

Lorsqu'un recours porte sur la question de la résiliation d'un bail, la valeur litigieuse pour la recevabilité du recours au Tribunal fédéral (art. 51 al. 1 let. a LTF) se détermine en fonction de la date à laquelle prendrait fin le bail en cas d'inefficacité, de nullité ou d'annulation du congé. **Pour les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, la valeur litigieuse correspond au moins aux loyers dus pendant à la période de protection de trois ans, prévue à l'art. 271a al. 1 let. e CO (consid. 1).**

Rappel des conditions permettant d'obtenir la **protection dans les cas clairs** (art. 257 CPC) (cons. 4 à 4.1.3) et de la **procédure applicable dans cette hypothèse** (consid. 4.2 et 4.2.1).

Sous réserve des règles sur les nova et les pseudo-nova, lorsque le bailleur ouvre une procédure dans le but d'expulser le locataire, **ce dernier doit invoquer ses moyens de défense en première instance (principe de la simultanéité des moyens d'attaque et de défense**, qui vaut en procédure ordinaire, simplifiée et sommaire). Ce principe vaut également lorsque les moyens de défense du locataire **se basent sur des faits notoires** (consid. 4.2.2).

#### Composition

Mmes les Juges fédérales

Hohl, Présidente, Kiss et Niquille.

Greffier : M. Douzals.

#### Participants à la procédure

A.,  
représentée par Me Nadia Clerigo Correia,  
recourante,

contre

B. Sàrl,  
représentée par Me Jean-Philippe Ferrero,  
intimée.

#### Objet

procédure de protection dans les cas clairs (art. 257 CPC); expulsion du locataire (art. 257d CO); pseudo-nova en appel (art. 317 al. 1 CPC),

recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt rendu le 7 juin 2021 par la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève (C/1978/2021, ACJC/722/2021).

#### Faits :

A.

A.a. Par contrat du 17 avril 2008, **B. Sàrl (ci-après: la locataire, la défenderesse ou l'intimée) a pris à bail auprès de la A. (ci-après: la bailleresse, la requérante ou la recourante) un local commercial de... m 2 situé au sous-sol d'un immeuble sis à Genève dans lequel une discothèque est exploitée.** Le loyer mensuel s'élève à 980 fr., charges comprises.

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

A.c. **Par avis comminatoire du 11 septembre 2020, la bailleresse a mis en demeure la locataire de lui verser, dans un délai de 90 jours, la somme de 5'571 fr. 65 à titre d'arriérés de loyer et de charges pour les mois d'avril à septembre 2020, sous déduction d'un solde de décompte de charges de 308 fr. 35, et lui a signifié qu'à défaut de paiement, elle résilierait le bail conformément à l'art. 257d CO.** La locataire n'a pas répondu, ni donné suite à cet avis comminatoire (complètement selon l'art. 105 al. 2 LTF).

A.d. **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 8'820 fr. le 19 janvier 2021 (complètement selon l'art. 105 al. 2 LTF).**

B.

B.a. **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, assortie de mesures d'exécution, et à sa condamnation au paiement de 1'651 fr. 65, intérêts en sus, à titre d'indemnité pour occupation illicite pour les mois de janvier et de février 2021.**

Lors de l'audience du 9 mars 2021, la bailleresse a précisé que l'arriéré s'élevait alors à 2'631 fr. 65 et a amplifié ses conclusions en conséquence. La locataire, assistée par son avocat, a quant à elle déclaré avoir versé la veille le montant de 2'940 fr. et invoqué que, malgré le refus de la bailleresse de participer aux programmes VESTA (complètement selon l'art. 105 al. 2 LTF), 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.

B.b. **Par arrêt du 7 juin 2021 notifié à la bailleresse le 9 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.**

C.

**Le 9 juillet 2021, la bailleresse a formé un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral,** concluant, en substance, à ce que l'arrêt entrepris soit annulé et réformé, en ce sens que, principalement, sa requête soit admise et, subsidiairement, que la cause soit renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'intimée conclut au rejet des recours.

La recourante a déposé de brèves observations complémentaires.

La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt.

Considérant en droit :

1.

