

C1 12 223

**JUGEMENT DU 20 MARS 2014**

**Tribunal cantonal du Valais  
Cour civile I**

Composition : Jérôme Emonet, président ; Hermann Murmann et Dr Lionel Seeberger,  
juges ; Bénédicte Balet, greffière ;

**en la cause**

**X**\_\_\_\_\_ **Sàrl**, appelante et défenderesse, représentée par Maître A\_\_\_\_\_

**contre**

**Société Y**\_\_\_\_\_, appelée et demanderesse, représentée par Maître B\_\_\_\_\_

(action en paiement ; bail à loyer : art. 257 ss CO)

recours contre le jugement du juge de district de C\_\_\_\_\_ du 01.10.2012

## Procédure

**A.** Par mémoire-demande déposé le 3 juillet 2008, Société Y\_\_\_\_\_ (ci-après : Y\_\_\_\_\_), de siège à D\_\_\_\_\_, a ouvert action en paiement à l'encontre de X\_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : X\_\_\_\_\_), de siège à X\_\_\_\_\_, prenant les conclusions suivantes (C1 08 113) :

1. X\_\_\_\_\_ Sàrl est reconnue devoir à la société Y\_\_\_\_\_ 44'725.60 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2007 (échéance moyenne).
2. La garantie donnée par la Banque F\_\_\_\_\_ est libérée en faveur de la société Y\_\_\_\_\_.
3. La défenderesse est condamnée aux frais et dépens.

Aux termes de sa réponse présentée le 19 août 2009, après avoir été relevée du défaut (cf. art. 108 al. 2 CPC/VS; cf. décision du 22 juin 2009 [C2 09 149]), X\_\_\_\_\_ a conclu à libération, sous suite de frais et dépens, et invoqué « en outre la compensation avec les prétentions [émises] dans le cadre du dossier C1 08 120 ».

**B.** Parallèlement, X\_\_\_\_\_ avait en effet, le 7 juillet 2008, déposé une action en paiement de l'indemnité au sens de l'art. 260a CO à l'encontre de Y\_\_\_\_\_, dont les conclusions étaient ainsi formulées (SIE C1 08 120) :

1. La demande en paiement est admise.
2. La société Y\_\_\_\_\_ est condamnée à verser une indemnité d'un montant de CHF 109'888.45 à la société X\_\_\_\_\_ Sàrl. Ce montant porte intérêt à 5% dès le 19 décembre 2007.
3. La société Y\_\_\_\_\_ est condamnée au paiement de tous les frais judiciaires ainsi qu'au versement d'une indemnité pour les dépens à la société X\_\_\_\_\_ Sàrl.

Dans sa détermination écrite du 24 septembre 2009, Y\_\_\_\_\_ a conclu à libération, sous suite de frais et dépens.

**C.** A l'issue du débat préliminaire tenu le 6 octobre 2009 dans les deux causes, chaque partie a maintenu ses conclusions, telles qu'articulées dans leurs écritures respectives. Par ordonnance du 5 mars 2010, le juge de district a prononcé la jonction des deux causes, qui se sont poursuivies sous la seule référence C1 08 113 (p. 136 et 167). L'instruction a comporté l'édition de titres, une inspection des lieux (p. 258 s.), l'audition de témoins et l'interrogatoire des parties, ainsi que la mise en œuvre d'une expertise (p. 197 ss) et d'un complément d'expertise (p. 238 ss). L'instruction close après l'inspection des lieux menée le 11 novembre 2011, les parties ont opté pour le dépôt de mémoires-conclusions. Au terme de son ultime écriture du 11 décembre 2011, Y\_\_\_\_\_ a pris les conclusions définitives suivantes :

1. X\_\_\_\_\_ Sàrl est reconnue devoir à la société Y\_\_\_\_\_ 44'231.40 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2007 (échéance moyenne).
2. La garantie donnée par la Banque F\_\_\_\_\_ est libérée en faveur de la société Y\_\_\_\_\_.
3. Les conclusions de X\_\_\_\_\_ sont rejetées.
4. X\_\_\_\_\_ Sàrl est condamnée aux frais et aux dépens.

Quant à X\_\_\_\_\_, elle a, au terme de son mémoire déposé le 9 janvier 2012, conclu définitivement de la manière suivante :

1. La demande de X\_\_\_\_\_ Sàrl du 7 juillet 2008 est admise.
2. En conséquence, la Société Y\_\_\_\_\_ paiera à X\_\_\_\_\_ Sàrl une indemnité de CHF 109'888.45 avec intérêt à 5% à compter du 19 décembre 2007.
3. Ordre est donné à la Banque F\_\_\_\_\_ de restituer à X\_\_\_\_\_ Sàrl la garantie de loyer déposée sur le compte xxx.
4. Toutes autres conclusions de la Société Y\_\_\_\_\_ sont rejetées.
5. Les frais sont mis à la charge de la Société Y\_\_\_\_\_, le cas échéant, subsidiairement conformément aux principes définis par l'art. 252 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase, aCPC VS.
6. Une équitable indemnité est allouée à X\_\_\_\_\_ Sàrl à titre de dépens.

**D.** Par jugement daté du 1<sup>er</sup> octobre 2012, expédié le 3 suivant, le juge de district a rendu le prononcé suivant :

1. X\_\_\_\_\_ Sàrl versera à Société Y\_\_\_\_\_ un montant de 44'231 fr.40 avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2007.
2. La garantie de loyer déposée par X\_\_\_\_\_ Sàrl auprès de la Banque F\_\_\_\_\_ (compte no xxx) est libérée en faveur de la Société Y\_\_\_\_\_ et sera portée en déduction du montant mentionné sous chiffre 1.
3. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.
4. Les frais, par 20'500 francs, sont mis à la charge de X\_\_\_\_\_ Sàrl.
5. X\_\_\_\_\_ Sàrl paiera à Y\_\_\_\_\_ un montant de 15'000 fr. à titre de dépens et de 6'150 fr. à titre de remboursement d'avances.

**E.** Contre ce prononcé, X\_\_\_\_\_ a, par écriture du 5 novembre 2012, interjeté appel, prenant les conclusions suivantes :

1. L'appel est admis.
2. Le jugement du 1<sup>er</sup> octobre 2012 est annulé.
3. La demande de X\_\_\_\_\_ Sàrl du 7 juillet 2008 est admise.
4. En conséquence, la Société Y\_\_\_\_\_ paiera à X\_\_\_\_\_ Sàrl une indemnité de CHF 109'888.45 avec intérêt à 5% à compter du 19 décembre 2007.
5. Ordre est donné à la Banque F\_\_\_\_\_ de restituer à X\_\_\_\_\_ Sàrl la garantie de loyer déposée sur le compte xxx.
6. Toutes autres conclusions de la Société Y\_\_\_\_\_ sont rejetées.
7. Les frais sont mis à la charge de la Société Y\_\_\_\_\_, le cas échéant, subsidiairement, conformément aux principes définis par l'art. 106 al. 2 CPC.
8. Une équitable indemnité est allouée à X\_\_\_\_\_ Sàrl à titre de dépens pour la procédure de première instance et d'appel.

Aux termes de sa réponse envoyée le 30 novembre 2012, Y\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement de première instance, sous suite de frais et dépens.

## **SUR QUOI LA COUR**

### **I. Préliminairement**

1. Selon l'art. 405 du code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1er janvier 2011, les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties, à savoir à la date de l'envoi du dispositif (ATF 137 III 130 consid. 2). En l'espèce, si les actions principales ont été introduites le 3 (C1 08 113), respectivement 7 juillet 2008 (C1 08 120) – soit sous l'empire du Code de procédure civile du canton du Valais du 24 mars 1998 (CPC/VS) – le jugement motivé a été expédié aux parties le 3 octobre 2012. La présente cause est donc soumise au nouveau droit de procédure.

1.1 En vertu de l'art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC, les décisions finales de première instance de nature patrimoniale sont attaquables par la voie de l'appel au Tribunal cantonal (art. 5 al. 1 let. b LACPC), si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins. L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC). La partie adverse peut quant à elle former un appel joint dans la réponse (art. 313 al. 1 CPC).

En l'occurrence, la décision entreprise est une décision finale de nature patrimoniale portant sur une contestation en droit du bail, dont la valeur litigieuse, compte tenu de la jonction (art. 69 al. 1 CPC/VS) entre les causes C1 08 113 et C1 08 120, se monte à 154'119 fr.85 (44'231 fr.40 [C1 08 113] + 109'888 fr.45 [C1 08 120]) selon les dernières conclusions des parties. Eu égard à cette valeur litigieuse, la voie de l'appel est indéniablement ouverte. Le jugement entrepris, d'emblée motivé, a été notifié aux parties au plus tôt le 4 octobre 2012, correspondant au jour suivant celui de son expédition sous pli recommandé, de sorte qu'en interjetant appel le 5 novembre 2012, l'appelante a agi en temps utile.

## 1.2

**1.2.1** 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'autorité d'appel dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit ; elle peut, en outre, substituer ses propres motifs à ceux de la décision attaquée (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2<sup>e</sup> éd. 2010, n. 2396, p. 435, et n. 2416, p. 439 ; RVJ 2013 136 consid. 2.1). 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) – ce qui découle de la nature ordinaire de la voie de l'appel, en vertu de laquelle le litige se continue pour ainsi dire devant l'instance supérieure (Jeandin, in Bohnet et al. [éd.], Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 310 CPC) – et vérifie si le premier magistrat pouvait admettre les faits qu'il a retenus. Que la cause soit soumise à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) ou à la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC), il incombe toutefois au recourant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; arrêt 4A\_38/2013 du 12 avril 2013 consid. 3.2, non publié sur ce point aux ATF 139 III 249).

**1.2.2** En l'occurrence, l'appelante a, dans la partie intitulée « faits » de son écriture (ch. I), présenté sa propre version des événements, sans expliquer, moyens de preuve à l'appui, en quoi celle retenue par la juridiction inférieure procéderait d'une constatation inexacte des faits. Toutefois, à lire la partie « droit » de son mémoire (cf. ch. II.2 ss), l'appelante reproche en substance au premier juge d'avoir retenu de manière erronée que les fenêtres litigieuses étaient obturées au moment de la signature du contrat (p. 5), que G\_\_\_\_\_ avait conclu la convention en ayant connaissance du problème de fenêtres (p. 5) et enfin que les organes de Y\_\_\_\_\_ n'étaient pas informés à la même époque des démêlés rencontrés par le précédent propriétaire des lieux avec l'autorisation de construire (p. 6). Les faits correspondants seront donc revus par la Cour de céans (cf. infra, consid. 2). Sous l'angle juridique, l'appelante se plaint d'une mauvaise application des art. 258 CO, 24 (erreur essentielle), 28 CO (dol) et 260a CO (indemnité), et invoque « en tant que de besoin » la violation des art. 259d et 259e CO, dont l'autorité inférieure n'a pas examiné

l'application, en l'absence de formulation d'une demande de baisse de loyers ou d'une demande en dommages-intérêts (cf. jugement entrepris, consid. 7.2, p. 15). Partant, et sous réserve des passages de son écriture où l'appelante s'est contentée de reproduire, sans discussion aucune, certains extraits de son argumentation contenue déjà dans le mémoire-conclusions (cf. p. 5, 7 et 9 ss) – procédé qui ne vaut guère mieux qu'un renvoi pur et simple à cette précédente écriture (cf. supra, consid. 1.2.1) -, l'appel est suffisamment motivé et donc recevable, si bien qu'il convient d'entrer en matière.

### 1.3

**1.3.1** Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces deux conditions sont cumulatives, la deuxième ne concernant toutefois par définition que les faux nova – ou nova improprement dits (arrêt 5A\_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.2.1) – à savoir les faits qui existaient déjà lors de la fixation de l'objet du litige en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 et 8 ad art. 317 CPC). Il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (Jeandin, op. cit., n. 8 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, in Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, n. 61 ad art. 317 CPC). Dans le système du CPC, tous les faits et moyens de preuve doivent en principe être apportés dans la procédure de première instance; la diligence requise suppose donc qu'à ce stade, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêt 4A\_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1, in SJ 2013 I p. 311 s. ; cf. ég. Volkart, in Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, n. 13 ad art. 317 CPC). Enfin, d'une manière générale, les faits et moyens de preuve nouveaux sont ceux propres à influencer la solution juridique de la contestation (arrêt 4A\_229/2012 du 19 juillet 2012 consid. 4 ; Hasenböhler, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, n. 12 ad art. 150 CPC). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 317 al. 1 CPC régissait de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel, et que cette disposition ne contenait aucun renvoi, ni aucune règle spéciale pour la procédure

simplifiée ou pour les cas où le juge établit les faits d'office. Il en résulte que, même dans les causes soumises en première instance à la procédure simplifiée, le plaideur négligent ne peut faire rebondir la cause en appel en invoquant pour la première fois des faits ou moyens de preuve qu'il a omis de présenter en première instance (ATF 138 III 625 consid. 2.1 et 2.2).

