

GE_GERICHTE ACJC/1402/2011 vom 7. März 2012

GE Cour de justice, 2012-03-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1402_2011

FR: GE_GERICHTE ACJC/1402/2011 du 7 mars 2012

IT: GE_GERICHTE ACJC/1402/2011 del 7 marzo 2012

Erwägungen

E. 1

Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre un jugement notifié aux parties avant le 1er janvier 2011, la présente cause est régie par l'ancien droit de procédure cantonale.

E. 2

L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 443 et 444 aLPC).

C/13774/2005

- 22/37-

E. 3

S'agissant d'une procédure dont l'objet ne relève pas du chapitre II du titre VIIIème du Code des obligations et dont la valeur litigieuse dépasse le montant de 8'000 fr., le Tribunal a statué en premier ressort (art. 56P aLOJ). La Chambre d'appel connaît donc de l'appel avec un plein pouvoir d'examen; sous réserve de l'immutabilité du litige, rien ne s'oppose à ce qu'elle connaisse de nouvelles preuves dans le respect des limites imposées par la loi (cf. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/ SCMIDT, Commentaire de la aLPC, no 15 ad art. 291, no 8 ad art. 300).

La Cour a toujours considéré qu'une partie, en appel ordinaire, pouvait produire des pièces qu'elle n'avait pas soumises au premier juge, sans égard au fait qu'à l'époque où la contestation était pendante devant ce magistrat, la partie détenait ou non ces pièces, la question des dépens étant réservée (BERTOSSA/GAILLARD/ GUYET/SCMIDT, op. cit., no 9 ad art. 312). Cependant, l'allégation de faits non allégués en première instance est interdite en appel, sous réserve des faits dont une partie n'avait pas connaissance en première instance ou qui ne se sont produits que depuis le jugement (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCMIDT, op. cit., no 8 ad art. 312 et no 4 ad art. 291).

En l'espèce, l'intimée a produit, en appel, un extrait du Registre du commerce attestant de la reprise des actifs et passifs de D_____ SA par C_____ SA, par contrat de fusion du 22 juin 2010.

La fusion est intervenue postérieurement à l'audience de plaidoiries - qui s'est tenue début juin 2010 - devant le Tribunal des baux et loyers. Le changement de la qualité de l'intimée ne pouvait ainsi régulièrement être invoqué devant les premiers juges. L'extrait du Registre du commerce pouvait donc valablement être produit par l'intimée à l'appui de sa réponse du 19 novembre 2010.

Selon une jurisprudence constante de la Chambre de céans, rappelée notamment dans l'ACJC/1312/2008 du 3 novembre 2008, lorsque l'objet du litige affecte la situation du nouveau bailleur, acquéreur de l'immeuble, celui-ci sera substitué ex lege à l'aliénateur dans le procès. Le même raisonnement prévaut en cas de reprise d'une société dans le cadre d'une fusion, où l'ensemble des actifs et passifs de la société absorbée passe à la société absorbante. Il convient donc de constater la substitution des parties, la société absorbante succédant à la précédente.

E. 4

Dans un premier grief, l'appelante reproche aux premiers juges une interprétation erronée de la déclaration de patronage émise en faveur de l'intimée. Il convient au préalable de qualifier juridiquement cette déclaration de patronage pour ensuite déterminer les règles d'interprétation qui lui sont applicables.

E. 4.1

Les lettres de patronage sont une création de la pratique des affaires. La pratique distingue les lettres de patronage dites faibles de celles dites fortes. Les lettres de patronage dites fortes comportent habituellement l'engagement de tenir

C/13774/2005

- 23/37-

un certain comportement. Outre des informations générales, l'émetteur de la lettre peut ainsi préciser qu'il détient une participation dans une société et que la direction de cette société bénéficie de sa totale confiance, s'engage à faire en sorte que financièrement sa filiale puisse en tout temps faire face à ses engagements, se substituera à sa filiale ou assurera la couverture de ses engagements ou encore fera le nécessaire pour que sa filiale honore ses engagements (Carlo LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2ème édition, Genève 2008, p. 936-937).

Les déclarations obligatoires doivent porter sur un fait ou une obligation déterminée ou déterminable. Parmi les déclarations obligatoires, certaines lettres de patronage peuvent être rattachées à l'art. 111 CO. Selon l'art. 111 CO, la société en cause (p.ex. la société mère) promet le fait du tiers (p.ex. la filiale) en assumant une obligation propre pour le cas où la filiale n'aurait pas le comportement promis. Typiquement, le patronnant déclare que la filiale exécutera ses engagements et qu'il assumera lui-même ces engagements dans le cas où cela deviendrait nécessaire (Silvia TEVINI DU PASQUIER, Commentaire romand - code des obligations, art. 1 à 517 CO, ad art. 111 CO, p. 669-670 no 32). La promesse d'une société faite au bailleur de procéder à une mise en fonds d'une société sœur pour qu'elle puisse régler ses arriérés de loyer a été qualifiée de stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO; cette qualification était admise par la doctrine pour les déclarations de patronage comportant un engagement très net de procéder à une prestation en faveur du bénéficiaire (SJ 1996 I p. 634 ss, arrêt du TF du 12 janvier 1996, consid. 4 a) dd) et références citées).

