

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/28695/2011

ACJC/893/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU MERCREDI 17 JUILLET 2013

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ à Genève, appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 25 janvier 2013, comparant par Me Pascal Pétroz, avocat, rue de la Coulouvrenière 29, case postale 5710, 1211 Genève 11, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'une part,

et

B_____**SA**, sise _____ à Genève, intimée, comparant par Me Malek Adjadj, avocat, Grand'Rue 25, case postale 3200, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 19.07.2013.

EN FAIT

A. a. Par jugement JTBL/97/2013 rendu le 25 janvier 2013 et communiqué aux parties par plis recommandés du 6 février 2013, le Tribunal des baux et loyers a débouté A_____ des fins de sa demande de contestation de congé (ch. 1 du dispositif), constaté la validité du congé que B_____SA lui avait notifié par avis officiel du 10 octobre 2011 pour le 30 novembre 2011, concernant les locaux commerciaux sis 1_____ à Genève, portant sur un restaurant d'environ 62.4 m2 au rez-de-chaussée, un restaurant d'environ 278.5 m2 au 1^{er} sous-sol, des bureaux d'environ 152.8 m2 au 2^{ème} étage et deux dépôts d'environ 115.55 m2 et 15 m2 au 2^{ème} sous-sol (ch. 2), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3), dit que la procédure était gratuite (ch. 4) et informé les parties sur les voies de recours (ch. 5).

b. En substance, le Tribunal des baux et loyers (ci-après : le Tribunal) a retenu que le locataire n'avait pas rendu vraisemblable que la sommation pour défaut de paiement du loyer qui lui avait été adressée par la bailleuse par pli recommandé le 9 août 2011 aurait été mal acheminée ou subtilisée durant l'été 2011, de sorte que cet avis comminatoire avait été valablement notifié, de même que le congé qui s'en était suivi.

Par ailleurs, le locataire n'avait pas établi, ni rendu vraisemblable, avoir valablement excipé de compensation dans le délai comminatoire, dès lors qu'il avait admis, dans sa requête en conciliation, n'avoir jamais fait valoir de prétention quelconque vis-à-vis de la bailleuse avant de recevoir son congé, puis affirmé dans ses écritures devant le Tribunal qu'il était prêt à payer rapidement l'arriéré de loyer accumulé depuis le mois de juillet 2011 et, pour le surplus, que ses déclarations confuses ne permettaient pas de déceler s'il demandait la réparation d'un dommage qu'il aurait subi (art. 259a al. 1 let. c, 259e CO) et/ou s'il entendait faire valoir une réduction de loyer (art. 259a al. 1 let. b, 259d CO), voire une consignation (art. 259g CO). Il n'était donc pas possible de déterminer quelle était la créance opposée en compensation, l'intention du locataire d'exciper de compensation n'ayant jamais été exprimée de façon claire et intelligible.

Les premiers juges ont implicitement refusé les auditions de témoins sollicitées par le locataire et retenu que la bailleuse était fondée à résilier le bail de façon anticipée en application de l'art. 257d CO.

Ils ont en outre considéré que le locataire, qui avait conclu à l'inefficacité des congés - subsidiairement à leur annulation - n'avait pas rendu vraisemblable qu'une des circonstances exceptionnelles visées par la jurisprudence relative à l'art. 271 al. 1 CO était réalisée, de sorte que le bail avait été valablement résilié pour le 30 novembre 2011.

c. Par acte expédié le 11 mars 2013 au greffe de la Cour de justice, A_____ forme appel contre le jugement susmentionné, dont il demande l'annulation.

Il conclut, principalement, à l'annulation de la résiliation du bail notifiée le 10 octobre 2011 pour le 30 novembre 2011 et, subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal en vue de l'ouverture d'enquêtes.

d. A l'appui de son appel, il a déposé, le 28 mars 2013, huit pièces qui n'ont pas été soumises aux premiers juges, à savoir trois courriers antérieurs à la date du jugement entrepris (pièces 4, 7 et 8), et cinq postérieurs à celui-ci (pièces 1 à 3, 5 et 6).

e. Dans sa réponse du 26 avril 2013, B_____SA conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement.

f. Les parties ont été informées par pli du greffe de la Cour du 14 mai 2013 de la mise en délibération de la cause.

