

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12089/2008

ACJC/162/2014

ARRET

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 10 FEVRIER 2014

Entre

A _____, sise _____, _____ Zurich, appelante et intimée sur appel joint d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers de ce canton le 14 novembre 2012, comparant par Me Jacques Berta, avocat, rue Versonnex 7, 1207 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B _____, domicilié chemin _____, _____, intimé et appelant sur appel joint, comparant par Me Pierre Daudin, avocat, place Claparède 7, case postale 360, 1200 Genève 12 Champel, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 12.10.2014.

EN FAIT

- A. a.** Par jugement JTBL/1274/2012 du 14 novembre 2012, communiqué aux parties par plis du 21 novembre 2012 et reçu le lendemain, le Tribunal des baux et loyers a constaté la validité du congé notifié le 6 mars 2007 à B_____ pour le 31 octobre 2007 et portant sur les locaux commerciaux (arcade, dépôt et places de parc) sis 1, _____ à Genève (ch.1 du dispositif), constaté l'inefficacité des résiliations des contrats données au locataire le 10 avril 2008 pour le 31 mai 2008 et portant sur les mêmes locaux (ch. 2), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3) et dit que la procédure était gratuite (ch. 4).

En substance, le Tribunal a retenu, s'agissant de la résiliation notifiée le 6 mars 2007 par A_____, que cette question avait fait l'objet d'un jugement constatant la validité du congé et a fait siens les considérants de ce jugement. Il a estimé, concernant l'invalidation des baux du 8 juin 2007 que les conditions de l'erreur essentielle n'étaient pas réalisées et que la résiliation anticipée des baux, fondée sur les art. 257f al. 3 CO, 262 al. 2 CO et 108 ch. 1 CO était inefficace.

b. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 7 janvier 2013, A_____ appelle de ce jugement dont elle sollicite l'annulation en reprenant ses conclusions formulées en première instance. Elle conclut, principalement, à la constatation de l'invalidité des contrats de bail datés du 8 juin 2007 portant sur l'arcade, respectivement le dépôt, deux caves et les places de parking n^{os} 24, 25, 26 et 27 et à l'évacuation du locataire. A titre subsidiaire, elle conclut à la constatation de l'efficacité des congés donnés le 10 avril 2008 et à l'évacuation immédiate du locataire. Plus subsidiairement encore, elle invite la Cour à déclarer valables et efficaces les congés remis au locataire le 10 avril 2008, ainsi qu'à évacuer immédiatement B_____.

Elle soutient que les premiers juges ont retenu à tort que les conditions de l'erreur essentielle n'étaient pas toutes réalisées pour invalider les contrats de bail de juin 2007, alors qu'elle estime avoir été dans l'erreur lors de la conclusion de ces baux, puisque n'ayant pas connaissance de la sous-location conclue par le locataire.

Elle fait ensuite grief au Tribunal de n'avoir pas considéré que le montant de la sous-location était abusif, au regard de l'art. 262 al. 2 let. b CO, en retenant que la redevance prévue par le contrat de gérance, indépendante du montant du loyer, lui "échappait".

Elle fait valoir également qu'en considérant les congés donnés le 10 avril 2008 comme inefficaces, faute pour elle d'avoir préalablement interpellé le locataire de mettre un terme au contrat de gérance, le Tribunal n'a pas respecté les articles 257f al. 3 CO et 108 ch. 1 CO.

Elle invoque enfin que les congés notifiés le 10 avril 2008 devraient, à tout le moins, être "validés pour justes motifs", conformément à l'art. 266g CO, et précise que les premiers juges ont omis de se prononcer sur cet objet.

c. Dans sa réponse déposée au greffe de la Cour le 29 janvier 2013, B_____ conclut, sur appel principal, au déboutement de l'appelante et à la confirmation du jugement entrepris. Sur appel joint, il conclut, principalement, à l'annulation du chiffre 1 du jugement querellé et au déboutement de la bailleresse de toutes ses conclusions. Il conclut, subsidiairement, à l'annulation du jugement entrepris, et statuant à nouveau, à ce que la Cour constate la nullité, voire l'inefficacité du congé du 6 mars 2007, la bailleresse devant être déboutée de toutes ses conclusions.

Il allègue que A_____, ou à tout le moins la régie en charge de l'immeuble, avait connaissance de l'existence d'un gérant dans l'établissement, de sorte qu'elle n'était pas en proie à une erreur. Il précise, s'agissant du montant de la redevance de la gérance, que les premiers juges avaient, à juste titre, admis qu'elle relevait de la liberté contractuelle entre les parties, raison pour laquelle ils avaient conclu à l'inapplicabilité des art. 262 al. 2 CO et 257f al. 3 CO. Enfin, il soutient que l'art. 266g CO est inapplicable au cas d'espèce.