E. 4.2

A la différence de la caution dont l'engagement est accessoire, le porte-fort s'engage de manière principale. La validité de son engagement n'est en principe pas déterminée par celui du tiers (cf. TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, Les contrats spéciaux, 4ème édition, Bâle 2009, p. 1072 no 7141 et références citées; arrêt du Tribunal fédéral du 10 décembre 2007 - 4A_290/2007).

Le porte-fort assume une obligation indépendante du rapport de valeur en principe, sous toute une série de réserves et sauf convention contraire. Les parties peuvent donc convenir de tout degré d'«accessorité» de la promesse, c'est-à-dire de l'opposabilité au bénéficiaire de certaines et même toutes les objections et exceptions résultant du rapport de valeur. Comme la caution, le porte-fort peut assumer une obligation dépendante du rapport de valeur (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op.cit., p. 666-667 no 22).

En l'absence d'une dérogation légale ou conventionnelle, les exceptions ou objections résultant du rapport de valeur n'appartiennent qu'à la partie obligée selon ce rapport, par hypothèse le tiers, et non au promettant (exceptiones de jure tertii). Ce principe n'est toutefois pas absolu; la doctrine admet des dérogations à ce principe, sur la base des règles de la bonne foi, lorsque notamment la carence du tiers est imputable à une faute du bénéficiaire (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 661 no 3 et p. 664-665 no 15 et références citées).

C/13774/2005

- 24/37-

E. 4.3

Pour qualifier un acte de porte-fort, on doit rechercher la commune et réelle intention des parties (art. 18 al. 1 CO), cela même si le texte du contrat est clair. En effet, l'interprétation strictement littérale ne peut être retenue (SJ 2002 I 149; cf.

TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, op. cit., p. 1073 no 7143). Il convient d'interpréter la déclaration du promettant selon la lettre, le but et l'esprit de la promesse; les termes utilisés ne sont pas déterminants. Si la commune et réelle intention des parties ne peut pas être déterminée, on lui substitue la volonté du juge, également dite volonté hypothétique du déclarant selon le principe de la confiance. En l'absence d'un texte clair, l'on recherchera si le déclarant mérite la protection que la loi réserve à la partie considérée comme inexpérimentée, auquel cas c'est in dubio pro mitior. Sinon, c'est in dubio contra proferentem (Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 667 no 23-24; SJ 2000 I 305, consid. 3b).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou s'il s'avère que leurs volontés intimes respectives divergent, le juge procédera à une interprétation dite objective, qui ressortit au droit, en recherchant comment une déclaration faite par l'un des cocontractants pouvait être comprise de bonne foi par son ou ses destinataires, en fonction de l'ensemble des circonstances ayant précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs, et en s'écartant au besoin, à certaines conditions, du texte apparemment clair d'une clause contractuelle (ATF 4A_437/2009 consid. 3; ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités). Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser que celui-ci ne corresponde pas à leur volonté (ATF 135 III 295 consid. 5.2, p. 302).

Pour déterminer la portée réelle d'une lettre de patronage, il faut se référer à son texte en tenant compte des négociations menées entre les parties ou des projets de textes qui ont pu être établis (Carlo LOMBARDINI, op.cit., p. 936-938).

La règle in dubio pro stipulatorem (ou proferentem), selon laquelle le contrat s'interprète, en cas de doute, en défaveur de son rédacteur, ne s'applique notamment pas si le texte a fait l'objet de négociations détaillées (Bénédict WINIGER, Commentaire romand - code des

obligations, art. 1 à 517 CO, ad art. 18 CO, p. 90 no 50).

E. 4.4

En l'espèce, le bail signé entre F_____ et H_____ le 11 décembre 2001 prévoit, en paragraphe 8.7 qu'à titre de sûreté complémentaire, le locataire remet à la bailleresse une déclaration de patronage de sa société mère W_____ SA dans laquelle elle s'engage à garantir l'ensemble des droits et obligations découlant du présent contrat de bail. Cette garantie venait donc en complément du dépôt de loyer de 350'000 fr. convenu au paragraphe 8.6. Cette déclaration de patronage de la société mère devait subsister, en cas de transfert du bail à l'une des sociétés appartenant à W_____ SA (cf. § 14.1), qui pouvait intervenir en tout temps. Il en résulte que la bailleresse attachait une importance particulière à ce que la garantie

C/13774/2005

- 25/37 -

de bonne exécution des droits et obligations découlant du bail par la société mère, matérialisée par l'émission d'une lettre de patronage, soit assurée et ne disparaisse pas en cas de transfert du bail à une autre entité du groupe; à ce stade déjà de l'analyse, on ne peut donc pas déduire, sur la base de ces éléments contractuels, que la déclaration de patronage avait été émise pour le dossier, à des seules fins de controlling comme indiqué par U_____ (procès-verbal du 15 octobre 2009, p. 5).

La déclaration de patronage, visée dans le contrat, a finalement été signée le 23 mars 2002; son contenu a été discuté et négocié par U_____, pour le compte de B_____, et le conseil de R_____ et S_____ pour le compte de F_____. Il découle de son contenu - dont la procédure n'a pas permis de déterminer qui en était le rédacteur - que la garantie vise spécifiquement le contrat de bail du 11 décembre 2001 portant sur l'hôtel en construction: les montants du loyer et de la contribution aux intérêts et amortissements des coûts sont spécifiés, tout comme la perception, en sus, d'un loyer fixé selon le chiffre d'affaires réalisé, et acceptés par B_____. L'engagement pris par B_____ consiste, dans un premier temps, à prendre les mesures nécessaires pour que H_____ remplisse entièrement l'ensemble des obligations découlant du contrat de bail et, dans un second temps et en cas de défaillance pour des raisons qui incombaient à H_____, à répondre elle-même des obligations de H_____.