Lorsque le bailleur requiert l'expulsion, c'est-à-dire la restitution des locaux sur la base de l'art. 267 al. 1 CO (conclusion de fond), et des mesures d'exécution forcée fondées sur les art. 335 ss CPC en relation avec l'art. 236 al. 3 CPC (conclusions en exécution forcée), **la valeur litigieuse pour la recevabilité du recours au Tribunal fédéral se détermine, si la résiliation était contestée devant l'autorité précédente (cf. art. 51 al. 1 let. a LTF), en fonction de la date à laquelle prendrait fin le bail en cas d'inefficacité, de nullité ou d'annulation du congé** (ATF 144 III 346 consid. 1.2.2.3; arrêts 4A\_334/2021 du 15 décembre 2021 consid. 1.1; 4A\_501/2011 du 15 novembre 2011 consid. 1.1). **La valeur litigieuse équivaut donc au loyer dû jusqu'à la première échéance pour laquelle un nouveau congé ordinaire pourrait être donné si la résiliation n'est pas valable, soit pendant une durée qui correspondra, pour les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, au moins à la période de protection de trois ans prévue à l'art. 271a al. 1 let. e CO** (cf. ATF 137 III 389 consid. 1.1; 136 III 196 consid. 1.1). Il n'y a pas lieu de tenir compte, pour le calcul de la valeur litigieuse, du fait qu'un nouveau congé anticipé fondé sur un nouveau motif pourrait être donné dans les trois ans (cf. ATF 144 III 346 consid. 1.2.2.3). En l'espèce, la valeur litigieuse est manifestement supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF).

Interjeté dans le délai fixé par la loi (art. 100 al. 1 LTF) par la demanderesse, qui a succombé dans ses conclusions (art. 76 al. 1 LTF), et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue sur appel par le tribunal supérieur du canton de Genève (art. 75 LTF) dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF), le recours en matière civile est en principe recevable. Il s'ensuit que le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable (art. 113 LTF).

Toutes les considérations de la recourante relatives à l'existence d'une question juridique de principe sont donc hors de propos. Au demeurant, on ne voit guère comment on pourrait retenir une question juridique de principe dans une procédure de protection dans les cas clairs au sens de l'art. 257 CPC dès lors que, selon sa nature même, cette procédure présuppose que la situation juridique soit claire (art. 257 al. 1 let. b CPC).

2.

Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral revoit librement (art. 106 al. 1 LTF) si les conditions de l'art. 257 CPC (art. 95 let. a LTF) sont réalisées, l'art. 98 LTF n'étant pas applicable (ATF 138 III 728 consid. 3.2). Il n'est lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en procédant à une substitution de motifs (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

En vertu de l'art. 105 al. 2 LTF, il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF.

3.

3.1. La cour cantonale a tout d'abord considéré que les faits allégués en lien avec la pandémie et les fermetures des établissements publics ordonnées par les autorités cantonales puis fédérales constituent des faits notoires recevables. Elle a considéré que la nouvelle argumentation juridique développée par la locataire à ce sujet dans le recours était donc admissible.

Ensuite, la cour cantonale a considéré que la question du paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de Covid-19, en particulier concernant les établissements publics dont la fermeture a été ordonnée par les autorités tant cantonales que fédérales, n'a pas encore été tranchée et doit faire l'objet d'une analyse approfondie sous l'angle de l'art. 259d CO (réduction de loyer), de l'impossibilité subséquente (art. 119 CO), de l'exorbitance (art. 97 al. 1 CO) et de la *clausula rebus sic stantibus*. La doctrine étant partagée à ce sujet, elle en a conclu que la condition de la situation juridique claire exigée par l'art. 257 al. 1 let. b CPC n'est pas réalisée.

3.2. La bailleresse recourante se plaint d'établissement arbitraire des faits (art. 9 Cst.). Elle reproche à la cour cantonale de ne pas avoir constaté que la locataire n'avait pas excipé de compensation ou fait valoir un autre motif de libération, telle que l'inexigibilité des loyers pendant les périodes de fermetures administratives de certains établissements publics, et ce ni devant le tribunal des baux et loyers ni dans le délai de 90 jours suivant l'avis comminatoire du 11 septembre 2020. Elle reprend ce grief, dans des termes similaires, en invoquant une violation de l'art. 257 CPC: selon elle, en reconnaissant d'office un effet compensatoire (sic) à une contre-créance contestée, non chiffrée et invoquée pour la première fois au stade du recours (sic) contre la décision d'expulsion du juge de première instance, l'autorité d'appel aurait méconnu le droit fédéral.

4.

Aux termes de l'art. 257 CPC, relatif à la procédure de protection dans les cas clairs, **le tribunal admet l'application de la procédure sommaire lorsque les conditions suivantes sont remplies: (a) l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé et (b) la situation juridique est claire (al. 1).** Le tribunal n'entre pas en matière sur la requête lorsque cette procédure ne peut pas être appliquée (al. 3).

