

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/5938/2013

ACJC/1034/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU VENDREDI 30 AOÛT 2013

Entre

A_____ AG, ayant son siège c/o _____ AG, _____ (SO), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 26 juin 2013, comparant par Me Olivier Carrard, avocat, rue Bovy-Lysberg 2, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'une part,

et

B_____ SA, ayant son siège _____ (GE), intimée, comparant par Me Blaise Grosjean, avocat, rue de Candolle 24, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 02.09.2013.

EN FAIT

A. a. En date du 10 octobre 2005, SI C_____, propriétaire, et B_____ SA, locataire, ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur des locaux commerciaux situés dans l'immeuble "_____" sis _____ (GE), soit une surface de 6'000 m² à l'usage de bureaux, des dépôts d'une surface de 774 m² au 1^{er} sous-sol et 106 places de parking.

Le bail a été prévu pour une durée de quinze ans, du 1^{er} avril 2007 au 31 mars 2022.

Le loyer annuel a été fixé à 2'400'000 fr. pour les bureaux, 77'400 fr. pour les dépôts et 2'400 fr. par place de parking (254'400 fr. pour l'ensemble des places). Les parties ont par ailleurs convenu que le loyer global de 2'731'800 fr., TVA non comprise, serait indexé à l'indice officiel suisse des prix à la consommation constaté au 28 février 2007 (base mai 2000 = 100).

Pour les charges, le versement d'acomptes provisionnels d'un montant annuel de 230'000 fr. TVA non comprise, a été prévu.

En application de la clause d'indexation, le loyer mensuel a été porté à 254'260 fr. dès le 1^{er} janvier 2013.

D_____ AG a repris les actifs et passifs de la SI C_____ par contrat de fusion du 22 juin 2010. Par contrat de fusion du 28 avril 2011, A_____ AG a à son tour repris les actifs et passifs de D_____ AG.

b. L'immeuble destiné à abriter les locaux loués n'étant pas construit au moment de la conclusion du contrat, la convention entre les parties prévoyait l'obligation pour la bailleuse d'effectuer des travaux définis d'entente avec la locataire, selon un descriptif des travaux annexé au contrat de bail, et de livrer le bâtiment ainsi équipé avant le début du bail.

Le contrat de bail entre les parties était complété par des "*Clauses complémentaires faisant partie intégrante du bail*". Parmi celles-ci, les clauses relatives aux travaux à la charge de la bailleuse étaient ainsi rédigées :

"Le bâtiment sera livré selon le descriptif de l'entrepreneur général annexé y compris le descriptif intégrant les équipements proposés par le locataire. Le niveau de finition des surfaces du rez-de-chaussée et du 2^{ème} étage seront de même qualité et standing. L'entrepreneur général fera également les installations spécifiques (ex. : installation d'une salle informatique sans les équipements techniques spécifiques du locataire) requises par le locataire selon les spécifications qui lui seront transmises. Les locaux requis par le locataire seront intégrés dans l'enveloppe budgé-

taire du bailleur. En contrepartie, le locataire consent dès à présent à signer un bail d'une durée de 15 ans au lieu de 10 (art. n° 38, par. 4).

Le bailleur s'engage à commencer les travaux trois jours ouvrables après la signature du présent bail et à les achever au plus tard le 31 mars 2007. L'obligation du locataire de payer le loyer commence le jour de la livraison des locaux dans un état permettant l'usage prévu et conforme au descriptif annexé au présent bail. En cas de retard dans la mise à disposition des locaux, soit dès le 1^{er} avril 2007 (à l'exception de détails mineurs qui ne font pas obstacle à l'usage prévu de l'immeuble), le locataire sera en droit de ne pas payer le loyer et de réclamer des dommages et intérêts au bailleur (art. n° 41)".

c. L'entrepreneur général mandaté par la bailleuse aux fins de l'exécution des travaux et visé par la convention des parties était E_____ SA (précédemment _____ SA).

d. En date du 20 décembre 2007, les parties ont signé une convention destinée à régler leurs différends liés notamment au retard des travaux, par laquelle la bailleuse s'est engagée à respecter un calendrier d'exécution des différents travaux requis, répartis en quatre postes, alors que la locataire, qui avait consigné les loyers dès août 2007, s'est engagée à déconsigner les loyers.

La convention visait par ailleurs à régler les conséquences d'une éventuelle exécution imparfaite des obligations de la bailleuse.

