

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/17422/2014

ACJC/689/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 12 JUIN 2017

Entre

A_____, ayant son siège _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 21 juin 2016, représenté par B_____, administrateur, comparant en personne,

et

C_____, sise _____, intimée, comparant par Me Jacques BERTA, avocat, place Longemalle 1, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 14.06.2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTBL/596/2016 du 21 juin 2016, expédié pour notification aux parties le 24 juin 2016, le Tribunal des baux et loyers a débouté A_____ de toutes ses conclusions (ch. 1 du dispositif), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 2) et dit que la procédure était gratuite (ch. 3).

En substance, les premiers juges ont retenu que C_____ était débitrice des loyers de mai et juin 2012, soit des sommes de 23'906 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2012 et de 23'906 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2012. Cependant, elle possédait une créance compensante correspondant aux frais accessoires déjà versés pour les années 2010 et 2011, de respectivement 115'084 fr. 59 et 112'752 fr. A_____ devait ainsi être déboutée de sa demande en paiement.

- B.** **a.** Par acte expédié le 2 août 2016 au greffe de la Cour de justice, A_____ (ci-après : la bailleresse) forme appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut, principalement, au renvoi de la cause au Tribunal afin qu'il lui impartisse un délai pour produire les pièces justificatives relatives aux frais des postes "frigories" et "eau chaude" pour les années 2010 et 2011 et complète l'état de fait sur la base de ces pièces. Subsidiairement, elle conclut au paiement en sa faveur des sommes de 8'243 fr. 93 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2010, à titre de solde de charges 2010, de 3'948 fr. 64 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2011, à titre de solde de charges 2011, de 23'906 fr. 35 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2012, à titre de loyer du mois de mai 2012, de 23'906 fr. 35 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2012, à titre de loyer du mois de juin 2012, ainsi qu'au prononcé de la mainlevée définitive des oppositions aux commandements de payer, poursuites n^{os} 1_____, 2_____, 3_____ et 4_____.

Elle reproche au Tribunal de ne pas l'avoir invitée à produire les pièces justificatives des décomptes de frais accessoires pour les années 2010 et 2011 et ainsi d'avoir mené une instruction lacunaire de la cause et un établissement arbitraire des faits.

b. Dans sa réponse du 6 septembre 2015, C_____ (ci-après : la locataire) conclut à la confirmation du jugement entrepris.

c. Dans sa réplique du 5 octobre 2016, A_____ persiste dans ses conclusions.

d. Les parties ont été avisées le 2 novembre 2016 de ce que la cause était gardée à juger, C_____ n'ayant pas dupliqué.

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

a. Le 21 mai 2003, D_____ et E_____ ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur la location de locaux commerciaux d'environ 1'185 m², sis F_____.

Le bail a été conclu pour une durée de dix ans, du 1^{er} octobre 2003 au 30 septembre 2013, avec renouvellement ultérieur tacite de deux ans en deux ans, sauf résiliation signifiée un an avant l'échéance du contrat.

Le loyer annuel a été fixé à 367'749 fr., charges et TVA non comprises.

S'agissant des charges, le chapitre V du contrat prévoit que :

"1. Les charges seront provisionnées mensuellement et ajustées tous les trois mois sur les bases suivantes :

➤ *puissance frigorifique installée (x) nombre d'heures de fonctionnement pour de l'eau glycolée comprise entre -2°C et -6°C (x) équivalent électrique (Kwh) par million de frigories*

➤ *consommation eau chaude selon décompte de consommation*

2. L'électricité consommée n'entre pas dans la facturation effectuée par SGF. Cette prestation est du seul ressort du partenaire contractuel du locataire.

3. En cas d'absence, le locataire s'engage à éviter un chauffage excessif des locaux et à assurer une aération régulière.

4. Les locaux sont équipés de compteurs individuels mesurant la consommation en énergie (électricité, eau chaude et frigories (kw), à l'exclusion du chauffage), de sorte que le décompte est établi conformément aux relevés qui en découlent.

5. En l'absence de contestation dans les 30 jours qui suivent la communication des relevés au locataire, ceux-ci deviennent définitifs."

La provision pour charges s'élève mensuellement à 8'700 fr. depuis plusieurs années.

Au surplus, le contrat de bail renvoie expressément aux Conditions générales pour locaux commerciaux (édition 1996) ainsi qu'aux Règles et usages locatifs du canton de Genève (édition 1992).

b. A_____ a acheté l'immeuble sis F_____ à la D_____ en juin 2003 et a repris les droits et obligations du bail depuis lors.

