REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/1814/2017 **ACJC/128/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 31 JANVIER 2022

Entre

Monsieur A_____, p.a. Epicerie B_____, _____ [GE], appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 6 avril 2021, comparant par Me Agrippino RENDA, avocat, route des Acacias 6, case postale 588, 1211 Genève 4, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

C_____, sise _____ [LU], intimée, comparant par Me Christophe GAL, avocat, rue du Rhône 100, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 01.02.2022.

EN FAIT

A. Par jugement JTBL/277/2021 du 6 avril 2021, reçu le 21 avril 2021 par A_____, le Tribunal des baux et loyers a débouté celui-ci de toutes ses conclusions (ch. 1 du dispositif), ordonné aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de libérer les loyers consignés sur le compte n° 1_____/2017 en faveur de C_____ (ci-après : la C_____) (ch. 2), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3) et dit que la procédure était gratuite (ch. 4).

B. **a.** Par acte expédié le 21 mai 2021 à la Cour de justice, A_____ forme appel contre ce jugement, dont il sollicite l'annulation. Il conclut à ce que la Cour l'autorise à consigner le loyer dès janvier 2017 jusqu'à suppression du défaut et ordonne à la C_____ de résilier le bail de D_____ et de tout autre locataire ou sous-locataire de l'arcade exploitée sous l'enseigne "E_____" et du magasin de tabac "F_____", subsidiairement de mettre en œuvre tout autre moyen propre à supprimer le défaut lié au comportement du locataire et du sous-locataire de ladite arcade et dudit magasin. Par ailleurs, il conclut à ce que la Cour réduise le loyer de son arcade de 90% dès le 1er février 2015 jusqu'à suppression du défaut et ordonne la libération des loyers consignés à due concurrence en sa faveur, subsidiairement condamne la C_____ à la restitution du trop-perçu de loyers résultant de la réduction. Enfin, il conclut à ce que la Cour condamne la C_____ à lui payer 25'000 fr. de dommages et intérêts.

A titre préalable, il sollicite la reconvocation d'un témoin et une confrontation entre les trois témoins entendus par le Tribunal.

b. La C_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris.

c. Dans leurs réplique et duplique, les parties persistent dans leurs conclusions.

d. Elles ont été avisées le 25 octobre 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. Les parties sont entrées en relation en lien avec une arcade de 110 m2 sise à G_____ [GE] dans un complexe d'immeubles en construction à l'époque (ci-après : le complexe).

La mise en location des surfaces commerciales du complexe avait été confiée à la [régie immobilière] H_____ (ci-après : la H_____), soit pour son compte I_____.

b. Dans ce cadre, I_____ a rencontré à trois ou quatre reprises A_____.

A_____ allègue que I_____ lui a garanti verbalement devant témoins qu'il n'aurait pas de concurrence sur le plan commercial s'il louait cette arcade. Il lui avait promis qu'aucun des autres commerces du complexe ne pourrait exercer une activité comparable à la sienne, avec interdiction absolue pour tout autre commerçant de mettre en vente à l'emporter des produits alimentaires et des boissons. Devant le Tribunal, A_____ a confirmé que I_____ lui avait promis à deux reprises devant témoins qu'il n'y aurait pas de concurrence, c'est-à-dire qu'"il n'y aurait pas deux commerces les mêmes". Il avait bien précisé à I_____ que "s'il pensait mettre une autre épicerie", il renoncerait à l'arcade. Le précité lui avait répondu "non non non".

La C_____ a contesté ces allégations. Elle a exposé que les premiers commerçants ayant emménagé avaient été soutenus, sous diverses formes, par sa représentante pour asseoir leur activité commerciale. Dans ses plaidoiries écrites, elle a ajouté que dans le cadre de la commercialisation des arcades, des activités complémentaires avaient été placées dans celles-ci pour satisfaire sa propre volonté d'éviter la concurrence directe entre les locataires dans la mesure du possible. L'idée que chaque commerçant puisse faire son "business" sans concurrence directe ressortait d'un "gentlemen agreement". En revanche, aucune promesse n'avait été faite à A_____ quant à l'ouverture d'un commerce "J_____".

