

Tribunal des baux et loyers de Genève
JTBL/565/2021
1^{re} Chambre
Jugement du 28 juin 2021

Défaut ; loyer

Covid-19 ; réduction de loyer ; notion de défaut ; impossibilité subséquente d'exécuter le contrat ; *clausula rebus sic stantibus*

Art. 119, 256, 259a ss, 266g CO ; 2 CC

La **fermeture des établissements** ordonnée par les autorités en lien avec la crise sanitaire du COVID-19 **ne constitue pas**, pour les locataires d'un tel établissement, **un défaut de la chose louée** au sens des art. 256 ss CO. Une réduction (voir une exonération totale) du paiement du loyer sur la base de l'art. 259d CO n'est donc pas envisageable (consid. 4).

Les conditions d'une libération sur la base de l'art. **119 CO (impossibilité subséquente)** ne sont pas non plus réalisées (consid. 5c).

La question de savoir si la situation constitue un cas d'application de la *clausula rebus sic stantibus* est **laissée ouverte**, les locataires n'ayant pas démontré que les conditions permettant une réadaptation du contrat par le tribunal seraient remplies (consid. 5d).

Composition

Mme Sandra Vigneron, Présidente ; Mmes Emmanuelle Bugna et Astrid Jacquot, Juges assesseures.
Greffier : Stéphane Genthon.

Participants à la procédure

A. SA,

et

B,

Toutes deux demandresses, comparant par Me Dimitri Tzortzis, avocat, en l'Etude duquel elles élisent domicile,

contre

C, p.a. et représenté par D. SA

défendeur, comparant par Me Jean-Marc Siegrist, avocat, en l'Etude duquel il élit domicile.

En faits

A. C., est propriétaire de l'immeuble sis xxx à Genève.

La gestion de l'immeuble a été confiée à la régie D. SA (ci-après: la régie).

B. A. SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de la République et canton de Genève, ayant pour but l'exploitation d'un restaurant, importation, exportation et commerce de denrées alimentaires, vins et spiritueux, ainsi que toute activité s'y rapportant.

B. est l'unique administratrice avec signature individuelle de cette société

C. Par contrat de transfert de bail du xx.xx.2016, A. SA et B. (ci-après les locataires) sont devenues locataires à compter du xx.xx.2016 de locaux commerciaux d'environ 121 m² au rez-de-chaussée, 161 m² au 1^{er} étage et 131 m² au sous-sol de l'immeuble susmentionné.

Le bail transféré, daté du xx.xx.2013, a été conclu pour une durée de 10 ans, du xx.xx.2013 au xx.xx.2022, renouvelable.

Les locaux sont destinés à un usage commercial- café/restaurant.

Le loyer, réputé indexé à l'Indice suisse des prix à la consommation (ci-après : ISPC) dès le xx.xx.2020, a été fixé en dernier lieu à CHF xxx.- par an, charge et TVA non comprises, dès le 1^{er} janvier 2020, soit CHF xxx.- par mois.

A teneur de l'article 5 de la convention pour locaux commerciaux annexée au bail, le loyer doit être payé par terme trimestriel d'avance, étant toutefois précisé que, sans déroger à cette règle, les locataires sont autorisées à payer leur loyer par mois et d'avance.

D. B. exploite dans les locaux un restaurant italien à l'enseigne E.

Neuf personnes sont employées dans le cadre de l'exploitation du restaurant.

E. En date du 16 mars 2020, le Conseil fédéral a décrété l'état d'urgence jusqu'au 19 avril 2020 au moins, se fondant sur l'art. 7 de la loi sur les épidémies (loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012, RS 818.101). Il a arrêté l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (ci-après : Ordonnance 2 COVID-19, RS 818.101.24), entrée en vigueur le 17 mars 2020 à 0 heure 00, dont l'article 6 prévoit que les établissements publics, notamment les restaurants et bars, sont fermés jusqu'au 19 avril 2020, à l'exception des magasins d'alimentation (produits courants) et des établissements de santé (pharmacies par exemple).

F. Le même jour, le Conseil d'État du canton de Genève a rendu un arrêté instituant des mesures contre la propagation de l'épidémie COVID 19, entré en vigueur le 16 mars 2020 à 18h00, dont l'article 1 alinéa 1 énonce que « les entreprises vouées à la restauration et/ou au débit de boissons à consommer sur place, soumises à la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement (LRDBHD - I 2 22) et situées sur le territoire de la République et canton de Genève doivent rester fermées au public ». L'alinéa 2 de la même disposition prévoit que « les entreprises mentionnées à l'alinéa précédent ainsi que les structures offrant des mets à l'emporter ou un service de livraison à domicile peuvent poursuivre les activités précitées pour autant que les mets ne soient pas consommés sur place et que les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique concernant l'hygiène et les distances à garder soient strictement respectées ».

G. Par courrier du 16 mars 2020, les locataires ont sollicité de la régie une réduction de loyer de 100% au fait de la fermeture de tous les restaurants, ordonnée par les autorités.

H. Le 17 mars 2020, A. SA a fait une demande de réduction de l'horaire de travail pour l'ensemble de ses employés auprès de l'assurance-chômage.

I. La régie a répondu le 24 mars 2020 aux locataires qu'elle consentait en l'état à différer le loyer du mois d'avril et a proposé la mise en place d'un arrangement de paiement de loyer afin d'éviter un retard de loyer trop important.