La société G_____, devenue depuis lors C_____, a acquis, fin 2006, les droits et obligations de l'ancien locataire, E_____.

c. Le 25 octobre 2011, A_____ a adressé à G_____ un décompte final de charges pour l'année 2010, selon lequel le total des charges frigories s'élevait à 102'663 fr. 59, celui de l'eau chaude et froide à 11'710 fr. 81 et celui du chauffage à 2'370 fr. 96, auquel venait s'ajouter la somme de 8'872 fr. 65 de TVA. Déduction faite de la somme de 112'334 fr. 40 versée par G_____, le solde en faveur de A_____ était de 13'283 fr. 61.

A_____ a indiqué que G_____ avait acquitté partiellement ce montant et que le solde restant dû s'élevait à 8'243 fr. 93.

d. Le 6 février 2012, un incendie a endommagé les locaux loués.

A la suite de ce sinistre, l'assureur bâtiment incendie de A_____, H_____ (ci-après : H_____), a versé à cette dernière la somme de 65'944 fr., correspondant à trois mois de location des locaux concernés (février, mars et avril 2012) de 22'148 fr., après déduction de la franchise de 500 fr.

Durant les mois de février à avril 2012, G_____ a continué de s'acquitter d'un loyer 4'457 fr. 70, TVA comprise, pour la location d'une case de congélation et d'un dépôt au sous-sol.

e. Le 9 mars 2012, A_____ a adressé à la locataire un décompte final de charges pour l'année 2011, selon lequel le total des charges frigories s'élevait à 95'689 fr. 68., celui de l'eau chaude et froide à 10'301 fr. 18 et celui du chauffage à 2'466 fr. 98, auquel venaient s'ajouter 8'242 fr. 80 de TVA.

Déduction faite de la somme de 112'752 fr. versée par G_____, le solde en faveur de A_____ était de 3'948 fr. 64.

f. A compter du mois de mai 2012, A_____ a accepté la demande de G_____ visant à diminuer la surface louée de 138 m², ramenant le loyer à 33'302 fr. 35, provision pour charges et TVA comprises.

g. Par courrier du 10 mai 2012, A_____ a requis de G_____ le paiement de 27'192 fr. 57 à titre d'impayés de charges.

h. Le 9 juillet 2012, G_____ a effectué un versement de 15'000 fr. en faveur de A_____.

i. Le 5 juillet 2013, A_____ a adressé à G_____ un décompte final de charges pour l'année 2012, selon lequel le total des charges frigories s'élevait à 70'162 fr. 78, celui de l'eau chaude et froide à 8'134 fr. 31 et celui du chauffage à 3'192 fr. 40, auquel venaient s'ajouter 6'193 fr. 20 de TVA. Déduction faite de la somme de 65'772 fr. versée par G_____, le solde en faveur de A_____ était de 21'910 fr. 69.

j. Par pli du 9 décembre 2013, G_____ a indiqué à A_____ n'avoir aucune dette envers elle s'agissant des décomptes 2010 et 2011 ainsi que s'agissant des loyers des mois de mai et juin 2012. Elle s'est toutefois déclarée prête à entrer en matière sur le montant de 21'910 fr. réclamé pour les charges de l'année 2012.

G_____ a finalement versé la somme de 21'910 fr. 69 à A_____ le 7 janvier 2014.

k. A_____ a fait notifier trois commandements de payer à G_____ le 6 février 2014.

Le premier, poursuite n° 1_____, porte sur un montant de 8'243 fr. 64, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2010, à titre de solde de charges pour l'année 2010.

Le deuxième, poursuite n° 2_____, porte sur un montant de 3'948 fr. 64, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2011, à titre de solde de charges pour l'année 2011.

Le troisième, poursuite n° 3_____, porte sur un montant de 33'302 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2012, à titre de loyer du mois de juin 2012.

Le 24 février 2014, A_____ a fait notifier à G_____ un commandement de payer, poursuite n° 4_____, portant sur un montant de 33'302 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2012, à titre de loyer du mois de mai 2012.

