



POUVOIR JUDICIAIRE

C/27301/2007

ACJC/1308/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre d'appel en matière de baux et loyers

AUDIENCE DU LUNDI 2 NOVEMBRE 2009

Entre

A _____ **SARL**, ayant son siège _____, appelante d'un jugement rendu par la Tribunal des baux et loyers le 27 octobre 2008, comparant par l'ASLOCA, Section Valais, rue de l'Industrie 10, case postale 15, 1951 Sion, en les bureaux de laquelle elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'une part,

et

Monsieur B _____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Gueric CANONICA, avocat, rue Pierre-Fatio 15, case postale 3782, 1211 Genève 3, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du _____

EN FAIT

- A.** Par acte, expédié au greffe de la Cour le 5 décembre 2008, A_____ SARL appelle du jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 27 octobre 2008 et communiqué aux parties le 3 novembre 2008, lequel déboute l'appelante de ses conclusions.

Cette dernière conclut à la condamnation de B_____ à lui payer 549'000 fr. à titre de dommage avec intérêts à 7% dès le 1^{er} juillet 2007; à titre subsidiaire, elle conclut à la condamnation de l'intimé à lui payer 283'000 fr. à titre de dommage avec intérêts à 7% dès le 1^{er} juin 2005, avec suite de frais de procédure et de dépens.

L'intimé qui requiert préalablement la production de la déclaration fiscale de l'appelante pour l'année 2007, conclut au déboutement de cette dernière.

- B.** Il résulte du dossier les faits pertinents suivants :

Sur une formule de bail à loyer pour un local commercial, datée du 13 avril 2005, B_____ a loué à C_____ une dépendance consistant en un local de dix pièces, d'environ 240 m², dans l'immeuble no. _____, chemin 1_____ à D_____ [GE], ainsi que huit places de parc situées devant la dépendance. La durée du contrat a été prévue pour trois ans à compter du 1^{er} juin 2005 et se renouvelle ensuite d'année en année sauf résiliation donnée six mois au moins avant une échéance. Le loyer mensuel a été fixé à 5'000 fr., charges non comprises et peut être majoré en cours de bail proportionnellement à la variation de l'indice suisse des prix à la consommation. Les acomptes pour les frais de chauffage, eau chaude et climatisation s'élèvent à 500 fr. par mois, une garantie de loyer de 16'500 fr. doit être fournie par le locataire. Les locaux loués sont destinés à l'exploitation d'un salon de massages et le locataire s'engage à ne pas en faire un autre usage.

Les conditions particulières du contrat disposent que pour l'exploitation projetée d'un salon de massages, le locataire est seul responsable de la demande et de la délivrance d'éventuelles autorisations et patentes. Le locataire confirme par ailleurs avoir contacté la brigade des mœurs de la Police judiciaire afin de s'informer officiellement sur les formalités d'usage concernant l'ouverture d'un salon de massages. Il sera également le seul responsable des devoirs et obligations liés à cette exploitation vis-à-vis de la brigade des mœurs au regard du règlement cantonal relatif à l'exercice de la prostitution. Il déclare expressément renoncer à toutes prétentions qu'il pourrait faire valoir contre le bailleur du chef des travaux de modifications, d'aménagement ou d'agencement réalisés dans les locaux loués.

Le locataire a effectué divers travaux, soit peinture extérieure des façades (pour 17'000 fr.), pose d'un filtre sur les vitrines (pour 12'000 fr.), travaux de crépis et de

peintures intérieures avec installation de cloisons (pour 51'000 fr.), l'aménagement électrique pour onze studios (pour 27'500 fr.) et la pose d'un chauffe-eau et diverses installations sanitaires (pour 18'000 fr.), soit un montant global de 129'000 fr. y compris la pose de protection et nettoyage pour 3'500 fr.; le paiement de ces travaux est attesté par quatre quittances de paiement s'étendant entre le 18 avril et le 25 juin 2005.

Par lettre du 7 juillet 2006, B_____ a accepté le changement de locataire en faveur de A_____ SARL dont les associés gérants sont C_____ et E_____. A_____ SARL a été inscrite au Registre du commerce le _____ 2006 et a pour but l'escorte, la sous-location, l'exploitation d'un bar de nuit et la restauration.