J. Par requête déposée le 27 mars 2020 devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, assortie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, déclarée non conciliée lors de l'audience du 31 août 2020, et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 28 septembre 2020, les locataires ont conclu à ce que le Tribunal dise que le loyer des locaux concernés est réduit de 100% à compter du 16 mars 2020 et pour toute la durée de la fermeture de l'établissement, soit jusqu'au 11 mai 2020 ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, cela fait, leur accorde une réduction de loyer net de 100%, à compter du 16 mars 2020 et pour toute la durée de la fermeture de l'établissement, soit jusqu'au 11 mai 2020, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, fixe le loyer mensuel des locaux concernés à CHF 0.- à compter du 16 mars 2020 et ce, durant toute la durée de la fermeture de l'établissement, soit jusqu'au 11 mai 2020, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, condamne la bailleresse à leur restituer le trop-perçu de loyer en résultant, avec intérêts à 5% l'an, dès le 16 mars 2020, condamne la bailleresse en tous les frais et dépens comprenant une indemnité équitable valant participation aux honoraires d'avocat de Me Dimitri Tzortzis et déboute la bailleresse ou tout tiers de toutes autres ou contraires conclusions.

Subsidiairement, elles 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 toute la durée de la fermeture de l'établissement, soit jusqu'au 11 mai 2020, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, cela fait, exonère les locataires du paiement de tout le loyer à compter du 16 mars 2020 et ce pour toute la durée de la fermeture de l'établissement, soit jusqu'au 11 mai 2020, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, condamne la bailleresse à leur restituer le trop-perçu de loyer en résultant, avec intérêts à 5% l'an, dès le 16 mars 2020, condamne la bailleresse en tous les frais et dépens comprenant une indemnité équitable valant participation aux honoraires d'avocat de Me Dimitri Tzortzis et déboute la bailleresse ou tout tiers de toutes autres ou contraires conclusions.

A l'appui de leur requête, les demanderesses exposent que la fermeture des établissements justifie une réduction de loyer de 100% pour la durée de la fermeture prononcée, au motif notamment du défaut grave de la chose louée. Elles estiment par ailleurs que le contrat ne peut plus être exécuté, s'agissant d'un cas de force majeure, raison pour laquelle elles doivent être exonérées du paiement du loyer, à compter du 16 mars 2020. Elles allèguent enfin qu'aucune recette n'a été dégagée depuis le 16 mars 2020 à 18h, entraînant une impossibilité de payer les charges, notamment le loyer, et un manque de liquidités.

K. Les mesures superprovisionnelles, visant à obtenir une réduction de loyer de 63% pour le loyer du mois d'avril 2020, et provisionnelles, visant à obtenir une réduction de loyer de 100%, à compter du 1^{er} avril 2020 et pour toute la période de fermeture de l'établissement ont été rejetées par ordonnances du Tribunal des 30 mars 2020 et, respectivement, 1^{er} septembre 2020.

L. A tout le moins depuis le 6 avril 2020, E. propose un service de livraison à domicile et de plats à l'emporter (cf. pièces 2, 3 et 7 déf.).

M. Lors de sa séance du 29 avril 2020, le Conseil fédéral a autorisé la réouverture des restaurants, sous certaines conditions, notamment la limitation à quatre personnes par table, à compter du 11 mai 2020.

La limitation précitée a été levée dès le 6 juin 2020 selon décision du 27 mai 2020.

N. Par arrêté d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population, du 1^{er} novembre 2020, le Conseil d'État du canton de Genève a notamment ordonné, dès le 2 novembre 2020 à 19h et jusqu'au 29 novembre 2020 à minuit, la fermeture des « installations et établissements offrant des consommations, notamment bars, café restaurants, cafeterias, buvettes

et établissements assimilés ouverts au public, à l'exception des cantines d'entreprise, d'établissement de formation ouverts et de structures d'accueil, moyennant un plan de protection ». Les services à l'emporter et de livraison demeuraient réservés. Les mesures étaient prolongeables en tant que de besoin.

O. Les locataires ont à nouveau proposé un service de plats à l'emporter (pièce 8 déf.).

P. Par courrier du 4 novembre 2020, les locataires ont requis de la partie bailleresse qu'elle consente à réduire le loyer de 100%, respectivement les libère du paiement du loyer à compter du 2 novembre 2020 et pour toute la durée de l'interdiction d'ouvrir leur établissement.

Q. Par écritures du 25 novembre 2020, les locataires ont amplifié leurs conclusions initiales, en concluant également, sur faits nouveaux, à ce que le Tribunal dise que le loyer des locaux concernés est réduit de 100% à compter du 2 novembre 2020 et pour toute la durée de la fermeture de l'établissement, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, cela fait, leur accorde une réduction de loyer net de 100%, à compter du 2 novembre 2020 et pour toute la durée de la fermeture de l'établissement, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, fixe le loyer mensuel des locaux concernés à CHF 0.- à compter du 2 novembre 2020 et ce, durant toute la durée de la fermeture de l'établissement, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, condamne la bailleresse à leur restituer le trop-perçu de loyer en résultant, avec intérêts à 5% l'an, dès le 2 novembre 2020, les autorise à amplifier leurs conclusions, condamne la bailleresse en tous les frais et dépens comprenant une indemnité équitable valant participation aux honoraires d'avocat de Me Dimitri Tzortzis et déboute la bailleresse ou tout tiers de toutes autres ou contraires conclusions.