Sur appel joint, B_____ fait valoir que, si le jugement querellé ne devait pas être confirmé par la Cour de céans et si celle-ci devait déclarer invalide les cinq contrats de bail datés du 8 juin 2007, il sollicite l'annulation du chiffre 1 du dispositif du jugement entrepris, validant le congé du 6 mars 2007.

Il considère que dès lors qu'aucune des parties n'a pris de conclusion sur la validité du congé du 6 mars 2007, le chiffre 1 du dispositif du jugement entrepris doit être annulé. Il prétend encore que le principe de la force jugée n'est pas applicable à la question de la validité des congés du 6 mars 2007, contrairement à la constatation du Tribunal, puisqu'elle n'a pas fait l'objet du jugement JTBL/243/2009 du 17 février 2009, opposant les mêmes parties.

d. Dans son mémoire réponse à l'appel joint du 19 février 2013, A_____ reprend ses conclusions et conclut au déboutement du locataire de toutes ses conclusions.

Elle relève que le Tribunal s'est d'ores et déjà prononcé sur la validité de la résiliation du 6 mars 2007 par jugement du 17 février 2009 (JTBL/243/2009) et que c'est dès lors à juste titre que la validité du congé a été prononcée. Elle précise que le locataire n'a pas recouru à l'encontre de ce jugement, de sorte qu'il est entré en force de chose jugée.

e. Par mémoire de réplique du 15 mars 2013, le locataire a persisté dans ses conclusions.

f. La bailleresse a dupliqué par courrier du 27 juin 2013 en persistant dans ses conclusions.

g. Le 28 juin 2013, la Cour a avisé les parties que la cause était mise en délibération.

B. Les faits pertinents suivant ressortent du dossier soumis à la Cour :

a. Le 23 octobre 1992, C_____ et B_____ ont signé un contrat d'option-vente et de gérance, par lequel le premier remettait au second le fonds de commerce du café-restaurant-pizzeria D_____, sis 1, _____ à Genève, pour un montant total de 920'000 fr.

b. Le 23 septembre 1996, B_____ a acheté le fonds de commerce susmentionné pour un solde de 400'000 fr.

c. Par contrat du même jour, E_____ et F_____, propriétaires de l'immeuble sis _____ 1, ont remis à bail à B_____ une arcade de 106 m2 environ ainsi qu'un entrepôt de 27 m2, destinés à l'exploitation du café-restaurant-pizzeria D_____, ainsi que les places de stationnement n^{os} 24 et 25 pour un loyer annuel global de 47'160 fr.

Par la suite, plusieurs modifications du bail initial sont intervenues :

- Par avenant au contrat de bail du 27 septembre 1996, les parties susmentionnées ont convenu du remplacement de l'entrepôt inscrit dans le bail initial par un entrepôt de 55 m2 au sous-sol du même immeuble;

- B_____ a, par contrat du 2 décembre 1997, loué deux emplacements de parking supplémentaires, soit les places n^o 26 et 29 pour un loyer annuel de 1'800 fr. chacune;

- Par avenant du 30 novembre 2000, les parties ont convenu de la prolongation du bail jusqu'au 31 octobre 2007;

- B_____ a pris à bail, par contrat du 26 mars 2003, une place de stationnement intérieur pour un loyer annuel de 1'800 fr., et le parking n^o 29 a été remplacé par le parking n^o 27.

- Une augmentation du loyer du bail, porté à 55'800 fr. par an, a été fixée le 28 novembre 2008, se décomposant de la manière suivante : 38'688 fr. pour l'arcade, 6'000 fr. pour l'entrepôt, 3'000 fr. pour les parkings n^{os} 24 et 25, 3'744 fr. pour les parkings n^{os} 26 et 29 et 4'360 fr. de forfait chauffage et eau chaude;

- Par avis officiel du 8 juin 2005, le loyer annuel de l'arcade a été fixé à 42'024 fr. à compter du 1^{er} août 2005, le forfait lié au chauffage s'élevant quant à lui à 2'508 fr.

d. En 2000, B_____ a créé la société G_____ SA (ci-après : G_____), dont le but est l'exploitation de cafés, restaurants et tout commerce de produits alimentaires, laquelle est notamment chargée de la gestion du café-restaurant D_____.

e. Au cours de l'année 2001, A_____ s'est substituée à E_____ et F_____ en qualité de bailleuse.

f. La gestion de l'immeuble a été remise, le 1^{er} juillet 2003, à H_____ SA (ci-après : H_____), laquelle a installé ses bureaux, au printemps 2007, à la _____
1.

g. Le 30 juin 2005, G_____, agissant par B_____, et I_____ (ci-après : I_____), frère d'J_____, ont signé un contrat de gérance libre portant sur l'exploitation du fonds de commerce du restaurant à l'enseigne D_____, lequel fixait le montant de la gérance à 17'000 fr. par mois.

