

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20270/2006

ACJC/439/2008

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre d'appel en matière de baux et loyers

AUDIENCE DU LUNDI 7 AVRIL 2008

Entre

X_____ SA, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 3 septembre 2007, comparant par Me Hrant HOVAGEMYAN, avocat, place du Bourgade-Four 25, case postale 3306, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile, et intimée sur appel incident,

d'une part,

Et

Y_____, intimée et appelante sur incident, comparant par Me Jean-Marc SIEGRIST, avocat, quai des Bergues 23, 1201 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du

EN FAIT

- A. Par jugement du 3 septembre, communiqué aux parties par plis du 17 septembre 2007, le Tribunal des baux et loyers a condamné X_____ SA à payer à Y_____ la somme de 128'217 fr. 70 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2006 (ch. 1), a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer poursuite No 06 _____ P, notifié le 21 juin 2006 à X_____ SA pour une somme en capital de 63'130 fr. 85 (ch. 2) et a débouté les parties de toutes autres conclusions, sur demandes principale (ch. 3) et reconventionnelle (ch. 4 et 5). En résumé, le Tribunal a statué que X_____ SA était débitrice du loyer d'une arcade commerciale sise à la rue _____ pour la période du 15 octobre 2005 au 30 novembre 2006, soit 135'797 fr. 90, sous déduction d'un versement de 6'048 fr. 50 ainsi que de deux soldes de décompte de charges de 765 fr. 65 chacun.

Par acte déposé au greffe de la Cour le 18 octobre 2007, X_____ SA forme appel de ce jugement dont elle demande l'annulation. Reprenant ses conclusions de première instance, elle sollicite en substance qu'il soit constaté qu'elle n'est pas la débitrice de Y_____.

A l'occasion de sa réponse, Y_____ forme appel incident contre le jugement précité. Elle affirme que le loyer du mois d'octobre 2005 n'a pas du tout été payé par la locataire et que, s'agissant des déductions retenues par le Tribunal, il n'existe qu'un seul décompte de charge d'un montant de 765 fr. 65 et qu'un montant supplémentaire de 61 fr. 50 est dû à ce titre. Il découle de ces éléments que la dette de X_____ SA est 133'962 fr. 35. Dans sa réponse, X_____ SA a conclu au rejet de l'appel incident de sa partie adverse.

- B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par contrat du 13 avril 2004, Y_____ a donné en location à X_____ SA une arcade de 92 m² située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis 5-7-9, rue _____ à Genève. Ce bail était conclu pour une durée de 10 ans, soit du 1^{er} août 2004 au 31 juillet 2014. Le loyer convenu s'élevait à 113'100 fr. par an et était indexé à l'indice suisse des prix à la consommation, valeur au 31 mars 2004, et des acomptes de charges et de frais d'exploitation étaient fixés à 4'920 fr. par an. En outre, le bail comportait, entre autres clauses, l'article 8 suivant:

"(...)

Le locataire ne peut être libéré hors délai de son bail que s'il propose au bailleur un nouveau locataire approprié, solvable et prêt à reprendre le bail aux mêmes conditions. Il faut à cet égard réserver un temps suffisant au bailleur, généralement trente jours, pour les recherches usuelles."

L'arcade n'a pas été occupée par X____ SA, mais donnée en sous-location par cette dernière à A____. En raison des arriérés de loyers accumulés par la sous-locataire, X____ SA a résilié le bail le 4 mars pour le 20 avril 2005. L'évacuation de la sous-locataire a été prononcée par jugement du Tribunal des baux et loyers du 8 août 2005.

b. Par courrier du 22 mars 2005, X____ SA a informé Y____ qu'elle renonçait à ouvrir une boutique de chocolat à la rue _____ et souhaitait en conséquence "*interrompre au plus vite le bail de l'arcade*". Elle proposait un paiement de neuf mois de loyer et charges afin d'être libérée du contrat de bail.

