unine
Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Analyse de l'arrêt TF 4A_376/2021

Lino Hänni, Docteur en droit

TF 4A_376/2021, 7 janvier 2022

Thèmes : *Procédure*
Lois : *Art. 51 al. 1 let. a LTF, Art. 257 CPC, Art. 317 al. 1 CPC*

17 février 2022

Défenses de droit matériel et faits notoires

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_376/2021 traite de l'admissibilité d'une objection ou d'une exception en deuxième instance, dans le contexte d'une procédure d'expulsion par la voie du cas clair. La partie locataire peut-elle invoquer en sa faveur un fait notoire non allégué en première instance, à savoir la fermeture des discothèques ordonnée en raison de la pandémie de Covid-19 ?

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Par contrat du 17 avril 2008, B. Sàrl (la locataire) a pris à bail auprès de A. (la bailleresse) un local commercial situé au sous-sol d'un immeuble sis à Genève, pour un loyer mensuel de CHF 980.-, charges comprises. La locataire y exploitait une discothèque.

Le 16 mars 2020, le Conseil d'Etat du canton de Genève a ordonné, dans le contexte de la pandémie de Covid-19, la fermeture, dès cette date, de toutes les discothèques.

La locataire n'a pas payé le loyer et les charges pour les mois d'avril à septembre 2020. La bailleresse a adressé à la locataire un avis comminatoire, la mettant en demeure de payer CHF 5'571.65 à titre d'arriérés de loyer et l'avertissant qu'à défaut de paiement, elle résilierait le bail. La locataire n'a pas répondu ni donné suite à cet avis comminatoire.

Par avis sur formule officielle du 17 décembre 2020, la bailleresse a résilié le bail pour le 31 janvier 2021, motif étant pris que la locataire ne s'est pas acquittée de la somme demandée dans le délai imparti.

La locataire a versé CHF 8'820.- le 19 janvier 2021.

Le 4 février 2021, la bailleresse a déposé sa requête en protection dans les cas clairs auprès du Tribunal des baux et loyers du canton de Genève, concluant à l'expulsion de la locataire.

A l'audience devant le tribunal, la locataire a déclaré avoir versé la veille le montant de CHF 2'940.- et invoqué que la situation était à jour et qu'elle avait besoin des locaux pour exercer son activité lorsqu'elle pourrait la reprendre. Elle s'est également engagée à verser en deux fois, soit en mars et avril 2021, six mois supplémentaires de loyer, en plus du loyer courant.

Par jugement du 9 mars 2021, le tribunal a condamné la locataire à évacuer immédiatement le local commercial litigieux et a autorisé la bailleresse à requérir l'assistance de la force publique pour l'exécution de l'expulsion dès le 30^{e} jour après l'entrée en force du jugement. En substance, le tribunal a retenu que les conditions d'une résiliation selon l'art. 257d CO étaient manifestement

réunies.

La locataire a recouru contre cette décision et s'est prévalue d'arguments qu'elle n'avait pas soulevés en première instance, à savoir l'impossibilité d'utiliser les locaux loués, de l'exorbitance de la prestation et de l'imprévisibilité de la situation liée aux fermetures administratives ordonnées en raison de la pandémie de Covid-19. Par arrêt du 7 juin 2021 la Cour de justice du canton de Genève a admis le recours formé par la locataire et a déclaré irrecevable la requête de la bailleresse.

La bailleresse a recouru au Tribunal fédéral contre cet arrêt.

B. Le droit

Après avoir rappelé les conditions auxquelles une requête en cas clair peut être admise, le Tribunal fédéral expose le fardeau de l'allégation et de la preuve en ce qui concerne l'action en expulsion pour défaut de paiement du loyer. Il précise ensuite les conditions auxquelles des faits et moyens de défense peuvent être invoqués en procédure d'appel.

