

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/13591/2016

ACJC/175/2019

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des baux et loyers**

**DU JEUDI 24 JANVIER 2019**

Entre

A\_\_\_\_\_ SA, c/o B\_\_\_\_\_ SA, rue \_\_\_\_\_ Genève, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 1<sup>er</sup> novembre 2017, comparant par Me Christophe GAL, avocat, rue du Rhône 100, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

C\_\_\_\_\_ SA, c/o D\_\_\_\_\_, sise rue \_\_\_\_\_ Genève, intimée, comparant par Me Oana STEHLE HALAUDESCU, avocate, rue de la Tour 2, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 06.02.2019.

---

---

**EN FAIT**

- A. Par jugement JTBL/1010/2017 du 1er novembre 2017, expédié pour notification aux parties le 7 novembre 2017, le Tribunal des baux et loyers a déclaré valable le congé notifié le 27 mai 2016 par C\_\_\_\_\_ SA à A\_\_\_\_\_ SA pour le 31 août 2016, portant sur une arcade d'environ 130 m<sup>2</sup> au rez-de-chaussée de l'immeuble sis \_\_\_\_\_ à \_\_\_\_\_ Genève (ch. 1 du dispositif), a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 2) et a dit que la procédure était gratuite (ch. 3).

En substance, les premiers juges ont retenu, à titre préliminaire, que l'un des motifs de résiliation, à savoir la non-exploitation personnelle des locaux, ne pouvait être retenu, car même si une clause du contrat de bail prévoyait une exploitation personnelle par la locataire, celle-ci serait nulle. En revanche, A\_\_\_\_\_ SA avait échoué à démontrer son intention de réintégrer les locaux, son seul but étant de récupérer les investissements effectués dans ceux-ci. Cette absence d'intention de réintégrer les locaux ressortait non seulement du fait que A\_\_\_\_\_ SA avait conclu un contrat de cinq ans renouvelable avec E\_\_\_\_\_ SA, mais également du fait qu'à la suite de la résiliation du contrat par E\_\_\_\_\_ SA en 2016, A\_\_\_\_\_ SA avait opté pour une nouvelle sous-location. Cela résultait encore de la suite des événements, soit en particulier de la conclusion d'un contrat de société avec F\_\_\_\_\_ SARL, qui en réalité était un contrat de bail à ferme déguisé, compte tenu de la disproportion du partage des pertes, supportées uniquement par F\_\_\_\_\_ SARL. Les intentions de A\_\_\_\_\_ SA de récupérer les locaux dans les années à venir étaient en outre vagues et floues. Finalement, l'on pouvait douter de la réelle volonté de A\_\_\_\_\_ SA d'exploiter elle-même les locaux un jour, dès lors qu'elle n'avait exploité l'établissement que durant six mois depuis le début du bail. En procédant ainsi, A\_\_\_\_\_ SA avait détourné l'institution de la sous-location en l'utilisant dans un autre but que celui pour lequel le législateur l'avait conçu. Le congé devait donc être déclaré valable.

- B. a. Par acte expédié le 8 décembre 2017 au greffe de la Cour de justice, A\_\_\_\_\_ SA forme appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut, principalement, à la constatation de l'inefficacité du congé, subsidiairement, à son annulation, et, plus subsidiairement, à l'octroi d'une pleine et entière prolongation de bail de six ans, sous suite de frais et dépens.

A\_\_\_\_\_ SA reproche au Tribunal d'avoir procédé à une mauvaise appréciation des faits. Le Tribunal ne pouvait valider le congé en raison du fait que son intention de réintégrer les locaux n'était pas prouvée, en invoquant comme indice le contrat de sous-location conclu avec E\_\_\_\_\_ SA, alors même qu'il avait considéré, par jugement du même jour, que ce contrat avait été valablement conclu, puisqu'elle n'avait pas exclu de revenir dans les locaux. Des faits postérieurs à la résiliation du 27 mai 2016, tel que l'avenant de gérance du 27 juin

---

2016, par lequel la gérance de E\_\_\_\_\_ SA était confiée à G\_\_\_\_\_ SARL, ne pouvait entrer en considération. En revanche, le Tribunal aurait dû relever que le congé était une repréaille, dès lors qu'il était intervenu le jour même que la notification d'un arrêt de la Cour de justice déclarant inefficaces et contraires à la bonne foi les premiers congés de la C\_\_\_\_\_ SA. Le contrat conclu avec F\_\_\_\_\_ SARL n'était en outre pas un contrat de bail à ferme déguisé. En effet, il n'existait aucune disproportion dans le cadre du partage des pertes, supportées uniquement par F\_\_\_\_\_ SARL, dans la mesure où A\_\_\_\_\_ SA avait investi un montant important pour réaliser des travaux de rénovation dans les locaux. Quoiqu'il en soit, A\_\_\_\_\_ SA était l'exploitante des locaux et partie prenante de l'exploitation, dès lors notamment qu'elle employait H\_\_\_\_\_, titulaire de l'autorisation d'exploiter les locaux. Dans ces circonstances, le Tribunal ne pouvait considérer que les intentions de A\_\_\_\_\_ SA de récupérer les locaux dans les années à venir étaient vagues et floues. A\_\_\_\_\_ SA avait par ailleurs exploité les locaux durant dix mois, soit du mois de mai 2014 au mois de mars 2015, puis dès le mois de février 2017, soit durant une période supérieure à six mois. Le seul but de A\_\_\_\_\_ SA n'était donc pas de récupérer les fonds investis, ce qui aurait pris plus de vingt ans, compte tenu du montant des investissements et des montants des redevances.