4.1. La recevabilité de la procédure de protection dans les cas clairs est donc soumise à deux conditions cumulatives.

4.1.1. **Premièrement, l'état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il n'est pas contesté par le défendeur; il est susceptible d'être immédiatement prouvé lorsque les faits peuvent être établis sans retard et sans trop de frais.** En règle générale, la preuve est rapportée par la production de titres, conformément à l'art. 254 al. 1 CPC. La preuve n'est pas facilitée: le demandeur doit ainsi apporter la preuve certaine (*voller Beweis*) des faits justifiant sa prétention; la simple vraisemblance (*Glaubhaftmachen*) ne suffit pas. Si le défendeur fait valoir des objections et exceptions motivées et concluantes (*substanziert und schlüssig*), qui ne peuvent être écartées immédiatement et qui sont de nature à ébranler la conviction du juge, la procédure du cas clair est irrecevable (ATF 144 III 462 consid. 3.1; 141 III 23 consid. 3.2; 138 III 620 consid. 5.1.1 et les arrêts cités).

4.1.2. **Secondement, la situation juridique est claire lorsque l'application de la norme au cas concret s'impose de façon évidente au regard du texte légal ou sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées** (ATF 144 III 462 consid. 3.1; 138 III 123 consid. 2.1.2, 620 consid. 5.1.1, 728 consid. 3.3). En règle générale (cf. toutefois arrêt 4A\_185/2017 du 15 juin 2017 consid. 5.4 et les références citées), la situation juridique n'est pas claire si l'application d'une norme nécessite l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation de la part du juge ou que celui-ci doit rendre une décision en équité, en tenant compte des circonstances concrètes de l'espèce (ATF 144 III 462 consid. 3.1; 141 III 23 consid. 3.2; 138 III 123 consid. 2.1.2; arrêt 4A\_273/2012 du 30 octobre 2012 consid. 5.1.2, non publié in ATF 138 III 620).

4.1.3. **Si le juge parvient à la conclusion que ces conditions sont remplies, le demandeur obtient gain de cause** par une décision ayant l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire (ATF 138 III 620 consid. 5.1.1). **Si elles ne sont pas remplies et que le demandeur ne peut donc obtenir gain de cause, le juge ne peut que prononcer l'irrecevabilité de la demande.** Il est en effet exclu que la procédure puisse aboutir au rejet de la prétention du demandeur avec autorité de la chose jugée (ATF 144 III 462 consid. 3.1; 140 III 315 consid. 5).

4.2. La procédure de protection dans les cas clairs est soumise à la procédure sommaire des art. 248 ss CPC (art. 248 let. b CPC), et plus particulièrement aux art. 252 à 256 CPC. **La maxime des débats est applicable** (art. 55 al. 1 CPC), sauf dans les deux cas prévus par l'art. 255 CPC (lequel est réservé par l'art. 55 al. 2 CPC), qui ne sont pas pertinents en l'espèce.

**Dans l'application de la maxime des débats, il y a toutefois lieu de tenir compte des spécificités de la procédure de protection dans les cas clairs** (ATF 144 III 462 consid. 3.2; arrêt 4A\_218/2017 du 14 juillet 2017 consid. 3.1).

4.2.1. Ainsi, selon la jurisprudence, en première instance, la requête doit en règle générale être formée par écrit (art. 252 al. 2 CPC). La réponse devrait aussi, en dérogation à l'art. 253 CPC, être formulée par écrit; si, exceptionnellement, la partie défenderesse ne dépose pas de réponse écrite et communique oralement sa réponse à l'audience, le juge de première instance doit au moins protocoler les conclusions, contestations, objections et exceptions que cette partie fait valoir, afin qu'il puisse être établi qu'elle a été entendue (art. 235 al. 1 let. d et al. 2 CPC par analogie). Lorsque la partie défenderesse ne comparait pas à l'audience, le juge doit, sous réserve de l'art. 153 al. 2 CPC, statuer sur la base des actes du demandeur et du dossier (art. 234 CPC par analogie; ATF 144 III 462 consid. 3.2.1; arrêt 4A\_218/2017 précité consid. 3.1.1).

