



## POUVOIR JUDICIAIRE

C/13774/2005

ACJC/1402/2011

## ARRÊT

## DE LA COUR DE JUSTICE

## Chambre en matière des baux et loyers

## AUDIENCE DU LUNDI 31 OCTOBRE 2011

Entre

A\_\_\_\_\_ Sàrl (anciennement B\_\_\_\_\_ Sàrl), sise \_\_\_\_\_ (Allemagne), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 30 août 2010, comparant par Me Beat Mumenthaler, avocat, 6, rue Bellot, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'une part,

Et

C\_\_\_\_\_ SA (anciennement D\_\_\_\_\_ SA), c/o E\_\_\_\_\_ SA, \_\_\_\_\_, intimée, comparant par Me Olivier Carrard, avocat, 2, rue Bovy-Lysberg, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Suivant arrêt du

**7 mars 2012**

le Tribunal fédéral,  
statuant sur le recours  
formé contre le présent  
arrêt par A\_\_\_\_\_ Sàrl  
l'a rejeté

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 31.10.2011.

---

---

**EN FAIT**

- A.** Par jugement JTBL/1053/2010 rendu le 30 août 2010 et notifié aux parties par pli du 6 septembre 2010, le Tribunal des baux et loyers a ordonné la rectification des qualités de la partie demanderesse en ce sens qu'elle devient D\_\_\_\_\_ SA, condamné A\_\_\_\_\_ SÀRL à verser à la société D\_\_\_\_\_ SA la somme de 1'376'551 fr. 94, débouté les parties de toutes autres conclusions et condamné A\_\_\_\_\_ SÀRL au paiement des débours de 3'196 fr. 55.
- B.** Par acte formé le 7 octobre 2010, A\_\_\_\_\_ SÀRL a appelé du jugement; elle concluait à l'annulation de la décision entreprise et, sur réforme, au déboutement de D\_\_\_\_\_ SA et à sa condamnation au paiement des débours de la procédure et de l'émolument de justice de la Cour.

Elle a indiqué ne pas contester l'état de fait retenu par les premiers juges; elle leur reprochait en revanche l'appréciation erronée des preuves retenues.

- C.** Dans sa réponse à l'appel du 19 novembre 2010, l'intimée a fait siens les faits retenus par les premiers juges.

A la forme, elle concluait à la rectification de partie de l'intimée, et, au fond, au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris condamnant A\_\_\_\_\_ SÀRL à verser à C\_\_\_\_\_ SA la somme de 1'376'551 fr. 94 avec intérêts à 5% l'an dès le 30 août 2010.

- D.** Les éléments suivants, non contestés par les parties, ont été retenus par les premiers Juges :

**a.** F\_\_\_\_\_ (ci-après: F\_\_\_\_\_, la bailleresse ou la demanderesse) est propriétaire du centre commercial et de loisirs de F\_\_\_\_\_, à Genève. Elle est une filiale du groupe C\_\_\_\_\_.

**b.** A\_\_\_\_\_ SÀRL, anciennement B\_\_\_\_\_ SÀRL (ci-après: A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_ ou la défenderesse), est une société à responsabilité limitée de droit allemand, filiale du groupe G\_\_\_\_\_, dont le siège se trouve à \_\_\_\_\_, en Allemagne.

**c.** H\_\_\_\_\_ SA, en liquidation (ci-après : H\_\_\_\_\_ ou la locataire), société dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première

---

instance du 13 septembre 2005, avait pour but l'exploitation et la direction d'un hôtel ainsi que d'autres entreprises dans le domaine hôtelier dans le canton de Genève.

H\_\_\_\_\_ était également une filiale du groupe G\_\_\_\_\_.

**d.** I\_\_\_\_\_ SA est une société d'administration du groupe G\_\_\_\_\_. Elle a pour fonction le contrôle et la bonne marche des hôtels. Elle n'intervient que pour des questions administratives et parfois pour la gestion des hôtels lorsque des mesures drastiques doivent être prises. Elle n'avait pas de participation directe dans H\_\_\_\_\_ (témoin J\_\_\_\_\_, procès-verbal du 14 septembre 2009, p. 2).

Les activités pour la Suisse de I\_\_\_\_\_ SA étaient basées à \_\_\_\_\_ [Tessin]. Elles étaient dirigées par K\_\_\_\_\_, puis par J\_\_\_\_\_ qui l'a remplacé (témoins L\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, procès-verbal du 11 juin 2009, pp. 3, 4; témoin J\_\_\_\_\_, procès-verbal du 14 septembre 2009, p. 2). Il ressort de l'inscription au Registre du commerce que N\_\_\_\_\_ est président du conseil d'administration de cette société.

**e.** En fin d'année 2000, début d'année 2001 s'est ouvert le chantier de construction du Stade de Genève, situé dans le quartier de F\_\_\_\_\_, à Genève. Ce stade était destiné à accueillir le O\_\_\_\_\_ et devait être exploité par la société P\_\_\_\_\_ détenue principalement par Q\_\_\_\_\_. Le groupe C\_\_\_\_\_ était actionnaire minoritaire du O\_\_\_\_\_ à concurrence de 15%.

**f.** Parallèlement, à la même époque, le groupe C\_\_\_\_\_ a entrepris la construction du centre commercial de F\_\_\_\_\_ comportant des surfaces commerciales, un hôtel et des surfaces de bureaux. Le bâtiment dans lequel se trouve l'hôtel jouxte le Stade de Genève et lui est relié par un bâtiment de liaison, faisant partie du chantier du centre commercial.

**g.** En date du 11 décembre 2001 F\_\_\_\_\_, représentée par R\_\_\_\_\_ et S\_\_\_\_\_, d'une part, et T\_\_\_\_\_ SA, agissant pour H\_\_\_\_\_, en formation, et représentée par U\_\_\_\_\_, d'autre part, ont conclu un contrat de bail à loyer ayant pour objet l'hôtel V\_\_\_\_\_ alors en construction dans le complexe de F\_\_\_\_\_ à Genève, y compris les installations et aménagements techniques nécessaires à l'exploitation de l'hôtel, et 43 places de stationnement pour véhicules automobiles (cf. pièce 3 dem.). Les locaux couverts par le bail étaient déterminés sur le plan annexé audit contrat (cf. annexe A du contrat).

Le bail a débuté le jour de la remise de l'objet, prévue le 31 mars 2003 et garantie le 31 mai 2003 au plus tard, et a été conclu jusqu'au 31 mars 2018 (§ 2.2 et § 4.1).

Une indemnité de 10'000 fr. par jour était prévue en cas de retard dans la remise des locaux par rapport à la date confirmée et/ou garantie pour des motifs dont répond la bailleuse (§ 2.3).

Le loyer annuel minimum, charges non comprises, a été fixé à 1'400'000 fr. dès le début du contrat. En plus du loyer minimum, la locataire s'est engagée à participer aux intérêts et à l'amortissement des coûts supportés par la bailleuse lors de l'ouverture à concurrence de 446'200 fr. par an jusqu'au 31 mars 2018 (§ 8.1).

En outre, un loyer de 40'200 fr. par an était prévu pour la location de surfaces complémentaires au rez-de-chaussée et la locataire s'était engagée à verser 18'000 fr. par an pendant 15 ans pour compenser l'investissement consenti par la bailleuse pour la suppression de trois piliers se trouvant dans le centre de conférence, selon avenant no 2 du 12 août 2002 (cf. pièce 4 dem.).

Le loyer dépendait également du chiffre d'affaires dégagé par la locataire (§ 8.4).

Il était également prévu que la TVA soit acquittée par la locataire en sus des montants fixés ci-dessus (§ 8.1).

Le loyer était dû dès le 1er jour après le 3ème mois civil entier suivant la remise des locaux (§ 8.1). La locataire n'avait droit à une réduction de loyer en raison de défauts que si les locaux n'étaient pas exempts de défauts au jour où le loyer était exigible (§ 2.4).

En sus du loyer, la locataire devait prendre à sa charge tous les frais d'exploitation concernant l'entretien et l'évacuation des déchets. Lorsque de tels frais étaient occasionnés de manière non différenciée, la locataire devait prendre à sa charge une part calculée sur la base d'une clé de répartition qu'elle devait au préalable approuver (§ 8.5).

Le contrat prévoyait en outre que *«comme sûreté complémentaire, la locataire remet à la bailleuse une déclaration de patronage de sa société mère W\_\_\_\_\_ SA, qui stipulera qu'elle s'engage à garantir l'ensemble des droits et obligations découlant du présent contrat de bail»* (§ 8.7).

Le contrat réglait également les relations avec la P\_\_\_\_\_ concernant les salles de conférence et la livraison de la nourriture et boissons dans ces salles. Plus spécifiquement, H\_\_\_\_\_ avait le droit de servir des boissons, des pâtisseries et des snacks, à l'exclusion de repas chauds ou froids pour lesquels la P\_\_\_\_\_ avait un droit exclusif. Cette dernière devait présenter ses prix une fois par an à H\_\_\_\_\_. En cas de contestation, l'organe de conciliation de l'Association suisse des hôteliers devait être saisi et sa décision faisait foi (§ 12.4).

---

Un premier projet de déclaration de patronage a été rédigé en allemand au nom de B\_\_\_\_\_ dont la teneur était la suivante: «*Wir verpflichten uns hiermit Ihnen gegenüber, unabhängig unserer. Beteiligungsverhältnisse an der H\_\_\_\_\_ SA in Gründung, die notwendigen Massnahmen vorzukehren, damit die Gesellschaft ihren Verpflichtungen aus dem vorerwähnten Vertrag vollumfänglich nachkommt. Sollten sie dies nicht tun, aus welchem Grunde auch immer, verpflichten wir uns hiermit, selber für die Verpflichtungen der H\_\_\_\_\_ SA in Gründung auszukommen*».

Ce texte a été modifié par la suite de la manière suivante: «*Wir verpflichten uns hiermit Ihnen gegenüber, in Bezug auf ~~unabhängig~~ unserer Beteiligungsverhältnisse an der H\_\_\_\_\_ SA in Gründung, die notwendigen Massnahmen vorzukehren, damit die Gesellschaft ihren Verpflichtungen aus dem vorerwähnten Vertrag vollumfänglich nachkommt. Sollten sie dies nicht tun, aus Gründen die von der Betriebsgesellschaft zu vertreten sind ~~welchem Grunde auch immer~~, verpflichten wir uns hiermit, selber für die Verpflichtungen der H\_\_\_\_\_ SA in Gründung auszukommen*».

A teneur de ce second projet, la société émettrice était W\_\_\_\_\_ SA à \_\_\_\_\_ [Tessin].

Les pièces produites ne permettent de déterminer ni l'auteur, ni la date de ces projets.

En date du 23 mars 2002, B\_\_\_\_\_ (et F\_\_\_\_\_ ) a signé une déclaration de patronage contresignée pour accord par F\_\_\_\_\_ dont la teneur est la suivante: «*Nous nous engageons par la présente à votre égard, en relation à nos rapports de participations dans H\_\_\_\_\_ SA, en formation, à prendre les mesures nécessaires pour que la société remplisse entièrement l'ensemble de ses obligations découlant du contrat susmentionné. Nous nous engageons, par la présente, dans l'hypothèse où celle-ci ne devait pas remplir entièrement ses obligations pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation, à répondre nous-mêmes des obligations de H\_\_\_\_\_ SA en formation*».

Le même jour, elles ont également signé le texte allemand modifié (cf. ci-dessus) dont la teneur est identique au texte français (procès-verbal du 27 avril 2009, p. 2).

**h.** Fin octobre 2002, ensuite de tensions avec la Fondation pour le Stade de Genève, Q\_\_\_\_\_ s'est désengagé du projet de F\_\_\_\_\_ et du O\_\_\_\_\_ ce qui a privé le Stade de Genève d'un exploitant connaissant le domaine \_\_\_\_\_ et d'un investisseur potentiel (pièce 40 déf., p. 49, 50).

---

**i.** Le centre commercial et de loisirs de F\_\_\_\_\_ a ouvert ses portes en novembre 2002.

A cette époque, l'hôtel n'était pas terminé. Notamment, la cuisine et les salles de conférence réalisées selon le souhait de U\_\_\_\_\_ étaient encore en construction (témoin M\_\_\_\_\_, procès-verbal du 11 juin 2009, p. 5).

**j.** Le 6 février 2003, les parties ont signé un avenant no 3 au contrat (cf. pièce 5 dem.), dans lequel elles déclaraient que si une solution amiable pouvait être trouvée entre les parties, F\_\_\_\_\_ confirmait la date d'ouverture de l'hôtel au 1er mars 2003, étant précisé que les parties étaient conscientes que l'hôtel était entièrement réservé pour la période du salon de l'automobile 2003 et que les réservations pour la période qui suivait étaient également élevées de sorte que le report de la date d'ouverture aurait des conséquences financières pour les deux parties (préambule, ch. 2).