Par lettre du 30 mars 2005, Y____ a pris note du souhait de sa locataire de se départir du contrat, mais a refusé sa proposition de paiement de neuf mois de loyer. Elle a rappelé à X____ SA qu'une libération ne pouvait intervenir que moyennant la présentation d'un repreneur solvable conformément à l'art. 264 CO.

c. Le 30 août 2005, X____ SA a mandaté B____ aux fins de "*tout mettre en œuvre en vue de la remise anticipée des locaux précités par la présentation au bailleur d'un locataire solvable, qui serait prêt à reprendre le bail aux mêmes conditions*". Son mandat comprenait notamment les contacts avec la régie pour la négociation de la remise de bail.

Par télécopie du 20 septembre 2005, B____ a informé Y____ que G____, de la société à responsabilité limitée W____, était disposée à reprendre le bail aux conditions actuelles. Aux dires de B____, il s'agissait d'une société solvable dont les associés étaient actifs dans le domaine des vêtements depuis plus de trente ans.

Cette proposition a été acceptée par Y____ sur le principe. Cependant, la bailleuse a fixé des conditions supplémentaires, à savoir une modification de la garantie bancaire de trois à six mois de loyers ainsi que la signature - à titre personnel - de l'un des époux G____. Y____ explique sa position par le fait qu'elle avait eu par le passé de mauvaises expériences avec des commerces de vêtements, qu'à l'époque X____ SA avait des arriérés importants de loyers et que la société proposée avait un capital social limité à 20'000 fr., ce qui était insuffisant en regard d'un loyer mensuel de l'ordre de 10'000 fr. par mois.

Par télécopie envoyée le 29 septembre 2005 à 10h43 à Y____, B____ prenait ainsi note de l'accord du bailleur avec le "*transfert de bail à la boutique précitée*", mais l'informait que si W____ Sàrl était d'accord d'augmenter la garantie bancaire à six mois, ses associés refusaient de s'engager à titre personnel. Ce courrier se terminait de la manière suivante :

"Etant donné que vous avez modifié les conditions de location et que X____ SA vous a présenté un locataire solvable disposé à reprendre le

bail aux mêmes conditions, nous vous prions de considérer la présente comme résiliation anticipée au 15 octobre 2005 conformément à l'art. 8 du bail si le transfert devait échouer en raison de votre modification des conditions actuelles du bail".

Le même jour à 16h31, B_____ transmettait à Y_____ l'intérêt de la société C_____ SA pour les locaux et indiquait que cette société se déclarait disposée à reprendre le bail aux mêmes conditions que X_____ SA. Y_____ affirme avoir préféré cette candidature au motif qu'il s'agissait d'une entreprise de réputation internationale se trouvant plus en rapport avec les autres commerces situés à la rue _____.

d. Le 3 octobre 2005, X_____ SA et C_____ SA ont signé un formulaire type de transfert de bail établi par la Chambre genevoise immobilière et la Société des régisseurs de Genève. A teneur de ce contrat, le bail du 1^{er} août 2004 conclu entre Y_____ et X_____ SA était transféré à C_____ SA à partir du 16 octobre 2005 (art. 1). X_____ SA s'engageait à libérer les locaux pour le 16 octobre 2005 (art. 2) et restait engagée conjointement et solidairement avec C_____ SA par les obligations découlant du bail et de ses annexes jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou la résiliation de celui-ci pour deux ans au plus; la responsabilité de X_____ SA portait tant sur les dettes nées avant le transfert que sur celles nées pendant le délai de deux ans (art. 5). Enfin, pour garantir l'exécution des obligations, C_____ SA s'engageait à fournir à Y_____, à la signature du transfert, une garantie de 28'275 fr. (art. 6).

X_____ SA affirme que le formulaire de transfert du bail lui a été transmis directement par Y_____ et que son mandataire, B_____, a été tenu à l'écart de ces négociations. Aucun document de la procédure ne démontre que B_____ ait été associée à la procédure de transfert de bail à C_____ SA. Il n'est pas non plus établi que Y_____ ait intentionnellement envoyé le formulaire de transfert de bail à X_____ SA pour empêcher B_____ de dispenser des conseils juridiques à sa mandante.

e. Par courrier du 14 novembre 2005, Y_____ a rappelé à C_____ SA et à X_____ SA que la garantie de 28'275 fr. prévue pour le transfert de bail (art. 6) n'avait pas été constituée, ce qui l'empêchait de ratifier le transfert et de libérer la garantie fournie par X_____ SA. Le 24 novembre 2005, X_____ SA répondait à ce courrier en rappelant qu'elle avait présenté deux candidats solvables pour la reprise du bail et concluait ainsi sa lettre :

"Je nous considère donc légalement libérés du bail et récuse l'avis de majoration de loyer. Je vous prie de nous transmettre le transfert de bail dans les meilleurs délais".