Par lettre du 9 janvier 2006, la Police des constructions a prié B_____ de faire cesser dans les soixante jours l'exploitation du salon de massages du fait de son incompatibilité avec la zone industrielle et artisanale et eu égard au changement d'affectation par rapport à l'activité précédemment autorisée en faveur de F_____ SA. Le Tribunal administratif a rejeté le recours du propriétaire par décision du 14 novembre 2006. Il a procédé à un transport sur place à l'occasion duquel les locataires ont indiqué ne pas vouloir être partie à la procédure; les personnes travaillant dans les locaux sont indépendantes financièrement et payent un loyer mensuel pour la location des chambres. Les locaux étaient précédemment affectés à des bureaux pour l'entreprise de construction occupant l'ensemble de la parcelle; aucune circonstance ne justifie une dérogation pour l'activité litigieuse qui constitue un changement d'affectation.

Selon sa lettre du 30 novembre 2006, le bailleur a reproché à la locataire de n'avoir pas participé à la procédure administrative ni développé un quelconque argument. Il proposait que la locataire supporte la charge financière d'un éventuel recours au Tribunal fédéral et suggérait un entretien commun avec le Département pour négocier un délai raisonnable de départ. La locataire a estimé qu'il appartenait au bailleur de saisir l'autorité fédérale.

Les parties se sont rendues au Département des constructions pour obtenir un délai pour l'exécution des décisions rendues; le Département a accepté un sursis au 30 juin 2007, moyennant l'acceptation par le bailleur des décisions et l'engagement de la locataire à quitter les locaux à ladite date. Par lettre du 13 février 2007, cette dernière a sollicité une prolongation au 30 septembre 2007, envisageant un déménagement dans de nouveaux locaux durant l'été 2007. Par lettre du 26 février 2007, la Police des constructions a accepté de proroger au 30 septembre 2007 le délai pour la cessation de l'exploitation au vu des engagements pris par la locataire. Par sa lettre du 14 juin 2007, celle-ci a réclamé au bailleur une indemnité de 650'000 fr. du fait de la réduction de la durée du bail sur huit mois au minimum.

Selon sa lettre du 26 juin 2007, le bailleur a accepté de libérer la locataire de ses obligations à compter du 1^{er} octobre 2007 en cas de restitution des locaux à cette date.

- C. Par requête envoyée par pli postal le 8 novembre 2007 à la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, A_____ SARL a réclamé à B_____ un montant de 650'000 fr. pour le préjudice subi. La destination des locaux loués était clairement prévue dans le bail, qui a été amputé de huit mois d'exploitation. Le montant réclamé à ce titre représente 400'000 fr., il s'y ajoutent les frais d'aménagement des locaux de 150'000 fr. et des pertes diverses de réaménagement, perte de clientèle et d'image, estimées à 100'000 fr.

La cause a été déclarée non consignée lors de l'audience du 27 janvier 2008 et adressée au Tribunal des baux et loyers en date du 20 février 2008. Si le bail prévoit que le locataire est seul responsable de la demande et de la délivrance d'éventuelles autorisations et patentes, il ne s'agit que d'autorisations administratives de police mais pas en ce qui concerne la zone d'affectation, le locataire n'ayant aucune prise à cet égard. En outre, il incombait au bailleur d'interjeter recours au Tribunal fédéral à peine d'aggraver le préjudice subi du fait d'une restitution anticipée des locaux. Par lettre du 28 avril 2008, la locataire a réduit l'évaluation de sa perte mensuelle de 50'000 fr. à 40'000 fr. et verse à la procédure un compte de pertes et profits provisoire de l'exercice 2007, non révisé ni signé, qui relate un chiffre d'affaires de 527'854 fr. 05 après déduction d'achats de marchandises et des charges d'exploitation de 179'961 fr. 65, soit un résultat courant d'exploitation avant impôt de 347'892 fr. 40 pour neuf mois d'exploitation, diminuant ses prétentions au montant global de 570'000 fr.

Pour le bailleur, le locataire qui avait expressément requis l'indication de la destination des locaux loués était seul responsable des démarches y relatives et de la délivrance des autorisations; selon le bail, le locataire a renoncé à toutes prétentions pour ses travaux. Le contrat est nul du fait que son exécution n'est pas possible eu égard à la nature de la zone ou à tout le moins son exécution est devenue impossible à l'expiration du délai imparti par l'autorité. Le bailleur n'avait aucun moyen de recourir avec succès au Tribunal fédéral. Le dommage allégué n'est pas prouvé.