A teneur de cet avenant, la locataire s'engageait à participer au dépassement du budget des investissements effectués par la bailleuse, à concurrence de 75'000 fr. par an pendant 15 ans. Cet engagement était conditionné à la réalisation de plusieurs circonstances, notamment l'ouverture de l'hôtel au 1er mars 2003, prêt à l'exploitation, à la réception de clients et à l'obtention de l'autorisation d'exploiter et à l'ouverture du centre de conférence au 20 mars 2003 (§ 2).

**k.** Par courrier du 4 mars 2003, K\_\_\_\_\_ s'est plaint au nom de H\_\_\_\_\_ du fait que les locaux n'avaient pas été délivrés à la société exploitante, ajoutant que l'hôtel avait enregistré des réservations pour le mois de mars pour un chiffre d'affaires de l'ordre de 400'000 fr. et engagé du personnel qui était déjà rémunéré. A ce courrier était jointe une liste des défauts des locaux. Il proposait de régler ces problèmes ainsi que de discuter des modifications des circonstances lors d'une prochaine réunion.

**l.** Le 15 mars 2003 a eu lieu le \_\_\_\_\_.

**m.** L'hôtel V\_\_\_\_\_ a ouvert ses portes le 15 ou 16 mars 2003 (témoins L\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, procès-verbal du 11 juin 2009, p. 3, 5).

**n.** Par courrier du 18 mars 2003, K\_\_\_\_\_, agissant au nom de H\_\_\_\_\_, s'est à nouveau plaint de l'ouverture retardée de l'hôtel, alléguant un dommage de 450'000 fr. à 500'000 fr. correspondant à la perte du chiffre d'affaires durant le salon de l'automobile (qui s'était tenu du 6 au 13 mars 2003).

**o.** Le 26 mars 2003, les parties se sont réunies pour établir la liste des retouches à effectuer dans l'hôtel, relatives pour l'essentiel à la peinture et l'éclairage de certaines parties du bâtiment.

---

---

**p.** Dans un courrier du 2 avril 2003 sur papier à en-tête de W\_\_\_\_\_ SA, U\_\_\_\_\_ a déclaré attendre une offre de compensation pour le retrait de Q\_\_\_\_\_ du O\_\_\_\_\_ et de la P\_\_\_\_\_.

**q.** Par courriers des 6 mai, 26 août et 9 octobre 2003, U\_\_\_\_\_ s'est adressé à la bailleuse au nom de W\_\_\_\_\_ SA concernant le retrait de Q\_\_\_\_\_ et l'a invitée à lui faire une proposition de dédommagement, notamment sous la forme d'une réduction de loyer, H\_\_\_\_\_ ayant fait valoir un dommage à l'encontre de W\_\_\_\_\_ SA pour avoir négocié les termes du contrat.

**r.** Dans un courrier du 27 novembre 2003, U\_\_\_\_\_ s'est également plaint du retard dans l'achèvement du bâtiment abritant l'hôtel et des finitions, de l'absence de X\_\_\_\_\_ dans les étages composés de bureaux, de l'absence d'une cuisine au 3ème étage pour offrir des services de traiteur restaurant dans les salles de conférence situées à cet étage et de la faible fréquentation du Stade de Genève. Il réclamait en conséquence une réduction de loyer pour ces désagréments.

**s.** En 2003, le Stade de Genève a accueilli 350'000 spectateurs lors de diverses manifestations, y compris des \_\_\_\_\_ [divers événements]. [Le centre de conférence] \_\_\_\_\_ a également été loué à plusieurs reprises (pièce 40 déf., p. 51).

**t.** Le 5 mars 2004, F\_\_\_\_\_ a adressé à H\_\_\_\_\_ une facture d'un montant de 106 fr. 50 pour une intervention de la patrouille de sécurité suite au déclenchement de l'alarme sur la porte de secours du parking (cf. pièce 19.11 dem.).

**u.** Le 18 août 2004, F\_\_\_\_\_ a adressé à H\_\_\_\_\_ une facture de 320'238 fr. 15 pour les charges 2003.

Cette somme est demeurée impayée.

**v.** Le 2 décembre 2004, H\_\_\_\_\_ a commandé un carton de tickets de parking à F\_\_\_\_\_ qui lui a été facturé 140 fr. 40 le 5 janvier 2005 avec un délai de paiement de 15 jours (cf. pièce 19.8 dem.).

Ce montant n'a pas été réglé.

**w.** H\_\_\_\_\_ ne s'est pas acquittée des loyers et des participations aux amortissements pour les mois de juillet à décembre 2004.

Elle a versé la somme de 50'000 fr. le 28 août 2004, puis deux montants de 175'000 fr. chacun le 23 décembre 2004 et le 21 janvier 2005.

En 2005, H\_\_\_\_\_ a versé 91'666 fr. en janvier, février et mars, puis 91'666 fr. 65 pour chacun des mois de mai, juin et juillet, ainsi que 91'666 fr. en août. Aucun versement n'est intervenu en avril et septembre (cf. pièce 19.19 dem.).

**x.** Par courrier du 7 mars 2005, F\_\_\_\_\_ a mis B\_\_\_\_\_ en demeure de lui verser la somme de 1'099'875 fr. à titre d'arriéré de loyer, de charges et d'amortissements dus par H\_\_\_\_\_, avant le 31 mars 2005.

**y.** En date du 9 mars 2005, la bailleuse a déposé une réquisition de poursuite à l'Office des poursuites à l'encontre de H\_\_\_\_\_, portant sur un montant de 1'099'875 fr. avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2005, relatif aux loyers échus pour l'année 2004.

**z.** Le 18 mars 2005, H\_\_\_\_\_ a avisé le juge être en situation de surendettement.

**aa.** Le 22 mars 2005, la bailleuse a rappelé à la locataire qu'elle restait lui devoir 153'707 fr. 10 pour le loyer des mois de janvier et février 2005 en plus des montants réclamés précédemment.

**bb.** Par acte du 29 avril 2005, F\_\_\_\_\_ a déclaré postposer une partie de sa créance envers H\_\_\_\_\_, afin que le juge n'ait pas à prononcer la faillite immédiate de la société.

**cc.** Par jugement du 13 mai 2005, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a constaté le surendettement de H\_\_\_\_\_, a rejeté la requête de sursis provisoire et de sursis concordataire et a ajourné le prononcé de la faillite.

**dd.** Par requête à la Commission de conciliation en matière de baux et loyer du 17 juin 2005, déclarée non conciliée à l'audience de la Commission de conciliation du 11 janvier 2006 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 16 janvier 2006, F\_\_\_\_\_ a assigné B\_\_\_\_\_ en paiement de l'arriéré de loyer, des charges et des amortissements dus par H\_\_\_\_\_ pour les années 2004 et 2005, sous réserve d'amplification pour le solde du décompte de charges qui n'a pas encore été établi.

Elle a exposé que l'obtention d'une garantie solide constituait pour elle un élément fondamental de la conclusion du bail avec H\_\_\_\_\_. La déclaration de patronage devait être qualifiée de porte-fort, pouvant donner lieu à une action en dommages-intérêts du destinataire contre son émetteur.

---

**ee.** Par jugement du 13 septembre 2005, le Tribunal de première instance a ratifié une convention du 12 septembre 2005 conclue entre F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ et a prononcé la faillite de H\_\_\_\_\_.

F\_\_\_\_\_ a produit une créance de 2'344'887 fr. 70 dans la faillite de H\_\_\_\_\_.

**ff.** Y\_\_\_\_\_, société du groupe C\_\_\_\_\_, tout comme F\_\_\_\_\_, a repris l'exploitation de l'hôtel et la franchise V\_\_\_\_\_ au jour de la faillite de H\_\_\_\_\_.

Les conditions d'exploitation de l'hôtel, en particulier les conditions du bail des locaux, sont demeurées inchangées, à l'exception de la déclaration de patronage. Par ailleurs, Z\_\_\_\_\_, employé de H\_\_\_\_\_ en qualité de directeur de l'hôtel V\_\_\_\_\_ depuis octobre 2004, a été maintenu dans ses fonctions auprès de Y\_\_\_\_\_ SA (procès-verbal du 27 avril 2009, p. 4; témoin Z\_\_\_\_\_, procès-verbal du 11 juin 2009, p. 1, 2).

**gg.** En date du 27 février 2006, F\_\_\_\_\_ a amplifié sa demande en paiement, concluant principalement à la condamnation de B\_\_\_\_\_ à lui verser les sommes de

1'009'875 fr. avec intérêts à 5% du 1er janvier au 13 septembre 2005, représentant les arriérés de loyer, les charges et les amortissements dus au 31 décembre 2004, de 640'585 fr. 25 avec intérêts à 5% du 1er juin au 13 septembre 2005, représentant les arriérés de loyer, les charges et les amortissements dus pour les mois de janvier à juin 2005, de 379'567 fr. 80 avec intérêts à 5% du 2 au 13 septembre 2005, représentant les charges afférentes à l'année 2004 et de 312'780 fr. 95 avec intérêts à 5% du 1er au 13 septembre 2005, représentant les arriérés de loyer, les charges et les amortissements dus pour les mois de juillet, août, et du 1er au 13 septembre 2005.

**hh.** Une instruction écrite a été ordonnée le 8 février 2006.

Dans sa réponse du 15 mai 2006, B\_\_\_\_\_ a conclu principalement à l'annulation de l'assignation de la demande en paiement du 17 juin 2005 et de la demande additionnelle du 27 février 2006. Subsidiairement, elle a conclu à l'irrecevabilité *ratione materiae* de la demande. Plus subsidiairement, elle a conclu à la suspension de l'instruction jusqu'à droit connu sur la créance produite par F\_\_\_\_\_ dans la faillite de H\_\_\_\_\_. Plus subsidiairement encore, elle a conclu au déboutement de la partie demanderesse de toutes ses conclusions.

A l'appui de ses conclusions, B\_\_\_\_\_ a fait valoir que la déclaration de patronage ne s'appliquait pas en l'espèce car elle était limitée aux situations dans lesquelles H\_\_\_\_\_ faillirait à ses devoirs *«pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation»*. Or, le non paiement des montants dus par H\_\_\_\_\_ avait été causé par la non venue de X\_\_\_\_\_ dans le complexe immobilier, la

---

faillite du O\_\_\_\_\_, le raccordement tardif du centre et du Stade de Genève au centre ville et à l'aéroport, de l'absence d'implantation de groupes étrangers et de la perte par Genève de foires d'exposition.

Dans sa réplique du 15 août 2006, la demanderesse a conclu principalement à la condamnation de B\_\_\_\_\_ à lui verser les montants, intérêts moratoires inclus de 1'133'006 fr. 56 représentant les arriérés de loyers et les amortissements dus au 31 décembre 2004, déduction faite de la somme de 50'000 fr. représentant la contre-valeur du «petit inventaire» qui a été repris par la bailleresse conformément à l'art. 4 al. 2 de la Convention du 12 septembre 2005, de 781'733 fr. 87 représentant les arriérés de loyer et les amortissements dus entre le 1er janvier et le 13 septembre 2005, de 380'094 fr. 97 représentant les charges afférentes à l'année 2004, de 268'558 fr. 95 représentant les charges afférentes à la période du 1er janvier au 13 septembre 2005 et de 252 fr. 65 représentant les factures pour les cartons de parking et une intervention d'alarme.

Dans sa duplique du 29 septembre 2006, la défenderesse a persisté dans ses conclusions.

**ii.** Par jugement du 18 décembre 2006, confirmé par arrêt de la Cour de justice du 5 novembre 2006, le Tribunal des baux et loyers s'est déclaré compétent pour connaître du présent litige, a débouté B\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions tendant à l'annulation de l'assignation de la demande en paiement et suspendu l'instruction de la cause jusqu'à droit connu sur la créance produite par F\_\_\_\_\_ dans la faillite de H\_\_\_\_\_.

Les recours interjetés devant le Tribunal fédéral ont été respectivement déclaré irrecevable et rejeté par arrêt du Tribunal fédéral du 6 février 2008 (4A\_519/2007).

**jj.** Le 20 décembre 2006, l'état de collocation de la faillite de H\_\_\_\_\_ a été publié. La créance de F\_\_\_\_\_ était admise à concurrence de 36'666 fr. 40 en troisième classe et 2'457'762 fr. 37 en troisième classe.

A cette date, l'Office des faillites estimait que le dividende maximum prévisible était de 100% pour les créances de troisième classe.

**kk.** Le 19 janvier 2007, l'Office des faillites informait F\_\_\_\_\_ que l'état de collocation était devenu définitif.

