REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14048/2020 **ACJC/31/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU MERCREDI 13 JANVIER 2021

Entre

Monsieur A_____ et Madame B_____, domiciliés _____, appelants d'une ordonnance rendue par le Tribunal des baux et loyers le 22 décembre 2020, comparant par Me Enis DACI, avocat, rue Rodolphe-Toepffer 8, 1206 Genève, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

et

C_____, sise c/o D_____ SA, _____, intimée, comparant par Me Cécile BERGER MEYER, avocate, route de Chêne 30, case postale 615, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 13.01.2021.

Vu, **EN FAIT**, le contrat de bail conclu par les parties le 1er avril 2011, portant sur la location d'une arcade située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis place 1_____ [no.] _____ à Genève;

Que les locataires exploitent, dans ladite arcade, un café-restaurant à l'enseigne "E_____";

Que le bail a été résilié avec effet au 31 janvier 2017 pour défaut de paiement;

Qu'à la suite de la requête formée le 15 février 2017 par la bailleresse en évacuation, le Tribunal des baux et loyers a condamné les locataires à évacuer les locaux en cause, la bailleresse étant autorisée à requérir l'évacuation par la force publique des locataires dès l'entrée en force du jugement;

Que le recours formé par les locataires contre ce jugement a été déclaré irrecevable par la Cour de justice, par arrêt ACJC/965/2017 du 14 août 2017;

Que cet arrêt est définitif et exécutoire;

Que par convention du 4 octobre 2017, la bailleresse a accepté de surseoir à l'évacuation des locataires durant une période probatoire de deux ans, moyennant notamment le versement d'une indemnité pour occupation illicite de 4'205 fr. du 1er octobre 2017 au 30 septembre 2018, puis de 4'405 fr. du 1er octobre 2018 au 30 septembre 2019, chaque indemnité devant être versée le 10 de chaque mois au plus tard, à défaut de quoi la bailleresse pouvait solliciter sans délai procéder, par huissier judiciaire, à l'exécution de l'évacuation;

Que les locataires se sont acquittés régulièrement des indemnités convenues après l'échéance fixée dans la convention susmentionnée; qu'ils ont par ailleurs accumulé des arriérés pour un montant de 12'404 fr.;

Que le 28 février 2020, les parties ont conclu un second accord, les locataires s'étant engagés à résorber la dette par quatre mensualités; qu'elles se sont expressément référées à la convention du 4 octobre 2017, lesquelles faisaient partie intégrante de l'accord;

Que les locataires ne se sont pas acquittés de l'intégralité de la première mensualité, laquelle devait être versée le 2 mars 2020 au plus tard;

Que le 8 avril 2020, la bailleresse a mandaté un huissier judiciaire afin qu'il procède à l'exécution de l'évacuation des locataires, laquelle est intervenue le 16 juillet 2020 en raison de la crise sanitaire;

Que le 20 juillet 2020, les locataires ont saisi le Tribunal d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concluant notamment à ce que le Tribunal constate l'existence d'un contrat de bail tacite entre les parties portant sur l'arcade

litigieuse, ordonne à la bailleresse de leur restituer les clés et l'usage de celle-ci et condamne la bailleresse à leur verser 1'534 fr. 44 par jour d'inexécution, dès le 16 juillet 2020;

Que par ordonnance du 21 juillet 2020, le Tribunal a fait droit à la requête de mesures superprovisionnelles s'agissant de la restitution immédiate des clés et de l'usage de l'arcade;

Que dans sa réponse du 31 août 2020, la bailleresse s'est opposée à la requête de mesures provisionnelles, concluant notamment à ce que le Tribunal ordonne aux locataires de lui restituer immédiatement les clés et l'usage de l'arcade;

Que par déterminations du 30 septembre 2020, les locataires se sont opposés aux conclusions de la bailleresse et ont, pour le surplus, persisté dans leurs conclusions;

Qu'à l'audience du Tribunal du 26 octobre 2020, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives;

Que le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience;

Que, par ordonnance JTBL/978/2020 rendue le 22 décembre 2020, reçue par les locataires le 24 décembre suivant, le Tribunal a rejeté la requête de mesures provisionnelles du 20 juillet 2020 (ch. 1 du dispositif), a révoqué en conséquence l'ordonnance superprovisionnelle du 21 juillet 2020 (ch. 2), a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3) et a dit que la procédure était gratuite (ch. 4);

Vu le recours formé à la Cour de justice le 4 janvier 2021 par les locataires contre cette ordonnance;

Qu'ils ont conclu à l'annulation des chiffres 1 à 3 de l'ordonnance entreprise et à ce que la Cour, notamment, les autorise, à titre provisoire, à continuer à exploiter l'arcade et constate, à titre provisoire, que les parties sont liées par un contrat de bail tacite portant sur les locaux litigieux, jusqu'à droit jugé au fond;

Qu'ils ont également, préalablement, conclu à la suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance entreprise;

