

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23008/2009

ACJC/1489/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 16 DECEMBRE 2013

Entre

A. _____ **Sàrl**, ayant _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 22 février 2013, comparant par Me Nicolas Giorgini, avocat, route de Florissant 72, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

B. _____, ayant son siège _____ (GE), intimée, comparant par Me Alain Maunoir, avocat, rue de l'Athénée 4, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 18.12.2013.

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 17 avril 2013, A. _____ Sàrl a déclaré former appel contre le jugement JTBL/176/2013, rendu par le Tribunal des baux et loyers le 22 février 2013, notifié aux parties par pli recommandé du greffe du 1^{er} mars 2013.

Par ce jugement, le Tribunal a déclaré valable le congé notifié par B. _____ (ci-après : la Fondation) à A. _____ Sàrl par avis officiel du 30 septembre 2009 pour le 31 mars 2010, concernant un café-restaurant d'environ 162m², avec une terrasse d'environ 177m², situés au rez-de-chaussée de l'immeuble sis _____ (GE), octroyé à A. _____ Sàrl une unique prolongation de bail de quatre ans, échéant le 31 mars 2014, et débouté les parties de toutes autres conclusions.

En substance, les premiers juges ont considéré que le motif du congé avancé par la Fondation, soit l'intégration des locaux loués au fonctionnement global du théâtre pour en faire un lieu réservé à l'accueil du public, des acteurs et des professionnels des arts de la scène, avait été démontré à satisfaction de droit et n'avait pas varié en cours de procédure. Ils ont également tenu pour établi que la résiliation litigieuse était motivée par la volonté de la bailleuse de consacrer l'ensemble de l'immeuble aux activités théâtrales, suite au départ de C. _____ survenu en 2009, mais envisagé dès 2002-2005. L'espace occupé par la locataire ne devait pas être transformé, mais réaménagé de façon à accueillir le Foyer du théâtre, lequel serait directement géré par la Fondation. Dans ce contexte, il apparaissait que le projet de la bailleuse répondait à un intérêt objectif, sérieux et digne de protection, présomption qui n'avait pas été renversée par la locataire. En conséquence, le congé donné pour le 31 mars 2010 était valable.

Examinant dès lors la question de l'octroi d'une prolongation de bail, le Tribunal a constaté que le congé plaçait la locataire dans une situation difficile, dès lors qu'elle employait trois personnes à temps complet pour exploiter le D. _____ et qu'il lui serait difficile de trouver des locaux équivalant en termes de loyer et d'emplacement, mais qu'il convenait également de tenir compte du fait qu'elle ne démontrait pas avoir recherché activement des locaux de remplacement, tandis qu'elle avait d'ores et déjà bénéficié d'une prolongation de fait de trois ans. De son côté, la Fondation avait certes établi la réalité du besoin invoqué, mais elle n'avait en revanche pas démontré d'urgence particulière à pouvoir récupérer la maîtrise de son bien. Aussi, le Tribunal a considéré qu'une unique prolongation de bail de quatre ans, échéant le 31 mars 2014, conciliait de manière équitable les intérêts opposés des parties.

- B. Dans son appel, A. _____ Sàrl a conclu, principalement, à ce que la Cour annule le congé du 30 septembre 2009, subsidiairement, à ce qu'elle lui accorde une prolongation de bail d'une durée de six ans, et en tous les cas, déboute la

Fondation de toutes autres ou contraires conclusions et la condamne aux frais de procédure et aux dépens, y compris une indemnité équitable à titre de participation aux frais de son avocat.

A l'appui de ses conclusions, outre le jugement attaqué, l'appelante a produit des pièces, à savoir une confirmation de mandat de recherches de locaux, établie le 5 janvier 2012 par «E. _____», ainsi que divers courriers électroniques relatifs à des recherches de locaux, datés des mois de mars, août et septembre 2012, et un extrait du site internet relatif à la table des jours fériés officiels de la République et canton de Genève pour 2013.

- C.** Dans sa réponse du 31 mai 2013, l'intimée a conclu à ce que préalablement, les pièces produites en pièces n° 19 et ses annexes par l'appelante soient déclarées irrecevables, puis au fond, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris et à ce que l'appelante soit déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

Elle a produit diverses annonces de programmation d'événements musicaux et de soirées devant avoir lieu au D. _____ aux mois de février, mars et mai 2013.

- D.** Dans un courrier déposé au greffe de la Cour de justice le 11 juin 2013, l'appelante a contesté les compléments et l'état de fait retenus par le Tribunal, présentés par l'intimée dans ses écritures de réponse et sollicite de la Cour qu'elle ordonne l'ouverture des débats et une comparution personnelle des parties, de même que l'audition de quatre témoins.

Elle a soutenu que toutes les correspondances produites par ses soins en pièce 19 en appel étaient recevables, dès lors qu'il lui incombait de démontrer qu'elle continue à rechercher un local de remplacement.

L'appelante a produit également en annexe des courriers électroniques de recherches, datés des mois de janvier, avril et mai 2013.