**ll.** Par jugement du 26 mai 2008, le Tribunal des baux et loyers a maintenu la suspension de la cause jusqu'à droit connu sur le dividende que percevra F\_\_\_\_\_ dans la faillite de H\_\_\_\_\_.

**mm.** Par avis du 13 juin 2008, l'Office des faillites a informé F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ que le dividende des créances de première classe était de 100% et celui

---

des créances de troisième classe, de 1.7853%, de sorte que F\_\_\_\_\_ pourrait toucher la somme de 80'536 fr. 01 au total à titre de dividende dans la faillite de H\_\_\_\_\_.

**nn.** Par jugement du 5 septembre 2008, le Tribunal a ordonné la reprise de l'instruction.

**oo.** Dans ses conclusions motivées du 26 septembre 2008, B\_\_\_\_\_ a maintenu que la déclaration de patronage ne fondait aucune responsabilité de sa part en l'espèce. Par ailleurs, elle a contesté le bien-fondé des prétentions en paiement de F\_\_\_\_\_, alléguant que H\_\_\_\_\_ aurait eu droit à une réduction de loyer en raison de développements non réalisés dans le quartier. Elle a en outre fait valoir un retard dans la mise à disposition des locaux, ceux-ci n'ayant pu être exploités qu'à partir de juillet 2003 alors qu'il était prévu que la remise des locaux intervienne le 31 mars 2003. A ce titre, elle a estimé que H\_\_\_\_\_ avait une créance de 900'000 fr. (90 jours à 10'000 fr. par jour) en application du paragraphe 2 chiffre 2 du contrat de bail, ainsi qu'une créance de 350'000 fr. à titre de dommages-intérêts. Pour terminer B\_\_\_\_\_, a allégué que les frais accessoires n'étaient pas valablement stipulés dans le bail de sorte qu'ils n'étaient pas dus, ceux-ci n'étant au surplus pas prouvés et que la somme de 75'000 fr. n'était pas due non plus. Enfin, B\_\_\_\_\_ a prétendu que F\_\_\_\_\_ avait accepté de post-poser des créances de sorte qu'elle n'était plus fondée à réclamer les intérêts y relatifs.

**pp.** Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 27 avril 2009, le représentant de F\_\_\_\_\_ a déclaré en substance que le contrat avec H\_\_\_\_\_ avait été négocié par R\_\_\_\_\_ et S\_\_\_\_\_, pour F\_\_\_\_\_. B\_\_\_\_\_ avait supervisé la gestion de l'hôtel par sa filiale, H\_\_\_\_\_, la stratégie de gestion étant dicté par celle-là, et les dirigeants de H\_\_\_\_\_ n'agissant que pour la mise en œuvre de la stratégie. Y\_\_\_\_\_ SA, société du groupe C\_\_\_\_\_, tout comme F\_\_\_\_\_, avait repris l'exploitation de l'hôtel et la franchise V\_\_\_\_\_ ensuite de la faillite de H\_\_\_\_\_.

Le directeur de B\_\_\_\_\_ a, pour sa part, déclaré être la seule personne autorisée à représenter la défenderesse, puis déclaré que le directeur financier devait également avoir la signature individuelle pour engager la société. Il n'a pas été en mesure de répondre aux questions qui lui étaient posées pour le surplus.

**qq.** Par ordonnance du 15 juin 2009, le Tribunal des baux et loyers a ordonné la rectification de la raison sociale de la défenderesse qui devenait A\_\_\_\_\_ SÀRL.

**rr.** Par ordonnance du même jour, le Tribunal, statuant sur incident de la défenderesse qui estimait que R\_\_\_\_\_ devait être entendu en qualité de

---

représentant de la demanderesse, a ordonné l'audition de ce dernier en qualité de témoin.

ss. Des enquêtes ont été ordonnées, qui se sont déroulées les 11 juin, 14 septembre et 2 novembre 2009 et ont permis d'entendre 6 témoins.

Le témoin Z\_\_\_\_\_, directeur de l'hôtel V\_\_\_\_\_, a expliqué que l'ouverture d'un hôtel passe toujours par une période de démarrage qui dure environ trois ans avant d'atteindre une vitesse de croisière et cinq ans avant de dégager des bénéfices. Dans le cas de l'hôtel V\_\_\_\_\_, l'ouverture a eu lieu en mars 2003. A cette époque, les prix des chambres ont été surévalués compte tenu du standard de l'hôtel. Ils ont été revus à la baisse en septembre 2004. En 2004, l'occupation de l'hôtel a été de 50%. Elle a passé à 71% en 2005, 75% en 2006 et plus de 80% en 2007. Depuis 2006, une enseigne, AA\_\_\_\_\_, a été ajoutée au restaurant qui est fermé le soir et la restauration a été confiée à un traiteur, ce qui a permis de réduire les coûts. Après la reprise de la gestion de l'hôtel par Y\_\_\_\_\_ SA, 24 chambres, dont quelques suites, ainsi qu'une salle de conférence de 1'200 m2 ont été ajoutées.

Le témoin L\_\_\_\_\_ a été engagée par H\_\_\_\_\_ le 1er novembre 2002 en qualité de secrétaire commerciale; elle a été nommée attachée commerciale dès l'ouverture de l'hôtel le 16 mars 2003, travaillant sous la responsabilité de M\_\_\_\_\_ puis de Z\_\_\_\_\_ qui l'a remplacé. Elle a conservé son poste après la reprise de l'hôtel par Y\_\_\_\_\_ SA. A cette occasion, un directeur commercial, une seconde attachée commerciale et une stagiaire ont été engagés. L'espace \_\_\_\_\_ [espace pour les séminaires] a par ailleurs été rattaché à l'hôtel, ainsi que son responsable. Lors de l'ouverture de l'hôtel, certaines finitions devaient être encore effectuées, mais cela n'a pas empêché d'accueillir les clients. La témoin n'a en revanche aucun souvenir d'un problème de climatisation lors de l'ouverture de l'hôtel ou durant la période qui a suivi.

Le témoin M\_\_\_\_\_, ancien directeur de l'hôtel V\_\_\_\_\_, a été engagé par K\_\_\_\_\_, responsable pour la Suisse des hôtels exploités par I\_\_\_\_\_ SA, dont les bureaux se trouvaient à \_\_\_\_\_ [TI]. Sa marge d'autonomie était limitée à la gestion de l'hôtel. Pour toutes les dépenses, il devait solliciter une autorisation de la direction suisse du groupe qui regroupait la comptabilité. Ainsi, le groupe a refusé de participer à la distribution d'une plaquette commerciale commune à l'ensemble du centre commercial de F\_\_\_\_\_.

H\_\_\_\_\_ n'a pas été impliquée dans les travaux, à l'exception d'un tour des locaux avec l'architecte de I\_\_\_\_\_ SA pour déterminer les éléments à corriger à l'époque de la réception des travaux. Il n'a pas de souvenir précis concernant un éventuel problème de climatisation. Initialement, le bâtiment ne devait comporter qu'une

---

cuisine pour le petit-déjeuner. Par la suite, N\_\_\_\_\_ avait estimé nécessaire d'ajouter des salles de conférence et un restaurant dans la salle du petit-déjeuner. Il a donc fait ajouter une cuisine, proche de la salle à manger; les salles de conférences ont été installées deux étages au-dessus sans accès direct. La localisation de ces salles par rapport à la cuisine a engendré des complications d'organisation et du personnel supplémentaire pour servir des banquets dans les salles de conférence. S'agissant des salles de conférence, il y a eu quelques problèmes de détails techniques, micros et moquettes, mais rien de grave.

U\_\_\_\_\_ comptait sur l'activité du Stade de Genève pour développer l'hôtel; en réalité, le Stade n'était pas une source d'activités commerciales. Le directeur a donc effectué un gros travail de démarchage auprès des entreprises situées dans le périmètre de F\_\_\_\_\_ et aux alentours. Il a également agi pour développer la clientèle touristique, la politique du groupe à cet égard ne lui convenant pas.

Le premier étage du bâtiment comportant des bureaux destinés à des entreprises est resté vide pendant la durée de ses fonctions pour l'enseigne H\_\_\_\_\_ et le Stade de Genève n'était pas terminé. Selon ses propres calculs, basés sur une vingtaine d'événements par an au Stade pouvant engendrer 6 à 10 nuitées par jour et par événement, la présence d'entreprises au 1er étage et l'utilisation du Stade aurait permis de réaliser des revenus supplémentaires de l'ordre de 900'000 fr. par an.

Un désaccord l'avait opposé à la P\_\_\_\_\_ concernant la livraison de repas dans la salle de conférence, la P\_\_\_\_\_ faisant appel à un traiteur dont la gamme de prix ne correspondait pas au standard de l'hôtel. M\_\_\_\_\_ n'avait toutefois pas saisi l'organe de conciliation de l'Association suisse des hôteliers, la P\_\_\_\_\_ ayant finalement accepté que les repas soient préparés par H\_\_\_\_\_ dans la cuisine de l'hôtel.

Le témoin AB\_\_\_\_\_, administrateur de H\_\_\_\_\_ de sa création à sa faillite, a eu des contacts avec K\_\_\_\_\_, puis son successeur, J\_\_\_\_\_, ainsi qu'avec AC\_\_\_\_\_, directeur financier de I\_\_\_\_\_ SA pour la Suisse, et U\_\_\_\_\_, lorsque la société a rencontré ses problèmes financiers. A ce moment, il avait obtenu des informations sur B\_\_\_\_\_, notamment concernant sa capacité financière, indiquant que le groupe était en mesure d'assumer le paiement du loyer de H\_\_\_\_\_. Ces informations et la déclaration de patronage lui avaient donné une certaine marge de manœuvre et un certain confort dans la gestion de la société, puisqu'elle assurait une certaine couverture des loyers, principale dette de la société. Sans la déclaration de patronage, il aurait déposé le bilan de H\_\_\_\_\_ plus tôt. En effet, la déclaration de patronage permettait de négocier avec les créanciers puisqu'elle devait régler les dettes. En décembre 2004, une réunion avait eu lieu

---

avec J\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_ lors de laquelle la possibilité de faire appel à la déclaration de patronage avait été évoquée. Toutefois, ces derniers avaient proposé une recapitalisation de la société par les actionnaires avec un échelonnement de la dette, avant de faire appel à la déclaration de patronage. J\_\_\_\_\_ avait contesté la facture présentée pour les charges. Au cours d'une réunion entre les parties, ce dernier avait tenté de démontrer que les charges étaient trop importantes.

Le témoin J\_\_\_\_\_, directeur de I\_\_\_\_\_ SA pour la Suisse, a pris ses fonctions en 2004. A ce moment, il a effectué une analyse du chiffre d'affaires de H\_\_\_\_\_, le chiffre d'affaires réalisé par l'hôtel n'étant pas suffisant pour couvrir le loyer. On lui a expliqué que les attentes du marché ne s'étaient pas concrétisées et que le premier directeur de l'hôtel ne s'était pas suffisamment occupé des ventes. En outre, la faillite du O\_\_\_\_\_ avait eu un impact sur les comptes de l'hôtel car le président du club était débiteur de l'hôtel pour un montant dont il ne se souvenait plus. En revanche, il n'a pas eu connaissance du fait que des problèmes de construction du bâtiment ait influencé le chiffre d'affaires, ni que l'hôtel ait subi une perte de 350'000 fr. pour avoir engagé du personnel inutilement. Il a estimé que l'évolution du chiffre d'affaires réalisé par H\_\_\_\_\_ depuis l'ouverture de l'établissement était ordinaire pour un hôtel qui ouvrait ses portes et n'a pas été en mesure de confirmer les pertes de revenus alléguées par B\_\_\_\_\_. Enfin, il a déclaré que I\_\_\_\_\_ SA, la société du groupe G\_\_\_\_\_ qui s'occupe de la bonne marche des hôtels, avait dû intervenir dans la gestion de H\_\_\_\_\_, ce qu'elle ne faisait que lorsque des mesures drastiques devaient être prises.

S'agissant des charges, le montant réclamé par F\_\_\_\_\_ lui a paru élevé. Par ailleurs, aucune clé de répartition n'avait été convenue entre les parties. La clé de répartition appliquée lui a été présentée lors d'une réunion à Zurich entre les parties au cours de laquelle il a accepté une partie seulement du montant réclamé à ce titre. Lorsque la situation financière de H\_\_\_\_\_ est devenue critique, des réunions se sont tenues entre N\_\_\_\_\_ et son Conseil, D\_\_\_\_\_ [SA], ainsi que les représentants de F\_\_\_\_\_ pour tenter de sauver la société de la faillite.