Les quatre commandements de payer ont été frappés d'opposition.

l. Par requête déposée le 26 août 2014 auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, A_____ a conclu au paiement des sommes de 33'302 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2012, de 33'302 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2012, de 8'243 fr. 93, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2010 et de 3'948 fr. 64, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2011.

m. A la demande de A_____, H_____ lui a confirmé par courrier électronique du 20 janvier 2015 qu'elle ne lui avait pas versé d'indemnités pour les mois de mai et juin 2012 et qu'elle n'avait pas d'arrangement avec une compagnie d'assurance tierce à titre de dédommagement.

n. Déclarée non conciliée à l'audience de la Commission de conciliation du 17 février 2015, la cause a été portée devant le Tribunal le 19 mars 2015, A_____ concluant au paiement des sommes de 8'243 fr. 93, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2010, à titre de solde de charges pour l'année 2010, de 3'948 fr. 64, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2011, à titre de solde de charges pour l'année 2011, de 23'906 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2012, à titre du loyer du mois de mai 2012, et de 23'906 fr. 35, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2012, à titre de loyer du mois de juin 2012, ainsi qu'au prononcé de la

mainlevée définitive des oppositions aux commandements de payer, poursuites n^{os} 1 _____, 2 _____, 3 _____, 4 _____.

o. Dans sa réponse du 15 juin 2015, G _____ a conclu au déboutement de A _____ de toutes ses conclusions.

A l'appui de ses conclusions, elle a indiqué que l'exploitation après l'incendie avait repris le 10 avril 2012 sur environ deux tiers de la surface des locaux, situation qui avait perduré jusqu'au 30 septembre 2012, raison pour laquelle elle restait devoir à A _____ uniquement la somme de 10'831 fr. 40 pour les loyers de l'année 2012. Elle a toutefois déclaré vouloir compenser cette somme avec sa créance en restitution d'un enrichissement illégitime résultant des acomptes de charges versés indument pendant plusieurs années. Selon elle, le contrat de bail était peu clair et imprécis concernant les frais accessoires mis à sa charge. En outre, certains frais facturés par A _____ relevaient de l'entretien de la chose louée et cette dernière n'avait produit aucune pièce attestant du bien-fondé des sommes réclamées, singulièrement par les factures qu'elle aurait pu recevoir. En raison de ces éléments, G _____ n'était pas redevable des soldes des décomptes de frais accessoires des années 2010 et 2011.

p. Lors de l'audience du 2 octobre 2015, le Tribunal a procédé à la rectification de la qualité de la partie défenderesse, devenue C _____.

Lors des débats d'instruction, C _____ a sollicité la production par A _____ de toutes les factures relatives aux frais accessoires en lien avec le décompte de charges de l'année 2010.

A _____ a indiqué que seuls 33% de la surface du rez-de-chaussée étaient inutilisables et non 33% de la surface totale louée. Elle a par ailleurs contesté le calcul de C _____ s'agissant des loyers qu'elle aurait dû payer sans l'incendie, mais admis que celle-ci avait versé la somme de 171'471 fr. 07 pour l'année 2012.

Elle a au surplus sollicité l'audition des témoins E _____ et I _____, inspecteur sinistre chez H _____, afin de renseigner le Tribunal sur la proportion des surfaces inutilisables après l'incendie.

La locataire a pour sa part sollicité l'audition de E _____ et J _____, employé d'assurance auprès de K _____.

Les parties ont indiqué n'avoir pas d'autres actes d'instruction à solliciter et leur attention a été attirée sur le fait que la cause serait instruite en procédure ordinaire, ce qui impliquait qu'elles ne pourraient plus modifier leurs allégations et/ou offres de preuves une fois les débats principaux ouverts.

Les parties ont ensuite persisté dans leurs conclusions respectives et le Tribunal a procédé à leur interrogatoire.

L_____, représentant C_____, a déclaré ne pas avoir participé aux discussions relatives à l'incendie, E_____ s'en était à l'époque occupé et avait des contacts avec la bailleresse.

B_____, administrateur de A_____, a précisé que l'incendie avait eu lieu au fond du bâtiment, dans la zone des fours où la charcuterie était préparée. Les 138 m² que la locataire avait renoncé à utiliser après l'incendie concernaient précisément cette zone. Dès le 10 avril 2012, la locataire avait pu réintégrer et donc utiliser l'intégralité des locaux loués à l'exception des 138 m² auxquels elle avait renoncé. La bailleresse n'avait toutefois pas pu relouer ces 138 m² à un tiers, car pour y accéder, il fallait passer par les locaux de la locataire, qui étaient en exploitation. Elle avait cependant été d'accord de récupérer ces 138 m² et de réduire le loyer en proportion. Pour calculer la réduction de loyer découlant de la restitution des 138 m², elle avait tenu compte d'un prix de 30 fr. par m² et déduit la part afférente à cette surface (4'140 fr.) du montant du loyer total. Les charges figurant à la pièce 8a (coût annuel de la centrale de refroidissement) concernaient l'ensemble de l'immeuble. Elle calculait le prix du kWh de production de froid en additionnant les coûts liés à cette production et en divisant ce total par le nombre de kWh produits, ce qui donnait un prix qui était ensuite appliqué à la quantité de kWh consommée par chaque locataire.

