

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/9210/2012

ACJC/688/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 12 JUIN 2017

Entre

A_____, ayant son siège _____ Genève, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 18 décembre 2015, comparant par Me Marcel BERSIER, avocat, quai Gustave-Ador 4, case postale 3082, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, ayant son siège _____ Genève, intimée, comparant par Me Bernard LACHENAL, avocat, rue du Rhône 65, case postale 3199, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

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

EN FAIT

- A. Par jugement JTBL/1365/2015 du 18 décembre 2015, expédié pour notification aux parties le 4 janvier 2016, le Tribunal des baux et loyers a donné acte à A_____ de ce qu'elle avait quitté l'arcade sise C_____ à Genève (ch. 1 du dispositif), condamné A_____ à verser à B_____ la somme de 55'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2011 (ch. 2), condamné B_____ la somme de 45'049 fr. 15 avec intérêts à 5% de la date moyenne du 1^{er} mars 2013 (ch. 3), condamné A_____ à retirer de l'arcade sise C_____, dans les trente jours suivant l'entrée en force du jugement, les objets lui appartenant, à savoir l'appareil à cartes de crédit et la chambre de congélation avec four, sous menace de la peine prévue par l'art. 292 CP (ch. 4), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5) et dit que la procédure était gratuite (ch. 6).

Les premiers juges ont écarté l'hypothèse de la conclusion, entre les parties, d'un contrat de gérance simulé au profit d'une vente à terme du fonds de commerce. Selon les manifestations de volonté réciproques et concordantes des parties, ces dernières entendaient bien se lier par un contrat de gérance libre pour la période contractuelle du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012; elles divergeaient uniquement sur le sort de leurs relations à l'issue du contrat, la cession du commerce étant automatique pour le B_____ alors qu'elle n'était qu'une option pour A_____; il n'existait donc aucun vice du consentement pour la période précitée, ce qui ne permettait pas d'invalider le contrat avec effet *ex tunc*. Le loyer de gérance convenu dans le contrat de 55'000 fr. par an était donc dû par A_____.

Au-delà du 31 mai 2012 et jusqu'à la restitution des locaux le 31 mars 2014, A_____ était redevable d'une indemnité pour occupation illicite des locaux qui ne pouvait s'élever à 55'000 fr. par an, le montant de la gérance ayant été fixé en fonction d'une éventuelle cession du fonds de commerce, option qui n'avait pas été exercée. Les juges ont donc fixé le montant de la gérance au montant annuel de 38'100 fr. (soit 3'175 fr. par mois) en partant d'un chiffre d'affaires estimé à 2'000 fr. par jour pour 313 jours travaillés dans l'année et en partant du postulat que le montant du fermage, soit le loyer et la gérance, ne devait pas dépasser 15% du chiffre d'affaires (2'000 fr. x 313 x 15% sous déduction d'un loyer de 55'800 fr.). Le montant dû par A_____ s'élevait donc à 68'850 fr. pour la période du 1^{er} juin 2012 au 31 mars 2014.

Etaient admises en compensation de ce montant un solde de garantie de loyer de 1'050 fr., 8'268 fr. 42 et 150 fr. à titre de reprise du stock et de la patente, et 14'332 fr. 32 relatifs à des frais de réparation d'une installation frigorifique qui ne pouvaient être assimilées à de simples frais d'entretien à la charge du fermier. Les autres factures étaient écartées dès lors qu'elles avaient trait à des contrôles et à de l'entretien courant.

Enfin, les équipements non repris par B_____ et par le nouvel exploitant, à savoir l'appareil à cartes de crédit et la chambre de congélation avec four devaient être retirés de l'arcade par A_____.

B. a. Par acte déposé au greffe de la Cour de céans en date du 8 février 2016, A_____ (ci-après : A_____ ou la gérante ou l'appelante) a formé appel de ce jugement dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut principalement à la condamnation de B_____ au paiement des sommes suivantes :

- 1'050 fr. à titre de solde de garantie de loyer avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2014;
- 110'000 fr. à titre de prétendus "loyers de gérance", avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2011;
- 19'935 fr. 80 à titre de réparation de la chose louée, avec intérêts à 5% l'an dès le 17 janvier 2011;
- 22'240 fr. 40 pour les équipements laissés dans l'arcade avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2014;
- 8'268 fr. 42 pour la valeur du stock, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2014, sous déduction d'un loyer de gérance à fixer pour la période du 1^{er} juin 2009 au 31 mars 2014 tenant compte des loyers de l'arcade de 4'650 fr. par mois payés pendant cette période.