- E.** Par courrier envoyé au greffe de la Cour le 17 juin 2013, l'intimée a contesté la possibilité pour l'appelante d'adresser à la Cour de justice ses écritures du 11 juin 2013, s'est opposée à l'audition de témoins et persiste dans ses conclusions.
- F.** Par courrier déposé au greffe de la Cour de justice le 26 juin 2013, l'appelante précise que son écriture du 11 juin 2013 consistait en une détermination d'ordre procédurale, relative à son droit de requérir des actes d'instruction complémentaires, en application de l'art. 316 CPC. Elle a souligné aussi qu'elle ne pouvait être déjà déchue de son droit de réplique, alors qu'elle sollicitait l'ouverture de débats supplémentaires.

G. Par courrier adressé aux parties le 2 juillet 2013, le greffe de la Cour de justice leur a indiqué que la cause était mise en délibération.

H. Il ressort de l'instruction de la cause les faits pertinents suivants :

a. Les parties sont liées par contrat de bail à ferme non agricole du 18 mars 2003, portant sur la location d'un café-restaurant d'environ 162m², avec une terrasse d'environ 177m², situés au rez-de-chaussée de l'immeuble sis _____ (GE).

Le bail a été conclu pour une durée de trois ans, du 1^{er} avril 2003 au 31 mars 2006.

Il s'est par la suite renouvelé tacitement d'année en année.

Le loyer a été fixé à 26'400 fr. par année.

L'art. 9 du contrat signé entre les parties, dont le titre est «prestations particulières» indique :

«Le café restaurant doit par son ambiance s'intégrer dans le concept développé par la Fondation et permettre différentes formes d'animations comme par exemple préannonces des manifestations, décorations particulières, fins de soirées.

Il doit viser en priorité la clientèle acquise de la Fondation : le public, les utilisateurs, le personnel.

Son horaire et ses périodes d'ouverture doivent en tout cas correspondre aux manifestations programmées par la Fondation.

Il appartient au/à la concessionnaire de se tenir informé(e) des horaires et des activités de la Fondation, afin d'assurer l'ouverture adéquate du café-restaurant, et de ne pas perturber le bon déroulement des manifestations de la Fondation, notamment par un volume sonore excessif.

Les programmations du/de la concessionnaire ne devront pas entrer en contradiction avec les activités propres de la Fondation, par leur nature ou par leur organisation. Le/la concessionnaire informera régulièrement le Comité de direction de la Fondation de ses projets d'animations.

Le/la concessionnaire pourra être appelé(e) à organiser et à servir les réceptions et vernissages de la Fondation, selon les demandes spécifiques à chaque manifestation dans le café-restaurant ou dans un autre lieu. Il sera prévenu suffisamment longtemps à l'avance pour qu'il/elle puisse prendre les dispositions en conséquence.

La Fondation se réserve le droit d'organiser elle-même ou de faire organiser par des tiers qu'elle désignerait des réceptions ou buvettes dans tout autre lieu».

b. A. _____ Sàrl, dont le but social inscrit au Registre du commerce est l'exploitation de cafés bars «culturel et artistique» avec restauration, exploite le café-restaurant à l'enseigne D. _____ dans les locaux litigieux.

c. Jusqu'en 2009, la Fondation gérait dans l'immeuble concerné les activités du C. _____, ainsi que les activités du Théâtre de F. _____.

d. A la suite de nombreux débats politiques, il a été décidé de transférer les activités du C. _____ dans le bâtiment sis _____ (GE), cette décision de transfert s'étant notamment traduite par un vote du Conseil municipal de la Ville de _____ (GE) du 16 décembre 2008, réduisant la subvention accordée à la Fondation d'un montant correspondant aux fonds nécessaires à la poursuite des activités du C. _____ à un nouvel emplacement.

e. Par votation communale du 27 septembre 2009, l'électorat de la Ville de _____ (GE) a rejeté le référendum formé contre la délibération du Conseil municipal du 16 décembre 2008.

f. Par avis officiel du 30 septembre 2009, la Fondation a résilié le bail de A. _____ Sàrl pour le 31 mars 2010.

A teneur du courrier accompagnateur, le congé était motivé par *«la réorganisation des activités du théâtre et la réaffectation des espaces de F. _____, suite au départ du C. _____»*.

g. Par requête du 6 octobre 2009, la locataire a contesté la résiliation auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers.

h. Un fascicule édité par la Fondation le 29 mars 2010 et intitulé *«F. _____ (GE) - théâtre de projets, résidences de créations»*, indique que les locaux occupés par le D. _____ sont destinés à devenir *«le Foyer dynamique et convivial de la maison fréquentée par les usagers et par tous les hôtes de F. _____ réintégrant enfin sa place sur le chemin qui mène de la vie quotidienne à la culture»*.

i. Lors de l'audience de décision de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du 9 janvier 2012, la bailleresse a indiqué que le réaménagement ayant justifié le congé faisait suite à une décision politique et culturelle. Il s'agissait de faire du lieu concerné un lieu de théâtre et d'y inclure un accueil pour le public, pour les auteurs et un foyer pour les acteurs. La Fondation souhaitait désormais exploiter directement cet établissement et engager deux personnes. La locataire a indiqué que cette activité aurait pu lui être demandée à elle-même. Il lui semblait qu'une animosité entre le directeur du théâtre F. _____ et les propriétaires du café-restaurant était à l'origine de la situation. Le congé impliquait une mise en péril d'une entreprise, sa fermeture ainsi que le licenciement de trois employés.

j. Par décision n° 4 du 9 janvier 2012, la Commission de conciliation en matière de baux et loyers a validé le congé et octroyé à la locataire une première prolongation du bail de 3 ans, échéant le 31 mars 2013. La Commission a considéré que les motivations de la bailleresse étaient de bonne foi et correspondaient à un intérêt digne de protection.

k. Par demande valant recours déposée au greffe du Tribunal des baux et loyers le 1^{er} mai 2012, la locataire a conclu à l'annulation du congé et, subsidiairement, à l'octroi d'une pleine prolongation de bail de six ans.

