[AZA 0/2]

4C.43/2000

Ie COUR CIVILE
****

21 mai 2001

Composition de la Cour: MM. Walter, président, Leu et Corboz,
juges. Greffier: M. Ramelet.

_____

Dans la cause civile pendante
entre
les époux M._____, défendeurs et recourants principaux, représentés par Me Jacques Roulet, avocat à Genève,

et

1. B._____,
2. X._____ S.A.,
demanderesses, intimées et recourantes par voie de jonction, toutes deux représentées par Me Philippe Bonnefous, avocat à Genève;

(bail à loyer ou bail à ferme; détermination du bailleur)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Par convention du 21 mai 1984, X._____ S.A.
- dont B._____ est actuellement l'unique actionnaire et administratrice - a cédé aux époux M._____, moyennant rémunération, l'exploitation d'un café-restaurant à Genève, dans un immeuble dont B._____ est propriétaire.

Le 30 janvier 1991, B._____, se désignant comme bailleresse, a notifié aux époux M._____ une augmentation de loyer. Le même jour, un contrat de bail à loyer a été signé par B._____ et les époux M._____; les mêmes parties sont convenues d'augmenter également la redevance pour la gérance. Ainsi, à partir du 1er février 1991, la somme totale due par les époux M._____ s'élevait à 12 200 fr. par mois.

Les époux M._____ ont versé ce montant jusqu'en mai 1995. A partir de juin 1995, ils ont refusé de payer la somme de 8500 fr. par mois prévue à titre de redevance pour la gérance.

B.- Le 22 janvier 1996, X._____ S.A. et B._____ ont déposé devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du canton de Genève une demande en paiement et en constatation de droit. Elles ont soutenu qu'il avait été conclu un bail à ferme entre X._____ S.A. et les époux M._____, ces derniers devant être condamnés à payer la redevance pour la gérance.

Les époux M._____, pour leur part, ont soutenu qu'il n'existait qu'un contrat de bail à loyer entre B._____ et eux-mêmes, le prétendu contrat de gérance étant nul.

Par requête déposée en conciliation le 29 mars 1996, les époux M._____ ont fait valoir à l'encontre de

B._____ les droits résultant pour eux de prétendus défauts de la chose louée.

Par requête déposée en conciliation le 10 juillet 1996, X._____ S.A. a sollicité l'évacuation des époux M._____ et conclu au paiement de la redevance pour la gérance, puis d'une indemnité pour occupation illicite.

Les trois causes ont été jointes.

Par arrêt du 17 décembre 1999, la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève, réformant un jugement rendu en première instance, a constaté que B._____ (qui avait succédé à X._____ S.A. dans la relation contractuelle) et les époux M._____ étaient liés par un bail à loyer, et non par un bail à ferme. Elle a condamné les époux M._____ au versement de 8500 fr. par mois pour la période du 1er juin 1995 au 31 décembre 1996 et renvoyé la cause à l'autorité inférieure en vue de compléter l'administration des preuves à propos de la redevance réclamée pour la période postérieure et pour ce qui concerne l'action en garantie des défauts.

Contre cette décision, les époux M._____ ont interjeté:

- un recours de droit public au Tribunal fédéral (cause 4P.23/2000), qu'ils ont retiré par lettre du 24 janvier 2001;

- un recours en réforme au Tribunal fédéral (cause 4C.43/2000);

- une demande de révision auprès de la Chambre d'appel en matière de baux et loyers, qui a été rejetée (sauf en ce qui concerne une décision de mainlevée définitive d'opposition) par arrêt du 4 décembre 2000. Contre cet arrêt, les conjoints M._____ ont interjeté un recours de droit public au Tribunal fédéral (cause 4P.21/2001), qui a été rejeté par arrêt de ce jour.

C.- Seul demeure litigieux le recours en réforme sur lequel il convient maintenant de statuer. Dans ce recours, les époux M._____, invoquant diverses violations du droit fédéral, concluent à l'annulation de l'arrêt attaqué sur tout ce qui concerne les demandes en paiement dirigées contre eux, dont ils sollicitent le rejet.

Les intimées proposent l'irrecevabilité du recours à la forme et son rejet quant au fond. Elles forment un recours joint et reprennent en substance l'ensemble de leurs conclusions sur le fond.