Il incombe au bailleur, conformément à l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les conditions de l'art. 257*d* CO (faits générateurs de droit ; *rechtserhebende Tatsachen*). Il appartient, en revanche, au locataire d'invoquer les faits dirimants (*rechtshindernde Tatsachen*) ou destructeurs (*rechtsvernichtende Tatsachen*), en invoquant des objections ou des exceptions (*Einwendungen oder Einreden*), comme l'extinction de sa dette ou la compensation avec une contre-créance ou encore, dans le contexte précis de l'art. 257d CO, l'inefficacité ou la nullité du congé (consid. 4.2.1).

En procédure d'appel, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont recevables qu'aux conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. Les novas improprement dits (ou faux ou pseudo-nova ; *unechte Noven*) ne sont recevables qu'à deux conditions : (1) la partie qui s'en prévaut ne pouvait les invoquer avant, malgré sa diligence et (2) elle les présente sans retard. Ainsi, ne sont pas recevables les contestations et objections que la partie locataire soulève pour la première fois en instance de recours, comme le fait qu'elle a payé l'arriéré de loyer dans le délai de sommation de 30 jours (art. 257d al. 1 CO) ou qu'elle a obtenu du bailleur un sursis au paiement (BACHOFNER, Die Mieterausweisung, Zurich/St-Gall 2019, p. 381 n. 678). La partie locataire doit invoquer ces moyens de défense en temps utile, conformément au principe de la simultanéité des moyens d'attaque et de défense (maxime éventuelle ou maxime de concentration), qui vaut aussi bien en procédure ordinaire (art. 219 ss, art. 229 al. 1 et art. 317 al. 1 CPC), qu'en procédure simplifiée, même si elle est soumise à la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c, art. 247 al. 2 let. a et art. 229 al. 3 CPC, cette dernière disposition n'étant pas applicable en appel, cf. ATF 138 III 625, consid. 2.2) ou qu'en procédure sommaire de protection dans les cas clairs soumise à la maxime des débats (cf. ATF 142 III 462, consid. 4.3). Tel est le cas de l'extinction de la dette ou de la compensation, faits destructeurs. Le fait que ces moyens de défense reposent sur des faits notoires ne dispense pas la partie locataire qui est assistée d'un·e avocat·e de les invoquer devant le tribunal de première instance (consid. 4.2.2).

En ce qui concerne les vrais nova *(echte Noven)*, le Tribunal fédéral a jugé que la partie requérante qui a succombé en première instance et a vu sa requête déclarée irrecevable ne peut pas produire en appel des pièces nouvelles, même s'il ne lui était pas possible de les produire devant le premier juge (TF 4A_420/2012 du 7 novembre 2012, consid. 5 ; arrêt commenté, consid. 4.2.2).

Dans le cas d'espèce, la locataire n'a soulevé les objections liées à l'impossibilité d'utiliser les locaux, l'exorbitance de la prestation et l'imprévisibilité de la situation liée aux fermetures administratives ordonnées en raison de la pandémie de Covid-19 *(clausula rebus sic stantibus)* qu'au stade du recours.

En première instance, l'avocat de la locataire avait uniquement invoqué que celle-ci avait versé la veille le montant de CHF 2'940.- et invoqué que la situation était donc à jour et que la locataire avait besoin des locaux pour exercer son activité lorsqu'elle pourrait la reprendre, s'engageant en outre à verser, en deux fois, six mois supplémentaires d'indemnités, en plus des indemnités courantes (consid. 4.3).

Le Tribunal fédéral relève que la locataire n'a soulevé aucun argument découlant du fait notoire que constituent les fermetures administratives des discothèques, telles que l'impossibilité pour elle d'utiliser les locaux ou le fait qu'elle ne devrait pas payer les loyers litigieux car les circonstances auraient changé. Au contraire, la locataire s'est acquittée des loyers litigieux après l'expiration du délai comminatoire pour ensuite contester devoir ces montants (consid. 4.3).

