

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6937/2012

ACJC/199/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 15 FÉVRIER 2016

Entre

A_____, sise _____, (SZ), p.a. Madame B_____, _____, Zurich, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 11 mars 2015, comparant en personne,

et

C_____, sise _____, (GE), intimée, représentée par Madame D_____, _____, (GE), comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17 février 2016.

EN FAIT

- A. Par jugement JTBL/333/2015 du 11 mars 2015, expédié pour notification aux parties le 16 mars suivant, le Tribunal des baux et loyers a constaté la nullité du contrat de bail à loyer signé le 10 juin 2011 entre A_____ d'une part et C_____, d'autre part et portant sur une arcade de 1'032 m² au 1^{er} étage de l'immeuble sis 1_____ (ch. 1 du dispositif), a ordonné en tant que de besoin la libération en faveur de C_____ de la garantie bancaire n° 2_____, constituée le 16 juin 2011 auprès de la banque E_____, à concurrence de 69'525 fr. (ch. 2), débouté au surplus C_____ des fins de sa demande en paiement (ch. 3), débouté A_____ de toutes ses conclusions (ch. 4) et dit que la procédure était gratuite (ch. 5).

En substance, les premiers juges ont retenu que C_____ n'avait pas pu utiliser les locaux remis à bail pour l'usage prévu par celui-ci, l'autorisation d'exploiter un fitness ayant été refusée par l'autorité compétente, en raison des exigences administratives liées à la zone industrielle dans laquelle est situé l'immeuble en cause. L'impossibilité d'utiliser les locaux entraînait la nullité du contrat de bail ab initio.

- B. a. Par acte expédié le 29 avril 2015 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé appel de ce jugement, sollicitant l'annulation des chiffres 1, 2 et 4 de son dispositif. Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, préalablement, à la constatation de la nullité de la clause "article 41 Clauses Complémentaires" faisant partie intégrante du bail à loyer du 11 juin 2011, et cela fait, à ce que la Cour dise que le bail à loyer du 11 juin 2011, ses annexes, notamment les Clauses Complémentaires faisant partie intégrante du bail précité, sont en vigueur à l'exception de la clause prévue à l'art. 41 Clauses Complémentaires, condamne C_____ au paiement mensuel de 21'459 fr. à titre de loyer dès le 1^{er} juin 2011, avec intérêts moratoires de 5% pour chaque mois de loyer échu, condamne C_____ au paiement mensuel de 3'862 fr. à titre de provision pour frais accessoires dès le 1^{er} juin 2011, avec intérêts à 5% pour chaque mois de provision échu, prononce la mainlevée au commandement de payer, poursuite n° 3_____ à concurrence de 102'997 fr., avec intérêts à 5% dès le 26 mars 2012, ainsi que 3'100 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2012, condamne C_____ au paiement des frais du commandement de payer, écarte l'opposition formée par C_____ à ladite poursuite, et autorise A_____ à solliciter auprès de la banque E_____ le versement des sûretés à concurrence de 69'525 fr., C_____ devant être déboutée de toutes autres conclusions.

A l'appui de ses conclusions, elle a fait valoir que le Tribunal a arbitrairement établi les faits, notamment en retenant que la destination des locaux convenue par les parties n'était pas praticable depuis le début du bail. La locataire n'avait en effet pas démontré s'être prévaluée, dans la procédure administrative, de l'exception

prévue à l'art. 26 al. 1 LaLAT, permettant de déroger au régime prévu par la zone concernée.

Elle s'est également plainte de la libération de la garantie de loyer en faveur de C_____, dès lors qu'elle "se verrait ainsi frustrée de l'ensemble de ses prétentions qu'elle pourrait faire valoir, le cas échéant contre l'intimée".

b. Dans sa réponse du 2 juin 2015, C_____ a conclu, préalablement, à l'irrecevabilité de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, et, principalement, avec suite de frais et dépens, à la constatation de la nullité du contrat de bail conclu le 1^{er} juin 2011 et de ce qu'aucun loyer n'était dû, à la libération de la garantie de loyer en sa faveur et à l'annulation de la poursuite, A_____ devant être déboutée de toutes autres conclusions. Ce faisant, elle a repris ses conclusions de première instance, à l'exception de celles relatives au paiement, non litigieuses en appel.

Elle a soutenu que les locaux n'étaient pas conformes aux règles administratives en vigueur, conformité qui était un élément essentiel du contrat. Si elle en avait été informée, elle n'aurait pas conclu le contrat de bail. Le contrat était ainsi nul et conclu sous l'emprise d'une erreur essentielle.

c. Par "réponse à l'appel joint" du 30 juin 2015, A_____ a conclu à l'irrecevabilité de l'appel joint, aucun grief n'étant formulé par C_____ contre la décision querellée, et, au fond, au rejet de celui-ci. Elle a, pour le surplus, persisté dans ses conclusions.

d. Par réplique du 4 août 2015, C_____ a réaffirmé que les locaux litigieux ne pouvaient être loués qu'à titre de bureaux et que l'usage desdits locaux à titre de fitness était impossible.

e. Dans sa duplique du 2 septembre 2015, A_____ a persisté dans ses conclusions. La mise en conformité de l'immeuble ne concernait pas les locaux remis à bail à C_____.

f. Les parties ont été avisées par plis du greffe du 3 septembre 2015 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____, représentée par F_____, est propriétaire de l'immeuble sis 1 _____ (parcelle 4_____) dans la zone industrielle et artisanale de G_____.

La gestion de cet immeuble a été confiée à H_____.

C_____ est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève le 4 novembre 2010 dont le but porte sur "toutes activités liées à l'exploitation d'un

fitness, d'un espace de détente et de bien-être". I_____ est le président administrateur.

b. Dès février 2011, des contacts ont eu lieu entre les parties, C_____ étant intéressée à ouvrir un centre de fitness dans l'immeuble précité.

Ainsi, par courriel du 24 février 2011, I_____ a transmis à F_____ et J_____, de H_____, une "offre de location" portant sur le 1^{er} étage de l'immeuble précité, aux fins d'y exploiter un centre de sport et de bien-être. Le loyer proposé était de 250'000 fr. par an, pour un bail de vingt ans, mais prévoyait six mois de gratuité de loyer incluant la durée des travaux d'aménagement.

c. A la demande de A_____, C_____ a, préalablement à la conclusion du contrat de bail à loyer, adressé un dossier le 1^{er} mars 2011 à la Fondation pour les terrains industriels (FTI), en vue de son préavis quant à la location des locaux en cause.

d. Par courriel du 22 avril 2011, F_____ a transmis un projet de contrat de bail à C_____.

Par courriel du 29 avril 2011, I_____ a informé F_____ qu'il attendait l'accord de la FTI, à laquelle un dossier avait été soumis le 1^{er} mars 2011, pour déposer la demande d'autorisation pour les travaux d'aménagement, qu'il fallait compter près de trois mois pour l'obtenir et qu'il aimerait ouvrir le fitness dès le 1^{er} septembre 2011.