B. Les faits pertinents de la cause peuvent être résumés comme suit :

a. B_____SA et A_____ ont conclu, le 1^{er} mai 2006, un contrat de bail à loyer commercial portant sur des locaux commerciaux sis 1_____ à Genève, soit un restaurant d'environ 62.4 m² au rez-de-chaussée, un restaurant d'environ 278.5 m² au 1^{er} sous-sol, des bureaux d'environ 152.8 m² au 2^{ème} étage et deux dépôts d'environ 115.55 m² et 15 m² au 2^{ème} sous-sol.

Le bail a été conclu pour une durée initiale de dix ans, du 1^{er} juin 2006 au 31 mai 2016, avec renouvellement tacite de cinq ans en cinq ans. Le loyer annuel a été fixé en dernier lieu à 197'712 fr., charges non comprises.

b. Le même jour, A_____ a également conclu un bail avec C_____SA portant sur un restaurant d'environ 152.75 m² au 1^{er} sous-sol et un dépôt d'environ 21.6 m² au 2^{ème} sous-sol, sis 2_____ [adjacent de 1_____], à Genève, locaux exploités sous l'enseigne "D_____".

Ces locaux sont également exploités sous l'enseigne "D_____".

Le bail a été conclu pour une durée initiale de dix ans, du 1^{er} juin 2006 au 31 mai 2016, avec renouvellement tacite de cinq ans en cinq ans. Le loyer annuel été fixé en dernier lieu à 40'356 fr., charges non comprises.

c. A une date indéterminée, des infiltrations d'eau se sont produites dans les locaux de "D_____" sans qu'il soit précisé si elles concernaient l'immeuble sis 1_____ ou 2_____ ou les deux.

Par courriel du 22 novembre 2010, A_____ s'est adressé à l'assurance du commerce voisin, E_____SA, dont les locaux avaient été désignés comme étant à l'origine de l'infiltration d'eau s'étant produite dans ceux de "D_____". A_____ exposait, dans ce courriel, que la perte d'exploitation de "*cet espace*" s'élevait à environ 120'000 fr. pour une période de six mois, que la remise en état de l'espace touché par le sinistre (canapés, murs et plafonds) pouvait être estimée à 80'000 fr. et que la suppression du carré VIP - suite au sinistre - avait causé une perte de chiffre d'affaires de "D_____" d'environ 300'000 fr.

A_____ indiquait être d'accord de prendre les travaux de rénovation de l'espace sinistré à sa charge contre versement d'une indemnité de 150'000 fr.

L'assurance a répondu par courriel du 7 décembre 2010 ne pas être en mesure de statuer sur la réclamation, celle-ci n'ayant pas été étayée.

d. Par plis recommandés du 9 août 2011, B_____SA et C_____SA ont mis José A_____ en demeure de leur régler, sous 30 jours, respectivement 3'363 fr. pour les locaux ses 2_____ et 16'921 fr. pour ceux sis 1_____, correspondant au loyer du mois de juillet 2011, et l'ont informé de leur intention, à défaut du paiement intégral des sommes réclamées dans le délai imparti, de résilier le bail des locaux, conformément à l'art. 257d CO.

Selon les données de la poste ("Track & Trace"), A_____ a été avisé par avis de retrait le 10 août 2011. Le locataire n'a toutefois retiré aucun de ces deux plis.

e. Par courriel du 12 août 2011, A_____ s'est adressé à F_____, gérant auprès de la régie pour confirmer qu'il restait devoir 40'000 fr. pour les mois de juillet et août et solliciter un délai au 2 septembre 2011 pour régler son dû.

F_____ a répondu par courriel du même jour que le délai pour régulariser la situation était échu au 5 août 2011 (sic).

