

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/27556/2012

ACJC/1335/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 10 OCTOBRE 2016

Entre

Monsieur A _____, domicilié _____, Genève, appelant sur appel principal et intimé sur appel joint d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 20 avril 2015, comparant par Me Deborah HONDIUS et Me Laurence CRITTIN, avocates, rue des Alpes 15bis, case postale 2088, 1211 Genève 1, faisant élection de domicile en l'étude de cette dernière,

et

B _____ **SA**, sise _____, Genève, intimée sur appel principal et appelante sur appel joint, comparant par Me Christian BUONOMO, avocat, quai Gustave-Ador 26, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 12 octobre 2016, ainsi qu'à Me Deborah HONDIUS le 13 octobre 2016.

EN FAIT

- A. Par jugement du 20 avril 2015, expédié pour notification aux parties le 23 avril 2015, le Tribunal des baux et loyers a, sur demande principale, déclaré recevable l'action en libération de dette formée par A_____ à l'encontre de B_____ SA (ch. 1 du dispositif), admis l'action en libération de dette formée par A_____ dans le cadre de la poursuite n° 1_____ à concurrence de 29'513 fr. 60 (ch. 2), dit que la poursuite n° 1_____ irait sa voie pour le solde de 29'803 fr. 25 (ch. 3), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4) et dit que la procédure était gratuite (ch. 5).

Sur demande reconventionnelle, le Tribunal des baux et loyers a condamné A_____ à payer à B_____ SA les sommes de 141'489 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2011 au titre de loyers et indemnités pour occupation illicite du 1^{er} juillet 2011 au 31 mars 2012, 15'721 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2012 au titre de dommages-intérêts pour la perte de loyer, 1'370 fr. 35 plus intérêts à 5% l'an dès le 14 juin 2012 au titre de remboursement de la facture de C_____ SA, 219 fr. 55 plus intérêts à 5% l'an dès le 30 mai 2012 et 189 fr. 80 plus intérêts à 5% l'an dès le 8 juin 2012 à titre de remboursement des factures du D_____ (ch. 6), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7) et dit que la procédure était gratuite (ch. 8).

En substance, les premiers juges ont retenu l'existence d'un bail commun liant d'une part E_____ SARL et A_____, locataires, et d'autre part B_____ SA, bailleuse. La compensation avec les créances en dommages-intérêts et en indemnité pour plus-value, invoquées par A_____, ne pouvait être admise, l'existence de ces créances n'ayant pas été établie. L'action en libération de dette devait être admise à concurrence de 29'513 fr. 60, le débiteur s'étant acquitté de cette somme, ce que B_____ SA avait expressément admis. A_____ devait en outre être condamné au paiement de la somme de 141'489 fr., correspondant à neuf mois d'indemnités pour occupation illicite (du 1^{er} juillet 2011 au 31 mars 2012), 15'721 fr. à titre de dommages-intérêts pour la perte de loyer de la bailleuse durant le mois d'avril 2012, et divers montants correspondant à des factures relatives à des frais de contrôles et d'installations électriques de l'établissement exploité par les locataires, ainsi qu'à des frais d'évacuation d'objets et de déchets restés dans les locaux après leur libération par les locataires.

- B. a. Par acte déposé le 26 mai 2015 au greffe de la Cour de justice, A_____ (ci-après : le locataire ou l'appelant) forme appel contre ce jugement, dont il demande l'annulation des chiffres 2, 3, 4, 6 et 7 du dispositif. Il conclut, sur demande principale, à ce qu'il soit constaté qu'il ne doit pas la somme de 59'316 fr. 85 à son adverse partie, à ce qu'il soit dit que la poursuite n° 2_____ n'ira pas sa voie et qu'il ne doit pas les frais et émoluments de ladite poursuite. Sur demande reconventionnelle, l'appelant conclut au rejet de la demande en paiement de B_____ SA et de la requête de mainlevée définitive.

b. Le 29 juin 2015, B_____ SA (ci-après : B_____, la bailleuse ou l'intimée) conclut, sur appel principal, au déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions et, sur appel joint, à l'annulation du chiffre 6 du dispositif du jugement entrepris en ce qu'il condamne l'appelant au paiement de 15'721 fr. au titre de dommages-intérêts pour la perte de loyer d'avril 2012 et à la condamnation de l'appelant à lui payer la somme de 75'205 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 15 juin 2012 au titre de dommages-intérêts pour la perte de loyer d'avril à août 2012.

c. En réponse à l'appel joint, A_____ a conclu au déboutement de l'intimée de toutes ses conclusions.

d. Aux termes de sa réplique du 29 septembre 2015, B_____ a persisté dans ses conclusions.

e. A_____ n'ayant pas fait usage de son droit à la duplique, les parties ont été avisées le 28 octobre 2015 que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants résultent de la procédure :

a. Par contrat du 29 septembre 2009, B_____, représentée par D_____ SA, a loué à E_____ SARL et A_____, « agissant solidairement et conjointement », une arcade aux rez-de-chaussée et sous-sol de l'immeuble sis _____ à Genève.