q. Dans son ordonnance du 23 décembre 2015, le Tribunal a ordonné l'audition des témoins E_____ et J_____, dit que les moyens de preuve admis pour la partie demanderesse étaient les pièces déjà produites, l'interrogatoire des parties ayant eu lieu le 2 octobre 2015, et l'audition de E_____, tandis que ceux admis pour la partie défenderesse étaient les pièces déjà produites, l'interrogatoire des parties ayant eu lieu le 2 octobre 2015, et l'audition des témoins E_____ et J_____. Le Tribunal a réservé la modification ultérieure de l'ordonnance.

r. Lors de l'audience du 29 janvier 2016, J_____, employé auprès de M_____, assurance couvrant la perte d'exploitation en cas d'incendie de la locataire, a déclaré qu'un incendie s'était déclenché dans les locaux le 6 février 2012. Ils étaient divisés en plusieurs parties. Au rez-de-chaussée, dans la partie arrière, se trouvaient des fumoirs; à côté de cette zone se trouvait une partie "production" où la viande était préparée. La partie "fumoirs" avait été complètement détruite et la partie "production" avait été fortement endommagée par la fumée. A l'étage, la partie administrative avait également été endommagée par la fumée et la suie. A la suite de l'incendie, l'intégralité des locaux était inutilisable et plus aucune activité n'était possible. M_____ assurait la perte d'exploitation et s'était occupée de la partie "commerce", alors que H_____ assurait le bâtiment et avait supervisé les travaux de remise en état de celui-ci.

Les parties "production" et "administrative" avaient fait l'objet de travaux d'assainissement et avaient pu être réutilisés deux mois après l'incendie. Pour ce qui était de la partie "fumeurs", qui nécessitait des travaux plus importants, M_____ avait estimé qu'une reprise complète des activités était possible dès le 1^{er} septembre 2012. En revanche, comme les fumeurs n'avaient été livrés que mi-septembre 2012, l'assurance avait indemnisé la perte d'exploitation en lien avec cette partie jusqu'au 30 septembre 2012. Elle avait mandaté un expert pour évaluer cette perte. Durant les deux premiers mois suivant l'incendie, la perte était totale et la marge brute de leur cliente avait été intégralement indemnisée, sous déduction des frais économisés. Dans ce cadre, l'intégralité du loyer avait été soustraite, partant du principe que la locataire n'avait rien à payer durant la période concernée.

Pour la période postérieure, l'assurance s'était sauf erreur basée sur une évaluation des surfaces dans le cadre de laquelle son expert avait déterminé qu'un tiers de la surface, à savoir la partie "fumeurs", restait inutilisable jusqu'au 30 septembre 2012, alors que les deux autres tiers étaient utilisables. L'assurance avait considéré que le tiers inutilisable concernait toute la surface louée et non un tiers du rez-de-chaussée. Elle était partie du principe que sa cliente acquittait alors les deux tiers du loyer, le tiers restant n'étant pas dû, vu que cette partie des locaux était inutilisable. Les loyers relatifs aux surfaces inexploitablement avaient donc été déduits du montant de l'indemnisation. Le ratio deux tiers-un tiers n'avait été appliqué que pour déterminer les frais économisés. Pour ce qui était de la perte d'exploitation, elle avait été supérieure à un tiers au-delà des deux mois suivant l'incendie, car le fumeur était un élément important. Après le 30 septembre 2012, l'assurance avait encore versé "quelque chose" à sa cliente, à titre de geste commercial pour finaliser le dossier. Normalement, l'assurance bâtiment assurait le revenu locatif, raison pour laquelle M_____ était partie du présumé que le loyer, qui n'était plus payé par la locataire, était indemnisé par H_____.

E_____ a déclaré avoir exploité la société G_____ jusqu'à la vente de ses parts en 2013-2014. Il était donc actif au sein de cette société lors de l'incendie du 6 février 2012. Immédiatement après le sinistre, les congélateurs du sous-sol avaient continué à être utilisés. Il n'y avait pas eu de dégâts sur les marchandises qui y étaient entreposées. Juste après l'incendie, il n'avait pas été possible de travailler pendant un jour ou deux et par la suite, un service minimum avait pu être assuré jusqu'à la récupération des locaux de production. Pendant cette période de travaux, la locataire n'avait fabriqué ni saucisses ni charcuterie, et se contentait d'acheter de la marchandise et de la revendre. Elle faisait certes de la coupe de quelques steaks et autres viandes, mais il n'y avait pas de place. Lorsque la locataire avait pu reprendre possession des locaux, elle avait décidé de renoncer à son activité charcuterie, puisqu'elle achetait les produits de son associé N_____. La zone présentée par la bailleuse comme faisant 138 m²

était celle à laquelle la locataire avait renoncé lorsqu'elle avait repris possession des locaux. Elle contenait les zones où la locataire fabriquait et emballait la charcuterie. La locataire avait repris possession de tous les locaux qui lui permettaient de fabriquer de la viande hachée ou de la viande fraîche et avait renoncé à tous les locaux qui concernaient la charcuterie. Tous les locaux repris après cette brève période de travaux étaient utilisables.

