

Résumé et analyse

Locaux commerciaux ; Covid-19 ; notion de défaut de la chose louée ; réduction de loyer

Proposition de citation :

Xavier Rubli, Le loyer des locaux commerciaux provisoirement fermés suite aux mesures étatiques pour lutter contre le coronavirus (décision MG.2021.20), Newsletter Bail.ch mai 2022

Art. 256, 259a ss CO

## Le loyer des locaux commerciaux provisoirement fermés suite aux mesures étatiques pour lutter contre le coronavirus

Xavier Rubli

### I. Objet de l'arrêt

Comme d'autres, le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville s'est prononcé sur une demande en réduction de loyer d'une locataire de locaux commerciaux provisoirement fermés suite aux mesures étatiques pour lutter contre le coronavirus. Il arrive à la conclusion que l'interdiction étatique d'exploiter constitue un défaut de la chose louée au sens de l'art. 259d CO.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

La locataire A. loue des locaux (env. 142 m<sup>2</sup>) au sous-sol, au rez-de-chaussée et au 1<sup>er</sup> étage de l'immeuble de la bailleuse B. à Bâle. Une surface extérieure d'environ 39 m<sup>2</sup> fait également partie de l'objet loué. Une surface de restaurant d'environ 74 m<sup>2</sup> au 1<sup>er</sup> étage et une surface de stockage d'environ 12 m<sup>2</sup> ont par la suite également été louées en plus par A. au 1<sup>er</sup> étage.

Selon le chiffre 5.1 du contrat, la location a pour destination l'exploitation d'un restaurant de restauration rapide (fast-food) ou d'une entreprise équivalente, les locaux ne pouvant être utilisés que pour l'exploitation d'un tel établissement. Il est précisé qu'un éventuel changement d'affectation nécessite l'accord écrit préalable du bailleur.

Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a renforcé les mesures de protection de la population en raison du Coronavirus. Il a qualifié la situation en Suisse de « situation extraordinaire » au sens de la loi sur les épidémies et a fermé tous les magasins, restaurants, bars, ainsi que les établissements de divertissement et de loisirs jusqu'au 19 avril 2020. Les take-aways, entre autres, sont restés ouverts. Lors de sa séance du 29 avril 2020, le Conseil fédéral a décidé de rouvrir les restaurants le 11 mai 2020. Les établissements de vente à l'emporter n'étaient pas concernés par la fermeture pendant toute cette période.

Le 30 mars 2020, la locataire s'est adressée à sa bailleuse et a sollicité une réduction de loyer de 50% du 1<sup>er</sup> mars 2020 au 15 mars 2020, l'usage des locaux n'étant que partiellement possible durant cette période, ainsi que la suppression du loyer dès le 16 mars 2020, l'usage ayant été totalement empêché depuis lors. La bailleuse a répondu par courrier du 9 avril 2020 qu'il ne s'agissait pas d'un défaut de la chose louée, une fermeture ordonnée par les autorités fédérales (en application du droit d'urgence)

relevant des risques du locataire ou de l'exploitant. Le loyer restait donc dû. La bailleuse a toutefois proposé à la locataire de prolonger de 90 jours le délai de paiement du loyer dû entre le 13 mars 2020 et le 31 mai 2020, en vertu de l'ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme. Le loyer du mois de mars 2020 a été payé le 17 juin 2020. Par lettre du 15 juillet 2020, A. a reçu un rappel et une menace de résiliation en application de l'art. 257d CO pour le loyer du mois de mai 2020, dont elle s'est acquittée le 13 août 2020.

Par requête de conciliation du 15 septembre 2020, la locataire a notamment sollicité une réduction de 100% du loyer net à compter du 16 mars jusqu'au 10 mai 2020. La cause n'ayant pas pu être conciliée, elle a été portée le 1<sup>er</sup> février 2021 devant le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville. La locataire a pris des conclusions tendant à la réduction de 100% du loyer du 16 mars 2020 au 31 mars 2020 et du 1<sup>er</sup> mai 2020 au 10 mai 2020, et à la restitution par B. du trop-perçu, soit le loyer payé du 16 mars 2020 au 31 mars 2020 et du 1<sup>er</sup> mai 2020 au 10 mai 2020.

La locataire expose en substance qu'en raison des ordonnances du Conseil fédéral, elle a dû fermer son établissement du 16 mars 2020 au 11 mai 2020. Durant cette période, une exploitation rentable des locaux n'était plus possible en raison de l'absence de clientèle de passage et de la décision officielle de fermeture. Du 16 mars 2020 au 10 mai 2020, il y a donc eu une impossibilité d'utiliser la chose louée, impossibilité dont elle n'est pas responsable. L'ordonnance 2 COVID-19 s'adresse au bailleur, qui doit donc accepter la suppression du loyer. De plus, B. a garanti un excellent emplacement avec un loyer élevé, qui est uniquement justifié par la situation exceptionnellement bonne des locaux. Elle soutient encore que, selon la pratique, des perturbations extérieures à l'objet loué, sur lesquelles le bailleur n'a pas d'influence, peuvent également constituer un défaut de la chose louée. Ainsi, le loyer du 16 mars 2020 au 31 mars 2020, payé par erreur, et celui du mois de mai 2020 payé uniquement pour éviter une résiliation de bail, doivent lui être restitués.