Aux termes de l'art. 2 de la convention, en cas de non-exécution des travaux à la satisfaction de la locataire dans les délais prévus par le calendrier, celle-ci était fondée à diminuer le loyer de 5% par poste inachevé avec effet rétroactif au 1^{er} septembre 2007, mais au maximum jusqu'à 20% et à 500'000 fr. et ce jusqu'à ce que les défauts soient réparés. L'art. 3 prévoyait que dans l'hypothèse où la bailleuse ne mettrait pas tout en œuvre pour que les travaux soient achevés, même hors délais, la locataire se réservait le droit de fixer un ultime délai d'exécution et de réclamer une réduction de loyer plus conséquente que celle qui était prévue à l'art. 2, qui serait calculée ultérieurement.

Enfin, les parties ont convenu (art. 10, par. 2) qu'en cas de désaccord sur les travaux recensés dans le procès-verbal de réception provisoire des travaux (figurant en annexe 1 de la convention), un expert serait désigné par les parties. Celui-ci serait habilité à trancher la question de savoir si les exigences de la locataire étaient acceptables et/ou si le refus de la bailleuse de s'exécuter était raisonnable.

e. Par courrier du 14 mars 2008, la locataire a annoncé réduire le loyer de 5% par poste inachevé, pour trois des postes (en application de l'art. 2 de la convention), fixant par ailleurs un ultime délai d'exécution au 30 avril 2008 après lequel elle se réservait la possibilité de procéder à la réduction supplémentaire prévue à l'art. 3

de la convention. Par courrier du 11 juillet 2008, elle a réduit le loyer de 5% supplémentaires, en raison de l'échéance du délai pour l'exécution du quatrième poste de travaux et a annoncé procéder au calcul de ses prétentions selon l'art. 3 de la convention.

f. Par courrier du 12 février 2009, la locataire a évalué à 7% son droit à la réduction de loyer pour chacun des postes de travaux, encore inachevés selon ses estimations (soit 4 postes jusqu'au 31 décembre 2008 et 2,5 postes depuis le 1^{er} janvier 2009). Elle a en outre réclamé le paiement des honoraires du bureau d'ingénieurs dont elle déclarait qu'ils lui incombaient en raison des carences de la bailleuse. Elle a invité cette dernière à accepter ces prétentions, faute de quoi elle consignerait le loyer et ouvrirait action.

Le courrier faisait par ailleurs référence au retard pris par la bailleuse dans la détermination des questions à l'expert destiné à arbitrer les positions des parties en application de l'art. 10 de la convention du 20 décembre 2007.

g. Après avoir reçu le versement de la provision d'honoraires de la bailleuse au début du mois de juin 2009, l'expert s'est rendu sur les lieux à trois reprises, les 25 juin, 20 août et 3 septembre 2009.

Il a rendu un rapport en date du 2 octobre 2009 et tenu une séance de conciliation entre les parties le 12 octobre 2009. Dans ce cadre, il a proposé diverses mesures d'investigation destinées à élucider les points encore litigieux entre les parties, soit en particulier une visite systématique des locaux loués afin de mentionner tous les points devant faire l'objet d'un correctif.

h. Par requête déposée au greffe de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers le 1^{er} septembre 2009, déclarée non conciliée lors de l'audience du 4 février 2010 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 8 février 2010, B_____ SA a agi en réduction de loyer. Elle a conclu à une réduction de loyer de 28% de mai à décembre 2008 et de 17,5% de janvier 2009 jusqu'à l'achèvement de différents travaux, ainsi qu'à la condamnation de la défenderesse à lui verser 759'627 fr. à titre de loyers perçus en trop jusqu'au dépôt de la requête et 40'026 fr. 20 correspondant aux honoraires du bureau d'ingénieurs dont le mandat serait poursuivi en raison du retard de la bailleuse.

i. Dans sa réponse du 31 mars 2010, la défenderesse a conclu à l'ordonnance d'un transport sur place, au rejet de la demande dans la mesure de sa recevabilité, à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle tenait à disposition de la demanderesse une somme de 40'000 fr. sur présentation des justificatifs relatifs à la pose d'une enseigne publicitaire lumineuse ainsi qu'une somme de 5'000 fr. sur présentation des justificatifs relatifs à la remontée et à la transmission des alarmes et à la condamnation de la demanderesse aux dépens.

j. A l'audience du 30 mars 2011, le Tribunal a ordonné la jonction de la cause précitée (C/1_____) à celle en validation de la consignation de loyer (C/2_____), introduite parallèlement par la locataire.

k. Dès mars 2010, B_____ SA a consigné l'intégralité du loyer, acomptes de charges non compris, auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire (_____).