Le contrat a été conclu pour une durée de dix ans et quinze jours, du 15 octobre 2009 au 31 octobre 2019, renouvelable par la suite de cinq ans en cinq ans, sauf congé reçu douze mois avant la fin du bail.

Sous la mention « Le locataire : E_____ SARL et Monsieur A_____ », deux signatures manuscrites identiques ont été apposées.

Le loyer a été fixé à 180'000 fr. par année, plus 8'160 fr. de frais accessoires.

Selon l'article 2 des dispositions particulières du bail, le bailleur participait aux travaux exécutés par le locataire, pour un montant maximum de 200'000 fr., contre présentation de factures dûment acquittées. Il accordait également au locataire la gratuité des six premiers mois de loyers, les provisions pour charges restant toutefois dues par le locataire dès la prise d'effet du bail.

Aux termes de l'article 4 des dispositions particulières du contrat de bail, les travaux réalisés par le locataire étaient réputés amortis sur la durée du bail et ne donneraient par conséquent droit à aucune indemnité ou participation du bailleur, quelle que soit la date à laquelle les locaux seraient restitués.

Enfin, selon l'article 11 des dispositions particulières du contrat, le locataire veillerait à prendre toutes les précautions utiles pour ne pas incommoder ou provoquer de réclamations de locataires, copropriétaires ou voisins, par l'exploitation de son établissement.

b. Par courrier du 3 juillet 2010 adressé à la bailleuse, A_____ a demandé que lui soient offerts deux mois de gratuité de loyer supplémentaires, invoquant le retard apporté au bouclage du chantier, en raison de difficultés liées à l'objet lui-même, qui n'avaient pas été portées à sa connaissance au moment de la signature du bail, soit notamment la « sensibilité des voisins ». Il fallait en outre tenir compte du fait que la majorité des améliorations apportées à l'objet étaient devenues des parties intégrantes qui resteraient acquises après le départ du locataire.

Par ses lettres du 19 juillet 2010, la bailleuse a refusé d'accorder la gratuité de loyer requise par le locataire. L'ensemble des éléments techniques était visible avant la signature du bail, lorsque A_____ avait visité les locaux. Par ailleurs, le locataire avait pris des renseignements sur la faisabilité du projet, de sorte que le bail avait été signé en connaissance de l'état des locaux et de l'immeuble.

c. Le 18 août 2010, l'Office compétent a délivré une autorisation de construire portant sur la transformation du café-restaurant, objet de la parcelle 3_____ sise _____ (GE). L'autorisation d'exploiter le café-restaurant a été délivrée par le Service du commerce le 12 octobre 2010.

d. Par courrier du 30 novembre 2010, A_____ a requis de la société propriétaire la gratuité d'un mois de loyer, invoquant à nouveau le retard dans la réalisation des travaux nécessaires à l'exploitation de l'arcade. Il proposait en contrepartie une augmentation mensuelle du loyer net de 200 fr. pendant toute la durée du bail, ce qui représentait une somme supérieure au loyer mensuel dont il demandait la gratuité.

e. Par courrier recommandé du 4 avril 2011, la bailleuse a mis en demeure E_____ SARL de s'acquitter d'un montant de 29'513 fr. 59 dans les trente jours, sans quoi le contrat de bail serait résilié.

f. Par pli recommandé du 20 avril 2011, la bailleuse a indiqué aux locataires avoir été interpellée par plusieurs copropriétaires de l'immeuble au sujet de nuisances causées par l'exploitation de l'établissement, en particulier de nuisances sonores, d'odeurs de cuisine et de poubelles dans l'entrée et la montée d'escaliers de l'immeuble, et d'entreposage d'objets dans la cour. Il était également reproché aux locataires d'avoir installé une terrasse côté F_____ et des éclairages en façades côté G_____. Les locataires étaient mis en demeure de rétablir une situation conforme au bail, à défaut de quoi le contrat serait résilié de manière anticipée.

g. Par courrier recommandé du 11 mai 2011, la bailleuse a réitéré sa mise en demeure, octroyant aux locataires un ultime délai au 31 mai 2011 pour remédier aux violations contractuelles et légales évoquées dans son courrier du 20 avril 2011, sous menace de résiliation anticipée du contrat.

h. Considérant que sa mise en demeure du 4 avril 2011 était restée vaine, la bailleuse a procédé, par avis du 17 mai 2011, à la résiliation du bail pour défaut de paiement, avec effet au 30 juin 2011. Les 23 et 25 mai 2011, les locataires ont procédé au versement des sommes de 15'721 fr. et 13'792 fr. 60, soit 29'513 fr. 60 au total.

i. En date des 9 et 10 juin 2011, les commandements de payer, poursuites N°1_____ et N°2_____, portant sur un montant de 59'316 fr. 85, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2011, au titre de « location du 01.03.2011 (solde) au 30 juin 2011 » ont été notifiés à E_____ SARL et A_____, conjointement et solidairement entre eux. Les deux commandements de payer ont été frappés d'opposition le jour de leur notification.

j. Par courrier et avis du 23 juin 2011, la bailleuse a procédé à la résiliation du bail, avec effet au 31 août 2011, en raison des diverses nuisances en relation avec l'exploitation de l'établissement ayant fait l'objet des mises en demeure de la bailleuse des 20 avril et 11 mai 2011.