Le loyer avait été adapté à cette surface réduite, ce qui ressortait de la facture du loyer du 1^{er} mai 2012 produite par la bailleuse. Lors des discussions avec M_____, le témoin avait expliqué à l'expert de l'assurance que les 138 m² déjà mentionnés avaient été restitués. Ce dernier savait donc que le loyer avait été réduit en conséquence, car cela rentrait dans les frais pris en compte pour calculer la perte d'exploitation. S'agissant des décomptes de charges, lesquels étaient vérifiés par la comptable, la locataire avait un décompte pour l'électricité et l'eau, ainsi que pour le froid. La locataire payait le froid à la bailleuse en fonction de sa consommation. Le témoin n'avait aucun souvenir d'un accord avec la bailleuse s'agissant d'un règlement de 15'000 fr. pour solde de tout compte et ne savait pas à quoi correspondait la somme de 15'000 fr. figurant sur le décompte du mois de juillet 2012 produit par la locataire.

s. Dans leurs plaidoiries écrites, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. La cause a ensuite été gardée à juger.

EN DROIT

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

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

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 de l'appelante en première instance s'élevaient à 60'005 fr. 27.

La valeur litigieuse est ainsi supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

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

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

- 2.** Le Tribunal a retenu que l'intimée était débitrice des loyers de mai et juin 2012, soit de la somme de 23'906 fr. 35 pour chacun de ces deux mois, intérêts en sus, mais qu'en raison de l'objection de compensation soulevée par la locataire et admise, la bailleuse devait être déboutée de ses conclusions.

Les parties ne remettent pas en cause, au stade de l'appel, la conclusion du Tribunal selon laquelle les loyers de mai et juin 2012 étaient dus.

L'appel porte ainsi uniquement sur les conclusions de la bailleuse en paiement du solde des décomptes de frais accessoires des années 2010 et 2011 et sur le bien-fondé de la compensation invoquée par l'intimée.

2.1 Aux termes de l'art. 120 al. 1 CO, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles. L'art. 120 al. 2 CO précise que le débiteur peut opposer la compensation même si sa créance est contestée.

La compensation n'a lieu qu'autant que le débiteur fait connaître au créancier son intention de l'invoquer. Les deux dettes sont alors réputées éteintes, jusqu'à concurrence du montant de la plus faible, depuis le moment où elle pouvait être compensée (art. 124 al. 1 et 2 CO).

La compensation ne se produit pas du seul fait que ses conditions sont remplies mais qu'après une déclaration de compensation. Il s'agit là d'une manifestation de volonté unilatérale du compensant sujette à réception et correspondant à l'exercice d'un droit formateur résolutoire. Cette déclaration n'est soumise à aucune forme et peut résulter d'actes concluants (JEANDIN, Commentaire romand code des obligations I, 2^{ème} édition, Bâle, 2012, n. 1 ad art. 124 CO). En particulier, la compensation peut être opérée en cours de procès, par voie d'objection (ATF 95 II 235 = JdT 1970 I 245).

La déclaration du compensant doit exprimer clairement sa volonté de procéder à la compensation, et permettre à son partenaire contractuel de comprendre quelles sont la créance compensée et la créance compensante, et quel est le montant de cette dernière. A défaut, la compensation est dépourvue d'effet (LCHAT, Le bail à loyer, Lausanne, 2008, p. 315, note n. 72 et les jurisprudences citées).

L'interprétation de la déclaration doit être effectuée en fonction du sens que le destinataire pouvait raisonnablement lui attribuer, sur la base de l'attitude antérieure du déclarant et des circonstances qu'il connaissait au moment où la déclaration lui a été faite (ATF 94 II 101 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/1999 du 14 juillet 1999, consid. 2b = SJ 2000 I 78). Si le destinataire ne peut comprendre quelle est la créance compensée et quelle est la créance compensante, la déclaration est incomplète et, par voie de conséquence, dépourvue d'effet (arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/1999 du 14 juillet 1999, consid. 2b = SJ 2000 I 78).