K_____, ami de A_____ l'assistant dans la gestion de ses affaires, entendu en qualité de témoin, a déclaré avoir participé, en compagnie de celui-ci, à la visite de l'arcade à louer, alors que le quartier était encore en construction. I_____ leur avait expliqué que chaque arcade aurait son activité et ne pourrait pas empiéter sur celle des autres, la propriétaire ne souhaitant pas de conflits. A_____ serait ainsi l'épicier du quartier. A proximité se trouverait un restaurant, avec deux arcades à sous-louer, dont l'une était destinée à un magasin de tabac. Il avait demandé à I_____ si le restaurant pourrait vendre du vin à l'emporter, ce à quoi celui-ci avait répondu par la négative. Au vu des propos de I_____, il avait encouragé A_____ à se lancer, une épicerie unique dans un nouveau quartier laissant présager d'une affaire rentable.

L_____, huissier de banque et ami de A_____, entendu en qualité de témoin, a déclaré avoir aidé celui-ci dans sa recherche de locaux pour ouvrir une épicerie. Il l'avait accompagné à un rendez-vous avec I_____ dans les locaux de la H_____. Le projet d'épicerie avait été accueilli par celui-ci, car il permettait de diversifier les activités au sein du complexe et s'inscrivait dans l'idée qu'il n'y ait pas de concurrence. I_____ avait réitéré sa promesse qu'il n'y aurait pas de concurrence directe entre les commerces lors d'un rendez-vous sur place.

I_____, responsable commercial au sein de la H_____, entendu en qualité de témoin, a exposé que la volonté de la bailleresse était qu'il n'y ait, dans la mesure

du possible, pas de concurrence directe entre les locataires amenés par la H_____. Il ne s'agissait pas d'une exigence, mais uniquement d'une volonté de la bailleresse et de la régie, afin que les locataires puissent rester en place plusieurs années.

Il avait ainsi veillé, selon l'instruction de la C_____, à ce qu'il n'y ait pas de concurrence entre les activités des locataires amenés par la H_____ dans le complexe. A l'époque où avaient été livrées les arcades, il n'y avait effectivement pas d'activités concurrentes. Il avait discuté avec les différents locataires de cette volonté. Cela avait donné lieu à un "gentlemen agreement" entre les protagonistes, selon lequel chacun devait rester dans le cadre de son activité. Chacun devait pouvoir y trouver son compte, "même si le cadre légal restait celui du bail". Il avait été précisé qu'il n'y aurait pas de concurrence dans le cadre de la mise en valeur, soit la première location, mais cela ne présageait rien de l'avenir.

Il n'avait pas le souvenir d'avoir évoqué ce qui se passerait si un locataire ne respectait pas ce "gentleman agreement". Après la signature des baux, les responsables commerciaux n'avaient plus de contacts avec les locataires, les gérants prenant le relais. Il n'avait pas le souvenir d'une éventuelle communication au gérant des exigences de la C_____.

Le témoin a déclaré que les discussions avec A_____ avaient eu la même teneur que celles tenues avec les autres locataires. Il n'avait pas de souvenirs précis de ses échanges avec celui-ci, en particulier d'avoir évoqué la question de la concurrence. Il supposait que l'exigence précitée de la bailleresse avait dû être communiquée à A_____. L'exigence de celui-ci était de pouvoir déployer une activité de "dépanneur alimentaire". Le fait que chacun exerce sa propre activité était important pour A_____, comme pour tous les locataires. Il n'avait fait aucune promesse au précité en lien avec l'ouverture d'un commerce "J_____". En prenant acte de son projet d'épicerie de dépannage, il n'avait pas évoqué avec A_____ quel assortiment de produits celui-ci allait vendre. Il avait "discuté avec lui de proposer des produits correspondant aux nationalités des locataires du complexe afin que ses affaires fonctionnent." Le témoin a conclu son audition en déclarant que lorsqu'il avait fait part à A_____ de la volonté de ne pas avoir de concurrence dans le quartier, il ne s'agissait pas d'un engagement, mais d'une simple volonté. Ce d'autant qu'il y avait d'autres lots PPE à la vente sur lesquels la H_____ n'avait aucun contrôle.

c. Un projet de contrat de bail entre les parties a été remis à A_____, à une date indéterminée. Il comportait deux pages de conditions particulières et des annexes, à savoir des conditions générales pour locaux commerciaux de dix pages, les règles et usages locatifs du canton de Genève ainsi que des "clauses complémentaires faisant partie intégrante du bail" de quatre pages.

Ces dernières comportaient un art. 46 intitulé "concurrence", aux termes duquel le bailleur n'assumait aucune obligation du fait de la concurrence qui pourrait opposer les locataires dans leur activité professionnelle.