La portée de cet engagement - hormis les termes «pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation» qui seront examinés ci-dessous - ne prête pas à confusion et correspond au cas du porte-fort, visé par la doctrine, dans lequel, typiquement, le patronnant, en l'occurrence B_____, déclare que la filiale, soit H_____, exécutera ses engagements et qu'il assumera lui-même ces engagements dans le cas où cela deviendrait nécessaire (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 669-670 no 32).

Cette interprétatio littérale est en effet conforme à la volonté exprimée par les parties lors des négociations qui ont précédé la signature du bail. En effet, selon le témoin R_____, une garantie bancaire équivalente à 6 mois de loyer ne suffisait pas, eu égard à l'importance des sommes investies par F_____, y compris dans l'équipement et l'aménagement intérieur de l'hôtel, à la surface importante remise à bail et à un loyer annuel de plus de 1,5 millions; la lettre de patronage permettait donc d'obtenir, auprès de la société mère, une garantie financière plus solide, ce d'autant plus que H_____, à la conclusion du bail, était en cours

de constitution et dotée d'un capital relativement bas. Ainsi, la déclaration de patronage s'étendait en particulier à tous les cas de défaut de paiement du loyer, des frais et des intérêts par le locataire. Quant à U_____, le patronage avait pour but d'engager la responsabilité de B_____ uniquement dans les cas où H_____ devait répondre

Cil 3774/2005

- 26/37-

des circonstances, soit notamment en cas d'endettement de cette dernière ou d'autres cas similaires. Ainsi, il résulte de la commune intention des parties que la déclaration de patronage couvrait tous les cas où H_____, dans le cadre de l'exécution de ses obligations financières découlant du contrat de bail, accumulait des dettes tel que le loyer, les charges, les intérêts et les amortissements prévus dans le contrat. C'est à bon droit que l'engagement contenu dans la lettre de patronage a été qualifié de porte-fort au sens de l'art. 111 CO. Il s'agit bien d'une lettre de patronage dite forte ou obligatoire portant sur un fait déterminé, à savoir l'engagement de B_____ de répondre à l'ensemble des obligations découlant du contrat de bail du 11 décembre 2011, soit notamment la couverture du loyer et des autres engagements financiers convenus contractuellement, en cas de défaillance de H_____.

E. 4.5

Les parties divergent en revanche sur l'étendue de la garantie contenue dans la déclaration, notamment à propos de l'interprétation qu'il convient de donner à la modification de son texte, survenue dans le second projet établi par B_____, les termes «pour quelque raison que ce soit» ayant été modifiés en «pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation».

R_____ a compris la modification apportée en ce sens que la garantie de B_____ couvrait tous les motifs de défaut de paiements à l'exception des cas de force majeure ou encore les événements particuliers telle une catastrophe naturelle. U_____, quant à lui, a compris cette formulation comme une réduction de l'accord initial et de la responsabilité de B_____ ; il souhaitait ainsi exclure son engagement dans le cas où les garanties de F_____ n'étaient pas respectées. Il résulte de la teneur des deux projets de déclaration produits dans la procédure que B_____ avait effectivement la volonté de restreindre l'étendue de sa garantie. D'une part, la garantie a été émise par B_____, une société plus petite du groupe capitalisée à hauteur de 477'800 euros, en lieu et place de W_____ SA, ceci en dérogation du contrat de bail (§ 8.7). D'autre part, le premier projet prévoyait l'engagement de la garantie de B_____ pour quelque raison que ce soit, pour être ensuite restreinte dans le second projet finalement signé par les parties.

La Cour partage toutefois l'avis des premiers juges qui ont retenu que les termes de la limitation ne son pas clairs, faute de pouvoir déterminer la volonté des parties et en l'absence d'historique connu des négociations. Toutefois, la limitation de l'engagement de B_____ ne pouvait en aucun cas être comprise par l'intimée comme une exclusion de l'engagement de B_____ dans le cas où les garanties fournies par cette dernière ne se seraient pas réalisées en raison des modifications externes.

C/13774/2005

-27/37-

En effet, la déclaration a été négociée et signée trois mois seulement après la conclusion du bail: les modifications externes alléguées par l'appelante, soit notamment le retrait de Q_____, les problèmes financiers de la P_____, la déconfiture du O_____, l'absence de raccordement du quartier de F_____ au centre-ville et à l'aéroport et la perte de foires et d'expositions importantes pour Genève, sont survenues postérieurement à la signature du contrat de bail et aux négociations qui ont abouti à la signature de la déclaration de patronage à la fin du mois de mars 2002, et pour certaines même postérieurement à l'entrée en vigueur du bail. Or, seules sont déterminantes, en cas d'interprétation objective des volontés des parties, les circonstances qui ont précédé ou accompagné les manifestations de volonté. Ainsi, l'intimée ne pouvait comprendre de bonne foi, lorsqu'il négociait les termes de la déclaration, que l'engagement de B_____ était exclu dans le cas des modifications externes susmentionnées qui n'étaient précisément pas encore survenues et n'avaient, par voie de conséquence, pas pu péjorer l'environnement économique.