Par courrier électronique du 7 décembre 2005, X_____ SA a maintenu sa position et informé Y_____ que, sans nouvelles de sa part, elle ferait bloquer tout paiement de loyer après la date de transfert de bail, soit le 15 octobre 2005.

Elle précisait encore à la bailleresse se trouver à disposition "*pour (lui) remettre les clefs des locaux à (sa) convenance*".

f. Le 7 décembre 2005, chaque partie a mandaté un avocat pour défendre ses intérêts. Ces avocats sont spécialisés dans le domaine du droit du bail, pour exercer ou avoir exercé la fonction de juge assesseur auprès de la Chambre de céans.

Par courrier du 7 décembre 2005, le conseil de Y_____ informait X_____ SA que la garantie prévue pour le transfert de bail n'avait pas été constituée, ce qui avait pour conséquence que X_____ SA restait débitrice des loyers, à savoir 49'587 fr. 50 au 1^{er} décembre 2005. Par courrier du 27 janvier 2006, le conseil de X_____ SA répondait que la locataire se considérait comme libérée de ses obligations dans la mesure où elle avait proposé un nouveau locataire approprié, solvable et prêt à reprendre le bail aux mêmes conditions.

Malgré l'absence de constitution de garantie bancaire par C_____ SA, les conseils des parties sont restés en contact car cette société a continué à manifester son intérêt pour les locaux. L'éventualité d'un transfert de bail au profit de la société D_____, filiale de C_____ SA a été évoquée. Le 7 juillet 2006, Y_____ a constaté que, faute de réponse positive de C_____ SA ou de D_____, X_____ SA restait liée par le contrat de bail. Le 13 septembre 2006, X_____ SA a transmis à Y_____ la candidature de E_____, précisant néanmoins qu'elle ne s'estimait plus liée par le contrat de bail. Le 5 octobre 2006, X_____ SA a signé un nouvelle formule type de transfert de bail au profit de E_____ avec effet au 1^{er} novembre 2006, charge à X_____ SA de libérer les locaux pour cette date; ce document n'a pas été signé par E_____.

Le 23 novembre 2006, Y_____, X_____ SA – en qualité de locataire transférant – et F_____ SA – en qualité de bénéficiaire du transfert – ont signé une formule type de transfert de bail avec effet au 1^{er} décembre 2006. A teneur de ce contrat, X_____ SA s'engageait à libérer les locaux pour le 1^{er} décembre 2006 (art. 2) et restait engagée conjointement et solidairement avec F_____ SA par les obligations découlant du bail et de ses annexes jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou la résiliation de celui-ci pour deux ans au plus; la responsabilité de X_____ SA portait tant sur les dettes nées avant le transfert que sur celles nées pendant le délai de deux ans (art. 5). Enfin, pour garantir l'exécution des obligations, F_____ SA s'engageait à fournir à Y_____, à la signature du transfert, une garantie de 33'000 fr. (art. 6).

g. La question de savoir quand les locaux ont été restitués à Y_____ est litigieuse : X_____ SA prétend que les locaux ont été restitués pour le 15 octobre 2005, tandis que Y_____ se fonde sur la date du 30 novembre 2006.

X_____ SA soutient que du fait qu'elle ait demandé, en mars 2005, à mettre un terme à son bail commercial parce qu'elle renonçait à ouvrir sa boutique on pouvait raisonnablement en déduire qu'elle n'avait plus aucune prétention sur la chose louée. Elle n'allègue cependant pas avoir restitué les clefs des locaux à Y_____ le 15 octobre 2005 et admet la teneur de son courrier électronique du 7 décembre 2005 relatif à la remise des clefs à la prochaine convenance de Y_____. Elle ajoute encore que les nombreux courriers où elle a déclaré vouloir restituer les locaux devaient conduire le bailleur à considérer qu'il était désormais mis en possession immédiate de la chose louée.