A\_\_\_\_\_ SA fait également grief au Tribunal d'avoir retenu qu'elle avait détourné l'institution de la sous-location en l'utilisant dans un autre but que celui pour lequel le législateur l'avait conçu, alors que cela ne ressortait pas du dossier. Au contraire, il en résultait une volonté de sa part de reprendre elle-même l'exploitation des locaux après avoir retrouvé les ressources nécessaires à cet effet sous trois à cinq ans. La charge de la preuve du caractère insupportable du maintien du bail incombait par ailleurs à la C\_\_\_\_\_ SA, et non à elle, comme le Tribunal le soutenait. Enfin, aucune sommation valable n'avait été adressée avant la résiliation, celle du mois de mai 2015 remontant à une époque où le contrat de sous-location, jugé conforme à la loi par le Tribunal, allait prendre effet.

Dans son acte d'appel, A\_\_\_\_\_ SA allègue qu'en date du 1<sup>er</sup> novembre 2017, le Tribunal a jugé, dans la cause C/1\_\_\_\_\_/2015, qu'elle était en droit de sous-louer les locaux à E\_\_\_\_\_ SA. Le Tribunal avait considéré que les informations relatives à la sous-location avaient été transmises à la C\_\_\_\_\_ SA et que les autres conditions de la sous-location étaient remplies, le montant du sous-loyer étant identique au loyer principal et celui de la redevance n'étant pas abusif. En outre, au moment où la C\_\_\_\_\_ SA avait refusé son consentement en mai 2015, aucun indice ne pouvait laisser croire que A\_\_\_\_\_ SA n'avait aucune intention de réintégrer les locaux. Elle produit, à l'appui de son mémoire, le jugement JTBL/1009/2017 portant sur la cause précitée.

**b.** Dans sa réponse du 29 janvier 2018, la C\_\_\_\_\_ SA conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle n'avait pas souhaité faire appel du jugement rendu sur l'action en constatation du droit de sous-louer formée par la locataire pour des

---

simples motifs d'économie. S'agissant de la mauvaise appréciation des faits, une deuxième sous-location était intervenue au moment de la résiliation. Ainsi, le 27 mai 2016, E\_\_\_\_\_ SA n'exploitait plus l'établissement. Sur le fond, il n'était pas nécessaire qu'elle adresse un nouvel avertissement entre le mois de mai 2015 et la date de la résiliation dès lors qu'un tel avertissement semblait d'emblée inutile. La résiliation était valable car la locataire n'avait cessé d'agir en violation de ses devoirs et la poursuite du bail était devenue insupportable.

**c.** Par réplique du 6 mars 2018, A\_\_\_\_\_ SA a persisté dans ses conclusions. Elle a relevé qu'en date du 27 mai 2016, E\_\_\_\_\_ SA exploitait toujours les locaux puisque ce n'était qu'ultérieurement, soit en date du 27 juin 2016, que la gérance avait été confiée à G\_\_\_\_\_ SARL.

**d.** Par duplique du 16 avril 2018, la C\_\_\_\_\_ SA a persisté dans ses conclusions. A l'appui de son écriture, elle a nouvellement allégué que I\_\_\_\_\_ avait repris la gérance du restaurant en lieu et place de H\_\_\_\_\_, ce qui ressortait de l'extrait du Registre du commerce de A\_\_\_\_\_ SA selon lequel I\_\_\_\_\_ disposait d'un pouvoir de signature collective avec le président depuis le 26 mars 2018. Ainsi, A\_\_\_\_\_ SA procédait à une nouvelle sous-location, ce qui démontrait qu'elle n'avait aucune intention de réintégrer les locaux.

**e.** Le 4 mai 2018, A\_\_\_\_\_ SA s'est brièvement déterminé sur ces faits nouveaux. Elle a contesté que H\_\_\_\_\_ ne soit plus en charge de la gestion du restaurant, celui-ci demeurant le gérant au bénéfice d'une autorisation d'exploiter.

**f.** Les parties ont été avisées le 24 avril 2018 de ce que la cause était gardée à juger.

**C.** Les éléments suivants résultent de la procédure :

**a.** La C\_\_\_\_\_ SA est propriétaire d'une arcade commerciale d'environ 130 m<sup>2</sup> située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis \_\_\_\_\_ à Genève.