L'art. 317 al. 2 CPC prévoit quant à lui que la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies (let. a) et si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (let. b). Ces deux conditions sont cumulatives (Jeandin, op. cit., n. 10 ad art. 317 CPC). Une modification de la demande n'est ainsi admissible en appel que de manière restrictive : premièrement, les conditions d'une modification en première instance (cf. art. 227 al. 1 CPC) doivent être réunies ; deuxièmement, cette modification doit se fonder sur les moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 317 al. 1 CPC (Spühler, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, n. 9 ad art. 317 CPC). L'admissibilité d'une modification de la demande constitue une condition de recevabilité, que le tribunal doit examiner d'office (Naegeli/Mayhall, in Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2013, n. 22 ad art. 227 CPC ; Killias, Berner Kommentar, ZPO, n. 25 ad art. 227 CPC). La demande n'est pas modifiée lorsque le demandeur motive ses prétentions avec un autre fondement juridique ; en effet, le tribunal doit examiner la cause sous tous ses aspects juridiques et n'est pas lié par une motivation incorrecte de la partie (Willisegger, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, n. 23 ad art. 227 CPC). La modification de la demande peut prendre la forme d'une modification ou extension des prétentions (Klageerweiterung) ou d'une modification au sens étroit (Klageänderung im engeren Sinn), en ce sens que le demandeur articule une nouvelle prétention (neuer Anspruch) (Willisegger, op. cit., n. 24 ad art. 227 CPC). Cette seconde hypothèse est par exemple réalisée lorsque une partie demande la réduction du prix au lieu de la résolution du contrat, ou inversement (en ce sens, cf. Willisegger, op. cit., n. 32 ad art. 227 CPC; cf. ég. Naegeli/Mayhall, op. cit., n. 28 ad art. 227 CPC).

**1.3.2** Dans le cas particulier, l'appelante a affirmé pour la première fois en instance d'appel que le contrat de bail signé le 5 décembre 2006 avec l'appelée constitue en fait la réunion de deux contrats séparés signés précédemment le 18 octobre 2006, dont l'un portait sur le local destiné à accueillir le tea-room et l'autre le kiosque, déposant à l'appui de cette thèse les conventions en questions (cf. pièces 3 et 4 jointes à l'appel). S'agissant de faits et de moyens de preuve qui existaient déjà en première instance, et

dont avait connaissance l'appelante – de sorte qu'elle aurait pu s'en prévaloir si elle avait fait montre d'un minimum de diligence –, l'intéressée ne peut en conséquence s'appuyer sur l'art. 317 CPC pour solliciter leur prise en compte en procédure d'appel. Aussi, la critique de l'appelée sur ce point (cf. réponse à l'appel, ch. 1.1, p. 1 s.) est bien fondée.

A l'appui de sa propre conclusion en paiement du montant de 109'888 fr.45, initialement réclamée en tant qu'indemnité pour plus-value au sens de l'art. 260a CO (C1 08 120), l'appelante tente en instance d'appel de fonder cette prétention au titre de réduction du loyer (art. 259d CO), respectivement de dommages-intérêts (art. 259e CO) (cf. appel, ch. II.23, p. 7 s.), soit des droits du locataire consécutifs à l'existence de défauts de la chose louée (cf. art. 259a CO). L'on peut se demander si un tel procédé implique réellement une modification – au sens étroit – de la demande, au sens des art. 227 et 317 CPC. Ce point souffre toutefois de demeurer indécis, puisque, quelle que soit la réponse apportée à cette question, il faut dans tous les cas que les faits fondant le droits du locataire à demander une réduction du loyer ou des dommages-intérêts en raison des défauts aient été allégués de manière suffisamment précise (cf. ATF 127 III 365 consid. 2b) et, indépendamment de la maxime applicable, soient prouvés, ce qui n'est pas le cas comme on le verra plus loin (cf. infra, consid. 5).

## **II. Statuant en faits**

### **2.**

**2.1** G \_\_\_\_\_ a, le 14 mars 2006, fondé avec son épouse, H \_\_\_\_\_ (ci-après : dame H \_\_\_\_\_), X \_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : X \_\_\_\_\_), société de siège à X \_\_\_\_\_ et ayant notamment pour but social l'exploitation de restaurants. Le premier nommé était associé et gérant, avec droit de signature individuelle, tandis que la seconde était associée, mais sans droit de signature. Ultérieurement, en mai 2008, I \_\_\_\_\_ est devenu associé et gérant, en lieu et place de G \_\_\_\_\_, pour une part sociale de 10'000 fr., l'autre part sociale, du même montant, étant toujours détenue par dame H \_\_\_\_\_ (pièce 2, p. 12 s.). Enfin, le 1<sup>er</sup> octobre 2009, G \_\_\_\_\_ a racheté l'ensemble des parts sociales de X \_\_\_\_\_, devenant l'unique associé et gérant, avec droit de signature individuelle (extrait du registre du commerce du 2 octobre 2009 ; p. 101).

En 2006, G\_\_\_\_\_, qui exploitait jusque-là un petit commerce « qui marchait très bien » à proximité du centre Y\_\_\_\_\_, à J\_\_\_\_\_, a entamé des discussions avec cette société coopérative pour venir s'installer dans ses locaux (G\_\_\_\_\_, R45, p. 158). K\_\_\_\_\_ – chef du département expansion et logistique de la Y\_\_\_\_\_, et également membre de la direction (R40-41, p. 154) –, ainsi que L\_\_\_\_\_ – responsable immobilier –, ont tous deux participé, pour le compte de Y\_\_\_\_\_, aux négociations avec G\_\_\_\_\_ (R8-10, p. 145).

**2.2** Par contrat venu à chef le 5 décembre 2006, Y\_\_\_\_\_ a remis à bail à X\_\_\_\_\_ dans son centre commercial, à J\_\_\_\_\_, une surface de vente de 85,2 m<sup>2</sup> au rez-de-chaussée et de 44,95 m<sup>2</sup> d'« arrières ». Le ch. 1.2 du contrat stipule que les « locaux sont utilisés uniquement pour l'exploitation d'un établissement de boissons, cafés, alcools et petite restauration, la vente d'articles de presse, de librairie, papeterie, d'articles pour fumeurs (tabac etc.), de glace, de chocolat et d'articles de confiserie, articles souvenir, cartes postales ainsi que les jeux de M\_\_\_\_\_ à l'enseigne N\_\_\_\_\_ [...] ». La durée du bail convenue était d'un peu plus de 5 ans, soit du 22 décembre 2006 jusqu'au 31 décembre 2011. Les locaux loués étant mis à disposition « à l'état brut », tous les aménagements mobiliers et intérieurs étaient à la charge du locataire (art. 12). Celui-ci s'engageait, à la fin du bail, à effectuer la « remise en état des locaux », en enlevant le mobilier lui appartenant ou en assumant le paiement des frais (art. 14). Les frais de chauffage, de ventilation et les autres charges communes étaient fixés à 4200 fr. par année (art. 13.2 du contrat ; all. 1 à 12 [admis] et pièce 3). Enfin, le contrat prévoyait ce qui suit quant au montant du loyer (all. 4 ss [admis] et pièce 3) :

2.2 Le loyer annuel de base représente au minimum Fr. 68'800.00 TVA et charges non comprises.

2.2.1 Le loyer annuel du Tea-room sera indexé au chiffre d'affaires, TVA comprises, selon les taux suivants :

Chiffre d'affaires	jusqu'à Fr. 650'000.00	= loyer de base Fr. 45'400.00
	de Fr. 650'001.00 à 700'000.00	= + 7%
	de Fr. 700'001.00 à 800'000.00	= + 8%
	dès 800'001.00	= + 10%

2.2.2 Le loyer annuel du kiosque sera indexé au chiffre d'affaires, TVA comprises, selon les taux suivants :

Chiffre d'affaires sans tabac	jusqu'à Fr. 260'000.00	= loyer de base Fr. 23'400.00
	jusqu'à Fr. 400'000.00	= 10%
	jusqu'à Fr. 500'000.00	= 11%
	dès Fr. 600'000.00	= 12%

Le loyer ne pourra en aucun cas être inférieur au loyer prévu sous chiffre. 2.2.

2.3 Pour 2007, le loyer sera proportionnel à la durée d'exploitation.

- 2.4 Le loyer sera payable d'avance pour chaque mois par un acompte selon l'estimation annuel (sic) du loyer sur le compte du bailleur auprès de la Banque F \_\_\_\_\_, à O \_\_\_\_\_.  
Avant fin mars de chaque année, le bailleur calcule le loyer définitif de l'année précédente, dont le solde est à régler dans les 30 jours.

Comme le montant du loyer est tributaire du chiffre d'affaires, celui-ci est défini comme suit sous ch. 4 du contrat :

- 4.1 Le locataire devra, le 15 de chaque mois, donner au bailleur le relevé exact de son chiffre d'affaires journalier du mois écoulé.
- 4.2 Il est précisé que le terme "chiffre d'affaires" utilisé dans le présent contrat correspond au prix de vente total de tous biens, objets ou marchandises vendus, ainsi que tous services fournis dans les locaux loués. Les ventes effectuées et les services fournis à crédit ou en compte sont inclus dans le chiffre d'affaires, sans égard à leur encaissement. En revanche, les ventes annulées ou les marchandises rendues sont déduites du chiffre d'affaires.
- 4.3 L'impôt fédéral sur le tabac, la TVA ainsi que le service (jeux, sport-toto, cartes téléphoniques) ne seront pas considérés comme chiffre d'affaires.

Les loyers ont été déterminés en fonction de ceux pratiqués pour les autres kiosques ainsi que pour des restaurants privés exploités dans certains des centres Y \_\_\_\_\_, au vu des chiffres d'affaires annoncés par G \_\_\_\_\_ (L \_\_\_\_\_, R10, p. 145, K \_\_\_\_\_, R43, p. 155, et G \_\_\_\_\_, R49, p. 159 [« on réalise en effet aisément 2000 fr. de chiffre d'affaires par jour dans un commerce tel que celui que j'envisageais d'ouvrir »]). L \_\_\_\_\_ a ajouté lors de son audition comme témoin que ces chiffres lui avaient paru relativement réalistes par rapport à l'emplacement des commerces que G \_\_\_\_\_ se proposait de diriger, ce d'autant que l'intéressé avait exploité un établissement public à une centaine de mètres, ce qui permettait de penser qu'il connaissait bien le chiffre d'affaires réalisable ; quant à celui lié à l'exploitation du kiosque, il était alimenté pour une bonne partie grâce au produit des jeux qui y sont commercialisés (R10, p. 145). K \_\_\_\_\_, qui avait pensé que les chiffres présentés par G \_\_\_\_\_ sur la base de son business plan étaient « un peu élevés s'agissant de la restauration », a relaté que l'intéressé lui avait rétorqué disposer d'une référence, parce qu'il exploitait un commerce à côté. En définitive, les chiffres proposés à G \_\_\_\_\_ pour les loyers ont été acceptés « quasiment sans discussion » (R43, p. 155).

Toujours concernant le montant des loyers, P \_\_\_\_\_ – qui exploite la fiduciaire à laquelle faisait appel X \_\_\_\_\_ –, a, lors de son audition comme témoin et après avoir consulté la dernière page du dossier de financement, estimé que les prévisions concernant le chiffre d'affaires journalier réalisable par l'exploitation du tea-room

(1500 fr. à 2000 fr.) étaient « plutôt optimistes, mais [...] auraient pu être réalisées dans la réalité » (R7, p. 143).

Quant à l'expert judiciaire, s'il a indiqué qu'à la lumière des justificatifs et des décomptes présentés, le montant des charges convenu de 4200 fr. par an n'excédait pas les coûts effectifs (R2, p. 200), il n'a en revanche pas directement été appelé à se prononcer sur le caractère usuel des loyers convenus et sur le caractère réaliste des prévisions liées au chiffre d'affaires. Il a toutefois, dans sa réponse concernant les causes probables des pertes subies par X\_\_\_\_\_ durant les exercices 2006 et 2007, relevé ce qui suit (R9, p. 204) :

Avec des chiffres d'affaires de Fr. 650'000.- pour le café et Fr. 260'000.- pour le kiosque (commissions sur les jeux de loterie incluses), les quotas de loyer s'élèvent respectivement à 7% et 9% des recettes. Ce sont des taux considérés dans la branche comme économiquement supportables.

Par ailleurs, en exécution du ch. 11 du contrat, X\_\_\_\_\_ a, à une date ne ressortant pas du dossier, versé une garantie de loyer de 11'500 fr. sur le compte de consignation n° xxx ouvert auprès de la Banque F\_\_\_\_\_ (all. 8-9 [admis] et pièce 4).

Le bail a débuté par l'exploitation du kiosque, le 22 décembre 2006, suivie par celle du tea-room, 2 jours plus tard (rapport d'expertise, R1, p. 198).

**2.3** X\_\_\_\_\_, qui avait préalablement souscrit un prêt « investissement plus » de 200'000 fr. ainsi qu'un prêt d'exploitation de 30'000 fr. auprès de la Banque F\_\_\_\_\_ (all. 1 ss de la demande du 7 juillet 2008 [C1 08 120] ; cf. ég. dossier de financement et business plan [C1 08 120, p. 151 ss, spéc. p. 160]), a réalisé d'importants investissements pour aménager les locaux en vue d'exploiter un tea-room et un kiosque (all. 21 ss), en tenant compte de la configuration des lieux et des plans qui avaient été annexés au bail (all. 20 [contesté], mais admis par K\_\_\_\_\_, R43, p. 156 [« Je confirme que le plan déposé sous pièce 3 (C1 08 120) faisait partie du contrat de bail, auquel il était d'ailleurs annexé »]).