Le témoin K_____ a déclaré disposer d'une formation commerciale. Il avait lu l'entier du contrat, qui comportait de nombreuses pages. Il avait fait part à son ami du fait que le contrat ne contenait pas de clause relative à la concurrence, mais que I_____ leur avait assuré que la C_____ ne voulait pas de concurrence entre les arcades. A ses yeux, il s'agissait d'un contrat type, qui n'était pas personnalisé, de sorte que seules les premières pages comptaient. Le témoin a précisé avoir indiqué à son ami que les conditions générales ne contenaient pas de clause de non-concurrence, mais que I_____ était le directeur et qu'ils lui feraient confiance.

Interpellé sur l'art. 46 des clauses complémentaires, le témoin a ajouté en avoir fait part à son ami. Il a expliqué "ne pas avoir été chaud" pour que A_____ "entreprenne cette aventure." Il avait compris que I_____ était surchargé, qu'il s'agissait d'un contrat type et que celui-ci n'avait pas conscience de l'art. 46 précité. Ce qui les avait incités à signer était la garantie de I_____ qu'il n'y aurait pas de concurrence. Ces paroles lui avaient fait dire à son ami que cela n'était pas risqué. Sans celles-ci, il aurait recommandé à son ami de renoncer. Il n'avait pas demandé de modification du contrat, car il s'agissait du contrat type. Ils avaient demandé des modifications "à l'endroit où M. A_____ signait, soit sur la 1ère page du bail, dans la destination des locaux, car c'était une feuille que M. A_____ devait signer". Il ne savait pas qu'il était possible de modifier les autres clauses, soit le contrat type, et pensait que seule "la feuille qu'on signait" pouvait être modifiée. Il n'avait pas demandé de modification de l'art. 46 car, à ses yeux, la parole de I_____ faisait foi. Le témoin a ajouté à cet égard : "Je rappelle l'argument choc devant témoins".

Le témoin L_____ a déclaré avoir le souvenir de l'art. 46 du contrat, qu'il avait considéré comme une clause type. Il avait indiqué à son ami que le risque était minime, vu la garantie verbale qu'il n'y aurait pas deux épiceries donnée par I_____, avec lequel un lien de confiance s'était établi. Il n'avait pas contacté celui-ci pour lui demander ce que signifiait cette clause par rapport à ses promesses et il ignorait si son ami l'avait fait. Selon lui, il s'agissait d'un contrat type et la parole de I_____ comptait.

Le témoin I_____ a exposé travailler depuis treize ans auprès de la H_____. Il savait que le bail litigieux comprenait une clause type qui figurait dans l'ensemble des baux, aux termes de laquelle le bailleur n'était pas responsable d'une éventuelle concurrence. Il n'avait absolument pas été question, dans le cadre de la location de l'arcade litigieuse, d'y déroger.

d. Les parties ont signé le contrat de bail à loyer le 17 septembre 2012. Aux termes de celui-ci, l'arcade était louée moyennant un loyer mensuel de 2'334 fr., charges de 252 fr. comprises. La destination des locaux indiquée était "une épicerie de type dépanneur exclusivement, réalisant, entre autres, la vente de boissons alcooliques".

e. A_____ exploite dans l'arcade louée une épicerie sous l'enseigne "B_____".

E_____ SA, dont le représentant est D_____, exploite dans le même complexe, notamment un restaurant et un magasin de tabac-presse à l'enseigne "F_____".

A_____ allègue que, sous cette enseigne, D_____ exploite en réalité une épicerie. Celui-ci mettait régulièrement en vente des articles garnissant les rayons d'un tel commerce, soit notamment des bouteilles d'Orangina zéro d'un litre, des boîtes de biscuit de 100 gr., des boîtes de brownies de 285 gr. et des paquets de flûtes de 125 gr. Il en veut pour preuve le constat d'huissier du 23 septembre 2016 (cf. infra, let. k).

f. Par courriel du 30 septembre 2013, I_____ a rappelé à E_____ SA que, "comme discuté récemment et lors des négociations", il était essentiel pour la bonne marche des affaires des uns et des autres que chacun propose les produits propres à son activité. A son sens, un "tabac journaux" vendait "tout ce qui est presse, petite papeterie, tabac, chocolats, bonbons, sucreries, cannettes de boissons non alcoolisées, tickets de loteries, billets TPG, cartes de journaux…" Il a ajouté ce qui suit : "Pas de produits alimentaires SVP. Merci beaucoup de jouer le jeu".