**b.** Le 1<sup>er</sup> octobre 2012, la C\_\_\_\_\_ SA et A\_\_\_\_\_ SA ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur la location de cette arcade.

Les locaux étaient destinés «à l'exploitation commerciale pour le(s) locataire(s) exclusivement; à l'usage d'un café-restaurant exclusivement». Ils étaient exploités sous l'enseigne «J\_\_\_\_\_».

Le contrat a été conclu pour une période de seize ans et trois mois, du 1<sup>er</sup> janvier 2013 au 31 mars 2029, avec clause de renouvellement tacite par la suite de cinq ans en cinq ans sauf résiliation donnée moyennant un préavis de six mois.

Le loyer annuel, hors charges, a été fixé à 71'088 fr., indexé à l'indice suisse des prix à la consommation.

Le bail comportait des clauses particulières, à savoir notamment :

«Le bailleur autorise le locataire à annoter le présent bail au Registre foncier, ceci jusqu'à son échéance soit au plus tard jusqu'au 31 mars 2029» (art. 6).

---

«Les locaux sont livrés en l'état au locataire, lequel déclare connaître parfaitement l'objet et l'accepter tel que. Le loyer convenu tient compte de cet état et du coût total des travaux que le locataire s'engage à exécuter dans le cadre du présent bail» (art. 7).

«Le locataire entreprendra d'importants travaux de rénovation et d'aménagement des locaux» (art. 10).

«Le locataire s'engage à exploiter son établissement dans les trois mois suivant la fin de ses travaux. Le non-respect de cet engagement pourra être considéré comme un juste motif de résiliation anticipée du bail au sens de l'article 266g CO» (art. 20).

«A l'issue du présent contrat, le bailleur se réserve le droit de conserver, sans indemnité ni participation quelconque, les travaux, les aménagements et les installations créées par le locataire. Il se réserve également le droit de demander au locataire de démonter les aménagements et installations qu'il ne souhaiterait pas conserver» (art. 22).

**c.** Le bail a été annoté au Registre foncier le 28 février 2013 jusqu'à son échéance du 31 mars 2029.

**d.** A\_\_\_\_\_ SA a fait procéder à d'importants travaux de rénovation des locaux dès son entrée en possession.

**e.** Par courrier et avis du 13 janvier 2014, la C\_\_\_\_\_ SA a résilié le bail avec effet au 28 février 2014. Le rapport de confiance était rompu dès lors que A\_\_\_\_\_ ne lui avait pas adressé d'information sur le déroulement du chantier depuis octobre 2013, alors que le contrat de bail prévoyait que certaines informations devaient être transmises mensuellement.

Le même jour, la C\_\_\_\_\_ SA a également résilié le bail avec effet au 31 mars 2019, sans indication de motif.

Par jugement du 19 mai 2016, rendu dans la cause C/2\_\_\_\_\_/2014 et confirmé par arrêt la Cour du 3 avril 2017 (ACJC/387/2017), le Tribunal a déclaré le congé extraordinaire inefficace et annulé le congé ordinaire.

**f.** Par contrat du 11 mai 2015, A\_\_\_\_\_ SA a confié à E\_\_\_\_\_ SA la gérance libre de l'enseigne «J\_\_\_\_\_» dès le 1<sup>er</sup> juin 2015.

Le contrat a été conclu pour une durée de cinq ans, du 1<sup>er</sup> juin 2015 au 31 mai 2020, avec clause de renouvellement tacite d'année en année, sauf résiliation donnée trois mois à l'avance.

Le loyer et la redevance mensuels ont été fixés comme suit :

- 10'000 fr. du 1<sup>er</sup> juin 2015 au 30 novembre 2015, soit 5'924 fr. à titre de loyer et 4'076 fr. à titre de redevance;
- 12'000 fr. du 1<sup>er</sup> décembre 2015 au 31 mai 2016, soit 5'924 fr. à titre de loyer et 6'076 fr. à titre de redevance;

- 
- 14'000 fr. du 1<sup>er</sup> juin 2016 au 31 mai 2017, soit 5'924 fr. à titre de loyer et 8'076 fr. à titre de redevance;
  - 16'000 fr. dès le 1<sup>er</sup> juin 2017, soit 5'924 fr. à titre de loyer et 10'076 fr. à titre de redevance.

**g.** Par courrier du 20 mai 2015, la C\_\_\_\_\_ SA a indiqué à A\_\_\_\_\_ SA avoir constaté l'ouverture d'un restaurant japonais dénommé «K\_\_\_\_\_» en lieu et place du café-restaurant «J\_\_\_\_\_». Elle exposait qu'il s'agissait d'une violation contractuelle dès lors notamment que la destination des locaux était réservée à l'exploitation commerciale pour le locataire exclusivement et qu'il avait été convenu que le locataire ne pouvait rénover, équiper, modifier ou adapter les locaux sans le consentement écrit et préalable du bailleur. Elle demandait par conséquent le rétablissement de la situation antérieure.

