unine
Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Analyse de l'arrêt JTBL/565/2021

Tatiana Gurbanov, Avocate spécialiste FSA droit du bail

JTBL/565/2021, 28 juin 2021

Thèmes : *Défaut, Loyer*
Lois : *Art. 256 CO, Art. 119 CO, Art. 259a CO, Art. 266g CO, Art. 2 CC*

Newsletter Bail.ch septembre 2021

16 septembre 2021

Le sort de l'obligation de payer le loyer des locaux commerciaux fermés à la suite du prononcé des mesures destinées à lutter contre l'épidémie COVID-19

I. Objet de l'arrêt

Le Tribunal des baux et loyers de la République et Canton de Genève traite, pour la première fois, d'une demande en réduction de loyer formée par les locataires d'un local commercial fermé à la suite du prononcé des mesures cantonales et fédérales de lutte contre la propagation de l'épidémie COVID-19.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Par contrat de transfert du bail du 17 février 2016, A SA et B sont devenus colocataires de locaux commerciaux d'environ 413 m^2 situés entre le sous-sol, le rez-de-chaussée et le premier étage d'un immeuble dont C est propriétaire.

Le bail transféré a été conclu en janvier 2013 pour une durée de dix ans échéant au 31 décembre 2022.

Les parties ont convenu de destiner les locaux à un usage commercial de café/restaurant, sans autre précision particulière.

Enfin, le loyer pour cet objet, réputé indexé à l'indice suisse des prix à la consommation dès le 1er janvier 2020, a été fixé en dernier lieu à CHF 162'000.- par an.

Les locataires exploitent depuis le transfert du bail un restaurant italien et emploient, dans le cadre de leur activité, neuf personnes.

En date du 16 mars 2020, en vertu de l'article 7 de la loi sur les épidémies, le Conseil fédéral a décrété l'état d'urgence. Il a arrêté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le Coronavirus (COVID-19), dont l'article 6 prévoit que les établissements publics sont fermés jusqu'au 19 avril 2020. Après une période de réouverture des restaurants sous certaines conditions, notamment la limitation à quatre personnes par table à compter du 11 mai 2020 jusqu'au 6 juin 2020, le Conseil fédéral, a à nouveau, interdit d'exploiter les établissements de restauration à compter du 22 décembre 2020 à minuit.

Le Conseil d'Etat du Canton de Genève a rendu un arrêté instituant des mesures contre la

propagation de l'épidémie COVID-19 à l'instar de la fermeture, dès le 16 mars 2020, des entreprises vouées à la restauration et/ou au débit de boissons. La disposition d'urgence prévoyait néanmoins que les entreprises visées pouvaient poursuivre les activités pour autant que les mets ne soient pas consommés sur place. Une nouvelle fermeture a été ordonnée, au niveau cantonal, dès le 2 novembre 2020 et jusqu'au 10 décembre 2020, les services à l'emporter et de livraisons demeurant toutefois toujours réservés.

Le jour même du prononcé des premières mesures soit le 16 mars 2020, les locataires ont sollicité une réduction de loyer de 100% auprès de leur bailleur, lequel a immédiatement proposé que le paiement du loyer d'avril soit différé et qu'un arrangement de paiement soit mis en place. Il ressort de l'état de fait que les locataires ont en outre formulé une demande de réduction de l'horaire de travail pour l'ensemble des employés auprès de l'assurance chômage. Dès avril 2020, à tout le moins, les locataires ont en outre proposé un service de livraison à domicile et de plats à l'emporter.

Par requête formée auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyer le 27 mars 2020, assortie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, les locataires ont sollicité une réduction de 100% du loyer à compter du 16 mars 2020 et pour la durée de la fermeture. Subsidiairement, ils ont conclu à ce que « le Tribunal dise que le loyer pour les locaux concernés est supprimé à compter du 16 mars 2020 et ce, pour la durée de la fermeture de l'établissement, soit jusqu'au 11 mai 2020 » et, cela fait, qu'il « exonère les locataires du paiement de tout loyer », pendant ladite période. Non conciliée, la cause a été portée par-devant le Tribunal des baux et loyers.

Les locataires ont été déboutés de leurs requêtes en mesures provisionnelles et superprovisionnelles.

Lors de l'audience de débats d'instruction, les locataires ont amplifié leurs conclusions initiales en concluant, sur faits nouveaux, à ce que le Tribunal réduise le loyer de 100%, à compter du 2 novembre 2020 jusqu'au 10 décembre et du 23 décembre 2020 jusqu'au jour de l'audience.

Le bailleur, en qualité de partie défenderesse, a conclu au déboutement des locataires s'en rapportant à la justice s'agissant du principe de la réduction de loyer mais invoquant que celle-ci ne saurait dépasser 80%. Il a mis en avant qu'il s'était efforcé, même s'il n'avait pu bénéficier des mesures VESTA, d'offrir une réduction de 80% aux locataires qui répondaient néanmoins auxdits critères par souci d'égalité de traitement. Il n'a pas manqué de solliciter qu'il soit également tenu compte du fait que les locataires avaient conservé un accès aux locaux excluant toute réduction de 100%. Il a enfin requis la production des éléments permettant de déterminer la fortune et les revenus des locataires, dans la mesure où, s'il fallait faire une application de la théorie de l'imprévision, il y aurait lieu de tenir compte de la situation de chacun. Le Conseil des locataires s'est opposé à cette requête au motif que celle-ci ne figurait pas dans les écritures de la partie défenderesse.