Le témoin R\_\_\_\_\_, directeur du groupe C\_\_\_\_\_ à l'époque, a confirmé qu'au jour de son audition, il n'avait plus de fonction notamment dans les sociétés C\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ SA, C\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ SA et C\_\_\_\_\_/3\_\_\_\_\_ SA. Au cours des négociations, il a évoqué la question du transport privé et public pour relier l'hôtel. A cet égard, il n'a jamais promis de liaison de métro, mais parlé des bus reliant le complexe, ainsi que de la création d'un arrêt de train pour \_\_\_\_\_. En ce qui concerne les transports privés, le centre dispose d'un parking de 950 places, dont plusieurs dizaines sont réservées à l'hôtel. Il n'a jamais été question que Q\_\_\_\_\_ loue des locaux dans le centre commercial. Cette société était en

---

revanche locataire du Stade de Genève en sa qualité d'actionnaire majoritaire du O\_\_\_\_\_. AE\_\_\_\_\_ et AF\_\_\_\_\_, étaient quant à elles, installées dans des bureaux situés dans le même bâtiment que l'hôtel et le sont toujours.

La déclaration de patronage avait été établie en lieu et place d'une garantie de loyer. En effet, une simple garantie de six mois de loyers n'était pas suffisante pour F\_\_\_\_\_ au regard des investissements consentis pour l'aménagement intérieur et une garantie extérieure évitait au locataire de mobiliser un capital important. En outre, H\_\_\_\_\_ était en cours de constitution à l'époque et son capital relativement bas. Le texte devait être compris en ce que la garantie couvrait tous les cas de défaut de paiement sauf les cas de force majeure, ceux-ci étant couverts par des assurances.

Le témoin U\_\_\_\_\_, entendu par voie de commission rogatoire, a été lié à H\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ par un rapport de mandat. Dans le passé, il avait été directeur et associé principal de la société I\_\_\_\_\_ jusqu'à la fin des années 90. Il a ensuite agi notamment en qualité de mandataire de W\_\_\_\_\_ SA à \_\_\_\_\_ [Tessin]. Il avait été approché par un intermédiaire, AG\_\_\_\_\_, agissant pour le compte du groupe C\_\_\_\_\_. Celui-ci lui avait présenté le projet et expliqué que l'hôtel devait se situer à côté d'un centre commercial, d'un Stade modernisé et comprendre des salles de réunions et de manifestations. Il a également indiqué qu'une liaison avec l'aéroport et le centre-ville était prévue, ainsi qu'une liaison de RER. AG\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_ avaient assuré que toutes ces mesures seraient achevées en même temps que l'ouverture de l'hôtel ce qui garantissait une bonne occupation dès le début.

La déclaration de patronage avait été négociée avec le Conseil de la demanderesse. Elle a été émise pour des motifs de «controlling, c'est-à-dire pour le dossier». La formule choisie indiquait que B\_\_\_\_\_ n'était engagée que si H\_\_\_\_\_ devait s'endetter ou se retrouver dans une situation similaire. L'intention était d'exclure la responsabilité de B\_\_\_\_\_ dans les cas où les garanties de la demanderesse n'étaient pas respectées. Initialement, la garantie devait être fournie par W\_\_\_\_\_ SA. Toutefois, compte tenu du changement de circonstances, le témoin avait refusé que cette société fournisse la garantie et l'avait mise à la charge d'une plus petite société. Le texte a été rédigé par le Conseil de la demanderesse et la limitation devait restreindre la responsabilité de la société garante pour tenir compte des modifications des circonstances externes.

Il résultait des rapports des employés de H\_\_\_\_\_ et de son inspection personnelle des locaux que ceux-ci avaient été remis à H\_\_\_\_\_ en plusieurs étapes de fin mai à août 2003. La climatisation n'avait fonctionné qu'à ce moment-là, de sorte que l'hôtel n'était pas prêt à être exploité avant cette date. L'hôtel avait, de fait, ouvert en août 2003, les salles de conférence ayant été mises en fonction en septembre

2003. Le restaurant du rez-de-chaussée était initialement conçu pour le petit-déjeuner. Il avait été transformé pour palier l'annulation de la grande cuisine destinée à l'entreprise de catering. Il n'avait pu être mis en fonction que fin août 2003 car la ventilation, n'était pas installée correctement.

Le retard dans la remise des locaux s'était soldée par une perte de 1.35 mio, auxquels s'ajoutaient des frais de formation du personnel de 600'000 fr. Le dommage a été accru de respectivement 150'000 fr. et 200'000 fr. par l'impossibilité de louer les salles de conférence en raison de l'absence de la société de catering et les frais d'aménagement de la cuisine suite à l'absence d'une grande cuisine telle que prévue initialement. Le montant du dommage découlait des décomptes établis qui avaient été transmis au témoin.

U\_\_\_\_\_ avait compté sur la retransmission en direct des événements par Q\_\_\_\_\_ pour développer le taux d'occupation de l'hôtel. En outre, il avait des attentes fondées sur la présence de cette chaîne de télévision qui devait attirer jusqu'à 40'000 visiteurs par mois sur le site de F\_\_\_\_\_ et, donc, engendrer des nuitées pour l'hôtel. Pour le témoin, Q\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ étaient identiques.

Après l'ouverture de l'hôtel, U\_\_\_\_\_ s'était rendu à Genève une à deux fois par mois pour prendre des décisions ou mener des débats importants en qualité de mandataire du détenteur de la franchise. Ses collaborateurs se sont aussi souvent déplacés à Genève.

S'agissant des frais accessoires, aucune clé de répartition n'a été convenue avec F\_\_\_\_\_.

**tt.** Par contrat de fusion du 4 décembre 2009, D\_\_\_\_\_ SA a repris F\_\_\_\_\_ qui a été radiée du Registre du commerce selon la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce du \_\_\_\_\_ 2009.

**uu.** Par ordonnance du 11 janvier 2010, le Tribunal des baux et loyers a refusé d'ordonner des commissions rogatoires aux fins d'entendre les témoins AH\_\_\_\_\_ et AI\_\_\_\_\_.

**vv.** Dans ses écritures du 9 avril 2010, D\_\_\_\_\_ SA a conclu au paiement de la somme de 2'483'111 fr. (intérêts moratoires à 5% au 15 septembre 2005 compris) déduction faite du dividende de 80'536 fr. 01 qui lui a été versé dans le cadre de la faillite de H\_\_\_\_\_.

La défenderesse a persisté dans ses conclusions précédentes en rejet de la demande.

---

E. A l'appui de son jugement, le Tribunal des baux et loyers a précisé, à titre liminaire, que le témoignage de R\_\_\_\_\_ devait être examiné avec réserve, en sa qualité d'ancien organe de D\_\_\_\_\_ SA.

Estimant les déclarations de U\_\_\_\_\_ peu convaincantes, les premiers juges ont déduit des propos de R\_\_\_\_\_, jugés plus conformes au but exprimé par les parties au contrat, que la déclaration de patronage avait principalement pour but de garantir le paiement des loyers et autres obligations de H\_\_\_\_\_ liées au bail. Cette appréciation résultait également du texte clair de la déclaration; ainsi, l'engagement de B\_\_\_\_\_ correspondait à une promesse de porte- fort.

Quant à la portée de l'engagement contenu dans la lettre de patronage, il convenait d'examiner l'étendue des termes *«pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation»*. Les termes de cette limitation n'étaient pas clairs; l'historique des négociations à propos de cette restriction - ajoutée à la demande de B\_\_\_\_\_ - n'était pas connu, tout comme l'identité de son auteur. Le but de la déclaration étant de remplacer une garantie bancaire destinée à garantir les obligations du locataire découlant du bail, il convenait de comprendre cette limitation de la garantie de B\_\_\_\_\_ dans les cas où le locataire ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations en raison de force majeure ou pour des motifs qui sont du ressort de la bailleuse.

Si l'on devait suivre B\_\_\_\_\_ et admettre que l'exclusion de garantie s'appliquait dans les cas où la défaillance de H\_\_\_\_\_ trouvait sa raison dans les promesses, non réalisées, de développement faites par la bailleuse, l'instruction de la cause n'avait pas permis de déterminer la nature et l'étendue des promesses faites par les représentants de F\_\_\_\_\_; ces garanties ne figuraient pas dans le bail et les propos des représentants des parties à ce sujet étaient contradictoires. En outre, il n'était pas établi que la non réalisation de ces attentes ait provoqué la faillite de H\_\_\_\_\_: en effet, selon les témoins entendus, le chiffre d'affaires de cette dernière avait évolué de manière ordinaire, des mesures drastiques avaient dû être prises au niveau de la gestion et des ventes, telles notamment la réduction des prix des chambres qui avait fait croître le taux d'occupation de l'hôtel au-delà de 20%. La responsabilité de B\_\_\_\_\_ était donc engagée.

L'arriéré des loyers, pour la période de juin 2004 au 13 septembre 2005, n'était pas contesté; le montant total dû, intérêts moratoires compris, s'élevait à 1'376'551 fr. 94 et incluait les loyers de l'hôtel (§ 8.1 du bail) et des surfaces complémentaires (avenant no 2 au bail), les amortissements (§ 8.1 du bail) et les 18'000 fr. annuels dus pour la suppression des trois piliers dans la salle de conférence (avenant no 2 au bail), le paiement des tickets de parking et les frais d'intervention de la patrouille de surveillance, sous déduction de 80'536 fr. 01

---

perçus à titre de dividende dans la faillite de H\_\_\_\_\_ et de 50'000 fr. à titre de reprise du petit inventaire convenu lors de la reprise de l'exploitation de l'hôtel par Y\_\_\_\_\_.

A en revanche été exclue du montant dû la participation au dépassement du budget des investissements effectués par la bailleresse, qui était conditionnée à une ouverture de l'hôtel le 1er mars 2003 au plus tard; cette participation d'un montant de 75'000 fr. annuels payable pendant 15 ans et visée dans l'avenant no 3 au bail, n'était donc pas due, l'hôtel ayant finalement ouvert le 15 ou 16 mars 2003. S'agissant des frais accessoires demandés par la bailleresse, leur règlement ne pouvait être réclamé, faute d'existence d'une clé de répartition convenue avec H\_\_\_\_\_ et de pièces établissant ces frais.

Les premiers juges ont refusé les prétentions compensatoires élevées par B\_\_\_\_\_. Tout d'abord, l'indemnité de 10'000 fr. par jour convenue dans le bail en cas de retard dans la livraison de l'hôtel ne pouvait être retenue: l'hôtel avait ouvert ses portes le 15 ou 16 mars 2003, soit avant la date garantie par le contrat de bail du 31 mai 2003. Or, selon l'avenant no 3 au bail, en cas de livraison après la date le 1er mars 2003, seule la participation au dépassement du budget des investissements (soit 75'000 fr. par an pendant 15 ans) tombait. Faute d'avoir prouvé, par des pièces comptables, et d'avoir détaillé le dommage de 550'000 fr. réclamé, soit notamment le nombre de nuitées perdues ou encore les coûts du personnel engagé inutilement, B\_\_\_\_\_ devait être déboutée de cette prétention réclamée à titre de remise tardive des locaux.

En l'absence d'une déclaration d'invalidation du contrat de bail par U\_\_\_\_\_ ou par H\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_ ne pouvait se prévaloir de l'existence d'une erreur essentielle liée au retrait de Q\_\_\_\_\_ du O\_\_\_\_\_ et de la P\_\_\_\_\_; le contrat de bail devait donc être tenu pour ratifié.

B\_\_\_\_\_ ne pouvait réclamer des dommages-intérêts de 200'000 fr. en raison du défaut de la chose louée lié au réaménagement de la cuisine du rez-de-chaussée pour pouvoir servir des repas dans les salles de conférence. En effet, la cuisine de l'hôtel n'était pas adaptée à ce service, qui n'était pas prévu initialement; en outre, P\_\_\_\_\_ avait offert ses services de traiteur à H\_\_\_\_\_, à satisfaction de cette dernière.

Enfin, aucune réduction de loyer ne pouvait être admise en raison des circonstances extérieures (retrait de Q\_\_\_\_\_, pérennité du O\_\_\_\_\_ et fréquentation du Stade de Genève, raccordement à F\_\_\_\_\_ au centre-ville et à l'aéroport, présence de X\_\_\_\_\_ ou Q\_\_\_\_\_ dans les surfaces de bureaux, développement du quartier de F\_\_\_\_\_ avec l'implantation de groupes étrangers, maintien des foires de Genève), qui n'étaient pas garanties à teneur du bail; les désagréments liés aux travaux de finition, dont il n'était pas établi qu'ils auraient

---

subsisté au-delà du mois de juin 2003, ne pouvaient également conduire à une réduction du loyer, aucun loyer n'étant réclamé durant les 3 premiers mois civils qui suivaient la remise des locaux.