Le 25 août 2011, le locataire a sollicité un entretien avec un représentant de la régie ou des propriétaires afin de trouver un accord. Il lui a été répondu que le dossier se trouvait désormais au service du contentieux et qu'il devait s'adresser au conseil de la propriétaire.

f. Par avis officiels du 10 octobre 2011, B_____SA et C_____SA ont résilié les baux, pour le 30 novembre 2011, en raison de la demeure du locataire.

Selon les données de la poste ("Track & Trace"), les plis recommandés contenant les résiliations n'ont pas été réclamés par le locataire à l'office postal dans le délai de garde, bien qu'il en ait été informé par avis de retrait du 12 octobre 2011.

C. a. Par requête du 10 novembre 2011 formée par-devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, A_____, comparant en personne, a

"contesté l'avis de résiliation du bail signifié en date du 10 octobre 2011". A l'appui de sa requête, il a expliqué qu'il n'avait pas reçu les avis comminatoires du 9 août 2011, précisant qu'il arrivait fréquemment que des courriers disparaissent de sa boîte-aux-lettres, ce dont il avait informé la régie. Il reconnaissait que les loyers de juillet à novembre 2011 n'avaient pas été versés. Il avait oralement demandé un délai de paiement suite à une perte du chiffre d'affaires liée à l'été, ce qui avait été accepté oralement par la régie. Par ailleurs, "D_____" avait, précédemment, subi un énorme préjudice, en raison de deux dégâts d'eau. S'agissant du second sinistre, la régie avait mis six mois pour trouver l'origine de la fuite, et pendant toute cette période il avait dû condamner une partie de "D_____"; ni l'assurance ni les propriétaires n'avaient rien payé, "*malgré plusieurs demandes de ma part*". En outre, lors de la conclusion du bail, il avait investi 5 millions de francs en travaux, auxquels les propriétaires n'avaient pas du tout participé. Durant cette période de travaux, le loyer avait été payé et il n'avait pas demandé la moindre indemnité aux bailleuses. Il avait juste demandé un délai pour le paiement des loyers de juillet et août. Au lieu de cela, un avis comminatoire lui avait été adressé, qu'il n'avait pas reçu; le conseil des propriétaires lui avait dit qu'une solution à l'amiable allait être trouvée, mais un avis de résiliation du bail lui avait été envoyé.

A_____ s'est déclaré prêt à régler le loyer en retard dans un délai très raisonnable ainsi qu'à donner les garanties nécessaires pour rassurer le propriétaire. Il estimait toutefois que le congé était inefficace car il pourrait, s'il le fallait, régler immédiatement la somme correspondant à quatre mois de loyer, que les bailleuses n'avaient pas respecté la forme et les délais "*fixés par l'art. 257 CO*", et qu'il pourrait "*également justifier d'une compensation selon l'art. 265 CO*".

b. Aucun accord n'ayant pu être trouvé entre les parties, la Commission de conciliation a délivré à A_____ une autorisation de procéder.

Ce dernier a déposé, en personne, le 19 avril 2012, la requête en contestation du congé extraordinaire devant le Tribunal. Il a allégué que depuis l'ouverture de "D_____", trois ans auparavant, il avait dû déplorer des infiltrations d'eau à huit ou dix reprises. A une date non précisée, il avait subi un dégât d'eau plus important que les autres, qui avait touché la partie droite de "D_____", les canapés et le faux plafond avaient été imbibés d'eau; cette partie avait dû être fermée au public durant six mois, ce qui avait causé un gros problème d'exploitation car non seulement "D_____" était complètement déséquilibré dans sa forme mais on voyait distinctement de l'eau couler dans les locaux. Le conseil des bailleuses était passé plusieurs fois durant cette période.

A_____ a offert de prouver l'existence et l'étendue des dégâts par témoins et photos. Il a en outre indiqué avoir "*plusieurs fois de manière très polie fait savoir*

à la régie qu'il serait très correct de leur part de [l]'indemniser pour le préjudice subi". A l'époque, F_____ semblait lui prêter une oreille attentive. Il n'avait jamais voulu attaquer ni la régie ni les propriétaires car il avait toujours été convaincu qu'elles allaient l'indemniser pour la perte matérielle (canapés, faux plafond, etc.) ainsi que pour le préjudice d'exploitation. Mais tel n'avait pas été le cas, alors que les loyers avaient été régulièrement payés. Le menuisier s'était également plaint auprès de lui de ne pas avoir été payé par la régie.

