



POUVOIR JUDICIAIRE

C/12683/2018

ACJC/192/2019

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des baux et loyers**

**DU LUNDI 11 FEVRIER 2019**

Entre

**A\_\_\_\_\_ SA**, sise \_\_\_\_\_, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 28 août 2018, comparant par Me Eric BEAUMONT, avocat, rue De-Candolle 16, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

**B\_\_\_\_\_ INC., Succursale de Genève**, Monsieur **C\_\_\_\_\_**, \_\_\_\_\_, intimée, comparant en personne.

---

**EN FAIT**

- A. a.** Par jugement JTBL/750/2018 du 28 août 2018, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal des baux et loyers, statuant par voie de procédure sommaire, a déclaré irrecevable la requête en évacuation formée le 1<sup>er</sup> juin 2018 par A\_\_\_\_\_ SA à l'encontre de B\_\_\_\_\_ INC., succursale de Genève (ci-après : B\_\_\_\_\_ INC.) (ch. 1 du dispositif), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 2) et dit que la procédure était gratuite (ch. 3).

Le Tribunal a retenu que la procédure ne pouvait pas relever du cas clair, dans la mesure où il était nécessaire de procéder préalablement à la qualification du contrat conclu entre les parties avant que le Tribunal ne puisse se déclarer compétent et, cas échéant, entrer en matière. Or, il n'était pas aisé de déterminer si le contrat litigieux devait être qualifié de contrat de bail à ferme, alors même que celui-ci était intitulé «contrat de gérance». En effet, il aurait fallu procéder à des enquêtes afin, notamment, d'établir la réelle et commune intention des parties, lesquelles n'ont pas leur place dans le cadre d'une procédure sommaire en protection des cas clairs.

- b.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 10 septembre 2018, A\_\_\_\_\_ SA forme appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut au prononcé de l'évacuation de B\_\_\_\_\_ INC. de l'arcade située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis 1\_\_\_\_\_ à Genève, en y laissant les biens meubles la garnissant, et à la remise de toutes les clés, à ce qu'il soit ordonné à l'autorité compétente de procéder à l'évacuation de B\_\_\_\_\_ INC., dans un délai de 10 jours dès l'entrée en force de la décision et, à ce que B\_\_\_\_\_ INC. soit condamnée à lui verser la somme mensuelle de 5'600 fr., avec intérêts à 5% l'an, à titre d'indemnité pour occupation illicite, dès le 1<sup>er</sup> mai 2018 et jusqu'à la libération des locaux.

A\_\_\_\_\_ SA soutient que l'état de fait litigieux est clair, en tant que le congé donné pour le 30 avril 2018 est valable et n'a pas été contesté par B\_\_\_\_\_ INC., laquelle a même reconnu que le paiement des loyers n'était pas intervenu dans le délai comminatoire et indiqué qu'elle était prête à rendre les clés à A\_\_\_\_\_ SA. L'arcade litigieuse n'ayant pas été restituée le 30 avril 2018, elle faisait dès lors l'objet d'une occupation illicite de B\_\_\_\_\_ INC. depuis le 1<sup>er</sup> mai 2018.

- c.** B\_\_\_\_\_ INC. a répondu à l'appel par acte expédié à la Cour le 25 septembre 2018.

**d.** Les parties ont été informées le 27 septembre 2018 de ce que la cause était gardée à juger.

- B.** Les faits pertinents de la cause sont les suivants :

- a.** Le 1<sup>er</sup> novembre 2013, A\_\_\_\_\_ SA et B\_\_\_\_\_ INC. ont conclu un «contrat de gérance» portant sur l'établissement à l'enseigne «D\_\_\_\_\_» situé dans une arcade sise 1\_\_\_\_\_ à Genève.

---

Le contrat prévoit que A\_\_\_\_\_ SA cède l'exploitation de l'établissement à B\_\_\_\_\_ INC., moyennant le versement par cette dernière d'une «redevance mensuelle» de 5'600 fr. couvrant les frais des locaux et de gérance de l'établissement (art. 1, 2 et 5).