Dans ses déterminations, B. conclut au rejet de la demande et fait valoir que A. aurait eu à tout moment la possibilité de modifier la destination des locaux. Les parties auraient en outre expressément convenu dans le bail que, même en cas d'utilisation contractuelle impossible ou limitée, le contrat ne pouvait être ni annulé ni modifié. La bailleuse ajoute que le fast-food de la locataire A. est un « classique » de la restauration à emporter. Son exploitation n'aurait à aucun moment été interdite par l'ordonnance du Conseil fédéral, mais aurait été expressément autorisée sans restriction. La fermeture de l'établissement aurait donc été une décision de la locataire qu'elle doit assumer. Par ailleurs, le contrat de bail ne prévoit aucune participation de B. au succès de l'entreprise, de sorte que les risques entrepreneuriaux sont à la seule charge de la locataire. L'objet loué a été mis à disposition sans restriction et sans défaut pendant toute la période en question et aurait toujours pu être utilisé conformément à l'usage autorisé par le bail. De plus, un défaut de la chose louée présuppose dans tous les cas un lien concret et spécifique à l'objet. Or les dispositions en question du Conseil fédéral concernent uniquement l'activité commerciale de A. et en aucun cas l'objet loué. On ne peut donc pas partir du principe que la chose présente un défaut, la locataire n'ayant de toute manière pas prouvé la restriction de l'usage ni son ampleur.

Lors de l'audience principale du 25 octobre 2021, A. a légèrement modifié ses conclusions en précisant que la réduction de loyer était demandée depuis le 17 mars au lieu du 16 mars 2020, le restaurant ayant été encore ouvert le 16 mars 2020. La locataire a en outre expliqué qu'un changement de destination des locaux n'était pas possible en raison des coûts que cela engendrerait et de la durée des mesures. Elle a rappelé que l'objet loué présente une surface totale de 540 m<sup>2</sup> avec 148 places assises, alors que pour un établissement de vente à l'emporter, seuls 90 m<sup>2</sup> environ seraient nécessaires. Bien plus de 90% du loyer net est donc consacré à l'exploitation du restaurant. Sans le chiffre d'affaires du restaurant, une exploitation rentable n'était pas possible, raison pour laquelle le take-away avait dû être fermé. Ceci d'autant plus que les mesures prises ont entraîné une baisse massive de la clientèle de passage. Sans une clientèle suffisante, l'exploitation d'un take-away n'est plus envisageable. La locataire estime donc qu'il existe un lien concret avec l'objet loué, qui se manifeste notamment par le manque de passants et de clients.

La bailleresse fait enfin remarquer que la locataire n'a fait valoir qu'un défaut de la chose louée et qu'elle n'a pas invoqué la *clausula rebus sic stantibus*.

## B. Le droit

La locataire soutenant en substance que la chose louée n'a pas pu être utilisée conformément à l'usage convenu et qu'il existe à cet égard un défaut au sens de l'art. 259d CO, le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville énonce, dans un premier temps (**consid. 2.1 et 2.2**), les principes fondamentaux suivants en matière de défauts de la chose louée et de réduction de loyer.

Lorsque le locataire est gêné dans l'utilisation de la chose ou si le caractère approprié de la chose à l'usage convenu est altéré d'une autre manière, le locataire peut exiger que le bailleur réduise le loyer en conséquence et de manière proportionnelle à partir du moment où il a eu connaissance du défaut jusqu'à son élimination (art. 259a al. 1 let. b et art. 259d CO). Le défaut de la chose louée se caractérise par le fait que l'état réel de la chose louée s'écarte de l'état théorique prévu dans le contrat et que, de ce fait, la conformité à l'usage convenu fait défaut ou est altérée. Il y a défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité promise par le bailleur ou lorsqu'elle ne présente pas une qualité sur laquelle le locataire pouvait compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu (cf. par ex. : ATF 135 III 345, consid. 3.2 ; TF, 28.10.2003, 4C.97/2003, consid. 3.1 ; 4C.81/1997, consid. 3a). En définissant la chose louée ainsi que son utilisation, les parties concluent, même tacitement, un accord sur l'état de la chose louée et sur ses qualités (cf. SVIT-Kommentar-TSCHUDI, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2018, Vorb. Zu Art. 258-259i N 29).