- F. A l'appui de son appel du 7 octobre 2010, l'appelante reproche aux premiers juges une interprétation erronée de la déclaration de patronage émise en faveur de l'intimée.

En effet, les circonstances de l'époque, le texte du contrat de bail avec la distinction entre garantie principale et secondaire, la genèse du passage modifié de la lettre de patronage, le principe selon lequel dans le doute un texte doit être interprété de façon à lui attribuer un sens, le fait que le passage en question a été modifié à la demande de B\_\_\_\_\_ et enfin le fait que c'est Me AJ\_\_\_\_\_ qui l'a formulé, démontraient que la limitation apportée à l'engagement de B\_\_\_\_\_ avait une portée propre, allant au-delà d'une exclusion de responsabilité en cas de force majeure ou de circonstances imputables à la bailleuse. Il s'agissait, au contraire, de limiter l'engagement à l'hypothèse où le défaut pourrait être reproché à H\_\_\_\_\_, ce qui n'était précisément pas le cas lorsque les circonstances extérieures, de surcroît assurées par la bailleuse, ne se réalisaient pas.

Le Tribunal avait également procédé à une appréciation des preuves fautive et incomplète en retenant que la faillite de H\_\_\_\_\_ était due à des raisons qui lui incombaient et non aux circonstances extérieures; ces circonstances, prises dans leur ensemble, prouvaient que des assurances avaient été faites par les représentants de F\_\_\_\_\_ au sujet de l'intérêt que susciterait l'emplacement de l'hôtel. Ces assurances non réalisées, tels par exemple la rentabilité générée par la présence de Q\_\_\_\_\_, la location d'espaces de bureaux, l'organisation d'événements et de concerts attirant une foule nombreuse, les performances du O\_\_\_\_\_, le raccordement au centre-ville et à l'aéroport, avaient eu une incidence sensible sur la bonne marche de l'hôtel. Un faisceau d'indices concordants le démontraient. Ainsi, le Tribunal avait erré en ne retenant pas que la faillite de H\_\_\_\_\_ s'expliquait par la non réalisation des attentes ci-dessus.

S'agissant de la peine conventionnelle, le Tribunal des baux et loyers, en retenant que la remise des locaux n'avait pas été effectuée tardivement, a procédé à une fautive interprétation de la date de remise pertinente: celle-ci était au plus tôt le 4 mai 2003, date à laquelle les conditions d'obtention d'une concession d'exploitation de l'hôtel étaient réunies. Ainsi, une peine conventionnelle de 640'000 fr. pouvait être opposée en compensation pour le retard de livraison, soit 10'000 fr. pour les 64 jours depuis le 2 mars 2003, lendemain de la date d'ouverture confirmée par la bailleuse dans l'avenant no 3 au bail, et le 4 mai 2003.

---

Le dommage, chiffré à 550'000 fr., consécutif à l'annulation de toutes les réservations de l'hôtel, qui affichait complet pour le salon de l'Automobile qui devait avoir lieu du 3 au 16 mars 2003, se fondait sur les estimations de K\_\_\_\_\_, affinées ensuite par N\_\_\_\_\_. La comparaison des chiffres d'affaires réalisés par l'hôtel à la même période en 2004 et 2005 attestait d'une perte de chiffre d'affaires de 366'000 fr.; le chiffre d'affaires manqué se montait à 331'500 fr. si l'on se fondait sur le prix unitaire des 130 chambres disponibles à l'époque sur 15 nuitées. Ainsi, la perte de chiffre d'affaires liée à l'ouverture tardive des locaux s'élevait au moins à 300'000 fr.; un montant identique devait s'ajouter au titre des frais de l'hôtel et du personnel non couverts, selon les déclarations de U\_\_\_\_\_. Le dommage subi était ainsi prouvé, contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal.

Enfin, c'est à tort que les premiers juges avaient omis de déduire du montant réclamé par l'intimée les intérêts des créances postposées auprès de l'Office des faillites, selon déclarations de postposition des 29 avril et 1er juillet 2005. La postposition impliquant une renonciation à l'exigibilité des créances, une déduction de 3'602 fr. 59 devait être ordonnée.

Les débours de première instance auraient, quant à eux, dû être répartis proportionnellement au résultat du procès.

- G.** Dans sa réponse à l'appel, l'intimée a produit un extrait du Registre du commerce attestant de la reprise des actifs et passifs de D\_\_\_\_\_ SA par C\_\_\_\_\_ SA, par contrat de fusion du 22 juin 2010. Elle sollicitait la rectification de la qualité de l'intimée en C\_\_\_\_\_ SA.

La lettre de patronage constituait une déclaration de patronage forte soumise aux règles du porte-fort; la portée de l'exclusion «*pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation*» - rédigée par B\_\_\_\_\_ et non le conseil de l'intimée - était limitée au cas où la locataire ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations en raison de force majeure ou pour des motifs qui sont du ressort de la bailleuse. L'obtention d'une garantie solide de B\_\_\_\_\_ était une des conditions *sine qua non* de la signature du bail par F\_\_\_\_\_, H\_\_\_\_\_ n'étant capitalisée qu'à hauteur de 100'000 fr. L'interprétation faite par le Tribunal devait donc être confirmée.

C'est à juste titre que les premiers juges avaient estimé que F\_\_\_\_\_ n'avait jamais fait de promesses au groupe G\_\_\_\_\_ et/ou à N\_\_\_\_\_ lors des négociations précontractuelles à propos de la pérennité du O\_\_\_\_\_ et la fréquentation du Stade de Genève, la présence de X\_\_\_\_\_ ou Q\_\_\_\_\_ dans les surfaces de bureaux, le raccordement du complexe au centre-ville et à l'aéroport, le développement du quartier de F\_\_\_\_\_ avec l'implantation de groupes étrangers, ainsi que le maintien

---

de foires d'exposition à Genève. La non réalisation de ces événements n'était pas non plus la raison de la faillite de H\_\_\_\_\_ : l'évolution du chiffre d'affaires de cette dernière était ordinaire et les mesures drastiques prises, telle la réduction du prix des chambres, avaient permis d'augmenter le taux d'occupation de l'hôtel de plus de 20%.

L'appelante n'était pas parvenue à prouver l'existence d'un dommage lié à la remise prétendument tardive des locaux : le calcul linéaire effectué par l'appelante, qui lui permettait de chiffrer un dommage de 550'000 fr. par comparaison du chiffre d'affaires réalisé au mois de mars de l'année 2003 et des années 2004-2005, ne pouvait être suivi, les chiffres réalisés lors du mois d'ouverture étant nécessairement plus bas que celui des années suivantes.

L'hôtel ayant ouvert ses portes le 15 ou le 16 mars 2003, soit plus de deux semaines avant la date butoir du 31 mars 2003 convenue contractuellement, la peine conventionnelle de 10'000 fr. par jour de retard dans la remise des locaux ne pouvait être accordée.

Quant au calcul effectué par le Tribunal concernant les arriérés de loyer dus à la bailleuse pour les années 2004 et 2005, ils n'étaient pas contestés par l'appelante. Le montant dû à l'intimée s'élevait bien à 1'376'551 fr. 94, intérêts moratoires compris, et devait être confirmé. L'intimée ne remettait ainsi plus en cause la décision du Tribunal refusant d'admettre le paiement de la participation au dépassement du budget des investissements effectués par la bailleuse, visée dans l'avenant no 3 au bail et le paiement des frais accessoires.

**H.** La cause a été fixée à plaider lors de l'audience du 13 décembre 2010.

Lors des plaidoiries, les parties ont persisté dans leurs développements et conclusions respectifs.

La cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours 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 avant le 1er janvier 2011, la présente cause est régie par l'ancien droit de procédure cantonale.
2. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 443 et 444 aLPC).

- 
3. S'agissant d'une procédure dont l'objet ne relève pas du chapitre II du titre VIIIème du Code des obligations et dont la valeur litigieuse dépasse le montant de 8'000 fr., le Tribunal a statué en premier ressort (art. 56P aLOJ). La Chambre d'appel connaît donc de l'appel avec un plein pouvoir d'examen; sous réserve de l'immutabilité du litige, rien ne s'oppose à ce qu'elle connaisse de nouvelles preuves dans le respect des limites imposées par la loi (cf. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCMIDT, Commentaire de la aLPC, no 15 ad art. 291, no 8 ad art. 300).

La Cour a toujours considéré qu'une partie, en appel ordinaire, pouvait produire des pièces qu'elle n'avait pas soumises au premier juge, sans égard au fait qu'à l'époque où la contestation était pendante devant ce magistrat, la partie détenait ou non ces pièces, la question des dépens étant réservée (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCMIDT, op. cit., no 9 ad art. 312). Cependant, l'allégation de faits non allégués en première instance est interdite en appel, sous réserve des faits dont une partie n'avait pas connaissance en première instance ou qui ne se sont produits que depuis le jugement (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCMIDT, op. cit., no 8 ad art. 312 et no 4 ad art. 291).

En l'espèce, l'intimée a produit, en appel, un extrait du Registre du commerce attestant de la reprise des actifs et passifs de D\_\_\_\_\_ SA par C\_\_\_\_\_ SA, par contrat de fusion du 22 juin 2010.

La fusion est intervenue postérieurement à l'audience de plaidoiries - qui s'est tenue début juin 2010 - devant le Tribunal des baux et loyers. Le changement de la qualité de l'intimée ne pouvait ainsi régulièrement être invoqué devant les premiers juges. L'extrait du Registre du commerce pouvait donc valablement être produit par l'intimée à l'appui de sa réponse du 19 novembre 2010.

Selon une jurisprudence constante de la Chambre de céans, rappelée notamment dans l'ACJC/1312/2008 du 3 novembre 2008, lorsque l'objet du litige affecte la situation du nouveau bailleur, acquéreur de l'immeuble, celui-ci sera substitué ex lege à l'aliénateur dans le procès. Le même raisonnement prévaut en cas de reprise d'une société dans le cadre d'une fusion, où l'ensemble des actifs et passifs de la société absorbée passe à la société absorbante. Il convient donc de constater la substitution des parties, la société absorbante succédant à la précédente.

4. Dans un premier grief, l'appelante reproche aux premiers juges une interprétation erronée de la déclaration de patronage émise en faveur de l'intimée. Il convient au préalable de qualifier juridiquement cette déclaration de patronage pour ensuite déterminer les règles d'interprétation qui lui sont applicables.

**4.1.** Les lettres de patronage sont une création de la pratique des affaires. La pratique distingue les lettres de patronage dites faibles de celles dites fortes. Les lettres de patronage dites fortes comportent habituellement l'engagement de tenir

---

un certain comportement. Outre des informations générales, l'émetteur de la lettre peut ainsi préciser qu'il détient une participation dans une société et que la direction de cette société bénéficie de sa totale confiance, s'engage à faire en sorte que financièrement sa filiale puisse en tout temps faire face à ses engagements, se substituer à sa filiale ou assurera la couverture de ses engagements ou encore fera le nécessaire pour que sa filiale honore ses engagements (Carlo LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2ème édition, Genève 2008, p. 936-937).

Les déclarations obligatoires doivent porter sur un fait ou une obligation déterminée ou déterminable. Parmi les déclarations obligatoires, certaines lettres de patronage peuvent être rattachées à l'art. 111 CO. Selon l'art. 111 CO, la société en cause (p.ex. la société mère) promet le fait du tiers (p.ex. la filiale) en assumant une obligation propre pour le cas où la filiale n'aurait pas le comportement promis. Typiquement, le patronnant déclare que la filiale exécutera ses engagements et qu'il assumera lui-même ces engagements dans le cas où cela deviendrait nécessaire (Silvia TEVINI DU PASQUIER, Commentaire romand - code des obligations, art. 1 à 517 CO, ad art. 111 CO, p. 669-670 no 32). La promesse d'une société faite au bailleur de procéder à une mise en fonds d'une société sœur pour qu'elle puisse régler ses arriérés de loyer a été qualifiée de stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO; cette qualification était admise par la doctrine pour les déclarations de patronage comportant un engagement très net de procéder à une prestation en faveur du bénéficiaire (SJ 1996 1 p. 634 ss, arrêt du TF du 12 janvier 1996, consid. 4 a) dd) et références citées).

**4.2.** A la différence de la caution dont l'engagement est accessoire, le porte-fort s'engage de manière principale. La validité de son engagement n'est en principe pas déterminée par celui du tiers (cf. TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, Les contrats spéciaux, 4ème édition, Bâle 2009, p. 1072 no 7141 et références citées; arrêt du Tribunal fédéral du 10 décembre 2007 - 4A\_290/2007).