Elle a soutenu que la résiliation était intervenue alors même que la bailleuse ne disposait d'aucun projet concret relatif à une quelconque réaffectation des espaces libérés par le C._____, et que s'agissant du café-restaurant, elle n'avait jamais eu pour intention de réaffecter le local à un autre usage que son usage actuel, ayant tout au plus le désir d'orienter davantage ses services sur les usagers et les hôtes de F._____. Le départ du C._____ avait ainsi été utilisé comme un prétexte pour résilier le bail, en contournant par là-même l'application du contrat, lequel en son article 9 prévoyait la garantie de la constante adéquation du café-restaurant avec les besoins de la Fondation. Cette dernière n'avait pas eu à se plaindre de la collaboration de la locataire dans le cadre de l'application du contrat, celle-ci ayant régulièrement organisé des événements sur demande de la Fondation, en relation avec différentes activités culturelles. Le motif du congé notifié ne correspondait ainsi qu'à un prétexte pour se réapproprier l'exploitation du café-restaurant qui ne fonctionnait pas avant sa prise en charge par la locataire, ce qui avait été relevé par un membre du Conseil de Fondation dans une séance du 7 juin 2010.

A l'appui de ses conclusions en prolongation de bail, la locataire a demandé au Tribunal de considérer en particulier l'attitude des parties, le contenu de la convention et le fait que le maintien du bail ne saurait être préjudiciable à la Fondation, vu l'état d'avancement du projet de cette dernière, notamment l'absence des subventions nécessaires à sa réalisation, et l'état du marché immobilier.

l. Dans ses écritures responsives du 20 juillet 2012, la bailleuse a conclu à la validation du congé et à l'octroi d'une unique prolongation de bail de trois ans, échéant le 31 mars 2013.

Elle a soutenu qu'à l'issue de la votation du 27 septembre 2009, l'arrêté du Conseil municipal du 16 décembre 2008, impliquant le départ du C._____ du Centre F._____, avait été confirmé, ce Centre étant ainsi devenu un lieu entièrement dévolu au théâtre et aux arts de la scène. Sur la base de cette configuration nouvelle, le Conseil de Fondation avait décidé d'affecter l'espace occupé par le D._____ à l'accueil du public théâtral, ainsi qu'aux comédiens et aux autres professionnels de la scène. La Fondation avait envisagé d'exploiter directement cet établissement en engageant le personnel nécessaire, étant probablement en mesure de proposer aux membres actuels du personnel de la locataire des postes de salariés. La locataire quant à elle organisait dans les locaux objets du bail de manière autonome des soirées dance-hall, salsa ou funk, lors desquelles des DJ se produisaient régulièrement, avec des horaires d'ouverture s'étendant en principe de 17 heures à 2 heures du matin, du mardi au samedi. Par ailleurs, A._____ Sàrl

était dirigée par G._____, associé gérant avec signature individuelle, et H._____, associé sans signature, le premier étant également associé gérant, avec signature individuelle, de la société I._____ Sàrl, exploitant un restaurant-bar à l'enseigne J._____ à _____ (GE). Ce bar J._____ semblait être le prolongement du D._____, tant au niveau de la clientèle que de la gérance, de sorte qu'une activité de café-bar de nuit pourrait facilement être poursuivie par le biais de cet autre établissement par la demanderesse, malgré la résiliation du bail. Enfin, cette dernière n'avait pas effectué de recherches afin de trouver des locaux de remplacement.

m. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle, le 2 novembre 2012.

A cette occasion, K._____, Présidente de la Fondation, a indiqué qu'avant le départ du C._____, il était préférable pour la Fondation de laisser l'exploitation du café à un tiers pour ne pas favoriser le théâtre vis-à-vis du C._____ et inversement. Depuis que la maison était exclusivement destinée au théâtre, il était important de pouvoir disposer de locaux réservés pour l'accueil du public, ce que l'on appelait le foyer du théâtre. La Fondation souhaitait embaucher elle-même le personnel qui serait amené à exploiter les lieux. Pour la nouvelle affectation souhaitée des locaux, il n'était pas nécessaire de procéder à des travaux lourds de réaménagement, seuls des travaux de rafraîchissement étant envisagés. La Fondation ne contestait pas que la locataire se soit conformée aux modalités d'exploitation des locaux prévues à l'art. 9 du contrat de bail. Toutefois, suite au départ du C._____, la Fondation entendait intégrer les locaux du café, devant dorénavant constituer le foyer du théâtre, au fonctionnement global de l'institution. Elle souhaitait fonctionner comme le Théâtre de L._____ ou la M._____, par exemple.