Le 2 mai 2011, F_____ répondait à I_____ ce qui suit : "I fully appreciate that you are anxious that all elements be in place to accomplish the contract; I can assure you that all the necessary is done to do so". Soit en traduction libre : "J'apprécie grandement votre inquiétude quant à la mise en place de tous les éléments en vue d'exécuter le contrat; je peux vous assurer que tout est fait en ce sens".

e. Faisant suite à la demande de C_____, la FTI a informé le 3 juin 2011 H_____, qu'après avoir consulté le Département des affaires régionales de l'économie et de la santé (DARES), elle préavisait favorablement la demande de location en vue d'exploiter les locaux en un fitness.

Ce préavis a été transmis à C_____ par H_____ le 8 juin suivant.

f. Le 10 juin 2011, A_____ d'une part, en qualité de bailleuse, représentée par H_____, et C_____ d'autre part, en qualité de locataire, ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur une arcade de 1'032 m² au 1^{er} étage de l'immeuble sis 1_____.

Lors de la signature du bail étaient présents, outre les représentants des parties, J_____, représentante de la régie, et K_____, architecte du bureau L_____, mandataire de A_____.

Le bail a été conclu pour une durée initiale de dix ans débutant le 1^{er} juin 2011, renouvelable par tacite reconduction d'année en année.

Les locaux étaient destinés exclusivement à l'usage d'un club de sport - espace SPA.

Le loyer mensuel, charges non comprises, a été fixé à 21'459 fr. du 1^{er} juin 2011 au 1^{er} juin 2013, à 22'317 fr. de juin 2013 à juin 2014, à 2'375 fr. de juin 2014 à juin 2015, puis à 23'175 fr. (art. 1.1 et 1.2 contrat de bail).

Les frais accessoires ont été évalués à 3'862 fr. par mois comprenant le chauffage et la climatisation (2'145 fr.) et les frais accessoires (1'717 fr.) (art. 3 contrat de bail).

Une garantie de loyer n° 2_____, sous forme de cautionnement solidaire, a été constituée par C_____ auprès de la Banque E_____ le 16 juin 2011, à concurrence de 69'525 fr. en faveur de A_____.

Le bail était soumis aux Conditions Générales pour locaux commerciaux de la H_____, ainsi qu'aux "Clauses complémentaires" annexées.

Aux termes de l'art. 39 des Clauses complémentaires, C_____ confirmait "*avoir visité les locaux en question, librement et sans restriction du bailleur ou du locataire en place. Le locataire [déclarait] accepter de louer cet objet dans son état actuel, c'est-à-dire sans travaux à la charge de la société propriétaire. Toutes installations, équipement, modifications et mise en conformité nécessaires à l'exploitation propre et spécifique à l'activité, étaient à la charge du locataire et sous sa responsabilité*". La locataire était au surplus tenue de procéder à son inscription de compteur d'électricité auprès des SIG.

Selon l'art. 41 des Clauses complémentaires, il était prévu que "*d'un commun accord entre les parties et afin de permettre au locataire d'effectuer ses travaux d'aménagement, les locaux faisant l'objet du présent bail [étaient] mis gratuitement à disposition de ce dernier jusqu'à la date d'ouverture plus 30 jours échus, du fitness au public (par exemple si le fitness [ouvrait] le 1^{er} septembre 2011, le loyer ser[ait] dû mensuellement et d'avance dès le 1^{er} octobre 2011)*", le locataire devant toutefois s'acquitter des provisions et des charges dès la conclusion du contrat.

Ces clauses précisaient encore que C_____ était "*seul responsable de veiller à ce que les locaux répondent aux exigences des autorités, tant au point de vue sécurité que salubrité*". La locataire certifiait en outre être en possession "*de*

toutes les autorisations exigées par les autorités pour l'exercice de son activité, [s'engageait] à les faire renouveler le cas échéant et à délivrer copie des autorisations au bailleur dès leur autorisation" (art. 48 Clauses complémentaires).

Enfin, selon l'article 67 des Clauses complémentaires, il était, d'entente entre les parties, encore convenu que le bail prendrait effet "*uniquement à la condition que la Fondation pour les Terrains industriels accorde au locataire la mise en place de son activité de fitness dans l'immeuble faisant l'objet du présent bail*".

g. A la suite de la conclusion du bail, C_____ a mandaté, à une date qui ne résulte pas de la procédure, un architecte en vue du dépôt d'une autorisation de construire, aux fins d'aménager les locaux en fitness.

h. Dans le cadre d'un échange de courriels entre M_____, ingénieur mandaté par C_____ - qui relevait un problème de sécurité en relation avec l'ouverture du fitness - et N_____, architecte mandaté par F_____, ce dernier a précisé, le 5 juillet 2011, qu'à la demande du Service du feu, il avait effectué une étude sur la sécurité de l'immeuble et qu'il en était ressorti que, pour autant que l'affectation de l'immeuble ne change pas, le bâtiment restait conforme aux normes selon l'autorisation initiale. Il allait de soi que l'aménagement d'un fitness impliquait un changement d'affectation et que la question de savoir à qui appartenaient les travaux inhérents à ce changement était réglée par l'art. 39 du bail.

i. Le 20 juillet 2011, donnant suite à la demande d'autorisation de construire formée à une date qui ne résulte pas du dossier par O_____, architecte de C_____, pour l'aménagement du fitness (dossier n° EAPA 5_____), le Département des constructions et des technologies de l'information (ci-après DCTI) a répondu dans les termes suivants :

"D'emblée, il apparaît que ce projet ne pourra être autorisé pour les motifs suivants :

Article 19 al. 4 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (LaLAT).

Le projet présenté n'est pas conforme à la zone.

Dans ces conditions, il est inutile d'enregistrer votre dossier et de solliciter les préavis des autorités, respectivement des organes, compétents. Par gain de temps, nous vous le renvoyons donc avec la présente".

j. Le 7 septembre 2011, O_____, agissant pour C_____, a déposé une nouvelle demande d'autorisation de construire en procédure accélérée (APA n° 6_____).

k. Par courrier du 4 octobre 2011, C_____ a écrit à la régie qu'elle rencontrait d'importantes difficultés concernant le fitness. Selon les informations reçues par le bureau d'architectes L_____ - K_____ et P_____ - et par la Police du feu, le

bâtiment n'était plus aux normes de sécurité ce qui exigeait d'importants travaux. C_____ a décrit tous les travaux qui devaient être entrepris.

Au surplus, elle a relevé qu'en l'état, les locaux ne pouvaient être exploités qu'en bureaux, alors que ce point n'avait pas été précisé lors de la conclusion du bail.

Concernant les travaux mentionnés dans ce courrier, M_____ a déclaré que lesdits travaux correspondaient aux conseils de la Police du feu.

