



POUVOIR JUDICIAIRE

C/23349/2011

ACJC/967/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU MERCREDI 7 AOÛT 2013

Entre

A _____, sise _____ (VS), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal baux et loyers le 25 février 2013, comparant par Me Guy-Philippe Rubeli, avocat, rue du Rhône 65, case postale 3199, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'une part,

Et

1) B _____, ayant son siège _____ (GE),

2) C _____ **et D** _____, domiciliés _____ (GE), intimés, comparant tous les trois par Me Mauro Poggia, avocat, rue de Beaumont 11, 1206 Genève, en l'étude duquel ils font élection de domicile aux fins des présentes,

d'autre part,

EN FAIT

A. Le bail principal

a. E_____ est propriétaire de l'immeuble sis _____ à Genève.

En date du 8 août 1997, E_____ (ci-après : la bailleuse principale), a remis à bail à la société F_____ une arcade commerciale de 234m² au rez-de-chaussée dudit immeuble.

Les locaux étaient destinés à "l'exploitation d'un magasin G_____".

Le bail a été conclu pour une durée de cinq ans, du 1^{er} septembre 1997 au 31 août 2002, renouvelable ensuite tacitement de cinq en cinq ans. Le préavis de résiliation était de six mois.

Le loyer annuel, indexé à l'ISPC charges non comprises, a été fixé à 63'780 fr. et les charges à 3'360 fr.

Les conditions générales pour locaux commerciaux, édition 1996, étaient annexées à ce bail.

b. Le 8 octobre 2002, F_____ a été dissoute et reprise par fusion par G_____ selon contrat du 30 août 2002.

c. Selon contrat de fusion du 28 juin 2005, H_____ a repris les actifs et passifs de G_____.

d.a. Le 2 septembre 2005, H_____ a vendu à I_____, sous la forme d'une cession du capital-actions de J_____ l'activité de G_____ après l'avoir préalablement transférée (selon les art. 69 et ss LFus) à J_____.

d.b. Selon la convention de vente, il était indiqué que H_____ approvisionnerait en Suisse des points de vente franchisés de commerces G_____, dont elle avait pris les locaux à bail et qu'elle sous-louait aux franchisés.

Parmi les contrats de bail transférés selon cette convention, figurait le contrat du 8 août 1997 concernant les locaux commerciaux de l'immeuble sis _____ à Genève.

L'art. 5.3 de la Convention précisait qu'il n'existait en principe aucun juste motif de refus selon l'art. 263 al. 2 CO au transfert des baux, de sorte que le risque financier découlant d'éventuelles oppositions des parties contractantes aux contrats de bail serait, dans les rapports internes entre vendeur et acheteur, à la charge de ce dernier (I_____).

e. Le 12 octobre 2005, J_____ est devenue, par changement de raison sociale, K_____.

f. Le 13 décembre 2005, K_____ a changé sa raison sociale en L_____.

g. Le 14 mars 2008, L_____ a transféré par contrat du même jour des actifs et des passifs (pour des montants respectifs supérieurs à 11 millions de francs) à M_____ à _____ (VS).

L_____ est entrée en liquidation après cette opération. N_____ était depuis décembre 2005 président du Conseil d'administration de L_____ avec signature collective.

h. La société holding de M_____, comprendrait dans son groupe les sociétés I_____ et A_____.

i. Par convention du 22 décembre 2008, I_____, sous la plume de N_____, président du Conseil d'administration depuis 2004, signant individuellement depuis le 3 septembre 2007, a transféré à A_____ sa qualité de locataire de l'arcade sis _____ Genève selon bail du 8 août 1997.

N_____ a également signé la convention pour le compte de A_____, dont il était aussi administrateur depuis 2004, au bénéfice d'une signature collective cependant, la signature individuelle n'ayant été inscrite au Registre du commerce que le 21 avril 2010.

E_____, bailleresse principale mentionnée dans cette convention, ne l'a pas signée.

j. De janvier 2011 à mars 2012, période correspondant aux pièces bancaires produites par A_____, il apparaît que cette société a versé mensuellement à E_____ 5'709 fr. correspondant, selon les allégués de A_____, au loyer de l'arcade sise _____ à Genève.

k. Par avis du 22 février 2012, établi sur formule officielle et adressé à L_____ p.a. _____, E_____ a résilié le bail des locaux commerciaux sis au rez-de-chaussée de l'immeuble sis _____ à Genève pour le 31 août 2012.