k. Par jugement JTPI/4_____ du 26 septembre 2011, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite n°2_____, à hauteur de 59'316 fr. 85 plus intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2011.

l. Le 28 octobre 2011, la bailleuse a adressé aux locataires un nouvel avis de résiliation du bail pour défaut de paiement, déclarant mettre fin au contrat avec effet au 31 décembre 2011.

m. Le 15 novembre 2011, lors d'une assemblée générale extraordinaire des copropriétaires de l'immeuble, la majorité des copropriétaires a adopté une modification du règlement de copropriété, prévoyant que les locaux du rez-de-chaussée et du sous-sol ne pourraient plus être occupés par un restaurant ou un bar, en raison des nuisances olfactives et sonores occasionnées par ce type d'exploitation.

Il ressort du procès-verbal de l'assemblée que H_____, propriétaire d'un appartement au 4^{ème} étage de l'immeuble, aurait fait remarquer que la construction de l'immeuble ne permettait pas une isolation adéquate pour éviter que la musique ne soit perçue en dehors des locaux et aurait souligné que le cahier de répartition desdits locaux mentionnait que la destination des locaux était un restaurant alors que ce n'était pas le cas au jour où l'assemblée s'est tenue.

n. Par courrier du 19 décembre 2011, les locataires ont proposé la reprise du contrat de bail par I_____, gérant du restaurant « J_____ », en partenariat avec K_____, à la condition qu'un arrangement soit trouvé entre les parties et qu'il soit mis fin à toutes les procédures entamées à leur encontre.

o. Par pli du 2 janvier 2012, A_____ a indiqué à la bailleuse avoir quitté les locaux, compte tenu de la résiliation de bail du 28 octobre 2011 notifiée avec effet au 31 décembre 2011. Les clés de l'établissement avaient été déposées auprès de l'Office des poursuites.

p. Le 15 janvier 2012, L_____ et M_____, lesquels avaient offert d'acheter les locaux, ont déclaré retirer leur offre, en raison de la modification du règlement, adoptée le 15 novembre 2011 et dont ils avaient eu connaissance le 15 décembre 2011.

q. Par jugement du Tribunal de première instance du 30 janvier 2012, E_____ SARL a été dissoute par suite de faillite.

r. Les clés de l'arcade sise _____ (GE) ont été remises à la bailleuse le 1^{er} mars 2012.

s. Les locaux litigieux ont été reloués à compter du 1^{er} septembre 2012.

t. Par jugement du 27 novembre 2012, le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable l'action en libération de dette formée par A_____, pour cause d'incompétence à raison de la matière.

u. Dans son action en libération de dette introduite le 28 décembre 2012 par-devant le Tribunal des baux et loyers, A_____ a exposé qu'il n'était pas lié par le contrat de bail, s'étant uniquement engagé en qualité de garant. Subsidiairement, il s'est prévalu de créances compensantes d'un montant supérieur à celui réclamé par B_____.

v. Dans ses écritures du 15 février 2013, B_____ a conclu, sur demande principale, au rejet de l'action en libération en dette, à la condamnation de A_____ à lui payer la somme de 59'316 fr. 85 plus intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2011, et en conséquence au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____. Sur demande reconventionnelle, B_____ a conclu à ce que A_____ soit condamné à lui verser les sommes suivantes :

- 170'753 fr. 65 au titre des loyers et indemnités pour occupation illicite jusqu'au 31 mars 2012, avec intérêts à 5% l'an dès le 15 septembre 2011 (date moyenne),

- 75'205 fr. au titre de réparation du dommage subi pour la perte des loyers jusqu'au 1^{er} septembre 2012, avec intérêts à 5% l'an dès le 15 juin 2012 (date moyenne),

- 62'354 fr. 40 au titre de réparation du préjudice subi pour les honoraires d'avocat,

- 1'370 fr. 35 au titre de remboursement d'une facture de C_____ SA du 14 mai 2012, relative à un contrôle des installations électriques des locaux, avec intérêts à 5% l'an dès le 14 mai 2012,

- 219 fr. 55 au titre de remboursement d'une facture du D_____ SA du 8 mai 2012 relative à l'évacuation de déchets des locaux, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 avril 2012,

- 189 fr. 80 au titre de remboursement d'une facture du D_____ SA du 30 avril 2012 relative à l'évacuation de déchets des locaux, avec intérêts à 5% l'an dès le 8 mai 2012.

w. Le 10 avril 2013, l'assemblée générale des copropriétaires de l'immeuble _____ (GE) a décidé d'annuler la décision prise lors de l'assemblée générale du 15 novembre 2011.