A cela s'ajoute que la lettre de patronage intervenait comme une sûreté complémentaire, qui devait s'ajouter à la garantie de loyer de 350'000 fr. convenue contractuellement; elle avait donc vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où survenait une défaillance de H_____ dans le règlement des obligations financières découlant du bail, quelle que soit la hauteur de son endettement.

Partant, dès lors que le sens prêté par l'appelante à la restriction apportée à la déclaration de patronage, sur sa demande, ne peut être suivi, il convient d'interpréter le contenu de cette limitation selon le principe de la confiance ou, à titre subsidiaire, selon le principe *in dubio contra stipulatorem*. De ce fait, la Cour rejoint l'interprétation faite par les premiers juges: la portée de l'exclusion devait être limitée aux cas où la locataire n'était pas en mesure de faire face aux obligations financières découlant du bail en cas de force majeure ou pour des motifs qui étaient du ressort de la bailleuse. Cette interprétation répond, d'une part, à la volonté de l'intimée, exprimée par R_____: la garantie couvrait tous les motifs de défaut de paiements à l'exception des cas de force majeure. D'autre part, elle est conforme à celle de l'appelante, exprimée par U_____: la garantie de B_____ était exclue si la défaillance de H_____ était le fait de la bailleuse et non de la locataire. Cette interprétation correspond aussi au sens que le destinataire pouvait comprendre selon les règles de la bonne foi ou, à titre subsidiaire, en application de la règle *in dubio contra stipulatorem*.

E. 5

Dans un second grief, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir procédé à une appréciation des preuves fautive et incomplète en retenant que la faillite de H_____ était due à des raisons qui lui incombaient et non aux circonstances extérieures.

C/13774/2005

- 28/37-

E. 5.1

L'appelante ne saurait être suivie sur ce point: les enquêtes ont établi que la situation financière délicate de H_____, en fin d'année 2004, avait nécessité l'intervention de I_____ SA, société d'administration du groupe hôtelier, et la prise de mesures drastiques au niveau de la gestion; les problèmes liés à la construction de l'hôtel n'avaient pas influencé au début de l'exploitation de l'hôtel le chiffre d'affaires et l'évolution de ce dernier correspondait à ce qui se passait usuellement lors de l'ouverture d'un hôtel; en revanche il a

été constaté que la direction de l'hôtel de l'époque ne s'était pas assez occupée des ventes (témoin J_____, procès-verbal du 14 septembre 2009, p. 2 et 3).

Selon le témoin M_____, directeur de H_____ de 2002 à 2004 l'aménagement des salles de conférence et d'une cuisine pouvant servir des repas complets - ce qui avait été voulu par U_____ et qui n'avait pas été prévu initialement - a généré des difficultés de gestion en raison de leur localisation dans l'hôtel au 3ème étage, d'organisation et d'infrastructures; les salles de conférence ne disposaient n effet pas d'un accès direct à la cuisine nouvellement aménagée au rez-de-chaussée, ce qui a engendré l'engagement de personnel supplémentaire; des problèmes d'exploitation étaient survenus avec la P_____ qui avait imposé un traiteur haut de gamme lorsque l'hôtel souhaitait livrer des repas dans les salles de conférence; la situation s'est finalement réglée dès lors que la P_____ a renoncé à imposer son traiteur et autorisé l'hôtel à procéder lui-même à la restauration depuis la cuisine aménagée au rez-de-chaussée (témoin M_____, procès- verbal du 11 juin 2009, p. 7). A ses dires, le retard dans l'exécution des travaux n'avaient pas empêché ou amoindri la pleine exploitation de l'hôtel: il ne se souvenait pas de problème de climatisation; quant à l'aménagement des salles de conférence, seuls quelques détails techniques n'étaient pas réglés, mais rien de grave. La politique commerciale voulue par N_____ misait sur l'activité du Stade pour développer l'hôtel; or, le Stade n'était pas, selon lui, une source d'activités commerciales; il avait alors orienté sa stratégie commerciale sur les entreprises alentours, en les démarchant activement (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4) et sur la clientèle tourisme dont le développement au sein du groupe ne lui convenait pas (procès- verbal du 11 juin 2009, p. 6).

Z_____ a repris la direction de l'hôtel au mois d'octobre 2004: il a alors immédiatement constaté une erreur dans la fixation du prix des chambres, qui avait été surévalué; après adaptation des prix au standard de l'hôtel, le taux d'occupation était passé à 50% en 2004, 71% en 2005, 75% en 2006 et plus de 80% en 2007 (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 2). Il précisait également qu'à la reprise de l'hôtel par Y_____ SA, suite à la faillite de H_____ en septembre 2005, les conditions d'exploitation, notamment le bail, étaient restées identiques; lors de l'ouverture d'un nouvel hôtel, il fallait compter environ trois ans pour qu'il atteigne sa vitesse de croisière et cinq ans pour qu'il dégage des bénéfices, ce qui fut le cas lors de l'exercice 2008.