Dans le cadre de son action en validation de la consignation, elle a conclu à ce que le Tribunal constate la validité de cette consignation et ordonne la réparation des défauts, soit l'achèvement des travaux prévus par la convention du 27 décembre 2007.

l. Dans sa réponse du 9 février 2011, la bailleresse a conclu au déboutement de la demanderesse des fins de ses conclusions et à ce qu'il soit ordonné aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de libérer immédiatement les loyers consignés.

La bailleresse a contesté la plupart de ces défauts et soutenu que l'impossibilité de réaliser l'intégralité des éléments prévus dans ladite convention était imputable à la locataire, qui en aurait empêché la réalisation, soit en refusant leur validation, soit en omettant de préparer des cahiers de charges, soit encore en insistant sur des options qui ne respectent pas le budget fixé.

m. Le 7 avril 2011, la bailleresse a déposé au Tribunal des baux et loyers une requête de mesures provisionnelles (C/3_____), concluant à ce qu'il soit fait interdiction à B_____ SA de consigner son loyer jusqu'à droit connu au fond, à ce que soit ordonnée en sa faveur la libération immédiate des loyers consignés depuis le 1^{er} février 2011 et subsidiairement, à ce qu'il soit fait interdiction à B_____ SA de consigner une quote-part supérieure à 17,5% du loyer mensuel dès notification de l'ordonnance et jusqu'à droit connu au fond.

Elle considérait que la valeur litigieuse de l'action en validation de la consignation de loyer devait être estimée, sur la base des conclusions prises dans la requête en réduction de loyer, à 2'669'163 fr. 20, de sorte qu'au 1^{er} avril 2011, le montant des loyers consignés (3'555'335 fr.) la dépassait de 886'172 fr.

n. B_____ SA a conclu au déboutement de la bailleresse de toutes ses conclusions.

Le conseil de la locataire s'est opposé à la requête lors de l'audience du 18 avril 2011, et s'est prévalu en particulier de l'importance des défauts et d'avoir estimé à 5'454'000 fr. le coût des réfections nécessaires, ainsi que de l'interruption unilatérale, par la requérante, du processus engagé par l'expert que les parties avaient convenu de mandater en vue d'un règlement amiable du litige. Il a également fait valoir que, compte tenu de la durée de la procédure prévisible au-delà de la déci-

sion de première instance et de la durée d'exécution des travaux litigieux, le montant de ses prétentions en réduction de loyer était bien supérieur à celui qu'avait estimé la bailleresse.

o. Par ordonnance du 30 mai 2011, le Tribunal des baux et loyers a rejeté la requête de mesures provisionnelles faite pour la demanderesse d'avoir démontré, ni même allégué que la consignation reprochée l'exposait au risque d'un préjudice irréparable.

Cette décision a été confirmée par arrêt de la Cour de justice du 17 octobre 2011 (ACJC/4_____).

L'instance d'appel a notamment retenu que l'art. 261 al. 1 CPC pose explicitement la condition du risque d'un préjudice difficilement réparable, et implicitement celle de l'urgence, dont la bailleresse n'avait pas rendu vraisemblable la réalisation, puisqu'elle n'avait allégué aucun dommage particulier, ni fait valoir d'éléments spécifiques dont il pourrait être déduit qu'il y avait lieu de statuer sans désespérer.

B. **a.** Par acte déposé au greffe du Tribunal le 21 mars 2013, la bailleresse a sollicité le prononcé de nouvelles mesures provisionnelles. Elle a conclu à ce qu'il soit fait interdiction à la locataire de consigner son loyer dès la notification de l'ordonnance de mesures provisionnelles jusqu'à droit connu au fond, à ce que la libération immédiate en sa faveur des loyers consignés soit ordonnée. Plus subsidiairement, elle a conclu à ce qu'il soit fait interdiction à la locataire de consigner son loyer dès la notification de l'ordonnance de mesures provisionnelles jusqu'à droit connu au fond, ou encore à ce qu'il soit fait interdiction à la locataire de consigner son loyer dès le 1^{er} septembre 2013 jusqu'à droit connu au fond et en tout état au paiement des frais de l'instance.