Le porte-fort assume une obligation indépendante du rapport de valeur en principe, sous toute une série de réserves et sauf convention contraire. Les parties peuvent donc convenir de tout degré d'«accessorité» de la promesse, c'est-à-dire de l'opposabilité au bénéficiaire de certaines et même toutes les objections et exceptions résultant du rapport de valeur. Comme la caution, le porte-fort peut assumer une obligation dépendante du rapport de valeur (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op.cit., p. 666-667 no 22).

En l'absence d'une dérogation légale ou conventionnelle, les exceptions ou objections résultant du rapport de valeur n'appartiennent qu'à la partie obligée selon ce rapport, par hypothèse le tiers, et non au promettant (*exceptiones de jure tertii*). Ce principe n'est toutefois pas absolu; la doctrine admet des dérogations à ce principe, sur la base des règles de la bonne foi, lorsque notamment la carence du tiers est imputable à une faute du bénéficiaire (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 661 no 3 et p. 664-665 no 15 et références citées).

**4.3.** Pour qualifier un acte de porte-fort, on doit rechercher la commune et réelle intention des parties (art. 18 al. 1 CO), cela même si le texte du contrat est clair. En effet, l'interprétation strictement littérale ne peut être retenue (SJ 2002 I 149; cf. TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, op. cit., p. 1073 no 7143). Il convient d'interpréter la déclaration du promettant selon la lettre, le but et l'esprit de la promesse; les termes utilisés ne sont pas déterminants. Si la commune et réelle intention des parties ne peut pas être déterminée, on lui substitue la volonté du juge, également dite volonté hypothétique du déclarant selon le principe de la confiance. En l'absence d'un texte clair, l'on recherchera si le déclarant mérite la protection que la loi réserve à la partie considérée comme inexpérimentée, auquel cas c'est *in dubio pro mitior*. Sinon, c'est *in dubio contra proferentem* (Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 667 no 23-24; SJ 2000 I 305, consid. 3b).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou s'il s'avère que leurs volontés intimes respectives divergent, le juge procédera à une interprétation dite objective, qui ressortit au droit, en recherchant comment une déclaration faite par l'un des cocontractants pouvait être comprise de bonne foi par son ou ses destinataires, en fonction de l'ensemble des circonstances ayant précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs, et en s'écartant au besoin, à certaines conditions, du texte apparemment clair d'une clause contractuelle (ATF 4A\_437/2009 consid. 3; ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités). Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser que celui-ci ne corresponde pas à leur volonté (ATF 135 III 295 consid. 5.2, p. 302).

Pour déterminer la portée réelle d'une lettre de patronage, il faut se référer à son texte en tenant compte des négociations menées entre les parties ou des projets de textes qui ont pu être établis (Carlo LOMBARDINI, op.cit., p. 936-938).

La règle *in dubio pro stipulatorem* (ou *proferentem*), selon laquelle le contrat s'interprète, en cas de doute, en défaveur de son rédacteur, ne s'applique notamment pas si le texte a fait l'objet de négociations détaillées (Bénédict WINIGER, Commentaire romand - code des obligations, art. 1 à 517 CO, ad art. 18 CO, p. 90 no 50).

**4.4.** En l'espèce, le bail signé entre F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ le 11 décembre 2001 prévoit, en paragraphe 8.7 qu'à titre de sûreté complémentaire, le locataire remet à la bailleuse une déclaration de patronage de sa société mère W\_\_\_\_\_ SA dans laquelle elle s'engage à garantir l'ensemble des droits et obligations découlant du présent contrat de bail. Cette garantie venait donc en complément du dépôt de loyer de 350'000 fr. convenu au paragraphe 8.6. Cette déclaration de patronage de la société mère devait subsister, en cas de transfert du bail à l'une des sociétés appartenant à W\_\_\_\_\_ SA (cf. § 14.1), qui pouvait intervenir en tout temps. Il en résulte que la bailleuse attachait une importance particulière à ce que la garantie

de bonne exécution des droits et obligations découlant du bail par la société mère, matérialisée par l'émission d'une lettre de patronage, soit assurée et ne disparaisse pas en cas de transfert du bail à une autre entité du groupe; à ce stade déjà de l'analyse, on ne peut donc pas déduire, sur la base de ces éléments contractuels, que la déclaration de patronage avait été émise pour le dossier, à des seules fins de controlling comme indiqué par U\_\_\_\_\_ (procès-verbal du 15 octobre 2009, p. 5).

La déclaration de patronage, visée dans le contrat, a finalement été signée le 23 mars 2002; son contenu a été discuté et négocié par U\_\_\_\_\_, pour le compte de B\_\_\_\_\_, et le conseil de R\_\_\_\_\_ et S\_\_\_\_\_ pour le compte de F\_\_\_\_\_. Il découle de son contenu - dont la procédure n'a pas permis de déterminer qui en était le rédacteur - que la garantie vise spécifiquement le contrat de bail du 11 décembre 2001 portant sur l'hôtel en construction: les montants du loyer et de la contribution aux intérêts et amortissements des coûts sont spécifiés, tout comme la perception, en sus, d'un loyer fixé selon le chiffre d'affaires réalisé, et acceptés par B\_\_\_\_\_. L'engagement pris par B\_\_\_\_\_ consiste, dans un premier temps, à prendre les mesures nécessaires pour que H\_\_\_\_\_ remplisse entièrement l'ensemble des obligations découlant du contrat de bail et, dans un second temps et en cas de défaillance pour des raisons qui incombent à H\_\_\_\_\_, à répondre elle-même des obligations de H\_\_\_\_\_.

La portée de cet engagement - hormis les termes *«pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation»* qui seront examinés ci-dessous - ne prête pas à confusion et correspond au cas du porte-fort, visé par la doctrine, dans lequel, typiquement, le patronnant, en l'occurrence B\_\_\_\_\_, déclare que la filiale, soit H\_\_\_\_\_, exécutera ses engagements et qu'il assumera lui-même ces engagements dans le cas où cela deviendrait nécessaire (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 669-670 no 32).

Cette interprétation littérale est en effet conforme à la volonté exprimée par les parties lors des négociations qui ont précédé la signature du bail. En effet, selon le témoin R\_\_\_\_\_, une garantie bancaire équivalente à 6 mois de loyer ne suffisait pas, eu égard à l'importance des sommes investies par F\_\_\_\_\_, y compris dans l'équipement et l'aménagement intérieur de l'hôtel, à la surface importante remise à bail et à un loyer annuel de plus de 1,5 millions; la lettre de patronage permettait donc d'obtenir, auprès de la société mère, une garantie financière plus solide, ce d'autant plus que H\_\_\_\_\_, à la conclusion du bail, était en cours de constitution et dotée d'un capital relativement bas. Ainsi, la déclaration de patronage s'étendait en particulier à tous les cas de défaut de paiement du loyer, des frais et des intérêts par le locataire. Quant à U\_\_\_\_\_, le patronage avait pour but d'engager la responsabilité de B\_\_\_\_\_ uniquement dans les cas où H\_\_\_\_\_ devait répondre

---

des circonstances, soit notamment en cas d'endettement de cette dernière ou d'autres cas similaires. Ainsi, il résulte de la commune intention des parties que la déclaration de patronage couvrait tous les cas où H\_\_\_\_\_, dans le cadre de l'exécution de ses obligations financières découlant du contrat de bail, accumulait des dettes tel que le loyer, les charges, les intérêts et les amortissements prévus dans le contrat.

C'est à bon droit que l'engagement contenu dans la lettre de patronage a été qualifié de porte-fort au sens de l'art. 111 CO. Il s'agit bien d'une lettre de patronage dite forte ou obligatoire portant sur un fait déterminé, à savoir l'engagement de B\_\_\_\_\_ de répondre à l'ensemble des obligations découlant du contrat de bail du 11 décembre 2011, soit notamment la couverture du loyer et des autres engagements financiers convenus contractuellement, en cas de défaillance de H\_\_\_\_\_.

**4.5.** Les parties divergent en revanche sur l'étendue de la garantie contenue dans la déclaration, notamment à propos de l'interprétation qu'il convient de donner à la modification de son texte, survenue dans le second projet établi par B\_\_\_\_\_, les termes *«pour quelque raison que ce soit»* ayant été modifiés en *«pour des raisons qui incombent à la société d'exploitation»*.

R\_\_\_\_\_ a compris la modification apportée en ce sens que la garantie de B\_\_\_\_\_ couvrait tous les motifs de défaut de paiements à l'exception des cas de force majeure ou encore les événements particuliers telle une catastrophe naturelle. U\_\_\_\_\_, quant à lui, a compris cette formulation comme une réduction de l'accord initial et de la responsabilité de B\_\_\_\_\_ ; il souhaitait ainsi exclure son engagement dans le cas où les garanties de F\_\_\_\_\_ n'étaient pas respectées.

Il résulte de la teneur des deux projets de déclaration produits dans la procédure que B\_\_\_\_\_ avait effectivement la volonté de restreindre l'étendue de sa garantie. D'une part, la garantie a été émise par B\_\_\_\_\_, une société plus petite du groupe capitalisée à hauteur de 477'800 euros, en lieu et place de W\_\_\_\_\_ SA, ceci en dérogation du contrat de bail (§ 8.7). D'autre part, le premier projet prévoyait l'engagement de la garantie de B\_\_\_\_\_ pour quelque raison que ce soit, pour être ensuite restreinte dans le second projet finalement signé par les parties.

La Cour partage toutefois l'avis des premiers juges qui ont retenu que les termes de la limitation ne son pas clairs, faute de pouvoir déterminer la volonté des parties et en l'absence d'historique connu des négociations. Toutefois, la limitation de l'engagement de B\_\_\_\_\_ ne pouvait en aucun cas être comprise par l'intimée comme une exclusion de l'engagement de B\_\_\_\_\_ dans le cas où les garanties fournies par cette dernière ne se seraient pas réalisées en raison des modifications externes.

En effet, la déclaration a été négociée et signée trois mois seulement après la conclusion du bail: les modifications externes alléguées par l'appelante, soit notamment le retrait de Q\_\_\_\_\_, les problèmes financiers de la P\_\_\_\_\_, la déconfiture du O\_\_\_\_\_, l'absence de raccordement du quartier de F\_\_\_\_\_ au centre-ville et à l'aéroport et la perte de foires et d'expositions importantes pour Genève, sont survenues postérieurement à la signature du contrat de bail et aux négociations qui ont abouti à la signature de la déclaration de patronage à la fin du mois de mars 2002, et pour certaines même postérieurement à l'entrée en vigueur du bail. Or, seules sont déterminantes, en cas d'interprétation objective des volontés des parties, les circonstances qui ont précédé ou accompagné les manifestations de volonté. Ainsi, l'intimée ne pouvait comprendre de bonne foi, lorsqu'il négociait les termes de la déclaration, que l'engagement de B\_\_\_\_\_ était exclu dans le cas des modifications externes susmentionnées qui n'étaient précisément pas encore survenues et n'avaient, par voie de conséquence, pas pu péjorer l'environnement économique.

A cela s'ajoute que la lettre de patronage intervenait comme une sûreté complémentaire, qui devait s'ajouter à la garantie de loyer de 350'000 fr. convenue contractuellement; elle avait donc vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où survenait une défaillance de H\_\_\_\_\_ dans le règlement des obligations financières découlant du bail, quelle que soit la hauteur de son endettement.

Partant, dès lors que le sens prêté par l'appelante à la restriction apportée à la déclaration de patronage, sur sa demande, ne peut être suivi, il convient d'interpréter le contenu de cette limitation selon le principe de la confiance ou, à titre subsidiaire, selon le principe *in dubio contra stipulatorem*. De ce fait, la Cour rejoint l'interprétation faite par les premiers juges: la portée de l'exclusion devait être limitée aux cas où la locataire n'était pas en mesure de faire face aux obligations financières découlant du bail en cas de force majeure ou pour des motifs qui étaient du ressort de la bailleuse. Cette interprétation répond, d'une part, à la volonté de l'intimée, exprimée par R\_\_\_\_\_: la garantie couvrait tous les motifs de défaut de paiements à l'exception des cas de force majeure. D'autre part, elle est conforme à celle de l'appelante, exprimée par U\_\_\_\_\_: la garantie de B\_\_\_\_\_ était exclue si la défaillance de H\_\_\_\_\_ était le fait de la bailleuse et non de la locataire. Cette interprétation correspond aussi au sens que le destinataire pouvait comprendre selon les règles de la bonne foi ou, à titre subsidiaire, en application de la règle *in dubio contra stipulatorem*.

5. Dans un second grief, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir procédé à une appréciation des preuves fautive et incomplète en retenant que la faillite de H\_\_\_\_\_ était due à des raisons qui lui incombaient et non aux circonstances extérieures.

