

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12662/2017

ACJC/1538/2017

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU LUNDI 27 NOVEMBRE 2017**

Entre

**Madame A**\_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_, appelante d'une ordonnance rendue par la 17ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 31 août 2017, comparant par Me Christian van Gessel, avocat, rue du Mont-de-Sion 8, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

**B**\_\_\_\_\_, Monsieur **C**\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, intimée, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 01.12.2017.

---

## EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/448/2017 du 31 août 2017, reçue par les parties le 1<sup>er</sup> septembre 2017, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de mesures provisionnelles formées par A\_\_\_\_\_ le 26 mai 2017 tendant à ce que la B\_\_\_\_\_ soit condamnée à mettre à sa disposition le pavillon n° 1\_\_\_\_\_ situé sur la D\_\_\_\_\_ du E\_\_\_\_\_ et à lui en remettre les clés jusqu'à droit jugé au fond (ch. 1 du dispositif), réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 2) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).
- B.**
- a.** Le 11 septembre 2017, A\_\_\_\_\_ a formé appel de cette ordonnance, concluant à son annulation et à ce que la Cour ordonne à la B\_\_\_\_\_ de mettre à sa disposition le pavillon précité et de lui en remettre les clés avec effet immédiat jusqu'à droit jugé, avec suite de frais et dépens.
- b.** Le 26 octobre 2017, la B\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel.
- c.** Les parties ont été informées le 13 novembre 2017 de ce que la cause était gardée à juger, A\_\_\_\_\_ ayant renoncé à répliquer.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier.
- a.** Depuis 1992, A\_\_\_\_\_ exploitait, de manière saisonnière, un stand de glaces à l'enseigne "F\_\_\_\_\_" sur le E\_\_\_\_\_.
- b.** Par arrêt du 20 mars 2012, la Chambre administrative de la Cour de justice a jugé que la B\_\_\_\_\_ devait attribuer un pavillon glacier à A\_\_\_\_\_ aux mêmes conditions que les exploitants dont la candidature avait été admise lors de la soumission de juillet 2009.
- La soumission précitée prévoit que les dossiers de candidature doivent impérativement comporter un certificat de capacité.
- c.** Le 22 décembre 2014, la B\_\_\_\_\_ a informé A\_\_\_\_\_ que, compte tenu de l'arrêt susmentionné, un pavillon glacier sur le pourtour de la G\_\_\_\_\_ devait lui être attribué pour la prochaine période d'exploitation, débutant le 1<sup>er</sup> mars 2015.
- d.** Le 18 juin 2015, la B\_\_\_\_\_, en tant que bailleuse, et A\_\_\_\_\_, en tant que locataire, ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur une chose mobilière, à savoir un pavillon glacier amovible, destiné à l'exploitation d'un commerce de glaces/boissons/petite restauration.
- Le pavillon était loué du 1<sup>er</sup> mars au 31 octobre des années 2015 à 2018 et la location prendrait fin irrévocablement le 31 octobre 2018, sans que l'une ou l'autre des parties ne doive le résilier.

Le loyer était de 23'864 fr. par saison.

L'art. 7 let. a de ce contrat prévoit que la locataire a l'obligation de "disposer des autorisations administratives nécessaires à l'exploitation du commerce auquel était destiné le pavillon (certificat de capacité, autorisation d'exploiter délivrée par le Service du commerce incluant, cas échéant, l'autorisation de débiter de l'alcool, etc.)".

La locataire avait l'obligation d'exploiter personnellement le commerce, si nécessaire avec son personnel (art. 7 let. c).

La violation de l'une ou l'autre des obligations de la locataire pouvait justifier la résiliation anticipée du bail, si la locataire persistait à ne pas s'y conformer malgré un avertissement écrit.

Le contrat prévoyait qu'il était régi par les art. 253 ss CO. La locataire était rendue attentive au fait que les dispositions relatives aux locaux commerciaux ne s'appliquaient pas, en raison du fait que le bail portait sur une construction mobilière amovible.

Les art. 271 à 273 CO (protection contre les résiliations) et 274 à 274g aCO (autorité et procédure) n'étaient pas applicables.

Le cahier des charges émis dans le cadre de la procédure d'attribution du bail faisait partie intégrante du contrat. Ledit cahier des charges prévoyait notamment que les candidats à la location devaient fournir une copie de leur certificat cantonal de capacité de cafetier, restaurateur et hôtelier.

**e.** A\_\_\_\_\_ a débuté l'exploitation du pavillon en juin 2015, étant précisé qu'elle l'a fait sans l'autorisation de la B\_\_\_\_\_, en changeant les serrures.