Les parties ont consenti à ce que le Tribunal garde la cause à juger au fond à l'issue des premières plaidoiries sous réserve des actes d'instruction sollicités par la partie défenderesse qui devraient, cas échéant, être tranchés par le Tribunal.

B. Le droit

Eu égard à la valeur litigieuse de plus de CHF 30'000.-, la cause est soumise à la procédure ordinaire de sorte que la maxime des débats trouve application. Il en découle que les parties sont tenues d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et se doivent de produire les preuves qui s'y rapportent.

S'agissant du fond, le Tribunal des baux et loyers a, à titre liminaire, rappelé que le paiement du loyer constitue l'une des obligations essentielles du locataire qui demeure, même si ce dernier n'utilise pas les locaux ou que partiellement.

Ce principe posé, le Tribunal traite ensuite de la question d'un **éventuel défaut de la chose louée.**

Il définit opportunément la notion de défaut et tout particulièrement de **défaut immatériel**, dont

font partie les défauts juridiques (à l'instar de l'absence des autorisations administratives nécessaires en raison de la non-conformité des locaux avec les exigences de la police du feu) ou économiques (par exemple l'impossibilité pour le locataire de réaliser un chiffre d'affaires garanti par le bailleur).

Le Tribunal met encore en exergue que les droits découlant de l'existence d'un défaut de la chose louée ne supposent pas que le défaut soit imputable au bailleur personnellement ou émane de sa sphère d'influence puisque le bailleur répond des défauts de manière objective même si ceux-ci résultent du cas fortuit ou s'ils trouvent leur source dans le voisinage ou l'attitude de tiers comme dans le cas des chantiers voisins (TF 4C.219/2005 du 24 octobre 2005 ; TF 4C.377/2004 du 2 décembre 2004, TF 4C.527/1996 du 29 mai 1997, CJ/GE ACJC /150/1990 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 29).

L'autorité de première instance fait ensuite référence aux arrêts du Tribunal fédéral selon lesquels constitue un défaut de la chose louée la diminution de la capacité d'accueil d'un cabaret en raison de l'insuffisance des issues de secours (TF 4A_208/2015 du 12 février 2016) ou l'impossibilité d'utilisation d'un local comme bureau à cause d'un plan d'affectation d'un immeuble (ZMP 1/93 n° 3, page 12 ss, cité dans le SVIT, le Droit suisse du bail, commentaire, 2011, p. 199).

Le locataire peut donc, lorsqu'il loue un local pour une affectation spécifique telle que l'exploitation d'un restaurant, attendre du propriétaire qu'il garantisse que les règlementations de droit public applicables autorisent une telle affectation (ZK-HIGI/WILDISEN, art. 258 CO N 32 ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 28).

Les juges de première instance ont enfin rappelé, à titre général, que c'est au locataire, qui entend se prévaloir d'un défaut, d'apporter la preuve de son existence en vertu de l'article 8 CC.

Dans la mesure où la question de savoir si la fermeture des établissements ordonnée par les autorités fédérales ou cantonales en lien avec la crise sanitaire du COVID-19 était ou non constitutive d'un défaut au sens des articles 256 ss CO n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral, les premiers juges se sont livrés à l'examen des divers doctrines et points de vue exprimés après avoir constaté que les deux décisions cantonales rendues au moment du prononcé du jugement discuté n'avaient abordé le sujet que de manière indirecte.

Un premier courant doctrinal considère que le locataire n'a pas de prise sur le défaut que constitue l'impossibilité d'user de la chose louée conformément à l'usage convenu et que ce défaut ne lui est donc pas imputable, de sorte que la réduction ou une suppression du loyer est due, même si le bailleur n'est pas en faute et n'est pas en mesure d'éliminer le défaut. L'ordre de fermeture affecte l'usage possible des locaux prévu par le contrat de bail et prive les locataires de la faculté d'exercer l'activité pour laquelle l'objet a été loué (BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie du Covid-19, mars 2020, disponible sous https ://www.asloca.ch/covid-19-documentation-juridique/ ; LACHAT, Réponse de Me David LACHAT à l'avis de droit de la FRI, avril 2020, disponible sous https ://www.asloca.ch/covid-19-documentation-juridique/) ; LACHAT/BRUTSCHIN, Le bail au temps du Coronavirus, SJ 2020 II p. 111 ss).

D'autres auteurs considèrent que les fermetures ordonnées ne constituent pas un défaut de la chose louée puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux locataires qui exploitent les établissements concernés et ne visent, par conséquent, pas la chose louée en tant que telle (BOHNET, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19, Cahiers du bail 2/2020 p. 33-52 ; HIGI, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabstzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der « Corona-Pandemie », 26 mars 2020, disponible sous https ://www.hev-zuerich.ch/zuerich/assets/uploads/2020/03/Gutachterl_Stellungn_Prof Higi.pdf), IYNEDJIAN, COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer, Cahiers du bail 2/2020 p. 53-59 ; SAVIAUX, Avis de droit, Covid-19 – paiement du loyer, Cahiers du bail 2/2020 p. 60-71).