K_____ et N_____ ont affirmé qu'il s'agissait de mesures de sécurité nécessaires dans les locaux loués qui concernaient le changement d'affectation désiré dans ceux-ci et non pas les locaux communs. A cet égard, P_____ a encore précisé que ces travaux étaient rendus nécessaires à cause du changement d'affectation. En revanche, la surface aurait pu continuer d'être exploitée telle quelle en activité administrative.

l. Sans prendre position sur la question des travaux et invoquant l'art. 41 des clauses complémentaires du bail, la régie a, par courrier du 19 octobre 2011, mis C_____ en demeure de s'acquitter, dans les dix jours, de 19'310 fr. au titre de provision pour les frais accessoires à verser directement en mains du bailleur, pour la période du 1^{er} juin 2011 au 31 octobre 2011.

m. Le 3 novembre 2011, C_____ a répété à la régie que des travaux devaient être entrepris pour mettre aux normes les locaux afin de les transformer en salle de sport et qu'il appartenait à la bailleuse de les prendre en charge. Elle a listé ces travaux et en a estimé le coût à 121'670 fr., auquel s'ajoutaient 15% d'honoraires d'architecte.

Dans ce courrier, C_____ reprochait également à A_____ son manque d'information concernant le fait que les locaux ne convenaient pas à l'exploitation d'un fitness et a précisé que si elle en avait eu connaissance, elle n'aurait pas entrepris les démarches administratives ni les études réalisées par les architectes pour la mise aux normes du bâtiment.

Considérant que la bailleuse avait dissimulé des faits d'importance capitale pour son projet, elle a estimé que *"le bail qui [avait] été signé ne [pouvait] être pris en considération vu les lacunes entourant cette affaire"* et demandait de *"résilier le bail avec effet immédiat, ainsi que tous les frais en découlant"*.

n. Par courriel du 17 novembre 2011, K_____ a informé la régie que les différents services de l'Etat, la Police du feu, le Service de l'environnement des entreprises, et le Service de protection contre les bruit et les rayonnements non ionisants avaient donné un préavis favorable "sous réserve" dans le cadre de la demande d'APA 6_____ en cours.

Par courriel du 14 décembre 2011, P_____ a confirmé à I_____ les propos qu'il avait tenus lors d'une précédente séance "*expliquant la non-conformité du bâtiment, mais pour lequel une exploitation sans changement d'affectation [était] possible sans remise en conformité obligatoire*".

o. Le 16 décembre 2011, la régie a écrit à C_____ que la bailleuse refusait la résiliation du bail aussi longtemps qu'un accord entre les parties ne serait pas négocié. A cette occasion, elle a indiqué que les différents aménagements réclamés étaient uniquement liés à l'exploitation du fitness et qu'elle n'était pas tenue de les prendre en charge.

Par courrier du 22 décembre 2011, la régie a informé C_____ que la bailleuse exigeait le paiement des loyers à compter du 1^{er} janvier 2012, au motif que les six mois écoulés "depuis la prise d'effet [du bail] paraiss[ai]ent un délai plus que suffisant pour l'obtention des autorisations qui [découlaient] de l'affectation envisagée pour les locaux" et qu'elle la tenait pour responsable du loyer jusqu'à l'échéance du bail le 31 mai 2021, soit de 3'042'747 fr.

La régie lui a toutefois recommandé de rechercher un candidat repreneur et lui a notifié son refus de prendre en charge les frais relatifs à la constitution du dossier d'aménagement en se référant aux articles 39 et 48 des clauses complémentaires du bail.

p. Le même jour, puis à nouveau le 12 janvier 2012, C_____ a demandé à N_____ de lui transmettre le Rapport de conformité de l'immeuble. Aucune suite n'a été donnée à cette requête.

Concernant ledit rapport, K_____ a affirmé qu'il n'y avait, à son avis, aucun lien entre ce Rapport et le fait que l'autorisation pour exploiter un fitness avait été refusée.

q. Le 20 janvier 2012, le conseil de C_____ a écrit à la régie que sa mandante contestait lui devoir les sommes réclamées dans le courrier du 22 décembre 2011. Il s'est prévalu de l'art. 41 des clauses complémentaires du bail selon lequel les loyers étaient gratuits tant que le fitness n'était pas exploité. Au surplus, il a sollicité le décompte des frais accessoires pour la période allant du 1^{er} juin 2011 au 31 décembre 2011.

Dans sa réponse du 30 janvier 2012, la régie a confirmé le refus de la bailleuse d'accepter la résiliation du bail. Elle a soutenu que la locataire n'était pas fondée à se prévaloir de l'art. 20 CO, ni de l'art. 259a CO, la bailleuse n'étant pas responsable des prétendus défauts des locaux auxquels elle n'était de surcroît pas tenue de remédier. S'agissant du paiement des frais accessoires, elle a soutenu qu'ils étaient dus conformément au bail et a indiqué que le décompte de chauffage et d'eau chaude lui serait envoyé dès qu'il serait prêt.

r. Le 13 février 2012, le DCTI a une nouvelle fois refusé la demande d'autorisation de construire APA 6_____, le projet présenté n'étant pas conforme à la zone (art. 19 al. 4 LaLAT).

Concernant le motif du refus, le DCTI a précisé à ce sujet au conseil de C_____ que *"l'exploitation d'un fitness ne correspond[ait] pas à la conception jurisprudentielle des constructions industrielles ou artisanales de sorte qu'il paraissait difficile d'obtenir gain de cause en soutenant le contraire"*.

Au vu de ces explications, C_____ a renoncé à contester cette (seconde) décision négative.

s. L'échange de courriers qui en a suivi entre locataire et bailleuse ne leur a pas permis de trouver une solution à leurs différends, chacune d'elle campant sur ses positions.

t. En date du 16 avril 2012, A_____ a fait notifier à C_____ un commandement de payer, poursuite en réalisation d'un gage mobilier n° 3_____, portant sur des sommes de 102'997 fr., avec intérêts à 5% du 26 mars 2012 et de 3'100 fr. avec intérêts à 5% du 1^{er} mars 2012.

L'objet du gage était la caution bancaire n° 2_____ de 69'525 fr. constituée auprès de la BANQUE E_____.

C_____ y a formé opposition le 10 mai 2012.

u. Cette situation a conduit les parties au contrat à initier trois différentes procédures l'une envers l'autre par-devant la juridiction des baux et loyers.

u.a. C_____ a, par requête déposée auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers le 5 avril 2012, formé une action en constatation de la nullité et subsidiairement en annulation du contrat de bail et en dommages-intérêts, enregistrée sous n° C/6937/2012. Déclarée non conciliée à l'audience de la Commission du 13 juillet 2012, la cause C/6937/2012 a été portée devant le Tribunal des baux et loyers (ci-après : le Tribunal) le 17 juillet 2012.

C_____ a conclu préalablement à ce que le Tribunal ordonne à A_____ la production du "rapport de conformité" du bâtiment sis 1_____ à G_____.