Subsidiairement, sur faits nouveaux, elles ont conclu à ce que le Tribunal dise que le loyer pour les locaux concernés est supprimé, à compter du 2 novembre 2020 et ce, pour toute la durée de la fermeture de l'établissement, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, cela fait, exonère les locataires du paiement de tout le loyer à compter du 2 novembre 2020 et ce, pour toute la durée de la fermeture de l'établissement, ordonnée par les autorités cantonales ou fédérales, condamne la bailleresse à leur restituer le trop-perçu de loyer en résultant, avec intérêts à 5% l'an, dès le 2 novembre 2020, les autorise à amplifier leurs conclusions, condamne la bailleresse en tous les frais et dépens comprenant une indemnité équitable valant participation aux honoraires d'avocat de Me Dimitri Tzortzis et déboute la bailleresse ou tout tiers de toutes autres ou contraires conclusions.

R. Par arrêté du 7 décembre 2020 le Conseil d'Etat genevois a autorisé la réouverture des restaurants dès le 10 décembre 2020 à 00h01.

S. Dans sa réponse du 15 décembre 2020, la partie bailleresse a conclu à ce qu'il soit dit et constaté que les locaux commerciaux concernés ne présentent aucun défaut, à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle s'en rapporte à la justice quant à la réduction de loyer à laquelle les locataires peuvent prétendre, étant précisé qu'elle ne saurait dépasser un pourcentage de 80% et devra être limitée aux périodes allant du 16 mars 2020 au 11 mai 2020 et du 2 novembre 2020 au 10 décembre 2020, et au déboutement des locataires de toutes autres ou contraires conclusions.

A l'appui de ses conclusions, elle allègue que la fermeture de l'établissement ne constitue ni un défaut de la chose louée, ni un cas d'impossibilité et ne permet pas non plus d'invoquer la théorie de l'imprévision.

T. En date du 18 décembre 2020, le Conseil fédéral a modifié l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ci-après : Ordonnance COVID-19 situation particulière), et notamment ordonné l'interdiction d'exploiter les établissements de restauration à compter du 22 décembre 2020 à 0 heure 00.

U. Lors de l'audience du 23 mars 2021, les demanderesse ont persisté dans leurs conclusions et les ont amplifiées en ce sens qu'une réduction de loyer de 100% était également sollicitée du 2 novembre au 10 décembre 2020 et du 23 décembre 2020 jusqu'au jour de l'audience, voire la fixation d'un loyer à CHF 0.- pour ces mêmes périodes.

La partie défenderesse a persisté dans ses conclusions en ce qu'elle s'en rapportait à la justice quant au principe de la réduction de loyer mais que si celle-ci devait être retenue par le Tribunal, elle ne saurait dépasser 80%. La bailleuse n'avait pas pu bénéficier des mesures Vesta mais s'était efforcée, pour ses locataires répondant aux critères de Vesta, de respecter une égalité de traitement avec une réduction de loyer de 80 %, étant précisé que lorsque le principe d'une réduction avait été évoqué au niveau fédéral en lien avec la fermeture des établissements, la proportion articulée était plutôt de l'ordre de 40 - 60 %. Sur le fond, si le Tribunal devait retenir un défaut de la chose louée, il faudrait alors prendre en considération le fait que les locataires avaient quand même pu avoir accès à leurs locaux durant ces périodes et donc avoir une certaine jouissance des lieux, de sorte que l'empêchement n'était dès lors pas de 100% ; S'il fallait retenir la théorie de l'imprévision, il y aurait lieu de tenir compte de la situation de chacun et voir en fonction de la situation financière des locataires, de sorte qu'il solliciterait la production de tout élément permettant de déterminer la fortune et les revenus de la société A. SA et de B.

Le conseil des locataires s'est opposé à cette requête dans la mesure où elle ne figurait pas dans les écritures de la partie défenderesse. Il a indiqué ne pas avoir d'actes d'instruction à solliciter dès lors que les faits n'étaient pas contestés. Il a précisé qu'un juge de paix belge avait accordé l'exonération totale de loyer à un commerçant du fait de l'impossibilité d'utiliser ses locaux conformément au contrat et en raison de la fermeture imposée par le gouvernement.

Dans le cadre des premières plaidoiries, les parties ont persisté dans leurs conclusions et ont accepté que le Tribunal garde la cause à juger sous réserve des actes d'instruction sollicités par la partie défenderesse qui devraient, cas échéant, être tranchés par le Tribunal.

A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger tant sur les actes d'instruction que sur le fond.

En droit

1. Le Tribunal des baux et loyers est compétent vu la nature du litige et la situation géographique de l'immeuble (art. 89 LOJ ; 33 CPC).

2. La demande est recevable pour avoir été déposée dans les forme et délai prévus par la loi (art. 59, 60, 209 al. 4 CPC).

3. Eu égard à la valeur litigieuse, la cause est soumise à la procédure ordinaire (art. 243 al. 1 CPC a contrario). La maxime des débats trouve application. Aux termes de l'art. 55 al. 1 CPC, les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent.

Les parties ont renoncé, en l'espèce, lors de l'audience du 23 mars 2021, à tout acte d'instruction et requis du Tribunal de statuer sur la base des écritures et pièces produites ; sous réserve des actes sollicités par la partie défenderesse sur lesquels il sera statué infra.

4.

a) Le paiement du loyer constitue l'une des obligations essentielles du locataire. Même s'il n'utilise pas les locaux ou s'il ne les utilise que partiellement, le locataire doit s'acquitter de son loyer (art. 253 CO ; LCHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 366).

A teneur de l'article 256 al. 1 CO, le bailleur est tenu de délivrer la chose louée à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle est louée et l'entretenir dans cet état.