Comme il l'avait été dit lors de l'audience de décision du 9 janvier 2012, la Fondation entendait par «réaménagement des locaux» le fait d'en reprendre possession pour le foyer du théâtre. Le départ du C._____ faisait déjà l'objet de discussions dès 2002, puis en 2005, l'art contemporain ayant déjà tendance à se concentrer dans le quartier N._____. Les discussions y relatives au Conseil municipal et dans les différentes commissions s'étaient déroulées en 2006-2007. C'était en 2008 que le Conseil municipal avait voté la scission du théâtre et du C._____, avec intégration de ce dernier dans le bâtiment d'art contemporain. Ce vote avait ensuite été soumis à l'aval du peuple. Quand le congé avait été notifié, le Conseil de la Fondation avait déjà demandé au directeur du théâtre de lui présenter un projet complet pour la réaffectation des locaux suite au départ du C._____.

O._____ a indiqué exploiter lui-même les locaux du D._____, avec deux employés à plein temps et trois extras. Il exploitait également le café J._____ par

l'intermédiaire de la société I. _____ Sàrl, dont le bail avait également été résilié car le propriétaire des locaux, soit l'Hôtel P. _____, souhaitait récupérer les lieux pour son propre usage. Sur conseil de son avocat, il avait effectué des recherches en vue de trouver des locaux de remplacement, lesquelles n'avaient pas abouti. Il était très difficile de trouver une arcade en ville pour un loyer abordable, ce d'autant que les fonds de commerce étaient vendus aux alentours de 500'000 fr. pour ce type de superficie. Il avait dû quitter les locaux du café J. _____ une année environ auparavant. Afin de pouvoir payer les fournisseurs et les employés de cet établissement, il avait négocié avec Q. _____ SA un crédit de 150'000 fr.

L'emprunt du 16 février 2012 était remboursé par A. _____ Sàrl. Il avait contesté le congé notifié au café J. _____ mais avait finalement quitté les locaux rapidement. En effet, peu avant la résiliation du bail, il avait trouvé un repreneur pour le fonds de commerce et avait d'ores et déjà libéré les locaux pour les laisser à disposition du nouvel exploitant. Les négociations orales avaient eu lieu avec la régie en charge de la gestion des locaux et le transfert de bail devait en principe être accepté sans problème. Par la suite, la régie était revenue sur ses engagements et avait résilié le contrat. La résiliation avait été contestée et une prolongation de trois ans avait été obtenue au stade de la conciliation. Dans le cadre de la restitution du café J. _____, il n'avait pas obtenu d'indemnité de départ et avait dû payer les trois mois de préavis. Il avait essayé de reprendre l'exploitation de l'arcade mais économiquement, cela n'avait pas fonctionné. Il contestait que le D. _____ ait organisé des soirées dansantes dans les locaux litigieux. S'agissant des DJ mentionnés par la bailleresse, il s'agissait uniquement de personnes qui sélectionnaient la musique entendue dans le café. Il ne s'agissait pas de soirées disco mais uniquement d'un café-bistrot. Tous les événements organisés dans le café l'avaient été par l'intermédiaire de la Fondation bailleresse et les horaires pratiqués étaient ceux qu'elle avait demandés. Une porte vitrée qui séparait le café de la billetterie et de l'accueil était toujours ouverte. Sur demande de la Fondation, le café était toujours ouvert avant et après le spectacle. Il avait compris que le motif du congé était la réaffectation des locaux à un autre usage et avait contesté le congé car il lui semblait peu cohérent de la part de la bailleresse d'avoir pu établir un nouveau projet d'affectation des locaux deux jours à peine après les votations populaires. Pour lui, la Fondation voulait poursuivre une exploitation similaire à celle du D. _____ mais en reprenant sa clientèle et ses employés. Les titres des musiques figurant sur une liste produite par la bailleresse étaient ceux qui étaient passés dans le café pendant les soirées. Les noms de scène indiqués à gauche sur cette liste étaient les noms des DJ qui sélectionnaient les morceaux de musique passés dans le café. Le choix de la musique étant de son ressort.

n. A l'issue de l'audience, les parties ont indiqué n'avoir pas d'autres mesures d'instruction à solliciter et le Tribunal a remis la cause pour conclure, clore et plaider au 14 décembre 2012.

Par écritures et conclusions motivées après enquêtes du 14 décembre 2012, les deux parties ont repris en faveur de leurs conclusions respectives les éléments apportés par l'instruction de la cause et persisté dans leurs conclusions.

Lors de l'audience de plaidoiries du 14 décembre 2012, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

Dans la mesure utile à l'issue du litige, les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie «EN DROIT» ci-dessous.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre un jugement notifié aux parties après le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure.
2. **2.1.** La décision entreprise est une décision finale, susceptible d'appel si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins, étant relevé qu'aucun des cas excluant l'appel (art. 309 CPC) n'est réalisé (art. 308 al. 1 lit. a et 308 al. 2 CPC).
2.2. La jurisprudence relative à la valeur litigieuse dans le cadre de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral est aussi applicable au CPC, qui est régi par les mêmes principes (LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, 2011, chiffre 2.4.2., p. 47).