Après avoir rappelé que les locaux avaient été cédés à X\_\_\_\_\_ dans leur état brut, l'expert judiciaire a noté que les travaux immobiliers entrepris ont consisté en la fourniture et la pose de carrelage, parquet, sol en pierre, faux-plafond, murs en plâtre, habillage en ardoise, portes, installations électriques et de musique. La majorité du mobilier et de l'agencement ont été réalisés sur mesure. Le kiosque a été entièrement aménagé avec comptoir, étagères, armoires, présentoirs et distributeurs de journaux et

tabac, vitrine d'exposition, frigo à boissons, etc., et le tea-room a été créé à l'arrière et dans le prolongement du kiosque. La salle de consommation d'une cinquantaine de places comprend notamment un comptoir, des buffets avec vitrines, un grand comptoir de préparation avec surfaces de travail, lavabo, armoires réfrigérées, étagères, machines, coin de préparation et de cuisson des pizzas. Par ailleurs, des banquettes ont été posées le long des fenêtres et du mur de séparation avec le kiosque. Enfin, X\_\_\_\_\_ a également aménagé l'office séparé sur le côté, avec une chambre froide, la machine à laver la vaisselle et le four combi-steamer (R1, p. 201 s.). Le montant total des investissements, sur la base du décompte établi par la fiduciaire P\_\_\_\_\_ (pièce 11 [C1 08 113], « décompte de construction ») et des justificatifs, s'est élevé à 296'162 fr.70, dont 97'782 fr.50 pour les aménagements fixes, et 198'380 fr.20 pour ceux mobiles. En admettant un taux linéaire d'amortissement moyen de 5% pour les installations fixes et de 10% pour les équipements mobiles, l'expert a obtenu, en 2011 – soit 5 ans après la réalisation des aménagements – les valeurs suivantes (R2, p. 202) :

	<u>Valeur à neuf</u>	<u>Amortissements</u>	<u>Valeur actuelle</u>
Investissements fixes :	97'782 fr.50	19'665 fr.50	78'226 fr.
Investissements mobiles :	<u>198'380 fr.20</u>	<u>79'352 fr.20</u>	<u>119'028 fr.</u>
Total	<u>296'162 fr.70</u>	<u>98'908 fr.70</u>	<u>197'254 fr.</u>

Après s'être adjoint l'aide du Service romand d'estimation (cf. « inventaire mobilier – matériel – agencement », sous annexe 5 au rapport d'expertise, p., 210 ss), l'expert judiciaire a évalué à 157'509 fr. – hors TVA – la valeur de ce qui subsiste des aménagements et investissements exécutés par X\_\_\_\_\_. Bien qu'il n'ait plus opéré la distinction entre les investissements fixes et mobiles, il ressort de l'inventaire du Service romand d'estimation que, sur les 157'509 fr., 50'759 fr. correspondent aux frais d'agencement (travaux de peinture, pose du carrelage, menuiserie et honoraires d'architecte), que le kiosque a été démonté si bien qu'il n'a pas été tenu compte de sa valeur, et enfin que tous les meubles ont été fabriqués sur mesure « et seront difficiles à placer dans une autre surface » (p. 214 ss). D'après l'expert, les 157'509 fr. correspondent à la somme qui pourrait être négociée en cas de vente à un professionnel de la restauration, qui reprendrait tel quel le commerce « avec une garantie de bail de longue durée et un loyer économiquement supportable » (R3, p. 202).

**2.4** Dans sa réponse déjà, X\_\_\_\_\_ a reproché à Y\_\_\_\_\_ de l'avoir trompée, d'une part, du fait que la société coopérative avait affirmé que l'ouverture du centre commercial voisin – avec l'arrivée d'autres enseignes et donc de clients potentiels –

interviendrait au début mai 2007 au plus tard (all. 37 ss [contestés] ; cf. infra, consid. 2.4.1), d'autre part, du fait que les fenêtres figurant sur les plans annexés au contrat de bail étaient en réalité obturées, si bien que ce manque d'ouvertures naturelles et de vue sur l'extérieur lui a provoqué une perte d'exploitation considérable (all. 20 ss [contestés] ; cf. infra, consid. 2.4.2). Ces faits sont toujours litigieux en instance d'appel.

**2.4.1** Y\_\_\_\_\_ a constamment réfuté avoir garanti à X\_\_\_\_\_ qu'un autre commerce – le centre commercial Q\_\_\_\_\_ – allait s'ouvrir dans le voisinage (all. 54 [contesté]). Force est tout d'abord d'observer que le contrat signé le 5 décembre 2006 ne contient aucune référence à l'ouverture d'autres commerces à proximité des locaux pris à bail par X\_\_\_\_\_. Le témoignage de P\_\_\_\_\_, intervenu au sein de la fiduciaire ayant fourni des prestations à X\_\_\_\_\_, n'est également d'aucun secours, puisqu'il a déclaré ne « pas pouvoir se prononcer sur les promesses qui auraient été faites lors de la conclusion du contrat » (R5, p. 142).

**2.4.1.1** Lors de son audition en qualité de témoin, dame H\_\_\_\_\_ a affirmé que Y\_\_\_\_\_ avait promis que le centre commercial s'ouvrirait aux environs du mois d'avril 2007 et que la firme R\_\_\_\_\_ viendrait. Il n'y a finalement rien eu. La fréquentation des lieux était pourtant importante pour X\_\_\_\_\_ (R27, p. 151). Elle a ainsi estimé que X\_\_\_\_\_ n'aurait pas conclu le contrat, ou l'aurait fait à d'autres conditions, si la société avait su que cette promesse ne serait pas respectée (R27, p. 151). Au terme de son audition, elle a cependant reconnu ne pas avoir été présente lors des discussions ayant entouré la conclusion du bail, contrairement à son mari – G\_\_\_\_\_ – qui s'était « occupé de tout cela » (R37, p. 153). C'est donc dire qu'outre son lien d'alliance avec l'associé et gérant de X\_\_\_\_\_, ajouté au fait qu'elle-même a été associée de la Sàrl, l'intéressée n'a fait que répéter la version livrée par son époux, de sorte que son témoignage est doté d'une faible valeur probante (voir, à propos de la prise en compte, comme indice à tout le moins, du témoignage par ouï-dire, Schweizer, in Bohnet et al. [éd.], Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n. 9, 10, 17 et 18 ad art. 157 CPC ; Schmid, in Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2013, n. 4 ad art. 169 CPC ; arrêt 5P.299/2003 du 23 septembre 2004 consid. 4.4).

G\_\_\_\_\_ a exposé que, lors de la première discussion à D\_\_\_\_\_ avec les responsables de Y\_\_\_\_\_, ceux-ci lui avaient affirmé qu'un autre commerce serait ouvert sur le site, au plus tard en mai 2007. Il a été question à ce propos de R\_\_\_\_\_, puis de S\_\_\_\_\_, ses interlocuteurs ne sachant alors pas encore qui

allait venir. Cette annonce a constitué pour G\_\_\_\_\_ « une motivation supplémentaire de signer le contrat » (R49, p. 159). S'il avait su que la promesse ne pouvait être respectée, il aurait néanmoins signé le contrat, « mais après avoir négocié le montant des loyers, loyers qui auraient pu être réduits jusqu'à l'ouverture effective du Q\_\_\_\_\_ » (R50, p. 159).

Bien qu'ayant participé, pour le compte de Y\_\_\_\_\_, aux négociations préalables à la conclusion du contrat de bail, L\_\_\_\_\_ n'a aucunement été interrogé sur les prétendues promesses formulées concernant l'ouverture du centre commercial. Quant à K\_\_\_\_\_, il a contesté qu'il ait été question de la venue d'autres commerces dans l'espace Q\_\_\_\_\_ lors de la conclusion du contrat litigieux, en ces termes (R43, p. 154) :

Il faut en effet savoir que nous avons alors acheté la surface où nous nous trouvons en ce moment, y compris les locaux qui allaient être loués à X\_\_\_\_\_ Sàrl. Nous étions par ailleurs en discussion avec T\_\_\_\_\_ (ndlr : administrateur de l'immeuble contigu Q\_\_\_\_\_ [p. 140]) à propos des locaux que nous occupions précédemment dans Q\_\_\_\_\_. Nous ne savions pas encore ce que nous allions faire de ce côté-là. Ce n'est qu'à partir du 1<sup>er</sup> avril 2007 que Y\_\_\_\_\_ a été confirmée en sa qualité de locataire dans le Q\_\_\_\_\_. C'est dire qu'aucune promesse ne pouvait être faite jusqu'à ce moment-là, et que les discussions qui ont pu intervenir au sujet du Q\_\_\_\_\_ n'ont eu lieu qu'ultérieurement. En d'autres termes, la venue d'un éventuel partenaire n'a jamais été intégrée dans les discussions contractuelles qui ont eu lieu avec X\_\_\_\_\_ Sàrl.

**2.4.1.2** Cela étant, G\_\_\_\_\_ n'a pas situé chronologiquement la date à laquelle il affirme avoir eu la promesse, par Y\_\_\_\_\_, de l'ouverture d'autres commerces à proximité des locaux pris à bail, tout en concédant que Y\_\_\_\_\_ ne savait elle-même alors pas encore quelle enseigne allait venir. La déclaration de K\_\_\_\_\_ selon laquelle Y\_\_\_\_\_ n'a donné aucune garantie, lors de la conclusion du contrat, concernant l'arrivée d'autres commerces et la date de celle-ci, est détaillée, précise et, partant, crédible. Par conséquent, en l'absence d'autres éléments probants figurant au dossier, la Cour de céans retient que X\_\_\_\_\_ n'a pas établi avoir effectivement reçu, lors de la signature du contrat de bail en décembre 2006, la garantie que d'autres commerces attirant de la clientèle allaient ouvrir sous peu dans les parages, et assurer ainsi la fréquentation du tea-room et du kiosque, comme projeté.

**2.4.2** Pour ce qui est des fenêtres, Y\_\_\_\_\_ a soutenu en substance que celles-ci figuraient effectivement sur les plans remis, mais qu'initialement, elle n'avait pas prévu de fenêtres, étant alors en discussion avec U\_\_\_\_\_ pour l'installation d'un kiosque et d'un commerce de vins, projet qui n'a finalement pas vu le jour (all. 57 [admis]). Ces

ouvertures n'ont ensuite pas fait l'objet d'une demande de modification de l'autorisation de construire par le promoteur qui devait vendre les locaux à Y\_\_\_\_\_, à savoir V\_\_\_\_\_ SA, ce qui a provoqué un arrêt des travaux, des complications administratives et la nécessité de verser un montant à la personne ayant formé opposition (all. 55 ss [contestés ou ignorés]). Finalement, les ouvertures ont été autorisées et réalisées (all. 61 [admis]). Y\_\_\_\_\_ a en outre réfuté avoir caché sciemment ce problème lors de la conclusion du contrat à X\_\_\_\_\_ (all. 35-36 [contestés]), qui a dû nécessairement s'en rendre compte lors de l'entrée en possession des locaux (all. 64 [admis]).

Ces faits sont toujours contestés en appel.

**2.4.2.1** Administrateur de l'immeuble Q\_\_\_\_\_, contigu à celui érigé par V\_\_\_\_\_ SA en 2006 où sont situés les locaux litigieux, T\_\_\_\_\_ a expliqué avoir formé opposition à l'ouverture des fenêtres, dans la mesure où celles-ci ne figuraient pas sur les plans initialement mis à l'enquête. Dans un premier temps, l'administration communale a exigé du propriétaire de l'époque, V\_\_\_\_\_ SA, l'obturation des fenêtres. A la suite de discussions échangées avec Y\_\_\_\_\_, nouveau propriétaire des lieux, Q\_\_\_\_\_ a accepté, en automne ou à la fin de l'année 2007 – soit environ un an après l'intervention de T\_\_\_\_\_ auprès de la Commune – que les fenêtres soient ouvertes, aux conditions prévues dans la convention conclue à ce propos (R1 ss, p. 140 s.).

Dame H\_\_\_\_\_, qui, comme on l'a vu (cf. supra, consid. 2.4.1.1), n'a pas pris part directement aux négociations préalables à la conclusion du contrat, a affirmé que la question des fenêtres n'avait été abordée « par quelqu'un de chez Y\_\_\_\_\_ [que] deux jours avant l'ouverture du commerce », donc postérieurement à la signature du contrat (R25, p. 151). A la question de savoir si X\_\_\_\_\_ aurait quand même signé le contrat en ayant préalablement connaissance de ce problème, elle a répondu par l'affirmative (« Je pense que oui »), ajoutant que si la « chose avait été connue à l'avance, l'aménagement aurait pu être conçu différemment » (R26, p. 151).

Lors de son interrogatoire, G\_\_\_\_\_ a mis en avant le fait que la question de l'ouverture des fenêtres constituait pour X\_\_\_\_\_ un élément essentiel du contrat, car un « établissement borgne ne peut en effet pas marcher à J\_\_\_\_\_, où les clients sont à la recherche de soleil et de vue » (R46, p. 158). A la question de savoir si ce n'est qu'après avoir signé le contrat que X\_\_\_\_\_ a eu connaissance du problème lié aux fenêtres, il a répondu lapidairement par l'affirmative, sans plus ample

détail (R47, p. 158). Même s'il avait eu connaissance dudit problème préalablement, il a affirmé qu'il aurait peut-être signé le contrat, mais que cela « se serait fait de façon tout à fait différente », en aménageant le bar et les services parallèlement à la façade (R48, p. 158). Enfin, G\_\_\_\_\_ a indiqué savoir, d'après les informations qui lui avaient été communiquées à ce propos, que Y\_\_\_\_\_ n'était devenue que le 1<sup>er</sup> décembre 2006 propriétaire des locaux qui ont été cédés à X\_\_\_\_\_ (R64, p. 161).