Selon la répartition du fardeau de la preuve déduite de l'art. 8 CC, il appartient au débiteur qui prétend s'être libéré d'en apporter la preuve. Il s'ensuit que lorsqu'une partie invoque la compensation, il lui incombe de présenter les faits permettant de constater que les conditions de la compensation sont réunies; si elle détient des moyens de preuve, on doit attendre qu'elle les produise (arrêt du Tribunal fédéral 4C.212/2006 du 28 septembre 2006, consid. 3.1.3).

2.2 En l'occurrence, l'intimée s'est prévalu pour la première fois de la compensation dans son mémoire de réponse du 15 juin 2015. Elle a argué de la nullité de la clause du bail instaurant des frais accessoires en raison de son imprécision pour justifier sa propre créance résultant du remboursement des frais accessoires perçus indûment pendant plusieurs années.

S'agissant plus précisément de la compensation des sommes qu'elle pourrait devoir pour les loyers de mai et juin 2012, l'intimée a exposé avoir réglé pendant plusieurs années des frais accessoires qui n'étaient pas exigibles, à hauteur de 8'700 fr. par mois, et déclaré compenser le montant qu'elle devait encore verser à titre de loyer par sa créance en restitution d'un enrichissement illégitime perçu à ce titre par l'appelante. Par ailleurs, elle a exposé que les décomptes de frais accessoires prenaient en considération divers postes qui relevaient de l'entretien de la chose louée, ce qui n'était pas admis par la jurisprudence. Aucune pièce attestant du bien-fondé des sommes réclamées n'était produite à l'appui de la demande en paiement du solde de frais accessoires, notamment pas les factures que l'appelante aurait pu recevoir, de sorte qu'elle devait être déboutée de sa demande en paiement du solde de frais accessoires.

Ce faisant, l'intimée a exprimé de manière suffisamment claire son intention de compenser et désigné quelle était la créance compensée et quelle était la créance compensante. Bien que non chiffrée, sa déclaration de compensation porte sur des créances déterminables, ce qui est suffisant selon la jurisprudence.

2.3 Selon l'art. 257a al. 1 CO, les frais accessoires sont dus pour les prestations fournies par le bailleur ou un tiers en rapport avec l'usage de la chose. Ils ne sont

à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement (art. 257a al. 2 CO).

Pour les habitations et les locaux commerciaux, on entend par frais accessoires, les dépenses effectives du bailleur pour des prestations en rapport avec l'usage de la chose, tels que frais de chauffage, d'eau chaude et autres frais d'exploitation, ainsi que les contributions publiques qui résultent de l'utilisation de la chose. Le bailleur doit, à la demande du locataire, lui permettre de consulter les pièces justificatives (art. 257b CO).

Aux termes de l'art. 4 al. 1 OBLF, si le bailleur perçoit les frais accessoires sur la base d'un décompte, il doit établir celui-ci au moins une fois par an et le présenter au locataire.

Lorsqu'un décompte détaillé des frais de chauffage et de préparation d'eau chaude ainsi que leur répartition entre les locataires n'est pas remis au locataire avec la facture annuelle du chauffage, il y a lieu d'indiquer expressément sur la facture que le locataire peut exiger le décompte détaillé. Le locataire ou son mandataire dûment autorisé est admis à consulter les pièces justificatives originales et à demander des renseignements sur l'état des stocks de combustibles au début et à la fin de la période de chauffage (art. 8 OBLF).

Le décompte de frais accessoires doit pour le moins comporter la liste chiffrée des divers frais accessoires mis en compte, le total de ces frais accessoires, la clé de répartition des frais accessoires entre les locataires, le montant dû par le locataire pour la période concernée, le montant des acomptes payés au cours de l'exercice et le solde dû par le locataire ou le trop perçu que le bailleur doit rembourser (LACHAT, *op. cit.*, p. 340).

Si le bailleur ne remet pas de décompte de frais accessoires au locataire et/ou s'il ne l'autorise pas à consulter les justificatifs, le locataire peut notamment saisir l'autorité de conciliation et demander que le bailleur soit condamné à établir le décompte ou à remettre les justificatifs utiles (LACHAT, *op. cit.*, p. 347).

Selon la jurisprudence de la Cour rien n'est dû pour les frais accessoires si le bailleur, qui a le fardeau de la preuve, ne produit aucune pièce justificative, puisqu'il est impossible de fixer de façon équitable le montant des frais dus à ce titre (ACJC/148/2008 du 4 février 2008).