Ainsi, dans une contestation portant sur la validité d'une résiliation de bail, la valeur litigieuse est égale au loyer de la période minimum pendant laquelle le contrat subsiste si la résiliation n'est pas valable, période qui s'étend jusqu'à la date pour laquelle un nouveau congé peut être donné; il faut prendre ici en considération la période de protection de trois ans dès la fin de la procédure judiciaire qui est prévue par l'art. 271a al. 1 let. e CO (arrêt du Tribunal fédéral A_217/2007 du 4 septembre 2007, consid. 1; LACHAT, op. cit., chiffre 2.4.3, p. 49).

2.3. En l'espèce, le loyer annuel fixé en dernier lieu s'élève à 26'400 fr., de sorte que la valeur litigieuse minimale de 10'000 fr., prévue pour l'appel, est atteinte.

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

2.4. Les litiges portant sur des baux à loyer d'habitation ou de locaux commerciaux sont soumis, en ce qui concerne la protection contre les congés ou la prolongation du bail, aux règles de la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 lettre c CPC).

En procédure simplifiée, comme en procédure ordinaire, le délai d'appel est de trente jours (art. 311 al. 1 et 314 al. 2 CPC a contrario). Ce délai ne court pas du septième jour avant Pâques au septième jour qui suit Pâques inclus (art. 145 al. 1 let. a CPC).

L'acte d'appel doit être écrit et motivé et répondre aux conditions des art. 130 et 131 CPC. L'appelant doit indiquer la décision qu'il attaque et exposer les motifs de faits et/ou de droit qui, à ses yeux, justifient l'appel (LACHAT, op. cit., chiffre 5.2.3.1, p. 186).

En l'occurrence, l'appel a été déposé dans le délai prescrit et dans la forme requise par la loi. Il est ainsi recevable.

2.5. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd., 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 349 ss, n. 121).

- 3.** Les parties font valoir des arguments divergents s'agissant de la recevabilité du courrier déposé le 11 juin 2013 par l'appelante, suite à la réception de la réponse de l'intimée, sans avoir sollicité de second échange d'écritures (art. 316 CPC).

3.1. Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des art. 29 Cst. et 6 CEDH, le droit d'être entendu garantit notamment le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Ce droit à la réplique vaut pour toutes les procédures judiciaires. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 137 I 195 consid. 2.3.1; 135 I 187 consid. 2.2; 133 I 100 consid. 4.5, 270 consid. 3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_263/2013 du 13 août 2013; 1C_196/2011 du 11 juillet 2011 consid. 2.2, publié in SJ 2012 I p. 117; 5A_779/2010 du 1^{er} avril 2011 consid. 2.2, publié in FamPra.ch 2012 n° 1 p. 1).

3.2. Au vu de la jurisprudence rappelée ci-dessus, l'écriture du 11 juin 2013 sera considérée comme recevable.

Peu importe que l'appelante ait précisé par la suite n'avoir désiré que se déterminer sur des actes d'instruction supplémentaires, considérant son courrier susmentionné comme un acte purement procédural. Vu le contenu dudit courrier, il s'agit bel et

bien d'une écriture de réplique spontanée, que le greffe de la Cour de justice a transmis comme tel à l'intimée. Au surplus, dans son courrier du 26 juin 2013, l'appelante fait expressément valoir qu'elle ne pouvait être considérée comme déchue de son droit de réplique.

La partie intimée a eu l'occasion de se déterminer également sur les arguments présentés par sa partie adverse, ce qu'elle a fait le 17 juin 2013.

4. Relativement aux pièces produites en appel, la Cour examine, en principe, cette question d'office (REETZ/HILBER, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2^{ème} éd., 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

4.1. Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, *Code de procédure civile commenté*, Bâle, 2011, n. 6 ad art. 317 CPC).

4.2. Dans le cas d'espèce, hormis le jugement attaqué, l'appelante a produit le 17 avril 2013 des pièces en appel, à savoir une confirmation de mandat de recherches de locaux, établie le 5 janvier 2012 par «E._____», ainsi que divers courriers électroniques relatifs à des recherches de locaux, datés des mois de mars, août et septembre 2012, et un extrait du site internet relatif à la table des jours fériés officiels de la République et canton de Genève pour 2013.

Les confirmations de mandat et courriers électroniques, tous antérieurs au 14 décembre 2012, ne peuvent être considérés comme des pièces nouvelles admissibles en appel, car elles ne remplissent pas les conditions posées par la disposition légale précitée. L'appelante n'a pas pu prouver ce qu'elle allègue, à savoir que la confirmation de mandat du 5 janvier 2012 avait déjà été produite auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. Elle n'a pas non plus donné d'explications pour justifier de ne pas les avoir produites auparavant.

La dernière pièce produite par l'appelante le 17 avril 2013, afin de justifier le respect du délai d'appel, sera admise.

4.3. Les pièces produites le 11 juin 2013, à savoir des courriers électroniques de recherches de locaux, datés des mois de janvier, avril et mai 2013, ne peuvent être admises qu'en partie, à savoir pour celles qui datent des mois d'avril et de mai 2013. En effet, l'intimée contestant les recherches effectuées dans ses écritures de réponse, l'appelante en faveur de qui un droit de répliquer a été admis doit pouvoir établir les faits pertinents allégués et contestés.