L\_\_\_\_\_ a relaté que G\_\_\_\_\_ n'avait formulé aucune remarque ou objection par rapport à l'absence de fenêtres – ouvertes – au moment où il a pris possession des lieux. Les représentants de Y\_\_\_\_\_ avaient dit à G\_\_\_\_\_ que l'ouverture des fenêtres faisait l'objet d'une opposition de la part de T\_\_\_\_\_ et que Y\_\_\_\_\_ le tiendrait informé de l'évolution du dossier, la société coopérative ne sachant pas à ce moment-là « ni quand ni comment la chose se réglerait » (R10, p. 146).

Enfin, K\_\_\_\_\_ a certifié que la question de l'ouverture des fenêtres n'avait pas fait l'objet d'une condition sine qua non lors de la conclusion du contrat de bail. Initialement, la surface remise à X\_\_\_\_\_ était censée être occupée par un kiosque ainsi que par un débit d'alcool à l'emporter. L'ouverture des fenêtres n'était alors pas d'actualité par rapport à ce genre de commerces : elle l'est devenue lorsque X\_\_\_\_\_ s'est annoncée en tant que locataire potentiel. Y\_\_\_\_\_ a alors entrepris les démarches pour faire ouvrir les fenêtres. Il a ensuite fallu quelque temps pour parvenir à régler le problème. L'aménagement de X\_\_\_\_\_ a dû être réalisé en fonction des fenêtres, fenêtres qui existaient déjà dès le départ, bien qu'étant bouchées. A la connaissance de K\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_ ne savait pas encore que T\_\_\_\_\_ avait formé opposition contre l'ouverture des fenêtres au moment de la conclusion du bail (R43, p. 155 s.)

**2.4.2.2** X\_\_\_\_\_ a dit s'être plainte à plusieurs reprises du problème de l'ouverture des fenêtres. D'après les pièces du dossier, X\_\_\_\_\_ a réagi par écrit une première fois le 25 mai 2007, relevant que les promesses faites « avant l'ouverture de l'établissement » – les plans de construction indiquant que la surface du tea-room devait être éclairée et ventilée par des ouvertures donnant sur l'extérieur –, n'avaient pas été tenues, mais n'en tirant aucune conséquence, notamment quant à la validité du contrat ou quant au montant des loyers convenus (pièce 5 [C1 08 113]). Puis, le 30 mai 2007, X\_\_\_\_\_ a, par l'entremise de la fiduciaire P\_\_\_\_\_, adressé un autre courrier à Y\_\_\_\_\_, tendant à rediscuter le contrat de bail, dans la mesure où le montant du loyer avait été établi sur la base d'un dossier de financement prévoyant

un chiffre d'affaires de 615'000 fr. pour le tea-room et de 318'100 fr. pour le kiosque (pièce 6 [C1 08 113]), chiffres qui n'étaient « de loin pas atteints, partiellement pour les raisons suivantes :

- les ouvertures vitrées sur le côté sud-ouest ne sont pas exécutées et l'établissement reste borgne ;
- le centre commercial Q\_\_\_\_\_ n'est toujours pas opérationnel et cela réduit fortement la clientèle de passage ».

Là encore, hormis la remise en question du montant du loyer, X\_\_\_\_\_ n'a pas contesté, en tant que telle, la validité de la convention.

A la suite d'une visite sur place effectuée le 27 juin 2007, l'Inspection cantonale du travail a, le même jour, adressé à X\_\_\_\_\_ un courrier récapitulatif des constatations faites, à savoir que le tea-room ne bénéficiait pas de la vue sur l'extérieur ni d'un éclairage naturel suffisant (1°), que les fenêtres existantes étaient complètement obturées (2°) et que l'éclairage artificiel installé avait été dimensionné en tenant compte de l'apport naturel des fenêtres obturées (3°). L'autorité administrative en a conclu que les art. 3, 15 al. 3 et 24 al. 5 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT3), protégeant la santé des travailleurs, étaient violés, et que les obturations des fenêtres devaient être retirées d'ici au 31 juillet 2007, à peine de prise d'une décision de mise en conformité conformément à l'art. 50 de la loi fédérale sur le travail (LTr) (pièce 7 [C1 08 113]).

De son côté, Y\_\_\_\_\_ a, le 11 septembre 2007, envoyé une missive au conseil de X\_\_\_\_\_, décrivant comme suit la problématique relative aux fenêtres (pièce 17, p. 92) :

La Commune de J\_\_\_\_\_ a notifié à V\_\_\_\_\_ SA en date du 21 août 2006 (votre document no 1) qu'il existait un problème au niveau de la mise à l'enquête de fenêtres sur la façade ouest de la résidence AA\_\_\_\_\_. Initialement, ce problème concernait l'architecte du bâtiment et non Y\_\_\_\_\_ qui est devenu propriétaire de ces locaux seulement le 1<sup>er</sup> décembre 2006.

Lors de la location à M. G\_\_\_\_\_, nous pensions que ce problème serait résolu relativement facilement et nous avons informé régulièrement votre client par oral. Les divergences entre M. BB\_\_\_\_\_ le promoteur et M. T\_\_\_\_\_ l'administrateur de l'immeuble Q\_\_\_\_\_ n'ont pas permis de donner satisfaction aux parties concernées à savoir Y\_\_\_\_\_ (problème avec le service cantonal du travail) et votre client qui n'a pas d'ouverture de l'extérieur.

Nous avons donc repris ce dossier à notre compte depuis le mois d'avril 2007 (voir correspondance annexée no 2) et nous sommes en bonne voie pour régler ce problème le plus rapidement possible.

Nous avons reçu en date du 5 septembre 2007 une nouvelle proposition d'arrangement de la part de M. T\_\_\_\_\_ Administrateur de l'immeuble Q\_\_\_\_\_.

**2.4.2.3** Cela étant, force est de constater tout d'abord que le contrat ne contient aucune disposition – et, en conséquence, aucune assurance spécifique – concernant l'ouverture des fenêtres obturées. Il ne résulte ni des allégués des parties ni de l'interrogatoire de leurs organes ou de tout autre moyen de preuve figurant au dossier que G\_\_\_\_\_, pour X\_\_\_\_\_, ait visité les locaux qu'il entendait prendre à bail préalablement à la conclusion du contrat, ce qui est toutefois usuel et a certainement dû être fait, le prénommé n'étant pas un novice dans le domaine commercial, puisqu'ayant notamment exploité un autre établissement public à J\_\_\_\_\_. En tout état de cause, G\_\_\_\_\_ a reconnu s'être nécessairement rendu compte du fait que les locaux n'avaient pas de fenêtres ouvertes lors de son entrée en possession (all. 64 [admis]) et n'a réagi, par écrit à tout le moins, la première fois qu'en mai 2007, soit près de 6 mois après le début d'exploitation du tea-room. Ces éléments, ajoutés au fait que Y\_\_\_\_\_ n'est effectivement devenue propriétaire des lieux que le 1<sup>er</sup> décembre 2006, soit seulement quelques jours avant la signature du contrat de bail avec X\_\_\_\_\_ (i.e. le 5 du même mois), amènent la Cour de céans à retenir, d'une part, que la société coopérative n'a pas sciemment passé sous silence les problèmes rencontrés avec l'opposant en vue d'obtenir l'ouverture des fenêtres et n'a fourni aucune garantie à ce sujet, d'autre part, que cette question n'a réellement préoccupé X\_\_\_\_\_ que bien après la signature du contrat, alors que ses affaires périllicitaient, le chiffre d'affaires escompté n'ayant pu, et de loin, pas être réalisé (cf. infra, consid. 2.5).

**2.5** Selon X\_\_\_\_\_, c'est en raison des problèmes liés aux fenêtres obturées ainsi qu'à la non-ouverture du centre commercial à la date annoncée qu'elle a dû cesser l'exploitation du tea-room, faute de rentabilité (all. 40 ss [contestés]). En cours de procédure, les responsables de Y\_\_\_\_\_ ont reconnu que le problème des fenêtres avait pu exercer une incidence sur le confort de la clientèle et des collaborateurs de X\_\_\_\_\_, mais pas dans la mesure invoquée par cette société. Selon les organes de Y\_\_\_\_\_, le concept choisi par X\_\_\_\_\_ était trop rigide – dans la mesure où il était difficile de faire évoluer l'état des lieux, compte tenu de l'importance des aménagements plus ou moins fixes –, et manquait d'attractivité (K\_\_\_\_\_, R43, p. 156).

**2.5.1** L'expert judiciaire a constaté que les comptes bouclés au 31 décembre 2007 de X\_\_\_\_\_ affichaient une perte nette de 41'845 fr.59 pour la gestion du kiosque et de 19'834 fr.75 pour la gestion du café, soit un total de 61'680 fr.34. Le spécialiste a relevé que la perte totale aurait été sensiblement plus élevée encore en tenant compte

de la rétribution insuffisante allouée aux époux G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, lesquels n'avaient plus d'employés salariés depuis le mois d'avril 2007 pour le kiosque et depuis le mois de mai 2007 pour le café (R8, p. 204). Interpellé sur les causes de ces pertes, l'expert a souligné que les frais fixes, tels que le montant du loyer minimum et les charges financières sur les investissements consentis, étaient trop lourds par rapport aux chiffres d'affaires effectivement réalisés, en comparaison des chiffres d'affaires escomptés, soit 650'000 fr. pour le café et 260'000 fr. pour le kiosque. Les montants des loyers (minima) convenus correspondaient à 7%, respectivement 9% des recettes (cf. supra, consid. 2.2), soit des taux considérés dans la branche comme « économiquement supportables » (R9, p. 204). De la mi-décembre 2006 à la mi-septembre 2007, le café n'a réalisé qu'un chiffre d'affaires de 112'229 fr.90, alors que celui du kiosque pendant la même période s'est élevé à 256'814 fr.46. L'expert a certes indiqué qu'il était certain qu'avec un local comprenant des fenêtres donnant sur l'extérieur, les ventes auraient été « sensiblement supérieures, ce qui aurait diminué la perte nette d'exploitation ». L'intéressé a toutefois relativisé ce qui précède en précisant que la création du café dans ce local n'était « pas assez attractif, avec ou sans fenêtres », prenant pour preuve l'interruption de l'exploitation par I\_\_\_\_\_, successeur de G\_\_\_\_\_ (cf. supra, consid. 2.1), qui bénéficiait de l'éclairage naturel, mais qui n'est pas non plus parvenu à assumer les frais fixes, en dépit de la baisse de loyer consentie par la bailleresse et de l'absence de règlement d'une redevance pour l'utilisation de l'agencement et du mobilier posé par son prédécesseur (R9, p. 205 ; cf. ég. déclaration de I\_\_\_\_\_, R12, p. 147 s. [loyer minimal de 3500 fr. par mois [42'000 fr. / an], TVA et charges non comprises] et contrat de bail à loyer pour la période courant du 1<sup>er</sup> mai 2008 au 31 décembre 2017, sous pièce 14 [C1 08 120]).

**2.5.2** Cela étant, la Cour de céans fait siennes les constatations qui précèdent émises par l'expert judiciaire, spécialiste du domaine technique considéré, et non remises en cause par le biais d'une surexpertise. Si l'obturation des fenêtres jusqu'au printemps 2007 a pu exercer une influence sur les ventes, l'ampleur de celle-ci n'a pas été estimée (par exemple en pourcents), et, surtout, le facteur déterminant de l'échec commercial rencontré par X\_\_\_\_\_ consiste en le manque d'attractivité du café, indépendamment de l'existence de fenêtre (ouvertes) ou non.

**2.6** Par pli du 11 septembre 2007, faisant suite aux précédents courriers de X\_\_\_\_\_ où celle-ci s'était plainte des fenêtres obturées et de la non-ouverture des commerces adjacents, Y\_\_\_\_\_ a proposé, « malgré le contrat de bail en cours »,

une baisse de loyer de 50% pour le tea-room, pour la période courant jusqu'à l'ouverture des fenêtres (pièce 17, p. 92 s.). En guise de réponse à cette proposition – qui n'a pas été acceptée –, X\_\_\_\_\_ a, par pli envoyé le 21 septembre 2007 par l'entremise de son homme de loi, signifié à Y\_\_\_\_\_ qu'« aucune solution conventionnelle ne sera[it] trouvée », que l'on se trouvait donc « clairement dans le cas de la nullité au sens de l'art. 20 al. 1 CO » et qu'il convenait d'aménager une rencontre « pour discuter des modalités liées à la résolution de l'ensemble de cette affaire » (pièce 8 [C1 08 120], p. 23 s.). Le 26 octobre 2007, X\_\_\_\_\_ a indiqué à Y\_\_\_\_\_ avoir préféré fermer le tea-room à partir du 10 septembre 2007, « plutôt que de continuer à l'exploiter à perte », et vouloir également cesser l'exploitation du kiosque au 31 octobre 2007. Par la même occasion, X\_\_\_\_\_ a également invité Y\_\_\_\_\_ à lui faire parvenir une proposition pour le remboursement des investissements auxquels la première nommée avait consenti (pièce 5). Le 30 octobre 2007, Y\_\_\_\_\_ a répondu qu'elle interprétait le courrier du 26 octobre 2007 comme une proposition de mettre fin, conventionnellement, au contrat de bail pour le 31 octobre 2007, et a accepté cette proposition, invitant X\_\_\_\_\_ à lui restituer les clefs pour le 2 novembre 2007. Pour le surplus, Y\_\_\_\_\_, sans reconnaissance de droit, a indiqué être disposée à entamer des discussions concernant la prétention en indemnisation de X\_\_\_\_\_ (pièce 6). Finalement, les clefs ont été remises à Y\_\_\_\_\_ le 23 novembre 2007 (all. 13 [admis]), et les parties ont établi un inventaire du mobilier se trouvant encore dans les locaux. Y\_\_\_\_\_ ne s'est engagée ni à reprendre ce matériel ni à verser une indemnité (pièce 7).