Le témoin I_____ a déclaré supposer que son courriel faisait suite à une plainte de A_____ en lien avec des produits alimentaires vendus par D_____ qui lui faisaient concurrence. A l'époque, il n'était plus en charge de ces locaux, car les baux étaient signés. Il avait envoyé ce courriel, car il était "gentil avec les locataires". D_____ était un locataire important. Six arcades lui avaient été louées. Ce courriel consistait dans une sorte de rappel à l'ordre de D_____. Il s'agissait de lui rappeler les conditions évoquées de vive voix lors des négociations initiales avant la conclusion du bail, ce fameux "gentlemen agreement".

g. A_____ allègue que les obligations contractuelles ont ensuite été respectées par les locataires et occupants du magasin de tabac jusqu'à ce qu'il remarque, en février 2015, que tel n'était plus le cas.

h. Le 9 mars 2015, A_____ s'est plaint de cette concurrence auprès de M_____, laquelle avait repris la gérance de l'immeuble (ci-après : la régie).

Le 16 mars 2015, la régie lui a répondu qu'il ne disposait d'aucun fondement contractuel pour cette plainte, au vu de l'art. 46 des clauses complémentaires. Le courriel du 30 septembre 2013 n'avait aucune valeur juridique en tant que tel et ne parvenait pas à convaincre qu'une clause de non-concurrence aurait été convenue. Elle était cependant disposée à organiser un rendez-vous avec le locataire du kiosque afin de tenter d'aplanir le différend.

i. Par courrier du 12 février 2016, A_____, agissant désormais par le biais d'une compagnie d'assurance de protection juridique, a réitéré sa plainte, après avoir relevé que la régie ne semblait pas entendre donner suite à son premier courrier. Il a mis en demeure la bailleresse de faire cesser la concurrence, constitutive d'un défaut de la chose louée, avant le 10 mars 2016. A défaut, il consignerait le loyer.

j. Le 18 mai 2016, une séance de médiation a été organisée par la régie dans ses locaux. Elle a eu lieu en présence de trois collaborateurs de celle-ci, A_____, accompagné de K_____ et d'un collaborateur de la compagnie d'assurance de protection juridique, ainsi que de D_____ pour E_____ SA.

Les locataires se sont engagés chacun à retirer de leurs commerces, avant le 30 juin 2016, les produits susceptibles de faire concurrence à l'autre. Il s'agissait, pour A_____, de retirer notamment "les sucreries, bonbons et barres chocolatées vendus à l'unité à l'exception des plaques de chocolat" et, pour D_____, notamment "tous les produits alimentaires y compris les surgelés à l'exception des glaces (cornet et bâtons), des bonbons, sucreries et barres chocolatées" ainsi que "les boissons d'un litre et plus".

K_____ et les trois collaborateurs de la régie ont signé le procès-verbal de la séance en leur qualité de participants à celle-ci.

La C_____ allègue que les tentatives de la part des deux régies successives pour remédier à la situation conflictuelle entre locataires ont été entreprises sur la seule base du bon sens et non en raison de l'existence d'une convention de non-concurrence en faveur de A_____.

Le témoin K_____ a déclaré que lors de cette réunion, le locataire du restaurant (D_____) avait confirmé l'existence de la clause de non-concurrence, car lui-même était attaqué par un autre restaurant. Selon le témoin, la régie souhaitait que les locataires s'arrangent entre eux.

k. Le 23 septembre 2016, un huissier judiciaire mandaté par A_____ s'est rendu dans le tabac-presse "F_____". Il a certifié y avoir acheté des produits alimentaires secs (soit ceux mentionnés supra, sous let. e) et une boisson d'un litre. Il a par ailleurs constaté la présence de sandwichs et paninis sur le comptoir.

l. A_____ a adressé une mise en demeure à la régie le 14 octobre 2016, impartissant à la bailleresse un délai au 30 novembre 2016 pour l'élimination du défaut. Il a relevé que la concurrence incriminée avait généré une importante baisse de son chiffre d'affaires.

m. La mise en demeure a été réitérée le 6 décembre 2016, avec un délai au 15 décembre 2016 pour agir en suppression des défauts, faute de quoi le loyer de janvier 2017 serait consigné.

n. Le 12 décembre 2016, la régie a rappelé à A_____ qu'il ne bénéficiait d'aucune clause de non-concurrence. La convention conclue avec D_____ n'engageait que celui-ci.

o. Le locataire a consigné le loyer dès janvier 2017.

p. Le 18 juillet 2017, A_____ a fait établir à nouveau un constat d'huissier, dont la teneur est similaire à celle du constat du 23 septembre 2016.

q. Le témoin K_____ a déclaré s'occuper des comptes du locataire. Le chiffre d'affaires de celui-ci se montait à 130'000 fr. la première année (2012/2013) et à 30'000 fr. actuellement (11 octobre 2019).