Le courrier électronique du mois de janvier 2013 pouvait en revanche et devait être déposé avec les écritures introductives d'instance du 17 avril 2013. Il sera donc déclaré irrecevable.

4.4. Les pièces produites par l'intimée, avec ses écritures responsives, toutes établies ultérieurement à la fin de la procédure de première instance, peuvent être reçues.

- 5.** Dans ses écritures du 11 juin 2013, l'appelante sollicite l'ouverture de débats, la comparution des parties, de même que l'audition de témoins, soutenant que l'intimée a allégué des faits nouveaux recevables en appel. Elle fait ainsi valoir son droit à la preuve.

L'intimée s'oppose à cette demande.

5.1. L'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. Elle peut administrer les preuves (art. 316 CPC). Le droit à la preuve peut se déduire aussi bien de l'art. 29 al. 2 Cst. que de l'art. 8 CC, lequel trouve application lorsque sont en cause, comme en l'espèce, des prétentions découlant du droit privé fédéral (cf. par ex. arrêt 5A_620/2007 du 7 janvier 2010 consid. 6.1 et 6.2, in RNR 2011 57).

L'art. 8 CC confère un droit à la preuve pour autant que le justiciable cherche à établir un fait pertinent pour l'appréciation juridique de la cause et qu'il propose une mesure probatoire adéquate, régulièrement offerte dans les formes et délais prévus par la loi de procédure applicable. Le juge peut refuser une mesure probatoire lorsqu'il est parvenu à se forger une conviction exempte d'arbitraire sur la base des preuves déjà recueillies et qu'il conclut sans arbitraire que la mesure requise ne conduirait pas à modifier sa conviction (ATF 134 I 140 consid. 5.3; 133 III 295 consid. 7.1; 129 III 18 consid. 2.6; 114 II 289 consid. 2a).

L'art. 8 CC n'impose pas de modes de preuve. Avant l'unification de la procédure civile, ceux-ci relevaient en principe du droit cantonal (POUDRET, in Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, 1990, n^{os} 4.4.2 et 4.5.1 ad art. 43 OJ).

5.2. En l'espèce, introduit avant le 1^{er} janvier 2011, le litige était soumis en première instance à l'ancien droit de procédure civile, en particulier à la loi genevoise de procédure civile du 10 avril 1987 (aLPC E 3 05).

En application de l'art. 429 al. 2 aLPC, le Tribunal des baux et loyers a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 2 novembre 2012.

A l'issue de cette audience, les parties ont renoncé à solliciter l'ouverture d'enquêtes et à faire citer des témoins, ce qui a été porté au procès-verbal.

Le Tribunal a considéré qu'il pouvait trancher du litige, sans ouverture d'enquêtes, ce qu'il lui était loisible de faire en application de l'art. 436 al. 1 aLPC.

Aucune des parties n'a invoqué en appel une violation du droit à la preuve qui aurait été commise par les premiers juges.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, les arguments présentés par l'intimée dans son mémoire de réponse à l'appel reprend des allégués déjà articulés en première instance et non pas de nouveaux allégués.

Il n'y a donc pas de faits pertinents sur lesquels un nouvel examen devrait porter qui permettent l'ouverture de débats d'instruction et d'enquêtes devant la Cour.

Au vu de ce qui précède, il ne saurait être question pour la Cour d'ouvrir de nouveaux débats en appel, ni d'entendre des témoins.

- 6.** Le premier grief de fond de l'appelante vise le fait que le Tribunal des baux et loyers a validé le congé, sans l'avoir considéré comme contraire aux règles de la bonne foi.

6.1. Un bail de durée indéterminée, s'agissant d'un bail reconductible tacitement (cf. art. 255 al. 3 CO), peut être résilié en observant les délais de congé et les termes légaux, sauf si un délai plus long ou un autre terme ont été convenus (art. 266a al. 1 CO).

Lorsque le bail est de durée indéterminée - ce qui est le cas en l'espèce en raison de la clause de tacite reconduction -, chaque partie peut le résilier en observant les délais de congé et les termes légaux, sauf si un délai plus long ou un autre terme ont été convenus (art. 266a al. 1 CO). Pour les locaux commerciaux, le délai légal de congé est de six mois (art. 266d CO).

Le bail est un contrat qui n'oblige les parties que jusqu'à l'expiration de la période convenue; arrivé au terme du contrat, la liberté contractuelle renaît et chacun a la faculté de conclure ou non un nouveau contrat et de choisir son cocontractant. En principe, chacune des parties est donc libre de mettre fin à la relation de bail pour l'échéance prévue, en respectant les conditions du préavis contractuel (arrêt du Tribunal fédéral 4A_735/2011 du 16 janvier 2012 consid. 2.2).

Un droit ne peut cependant pas être exercé contrairement aux règles de la bonne foi. L'art. 271 al. 1 CO prévoit ainsi que le congé est annulable lorsqu'il contrevient auxdites règles.

Pour dire si le congé contrevient ou non aux règles de la bonne foi, il faut tout d'abord en déterminer le motif réel, ce qui relève des constatations de fait (ATF 136 III 190 consid. 2 p. 192).