**5.1.** L'appelante ne saurait être suivie sur ce point: les enquêtes ont établi que la situation financière délicate de H\_\_\_\_\_, en fin d'année 2004, avait nécessité l'intervention de I\_\_\_\_\_ SA, société d'administration du groupe hôtelier, et la prise de mesures drastiques au niveau de la gestion; les problèmes liés à la construction de l'hôtel n'avaient pas influencé au début de l'exploitation de l'hôtel le chiffre d'affaires et l'évolution de ce dernier correspondait à ce qui se passait usuellement lors de l'ouverture d'un hôtel; en revanche il a été constaté que la direction de l'hôtel de l'époque ne s'était pas assez occupée des ventes (témoin J\_\_\_\_\_, procès-verbal du 14 septembre 2009, p. 2 et 3).

Selon le témoin M\_\_\_\_\_, directeur de H\_\_\_\_\_ de 2002 à 2004 l'aménagement des salles de conférence et d'une cuisine pouvant servir des repas complets - ce qui avait été voulu par U\_\_\_\_\_ et qui n'avait pas été prévu initialement - a généré des difficultés de gestion en raison de leur localisation dans l'hôtel au 3ème étage, d'organisation et d'infrastructures; les salles de conférence ne disposaient n effet pas d'un accès direct à la cuisine nouvellement aménagée au rez-de-chaussée, ce qui a engendré l'engagement de personnel supplémentaire; des problèmes d'exploitation étaient survenus avec la P\_\_\_\_\_ qui avait imposé un traiteur haut de gamme lorsque l'hôtel souhaitait livrer des repas dans les salles de conférence; la situation s'est finalement réglée dès lors que la P\_\_\_\_\_ a renoncé à imposer son traiteur et autorisé l'hôtel à procéder lui-même à la restauration depuis la cuisine aménagée au rez-de-chaussée (témoin M\_\_\_\_\_, procès-verbal du 11 juin 2009, p. 7). A ses dires, le retard dans l'exécution des travaux n'avaient pas empêché ou amoindri la pleine exploitation de l'hôtel: il ne se souvenait pas de problème de climatisation; quant à l'aménagement des salles de conférence, seuls quelques détails techniques n'étaient pas réglés, mais rien de grave. La politique commerciale voulue par N\_\_\_\_\_ misait sur l'activité du Stade pour développer l'hôtel; or, le Stade n'était pas, selon lui, une source d'activités commerciales; il avait alors orienté sa stratégie commerciale sur les entreprises alentours, en les démarchant activement (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4) et sur la clientèle tourisme dont le développement au sein du groupe ne lui convenait pas (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 6).

Z\_\_\_\_\_ a repris la direction de l'hôtel au mois d'octobre 2004: il a alors immédiatement constaté une erreur dans la fixation du prix des chambres, qui avait été surévalué; après adaptation des prix au standard de l'hôtel, le taux d'occupation était passé à 50% en 2004, 71% en 2005, 75% en 2006 et plus de 80% en 2007 (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 2). Il précisait également qu'à la reprise de l'hôtel par Y\_\_\_\_\_ SA, suite à la faillite de H\_\_\_\_\_ en septembre 2005, les conditions d'exploitation, notamment le bail, étaient restées identiques; lors de l'ouverture d'un nouvel hôtel, il fallait compter environ trois ans pour qu'il atteigne sa vitesse de croisière et cinq ans pour qu'il dégage des bénéfices, ce qui fut le cas lors de l'exercice 2008.

Quant au témoin L\_\_\_\_\_, attachée commerciale depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2002 auprès de H\_\_\_\_\_, elle a également confirmé qu'à l'ouverture de l'hôtel, le 16 mars 2003, seules quelques finitions devaient être terminées qui n'ont pas empêché d'accueillir les clients et qu'il n'existait aucun problème de climatisation.

Ainsi, les enquêtes ont établi que le défaut de paiement de H\_\_\_\_\_ trouvait sa cause dans une mauvaise gestion de l'hôtel et une stratégie commerciale inadaptée, les ventes ayant été négligées, ce qui avait nécessité la prise de mesures drastiques par I\_\_\_\_\_ SA en fin d'année 2004; le changement de stratégie adopté par Y\_\_\_\_\_ SA, lors de la reprise de l'hôtel en septembre 2005, notamment par l'adaptation du prix des chambres au standard de l'hôtel, avait permis, moyennant l'engagement d'un directeur commercial et de personnel, d'assurer le paiement des charges, et du loyer, l'exploitation étant devenue bénéficiaire pour la première fois en 2008.

Quant aux locaux, bien que des finitions aient été nécessaires après l'ouverture de l'hôtel le 15 ou 16 mars 2003, ils étaient propres à accueillir la clientèle et étaient pleinement exploitables. Le défaut de paiement de H\_\_\_\_\_ ne relève donc pas du fait de la bailleresse, qui a rempli son obligation de remise de locaux conformes au contrat.

**5.2.** Quant aux circonstances extérieures dont se prévaut l'appelante et qui auraient conduit H\_\_\_\_\_ à la faillite, la Cour relève qu'elles ne constituent pas un motif d'exclusion de la garantie de B\_\_\_\_\_ contenue dans la lettre de patronage. Comme l'a retenu la Cour ci-dessus, l'exclusion de garantie est limitée aux cas où la locataire n'était pas en mesure de faire face aux obligations financières découlant du bail en cas de force majeure ou pour des motifs qui étaient du ressort de la bailleresse. Aucun de ces deux cas de figure n'est réalisé en l'espèce.

Faut-il voir dans les promesses tenues par la bailleresse et non réalisées par la suite la cause de la cessation de paiement de H\_\_\_\_\_?

L'appelante soutient que les promesses de rentabilité du site que lui avait faites la bailleresse ne se sont jamais réalisées et auraient pour conséquence le défaut de paiement de H\_\_\_\_\_. Tout d'abord, les promesses dont se prévaut l'appelante et U\_\_\_\_\_, soit notamment la rentabilité générée par la présence de Q\_\_\_\_\_, la location d'espace de bureaux par cette dernière, l'organisation d'événements et de concerts attirant une foule nombreuse, le raccordement du site de F\_\_\_\_\_ au centre-ville et à l'aéroport, les performances du O\_\_\_\_\_, le maintien de foires et d'exposition à Genève, ne trouvent aucune assise dans le contrat de bail. Ensuite, R\_\_\_\_\_ a contesté avoir émis de telles promesses, seule la question de la desserte

du site en transports privés et publics ayant été abordée lors des pourparlers précontractuels: il n'avait jamais été question que Q\_\_\_\_\_ loue des espaces dans l'espace bureaux; en revanche, une télévision (AE\_\_\_\_\_ ) et une radio locales (AF\_\_\_\_\_ ) étaient locataires de bureaux dans cet espace; il n'avait pas non plus promis de liaison de métro entre F\_\_\_\_\_ et le centre-ville; enfin, vu l'absence d'autre candidat et l'expérience de N\_\_\_\_\_ dans l'hôtellerie, F\_\_\_\_\_ n'avait pas été en mesure de faire obstacle à ses conditions hormis le loyer minimum qui a été accepté (procès-verbal du 2 novembre 2009, p. 2). Rien ne permet donc de retenir que les promesses susvisées aient été faites par la bailleuse et que les parties se soient mises d'accord sur ce point.

La Cour relève encore que la bailleuse ne pouvait avoir aucune influence sur les circonstances extérieures relevées par l'appelante: elle ne peut être tenue responsable du retrait de Q\_\_\_\_\_, de la déconfiture du O\_\_\_\_\_ ou encore de la perte de foires d'exposition à Genève, qui, faut-il le rappeler sont survenues postérieurement à la signature du bail et de la lettre de patronage. On peut ainsi raisonnablement douter que de tels événements aient pu faire l'objet d'une quelconque promesse de la bailleuse. Quant à la rentabilité du site et de l'exploitation de l'hôtel, il revenait à H\_\_\_\_\_ et ses animateurs de s'en assurer non sur la base des seules informations communiquées par la bailleuse, mais au moyen d'une étude de marché circonstanciée et d'une évaluation des risques que l'on pouvait raisonnablement attendre d'un groupe hôtelier international de l'ampleur du groupe G\_\_\_\_\_, rompu à l'exploitation hôtelière. Il appartenait également à la locataire, en cas de modification des prévisions initiales de rentabilité, d'adapter la stratégie commerciale de l'hôtel, ce qui, à teneur des divers témoins entendus, n'a été entrepris qu'en fin d'année 2004, lors du changement à la tête de la direction.

Enfin, si l'on peut effectivement comprendre que le désengagement de Q\_\_\_\_\_ ait entraîné une perte de l'impact promotionnel que pouvait susciter la réputation de celle-ci, cela ne permet pas encore d'en déduire qu'elle a causé à elle seule la cessation de paiement de H\_\_\_\_\_: à ce titre, le témoin M\_\_\_\_\_ a confirmé que peu importait que Q\_\_\_\_\_ ou une autre société soit présente dans les espaces de bureaux (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 6).

Quant à la déconfiture du O\_\_\_\_\_, elle n'est intervenue qu'en début d'année 2005, si bien que l'hôtel a pu bénéficier pendant près de deux ans de la fréquentation du Stade pour, cas échéant, attirer cette clientèle dans son hôtel, bien que de l'aveu du témoin M\_\_\_\_\_, le Stade n'était pas une source d'activités commerciales pour l'hôtel (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4). La procédure n'a donc pas amené la preuve que la cessation de paiement trouvait sa conséquence dans la déconfiture du O\_\_\_\_\_.

En définitive, en l'absence de promesses faites par la bailleuse, cette dernière ne pouvait être tenue responsable de la cessation de paiement de H\_\_\_\_\_. Par ailleurs, rien n'indique encore que les événements extérieurs invoqués par l'appelante aient causé la faillite de la locataire. Partant, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'aucun motif d'exclusion de garantie n'existait et que la responsabilité de B\_\_\_\_\_ était pleinement engagée sur la base de la déclaration de patronage.

6. Reste à examiner si les exceptions soulevées par l'appelante en compensation de la créance de loyer, intérêts et amortissements demeurée impayé jusqu'au 13 septembre 2005, jour du prononcé de la faillite de H\_\_\_\_\_ et de la reprise de l'exploitation de l'hôtel par Y\_\_\_\_\_ SA, sont réalisées.

En liant l'engagement de B\_\_\_\_\_ à un défaut d'exécution des obligations financières découlant du bail et qui sont expressément mentionnées dans la lettre de patronage, les parties ont rendu la promesse de porte-fort dépendante du rapport de bail, ce qui, selon la doctrine citée plus haut, peut valablement être convenu d'entente entre les parties (cf. Silvia TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 666-667 no 22). L'intimée ne conteste d'ailleurs pas la possibilité offerte par l'appelante de se prévaloir des exceptions tirées du rapport de valeur entre F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_.

**6.1.** L'appelante fait grief au Tribunal des baux et loyers d'avoir retenu que la remise définitive des locaux n'était pas intervenue tardivement: en effet, la date de remise confirmée était le 1er mars 2003. Or, la concession d'exploitation de l'hôtel avait été délivrée le 5 mai 2003; il se justifiait donc de mettre à charge de l'intimée une peine conventionnelle de 640'000 fr., soit 64 jours à raison de 10'000 fr. par jour.

**6.1.1.** Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO). L'hypothèse visée par cette disposition est réalisée lorsque le bailleur ne met pas les locaux à la disposition du preneur à la date convenue (ATF 117 II 71 consid. 4a).

**6.1.2.** A teneur du paragraphe 2.2 du bail, l'objet du bail devait être remis à la locataire entièrement achevé, prêt à l'exploitation, complètement équipé et prêt à l'obtention d'une concession, à la date prévue du 31 mars 2003. La date de remise définitive devait être déterminée par les parties et confirmée par écrit par la bailleuse 6 mois à l'avance (§ 2.2 al. 2 du bail). En tout état, la remise de l'objet du bail était garantie au plus tard au 31 mai 2003 (§ 2.2 al.5 du bail).

Les parties ont convenu, par avenant no 3 au bail signé le 6 février 2003, que la locataire s'engageait à participer au dépassement du budget des investissements

---

effectués par la bailleuse, à concurrence de 75'000 fr. par an pendant 15 ans. Cet engagement était conditionné à la réalisation de plusieurs circonstances, notamment l'ouverture de l'hôtel au 1er mars 2003, prêt à l'exploitation, à la réception de clients et à l'obtention de l'autorisation d'exploiter et à l'ouverture du centre de conférence au 20 mars 2003 (§ 2 de l'avenant).