D. **a.** Le 31 janvier 2017, A_____ a déposé une requête en validation de consignation, suppression de défauts, réduction du loyer et paiement par devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. Non conciliée lors de l'audience du 24 mars 2017, la requête a été portée par devant le Tribunal le 10 mai 2017. A_____ y a formulé les conclusions qu'il a reprises dans son appel.

b. La C_____ a conclu au déboutement de A_____.

c. Lors de l'audience tenue le 13 décembre 2019, le témoin L_____ a été entendu. En fin du procès-verbal, il a été noté que le conseil de A_____ était invité à changer de ton envers la Présidente du Tribunal, qu'il s'opposait à cette note et qu'il demandait la récusation de celle-ci ainsi que la reconvocation dudit témoin de même que la confrontation des trois témoins entendus.

d. La phase d'administration des preuves a été clôturée le 30 juin 2020, le Tribunal ayant écarté les reconvocation et confrontation de témoins sollicitées. Le 4 novembre 2020, A_____ a persisté dans cette requête.

e. Dans la décision querellée, le Tribunal a relevé que le défaut allégué consistait dans le non-respect d'une garantie de non-concurrence. Selon les premiers juges, par ce terme, il fallait comprendre la vente de produits alimentaires et boissons similaires à ceux que A_____ vendait. La question litigieuse était donc celle de savoir si I_____ avait accordé une telle garantie.

Ensuite, le Tribunal a constaté que celui-ci avait fait état, lors des pourparlers contractuels, de la volonté de la bailleresse de louer les locaux, de sorte à diversifier les activités et à éviter la concurrence. Les locataires se devaient de ce fait de rester dans le cadre de leur propre activité. Les témoins avaient déclaré que l'appelant s'était vu promettre d'être le seul épicier.

Aucun élément du dossier ne permettait cependant de retenir que I_____ aurait indiqué que la vente de certaines marchandises serait réservée à l'épicerie. Le "gentlemen agreement" ne revêtait pas une telle précision. En d'autres termes, si l'appelant et ses conseillers avaient été rassurés par les propos de I_____, ceux-ci ne constituaient pas une garantie de l'absence de tout risque de concurrence. La volonté annoncée de la régie portait sur l'implantation d'activités a priori non concurrentes, mais non sur la fixation et le contrôle des limites à ces activités.

Le fait qu'une arcade avoisinante serait destinée à être exploitée comme magasin de tabac-presse avait été indiqué à l'appelant, selon le témoin K_____. Or, il n'était pas inhabituel qu'un magasin de tabac propose un certain nombre d'articles similaires à ceux vendus par une épicerie. La description des produits dans les engagements pris le 18 mai 2016 attestait au demeurant de la similitude des produits à retirer par l'un et par l'autre.

Ni l'intervention de I_____ auprès de D_____, ni les engagements pris par celui-ci lors de la réunion dans les locaux de la régie ne pouvaient être constitutifs d'engagements de la bailleresse. Il s'agissait d'interventions de médiation entre les locataires pour rétablir un bon climat entre eux, ce qui était conforme aux intérêts des régies et de la propriétaire.

En conséquence, A_____ ne pouvait s'appuyer sur aucune promesse de la C_____ pour considérer que la vente par le [tabac] "F_____" de produits alimentaires et de boissons était constitutif d'un défaut. L'art. 46 des clauses complémentaires du contrat, dont les conseillers de l'appelant avaient pris connaissance, le confirmait.

EN DROIT

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

En l'espèce, la valeur litigieuse étant supérieure à 10'000 fr., la voie de l'appel est ouverte.

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

1.2 L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). L'instance d'appel dispose d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit; en particulier, le juge d'appel contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

2. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir violé son droit d'être entendu et son droit à la preuve, en refusant d'ordonner les mesures d'instruction complémentaires qu'il sollicitait. Il requiert à nouveau ces mesures devant la Cour.

2.1 **2.1.1** Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend le droit pour l'intéressé d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; 137 II 266 consid. 3.2).