En substance, l'appelante soutient que le Tribunal a violé les art. 1 CC, 1, 2 et 18 CO en retenant que les parties avaient voulu conclure un contrat de gérance. Elle admettait qu'un contrat de gérance tacite liait les parties depuis la résolution du contrat; les juges avaient toutefois erré en retenant un accord sur un loyer de gérance de 55'000 fr. par an en se fondant sur l'art. 23 du contrat qui ne traitait que des conséquences liées au non rachat des parts sociales.

Les premiers juges avaient également violé les art. 22, 23, 24 et 28 CO en omettant d'examiner la question du dol et en refusant de retenir l'existence d'une erreur essentielle. Le dol découlait d'allégations manifestement trompeuses de B_____ sur le chiffre d'affaires et de la fixation d'un prix de vente excessif; le loyer de gérance ne pouvait donc se fonder sur la base d'un prix de vente fixé dolosivement. L'erreur essentielle résidait dans la mauvaise compréhension des parties sur la nature du contrat les liant (*error in negotio*), l'intimée désirant vendre à terme tandis que l'appelante souhaitait obtenir une gérance avec une option d'achat du fonds de commerce à l'exception des parts sociales. L'erreur existait également dans la valeur du fonds de commerce, vendu plus de trois fois sa valeur réelle. L'accord des parties ne portait manifestement pas sur tous les éléments essentiels du contrat, justifiant qu'il soit invalidé.

Les premiers juges avaient procédé à une appréciation erronée des preuves en estimant un montant de gérance de 3'175 fr. par mois. Devait être admise la somme de 1'110 fr. par mois, soit un chiffre d'affaires de 2'000 fr. par jour sur 288 jours de travail par an, le montant du fermage ne devant pas dépasser 12% du chiffre d'affaires, déduction faite du loyer (2'000 fr. x 288 x 12%, sous déduction de 55'800 fr.). La somme totale de 26'640 fr. (24 mois x 1'110 fr.) devait être admise à titre de loyer de gérance équitable pour la période du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2011. Au-delà, aucun loyer n'était dû dès lors qu'il appartenait à B_____ de réduire son dommage et de reprendre l'exploitation du commerce après l'invalidation du contrat que l'appelante n'avait eu d'autre choix que de continuer.

Quant aux factures liées aux installations frigorifiques, celles-ci étant défectueuses depuis le début de l'exploitation, la totalité de la somme de 19'935 fr. 80 devait être remboursée par B_____. Il en allait de même de la chambre de congélation et de l'appareil à cartes de crédit, qui avaient dû être remplacés car défectueux dès l'origine.

Enfin, l'appelante se plaint d'une violation de l'art. 232 CPC; le Tribunal aurait dû déclarer irrecevable la réplique sur plaidoiries écrites déposée par l'intimée le 16 septembre 2015.

b. Par mémoire déposé le 11 mars 2016, B_____ (ci-après : B_____ ou la propriétaire ou l'intimée) a conclu à la confirmation du jugement entrepris et au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions.

Elle a fait siens les arguments retenus par le Tribunal à l'appui de son jugement; le texte clair du contrat et les déclarations des témoins confirmaient que les parties s'étaient entendues sur la conclusion d'un contrat de gérance libre avec option d'achat du fonds de commerce à l'échéance du contrat; le montant de 55'000 fr. annuels de loyer de gérance correspondait bien, aux yeux des parties, à la valeur du fonds de commerce, montant qui serait conservé par l'appelante si celle-ci renonçait à racheter les parts sociales de l'intimée à la fin du contrat.

Aucune place n'existait pour une résolution du contrat pour vice du consentement, aucune divergence n'ayant existé entre la réalité et ce que croyait l'appelante : l'intention des parties avait toujours été, à terme, la vente du fonds de commerce par le paiement d'une somme additionnelle de 100'000 fr. en sus des trois années de loyers de gérance. La résiliation était en outre intervenue en dehors du délai d'une année prévu à l'art. 31 CO. Le dol ne pouvait non plus être retenu, faute de la moindre tromperie intentionnelle.

S'agissant du montant de la gérance, il avait été fixé d'entente entre les parties à 55'000 fr. annuels et n'avait pas été contesté dans les trente jours dès réception des locaux. Ce montant était donc dû jusqu'au 31 mai 2012. Quant au montant de 69'850 fr. fixé par le Tribunal pour la période du 1^{er} juin 2012 au 31 mars 2014

fondé sur une méthode de calcul préconisée par le témoin D_____, il n'était plus remis en cause.