Afin que les parties puissent se représenter les intérêts en jeu, le congé doit être motivé sur demande (art. 271 al. 2 CO; ATF 132 III 737 consid. 3.4.2). Le bailleur est lié par les motifs qu'il a donnés et peut tout au plus les préciser (arrêts du Tribunal fédéral 4C.61/2005 du 27 mai 2005 consid. 4.3.2, publié in SJ 2006 chiffre I, page 34; 4C.131/2003 du 6 août 2003 consid. 3.1, publié in MP 2004, p. 55).

Selon la jurisprudence, la protection de l'art. 271 al. 1 CO accordée au locataire procède à la fois du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC; ATF 120 II 31 consid. 4a, p. 32; 120 II 105 consid. 3a, p. 108). Les cas typiques d'abus de droit (absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, disproportion grossière des intérêts en présence, exercice d'un droit sans ménagement, attitude contradictoire) justifient l'annulation du congé; à cet égard, il n'est toutefois pas nécessaire que l'attitude de l'auteur du congé puisse être qualifiée d'abus «manifeste» au sens de l'art. 2 al. 2 CC (ATF 120 II 105 consid. 3a, p. 108). Il faut considérer comme contraire aux règles de la bonne foi, au sens de l'art. 271 al. 1 CO, le congé qui ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection, celui qui est purement chicanier ou encore celui qui repose sur un motif ne constituant manifestement qu'un prétexte (ATF 135 III 112 consid. 4.1 p. 119; 120 II 31 consid. 4a p. 32 s.).

Il appartient au destinataire du congé de démontrer que celui-ci contrevient aux règles de la bonne foi; la partie qui résilie a seulement le devoir de contribuer loyalement à la manifestation de la vérité en fournissant tous les éléments en sa possession nécessaires à la vérification du motif invoqué par elle (ATF 135 III 112 consid. 4.1 p. 119; 120 II 105 consid. 3c p. 111). Celui qui donne le congé doit ainsi au moins rendre vraisemblable les motifs du congé (arrêts du Tribunal fédéral 4A_575/2008 du 19 février 2009 consid. 3.1; 4A.345/2007 du 8 janvier 2008 consid. 2.4.3; 4C.170/2004 du 27 août 2004 consid. 2.1).

Le caractère abusif ou non de la résiliation s'apprécie en fonction des circonstances existantes au moment où elle est donnée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2008 du 26 mai 2008 consid. 2.1). Il n'existe toutefois aucun principe juridique qui interdirait de prendre en compte des faits postérieurs, en vue de reconstituer ce que devait être la volonté réelle au moment déterminant (arrêt du Tribunal fédéral 4A_241/2010 du 10 août 2010 consid. 2.1.6).

La partie bailleresse, propriétaire de l'immeuble, a un lien perpétuel avec ce bien, tandis que le locataire, lui, ne peut se trouver que dans un rapport temporaire (ATF 136 III 190 consid. 5 p. 195). Le propriétaire est donc en principe libre de décider de changer l'affectation de sa chose après l'expiration du contrat de bail.

Pour statuer sur la validité d'un congé, il ne faut pas procéder à la pesée des intérêts du bailleur (intérêt à récupérer son bien) et ceux du locataire (à rester dans les locaux loués); la comparaison entre les intérêts n'intervient que dans le cadre d'une requête en prolongation du bail (arrêt du Tribunal fédéral 4A_575/2008 du 19 février 2009 consid. 2.2). Il est donc sans pertinence, pour statuer sur l'annulation du congé, de savoir si l'intérêt du locataire à se maintenir dans les lieux est plus grand que l'intérêt du bailleur à le voir partir (arrêt du Tribunal fédéral 4A_167/2012 du 2 août 2012 consid. 2.2.).

Une annulation ne peut être prononcée que si la résiliation apparaît contraire aux règles de la bonne foi. Il n'y a rien de choquant ou de déloyal à ce qu'un propriétaire souhaite récupérer sa chose pour y promouvoir ses activités commerciales (ibidem).

6.2. En utilisant la formule prescrite par l'art. 266l al. 2 CO, la bailleuse a résilié le contrat pour son échéance et a respecté le délai de préavis de six mois.

Dans le cas d'espèce, le motif du congé a été indiqué lors de la notification de l'avis de résiliation, dans le courrier accompagnateur. Il s'agit de la volonté de la bailleuse de réorganiser les activités et réaffecter les espaces de l'immeuble après le départ du C._____.

Ce motif a été développé par la bailleuse en cours de procédure, cette dernière ayant expliqué vouloir reprendre possession des lieux pour y exploiter elle-même un établissement comparable à celui qui est tenu par l'appelante, non plus de manière indépendante aux activités du Théâtre de F._____, mais au contraire comme un foyer de théâtre permettant de manière constante les échanges entre le public et les acteurs notamment. Référence a été faite à d'autres établissements comparables au sein du Théâtre de L._____ ou de la M._____, la bailleuse ayant précisé qu'il serait envisageable d'engager du personnel du café exploité par la locataire.

Selon la jurisprudence rappelée plus haut, devait donc se poser la question de savoir si la locataire avait rendu au moins vraisemblable que le motif du congé était contraire aux règles de la bonne foi.

Force de constater qu'en l'espèce, cela n'est pas le cas.