**h.** Par pli du 21 mai 2015, A\_\_\_\_\_ SA a répondu que le changement de concept n'exigeait aucunement l'exécution de travaux ou d'aménagements nouveaux. La gérance libre du fonds de commerce avait néanmoins effectivement été confiée à E\_\_\_\_\_ SA, avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2015. Quand bien même cela n'était pas requis par la bailleuse, une copie du contrat était jointe de manière à ce que la bailleuse puisse constater que les conditions de cette gérance n'étaient pas abusives et ne présentaient aucun inconvénient pour elle.

**i.** S'en est suivi un échange de correspondances entre les parties au terme duquel la C\_\_\_\_\_ SA a refusé de donner son consentement à la mise en gérance du fonds de commerce à E\_\_\_\_\_ SA au motif que A\_\_\_\_\_ SA n'avait pas demandé son consentement préalable et qu'elle ne respectait pas son obligation d'exploiter elle-même les locaux.

**j.** Le 23 septembre 2015, A\_\_\_\_\_ SA a saisi le Tribunal d'une action en constatation de droit (C/1\_\_\_\_\_/2015), concluant à ce qu'il soit constaté qu'elle était en droit de remettre en gérance à E\_\_\_\_\_ SA le fonds de commerce «J\_\_\_\_\_» et/ou de mettre en sous-location, respectivement en sous-affermage, les locaux commerciaux litigieux.

Dans cette procédure, L\_\_\_\_\_, administrateur de A\_\_\_\_\_ SA, a déclaré, lors de l'audience du 29 avril 2016, que la mise en gérance procédait d'une nécessité de stopper l'hémorragie financière suite aux travaux qui avaient pris entre quatre et six mois de retard, puis à la difficulté d'exploiter durant la saison hivernale. C'est à ce moment-là que A\_\_\_\_\_ SA avait rencontré un repreneur potentiel qui présentait des garanties financières et un concept plus sûr, ce qui avait mené à la conclusion du contrat de gérance avec cette société pour une durée maximale de cinq ans. La gérante bénéficiait d'une clause lui permettant de résilier pour la fin d'un trimestre de bail, ce qui n'excluait pas une reprise des locaux par A\_\_\_\_\_ SA avant l'échéance du contrat. L'objectif de A\_\_\_\_\_ SA était dans tous les cas de reprendre l'exploitation au plus tard dans les cinq ans avec un concept qui restait à définir. S'agissant du montant de la gérance, celle-ci avait été négociée

---

par M\_\_\_\_\_, alors administrateur de A\_\_\_\_\_ SA. Toutefois, cette dernière avait comme exigence que la sous-locataire puisse payer une gérance permettant d'acquitter les charges en relation avec l'exploitation du restaurant, évaluées à environ 14'000 fr. par mois hors loyer jusqu'en 2029. Le restaurant avait rouvert ses portes en juin 2015 avec un nouveau concept.

Lors de l'audience du 16 septembre 2016, N\_\_\_\_\_, administrateur de E\_\_\_\_\_ SA, a confirmé avoir signé le contrat de gérance conclu au bénéfice de E\_\_\_\_\_ SA. Il n'avait pas été associé aux discussions précontractuelles mais avait signé le contrat de gérance libre. Selon ses informations, compte tenu des difficultés financières rencontrées par E\_\_\_\_\_ SA dans l'exploitation de l'établissement, il avait été mis un terme au contrat de gérance à fin avril 2016, d'entente entre les parties. Nonobstant ces difficultés financières, E\_\_\_\_\_ SA s'était acquittée de l'ensemble de ses obligations financières jusqu'à la fin du contrat, arrêté au 30 avril 2016. A la suite de la cessation d'exploitation par E\_\_\_\_\_ SA du restaurant, N\_\_\_\_\_ avait continué de recevoir des factures de divers fournisseurs. Il avait fait suivre ces documents à G\_\_\_\_\_ SARL qui avait été constituée en mai 2016, sur instruction de O\_\_\_\_\_, l'associé-gérant de G\_\_\_\_\_ SARL. Il en avait déduit que cette dernière avait repris l'exploitation du restaurant. N\_\_\_\_\_ ne connaissait pas la nature des relations contractuelles entre le bailleur et A\_\_\_\_\_ SA.