Il s'ensuit que, sur la base des faits et des objections qui lui avaient été soumis, le Tribunal des baux et loyers ne pouvait que faire droit à la requête de la bailleresse. C'est à tort que la cour cantonale a cru pouvoir tenir compte de ces faits destructeurs invoqués pour la première fois devant elle, au motif qu'il ne s'agirait que d'une nouvelle argumentation juridique fondée sur des faits notoires. La défenderesse devait invoquer ces motifs de défense devant le tribunal de première instance, sous peine de forclusion (art. 317 al. 1 CPC).

III. Analyse

Dans son résultat, l'arrêt commenté ne prête pas à discussion. Sa motivation mérite quelques clarifications et, à notre sens, une brève discussion. Le présent commentaire précisera tout d'abord les conditions auxquelles les défenses de droit matériel doivent être prises en compte par les tribunaux ; il examinera ensuite le traitement des faits notoires en procédure civile et résumera les défenses opposables à une prétention en paiement du loyer dans le contexte de la pandémie de Covid-19, en lien particulièrement avec les fermetures administratives de certains établissements, pour en tirer quelques enseignements pour le cas d'espèce.

Outre la contestation des faits allégués par la partie demanderesse à l'appui de sa prétention, la partie défenderesse dispose de deux moyens de défense de droit matériel : les objections et les exceptions de droit civil.

L'objection est l'allégation de faits dont résulte l'inexistence du droit invoqué par la partie adverse. Il peut s'agir d'une part des faits extinctifs (ou « destructeurs »), dont il résulte que le droit invoqué n'existe plus. En font notamment partie le paiement de la dette, la remise conventionnelle, l'impossibilité subséquente et objective de la prestation (art. 119 al. 2 CO), l'avènement d'une condition résolutoire (art. 154 al. 1 CO ; cf. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2^{e} éd., Berne 1997, p. 34) ou encore l'expiration d'un délai de déchéance de droit matériel (BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009/II, p. 308).

D'autre part, l'objection peut porter sur des faits dirimants, c'est-à-dire des faits qui s'écartent de l'ordre normal des choses et dont il résulte que le droit invoqué n'existe pas (BOHNET, Procédure civile, 3^{e} éd., Bâle/Neuchâtel 2021, N 1211 ; STEINAUER, Traité de droit privé suisse, vol. II/1 : Le titre préliminaire du code civil, 2009, N 705). En font notamment partie les faits constitutifs d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC ; cf. ATF 88 II 18, consid. 4), la simulation (art. 18 al. 2 CO), l'absence de discernement d'une partie contractante ou le consentement de la victime d'un acte illicite.

L'exception de droit civil (« exception au sens technique » ; cf. HOHL, Procédure civile, tome I, 2^{e} éd., Berne 2016, N 636) est l'exercice, par la partie débitrice, d'un droit visant à provoquer la paralysie du droit invoqué (BOHNET, Procédure civile, N 1223) ; son admission conduit au rejet de la demande. Elle se distingue de l'exception de procédure, dirigée contre l'action (défaut d'intérêt ou de qualité pour agir) ou l'instance (incompétence du tribunal saisi ou litispendance), dont l'admission conduit à l'irrecevabilité de la demande (BOHNET, Les exceptions en procédure civile suisse, in : Bohnet (édit.), Procédure civile suisse : Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, N 17 s.). Selon que la paralysie provoquée est passagère ou permanente, l'exception sera qualifiée de dilatoire ou de péremptoire. Par exemple, l'exception d'inexécution (art. 82 CO) est dilatoire (TF 4A_464/2018 du 18 avril 2019, consid. 4.1) alors que la prescription est péremptoire.