Compte tenu du contexte exposé, la Cour de céans retient que X\_\_\_\_\_ a choisi de mettre fin de manière anticipée au contrat de bail en raison du chiffre d'affaires largement inférieur à celui escompté, et sur la base duquel le montant du loyer avait été fixé.

**2.7** Par simplification, Y\_\_\_\_\_ a considéré que le contrat avait pris fin à la mi-novembre 2007 (all. 14 ss [référence soit à la pièce 8]). Elle a établi un décompte pouvant être résumé comme suit (all. 15 et pièce 8) :

<u>2006</u>	
solde	<b><u>2676.10</u></b>
<u>2007</u>	
loyer tea room 2007 45'400 x 10.5 mois : 12	39'725.-
loyer kiosque: 23'400 x 10.5 : 12	20'475.-
charges 2007: 4200 x 10.5 : 12	<u>3675.-</u>
total 2007 hors TVA	63'875.-
TVA 2007	<u>4854.50</u>

Total TTC 2007 68'729.50

Total 2006 + 2007: 2676.10 + 68'729.50 = 71'405.60 francs

X\_\_\_\_\_ ayant versé 26'680 fr. (all. 16 [admis]), Y\_\_\_\_\_ a réclamé la différence, par 44'725 fr.60, plus intérêt moratoire au taux de 5% l'an dès le 1er mai 2007, en tant qu'échéance moyenne.

Selon l'expert, si le calcul effectué par Y\_\_\_\_\_ pour l'année 2007 était correct (68'279 fr.50 pour 10,5 mois, soit 6545 fr.70 par mois), il n'en allait pas de même pour l'année 2006 : le contrat ayant débuté le 22 décembre 2006, le montant dû pour les 10 jours courant jusqu'au 31 du même mois se montait à 2181 fr.90 (6545 fr.70 / 3), et non à 2676 fr.10 comme indiqué par Y\_\_\_\_\_. Au total, X\_\_\_\_\_ était donc redevable pour la période courant du 22 décembre 2006 au 15 novembre 2007, de la somme de 70'911 fr.40 (2181 fr.90 + 68'729 fr.50), sous déduction du montant de 26'680 fr. effectivement réglé (R1, p. 198 s.).

Cela étant, fondé sur ce qui précède et à l'instar de la juridiction précédente, la Cour de céans retient que le montant des loyers impayés se monte à 44'231 fr.40 en capital (70'911 fr.40 – 26'680 fr.), point qui n'est du reste pas disputé par les parties en instance d'appel.

**2.8** Par courrier du 19 décembre 2007, X\_\_\_\_\_ a demandé à Y\_\_\_\_\_ une indemnité de 296'162 fr.10 pour les investissements consentis pour l'aménagement des locaux (pièce 15 [C1 08 120]). Dans son mémoire-demande du 7 juillet 2008 (C1 08 120), X\_\_\_\_\_ a finalement réclamé à Y\_\_\_\_\_ une indemnité de 109'888 fr.45, correspondant au total des investissements effectués pour l'aménagement des locaux (279'358 fr.45 ; cf. pièce 11 [C1 08 120]), sous déduction des aménagements mobiliers récupérables (169'470 francs). De leur côté, les représentants de Y\_\_\_\_\_ – qui contestent le principe même de l'indemnisation –, ont affirmé que les aménagements de X\_\_\_\_\_ avaient été réalisés en fonction des fenêtres, qui existaient déjà (bien qu'étant obturées). Par ailleurs, si Y\_\_\_\_\_ devait reprendre à son compte l'exploitation des locaux litigieux – étant ici précisé que compte tenu de sa politique commerciale, elle ne peut vendre de tabac (cf. kiosque) –, elle aurait probablement vidé totalement lesdits locaux « pour en faire un espace plus ouvert et plus convivial », et aurait évité de mettre en place des installations quasiment fixes, telles que les banquettes arrimées contre les parois (K\_\_\_\_\_, R43, p. 155 s.).

Les constatations de l'expert concernant la valeur résiduelle des aménagements fixes et mobiles ont déjà été résumées au consid. 2.3, auquel il est renvoyé. Il convient de relever toutefois que ces chiffres ont été articulés par l'expert en tenant compte de l'amortissement réalisé jusqu'en 2011 – année d'établissement du rapport –, et non jusqu'en novembre 2007, mois au cours duquel les parties sont convenues de mettre fin au contrat de bail, dont l'échéance ordinaire était initialement prévue au 31 décembre 2011. Selon l'expert, les investissements qui ont apporté à la chose louée une plus-value correspondent aux investissements fixes chiffrés – valeur en 2011 – à 78'226 francs (R4, p. 203, renvoyant à R2, p. 202). Dans d'autres circonstances, ou si les contraintes avaient été différentes, l'éclairage du local de vente n'aurait pas été réalisé de la manière qu'il l'a été (R6, p. 203). La presque totalité de l'agencement ayant été réalisée sur mesure, les aménagements fixes (notamment le bar, l'arrière-bar et les banquettes) ne pourraient être utilisés ailleurs que dans les locaux en cause (R7, p. 203). La Cour de céans fait siennes les constatations qui précèdent émises par l'expert judiciaire.

### **III. Considérant en droit**

**3.** A titre préalable, il convient de qualifier le type de relation contractuelle noué entre les parties et sa durée, ainsi que ses implications sur le plan financier pour l'appelante et défenderesse, dans la mesure où l'action principale de l'appelée et demanderesse tend au paiement d'arriérés de loyers (C1 08 113).

#### **3.1**

**3.1.1** Le bail à loyer est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire, moyennant un loyer (art. 253 CO). La pratique connaît en matière commerciale, en particulier pour les cafés-restaurants et pour les centres commerciaux, des baux dont le loyer est proportionnel au chiffre d'affaires du locataire. Au-delà d'un montant minimum, le loyer fluctue en fonction de la marche du commerce. En règle générale, le locataire est tenu de remettre ses comptes une fois l'an, ou une fois par semestre, au bailleur, qui réajuste le montant dû en fonction des résultats obtenus, sur la base d'un pourcentage convenu entre les parties. Ces contrats sont parfois dénommés « baux partiaires » (Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 2008 [cité ci-après : Lachat, Le bail], n. 10.1.1 ad chap. 19, p. 499 ; cf. ég.

Knoepfler/Ruedin, Regard circulaire sur le droit du bail commercial, in 13e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 21 s.).

**3.1.2** Les parties ont toujours la possibilité de mettre un terme en tout temps au contrat de bail qui les unit, par une décision commune appelée convention de résiliation (Bohnet/Dietschy, in Bohnet/Montini [éd.], Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010, n. 3 ad art. 266 CO). Un tel accord constitue, par application analogique de l'art. 115 CO, un contrat de disposition dont la validité ne dépend pas du respect d'une forme spéciale (ATF 95 II 419 consid. 2d; arrêt 4C.167/2002 du 8 octobre 2002 consid. 2.4.2; Higi, Zürcher Kommentar, n. 17-18 ad art. 255 CO et n. 12 ss ad Vorbemerkungen zu Art. 266-266o CO; Weber, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, n. 2 ad art. 255 CO).

**3.2** Dans le cas particulier, il n'est pas disputé que les parties étaient liées par un contrat de bail à loyer portant sur des locaux commerciaux et que le montant du loyer convenu – tant pour le tea-room (cf. ch. 2.2.1) que pour le kiosque (cf. ch. 2.2.2) – était tributaire du chiffre d'affaires réalisé par l'appelante et défenderesse, celle-ci étant tenue de fournir périodiquement ses comptes à la bailleresse (cf. bail partiaire). Le montant dû pour la période courant du début du contrat, le 22 décembre 2006, à sa résiliation anticipée, conformément à l'accord intervenu entre les parties, avec effet le 15 novembre 2007, se monte à 70'911 fr.40, comme retenu par l'expert judiciaire, suivi à bon escient par la juridiction inférieure (cf. supra, consid. 2.7). Après déduction des montants déjà versés (26'680 fr.), la locataire demeure redevable de la somme de 44'231 fr.40 (70'911 fr.40 – 26'680 fr.) au titre d'arriérés de loyers, plus intérêt moratoire au taux de 5% l'an dès le 1er mai 2007, correspondant à l'échéance moyenne s'agissant de prestations périodiques (cf. ATF 103 II 330 consid. 5; Thévenoz, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 10 ad art. 104 CO).

**4.** Dans un premier moyen, subdivisé en plusieurs sous-branches, l'appelante et défenderesse fait grief à l'autorité inférieure d'avoir fait une application erronée de l'art. 258 CO, en l'estimant forclos à se prévaloir du dol (art. 28 CO), voire d'une erreur essentielle (art. 24 CO), du fait qu'elle n'aurait pas préalablement fait usage des droits découlant des art. 107 à 109 CO (cf. ch. 21 et 22 de l'appel, p. 4 ss). Selon elle, la bailleresse a dolosivement omis de lui signaler la problématique des fenêtres obturées, et c'est en méconnaissance de cet élément essentiel (cf. présence ou non d'un éclairage naturel dans les locaux) – de même que sur la base de la promesse

d'ouverture prochaine d'autres commerces –, que les organes de l'appelante ont conclu le contrat de bail, le 5 décembre 2006.

#### 4.1

**4.1.1** Le bailleur est tenu de délivrer la chose « dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir en cet état » (art. 256 al. 1 CO). Lorsqu'un défaut entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut notamment exiger du bailleur une réduction proportionnelle du loyer (art. 259a al. 1 let. b CO et art. 259d CO) ou des dommages et intérêts (art. 259a al. 1 let. b CO et art. 259e CO). Le législateur ne définit pas la notion de défaut, qui relève du droit fédéral. Celle-ci doit être reliée à l'obligation de délivrer la chose louée dans un état approprié à l'usage auquel elle est destinée (art. 256 al. 1 CO). En d'autres termes, il y a défaut lorsque l'état de la chose diverge de ce qu'il devrait être selon l'art. 256 CO, c'est-à-dire lorsque la chose 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 135 III 345 consid. 3.2; arrêt 4A\_582/2012 du 28 juin 2013 consid. 3.2 ; Montini/Bouverat, in Bohnet/Montini [éd.], Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010, n. 1 ad art. 256 CO; Lachat, Le bail, n. 1.1 ad chap. 9, p. 216). Comme le contrat ne mentionne souvent que très sommairement les qualités de la chose louée (Lachat, Le bail, n. 1.4 ad chap. 9, p. 219), c'est l'état dans lequel se trouve la chose louée au moment de sa visite par le locataire, avant la conclusion du bail, qui joue un rôle primordial dans la détermination de l'état conforme au contrat (Burkhalter/Martinez-Favre, Commentaire SVIT du droit du bail, Lausanne 2011, n. 21 ad Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO et l'auteur cité). Le principe de la bonne foi dans la conclusion des contrats exige que le preneur proteste s'il constate que la chose offerte ne lui convient pas, ou que la chose livrée n'est pas conforme à ce qu'il voulait. S'il ne réagit pas lors de l'entrée sur les lieux ou immédiatement après, on peut en déduire, selon les circonstances, que les locaux ont été remis dans l'état prévu par le contrat (Aubert, in Bohnet/Montini [éd.], Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010, n. 24 ad art. 258 CO ; cf. ég. ATF 130 III 417 consid. 3.2).

En matière de bail à loyer, l'usage convenu des locaux loués doit respecter les règles de droit public fédérales et cantonales quant à leur destination (cf. arrêt 4A\_173/2010 du 22 juin 2010 consid. 2.2 ; Lachat, Le bail, ch. 1.2 ad chap. 9, p. 217 s.). Ont été considérés comme des défauts graves – c'est-à-dire qui excluent ou entravent considérablement l'usage pour lequel la chose a été louée (cf. art. 258 al. 1 CO) –, la

remise à bail de locaux ne respectant pas les prescriptions en matière de protection contre les incendies (cf. arrêt 4C.333/2004 du 6 janvier 2005 consid. 2.1), ou d'autres normes de droit public (Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 52-54 ad Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO, et la réf. à l'arrêt publié in MRA 4/05, p., 180 ss).

Une nuance s'impose cependant en ce sens que les parties peuvent convenir d'un état des locaux inférieur à l'état usuel (mais conforme au contrat), moyennant un loyer réduit ou le paiement par le bailleur d'une indemnité. En ce sens, la location de locaux « nus » – l'aménagement intérieur incombant dans ce cas de figure au locataire (« Rohmiete ») –, est licite et ne contrevient pas à l'art. 256 al. 2 CO (Lachat, Le bail, ch. 1.7 ad chap. 9, p. 220 et ch. 1.7 ad chap. 11, p. 249 s. ; cf. ég. ATF 104 II 202 consid. 3 ; Higi, op. cit., n. 70 ss ad art. 256 CO ; Montini/Bouverat, op. cit., n. 62 ad art. 256 CO ; Aubert, op. cit., n. 26 ad art. 258 CO ; Weber, op. cit., n. 6a ad art. 256 CO ; Permann, Nichtgeregeltes Sonderproblem Rohbaumiete bei Geschäftsräumlichkeiten, in AJP 2007 p. 1525 ss, spéc. p. 1525). Si l'état dans lequel le local « nu » doit être délivré n'a pas été précisé dans le contrat, le locataire doit pouvoir attendre du bailleur un local muni de l'équipement standard de base (parois nues ainsi que les infrastructures nécessaires, tels que l'accès au bâtiment, l'escalier, l'ascenseur, les conduites d'eau, d'électricité et de gaz, les lignes téléphoniques) et utilisable dans le but visé (Knoepfler/Ruedin, op. cit., p. 8 s. ; cf. ég. Burkhalter /Martinez-Favre, op. cit., n. 32b ad art. 256 CO et n. 14 ad Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO ; Higi, op. cit., n. 35 ad art. 256 CO).