**f.** Entre juin 2015 et février 2016, la B\_\_\_\_\_ a rappelé à plusieurs reprises à A\_\_\_\_\_ son obligation de lui remettre une copie de son certificat de capacité de cafetier restaurateur.

**g.** A\_\_\_\_\_ a échoué aux examens de cafetier restaurateur de la fin de l'année 2015.

**h.** Le 26 février 2016, A\_\_\_\_\_ a fait savoir à la B\_\_\_\_\_ qu'elle prévoyait de se représenter à la prochaine session d'examen du certificat de capacité et avait dans l'intervalle, engagé une personne titulaire dudit certificat.

**i.** Le 2 mars 2016 la B\_\_\_\_\_ lui a répondu qu'elle devait personnellement, en sa qualité de locataire, être titulaire du certificat de capacité; l'engagement d'un tiers titulaire n'était pas suffisant.

Faisant suite à un entretien téléphonique subséquent, elle a ajouté par courrier du 10 mars 2016, qu'elle lui proposait de régulariser sa situation, à condition qu'elle obtienne le certificat en 2016.

**j.** Le 27 mai 2016, A\_\_\_\_\_ a répondu qu'elle était consciente qu'elle devait être titulaire du diplôme attestant de son aptitude à exploiter un établissement soumis à la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement (ci-après : LRDBHD – RS GE 1 2 22).

Elle proposait de renoncer au contrat de bail si elle ne réussissait pas l'examen du diplôme susmentionné lors de la prochaine session de novembre 2016.

**k.** Parallèlement à ces discussions, A\_\_\_\_\_ a assigné la B\_\_\_\_\_ en paiement et une audience de conciliation a eu lieu le 5 juillet 2017.

**l.** Le 22 juillet 2016, la B\_\_\_\_\_ a résilié le bail du 18 juin 2015 au motif que A\_\_\_\_\_ n'était pas titulaire du certificat de capacité. Elle ajoutait qu'elle lui avait concédé à titre dérogatoire et exceptionnel le droit d'exploiter le pavillon du 1<sup>er</sup> mars au 31 octobre 2015. Depuis lors, elle avait non seulement échoué aux examens de la fin 2015, mais également renoncé à se présenter à la session de mai 2016.

Si la nécessité impérative d'être titulaire du certificat de capacité figurait auparavant dans le cahier des charges et était reportée dans les obligations contractuelles, elle découlait depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 des articles 5 et 9 LRDBHD. La B\_\_\_\_\_ n'avait dès lors plus de marge d'appréciation à cet égard.

**m.** A\_\_\_\_\_ a pris possession du pavillon par la force en juillet 2016, en dépit de la résiliation qui lui avait été signifiée.

**n.** Une nouvelle résiliation du bail a été signifiée à l'intéressée le 3 novembre 2016, accompagnée du formulaire officiel agréé par l'Etat de Genève.

**o.** La B\_\_\_\_\_ a repris possession du pavillon en novembre 2016.

**p.** Par acte déposé en conciliation le 5 décembre 2016 au Tribunal de première instance, A\_\_\_\_\_ a conclu principalement à ce que le Tribunal constate que la résiliation du 22 juillet 2016 était nulle et annule la résiliation du 3 novembre 2016.

Subsidiairement, elle a conclu à l'octroi d'une première prolongation de bail jusqu'à la fin de la saison 2018.

**q.** Suite à l'échec de la tentative de conciliation du 13 mars 2017, A\_\_\_\_\_ a introduit la demande précitée le 26 mai 2017 et a en outre requis des mesures provisionnelles, prenant les mêmes conclusions que celles figurant dans son appel.

**r.** Le 3 juillet 2017, la B\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_ de ses conclusions sur mesures provisionnelles.

**s.** La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience du Tribunal du 11 juillet 2017, lors de laquelle les parties ont persisté dans leurs conclusions.

**D.** Les arguments des parties devant la Cour seront traités ci-après en tant que de besoin.

### **EN DROIT**

**1.** **1.1** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles si la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

Selon l'art. 91 al. 1 CPC, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions. Toutefois, 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).

En l'espèce, l'appelante fait valoir que le loyer du pavillon litigieux pour une saison est de 23'864 fr. de sorte que la valeur litigieuse de 10'000 fr. est atteinte, ce que l'intimée ne conteste pas. Au vu de ce qui précède, la Cour retiendra que l'intérêt financier de l'appelante à l'admission de sa requête est vraisemblablement supérieur à 10'000 fr., si bien que la voie de l'appel est ouverte.

