebus sic stantibus*<sup>14</sup> (théorie de l'imprévision; cf. Avis de droit page 6).

L'art. 266g CO est une norme spéciale interdisant l'application de la théorie de l'imprévision **pour la résiliation du bail**, ce que disent les avis de doctrine cités par mon Confrère.

En revanche, la théorie de l'imprévision permet au juge d'intervenir dans le contrat pour rétablir l'équilibre entre les prestations des parties (mise à disposition des locaux pour un usage conforme au contrat/loyer).

Ici il n'est question que de cela, et non pas de la résiliation du bail.

---

<sup>14</sup> Cette opinion, à nos yeux erronée, semble partagée par HIGI ad art. 266g CO N° 26. Elle est réfutée par la doctrine majoritaire : ZK-Jäggi /Gauch /Hartmann, ad. art. 18 CO N° 792 et les réf. citées.

### **Conclusion**

18. L'équité et le droit devraient amener les bailleurs à renoncer spontanément au loyer ou à accorder une forte réduction de celui-ci, selon les circonstances, tant que l'art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19 ordonne la fermeture de certains commerces, et pour ceux-ci seulement.

Si nécessaire la collectivité publique devrait aider les bailleurs qui perdraient de ce fait une trop grande partie de leur état locatif.

De leur côté, les locataires peuvent prétendre être exonérés de tout ou partie du loyer, selon l'utilité résiduelle des locaux malgré leur fermeture au public, en se prévalant en dernier ressort devant les tribunaux de l'art. 259d CO, voire de la théorie de l'imprévision.

Les bailleurs n'ont pas à assumer les pertes commerciales de leurs locataires. Ces derniers devraient en revanche selon les circonstances pouvoir bénéficier d'aides publiques.

Votre bien dévoué,



David LACHAT