Aucun motif n'accompagnait cette résiliation.

l. Le 23 mai 2012, E_____ a accordé, avec effet au 1^{er} septembre 2012, un bail relatif aux locaux précités à O_____ et à N_____.

B. Le bail de sous-location

a. C_____ et D_____ ont fondé le 24 janvier 2005 sous la raison sociale "B_____" une société en nom collectif ayant pour but l'exploitation d'un magasin d'alimentation, sis _____ à Genève.

b. Ce même 24 janvier 2005, B_____ a conclu avec G_____, en tant que sous-bailleur, un contrat de sous-location portant sur l'arcade sise au rez-de-chaussée de l'immeuble sis _____ à Genève.

Le bail prenait effet le 4 janvier 2005 et le loyer, indexé, était fixé à 6'066 fr. 50 par mois.

Il était stipulé que l'arcade était sous-louée exclusivement dans le but de gérer et d'exploiter un magasin "G_____" en tant que détaillant indépendant du commerce alimentaire.

c. La conclusion de ce bail faisait suite à un accord de partenariat conclu le 15 décembre 2004 entre les mêmes parties et ayant pour objet la gestion du magasin "G_____" exploité dans les locaux loués.

G_____ ayant cédé à B_____ le mobilier du magasin et lui fournissant également les marchandises, elle est devenue rapidement créancière de sa cocontractante pour un montant de 231'195 fr. pour les marchandises livrées à fin avril 2005 et pour un montant de 8'670 fr. pour la reprise du mobilier. Les parties ont convenu, le 9 mai 2005, d'un plan de remboursement échelonné sur quatre ans de la dette de 231'195 fr.

d. Le 4 mai 2006, B_____ a signé avec O_____ et L_____, sociétés faisant partie du groupe P_____, un "contrat d'approvisionnement, de licence de marque, de prêt d'enseigne et d'assistance technique". Ce contrat avait pour but de définir le cadre juridique des approvisionnements de marchandises et de régler leurs relations d'affaires.

Ce contrat ne fait aucune référence au contrat de sous-location.

e. Par convention du 1^{er} et 5 juin 2007, remplaçant toutes conventions antérieures, conclue entre "C et D_____, partenaires de G_____" d'une part et la société A_____ à _____ (VD) d'autre part, les premiers nommés ont reconnu devoir à A_____ 371'638 fr. 50 se composant d'une dette de 251'224 fr. 40 sur un compte 1_____ et d'une dette de 120'414 fr. 10 sur un compte de "prêt" selon convention du 9 mai 2005 n°2_____ (L_____). Pour amortir ce prêt, le "débitteur" s'engageait à effectuer des versements mensuels de 5'000 fr.

En outre, les art. 2 et 3 de la convention prévoyaient que les futures livraisons de marchandises et les "locations" seraient acquittées par ordre permanent.

Ce contrat a été signé, pour A_____, par des représentants non inscrits au Registre du commerce.

Par avenant du 21 février 2008, entre les mêmes parties, il a été constaté que la dette avait été portée à 478'508 fr. 10 et que les débiteurs, qui éprouvaient des difficultés financières, n'amortissaient le prêt que par des mensualités minimales de 1'250 fr. Quant aux loyers arriérés (depuis novembre 2007), il était prévu que le mois de novembre soit réglé le 25 février 2008 et celui de décembre le 3 mars 2008.

Ont signé l'avenant, pour A_____, deux autres personnes dont aucune d'elles n'était inscrite au Registre du commerce pour représenter A_____ à cette date; La première n'a été nommée administrateur, avec signature collective, que le 11 décembre 2009.

f. Par courriers recommandés adressés à D_____, C_____ et à B_____ du 22 septembre 2011, O_____ et M_____ (successeur de L_____) ont indiqué qu'elles mettaient fin au "contrat d'approvisionnement, de licence de marque, de prêt d'enseigne et d'assistance technique du 4 mai 2006" pour son échéance du 31 mai 2012.

g. Par avis de résiliation non motivés adressés à D_____, C_____ et à B_____, du 22 septembre 2011, A_____ a résilié le contrat de sous-location pour le 31 août 2012. Les plis recommandés contenant les avis de résiliation n'ont pas été retirés par les destinataires. Par simples plis du 11 octobre 2011, le représentant de A_____ a adressé copies des avis de résiliation, pour information, à B_____ et à C_____ et D_____ séparément.