Le 7 décembre 2005, I_____ et B_____ ont conclu un avenant audit contrat de gérance, aux termes duquel le montant de la gérance était réparti comme suit : 5'000 fr. de location, 4'500 fr. de mise à disposition des installations fixes, 3'5000 fr. de mise à disposition des installations mobiles et 4'000 fr. de goodwill.

Un autre avenant, signé le 1^{er} avril 2008, a modifié la composition du montant de la gérance de la manière suivante : 6'000 fr. de location, 4'000 fr. de mise à disposition des installations fixes, 2'500 fr. de mise à disposition des installations mobiles, 3'000 fr. de goodwill et 1'500 fr. de mise à disposition de l'exploitante.

h. Par courrier du 20 février 2007, H_____ a invité B_____ à prendre contact avec elle afin de discuter de la renégociation de son bail.

Ledit courrier étant resté sans réponse, H_____ a résilié l'ensemble des baux, par courrier et avis officiel du 6 mars 2007, pour le 31 octobre 2007.

i. H_____ et B_____ se sont alors rencontrés, le 12 mars 2007, aux fins de s'entendre sur la conclusion d'un nouveau contrat de bail.

j. Suite à leur entrevue, H_____ a transmis à B_____, le 12 juin 2007, cinq nouveaux contrats de bail, datés du 8 juin 2007, portant sur l'arcade, l'entrepôt de 55 m2 et les deux caves ainsi que les places de stationnement n^{os} 24, 25, 26 et 27.

Le nouveau bail portant sur l'arcade fixait le loyer annuel à 61'200 fr., l'acompte de chauffage et eau chaude à 3'120 fr., soit un montant mensuel total de 5'360 fr.

Les contrats portant sur les quatre emplacements de parking fixaient le loyer annuel de chaque place de stationnement à 1'920 fr.

Ces baux ont été retournés à H_____ avec la signature du locataire.

k. Le 29 août 2007, B_____ a formé une action en constatation de la nullité des loyers fixés par contrats de bail du 12 juin 2007 et des nouvelles obligations mises à sa charge, laquelle a donné lieu à un jugement du Tribunal des baux et loyers du 17 février 2009 (JTBL/243/2009), le déboutant de l'ensemble de ses conclusions.

En substance, le Tribunal a considéré que la résiliation du 6 mars 2007 était valable quant à la forme puisque B_____ ne l'avait pas contestée, de sorte que les loyers et autres obligations fixés dans le nouveau contrat de bail du 12 juin 2007 étaient pleinement valables.

Ce jugement, n'ayant pas fait l'objet d'un appel, est entré en force.

l. Faisant suite à une séance entre H_____ et B_____ le 15 janvier 2008, lors de laquelle l'existence d'une sous-location a été évoquée, la régée a, par courrier du 29 janvier 2008, reproché à B_____ d'avoir sous-loué les locaux et l'a invité à lui communiquer, dans un délai de 10 jours, le nom du sous-locataire ainsi que les conditions de la sous-location afin d'en prendre connaissance.

m. Le 21 février 2008, l'intimé a transmis une copie du contrat de gérance ainsi que l'avenant audit contrat du 7 décembre 2005.

n. Après un examen des documents remis, et arguant du fait qu'elle n'aurait pas accepté de conclure de nouveaux baux si elle avait eu connaissance des conditions du contrat de gérance conclu entre le locataire et son gérant, la bailleuse a, par courrier du 10 avril 2008, déclaré invalider les cinq baux du 8 juin 2007 et, subsidiairement, résilié lesdits baux avec effet au 31 mai 2008.

Cinq avis de résiliation officiels ont été annexés audit courrier.

- C. a.** Par requête du 9 mai 2008 adressée à la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, B_____ a contesté le congé notifié le 6 mars 2007 ainsi que les cinq résiliations de bail datées du 10 avril 2008.

Le 24 juillet 2008, A_____ a formé une requête en évacuation par devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers à l'encontre du locataire, concluant à la validité des congés donnés le 8 juin 2007 et à l'évacuation de ce dernier.

La tentative de conciliation ayant échoué, l'autorisation de procéder a été délivrée aux parties le 23 mars 2009.

b. B_____ a saisi le Tribunal des baux et loyers le 21 avril 2009 d'une requête en contestation des cinq résiliations.