Selon l'article 9 du contrat précité, B\_\_\_\_\_ INC. est responsable des personnes travaillant à l'intérieur de l'établissement ou pour l'établissement, tant vis-à-vis de tiers que de A\_\_\_\_\_ SA.

L'article 10 prévoit que B\_\_\_\_\_ INC. reconnaît son entière responsabilité pour toute déprédation ou perte de valeur que pourrait subir l'établissement dans les locaux, le mobilier, les installations ou les décors.

L'établissement remis est par ailleurs conforme aux normes réglementaires et fonctionnelles, B\_\_\_\_\_ INC. étant également autorisée à amener du mobilier complémentaire à celui déjà en place (article 12).

Le contrat prévoit également à son article 21 une option d'achat au prix convenu de 240'00 fr. pour le fonds de commerce jusqu'à la fin de la première année d'exploitation, et en cas de renouvellement, un droit d'emption à parité de la meilleure offre.

Le loyer a été fixé en dernier lieu à 5'600 fr. par mois, frais accessoires compris, que B\_\_\_\_\_ INC. s'est engagée à verser avant le 1<sup>er</sup> jour de chaque mois.

**b.** Il semblerait néanmoins que B\_\_\_\_\_ INC. se soit acquittée de redevances mensuelles de 6'600 fr. et que c'est ce dernier montant qui lui a été réclamé chaque mois.

**c.** Par avis comminatoire du 15 décembre 2017, A\_\_\_\_\_ SA a mis en demeure B\_\_\_\_\_ INC. de lui verser les sommes de 7'600 fr. à titre d'arriérés de loyer et de charges pour les mois d'octobre et novembre 2017, et de 6'600 fr. pour le mois de décembre 2017. Elle l'a également informée qu'à défaut de paiement intégral des montants réclamés, elle procéderait à la résiliation du contrat pour son plus proche terme légal, conformément à l'art. 282 CO. L'avis précité ne mentionnait aucun délai de paiement.

**d.** Considérant que la somme susmentionnée n'avait pas été intégralement réglée dans les délais, A\_\_\_\_\_ SA a résilié le contrat pour défaut de paiement pour le 30 avril 2018, par avis officiel du 7 mars 2018.

**e.** Par requête en protection des cas clairs déposée le 1<sup>er</sup> juin 2018, A\_\_\_\_\_ SA a requis du Tribunal l'évacuation de B\_\_\_\_\_ INC., prenant les mêmes conclusions que celles figurant dans son appel.

**f.** Dans sa réponse du 12 juillet 2018, B\_\_\_\_\_ INC. a soutenu que les différends avec A\_\_\_\_\_ SA provenaient de nombreuses irrégularités de cette dernière en relation avec le bon fonctionnement de l'activité pratiquée dans l'arcade litigieuse. Par ailleurs, B\_\_\_\_\_ INC. a allégué qu'elle payait un montant mensuel supplémentaire de 1'000 fr. non prévu par le contrat, et ce depuis la conclusion de celui-ci. Pour le surplus, le contenu de la réponse est très difficilement compréhensible.

---

g. Une audience s'est tenue en date du 17 juillet 2018, lors de laquelle B \_\_\_\_\_ INC. a déclaré ne plus payer l'indemnité due, estimant avoir été "abusée". Elle n'avait pas été annoncée comme sous-locataire auprès de la régie et le sous-loyer était abusif. Elle était disposée à rendre les clés à A \_\_\_\_\_ SA "dans un certain délai".

A \_\_\_\_\_ SA a exposé que le contrat conclu entre les parties était improprement nommé «contrat de gérance», mais qu'il s'agissait d'un contrat de bail à ferme, ce que B \_\_\_\_\_ INC. n'a pas contesté.

La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

### **EN DROIT**

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

La valeur litigieuse est déterminée par les dernières conclusions de première instance (art. 91 al. 1 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_594/2012 du 28 février 2013; JEANDIN, Commentaire romand Code de procédure civile, Bâle, 2<sup>ème</sup> éd. 2019, n. 13 ad art. 308 CPC).