C/13774/2005

- 29/37-

Quant au témoin L_____, attachée commerciale depuis le 1er novembre 2002 auprès de H_____, elle a également confirmé qu'à l'ouverture de l'hôtel, le 16 mars 2003, seules quelques finitions devaient être terminées qui n'ont pas empêché d'accueillir les clients et qu'il n'existait aucun problème de climatisation.

Ainsi, les enquêtes ont établi que le défaut de paiement de H_____ trouvait sa cause dans une mauvaise gestion de l'hôtel et une stratégie commerciale inadaptée, les ventes ayant été négligées, ce qui avait nécessité la prise de mesures drastiques par I_____ SA en fin d'année 2004; le changement de stratégie adopté par Y_____ SA, lors de la reprise de l'hôtel en septembre 2005, notamment par l'adaptation du prix des chambres au standard de l'hôtel, avait permis, moyennant l'engagement d'un directeur commercial et de personnel, d'assurer le paiement des charges, et du loyer, l'exploitation étant devenue bénéficiaire pour la première fois en 2008.

Quant aux locaux, bien que des finitions aient été nécessaires après l'ouverture de l'hôtel le 15 ou 16 mars 2003, ils étaient propres à accueillir la clientèle et étaient pleinement exploitables. Le défaut de paiement de H_____ ne relève donc pas du fait de la bailleresse, qui a rempli son obligation de remise de locaux conformes au contrat.

E. 5.2

Quant aux circonstances extérieures dont se prévaut l'appelante et qui auraient conduit H_____ à la faillite, la Cour relève qu'elles ne constituent pas un motif d'exclusion de la garantie de B_____ contenue dans la lettre de patronage. Comme l'a retenu la Cour ci-dessus, l'exclusion de garantie est limitée aux cas où la locataire n'était pas en mesure de faire face aux obligations financières découlant du bail en cas de force majeure ou pour des motifs qui étaient du ressort de la bailleresse. Aucun de ces deux cas de figure n'est réalisé en l'espèce.

Faut-il voir dans les promesses tenues par la bailleresse et non réalisées par la suite la cause de la cessation de paiement de H_____?

L'appelante soutient que les promesses de rentabilité du site que lui avait faites la bailleresse ne se sont jamais réalisées et auraient pour conséquence le défaut de paiement de H_____. Tout d'abord, les promesses dont se prévaut l'appelante et U_____, soit notamment la rentabilité générée par la présence de Q_____, la location d'espace de bureaux par cette dernière, l'organisation d'événements et de concerts attirant une foule nombreuse, le raccordement du site de F_____ au centre-ville et à l'aéroport, les performances du O_____, le maintien de foires et d'exposition à Genève, ne trouvent aucune assise dans le contrat de bail. Ensuite, R_____ a contesté avoir émis de telles promesses, seule la question de la desserte

C/13774/2005

- 30/37-

du site en transports privés et publics ayant été abordée lors des pourparlers précontractuels: il n'avait jamais été question que Q_____ loue des espaces dans l'espace bureaux; en revanche, une télévision (AE_____) et une radio locales (AF_____) étaient locataires de bureaux dans cet espace; il n'avait pas non plus promis de liaison de métro entre F_____ et le centre-ville; enfin, vu l'absence d'autre candidat et l'expérience de N_____ dans l'hôtellerie, F_____ n'avait pas été en mesure de faire obstacle à ses conditions hormis le loyer minimum qui a été accepté (procès-verbal du 2 novembre 2009, p. 2). Rien ne permet donc de retenir que les promesses susvisées aient été faites par la bailleresse et que les parties se soient mises d'accord sur ce point.

La Cour relève encore que la bailleresse ne pouvait avoir aucune influence sur les circonstances extérieures relevées par l'appelante: elle ne peut être tenue responsable du retrait de Q_____, de la déconfiture du O_____ ou encore de la perte de foires d'exposition à Genève, qui, faut-il le rappeler sont survenues postérieurement à la signature du bail et de la lettre de patronage. On peut ainsi raisonnablement douter que de tels événements aient pu faire l'objet d'une quelconque promesse de la bailleresse. Quant à la rentabilité du site et de l'exploitation de l'hôtel, il revenait à H_____ et ses animateurs de s'en assurer non sur la base des seules informations communiquées par la bailleresse, mais au moyen d'une étude de marché circonstanciée et d'une évaluation des risques que l'on pouvait raisonnablement attendre d'un groupe hôtelier international de l'ampleur du groupe

G_____, rompu à l'exploitation hôtelière. Il appartenait également à la locataire, en cas de modification des prévisions initiales de rentabilité, d'adapter la stratégie commerciale de l'hôtel, ce qui, à teneur des divers témoins entendus, n'a été entrepris qu'en fin d'année 2004, lors du changement à la tête de la direction.

Enfin, si l'on peut effectivement comprendre que le désengagement de Q_____ ait entraîné une perte de l'impact promotionnel que pouvait susciter la réputation de celle-ci, cela ne permet pas encore d'en déduire qu'elle a causé à elle seule la cessation de paiement de H_____: à ce titre, le témoin M_____ a confirmé que peu importait que Q_____ ou une autre société soit présente dans les espaces de bureaux (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 6).