Après s'être livrés à cet examen précis et complet, les premiers juges ont estimé qu'il ne pouvait être contesté que l'entrée en vigueur des mesures fédérales et cantonales, a entraîné une restriction dans l'exercice de l'activité commerciale des locataires concernés.

Une telle limitation ne pourrait théoriquement que s'apparenter à un défaut dit immatériel dans la mesure où les locaux loués ne sont aucunement affectés dans leur structure physique. Or, dans les jurisprudences rendues en matière de défaut immatériel, dans les cas où un tel défaut a été retenu, ce sont les caractéristiques propres à l'immeuble ou au local loué, voire le comportement du bailleur concerné ou de ses auxiliaires, qui étaient pertinents pour admettre qu'un défaut juridique affecte la chose louée au sens large. **L'existence d'un tel défaut était en revanche déniée lorsque l'impossibilité ou l'entrave est effective, quel que soit l'état du local loué.**

Par ailleurs, dans ces arrêts anciens ATF 62 II 42 et ATF 57 II 532, le Tribunal fédéral n'avait justement pas abordé les problématiques similaires posées sous l'angle du défaut, mais uniquement par le biais de l'impossibilité et de la *clausula rebus sic stantibus.*

Dans le cas particulier, la restriction de l'usage n'est pas due aux caractéristiques structurelles du bien en location et dépend uniquement du type d'activité exercée ou de la personne du locataire.

Le Tribunal a encore précisé que les prescriptions de droit public s'adressaient à l'ensemble de la population impactant les activités exercées lorsque celles-ci n'étaient pas compatibles avec le but sanitaire poursuivi, sans jamais viser la chose louée elle-même. Les mesures de fermeture des commerces empêchaient ainsi les locataires d'exercer leurs activités quel que soit le lieu concerné.

Il a enfin été estimé que le cas des nuisances provenant du chantier voisin sur lequel le bailleur n'a aucune emprise n'était pas comparable aux normes de droit public règlementant le comportement de toute une population.

En vertu de ce qui précède, le Tribunal a considéré que la chose demeurait dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée au sens de l'article 256 CO et n'a retenu aucun défaut en relation avec la fermeture des établissements susévoqués.

Le Tribunal s'est ensuite penché sur la question de savoir si les locataires pouvaient prétendre à être libérés de leur obligation de payer les loyers sur une autre base en se livrant tour à tour à l'examen de l'article 119 CO puis de la *clausula rebus sic stantibus*.

Après avoir rappelé la teneur de **l'article 119 CO**, l'autorité a exposé que la disposition régissait **l'impossibilité subséquente non imputable à la faute** qui libère purement et simplement le débiteur de son obligation, au contraire de l'article 97 al. 1 CO qui l'oblige à indemniser le créancier lorsque l'impossibilité est fautive (CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 1).

L'impossibilité subséquente de la prestation pour le débiteur doit être strictement distinguée de son inutilité subséquente pour le créancier, que ce soit parce que le but est déjà atteint ou parce qu'il disparaît.

Rappelant alors l'arrêt du Tribunal fédéral portant sur l'affaire *MIGROS* (ATF 62 II 42), le Tribunal a mis en exergue que, lorsque les locaux loués ont été mis à disposition du locataire sans stipulation particulière quant à leur utilisation à des fins spéciales, le locataire ne saurait résoudre le contrat pour cause d'impossibilité de la prestation si, par suite d'une interdiction de l'autorité ou de retrait de l'autorisation d'exercer sa profession, il ne peut faire de la chose louée l'usage espéré. L'interdiction administrative faite au locataire d'exploiter les locaux loués dans le but prévu ou le retrait de l'autorisation d'exercer sa profession rend donc les **locaux loués inutiles pour le locataire, mais ne rend pas impossible la mise à disposition de ces mêmes locaux par le bailleur**.

Le Tribunal des baux et loyers a ensuite exposé la notion d'**usage spécial**, laquelle doit être distinguée de celle d'**usage convenu,** au sens de l'article 256 CO, à savoir la destination pour laquelle la chose a été louée. En cas d'usage spécial seulement, le bailleur loue le local à un certain locataire et à certaines conditions très spécifiques à l'instar du cas tranché par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de la dentiste *EMRICH* (ATF 57 II 532) en faveur de laquelle il a été retenu une disparition du but contractuel la libérant du paiement du loyer.

L'impossibilité au sens de l'art. 119 CO implique, en outre, l'extinction des obligations, ce qui présuppose, en matière de bail, la libération des locaux auparavant loués de sorte que le locataire

qui invoque l'impossibilité et qui cesse le paiement des loyers doit abandonner les locaux (ATF 57 II 532). Le Tribunal rappelle, à juste titre, que l'absence de restitution des locaux avait d'ailleurs été reprochée à la MIGROS dans l'arrêt concernant sa succursale vaudoise (ATF 62 II 42).

Quant au fait que le locataire puisse être économiquement incapable de fournir sa prestation, à savoir le paiement du loyer, il ne s'agit que d'une simple impossibilité personnelle et non d'un motif de libération au sens de l'article 119 CO (TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003).

S'agissant du traitement des impossibilités temporaires (LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 134), le Tribunal a rappelé que la doctrine demeurait divisée, mais que pour qu'une telle impossibilité soit considérée comme durable, au point de rendre l'exécution impossible au sens de l'article 119 CO, la durée devait, à tout le moins, être imprévisible (TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003).