De son côté, Y_____ s'en tient aux termes du contrat de transfert de bail du 23 novembre 2006 qui fixe la libération des locaux au 1^{er} décembre suivant. De plus, pour avoir signé trois contrats de transfert de bail, les 3 octobre 2005, 5 octobre 2006 et 23 novembre 2006, X_____ SA ne peut soutenir avoir effectivement restitué les locaux le 15 octobre 2005 déjà.

h. Le loyer mensuel de l'arcade litigieuse, charges comprises, a été fixé à 9'835 fr. jusqu'au 31 décembre 2005. Dès le 1^{er} janvier 2006, le loyer a été porté à 10'110 fr., charges comprises, conformément à un avis de majoration de bail du 12 novembre 2005 fondé sur l'indexation prévue dans le bail.

Y_____ affirme que X_____ SA ne s'est acquittée d'aucun loyer entre le 1^{er} octobre 2005 et le 30 novembre 2006. Elle ajoute, sans produire de pièces justificatives à l'appui de ses dires, que les décomptes de charges ont laissé un solde positif pour la locataire de 765 fr. 50 au 30 juin 2005 et un solde négatif pour la locataire de 61 fr. 50 au 30 juin 2006. Elle admet enfin un versement de 6'048 fr. 50 pendant cette période. Aucun décompte des versements effectués par la locataire à titre de loyers n'a été produit par la bailleuse.

De son côté, X_____ SA soutient qu'elle s'est acquittée des loyers dus jusqu'au 31 octobre 2005. Pour preuve de son paiement, elle se réfère aux avis comminatoires que lui a envoyés la bailleuse les 15 décembre 2005 et 14 janvier 2006 qui mentionnent exclusivement des arriérés pour les mois de novembre 2005 à janvier 2006. S'agissant des décomptes de charges, elle admet des soldes positifs de 765 fr. 50 pour chaque exercice et se réfère à ce propos au commandement de payer notifié par la bailleuse le 21 juin 2006 qui fait état de "*2 soldes de décompte de charges de 765 fr. 50 chacun*" pour la période d'octobre 2005 à avril 2006.

i. Y_____ – demanderesse au fond – a saisi la juridiction des baux et loyers d'une demande en paiement dirigée contre X_____ SA le 21 août 2006. Ses dernières conclusions tendaient à ce que X_____ SA – défenderesse au fond – soit condamnée à lui verser la somme de 135'031 fr. 85 avec intérêts à 5% dès le 15 janvier 2006.

Dans sa réponse, X_____ SA a conclu au déboutement de Y_____ du chef de sa demande et pris les conclusions reconventionnelles suivantes :

- dire que la poursuite No 06 _____ P dirigée contre X_____ SA a été illégitimement entamée et n'ira pas sa voie;
- ordonner à l'Office des poursuites d'annuler ladite poursuite;
- interdire à l'Office des poursuites de communiquer l'existence de ladite poursuite à des tiers;
- constater la nullité de ladite poursuite, respectivement prononcer sa nullité;
- constater la nullité des formulaires de transferts de bail signés notamment par X_____ SA les 3 octobre 2005, 5 octobre 2006 et 23 novembre 2006, respectivement prononcer leur nullité;
- constater la nullité du formulaire de bail signé par D_____ le 31 mai 2006, respectivement prononcer sa nullité;
- ordonner à Y_____ de libérer la garantie de 28'275 fr. constituée par X_____ SA le 16 décembre 2004;
- débouter les parties de toutes autres conclusions.

Y_____ a conclu au rejet de toutes les conclusions reconventionnelles de X_____ SA.

j. Le jugement querellé a été rendu sur la base des pièces et des écritures des parties. Il traite spécifiquement de la conclusion de X_____ SA en libération de sa garantie bancaire pour parvenir au résultat que cette libération n'a pas lieu d'être puisque la locataire reste débitrice de loyers.

En appel, les parties ne se prévalent pas d'un défaut d'instruction de la cause et n'ont d'ailleurs requis auprès du premier juge aucun acte d'instruction précis. Dans ses écritures, X_____ SA n'émet aucune critique relative au raisonnement du Tribunal au sujet du refus de libérer la garantie bancaire de loyers.