Enfin, elle souscrivait à l'appréciation des premiers juges concernant les montants admis en compensation relatifs aux travaux de réparation et d'entretien des appareils frigorifiques équipant les locaux, fixant ces derniers à 14'332 fr. 32. S'y ajoutaient 1'050 fr. à titre de solde de la garantie de loyer, 8'268 fr. 42 pour la valeur du stock repris et 150 fr. pour la patente tabac.

Le droit à la réplique, dans le cadre de plaidoiries finales écrites, étant ouvert, les plaidoiries déposées le 16 septembre 2015 étaient recevables.

c. L'appelante a répliqué le 4 avril 2016 et a persisté dans ses précédentes conclusions. Il en va de même de l'intimée dans sa duplique du 26 avril 2016.

Les parties ont été informées le 27 avril 2016 de ce que la cause était gardée à juger.

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

a. La société B_____ a pour but l'exploitation d'un magasin d'alimentation et de vente au détail.

b. Depuis janvier 1999, B_____ et E_____, d'une part, en qualité de locataires, et la F_____, d'autre part, en qualité de bailleuse, sont liés par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'une arcade de 107 m² au rez-de-chaussée, une arcade de 95 m² au 1^{er} sous-sol et un dépôt de 90 m² au 1^{er} sous-sol de l'immeuble sis C_____ à Genève, destinés à l'exploitation d'un magasin d'alimentation.

Le loyer mensuel brut a été fixé en dernier lieu à 4'650 fr.

c. A_____ est une société active dans le domaine de l'exploitation de tous commerces, notamment épicerie et kiosques à tabacs, journaux et loterie, dont les associés-gérants étaient G_____ et H_____.

A la constitution de la société en juillet 2005, la raison sociale était I_____ et le but social consistait en l'exploitation d'une station essence avec shop et lavage autos.

d. Fin 2008, l'associé gérant de B_____, E_____, a souhaité prendre sa retraite et remettre l'exploitation de son commerce.

e. En date du 23 février 2009, la société B_____, propriétaire, et la société A_____, gérante, ont signé une convention intitulée "Contrat de gérance libre avec option de vente".

A titre préalable, il était exposé que le contrat portait sur l'exploitation du fonds de commerce "J_____" sis C_____, lequel comprenait le droit de bail commercial, la clientèle, l'enseigne commerciale, ainsi que l'agencement, les installations, le mobilier et le matériel.

Selon l'art. 1 du contrat ("Objet"), la propriétaire confiait, dès le 1^{er} juin 2009, l'exploitation du commerce en gérance libre.

L'art. 2 ("Durée") précisait que la durée du contrat de gérance était fixée à trois ans et viendrait à échéance le 31 mai 2012.

L'art. 4 du contrat, intitulé "Droit préférentiel", avait la teneur suivante :

"A l'échéance du contrat (le 31 mai 2012), la gérante a la possibilité d'acquérir le fonds de commerce par transfert des parts sociales de la société B_____, soit deux parts "au nom. De" CHF 10'000.- chacune.

Le prix de vente est fixé à CHF 265'000.-, payable de la manière suivante:

3 paiements annuels de CHF 55'000.- en tant que loyer de gérance annuel, payable au 1^{er} juin 2009, 1^{er} juin 2010 et 1^{er} juin 2011, soit au total CHF 165'000.-;

Le solde de CHF 100'000.- à l'échéance du contrat de gérance libre, soit le 31 mai 2012 (par la cession-vente des deux parts sociales susmentionnées), selon contrat qui sera établi à l'échéance.

Il est convenu que la vente définitive ne pourra être effectuée que si les conditions du contrat auront été remplies".

La propriétaire restait titulaire du bail à loyer commercial et par conséquent toute démarche de la gérante auprès de la régie deviendrait nulle. Toute augmentation de loyer selon avenant émis par la régie serait à la charge de la gérante (art. 5).

A la signature du contrat, la gérante s'engageait à verser la somme de 15'000 fr. en mains de la propriétaire à titre de garantie et/ou comme acompte sur le prix de vente lors de la cession-vente des parts sociales de la société B_____, à l'échéance du contrat. La propriétaire s'engageait à ne pas utiliser cette garantie dans le cadre des lois régissant en la matière, et ce durant la durée du contrat. Elle se réservait le droit d'utiliser cette garantie en cas de retard dans le paiement des loyers de gérance ou en cas de dommage constaté sur les installations, matériel et mobilier (art. 6).

Toutes les charges d'exploitation courantes telles qu'elles devaient ressortir du compte de pertes et profits étaient à la charge de la gérante (art. 10).