En l'espèce, l'autorité judiciaire a considéré que, compte tenu de l'absence de faute des parties, seul l'article 119 CO aurait pu trouver application au contraire de l'article 97 CO.

Or, les conditions d'une libération au sens de l'art. 119 CO ne sont pas réalisées.

En effet, en premier lieu, les interdictions d'ouverture des établissements publics prononcées par les autorités cantonales ou fédérales visent la population, et par ce biais l'activité des locataires, alors que la mise à disposition des locaux loués par le bailleur demeure parfaitement possible.

Le Tribunal a en outre considéré que ces mesures n'étaient pas durables et que le simple fait que les locataires ne soient, cas échéant, plus en mesure de s'acquitter de leur loyer ne constitue pas un motif de libération.

Enfin, les locataires n'avaient jamais, alors qu'ils entendaient cesser de payer leur loyer, libéré les locaux.

En dernier lieu, le Tribunal a examiné si le paiement du loyer pouvait être interrompu sur la base de la ***clausula rebus sic stantibus***.

En cas d'application de la théorie de l'imprévision, la partie liée par un contrat peut se dégager totalement ou pour partie de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances entraînant un déséquilibre tel que la répartition des risques n'est plus supportable pour elle et que l'autre partie, en persistant à demander l'exécution, exploite le déséquilibre créé et abuse ainsi manifestement de son droit (TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011).

L'intervention du juge fondée sur la *clausula rebus sic stantibus* suppose que la modification des circonstances soit donc extraordinaire et imprévisible et qu'elle occasionne un tel déséquilibre entre prestations et contreprestations que la répartition des risques découlant du contrat ne soit plus supportable pour les parties (ATF 127 III 300).

L'adaptation du contrat se fonde d'abord sur les dispositions contractuelles puis subsidiairement sur les règles légales supplétives et enfin sur la volonté hypothétique des parties, le tribunal devant estimer ce que les parties auraient conclu, selon le principe de la bonne foi, si elles avaient tenu compte de la survenance de l'évènement imprévisible (TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019 ; ATF 127 III 300, SJ 2002 I 1 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 4 ss).

Le Tribunal des baux et loyers rappelle enfin que la théorie de l'imprévision n'est appliquée qu'à titre subsidiaire à défaut de dispositions contractuelles ou légales spéciales (ATF 4A_335/2018 du 9 mai 2019).

S'agissant de cette dernière condition de subsidiarité, le Tribunal relève à juste titre que la doctrine n'est pas unanime quant à la possibilité d'appliquer la théorie de l'imprévision en matière de changement de circonstance extraordinaire en droit du bail, en raison de l'existence de l'article 266g CO considéré par certains auteurs comme une *lex specialis*.

Dans le cas d'espèce, l'autorité judiciaire a considéré que la fermeture générale des établissements, ordonnée dans le cadre de la crise sanitaire liée à l'épidémie de COVID 19, constituait bien un

changement important et imprévisible des circonstances qui pourrait laisser la place à une réadaptation du contrat par le juge au sens de la *clausula rebus sic stantibus*.

En revanche, le Tribunal a refusé de trancher la controverse doctrinale en lien avec le caractère ou non spécial de l'article 266g CO car les autres conditions permettant une réadaptation du contrat par le juge n'étaient manifestement pas réalisées.

Les locataires, tout en alléguant faire face à un manque de liquidité, n'ont produit aucune pièce à cet égard, quand bien même le fardeau de la preuve leur incombait, raison pour laquelle il n'a d'ailleurs pas été donné suite aux demandes d'instruction du bailleur.

Le Tribunal a en outre retenu que les locataires avaient pu bénéficier d'aides en sollicitant la réduction de l'horaire de travail pour l'ensemble de leurs employés auprès de l'assurance chômage et conservé, pendant les différentes périodes de fermeture, une activité de vente à l'emporter et de livraison à domicile.

Il a enfin été tenu compte de la durée du bail conclu pour dix ans face à une fermeture de quelques mois seulement et des propositions et engagements de la bailleresse pour faciliter la situation des locataires.

Par conséquent, le Tribunal des baux et loyer a nié l'existence d'un déséquilibre propre à entraîner la ruine des locataires qui n'ont en outre pas démontré un abus de droit du bailleur à exiger en procédure le paiement de l'intégralité du loyer.

La réadaptation du contrat ne se justifiait donc pas et les locataires ont été déboutés de l'ensemble de leurs conclusions.

III. Analyse

A. Du contexte

Les décisions prises à la mi-mars 2020 de fermer les établissements et les installations publics ont indéniablement été lourdes de conséquences pour les entités concernées, dont certaines n'ont pas pu réaliser de chiffre d'affaires ou n'ont pu réaliser qu'un chiffre d'affaires réduit pendant la période de fermeture, tout en devant continuer de s'acquitter de plusieurs obligations contractuelles, dont le paiement du loyer ou du fermage.

Le Conseil fédéral a approuvé toute une série de mesures de soutien (à l'instar de l'octroi d'un délai pour s'acquitter du loyer) mais a décidé de ne pas intervenir plus en avant dans les rapports de droit privé entre locataires et bailleurs et de les appeler à trouver des solutions amiables, respectant ainsi les différentes relations liant les parties au contrat de bail.