Il a conclu, principalement, à l'inefficacité, respectivement l'illégalité au sens de l'art. 20 CO du congé notifié le 6 mars 2007, à l'annulation des cinq résiliations du 10 avril 2008, et subsidiairement, à une prolongation des baux de six ans.

c. Par acte déposé au Tribunal des baux et loyers le 31 mars 2009, A_____ a formé une requête en constatation de l'invalidation des baux de juin 2007 et en évacuation du locataire.

Elle a conclu à l'invalidité des cinq contrats de bail datés du 8 juin 2007, à l'efficacité des congés extraordinaires notifiés le 10 avril 2008 et à l'évacuation immédiate du locataire.

d. Dans l'intervalle, G_____ et l'intimé ont, par avis du 19 mars 2009, résilié le contrat de gérance de I_____ avec effet au 30 juin 2009.

La résiliation a fait l'objet d'une requête en contestation par I_____, laquelle a donné lieu, en dernier ressort, à un arrêt du Tribunal fédéral confirmant la validité de la résiliation querellée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_644/2011 du 10 février 2012).

e. Les parties ont sollicité l'audition de plusieurs témoins, lesquels ont été entendus par les premiers juges.

K_____, expert fiduciaire, en charge de la comptabilité de D_____, a déclaré, au sujet de l'avenant du 30 juin 2005 rédigé par ses soins, que I_____ était pleinement d'accord avec les modalités figurant dans cet avenant. Il l'avait d'ailleurs signé.

L_____, directeur de H_____, a déclaré avoir ignoré, lors de la signature du nouveau bail en 2007, l'existence d'un contrat de sous-location ou de gérance entre B_____ et un tiers. Il a relevé toutefois qu'il ne se souvenait pas "*dans quelles circonstances*" il avait envisagé l'hypothèse d'une sous-location vers la fin de l'année 2007, peut-être en raison du fait que le nom du gérant était inscrit sur la porte. La régie avait alors décidé de convoquer B_____ "*pour évoquer cette question avec lui*". "*Lors de la séance du 15 janvier 2008 à laquelle nous avons convoqué B_____, nous lui avons posé la question de la sous-location. Il nous a répondu très naturellement qu'effectivement, il avait un sous-locataire. Il nous a communiqué les conditions de la sous-location [...]*".

I_____ a déclaré qu'en dépit des dates qui figuraient dans les avenants, ceux-ci avaient été signés "*tous deux en 2008, à quinze jours d'intervalle*" et a indiqué ne pas savoir pourquoi il avait signé un document daté de 2005. Il a précisé pour le surplus se trouver "*dans l'établissement tous les jours, à midi et le soir*" et a confirmé que son nom figurait sur la porte de l'établissement depuis 2005 et ce jusqu'au début 2007. Il a relevé enfin que B_____ n'était jamais présent dans le restaurant et que lui et son épouse s'étaient directement adressés à la régie lors de problèmes de chauffage ou d'eau chaude.

M_____, ancien employé de H_____, a indiqué avoir connaissance du fait qu'il y avait un gérant à D_____, mais ignorer "*quelles étaient les relations juridiques entre le gérant et B_____*" et a précisé ne pas savoir "*qui était le responsable de l'établissement*".

f. Les parties ont persisté dans leurs conclusions, par écritures après enquêtes du 21 juin 2012.

E. L'argumentation des parties sera examinée dans la partie EN DROIT, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont 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 après le 1^{er} janvier 2011, le nouveau droit de procédure est applicable en deuxième instance.

-
- 2. 2.1** 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).

La valeur du litige est déterminée par les conclusions (art. 91 al. 1 CPC).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les contestations portant sur l'usage de la chose louée sont de nature pécuniaire (SJ 1997 consid. 1 p. 493).

Dans une contestation portant sur la validité d'une résiliation de bail, la valeur litigieuse est égale au loyer de la période minimum pendant laquelle le contrat subsiste si la résiliation n'est pas valable, période qui s'étend jusqu'à la date pour laquelle un nouveau congé peut être donné; il convient, sauf exceptions, de prendre en considération la période de trois ans prévue à l'art. 271a al. 1 let. e CO (arrêts du Tribunal fédéral 4A_561/2008 du 26 septembre 2008 consid. 1; 4A_217/2007 du 4 septembre 2007 consid. 1).

2.2 En l'espèce, le loyer des locaux et des places de stationnement, charges de chauffage et d'eau chaude comprises, s'élevant respectivement à 5'360 fr., et à 640 fr. par mois, selon le dernier contrat de bail conclu entre les parties, la limite fixée par l'art. 308 al. 2 CPC est atteinte.

La voie de l'appel est dès lors ouverte.