P\_\_\_\_\_, actionnaire de A\_\_\_\_\_ SA, a déclaré avoir rencontré Q\_\_\_\_\_ fin mars ou début avril 2015. Ce dernier s'était enquis du succès de l'établissement et lui avait fait part de son intérêt à le reprendre. Compte tenu des investissements consentis (1'200'000 fr. de travaux et 300'000 fr. d'équipements), le loyer avait dû être complété par une redevance. Il avait été nécessaire de mettre en place une gérance car le concept ne fonctionnait pas assez bien, en tous les cas en hiver. Ensuite, A\_\_\_\_\_ SA avait dû faire face à un manque de liquidité important qui l'avait mise en danger. Il s'était donc agi de gagner un peu de temps pour se refaire une santé financière avant de reprendre l'exploitation des locaux avec un nouveau concept. Le délai minimal nécessaire avait été de trois ou quatre ans depuis la signature du contrat avec E\_\_\_\_\_ SA. La durée convenue de cinq ans était une demande expresse de E\_\_\_\_\_ SA pour amortir ses investissements. G\_\_\_\_\_ SARL avait signé un avenant avec A\_\_\_\_\_ SA. P\_\_\_\_\_ croyait savoir que O\_\_\_\_\_ était l'administrateur de A\_\_\_\_\_ SA, voire également un actionnaire de cette dernière.

R\_\_\_\_\_ a exposé avoir été l'administrateur de S\_\_\_\_\_ SARL de 2004 à 2013. Cette société avait exploité le restaurant litigieux durant cette période. Jusqu'en 2006-2007, il gérait lui-même le restaurant sous l'enseigne «T\_\_\_\_\_» avant de le remettre en gérance de 2007 à 2013. A son souvenir, le montant du loyer et de la gérance s'élevait à 15'000 fr. charges comprises. Sa comptable s'était chargée de rédiger le contrat et d'informer la régie de l'existence et des conditions de la gérance. Par la suite, le montant avait été

---

réduit à 12'000 fr. compte tenu de l'état de santé du gérant. A son souvenir, la régie d'alors n'avait émise aucune objection.

**k.** Par avis du 27 mai 2016, la C\_\_\_\_\_ SA a résilié le bail de manière extraordinaire, avec effet au 31 août 2016, au motif notamment de l'absence d'exploitation personnelle des locaux par A\_\_\_\_\_ SA.

**l.** Déclarée non conciliée le 19 septembre 2016, l'affaire a été portée devant le Tribunal le 18 octobre 2016.

A\_\_\_\_\_ SA a principalement conclu à la constatation de l'inefficacité du congé, subsidiairement à son annulation et plus subsidiairement à ce qu'une pleine et entière prolongation de bail de six ans lui soit octroyée.

**m.** Par avenant du 27 juin 2016, la gérance libre du restaurant à l enseigne «J\_\_\_\_\_» a été confiée à G\_\_\_\_\_ SARL avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2016.

Par courrier du 29 décembre 2016, G\_\_\_\_\_ SARL a résilié le contrat de gérance au motif de l'impossibilité de l'exécuter consécutive au refus d'autorisation d'exploiter prononcé par le Service du Commerce en raison de l'absence d'autorisation de sous-louer de la propriétaire.

**n.** Dans sa réponse du 24 février 2017, la C\_\_\_\_\_ SA a conclu à la validation du congé et au déboutement de A\_\_\_\_\_ SA de toutes ses conclusions.

La continuation du contrat était devenue intolérable pour elle car la locataire n'avait exploité personnellement les locaux que durant six mois alors que le contrat prévoyait l'exploitation personnelle des locaux par la locataire. A cela s'ajoutait la sous-location non autorisée en faveur de E\_\_\_\_\_ SA dont les conditions claires ne lui avaient pas été transmises. Enfin, A\_\_\_\_\_ SA avait exploité l'établissement sans bénéficier des autorisations nécessaires, en particulier durant les périodes du 1<sup>er</sup> juin 2015 au 17 septembre 2015 et du 1<sup>er</sup> mai 2016 au 1<sup>er</sup> juillet 2016. Cela conduisait à douter de la véritable intention de A\_\_\_\_\_ SA lors de la prise du bail.

**o.** Le 28 février 2017, A\_\_\_\_\_ SA a adressé au Service du commerce une requête en autorisation d'exploiter un établissement à l'enseigne «J\_\_\_\_\_» dont l'exploitant serait H\_\_\_\_\_, titulaire d'un certificat de capacité de cafetier et au bénéfice d'un contrat de travail en qualité de gérant.

**p.** Le 28 février 2017, A\_\_\_\_\_ SA et F\_\_\_\_\_ SARL ont conclu un contrat de société dont le but était d'unir leur effort en vue de l'exploitation du fonds de commerce à usage de restaurant exploité à l'enseigne «J\_\_\_\_\_». Au terme du contrat, A\_\_\_\_\_ SA s'engageait notamment à mettre à disposition l'usage de l'enseigne, des locaux - intégralement rénovés, équipés et décorés à ses frais - et de l'ensemble du mobilier du matériel, de l'agencement et des installations servant à l'exploitation. Les associés convenaient par ailleurs que le bénéfice annuel d'exploitation serait réparti à raison de 50% en faveur de F\_\_\_\_\_ SARL et 50% en faveur de A\_\_\_\_\_ SA, les pertes étant supportées par F\_\_\_\_\_ SARL

---

à l'entière décharge de A\_\_\_\_\_ SA. Le contrat était conclu du 1<sup>er</sup> avril 2017 (mais au plus tard dès l'obtention de l'autorisation d'exploiter) au 31 mars 2020 avec la possibilité d'un renouvellement moyennant un préavis de quatre mois avant l'échéance.