A titre principal, C_____ a conclu à ce que le Tribunal constate la nullité du bail ou, si mieux n'aime le Tribunal, constate que ledit bail avait été valablement annulé le 3 novembre 2011. Plus subsidiairement, elle a conclu à ce que le Tribunal dise que le bail avait été valablement résilié le 3 novembre 2011 avec effet immédiat.

Cela fait, elle a requis du Tribunal qu'il constate qu'aucun loyer n'était dû à A_____, qu'il ordonne la libération de la garantie en sa faveur et condamne A_____ au paiement de la somme de 26'402 fr. 05 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2011.

A l'appui de ses conclusions, elle s'est prévalu de l'impossibilité d'exploiter les locaux conformément à leur but et a invoqué la nullité du contrat, fondée respectivement sur les art. 20 et 24 al. 1 ch. 4 CO. Quoiqu'il en soit, elle a également soutenu que la résiliation du bail du 3 novembre 2011 était entrée en force, faute d'avoir été contestée dans les délais. La bailleuse ne l'ayant pas informée du fait que la zone industrielle ne permettait pas d'y exploiter un fitness, cette dernière était responsable du dommage subi correspondant aux frais engagés en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat, frais qu'elle a chiffrés à 26'402 fr. 05, sur la base des pièces produites avec sa demande.

Dans ses écritures responsives du 24 septembre 2012, A_____ a conclu préalablement à la constatation de la nullité de la clause de l'art. 41 des clauses complémentaires du bail et, cela fait, à la constatation que les autres clauses du bail du 10 juin 2011 étaient en vigueur.

En substance, elle a contesté les allégations de C_____ en tant qu'elle se prévalait de l'erreur, pour annuler le bail. A cet égard, elle a indiqué que l'objet du bail portait sur des locaux nus alors que les travaux de modification et de mise en conformité à l'exploitation du fitness étaient à sa charge et sous sa seule responsabilité. La locataire, qui savait que son projet était soumis à autorisation du DCTI, ne pouvait pas invoquer l'erreur pour invalider le bail. La résiliation du bail était par ailleurs intervenue antérieurement au refus de l'autorisation de construire.

u.b. A_____ a, par requête à la Commission de conciliation du 1^{er} juin 2012, complétée le 5 juillet suivant, ouvert action en validation du gage immobilier et en paiement à l'encontre de C_____, procédure enregistrée sous le n° 7_____. Déclarée non conciliée à l'audience de la Commission du 28 août 2012, A_____ a porté l'affaire devant le Tribunal des baux et loyers le 11 septembre 2012, concluant à ce que le Tribunal constate, à titre préalable, la nullité de l'art. 41 des clauses complémentaires du bail et dire que les autres clauses du bail du 10 juin 2011 restaient en vigueur.

A titre principal, A_____ a conclu à ce que le Tribunal condamne C_____ au paiement mensuel de 21'459 fr. à titre de loyer dès le 1^{er} juin 2011 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2011, pour chaque mois de loyer échu débutant le 1^{er} juin 2011, condamne C_____ au paiement de 3'862 fr. à titre de provisions pour frais accessoires avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2011, prononce la mainlevée au commandement de payer n° 3_____, pour un montant de 102'997 fr. plus intérêts à 5% dès le 26 mars 2012, ainsi que pour le montant de 3'100 fr. plus intérêts à

5% dès le 1^{er} mars 2012, et ordonne à la banque de libérer la caution bancaire en sa faveur.

En substance, A_____ s'est prévalu de la nullité de l'art. 41 des Clauses complémentaires pour erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 1, 3 et 4 CO. A cet égard, elle a soutenu que la mise à disposition gratuite des locaux était conditionnée à l'aménagement des locaux. Cette condition n'ayant pas été remplie, il n'y avait pas lieu d'appliquer cette clause. Quoiqu'il en soit, elle n'aurait jamais consenti à introduire cette clause dans le bail, si elle avait pu se douter qu'elle servirait de prétexte à la locataire pour utiliser les locaux à titre gratuit sans procéder aux travaux prévus. A_____ s'est également prévalu de l'inefficacité du congé du 3 novembre 2011, les conditions de l'art. 259b CO n'étant pas remplies du fait que les locaux loués ne présentaient aucun défaut. Les travaux exigés par la locataire, à savoir la mise aux normes réclamées par le Service du feu, ne présument pas d'un défaut du bâtiment et ne concernaient que le fitness.

Dans sa réponse du 30 octobre 2012, C_____ a conclu à l'irrecevabilité de la requête du 1^{er} juin complétée le 5 juillet 2012 en raison de la litispendance de la cause pendante devant le Tribunal de première instance (8_____).

u.c. Enfin, A_____ a, par requête déposée en conciliation en réalisation d'un gage mobilier du 3 janvier 2013 enregistrée sous n° 9_____, requis la mainlevée définitive de l'opposition formée par C_____. Déclarée non conciliée et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 9 avril 2013, elle a requis la mainlevée définitive de l'opposition à la poursuite en réalisation de gage n° 3_____ pour un montant de 46'344 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2012, correspondant aux acomptes impayés pour les frais accessoires et à la condamnation de C_____ au paiement des frais de commandement de payer et de tous les frais et dépens issus de la cause 8_____.

v. Simultanément, A_____ a par ailleurs requis la mainlevée définitive de l'opposition formée par la locataire au commandement de payer, poursuite n° 3_____, auprès du Tribunal de première instance.

Par jugement n° JTPI/_____ du 13 décembre 2012, le Tribunal de première instance a débouté A_____ des fins de sa requête.

A l'appui de sa décision, le Tribunal de première instance a notamment retenu que la locataire avait rendu vraisemblable qu'elle ne pouvait utiliser les locaux pour l'usage prévu par le bail, et que la responsabilité de cette impossibilité de même que ses conséquences étaient des questions de fond que le juge de la mainlevée n'était pas habilité à trancher.

w. Par ordonnance du 21 juin 2013, le Tribunal a ordonné la jonction des causes C/6937/2012, 7_____ et 9_____ sous numéro C/6937/2012.

Dans l'intervalle, soit 18 juillet 2012, C_____ a restitué les clés à A_____. La régie en a pris possession tout en lui indiquant qu'elle restait liée au bail du 1^{er} juin 2011 jusqu'à son échéance, sauf relocation avant terme.

x. Lors de l'audience de débats principaux du 12 novembre 2013 du Tribunal, B_____, représentante de A_____, a soutenu - contrairement à C_____ - que le bail litigieux était toujours en vigueur et que, s'agissant d'une restitution anticipée des locaux, il appartenait au locataire de présenter un locataire de remplacement. A_____ avait publié des annonces sur Internet mais n'avait pas encore réussi à relouer les locaux.

I_____ a déclaré que, lorsqu'il avait rencontré K_____ et P_____ en septembre 2011, ces derniers lui avaient indiqué que le bâtiment concerné ne pouvait abriter que des bureaux car il n'était pas conforme à une autre exploitation.