x. Lors des audiences de débats principaux des 12 septembre et 12 décembre 2013, A_____ a exposé avoir visité à plusieurs reprises les locaux avant la signature du bail, accompagné par des amis. Le contrat avait été établi par la régie. Le montant de 200'000 fr. que la bailleuse s'était engagée à lui verser lui était apparu raisonnable, de même que la gratuité de six mois de loyers, compte tenu de la durée prévisible des travaux. Il n'avait jamais fait estimer le coût des travaux par un professionnel, mais les avait évalués, s'agissant de travaux mineurs de décoration et d'aménagement, à environ 400'000 fr., y compris la participation de 200'000 fr. de la bailleuse. Disposant d'une formation d'économiste, il n'avait alors pas mandaté un architecte pour la réalisation des travaux. En revanche, N_____, architecte, avait été mandaté après la signature du contrat de bail. A_____ estimait avoir le droit à une indemnisation pour les travaux à plus-value réalisés, soit des travaux de rafraîchissement des murs, sols et plafonds, et des travaux d'électricité et de tuyauterie, évalués à 467'950 fr. Lors de la conclusion du bail, il ignorait si les locaux présentaient un défaut d'isolation acoustique. Des efforts avaient été fournis pour remédier aux nuisances sonores dont se plaignaient les copropriétaires, soit en particulier l'engagement de personnel pour la sécurité et le « chuchotage » et la tentative de changer les caractéristiques de la clientèle.

O_____, administrateur de la société bailleuse, a déclaré que l'arcade avait été vacante quelque temps avant d'être mise à disposition des locataires. Les travaux auxquels la bailleuse avait accepté de participer étaient des travaux de remise en état et en conformité des locaux. La clause du contrat prévoyant le versement de la somme de 200'000 fr. avait certainement fait l'objet d'une négociation entre les locataires et la régie. La réalisation des travaux avait pris du retard parce que les locataires n'avaient pas mandaté des entreprises de la branche. Les copropriétaires s'étaient plaints de nuisances sonores intervenues tard dans la nuit, durant l'exploitation de l'arcade par les locataires, de sorte qu'une procédure de modification de l'affectation des locaux avait été engagée. Après la libération des locaux par les locataires, la bailleuse avait envisagé de les vendre et avait trouvé des acquéreurs qui s'étaient toutefois désistés en janvier 2012 en raison de la procédure engagée par les copropriétaires pour modifier l'affectation des lieux.

Les locaux avaient été reloués le 1^{er} septembre 2012. Entre janvier et septembre 2012, la bailleuse avait effectué de nombreuses démarches en vue de la vente ou de la location des locaux, qui avaient finalement été reloués avec la même affectation et au même loyer que précédemment. Une réponse négative avait été donnée à la demande de transfert de bail des locataires car le gérant de « J_____ » n'avait pas la capacité financière suffisante pour reprendre le bail de l'ensemble des locaux et parce que des plaintes de copropriétaires étaient intervenues en raison de troubles du voisinage provenant du restaurant « J_____ ».

y. Le 6 février 2014, le Tribunal a entendu P_____, employée du D_____ SA. Le témoin a déclaré que lors de la conclusion du contrat, qu'elle avait elle-même établi, le locataire avait été rendu attentif aux problèmes que son exploitation pouvait susciter pour le voisinage. Le locataire avait eu des difficultés à obtenir l'autorisation de construire en raison du non-respect des normes en matière de bruit. A la suite de l'intervention de la régie, laquelle avait fait établir par un acousticien un rapport détaillant les travaux à réaliser pour que ces normes soient respectées, des travaux avaient été exécutés et l'autorisation de construire avait pu être délivrée. Il ressortait du projet d'utilisation des locaux établi par A_____ que dans les locaux du rez-de-chaussée, proches des appartements, seule une musique d'ambiance pouvait être diffusée, alors qu'une musique plus forte pouvait être émise au sous-sol. Selon les plaintes de certains copropriétaires, il était apparu que cette utilisation des locaux n'avait pas été respectée. Fin 2011, le témoin avait été contacté par I_____, intéressé par la reprise des locaux. Le transfert de bail n'avait toutefois pas été accepté par la bailleuse, la solvabilité de I_____ apparaissant comme douteuse. La bailleuse avait pu récupérer les clés des locaux début mars 2012, à la suite de la procédure d'inventaire effectuée par l'Office des faillites.

Q_____, employé du D_____ SA, a exposé avoir fait visiter les locaux à A_____ à plusieurs reprises avant la conclusion du bail. Lors de l'une des visites, il était accompagné d'un architecte. Il avait été fait état de l'historique des locaux et insisté sur le risque de nuisances pour les habitants de l'immeuble. Le témoin avait été présent à la signature du bail. Dès lors que la société E_____ SARL avait été créée peu auparavant, la propriétaire avait exigé qu'une personne physique signe conjointement le bail. La bailleuse avait commencé ses recherches pour relouer les locaux environ un mois avant de récupérer les clés (1^{er} mars 2012). Six mois avaient été nécessaires pour la relocation des lieux, la bailleuse ayant été plus exigeante, notamment du point de vue de la solvabilité des candidats et du type d'activité envisagée, et en raison également du marché qui n'était pas favorable. I_____ avait fait une offre pour la reprise des locaux du restaurant, mais la bailleuse l'avait refusée pour des raisons de solvabilité et parce qu'elle souhaitait que l'ensemble des locaux soit loué à la même personne.