La chose louée est défectueuse lorsqu'elle 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 (arrêt du TF 4A_582/2012 du 28 juin 2013, consid. 3.2.; ATF 135 III 345 consid. 3.2 et les références ; arrêt 4C.527/1996 du 29 mai 1997, publié in SJ 1997 p. 661 ; LCHAT/RUBLI, *Le bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 256 ; AUBERT in BOHNET/CARRON/MONTINI, *Droit du bail à loyer et à ferme*, Bâle 2017, n° 20 ad art. 258 CO). L'état approprié à l'usage convenu se détermine prioritairement par référence aux termes du contrat et de ses annexes, lesquels peuvent notamment prévoir la destination des locaux. En l'absence de précisions dans le bail, l'usage est apprécié objectivement selon toutes les circonstances du cas d'espèce, soit notamment le montant du loyer, l'environnement des locaux, l'âge de l'immeuble et son état apparent, les normes de sécurité, les normes usuelles de qualités, les règles de droit public applicables et les usages courants (LCHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 257 ss ; CORBOZ Bernard, *Les défauts de la chose louée*, in SJ 1979 p. 130 ss).

Le défaut peut être matériel ou immatériel (arrêt du TF 4A_208/2015 du 12 février 2016). Par qualités matérielles, on entend celles qui appartiennent à la structure physique (substantielle) de la chose. A l'inverse, les qualités immatérielles sont toutes les caractéristiques qui, d'une autre manière, sont inhérentes et propres à la chose (SVIT, *Le droit suisse du bail à loyer*, Commentaire, 2011, p. 72).

Parmi les défauts immatériels (ou incorporels), il faut notamment mentionner les défauts juridiques (tels que l'absence des autorisations administratives nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale, par exemple la non-conformité avec les exigences de la police du feu), économiques (par exemple l'impossibilité pour le locataire de réaliser le chiffre d'affaires garanti par le bailleur) ou de nature idéale (atteinte à la mauvaise réputation de l'immeuble) (arrêt du TF 4C.1/2001 du 19 mars 2001 in DB 2002 n° 4 ; LCHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 270 ss ; AUBERT in BOHNET/CARRON/MONTINI, *op. cit.*, n° 28 ad art. 258 CO).

La notion de défaut est relative et dépend de circonstances propres à chaque cas, notamment les termes du contrat, mais également de l'évolution des mœurs et de la technique (LCHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 262).

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. Le bailleur répond des défauts de manière objective, donc même si ceux-ci résultent d'un cas fortuit (inondation des caves à la suite de pluies diluviennes) ou du comportement de ses auxiliaires (concierge, gérant), voire même s'ils trouvent leur source non dans la chose elle-même mais dans le voisinage ou l'attitude de tiers, comme dans le cas d'un chantier voisin. Il ne faut donc pas limiter la notion de défaut au défaut purement matériel (*Sachmangel*), mais également l'étendre à la notion de perturbation (*Störung*) qui diminue ou entrave l'usage ou la jouissance de la chose louée. A la signature du contrat, le preneur peut en effet s'attendre à pouvoir jouir de la chose louée de façon normale sans être incommodé par les voisins dans une mesure qui dépasse la tolérance due au voisinage (cf. not. arrêt 4C.219/2005 du 24 octobre 2005 ; arrêt 4C.377/2004 du 2 décembre 2005 ; arrêt 4C.527/1996 du 29 mai 1997, publié in SJ 1997 p. 661 ; arrêt C.144/1985 du 24 septembre 1985, publié in SJ 1986 p. 195 ; SJ 1981 p. 244 ; SJ 1979 p. 139 ; JdT 1981 I 244 ; ACJC/150/1990 ; AUBERT in BOHNET/CARRON/MONTINI, *op. cit.*, n° 29 et 32a ad art. 258 CO).

Le défaut peut également avoir sa source dans le comportement même du bailleur, pour autant qu'il ait un lien avec la chose louée (défaut admis pour le refus systématique du bailleur de collaborer à la délivrance des autorisations administratives nécessaires à l'exploitation des locaux loués) (CdB 1/06, p. 26ss ; AUBERT in BOHNET/CARRON/ MONTINI, *op. cit.*, n° 31ss ad art. 258 CO).

En revanche, si le défaut est occasionné par le locataire, celui-ci en répond personnellement (*ibidem*). L'obligation du bailleur s'arrête à la limite de ce qui est en son pouvoir et son devoir, mais il n'a pas à répondre d'actes et/ou comportements dont le locataire est responsable, ainsi que de leurs conséquences (SAVIAUX, in CdB 1/06, p. 32).

La jurisprudence a par exemple admis que constitue un défaut de la chose louée la diminution de la capacité d'accueil d'un cabaret, consacrée dans la nouvelle licence en raison de l'insuffisance des issues de secours (arrêt du TF 4A_208/2015 du 12 février 2016), ou l'impossibilité d'utilisation d'un local comme bureau lié au plan d'affectation des bâtiments (ZMP 1/93, n° 3, p. 12 ss, cité dans SVIT, *op. cit.*, p. 199).

Ainsi, lorsqu'il loue un local pour une affectation spécifique telle que l'exploitation d'un restaurant, le propriétaire garantit implicitement à son locataire que les réglementations de droit public applicables autorisent une telle affectation (HIGI/WILDISEN, Zürcher Kommentar, 5ème éd., 2019, n° 32 ad. art. 258 CO ; AUBERT in BOHNET/CARRON/MONTINI, *op. cit.*, n° 28 ad art. 258 CO).