Si les conditions pour ordonner une expulsion selon la procédure sommaire en protection des cas clairs sont contestées, la valeur litigieuse correspond à la valeur locative ou à la valeur d'usage hypothétiquement perdue pendant la durée prévisible d'un procès en procédure ordinaire permettant d'obtenir une décision d'expulsion, laquelle peut être estimée à six mois (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_565/2017 du 11 juillet 2017, destiné à la publication, consid. 1.2.1).

Dans le cas d'espèce, la valeur litigieuse fixée sur la base du loyer convenu s'élève à 33'600 fr. (5'600 fr. x 6 mois), et est donc supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

- 1.2** L'appel ayant été formé dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 142 al. 3, 314 al. 1 CPC), il est recevable.

En revanche, la réponse de l'intimée du 25 septembre 2018 est tardive, car elle n'a pas été formée dans le délai légal (art. 312 al. 2 et 314 al. 1 CPC). Elle sera donc écartée.

- 1.3** L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ in : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel, 2010, p. 349 ss, n. 121).

2. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir considéré que le cas n'était pas clair au sens de l'art. 257 CPC.

---

**2.1.1** Aux termes de la disposition précitée, le tribunal admet l'application de la procédure sommaire lorsque les conditions suivantes sont remplies : (a) l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé et (b) la situation juridique est claire (art. 257 al. 1 CPC); le tribunal n'entre pas en matière sur la requête lorsque cette procédure ne peut pas être appliquée (art. 257 al. 3 CPC).

Selon la jurisprudence, l'état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il n'est pas contesté par le défendeur, soit lorsque les faits tels que présentés par le demandeur ne sont pas remis en cause par le défendeur (BOHNET, Commentaire romand Code de procédure civile, Bâle, 2<sup>ème</sup> éd. 2019, n. 7 ad art. 257). L'état de fait est susceptible d'être immédiatement prouvé lorsque les faits peuvent être établis sans retard et sans trop de frais. En règle générale, la preuve est rapportée par la production de titres, conformément à l'art. 254 al. 1 CPC. La preuve n'est pas facilitée : le demandeur doit ainsi apporter la preuve certaine («*voller Beweis*») des faits justifiant sa prétention; la simple vraisemblance («*Glaubhaftmachen*») ne suffit pas. Si le défendeur fait valoir des objections et exceptions motivées et concluantes («*substanziert und schlüssig*»), qui ne peuvent être écartées immédiatement et qui sont de nature à ébranler la conviction du juge, la procédure du cas clair est par conséquent irrecevable (ATF 141 III 23 consid. 3.2; 138 III 620 consid. 5.1.1).

La situation juridique est claire lorsque l'application de la norme au cas concret s'impose de façon évidente au regard du texte légal ou sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées (ATF 138 III 123 consid. 2.12; BOHNET, op. cit., n. 13 ad art. 257). Cela sera par exemple le cas en matière d'expulsion, lorsqu'un congé est donné pour cause de demeure avérée du locataire et que les règles formelles de résiliation ont été respectées. Tel ne sera en revanche pas le cas si la résiliation du bail est intervenue pour cause de justes motifs et que les motifs invoqués peuvent donner lieu à discussion (BOHNET, op. cit., n. 13 ad art. 257). Ainsi, la situation juridique n'est pas claire si l'application d'une norme nécessite l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation de la part du juge ou que celui-ci doit rendre une décision en équité, en tenant compte des circonstances concrètes de l'espèce (ATF 141 III 23 consid. 3.2; 138 III 123 consid. 2.1.2). La situation juridique n'est pas non plus claire si le défendeur fait valoir des moyens qui n'apparaissent pas d'emblée voués à l'échec et qui supposent une administration des preuves complexe (BOHNET, op. cit., n. 12 ad art. 257).