A l'appui de ses conclusions, la bailleresse s'est prévalu de la disproportion entre les prétentions des locataires et le montant des loyers consignés, constitutive d'un préjudice irréparable et, dès lors qu'elle était destinée à s'accroître avec le temps, rendant urgent le prononcé de mesures tendant à la déconsignation.

b. Dans sa détermination écrite du 8 avril 2013, B_____ SA a conclu au rejet de la requête et, préalablement, à l'apport de la procédure C/1_____ entre les parties.

c. Lors de l'audience du 17 avril 2013, la bailleresse a déposé une pièce nouvelle, contestant être détenue par la banque F_____.

Les parties ont par ailleurs plaidé et persisté dans leurs conclusions.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

d. Parallèlement, à l'issue de l'audience d'enquêtes du 17 avril 2013 dans le cadre de la procédure au fond, le Tribunal a imparti aux parties un délai pour conclure sur expertise. Les parties ont déposé leurs conclusions le 12 juin 2013 et ont toutes deux conclu à la désignation d'un expert ingénieur ou architecte respectivement à la désignation de quatre experts pour qu'ils se prononcent sur des questions de chauffage, ventilation, climatisation, isolation phonique, système anti-intrusion, système "No break" et sur les travaux en souffrance.

- C. a.** Par décision du 26 juin 2013, communiquée pour notification aux parties le 28 juin 2013, le Tribunal des baux et loyers, après avoir ordonné l'apport de la procédure C/1_____, a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par la bailleuse et débouté les parties de toutes autres conclusions.

En substance, les premiers juges ont retenu qu'ils ne pouvaient faire abstraction de la condition du risque de préjudice difficilement réparable prévue par l'art. 261 al. 1 let. b CPC, comme préconisé par la bailleuse. En outre, ils ont retenu que la disproportion invoquée entre les montants consignés et les prétentions de la locataire ne suffisait pas à consacrer un préjudice irréparable. Enfin, le Tribunal a retenu que cette disproportion qui s'accroît nécessairement avec le temps ne réalisait pas davantage la condition de l'urgence prévue implicitement par l'art. 261 al. 1 CPC et que la longueur de la procédure ne suffisait pas à elle seule à rendre abusive la consignation du loyer.

b. Par acte du 11 juillet 2013, A_____ AG a formé appel contre cette décision. Elle a conclu à son annulation et, cela fait, à ce qu'il soit fait interdiction à B_____ SA de consigner son loyer dès la notification de l'arrêt de la Cour de justice et jusqu'à droit connu au fond et à ce que soit ordonnée la libération immédiate en sa faveur des loyers consignés par B_____ SA depuis le 1^{er} décembre 2011, subsidiairement, à ce qu'il soit fait interdiction à B_____ SA de consigner son loyer dès la notification de l'arrêt de la Cour et jusqu'à droit connu au fond ou, plus subsidiairement, à faire interdiction à B_____ SA de consigner son loyer dès le 1^{er} septembre 2013 et jusqu'à droit connu au fond et, en tout état de cause, au déboutement de B_____ SA de toutes autres conclusions.

Elle a indiqué que le montant des loyers consignés atteignait 10'431'534 fr. 55 au jour du dépôt de l'appel, si bien que, selon son raisonnement, la valeur litigieuse de la procédure au fond de 5'454'000 fr. (montant dont la locataire prétend qu'il serait nécessaire pour remédier aux défauts allégués) était largement dépassée et ce depuis le 1^{er} décembre 2011 déjà.

En tenant compte du raisonnement des premiers juges, qui pour déterminer la valeur litigieuse additionnent le coût allégué des réparations nécessaires ainsi que les prétentions de la locataire en réduction du loyer, la bailleuse considère qu'il

en résulterait néanmoins une disproportion entre la valeur litigieuse ainsi calculée de 9'9522'031 fr. 30 et le montant des loyers consignés.

Elle a produit un chargé de pièces complémentaires, soit un procès-verbal d'enquêtes du 17 avril 2013, deux courriers adressés par son conseil au Tribunal les 24 janvier et 10 octobre 2011 (pièces 46 et 47 appelante) et des conclusions des parties sur expertise du 11 juin 2013.

c. Par mémoire-réponse du 24 juillet 2013, B_____ SA a conclu au rejet de l'appel, à la confirmation de la décision attaquée et au déboutement de A_____ AG de toutes autres conclusions. Elle a requis préalablement l'apport de la procédure C/3_____.