**1.2** Interjeté dans les délais et forme utiles (art. 130, 131 et 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

**1.3** L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 lit. d CPC), avec administration restreinte des moyens de preuve, la cognition du juge est toutefois limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1).

**2.** La Cour de céans est compétente à raison de la matière pour connaître du litige, ce qui n'est contesté par aucune des parties.

En effet, selon la jurisprudence de la Cour de justice, un pavillon glacier comme celui litigieux en l'espèce est une construction mobilière amovible, et non une chose immobilière au sens de l'art. 89 al. 1 let. a LOJ, de sorte que la compétence de la juridiction des baux et loyers est exclue.

3. Le Tribunal a considéré que tant le contrat de bail que la loi prévoyaient que la location du pavillon litigieux était soumise à la condition que l'appelante dispose du certificat de capacité de cafetier restaurateur, ce qui n'était pas le cas. Rien ne permettait de penser que la détention de ce certificat par un employé de l'appelante était suffisante. En outre, la mesure requise consistait en une exécution anticipée du jugement à venir, pour l'admission de laquelle il convenait de se montrer particulièrement exigeant. Il en résultait que l'appelante n'avait pas rendu ses prétentions vraisemblables. Elle n'avait pas non plus rendu vraisemblable l'existence d'une urgence à statuer puisqu'elle avait attendu le 26 mai 2017 pour former sa requête de mesures provisionnelles alors qu'elle avait été informée le 22 juillet 2016 de la résiliation de son bail.

L'appelante fait valoir que, lors d'un contrôle ayant eu lieu le 30 septembre 2016, aucune infraction à la loi sur la vente à l'emporter de boissons alcooliques (LVEBA – RS GE I 2 24) n'avait été constatée, ce qui, selon elle, réalisait la condition prévue par l'art. 7 let. a du contrat de bail. Elle n'avait pas l'obligation d'être titulaire du certificat de capacité. Elle n'avait admis le contraire en mai 2016 que "pour pouvoir enfin obtenir de l'intimée" qu'elle la laisse "exploiter tranquillement son pavillon". En tout état de cause, la LRDBHD lui permettait de désigner un tiers, titulaire dudit certificat, comme exploitant. Or l'intimée avait refusé qu'elle le fasse. La mesure provisionnelle requise ne constituait pas une mesure d'exécution anticipée du jugement à venir. Même si tel était le cas, son intérêt à pouvoir gagner sa vie était supérieur aux intérêts de l'intimée. Elle n'avait pas requis de mesures provisionnelles au moment de la résiliation du bail de juillet 2016 car les parties étaient en discussion à l'époque. Au demeurant, "elle avait réinvesti de force le pavillon qu'elle louait, si bien qu'elle n'avait pas besoin de demander sur mesures provisionnelles la jouissance de cet édifice, car elle l'avait déjà". La condition de l'urgence était par conséquent réalisée.

**3.1.1** Aux termes de l'art. 261 al. 1 CPC, le juge ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

En vertu de l'art. 262 let. a CPC, le juge peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment une interdiction.

Dans le cadre des mesures provisionnelles, le juge peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3; 139 III 86 consid. 4.2). L'octroi de mesures provisionnelles suppose la vraisemblance du droit invoqué et des chances de succès du procès au fond, ainsi que la vraisemblance, sur la base d'éléments objectifs, qu'un danger imminent menace le droit du requérant, enfin la vraisemblance d'un préjudice difficilement réparable, ce qui implique une urgence (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, in FF 2006 p. 6841 ss, spéc. 6961; BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 3 ss ad art. 261 CPC). La preuve est (simplement) vraisemblable lorsque le juge, en se fondant sur des éléments objectifs, a l'impression que les faits pertinents se sont produits, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 130 III 321 consid. 3.3 = JdT 2005 I 618).

**3.1.2** Selon l'art. 8 al. 1 de la LRDBHD, l'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département compétent. Cette autorisation est délivrée à condition, notamment, que l'exploitant soit titulaire du diplôme attestant de son aptitude à exploiter et gérer une entreprise soumise à la LRDBHD (art. 9 let. c LRDBHD).

L'obtention du diplôme précité est subordonnée à la réussite d'examens, aux fins de vérifier que les candidats à l'exploitation possèdent les connaissances nécessaires (art. 16 al. 1 LRDBHD).

Est considérée comme "exploitant" la personne physique responsable de l'entreprise, qui exerce effectivement et à titre personnel toutes les tâches relevant de la gestion de celle-ci (art. 3 let. n LRDBHD). L'exploitation de l'entreprise ne peut être assurée que par la personne qui est au bénéfice de l'autorisation y relative, étant précisé que l'exploitant doit gérer l'entreprise de façon effective, en assurant la direction en fait de celle-ci (art. 22 al. 1 et 2 LRDBHD).

