

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6363/2011

ACJC/1311/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 17 OCTOBRE 2011

Entre

A _____ **SA**, ayant son siège _____ à Olten, appelante d'une ordonnance rendue par le Tribunal des baux et loyers le 30 mai 2011, comparant par Me Olivier Carrard, avocat, 2, rue Bovy-Lysberg, 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 _____ à Genève, intimée, comparant par Me Blaise Grosjean, avocat, 24, rue de Candolle, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 19.10.2011.

EN FAIT

- A. Par contrat du 10 octobre 2005, la SI C _____ (à laquelle A _____ SA s'est ensuite substituée) a remis à bail à B _____ SA des locaux commerciaux situés dans l'immeuble à construire _____ à Vernier, soit une surface de 6'000 m² à l'usage de bureaux, des dépôts d'une surface de 774m² au 1^{er} sous-sol et 106 places de parking.

Le bail était conclu pour une durée de 15 ans, du 1^{er} avril 2007 au 31 mars 2022.

Le loyer annuel était fixé à 2'400'000 fr. pour les bureaux, 77'400 fr. pour les dépôts, et 2'400 fr. par place de parking, soit un total de 2'731'800 fr., indexé à l'indice officiel suisse des prix à la consommation.

Il a été porté à 2'853'612 fr. dès le 1^{er} janvier 2009, en application de la clause d'indexation.

Les charges représentaient 230'000 fr. par an.

- B. La construction de l'immeuble ayant connu des retards, B _____ SA n'est entrée dans les locaux qu'à fin mai 2007; elle a consigné son loyer à compter d'août 2007.

Le 20 décembre 2007, les parties ont conclu une convention destinée à régler leurs différends, ainsi que les conséquences d'une éventuelle exécution imparfaite des obligations de la bailleuse.

Depuis lors, les parties se sont à nouveau divisées sur l'existence ou non de défauts de construction.

- C. Par requête du 1^{er} septembre 2009, B _____ SA a agi en réduction de loyer (28% de mai à décembre 2008 et 17,5% de janvier 2009 jusqu'à achèvement des travaux) et en restitution de loyers versés en trop par 759'627 fr. ainsi qu'en remboursement de 40'026 fr. 20 correspondant à des honoraires d'ingénieur. La procédure, enregistrée sous C/19440/2009, est actuellement en cours d'instruction par devant le Tribunal des baux et loyers.

Parallèlement, à compter du 1^{er} mars 2010, B _____ SA a consigné le loyer afférent aux surfaces louées, soit un montant de 253'549 fr. 90, auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Le 30 mars 2010, elle a formé une requête en validation de consignation, procédure enregistrée sous C/7583/2010, qui a été jointe à la cause précitée, par décision du Tribunal des baux et loyers statuant d'entente entre les parties le 30

mars 2011. Elle y conclut également à la réparation des défauts, à savoir l'achèvement des travaux prévus par la convention du 27 décembre 2007.

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

- D.** Le 7 avril 2011, A_____SA a déposé au Tribunal des baux et loyers une requête de mesures provisionnelles, 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.

Lors de l'audience du 18 avril 2011, B_____SA, après les plaidoiries des parties, a déposé des notes de plaidoirie et des pièces, qui n'avaient pas été communiquées auparavant à sa partie adverse.

B_____SA a conclu préalablement à l'apport de la procédure C/19440/2009 et au fond au déboutement de A_____SA.

A_____SA s'est opposée au dépôt des notes de plaidoirie.

- E.** Par décision du 30 mai 2011, communiquée pour notification aux parties le 6 juin 2011, le Tribunal des baux et loyers, après avoir ordonné l'apport de la procédure C/19440/2009-2-D, a rejeté la requête et débouté les parties de toutes autres conclusions.

En substance, les premiers juges ont admis le dépôt des notes de plaidoirie de B_____SA, ont retenu que celle-ci n'était pas parvenue à rendre vraisemblable que la consignation de loyer la plaçait dans une situation économique très difficile, n'ayant en particulier pas allégué un manque absolu de liquidités et, en outre, que la disproportion invoquée n'excédait pas un rapport du simple au double.

- F.** Par acte du 17 juin 2011, B_____SA 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 notification de l'arrêt de la Cour de justice et jusqu'à droit connu au fond, à la libération immédiate en sa faveur des loyers consignés par B_____SA depuis le 1^{er} février 2011 (auprès de l'ETAT DE GENEVE) et au déboutement de B_____SA de toutes autres ou contraires conclusions, subsidiairement à ce qu'il soit fait interdiction à B_____SA de consigner une quote-part supérieure à 17,5% du loyer mensuel dès la notification de l'arrêt de la Cour et jusqu'à droit connu au fond. Elle a encore conclu, plus subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal des baux et loyers pour nouvelle décision.

Elle a indiqué que le montant des loyers consignés atteignait 4'065'253 fr. au 1^{er} juin 2011, si bien que, selon son raisonnement, la valeur litigieuse de la procédure au fond était dépassée de 1'396'090 fr. et la dépasserait de 5'985'451 fr. 80 au 31 décembre 2012 (date estimée de la fin des travaux en suspens).

Par mémoire-réponse du 6 juillet 2011, B_____SA a conclu au rejet de l'appel, à la confirmation de la décision attaquée et au déboutement de A_____SA de toutes autres ou contraires conclusions.