C. a. Par requête du 28 octobre 2011, complétée le 30 novembre 2011, déclarée non conciliée le 28 mars 2012 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 24 avril 2012, la B_____, C_____ et D_____ ont, principalement, conclu à l'annulation du congé et subsidiairement, à une prolongation de bail de six ans.

b. Lors de l'audience de conciliation du 28 mars 2012, les demandeurs ont modifié leurs conclusions et ont conclu à la nullité du congé faute de légitimation de A_____.

c. Dans son mémoire de réponse du 11 juin 2012, A_____ a conclu à l'irrecevabilité de la requête en contestation du congé, celle-ci ayant été déposée tardivement. Elle allègue que le bail principal lui a été transféré par L_____, de sorte qu'elle serait devenue sous-bailleresse suite à ce transfert (all. 32). Elle n'a produit aucune pièce établissant ce transfert de bail, dont la preuve est apportée, selon ses propres termes "par absence de preuve contraire".

d. Lors de l'audience de débats d'instruction du 8 novembre 2012, les parties ont convenu de limiter l'instruction à la question de la qualité de sous-bailleresse de A_____ et de remettre la question pour plaider oralement après production des pièces complémentaires par la défenderesse.

e. Le 5 décembre 2012, A_____ a produit un chargé de pièces complémentaire (pièces n^{os} 33 à 79) qui contient notamment la convention de transfert de bail conclue entre I_____ et A_____, et des avis de crédit correspondant aux paiements effectués par les demandeurs à cette dernière.

f. Lors de l'audience de plaidoirie du 20 décembre 2012, le conseil des demandeurs a soutenu que la convention du 22 décembre 2009 était sans portée juridique dans la mesure où le transfert de bail ne pouvait pas intervenir à l'insu du bailleur principal. Il a, au surplus, observé que I_____ n'était pas la locataire principale et qu'elle ne pouvait pas valablement transférer à A_____ un bail dont elle n'était pas titulaire. Enfin, il a émis des réserves quant à ladite convention qui était signée par la même personne pour les deux parties et il a conclu à la nullité du congé.

Le conseil de la défenderesse a, pour sa part, affirmé que A_____ avait la qualité de sous-bailleresse sur la base du transfert du bail du 22 décembre 2008. Le fait que E_____, bailleur principal, n'avait pas contresigné l'acte de transfert était sans importance dès lors qu'elle avait accepté tacitement ce transfert. Il a soutenu que les demandeurs avaient reconnu sa qualité de bailleresse en payant auprès d'elle leur loyer sans émettre d'objection et en lui conférant cette qualité dans leur requête en contestation de congé. Ils ont conclu à la validité formelle du congé.

g. Statuant par jugement JTBL/166/2013 rendu le 25 février 2013 et communiqué aux parties le 28 février 2013, le Tribunal des baux et loyers a constaté l'absence de qualité de sous-bailleresse de A_____, que celle-ci n'avait pas démontrée alors que le fardeau de la preuve lui incombait, et il a constaté pour ce motif, la nullité de la résiliation du bail de sous-location notifiée le 22 septembre 2011 pour le 31 août 2012 par A_____ à B_____, C_____ et D_____ pour l'arcade au rez-de-chaussée de l'immeuble sis _____ à Genève et a débouté les parties de toutes autres conclusions.

- D. a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 12 avril 2013, A_____ a fait appel dudit jugement, concluant à son annulation, puis à ce qu'il soit constaté sa qualité de sous-bailleresse, la cause étant ensuite renvoyée au Tribunal des baux et loyers pour qu'il statue à nouveau.

En préambule, A_____ a relevé que les premiers juges ne s'étaient pas prononcés sur les griefs qu'elle avait soulevés concernant l'irrecevabilité de la contestation du congé, subsidiairement le rejet de celle-ci, et qu'ils n'avaient examiné que la question de sa légitimation active; dès lors, A_____ entendait aussi limiter la portée de son appel à cette seule question.

b. A l'appui de son appel, A_____ a produit, outre le jugement querellé, quatre pièces nouvelles, un extrait informatisé du Registre foncier relatif à la parcelle sise _____ (pce 81), un extrait informatisé du Registre du commerce du Bas-Valais relatif à la société I_____ (pce 82) et deux requêtes en contestation de congé formées le 26 mars 2012 respectivement par L_____ en liquidation et A_____ à l'encontre de E_____.