z. Lors de l'audience du 5 juin 2014, I_____ a déclaré avoir exploité un restaurant à l'enseigne « J_____ » dans l'immeuble pendant environ deux ans. Le restaurant occupait 50 m² à 60 m² des locaux mis à disposition de E_____ SARL. I_____ avait conclu un contrat de travail avec la société locataire, qui avait été résilié en raison de la faillite de celle-ci. Il avait écrit à la propriétaire pour proposer la reprise du bail, moyennant prise en charge de la dette de loyer de A_____. Il avait reçu une réponse négative, sans indication de motif et sans que la régie ne lui ait demandé de justificatif concernant sa situation financière. Il ne disposait pas des moyens nécessaires pour s'engager seul à payer le loyer de la totalité des locaux mais avait toutefois des amis qui étaient disposés à l'aider financièrement en ce sens. I_____ avait été témoin des travaux de réfection effectués par A_____ lors de la reprise des locaux par ce dernier. A ce moment, les locaux ne disposaient pas d'électricité ni de sanitaires et les sols et plafonds étaient en mauvais état. Les travaux effectués par A_____ avaient duré environ une année.

R_____, _____ de l'Office des faillites, également auditionnée par le Tribunal le 5 juin 2014, a confirmé que la liquidation de la faillite de E_____ SARL avait été effectuée par l'Office des faillites. Elle ne se souvenait pas de la date à laquelle les clés de l'établissement avaient été déposées à l'Office mais s'engageait à la communiquer au Tribunal après vérification de son dossier. Il était possible que la restitution des clés ait pris quelques mois, en raison des délais d'établissement de l'inventaire et pour s'assurer de l'absence de contestation de celui-ci.

aa. Par courrier du 5 juin 2014, R_____ a informé le Tribunal que l'Office des faillites avait restitué à la bailleuse les clés de l'arcade le 1^{er} mars 2012.

bb. Le 9 octobre 2014, le Tribunal a entendu S_____, employé du D_____ SA et administratrice de la copropriété. Le témoin a déclaré avoir reçu des doléances de la part des copropriétaires, concernant les nuisances générées par l'exploitation de l'arcade et, auparavant, par la réalisation de travaux d'aménagement. La bailleuse était intervenue à plusieurs reprises auprès des locataires, par écrit ainsi que par téléphone, au sujet des plaintes de voisinage. Il était possible que les locataires aient pris certaines mesures à ce sujet, mais ces mesures n'avaient pas été suffisantes.

T_____, comptable auprès du D_____ SA, a été entendu par le Tribunal le 13 janvier 2015. Il a exposé que la propriétaire avait accepté de participer aux travaux d'aménagement et de réfection des locaux à hauteur de 200'000 fr. Une partie de cette somme avait été versée directement aux entreprises chargées des travaux tandis que l'autre partie avait été directement remboursée à A_____.

cc. Dans leurs plaidoiries finales du 2 mars 2015, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

EN DROIT

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

La valeur litigieuse est déterminée par les dernières conclusions de première instance (art. 91 al. 1 CPC; JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 13 ad art. 308 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 4A_594/2012 du 28 février 2013).

1.2 En l'espèce, les dernières conclusions en première instance portent sur une somme supérieur à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

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

Il en va de même de l'appel joint (art. 313 CPC).

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

- 2. 2.1** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 6 ad art. 317 CPC).

2.2 En l'espèce, les pièces produites en appel avaient déjà été produites devant le Tribunal. Elles sont donc recevables.

- 3.** L'appelant fait grief aux premiers juges d'avoir considéré qu'il avait signé le contrat de bail en qualité de colocataire. Selon l'appelant, les relations entre les parties relevaient d'un cautionnement nul pour ne pas avoir revêtu la forme authentique, de sorte qu'il ne disposait pas de la légitimation passive, s'agissant des conclusions en paiement de l'intimée.

3.1 Un contrat de bail à loyer peut être conclu entre plusieurs personnes. S'il engage plusieurs locataires, le contrat est qualifié de location commune ou colocation. Le contrat commun implique, au sens de l'art. 253 CO, la cession de l'usage d'une chose à plusieurs locataires. Il n'y a pas bail commun, mais reprise cumulative de dette, lorsqu'une personne ne s'engage, à côté du locataire, qu'en

tant que débitrice solidaire du loyer, en excluant d'occuper elle-même les locaux (arrêt du Tribunal fédéral 4C.103/2006 du 3 juillet 2006 consid. 4.1, in SJ 2007 I p. 1). Dans certains cas, un contrat de cautionnement peut également être retenu lorsque le débiteur qui s'engage n'a pas un intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation. C'est en particulier le cas s'il se contente d'intercéder en faveur du débiteur initial, par exemple lorsqu'il garantit la bonne exécution des obligations d'un proche dont la solvabilité pourrait être douteuse (SJ 2002 p. 574; arrêt du Tribunal fédéral 4C.136/2003 du 23 septembre 2003 consid. 2.6 et 2.8; MEIER, Commentaire romand, ad art. 492, n. 32; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997, p. 904; Das schweizerische Mietrecht, SVIT Kommentar, 2008, p. 6, n. 13).