Quant au projet de loi COVID-19 sur les loyers commerciaux qui visait à régler la fixation du loyer ou du fermage des installations et établissements publics qui ont dû fermer en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19 dans les versions du 17, 19 et 21 mars 2020, il n'a pas abouti. Pour mémoire, le projet avorté visait à combler l'absence de base légale topique en répartissant la prise en charge des loyers commerciaux entre bailleurs et locataires, pour la période de fermeture ou de restriction ordonnée, les locataires devant payer 40% du loyer et les bailleurs assumer les 60% restants.

Face à cette absence d'intervention législative et compte tenu du caractère inédit de la question du sort de l'obligation de payer le loyer des établissements et installations publics fermés en lien avec la crise sanitaire du COVID-19, les premières décisions cantonales étaient attendues non sans impatience.

Les deux premières décisions cantonales rendues dans les cantons de Zurich et Genève n'ont effectivement pas tranché les questions brûlantes mais déjà livré l'approche pressentie des autorités cantonales.

Le *Bezirksgericht* de Zurich a certes nié que le contrat de bail puisse constituer un titre de mainlevée pour les loyers échus, dès lors que la prestation contractuelle n'avait pas été fournie conformément

à ce que prévoyait le contrat de bail, mais déjà estimé que les mesures étatiques n'entraînaient pas un défaut de la chose louée ni une impossibilité pour le bailleur de remplir ses obligations contractuelles. Il a estimé que seule demeurait ouverte la question de la *clausula rebus sic stantibus* (BG/ZH EB 2011 77-L/U du 23 avril 2021).

Quant à la Cour de justice de Genève, elle soulignait déjà que la question du paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de Covid-19, en particulier concernant les établissements publics dont la fermeture a été ordonnée par les autorités tant cantonales que fédérales, devait faire l'objet d'une analyse approfondie. En effet, il devait être définitivement jugé, que ce soit sous l'angle de l'art. 259d CO (réduction de loyer), de l'impossibilité subséquente (art. 119 CO), de l'exorbitance ou de la *clausula rebus sic stantibus*, si le loyer reste dû – totalement ou partiellement – durant cette période ou non (CJ/GE ACJC/722/2021 du 7 juin 2021).

B. De la réponse apportée par le Tribunal des baux et loyers

Dans sa première décision sur le fond du litige, le Tribunal des baux et loyers de la République et Canton de Genève se livre à un exposé complet et détaillé du droit et de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

C. De l'absence de défaut

De manière convaincante, le Tribunal a retenu que la chose louée demeure dans un état approprié à l'usage pour laquelle elle a été louée au sens de l'article 256 al. 1 CO.

En règle générale, la qualité convenue de la chose louée ne concerne que **les caractéristiques liées à l'objet et non celles ayant trait à l'activité commerciale** (HAEFELI/GALLI/VISCHER, Coronavirus SARS-CoV-2 : Klärung mietrechtlicher Fragen, Jusletter 14 avril 2020 p. 5 ; REICHLE/STEHLE, Coronavirus und Geschäftsraummiete, Jusletter 18 mai 2020 p. 8 ss ; HIGI, op. cit.). HIGI rappelle, à juste titre, que le bailleur promet au locataire de lui fournir des locaux dans lesquels ce dernier peut exercer son activité. Sauf convention contraire spéciale, ladite activité n'est toutefois pas garantie dans le bail et existe indépendamment de celui-ci sous la propre responsabilité juridique du locataire (HIGI, op. cit., p. 1). Le bailleur garantit ainsi uniquement que les réglementations de droit public applicables autorisent l'affectation convenue et que le local dispose des infrastructures nécessaires à l'instar, par exemple, des issues de secours requises par les normes anti-incendie applicables (TF 4A_208/2015 du 12 février 2016, consid. 3).

Lorsque les parties insèrent dans le contrat une clause d'affectation spécifique, elles visent bien plutôt à interdire un changement d'affectation, tels que des bureaux transformés tout soudain en salon de massage érotique, et non à garantir les conditions d'ouverture au public de la chose louée (IYNEDJIAN, op. cit., p. 57). Dans le même sens, 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 (SVITK-BURKHALTER/MARTINEZ/FAVRE, art. 256 N 18c).

Dans un arrêt du 20 novembre 1992, repris par la jurisprudence récente, notamment CJ/GE ACJC/202/2013 du 18 février 2013, la Chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève avait considéré que la bonne marche d'une galerie marchande n'était pas une qualité promise par le bailleur. La baisse de fréquentation de la galerie causée par la fermeture d'arcades voisines de celle de la locataire ne constituait pas un défaut. Les juges avaient estimé qu'à trop étendre la notion de qualité implicitement promise, le bailleur encourrait une responsabilité pour des situations exorbitantes des faits qu'il ne maîtrise pas, ce qui ne peut être le but poursuivi par le législateur. Dans cet arrêt, la Cour avait, à juste titre, considéré que le fait que des locataires de la galerie, pour quelque raison que ce soit, n'ouvrent pas ou pas régulièrement leur arcade ou le fait que, pour des raisons liées à un problème d'urbanisme, l'Etat décide de diminuer les voies de circulation du quartier, engendrant ainsi une diminution importante du nombre des chalands, ne peuvent pas être assimilés à des défauts de la chose louée (CJ/GE ACJC du 20 novembre 1992 A. S.A. c/ G).