**q.** Lors de l'audience de débats d'instruction du 7 avril 2017 du Tribunal, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

**r.** Par ordonnance du 12 mai 2017, le Tribunal a versé à la procédure les procès-verbaux des audiences des 29 avril et 16 septembre 2016 et 7 avril 2017 dans la cause C/1\_\_\_\_\_/2015 ayant opposé les parties et a clôturé l'administration des preuves.

**s.** Lors de l'audience de plaidoiries finales du 23 juin 2017, les parties ont persisté dans leurs conclusions et 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).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les contestations portant sur l'usage d'une chose louée sont de nature pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 4C.310/1996 du 16 avril 1997 = SJ 1997 p. 493 consid. 1).

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 nécessairement si la résiliation n'est pas valable, période qui s'étend jusqu'à la date pour laquelle un nouveau congé peut être donné ou l'a effectivement été. Lorsque le bail bénéficie de la protection contre les congés des art. 271 ss CO, il convient, sauf exceptions, de prendre en considération la période de protection de trois ans dès la fin de la procédure judiciaire qui est prévue par l'art. 271a al. 1 let. e CO (ATF 137 III 389; 136 III 196 consid. 1.1).

**1.2** En l'espèce, le loyer annuel des locaux, charges comprises, s'élevant à 71'088 fr., la valeur litigieuse est largement supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

**1.3** L'appel a été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

**1.4** La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, op. cit., p. 349 ss, n. 121).

- 2. 2.1** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première

---

instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 6 ad art. 317 CPC).

**2.2** En l'espèce, l'appelant produit une pièce nouvelle, soit le jugement JTBL/1009/2017 prononcé par le Tribunal le 1<sup>er</sup> novembre 2017 et rendu dans la cause C/1\_\_\_\_\_/2015. Cette pièce est recevable car elle ne pouvait être produite auparavant. Pour la même raison, les faits s'y rapportant sont également recevables.

Dans sa duplique du 16 avril 2018, l'intimée a fait valoir des faits nouveaux, soit que la gérance du restaurant avait été reprise par I\_\_\_\_\_. Elle a produit, à l'appui de ceux-ci, une pièce nouvelle, à savoir un extrait du Registre du commerce duquel il ressort que I\_\_\_\_\_ figure sur l'extrait de A\_\_\_\_\_ SA avec un pouvoir de signature collective avec le président. Ces faits et moyen de preuve sont recevables car ils sont notoires et postérieurs au jugement querellé.

**3.** L'appelante reproche au Tribunal d'avoir déclaré le congé valable.

**3.1** Un congé est inefficace et dénué d'effet lorsqu'il ne satisfait pas aux exigences légales ou contractuelles auxquelles est subordonné son exercice. Ainsi, le congé motivé par le défaut de paiement de loyer, alors qu'en réalité, le loyer a été payé, le congé donné pour de justes motifs qui ne sont pas réalisés, le congé signifié pour une date qui ne correspond pas aux termes contractuels ou légaux (art. 266a al. 2 CO), le congé donné en raison d'une violation des devoirs de diligence qui se révélera inexistante et le congé anticipé donné à la suite d'un transfert de propriété, alors que le besoin n'est pas urgent, est inefficace (cf. ATF 135 III 441 consid. 3.1; 121 III 156 consid. 1c/aa; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_456/2010 du 18 avril 2011 consid. 3.2). Les effets d'un congé inefficace ne sont pas reportés au prochain terme contractuel utile. L'art. 266a al. 2 CO n'est pas applicable au congé extraordinaire (ATF 135 III 441 consid. 3.3).

**3.2** 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; 123 III 124 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_367/2010 du 4 octobre 2010 consid. 2.1).

La violation incriminée doit être telle que l'on ne puisse raisonnablement exiger du bailleur qu'il laisse le locataire disposer des locaux, ce qui suppose que les principes de proportionnalité et de subsidiarité soient respectés (ACJC/119/2005

---

du 14.02.2005 SI X c/ W, K et K; ATF 4C.273/2005 du 22.11.2005 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.118/2001 du 08 août 2001 consid. 1 b) bb) ddd).

Une sous-location sans le consentement du bailleur peut justifier une résiliation anticipée du bail selon l'art. 257f al. 3 CO. Cette situation se présente lorsque le locataire passe outre un refus du bailleur de consentir à la sous-location ou qu'il s'abstient de demander l'autorisation de sous-louer. Dans le premier cas, s'il était en droit de refuser son consentement pour l'un des motifs de l'art. 262 al. 2 CO, le bailleur peut résilier le bail conformément à l'art. 257f al. 3 CO (LCHAT, Commentaire romand, n. 4 ad art. 262 CO; HIGI, Zürcher Kommentar, n. 49 ad art. 262 CO; ENGEL, Contrats de droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., p. 175). Comme le refus du consentement n'équivaut pas à la protestation exigée par l'art. 257f al. 3 CO, le bailleur devra toutefois avoir préalablement sommé en vain le locataire de mettre un terme à la sous-location (HIGI, *ibid.*; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_516/2007 du 6 mars 2008 consid. 3.1).