**4.1.2** Aux termes de l'art. 258 CO, si le bailleur ne délivre pas la chose à la date convenue ou qu'il la délivre avec des défauts qui excluent ou entravent considérablement l'usage pour lequel elle a été louée, le locataire peut invoquer les art. 107 à 109 concernant l'inexécution des contrats (al. 1). Si, malgré de tels défauts, le locataire accepte la chose et réclame l'exécution parfaite du contrat, il ne peut faire valoir que les prétentions qu'il serait en droit d'élever si les défauts étaient apparus pendant le bail (al. 2, renvoyant aux art. art. 259a à 259i CO).

L'art. 258 CO règlemente d'abord le cas d'inexécution lors de la remise de la chose, c'est-à-dire lorsque le bailleur ne délivre pas la chose à la date convenue (violation de l'obligation de délivrance), mais également l'exécution imparfaite, c'est-à-dire lorsque le bailleur délivre la chose à la date convenue, mais dans un état qui n'est pas approprié à l'usage convenu (violation du devoir de qualité) (Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 3-4 ad Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO). Si la chose louée présente des défauts graves (pour des exemples, cf. supra, consid. 4.1.1) au moment

de sa délivrance, auxquels il n'est objectivement pas possible de remédier, le locataire jouit ainsi des mêmes possibilités que s'il y avait eu retard, et peut donc invoquer les art. 107-109 CO, mais aussi demander l'exécution effective du contrat (demande de remise en état et de cession de l'usage de la chose). Le locataire peut aussi accepter la chose malgré les défauts graves, ce qu'il fera peut-être si la jouissance est encore possible ou que les circonstances l'y obligent ou s'il garde l'espoir d'une exécution parfaite dans un proche avenir. Le locataire ne dispose alors que des droits prévus en cas de défauts apparaissant en cours de bail (cf. art. 258 al. 2 CO), dont celui de se départir du contrat avec effet immédiat si le bailleur n'a pas remédié au défaut dans un délai convenable (art. 259b CO) (Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 57-58 ad Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO ; cf. ég. Aubert, op. cit., n. 44 ss et n. 49 ad art. 258 CO ; arrêt 4A\_281/2009 du 31 juillet 2009 consid. 3. 1 in fine).

En cas de défaut de la chose ou d'entrave dans son usage, les droits du locataire ne se limitent pas à ceux spécifiques au droit du bail. Si les conditions sont réunies, le locataire peut ainsi – en principe – prétendre que le contrat n'est pas conclu faute d'accord en raison d'une erreur essentielle dans les motifs (Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 70 ss et 74 ad Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO). Toutefois, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, celui qui opte pour une demande de réduction de loyer en invoquant le caractère excessif (ou trompeur et dolosif) du loyer, a le choix entre l'exercice de l'action en invalidation du contrat pour vice du consentement, voire pour lésion, et l'action en réduction de loyer. S'il opte pour l'action en réduction, il ratifie le contrat de bail, conformément à l'art. 31 CO, car la réglementation relative aux loyers abusifs suppose l'existence d'un contrat de bail valable (arrêt 4C.43/2001 du 20 juin 2001 consid. 3a/bb, in SJ 2002 I p. 31, et la réf. à l'ATF 127 III 83 [vente]; cf. ég. arrêts 4C.197/2004 du 27 septembre 2004 consid. 3.1 [vente] ; 4A\_483/2011 du 2 décembre 2011 consid. 2.1). En d'autres termes, il est ainsi exclu que le locataire invoque, d'une part, les droits prévus en cas de défaut et conteste, d'autre part, la validité du contrat pour cause de vice du consentement (Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 74 ad Remarques préliminaires aux art. 258-259i CO et les références).

**4.1.3** Il y a dol au sens de l'art. 28 CO lorsque l'un des cocontractants, de manière illicite, fait croire à des faits faux ou dissimule des faits vrais, alors que ceux-ci sont déterminants pour la décision de son partenaire de conclure le contrat ou, à tout le moins, de le conclure aux conditions convenues (ATF 132 II 161 consid. 4.1). Commet un dol passif (ou par omission) celui qui entretient chez la victime une erreur sur des

faits dont la connaissance l'aurait amenée à ne pas contracter (Schmidlin, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 9 ad art. 28 CO). Le silence sur des faits est condamnable pour autant qu'il existe un devoir d'information. Savoir si tel est le cas se détermine sur la base des circonstances du cas d'espèce (arrêt 4C.348/2006 du 17 janvier 2007 consid. 7.1 ; ATF 132 II 161 consid. 4.1). La jurisprudence a toutefois développé quelques directives : l'étendue de l'information se mesure à la difficulté de reconnaître les faits (Schmidlin, op. cit., n. 11 ad art. 28 CO ; Schwenzer, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, n. 9 ad art. 28 CO). A titre comparatif dans le domaine des droits réels, la jurisprudence a admis, à propos d'une servitude de droit de passage, que, dans la mesure où, en principe, nul n'achète un immeuble au bénéfice d'une telle servitude sans visiter les lieux, le tiers acquéreur ne pourra ignorer de bonne foi – sauf dans des circonstances tout à fait spécifiques – les particularités non mentionnées dans l'inscription (assiette de la servitude, ouvrages, largeur rétrécie par endroits, etc.) qu'une telle visite pouvait lui révéler (ATF 137 III 145 consid. 3.3.3, 153 consid. 4.2.3). Il s'ensuit qu'en principe, les limitations résultant de l'état des lieux visibles sur le terrain sont opposables au tiers acquéreur, lequel ne pourra invoquer sa bonne foi s'il n'en a pas pris connaissance (ATF 137 III 153 consid. 4.1.3 ; arrêt 5A\_117/2013 du 9 juillet 2013 consid. 3.3.3). Toujours en guise de comparaison, en droit de la vente, le vendeur est dispensé d'informer l'acheteur lorsqu'il peut admettre de bonne foi que l'acheteur réalisera sans autre la situation exacte (ATF 116 II 431 consid. 3a); à cet égard, il suffit en principe que l'acheteur puisse s'en rendre compte en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (arrêts 4A\_70/2011 du 12 avril 2011 consid. 4.1 ; 4C.16/2005 du 13 juillet 2005 consid. 1.5 ; ATF 102 II 81 consid. 2).

Le champ du dol englobe toute la motivation contractuelle, sans distinction entre erreur essentielle ou non essentielle. Le dol sur des faits futurs mérite une attention particulière. Des faits incertains ou risqués ne peuvent être objets ni d'erreur ni de dol. En revanche, un acte dolosif concernant des faits futurs doit être réglé de la même manière que l'erreur sur les faits futurs (Schmidlin, op. cit., n. 15-16 ad art. 28 CO et infra, consid. 4.1.4).

Savoir dans quelles circonstances se sont déroulés les pourparlers, respectivement la conclusion du contrat, et s'il y a eu comportement trompeur de la part d'une partie relève des constatations de fait (arrêts 4A\_217/2009 du 3 novembre 2009 consid. 2.4; 4C.227/2003 du 9 décembre 2004 consid. 5.3.1). Tout dol présuppose un acte intentionnel ; un comportement même gravement négligent de la part du cocontractant

ne peut être assimilé au dol : la victime doit alors se contenter d'invalider le contrat pour erreur (Schmidlin, op. cit., n. 19-20 ad art. 28 CO). Il incombe à celui qui invoque un dol pour échapper aux conséquences d'un acte juridique d'apporter la preuve qu'il y a eu tromperie et que celle-ci l'a déterminé à contracter, en tant que condition sine qua non (cf. ATF 129 III 320 consid. 6.3; arrêts 4A\_641/2010 du 23 février 2011 consid. 3.4.1, in SJ 2011 I p. 322 ss ; 4A\_217/2009 précité consid. 2.4; Schmidlin, op. cit., n. 49 et 61 [condition sine qua non] ad art. 28 CO; Schwenger, op. cit., n. 26 ad art. 28 CO; Kummer, Berner Kommentar, n. 292 ad art. 8 CC).

**4.1.4** Il y a erreur lorsqu'une personne, en se faisant une fausse représentation de la situation, manifeste une volonté qui ne correspond pas à celle qu'elle aurait exprimée si elle ne s'était pas trompée. Savoir si une personne, au moment de passer un acte juridique, se trouvait dans l'erreur est une question de fait (ATF 134 III 643 consid. 5.3.1; 118 II 58 consid. 3a). Nul ne peut invalider un acte juridique sur la base des art. 23 ss CO si, en réalité, il n'était pas dans l'erreur (ATF 128 III 70 consid. 1b). Il incombe à celui qui invoque une erreur pour échapper aux conséquences d'un acte juridique d'apporter la preuve que ses représentations internes étaient erronées (arrêt 4A\_217/2009 précité consid. 2.4; Schmidlin, op. cit., n. 61 ad art. 23-24 CO; Schwenger, op. cit., n. 12 ad art. 23 CO). Selon l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de conclure, était dans une erreur essentielle. Il ressort de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO que l'erreur est essentielle notamment lorsqu'elle porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de les considérer comme des éléments nécessaires du contrat. Pour que ce cas d'erreur essentielle soit réalisé, il faut tout d'abord que le cocontractant puisse se rendre compte, de bonne foi, que l'erreur de l'autre partie porte sur un fait qui était objectivement de nature à la déterminer à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues; il faut encore, en se plaçant du point de vue de la partie qui était dans l'erreur, que l'on puisse admettre subjectivement que son erreur l'a effectivement déterminée à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues (ATF 135 III 537 consid. 2.2; 132 III 733 consid. 1.4; 129 III 363 consid. 5.3). En d'autres termes, celui qui se prévaut de son erreur doit s'être trompé sur un fait déterminé touchant, pour lui, à la base nécessaire du contrat (notwendige Grundlage); ce fait doit avoir exercé une influence décisive sur la volonté de conclure du déclarant qui, sans cette circonstance, n'aurait pas passé le contrat ou, en tout cas, pas à ces conditions (arrêt 4A\_408/2007 du 7 février 2008 consid. 3.2 ; Schmidlin, op. cit., n. 40 ad art. 23-24 CO; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I, 8. Aufl. 2003, n. 779, p. 158; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd. 1999, p. 328 s.).

Selon la jurisprudence, un cocontractant ne peut invoquer un fait déterminé comme condition sine qua non du contrat lorsqu'il ne s'est pas préoccupé, au moment de conclure, d'éclaircir une question qui se posait manifestement en rapport avec ce fait (ATF 129 III 363 consid. 5.3; 117 II 218 consid. 3b).

L'erreur essentielle de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO peut porter sur un fait (ou un événement) futur, mais seulement si, lors de la conclusion du contrat, ce fait pouvait objectivement être tenu pour certain; l'erreur est au contraire exclue lorsque le fait futur était expectatif ou aléatoire (arrêts 4A\_641/2010 précité consid. 3.5.2 ; 4A\_595/2008 du 20 mars 2009 consid. 4; ATF 118 II 297 consid. 2c; Schmidlin, op. cit., n. 35-37 ad art. 23-24 CO; Schwenger, op. cit., n.18-19 ad art. 24 CO).

## **4.2**

**4.2.1** En l'espèce, le contrat signé le 5 décembre 2006 portait sur la remise à bail à l'appelante et défenderesse de locaux « nus » destinés à l'exploitation d'un tea-room ou café et d'un kiosque (cf. supra, consid. 2.2). La locataire pouvait donc, même en l'absence de qualité promise, s'attendre à ce que les locaux, une fois les aménagements intérieurs à sa charge effectués (cf. art. 12 du contrat), lui permettraient d'exploiter notamment le tea-room dans le respect des prescriptions administratives, notamment celles relatives à la protection de la santé et du bien-être des travailleurs. En ce sens, le manque de luminosité naturelle résultant du fait que les fenêtres (pré)existantes avaient été obturées à la suite de l'opposition formée par l'administrateur de l'immeuble Q\_\_\_\_\_ (cf. supra, consid. 2.4.2.1) est susceptible d'être qualifié de défaut grave lors de la remise des locaux, conférant à la locataire les droits prévus à l'art. 258 CO, renvoyant lui-même aux art. 107 à 109 CO. Loin de se départir du contrat, l'appelante qui, dans tous les cas a nécessairement dû se rendre compte de l'obstruction des fenêtres au plus tard lors de l'entrée en possession des locaux (cf. supra, consid. 2.4.2.3), a accepté ceux-ci et n'a réagi à l'égard de la bailleuse, par écrit du moins, qu'au mois de mai 2007, remettant en question le montant du loyer, du fait que le chiffre d'affaires déterminant celui-ci n'était pas conforme aux prévisions (cf. supra, consid. 2.4.2.2). Ce n'est en définitive que par courrier du 21 septembre 2007 – soit un peu plus de 10 mois après la signature du contrat, le 5 décembre 2006, et la prise de possession des locaux –, que l'appelante a, par la plume de son avocat, déclaré qu'aucune solution conventionnelle ne serait trouvée et s'est prévaluée de la « nullité au sens de l'art. 20 al. 1 CO » (cf. supra, consid. 2.6), à teneur duquel « le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs », ce qui ne signifie pas encore qu'il y ait eu vice de la

volonté lors de la conclusion du contrat. En demandant à la bailleuse, après avoir convenu avec elle la résiliation anticipée du rapport de bail avec effet le 15 novembre 2007, une indemnité pour les aménagements effectués sur les locaux « nus », l'appelante a ratifié le contrat et ne pouvait plus se prévaloir de sa nullité pour vices de la volonté (cf. supra, consid. 4.1.2). Le premier grief de l'appelante est donc infondé.