Concernant le Rapport de conformité du bâtiment, que I_____ réclamait depuis près de deux ans, ce document devait à son sens contenir tous les points auxquels les locaux auraient dû satisfaire pour n'importe quelle autorisation de construire. Il avait par ailleurs constaté que A_____ avait commencé des travaux de mise en conformité. Ainsi, en 2013, des sorties de secours donnant directement sur l'extérieur avaient été créées. I_____ a persisté à solliciter la production dudit Rapport de conformité.

B_____ a précisé qu'elle ne savait pas de quel rapport il s'agissait et qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la question des travaux de conformité indiqués par I_____ et le fait que le Département ait refusé l'autorisation d'exploiter un fitness. Concernant les assurances données à la locataire, elle a précisé que la bailleuse s'était uniquement engagée à solliciter un préavis auprès de la FTI, ce qu'elle avait fait.

Donnant suite à la demande du Tribunal, A_____ a produit le "Rapport de protection incendie" établi par P_____ le 22 août 2009 ainsi qu'une demande de la Police du feu du 26 juin 2012 concernant des travaux à entreprendre pour remédier à certains défauts des dispositifs de prévention et de lutte contre les incendies.

y. Lors des audiences de débats principaux des 8 avril 2014, 2 octobre 2014 et 2 décembre 2014, six témoins ont été entendus par le Tribunal.

K_____, architecte employé du bureau L_____, a confirmé que le bâtiment était aux normes et il a indiqué que les travaux auxquels faisait référence I_____ concernaient ceux qui avait été demandé par le DCTI le 26 juin 2012, lesquels n'étaient pas en rapport avec le fitness. Il se souvenait d'une séance au cours de laquelle ce dernier lui avait montré les plans du fitness qu'il envisageait de faire. Il

pensait qu'il était possible de demander - moyennant l'obtention d'une autorisation adéquate - un changement d'affectation et d'utiliser les locaux concernés pour autre chose que des bureaux, mais il n'avait pas donné d'assurance que le fitness pourrait être autorisé. Avec un préavis favorable de la FTI, on pouvait toutefois partir de l'idée que l'autorisation nécessaire pour les transformations serait accordée. Si le Département suivait en général les préavis de la FTI, ces préavis n'étaient pas contraignants pour l'Etat. Concernant le refus d'autorisation de construire, il a précisé que si les travaux demandés par la Police du feu avaient, par hypothèse, déjà été effectués au moment de la demande d'autorisation, cela n'aurait rien changé à la décision du Département.

En conclusion, K_____ a encore indiqué qu'il ignorait que les autorisations de construire n'avaient pas été délivrées pour le fitness et qu'il était d'avis qu'en qualité de mandataire de A_____, son bureau avait donné les indications nécessaires à la future locataire, laquelle était par ailleurs elle-même assistée par un architecte.

Q_____, architecte du DCTI, a confirmé qu'une activité de fitness n'était pas conforme à la zone et que c'est cela qui avait justifié le refus d'autorisation. Cette décision n'avait pas fait l'objet d'un recours, qui aurait eu peu de chance de succès. Il ne savait pas s'il existait d'autres salles de fitness dans les zones industrielles à G_____. Les directives concernant les activités admises en zone industrielle et qui prévoyaient des exceptions au principe (notamment des fitness) dataient de 2007 et existaient donc déjà lors de la demande d'autorisation.

N_____, architecte, a confirmé avoir fait appel à P_____ pour établir un rapport sur la sécurité du bâtiment car les alarmes incendie se déclenchaient à tout moment et qu'il voulait régler ce problème. Le rapport P_____ établissait que le bâtiment pouvait être utilisé tel qu'il avait été conçu, soit comme un bâtiment administratif. Cela n'excluait pas, à son avis, une autre affectation. D'ailleurs, il existait un restaurant dans l'immeuble. A son avis il n'y avait aucun lien entre ce rapport et le refus de l'autorisation qui découlait du changement d'affectation.

J_____, employée de la H_____, qui avait rédigé le contrat de bail, a déclaré que l'attention de la future locataire n'avait pas été particulièrement attirée sur le fait que l'autorisation du DCTI pouvait être refusée. Elle se souvenait que K_____ avait attiré l'attention de la locataire sur certains éléments techniques (ventilation, sauna, etc.), mais elle ne se souvenait en revanche pas qu'il y ait eu des discussions sur des travaux liés à la sécurité ou au risque incendie. Pour sa part, elle n'avait par ailleurs pas connaissance du Rapport de sécurité P_____.

Interrogée sur la pratique de la régie, elle a indiqué qu'il arrivait souvent que des contrats de bail soient conclus avant même que les autorisations nécessaires soient obtenues. Il s'agissait toutefois, en général, de cas où l'on était sûr du résultat. Dans le cas d'espèce, à la suite du préavis favorable de la FTI, la régie était

confiante quant à l'obtention de l'autorisation, même s'il était très rare que des changements d'affectation soient effectués, le Département étant de plus en plus restrictif. A son souvenir, l'attention de C_____ n'avait pas été attirée sur ce risque-là. Le cas de C_____ était le premier dans lequel l'autorisation nécessaire avait finalement été refusée après la conclusion du bail.

A sa connaissance, l'autorisation sollicitée par C_____ avait été refusée car l'exploitation d'un fitness n'était pas conforme à l'affectation de la zone.

Concernant les conditions du bail, les locaux étaient loués nus, à charge pour la locataire de demander les autorisations nécessaires et de les aménager. La gratuité des loyers de 30 jours après l'ouverture du fitness tenait compte du fait que, selon les représentants de C_____, celui-ci devait ouvrir le 1^{er} septembre 2011.

Actuellement, les bureaux du reste du bâtiment étaient loués pour des activités administratives et artisanales. En revanche, les locaux qui avaient été loués par C_____ étaient toujours vides, le marché de la location commerciale n'étant pas facile.

M_____, ingénieur, collaborateur de R_____, a déclaré qu'il avait été consulté en qualité d'expert par C_____ en vue de l'exploitation du fitness. Lors d'une réunion avec I_____, K_____ et P_____, la discussion avait porté sur les normes de sécurité incendie de l'immeuble à prendre en relation avec le projet à venir. L'immeuble étant destiné à un seul occupant, le fait de "saucissonner" les différents espaces impliquait de prévoir d'autres mesures constructives au niveau des coupe-feu et des sorties de secours.

Lors de ces discussions, ils avaient alors appris qu'ils devaient demander une autorisation dont une partie concernait les normes de sécurité. En ce qui concernait l'aménagement du fitness, il avait averti C_____ du fait que l'immeuble était en zone industrielle et qu'il fallait demander une autorisation au Département compétent.

A son avis, le changement principal entre une exploitation de bureaux et celle d'un fitness, qui est fréquenté par du public à des horaires différents des bureaux, compliquait la situation au niveau de la sécurité, comme la gestion des alarmes incendie puisque le fitness devait rester ouvert jusqu'à 21h30. K_____ ne leur avait pas fourni un rapport de conformité. Avec P_____, il avait élaboré un dossier aussi complet que possible concernant le respect des normes incendie, pour améliorer les chances de succès, sachant toutefois que cela allait être difficile. A son avis, il était toutefois certain que les architectes mandatés par A_____ savaient qu'il fallait effectuer des travaux importants pour la mise en conformité des normes de sécurité du bâtiment au vu de l'exploitation d'un fitness.