Est donc apparu, à raison, pour le Tribunal des baux comme essentiel le fait que les caractéristiques structurelles des locaux ne sont pas les causes de la restriction lesquelles visent uniquement l'activité

exercée par le locataire. Il aurait pu encore, à notre sens, être soutenu que lorsque les parties ont convenu que les locaux étaient destinés à l'usage commercial de café/restaurant, leurs intentions étaient manifestement d'interdire au locataire de changer l'affectation du local sans qu'aucune garantie spéciale ne soit donnée aux locataires sur les conditions d'ouverture au public de la chose louée.

Il est intéressant de relever à l'instar de l'autorité que bien que s'adressant à l'ensemble de la population (LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 111), les mesures ne visent pas la chose louée mais bien l'activité des locataires, laquelle risque de favoriser la transmission du virus. Les exemples cités par LACHAT/BRUTSCHIN (patente pour les restaurants, interdiction de vendre de l'alcool aux mineurs, respect des horaires d'ouverture, des dates de péremption) ont certes en commun que ces mesures s'adressent aux locataires, mais surtout, et c'est ce qui apparaît pertinent, qu'elles ne visent pas les locaux loués ou les caractéristiques structurelles de l'immeuble, mais bien l'activité commerciale réalisée.

C'est enfin à juste titre que le Tribunal des baux et loyers a refusé de rapprocher les mesures de fermetures aux perturbations générées par l'entourage de l'immeuble. En effet, l'élément essentiel du défaut réside là encore dans l'objet même qui est atteint par des immiscions et non l'activité commerciale ou un comportement général de la population.

D. De l'inapplicabilité de l'article 119 CO

Nous ne pouvons ensuite que rejoindre l'autorité qui a nié toute impossibilité objective subséquente au sens de l'article 119 CO.

À teneur de l'alinéa 1 de cette disposition, une obligation s'éteint lorsque l'exécution est rendue impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur. L'alinéa 2 précise que, dans cette hypothèse, les parties doivent restituer ce qui peut l'être, et ne peuvent réclamer ce qui reste dû.

Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs relevé dans son ATF 62 II 42 que celui qui, dans un contrat bilatéral, se prétend libéré de son obligation doit renoncer à la contreprestation, sinon il s'enrichit aux dépens de son cocontractant.

Par le passé, le Tribunal fédéral n'a admis une impossibilité que s'il est certain qu'elle continuera à exister jusqu'à la fin du contrat ou du moins si sa disparition n'est pas prévisible (TF 4C.334/2002 du 12 novembre 2003 ; TF 4C.34/2000 du 24 avril 2001). Une partie de la doctrine estime également que l'impossibilité ne peut affecter qu'une partie de la prestation (**impossibilité dite partielle**) notamment lorsque les locaux objet du bail sont partiellement détruits par le feu (CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 CO N 27 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 119 CO N 13 ; BSK OR I-WEBER, art. 253 CO N 4 et art. 259a CO N 1). Dans le cas de contrat de durée, une impossibilité matérielle partielle peut exister dans le sens où le locataire ne peut utiliser que partiellement le bien loué. Il pourrait également y avoir une **impossibilité partielle temporelle** (*zeitliche Teilunmöglichkeit vorliegen*), à savoir que le locataire ne pourrait utiliser l'objet loué que pendant une certaine période (HAEFELI/GALLI/VISCHER, op. cit., p. 5).

Dans ce contexte, la distinction entre **l'impossibilité subséquente** pour le créancier et **l'inutilité subséquente** apparaît déterminante (HAEFELI/GALLI/VISCHER, op. cit., p. 6 s. ; REICHLE/STEHLE, op. cit., p. 8 s. ; LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 131 s.). **Il y a inutilité lorsque la prestation du bailleur demeure objectivement possible, mais devient inutile pour le locataire.**

À ce titre, THÉVENOZ mentionne de manière convaincante que « l'interdiction administrative faite au locataire d'exploiter les locaux loués ou le retrait de l'autorisation d'exercer sa profession rendent les locaux loués inutiles pour le locataire, mais ne rendent pas impossible la mise à disposition de ces mêmes locaux par le bailleur » (CR CO I- THÉVENOZ, art. 119 CO N 5).

Dans l'arrêt ATF 62 II 42, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la problématique et a considéré que le loyer était dû intégralement malgré l'activité commerciale interdite en raison d'une mesure administrative, car les locaux avaient été mis à disposition du locataire sans stipulation particulière quant à leur utilisation à des fins spéciales.

BOHNET précise que la notion d'**usage spécial** doit être distinguée de celle d'**usage convenu** au sens de l'article 256 CO (BOHNET, op. cit.). Cette notion spécifique « possède une dimension bien plus individuelle, voire personnelle » et ne saurait être invoquée par les locataires contraints à fermer leurs locaux, vu le caractère général de l'ordre qui s'applique indistinctement à tous les exploitants d'établissements publics (BOHNET, op. cit.). L'arrêt publié aux ATF 57 II 532 n'est pas plus transposable au cas des fermetures, car l'exploitation du cabinet dentaire demeurait objectivement parfaitement possible alors que l'usage spécial convenu entre les parties, à savoir un certain locataire moyennant la reprise d'une clientèle n'était plus envisageable. Dans ce cas, la possibilité d'exercer le métier prévu par le locataire choisi dans les locaux était spécialement conçue comme une condition nécessaire au contrat.