C. L'argumentation juridique des parties sera, pour le surplus, examinée ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 443 et 444 LPC). Il en va de même pour l'appel incident (art. 445 et 298 al. 1 LPC).

S'agissant d'une procédure en paiement d'une somme supérieure à 8'000 fr., le Tribunal a statué en premier ressort (art. 56P al. 2 LOJ). La Cour revoit donc la cause librement; sous réserve de l'immutabilité du litige, elle peut connaître de nouvelles conclusions, de nouveaux allégués et de nouvelles preuves

(BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 2 ad art. 445 LPC).

2. Le Tribunal a retenu que la défenderesse n'avait pas restitué les locaux objet du bail avant le 1^{er} décembre 2006. Pour ce motif, une restitution anticipée de la chose louée n'entraîne pas en ligne de compte avant cette date. L'appelante conteste cette argumentation.

2.1 L'art. 264 al. 1 CO permet au locataire de restituer la chose sans observer les délai ou terme de congé - et d'être ainsi libéré de ses obligations envers le bailleur - s'il présente un nouveau locataire qui soit solvable et que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser; le locataire doit en outre être disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions.

Condition nécessaire à l'application de l'art. 264 CO, la restitution des locaux doit être opérée par le locataire. Il faut distinguer cette restitution du simple abandon d'usage de la chose louée qui, juridiquement, est sans pertinence. Il appartient ainsi au locataire de manifester auprès du bailleur son intention de renoncer définitivement au droit d'usage des locaux et de rendre cette intention clairement reconnaissable pour le bailleur. En outre, il faut que cette intention soit accompagnée d'actes concrets, de sorte que le bailleur soit mis en possession immédiate de la chose sans que subsiste d'obstacle de la part du locataire sortant. En d'autres termes, la restitution doit être effective et complète (CHAIX, A la recherche du locataire de remplacement, SJ 1999 II 55; HIGI, Commentaire zurichois, n. 13 et 21 ad art. 264 CO; LACHAT, Commentaire romand, n. 3 ad art. 264 CO). Cela implique que le locataire sortant remette toutes les clés des locaux (ATF 119 II 37 consid. 3c).

2.2 La défenderesse soutient avoir abandonné l'usage des locaux dès le 15 octobre 2005 et se fonde sur les circonstances suivantes : elle avait signifié à la demanderesse sa résolution de ne pas ouvrir de boutique à la rue _____ et elle avait mis fin à la sous-location de l'arcade. Elle fait également valoir que, dans la mesure où deux locataires se sont intéressés à reprendre les locaux dès le 15 octobre 2005, cela impliquait nécessairement que les locaux fussent – selon ses termes – vides de sa personne ou de celle de sa sous-locataire. La défenderesse poursuit son raisonnement en affirmant que les courriers qu'elle a adressés à la demanderesse signifiaient que les locaux étaient effectivement restitués et que la propriétaire était désormais mise en possession immédiate de la chose louée.

Comme on l'a vu, l'abandon d'usage des locaux litigieux par la défenderesse – lequel n'est d'ailleurs pas démontré – n'équivaut pas à une restitution de la chose louée. Si la locataire a certes indiqué à plusieurs reprises à sa bailleuse qu'elle ne souhaitait plus occuper l'arcade de la rue _____, cela ne permet pas encore à