A_____ n'a pas exposé les raisons pour lesquelles elle n'avait pas versé ces pièces en première instance déjà.

c. Dans leur réponse déposée le 16 mai 2013 au greffe de la Cour de justice les intimés ont conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

d. La cause a été mise en délibération le 17 mai 2013, ce dont les parties ont été avisées le même jour.

EN DROIT

- 1. 1.1** A teneur de l'art. 308 al. 1 CPC, l'appel est recevable, notamment contre les décisions finales de première instance.

La décision finale est celle qui met fin au procès, qu'il s'agisse d'une décision d'irrecevabilité ou d'une décision au fond (art. 236 al. 1 CPC).

La décision partielle, à savoir celle qui statue sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause ou qui met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (art. 91 LTF), est assimilée à une décision finale (TAPPY, CPC commenté, 2011, n. 6 ad art. 236 CPC).

Lorsque le tribunal limite la procédure à une question préjudicielle, comme le permet l'art. 125 lit. a CPC, la décision qui statuera sur cet objet, par exemple la prescription ou la légitimation, sera finale si elle met un terme au procès ou incidente dans le cas contraire (HALDY, CPC commenté, 2011, n. 5 ad art. 125 CPC).

1.2 En l'occurrence, les premiers juges, en accord avec les parties, ont choisi d'instruire et de trancher à titre préjudiciel, la question de la légitimation de l'appelante dont la qualité de sous-bailleresse des intimés était contestée par ces derniers.

Le Tribunal n'a en revanche pas examiné si tous les intimés, ou la société seule, avaient la qualité de sous-locataires. Cette question sera laissée indécise ici.

Ayant constaté l'absence de légitimation, les premiers juges ont prononcé un jugement au fond mettant un terme à la procédure.

Ce jugement est dès lors susceptible d'appel, si, la cause étant pécuniaire, la valeur litigieuse atteint la somme de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

1.3 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 comprend la période de trois ans prévue par l'art. 271a al. 1 lit. e CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_217/2007 du 4 septembre 2007, consid. 1).

1.4 Le sous-bail litigieux prévoyait initialement un loyer annuel, sans les charges de 63'780 fr., de sorte que la valeur minimale requise de 10'000 fr. est dépassée.

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

- 2.** **2.1** L'appel, écrit, motivé et signé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 et 130 al. 1 CPC).

Le délai d'appel est suspendu du septième jour avant Pâques au septième jour qui suit Pâques inclus (art. 145 al. 1 lit. a CPC).

2.2 En l'occurrence, l'appelante a reçu la décision du Tribunal le 1^{er} mars 2013, de sorte que le délai d'appel, prolongé de 14 jours en raison de la fête de Pâques survenant le 31 mars 2013, venait à échéance le 15 avril 2013.

L'appel ayant été déposé au greffe de la Cour de céans le 12 avril 2013, il a été formé en temps utile.

Il satisfait par ailleurs aux exigences de forme précitées, de sorte qu'il est recevable.

3. Les pièces nouvelles produites par l'appelante (n^{os} 81 à 84) l'ont été tardivement, puisqu'elles auraient pu être soumises aux premiers juges; l'appelante n'a pas allégué avoir été empêchée sans sa faute de les verser aux débats en première instance déjà (cf. art. 317 CPC).

Il s'ensuit qu'elles seront écartées du dossier, à l'exception des extraits des registres foncier (pièce n^o 81) et du commerce (pièce n^o 82), en raison de la foi publique attachée aux inscriptions qu'ils contiennent.

4. L'appelante soutient qu'elle revêtait bien, lors de la résiliation du bail, la qualité de sous-bailleresse des locaux loués aux intimés, sous-locataires, et qu'elle était donc légitimée à résilier ce contrat.

4.1 La qualité pour agir (légitimation active) et la qualité pour défendre (légitimation passive) sont des questions de droit matériel, de sorte qu'elles ressortissent au droit privé fédéral s'agissant des actions soumises à ce droit (arrêt du Tribunal fédéral 4C.353/2004 du 29 décembre 2004 consid. 2.1; ATF 130 III 417; 136 III 365 consid. 2.1).

Elles se déterminent selon le droit au fond et leur défaut conduit au rejet de l'action qui intervient indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention litigieuse. Cette question doit en particulier être examinée d'office et librement (arrêt du Tribunal fédéral 4C.353/2004 du 29 décembre 2004, consid. 2.1).