Le jugement querellé considère que l'affectation des locaux est contraire à la zone et rend le bail illicite; celui-ci est donc nul. Le bailleur n'a pas causé lui-même cette situation et n'a pas violé ses devoirs. Le locataire n'allègue pas qu'un recours contre l'arrêt du Tribunal administratif aurait été justifié et le défaut d'un abus de procédure ne saurait être reproché au bailleur. La violation des devoirs du bailleur n'étant pas établie, la demande n'est pas fondée.

- D. L'appelante estime que le contrat rédigé par le bailleur et prévoyant exclusivement l'exploitation d'un salon de massages engage la responsabilité de l'intimé, tant sur

le plan précontractuel que contractuel. Il lui appartenait de recourir auprès du Tribunal fédéral pour diminuer le préjudice subi. Du fait de l'impossibilité du contrat, le bailleur doit rembourser les loyers payés sans cause valable ainsi que les investissements du locataire.

Pour l'intimé, la nullité du bail ne permet pas à la locataire de réclamer des dommages et intérêts pour inexécution. Lors de la conclusion, les cocontractants n'avaient pas conscience d'une impossibilité car d'autres activités se trouvant à proximité ne permettaient pas de penser à une telle restriction d'utilisation. L'intimé a fait toutes les démarches raisonnables pour permettre à la locataire de rester dans les locaux aussi longtemps que possible. La procédure au Tribunal fédéral, qui n'était pas fondée, ne se serait pas prolongée au-delà de la date accordée par l'autorité administrative. La perte d'activité n'est pas existante puisque la locataire a continué son activité en d'autres lieux; l'absence de comptes révisés et la production d'un devis de travaux ne satisfont pas aux conditions de la preuve d'un dommage éventuel.

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 443 et 444 LPC).
2. Compte tenu du montant litigieux, le Tribunal a statué en premier ressort (art. 56P LOJ); la Cour revoit la cause librement et dispose d'un plein pouvoir d'examen.
3. L'appelante estime que le bailleur a commis une faute dans la rédaction et la conclusion du bail qui prévoit la destination des locaux en un salon de massages, à l'exclusion de toute autre activité; le bailleur insiste sur le fait que c'est le locataire qui a exigé une telle clause et s'exculpe de toute faute par le fait que le contrat met à la charge du locataire la demande et la délivrance d'éventuelles autorisations et patentes pour l'exploitation projetée (art. 1 des conditions particulières du bail, p. 6). En outre, les activités développées alentour par d'autres commerçants ne permettaient pas de penser que la destination visée par le locataire ne serait pas compatible avec les normes du droit public cantonal afférentes à la zone.

Dès qu'elles entrent en pourparlers, les parties sont tenues de se comporter conformément aux règles de la bonne foi (art. 2 CC). Chacune doit faire tout ce que l'on est en droit d'attendre d'un partenaire loyal et éviter, dans la mesure du possible, tout ce qui pourrait causer un préjudice à l'autre. On en a notamment déduit les devoirs suivants :

Le devoir de se comporter sérieusement, l'interdiction de tromper, le devoir de renseigner et de conseiller (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale des droits des obligations éd. 1978 I, p. 106, nos 535 et ss).

Le dossier ne révèle pas quelle est la partie qui a imposé la destination à l'autre, mais il est permis de penser que le locataire a été clair dans ses intentions qu'il a voulu voir figurer dans le bail; le contrat met clairement à la charge du locataire la responsabilité de la demande et de l'obtention des éventuelles autorisations et patentes pour l'exploitation projetée du salon de massages (art. 1 des conditions particulières du bail). L'alinéa suivant du contrat indique que le locataire a déjà contacté la brigade des mœurs de la Police judiciaire pour s'informer officiellement des formalités d'usage et ce libellé du contrat démontre à satisfaction de droit que le bailleur s'est dégagé de toute responsabilité pour la destination prévue, mettant à la charge du locataire la responsabilité de cette activité assez complexe vis-à-vis des normes légales; en conséquence, il incombait au locataire de faire toutes les démarches préalables pour s'enquérir de la faisabilité de la destination projetée, à la décharge du bailleur, ce que l'on peut aisément comprendre en raison des spécificités de l'activité projetée. A tout le moins, le risque inhérent à l'exploitation visée dans le contrat a été dévolu au locataire, selon son libellé.