**4.2.2** L'appelante n'a pas davantage démontré que la bailleuse l'avait dolosivement (art. 28 CO) amenée à conclure le contrat, en lui promettant, contrairement à la réalité, d'une part, la venue d'autres commerces à proximité – circonstance propre à attirer de la clientèle au tea-room et au kiosque – et, d'autre part, l'ouverture immédiate des fenêtres indiquées sur les plans, mais obturées. Il a en effet été circonscrit en fait, s'agissant du premier aspect, que la bailleuse n'avait fourni aucune assurance concernant l'ouverture d'autres commerces dans le Q\_\_\_\_\_, elle-même ne sachant alors pas encore qui allait venir (cf. supra, consid. 2.4.1.2). Il s'agissait donc de faits futurs et incertains, pour lesquels l'appelante pouvait tout au plus nourrir des espérances, de sorte que l'invalidation pour dol – ou pour erreur essentielle – n'est pas envisageable. Quant au second point, il a été arrêté en fait qu'il ne pouvait être reproché à la bailleuse d'avoir, lors des négociations ayant abouti à la signature du contrat de bail, sciemment tu les problèmes rencontrés concernant l'ouverture des fenêtres existantes, mais obturées, ni d'avoir fourni une quelconque assurance sur ce point (cf. supra, consid. 2.4.2.3). Le devoir d'information de la bailleuse était d'autant plus restreint que la seule visite des lieux permettait de se rendre compte que les fenêtres étaient alors fermées. L'appelante a en conséquence échoué à démontrer avoir été victime de tromperies intentionnelles de la part de la bailleuse, et que celles-ci l'aient déterminée à conclure le contrat dans les termes convenus.

Les conditions d'application de l'art. 28 CO n'étant pas réunies, le contrat ne peut en conséquence être invalidé pour cause de dol. Le moyen de l'appelante est donc sans consistance.

**4.2.3** Enfin, l'appelante s'est, « pour le cas où le dol ne serait pas retenu » (cf. appel, ch. 22, p. 6), plainte d'avoir été victime d'une erreur essentielle au sens de l'art. 24 CO. L'intéressée ne peut toutefois bénéficier de cette disposition, dans la mesure où il a été arrêté en fait que la question de la venue d'autres commerces et de l'ouverture des fenêtres obturées n'avait réellement préoccupé l'appelante que bien après la signature du contrat, soit en mai 2007 (cf. supra, consid. 2.4.2.3), alors que son chiffre d'affaires était au plus bas principalement du fait du manque d'attractivité du café, indépendamment de l'ouverture ou non des fenêtres (cf. supra, consid. 2.5.2). L'arrivée

d'autres commerces et l'ouverture des fenêtres – effectivement désobturées en automne 2007 (cf. supra, consid. 2.4.2.1) – ne constituent ainsi pas une condition sine qua non pour la conclusion du contrat de bail. Le grief tiré de la prétendue violation des art. 23 s. CO doit donc être écarté.

**4.2.4** En résumé, il n'existe aucun motif d'invalider le contrat de bail à loyer signé le 5 décembre 2006.

**5.** Dans son écriture d'appel, la locataire s'est, « en tant que de besoin », prévaluée pour la première fois en procédure d'une réduction du loyer (art. 259d CO) et/ou de dommages-intérêts (art. 259e CO), à concurrence du montant de 109'888 fr.45 réclamé initialement « sur une autre base juridique (l'art. 260a al. 3 CO), dans ses conclusions du 9 janvier 2012 » (cf. appel, ch. 23, p. 7 s.).

## **5.1**

**5.1.1** Aux termes de l'art. 259d CO, si le défaut entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut exiger du bailleur une réduction proportionnelle du loyer à partir du moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et jusqu'à l'élimination de ce dernier. Selon une partie de la doctrine, la réduction de loyer est un droit formateur, qui se concrétise par une déclaration unilatérale du locataire, sans que celui-ci ne doive nécessairement s'adresser au juge dans le cadre d'une action formatrice (Higi, op. cit., n. 21 ss ad art. 259d CO; Züst, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss. St.Gallen 1992, p. 182 ss ; Aubert, op. cit., n. 3 ad art. 259d CO; contra Weber, op. cit., n. 3 ad art. 259d CO; pour un aperçu des avis de doctrine, sans trancher la question, cf. ATF 130 III 504 consid. 5.1). Par ailleurs, l'art. 259e CO dispose que si, en raison du défaut, le locataire a subi un dommage, le bailleur lui doit des dommages-intérêts s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

**5.1.2** Aux termes de l'ancien art. 274d al. 3 CO, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves; les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Cette disposition est applicable aux procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC le 1er janvier 2011 (art. 404 al. 1 CPC; arrêt 4A\_612/2012 du 19 février 2013 consid. 2.1 ; actuellement, art. 247 al. 1 et 2 let. a CPC qui instaure, comme l'ancien art. 274d al. 3 CO, une maxime inquisitoire sociale, notamment dans les litiges en rapport avec un bail à loyer [cf. art. 243 al. 2 let. c CPC]). Selon la jurisprudence relative à l'ancien art. 274d al. 3 CO, la maxime inquisitoriale sociale ne constitue pas une maxime officielle absolue. Le juge ne doit

pas instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position, mais il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves. Si des motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les allégations et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, il doit inviter celle-ci à compléter ses moyens (ATF 136 III 74 consid. 3.1; 125 III 231 consid. 4a). L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire prévue par le droit du bail ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a; arrêts 4C.65/2002 du 31 mai 2002 consid. 2b, in DB 2003 no 21 ; 4C.199/2000 du 21 décembre 2000 consid. 2a, in SJ 2001 I p. 278). Au surplus, la maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêts 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1 ; 4P.297/2001 du 26 mars 2002 consid. 2a). Les plaideurs demeurent maîtres du litige: il leur incombe d'en définir la portée (cf. maxime de disposition ; ATF 134 III 151 consid. 3.2 ; arrêt 4A\_307/2011 du 16 décembre 2011, in RSPC 2012, p. 295 ; Weber, op. cit., n. 5 ad art. 274d CO). Ce sont la requête du demandeur et la prise de position du défendeur qui déterminent le cadre du débat (Lachat, Le bail, n. 3.3.3 ad chap 5, p. 160).

**5.2** Dans le cas particulier, la cause, introduite les 3 (C1 08 113) respectivement 7 (C1 08 120) juillet 2008, était soumise en première instance à la procédure accélérée des art. 300 ss CPC/VS, correspondant en Valais à la procédure « simple et rapide » dictée par le droit fédéral en vertu de l'art. 274d al. 3 CO. Conformément à l'art. 301 al. 1 CPC/VS, l'instance était introduite par mémoire comportant un exposé des faits, l'énoncé précis des principes de droit sur lesquels la demande est fondée ainsi que l'énumération de tous les moyens de preuve et les conclusions prises. En vertu du droit fédéral, la cause n'était certes pas soumise à la maxime des débats pure instituée par l'art. 66 al. 1 CPC/VS, permettant au juge de ne tenir compte que des seuls faits régulièrement allégués en procédure. Il n'en demeure pas moins que, même dans les litiges soumis comme en l'espèce à la maxime inquisitoire sociale – atténuée lorsque les parties sont assistées d'un mandataire professionnel (cf. Dietschy, note in RSPC 2010, p. 15 et les arrêts cités) –, il incombe aux parties d'exposer l'objet du litige et de définir, par des conclusions, le cadre du débat.

Or, dans le cas particulier, force est d'observer à la lecture du mémoire-demande du 7 juillet 2008 (C1 08 120), respectivement de son mémoire-réponse du 19 août 2008 (C1 08 113), que l'appelante a prétendu à l'allocation d'une indemnité pour la plus-

value apportée aux locaux par les aménagements entrepris (cf. art. 260a CO), respectivement à la constatation de la nullité du contrat pour cause de dol (art. 28 CO) et d'erreur essentielle (art. 23-24 CO) lors de la conclusion du contrat, mais n'a jamais indiqué, même en substance, avoir exigé une diminution de loyer. L'appelante ne peut par ailleurs rien tirer en sa faveur des pièces 5 ss annexées à sa demande supposées « val[oir] avis des défauts de la chose louée » (cf. appel, ch. 23, p. 8 [sommet]). Ces pièces, correspondant aux courriers envoyés les 25 et 30 mai 2007 par l'appelante, respectivement sa fiduciaire, ne constituent pas des déclarations unilatérales de volonté tendant à la diminution du loyer en raison de l'existence de prétendus défauts, mais seulement une demande de renégociation du loyer du fait que le chiffre d'affaires réalisé ne correspondait pas à celui initialement escompté. La conclusion tendant au rejet de l'action en paiement de l'appelée et demanderesse (C1 08 113), par compensation avec la propre créance articulée par l'appelante et défenderesse à concurrence de 109'888 fr.45 en indemnisation des travaux réalisés (C1 08 120) ne peut en conséquence s'appuyer sur l'art. 259d CO.

Il en va de même pour l'action en dommages-intérêts prévue par l'art. 259e CO, dans la mesure où il a été arrêté en fait que les pertes subies par l'appelante étaient le résultat du manque d'attractivité du café, avec ou sans fenêtres (cf. supra, consid. 2.5.2), soit une circonstance dont la bailleuse n'a pas à répondre. La condition du lien de causalité, nécessaire à l'accueil de toute action en dommages-intérêts, n'est donc pas remplie.

**6.** L'appelante reproche enfin à la juridiction inférieure d'avoir rejeté sa prétention en indemnité fondée sur l'art. 260a al. 3 CO. De son point de vue, c'est à tort que le premier juge a retenu que, puisque la locataire avait elle-même mis fin au contrat de manière anticipée en 2007 essentiellement pour des raisons économiques, alors que l'amortissement des installations devait se faire sur toute la durée du bail courant jusqu'au 31 décembre 2011, l'intéressée ne pouvait se prévaloir du versement d'une indemnité (cf. jugement entrepris, consid. 7.2, p. 15). D'après l'appelante, cette motivation fait en outre bien peu de cas du fait que la bailleuse a, postérieurement à la libération des locaux, pu en tirer un profit conséquent (cf. appel, ch. 24, p. 8 s.).

**6.1** Aux termes de l'art. 260a CO, le locataire n'a le droit de rénover ou de modifier la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur (al. 1). Lorsque le bailleur a donné son consentement, il ne peut exiger la remise en état de la chose que s'il en a été convenu par écrit (al. 2). Si, à la fin du bail, la chose présente une plus-value considérable résultant de la rénovation ou de la modification acceptées par le bailleur, le locataire

peut exiger une indemnité pour cette plus-value; sont réservées les conventions écrites prévoyant des indemnités plus élevées (al. 3).

**6.1.1** Lorsque le locataire loue des locaux nus à charge pour lui d'en terminer les aménagements (Rohmiete ; cf. supra, consid. 4.1.1), il ne s'agit pas de modifications ou de rénovations au sens de l'art. 260a CO (Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 57 ad art. 260-260a CO ; Aubert, op. cit., n. 10 ad art. 260a CO ; Knoepfler/Ruedin, op. cit., p. 9). Les parties en ont d'ordinaire tenu compte dans la fixation du loyer. Si tel est bien le cas, le locataire n'a en principe droit à aucune indemnité à la fin du bail ; son investissement a déjà été pris en compte dans la fixation du loyer (Lachat, op. cit., n. 4.3 ad chap. 32, p. 832 ; Higi, op. cit., n. 4 ad art. 260a CO). En revanche, si le loyer ne tient pas clairement compte des frais exposés par le locataire pour aménager les locaux, son droit à une indemnité demeure intact selon des auteurs de doctrine (Lachat, *Le bail*, loc. cit. et la réf. à l'arrêt cantonal in ZMP 2003 no 6 [indemnisation fondée sur l'art. 256 CO, du fait que la mise à disposition de la chose dans le but contractuellement prévu appartient aux devoirs essentiels du bailleur] ; dans le même sens, cf. Zanetti, *Ausgewählte Aspekte der Rohbaumiete*, in mp 2011 p. 89 ss, p. 98 ; Weber, op. cit., n. 2 ad art. 260a CO ; en faveur en revanche d'une application analogique de l'art. 260a al. 3 CO, cf. Permann, op. cit., p. 1528). Lorsque les locaux sont livrés nus, il est essentiel pour les parties de prévoir une réglementation précise. En particulier, si le loyer ne tient pas compte de l'investissement du locataire, il faut prévoir le paiement d'une indemnité par le bailleur à la fin du bail et en définir le mode de calcul (Lachat, *Le bail*, n. 4.3 ad chap. 32 et note de pied 46, p. 832 ; cf. ég. Zanetti, op. cit., p. 101). Le dédommagement peut consister à ce que le locataire se voit rembourser directement les frais, ou, indirectement, voit son loyer réduit ; une solution mixte est évidemment également envisageable (Zanetti, op. cit., p. 100 et la référence). Seuls les aménagements qui vont au-delà de ce qui est prévu contractuellement tombent à nouveau sous le coup de l'art. 260a CO et sont alors considérés comme des modifications/rénovations (Burkhalter/Martinez-Favre, loc. cit. ; cf. ég. Permann, op. cit., p. 1530 ; Knoepfler/Ruedin, op. cit., p. 9).