Selon l'art. 11 du contrat ("Réparation, travaux"), la propriétaire remettait des locaux en ordre de fonctionnement à la gérante qui les acceptait dans l'état. Si la gérante désirait effectuer des travaux ou des transformations à caractère immobilier, leurs exécutions devaient, au préalable, être soumises à la propriétaire pour accord de manière à respecter le bail à loyer commercial. Sauf convention écrite, les travaux resteraient à la propriétaire sans que la gérante puisse réclamer des dédommagements.

L'art. 12 ("Matériel") précisait que, durant la période d'exploitation, la gérante était responsable des installations, matériel et mobilier de manière à restituer l'établissement dans les mêmes conditions que lors de la prise en possession.

Quant à l'art. 13 ("Vétusté"), il stipulait que l'entretien des installations, matériel et mobilier était à la charge de la gérante, laquelle s'engageait à ne pas réclamer à la propriétaire aucune somme de dédommagement ou de frais de réparation.

L'inventaire marchandise serait effectué directement entre la propriétaire et la gérante au 31 mai 2009, la gérante s'engageant à payer comptant le prix de la reprise du stock évalué le jour même. Un inventaire des installations, matériel et mobilier serait dressé avant le 1^{er} juin 2009 (art. 14).

Aux termes de l'art. 18 ("Engagements"), la gérante s'engageait à vouer tous ses soins à une saine et bonne exploitation du commerce dont elle déclarait bien connaître l'activité.

Enfin, l'art. 23 du contrat ("Dédit-résiliation") prévoyait qu'en cas de non rachat des parts sociales de la société B_____ à l'échéance du contrat (au 31 mai 2012) par la gérante, la propriétaire se réservait le droit de reprendre à son nom le fonds de commerce "J_____" en bon ordre et conserverait les loyers de gérance payés jusqu'à ce jour. En cas de dégâts constatés sur les installations, matériel et mobilier ou tout retard dans le paiement des loyers de gérance, la propriétaire conserverait le montant de la garantie en tant que dédommagement.

f. L'inventaire des matériels/mobiliers faisait état d'un montant de 172'285 fr. 40.

Cet inventaire listait différents meubles (tables, étagères, étagères d'exposition, bureau, chaise), des frigos, vitrines de réfrigération et de congélation, une chambre froide, des balances, des climatisations, une caisse enregistreuse, etc.

g. La société A_____, soit son associé gérant G_____, a repris l'exploitation du commerce le 1^{er} juin 2009.

Une garantie de loyer de 15'000 fr. a été versée à B_____.

Un ordre permanent a été établi en faveur de cette dernière à titre de règlement du loyer mensuel des locaux en 4'650 fr. à compter du 1^{er} juin 2009.

A_____ s'est par ailleurs acquittée du versement des deux premiers loyers annuels de gérance de 55'000 fr. chacun.

h. Par courrier du 8 juin 2010, A_____ a demandé à B_____ la prise en charge des coûts de remplacement d'un congélateur hors d'usage, devisés par K_____ à 14'332 fr. 32.

i. A la fin de l'été 2010, des négociations ont eu lieu entre les parties, chacune proposant un amendement au contrat du 23 février 2009. Trois projets d'actes ont été rédigés.

Aucun de ces actes n'a toutefois été signé par les parties.

j. Le 16 décembre 2010, A_____ a mis en demeure B_____ de lui verser d'ici au 17 janvier 2011 la somme de 22'697 fr. 80 correspondant à 19'935 fr. 80 de travaux de remise en état et remplacement des installations frigorifiques, ainsi que 2'762 fr. pour la pose d'une alarme.

Il ressortait du rapport établi par K_____ que les compresseurs avaient été installés sans tenir compte du niveau de bruit, de l'état de la technique et de la chaleur dégagée, que la puissance frigorifique était faible, que la pose et l'installation de la technique n'étaient pas conformes aux règles de l'art et qu'aucune autorisation de construire n'avait été demandée.

Ces défauts n'avaient pas été portés à la connaissance de la gérante lors de la conclusion du contrat de gérance et cette dernière s'estimait trompée.