La reprise cumulative de dette résulte de la liberté contractuelle. Le reprenant se constitue débiteur aux côtés de l'obligé (et non pas pour le débiteur comme dans l'hypothèse d'un cautionnement), de sorte que le créancier se trouve pourvu de deux débiteurs solidaires au sens des art. 143 et ss CO (ENGEL, op. cit., p. 902-904). Chaque débiteur peut alors faire valoir contre le créancier les exceptions qui résultent de la cause ou de l'objet, c'est-à-dire le contenu de l'obligation solidaire (art. 145 CO), le terme « exception » couvrant les moyens de défense au sens large, exceptions, droits formateurs et objections. Il s'agit notamment des exceptions tirées de la nullité pour vice de forme ou de l'art. 20 CO (ROMY, Commentaire romand, ad art. 145, n. 1 et 4). Lorsqu'un tiers intervient au bail pour garantir la solvabilité du locataire, par exemple lorsqu'il s'oblige à répondre solidairement du paiement du loyer par le titulaire du contrat, celui-ci n'est pas un colocataire du bailleur et ne dispose dès lors pas d'autres droits ou obligations issus du contrat (Das schweizerische Mietrecht, SVIT Kommentar, 2008, p. 6).

Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'un bail commun ou d'un cautionnement, il y a lieu d'interpréter le contrat de bail selon la volonté commune et réelle des parties ou, si une telle volonté ne peut pas être établie, selon le principe de la confiance, en recherchant comment les déclarations et les comportements des parties pouvaient être compris de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 131 III 606 consid. 4.1 et ATF 131 V 27 consid. 2.2).

Appelé à interpréter un contrat, le juge doit s'efforcer, en premier lieu, de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 al 1 CO). Pareille démarche, qualifiée d'interprétation subjective, relève du domaine des faits (ATF 131 III 60 consid. 4.1 p. 611 et les arrêts cités).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou s'il s'avère que leurs volontés intimes respectives divergent, le juge procèdera 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 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A_437_2009 du 11 novembre 2009 consid. 3).

Il appartient au locataire, qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement, de prouver qu'il n'était pas lié par un bail commun et que son engagement contractuel était limité au paiement du loyer et des charges (art. 8 CC) (arrêt du Tribunal fédéral 4C.103/2006 du 3 juillet 2006 consid. 4.1, in SJ 2007 I p. 1).

3.2 En l'espèce, la procédure a établi que le nom de l'appelant figure sous la rubrique « locataire » du contrat de bail du 29 septembre 2009, aux côtés de celui de E_____ SARL, avec pour mention « agissant solidairement et conjointement » et les signatures manuscrites des deux locataires, soit en l'occurrence celle de l'appelant d'une part en sa qualité de personne physique et d'autre part en sa qualité de représentant de la société E_____ SARL.

En outre, le contrat de bail ne contient aucune mention spécifique ou distinction faisant apparaître l'appelant en qualité de garant et il ne résulte pas de la procédure que l'appelant aurait, lors de discussions relatives à la conclusion du contrat, indiqué par écrit qu'il ne serait que garant, et non locataire des locaux en cause.

La procédure n'a par ailleurs pas permis d'établir que la position de l'appelant se limitait à celle d'un garant du paiement des loyers et des charges, sans jouissance des locaux ni volonté d'exploiter lui-même les locaux.

Ainsi et compte tenu de ce qui précède, l'appelant a échoué à démontrer qu'il intervenait dans le bail au seul titre de garant du paiement du loyer au moment de la conclusion du contrat de bail, étant précisé que le fardeau de la preuve lui incombait.

Il a signé le contrat de bail à loyer en qualité de colocataire de sorte qu'il dispose de la légitimation passive.

- 4.** L'appelant invoque une créance compensante équivalente à six mois de loyer, se prévalant de l'existence d'un défaut initial caché (défaut d'isolation phonique) et d'un défaut subséquent (suppression dans le cahier de répartition des locaux de la mention « restaurant »). Cette créance éteindrait ses dettes de loyer.

4.1 Aux termes de l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur est tenu de délivrer la chose louée à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle est louée et l'entretenir dans cet état.

La chose louée est défectueuse lorsqu'elle ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou lorsqu'elle ne présente pas une qualité sur laquelle le

locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu (ATF 135 III 345 consid. 3.2 et les références citées). En l'absence de précisions dans le bail, l'usage est apprécié objectivement selon toutes les circonstances du cas d'espèce, soit notamment le montant du loyer, la destination de l'objet loué, l'environnement des locaux, l'âge de l'immeuble et son état apparent, les normes usuelles de qualité et les règles de droit public applicables, ainsi que les usages courants (CORBOZ, Les défauts de la chose louée, in SJ 1979 p. 130 ss; LCHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 216 ss).

Selon l'art. 8 CC, il appartient au locataire qui se prévaut d'un défaut de la chose louée d'en prouver l'existence (LCHAT, op. cit., ch. 11.1.4 p. 248).