L'usage conforme comprend la destination des locaux (restaurant, take-away, bureau, etc.), les modalités de leur utilisation et certaines qualités promises (SARAH BRUTSCHIN, XAVIER RUBLI, PIERRE STASTNY, Avis de droit sur mandat de l'Association suisse des locataires, Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de Covid-19). Si les parties n'ont pas conclu d'accord sur l'usage de la chose, l'usage habituel est déterminant et considéré comme « convenu » (ZK-HIGI, Zurich 1994, art. 256 CO N 16 et 23 ss ; SVIT-Kommentar-TSCHUDI, *op. cit.*, Vorb. zu Art. 258-259i N 44). Il importe peu que la qualité promise mais manquante soit une qualité matérielle ou immatérielle (SVIT-Kommentar-TSCHUDI, *op. cit.*, Vorbem. zu Art. 258-259i N 24 s., et réf. cit.).

La notion de défaut est indépendante de toute faute du bailleur (SVIT-Kommentar-TSCHUDI, *op. cit.*, Vorb. zu Art. 258-259i N 24 ss, et réf. cit.). Ainsi, les défauts sur lesquels le bailleur n'a aucune influence ou qui résultent de l'environnement ou du comportement de tiers peuvent également constituer un défaut de la chose louée et donner lieu à une réduction de loyer (TF, 23.04.2003, 4C.39/2003, consid. 4 ; 26.07.2018, 4A\_130/2018, consid. 2.1), par exemple en cas d'augmentation du bruit des avions suite à l'extension d'un aéroport (Tribunal des baux de Bülach, MP 2002, p. 29 ss ; CHK OR II-HULLIGER/HEINRICH, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 259d CO N 2 ; cependant : Tribunal des baux de Bülach du 26 mars 2003, MP 2003, p. 181), en cas de bruit de construction d'un chantier voisin (TF, 02.12.2004, 4C.377/2004) ou en cas d'augmentation des immissions de bruit suite à l'aménagement d'une voie ferrée (TF, 07.09.2009, 4A\_244/2009, consid. 3.1), pour autant que le dérangement causé dépasse, en termes de durée, de fréquence et d'intensité, ce qui est habituel dans le lieu concerné et n'était pas prévisible lors de la conclusion du contrat (TF, 16.08.2005, 5C.117/2005, consid. 3.2 = MP 2006, p. 134 ss ; ATF 135 II 345, consid. 3.3 = MP 2009, p. 222 ; TF, 23.04.2003, 4C.39/2003, consid. 4.4 concernant les immissions attendues de travaux dans un bâtiment voisin ; CHK OR III-HULLIGER/HEINRICH, *op. cit.*, art. 259d CO N 3). Si les locaux loués ne peuvent pas être utilisés en raison d'une prescription de droit public adressée au bailleur, il y a un défaut (ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2019, art. 256 CO, N 40). Il n'y a en revanche pas de défaut au sens de l'art. 259d CO lorsque cette prescription de droit public s'adresse au locataire (p. ex. patente de café-restaurant nécessaire pour l'exploiter) (BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Avis de droit sur mandat de l'Association suisse des locataires, Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de Covid-19, Genève/Lausanne/Bâle, 23 mars 2020). Un défaut dû à un accès limité à la clientèle ou aux passants a été admis en cas de stationnement excessif de véhicules à moteur devant la vitrine (RSJ 1958, p. 275),

en cas de perte de chiffre d'affaires due à la suppression de places de parc (ZÜST, Kasuistik zur Mietzinsherabsetzung bei Mängeln, MP 2004, p. 77), en cas de vitrine entravée par un « tunnel de planches » (AppGer/BS, 06.11.2001, MP 2003, p. 71 ss) ou en cas de placement d'un stand de marché en retrait par rapport au flux principal de visiteurs (AppGer/BS, 17.06.2019, BEZ.2019.15, consid. 2).

Quant à la réduction de loyer (ou la suppression), elle vise à rétablir l'équilibre entre les prestations contractuelles principales du locataire (paiement du loyer) et du bailleur (remise et entretien de la chose louée dans un état approprié à l'usage convenu ou attendu) (ZK-HIGI/WILDISEN, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2019, art. 259d N 5 ; commentaire de MÜLLER sur l'arrêt TF, 10.01.2005, 4C.334/2004, MRA 2005, p. 189).

Selon le Juge unique s'étant prononcé dans la présente affaire (**consid. 2.3**), l'ordonnance 2 du Conseil fédéral du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus est notoire et incontestée. L'autorité judiciaire relève à ce propos que la fermeture des établissements ouverts au public, ordonnée par le Conseil fédéral le 17 mars 2020, a soulevé de nombreuses questions dans le domaine du droit du bail. En particulier, la question de l'obligation de payer le loyer des locataires qui n'ont plus été en mesure d'exercer leur activité commerciale en raison des mesures prises par les autorités est controversée.