Qu'interpellée, la bailleresse s'est, par écritures du 11 janvier 2021, opposée à la restitution de l'effet suspensif;

Considérant, **EN DROIT**, que la voie de l'appel est ouverte contre une décision finale de première instance, pour autant que la valeur litigieuse soit supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC);

Que selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les contestations portant sur l'usage d'une chose louée sont de nature pécuniaire (arrêts du Tribunal fédéral

4A_388/2016 du 15 mars 2017 consid. 1; 4A_479/2013 du 20 novembre 2013 consid. 1);

Que lorsque la contestation porte sur la validité d'une résiliation de bail, ou que le locataire requiert la constatation de la nullité ou de l'inefficacité du congé, la valeur litigieuse est égale au loyer, provisions pour frais accessoires incluses, dû pour la période pendant laquelle le bail subsiste nécessairement si la résiliation n'est pas valable, c'est-à-dire jusqu'au jour où un nouveau congé pourra être donné. En pratique, il convient de prendre en considération le loyer et les frais accessoires pour la période de trois ans de l'art. 271a al. 1 let. e CO (ATF 137 III 389 consid. 1.1; 111 II 384 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_87/2012 du 10 avril 2012 consid. 1.1);

Qu'en l'espèce, compte tenu du montant des indemnités pour occupation illicite, de 4'405 fr. par mois depuis octobre 2018, que les locataires devraient verser si l'existence du bail à loyer était reconnue, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte;

Que lorsque la décision de première instance a été rendue en procédure sommaire, comme en l'espèce, le délai pour l'introduction du recours est de dix jours (art. 321 al. 2 CPC); que la procédure sommaire s'applique aux mesures provisionnelles (art. 248 let. d CPC);

Que déposé selon la forme et le délai requis (art. 130, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable, en dépit de son intitulé erroné;

Que la décision attaquée portant sur des mesures provisionnelles, l'appel n'a pas d'effet suspensif ex lege (art. 315 al. 4 let. b CPC);

Qu'à teneur de l'art. 315 al. 5 CPC, l'exécution de mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable, notion permettant de tenir compte également d'un préjudice de fait et s'examinant à l'aune de l'efficacité du jugement à rendre à l'issue de la procédure ordinaire, qui en serait compromise (ATF 138 III 378 consid. 6.3; 137 III 475 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_514/2012 du 4 septembre 2012 consid. 3.2.2);

Qu'en la matière, l'instance d'appel dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 475 consid. 4.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_403/2015 du 28 août 2015 consid. 5; 5A_419/2014 du 9 octobre 2014 consid. 7.1.2);

Que, selon les principes généraux, l'autorité procède à une pesée des intérêts en présence et doit se demander, en particulier, si la décision est de nature à provoquer une situation irréversible; qu'elle prend également en considération les chances de succès du recours (arrêts du Tribunal fédéral 4A_337/2014 du 14 juillet 2014 consid. 3.1; 4D_30/2010 du 25 mars 2010 consid. 2.3);

Que l'autorité cantonale doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels; qu'elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 137 III 475 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_403/2015 du 28 août 2015 consid. 5);

Qu'à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'autorité de recours n'accorde l'effet suspensif, à teneur de l'art. 174 al. 3 LP, que si le juge a prononcé la faillite, et non s'il a rejeté la requête (arrêt du Tribunal fédéral 5A_881/2017 du 23 janvier 2018 consid. 2.3; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. III, 2001, n^{os} 53 et 60 ad art. 174 LP); cette solution est conforme au principe général selon lequel l'effet suspensif ne peut être octroyé à un recours ayant pour objet une décision rejetant une demande (parmi d'autres : GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, 1984, p. 923 et les arrêts cités);

Que selon l'art. 11 al. 1 let. d de l'Arrêté du Conseil d'Etat 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 1er novembre 2020, les établissements publics ont été fermés dès le 2 novembre 2020;

Qu'à teneur de l'art. 5a de l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (Ordonnance COVID-19 situation particulière) du 18 décembre 2020, l'exploitation des établissements de restauration, des bars, des boîtes de nuit, des discothèques et des salles de danse est interdite; que cette interdiction ne s'applique pas aux établissements suivants qui proposent de la nourriture et des boissons à l'emporter ou qui livrent des repas à domicile, du 22 décembre 2020 au 21 janvier 2021;

Que le bail peut être conclu, de manière tacite, par actes concluants (art. 1 al. 2 CO); qu'il en est ainsi lorsque le bailleur remet les clés au locataire, que celui-ci emménage et qu'il paie le loyer, sans que le bailleur ne proteste (LACHAT, Le bail à loyer, 2019, p. 210 n. 4.5.1); que cependant, le silence opposé par l'une des parties à réception d'une offre de l'autre partie, ne vaut, en principe, pas acceptation et n'entraîne pas la conclusion tacite d'un contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2012 du 1er mai 2012 consid. 3.1; ACJC/765/2016 du 6 juin 2016 consid. 4.1; LACHAT, op. cit., p. 210 n. 4.5.2);