C'est au locataire qui entend s'en prévaloir d'apporter la preuve de l'existence du défaut (art. 8 CC).

b) Conformément aux articles 259a et ss CO, lorsqu'apparaissent des défauts qui ne sont pas imputables au locataire et auxquels celui-ci ne doit pas remédier à ses frais, ou lorsque le locataire est empêché d'user de la chose conformément au contrat, il peut exiger du bailleur, notamment, une réduction proportionnelle de loyer.

Parmi les défauts qui surviennent pendant la durée du bail, la loi distingue d'une part, les menus défauts, à la charge du locataire (art. 259 CO) et, d'autre part, les défauts de moyenne importance et les défauts graves, qui ouvrent au locataire les droits prévus à l'article 259a CO, en particulier la réduction de loyer.

Selon l'article 259d CO, la réduction de loyer peut être exigée à partir du moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et jusqu'à l'élimination complète de ce dernier.

L'étendue de la réduction doit être proportionnelle au défaut. Elle vise à rétablir l'équilibre des prestations entre les parties. Elle se détermine, en principe, en comparant la valeur objective de l'objet avec et sans l'altération concernée (méthode dite relative ou proportionnelle ; arrêt du TF 4A.222/2012 du 31 juillet 2012, cons. 2.2; ATF 130 III 504 cons. 4.1 p. 507), de sorte que la réduction de loyer est due même si le locataire ne fait pas effectivement usage des locaux (LACHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 311, note 70 et références citées ; ACJC/726/2008 du 16 juin 2008).

Lorsque le défaut est grave, et bien que la loi ne le prévoit pas expressément, le locataire peut demander à être exonéré du paiement de tout le loyer. Il faut cependant que la perturbation atteigne une grande intensité pour que le loyer puisse être supprimé. Tel peut être le cas lorsque l'usage des locaux est temporairement impossible ou difficile à l'excès, ou bien lorsqu'il crée un danger sérieux pour la santé du locataire (insalubrité, etc.). La santé englobe non seulement la santé physique, mais également la santé psychique et nerveuse (bruit intense, trépidations, etc. ; LACHAT/RUBLI, *op. cit.*, p. 315).

c) En date du 16 mars 2020, le Conseil fédéral a décrété l'état d'urgence jusqu'au 19 avril 2020 au moins, se fondant sur l'art. 7 de la loi sur les épidémies (loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28^e septembre 2012, RS 818.101). Selon l'art. 6 de l'Ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24), les établissements publics, notamment les restaurants et bars, ont été fermés dès le 17 mars 2020 à 0 heure 00.

Cette mesure était justifiée par le fait que tous les établissements visés présentaient un risque que les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique en matière d'hygiène et d'éloignement social ne soient pas respectées. Ils entraînaient en outre une mobilité accrue de la population, qu'il fallait réduire le plus possible (Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 20 mars 2020, p. 7).

A Genève, au vu des mesures fédérales et cantonales énoncées dans la partie « En fait » ci-dessus, les entreprises vouées à la restauration eu/ou au débit de boissons à consommer sur place ont été fermées au public du 16 mars à 18h00 au 10 mai 2020, du 2 novembre à 19h00 au 10 décembre 2020 et du 23 décembre 2020 jusqu'à la date des plaidoiries finales, des mets à l'emporter ou un service de livraison à domicile pouvant toutefois être offerts.

d) A l'heure actuelle, le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché 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 est constitutive d'un défaut de la chose louée au sens des articles 256ss CO, pour lequel le locataire pourrait solliciter une exonération de loyer.

Deux décisions cantonales ont abordé le sujet de manière indirecte. Le *Bezirksgericht* de Zurich a, dans un jugement du 23 avril 2021 sur mainlevée, retenu que le contrat de bail ne constituait pas 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, le jugement mentionnant au passage que les mesures étatiques n'entraînaient pas un défaut de la chose louée ni une impossibilité pour la bailleuse de remplir ses obligations contractuelles, et que seule demeurait ouverte la question de la *clausula rebus sic stantibus* (EB201177-L /U, 23.04.2021). La Cour de Justice de Genève a dénié, dans un arrêt du 7 juin 2021 faisant suite au prononcé d'une évacuation pour défaut de paiement d'une société exploitant un dancing (ACJC/722/2021), le cas clair au motif que la situation juridique n'était précisément pas claire en raison des doutes qui subsistaient sur la réponse à apporter dans une telle situation.

Certains auteurs sont en faveur d'une telle thèse et considèrent que le locataire n'a pas pris 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. Les mesures prises par les autorités affectent l'usage possible des locaux prévu par le contrat de bail et prive les locataires de la faculté d'exercer l'activité pour laquelle ils les ont loués (Avis de droit de l'ASLOCA, 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, Analyse de l'avis de droit rédigé par le professeur Rigi, mars 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, en revanche, considèrent que les fermetures ordonnées ne constituent pas un défaut de la chose louée, dans la mesure où 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, disponible sous <https://www.cgionline.ch/covid-19->

[les-avis-de-droit-disponibles/](#) et publié aux Cahiers du bail, Lausanne, 2020, no 2, p. 33-52 ; RIGI, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mangeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der "CoronaPandemie", 26 mars 2020, disponible sous https://www.hev-zuerich.ch/zuerich/assets/uploads/2020/03/Gutachterl_Stellungn_Prof_Higi.pdf). Le propriétaire ne saurait ainsi être lié par des garanties qui sont sans rapport direct avec la chose louée elle-même et qui portent sur des éléments sur lesquels le propriétaire n'a aucune emprise (IYNEDJIAN, COVID : 19- Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer, mars 2020, disponible sous <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/> et publié aux Cahiers du bail, Lausanne, 2020, no 2, p. 53-59; SAVIAUX, Avis de droit, Covid-19 - paiement du loyer, avril 2020, disponible sous <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/> et publié aux Cahiers du bail, Lausanne, 2020, no 2, p. 60-71).

e) En l'espèce, il n'est pas contesté que l'entrée en vigueur des mesures fédérales et cantonales ordonnant l'état d'urgence et, avec lui, la fermeture notamment des établissements publics, a entraîné une restriction dans l'exercice de l'activité commerciale des locataires concernées, à savoir dans l'exploitation du restaurant.