Dans le cadre d'une contestation de congé, il incombe au bailleur d'établir sa légitimation, à tout le moins lorsque le bail ne le désigne pas en tant que tel (art. 8 CC).

4.2. En l'occurrence, l'appelante prétend avoir bénéficié du transfert du bail principal en vertu d'une convention de transfert conclue le 22 décembre 2008 avec une société, locataire transférante, qui n'était pas non plus la locataire initiale.

Le Tribunal des baux et loyers n'a pas examiné la validité du transfert de bail et des substitutions des locataires antérieures à la convention du 22 décembre 2008. Il a laissé cette question indécise et s'est borné à constater que le transfert du bail dont l'appelante se prévalait, fondé sur la convention précitée, n'avait pas été soumis à E_____ qui n'y avait pas consenti, que ce soit par écrit ou de quelque autre façon.

En outre, il était sans importance, pour la validité du transfert de bail, que les intimés, sous-locataires, l'aient accepté, le cas échéant, en s'acquittant de leurs loyers auprès de l'appelante.

Cette dernière fait reproche au Tribunal d'avoir conféré à l'art. 263 al. 1 CO une portée allant au-delà de la seule relation bailleur-locataire découlant du bail principal pour l'étendre à la sous-location. Or, selon l'appelante, le sous-locataire ne pouvait déduire aucun droit de l'absence de consentement au transfert du bail principal.

Elle fait également grief aux premiers juges d'avoir apprécié arbitrairement les faits en ne déduisant pas de la convention qu'elle avait signée en 2007 avec les intimés et du paiement par ceux-ci des factures de loyer, qu'elle leur adressait à son nom depuis janvier 2009, qu'ils avaient reconnu sa qualité de sous-bailleresse.

4.3.1 Le transfert d'un contrat est considéré comme admissible en vertu du principe de la liberté contractuelle.

Il requiert cependant un accord tripartite entre le reprenant et les parties au contrat à transférer (PROBST, CR CO I n. 19 ad art. 181 CO; GUGGENHEIM, Droit suisse des contrats : les effets des contrats, 1995 p. 349; REYMOND, La cession du contrat, 1989, p. 46, 47; BARBEY, Le transfert du bail commercial, in SJ 1992 ch. 4 p. 36).

Font exception les règles légales spéciales instaurées par le contrat de travail (art. 333 CO) ou le bail (art. 261 et 263 CO).

Selon l'art. 263 al. 1 CO, le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur.

Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs (art. 263 al. 2 CO).

4.3.2 Le transfert de bail opérant une substitution de locataire, il a pour résultat de modifier fondamentalement le rapport contractuel initial, de sorte qu'on ne saurait concevoir qu'il intervienne à l'insu du bailleur. Le consentement du bailleur, exigé par l'art. 263 al. 1 CO, suppose qu'une demande de transfert lui ait été présentée par le locataire, demande dont celui-ci doit apporter la preuve.

Le bailleur doit ensuite consentir au transfert. Faute de consentement de sa part, la convention passée entre le locataire sortant et le tiers reprenant n'a aucun effet sur les rapports juridiques entre le locataire et le bailleur.

Le consentement du bailleur est une condition suspensive du transfert. Pour des raisons de preuve, l'art. 263 al. 1 CO exige que le consentement soit donné sous la forme écrite. Il peut y avoir abus de droit à invoquer l'absence de forme écrite si le consentement a été donné par actes concluants. L'existence d'un abus de droit ne doit être admise qu'avec retenue. Cette question ne se pose pas si aucun consentement du bailleur n'a été prouvé (arrêts du Tribunal fédéral 4A_352/2012 du 21 novembre 2012, consid. 3.3; 4C_45/2003 du 28 avril 2003 consid. 2.2.2; ATF 125 III 226).

4.3.3 Le silence conservé par le bailleur face à une demande de transfert du bail doit être interprété comme un refus.

L'on ne peut rien déduire non plus du fait que le bailleur accepte des versements de loyer par le débit d'un compte qui n'est pas celui du locataire. Il ne s'agit pas là d'un indice de consentement au transfert; en effet, le loyer ne doit pas nécessairement être payé par le locataire personnellement et ce dernier peut charger un tiers, notamment par contrat, d'effectuer les versements (ATF 125 III 226 consid. 2 c; arrêt du Tribunal fédéral 4C_352/2012 du 21 janvier 2012, consid. 3.4.2). La jurisprudence précitée observe à cet égard que la rigueur de l'art. 263 CO - qui exige un consentement écrit - est précisément conçue pour permettre de trancher lorsqu'une situation confuse s'est installée.