P_____, ingénieur en sécurité, a confirmé avoir été mandaté par le bureau d'architecture L_____ pour établir un rapport de protection incendie qui avait été remis à ce dernier le 22 août 2009.

Lors de la réunion qui avait eu lieu avec K_____, M_____ et I_____, à une date qu'il n'a pas pu préciser, il avait indiqué que le bâtiment, qui était conforme aux normes de protection incendie au moment de sa construction, ne l'était plus au moment de son rapport. Seule était ainsi possible une affectation à une activité administrative de bureaux comme prévue à l'origine. Il ne se souvenait plus si C_____ avait alors déjà signé le contrat de bail ou non.

Dans la mesure où l'exploitation envisagée par C_____ sortait du cadre administratif, il était évident que des travaux importants devaient être faits au niveau sécuritaire. C'est d'ailleurs ce qui avait été discuté lors de la séance précitée. A cet égard, il a confirmé que le but du rapport concernant les exigences nécessaires dans le cadre d'une APA, était de trouver des solutions de sécurité pour l'ensemble du bâtiment, ce qui englobait non seulement les espaces communs, mais également l'ensemble des surfaces louées du bâtiment. Plusieurs séances avaient ensuite eu lieu avec les représentants de la Police du feu, et le rapport était ensuite soumis à la Police du feu en même temps que la demande d'autorisation, pour autant que cette dernière soit déposée.

z. A l'issue de l'audience de débats principaux du 2 décembre 2014, le Tribunal a clos l'administration des preuves. Les parties ayant renoncé aux plaidoiries orales, un délai leur a été fixé pour le dépôt de leurs plaidoiries finales écrites.

Dans ses plaidoiries finales du 19 janvier 2015, C_____ a persisté dans ses précédentes conclusions, soit principalement, la constatation de la nullité du contrat de bail et, cela fait, à ce qu'il soit constaté qu'elle ne devait aucun loyer, à ce que la garantie de loyer soit libérée et à ce que A_____ soit condamnée à lui verser la somme de 26'402 fr. 05 avec intérêts à 5% du 1^{er} juin 2011 relative aux frais engendrés par la conclusion du contrat. Elle a, au surplus, amplifié le montant des dommages intérêts à 40'000 fr. supplémentaires, pour ce qui concerne les frais engendrés après le début de la procédure, et a sollicité un délai pour produire les pièces y relatives.

Elle a fait valoir que le préavis rendu par la FTI, sept jours seulement avant la signature du contrat, et les garanties promises par A_____, l'avaient déterminée à conclure celui-ci. Elle avait ensuite mandaté un architecte en vue du dépôt d'une autorisation de construire, laquelle avait été refusée.

Quant à A_____, elle a, dans ses plaidoiries finales du 23 janvier 2015, persisté dans toutes ses précédentes conclusions.

La cause a été gardée à juger à réception des plaidoiries finales des parties.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

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_447/2013 du 20 novembre 2013 consid. 1; 4C.310/1996 du 16 avril 1997 = SJ 1997 p. 493 consid. 1).

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, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2ème éd., 2013, n. 9 ad art. 308 CPC).

1.2 En l'espèce, la valeur litigieuse des dernières conclusions, outre la constatation de la nullité du contrat de bail, porte sur le paiement de montants de 21'459 fr. et 3'862 fr. par mois, depuis le 1^{er} juin 2011, ainsi que le prononcé de la mainlevée à concurrence de respectivement 102'997 fr. et 46'344 fr., dépassant le seuil de 10'000 fr. La voie de l'appel est par conséquent ouverte.

1.3 L'appel doit être écrit et motivé (art. 311 al. 1 CPC). Il incombe à l'appelant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation de la décision attaquée, et son argumentation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision qu'il attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_209/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.2.1; 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3, publié in : SJ 2012 I p. 232). Si la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée, ou si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée, ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC (arrêt du Tribunal fédéral 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 3.1 et les arrêts cités, publié in : RSPC 2015 p. 52 n. 1614). Dites exigences doivent aussi être observées dans les procédures soumises à la maxime inquisitoire (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5D_65/2014 du 9 septembre 2014 consid. 5.1; 5A_141/2014 du

28 avril 2014 consid. 3.4; 4A_651/2012 du 7 février 2013 consid. 4.2; 5C.14/2005 du 11 avril 2005 consid. 1.2).

La motivation de l'appel constitue une condition de recevabilité, qui doit être examinée d'office. Lorsque l'appel est insuffisamment motivé, l'autorité cantonale n'entre pas en matière (arrêts du Tribunal fédéral 5A_247/2013 du 15 octobre 2013 consid. 3.1 et les références; 4A_651/2012 du 7 février 2013 consid. 4.2).

En l'espèce, l'appelante conclut, à titre préalable, à la constatation de la nullité de l'art. 41 des Clauses complémentaires du bail. Elle ne forme toutefois aucune critique à l'encontre du jugement sur ce point. Par ailleurs, l'acte d'appel ne contient aucune motivation à cet égard. Par conséquent, cette conclusion sera déclarée irrecevable.

1.4 Pour le surplus, l'appel a été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

Est également recevable l'écriture responsive de l'intimée (art. 248 let. d, 312 al. 1 et 314 al. 1 CPC), ainsi que les déterminations subséquentes des parties (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3; 137 I 195 consid. 2.3.1 = SJ 2011 I 345).

L'intimée, dans sa réponse du 2 juin 2015, a repris l'intégralité de ses conclusions de première instance (à l'exception du paiement de dommages-intérêts), de sorte qu'elle n'a pas formé d'appel joint.

1.5 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, op. cit., p. 349 ss, n. 121).

1.6 Dans la mesure où l'instance d'appel assure la continuation du procès de première instance, elle doit user du même type de procédure et des mêmes maximes que celles applicables devant la juridiction précédente (ATF 138 III 252 consid. 2.1; JEANDIN, op. cit., n. 6 ad art. 316 CPC). En l'espèce, la procédure ordinaire s'applique (art. 243 al. 2 let. c et 250a CPC a contrario), s'agissant d'une procédure relative à la constatation de la nullité d'un contrat de bail.

Les maximes des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) sont applicables au présent litige.

2. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir constaté la nullité du contrat de bail conclu le 1^{er} juin 2011.

2.1 A teneur de l'art. 20 CO, le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moeurs (al. 1). Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles (al. 2).

Le contrat est impossible si au moment de la conclusion une des prestations promises n'est pas exécutable (TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 2012, ch. 754, p. 170).