Etaient également annexées à ce courrier diverses factures de K_____ ainsi que d'une société L_____ pour un montant total de 22'697 fr. 80, décomposé de la manière suivante :

- 3'809 fr. 05 le 7 avril 2009 pour la fourniture et la pose d'une vitrine frigorifique et 30 fr. de frais de rappel le 28 janvier 2010;
- 156 fr. le 14 avril 2009 relatifs à une "recherche de panne, fuite de gaz sur évaporateur, installation serait à remplacer";
- 559 fr. 80 le 3 octobre 2009 pour "contrôle, dépose et remplacement ventilateur de condenseur défectueux, nettoyage du condenseur, essais";
- 330 fr. 35 le 11 novembre 2009 concernant "contrôle vitrine frigorifique à charcuterie, nettoyage du condenseur, petit complément de gaz et refixer vanne. Contrôle de deux congélateurs, pressions trop haute par fortes chaleurs, essais de réglage. Contrôle grande vitrine frigorifique centrale, refixer les tuyaux d'écoulement et essais";

-
- 263 fr. 10 le 22 décembre 2009 s'agissant du contrôle de la chambre froide;
 - 455 fr. 15 le 22 décembre 2009 pour le contrôle de deux vitrines;
 - 14'332 fr. 32 le 14 juin 2010 relative à une "installation frigorifique vitrines positif et négatif";
 - 2'762 fr. le 20 mai 2010 pour l'installation d'un système d'alarme par la société L_____.

k. Dans son courrier du 25 janvier 2011, B_____ a contesté que la somme précitée soit à sa charge.

Sur les factures produites, deux avaient été payées par la propriétaire pour un montant total de 2'956 fr. Les autres factures relevaient de l'entretien courant de la chose à la charge du fermier. Quant à l'achat et l'installation d'éléments frigorifiques et d'un système d'alarme, ils n'étaient pas nécessaires et constituaient une amélioration qui n'était pas à sa charge.

l. Par pli du 27 janvier 2011, A_____ a contesté la teneur du courrier précité.

m. Le 25 mars 2011, B_____ a transmis à A_____ son bilan et son compte d'exploitation de l'exercice 2009; le chiffre d'affaires se montait à 357'428 fr. 75, tandis que la perte se chiffrait à 20'791 fr. 24.

n. Par pli du 12 mai 2011, A_____ a estimé la valeur des parts sociales de B_____ à 5'000 fr. alors que leur valeur d'achat, au 31 mai 2012, avait été fixée à 100'000 fr.

o. Le 31 mai 2011, A_____, en raison des divergences d'interprétation sur la portée du contrat du 23 janvier 2009, a pris acte de l'absence de volonté contractuelle commune des parties de conclure un contrat de gérance libre et a déclaré résoudre le contrat.

Les montants payés à titre de garantie de loyers et de loyers de gérance, soit la somme totale de 125'000 fr., l'avaient été sans cause légitime et devaient lui être restitués d'ici le 30 juin 2011.

Seule subsistait en l'état une situation de sous-location des locaux de l'épicerie pour un loyer de 4'600 fr. par mois.

p. Par pli du 15 juin 2011, B_____ a contesté la résolution du contrat.

A_____ était mise en demeure de s'acquitter de la somme de 55'000 fr. d'ici au 24 juin 2011.

Etait annexé à ce courrier le bilan et le compte d'exploitation 2010 de la société B_____ n'indiquant aucun chiffre d'affaires et un bénéfice pour l'exercice de 47'571 fr. 08.

q. Le 20 janvier 2012, D_____, agente en fonds de commerce, a établi, sur mandat de A_____, un rapport d'expertise visant à établir la valeur vénale du commerce d'alimentation "M_____" en 2008.

Se fondant sur les exercices comptables 2006 à 2010, elle a estimé la valeur du mobilier (matériel et agencement) à 20'000 fr.; aucune valeur pour le bail n'était retenue; les coûts de personnel de 91'637 fr. en 2007 (rémunération de deux personnes salariée six jours par semaine avec des horaires d'ouverture de 8h00 à 21h00) étaient jugés adaptés; quant au goodwill, il a été fixé sur la base de la table de l'Association des Agents de Fonds de Commerce; a été retenu un bénéfice net moyen des années 2006-2008 de 56'113 fr. multiplié par un coefficient de 2 et pondéré à raison de 50% pour tenir compte des éléments incorporels, permettant de chiffrer le goodwill à 56'113 fr.; la valeur finale du fonds de commerce était arrêtée à 76'113 fr.; en conclusion, compte tenu du marché, l'affaire valait, fin 2008, entre 70'000 fr. et 80'000 fr.

Cause n° C/9210/2012

r. Le 9 mai 2012, B_____ a déposé à l'encontre de A_____ une demande en paiement auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, enregistrée sous n° C/9210/2012. Non conciliée le 28 août 2012, l'affaire a été portée devant le Tribunal des baux et loyers le 27 septembre 2012.