Les recourants principaux concluent à l'irrecevabilité du recours joint (sauf en ce qui concerne l'action en garantie des défauts) et, au fond, à ce que leurs parties adverses soient déboutées de l'intégralité de leurs conclusions.

Considérant en droit :

1.- a) Le recours en réforme n'est recevable en règle générale que contre des décisions finales (art. 48 al. 1 OJ). Pour qu'une décision soit qualifiée de finale au sens de l'art. 48 al. 1 OJ, il faut, d'une part, qu'elle mette fin à l'ensemble du litige soumis au juge (cf. ATF 123 III 140 consid. 2a) et, d'autre part, que l'autorité ait statué sur une prétention matérielle ou refusé d'en juger avec une motivation interdisant définitivement que la même prétention soit émise à nouveau entre les mêmes parties (ATF 126 III 445 consid. 3b; 123 III 414 consid. 1; 122 III 92 consid. 2a). En l'espèce, la cour cantonale n'a pas tranché sur toutes les conclusions prises de manière à mettre fin au litige, puisque la procédure va se poursuivre devant l'autorité de première instance. Il ne s'agit donc pas d'une décision finale.

En revanche, l'autorité cantonale a statué sur une partie des conclusions, à savoir celles concernant la qualification du contrat, la détermination des parties et les redevances dues pour la période du 1er juin 1995 au 31 décembre 1996. Pour les autres conclusions, la cause a été renvoyée en première instance pour complément

d'instruction et nouvelle décision. On se trouve donc en présence d'une décision partielle (cf. ATF 124 III 406 consid. 1a et les références citées).
Une décision partielle peut faire l'objet d'un recours en réforme, sans attendre la décision finale, si son objet aurait pu donner lieu à un procès séparé et si la décision revêt un caractère préjudiciel pour les conclusions qui subsistent (ATF 124 III 406 ibidem; 123 III 140 consid. 2a; 117 II 349 consid. 2a). Une action séparée en constatation de droit et en paiement (pour la période indiquée) était en soi concevable; les questions tranchées sont de nature à influencer la décision sur les autres prétentions qui demeurent litigieuses.
Le recours en réforme est ainsi ouvert sur ces deux points.

Pour ce qui est de la décision de mainlevée définitive, elle a été annulée par l'arrêt de révision cantonal du 4 décembre 2000, de sorte que tout grief en rapport avec cette question est maintenant sans objet.
Sur les points où la cause est simplement renvoyée à l'autorité de première instance, on se trouve en présence d'une décision incidente. Comme celle-ci ne concerne pas la compétence (cf. art. 49 OJ), le recours en réforme à ce sujet n'est recevable qu'aux conditions de l'art. 50 al. 1 OJ. Il faut pour cela qu'une décision finale puisse être provoquée immédiatement et que la durée et les frais de la procédure probatoire seraient si considérables qu'il convient de les éviter en autorisant le recours immédiat (art. 50 al. 1 OJ).

b) Sous cette réserve, le recours en réforme est en principe recevable, puisqu'il a été formé en temps utile (art. 54 al. 1 et 34 al. 1 let. c OJ) dans les formes requises (art. 55 OJ), par une partie qui n'a pas obtenu le plein de ses conclusions, et qu'il est dirigé contre un jugement rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 48 al. 1 OJ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 8000 fr. (art. 46 OJ).
Les conclusions prises sur le fond et les motivations présentées sont suffisamment explicites pour répondre aux exigences de l'art. 55 OJ.

Pour les mêmes raisons et sous les mêmes réserves, le recours joint, formé en temps utile avec le mémoire de réponse, est également recevable (art. 59 al. 2 et 3 OJ).

c) Le recours en réforme est ouvert pour violation du droit fédéral (art. 43 al. 1 OJ). Il ne permet en revanche pas d'invoquer la violation directe d'un droit de rang constitutionnel (art. 43 al. 1 2e phrase OJ) ou la violation du droit cantonal (ATF 127 III 248 consid. 2c et les arrêts cités).

Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu à rectification de constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ; ATF 127 III 248 ibidem). Dans la mesure où un recourant présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). L'appréciation des preuves à laquelle s'est livrée l'autorité cantonale ne peut être remise en cause (ATF 126 III 189 consid. 2a; 125 III 78 consid. 3a).

Si le Tribunal fédéral ne saurait aller au-delà des conclusions des parties, lesquelles ne peuvent en prendre de nouvelles (art. 55 al. 1 let. b in fine OJ), il n'est lié ni par les motifs qu'elles invoquent (art. 63 al. 1 OJ), ni par ceux de la décision cantonale (art. 63 al. 3 OJ; ATF 127 III 248 consid. 2c; 126 III 59 consid. 2a).

2.- a) Par l'effet conjugué du recours en réforme et du recours joint, toutes les questions litigieuses tranchées par la cour cantonale sont remises en cause devant le Tribunal fédéral. Dans une telle situation, il se justifie de reprendre les questions dans l'ordre logique et d'examiner, pour chacune d'elles, si le droit fédéral a ou non été violé.

b) La première question litigieuse est de savoir si le contrat doit être qualifié de bail à loyer (art. 253 CO)

ou de bail à ferme non agricole (art. 275 CO).

Le bail à ferme se distingue du bail à loyer par l'objet du contrat. Le bailleur ne cède pas à son cocontractant l'usage de n'importe quelle chose, mais l'usage d'un bien ou d'un droit productif, dont le fermier peut percevoir les fruits ou les produits (cf. art. 275 CO). Il y a bail à ferme notamment lorsque le bailleur cède l'exploitation d'une entreprise entièrement équipée, c'est-à-dire d'un outil de production; en revanche, il faut retenir la qualification de bail à loyer s'il cède des locaux qu'il appartient au cocontractant d'aménager pour en faire une entreprise productive.

La mise en gérance libre d'un établissement public complètement équipé donne lieu à un bail à ferme non agricole (Lachat, Le bail à loyer, p. 55, n°2.1; Tercier, Les contrats spéciaux, 2e éd., n°2172, p. 266). La qualification du contrat doit cependant s'opérer en fonction des prestations qui ont été réellement convenues, et non pas en fonction d'expressions ou dénominations inexactes dont les parties ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO). Il ne suffit donc pas que le contrat parle de ġérancepour conclure nécessairement à l'existence d'un bail à ferme.

La cour cantonale a constaté en fait - d'une manière qui lie le Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme (art. 63 al. 2 OJ) - que les recourants principaux avaient, conformément à la volonté des parties, modifié à leurs frais et dès leur arrivée l'aménagement des locaux, pour transformer le bar à champagne préexistant en un restaurant espagnol; le restaurant a d'ailleurs été fréquenté dès le départ par des personnes qui étaient déjà des clients de l'établissement qu'exploitaient précédemment les défendeurs.

L'autorité cantonale en a déduit que les recourants principaux avaient créé leur entreprise et qu'ils n'avaient pas simplement reçu l'usage d'un outil de production déjà existant. Sur la base de l'état de fait déterminant, une telle conclusion ne transgresse pas le droit fédéral. Il en résulte que le contrat conclu doit être qualifié de bail à loyer au sens de l'art. 253 CO.

c) Le point de savoir si la bailleresse est B._____ ou X._____ S.A. est une autre question litigieuse.

Il ressort des constatations cantonales que B._____, propriétaire de l'immeuble, avait loué les locaux de l'établissement public à X._____ S.A., laquelle les a sous-loués aux recourants principaux.

La situation s'est ensuite profondément modifiée.
B._____, qui est devenue l'unique actionnaire et administratrice de X._____ S.A., a notifié aux défendeurs, le 30 janvier 1991, un avis de majoration de loyer sur formule officielle, dans lequel elle se présente comme bailleresse.
Elle a ainsi manifesté la volonté de devenir directement la bailleresse, sans que ne s'interpose sa propre société.

Le même jour, elle a signé, sans apparaître en tant que représentante, un contrat de bail à loyer avec les recourants principaux. La signature de cette convention montre que les défendeurs acceptaient ce changement de cocontractant.