4.4 Le cas litigieux est encore compliqué par l'existence de la sous-location.

La légitimation de l'appelante, contestée ici, suppose non seulement qu'elle puisse établir la validité du transfert du bail principal en sa faveur mais encore que par l'effet de ce transfert, le sous-bail dont la locataire transférante était (par hypothèse) titulaire lui soit aussi transféré, *ipso iure*.

4.4.1 Cette dernière conséquence semble admise par les auteurs, qui ont envisagé cette situation. Ainsi, BISE/PLANAS écrivent, après avoir relevé que la cessionnaire du bail cédé se substituait au locataire initial, reprenant tous les droits et obligations qui en découlent, que si un contrat de sous-location avait été conclu par le locataire initial, il sera repris par le bénéficiaire du transfert (BISE/PLANAS in BOHNET/MONTINI, Droit du bail à loyer, 2010, n. 68, 69; idem LACHAT, op. cit. ch. 23.3.4.1 p. 588).

La situation du sous-locataire, dans le cadre d'un transfert de bail principal selon l'art. 263 CO, s'apparenterait ainsi à celle du locataire dont le bailleur change lors de la vente de la chose louée, l'acquéreur se substituant au vendeur dans le rapport de bail conformément à l'art. 261 al. 1 CO.

Selon BARBEY, au contraire, en cas de sous-location antérieure au transfert des locaux commerciaux, la substitution automatique de locataire (sous-bailleur) ne saurait être valablement opposée au sous-locataire.

Dans cette éventualité, l'art. 263 al. 2 CO régit uniquement le sort des rapports juridiques existant au niveau du bail principal. Le remplacement du sous-bailleur par un autre ne vaut, quant à lui, vis-à-vis du sous-locataire qu'à condition que ce dernier donne son consentement, qu'il peut refuser sans motif, en vertu du principe de la liberté contractuelle qui n'est, à son niveau, nullement restreint par l'art. 263 al. 2 CO (BARBEY, op. cit., p. 48 ch. 31).

4.4.2 Cette dernière opinion est justifiée, dès lors qu'il ne peut être dérogé à l'adage *pacta sunt servanda* que s'il existe une base légale qui l'autorise, ce que démontrent les exceptions que constituent, en droit du bail, les art. 261 al. 1 et 263 CO. Dès lors, pour que le locataire reprenant - dans le cadre d'un transfert

fondé sur l'art. 263 CO - puisse se substituer au locataire sortant et sous-bailleur dans le rapport de sous-location, ipso jure et sans l'aval du sous-locataire, il aurait fallu une disposition légale qui fait défaut ici.

Il est inutile d'examiner en l'espèce si le sous-locataire a donné son consentement à cette substitution, expressément ou par actes concluants, en particulier en versant les loyers de l'arcade à l'intimée pendant une longue période.

4.5 En effet, la question à trancher ici, que ne résoudrait pas la réponse apportée à la problématique précitée, est celle de la légitimation de l'appelante qui ne peut prétendre être sous-bailleresse qu'à condition d'être aussi la locataire principale. Or, l'appelante ne prétend plus, devant la Cour, que le consentement écrit, voire tacite, de E._____ aurait été sollicité, puis obtenu.

Elle admet donc, implicitement, que le transfert du bail principal en sa faveur ne s'est pas produit. Ce nonobstant, ce transfert, voulu par la locataire sortante et elle-même, déploierait néanmoins des effets entre elles, d'une part, et entre elles et le sous-locataire, d'autre part.

Contrairement à ce qu'avance l'appelante, elle ne saurait avoir acquis les droits et obligations de la locataire du bail principal, car l'efficacité du transfert de ce contrat dépend de la condition nécessaire que constitue le consentement du bailleur principal, consentement qui fait défaut ici.

Il n'est pas question de dissocier relation interne entre le locataire transférant et le locataire reprenant de la relation "externe" impliquant le bailleur principal, la première demeurant valable alors que le transfert serait inefficace à l'égard du bailleur.