A l'appui de ses conclusions, B_____ a fait valoir que les parties avaient convenu d'une cession à terme du fonds de commerce par remise des parts sociales de la société B_____, un contrat de gérance libre les liant dans l'intervalle. Cette transaction devait s'effectuer en deux étapes, soit dans un premier temps par le paiement d'un loyer de gérance de 55'000 fr. par an, en sus du loyer de l'arcade de 4'650 fr., puis dans un second temps par l'achat des parts sociales de la société. Elle contestait la résolution du contrat par A_____, celle-ci ayant toujours su que la finalité de l'opération était la transmission de la propriété du fonds de commerce à terme par la vente des parts sociales de la société. Nonobstant la prétendue résiliation du contrat, A_____ continuait d'exploiter le commerce sans avoir payé, ni même offert de payer les montants contractuellement convenus.

s. Dans ses écritures responsives du 6 novembre 2012, A_____ a, sur demande principale, conclu au rejet de la requête.

A_____ a fait valoir que les installations frigorifiques de l'épicerie étaient déficientes avant la reprise du commerce, ce qui avait nécessité des travaux. Ses demandes de remboursement étant demeurées vaines, elle avait, par gain de paix,

discuté d'une éventuelle résiliation anticipée du contrat de gérance, puis soumis un projet de convention de remise de commerce. Elle contestait que le contrat conclu entre les parties était un contrat de vente et soutenait que le contrat de gérance était nul; elle avait résolu le contrat avec effet *ex tunc*, car elle n'avait eu ni l'intention ni la volonté de conclure en février 2009 un contrat portant acquisition des parts sociales de la société B_____, cette vente étant optionnelle, et elle avait été trompée. B_____ n'avait toutefois pas repris l'exploitation de l'épicerie. En lui laissant ainsi l'usage de cette dernière, les parties étaient liées de fait par un contrat de bail à ferme non agricole.

A_____ exigeait le remboursement de l'ensemble des sommes versées sans cause légitime, à savoir 15'000 fr. à titre de garantie de loyer, 110'000 fr. de loyers de gérance et 22'697 fr. 80 de réparation des défauts de la chose louée, soit un montant total de 147'697 fr. 80, duquel il convenait de déduire un loyer de gérance à fixer équitablement.

t. Dans sa réponse sur demande reconventionnelle du 5 février 2013, B_____ a conclu au déboutement de la demanderesse reconventionnelle et a persisté dans sa demande principale.

Elle a allégué, concernant les factures de K_____ de 559 fr. 80, 330 fr. 35, 263 fr. 10 et 455 fr. 15, qu'il s'agissait de frais périodiques liés à l'entretien qui devaient être supportés par A_____. En ce qui concernait le coût des nouvelles installations frigorifiques en 14'332 fr. 32, ces travaux visaient à améliorer le système qui fonctionnait jusque-là très bien et ne servaient pas à l'entretien. Par ailleurs, l'installation d'un système d'alarme qui n'existait pas auparavant ne constituait pas une grosse réparation au sens de l'art. 279 CO et devait donc être mise à la charge de A_____.

Enfin, A_____ n'était pas dans l'erreur et n'avait pas été trompée lors de la conclusion du contrat du 23 février 2009, de sorte qu'elle ne pouvait invalider le contrat. Si l'invalidation du contrat devait être admise, elle ne saurait avoir d'effet *ex tunc* s'agissant d'un contrat de bail à ferme, soit un contrat de durée, ayant été exécuté pendant un certain temps.

Cause n° C/22057/2012

u. Par courrier du 18 septembre 2012, B_____ a résilié le bail des locaux avec effet rétroactif au 31 mai 2012.

Ce congé a été contesté et inscrit sous numéro de cause C/22057/2012 par requête déposée le 17 octobre 2012 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 21 janvier 2013.

Les parties ont acquiescé, le 12 novembre 2013, à ce que les deux causes soient instruites de manière commune.

Lors de l'audience du 4 février 2014, les parties se sont mises d'accord sur une libération des locaux par A_____ au 31 mars 2014, l'établissement d'un inventaire du stock et de l'équipement du commerce, le rachat par B_____ du stock encore en place à la sortie et l'engagement de régler leurs créances réciproques ultérieurement.

Les locaux ont été restitués le 29 mars 2014.