3. 3.1

3.1.1 Le délai d'appel est de 30 jours (art. 311 al. 1 CPC).

Ce délai est suspendu pendant les périodes fixées par l'art. 145 CPC, soit notamment du 18 décembre au 2 janvier inclus de chaque année (al. 1 let. c).

L'acte d'appel doit être écrit et motivé et répondre aux conditions des art. 130 et 131 CPC. L'appelant doit indiquer la décision qu'il attaque et exposer les motifs de fait et/ou de droit qui, à ses yeux, justifient l'appel (LCHAT, Procédure civile en matière de baux et loyer, Lausanne 2011, p. 186).

3.1.2 En l'espèce, interjeté dans le délai de trente jours - suspendu en raison des fêtes de fin d'année -, écrit et motivé, l'appel est recevable.

3.2 La partie adverse peut former un appel joint dans la réponse (art. 313 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'acte d'appel joint a été déposé au greffe de la Cour de céans dans le délai légal de 30 jours imparti à l'intimé pour déposer sa réponse (art. 312 al. 2 CPC).

L'intimé énonce par ailleurs les griefs qui justifient, selon lui, l'appel joint, de sorte que celui-ci est recevable (art. 311 al. 1 CPC).

3.3 La Cour dispose d'un plein pouvoir d'examen, tant en fait qu'en droit (art. 310 CPC).

-
4. L'appelante fait tout d'abord grief aux premiers juges d'avoir violé les articles 23 CO et 24 al. 1 ch. 4 CO, en considérant que les conditions de l'erreur essentielle n'étaient pas réalisées, et en refusant de prononcer l'invalidité des baux conclus le 12 juin 2007.

4.1 Selon l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de conclure, était dans une erreur essentielle. Celle-ci se rencontre notamment en cas d'erreur dite de base telle que définie à l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, soit une erreur portant sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui s'en prévaut de considérer comme des éléments nécessaires du contrat.

L'erreur de base est subordonnée à deux conditions : l'existence de l'erreur, soit une divergence entre la réalité et ce que croyait la victime, et l'existence d'une erreur importante qui n'est retenue que si elle porte sur des faits importants (TERCIER, *Le droit des obligations*, 5^{ème} éd., 2012, p. 180-181, n^{os} 803-805).

La jurisprudence ajoute qu'il faut, en se plaçant du point de vue de la partie qui était dans l'erreur, que l'on puisse admettre subjectivement que son erreur l'a effectivement déterminée à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues (ATF 135 III 537 consid. 2.2, et réf. citées).

Dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, il est en principe sans importance que ce soit seulement par négligence que le lésé s'est trouvé dans l'erreur (ATF 117 II 218 consid. 3b; JdT 1994 I 167).

Le gérant d'immeubles n'est pas partie au contrat de bail. Il n'est que le mandataire, le représentant du bailleur (LCHAT, *Le bail à loyer*, 2008, ch. 1.2.3 p. 73).

Tout locataire est fondé à considérer que la régie représente valablement le bailleur, lorsqu'elle intervient dans le cadre de la gestion de l'immeuble (ACJC/1464/2010 du 13 décembre 2010 consid. 5).

4.2 En l'espèce, l'erreur dont se prévaut l'appelante pour justifier sa demande en invalidation des baux du 12 juin 2007 consiste dans le fait qu'elle aurait ignoré la mise en sous-location du bail ainsi que les conditions de cette dernière. A cet effet, elle fait valoir qu'elle n'aurait pas conclu les baux litigieux si elle avait eu connaissance de ces éléments.

Les enquêtes n'ont pas permis d'établir à quel moment précis l'appelante, représentée par la régie avait eu connaissance de l'existence de la sous-location.

Or, l'appelante ne se prévaut d'aucun élément de nature à établir qu'elle n'avait effectivement pas connaissance de cette sous-location/gérance au moment de la conclusion desdits baux.

En effet, aussi bien le directeur de la régie immobilière que le collaborateur en charge des locaux en question ont déclaré avoir soit envisagé, soit eu connaissance de l'existence d'un gérant dans l'établissement, le premier précisant qu'il

avait envisagé cette hypothèse vers la fin de l'année 2007, sûrement en raison du nom du gérant figurant sur la porte de l'établissement.

Le gérant du restaurant a également confirmé que cette inscription figurait "*depuis 2005 et jusqu'au début de l'année 2007*", relevant en outre que le locataire principal des locaux n'était jamais présent dans le restaurant et affirmant s'être directement adressé à la régie pour divers problèmes.

Il en résulte que les divers collaborateurs de la régie, dont les locaux se trouvent dans le même immeuble que l'établissement litigieux, ne pouvaient ignorer l'existence d'une telle gérance, lors de la conclusion des baux litigieux. Ils n'ont toutefois pas cherché à éclaircir la situation, s'en accommodant.