Il a allégué qu'au moment où la régie lui avait envoyé la "lettre d'expulsion", le conseil des baillereses était "en train de [lui] confirmer [qu'ils] all[ai]ent trouver un accord afin de [l]'indemniser, il s'est d'ailleurs excusé et [lui] a affirmé que la lettre de la régie était partie contre sa volonté, qu'il n'y pouvait rien et qu'il [lui] restait un jour pour aller chercher la lettre à la poste".

Le locataire a réitéré, dans ses écritures, son offre de verser les loyers en retard, précisant s'être renseigné auprès de l'office de conciliation à ce sujet, et qu'il lui aurait été répondu que le règlement de l'arriéré ne servirait à rien dans le cas précis et qu'il disposait d'un délai pour porter la cause devant le Tribunal.

A_____ a, enfin, conclu ses écritures par ces termes : "*Si le tribunal considère que les agissements du propriétaire et de la régie sont corrects et qu'aucune indemnité ne doit m'être allouée par rapport au préjudice subi, je me conformerai à la décision du tribunal. Dans ce cas-là, j'espère vraiment que si le montant de l'arriéré de loyer est réglé par mes soins je puisse être réintégré dans mes droits*".

Il a joint une liste de témoins pouvant confirmer ses allégations.

c. Dans ses écritures responsives du 18 juin 2012, B_____SA a conclu à l'irrecevabilité de la demande et, subsidiairement, au déboutement du locataire de toutes ses conclusions. Elle a soutenu que l'avis de résiliation avait été valablement notifié et que les conditions pour une résiliation extraordinaire en raison de la demeure du locataire étaient remplies. Elle a en outre contesté l'existence d'une prétendue créance en faveur de A_____ à son encontre, et relevé qu'en tout état de cause, ce dernier ne pouvait se prévaloir de ses créances pour pallier l'absence de paiement par versement ou compensation dans le délai comminatoire.

Elle s'est opposée à l'audition des témoins sollicitée par le locataire, en relevant que "*même si ces dégâts d'eau étaient avérés*" et même si le locataire était devenu de ce chef créancier, le congé n'en serait pas moins valable dès lors que le locataire n'avait pas, à raison, prétendu avoir déclaré compenser ses créances contestées avec ses arriérés de loyer durant la période comminatoire.

d. Lors de l'audience de débats du 14 décembre 2012, A_____, assisté d'un conseil, a conclu à l'inefficacité des congés notifiés, subsidiairement à leur annulation. B_____SA persisté dans ses conclusions.

Le locataire a allégué que les dégâts d'eau l'avaient empêché d'exploiter "D_____" conformément à l'usage convenu, ce dont les propriétaires avaient été informées avant la résiliation du bail. Il a allégué disposer, à ce titre, d'une contre-crédence vis-à-vis de B_____SA. Il a offert de prouver, par l'audition de divers témoins, la réalité des infiltrations d'eau et du préjudice qui en était résulté, notamment sur le chiffre d'affaires. Il a en outre indiqué que les témoins F_____ et le menuisier pourraient attester que la déclaration de compensation avait été formulée par oral dans le délai comminatoire.

Selon les baillereses, dès lors que le locataire avait proposé, dans sa contestation des congés du 10 novembre 2011, de verser les quatre mois d'arriérés qui subsistaient à l'époque, il ne souhaitait à l'évidence pas invoquer une créance compensatoire, faute de quoi il n'aurait pas proposé de s'acquitter des loyers en retard. Ayant de surcroît renouvelé cette proposition dans ses écritures du 18 avril 2012, il admettait que les loyers étaient dus et qu'il n'y avait pas eu de déclaration de compensation dans le délai comminatoire.