4.2 En l'occurrence, il ressort du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des copropriétaires de l'immeuble du 15 novembre 2011 que H_____, propriétaire d'un appartement au 4^{ème} étage de l'immeuble, aurait fait remarquer que la construction de l'immeuble ne permettait pas une isolation adéquate pour éviter que la musique ne soit perçue en dehors de ces locaux et aurait souligné que le cahier de répartition desdits locaux mentionnait que la destination des locaux était un restaurant alors que ce n'était pas le cas au jour de l'assemblée. Cela étant, ce fait n'est pas suffisant à démontrer l'existence du défaut d'isolation alléguée. A cet égard, la Cour relève que l'appelant n'a pas requis l'audition de H_____. Par ailleurs, il n'a fourni aucune expertise, rapport de professionnels ou mesures de décibels démontrant le défaut qu'il allègue. En outre, comme relevé par les premiers juges, le témoin P_____ a exposé que le locataire n'avait pas utilisé les locaux de façon conforme à ce qu'il avait lui-même prévu dans son projet d'utilisation, projet sur lequel s'était basé l'acousticien pour établir son rapport et sur la foi duquel l'autorisation de construire avait été délivrée. L'appelant a ainsi échoué à démontrer qu'il existait un défaut d'isolation.

En tout état de cause, même à supposer qu'il existait un tel défaut, il ne pourrait être considéré comme un défaut caché dès lors que le locataire aurait dû le remarquer, en opérant des vérifications spécifiques, s'agissant d'un élément essentiel à l'exploitation d'un restaurant, bar et lounge. A cet égard, l'appelant ne peut pas soutenir qu'il ne pouvait se rendre compte de l'existence du défaut, alors qu'il était auparavant associé-gérant d'une société active dans le domaine de la restauration et de l'hôtellerie et qu'il était accompagné d'un ami architecte lors des premières visites des lieux ayant précédé la signature du contrat.

Il n'a pour le surplus pas été démontré qu'un défaut était survenu après la conclusion du contrat, du fait que l'assemblée des copropriétaires ait voté, le 15 novembre 2011, la modification du cahier de répartition des locaux en supprimant la mention « restaurant ». Aucune modification du contrat de bail n'est en effet intervenue suite à cet élément. Si l'appelant a restitué, début janvier 2012, les clés de l'établissement à l'Office des faillites, c'est en raison de la résiliation de bail du 28 octobre 2011, notifiée pour défaut de paiement, avec effet au 31 décembre

2011, tel qu'il l'a expressément indiqué dans son pli du 2 janvier 2012, et non en raison de la modification adoptée par les copropriétaires.

Il découle de ce qui précède que l'appelant ne dispose d'aucune créance compensante liée à un défaut de la chose louée.

5. L'appelant invoque encore la compensation des créances de loyer avec une créance dont il se prévaut au titre d'indemnité pour la plus-value apportée aux locaux par la réalisation de travaux.

5.1 Selon l'art. 260a al. 1 CO, le locataire n'a le droit de rénover ou de modifier la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur. L'alinéa 3 de cette disposition prévoit que si, à la fin du bail, la chose présente une plus-value considérable résultant de la rénovation ou de la modification acceptée par le bailleur, le locataire peut exiger une indemnité pour cette plus-value; sont réservées les conventions écrites prévoyant des indemnités plus élevées.

L'art. 260a al. 3 CO est de droit dispositif (ATF 124 III 149 consid. 4 et 5). Les parties peuvent convenir d'une indemnité plus élevée que ne l'exige la disposition, ou au contraire supprimer toute indemnité (LACHAT, Commentaire romand, N°9 ad. art. 260a CO). La plus-value correspond à la valeur ajoutée à la chose louée, non amortie à la fin du bail. Elle s'apprécie objectivement, compte tenu des frais assumés par le locataire et de l'utilité des travaux pour le bailleur (LACHAT, op. cit., no 7 ad. art. 260a CO). Le juge doit apprécier de cas en cas si la plus-value est considérable, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, tels que par exemple le coût des travaux et le loyer payé par le locataire.

La nature dispositive de l'art. 260a al. 3 CO s'étend au caractère considérable de la plus-value. Les parties peuvent convenir d'une indemnisation même si les travaux de rénovation et de modification n'entraînent pas une plus-value considérable de la chose, voire même aucune plus-value. Par contre, l'art. 260a al. 3 CO ne trouve pas application si la clause d'indemnisation ne concerne pas des travaux de rénovation ou de modification de la chose louée.

5.2 En l'espèce, l'article 4 des dispositions particulières du contrat de bail exclut expressément le droit à une indemnité pour les travaux réalisés par le locataire. La validité de cette clause, conforme au droit vu le caractère dispositif de l'art. 260a al. 3 CO, n'est pas remise en cause par l'appelant. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'appelant, le Tribunal n'avait pas à examiner, dans le jugement querellé, les divers justificatifs de paiement des travaux réalisés par le locataire, ceux-ci n'étant pas à même de modifier la solution retenue par les premiers juges.

Partant, l'appelant ne dispose d'aucune créance venant compenser ses dettes de loyer.

6. L'appelant se prévaut également d'un abus de droit de l'intimée, pour avoir requis la faillite de E_____ SARL et l'inventaire de ses biens et refusé de manière injustifiée un transfert de bail.