**6.1.2** L'art. 260a al. 3 CO est de droit dispositif (ATF 124 III 149 consid. 4 et 5). Ainsi, les parties peuvent convenir à l'avance d'une indemnité plus élevée que ne l'exige la disposition, ou au contraire supprimer toute indemnité (arrêt 4C.97/2005 du 18 août 2005 consid. 2.2 in fine, in MRA 1/06, p. 24 s.; Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 83 ad art. 260-260a CO; Aubert, op. cit., n. 29 ad art. 260a CO).

La plus-value correspond à la valeur ajoutée à la chose louée, non encore amortie à la fin du bail. Elle s'apprécie objectivement, eu égard aux frais exposés par le locataire, et à l'utilité des travaux pour le bailleur (arrêt 4C.97/2005 précité consid. 2.4 ; Lachat, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012 [cité ci-après: Lachat, CR-CO I], n. 7 ad art. 260a CO; Higi, op. cit., n. 51 ad art. 260a CO). Le fardeau de la preuve de la plus-value apportée appartient au locataire (Higi, op. cit., n. 62 ad art. 260a CO).

L'art. 260a al. 3 CO subordonne le droit à une indemnité au caractère considérable de la plus-value, lequel dépend de l'ensemble des circonstances, dont notamment le coût des travaux, le loyer payé par le locataire et les avantages dont le bailleur pourra tirer profit (arrêts du Tribunal fédéral 4C.18/2006 du 29 mars 2006 consid. 3.1.1, in CdB 2007, p. 16 ; 4C.97/2005 précité consid. 2.4; Lachat, CR-CO I, n. 8 ad art. 260a CO; plus nuancé sur les circonstances à prendre en considération, cf. Higi, op. cit., n. 57 ss ad art. 260a CO).

Quant à l'indemnité, elle ne se mesure pas nécessairement à l'aune de la plus-value qui subsiste. Elle peut être modulée en fonction des particularités du cas d'espèce (arrêt 4C.97/2005 précité consid. 2.4 ; Barbey, Les travaux de rénovation et de modification de la chose louée entrepris par le locataire [art. 260a CO], in 10e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998, p. 15; Higi, op. cit., n. 66 ad art. 260a CO). La quotité de la somme pourra ainsi varier en fonction des critères suivants: le loyer réduit dont a bénéficié le preneur en contrepartie des travaux ou l'augmentation de loyer (économisée) qu'il aurait été amené à déboursier si l'ouvrage avait été réalisé par le bailleur; les avantages particuliers qu'entraîne la rénovation ou la modification pour le locataire; inversement, le profit réduit qu'en retire le bailleur; les circonstances qui ont motivé la fin des rapports contractuels (arrêt 4C.97/2005 précité consid. 2.4; Barbey, op. cit., p. 15 s.; Higi, op. cit., n. 67 ss ad art. 260a CO). Ce dernier point revêt notamment de l'importance lorsque le bail est résilié par anticipation en raison d'une faute du bailleur ou du locataire, et probablement aussi en cas de congé pour juste motif lié à la personne de l'un des cocontractants. Ainsi, il conviendrait de réduire l'indemnité allouée au preneur en cas de congé signifié sur la base de l'art. 257d CO (arrêt 4C.97/2005 précité consid. 2.6 in fine; Barbey, op. cit., p. 16 et note de bas de page 64, p. 16), voire même d'exclure tout dédommagement pour l'amortissement lors d'une restitution anticipée au sens de l'art. 264 CO (arrêt 4C.269/2005 du 16 novembre 2006 consid. 7, in MRA 5/07, p. 169 ss ; Aubert, op. cit., n. 38 in fine ad art. 260a CO).

Selon les circonstances, l'indemnité doit être appréciée en équité par le juge (arrêts 4C.18/2006 précité consid. 3.1.1 ; 4C.393/2002 du 27 mai 2003 consid. 6.3, in mp 2004, p. 144 s.; Lachat, CR-CO I, n. 8 ad art. 260a CO; Weber, op. cit., n. 5 ad art. 260a CO).

## **6.2**

**6.2.1** En l'espèce, le contrat venu à chef le 5 décembre 2006 portait sur la cession, pour la période d'un peu plus de 5 ans courant du 22 décembre 2006 au 31 décembre 2011, de locaux nus (cf. art. 12). Les aménagements intérieurs entrepris par la locataire – tels que constatés par l'expert (cf. supra, consid. 2.3) – étaient nécessaires pour l'utilisation des locaux conformément à leur destination (cf. art. 256 CO), à savoir pour servir de tea-room et de kiosque. Les aménagements en question ne constituent ainsi pas des modifications ou de rénovations au sens de l'art. 260a CO. Le contrat prévoyait, sous son ch. 14, l'obligation pour la locataire « d'enlever le mobilier lui appartenant » (ou d'en assumer le paiement des frais), mais non le versement par la bailleuse d'une indemnité pour les aménagements fixes effectués ; une telle prestation n'était toutefois pas expressément exclue. On l'a vu (cf. supra, consid. 4.1.2), pour qu'une convention de Rohbaumiete ne contrevienne pas à l'art. 256 al. 2 CO, le locataire doit pouvoir bénéficier, en contrepartie des aménagements qu'il a réalisés en lieu et place du bailleur, tantôt d'un loyer plus modique tantôt d'un dédommagement à la fin du bail. Pour prétendre à une telle indemnité, l'appelante aurait donc dû établir que le montant du loyer convenu, tributaire en partie du chiffre d'affaires qu'elle avait annoncé pouvoir réaliser lors des pourparlers contractuels (cf. bail partiaire), ne tenait pas déjà compte du montant des investissements consentis pour réaliser les aménagements fixes – soit 97'782 fr.50 (valeur à neuf ; cf. rapport d'expertise, supra, consid. 2.3) – et de leur amortissement, à tout le moins partiel (cf. valeur « actuelle » [au 31 janvier 2011] de 78'226 fr. d'après le rapport d'expertise), pour la durée du contrat sur un peu plus de 5 ans. Bien qu'il ait été indiqué que le loyer convenu avec l'appelante avait été déterminé « en fonction de [celui] pratiqué pour les autres kiosques ainsi que pour des restaurants privés exploités dans certains des centres Y\_\_\_\_\_ » (cf. supra, consid. 2.3), aucun chiffre n'a été articulé et l'expertise n'a apporté aucun élément de réponse, si bien que l'on ignore en définitive si le loyer a, en comparaison d'autres locaux semblables, été fixé plus bas afin de tenir compte du coût des travaux effectués par la locataire pour rendre les lieux utilisables conformément à leur destination convenue. Inversement, il a à tout le moins été établi que le montant du loyer convenu, sur la base des chiffres d'affaires réalisables de 650'000 fr. pour le café et de 260'000 fr. pour le kiosque, était « économiquement

supportable », donc non surfait (cf. supra, consid. 2.3). Le droit à une indemnité fondée sur l'art. 260a CO (voire 256 CO selon les auteurs de doctrine) doit par conséquent être réfuté.

**6.2.2** Même à supposer que les dispositions qui précèdent aient pu trouver application, l'autorité de première instance n'a pas violé le droit fédéral en refusant toute indemnisation. En effet, selon la version des faits retenue par la Cour de céans, l'appelante a accepté, en raison de son mauvais chiffre d'affaires par rapport aux prévisions faites, de mettre fin de manière anticipée au contrat avec effet le 15 novembre 2007, soit moins d'une année après le début du contrat, alors que celui-ci était censé perdurer jusqu'au 31 décembre 2011, et devait permettre d'amortir, en partie à tout le moins, les aménagements réalisés. Outre les circonstances à la base de la fin du contrat, il y a également lieu de tenir compte du fait que, contrairement à l'opinion de l'appelante, la bailleuse n'a tiré aucune plus-value considérable des installations fixes réalisées par la locataire. D'une part, la bailleuse n'a pas tiré profit des aménagements en question, puisque le loyer convenu avec le nouveau locataire (cf. I \_\_\_\_\_) a même été revu à la baisse (cf. supra, consid.2.5.1). D'autre part, à la suite du fiasco rencontré également par le successeur dans l'exploitation d'un café ou tea-room, la bailleuse a dû envisager d'autres concepts, où les installations sur mesure effectuées par l'appelante (par exemple les bancs) ne sont d'aucune utilité (cf. supra, consid. 2.8). L'existence d'une plus-value considérable doit en conséquence être réfutée.

**6.2.3** Pour l'ensemble de ces motifs, l'appelante ne peut que se voir débouter de ses conclusions en paiement d'une indemnité (C1 08 120), respectivement de son objection de compensation de dite indemnité (art. 120 CO) avec les propres prétentions de l'appelée en règlement des arriérés de loyers (C1 08 113).

Il s'ensuit le rejet intégral de l'appel et la confirmation du jugement de première instance.

## 7.

**7.1** La constitution de sûretés au sens de l'art. 257e CO – qui est de droit impératif – relève de la liberté contractuelle des parties et n'est pas imposée par la loi. Lorsque les parties s'accordent sur la constitution de telles sûretés, le législateur a limité la liberté contractuelle, en prévoyant notamment une obligation de consignation du bailleur (cf. ATF 127 III 273 consid. 4c/bb ; Higi, op. cit., n. 24 ad art. 257e CO) et les modalités de restitution de la garantie (Marchand, in Bohnet/Montini [éd.], Droit du bail à loyer,

Commentaire pratique, Bâle 2010, n. 2-3 ad art. 257e CO). A cet égard, l'art. 257e al. 3, 1re phrase, CO, dispose que la banque ne peut restituer les sûretés qu'avec l'accord des deux parties ou sur la base d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire. Celui-ci doit comporter une condamnation pécuniaire du locataire pour une créance garantie par les sûretés (Marchand, op. cit., n. 35 ad art. 257e CO), soit une créance que possède le bailleur envers son locataire en vertu de leur relation contractuelle (Burkhalter/Martinez-Favre, op. cit., n. 24 ad art. 257e CO).

**7.2** Eu égard aux considérations qui précèdent, et au fait que l'appelante est redevable en vertu du contrat signé le 5 décembre 2006 de la somme de 44'231 fr.40, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er mai 2007, la garantie de loyer de 11'500 fr. déposée sur le compte no xxx ouvert auprès de F\_\_\_\_\_ sera, conformément à la conclusion no 2 prise par l'appelée et demanderesse, libérée (avec les intérêts) en faveur de celle-ci et portée en déduction du montant dû, une fois le présent jugement exécutoire. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

## **8.**

**8.1** Vu le sort de l'appel, il n'y a pas lieu de modifier le montant et la répartition des frais et des dépens de première instance (art. 318 al. 3 CPC a contrario), non spécifiquement contestés quant à leur montant. Dans ces circonstances, pour les motifs exposés par la juridiction inférieure (cf. consid. 9 du jugement entrepris), les frais de première instance, fixés conformément aux dispositions applicables (art. 13, 16 al. 1 LTar : de 4500 fr. à 15'000 fr. lorsque la valeur litigieuse oscille entre 100'001 fr. et 200'000 fr.) à 20'500 fr. (9616 fr.20 [émolument de justice] + 100 fr. [débours huissier] + 10'525 fr. [débours expertise] + 242 fr. [indemnités témoins] + 16 fr.80 [frais de déplacement pour l'inspection de lieux]), sont mis à la charge de l'appelante, qui succombe, et versera à l'appelée 6150 fr. à titre de remboursement d'avance – le solde de 5350 fr. lui étant restitué par le greffe – et 15'000 fr. à titre de dépens.

**8.2** Compte tenu de la valeur litigieuse, du degré de difficulté ordinaire de la cause, ainsi que des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 LTar), les frais judiciaires en instance d'appel, qui se limitent à l'émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC), arrêtés à 2500 fr. (art. 16 et 19 LTar), sont mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), supporte ses propres frais d'intervention en justice et versera à l'appelée – compte tenu notamment de l'activité utilement déployée par son conseil en instance d'appel, qui a consisté en la rédaction et l'envoi d'une réponse motivée en faits et en droit de 7 pages, et des autres critères susexposés – de 4000 francs.

### **Prononce**

L'appel est rejeté ; en conséquence, il est statué :

1. X\_\_\_\_\_ Sàrl versera à Société Y\_\_\_\_\_ le montant de 44'231 fr.40, avec intérêt moratoire au taux de 5% l'an dès le 1er mai 2007.
2. La garantie de loyer déposée par X\_\_\_\_\_ Sàrl sur le compte no xxx auprès de la Banque F\_\_\_\_\_ sera libérée en faveur de Société Y\_\_\_\_\_ et portée en déduction du montant arrêté sous ch. 1 du présent jugement, une fois celui-ci entré en force.
3. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.
4. Les frais de première instance, par 20'500 fr., sont mis à la charge de X\_\_\_\_\_ Sàrl, qui versera à Société Y\_\_\_\_\_ le montant de 6150 fr. à titre de remboursement d'avance ainsi qu'une indemnité de 15'000 fr. à titre de dépens.
5. Les frais d'appel, par 2500 fr., sont mis à la charge de X\_\_\_\_\_ Sàrl, qui supporte ses frais d'intervention en justice et versera à Société Y\_\_\_\_\_ une indemnité de 4000 fr. à titre de dépens.

Ainsi jugé à Sion, le 20 mars 2014.