Les baillereses ont précisé qu'au 30 novembre 2012, A_____ devait 294'783 fr. 75 pour les locaux sis 1_____ (B_____SA) et 57'853 fr. 60 pour ceux sis 2_____ (C_____SA). Il faisait en outre l'objet de poursuites pour plus de 4 millions de francs, ainsi que d'actes de défauts de biens et de saisies, de sorte que les créances dont il se prétendait titulaire ne lui appartenaient pas. Il ne disposait par ailleurs plus de l'autorisation d'exploiter "D_____" et devait plusieurs centaines de milliers de francs de cotisations sociales non payées.

B_____SA s'est ainsi opposée à l'ouverture d'enquêtes, qui n'avaient selon elle qu'un but dilatoire.

e. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience précitée.

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 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).

Dans une contestation portant sur la validité d'une résiliation de bail, la valeur litigieuse est égale au loyer de la période minimum pendant laquelle le contrat subsiste nécessairement si la résiliation n'est pas valable, période qui s'étend jusqu'à la date pour laquelle un nouveau congé peut être donné ou l'a effectivement été. Lorsque le bail bénéficie de la protection contre les congés des art. 271 ss CO, il convient, sauf exceptions, de prendre en considération la période de protection de trois ans dès la fin de la procédure judiciaire qui est prévue par l'art. 271a al. 1 let. e CO (ATF 137 III 389, 136 III 196 consid. 1.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_367/2010 du 4 octobre 2010 consid. 1.1; 4A_127/2008 du 2 juin 2008 consid. 1.1; 4A_516/2007 du 6 mars 2008 consid. 1.1).

En l'espèce, les loyers annuels, charges non comprises, des locaux s'élèvent à 197'712 fr., de sorte que la valeur litigieuse est largement supérieure à 10'000 fr.

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

1.2 Ecrit et motivé, l'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

En l'occurrence, l'appel a été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1 et 3, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

2. 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, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, 2010, n. 121, p. 392).

Les faits sont établis d'office (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC).

3. **3.1** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Dans deux cas où le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral était limité à l'arbitraire parce qu'il s'agissait de mesures provisionnelles, il a été jugé qu'il n'était pas insoutenable de considérer que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC s'appliquent également aux procédures soumises à la maxime inquisitoire (arrêts du Tribunal fédéral 5A_592/2011 du 31 janvier 2012, consid. 4.1; 5A_402/2011 du 5 décembre 2011, consid. 4.1 et 4.2).

Plus récemment, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (ATF 138 III 625 consid. 2.2; 4A_310/2012 du 1^{er} octobre 2012, consid. 2.1). Il a en outre relevé que cette disposition ne contient aucune règle spéciale pour la procédure simplifiée ou pour

les cas où le juge établit les faits d'office, de sorte qu'aucune violation de l'art. 317 al. 1 CPC ne résulte de la stricte application de ses conditions (ATF 138 III 625 précité, consid. 2.2). En revanche, la question de savoir s'il en va de même lorsque les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent n'a pas été tranchée.

3.2 En l'occurrence, l'appelant a produit devant la Cour de céans le 28 mars 2013, soit dix-sept jours après le dépôt de son appel, huit pièces qu'il n'avait pas soumises au Tribunal.

Les pièces 1 à 3 et 6 sont postérieures au dépôt de l'appel.

Les pièces 4 et 5 sont des courriers adressés par le conseil de l'appelant à l'Office du commerce les 21 janvier et 6 février 2013. Compte tenu de la date de leur rédaction, ils ne pouvaient être produits devant le Tribunal, le jugement ayant été rendu le 25 janvier 2013.

Les pièces 7 et 8 sont des courriers datés respectivement des 5 septembre 2012 et 19 septembre 2012. L'appelant établit en avoir eu connaissance le 20 mars 2013, à réception du dossier - relatif aux locaux litigieux - du Service du commerce genevois (pièce 6).

A teneur de la loi et de la jurisprudence sus-rappelée, les huit pièces produites nouvellement en appel par l'appelant seront déclarées recevables, s'agissant de moyens de preuve nouveaux invoqués sans retard, étant précisé que ces pièces ne sont au demeurant pas utiles à la solution du présent litige.