Pareille thèse n'est pas compatible avec les principes applicables en matière de cession de contrats qui exigent à cet effet une convention tripartite, du moins l'accord du créancier pour les obligations reprises (art. 176 CO).

De deux choses l'une : ou le transfert du bail satisfait aux exigences légales et il sera valable ou il n'y satisfait pas et il sera inexistant.

La solution avancée par l'appelante aboutirait à une totale insécurité pour le sous-locataire qui serait contraint de s'acquitter de son loyer au sous-bailleur reprenant, alors que celui-ci n'aurait pas acquis de l'ayant droit (bailleur principal) la faculté d'user de la chose et, a fortiori, de la sous-louer; en outre, il serait exposé à de possibles prétentions du locataire transférant en paiement du loyer, si le transfert est litigieux.

Le transfert du bail commercial entre locataires est régi par la règle spéciale de l'art. 263 CO qui requiert l'obtention du consentement écrit du bailleur.

Dès lors, si le locataire transférant n'est pas au bénéfice de ce consentement, il n'a pas le droit de disposer du rapport d'obligation et n'a pas qualité pour le transmettre valablement.

Il s'agit là du principe général fondé sur l'adage "*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*"; si le cédant n'a pas le droit de disposer de la créance, la cession est nulle (PROBST, Commentaire romand, CO I 2003 n. 52 et 53 ad art. 164 CO).

L'on pourrait aussi considérer que cette cession, opérée sans consentement du bailleur, serait illicite (art. 164 al. 1 CO) et donc également nulle (art. 20 CO).

Dans ces conditions, le locataire reprenant n'a pu acquérir valablement le droit d'user de la chose ou de la sous-louer.

A cet égard, il est effectivement sans pertinence, comme l'a relevé à juste titre le Tribunal des baux et loyers, que le sous-locataire accepte le transfert du bail de sous-location.

Son accord n'est évidemment pas à même de procurer au sous-bailleur une légitimation qu'il ne peut tenir que du bailleur (et du locataire transférant).

Il est dès lors inutile d'entrer en matière sur le grief d'appréciation arbitraire des faits soulevés par l'appelante, puisque ceux-ci ne permettraient que de constater, s'ils étaient fondés, que la sous-locataire tenait l'appelante comme étant la bailleresse, constat sur lequel ne peut se construire la légitimation active de l'appelante.

Ainsi, cette dernière n'avait pas qualité de sous-bailleresse lorsqu'elle a résilié le bail de sous-location.

- 5. 5.1** La résiliation ne peut cependant être donnée valablement que par le bailleur ou son représentant. Dans ce dernier cas, le rapport de représentation doit alors résulter clairement soit de la lettre d'accompagnement, soit de l'avis officiel de résiliation ou encore des circonstances (art. 32 al. 2 CO; LACHAT op.cit., ch. 25.1.3 p. 626).

Si le rapport de représentation n'est pas perceptible par le destinataire au moment où il reçoit la résiliation, le congé est nul (LACHAT, ibidem et réf. citées).

La résiliation est également nulle si elle n'émane pas du bailleur. Cette nullité doit être constatée d'office à n'importe quel stade de la procédure (LACHAT, op. cit., 25.1.2 p. 626 et ch. 29.2.2 et 29.2.3 p. 727; ATF 128 III 82 consid. 1 c; ATF 118 II 119 consid. 3 a; TF in SJ 1995 p. 53 consid. 5b).

5.2 L'appelante ne possédait pas la qualité de bailleresse, de sorte que la résiliation de la sous-location notifiée aux intimés le 22 septembre 2011 est nulle.

Il sied d'ajouter qu'aucun rapport de représentation n'était exprimé dans l'avis de résiliation ou dans la lettre d'accompagnement; les destinataires de la résiliation ne pouvaient pas inférer non plus des circonstances, au vu des multiples transferts et changements de raison sociale intervenus, que l'appelante - qui se prétendait de surcroît bailleresse - n'aurait été qu'une représentante.

5.3 Le jugement entrepris doit ainsi être confirmé.

6. Conformément à 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 selon l'art. 116 al. 1 CPC, les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges que celles instaurées par le droit fédéral.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ à l'encontre du jugement JTBL/166/2013 rendu le 25 février 2013 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/23349/2011-4 OSB.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Pierre CURTIN, président; Madame Sylvie DROIN et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Laurence MIZRAHI et Monsieur Grégoire CHAMBAZ, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Le président :

Pierre CURTIN

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

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

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.