Quant à la déconfiture du O_____, elle n'est intervenue qu'en début d'année 2005, si bien que l'hôtel a pu bénéficier pendant près de deux ans de la fréquentation du Stade pour, cas échéant, attirer cette clientèle dans son hôtel, bien que de l'aveu du témoin M_____, le Stade n'était pas une source d'activités commerciales pour l'hôtel (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4). La procédure n'a donc pas amené la preuve que la cessation de paiement trouvait sa conséquence dans la déconfiture du O_____.

C/13774/2005

-31/37-

En définitive, en l'absence de promesses faites par la bailleuse, cette dernière ne pouvait être tenue responsable de la cessation de paiement de H_____. Par ailleurs, rien n'indique encore que les événements extérieurs invoqués par l'appelante aient causé la faillite de la locataire. Partant, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'aucun motif d'exclusion de garantie n'existait et que la responsabilité de B_____ était pleinement engagée sur la base de la déclaration de patronage.

E. 6

Reste à examiner si les exceptions soulevées par l'appelante en compensation de la créance de loyer, intérêts et amortissements demeurée impayé jusqu'au 13 septembre 2005, jour du prononcé de la faillite de H_____ et de la reprise de l'exploitation de l'hôtel par Y_____ SA, sont réalisées.

En liant l'engagement de B_____ à un défaut d'exécution des obligations financières découlant du bail et qui sont expressément mentionnées dans la lettre de patronage, les parties ont rendu la promesse de porte-fort dépendante du rapport de bail, ce qui, selon la doctrine citée plus haut, peut valablement être convenu d'entente entre les parties (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 666-667 no 22). L'intimée ne conteste d'ailleurs pas la possibilité offerte par l'appelante de se prévaloir des exceptions tirées du rapport de valeur entre F_____ et H_____.

E. 6.1

L'appelante fait grief au Tribunal des baux et loyers d'avoir retenu que la remise définitive des locaux n'était pas intervenue tardivement: en effet, la date de remise confirmée était le 1er mars 2003. Or, la concession d'exploitation de l'hôtel avait été délivrée le 5 mai 2003; il se justifiait donc de mettre à charge de l'intimée une peine conventionnelle de 640'000 fr., soit 64 jours à raison de 10'000 fr. par jour.

E. 6.1.1

Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO). L'hypothèse visée par cette disposition est réalisée lorsque le bailleur ne met pas les locaux à la disposition du preneur à la date convenue (ATF 117 II 71 consid. 4a).

E. 6.1.2

A teneur du paragraphe 2.2 du bail, l'objet du bail devait être remis à la locataire entièrement achevé, prêt à l'exploitation, complètement équipé et prêt à l'obtention d'une concession, à la date prévue du 31 mars 2003. La date de remise définitive devait être déterminée par les parties et confirmée par écrit par la bailleuse 6 mois à l'avance (§ 2.2 al. 2 du bail). En tout état, la remise de l'objet du bail était garantie au plus tard au 31 mai 2003 (§ 2.2 al.5 du bail).

Les parties ont convenu, par avenant no 3 au bail signé le 6 février 2003, que la locataire s'engageait à participer au dépassement du budget des investissements

C/13774/2005

- 32/37-

effectués par la bailleuse, à concurrence de 75'000 fr. par an pendant 15 ans. Cet engagement était conditionné à la réalisation de plusieurs circonstances, notamment l'ouverture de l'hôtel au 1er mars 2003, prêt à l'exploitation, à la réception de clients et à l'obtention de l'autorisation d'exploiter et à l'ouverture du centre de conférence au 20 mars 2003 (§ 2 de l'avenant).

Il ressort de cet avenant, tant dans son préambule qu'au paragraphe 2.2., que F_____ confirme expressément que la date de remise de l'hôtel sera le 1er mars 2003. Cette date apparaissait bien comme la date de remise confirmée par les parties, H_____, dans son courrier du 4 mars 2003 (pièce no 23 déf.) se plaignant de ce retard, tout en espérant une date d'ouverture de l'hôtel le 14 mars 2003. Le témoin L_____ a également confirmé que l'hôtel avait ouvert avec un peu de retard, la date initialement prévue étant le 1er mars 2003 (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4); sans se souvenir de la date d'ouverture prévue, le témoin M_____ a confirmé ce retard, qu'il attribuait à la mise en conformité aux règles de sécurité (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 5).

Ainsi, le bail prévoyait expressément qu'une peine conventionnelle de 10'000 fr. par jour était due à la locataire en cas de dépassement de la date de remise confirmée et/ou garantie par la bailleuse (§ 2.3 du bail). Le Tribunal s'est donc trompé en estimant que la date du 1er mars 2003 ne constituait pas la date de remise confirmée au sens du paragraphe 2.2 du contrat de bail. La Cour retient toutefois que la date d'ouverture de l'hôtel le 15 ou le 16 mars 2003 a fait cesser le droit de la locataire de réclamer le paiement de la peine conventionnelle.

Les enquêtes ont en effet établi que seuls des travaux de finition étaient intervenus depuis la remise de l'hôtel, qui avait pu accueillir la clientèle lors de son ouverture (témoin L_____, procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4; témoin M_____, op. cit., p. 5). Or, à teneur du paragraphe 2.2 al. 3 du bail, la bailleuse était en droit de terminer les travaux de peu d'importance dans un délai de trois mois après la date de la remise. Enfin, le contrat n'exigeait pas non plus que la concession d'exploitation soit déjà délivrée au moment de la remise définitive; l'hôtel devait être prêt à l'obtention de la concession, ce qui était le cas

puisque la clientèle a pu être accueillie le 15 ou 16 mars 2003. La date de délivrance de la concession, le 5 mai 2003, n'est donc pas pertinente.