Elle a produit deux photos non datées (pièces 30 et 31 intimée), un devis d'une entreprise G_____ SA du 3 juin 2013 et des échanges de correspondances entre avocats du 6 mai au 21 juin 2013.

d. Les parties ont été informées par plis du 24 juillet 2013 de la mise en délibération de la cause.

D. L'argumentation juridique des parties sera examinée dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, si la valeur litigieuse est d'au moins 10'000 fr., la cause étant de nature patrimoniale. Pour les mesures provisionnelles, la valeur litigieuse est celle de la demande au fond qui a été déposée ou qui le sera (LCHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011, p. 185).

Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC). La détermination de la valeur litigieuse suit les mêmes règles que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (RETORNAZ in : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel, 2010, p. 363; SPÜHLER BSK ZPO, n° 8 ad art. 308).

Selon l'art. 91 al. 1 CPC, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions. Si la durée des revenus et prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est constitué du montant annuel du revenu ou de la prestation multiplié par vingt (art. 92 al. 2 CPC).

En l'espèce, devant le premier juge, les seules conclusions en réduction du loyer de 28% de mai à décembre 2008 et de 17,5% de janvier 2009 jusqu'à l'achèvement des travaux - le loyer annuel s'élevant à 2'731'800 fr., charges de 230'000 fr. non comprises - sont largement supérieures à 10'000 fr. Il s'ensuit que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 L'appel a été formé dans le délai de dix jours prévu en matière de procédure sommaire (art. 314 CPC) - applicable aux mesures provisionnelles (art. 248 let. d CPC) - et selon la forme requise (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est en conséquence recevable.

1.3 S'agissant d'un appel (art. 308 al. 1 let. b CPC), la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, 2010, p. 349 ss, n. 121). Dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC), la Cour établit les faits d'office.

2. 2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 6 ad art. 317 CPC).

2.2 En l'espèce, les parties produisent différentes pièces nouvelles, non soumises aux premiers juges, en particulier deux courriers au Tribunal datés des 24 janvier et 10 octobre 2011 (pièces 46 et 47 appelante) et des photos non datées (pièces 30 et 31 intimée). Ni l'appelante ni l'intimée n'indiquent pour quel motif elles auraient été empêchées de les produire en première instance. Ces pièces, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant, sont ainsi irrecevables. Elles ne sont pour le surplus pas déterminantes pour l'issue du litige, tel que cela sera développé ci-après. Les autres pièces produites par les parties sont postérieures à la date où la cause a été gardée à juger par le Tribunal ou ressortent de la présente procédure, elles sont par conséquent recevables.

3. L'intimée conclut préalablement à l'apport de la procédure C/3_____. Cette conclusion non motivée n'est pas recevable. En tout état de cause, au vu du dossier, il ne se justifie pas de procéder à l'apport de cette procédure, la Cour disposant des éléments suffisants pour statuer (art. 316 CPC).

4. En procédure sommaire, la preuve est généralement apportée par titre au sens de l'art. 177 CPC (art. 254 al. 1 CPC) et, sauf exception, la maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 CPC; BOHNET, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 201-202). Le requérant est ainsi tenu d'ap-

porter tous les faits pertinents à l'appui de sa prétention et de produire les preuves qui s'y rapportent.

5. L'appelante conteste le raisonnement des premiers juges, estimant qu'il ne devait pas rendre vraisemblable l'existence d'un préjudice difficilement réparable en cas de disproportion de la consignation, la valeur litigieuse étant nettement inférieure au montant des loyers consignés, qui s'élevait à 10'431'534 fr. 55 au moment du dépôt de l'appel. Elle invoque également l'interdiction de l'abus de droit, la consignation du loyer par la locataire devant selon elle respecter les règles de la bonne foi.

5.1 Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le Tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes :

- a. elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être;
- b. cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

Il s'agit-là de conditions cumulatives comme cela ressort des textes allemand et italien de la loi (BOHNET, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 3 ad art. 261 CPC).

Les conditions de la mesure provisionnelle n'ont pas à être prouvées de manière absolue; le requérant doit les rendre vraisemblables ou plausibles. Il n'est pas nécessaire que le juge soit persuadé de l'existence des faits; il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 130 III 321 = JdT 2005 I 618 cité par HOHL, op. cit., n. 1773 p. 325).