Le défaut allégué ne peut de ce fait que s'apparenter à un défaut immatériel, les locaux loués n'étant pas affectés dans leur structure physique.

La jurisprudence citée précédemment admet l'existence d'un défaut immatériel lorsque l'entrave subie par le locataire découle de l'application de normes (défaut juridique). Néanmoins, dans les cas où un tel défaut a été retenu, celui-ci résultait de l'absence des autorisations administratives nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale (non-conformité des locaux aux exigences posées par les réglementations sécuritaires en vigueur) ou du non-respect des réglementations de droit public en matière d'affectation. En d'autres termes, ce sont les caractéristiques propres à l'immeuble/local, voire le comportement du bailleur concerné ou de ses auxiliaires, en lien avec le bien loué, qui sont pertinents pour admettre qu'un défaut juridique affecte la chose louée au sens large.

L'existence d'un tel défaut est en revanche déniée lorsque le locataire ne respecte pas les prescriptions de droit public qui concernent son activité. Tel doit être le cas également lorsque l'impossibilité ou l'entrave est effective, quel que soit le local loué. Dans ces cas en effet, la restriction de l'usage n'est pas due aux caractéristiques structurelles du bien mis en location mais dépend du type d'activité exercée ou de la personne du locataire.

Les autres cas plus anciens traités par le Tribunal fédéral visant des changements de réglementation empêchant désormais l'exercice d'une activité (interdiction d'implanter une succursale *Migros* sur le territoire vaudois ATF 62 II 42 et changement de législation entraînant l'interdiction légale de continuer d'exercer la profession de dentiste sans diplôme fédéral, arrêt *Emrich* ATF 57 II 532) n'ont d'ailleurs pas été abordés sous l'angle du défaut de la chose louée, mais sous celui de l'impossibilité et de la *clausula rebus sic stantibus*.

De surcroît, les prescriptions de droit public adoptées par les autorités fédérales et cantonales s'adressaient à l'ensemble de la population, laquelle était sommée de limiter au maximum ses déplacements, respecter des normes sanitaires et conserver un éloignement social en évitant des contacts rapprochés. Le but recherché était ainsi de réduire la fréquence des transmissions du virus en limitant les rassemblements de personnes afin d'enrayer la pandémie.

Ainsi conçues, ces mesures ont eu un impact sur les activités exercées, lorsque celles-ci n'étaient pas compatibles avec le but sanitaire poursuivi. Ce n'est ainsi pas la chose louée elle-même qui était visée, mais bien toutes les activités qui risquaient de favoriser la transmission du virus. Les mesures de fermeture des commerces qui s'imposaient empêchaient les locataires d'exercer leur activité, quel que

soit le lieu concerné. Les demanderessees n'auraient de ce fait pas été susceptibles d'exercer leur activité ailleurs. La mise à disposition du local n'était, en tant que telle, pas visée par les mesures prises. La décision de fermeture n'était pas du fait du bailleur non plus.

Par ailleurs, si la jurisprudence admet qu'une réduction de loyer pour défaut de la chose louée peut être accordée en cas de nuisances provenant d'un chantier voisin, et donc sur lesquelles le bailleur n'a aucune emprise, le Tribunal fédéral justifie cette approche par le fait que le locataire doit pouvoir bénéficier d'un voisinage non perturbateur, le voisinage visant non seulement tout ce qui provient de l'immeuble, mais également de la proximité du bien loué. C'est cette perturbation (*Störung*) générée par l'entourage au sens large qui justifie une réduction de loyer lorsqu'elle incommodé le locataire et diminue ou entrave l'usage ou la jouissance de la chose louée.

L'on ne saurait ainsi appliquer par analogie ce raisonnement à des normes de droit public réglementant le comportement de la population.

Il découle par conséquent de ce qui précède que la chose louée demeure dans un état approprié à l'usage pour laquelle elle a été louée au sens de l'article 256 CO et qu'aucun défaut ne sera retenu en relation avec la fermeture des établissements sus évoquée.

Reste à examiner si les locataires peuvent prétendre à être libérées de leur obligation de payer le loyer sur une autre base.

5.

a) A teneur de l'article 119 CO, l'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur (al. 1). Dans les contrats bilatéraux, le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer, selon les règles de l'enrichissement illégitime, ce qu'il a déjà reçu et il ne peut plus réclamer ce qui lui restait dû (al. 2).