Partant, le jugement entrepris sera réformé sur ce point en ce sens que l'appelante peut se prévaloir, à titre compensatoire, d'une créance de 150'000 fr. valant peine conventionnelle pour le retard pris dans la livraison de l'hôtel entre le 1er et le 15 mars 2003 inclus.

C/13774/2005

- 33/37 -

E. 6.1.3

L'appelante fait grief au Tribunal des baux et loyers d'avoir estimé que le dommage de 550'000 fr résultant de la remise tardive des locaux n'était pas prouvé.

A ce titre, il expose que le dommage, chiffré à 550'000 fr., consécutif à l'annulation de toutes les réservations de l'hôtel, qui affichait complet pour le salon de l'Automobile qui devait avoir lieu du 3 au 16 mars 2003, se fondait sur les estimations de K_____, affinées ensuite par N_____. La comparaison des chiffres d'affaires réalisés par l'hôtel à la même période en 2004 et 2005 attestait d'une perte de chiffres d'affaires de 366'000 fr.; le chiffre d'affaires manqué se montait à 331'500 fr. si l'on se fondait sur le prix unitaire des 130 chambres disponibles à l'époque sur 15 nuitées. Ainsi, la perte de chiffres d'affaires liée à l'ouverture tardive des locaux s'élevait au moins à 300'000 fr.; un montant identique devait s'ajouter au titre des frais de l'hôtel et du personnel non couverts, selon les déclarations de U_____.

La Cour relève que le dommage chiffré par l'appelante n'a cessé de varier et ne repose que sur des estimations: dans un courrier de W_____ SA du 9 octobre 2003 (pièce no 36 déf.), le dommage est fixé à 350'000 fr., soit à mi- chemin entre 300'000 fr. et 400'000 fr. Ce montant de 350'000 fr. semble correspondre à la perte sèche sur le personnel formé et engagé dès le 15 janvier 2003 pour le 1er mars 2003, l'hôtel affichant complet pour le salon de l'Automobile qui se tenait début mars 2003. Or, comme retenu à juste titre par les premiers juges, l'appelante n'a pas produit le décompte des salaires des employés engagés depuis le 1er mars 2003 afin d'établir plus précisément le dommage invoqué. En outre, le témoin J_____ n'avait aucun souvenir que H_____ ait engagé du personnel dont elle n'avait pas besoin pour un montant d'environ 350'000 fr. en 2003-2004 (procès- verbal du 14 septembre 2009, p. 3).

A cette perte sèche de 350'000 fr., au demeurant non démontrée, s'ajoutait la perte de chiffres d'affaires liée au salon de l'Automobile 2003, estimée à 200'000 fr.: ce montant correspondait à la différence entre le chiffre d'affaires escompté mais non réalisé de 450'000 fr. à 500'000 fr. et les frais de personnels encourus de 350'000 fr. Or, ces estimations reposent sur un tableau (pièce no 35 déf.) dépourvu d'en- tête, de légende et de la moindre explication sur la provenance des chiffres d'affaires qui y sont indiqués. Ces chiffres n'ont d'ailleurs pas pu être confirmés par le témoin J_____, directeur de I_____ SA, qui avait analysé les chiffres d'affaires de H_____ lors de son intervention en fin d'année 2004 (procès-verbal du 14 septembre 2009, p. 2 et 3), ni par le témoin AB_____, administrateur de H_____ en 2004 (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 8): ils sont donc dépourvu de force probante. L'appelante ne démontre pas non plus que l'hôtel était complètement réservé pour la période du 3 au 16 mars 2003: aucune confirmation d'annulation n'a été produite, ni le prix des chambres réservées et le nombre de nuitées effectivement perdues.

C/13774/2005

- 34/37-

Dans le cadre du présent appel, l'appelante établit cette fois-ci le calcul de son dommage sur une comparaison du chiffre d'affaires réalisés au mois de mars 2003 et ceux des années 2004 et 2005, en se fondant une fois encore sur l'unique tableau (pièce no 35 déf.) produit dans la procédure dont la force probante a été déniée ci-dessus. La Cour s'étonne d'ailleurs qu'aucun autre document comptable ou relevé, provenant de comptes dûment audités n'aient été versés à la procédure par l'intimée pour démontrer la réalité de son dommage. La comparaison de ces chiffres d'affaires conduit finalement l'appelante à fixer le montant de son dommage à 366'000 fr., montant qui se situait dans «la fourchette» indiquée par N_____ dans un courrier du 9 octobre 2003. Dans une ultime estimation de son dommage, l'appelante le chiffrait à 331'500 fr. en se fondant sur le prix unitaire des 130 chambres disponibles à l'époque sur 15 nuitées, soit la durée du salon de l'automobile, sans toutefois déposer la moindre pièce permettant de déterminer les conditions tarifaires des chambres d'hôtel. Finalement, l'appelante concluait à une perte de chiffres d'affaires d'au moins 300'000 fr. Or, la Cour constate que ses estimations ne sont que des hypothèses, fondées sur de simples courriers, sans qu'elle ne trouve la moindre assise dans des pièces comptables pertinentes.