Le Tribunal rappelle qu'aux yeux de certains auteurs, l'art. 259d CO ne trouve pas application suite à la décision de fermeture provisoire de certains commerces par la Confédération. L'argument avancé est que la fermeture ordonnée n'est pas due au local loué et à son état, mais à l'activité commerciale exercée par le locataire, qui n'est pas autorisée (HIGI, Gutachtenliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängel des Geschäftsraumes im Zusammenhang mit der « Corona-Pandemie », Zurich, 26 mars 2020). Par ailleurs, une entrave dans l'utilisation de l'objet loué ne constituerait un défaut que s'il existe un lien direct entre l'événement perturbateur et la chose louée. Dans le cas de perturbations hors de la sphère de contrôle du bailleur, un lien spatial ou normatif entre la perturbation et l'objet loué serait nécessaire. Comme les restrictions découlant des décisions des autorités concernent l'activité commerciale du locataire et non son exercice dans l'objet loué, il n'y aurait justement pas de lien avec l'objet loué (PEDUZZI, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 2020, p. 8 ss, et réf. cit.). Le bailleur ne peut pas être lié par des garanties qui se rapportent à des éléments hors de sa sphère d'influence. On ne peut donc pas attendre du bailleur qu'il garantisse que les heures d'ouverture officielles des magasins ne seront jamais modifiées ou que les autorités publiques n'ordonneront jamais la fermeture des magasins. Ces risques étrangers à l'objet du bail devraient être supportés par le locataire et ne peuvent être transférés au bailleur que si celui-ci s'est expressément engagé à les assumer dans le contrat (LYNEDIJAN, COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer, Genève, 28 mars 2020, p. 3 ss). Cette partie de la doctrine estime en outre que l'ordonnance 2 COVID-19 s'adresse uniquement au locataire, puisque seul ce dernier peut utiliser et fermer les locaux pendant la durée du contrat (LYNEDIJAN, *op. cit.*, p. 4 ; BOHNET, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19, Neuchâtel, 8 avril 2020, p. 6 ; SAVIAUX, avis de droit, Covid-19 – paiement du loyer, Lausanne, 31 mars 2020 ; STREIFF, Mietzinsherabsetzung: Corona-Virus und die Geschäftsmiete, 1<sup>er</sup> avril 2020 ; HAEFELI/GALLI/VISCHER, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, Jusletter du 14 avril 2020 ; REICHLI/STEHLE, Coronavirus und Geschäftsraummiète, Jusletter du 18 mai 2020).

Le Tribunal des baux du district de Zurich argumente de manière similaire dans son jugement du 2 août 2021, en soutenant que la suppression ou la restriction de l'utilisation en raison des mesures prises par les autorités n'est pas la conséquence d'un défaut de la chose louée, mais une circonstance liée au risque entrepreneurial du locataire (voir Tribunal des baux du district de Zurich, 02.08.2021, MJ21008-L, ZMP 2021 n° 10, consid. 4.5).

D'autres auteurs souhaitent en revanche appliquer l'art. 259d CO. Ils soutiennent que l'ordonnance 2 COVID-19 s'adresse autant aux bailleurs qu'aux locataires et qu'elle a un lien avec l'objet loué

puisqu'elle ordonne justement sa fermeture provisoire (BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, *op. cit.*, p. 3 ; LACHAT/BRUTSCHIN, *Die Mieten in Zeiten des Coronavirus*, MP 2020, p. 111). Les dispositions qui s'adressent uniquement au locataire se caractérisent par le fait qu'il est le seul à pouvoir les respecter et les exécuter. Les dispositions de l'ordonnance 2 COVID-19 doivent toutefois être respectées non seulement par le locataire, mais aussi par le bailleur si celui-ci est lui-même propriétaire d'un commerce ou s'il souhaite louer un bien vacant pendant la durée d'application de l'ordonnance (LACHAT/BRUTSCHIN, *Die Mieten in Zeiten des Coronavirus*, *op. cit.*, p. 110 ss). Le locataire de locaux commerciaux peut partir de bonne foi du principe que les locaux peuvent être utilisés pour l'exploitation d'un commerce. Or en raison des mesures prises par les autorités, l'exploitation de l'entreprise n'est plus possible (MEIER, *Mietrecht und Coronavirus [Covid-19] – Eine mietrechtliche Einschätzung der aktuellen Ausnahmesituation im Zusammenhang mit dem Coronavirus [Fokus Geschäftsmiete]*, Zurich, mars 2020, p. 1 ss), ce qui fait que la situation réelle diffère de la situation convenue et que le locataire n'est ainsi pas redevable du loyer, ceci en raison d'une contreprestation insuffisante. En outre, le locataire n'a aucune influence sur le défaut et la réouverture de l'entreprise ne dépend pas de lui (SCHENKEL, *Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG*, [www.rechtsanwaelte-luzern.ch](http://www.rechtsanwaelte-luzern.ch), *Schiedsgerichtsentscheid betreffend Mietzinsherabsetzung infolge Betriebsschliessung Covid-19 Coronavirus*, consid. 3.1 ss).