L'action en expulsion pour défaut de paiement du loyer au sens de l'art. 257d CO, comme celle pour défaut de paiement du fermage au sens de l'art. 282 CO, selon la procédure de protection dans les cas clairs (art. 257 CPC), présuppose que le bail ait valablement pris fin, puisque l'extinction du bail est une condition du droit à la restitution des locaux (art. 267 al. 1 CO, respectivement art. 299 al. 1 CO). Le tribunal doit donc trancher à titre préjudiciel la question de la validité de la résiliation, laquelle ne doit être ni inefficace, ni nulle, ni annulable (une prolongation du bail n'entrant pas en ligne de compte lorsque la résiliation est signifiée pour demeure conformément aux art. 257d ou 282 CO). Les conditions de l'art. 257 al. 1 CPC s'appliquent également à

---

cette question préjudicielle (ATF 141 III 262 consid. 3.2 in fine; 142 III 515 consid. 2.2.4 in fine).

Si le juge parvient à la conclusion que ces conditions sont remplies, le demandeur obtient gain de cause par une décision ayant l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire (ATF 138 III 620 consid. 5.1.1). Si elles ne sont pas remplies et que le demandeur ne peut donc obtenir gain de cause, le juge ne peut que prononcer l'irrecevabilité de la demande (ATF 140 III 315 consid. 5).

**2.1.2** Dans un bail à ferme, le bailleur cède l'usage d'un bien ou d'un droit productif, dont le fermier peut percevoir les fruits ou les produits (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 (arrêt du Tribunal fédéral 4C.43/2000 du 21 mai 2001 consid. 2a; LACHAT, *Le bail des cafés et des restaurants*, 18<sup>ème</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, p. 225; RONCORONI, *Commentaire romand Code des obligations I*, Bâle 2012, n. 9 ad art. 275 CO).

La mise en gérance libre, soit la cession, par le biais d'un sous-contrat, de l'usage d'un établissement public complètement équipé et prêt à être exploité avec son matériel, sa clientèle et son réseau de fournisseurs, est un bail à ferme non agricole (ATF 128 III 419 consid. 2.1; LACHAT, *op. cit.*, p. 227 et les arrêts cités; TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, n. 2172).

En effet, dans la plupart des cas, le sous-contrat relatif à l'établissement inclut le fonds de commerce et la clientèle. Leur valeur sert à déterminer la redevance de gérance (LACHAT, *op. cit.*, p. 227).

On se trouve également en présence d'un bail à ferme lorsque le bailleur remet au fermier l'entreprise qu'il exploite dans ces locaux ainsi que ses relations d'affaires (RONCORONI, *op. cit.*, n. 9 ad art. 275 CO).

**2.2** En l'espèce, il apparaît que les parties ont conclu un contrat de gérance libre, à savoir un contrat de bail à ferme.

En effet, le contrat litigieux prévoit que l'appelante cède l'exploitation de l'établissement à l'enseigne «D\_\_\_\_\_» à l'intimée, moyennant le versement par cette dernière d'une «redevance mensuelle» de 5'600 fr. couvrant les frais des locaux et de la gérance de l'établissement (art. 1, 2 et 5).

L'appelante a ainsi mis à disposition de l'intimée les locaux et le fonds de commerce propres à l'exploitation d'une entreprise préexistante disposant de l'équipement fonctionnel et des installations nécessaires à la bonne marche de son activité, l'intimée pouvant également amener du mobilier complémentaire à celui déjà en place dans les locaux, tel que cela ressort des articles 10 et 12 du contrat litigieux.

Par ailleurs, l'établissement a été remis avec ses relations d'affaires, en particulier avec son enseigne «D\_\_\_\_\_» (art. 1 et 2) et son personnel (art. 9).

Les caractéristiques précitées relèvent bien du contrat de bail à ferme au sens de l'art. 275 CO, nonobstant la possibilité d'achat du fonds de commerce prévue à l'article 21 du contrat litigieux.

En outre, l'appelante a invoqué l'art. 282 CO relatif au bail à ferme pour justifier la résiliation du bail, tant dans son avis comminatoire du 15 décembre 2017 que dans son courrier d'accompagnement à l'avis de résiliation du 7 mars 2018.

Cependant, l'art. 282 al. 1 CO prévoit que le bailleur fixe, par écrit, un délai de paiement de 60 jours au moins au fermier en retard.