Partant, l'appelante n'est pas parvenue à démontrer qu'elle se trouvait dans l'erreur lors de la conclusion des baux litigieux. L'erreur essentielle n'est en conséquence pas établie.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que les premiers juges ont débouté l'appelante de ses conclusions en constatation de l'invalidité des contrats de bail datés du 8 juin 2007.

5. L'appelante fait ensuite grief au Tribunal d'avoir déclaré inefficaces les congés donnés le 10 avril 2008 pour le 31 mai 2008.

Elle soutient à cet effet qu'elle était en droit de résilier le bail de l'intimé de manière anticipée, sur la base de l'art. 257f al. 3 CO, car ce dernier avait sous-loué les locaux sans le lui avoir communiqué (art. 262 al. 2 CO) et en imposant au sous-locataire des conditions abusives (art. 262 al. 2 let. b CO).

5.1 Selon l'art. 257f al. 3 CO, le bailleur peut, s'agissant d'une habitation ou de locaux commerciaux, résilier le contrat moyennant un délai de congé minimum de trente jours pour la fin d'un mois si le maintien du bail est devenu insupportable pour lui-même ou les personnes habitant la maison parce que le locataire, nonobstant une protestation écrite du bailleur persiste à enfreindre son devoir de diligence ou à manquer d'égards envers les voisins.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser que le libellé de cette disposition légale est trop restrictif et que le congé extraordinaire prévu par l'art. 257f al. 3 CO s'applique dans tous les cas où le locataire use de la chose en violation de la loi ou des stipulations du contrat (ATF 132 III 109 consid. 5 p. 113; 123 III 124 consid. 2a p. 126). En particulier, une sous-location sans le consentement du bailleur (art. 262 al. 1 CO) peut justifier une résiliation anticipée du bail selon l'art. 257f al. 3 CO (ATF 134 III 300 consid. 3.1 p. 305).

Il en va de même en cas de sous-affermage (arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2008 du 2 juin 2008 consid. 2.2 in SJ 2008 I 467).

5.1.1 La résiliation fondée sur l'art. 257f al. 3 CO présuppose, en règle générale, une mise en demeure préalable écrite du bailleur. Celui-ci doit inviter le locataire

à mettre fin à la sous-location voire à la rendre conforme aux exigences de l'art. 262 al. 2 CO ou aux conditions auxquelles le consentement a été donné (LACHAT, op. cit., ch. 2.2.11, p. 574-575).

La mise en demeure écrite mentionnera les reproches adressés au locataire et les mesures à prendre pour que les choses reviennent dans l'ordre. Le contenu de l'avertissement, ainsi que le délai fixé varient en fonction du reproche (LACHAT, op. cit., ch. 27.3.1.7 p. 677)

Lorsque le motif de la résiliation anticipée invoqué est fondé sur une sous-location dépourvue du consentement du bailleur, le locataire doit être sommé, avant la résiliation, de mettre fin à la sous-location (ATF 134 III 300 du 6 mars 2008, consid. 3.1); il en va de même en cas de sous-affermage.

Selon l'art. 108 ch. 1 CO, si au vu des circonstances, il apparaît qu'une mise en demeure est manifestement inutile, le bailleur peut exceptionnellement s'en dispenser (art. 108 ch. 1 CO; LACHAT, op. cit. p. 431, ch. 3.1.5 et p. 432, ch. 3.1.6). Cela est notamment le cas lorsque le débiteur annonce de manière claire et définitive qu'il ne peut ou ne veut pas s'exécuter, lorsque le locataire nie l'évidence ou se dérobe à la réception de la lettre ou encore crée un danger imminent pour la chose louée en raison d'une violation répétée de son devoir de diligence (THEVENOZ, Commentaire romand, 2^{ème} éd. 2012, n. 4, ad. art. 108 CO, WESSNER, Le devoir de diligence du locataire dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux, 14^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 2006, p. 19 ; HIGI, Zürcher Kommentar, n. 51 ad. art. 257f CO).

Lorsque le congé n'a pas été précédé d'un avertissement écrit, il est inefficace (LACHAT, op. cit., ch. 27.3.2.2 p. 682; WESSNER, op. cit. n. 47 ad art. 257f CO et réf. citées).

5.1.2 Pour qu'une sous-location ou un sous-affermage non autorisé puisse justifier une résiliation anticipée du bail en application de l'art. 257f al. 3 CO, il faut cependant que le bailleur ait été en droit de refuser son consentement (art. 262 al. 2 CO), faute de quoi sa réaction serait purement formaliste et ne reposerait sur aucun intérêt légitime (ATF 134 III 300 consid. 3.1 in fine; 134 III 446 consid. 2.2 in fine).