Ces principes posés, le Tribunal civil bâlois se penche sur le cas d'espèce (**consid. 2.4**).

Il rappelle d'abord que l'utilisation de l'objet loué a été expressément convenue comme un restaurant de type fast-food ou une entreprise équivalente. Dans ce type d'établissement, il va sans dire que de la nourriture et des boissons sont à consommer aussi bien sur place qu'à l'emporter. Or si la fermeture des établissements de restauration ordonnée par le Conseil fédéral a certes permis à A. de continuer à exploiter les locaux en tant que take-away, la surface normalement disponible pour la consommation sur place n'a cependant pas pu être utilisée. Par conséquent, pendant la fermeture ordonnée par les autorités, l'état réel de la chose louée s'écartait donc de l'état convenu par contrat.

A cet égard, le Juge de première instance considère que l'argument de B. selon lequel il ne peut y avoir de défaut que si l'ordre de fermeture s'adresse au bailleur et vise l'objet concret de la location ne peut pas être suivi. En effet, l'ordonnance 2 COVID-19 ne s'adresse ni aux locataires ni aux bailleurs exclusivement, mais à la collectivité, et peut donc en principe concerner aussi bien les locataires que les bailleurs. En tant que locataire, A. était concernée par l'ordonnance 2 COVID-19 dans la mesure où elle n'avait plus le droit d'exploiter son restaurant et où elle était limitée à une activité de vente à l'emporter (à laquelle elle a toutefois renoncé). De son côté, B. était touchée dans la mesure où elle ne pouvait plus remplir entièrement son obligation contractuelle de mettre à disposition une chose louée adaptée à l'exploitation d'un restaurant de restauration rapide.

En outre, l'opinion défendue par une partie de la doctrine, selon laquelle seules les restrictions liées à l'objet et non à l'exploitation constitueraient un défaut au sens de l'art. 259d CO, ne permet pas de conclure que la limitation ou l'impossibilité d'un usage expressément convenu, résultant d'une prescription de droit public adressée à l'ensemble de la population, ne peut pas constituer un défaut de la chose louée. En effet, la convention expresse dans le bail d'utiliser l'objet loué comme un fast-food a pour effet de rendre l'interdiction de droit public d'exploiter des restaurants en quelque sorte liée à l'objet.

Selon le Tribunal bâlois, une partie de la doctrine souligne à juste titre que des immissions qui ont leur origine en dehors de la sphère d'influence du bailleur et qui ne sont pas nécessairement liées à l'objet peuvent également fonder un droit à la réduction de loyer (LACHAT/BRUTSCHIN, *Die Mieten in Zeiten des Coronavirus*, *op. cit.*, p. 99). Dans ce sens, le lien avec l'objet est discutable, en particulier dans les cas d'augmentation du bruit des avions, car elle ne concerne régulièrement pas seulement un objet loué, mais toute une région (cf. à ce sujet Tribunal des baux de Bülach, 24.09.2000, MP 2002, p. 29 ss ; ZÜST, *Die Mietzinsherabsetzung bei Mängel am Beispiel des Fluglärms*, MP 2003, p. 145 ss). Ceci peut être toutefois justifié par le but de la réduction de loyer mentionné ci-dessus, soit de rétablir un équilibre

entre les prestations convenues, équilibre perturbé en raison du défaut (HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, N 2937).

Quant à l'autre argument de la bailleuse, selon lequel A. aurait pu modifier la destination avec son accord, il n'est pas jugé convaincant. D'une part, il n'a pas été exposé de manière fondée dans quel but A. aurait pu utiliser l'objet loué à d'autres fins pendant la période mentionnée et, d'autre part, un changement d'affectation aurait été ni proportionné ni raisonnable sur le plan financier ni proportionnel compte tenu du caractère temporaire des restrictions.

En définitive, l'état réel de la chose louée durant la fermeture des établissements de restauration ordonnée par les autorités s'écartait de l'état convenu dans le contrat, ce qui limitait l'utilisation de l'objet loué en tant que fast-food au sens de l'art. 259d CO.

Le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville considère en revanche (**consid. 2.5**) qu'il était possible de continuer à exploiter le restaurant en tant qu'établissement de vente à l'emporter. En effet, une diminution de la clientèle de passage (diminution de plus de 80% selon A.) ne constituait pas en l'espèce un défaut de la chose louée, aucun chiffre d'affaires ni aucun volume de clients n'étant garanti dans le bail.