Le Tribunal des baux et loyers a écarté l'impossibilité, sans que son raisonnement ne prête flanc à la critique, en estimant que les interdictions d'ouverture ne sont que temporaires et visent la population en touchant l'activité des locataires, alors que la mise à disposition des locaux loués par le bailleur demeure possible. Il a justement enfin été relevé que les locataires n'étaient pas dans un cas d'impossibilité par le simple fait qu'ils n'étaient potentiellement pas en mesure de payer le loyer. L'absence d'intention de restituer les locaux exclut également l'application de la disposition évoquée en vain par les locataires.

Il aurait pu encore être utile de préciser que l'utilisation effective des locaux à une certaine fin ne faisait pas partie du contenu de la prestation due par le bailleur faute d'usage spécial, cas échéant en procédant à l'interprétation du contrat sur la base des articles 1 et 18 CO.

Les clauses de locaux commerciaux qui stipulent que le locataire ne peut utiliser le bien loué qu'aux fins convenues contractuellement sont des conditions contractuelles générales, que l'on retrouve d'ailleurs dans la très grande majorité des baux commerciaux, et qui ne contiennent aucune assurance de la possibilité d'exercer une activité commerciale ou de réaliser un revenu. Leur but s'inscrit plutôt dans la protection des intérêts des bailleurs pour qu'un changement de destination préjudiciable, par exemple au standing de l'immeuble ou à la configuration des locaux, ne puisse leur être imposé.

E. De la question restée ouverte

Comme résumé ci-dessus, le Tribunal des baux et loyers est parvenu à la conclusion que la fermeture constituait bien un changement important et imprévisible de circonstances qui pourrait laisser une place à l'adaptation par le juge au sens de la *clausula rebus sic stantibus*.

Il n'est pas discutable qu'en raison de la pandémie et des mesures ordonnées par la Confédération et les Cantons, telles que les fermetures de commerces, mais aussi les réglementations en matière d'hygiène et de distance, les circonstances ont changé de manière imprévisible pour de nombreux locataires commerciaux concernés depuis la conclusion du contrat.

On pourrait toutefois se demander si la nature et la durée des restrictions sont en tant que telles suffisantes pour justifier une adaptation du contrat. Le caractère temporaire pourrait exclure que le changement de circonstance revête une importance suffisante. Le Tribunal fédéral fait, en effet, une application très restrictive de cette théorie qui porte gravement atteinte au principe *pacta sunt servanda* et n'admet le recours à la théorie de l'exorbitance que lorsque l'exécution du contrat serait de nature à causer la ruine du débiteur (ATF 48 II 242 ; ATF 54 II 257, JdT 1922 546).

Dans l'affaire qui lui a été soumise, le Tribunal des baux et loyers a justement pris en considération pour exclure l'existence d'un déséquilibre, les circonstances du cas d'espèce telles que la durée du bail et celle des fermetures, l'absence de preuve du manque de liquidités, les aides étatiques reçues ou disponibles, la possibilité de continuer à utiliser les locaux ou encore la position conciliante de la bailleresse.

Les plaideurs en quête de prévisibilité auraient évidemment apprécié que la question de la possibilité ou non d'appliquer la *clausula* en matière de changement de circonstances extraordinaires en droit du bail, en raison de l'article 266g CO, ne soit point laissée ouverte.

Comme rappelé par le Tribunal, la *clausula* n'intervient que de manière subsidiaire lorsque le contrat ne contient aucune clause spécifique et en l'absence de disposition légale spéciale (CPra Bail-WESSNER, art. 266g CO N 8 ; BOHNET, op. cit., p. 33-52, LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 111-151).

Les justes motifs de résiliation du contrat de bail à loyer prévus par l'article 266g CO ne visent en principe que les changements de circonstances dans la situation générale ou dans la personne du cocontractant et ne découlent pas d'une violation du contrat (VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Le contrat de bail à loyer, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, AISUF – Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, 2007, p. 249-267).

Parmi les **motifs extérieurs à la personne**, on peut notamment citer un état de guerre conduisant à la fermeture d'un commerce, une grave crise économique entraînant une diminution considérable du chiffre d'affaires d'une entreprise ou une catastrophe naturelle empêchant la clientèle d'accéder à un commerce (ATF 46 II 173, JdT 1920 I 546 ; ZK-HIGI, art. 266g CO ; CR CO I-LACHAT, art. 266g CO N 3 ; BK 1-183 OR-BECKER, art. 269 aCO N 4 ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 249-267).

Pour certains auteurs, en tant que norme impérative, l'article 266g CO ne laisse en principe plus de place à des adaptations contractuelles ni à l'invocation des principes généraux de la *clausula rebus sic stantibus*. Ainsi, si imprévision il y avait, elle ne permettrait au locataire que de mettre fin au bail, aux conditions prévues par l'art. 266g CO en tant que *lex specialis* par rapport à la *clausula rebus sic stantibus* (HIGI, op. cit. ; IYNEDJIAN, op. cit. ; PEDUZZI, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 2020 p. 3 ss ; SAVIAUX, op. cit. ; BK 1-109 OR-HAUSHEER/ AEBI-MULLER, art. 2 CC N 229). Cette approche a le mérite de la clarté et ne laisse pas le sort des parties à une appréciation hypothétique.