Il est vrai que, par ce nouveau contrat, la convention initiale a été curieusement divisée en deux contrats: le bail à loyer et la gérance libre. Il a cependant été constaté que B._____, sans apparaître en tant que représentante, a renégocié simultanément le second volet (le contrat de gérance), une augmentation de la redevance ayant été convenue.

La cour cantonale en a déduit que les parties étaient convenues, en tout cas dès le 30 janvier 1991, que la relation contractuelle, dans son intégralité, unissait désormais B._____ d'une part et les recourants d'autre part.
En instance de réforme, le Tribunal fédéral, comme on l'a vu, ne peut revoir les constatations de fait qui fondent cette démonstration. A considérer l'état de fait définitif, la conclusion de la cour cantonale ne viole pas les principes du droit fédéral sur l'interprétation des déclarations de volonté selon le principe de la confiance (sur

le principe de la confiance et le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral: cf. ATF 126 III 375 consid. 2e/aa et les arrêts cités).
Il doit être rappelé que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (Wiegand, Commentaire bâlois, 2e éd., n. 8 ad art. 18 CO; Kramer, Commentaire bernois, n. 101 s. ad art. 1 CO; Eugen Bucher, Commentaire bâlois, 2e éd., n. 6 et 10 s. ad art. 1 CO; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., p. 216 s.).

d) La cour cantonale a retenu souverainement que les parties s'étaient mises d'accord sur une rémunération totale de 12 200 fr. par mois dès le 1er février 1991. Elle a constaté également que les recourants principaux avaient cessé de payer, sur cette somme, 8500 fr. par mois dès juin 1995. Elle a donc condamné les défendeurs à payer à la bailleresse le montant non versé pendant la période du 1er juin 1995 au 31 décembre 1996 avec intérêts moratoires. On ne voit pas en quoi cette condamnation porterait atteinte au droit fédéral.

Les recourants principaux soutiennent que la somme impayée se rapporterait à la mise à disposition d'une licence d'alcool, convention qui serait nulle (art. 20 al. 1 CO) en vertu du droit cantonal. La cour cantonale s'est penchée sur cette question et, interprétant le droit cantonal, est parvenue à la conclusion que celui-ci n'impliquait pas la nullité des conventions privées portant sur la cession d'une licence d'alcool. Il n'est pas possible de réexaminer, dans un recours en réforme, une question de droit cantonal (art. 43 al. 1 et 55 al. 1 let. c OJ; ATF 127 III 248 consid. 2c déjà cité), même si le droit fédéral - en l'occurrence l'art. 20 al. 1 CO - y attache des conséquences (ATF 117 II 286 consid. 4c).

Les recourants principaux font également valoir qu'ils ont résilié le contrat de gérance pour le 21 mai 1996.

Certes, il existait, dès le 30 janvier 1991, deux contrats distincts: le bail à loyer et le contrat de gérance.
Il n'empêche que ces deux contrats, précédemment unis, sont indissociablement liés. Il résulte des constatations cantonales que les recourants principaux, qui entendent poursuivre l'exploitation, ne peuvent le faire que s'ils reçoivent l'ensemble des prestations prévues par les deux contrats, à savoir la mise à disposition des locaux, des équipements et de la licence d'alcool.

On se trouve ainsi en présence de deux contrats qui forment toutefois, dans l'idée des parties, une unité juridique et économique indissociable, au point de constituer un contrat unique mais complexe (sur cette figure juridique: cf.
ATF 107 II 144 consid. 2; Kramer, Commentaire bernois, n. 61 et 64 ad art. 19-20 CO; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., p. 176). Dans une telle situation, aucun des contrats liés ne peut prendre fin séparément (cf.
Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd. p. 741/742).

Il ressort des constatations cantonales que les parties ont décidé en dernier lieu, dans le contrat de bail du 30 janvier 1991, de se lier jusqu'au 31 janvier 1998.
Comme les deux contrats sont indissociables, cet engagement liait les recourants principaux, qui ne pouvaient pas donner valablement une résiliation pour le 21 mai 1996. Ainsi, la cour cantonale, sans avoir analysé correctement la situation, n'a pas violé le droit fédéral.

e) La Chambre d'appel a constaté que la bailleresse s'était engagée - ce qui constitue une prestation accessoire au bail - à mettre à disposition une licence d'alcool. Elle a également établi que le droit cantonal ne connaissait plus cette licence dès le 1er janvier 1997. La cour cantonale en a déduit qu'il fallait appliquer la c̈lausula rebus sic stantibus(̈sur cette notion: cf. ATF 122 III 97 consid. 3a; Merz, Commentaire bernois, n. 181 ss ad art. 2 CC), ce qui donne lieu à litige.