4. Il y a lieu d'examiner le sort du contrat du fait que la destination prévue s'est révélée impraticable en raison des dispositions de la zone industrielle et artisanale, dont la portée a été signifiée au bailleur par lettre du 9 janvier 2006, lui impartissant un délai de soixante jours pour faire cesser l'exploitation incompatible avec les dispositions de la zone et du fait du changement d'affectation qui en résultait. Le bailleur a tenté de faire prévaloir la convention des parties auprès du Tribunal administratif, qui a confirmé la démarche de la Police des constructions dans sa décision du 14 novembre 2006.

Le bail se révélait donc vicié en ce sens que les circonstances de la cause permettent de dire que les cocontractants se sont trouvés dans une erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, dans la mesure où la destination des locaux représentait un élément nécessaire du bail. D'ailleurs, le comportement des parties correspond à cette définition juridique en ce sens qu'après avoir obtenu de l'autorité une prolongation échéant au 30 septembre 2007, elles ont convenu de mettre un terme anticipé à leur convention.

5. Selon l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle; le présent cas particulier ne permet pas d'envisager une application par analogie de l'art. 20 al. 2 CO (JT 1971 p. 162, spéc. 167, cons. 3a), du fait que le contrat ne prévoit expressément aucune autre destination des locaux loués.

L'invalidation du contrat pour vice de consentement entraîne en principe la restitution réciproque des prestations effectuées selon les règles de la revendication ou de l'enrichissement illégitime. Toutefois, dans le cas des contrats de durée complètement ou partiellement exécutés, l'invalidation équivaut à une résiliation *ex nunc* (SJ 2004 p. 33 et ss, cons. 7.1.2).

Ainsi, le bail est considéré comme pleinement valable sur la durée de son exécution et la locataire n'est pas recevable à réclamer le remboursement des loyers payés, puisqu'elle a utilisé sans entrave les locaux selon la destination prévue; elle n'allègue pas avoir rencontré un inconvénient quelconque du fait de l'erreur des parties et les paiements qu'elle a effectués n'ont pas été dépourvus de cause puisqu'effectués selon le but contractuel.

6. L'appelante requiert le remboursement des travaux qu'elle a engagés dans le bâtiment du bailleur pour un montant de 129'000 fr. au total. Celui-ci estime que la locataire a failli dans son devoir d'apporter la preuve de cette dépense par le fait qu'aucune facture finale n'a été versée à la procédure; la locataire a, par contre, communiqué le devis des travaux effectués, lequel en donne le détail, et produit les quittances de ses paiements dont le bailleur ne prétend pas qu'il s'agirait de faux; en outre, celui-ci ne conteste pas le détail des tâches engagées sur son immeuble telles que mentionnées sur le devis. Dès lors, il y a lieu d'examiner la conséquence de l'erreur des parties sur les travaux engagés par la locataire.

L'art. 260a CO permet au locataire de prétendre à une telle indemnité s'il a procédé à des travaux de rénovation ou de modification de la chose louée, si le bailleur a consenti à ces travaux par écrit et si à la fin du bail la chose présente, du fait de ces travaux, une plus-value considérable. Dans le cas particulier, il est établi que les locaux étaient précédemment destinés à des bureaux et qu'ils étaient donc impropres à la destination prévue dans le bail; dans ces conditions, il serait contraire à la bonne foi que le bailleur se prévale de l'absence d'un accord écrit de sa part puisque des travaux apparaissent suffisamment nécessaires eu égard au changement de la destination des locaux; l'accord du bailleur est donc avéré. Par contre, pour que le locataire soit admis à formuler une prétention de ce chef, les travaux doivent représenter une plus-value correspondant à une valeur ajoutée à la chose louée et non amortie à la fin du bail; cette plus-value s'apprécie objectivement eu égard aux frais exposés par le locataire et à l'utilité des travaux pour le bailleur (LACHAT, Commentaire romand, Code des obligations n. 7, ad art. 260a CO).