L'art. 257a al. 2 CO exige que les frais accessoires mis à la charge du locataire soient décrits clairement et précisément dans le contrat. En concluant le contrat, le locataire doit comprendre facilement quels postes lui seront facturés en plus du loyer. Le renvoi à une annexe standardisée du contrat telles que les "conditions générales du bail à loyer pour habitation" ne suffit pas pour admettre que les parties ont passé une convention spéciale sur le paiement des frais

accessoires; en effet, on ne peut exiger du locataire qu'il se fasse une idée des frais accessoires qu'il aura à payer par une consultation attentive des conditions annexées au contrat; il a bien plutôt droit à ne se voir facturer que les frais accessoires clairement et précisément décrits dans le contrat. Les frais énumérés dans les conditions générales peuvent toutefois être facturés au locataire dans la mesure où ils peuvent être considérés comme une concrétisation des frais accessoires déjà attribués au locataire dans le contrat. L'art. 257a al. 2 CO n'exige pas de forme spéciale pour la convention sur les frais accessoires. En conséquence, la validité de la convention ne saurait dépendre du respect de la forme écrite; l'accord peut donc en principe être conclu par écrit, oralement ou par acte concluant. Toutefois, si le contrat a été conclu par écrit, il faut considérer que les parties ont également déterminé par écrit quels frais accessoires étaient mis à la charge du locataire (ATF 135 III 591, consid. 4.3.1 et 4.3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_622/2015 du 4 février 2016, consid. 3.1).

La règle prévue à l'art. 257a al. 2 CO selon laquelle à défaut de convention, les frais accessoires sont compris dans le loyer, est une règle légale d'interprétation. Elle déroge à la norme générale en la matière (art. 18 al. 1 CO) et signifie que les frais accessoires qui ne sont pas clairement reportés sur le locataire restent à la charge du bailleur et sont donc compris dans le loyer. Cette règle n'exclut pourtant pas qu'il faille parfois interpréter le contrat, pour décider si une dépense faite en contrepartie d'une prestation en rapport avec l'usage de la chose entre dans la notion de frais accessoires. La façon dont les parties ont exécuté le contrat peut être prise en considération comme moyen auxiliaire d'interprétation (WESSNER, L'obligation du locataire de payer le loyer et les frais accessoires, 9^{ème} séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, p. 9).

Si la réelle et commune intention des parties ne peut être déterminée, il convient d'attribuer à la clause litigieuse, selon le principe de la confiance, le sens que son destinataire pouvait lui prêter, raisonnablement et de bonne foi, d'après le texte, le contexte et les circonstances qui ont précédé ou accompagné la conclusion du contrat (ACJC/1177/2008 du 6 octobre 2008 et les références citées).

Concernant la question d'une prétention en répétition d'acompte de charges ou frais accessoires payés en trop, le Tribunal fédéral distingue deux hypothèses. Avant la présentation du décompte comprenant la présentation du solde et son acceptation par l'autre partie, l'erreur doit être corrigée selon les règles contractuelles, de sorte que le délai de prescription est de cinq ans, en vertu de l'art. 128 ch. 1 CO. Après l'établissement du décompte et son acceptation, la correction du décompte et la prétention en découlant se fait sur la base des dispositions en matière d'enrichissement illégitime, de sorte que le délai relatif est d'une année, en vertu de l'art. 67 al. 1 CO (arrêts du Tribunal fédéral 4C.24/2002 du 29 avril 2002 consid. 3.3; 4A_267/2011 du 29 juin 2011 consid. 2.2). Ainsi, même si le locataire ne conteste pas le décompte dans le

délai imparti et est ainsi réputé avoir accepté ce dernier, il est néanmoins en droit d'en contester le bien-fondé par le biais non plus d'une action contractuelle, mais par celui de l'action en restitution de l'enrichissement illégitime (ACJC/706/2009 du 15 juin 2009).

2.4 En l'espèce, l'intimée s'oppose au paiement du solde des décomptes de frais accessoires de 2010 et 2011 qu'elle n'a pas contestés lors de leur notification. Ce dernier point n'est toutefois pas déterminant. En effet, le locataire ayant le droit d'exiger le remboursement du trop-perçu par une action en enrichissement illégitime même en l'absence de contestation du décompte, il peut *a fortiori* s'opposer à une demande en paiement du bailleur portant sur le solde. De même, l'intimée est fondée à objecter dans la présente procédure la compensation des sommes qu'elle aurait versées à tort avec les conclusions en paiement de l'appelante.