Une autre partie de la doctrine estime que *la clausula rebus sic stantibus* peut s'appliquer au-delà de l'art. 266g CO et permet au juge de procéder à un rééquilibrage, à un réajustement du contrat (CPra Bail-WESSNER, art. 266g CO N 7 ; BOHNET, op. cit., p. 26 ; LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 138).

Selon LACHAT/BRUTSCHIN, la théorie de l'imprévision permet au juge de faire cesser l'exorbitance, en réajustant les prestations de chacun des contractants, par exemple en raccourcissant la durée du bail ou en modifiant le loyer ou les frais accessoires, la résiliation du bail ne pouvant être la seule issue, ce également en vertu du principe de proportionnalité. En outre, pour déterminer la solution préférable pour les parties, il faut essayer de rechercher quelle aurait été leur volonté et la plupart des bailleurs et des locataires commerciaux préfèrent une modification limitée dans le temps du loyer, plutôt qu'une fin précipitée du bail (LACHAT/BRUTSCHIN, op. cit., p. 138), étant toutefois relevé que, selon nous, en cas de résiliation extraordinaire, les parties demeurent libres de renégocier un nouveau contrat en revoyant l'ensemble des conditions contractuelles et non uniquement le montant du loyer.

Selon BOHNET, la *clausula* a, en outre, une portée bien plus large que l'article 266g CO et garantit une meilleure marge de manœuvre de sorte que son application ne saurait être exclue (BOHNET, op. cit., p. 26). L'application de l'article 266g CO pose également le problème de l'indemnité due par la partie qui donne le congé à l'autre (art. 266g al. 2 CO), avec la nuance, selon nous, que le juge dispose d'une marge d'appréciation et tient compte de l'ensemble des circonstances, un dédommagement complet n'étant plus attendu (SVITK-MÜLLER, art. 266g N 20).

Si le deuxième courant doctrinal devait être suivi, il y aurait en tous cas lieu que l'application de la *clausula* demeure très restrictive, au risque de porter atteinte au principe *pacta sunt servanda* et d'imposer à l'une des parties, par un raisonnement hypothétique, des conditions auxquelles elle n'aurait pas conclu. Pour les mêmes motifs, la modification du contrat devrait en outre demeurer limitée dans le temps et il ne saurait être, par exemple, imposé de manière indéterminée à un bailleur de baisser le loyer au motif que le locataire ne peut recevoir dorénavant qu'un nombre réduit de clients.

F. Conclusion

Ce premier jugement tant attendu convainc. Le raisonnement du Tribunal des baux et loyers de

Genève a d'ailleurs été suivi à peine un mois plus tard par le Tribunal des baux du canton de Zurich (BG/ZH MJ210008-L du 2 août 2021, ZMP 2021 Nr. 10). Les autorités judiciaires zurichoises ont en effet estimé que les mesures prises afin de lutter contre le COVID-19 n'entraînent pas de défaut des locaux loués pour exploiter un magasin de mode ni d'impossibilité. S'agissant de la *clausula rebus sic stantibus*, elle n'a également pas été retenue en raison des circonstances et du défaut de collaboration de la locataire.

L'absence de production de pièces par les demanderesses genevoises et l'opposition aux mesures d'instruction sollicitées a indéniablement joué un rôle vu le fardeau de la preuve incombant aux locataires. C'est le lieu de relever que si la cause avait été soumise à la procédure simplifiée, à l'instar du cas tranché par les tribunaux zurichois (BG/ZH MJ210008-L du 2 août 2021, ZMP 2021 Nr. 10), le Tribunal aurait soulevé les mêmes griefs. En effet, la maxime inquisitoire sociale applicable en procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC) n'oblige pas le juge à instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position (TF 4A_250/2012 du 28 août 2012 consid. 2.4, SJ 2013 I 49 ; TF 4C.274/1997 du 27 avril 1998 consid. 4a, SJ 1998 718). Ainsi, dans le jugement zurichois, la locataire n'avait pas donné suite aux demandes répétées de la demanderesse de lui transmettre notamment la demande et la décision de chômage partiel, la dernière transaction commerciale et tout document concernant le crédit-relais COVID, ni expliqué dans quelle mesure elle avait rempli son obligation de limiter les dommages ou comment les contre-mesures éventuelles avaient affecté la situation bénéficiaire de la société.

Alors que l'affaire genevoise n'a pas fait l'objet d'un appel, le dossier zurichois et les autres décisions cantonales à venir demeurent évidemment à suivre avec attention puisqu'il est fort à parier que certaines seront portées par-devant les autorités judiciaires d'appel, puis se retrouveront sur le bureau des juges de Mon Repos.

Proposition de citation

Tatiana Gurbanov, Le sort de l'obligation de payer le loyer des locaux commerciaux fermés à la suite du prononcé des mesures destinées à lutter contre l'épidémie COVID-19 (Tribunal des baux et loyers de Genève, JTBL/565/2021), Newsletter Bail.ch septembre 2021