L'impossibilité de l'objet du contrat doit être admise lorsqu'elle existe au moment de la conclusion du contrat (impossibilité initiale) et présente un caractère objectif et durable (sur le caractère durable : arrêt du Tribunal fédéral 4A_477/2008 du 19 mai 2009 consid. 3.1.2, in PJA 2010 p. 106; WIEGAND, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. I, 5e éd. 2011, n. 16 ad art. 97 CO). Le caractère objectif implique que la prestation n'est pas possible quel que soit le débiteur, sur la base des faits ou du droit (GUILLOD/STEFFEN, *Commentaire romand CO I*, 2012, n. 76 ad art. 19-20 CO; TERCIER/PICHONNAZ, *op. cit.*, n. 756 ss pp. 170s).

La nullité du contrat doit être constatée d'office (ATF 111 II 134, JdT 1988 I 381).

Le contrat nul ne déploie aucun effet juridique, c'est-à-dire qu'il ne permet pas de déduire des prétentions en justice. Cette conséquence juridique suppose toutefois que le but de protection de la norme exige la nullité de l'intégralité de l'acte juridique. De fait, au regard du principe général voulant que la réduction du contrat permette son maintien (*Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion*), la nullité ne doit pas s'étendre au-delà de ce que requiert le but de protection de la norme violée (ATF 134 III 438 consid. 2.3 p. 443 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A_502/2012 du 22 janvier 2013 consid. 2.1).

2.2 Le bail à loyer est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire, moyennant un loyer (art. 253 CO).

La conclusion du contrat de bail est soumise aux règles générales du Code des obligations (LACHAT, *Commentaire Romand*, n. 20 ad art. 253 CO; BOHNET/DIETSCHY, in *CPra-Bail*, n. 49 ad art. 253 CO).

En matière de bail à loyer, l'usage convenu des locaux loués doit respecter les règles de droit public fédérales et cantonales quant à leur destination (arrêt du Tribunal fédéral 4A_173/2010 du 22 juin 2010 consid. 2.2 et LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne, 2008, ch. 1.2 p. 217/218).

Le contrat est notamment nul lorsque le bail porte sur des locaux commerciaux que le droit public réserve exclusivement à l'habitation (ATF non publié du 27 août 1992 in ZMP 1993 n. 4). Par ailleurs, lorsqu'une norme de droit public interdit l'usage de la chose, l'exécution du contrat se révèle objectivement impossible (LACHAT, *op. cit.*, p. 187 et 217).

2.3 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient d'examiner si l'impossibilité invoquée existait dès la conclusion du contrat ou si elle résulte d'un fait juridique survenu après celle-ci. En effet, dans ce dernier cas, il faut en

principe examiner la situation juridique sur la base des dispositions légales générales relatives à l'impossibilité subséquente d'exécuter la prestation, à savoir les art. 97 et 119 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_101/2015 et 4A_99/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.2). Il s'agit donc d'analyser une éventuelle impossibilité juridique (cf. entre autres auteurs, sous l'angle de l'art. 20 CO : ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd. 1997, p. 270), soit d'examiner si l'octroi du permis de construire était initialement impossible en raison des diverses règles de droit public applicables au terrain litigieux. Autrement dit, il s'agit de déterminer si, au moment de la conclusion du contrat, les locataires avaient la possibilité d'obtenir un permis de construire, ou si, au contraire, l'octroi était d'emblée exclu (arrêt du Tribunal fédéral 4D_122/2010 du 10 janvier 2011 consid. 2.2).

Si les normes de la police des constructions font déjà obstacle à la réalisation du contrat, à telle enseigne que le dépôt ultérieur d'une demande de permis de construire soit immanquablement voué à l'échec, le contrat a un contenu juridiquement impossible; cette impossibilité objective et originaire le rend nul au regard de l'art. 20 CO (cf. ATF 40 II 370 consid. 5; GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5e éd. 2011, ch. 393 p. 162-163).

Dans le cas de la conclusion d'un contrat d'entreprise totale, portant sur la construction d'une villa, dans une zone de danger, le Tribunal fédéral a examiné si les normes de la police des constructions empêchaient d'obtenir un permis de construire. Dans ladite zone, toute demande de construction devait faire l'objet d'un préavis du service cantonal compétent, lequel pouvait être positif mais assorti de conditions restrictives (contrairement à la zone située à côté, dans laquelle toute construction était en principe interdite). Dès lors que l'ordre juridique ne s'opposait pas d'emblée à la construction de ladite villa, le contrat n'avait pas dès sa conclusion un objet impossible et n'était ainsi pas nul en vertu de l'art. 20 al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_101/2015 et 4A_99/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.2).

2.4 Selon l'article 19 al. 4 de la Loi d'application de la loi d'aménagement du territoire (LaLAT - RSGE L 1 30), les zones industrielles et artisanales sont destinées aux constructions industrielles, artisanales et ferroviaires.

Dans ses "Directives concernant les activités admises en zone industrielle" établies en décembre 2007, le Conseil d'Etat genevois a répété que la règle générale était que : "les zones industrielles sont destinées à des activités économiques à vocation industrielle, artisanale ou technologique" (art. 1.1.).

Aux termes de l'article 3.2. (Exceptions), un régime d'exception peut également être conféré à certaines entreprises prestataires de services utiles aux utilisateurs des zones, dans le double objectif de réduire les mouvements pendulaires et d'accroître le bien-être des utilisateurs des zones industrielles (travailleurs, clients, fournisseurs).

A titre d'exemple, le régime d'exception pourra être accordé en faveur de tea-rooms, cafés, restaurants, brasseries, agences de distribution de tabacs et journaux, guichets bancaires, fitness, offices postaux, garderies d'enfants, épicerie/self-services etc.

Selon l'art. 26 al. 1 LaLAT, lorsque les circonstances le justifient et s'il n'en résulte pas d'inconvénients graves pour le voisinage, le département peut déroger aux dispositions des art. 18 et 19 quant à la nature des constructions. D'autre part, selon l'art. 26 al. 2 LaLAT, lorsque l'implantation d'une construction est prévue à proximité immédiate ou lorsqu'elle chevauche une limite de zones sur un terrain situé dans une zone à bâtir, limitrophe d'une zone à bâtir 3 ou 4, le département peut, après consultation de la commission d'urbanisme, faire bénéficier la construction prévue des normes applicables à cette dernière zone.

La notion de circonstances particulières au sens de l'art. 26 al. 1 LaLAT est un concept juridique indéterminé laissant une certaine latitude à l'autorité administrative. Une dérogation ne peut être ni accordée, ni refusée de manière arbitraire. Tel est le cas lorsque la décision repose sur une appréciation insoutenable des circonstances et inconciliable avec les règles du droit et de l'équité et qu'elle se fonde sur des éléments dépourvus de pertinence ou néglige des facteurs décisifs (ATA/117/2011 du 15 février 2011; ATA/554/2006 du 17 octobre 2006 et les références citées).