Etant arrivé à la conclusion que la locataire avait droit à une réduction de loyer au sens de l'art. 259d CO et après avoir brièvement écarté l'application des dispositions sur l'impossibilité (art. 119 al. 1 et 2 CO) et de la *clausula rebus sic stantibus* (**consid. 2.7 et 2.8**), le Tribunal de première instance se penche ensuite sur le pourcentage de cette réduction (**consid. 2.9**).

Il rappelle que, pour déterminer l'étendue de la réduction de loyer, il convient de comparer, selon la méthode de calcul dite relative, la valeur objective de la chose louée avec défauts et sans défaut, puis de réduire le loyer dans la même proportion (SVIT-Kommentar-TSCHUDI, *op. cit.*, art. 259d N 25 ss et réf. cit. ; Roy, Mietrecht für die Praxis, 9<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, N 11.4.3.1). Lorsque la valeur objective de la chose défectueuse ne peut pas être déterminée avec précision, une estimation selon les règles de l'équité, l'expérience générale de la vie, le bon sens et la casuistique est admissible (TF, 24.10.2005, 4C.219/2005, consid. 2.3).

En l'espèce, le Tribunal est d'avis que la locataire aurait pu continuer à exploiter le take-away durant la période de fermeture.

Il est notoire que le nombre de passants a diminué (sans que l'ampleur de la baisse n'ait été démontrée par la locataire) et que cette diminution est un facteur qui a un effet négatif sur le chiffre d'affaires d'un établissement de vente à l'emporter. Toutefois, la fermeture générale des restaurants peut avoir eu un effet positif sur la demande générale de plats à l'emporter. Ainsi, à l'époque de la fermeture des restaurants, de plus en plus de restaurants ont été exploités en tant qu'établissements de vente à l'emporter. La question de savoir quel chiffre d'affaires et quel bénéfice A. aurait pu réaliser à l'époque en question si l'établissement était resté ouvert n'est pas pertinente, le contrat de bail ne garantissant ni un certain nombre de passants ni un chiffre d'affaires. Par conséquent, la réduction de loyer ne doit pas se baser sur le chiffre d'affaires effectivement réalisable, mais sur la baisse du chiffre d'affaires à laquelle on pourrait s'attendre si, dans des conditions normales, la surface de l'objet loué utilisée pour la consommation ne pouvait pas être utilisée du 17 mars au 10 mai. Dans le cas d'une telle exploitation à l'emporter pendant environ deux mois au printemps, il faudrait s'attendre à ce qu'une partie considérable des clients qui consomment sur place en temps normal utilisent à la place l'offre à l'emporter. Dans ce cas, il faut donc partir du principe que l'activité de restauration est partiellement compensée par l'activité de vente à l'emporter. A cet égard, le Tribunal bâlois juge admissible de procéder à une estimation de la restriction d'utilisation en équité.

En se fondant sur une attestation d'un fiduciaire, la locataire a indiqué qu'elle réalise normalement 40% de son chiffre d'affaires avec le take-away, ce qui n'a pas été contesté par B., de sorte que ce chiffre peut être utilisé comme base de l'estimation. Il est évident qu'en cas de diminution du nombre de clients et de fermeture des surfaces prévues pour la consommation, des heures de personnel

peuvent être économisées à la caisse, au nettoyage et probablement aussi en cuisine. La locataire ne prétend pas le contraire. Le Conseil fédéral a prévu des possibilités facilitées de chômage partiel.

Dans ces circonstances, au vu de la fermeture temporaire de l'espace de consommation pendant environ deux mois au printemps 2020 et en partant du principe que l'activité de restauration a été compensée dans une large mesure par l'activité de vente à l'emporter, le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville octroie à A. une réduction de 30% du loyer net du 17 mars 2020 au 31 mars 2020 et du 1<sup>er</sup> mai 2020 au 10 mai 2020.

### III. Analyse

Il convient d'emblée de signaler que cette décision du Tribunal civil de Bâle-Ville a été contestée auprès de la Cour d'appel de Bâle-Ville par les deux parties et qu'elle n'est donc pas à ce jour encore entrée en force. Elle a toutefois toute sa place dans le cadre de la présente Newsletter puisqu'elle alimente la controverse, qui n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral, sur le sort à réserver aux loyers des locataires commerciaux durant les fermetures ordonnées par les autorités en raison de la pandémie de COVID-19.