- 4.** **4.1** Selon l'art. 257d al. 1 CO, lorsque, après réception de l'objet loué, le locataire a du retard pour s'acquitter d'un terme ou de frais accessoires échus, le bailleur peut lui fixer par écrit un délai de paiement et lui signifier qu'à défaut de règlement dans ce délai, il résiliera le bail. Le délai doit être d'au moins 30 jours pour des locaux commerciaux. L'art. 257d al. 2 CO dispose que, faute de paiement dans le délai fixé, les baux de locaux commerciaux peuvent être résiliés moyennant un délai de congé de 30 jours pour la fin d'un mois.

4.2 En l'espèce, l'avis de résiliation a été notifié en raison de l'arriéré du loyer et charges dus pour le mois de juillet 2011, soit les loyer et charges en retard mentionnés par la régie sur l'avis comminatoire du 9 août 2011. L'avis comminatoire a fixé un délai de 30 jours conforme à la loi.

L'appelant ne soutient pas que l'avis comminatoire ou l'avis de résiliation du bail seraient entachés d'un vice formel; il ne soutient en outre plus ne pas avoir reçus ces avis.

-
5. L'appelant fait grief au premier juge d'avoir retenu qu'il n'avait pas valablement excipé de compensation dans le délai de l'avis comminatoire du 9 août 2011 et de l'avoir empêché de prouver, par témoins, que tel était bien le cas.

5.1 Le locataire qui paie la totalité de l'arriéré le dernier jour du délai comminatoire sur un compte postal du bailleur ne s'expose pas à une résiliation au sens de l'art. 257d CO (ATF 124 III 145). Il en est de même de celui qui invoque valablement la compensation ou de celui qui, dans ce même délai, consigne son loyer (art. 259g al. 2 CO; TF in SJ 2002 I 269 ss; arrêt du Tribunal fédéral 4C.264/2003).

5.2 A teneur de l'art. 120 al. 1 CO, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou de prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles.

Dans la procédure de l'art. 257d al. 1 CO, pour que la dette soit éteinte par voie de compensation en temps utile, il est nécessaire que le locataire l'invoque avant l'expiration du délai de grâce (ATF 119 II 241 consid. 6b/bb).

Le locataire doit invoquer en compensation une créance certaine et il lui appartient d'établir la preuve de la validité de sa créance. A défaut, il ne peut pas faire obstacle à la résiliation anticipée du bail (LCHAT, Le bail à loyer, 2008, p. 316 note 3.7 et p. 671 note 2.3.5).

La déclaration nécessaire selon l'art. 124 al. 1 CO est un acte unilatéral soumis à réception. Elle n'est assujettie à aucune exigence de forme et elle peut résulter d'actes concluants; néanmoins, à défaut de déclaration, la compensation ne se produit pas (arrêt du Tribunal fédéral 4A_23/2011 du 23 mars 2011 consid. 3.2).

Le débiteur doit exprimer de manière non équivoque son intention de compenser. La déclaration doit permettre à son destinataire de comprendre, en fonction des circonstances, quelle est la créance compensée et quelle est la créance compensante. Si le débiteur ne précise pas quelle est la créance compensée et quelle est la créance compensante, sa déclaration est incomplète et, par voie de conséquence, dépourvue d'effet juridique (arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/1999 du 14 juillet 1999 consid. 2b et doctrine citée, in SJ 2000 I p. 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 (LOERTSCHER, Commentaire romand CO I, 2012, n. 1 ad art. 88 CO). 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 d'elle qu'elle les produise (arrêt 4C.295/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2b, in SJ 2002 I p. 244).

5.3 En matière de contestation de congé, même lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr., le tribunal établit les faits d'office (art. 247 al. 2 lit. a et art. 243 al. 2 CPC).

Cette disposition introduit la maxime inquisitoire simple, également qualifiée de maxime inquisitoire sociale. Elle a pour but de protéger la partie faible au contrat, de garantir l'égalité entre les parties au procès et d'accélérer la procédure (HOHL, op. cit., n. 1398 p. 254; LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, 2011, ch. 4.3.6 p. 162; DIETSCHY, Le déroulement de la procédure simplifiée, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, 2010, p. 189).