Tout propriétaire d'entreprise qui recourt à un prête-nom s'expose aux sanctions et mesures prévues par la présente loi (art. 23 al. 2 LRDBHD).

**3.1.3** L'attitude contradictoire d'une partie constitue un abus de droit. Lorsqu'une partie adopte une certaine position, elle ne peut pas ensuite soutenir la position contraire, car cela revient à tromper l'attente fondée qu'elle a créée chez sa partie adverse; si elle le fait, c'est un *venire contra factum proprium*, qui constitue un abus de droit. La prétention de cette partie ne mérite pas la protection du droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_590/2016 du 26 janvier 2017 consid. 2.1 et 2.2).

**3.2** En l'espèce, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que l'exploitation du pavillon litigieux était soumise à la condition que l'appelante soit au bénéfice d'un certificat de capacité.

En effet, cette obligation est prévue tant par l'art. 7 let. a du contrat de bail du 18 juin 2015 que par les art. 8 et 9 LRDBHD.

L'appelante n'allègue pas être au bénéfice de ce certificat de capacité.

Ni le contrat, ni la loi précitée ne prévoient par ailleurs la possibilité pour la locataire du pavillon de se prévaloir du certificat de capacité détenu par l'un de ses employés ou de confier l'exploitation à celui-ci.

L'art. 7 let. c du contrat de bail stipule au contraire que l'appelante a l'obligation d'exploiter personnellement le commerce concerné.

Quant à la LRDBHD, elle précise que l'exploitant au bénéfice du certificat de capacité doit gérer l'entreprise de façon effective, en assurant la direction en fait de celle-ci, étant souligné que le recours à un prête-nom est passible de sanctions.

L'appelante était d'ailleurs bien consciente du fait qu'elle devait être personnellement titulaire du certificat de capacité concerné puisqu'elle l'a expressément reconnu dans un courrier adressé à l'intimée en mai 2016, précisant qu'elle entendait se représenter aux examens après son premier échec. En contestant par la suite l'existence de cette obligation, après avoir fait croire à sa bailleuse qu'elle allait faire en sorte de s'y conformer, l'appelante adopte une attitude contraire à la bonne foi qui ne mérite aucune protection.

Son explication selon laquelle elle n'a admis l'existence de cette obligation que pour pouvoir "obtenir d'exploiter tranquillement son pavillon" ne lui est d'aucun secours.

Enfin, le fait que l'appelante n'ait pas enfreint les règles de la LVEBA ne la dispense évidemment pas de respecter celles de la LRDBHD.

Il résulte de ce qui précède que l'appelante n'a pas rendu vraisemblable qu'elle remplit les conditions prévues par le contrat de bail du 18 juin 2015, ni les conditions légales pour être autorisée à exploiter un pavillon glacier, de sorte qu'elle n'a pas rendu vraisemblable l'existence de sa prétention au fond.

C'est par conséquent à juste titre que le Tribunal a rejeté sa demande de mesures provisionnelles.

C'est également à bon droit que le Tribunal a retenu que la condition de l'urgence n'était pas réalisée dans la mesure où l'appelante, qui savait depuis juillet 2016 que

l'intimée avait résilié son bail, n'a requis des mesures provisionnelles qu'en mai 2017.

L'appelante justifie son inaction par le fait qu'elle n'avait aucun besoin d'une autorisation judiciaire puisqu'elle avait investi de force le pavillon litigieux. Il ne s'agit pas là d'une raison valable et cet argument illustre le peu de cas que l'appelante fait du respect des règles légales.

Il résulte de ce qui précède que l'ordonnance querellée doit être confirmée.

- 4.** L'appelante, qui succombe, sera condamnée aux frais (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires seront fixés à 2'000 fr. (art. 26 RTFMC) et partiellement compensés avec l'avance de 1'000 fr. déjà versée, laquelle restera acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il ne sera pas alloué de dépens à l'intimée qui n'en a pas sollicité.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**La Chambre civile :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance OTPI/448/2017 rendue le 31 août 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12662/2017-17 SP.

**Au fond :**

Confirme cette ordonnance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête à 2'000 fr. les frais judiciaires d'appel, les compense partiellement avec l'avance versée, qui reste acquise à l'Etat de Genève, et les met à la charge de A\_\_\_\_\_.

Condamne A\_\_\_\_\_ à verser 1'000 fr. à l'Etat de Genève au titre du solde des frais judiciaires d'appel.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

**Siégeant :**

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Céline FERREIRA

**Indication des voies de recours :**

*Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.*

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

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.*