La Cour relève que c'est à bon droit que la créance compensatoire de 550'000 fr. invoquée à titre de dommage subi suite à la remise tardive des locaux n'avait pas été prouvée; elle ne peut davantage faire droit à l'estimation de 300'000 fr. finalement sollicitée en appel, faute de valeur probante des pièces versées au dossier pour attester d'un gain manqué effectif.

E. 6.1.4

Dans un ultime grief, l'appelante estime que c'est à tort que les premiers juges avaient omis de déduire du montant réclamé par l'intimée les intérêts des créances postposées auprès de l'Office des faillites, selon déclarations de postposition des 29 avril et 1er juillet 2005; la postposition impliquant une renonciation à l'exigibilité des créances, une déduction de 3'602 fr. 59 devait être ordonnée. Toutefois, on ne décèle pas dans la postposition du 29 avril 2005 - celle du 1er juillet 2005 n'étant pas produite (pièce no 13 dem.) une renonciation de F_____ à l'intérêt moratoire. La Cour relève en outre que selon l'art. 209 al. 1 LP, l'ouverture de la faillite arrête, à l'égard du failli, le cours des intérêts. Le cours des intérêts n'est arrêté que pour autant que la faillite soit prononcée (art. 171 LP). En cas d'ajournement de la faillite (art. 173 et 173a LP, art. 725a CO) par contre, le cours des intérêts se poursuit sans interruption (cf. Vincent JEANNERET, Commentaire romand, Poursuites et faillites, Bâle 2005, ad art. 209 LP, no 4, p 917 et références citées). Les postproductions de F_____ s'inscrivaient dans le cadre d'une requête de sursis provisoire et de sursis concordataire déposée par H_____ le 11 avril

C/13774/2005

- 35/37-

2005, finalement refusée par le Tribunal de première instance, qui a prononcé l'ajournement de la faillite dans sa décision du 13 mai 2005 (pièces nos 14 et 17 dem.).

L'appelante n'établit pas la raison qui aurait empêché les créances, visées sous poste 13 à 16 du courrier de F_____ du 2 février 2006 (pièce no 20 dem.) de porter intérêts jusqu'au 13 septembre 2005, jour du prononcé de la faillite de H_____, les postpositions visant

précisément à éviter une mise en faillite immédiate de cette dernière.

L'appelante sera donc déboutée de sa prétention compensatoire de 3'602 fr. 59 à titre de déductions en vertu de postpositions.

E. 6.1.5

Les autres prétentions compensatoires, soulevées par l'appelante en première instance et rejetées par le Tribunal des baux et loyers, n'ont pas été reprises en appel. Elles ne sont donc plus litigieuses et leur sort est définitivement scellé. Quant à la somme due par l'appelante - dont les postes ont été détaillés au considérant 7 f) du jugement entrepris -, elle a été chiffrée à 1'376'551 fr. 94, intérêts moratoires inclus et n'est pas contestée par l'appelante. Par conséquent, le jugement entrepris sera partiellement admis et la Cour condamnera A_____, sur réforme, au paiement de la somme de 1'226'551 fr. 94, soit 1'376'551 fr. 94 sous déduction de la créance compensatoire de 150'000 fr. visée sous considérant 6.1.2.

E. 7

Au vu des conclusions prises devant la Cour par l'appelante, qui contestait devoir le montant de 1'376'551 fr. 94 arrêté par le Tribunal des baux et loyers, la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et art. 74 al. 1 let. d LTF); la voie du recours en matière civile est ouverte.

E. 8

Un émolument de 300 fr. en faveur de l'Etat est mis à charge de l'appelante, qui succombe en grande partie (art. 447 al. 2 aLPC). Quant aux débours, ils seront laissés à la charge de l'appelante en tant qu'ils ont trait à des taxes pour le témoin J_____ et d'interprète pour le témoin J_____ et AK_____, organe de A_____, et à des frais de traduction de la commission rogatoire de U_____: tous ont été soit cités comme témoin par l'appelante, ou sont organe de cette dernière, ce qui justifie que les débours soient mis à la charge de l'appelante, quand bien même l'intimée n'a pas obtenu le plein de ses conclusions en première instance. * * * * *

C/13774/2005

- 36/37 -

PAR CES MOTIFS,

la Chambre des baux et loyers :

A la forme: Déclare recevable l'appel formé par A_____ SÀRL contre le jugement JTBL/1053/2010 rendu le 30 août 2010 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/13774/2005-D. Ordonne la substitution de la partie intimée, C_____ SA se substituant [à] D_____ SA. Au fond: L'admet partiellement. Statuant à nouveau: Condamne A_____ SÀRL à verser à C_____ AG la somme de 1'226'551 fr. 94. Confirme pour le surplus le jugement entrepris. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Condamne A_____ SÀRL à verser à l'Etat un émolument de 300 fr. Siégeant: Monsieur Daniel DEVAUD, président; Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD et Monsieur Pierre CURTIN, juges; Monsieur Lucie BACHELARD et Monsieur Grégoire CHAMBAZ, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

C/13774/2005

- 37/37 -

Indication des voies et délais 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 considérant 7 supra).

Cil 3774/2005

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.