La jurisprudence fondée sur l'art. 274d aCO demeure donc en principe valable (HOHL, op. cit., n. 1399 p. 254).

A cet égard, le Tribunal fédéral a retenu, en application de l'art. 274 al. 3 aCO, que le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position (ATF 125 III 231 consid. 4a p. 238). En revanche, il doit interroger les parties sur l'état de fait qui est nécessaire pour l'application du droit, s'il est reconnaissable pour lui que les faits allégués sont incomplets (SVIT-Kommentar Mietrecht, 3e éd., n. 19 ad art. 274d CO).

Dans un cas relatif à une créance invoquée en compensation de loyers arriérés, la Cour de céans a jugé, dans un arrêt du 21 septembre 1998, qu'il appartient au juge de statuer préjudiciellement sur l'existence de la créance compensante et fixer un délai au locataire pour introduire si nécessaire action. En effet, l'alternative est simple : ou bien la créance que le locataire invoque existe et le loyer est effectivement payé, auquel cas la résiliation doit être annulée; ou bien la créance invoquée par le locataire n'existe pas, auquel cas la résiliation notifiée par le bailleur est valable et l'évacuation doit être prononcée. Il appartient au locataire d'établir la validité de sa créance et de prouver ainsi qu'il a payé (CdB 1999 p. 29 consid. 3). Si la créance compensante fait déjà l'objet d'un procès en cours, le juge du congé ou de l'expulsion sursoit à statuer jusqu'à droit connu sur cette créance (LACHAT, op. cit., note 74 p. 316).

Selon le Tribunal fédéral, le juge de l'expulsion devant lequel le locataire en demeure se prévaut à l'encontre du bailleur d'une créance compensante déduite de travaux d'entretien et de rénovation de grande ampleur, ne peut, sans violer le droit fédéral, refuser des réquisitions de preuves présentées par ledit locataire pour déterminer quels travaux ont été opérés sur la chose louée et pour quels coûts (arrêt du Tribunal fédéral 4C.212/2006 du 28 septembre 2006 consid. 3.1.3).

5.4 En l'occurrence, alors qu'il n'était pas assisté d'un avocat, l'appelant a expliqué, dans ses écritures des 10 novembre 2011 et 18 avril 2012, avoir effectué d'importants travaux au début du bail (5 millions de francs), puis avoir dû faire face à tout le moins à huit infiltrations d'eau en trois ans, l'une de celles-ci ayant

causé d'importants dégâts et rendu inutilisable une partie des locaux loués. Il a affirmé avoir été en contact avec la régie et le conseil de l'intimée à cet égard, et avoir effectué des travaux de remise en état, avec l'autorisation de la bailleresse.

Il a précisé avoir été en négociations avec le conseil de la bailleresse s'agissant de la prise en charge du coût de ces travaux au moment même où la régie lui avait notifié la commination puis la résiliation du bail. Il a offert de prouver l'existence des défauts de la chose louée (contestés par l'intimée), l'ampleur de ceux-ci et des travaux de remise en état, le contenu des négociations et l'existence d'une déclaration de compensation dans le délai comminatoire.

Certes, l'appelant n'a pas indiqué, dans ses écritures, quelle était la nature de la créance compensante (réduction de loyer, indemnité pour le défaut, etc.). Il a toutefois produit son échange de courriels avec la compagnie d'assurance du commerce à l'origine du dégât d'eau, duquel il ressort qu'il évaluait à 80'000 fr. la remise en état de l'espace sinistré et à environ 300'000 fr. la perte du chiffre d'affaires. Il a en outre produit l'échange de courriels qu'il avait eu avec F_____, de la régie, entre le 12 août et le 28 octobre 2011, soit à une période couvrant le délai comminatoire.

Au vu de la maxime inquisitoire sociale applicable à la procédure, il appartenait au Tribunal d'interroger le locataire sur ces documents si les faits allégués lui paraissaient incomplets.