Sur le plan procédural, le traitement des objections et des exceptions diffère. Il suffit que les faits dirimants ou extinctifs aient été apportés au procès pour que le tribunal en tienne compte dans le cadre de l'application du droit d'office (art. 57 CPC ; TF 4C.36/2006 du 29 mars 2006, consid. 3.1 ; RSPC 2006 n^{o} 299 ; HOHL, N 633 ; BOHNET, Défenses, p. 315) ; la partie défenderesse supporte le fardeau de la preuve de ces faits, mais elle ne doit pas soulever de moyen spécifique. Les exceptions

doivent en revanche expressément être invoquées par la partie qui s'oppose à l'exécution de la prestation. La compensation occupe une place particulière ; elle est une objection dans la mesure où elle conduit à l'extinction de la créance compensée, mais nécessite une manifestation de volonté de la partie qui entend compenser (en détail : STANISCHEWSKI, Die Verrechnung im Zivilprozess unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bâle 2020, p. 15 ss).

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral retient qu'il appartient à la partie défenderesse d'invoquer les faits extinctifs en temps utile, c'est-à-dire lorsqu'elle a encore l'occasion d'alléguer des faits et proposer des moyens de preuve de manière illimitée ; le principe de simultanéité des moyens d'attaque et de défense interdit de retarder l'exercice d'un moyen de défense (ATF 146 III 416, consid. 5.3). On ne saurait donc se prévaloir, en deuxième instance seulement, d'une objection fondée sur un fait notoire.

Ce dernier point nous paraît relever d'une application trop stricte de la maxime des débats ; en effet, selon l'art. 151 CPC, les faits notoires ou notoirement connus du tribunal et les règles d'expérience généralement reconnues ne doivent pas être prouvés ; ils ne doivent pas non plus être allégués par les parties (TF 4A_412/2011 du 4 mai 2012, consid. 2.2). Ces faits font partie du cadre du procès, qu'ils aient été allégués ou non par les parties. En constatant un fait notoire que le tribunal de première instance a ignoré, l'autorité d'appel ne retient pas de novas (proprement ou improprement dits), mais corrige un état de fait incomplet (cf. art. 310 let. b CPC), puis en tient compte dans le cadre de l'application du droit d'office. Puisqu'une objection sera prise en compte dès le moment où les faits qui la fondent sont introduits dans le procès, il nous semble donc qu'une telle défense reposant sur un fait notoire devrait pouvoir être prise en compte par l'autorité d'appel même si ledit fait n'a pas été constaté en première instance. De manière plus large, les considérations du Tribunal fédéral donnent le sentiment qu'il entend traiter les objections comme des exceptions de droit civil et exiger qu'elles soient explicitement soulevées par la partie débitrice.

Dans tous les cas, le principe énoncé dans l'arrêt commenté ne paraît pas transposable à tous les faits dirimants ou extinctifs. Si, par exemple, une actionnaire agit en annulation d'une décision de l'assemblée générale plus de deux mois après la tenue de celle-ci, mais qu'aucune des parties n'allègue de faits en lien avec le respect du délai de déchéance (cf. art. 706a al. 1 CO) et que l'autorité de première instance admet la demande au lieu de la déclarer irrecevable, on imagine mal que l'autorité d'appel feigne d'ignorer l'écoulement du temps entre la date de l'assemblée générale et celle du dépôt de la demande en annulation, connue des tribunaux.

Dans le cas concret, l'interprétation que nous proposons n'aurait pas modifié l'issue du procès. La doctrine envisage l'application de trois concepts distincts aux baux de locaux commerciaux affectés par la pandémie de Covid-19 (cf. la synthèse des avis de droit en la matière *in* LACHAT/BRUTSCHIN, Le bail aux temps du coronavirus, SJ 2020 II p. 111 ss ; cf. ég. REICHLE/STEHLE, Coronavirus und Geschäftsraummiete, Jusletter 18 mai 2020 ; HAEFELI/GALLI/VISCHER, Coronavirus SARS-CoV-2 : Klärung mietrechtlicher Fragen, Jusletter 14 avril 2020) : l'impossibilité (art. 119 CO), la *clausula rebus sic stantibus* (qui découle de l'art. 2 al. 2 CC) et le droit à une réduction du loyer en cas de défaut de la chose louée (art. 259d CO). On relèvera que le Mietgericht du canton de Zurich s'est prononcé en faveur de l'application de la *clausula rebus sic stantibus* (Mietgericht ZH, 02.08.2021, MJ210008-L, ZMP 2021 n^{o} 10).