Prenant acte de cette restitution, le Tribunal a, dans le jugement entrepris, déclaré sans objet la requête en contestation de congé formée par A_____. Ce point n'est plus remis en question dans le cadre de l'appel.

v. Lors de l'audience de débats principaux du 12 novembre 2013, G_____ a indiqué qu'il continuait d'exploiter l'épicerie en gérance. Le loyer de 4'650 fr. par mois dû pour la location de l'arcade était versé directement en mains de la propriétaire de l'immeuble. Concernant les installations frigorifiques, il avait rencontré des problèmes peu après avoir commencé d'exploiter le commerce, soit déjà en été 2009. A l'heure actuelle, il avait payé toutes les réparations, pour un total d'environ 22'000 fr. à 23'000 fr. L'exploitation de l'épicerie n'était pas suffisamment rentable; il exploitait donc également un magasin de tabac à l'enseigne "N_____". Le revenu mensuel brut était de l'ordre de 55'000 fr. dont devaient être déduites toutes les charges ainsi que le salaire versé à une employée.

E_____ a expliqué que sa famille avait exploité cette épicerie entre 1999 et 2009. Cette affaire était très rentable, générant un chiffre d'affaires pouvant atteindre 1,2 millions par année. Les problèmes de frigo étaient apparus en 2010. En été 2010, sur requête de A_____, il avait accepté de prendre en charge la moitié des frais de réparation des frigos, soit 7'000 fr. sur les 14'000 fr. réclamés. Des tensions étaient alors apparues entre eux, A_____ souhaitant racheter le fonds de commerce avant la date convenue dans le contrat, soit fin mai 2012. Il aurait été prêt à vendre à fin 2011 mais pas avant.

w. Lors de l'audience de débats principaux du 4 février 2014, G_____ a confirmé que depuis le 1^{er} juin 2011, il ne versait aucun loyer de gérance à B_____. Il avait racheté le stock, en 2009, pour 72'000 fr, dont il estimait la valeur actuelle à 60'000 fr.

x. Le 29 mars 2014, les parties ont dressé l'inventaire du stock et de l'équipement.

Elles se sont mises d'accord sur le rachat du stock par B_____ pour 8'268 fr. 42.

Aucun accord n'a pu être trouvé sur la reprise des équipements soit notamment un appareil à cartes de crédit d'une valeur de 1'587 fr. 60 et une chambre de congélation avec un four d'une valeur de 20'652 fr. 80, restés dans les locaux.

y. Selon publication du 28 avril 2014 dans la feuille d'avis officielle, O_____ est devenu associé gérant avec signature individuelle de la société B_____, après avoir racheté les parts sociales de 10'000 fr. chacune des mains de P_____ et Q_____, et a repris l'exploitation de l'arcade.

z. Lors de l'audience de débats principaux du 3 mars 2015, A_____ a soulevé la question de la légitimation de B_____ et de ses anciens administrateurs suite à la cession de la société à O_____.

B_____ a produit le décompte des charges pour la période de janvier à mars 2014 présentant un solde en faveur de la bailleresse de 841 fr. et amplifié ses prétentions reconventionnelles à due concurrence.

Divers témoins ont été entendus.

R_____, comptable, a confirmé s'être occupé des parties lorsqu'il travaillait au sein de la Fiduciaire S_____, qui avait établi, en collaboration avec les parties, le contrat de gérance-vente signé en février 2009.

Selon ses souvenirs, le but premier des parties était la vente du fonds de commerce à l'échéance du contrat de gérance. La question des parts sociales était mentionnée dans le contrat; à l'échéance de ce dernier, elles devaient être remises à la gérante, ce qui validait la vente. L'art. 4 devait se comprendre en ce sens qu'à l'échéance du contrat, la gérante avait la possibilité d'acquérir le fonds de commerce, ce qui était le but du contrat. Le loyer annuel de 55'000 fr. avait dès lors été calculé sur la base du prix de vente du commerce; les parties s'étaient mises d'accord sur un prix de vente, lequel avait ensuite été ventilé par tranches annuelles; la question de savoir si ce "loyer" correspondait réellement à la valeur du fonds de commerce n'avait jamais été posée, puisqu'il s'agissait du prix de vente. A son sens, la possibilité évoquée à l'art. 4 du contrat s'expliquait par son 3^{ème} paragraphe, à savoir que la vente définitive du fonds de commerce ne pourrait avoir lieu que si le locataire remplissait les conditions du contrat en termes de paiement.

A la lecture de l'art. 23 du contrat, il ne pouvait pas dire si, en cas de renonciation à racheter le commerce et les parts sociales, il fallait le considérer comme un contrat de gérance ou de vente. La durée du contrat de trois ans convenait aux deux parties. Il ne se souvenait plus de quelle manière elles étaient arrivées au chiffre total de 265'000 fr., qui lui avait paru raisonnable.