Lorsque le bailleur intente une action en expulsion pour défaut de paiement du loyer au sens de l'art. 257d CO, comme celle pour défaut de paiement du fermage au sens de l'art. 282 CO, selon la procédure de protection dans les cas clairs (art. 257 CPC), **le tribunal doit trancher à titre préjudiciel la question de la validité de la résiliation, laquelle ne doit être ni inefficace, ni nulle, ni annulable** (une prolongation du bail n'entrant pas en ligne de compte lorsque la résiliation est signifiée pour demeure conformément aux art. 257d ou 282 CO). En effet, l'expulsion du locataire présuppose que le bail ait valablement pris fin, puisque l'extinction du bail est une condition du droit à la restitution des locaux (art. 267 al. 1 CO, respectivement art. 299 al. 1 CO). **Les conditions de l'art. 257 al. 1 CPC s'appliquent également à cette question préjudicielle, soit notamment aux conditions de l'art. 257d al. 1 CO** (ATF 144 III 462 consid. 3.3.1; 141 III 262 consid. 3.2 in fine; 142 III 515 consid. 2.2.4 in fine).

Il incombe au bailleur, conformément à l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les conditions de l'art. 257d 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.

4.2.2. **Lorsque la valeur litigieuse de 10'000 fr. est atteinte, la décision rendue en procédure sommaire de l'art. 257 CPC peut faire l'objet d'un appel au sens des art. 308 ss CPC** (art. 308 al. 2 CPC; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3e éd. 2016, no 36 ad art. 257 CPC; EVA BACHOFNER, Die Mieterausweisung, 2019, p. 363 s. n. 653 s.).

**Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont alors recevables qu'aux conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. Les nova 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 le locataire soulève pour la première fois en instance de recours, comme le fait qu'il a payé l'arriéré de loyer dans le délai de sommation de 30 jours (art. 257d al. 1 CO) ou qu'il a obtenu du bailleur un sursis au paiement (BACHOFNER, op. cit., p. 381 n. 678). **Le 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 le locataire qui est assisté d'un avocat de les invoquer devant le premier juge.**

**En ce qui concerne les vrais nova (*echte Noven*), le Tribunal fédéral a jugé que le requérant 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** (arrêt 4A\_420/2012 du 7 novembre 2012 consid. 5).

4.3. En l'espèce la locataire intimée ne conteste pas que, assistée de son avocat, elle n'a soulevé, en audience de première instance, aucune des objections dont elle s'est prévalu pour la première fois dans son recours cantonal (sic), à savoir 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*). Il ressort en effet de l'arrêt attaqué, comme du jugement de première instance, que l'avocat de la locataire a uniquement invoqué que celle-ci avait versé la veille le montant de 2'940 fr. 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. S'il ressort du procès-verbal de l'audience que la locataire a évoqué le refus de la bailleuse de participer aux programmes VESTA, elle n'en a toutefois tiré aucune conséquence. En particulier, elle n'a soulevé aucun argument découlant du fait notoire que constituent les fermetures administratives des discothèques, tels que l'impossibilité pour elle d'utiliser les locaux ou le fait qu'elle ne devrait pas payer les loyers litigieux car les circonstances avaient changé. Au contraire, la locataire s'est en l'occurrence acquittée des loyers litigieux après l'expiration du délai comminatoire pour ensuite contester devoir ces montants.

**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 bailleuse.** 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).

5.

Au vu de ce qui précède, le recours en matière civile doit être admis et l'arrêt attaqué réformé, en ce sens que la requête d'expulsion de la bailleuse est admise. Il s'ensuit qu'il est superflu d'examiner la question de savoir si, comme le soutient la bailleuse, les motifs de libération auraient déjà dû être présentés dans le délai comminatoire de l'art. 257d al. 1 CO.

Les frais judiciaires et les dépens seront mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 66 al. 1 et art. 68 al. 1 et 2 LTF). Dès lors que la procédure devant les instances cantonales était gratuite, il n'y a pas lieu de renvoyer la cause à la cour cantonale.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

2.

Le recours en matière civile est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la requête d'expulsion est admise, dans la teneur suivante:

1. La locataire est condamnée à évacuer immédiatement de sa personne, de tout tiers dont elle est responsable et de ses biens le local commercial de... m2 situé au sous-sol de l'immeuble sis..., à Genève.

2. La bailleuse est autorisée à requérir l'évacuation par la force publique de la locataire dès le 30e jour après la communication du dispositif du présent arrêt.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée.

4.

L'intimée versera à la recourante une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 7 janvier 2022

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Hohl

Le Greffier : Douzals