Pour respecter l'exigence d'avertissement écrit, le bailleur doit inviter le locataire à se conformer aux exigences légales, en l'enjoignant à mettre un terme à la sous-location ou en protestant contre l'absence de demande d'autorisation et, le cas échéant, en exigeant de prendre connaissance des conditions de sous-location (ATF 134 III 300 consid. 3.1; 134 III 446 consid. 2.2).

Le délai imparti par le bailleur pour mettre fin à la sous-location doit être raisonnable. Selon LCHAT, un délai de l'ordre d'un mois pour mettre un terme à la sous-location suffit (LCHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne, 2008, p. 575, note 70).

Selon les circonstances, le bailleur impartira au locataire un délai pour se conformer au contrat. Le bailleur est en droit de s'abstenir de la protestation écrite, s'il apparaît d'emblée qu'elle sera manifestement inutile, lorsque par exemple le locataire se dérobe à la réception de la lettre. On applique ici l'art. 108 ch. 1 CO par analogie (WESSNER, *op. cit.*, n. 67, p. 19 et références citées sous n. 115).

L'art. 108 ch. 1 CO doit être admis de manière tout à fait exceptionnelle afin d'éviter de vider de sa substance l'exigence prévue à l'art. 257f al. 3 CO (ACJC/235/2014).

En vertu de l'art. 108 ch. 1 CO, la fixation d'un délai n'est pas nécessaire, lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet.

Le Tribunal fédéral a jugé valable le congé anticipé donné par un bailleur qui, après avoir découvert une sous-location non autorisée, avait invité sans succès le locataire à lui en communiquer les conditions; l'intéressé avait même nié les faits. Les conditions pratiquées s'étant de surcroît révélées abusives, le bailleur disposait rétrospectivement de deux motifs pour congédier le locataire (art. 262 al. 2 let. a et b CO; ATF 134 III 300 consid. 3.2).

Les cas dans lesquels le bailleur peut s'opposer à la sous-location, énumérés de manière exhaustive à l'art. 262 al. 2 CO, sont les suivants : lorsque le locataire

---

refuse de lui communiquer les conditions de la sous-location (a), lorsque les conditions de la sous-location, comparées à celle du contrat de bail, sont abusives (b), ou lorsque la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs (c) (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_290/2015 du 9 septembre 2015 consid. 4.3.1).

Le bailleur qui donne un tel congé supporte le fardeau de la preuve pour la validité du congé (cf. ATF 138 III 59 consid. 2.1; WEBER, in Commentaire bâlois, 5<sup>ème</sup> éd. 2011, n. 8 ad art. 257f CO). Il doit prouver que les conditions d'une résiliation anticipée sont données et, partant, que la sous-location n'est pas licite, par exemple parce que le locataire n'a pas l'intention de réutiliser lui-même l'objet loué dans un avenir prévisible. Apporter la preuve de ce fait interne peut être très difficile, voire impossible pour le bailleur. Il y a lieu d'admettre un devoir de collaboration du locataire (sur ce devoir en général, cf. WALTER, Commentaire bernois, 2012, n. 318 ss ad art. 8 CC; ATF 119 II 305, à propos des faits négatifs; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_430/2013 du 14 février 2014 consid. 4.2).

Enfin, pour juger de la validité de la résiliation, il faut se placer au moment où celle-ci a été notifiée (ATF 138 III 59 consid. 2.1).

**3.3** En l'occurrence, par courrier du 20 mai 2015, l'intimée a indiqué à l'appelante avoir constaté l'ouverture d'un restaurant japonais dénommé «K\_\_\_\_\_» en lieu et place du café-restaurant «J\_\_\_\_\_». Elle considérait qu'il s'agissait-là d'une violation contractuelle puisque le contrat prévoyait que les locaux étaient destinés à l'exploitation commerciale pour le locataire exclusivement et qu'il avait été convenu que le locataire ne pouvait rénover, équiper, modifier ou adapter les locaux sans le consentement du bailleur. Il n'est pas contesté que ce courrier constitue une protestation écrite du bailleur au sens de la jurisprudence.

Reste néanmoins à déterminer si l'appelante enfreignait alors son devoir de diligence et si elle a persisté à l'enfreindre ensuite, de telle sorte que la résiliation, intervenue le 27 mai 2016, a été valablement donnée.