La situation décrite par l'autorité cantonale correspond typiquement à un cas d'impossibilité subséquente non fautive (art. 119 CO). En effet, la bailleresse, sans faute de sa part, se trouve, durant le bail, dans l'impossibilité de fournir sa prestation consistant à mettre à disposition une licence d'alcool, puisqu'une telle licence a été supprimée par le droit cantonal. Aux termes de l'art. 119 al. 1 CO, l'obligation s'éteint lorsque l'exécution en

devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur.
L'impossibilité subséquente et non fautive peut être d'origine juridique (ATF 111 II 352 consid. 2a). Dans les contrats bilatéraux, comme c'est le cas en l'espèce, l'extinction d'une obligation dont l'exécution est devenue impossible sans faute du débiteur dispense l'autre partie de la prestation qu'elle devait fournir en échange (art. 119 al. 2 CO; ATF 107 II 144 consid. 3).

Ainsi, la bailleresse est libérée de son obligation de mettre à disposition une licence d'alcool, mais les recourants principaux sont libérés également de l'obligation de payer désormais le prix convenu pour cette prestation. La difficulté réside en l'espèce dans le fait que la convention (avec ses deux contrats) est complexe et comporte plusieurs prestations de la part de la bailleresse, qui n'ont pas perdu leur intérêt. Dans une telle situation, la jurisprudence a ouvert la voie à une réadaptation du contrat par le juge (ATF 107 II 144 consid. 3; cf. Wiegand, Commentaire bâlois, 2e éd., n. 13 ad art. 119 CO; Aepli, Commentaire zurichois, n. 111 à 114 ad art. 119 CO).

A ce propos, la cour cantonale a renvoyé la cause à l'autorité de première instance en vue de déterminer la valeur de la prestation devenue impossible. Il n'y a pas de raison de penser que les investigations sur ce point seront particulièrement longues ou coûteuses, de sorte que les conditions de l'art. 50 al. 1 OJ ne sont pas réalisées pour permettre d'entrer en matière sur cette partie de l'arrêt attaqué, qui constitue ici une décision incidente.

f) En ce qui concerne les droits déduits par les recourants principaux de la garantie des défauts, la cour cantonale a estimé qu'elle n'était pas suffisamment renseignée, si bien qu'elle a renvoyé la cause à l'autorité de première instance pour complément d'instruction et prise d'une nouvelle décision. Les constatations cantonales sur ce point sont totalement insuffisantes pour appliquer le droit fédéral, de sorte qu'il est exclu de provoquer immédiatement une décision finale sur la base de celles-ci. Partant, les conditions de l'art. 50 al. 1 OJ ne sont pas réunies et le recours est à cet égard irrecevable.

3.- Les parties, qui sont en complète divergence sur les points litigieux, succombent chacune totalement sur leur recours respectif. Dans ces circonstances, chacune des parties assumera les frais judiciaires du recours qu'elle a interjeté (art. 156 al. 1 OJ); dans chaque cas, les frais seront mis solidairement à la charge des deux parties condamnées (art. 156 al. 7 OJ). Il se justifie en outre de ne pas allouer de dépens (cf. art. 159 al. 1 et 3 OJ).
Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours principal et le recours joint dans la mesure où ils sont recevables et confirme l'arrêt attaqué sur les deux premiers points du dispositif;

Déclare les recours irrecevables en ce qui concerne la décision de renvoyer la cause en première instance;

2. Met un émolument judiciaire de 5500 fr. solidairement à la charge des recourants principaux;

3. Met un émolument judiciaire de 5500 fr. solidairement à la charge des recourantes par voie de jonction;

4. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens;

5. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et à la Chambre d'appel en matière de baux et loyers du canton de Genève.

Lausanne, le 21 mai 2001 ECH

Au nom de la Ie Cour civile

du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président, Le Greffier,