L'appelant a, dès ses premières écritures, puis lors de l'audience de débats du 14 décembre 2012, dûment offert de prouver ses allégations par l'audition des témoins (F_____ et le menuisier) en précisant que ceux-ci pourraient "*témoigner sur la question de la compensation orale qui a été faite par [le locataire] dans le délai comminatoire*", de même que par l'audition de divers autres témoins pouvant attester de l'existence des dégâts d'eau, des travaux entrepris et des factures de menuiserie adressées à la régie ainsi que du contenu des négociations avec le conseil des baillereses à l'époque de l'envoi de l'avis comminatoire.

A considérer l'importance des dégâts d'eau décrits, ainsi que la présence - alléguée par l'appelant - du conseil de la bailleresse dans les locaux pour constater les défauts ainsi que les négociations en cours avec la régie et le conseil de l'intimée, on ne peut pas imaginer que l'intimée n'ait pas donné son accord - en tout cas tacite - à la réalisation par le locataire des travaux de remise en état. Or, le montant ayant conduit à la résiliation du bail (loyer du mois de juillet 2011, soit 16'921 fr.) permet de présumer que la contre-créance alléguée, au vu de l'estimation des seuls travaux de remise en état (80'000 fr.) était suffisante pour éteindre complètement la dette, si tant est que la déclaration de compensation ait été faite dans le délai comminatoire, ce que les enquêtes devaient permettre de confirmer ou d'infirmer.

Dans la mesure où l'appelant a rendu vraisemblable l'existence d'un défaut de la chose louée et que la déclaration de compensation peut avoir été valablement faite oralement, il appartenait au Tribunal d'ouvrir une instruction pour établir ces faits. Les premiers juges ne pouvaient, sans violer la maxime inquisitoire sociale et le droit à la preuve de l'appelant, se contenter de considérer que la contre-crédance alléguée par le locataire n'avait "*jamais été exprimée de façon claire et intelligible*", alors que la possibilité d'apporter la preuve de son existence et de son opposition dans le délai comminatoire lui avait précisément été refusée.

Force est de constater, dès lors, que les éléments nécessaires pour déterminer si une compensation valable a été invoquée, en l'espèce, par l'appelant dans le délai comminatoire fixé par la bailleuse pour le paiement du loyer de juillet 2011 font défaut, et qu'il existe un doute sur la réalisation, ou non, d'une compensation.

La Cour n'est ainsi pas en mesure de statuer.

Par conséquent, l'appel sera admis et la Cour renverra la cause au Tribunal des baux et loyers afin qu'il procède aux mesures d'instruction nécessaires, et rende une nouvelle décision.

6. Au vu de l'issue du litige en appel, la Cour n'examinera pas le grief de l'appelant tiré de l'abus de droit de l'intimée (art. 271 al. 1 CO).

Toutefois, l'instruction de la cause devant le Tribunal devra également permettre d'établir dans quelles circonstances l'avis comminatoire et le congé ont été notifiés par la régie, respectivement les 9 août 2011 et 10 octobre 2011, s'il devait être établi que des négociations étaient en cours, en juillet-août 2011, entre le locataire et/ou le conseil des bailleuses et/ou la régie s'agissant du paiement du loyer par l'un et la prise en charge du préjudice résultant du défaut par l'autre.

7. 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.
8. Compte tenu de l'issue du litige, il ne sera pas entré en matière sur la demande de l'intimée de mettre les dépens à la charge de l'appelant - nonobstant la gratuité de la procédure - en application de l'art. 115 CPC, l'appelant n'ayant en l'espèce procédé ni de façon téméraire ni de mauvaise foi.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ contre le jugement JTBL/97/2013 rendu le 15 janvier 2013 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/28695/2011-1-OSB.

Au fond :

Annule le jugement entrepris.

Renvoie la cause au Tribunal des baux et loyers pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.

Dit que la procédure est gratuite.

Siégeant :

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

Le président :

Pierre CURTIN

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

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

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

La valeur litigieuse, au sens de l'art. 51 LTF, est supérieure à 15'000 fr.