Que selon la jurisprudence, il est d'usage que le contrat de bail soit conclu par écrit; qu'il y a par exemple conclusion d'un nouveau bail par actes concluants lorsque, à la suite d'une résiliation, le bailleur s'abstient, durant une période assez longue, de faire valoir le congé et d'exiger la restitution de la chose louée et qu'il continue à encaisser régulièrement le loyer sans formuler aucune réserve (arrêts du Tribunal fédéral 4A_499/2013 du 4 février 2014 consid. 3.3.1; 4A_247/2007 du 19 août 2008 consid. 3.2.1; AUBERT, Droit du bail à loyer et à ferme, Bohnet/Carron/Montini [2ème éd.], 2017,

n. 17 ad art. 267 CO); que l'élément temporel n'est pas seul déterminant pour décider s'il y a bail tacite; qu'il faut prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas, que la conclusion tacite d'un bail ne doit toutefois être admise qu'avec prudence (arrêts du Tribunal fédéral 4A_75/2015 du 9 juin 2015 consid. 4.1; 4A_247/2008 du 18 août 2008 consid. 3.2.1; 4C_441/2004 du 27 avril 2005 consid. 2.1); qu'en règle générale, le bail tacite qui, dans ces conditions, suit un contrat écrit a le même contenu que ce dernier (LACHAT, op. cit., p. 210 n. 4.5.1);

Que le fait qu'après le dépôt d'une requête en évacuation, le bailleur envoie au locataire des bulletins pour le paiement régulier du loyer ne saurait suffire pour admettre sa volonté de continuer le bail. Il en est de même en cas d'envoi d'une augmentation de loyer, postérieurement à la résiliation (ATF 119 II 147 consid. 5 in JT 1994 I 205);

Qu'en l'espèce, les appelants font valoir qu'en l'absence de suspension de l'effet exécutoire de la décision entreprise, ils subiraient un préjudice difficilement réparable, du fait de la fermeture immédiate de leur établissement public, du gain manqué en résultant, de la perte définitive d'aliments périssables et de la remise en location de l'arcade par l'intimée à des tiers;

Que les appelants n'ont ni allégué ni rendu vraisemblable que leur établissement public serait actuellement exploité; qu'ils ont en effet uniquement fait état de la nécessité d'occuper du personnel, lorsque leur restaurant est ouvert et de leur chiffre d'affaires relatif aux mois de mai, juin et juillet 2020; qu'ils n'ont pour le surplus fourni aucune indication relative à la situation actuelle;

Qu'en tout état, leur restaurant a été fermé, selon l'arrêté du Conseil d'Etat susmentionné, depuis le 2 novembre 2020; que depuis le 22 décembre 2020, seuls des mets à l'emporter peuvent être proposés;

Qu'en conséquence, et prima facie, le préjudice difficilement réparable allégué n'est pas rendu vraisemblable;

Que, par ailleurs, l'appel paraît, sous l'angle de la vraisemblance et sans préjudice de l'examen au fond, dénué de chances de succès;

Qu'en effet, le contrat de bail a été résilié avec effet au 31 janvier 2017 pour défaut de paiement; qu'un jugement d'évacuation a été prononcé par le Tribunal, comportant également des mesures d'exécution directes du jugement d'évacuation;

Qu'à la suite de cette décision, une convention a été conclue entre les parties en octobre 2017, l'intimée ayant accepté de surseoir à l'exécution de l'évacuation des appelants durant deux ans, pour autant que ces derniers s'acquittent chaque mois des indemnités pour occupation illicite fixées d'entente entre les parties;

Qu'il est constant que les appelants n'ont pas honoré leurs engagements; qu'ils ont pour le surplus accumulé des arriérés pour un montant de 12'404 fr.;

Que les appelants n'ont pas non plus respecté l'accord conclu avec l'intimée en février 2020;

Que les appelants n'ont ni allégué ni rendu vraisemblable régler, chaque mois, les indemnités pour occupation illicite;

Que l'alléguée conclusion d'un bail tacite avec l'intimée est douteuse;

Que les mesures superprovisionnelles ordonnées par le Tribunal, puis révoquées par décision sur mesures provisionnelles, ne peuvent pas renaître, les principes dégagés par la jurisprudence citée supra, relative à la faillite, étant applicables par analogie dans le présent cas, s'agissant d'une décision négative;

Qu'en conséquence, la requête de suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance présentement querellée sera rejetée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Présidente de la Chambre des baux et loyers :

Rejette la requête de suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance JTBL/978/2020 rendue le 22 décembre 2020 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/14048/2020-9 formée par A_____ et B_____ le 4 janvier 2021.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :	La greffière :
Nathalie LANDRY-BARTHE	Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

La présente décision, incidente et de nature provisionnelle (137 III 475 consid. 1) est susceptible d'un recours en matière civile, les griefs pouvant être invoqués étant toutefois limités (art. 98 LTF), respectivement d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 à 119 et 90 ss LTF). Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.