Le droit de faire administrer des preuves suppose que le fait à prouver soit pertinent (art. 150 al. 1 CPC), que ce fait ne soit pas déjà prouvé, que le moyen de preuve proposé soit adéquat et nécessaire pour constater ce fait et que la demande soit présentée régulièrement selon les formes et délais prescrits par la loi de procédure applicable (ATF 133 III 189 consid. 5.2.2, 295 consid. 7.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_403/2007 du 25 octobre 2007 consid. 3.1). Ce droit est concrétisé à l'art. 152 al. 1 CPC, qui dispose que toute partie a droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile (arrêts du Tribunal fédéral 5A_789/2016 du 9 octobre 2018 consid. 3.1; 4A_159/2016 du 1er décembre 2016 consid. 2.1).

Il n'y a pas violation du droit d'être entendu lorsque le Tribunal renonce à administrer des preuves requises, car il a formé sa conviction sur la base des preuves déjà administrées et qu'il peut admettre sans arbitraire, en appréciation anticipée des preuves, que l'administration d'autres preuves ne modifierait pas sa conviction (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; 138 III 374 consid. 4.3.2). En cas d'appréciation anticipée des preuves, il doit au moins implicitement ressortir de la décision les raisons pour lesquelles le Tribunal dénie toute importance ou pertinence aux moyens de preuve qu'il n'administre pas (ATF 114 II 289 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 5P_322/2001 du 30 novembre 2001 consid. 3c, non publié in ATF 128 III 4 consid. 3.5).

2.1.2 Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves. Elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves. Cette disposition ne confère toutefois pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves. Le droit à la preuve, comme le droit à la contre-

preuve, découlent de l'art. 8 CC ou de l'art. 29 al. 2 Cst., dispositions qui n'excluent pas l'appréciation anticipée des preuves (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Il s'ensuit que l'autorité d'appel peut refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat de l'appréciation des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2).

L'autorité jouit d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 5A_11/2014 du 3 juillet 2014 consid. 2.2).

2.2 En l'occurrence, le Tribunal a écarté la reconvocation du témoin L_____ et une confrontation entre les témoins K_____, I_____ et L_____. Selon les premiers juges, le témoin L_____ avait été interrogé sur les faits pertinents, à savoir les propos tenus par le représentant de la bailleresse au cours des pourparlers relativement aux allégués du locataire relatifs à la garantie de non-concurrence. Ses déclarations ne se heurtaient au demeurant pas de manière notable à celles des deux autres témoins entendus, de sorte qu'une confrontation entre eux n'était pas nécessaire.

L'appelant soutient avoir été interrompu lorsqu'il posait des questions au témoin L_____ devant le Tribunal, en raison de sa demande de récusation. Il se plaint de ne pas avoir pu aller au terme de cette audition et soutient que le Tribunal aurait retenu à tort que le témoin avait été entendu sur les faits pertinents. Dans la mesure cependant où il ne précise pas sur quels faits ledit témoin n'aurait pas et devrait être entendu, il ne se justifie pas de faire droit à sa requête.

Quant à la confrontation des témoins, l'appelant fait valoir que sa requête tendait à éclaircir, voire écarter certaines contradictions apparues dans leurs déclarations et préciser le contenu des entretiens ayant précédé la conclusion du contrat. Dans la mesure cependant où il n'énonce pas quelles seraient ces prétendues contradictions, dont il admet d'ailleurs le caractère éventuel (réplique, p. 4), et quels éléments des entretiens mériteraient d'être approfondis, il ne se justifie pas de faire droit à sa requête.

En conclusion, la Cour, avec le Tribunal, estime que la cause est en état d'être jugée, faute pour l'appelant de fournir le moindre élément concret permettant de retenir le contraire.

3. L'appelant reproche à tort au Tribunal d'avoir occulté le fait que D_____ exploitait une épicerie sous couvert d'un magasin de tabac, ce qui ressortait selon lui du constat d'huissier du 23 septembre 2016.

Le Tribunal a mentionné ledit constat dans son état de fait et en a correctement résumé le contenu, en indiquant le type d'articles vendus par D_____ (produits alimentaires secs, boisson d'un litre et sandwichs ainsi que paninis).

Déterminer si la vente de tels produits signifie que le précité exploite une épicerie, ce qui aurait fait l'objet de la promesse de l'intimée et constituerait un défaut, relève de l'interprétation du contrat. Ce point sera examiné ci-après dans le cadre du grief soulevé à cet égard. Cela étant, la Cour a précisé le contenu du constat d'huissier dans la partie "En fait".

4. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir retenu que le contrat ne lui garantissait pas que les commerces du complexe se verraient imposer une interdiction de vendre des produits alimentaires et des boissons réservés aux épiceries.