Cette disposition régit l'impossibilité subséquente, par opposition à l'impossibilité originaire, qui rend le contrat nul en vertu de l'article 20 al. 1 CO. L'impossibilité subséquente peut être matérielle - par exemple le décès d'un cheval dont le débiteur devait assurer l'entretien et le dressage (ATF 107 II 144) - ou juridique - ainsi une interdiction d'exportation qui empêche le débiteur de fournir la prestation (ATF 111 II 352, JdT 1986 I 73); certains distinguent également selon que l'impossibilité est objective, c'est-à-dire que ni le débiteur ni des tiers ne sont en mesure d'effectuer la prestation contractuelle, ou subjective, lorsqu'une prestation devient impossible parce qu'elle se heurte à un obstacle insurmontable pour le débiteur (arrêt du TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003 et réf. cit.).

Tandis que l'art. 119 al. 1 CO libère purement et simplement le débiteur lorsque l'impossibilité ne lui est pas imputable, l'art. 97 al. 1 CO l'oblige à indemniser le créancier lorsque l'impossibilité est imputable à sa faute (ou à son auxiliaire) (CR CO I-THEVENOZ, 2012, n°1 ad art. 119).

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. Ainsi, en matière de bail, le Tribunal fédéral a jugé, dans l'affaire *Migros* susmentionnée (ATF 62 II 42), que lorsque les locaux 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 (ATF 116 II 512, JdT 1991 I 310 ; ATF 62 II 42 ; ATF 57 II 532 ; CR CO I-THEVENOZ, 2012, n° 5 ad art. 119).

La notion d'usage spécial doit être distinguée de celle d'usage convenu au sens de l'article 256 CO (soit la destination pour laquelle la chose a été louée). En cas d'usage spécial, le bailleur loue le local à un certain locataire et à certaines conditions spécifiques. C'est la solution posée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de la dentiste *Emrich* (ATF 57 II 532) en faveur de laquelle il a retenu une disparition du but contractuel, la libérant du paiement du loyer, moyennant restitution des locaux. Le contrat de bail était, dans ce cas, jumelé avec une reprise, par la locataire, des installations et de la clientèle du bailleur, lui-même dentiste (BOHNET, *op. cit.*, p. 10; ATF 62 II 42).

L'impossibilité au sens de l'article 119 CO implique en effet l'extinction des obligations, et, en matière de bail, la libération des locaux auparavant loués. Ainsi, le locataire qui invoque l'impossibilité et qui cesse le paiement des loyers doit abandonner les locaux, ce qu'avait fait la dentiste (ATF 57 II 532). L'absence de restitution des locaux avait notamment été reprochée à la *Migros* dans l'arrêt concernant sa succursale vaudoise (ATF 62 II 42).

L'impossibilité liée à une raison simplement personnelle d'accomplir la prestation n'est pas une cause d'extinction de la dette. En d'autres termes, le fait que le locataire soit économiquement incapable de fournir sa prestation, à savoir le paiement du loyer, n'est pas un motif valable de libération au sens de l'article 119 CO (JdT 1936 I 162 ; arrêt du TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003 ; CR CO I-THEVENOZ, *op. cit.*, n° 6 ad art. 119 CO ; BOHNET, *op. cit.*, p. 9). Par ailleurs, l'unanimité règne en doctrine pour dire que l'insolvabilité ou le manque d'argent ne tombe jamais sous le coup de l'article 119 CO (arrêt du TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003).

Finalement, la doctrine est divisée sur l'applicabilité de l'art. 119 CO en cas d'impossibilité temporaire (LACHAT/BRUTSCHIN, SJ 2020 II p. 134). Pour qu'une impossibilité temporaire soit considérée comme durable, au point de rendre l'exécution impossible au sens de l'art. 119 CO, la durée doit à tout le moins être imprévisible au point qu'elle est assimilable à un empêchement durable (arrêt du TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003).

b) Un changement de circonstances affectant l'intérêt du créancier à la prestation relève de la *clausula rebus sic stantibus*. L'exorbitance, c'est-à-dire le caractère excessivement onéreux d'une prestation pour le débiteur, n'est pas un cas d'impossibilité, mais d'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*) (CR CO-THEVENOZ, *op. cit.*, n° 4 ss ad art. 119 CO).

Conformément à la théorie de l'imprévision, applicable dans toute espèce de relation contractuelle, la partie liée par un contrat prêt se dégager partiellement ou totalement 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. Tel peut être le cas notamment lorsqu'un événement extérieur, extraordinaire, imprévisible (guerre, conjoncture économique), provoque une grave rupture de l'équilibre contractuel, au point que l'exécution, alors même qu'elle est encore possible, exigerait du débiteur des sacrifices manifestement excessifs (arrêt du TF 4A 73/2011 du 2 mai 2011 ; WESSNER jn BOHNET/CARRON/MONTINI, *op. cit.*, n° 7 ad art. 266g CO).

Lorsque les conditions d'application de la *clausula* sont réunies, celle-ci permet, non seulement une résiliation du contrat, mais aussi sa modification, plus précisément son adaptation (CR CC I-CHAPPUIS, n° 56 ad art. 2 CC).

Une intervention du juge fondée sur la *clausula* suppose que la modification des circonstances soit extraordinaire et imprévisible et qu'elle occasionne un tel déséquilibre entre prestation et contre-prestation que la répartition des risques découlant du contrat ne soit plus supportable pour l'une des parties (ATF 127 III 300, SJ 2002 I 1 ; CR CC I-CHAPPUIS, n° 56 ad art. 2 CC).

Les parties à un contrat de durée doivent s'attendre à ce que les circonstances existant au moment de la conclusion du contrat puissent se modifier. La prévisibilité doit être niée lorsque la modification des circonstances, par exemple un changement législatif, est prévisible en tant que telle, mais que son genre, son importance ou ses implications pour le contrat ne l'étaient pas (ATF 127 III 300, SJ 2002 I 1).