Dans son jugement du 1<sup>er</sup> novembre 2017, aujourd'hui définitif (C/1\_\_\_\_\_/2015), le Tribunal a constaté que l'appelante était en droit de sous-louer les locaux à E\_\_\_\_\_ SA. Il a retenu, dans ce cadre, que l'appelante avait bien communiqué toutes les informations de la sous-location à l'intimée et que les autres conditions de la sous-location étaient remplies, le montant du sous-loyer étant identique au loyer principal, celui de la redevance n'étant pas abusif et considérant qu'aucun indice ne laissait croire que l'appelante n'avait pas l'intention de réintégrer les locaux.

Dès lors, il ne peut être retenu qu'elle a persisté à l'enfreindre et, partant, que la résiliation est valable. Il était en effet nécessaire, si l'intimée considérait que l'appelante enfreignait son devoir de diligence parce qu'elle aurait perdu l'intention de réintégrer les lieux entretemps, qu'elle adresse une nouvelle

protestation écrite à la locataire. Contrairement à ce qu'elle soutient, l'intimée ne pouvait s'en abstenir au motif qu'une telle protestation aurait manifestement été inutile, dès lors que l'appelante avait elle-même entamé une procédure afin de savoir si elle était en droit de remettre les locaux en gérance ou non. Compte tenu de ce qui précède, l'intimée a échoué à démontrer que les conditions de la résiliation extraordinaire, notifiée le 27 mai 2016, sont réalisées et partant la validité du congé.

Même à considérer qu'une nouvelle protestation écrite aurait été inutile, l'appelante n'aurait pas échoué à démontrer son intention de réintégrer les locaux. En effet, il n'appartient pas à l'appelante de prouver que les conditions de la résiliation extraordinaire ne sont pas réalisées mais à l'intimée qu'elles le sont, le fardeau de la preuve appartenant à cette dernière. L'appelante avait l'intention de réintégrer les locaux au moment déterminant, soit lors de l'envoi du congé. En ce sens, l'administrateur de l'appelante a déclaré, lors de l'audience du 29 avril 2016, intervenue avant la résiliation litigieuse, que l'objectif de l'appelante était de reprendre l'exploitation des locaux au plus tard dans les cinq ans, le concept restant à définir. La mise en gérance des locaux à E\_\_\_\_\_ SA pour une période de cinq ans renouvelable n'a en outre rien de contradictoire avec l'intention de la locataire de reprendre possession des lieux à terme, comme l'ont constaté les premiers juges, qui avaient pourtant considéré réelle et suffisante l'intention de réintégrer de la locataire, en 2015, alors que le contrat de mise en gérance en faveur de E\_\_\_\_\_ SA avait d'ores et déjà été conclu. La deuxième mise en gérance, en faveur de G\_\_\_\_\_ SARL, ne constitue pas d'avantage un indice de l'absence de volonté de réintégrer les locaux par l'appelante puisqu'il a été mis fin à la première gérance pour des motifs indépendants de la volonté de cette dernière, soit en raison des difficultés financières rencontrées par E\_\_\_\_\_ SA, fait confirmé par l'administrateur de E\_\_\_\_\_ SA. Ainsi, peu importe que le transfert de gérance de E\_\_\_\_\_ SA à G\_\_\_\_\_ SARL soit intervenu avant - comme le soutient l'intimée - ou après la résiliation - comme le soutient l'appelante.

Quant à la conclusion du contrat de société avec F\_\_\_\_\_ SARL, il est admis qu'elle date du 28 février 2017, soit postérieurement à l'envoi de la résiliation. Ainsi, il ne peut en être tenu compte pour déterminer la validité de la résiliation. Au demeurant, l'appelante ayant investi des sommes importantes dans les locaux, ce qui est admis par l'intimée, le contrat ne peut être considéré comme un contrat de bail à ferme déguisé en raison d'une disproportion évidente du partage des pertes. Finalement, le fait que l'appelante n'ait exploité les locaux que durant quelques mois avant de les remettre en gérance n'affecte pas sa volonté claire de réintégrer les locaux trois à cinq années plus tard, compte tenu de la durée du bail, particulièrement longue, convenue entre les parties et du fait que le bail a été annoté au Registre foncier.

Pour les motifs qui précèdent, il faut retenir que l'intimée a échoué à démontrer que l'intention de l'appelante de réintégrer les locaux n'était pas suffisante et ainsi que les conditions d'une résiliation extraordinaire étaient remplies.

Partant, le jugement querellé sera annulé et le congé déclaré inefficace, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner les conclusions de l'appelante en annulation du congé, et subsidiairement en prolongation de bail.

4. A teneur de l'art. 22 al. 1 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 (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 8 décembre 2017 par A\_\_\_\_\_ SA contre le jugement JTBL/1010/2017 rendu le 1<sup>er</sup> novembre 2017 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/13591/2016.

**Au fond :**

Annule ce jugement.

**Cela fait et statuant à nouveau :**

Déclare le congé du 27 mai 2016 inefficace.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Laurence MIZRAHI et Monsieur Bertrand REICH, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Maïté 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. cf. consid. 1.2.*