4.1 **4.1.1** Le bailleur est tenu de délivrer la chose louée dans un état approprié à l'usage pour lequel elle est louée et de l'entretenir dans cet état (art. 256 al. 1 CO).

La chose louée est défectueuse lorsqu'elle ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu (ATF 136 III 186 consid. 3.1.1; 135 III 345 consid. 3.2).

4.1.2 Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention.

Le juge doit donc rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2; 132 III 268 consid. 2.3.2; 131 III 606 consid. 4.1). Déterminer ce qu'un cocontractant savait et voulait au moment de conclure relève du fait et doit être déterminé sur la base de l'appréciation des indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie (ATF 118 II 58 consid. 3a; 113 II 25 consid. 1a; 144 III 93 consid. 5.2.2). Si le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises ou, au contraire, qu'elles ne se sont pas comprises, il s'agit donc de constatations de fait (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2 et 5.2.3).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou s'il s'avère que leurs volontés intimes respectives divergent, le juge procédera à une interprétation dite objective, qui ressortit au droit, en recherchant comment une déclaration faite par l'un des cocontractants pouvait être comprise de bonne foi par son ou ses destinataires, en fonction de l'ensemble des circonstances ayant précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs, et en s'écartant au besoin, à certaines conditions, du texte apparemment clair d'une clause contractuelle (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3; 133 III 61 consid. 2.2.1). Pour être de bonne foi, le destinataire doit notamment avoir fait l'effort nécessaire pour comprendre le déclarant, par exemple en lisant soigneusement les textes, parfois complexes, qui lui ont été soumis (WINIGER, CR CO I, 2021, n. 139 ad art. 18 CO).

Lorsque le contrat renferme des contradictions, le juge choisit celle des interprétations qui est compatible avec la loi et qui tend à harmoniser les clauses opposées, par exemple en assouplissant le sens littéral par une interprétation téléologique. Le Tribunal fédéral a ainsi aplani une contradiction apparente, dans un contrat de vente, entre une clause exclusive de responsabilité et une promesse expresse de qualité : «Lorsque le vendeur se prononce sur une propriété de la chose (dans une mesure qui en excède la description usuelle), le juge détermine par interprétation du contrat si l'indication constitue la promesse d'une qualité ou si elle tombe sous le coup de la clause supprimant la garantie. Les deux éventualités sont mutuellement exclusives. Pour réconcilier les deux clauses qui s'excluent, le Tribunal fédéral introduit un rapport hiérarchique qui donne la préférence aux garanties accordées individuellement par rapport aux clauses contractuelles pré-formulées. Il reconnaît à la clause d'exclusion une fonction de règle et à la promesse celle d'exception qui y déroge (WINIGER, op. cit., n. 45 et 46 ad art. 18 CO).

4.2 En l'espèce, il est vrai que, lors de la conclusion du contrat, les parties ont manifesté une réelle et commune intention d'éviter la concurrence incriminée.

En effet, l'intimée a fait part à l'appelant de sa volonté que les commerces du complexe soient complémentaires et restent chacun dans leur domaine d'activité, de sorte à éviter toute concurrence. En particulier, elle lui a communiqué sa volonté qu'il soit le seul épicier. A cet égard, le comportement de l'intimée postérieur à la signature du contrat, soit le courriel de I_____ de 2013 à l'exploitant du [tabac] "F_____", a permis d'établir qu'aux yeux de celle-ci, les produits alimentaires et les boissons vendues par ce commerce relevaient de l'activité de l'épicerie et non du tabac-presse, de sorte que la concurrence incriminée consistait dans celle qu'elle voulait éviter. L'appelant soutient ainsi avec raison que n'est pas pertinente la question de savoir sous quelle enseigne était exercée l'activité en cause. Peu importe donc de déterminer si le "F_____"

exerçait une activité sous le couvert d'une autre. L'activité en cause était constitutive d'une concurrence au sens où les parties l'entendaient.

Cette volonté de l'intimée s'est traduite par l'engagement - qu'elle a respecté - de déployer des moyens entrant dans son champ d'action, à savoir la location des surfaces à des commerces complémentaires et, lorsque cela a été nécessaire, le rappel aux commerçants concernés qu'il était dans l'intérêt de tous que chacun reste dans son domaine d'activité ainsi que l'organisation de médiations entre les concurrents.

Cela étant, se pose la question de savoir si l'intimée avait également la volonté de fournir une garantie à l'appelant à cet égard.

Tel n'a pas été le cas.