Il ressort de cet avenant, tant dans son préambule qu'au paragraphe 2.2., que F\_\_\_\_\_ confirme expressément que la date de remise de l'hôtel sera le 1er mars 2003. Cette date apparaissait bien comme la date de remise confirmée par les parties, H\_\_\_\_\_, dans son courrier du 4 mars 2003 (pièce no 23 déf.) se plaignant de ce retard, tout en espérant une date d'ouverture de l'hôtel 14 mars 2003. Le témoin L\_\_\_\_\_ a également confirmé que l'hôtel avait ouvert avec un peu de retard, la date initialement prévue étant le 1er mars 2003 (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4); sans se souvenir de la date d'ouverture prévue, le témoin M\_\_\_\_\_ a confirmé ce retard, qu'il attribuait à la mise en conformité aux règles de sécurité (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 5).

Ainsi, le bail prévoyait expressément qu'une peine conventionnelle de 10'000 fr. par jour était due à la locataire en cas de dépassement de la date de remise confirmée et/ou garantie par la bailleuse (§ 2.3 du bail). Le Tribunal s'est donc trompé en estimant que la date du 1er mars 2003 ne constituait pas la date de remise confirmée au sens du paragraphe 2.2 du contrat de bail.

La Cour retient toutefois que la date d'ouverture de l'hôtel le 15 ou le 16 mars 2003 a fait cesser le droit de la locataire de réclamer le paiement de la peine conventionnelle.

Les enquêtes ont en effet établi que seuls des travaux de finition étaient intervenus depuis la remise de l'hôtel, qui avait pu accueillir la clientèle lors de son ouverture (témoin L\_\_\_\_\_, procès-verbal du 11 juin 2009, p. 4; témoin M\_\_\_\_\_, op. cit., p. 5). Or, à teneur du paragraphe 2.2 al. 3 du bail, la bailleuse était en droit de terminer les travaux de peu d'importance dans un délai de trois mois après la date de la remise. Enfin, le contrat n'exigeait pas non plus que la concession d'exploitation soit déjà délivrée au moment de la remise définitive; l'hôtel devait être prêt à l'obtention de la concession, ce qui était le cas puisque la clientèle a pu être accueillie le 15 ou 16 mars 2003. La date de délivrance de la concession, le 5 mai 2003, n'est donc pas pertinente.

Partant, le jugement entrepris sera réformé sur ce point en ce sens que l'appelante peut se prévaloir, à titre compensatoire, d'une créance de 150'000 fr. valant peine conventionnelle pour le retard pris dans la livraison de l'hôtel entre le 1er et le 15 mars 2003 inclus.

---

**6.1.3.** L'appelante fait grief au Tribunal des baux et loyers d'avoir estimé que le dommage de 550'000 fr résultant de la remise tardive des locaux n'était pas prouvé.

A ce titre, il expose que le dommage, chiffré à 550'000 fr., consécutif à l'annulation de toutes les réservations de l'hôtel, qui affichait complet pour le salon de l'Automobile qui devait avoir lieu du 3 au 16 mars 2003, se fondait sur les estimations de K\_\_\_\_\_, affinées ensuite par N\_\_\_\_\_. La comparaison des chiffres d'affaires réalisés par l'hôtel à la même période en 2004 et 2005 attestait d'une perte de chiffres d'affaires de 366'000 fr.; le chiffre d'affaires manqué se montait à 331'500 fr. si l'on se fondait sur le prix unitaire des 130 chambres disponibles à l'époque sur 15 nuitées. Ainsi, la perte de chiffres d'affaires liée à l'ouverture tardive des locaux s'élevait au moins à 300'000 fr.; un montant identique devait s'ajouter au titre des frais de l'hôtel et du personnel non couverts, selon les déclarations de U\_\_\_\_\_.

La Cour relève que le dommage chiffré par l'appelante n'a cessé de varier et ne repose que sur des estimations: dans un courrier de W\_\_\_\_\_ SA du 9 octobre 2003 (pièce no 36 déf.), le dommage est fixé à 350'000 fr., soit à mi- chemin entre 300'000 fr. et 400'000 fr. Ce montant de 350'000 fr. semble correspondre à la perte sèche sur le personnel formé et engagé dès le 15 janvier 2003 pour le 1er mars 2003, l'hôtel affichant complet pour le salon de l'Automobile qui se tenait début mars 2003. Or, comme retenu à juste titre par les premiers juges, l'appelante n'a pas produit le décompte des salaires des employés engagés depuis le 1er mars 2003 afin d'établir plus précisément le dommage invoqué. En outre, le témoin J\_\_\_\_\_ n'avait aucun souvenir que H\_\_\_\_\_ ait engagé du personnel dont elle n'avait pas besoin pour un montant d'environ 350'000 fr. en 2003-2004 (procès-verbal du 14 septembre 2009, p. 3).

A cette perte sèche de 350'000 fr., au demeurant non démontrée, s'ajoutait la perte de chiffres d'affaires liée au salon de l'Automobile 2003, estimée à 200'000 fr.: ce montant correspondait à la différence entre le chiffre d'affaires escompté mais non réalisé de 450'000 fr. à 500'000 fr. et les frais de personnels encourus de 350'000 fr. Or, ces estimations reposent sur un tableau (pièce no 35 déf.) dépourvu d'entête, de légende et de la moindre explication sur la provenance des chiffres d'affaires qui y sont indiqués. Ces chiffres n'ont d'ailleurs pas pu être confirmés par le témoin J\_\_\_\_\_, directeur de I\_\_\_\_\_ SA, qui avait analysé les chiffres d'affaires de H\_\_\_\_\_ lors de son intervention en fin d'année 2004 (procès-verbal du 14 septembre 2009, p. 2 et 3), ni par le témoin AB\_\_\_\_\_, administrateur de H\_\_\_\_\_ en 2004 (procès-verbal du 11 juin 2009, p. 8): ils sont donc dépourvus de force probante. L'appelante ne démontre pas non plus que l'hôtel était complètement réservé pour la période du 3 au 16 mars 2003: aucune confirmation d'annulation n'a été produite, ni le prix des chambres réservées et le nombre de nuitées effectivement perdues.

Dans le cadre du présent appel, l'appelante établit cette fois-ci le calcul de son dommage sur une comparaison du chiffre d'affaires réalisés au mois de mars 2003 et ceux des années 2004 et 2005, en se fondant une fois encore sur l'unique tableau (pièce no 35 déf.) produit dans la procédure dont la force probante a été déniée ci-dessus. La Cour s'étonne d'ailleurs qu'aucun autre document comptable ou relevé, provenant de comptes dûment audités n'aient été versés à la procédure par l'intimée pour démontrer la réalité de son dommage. La comparaison de ces chiffres d'affaires conduit finalement l'appelante à fixer le montant de son dommage à 366'000 fr., montant qui se situait dans «la fourchette» indiquée par N\_\_\_\_\_ dans un courrier du 9 octobre 2003. Dans une ultime estimation de son dommage, l'appelante le chiffrait à 331'500 fr. en se fondant sur le prix unitaire des 130 chambres disponibles à l'époque sur 15 nuitées, soit la durée du salon de l'automobile, sans toutefois déposer la moindre pièce permettant de déterminer les conditions tarifaires des chambres d'hôtel. Finalement, l'appelante concluait à une perte de chiffres d'affaires d'au moins 300'000 fr. Or, la Cour constate que ses estimations ne sont que des hypothèses, fondées sur de simples courriers, sans qu'elle ne trouve la moindre assise dans des pièces comptables pertinentes.

La Cour relève que c'est à bon droit que la créance compensatoire de 550'000 fr. invoquée à titre de dommage subi suite à la remise tardive des locaux n'avait pas été prouvée; elle ne peut davantage faire droit à l'estimation de 300'000 fr. finalement sollicitée en appel, faute de valeur probante des pièces versées au dossier pour attester d'un gain manqué effectif.

**6.1.4.** Dans un ultime grief, l'appelante estime que c'est à tort que les premiers juges avaient omis de déduire du montant réclamé par l'intimée les intérêts des créances postposées auprès de l'Office des faillites, selon déclarations de postposition des 29 avril et 1er juillet 2005; la postposition impliquant une renonciation à l'exigibilité des créances, une déduction de 3'602 fr. 59 devait être ordonnée.

Toutefois, on ne décèle pas dans la postposition du 29 avril 2005 - celle du 1er juillet 2005 n'étant pas produite (pièce no 13 dem.) une renonciation de F\_\_\_\_\_ à l'intérêt moratoire.

La Cour relève en outre que selon l'art. 209 al. 1 LP, l'ouverture de la faillite arrête, à l'égard du failli, le cours des intérêts. Le cours des intérêts n'est arrêté que pour autant que la faillite soit prononcée (art. 171 LP). En cas d'ajournement de la faillite (art. 173 et 173a LP, art. 725a CO) par contre, le cours des intérêts se poursuit sans interruption (cf. Vincent JEANNERET, Commentaire romand, Poursuites et faillites, Bâle 2005, ad art. 209 LP, no 4, p 917 et références citées).

Les postproductions de F\_\_\_\_\_ s'inscrivaient dans le cadre d'une requête de sursis provisoire et de sursis concordataire déposée par H\_\_\_\_\_ le 11 avril

2005, finalement refusée par le Tribunal de première instance, qui a prononcé l'ajournement de la faillite dans sa décision du 13 mai 2005 (pièces nos 14 et 17 dem.).

L'appelante n'établit pas la raison qui aurait empêché les créances, visées sous poste 13 à 16 du courrier de F\_\_\_\_\_ du 2 février 2006 (pièce no 20 dem.) de porter intérêts jusqu'au 13 septembre 2005, jour du prononcé de la faillite de H\_\_\_\_\_, les postpositions visant précisément à éviter une mise en faillite immédiate de cette dernière.

L'appelante sera donc déboutée de sa prétention compensatoire de 3'602 fr. 59 à titre de déductions en vertu de postpositions.

**6.1.5.** Les autres prétentions compensatoires, soulevées par l'appelante en première instance et rejetées par le Tribunal des baux et loyers, n'ont pas été reprises en appel. Elles ne sont donc plus litigieuses et leur sort est définitivement scellé.

Quant à la somme due par l'appelante - dont les postes ont été détaillés au considérant 7 f) du jugement entrepris -, elle a été chiffrée à 1'376'551 fr. 94, intérêts moratoires inclus et n'est pas contestée par l'appelante.

Par conséquent, le jugement entrepris sera partiellement admis et la Cour condamnera A\_\_\_\_\_, sur réforme, au paiement de la somme de 1'226'551 fr. 94, soit 1'376'551 fr. 94 sous déduction de la créance compensatoire de 150'000 fr. visée sous considérant 6.1.2.

7. Au vu des conclusions prises devant la Cour par l'appelante, qui contestait devoir le montant de 1'376'551 fr. 94 arrêté par le Tribunal des baux et loyers, la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et art. 74 al. 1 let. d LTF); la voie du recours en matière civile est ouverte.
8. Un émolument de 300 fr. en faveur de l'Etat est mis à charge de l'appelante, qui succombe en grande partie (art. 447 al. 2 aLPC). Quant aux débours, ils seront laissés à la charge de l'appelante en tant qu'ils ont trait à des taxes pour le témoin J\_\_\_\_\_ et d'interprète pour le témoin J\_\_\_\_\_ et AK\_\_\_\_\_, organe de A\_\_\_\_\_, et à des frais de traduction de la commission rogatoire de U\_\_\_\_\_: tous ont été soit cités comme témoin par l'appelante, ou sont organe de cette dernière, ce qui justifie que les débours soient mis à la charge de l'appelante, quand bien même l'intimée n'a pas obtenu le plein de ses conclusions en première instance.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**la Chambre des baux et loyers :**

**A la forme:**

Déclare recevable l'appel formé par A\_\_\_\_\_ SÀRL contre le jugement JTBL/1053/2010 rendu le 30 août 2010 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/13774/2005-D.

Ordonne la substitution de la partie intimée, C\_\_\_\_\_ SA se substituant [à] D\_\_\_\_\_ SA.

**Au fond:**

L'admet  
partiellement.

**Statuant à nouveau:**

Condamne A\_\_\_\_\_ SÀRL à verser à C\_\_\_\_\_ AG la somme de 1'226'551 fr. 94.

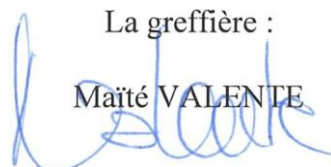
Confirme pour le surplus le jugement  
entrepris. Déboute les parties de toutes autres  
conclusions.

Condamne A\_\_\_\_\_ SÀRL à verser à l'Etat un émolument de 300 fr.

**Siégeant:**

Monsieur Daniel DEVAUD, président; Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD et  
Monsieur Pierre CURTIN, juges; Monsieur Lucie BACHELARD et Monsieur  
Grégoire CHAMBAZ, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Le président :  
  
Daniel DEVAUD

La greffière :  
  
Maïté VALENTE

Indication des voies et délais 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 considérant 7 supra).