La réduction du loyer suppose l'exercice d'un droit formateur par la partie locataire ; celui-ci doit être invoqué au stade où les parties peuvent encore alléguer des faits et offrir des preuves de manière illimitée (comp., pour la compensation, TF 4A_432/2013 du 14 janvier 2014, consid. 2.3). L'invocation de l'art. 259d CO en deuxième instance serait donc tardive, indépendamment de l'existence d'un fait notoire.

La *clausula rebus sic stantibus* relève d'une objection et pourrait, hypothétiquement être prise en compte d'office à condition que les faits pertinents fassent partie du cadre du procès ; cela étant, elle nécessite de prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas concret, dont il doit résulter que l'exécution représente une charge intolérable pour la partie débitrice (CR CC I-CHAPPUIS, art. 2 N 56). Pour les locaux commerciaux, la fermeture ordonnée par les autorités n'est qu'une circonstance parmi d'autres ; dans le cas concret, la locataire avait annoncé en première instance avoir payé les

montants en souffrance et s'était engagée à verser six mois de loyer supplémentaire, ce dont on peut raisonnablement tirer qu'elle admettait que le versement du loyer ne lui était pas insupportable.

L'impossibilité est également une objection ; la jurisprudence du Tribunal fédéral retient toutefois que l'art. 119 CO ne s'applique à une impossibilité passagère que lorsque sa durée est imprévisible au point qu'elle est assimilable à un empêchement durable (TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003, consid. 4.2 ; 4C.34/2001 du 24 avril 2001, consid. 4 n. p. in ATF 127 III 300). Nonobstant l'avis divergent de certains auteurs (cf. LACHAT/BRUTSCHIN, p. 133 s.), son application aux établissements fermés en raison de la pandémie de Covid-19 était dès lors exclue en raison du caractère temporaire des mesures prises (CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 5). Du reste, dans le cas concret, il aurait appartenu à la locataire d'alléguer que l'utilisation des locaux loués était impossible.

En somme, bien que la portée juridique des mesures administratives ordonnées en lien avec la pandémie de Covid-19 n'ait pas encore été élucidée, aucune des approches envisagées ne permettait à la locataire de soutenir que le loyer n'était pas dû sur la seule base de la fermeture des discothèques ; elle aurait dû, en plus, alléguer les faits se rapportant à sa situation spécifique. L'arrêt se défend également du point de vue de l'incombance des parties de préciser quels faits sont contestés, dès lors que la locataire ne semble aucunement avoir contesté devoir le loyer en première instance. On relèvera néanmoins que le Tribunal fédéral pose un principe nouveau concernant la prise en compte de faits notoires, qui ne découle pas de manière évidente de la loi ou de la jurisprudence. Même si ce principe n'a, en définitive, pas eu d'influence sur l'issue du procès, la motivation utilisée pour admettre la requête en expulsion formulée par la bailleresse ne paraît pas entièrement en phase avec la procédure de cas clair.

Pour terminer, rappelons que, dans les procédures soumises à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CO), la jurisprudence est plus souple concernant le traitement des faits non allégués, puisqu'il n'est pas interdit au tribunal de tenir compte de faits pertinents établis lors des débats, même s'ils n'ont pas été allégués par les parties (TF 4A_388/2021 du 14 décembre 2021, consid. 5.1 ; cf. TF 4C.36/2006 du 29.03.2006, consid. 3.2, concernant l'objection tirée du non-respect du délai prévu à l'art. 336b al. 2 CO). Dans ce cadre, il nous paraît d'autant plus approprié que l'autorité d'appel puisse compléter l'état de fait si des faits notoires ont été ignorés.

Proposition de citation

Lino Hänni, Défenses de droit matériel et faits notoires (arrêt TF 4A_376/2021), Newsletter Bail.ch, février 2022