La preuve de la vraisemblance doit être apportée pour les conditions auxquelles sont soumises les mesures provisionnelles, à savoir : la prétention au fond, l'atteinte ou le risque d'une atteinte à la prétention au fond et le risque d'un préjudice difficilement réparable (HOHL, o.p. cit. n. 1774 p. 325; BOHNET, in Procédure civile suisse, op. cit., p. 220).

Ainsi, des mesures provisionnelles sont ordonnées lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC).

S'agissant de l'atteinte ou du risque d'une atteinte à une prétention, toute mesure provisionnelle implique qu'il y ait une urgence. Le requérant doit rendre vraisemblable la nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent

menaçant ses droits, soit parce qu'ils risquent de ne plus pouvoir être consacrés, ou seulement tardivement. Le risque du préjudice difficilement réparable implique l'urgence (BOHNET, in Procédure civile suisse, op. cit., p. 219 et 220; Message du CPC, ad art. 257, p. 6961; SPRECHER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010, ad art. 261 n. 28s, 39).

La notion de préjudice difficilement réparable comprend tout préjudice, de nature patrimoniale ou immatérielle. Cette condition est remplie même si le dommage peut être réparé en argent, s'il est difficile à évaluer ou à démontrer ou que la décision serait difficilement exécutée (Message du CPC ad art. 257, p. 6961). La condition du préjudice difficilement réparable vise à protéger le requérant du dommage qu'il pourrait subir s'il devait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond (ATF 139 III 86 consid. 5; arrêts du Tribunal fédéral 5A_901/2011 du 4 avril 2012 consid. 4 et 5; 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4; ATF 116 Ia 446 consid. 2).

Enfin, la mesure doit respecter le principe de la proportionnalité, par quoi on entend qu'elle doit être adaptée aux circonstances de l'espèce et ne pas aller au-delà de ce qu'exige le but poursuivi. Les mesures les moins incisives doivent avoir la préférence. La mesure doit également se révéler nécessaire, soit indispensable pour atteindre le but recherché, toute autre mesure ou action judiciaire ne permettant pas de sauvegarder les droits du requérant (Message CPC ad art. 258, p. 6962).

En matière de baux et loyers, la libération, en cours de procédure, de tout ou partie des loyers consignés, ou la limitation de la portée de la consignation opérée par le locataire peut être ordonnée (LCHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, 2011 p. 179).

5.2 La consignation du loyer en cas de défaut de la chose louée est conçue comme un moyen de pression à disposition du locataire pour obtenir du bailleur la réparation du défaut. Dans cette optique, le locataire peut consigner l'intégralité de son loyer, indépendamment de la gravité du défaut dont il exige la réparation et du montant de ses prétentions financières (ATF 124 III 201 et réf. citées).

L'abus de droit ne saurait être invoqué, vu la volonté clairement exprimée par le législateur de permettre la consignation de tout le loyer (LCHAT, Le Bail à loyer, Lausanne, 2008, p. 278).

Par le biais de mesures provisionnelles, la portée de la consignation pour la durée de l'instance peut être limitée ou une partie du loyer libérée en faveur du bailleur, notamment si le montant déjà consigné est disproportionné par rapport aux prétentions du locataire. En effet, la loi n'empêche pas le locataire de poursuivre la consignation du loyer jusqu'à droit connu sur le fond, accord entre les parties ou réparation complète des défauts (ATF 124 III 201 consid. 2d p. 203 s). Dans ces cir-

constances, il apparaît nécessaire que le juge puisse intervenir, par le biais de mesures provisionnelles, sur le montant déjà consigné en cas de disproportion entre celui-ci et les prétentions financières du locataire. Il ne s'agit pas de préjuger du bien-fondé de l'action du locataire ou de le priver d'un moyen de pression, mais de permettre au rapport contractuel de fonctionner durant l'instance si son équilibre est menacé (ATF 4C.35/2003 du 3 juin 2003, consid. 2.3 et 2.4; ATF 124 III 201).

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral a été critiquée, au motif que le juge des mesures provisionnelles n'a pas pour fonction de rétablir l'équilibre contractuel (BYRDE, Les mesures provisionnelles en droit du bail à loyer, in 13^{ème} Séminaire du droit du bail, 2004, p. 31; BOHNET/MONTINI, Droit du bail à loyer, 2010, p. 455).