6.1 Selon l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas, en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités). L'adjectif "manifeste" indique qu'il convient de se montrer restrictif dans l'admission de l'abus de droit (consid. 5b non publié de l'ATF 128 III 284; arrêt du Tribunal fédéral 4C.225/2001 du 16 novembre 2001 consid. 2b). Les cas typiques sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités; 127 III 357 consid. 4c/bb p. 364). La règle prohibant l'abus de droit autorise certes le juge à corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Cependant, son application doit demeurer restrictive et se concilier avec la finalité, telle que le législateur l'a voulue, de la norme matérielle applicable au cas concret (ATF 107 Ia 206 consid. 3b p. 211 et les références citées).

6.2 En demandant la faillite et l'inventaire des biens de E_____ SARL, l'intimée a uniquement fait valoir ses droits, afin d'obtenir le paiement d'arriérés de loyer qu'elle réclamait à tout le moins depuis le 17 mai 2011, date à laquelle un avis de résiliation pour défaut de paiement a été adressé à l'appelant. C'est en raison du comportement de l'appelant, lequel était en retard dans le paiement du loyer, que l'intimée a dû procéder ainsi. La remise tardive des clés des locaux à la bailleuse, intervenue début mars 2012, alors que les clés avaient été restituées à l'Office des faillites début janvier 2012, est survenue indépendamment de la volonté de l'intimée, de sorte qu'il ne peut lui être reproché une attitude contradictoire.

Par ailleurs, en refusant le transfert de bail en faveur de I_____ et K_____, l'intimée n'a commis aucun abus de droit. En effet, lorsque l'appelant a proposé des repreneurs, par courrier du 19 décembre 2011, le contrat avait déjà été résilié trois fois, en raison d'un défaut de paiement et de nuisances en relation avec l'exploitation de l'établissement. Elle n'avait donc aucune obligation d'accepter de conclure un nouveau contrat, a fortiori alors que l'appelant proposait la reprise à la condition qu'il soit mis fin à toutes les procédures à son encontre.

Ainsi, l'appelant n'a pas établi et il ne ressort pas de la procédure que l'intimée ait agi sans intérêt dans l'exercice de ses droits, en utilisant une institution juridique contrairement à son but, en créant une disproportion manifeste des intérêts en présence, en exerçant ses droits sans ménagement ou en faisant preuve d'une attitude contradictoire. Le grief de l'abus de droit doit donc être rejeté.

- 7.** Dans son appel joint, l'intimée fait grief au Tribunal d'avoir considéré qu'elle n'avait pas apporté la preuve des démarches effectuées en vue de la relocation des locaux et qu'en faisant preuve de la diligence requise, les locaux auraient pu être reloués à compter du 1^{er} mai 2012.

7.1 La doctrine et la jurisprudence retiennent que le locataire qui ne s'acquitte pas ponctuellement de son loyer viole ses obligations contractuelles. Dans la mesure où la résiliation anticipée du contrat cause un préjudice au bailleur, celui-ci peut faire valoir des prétentions en dommages et intérêts, qui équivalent aux loyers que le bailleur n'a pas été en mesure de percevoir du fait de la rupture anticipée du contrat. Le dommage auquel peut prétendre le bailleur comprend notamment le loyer échu depuis le départ du locataire et jusqu'à la relocation des locaux. La loi (art. 44 et 99 al. 3 CO) impose toutefois au bailleur de faire diligence pour diminuer son dommage. Dès lors, le juge pourra diminuer l'indemnité du montant que le bailleur aurait pu récupérer s'il avait cherché activement un nouveau locataire. Il incombe ainsi au bailleur de démontrer que malgré ses efforts, il n'a pas été en mesure de relouer les locaux aussitôt après la restitution de ceux-ci (LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, p. 674; BOHNET/MONTINI, *Droit du bail à loyer*, ad art. 257d CO, n. 49 à 51).

7.2 Comme l'a relevé le Tribunal, l'intimée n'a produit aucun document attestant du fait qu'elle aurait effectué des démarches en vue de relouer les locaux, à compter du mois de janvier 2012, après le désistement des époux L_____ et M_____. Contrairement à ce qu'elle soutient en expliquant qu'elle ne peut apporter la preuve d'un fait négatif, elle aurait pu produire des offres de location des locaux ou d'autres documents attestant de contacts avec des locataires potentiels. Comme l'a relevé le Tribunal, les témoins Q_____ et P_____ n'ont donné aucune indication précise sur les démarches effectuées par l'intimée en vue de relouer les locaux. Le fait que, selon les témoins, les recherches aient été entravées par les exigences élevées de la bailleuse concernant la solvabilité des locataires et par un marché défavorable, ne suffit pas à retenir que l'intimée a fait toutes les démarches que l'on pouvait attendre d'elle pour diminuer son dommage.

A l'instar des premiers juges, la Cour considère ainsi qu'une juste pesée des intérêts conduit à retenir qu'avec la diligence requise par les circonstances, l'intimée aurait pu relouer les locaux à compter du 1^{er} mai 2012.

Partant, le jugement querellé sera confirmé.

- 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 (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevables l'appel interjeté le 26 mai 2015 par A_____ et l'appel joint interjeté le 29 juin 2015 par B_____ SA contre le jugement JTBL/490/2015 rendu le 20 avril 2015 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/27556/2012-4 OOD.

Au fond :

Confirme le jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, présidente; Madame Pauline ERARD et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Laurence MIZRAHI et Monsieur Grégoire CHAMBAZ, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ

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.