L'accord du bailleur ne peut être refusé que lorsque l'une des hypothèses de l'art. 262 al. 2 CO est réalisée (LACHAT, op. cit., ch. 2.2.1 p. 568)

Ainsi, selon l'art. 262 al. 2 let. a CO, le bailleur peut refuser son consentement si le locataire refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location.

Cette obligation porte sur les éléments essentiels du contrat, à savoir l'identité du sous-locataire, le nombre d'occupants s'il s'agit d'un appartement, la durée de sous-location, le montant du sous-loyer, l'affectation de la chose s'il s'agit d'un local commercial et enfin l'objet précis de la sous-location, surtout en cas de sous-

location partielle (BISE/PLANAS in BOHNET/MONTINI, Droit du bail à loyer, 2010, n. 34 ad art. 262 CO et réf. citées; LACHAT, op. cit., ch. 23.2.2.1 p. 568).

Pour se conformer à cette obligation, le locataire peut se borner à transmettre au bailleur une copie du contrat de sous-location. Selon les circonstances, le bailleur pourra se montrer plus exigeant et demander d'autres informations encore, qui lui seraient nécessaires pour juger si la sous-location pourrait être abusive ou avoir pour lui des inconvénients majeurs (BISE/PLANAS, op. cit., n. 34 ad art. 262 CO).

Le locataire qui, dûment interpellé, refuse d'indiquer les conditions de la sous-location ou laisse simplement les questions légitimes du bailleur sans réponse, s'expose à un refus justifié (LACHAT, op. cit., ch. 23.3.2.1 p. 568).

Par ailleurs, conformément à l'art. 262 al. 2 let. b CO, le bailleur ne peut refuser son consentement que si les conditions de la sous-location, comparées à celles du contrat de bail principal, sont abusives.

L'abus se détermine par comparaison entre le loyer principal et le loyer de la sous-location (LACHAT, op. cit., 23.2.2.1, p. 569).

Selon la jurisprudence, le sous-loyer peut cependant être plus élevé que le loyer, notamment lorsque le sous-bailleur fournit des prestations supplémentaires pour lesquelles il a droit en principe à une rémunération. C'est le cas, par exemple, si la chose est sous-louée meublée ou si le locataire principal y a effectué de nouveaux aménagements, en particulier dans le cadre de l'art. 260a CO (BISE/PLANAS, op. cit., n. 39 ad art. 262 CO et réf. citées).

5.2 En l'espèce, l'intimé a conclu avec un tiers un contrat de gérance libre, soit un contrat qualifié juridiquement de bail à ferme non agricole au sens de l'art. 275 CO (ATF 128 III 419 consid. 2.1).

Il était donc tenu de demander à l'appelante l'autorisation d'affermier les locaux ainsi que le commerce exploité en son sein. L'appelante a sollicité, par courrier du 29 janvier 2008, que l'intimé lui fournisse, dans un délai de dix jours, les principaux éléments de la sous-location afin qu'elle puisse en connaître les conditions.

S'il est vrai que l'intimé ne s'est pas manifesté dans le délai imparti, il n'en demeure pas moins qu'il l'a fait par courrier du 21 février 2008. Les conditions de la sous-location avaient par ailleurs d'ores et déjà été remises à la régie immobilière le 15 janvier 2008.

De ce fait, bien que n'ayant pas répondu à la sollicitation de l'appelante dans le délai qui lui était imparti, l'intimé lui avait néanmoins transmis un tirage du contrat de gérance libre du 30 juin 2005 conclu entre la société qu'il avait créée et le sous-fermier, ainsi qu'un avenant audit contrat conclu le 7 décembre 2005.

La bailleuse était donc dûment informée de la gérance libre.

En tout état, la bailleuse ne pouvait pas refuser son consentement à la sous-location parce que les conditions de la sous-location n'étaient pas abusives.

En effet, l'intimé et le sous-locataire sont liés par un contrat de gérance libre et il y a donc lieu de différencier la mise à disposition de l'usage des locaux commerciaux (bail à loyer) de la cession de l'usage d'un droit productif (bail à ferme non agricole) tel qu'un fonds de commerce (ATF 128 III 419 consid. 2.1)

Les parties au contrat de gérance ont d'ailleurs clairement marqué cette distinction dans l'avenant au contrat de gérance du 7 décembre 2005 puis celui du 1^{er} avril 2008, puisque le loyer dû pour l'usage des locaux et la redevance liée à l'exploitation du fonds de commerce ont fait l'objet d'une répartition différente.