S'agissant des prétentions de l'appelante en paiement du solde des décomptes de frais accessoires des années 2010 et 2011, la Cour retient à l'instar du Tribunal, que le contrat de bail ne prévoit pas que le chauffage et l'eau froide sont à la charge de l'intimée et aucun autre élément de la cause ne permet de retenir que les parties se sont expressément entendues sur ce point. Ainsi, s'agissant du décompte 2010, les postes "chauffage", de 2'370 fr. 96 et "eau froide", de 3'355 fr. 69 ne sauraient être facturés à l'intimée. Il en va de même des postes "chauffage", de 2'466 fr. 98 et "eau froide", de 2'431 fr. 16 pour le décompte 2011.

Concernant les postes "frigories" et "eau chaude", ces frais accessoires sont prévus dans le contrat de bail, le premier devant être facturé sur la base d'une formule détaillée et le second selon un décompte de consommation. Cependant, l'appelante n'a produit aucune pièce justificative des coûts facturés, en dépit de la contestation de ces derniers par l'intimée. Dans la mesure où, en l'espèce, il est ainsi impossible de fixer équitablement les frais dus, l'intimée ne doit aucune somme pour la consommation de frigories ou d'eau chaude.

2.5 Partant, la locataire a valablement opposé aux créances de l'appelante résultant des loyers de mai et juin 2012 ses prétentions en remboursement du trop-perçu d'acomptes de frais accessoires versés, fixé à 115'084 fr. 59 et 112'752 fr. par la première instance et non contesté dans le cadre de l'appel.

3. Reste à déterminer si, comme le fait valoir l'appelante, le Tribunal aurait dû l'interpeller sur la nécessité de produire les pièces justificatives attestant du paiement des frais mentionnés dans les décomptes de charges des années 2010 et 2011.

3.1 La valeur litigieuse de la présente affaire étant supérieure à 30'000 fr. et la cause ne ressortissant pas à l'un des cas prévus par l'art. 243 al. 2 let. c CPC, la

procédure ordinaire s'applique. En conséquence, les premiers juges ne devaient pas établir les faits d'office (art. 247 al. 2 CPC *a contrario*) et la maxime des débats était pleinement applicable.

Selon l'art. 55 al. 1 CPC, les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les pièces qui s'y rapportent. A l'obligation d'alléguer les faits et produire les preuves s'ajoute celle de les présenter dans les formes et en temps utiles (HALDY, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 4 ad art. 56 CPC). Même en cas de procédure ordinaire, le tribunal a un devoir d'interpellation des parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donne l'occasion de les clarifier ou de les compléter (art. 56 CPC).

Le devoir général d'interpellation de l'art. 56 CPC a pour but d'éviter qu'une partie soit privée de ses droits du fait de sa méconnaissance, le juge pouvant notamment intervenir en cas de clair défaut d'un acte. L'intervention du juge en cas de vice dans la présentation des faits ou de lacune en matière de preuve ne doit cependant pas porter atteinte au principe d'impartialité et de neutralité du juge (arrêt du Tribunal fédéral 4A_444/2013 du 5 février 2014 consid. 6.3.3). L'exercice par le juge de son devoir d'interpellation ne doit ainsi pas rompre le principe d'égalité des parties et n'a pas pour but de réparer leurs manquements (arrêt du Tribunal fédéral 4A_78/2014 du 23 septembre 2014 consid. 3.3).

3.2 En l'espèce, l'appelante comparaisait en personne. Cependant, il ressort de ses écritures qu'elle disposait de connaissances juridiques. En particulier, elle a offert de prouver chacun de ses allégués, a cité des bases légales et a formulé clairement ses conclusions. Par ailleurs, comme relevé, il n'appartient pas au juge de rendre attentive l'une des parties aux conséquences possibles de ses omissions. De plus, l'appelante pouvait manifestement comprendre à la lecture des écritures de l'intimée que celle-ci contestait le bien-fondé des décomptes de charges et faisait valoir une créance compensante à son égard. L'intimée avait expressément relevé qu'aucune pièce attestant du bien-fondé des sommes réclamées dans les décomptes n'avait été produite. Lors des débats d'instruction, l'intimée avait par ailleurs requis de l'appelante qu'elle produise de tels documents et les parties avaient déclaré n'avoir pas d'actes d'instruction supplémentaires à solliciter, leur attention ayant été attirée sur le fait qu'elles ne pourraient plus modifier leurs allégations et/ou offres de preuves une fois les débats ouverts. Dans ces circonstances, les premiers juges n'ont ni violé leur devoir d'interpellation ni établi les faits de manière arbitraire.

3.3 Il découle de ce qui précède que le jugement entrepris sera confirmé.

- 4.** A teneur de l'art. 22 al. 1 LaCC, il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 2 août 2016 par A_____ contre le jugement JTBL/596/2016 rendu le 21 juin 2016 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/17422/2014-2.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

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

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

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

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr. cf. consid. 1.2.