Sous l'ancien droit, la Cour de justice a alternativement fait application de cette jurisprudence (ACJC/1185/2008 du 6 octobre 2008, consid. 3.1., ACJC/891/2010 du 15 juillet 2010, consid. 2.2 et ACJC/1072/2010 du 17 septembre 2010, consid. 2.4), ou au contraire considéré qu'il fallait examiner si la consignation des loyers plaçait le bailleur dans une situation financière difficile ou mettait en péril ses finances (ACJC/862/2008 du 10 juillet 2008, consid. 5 et ACJ/242/2009 du 9 mars 2009, consid. 3).

5.3 Dans le cadre de la précédente requête de mesures provisionnelles déposée par l'appelante (C/3_____), la Cour a déjà eu l'occasion de confirmer que l'art. 261 al. 1 CPC posait explicitement la condition du risque d'un préjudice difficilement réparable, et implicitement celle de l'urgence. Contrairement à ce que l'appelante suggère, il ne saurait dès lors être fait abstraction de ces conditions même en cas de disproportion de la consignation.

A cet égard, l'appelante n'allègue aucun élément relatif à sa situation financière; elle ne fait, en particulier, pas valoir de difficultés imminentes de trésorerie, ou d'emprunt qu'elle aurait dû solliciter pour faire face à la situation découlant de la consignation des loyers. Elle se limite à invoquer la disproportion entre le montant des loyers consignés et les prétentions financières du locataire, soutenant que, sous l'empire de l'ancien art. 274f al. 2 CO, la jurisprudence citée considérait que celle-ci était suffisante à établir la vraisemblance du préjudice difficilement réparable et qu'en conséquence elle ne doit pas rendre vraisemblable le risque d'un tel préjudice.

L'appelante n'a par conséquent pas rendu vraisemblable la réalisation des conditions posées depuis l'entrée en vigueur du CPC pour le prononcé de mesures provisionnelles, puisqu'elle n'a allégué aucun dommage particulier, ni fait valoir la nécessité d'une protection immédiate.

L'appelante invoque également l'abus de droit de la locataire de continuer à consigner les loyers, dès lors que ses prétentions sont largement couvertes par les

loyers d'ores et déjà consignés. La locataire n'ayant plus d'intérêt à maintenir une pression sur le bailleur en continuant à consigner le loyer. Selon les calculs effectués par l'appelante, dans le cadre de son appel, le montant des prétentions de l'intimée s'élèverait au maximum à 9'522'031 fr. 30, alors que le montant des loyers consignés s'élevait, au jour du dépôt de l'appel, à 10'431'534 fr. 55.

Or, d'une part, l'intimée n'a fait qu'une estimation des coûts de réfection qui pourraient en définitive se révéler supérieurs.

D'autre part, et conformément à la volonté du législateur, le locataire n'est pas tenu de limiter la consignation au montant de ses prétentions (coût des travaux, réduction du loyer, dommages-intérêts). La bailleuse ne peut donc invoquer l'abus de droit de la locataire de procéder à la consignation intégrale du loyer.

C'est dès lors à juste titre que la requête de mesures provisionnelles de l'appelante a été rejetée par le Tribunal.

La décision querellée sera par conséquent confirmée.

6. A teneur de l'art. 22 al. 1 LaCC, il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC (arrêt du Tribunal fédéral 4A_607/2012 du 21 février 2013 consid. 2.6).
7. S'agissant de mesures provisionnelles, la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral est ouverte (art. 72 al. 1 LTF), la valeur litigieuse étant supérieure à 15'000 fr. Dans le cas d'un recours formé contre une décision portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :**

A la forme :

Déclare recevable, à l'exception de la conclusion nouvelle de B_____ SA tendant à l'apport de la procédure C/3_____, l'appel interjeté le 11 juillet 2013 par A_____ AG contre l'ordonnance JTBL/690/2013 rendue le 26 juin 2013 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/5938/2013-2-SP.

Déclare irrecevables les pièces nouvelles n^{os} 46 et 47 produites par A_____ AG ainsi que les photos produites par B_____ SA.

Au fond :

Confirme l'ordonnance querellée.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Jean-Marc STRUBIN, Madame Elena SAMPEDRO, juges; Monsieur Serge PATEK, Monsieur Alain MAUNOIR, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Maïté VALENTE

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. cf. consid. 1.1 et 7.