On observe en effet qu'à l'instar de la doctrine, les tribunaux se sont engagés dans une « bataille des opinions » pour reprendre l'expression de deux auteurs dont l'avis a été suivi par le Juge bâlois (LACHAT/BRUTSCHIN, Le bail aux temps du coronavirus, SJ 2020 II p. 113). Si certaines juridictions ont retenu que les locaux commerciaux n'étaient pas affectés d'un défaut suite à la fermeture provisoire (par ex. Tribunal régional du Littoral et Val-de-Travers, 23.02.2021 ; Tribunal des baux du district de Zurich, 02.08.2021, MJ21008-L, ZMP 2021 n° 10 ; Tribunal des baux et loyers de Genève, 28.06.2021, JTBL/565/2021, commenté par GURBANOV in Newsletter bail.ch septembre 2021), d'autres, comme le Tribunal bâlois, sont arrivés à la conclusion inverse reconnaissant l'existence d'un défaut et accordant aux locataires une réduction de loyer (par ex. seconde Chambre civile du Tribunal d'appel de la République et Canton du Tessin, 04.11.2021, 12.2021.41 [décision à l'encontre de laquelle un recours au Tribunal fédéral a été déposé] confirmant le jugement de la Cour de justice de la ville de Locarno, 05.02.2021, SE.2020.23).

A notre avis, c'est à juste titre que le Juge bâlois retient l'existence d'un défaut de la chose louée et octroie à la locataire une réduction de loyer suite à la fermeture ordonnée par les autorités. En effet, de manière convaincante, le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville contredit les principaux arguments soulevés par celles et ceux qui s'opposent à l'application des règles sur les défauts, à savoir, d'une part, que l'ordonnance 2 COVID-19 ne s'adresserait qu'aux seuls locataires et, d'autre part, que la chose louée ne serait pas touchée par les mesures de fermeture, seule l'exploitation des locaux commerciaux étant affectée.

En premier lieu, l'ordre de fermeture est manifestement un ordre général qui ne s'adresse pas uniquement aux locataires de locaux commerciaux, mais bien à la collectivité et *a fortiori* donc à tout exploitant, qu'il soit propriétaire des locaux commerciaux où il exerce son activité ou locataire (à noter que, dans le jugement genevois commenté par GURBANOV dans la Newsletter septembre 2021, le Tribunal est également arrivé à cette conclusion, comme l'auteure précitée d'ailleurs, même si un défaut de la chose louée n'a finalement pas été retenu). Par ailleurs, lorsqu'un locataire est interdit d'exploiter les locaux, le bailleur est également touché par l'interdiction car il ne peut plus remplir son obligation contractuelle de mettre à disposition du locataire une chose dans un état approprié à l'usage convenu, soit, pour reprendre l'exemple tiré du jugement ici commenté, l'exploitation d'un restaurant de type fast-food.

En second lieu, il faut d'abord rappeler qu'il n'est pas nécessaire que la chose louée soit directement touchée pour admettre l'existence d'un défaut au sens du droit du bail. LACHAT et BRUTSCHIN (Le bail aux temps du coronavirus, *op. cit.*, p. 117) citent opportunément un certain nombre d'exemples où il paraît évident qu'un défaut doit être retenu : impossibilité d'accéder aux locaux en raison d'un glissement de terrain ou accident chimique entraînant l'évacuation des lieux. On pense également aux

agressions physiques ou verbales par des voisins (MP 2011 p. 214 ; TF, 25.09.2017, 4A\_132/2017, 4A\_140/2017) ou à l'obstruction d'une route d'accès à une garderie empêchant les parents clients d'y accéder avec un véhicule motorisé et se garer à proximité immédiate (TF, 28.06.2013, 4A\_582/2012).

Ensuite, force est d'admettre que les mesures étatiques ont en réalité bel et bien un lien direct avec les locaux loués. Elles empêchent en effet totalement ou partiellement le locataire d'utiliser la chose conformément à l'usage prévu dans le bail. Autrement dit, l'objet loué ne peut pas être exploité selon la destination prévue dans le contrat. Il s'agit donc bien d'un défaut qui affecte l'objet loué. Soutenir le contraire conduit inévitablement à dissocier artificiellement ce qui forme indéniablement un tout lorsque l'on parle d'un local commercial, à savoir un local et un commerce. La Cour de justice de la ville de Locarno ne dit pas autre chose lorsqu'elle soutient qu'un local commercial n'est pas uniquement constitué d'un sol, de murs et d'un plafond, mais qu'il s'agit d'un lieu qui accompagne l'activité elle-même, au point de s'identifier à elle (Cour de justice de la ville de Locarno, 05.02.2021, SE.2020.23, consid. 6.4). Dans le même sens, comme l'explique LACHAT ([www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/04/Commentaire-Lachat-sur-avis-de-droit-lynedjian-de-laFRI\\_compressed.pdf](http://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/04/Commentaire-Lachat-sur-avis-de-droit-lynedjian-de-laFRI_compressed.pdf)), un bail commercial doit permettre au locataire de faire du commerce, c'est-à-dire d'exercer une activité lucrative. LACHAT/BRUTSCHIN rappellent en outre que, de manière générale, le locataire d'un local commercial a l'obligation d'exploiter les locaux, car en cas d'interruption l'immeuble perdrait de sa valeur (Le bail aux temps du coronavirus, *op. cit.*, p. 115-116 et réf. cit.).