la propriétaire d'en disposer librement. A teneur du dossier, cette libre disposition ne s'est pas concrétisée avant le 1^{er} décembre 2006. En décembre 2005, la défenderesse indiquait explicitement à la demanderesse qu'elle conservait encore les clefs des locaux et se tenait à disposition pour les remettre. Elle n'allègue pas avoir remis ces clefs ultérieurement. Elle n'a pas non plus allégué que les locaux se trouvaient immédiatement et librement accessibles à la demanderesse au cours de l'année 2006 et que celle-ci aurait, par exemple, fait procéder à des visites par des tiers intéressés par les locaux. A ce propos, la locataire se prévaut à tort d'une jurisprudence où le Tribunal fédéral a admis que la restitution ultérieure des clefs ne suffisait pas pour exclure la volonté du locataire de restituer les locaux dans la mesure où, quelques semaines auparavant, ce locataire avait adressé à la bailleuse une lettre qui ne laissait subsister aucun doute sur son intention de restituer (arrêt 4C.129/1999 du 5 octobre 1999, traduit in Mietrechtspraxis [mp] 2000 p. 32, consid. 2a) : dans le cas d'espèce, la locataire n'allègue pas avoir restitué les clefs des locaux, même "ultérieurement". De surcroît, comme les juges fédéraux ont eu l'occasion de le rappeler, ce cas particulier constitue une exception limitée à ces circonstances tout à fait particulières (arrêt 4C.446/2007 du 26 mars 2007 consid. 4.4); dès lors, cette exception doit être appréciée avec restriction.

Enfin et surtout, à l'instar des premiers juges, il faut retenir que la défenderesse a signé deux contrats de transfert de bail, dans lesquels elle s'engageait à libérer les locaux, respectivement pour le 1^{er} novembre, puis pour le 1^{er} décembre 2006. Ces documents sont dénués de toute ambiguïté. De surcroît, ils ont été signés par la défenderesse alors qu'elle bénéficiait des conseils avisés de son avocat, spécialisé en droit du bail.

2.3 Par conséquent, les locaux litigieux n'ont pas été restitués à la bailleuse avant le transfert du bail intervenu entre les parties et F_____ SA avec effet au 1^{er} décembre 2006. Dès lors, la défenderesse est tenue de s'acquitter des loyers et des charges dus jusqu'au 30 novembre 2006.

- 3.** Dans le cadre de son appel incident, la demanderesse réclame le loyer de l'entier du mois d'octobre 2005; elle se prévaut également d'un solde négatif de charges pour l'année 2006 qui porterait sa créance à 133'962 fr. 35. De son côté, la défenderesse affirme s'être acquittée de l'entier du mois d'octobre 2005 et admet que les charges sont dues à concurrence des acomptes déjà versés, sous imputation de deux soldes positifs de 765 fr. 65 pour chaque exercice.

Dans la mesure où les parties ne produisent ni quittance – pour le paiement du loyer – ni décompte périodique des dépenses effectives – pour le paiement des frais accessoires – il convient de déterminer qui supporte le fardeau de la preuve des faits qu'elles allèguent.

3.1 S'agissant du loyer du mois d'octobre 2005, l'existence ainsi que la quotité de cette créance sont désormais établies. Seule demeure litigieuse la question de savoir si la locataire s'en est acquittée, pour partie ou en entier. Sur le sujet, conformément à l'art. 8 CC, il appartient au débiteur qui a exécuté son obligation de prouver qu'il a effectivement fourni sa prestation (LOERTSCHER, n. 1 ad art. 88 CO). Pour l'aider dans l'apport de cette preuve, l'art. 88 CO fait obligation au créancier de lui délivrer une quittance. La défenderesse ne produit aucune quittance relative au loyer du mois d'octobre 2005. Elle ne produit aucun autre document susceptible d'établir le paiement de ce mois de loyer. A cet égard, les avis comminatoires envoyés par la bailleuse en décembre 2005 et janvier 2006 ne sont pas déterminants car ils n'avaient pas pour but de valoir quittance du paiement du loyer d'octobre 2005. De plus, il est plus aisé au débiteur de démontrer qu'il s'est acquitté d'un paiement qu'au créancier de prouver l'absence d'un tel versement.

Par conséquent, la défenderesse sera condamnée à verser l'entier du loyer d'octobre 2005 à la demanderesse et le jugement entrepris sera modifié sur ce point.

3.2 S'agissant des frais accessoires, il faut rappeler qu'à teneur de l'art. 257a al. 1 CO, ceux-ci sont dus pour les prestations fournies par le bailleur ou un tiers en rapport avec l'usage de la chose. Les frais accessoires sont ainsi des dépenses que supporte le bailleur pour des prestations qu'il fournit lui-même ou qu'il fait fournir par un tiers; ils doivent correspondre aux dépenses effectives du bailleur (art. 257b al. 1 CO). Cela a pour conséquence que c'est au bailleur qu'incombe le fardeau de la preuve des dépenses qu'il facture en tant que frais accessoires (RICHARD, Les frais accessoires au loyer dans les baux d'habitation et de locaux commerciaux, Séminaire bail à loyer, Neuchâtel 2002, p. 6).