EN DROIT

1. L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 la. 1 let. b CPC).

Déposé dans la forme (art. 311 CPC) et selon le délai (art. 248 let. d, 314 al. 1 CPC) prévus par la loi, le présent appel est recevable.

2. Compte tenu de la reprise des actifs et passifs par A_____SA, il y a lieu de constater que la seconde s'est substituée à la précédente bailleresse.
3. L'appelante soutient d'abord que les premiers juges, en recevant les notes de plaidoirie déposées par l'intimée, ont violé les règles de la procédure et son droit d'être entendue, en développant en outre une motivation arbitraire car contradictoire.

3.1 Saisi d'une requête de mesures provisionnelles, le Tribunal applique la procédure sommaire (art. 248 let. c CPC). Celle-ci prévoit que lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit (art. 253 CPC).

Il appartient donc à l'autorité judiciaire de décider si elle ordonne des plaidoiries ou un échange d'écritures.

Lorsqu'une partie dépose spontanément une prise de position écrite, celle-ci devrait être portée à la connaissance de la partie adverse et versée à la procédure

(KAUFMANN, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zurich 2011, ad art. 253 n. 15).

3.2 En l'occurrence, le Tribunal des baux et loyers, saisi de la requête de mesures provisionnelles de l'intimée, a fixé une audience pour que la partie adverse se détermine oralement. Le procès-verbal d'audience ne permet pas d'établir comment les parties s'y sont exprimées; dans leurs écritures d'appel, celles-ci admettent que l'intimée a plaidé, puis que l'appelante a répondu et qu'enfin des notes de plaidoirie ont été spontanément déposées, dont l'appelante n'avait pas connaissance et sur lesquelles il ne lui a pas été donné la possibilité de s'exprimer, après que son refus de les voir déposées eut été protocolé.

En acceptant ces notes de la part de l'intimée, sans donner à l'autre partie la faculté de se déterminer, les premiers juges ont porté atteinte au droit d'être entendue de l'appelante, rappelé par l'art. 53 CPC. Dès lors, la motivation de leur décision, que l'appelante qualifie de contradictoire et d'insuffisante, n'apparaît pas décisive.

Au demeurant, l'appelante, qui a désormais connaissance de ce mémoire, ne se prévaut pas, dans son appel, de ce que ces notes auraient contenu des éléments différents de la plaidoirie qu'elle a entendue, ni que le Tribunal aurait fondé sa décision sur des arguments qui en résulteraient uniquement.

Selon la jurisprudence constante, lorsque l'appelant peut faire valoir le moyen dont il a été privé devant l'autorité d'appel, le vice résultant de cette violation du droit d'être entendu est couvert si cette juridiction, comme dans le cas d'espèce, peut revoir la cause avec le même pouvoir que le premier juge (SJ 2000 I 514 consid. 2).

L'appelante ne subit dès lors aucun préjudice du fait de la violation de son droit d'être entendue en première instance, ses moyens pouvant être examinés par la Cour de céans.

- 4.** L'appelante fait grief aux premiers juges de ne pas avoir retenu que la consignation ne serait plus justifiée depuis le 1^{er} février 2011, date à laquelle le montant des loyers consignés aurait dépassé la valeur litigieuse de la cause C/19440/2009.

4.1 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 (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.69/2001; BOHNET, Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, ch. 85, 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).

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).

Les conditions de la mesure conservatoire n'ont pas à être prouvées de manière absolue; le requérant doit seulement les rendre vraisemblables. Il suffit que le juge 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). Le juge peut se livrer à un examen sommaire des questions juridiques qui se posent (ATF 131 III 473).

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).

4.2 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).

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 circonstances, 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).

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 mettrait en péril ses finances (ACJC/862/2008 du 10 juillet 2008, consid. 5 et ACJ/242/2009 du 9 mars 2009, consid. 3).

4.3 En l'espèce, il est établi que l'appelante subit une atteinte à ses intérêts économiques du fait de la consignation du loyer par l'intimée. Reste à examiner si celle-ci risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

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 fonde uniquement sur la disproportion alléguée 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.

Si ce point de vue a, en effet, été soutenu dans diverses décisions, il n'en demeure pas moins qu'il est unanimement admis que la consignation de loyer doit demeurer un moyen de pression à disposition du locataire et qu'elle n'est pas liée à la gravité du défaut dont il demande réparation.

Par ailleurs, l'art. 261 al. 1 CPC pose explicitement la condition du risque d'un préjudice difficilement réparable, et implicitement celle de l'urgence.

L'appelante n'a pas rendu vraisemblable la réalisation de ces conditions, puisqu'elle n'a allégué aucun dommage particulier, ni fait valoir d'éléments spécifiques dont il pourrait être déduit qu'il y a lieu de statuer urgemment.

Dès lors, c'est à raison que le Tribunal a rejeté la requête de l'appelante.

5. La procédure est gratuite (art. 17 al. 1 LaCC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____SA contre l'ordonnance rendue contre le jugement JTBL/595/2011 rendu le 30 mai 2011 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/6363/2011-2-SP.

Au fond :

Confirme cette décision.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Jean RUFFIEUX, président; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Blaise PAGAN, juges; Monsieur Lucien BACHELARD et Monsieur Serge PATEK, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Le présidente :

Jean RUFFIEUX

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.