L'adaptation du contrat se fonde d'abord sur les règles prévues par le contrat, puis sur les règles légales supplétives et enfin sur la volonté hypothétique des parties. Le tribunal doit dès lors déterminer ce que les parties auraient conclu selon le principe de la bonne foi, si elles avaient pris en compte le cours des événements tel qu'il s'est produit. Il doit, pour ce faire, se laisser guider par les pensées et les actes de partenaires contractuels raisonnables et honnêtes, de même que par la nature et le but du contrat en cause (arrêt du TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019 ; ATF 127 III 300, SJ 2002 I 1; CR CO I-THEVENOZ, *op. cit.*, n° 4 ss ad art. 119 CO).

La *clausula* est appliquée uniquement à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque le contrat ne prévoit rien au sujet d'un changement de circonstances extraordinaire et qu'il n'existe aucune disposition légale spéciale (arrêt du TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019 ; BOHNET, *op. cit.*, p. 23 ss).

La doctrine n'est pas unanime quant à la possibilité d'appliquer la *clausula* en matière de changement de circonstances extraordinaire en droit du bail, en raison de l'existence de l'article 266g CO, lequel interviendrait de manière exclusive pour certains auteurs, et qui prévoit que chacune des parties peut résilier le bail à n'importe quel moment en observant le délai de congé légal si, pour de justes motifs, l'exécution du contrat lui devient intolérable. L'article 266g CO, qui n'est pas conditionné à un déséquilibre (ATF 128 III 428), ne permet toutefois, contrairement à la *clausula*, aucune adaptation du contrat de bail, mais uniquement sa résiliation (BOHNET, *op. cit.*, p. 23 ss et réf. cit.).

c) En l'espèce, une éventuelle impossibilité due à l'entrée en vigueur des réglementations sur la pandémie ne serait imputable à la faute d'aucune des parties, de sorte que l'art. 97 CO ne peut trouver application. Seul l'art. 119 CO serait dès lors pertinent.

Comme examiné supra sous point 4, les interdictions d'ouverture des établissements publics prononcées par les autorités cantonales ou fédérales ont visé la population, touchant par ce biais l'activité des locataires, alors que la mise à disposition des locaux loués par le bailleur demeurerait possible. Ces mesures n'ont en outre pas un caractère durable au sens de la jurisprudence précitée.

Le simple fait que les locataires ne soient plus en mesure de s'acquitter du loyer, ce qu'elles ne démontrent au demeurant pas, ne constitue par ailleurs pas un motif de libération au sens de l'article 119 CO.

Enfin, si une telle impossibilité devait exister, ce qui n'est pas établi, les locataires, qui entendent cesser de payer le loyer, devraient abandonner les locaux, ce qu'elles ne souhaitent manifestement pas.

Les conditions d'une libération au sens de l'article 119 CO ne sont ainsi pas réalisées.

d) Il faut en revanche considérer que la fermeture générale des établissements ordonnées dans le cadre de la crise sanitaire liée à l'épidémie de COVID-19 constitue un changement important et

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

La question de savoir si la *clausula* trouve application en droit du bail, notamment du fait de l'existence de l'article 266g CO qui tient déjà compte de telles circonstances, mais uniquement aux fins de permettre une résiliation anticipée du bail, peut souffrir de rester ouverte tant il est vrai qu'il n'est pas démontré, dans le cas d'espèce, que la réalisation des autres conditions permettant une réadaptation du contrat par le juge seraient remplies.

Ainsi, les locataires qui allèguent faire face à un manque de liquidités n'ont produit aucune pièce à cet égard et ont renoncé à tout acte d'instruction, quand bien même le fardeau de la preuve leur incombait. Pour ce motif en particulier, et du fait que les demanderesses s'y sont opposées, il ne sera pas donné suite aux actes d'instruction sollicités par le défendeur.

Le Tribunal retiendra en revanche que les demanderesses ont pu bénéficier d'aides, notamment en sollicitant la réduction de l'horaire de travail pour l'ensemble de leurs employés auprès de l'assurance-chômage, et qu'elles ont conservé une activité de vente à l'emporter/livraison, laquelle restait autorisée en dépit des restrictions sanitaires, susceptible de leur rapporter de l'argent.

A la date à laquelle la cause a été gardée à juger, l'établissement avait été fermé durant environ 6 mois, sur un bail conclu pour dix ans.

Compte-tenu de ce qui précède, du fait que le bailleur a proposé des arrangements de paiement, notamment en acceptant le paiement différé du loyer, proposition qui n'a pas été acceptée par les demanderesses, et qu'il était prêt, sans reconnaître de défaut, à concéder une réduction de loyer jusqu'à un maximum de 80% comme il l'avait fait pour d'autres locataires, l'existence d'un déséquilibre propre à entraîner la ruine des locataires n'a pas été démontrée, pas plus qu'un abus de droit du bailleur à exiger, en procédure, le paiement de l'intégralité du loyer. Il ne se justifie dès lors pas de réadapter le contrat.

Les demanderesses seront par conséquent déboutées de l'ensemble de leurs conclusions.

6. La procédure est gratuite (art. 22 LaCC).

Par ces motifs, le Tribunal des baux et loyers :

1. Déboute A. SA et B. de toutes leurs conclusions.
2. Déboute les parties de toutes autres conclusions.
3. Dit que la procédure est gratuite.

Le Greffier : Stéphane Genthon

La Présidente : Sandra Vigneron