Ainsi, en raison de l'interdiction prononcée par les autorités, la chose louée ne présente pas une qualité promise par le bailleur ou sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter : pouvoir y exploiter son entreprise et y exercer son activité lucrative.

Il convient d'ajouter qu'à nos yeux les fermetures ordonnées par l'Etat durant le COVID-19 correspondent à un défaut de la chose louée que la destination des locaux figure dans le bail de manière expresse (comme dans l'exemple tiré du jugement bâlois) ou non. Si le contrat se contente d'indiquer que les locaux sont destinés à une utilisation commerciale, l'usage convenu devra être dégagé à partir des règles d'interprétation du contrat (voir entre autres ATF 136 III 186, consid. 3.1.1 et réf. cit.). Il faudra alors notamment se pencher sur les circonstances du cas d'espèce et examiner si – ce qui est, de manière générale le cas – le locataire exerce dans les locaux une activité spécifique (par ex. cabinet médical, café-restaurant ou école de langue), étant relevé qu'au moment de conclure, même si rien ne figure dans le bail, il est rare que le bailleur ignore et se désintéresse de la destination de la chose louée. Dans un tel cas, l'utilisation des locaux devrait être considérée comme un usage convenu et ouvrir la voie à une réduction de loyer si un ordre de fermeture est prononcé interdisant l'activité qui y est déployée. Il en va de même, en l'absence d'un usage convenu (lorsqu'aucun élément d'interprétation ne permet de restituer la convention d'usage), si la destination des locaux correspond à un usage habituel, à savoir l'usage que chacun fait, habituellement et dans des circonstances données, d'une chose telle que l'objet loué.

En conclusion, s'agissant de l'existence d'un défaut et du droit à une réduction de loyer suite aux ordres de fermeture, dans la mesure où il n'est pas contesté qu'un défaut peut revêtir un caractère immatériel et résulter d'une règle de droit public qui limite ou rend impossible l'usage de la chose louée, c'est à bon droit que le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville a jugé que la fermeture ordonnée par les autorités étatiques constituait un défaut de la chose louée, le locataire ne pouvant pas exploiter les locaux conformément à leur destination.

Reste la question épineuse de l'étendue de la réduction (ou de la suppression) du loyer. Comme chacun le sait, la réduction de loyer vise à rétablir l'équilibre des prestations contractuelles des parties et se détermine par rapport à la valeur de l'objet sans défaut en appliquant la méthode relative ou proportionnelle ; toutefois, le calcul proportionnel n'est pas toujours aisé, si bien que la diminution de jouissance de l'objet loué sera alors évaluée en équité, par référence à l'expérience de la vie, au bon sens et à la pratique (CPra Bail-AUBERT, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 259d CO N 17-19 et réf. cit.).

Dans le cas des fermetures prononcées par les autorités, c'est au cas par cas et en équité qu'il s'agit de déterminer, d'une part, si un locataire a droit à la gratuité des loyers ou uniquement à une réduction (LCHAT/BRUTSCHIN, Le bail aux temps du coronavirus, *op. cit.*, p. 127 et réf. cit.) et, d'autre part, l'importance de la réduction si la gratuité ne se justifie pas (du même avis : CARRON/GANDOY, Les tribulations de deux Neuchâtelois en Chine, Plaidoyer en faveur de la souplesse du droit [du bail] en temps de crise, in : Clerc/Dunand/Sprumont [édit.], *Alea Jacta est : Santé, Mélange en l'honneur d'Olivier Guillod*, Bâle 2021, p. 623 ; ces deux auteurs invoquent à juste titre la complexité d'établir l'utilisation résiduelle des locaux [dépôt, tâches administratives, vente à l'emporter, etc.]).

En l'espèce, dans son raisonnement, le Tribunal a tenu compte de la diminution du nombre de passants, de l'augmentation de la demande de mets à l'emporter et des économies potentielles pour un restaurateur en raison de la fermeture de certaines surfaces (moins de personnel notamment) pour fixer l'importance de la réduction. Si l'on pourrait de prime abord considérer qu'une réduction de 30% du loyer net paraît relativement modeste, alors qu'il est admis que la locataire réalise 60% de son chiffre d'affaires avec la restauration sur place, et que l'argument de A. selon lequel une exploitation uniquement en take-away n'aurait pas été rentable n'est *a priori* pas dénué de fondement, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de juger de la pertinence de la décision Tribunal civil du canton de Bâle-Ville sans avoir connaissance des pièces figurant au dossier de la cause. Il reviendra donc au tribunal de deuxième instance et, le cas échéant, au Tribunal fédéral d'en juger.