Certes, la convention des parties prévoit que le locataire déclare expressément renoncer à toutes prétentions qu'il pourrait faire valoir contre le bailleur du chef des travaux de modification, d'aménagement ou d'agencement réalisés dans les locaux loués, clause qui déroge à l'art. 260a CO qui est de droit dispositif. Toutefois, cette renonciation a été prise par la partie locataire en fonction de la durée du bail convenue, sans parler encore des possibilités de prolongation réservées par la loi. Dès lors que le contrat a pris fin contrairement à l'attente du locataire qui était légitimé à tabler sur une plus longue durée de bail et partant d'amortissement de son investissement, il est conforme à l'équité d'examiner la nature des travaux effectués par la partie locataire afin de déterminer si une plus-value subsiste pour le bailleur et à concurrence de laquelle celui-ci devrait

indemniser son cocontractant, en dépit de la renonciation prévue au bail, du fait de l'échéance anticipée de celui-ci à laquelle les parties n'avaient pas songé.

Sur les travaux engagés par le locataire, ceux afférents à la réparation et la peinture des façades de 17'000 fr. entrent en considération au niveau d'une plus-value; s'agissant des crépis, peinture et installation de cloisons à l'intérieur, d'aménagement électrique de onze studios et de la rénovation des sanitaires et salles de bain, pour un montant de global de 96'500 fr., seule la moitié sera examinée ci-après pour tenir compte de la forte relativité de plus-value subsistant pour le bailleur, laquelle est en partie fonction des besoins du futur utilisateur, en sorte que le montant des travaux à considérer s'élève à 65'250 fr. (17'000 fr. + 48'250 fr.).

Le bail conclu sur trois ans, soit trente-six mois, a vu sa durée amputée de huit mois, en sorte que l'amortissement y relatif représente 14'500 fr., qui sont, en équité, mis à la charge du bailleur.

7. La locataire prétend au remboursement d'une perte d'exploitation de 320'000 fr. pour les huit mois de raccourcissement du bail. A l'appui de cette prétention, elle a communiqué aux premiers juges des comptes provisoires de profits et pertes de l'exercice 2007 non signés et non révisés. Dans le cadre de l'appel et en dépit des critiques du bailleur à cet égard et de la demande de celui-ci en production de la déclaration fiscale pour l'année considérée de 2007, l'appelante s'est abstenue de produire toute autre pièce justificative en sorte qu'il y a lieu de considérer qu'elle a échoué dans le fardeau de la preuve qui lui incombe, soit de prouver les faits allégués pour en déduire son droit (art. 8 CC).

De surcroît, la dénégation du bailleur fondée sur le fait que l'appelante n'a pas été amenée à cesser son activité mais a pu la poursuivre ailleurs, selon les motifs indiqués à l'autorité administrative pour obtenir la tolérance de la situation jusqu'au 30 septembre 2007, n'a pas été démentie, en sorte que la Cour de céans admet que l'appelante n'a pas été privée de locaux et n'a donc pas subi de perte d'exploitation.

8. L'appelante qui succombe dans l'essentiel de ses conclusions, sera condamnée à un émolument d'appel de 250 fr. en faveur de l'Etat de Genève et le bailleur à un émolument de procédure de 150 fr., étant précisé qu'il n'est alloué aux parties ni dépens ni émoluments ni indemnités (art. 447 al. 2 LPC).
9. Au vu des conclusions de l'appelante, il est constant que la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. au sens de la LTF.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SARL contre le jugement n° JTBL/1355/2008 rendu par le Tribunal des baux et loyers en date du 27 octobre 2008, en la cause n° C/27301/2007-1-D.

Au fond :

Annule ledit jugement.

Statuant à nouveau :

Condamne B_____ à payer à A_____ SARL la somme de 14'500 fr. avec intérêts à 5% à compter du 1^{er} octobre 2007.

Condamne A_____ SARL à payer à l'Etat de Genève un émolument d'appel de 250 fr.

Condamne B_____ à payer à l'Etat de Genève un émolument d'appel de 150 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Mesdames Marguerite JACOT-DES-COMBES et Florence KRAUSKOPF, juges; Messieurs Alain MAUNOIR et Pierre DAUDIN, juges assesseurs; Madame Muriel REHFUSS, greffier.

Le président :

François CHAIX

Le greffier :

Muriel REHFUSS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.