La validité du congé suppose que le fermier se soit trouvé en retard dans le paiement de la dette échue lorsque la sommation lui a été adressée, que le bailleur ait fixé par écrit au fermier un délai comminatoire de paiement et que le fermier ne se soit pas acquitté de la dette dans le délai fixé (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_299/2011 du 7 juin 2011 consid. 5; BOHNET/CARRON/MONTINI, op. cit., n. 7 ad art. 282 CO).

L'avis comminatoire doit préciser, de manière impérative et sous peine de nullité, qu'à défaut de paiement de l'arriéré échü dans le délai imparti, le bail pourra être résilié de façon anticipée (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_551/2009 du 10 février 2010 consid. 2.4; RONCORONI, op. cit., n. 1 ad art. 282 CO). Ainsi, le locataire doit pouvoir clairement comprendre que le bailleur se réserve la faculté de mettre un terme au bail si le montant réclamé n'est pas payé dans le délai imparti (ACJC/740/2015 du 22 juin 2015 consid. 5.2). L'absence d'un avis comminatoire régulièrement signifié conduit en principe à l'inefficacité du congé anticipé (BOHNET/CARRON/MONTINI, op. cit., n. 15 ss ad art. 257d CO).

Or, il ne ressort pas de l'avis comminatoire du 15 décembre 2017 que l'appelante aurait fixé à l'intimée un délai de paiement de 60 jours.

Au contraire, l'avis précité se contente d'indiquer les montants dus et de mettre l'intimée en demeure de procéder à leur paiement, à défaut de quoi le contrat de bail serait résilié.

Faute de délai imparti à l'intimée, il ne saurait lui être reproché de ne pas s'être acquittée des montants litigieux à temps.

Par ailleurs, le fait que la résiliation soit intervenue en date du 7 mars 2018, soit après l'expiration d'un délai de 60 jours, ne change rien au fait que l'intimée n'a pas été expressément informée qu'elle disposait d'un délai de 60 jours pour procéder au paiement des montants dus.

L'avis comminatoire du 15 décembre 2017 est dès lors, le cas échéant, entaché d'un défaut qui pose la question de la nullité du congé.

Il résulte de ce qui précède que le cas d'espèce ne peut pas être considéré comme clair en tant qu'il laisse subsister des questions qui ne peuvent pas être examinées en procédure sommaire.

Est également litigieuse la question du montant du fermage.

En effet, alors que le contrat de bail prévoit que le fermage s'élève à 5'600 fr. par mois, frais accessoires compris, c'est un montant mensuel de 6'600 fr. dont s'est acquittée l'intimée à ce titre. Cette dernière a d'ailleurs relevé dans le cadre de la réponse déposée par-devant le Tribunal le 12 juillet 2018, qu'elle s'acquittait d'un montant mensuel supplémentaire de 1'000 fr. non prévu par le contrat, et ce depuis la conclusion de celui-ci.

Elle a fait valoir lors de l'audience du 17 juillet 2018 que le sous-loyer était abusif. Elle a donc contesté les montants de 7'600 fr. et de 6'600 fr. qui lui sont réclamés dans l'avis comminatoire du 15 décembre 2017. Ses objections sont propres à ébranler la conviction du juge.

Dès lors ni l'état de fait, ni la situation juridique ne sont claires.

Les conditions d'application de l'art. 257 CPC n'étant pas remplies, c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré irrecevable la requête de l'appelante.

Le jugement querellé sera donc confirmé.

3. En application de l'art. 22 al. 1 LaCC, il ne sera pas perçu de frais judiciaires et il ne sera pas alloué de dépens.

\* \* \* \* \*

---

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 10 septembre 2018 par A\_\_\_\_\_ SA contre le jugement JTBL/750/2018 rendu par le Tribunal des baux et loyers le 28 août 2018 dans la cause C/12683/2018-8-SE.

**Au fond :**

Confirme le jugement attaqué.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ et Madame Eleanor McGREGOR, juges; Monsieur Thierry STICHER et Monsieur Serge PATEK, juges assesseurs; Madame Maité VALENTE, greffière.

Le Président :  
Ivo BUETTI

La greffière :  
Maité VALENTE

**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 supérieure ou égale à 15'000 fr.*