Les autorités de recours doivent examiner avec retenue les décisions par lesquelles l'administration accorde ou refuse une dérogation. L'intervention des autorités de recours n'est admissible que dans les cas où le département s'est laissé guider par des considérations non fondées objectivement, étrangères au but prévu par la loi ou en contradiction avec elle (ATA A. et consorts du 31 août 1988 et la jurisprudence citée). Les autorités de recours sont toutefois tenues de contrôler si une situation exceptionnelle, de nature à entraîner une dérogation, est réalisée ou non (ATA/117/2011 précité; ATA/51/2006 du 31 janvier 2006; ATA/377/2002 du 25 juin 2002).

Ainsi, cette disposition accorde au département un large pouvoir d'appréciation que le juge ne peut revoir qu'en cas d'excès ou d'abus, ou de constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 et 2 LPA). Le principe de proportionnalité prend une place majeure et impose une pesée des intérêts militant pour et contre la mesure en cause (ATA/117/2011 précité; ATA/51/2006 précité; TANQUEREL, La pesée des intérêts vue par le juge administratif in : La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, 1996, p. 189 et ss, notamment 192-193).

2.5 Dans le présent cas, il est constant que l'appelante est propriétaire de l'immeuble abritant les locaux litigieux, sis dans la zone industrielle et artisanale de G _____. Les locaux s'y trouvant sont affectés à des activités administratives

de bureaux (témoins P_____, K_____) ou artisanales (témoin J_____). Il n'est pas contesté que les parties sont convenues, dans le contrat de bail signé le 10 juin 2011, que les locaux étaient destinés à l'usage d'un club de sport - espace SPA, soit un fitness. Il est, enfin, constant que l'intimée n'a pas obtenu l'autorisation d'exploiter un fitness, la demande ayant été refusée par le DCTI.

Préalablement à la conclusion du contrat, soit dès février 2011, des discussions sont intervenues entre les parties relativement à la location des surfaces en cause. Ainsi, à la suite de l'offre de location adressée par l'intimée à l'appelante le 24 février 2011, l'appelante a requis de l'intimée qu'elle adresse un dossier à la FTI, en vue d'obtenir son préavis quant à la location desdits locaux. L'appelante était dès lors pleinement consciente que la destination de ceux-ci n'était pas conforme à la zone. Le contrat contient d'ailleurs à cet égard, à l'art. 67 des Clauses complémentaires, une condition suspensive, le bail ne pouvant prendre effet qu'à la condition que la FTI accorde à l'intimée "la mise en place de son activité de fitness dans l'immeuble". Il est toutefois notoire, comme l'a retenu à bon droit le Tribunal, que les préavis de la FTI n'ont aucune force contraignante et ne lient pas les autorités administratives.

Il convient dès lors d'examiner, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée ci-avant, si l'impossibilité, juridique en l'espèce, était initiale, soit si l'octroi de l'autorisation de construire était, dès le départ, impossible en raison des règles de droit public.

Seule était possible, dans l'immeuble en cause, une affectation pour une activité administrative de bureaux, comme prévue à l'origine (témoin P_____). L'attention de l'intimée n'avait, pour le surplus, pas été attirée sur le risque de refus d'octroi de l'autorisation de construire, en raison du changement d'affectation envisagé (témoin J_____).

Il résulte par ailleurs des enquêtes diligentées par les premiers juges que selon la régie en charge de la gestion de l'immeuble, représentante de l'appelante, il était très rare que des changements d'affectation des locaux soient autorisés par le département concerné, celui-ci se montrant d'ailleurs de plus en plus restrictif à cet égard (témoin J_____).

L'autorisation a été refusée en raison de la non-conformité à la zone de l'activité projetée (témoins Q_____, J_____). Les autres locaux de l'immeuble sont d'ailleurs loués pour des activités administratives et artisanales (témoin J_____).

Contrairement à ce que soutient l'appelante, il ne peut être reproché à l'intimée de ne pas avoir formé recours contre le refus d'octroi de l'autorisation de construire. D'une part, les Directives de 2007 du Conseil d'Etat genevois ne sont d'aucun secours à l'appelante, dans la mesure où elles ne lient pas le DCTI. D'autre part, à deux reprises, la demande d'autorisation de construire a été refusée à l'intimée,

l'activité envisagée n'étant pas conforme à la zone. La première demande n'a pas même été enregistrée, dès lors qu'il apparaissait d'emblée que le projet ne pourrait pas être autorisé. Quant à la seconde demande, il ressort expressément d'un courrier du DCTI au conseil de l'intimée que l'exploitation d'un fitness ne correspondait pas à la conception jurisprudentielle des constructions industrielles ou artisanales, de sorte qu'il paraissait difficile d'obtenir gain de cause en soutenant le contraire. En outre, le régime d'exception prévu par l'art. 26 LaLAT ne modifie pas cette appréciation. En effet, le DCTI dispose en cette matière d'un très large pouvoir d'appréciation, que l'autorité de recours ne revoit qu'avec retenue. Ainsi, l'appelante ne peut raisonnablement soutenir que l'intimée aurait dû, après deux refus, recourir contre la dernière décision du département, lequel n'avait, au vu des pièces de la procédure, des dispositions légales rappelées ci-avant et des témoignages, que peu de chances d'aboutir.

Le Tribunal a correctement établi les faits, exempts d'arbitraires.

Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, la Cour retient que l'appelante, propriétaire des locaux, partie forte au contrat, savait, déjà lors des pourparlers, que les locaux ne pouvaient être utilisés que pour des activités administratives ou artisanales, dans la zone industrielle, sauf dérogation dont elle n'ignorait pas que celle-ci n'était accordée que rarissimement - la pratique était devenue très restrictive. Celle-ci ne pouvait donc, au moment du contrat, tabler sur la possibilité de la destination souhaitée par la locataire. Le reste des locaux de l'immeuble sont d'ailleurs loués pour ce type d'activité. Il importe peu, à cet égard, que l'intimée ait connu également le type de zone ainsi que les activités qui pouvaient y être autorisées. Par conséquent, la destination convenue par les parties était impossible, et ce dès le début du contrat, car contraire aux règles de droit public cantonal, régime dérogatoire exceptionnel mis à part. Ainsi, l'octroi d'un permis de construire devait apparaître à l'appelante comme exclu, ce qui a été confirmé par les deux décisions négatives du DCTI.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que le Tribunal a constaté la nullité du contrat de bail du 10 juin 2011 ab initio. Celui-ci ne déploie en conséquence aucun effet, de sorte que l'intimée n'est redevable d'aucun loyer ni de frais accessoires.

Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner les autres griefs de l'appelante, ni de déterminer si l'intimée était dans l'erreur, lors de la signature du contrat.

2.6 Par conséquent, l'appelante sera déboutée de ses conclusions et le jugement entrepris confirmé.

- 3.** 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 (ATF 139 III 182 consid. 2.6). Il ne saurait dès lors être donné suite aux conclusions des parties.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 29 avril 2015 par A_____ contre le jugement JTBL/333/2015 rendu le 11 mars 2015 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/6937/2012-3 OOD.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Monsieur Pierre STASTNY et Monsieur Bertrand REICH, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

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. 1.2).