La teneur de l'art. 46 des clauses complémentaires faisant partie intégrante du contrat conclu avec l'appelant est claire. I_____ connaissait cette clause, qui régissait l'ensemble des contrats signés par la régie auprès de laquelle il travaillait depuis de nombreuses années.

Si l'intimée avait voulu fournir une telle garantie, elle s'en serait donné les moyens, en faisant figurer aux contrats une obligation des commerces concernés de rester dans leur domaine d'activité. Une telle obligation vis-à-vis de l'intimée n'a pas été stipulée. Cela est confirmé par les termes utilisés dans le courriel de I_____ à l'exploitant du "F_____" en 2013. Le précité n'a pas invoqué une obligation contractuelle de celui-ci, mais l'a remercié de "jouer le jeu". L'appelant ne s'est pas engagé non plus envers l'intimée à rester dans son domaine d'activité. Chacun de ces deux commerçants empiétait sur l'activité de l'autre en 2016, lorsqu'ils se sont engagés, l'un envers l'autre uniquement, à cesser de le faire.

L'appelant savait ainsi que l'intimée n'avait pas la volonté de lui fournir une garantie.

Il s'est en effet interrogé sur le fait de savoir si le contrat contenait une clause lui garantissant une non-concurrence, a pris connaissance du fait que tel n'était pas le cas et qu'au contraire, il était clairement stipulé que l'intimée excluait toute responsabilité à cet égard. Il a ensuite évalué le risque en découlant, l'a considéré comme minime, puis l'a accepté en toute connaissance de cause. En particulier, il savait qu'une surface du complexe était destinée à une activité de tabac-presse, potentiellement concurrente.

Au vu de ce qui précède, sur la base d'une interprétation subjective du contrat, il se justifie de retenir que les parties se sont comprises quant à l'exclusion d'une garantie fournie à l'appelant qu'il ne souffrirait d'aucune concurrence dans le futur.

L'appelant soutient sans convaincre que I_____ aurait manifesté verbalement devant témoins vouloir lui fournir une telle garantie, en contradiction avec les termes clairs du contrat connus des deux parties.

Si tel avait été le cas, il n'aurait pas manqué de solliciter que cette contradiction soit supprimée par une modification du contrat ou à tout le moins d'interpeller I_____ à cet égard. Il ne l'a pas fait, alors que les parties se sont rencontrées à plusieurs reprises avant la signature du contrat et ont discuté de leur but commun d'éviter toute concurrence entre les commerces. Lors de ces rencontres, l'appelant était assisté et conseillé par deux personnes qui ont lu le contrat et se sont posé des questions à ce sujet, après avoir pris connaissance de l'art. 46 des clauses complémentaires. L'appelant a de plus demandé une modification du contrat sur un autre point, soit celui de la destination des locaux.

Pour le même motif, l'appelant ne saurait soutenir, ce qu'il ne fait au demeurant pas, avoir compris de bonne foi que I_____ avait la volonté de lui fournir une telle garantie en contradiction avec les termes clairs du contrat. Pour être considéré de bonne foi, l'appelant aurait dû à tout le moins interpeller I_____ afin d'éclaircir dite contradiction. Une garantie de non-concurrence ne peut donc pas non plus être retenue sur la base d'une interprétation objective du contrat.

Enfin, l'appelant fait valoir en vain que cette prétendue garantie verbale intervenait en dérogation à l'art. 46 des clauses complémentaires du contrat. L'on ne se trouve pas dans le cas où une qualité spécifique de la chose louée aurait été promise de façon expresse tout en excluant dans une clause pré-formulée toute garantie pour défaut en général. Dans le cas d'espèce, l'assurance verbale invoquée est tout aussi générale que la clause d'exclusion écrite, toutes deux visant la concurrence entre les commerces, la première pour la garantir, la seconde pour l'exclure. La question d'une hiérarchie à établir entre la première et la seconde au sens de la jurisprudence citée plus haut n'aurait pas de sens, faute pour celles-ci d'être conciliables (cf. supra, consid. 4.1.2 in fine).

En conclusion, c'est à bon droit que le Tribunal a retenu que la concurrence incriminée ne constituait pas un défaut, de sorte que le jugement sera confirmé.

5. 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 (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 21 mai 2021 par A_____ contre le jugement JTBL/277/2021 rendu le 6 avril 2021 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/1814/2017.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Monsieur Jean-Philippe ANTHONIOZ et Monsieur Grégoire CHAMBAZ, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :	La greffière :
Nathalie LANDRY-BARTHE	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.