La bailleuse a quant à elle rendu vraisemblable qu'elle dispose d'un intérêt objectif, sérieux et digne de protection à mettre un terme au contrat. Le congé n'est pas chicanier. Il ne repose pas sur un motif ne constituant manifestement qu'un prétexte.

Le fait que la locataire ait compris des termes de la résiliation que des travaux devaient être entrepris dans les lieux pour en modifier l'affectation, alors que cela

n'était pas nécessaire, ne rend pas invraisemblable le motif du congé. Pas plus que le fait que le budget pour le projet n'ait pas encore été accordé lors de la notification du congé. En effet, la bailleuse a expliqué les raisons pour lesquelles elle ne pouvait pas réserver l'usage du café aux activités purement théâtrales avant le départ du C. _____ mais a confirmé que ce départ était envisagé depuis plusieurs années avant la résiliation.

Certes la locataire a-t-elle de la difficulté à admettre que le lieu qu'elle exploite soit repris par la bailleuse pour son projet de foyer, alors qu'il n'a jamais été contesté qu'elle a mis les lieux à disposition, en conformité avec ce que prévoit le contrat, à la demande de la Fondation pour les différents événements qui y étaient prévus. Toutefois, cela ne permet pas de considérer le motif du congé comme un prétexte.

Il apparaît en effet compréhensible que la bailleuse souhaite reprendre elle-même le café-restaurant qui est exploité de manière indépendante par la locataire, celle-ci y organisant de nombreux événements musicaux qui n'ont pas de lien direct avec les activités théâtrales.

Au vu de ce qui précède, le congé notifié le 30 septembre 2009 pour le 31 mars 2010 devait effectivement être validé.

7. Doit dès lors être examinée la question de l'octroi d'une prolongation de bail en faveur de la locataire.

7.1. Pour déterminer, dans les limites légales, la durée de la prolongation du bail, le juge doit procéder à une pesée des intérêts en présence, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes (art. 272 al. 2 CO).

Le juge apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), s'il y a lieu de prolonger le bail et, dans l'affirmative, pour quelle durée. Il doit procéder à la pesée des intérêts en présence et tenir compte du but d'une prolongation, qui est de donner du temps au locataire pour trouver des locaux de remplacement. Il lui incombe de prendre en considération tous les éléments du cas particulier, tels que la durée du bail, la situation personnelle et financière de chaque partie, leur comportement, de même que la situation sur le marché (ATF 136 III 190 consid. 6 p. 195). Il peut tenir compte du délai qui s'est écoulé entre le moment de la résiliation et celui où elle devait prendre effet, ainsi que du fait que le locataire n'a pas entrepris de démarches sérieuses pour trouver une solution de remplacement (ATF 125 III 226 consid. 4c p. 230). Il se demandera s'il est particulièrement difficile pour le locataire de trouver des locaux de remplacement, et tiendra compte du besoin plus ou moins urgent pour le bailleur de voir partir le locataire (ATF 136 III 190 consid. 6 p. 196).

Lorsque la situation ne paraît pas de nature à évoluer, il n'y a pas de violation du droit fédéral à fixer d'emblée une unique prolongation, plutôt que d'envisager deux prolongations successives (arrêt du Tribunal fédéral 4A_735/2011 du 16 janvier 2012 consid. 2.5).

Pour déterminer la durée de la prolongation, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 135 III 121 consid. 2 p. 123 s.).

7.2. En l'espèce, il faut tenir compte du fait que l'appelante exploitait depuis plus de six ans le commerce lors de la résiliation. Elle a rendu vraisemblable le fait que son associé gérant a dû quitter l'établissement J._____ exploité par une autre société, I._____ Sàrl, en s'exposant à des frais considérables, suite à un congé donné en 2011.

Elle a établi que ses associés responsables doivent une somme importante à Q._____ SA, selon contrat du 16 février 2012, devant être remboursé par le biais de l'exploitation du D._____. Toutefois, en signant ce contrat, le congé et la perspective de la fin de l'exploitation de ce second café était connue, de sorte qu'il faut relativiser l'impact que son départ des locaux implique sur le patrimoine des associés de l'appelante.

On ne saurait nier que le congé ait des conséquences pénibles pour l'appelante. Les recherches de solution de relocation que celle-ci invoque avoir effectuées en vain sont toutefois très peu documentées.

Par ailleurs, l'intimée a établi la réalité du besoin invoqué à l'appui du congé mais a admis avoir une urgence «relative» à reprendre possession des locaux.

Compte tenu de ces différents éléments, la Cour considère qu'il se justifie d'accorder une unique prolongation de bail échéant au 31 mars 2014, ce qui correspond à une prolongation de quatre ans, ainsi que l'a retenu le Tribunal.

8. A teneur de l'art. 22 al. 1 LaCC, il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC.
9. La valeur litigieuse, déterminée au considérant 2.3. ci-dessus, est supérieure à 15'000 fr., de sorte que le recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral peut être interjeté contre la présente décision (art. 74 al. 1 let. a LTF).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A._____ Sàrl le 17 avril 2013 contre le jugement JTBL/176/2013 rendu par le Tribunal des baux et loyers le 22 février 2013 dans la cause C/23008/2009-1-B.

Déclare irrecevable le courrier électronique de janvier 2013 produit le 11 juin 2013 par A._____ Sàrl.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

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

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF : cf. considérant 9.