Le loyer réclamé au fermier (sous-locataire) pour l'usage des locaux (arcade, forfait chauffage et eau chaude, entrepôt et parkings) était identique au loyer principal résultant du contrat de bail entre l'appelante et l'intimé.

Bien que le gérant indique que l'avenant au contrat de gérance du 30 juin 2005 n'a pas été signé en 2005 mais en 2008, il n'en demeure pas moins que ce dernier n'a pas remis en cause la teneur de ce document, ni la répartition du montant de gérance.

A cet égard, le témoin, en charge de la comptabilité de D_____ et auteur dudit avenant, a déclaré que le gérant était pleinement d'accord avec les modalités de cet avenant.

Partant, le caractère abusif du loyer dénoncé par l'appelante ne concerne que la redevance pour l'usage du fonds de commerce, laquelle est sans lien avec le contrat de bail. Il est par ailleurs relevé qu'il est coutumier de soumettre à redevance l'exploitation d'un fonds de commerce entièrement équipé.

Quant au calcul effectué par l'appelante relatif au montant pouvant être exigé par le sous-bailleur au titre de mise à disposition des installations fixes et mobiles, qui a pour référence la jurisprudence sur la sous-location, il n'est en l'espèce pas pertinent s'agissant d'un cas de gérance libre.

Enfin, et contrairement à ce que soutient l'appelante, il n'y a pas lieu de s'écarter des considérants des premiers juges selon lesquels, I_____ n'a pas, à l'époque de la conclusion du contrat de gérance, contesté le montant du loyer et du sous-fermage, de sorte que le montant de cette redevance, fixé par les parties selon leur liberté contractuelle (art. 19 CO), échappe au contrôle de l'appelante.

Au vu de ce qui précède, l'appelante ne pouvait donc pas refuser son consentement à la sous-location.

5.3 Pour le surplus, si l'une des conditions de l'art. 262 CO avait été remplie, l'appelante aurait été tenue de sommer l'intimé de mettre le contrat de sous-gérance en conformité ou de mettre un terme au sous-affermage, et de lui impartir un délai raisonnable à cet effet, avant d'être autorisée à résilier le bail de manière anticipée (art. 257f al. 3 CO).

Ce n'est qu'à l'échéance de ce délai et pour autant que le locataire n'ait pas mis les conditions du contrat de sous-gérance en conformité ou résilié le contrat de sous-affermage que la résiliation du bail aurait été justifiée au regard de la jurisprudence mentionnée ci-avant (ATF 134 III 300 consid. 3.1)

L'argumentation de l'appelante selon laquelle l'interpellation de l'intimé le priant de ramener le sous-loyer à de justes proportions aurait été vaine eu égard à son comportement ne convainc pas.

Au contraire, l'envoi préalable d'un avertissement écrit avant la notification de la résiliation n'apparaissait pas inutile au vu du comportement adopté par l'intimé durant le bail. En effet, il ne ressort pas du dossier que l'intimé ne s'est pas conformé à son devoir de diligence dans le cadre du contrat de bail.

Or, l'appelante n'a pas formellement sommé l'intimé de mettre fin au contrat de sous-affermage avant de résilier le contrat de manière anticipée.

Au vu de ce qui précède, il s'ensuit que les conditions de la résiliation anticipée ne sont pas réalisées et les congés notifiés par l'appelante à l'intimé le 10 avril 2008 sont donc inefficaces.

6. Une résiliation inefficace ne peut être convertie en un congé ordinaire, ni en congé pour justes motifs selon l'art. 266g CO (LCHAT, op. cit., 27.3.2.2 p. 682)

Le grief de l'appelante à cet égard ne sera en conséquence pas examiné puisque les résiliations des contrats de bail du 10 avril 2008 sont inefficaces.

7. Enfin, la conclusion de l'intimé en annulation du chiffre 1 du jugement entrepris, validant le congé du 6 mars 2007 est sans objet dès lors que l'appelante a été déboutée de ses conclusions en invalidation des contrats de bail du 8 juin 2007 (consid. 4).
8. Le jugement entrepris sera ainsi confirmé.
9. A teneur de l'art. 22 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.
10. La valeur litigieuse, déterminée au considérant 2.2 ci-dessus, est supérieure à 15'000 fr., de sorte que le recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral peut être interjeté contre la présente décision (art. 74 al. 1 let. a LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ le 7 janvier 2013 contre le jugement JTBL/1274/2012 rendu le 14 novembre 2012 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/12089/2008-2.

Déclare recevable l'appel joint interjeté le 29 janvier 2013 par B_____.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Elena SAMPEDRO et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Laurence CRUCHON et Monsieur Serge PATEK, juges assesseurs; Madame Maité VALENTE, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Maité 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.