En l'espèce, la demanderesse n'a absolument pas démontré l'existence des dépenses qu'elle a dû consentir au titre de charges pour l'arcade litigieuse. Comme la défenderesse admet cependant que ces charges sont justifiées à hauteur des acomptes déjà versés, sous déduction de deux soldes positifs de 765 fr. 65, le jugement de première instance pourra être confirmé.

3.3 Ce qui précède amène à réformer partiellement le jugement entrepris dans la mesure où la défenderesse sera condamnée à verser les loyers suivants : 3 mois à 9'835 fr. pour l'année 2005 et 11 mois à 10'110 fr. pour l'année 2006, soit un total 140'715 fr. Compte tenu des déductions (admise par les parties : 6'048 fr. 50) et retenue par le présent arrêt (2 x 765 fr. 65), la somme due par la défenderesse s'élève à 133'135 fr. 20.

La date de départ des intérêts moratoires n'est pas spécifiquement contestée et sera confirmée.

-
4. La défenderesse reprend en appel ses conclusions reconventionnelles en constatation de droit.

S'agissant de la prétendue nullité des poursuites intentées par la demanderesse, les conclusions de la défenderesse doivent être rejetées puisque celle-ci est justement condamnée à verser un montant supérieur à celui mentionné dans le commandement de payer litigieux.

En ce qui concerne la nullité des formulaires de transferts de bail que la défenderesse a signés, force est de constater que cette question est sans objet pour les contrats des 3 octobre 2005 et 5 octobre 2006 qui n'ont pas été ratifiés par la demanderesse et qui ne sont - par conséquent - pas venus à chef. En ce qui concerne le formulaire du 23 novembre 2006, il a été signé par la bailleresse, la locataire transférante et la bénéficiaire du transfert. Aucune de ces parties ne se prévaut d'un vice de la volonté sur le sujet. La défenderesse était assistée d'un mandataire professionnel qualifié. Enfin, la défenderesse ne peut déduire aucune conséquence du caractère semi impératif de l'art. 264 CO puisque cette question n'a de pertinence que lorsqu'il s'agit d'examiner la portée de conditions générales dérogeant au système légal (CHAIX, op. cit., p. 54; HIGI, op. cit. n. 3 ad art. 264 CO; LACHAT, Commentaire romand, n. 2 ad art. 264 CO). En revanche, les parties restent toujours libres de convenir, dans un cas particulier, d'un transfert de bail en lieu et place d'une restitution anticipée de la chose louée. Dès lors, il ne sera pas donné suite aux conclusions reconventionnelles de la défenderesse.

S'agissant enfin de la question de la garantie bancaire, le Tribunal a – à juste titre – retenu que, dans la mesure où la défenderesse était débitrice de la demanderesse, elle ne pouvait en obtenir la libération. La défenderesse n'émet aucune critique sur ce sujet de sorte que, de toute manière, ce point de son appel serait irrecevable.

5. Vu l'issue de la procédure, un émolument d'appel sera mis à la charge de la partie appelante (art. 447 al. 2 LPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Reçoit les appels principal et incident formés respectivement par X_____ SA et Y_____ contre le jugement JTBL/1055/2007 rendu par le Tribunal des baux et loyers le 3 septembre 2007 dans la cause C/20270/2006-1-D.

Au fond :

Annule le chiffre 1 de ce jugement.

Et statuant à nouveau sur ce point :

Condamne X_____ SA à payer à Y_____ la somme de 133'135 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} avril 2006.

Confirme le jugement pour le surplus.

Condamne X_____ SA à verser à l'Etat un émolument d'appel de 300 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Mesdames Marguerite JACOT-DES-COMBES et Florence KRAUSKOPF, juges; Messieurs Lucien BACHELARD et Bertrand REICH, juges assesseurs; Madame Muriel REHFUSS, greffier.

Le président :

François CHAIX

Le greffier :

Muriel REHFUSS

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 à 30'000 fr.