T_____, président de la F_____, propriétaire de l'immeuble, a confirmé que G_____ avait toujours payé son loyer jusqu'en novembre 2013 et que pour la période de novembre 2013 à mars 2014, il avait été réglé par E_____; il a également confirmé le montant du solde de chauffage et d'eau chaude revenant à la bailleuse pour la période du 1^{er} janvier au 31 mars 2014.

U_____, comptable auprès de la Fiduciaire S_____, a déclaré qu'il n'avait pas participé aux discussions qui avaient amené les parties à signer le contrat de février 2009, s'étant contenté de le dactylographier. La fiduciaire S_____ était en charge tant de la comptabilité de A_____ que de celle de B_____, et ce jusqu'au 31 décembre 2013.

S'exprimant sur le bilan et le compte d'exploitation 2009, il a précisé que le chiffre d'affaire pour 2009 de 357'428 fr. 75 concernait les mois d'exploitation par B_____ avant la mise en gérance. L'exercice 2009 s'était effectivement soldé par une perte de 20'791 fr. qui concernait, elle l'ensemble de l'année 2009, soit également la période de la mise en gérance.

A propos du contrat, il s'agissait pour A_____ de payer un loyer de gérance pendant la durée du contrat qui lui permettrait à l'échéance de racheter le fonds de commerce et les parts sociales. Il n'avait aucunement donné son avis quant aux montants articulés dans le contrat, mais les chiffres ne l'avaient pas choqué ni dans un sens ni dans l'autre. Il a confirmé que A_____, outre les deux tranches de 55'000 fr., s'acquittait en sus du loyer de 4'650 fr. pour l'arcade directement auprès de la bailleuse.

Il avait assisté à la cession des parts sociales de B_____ à O_____, dont il ne se souvenait plus du prix; il avait indiqué à O_____ que le commerce pouvait générer un chiffre d'affaires de l'ordre de 2'000 fr. par jour, sur la base des chiffres générés précédemment par E_____.

Entre le moment où le commerce avait été exploité par B_____ et celui où il l'avait été par A_____, il avait pu constater une baisse du chiffre d'affaires. Dans l'idéal, la marge bénéficiaire de ce type de commerce devrait être de l'ordre de 20% à 40% du chiffre d'affaires.

D_____, agente intermédiaire, a confirmé avoir été mandatée et rémunérée par G_____, précisant toutefois avoir procédé à son expertise de manière tout à fait neutre. Elle a produit, à l'audience, les pièces comptables utilisées pour réaliser son estimation, soit notamment les comptes de pertes et profits 2010, 2009 et 2008 indiquant des chiffres d'affaires de respectivement 809'362 fr. 15 (2010), 498'503 fr. 85 (2009) et 990'525 fr. 85 (2008),

Elle a confirmé les conclusions figurant dans son expertise du 20 janvier 2012, à savoir que l'affaire valait, à fin 2008, une somme oscillant entre 70'000 fr. et 80'000 fr., étant précisé que le stock, à sa valeur d'achat, devait être ajouté.

Selon son expérience, il ne fallait pas que le loyer pour le bail de l'arcade soit supérieur aux 10% du chiffre d'affaires. En y ajoutant le loyer de gérance, les deux loyers confondus ne devaient pas dépasser les 15% à 16% du chiffre d'affaires. Dans le meilleur des cas, la marge brute était de l'ordre de 20% à 30% du chiffre d'affaires avant paiement des charges.

La particularité du cas d'espèce était que la convention entre les parties mélangeait d'une part la gérance libre et d'autre part la vente par acomptes, soit deux institutions qui n'étaient pas compatibles. Le contrat de bail étant résiliable d'année en année, aucune garantie quant au transfert de bail à A_____ à l'issue des trois ans du contrat de février 2009 n'existait.

Concernant le contrat de gérance libre pur, elle ne pouvait pas dire, sans procéder à un nouveau calcul, quel aurait été le loyer de gérance admissible sur la base des valeurs qu'elle avait constatées.

Il apparaissait que la situation s'était améliorée en 2010 par rapport aux années précédentes, la gestion étant manifestement meilleure.

aa. Le 6 mars 2015, U_____ a transmis au Tribunal le bilan et le compte d'exploitation 2008 de la société B_____ mentionnant un chiffre d'affaires de 990'525 fr. 85. Il a confirmé que le magasin, lorsqu'il était exploité par B_____, atteignait un chiffre d'affaires de plus d'un million de francs. Il a confirmé également que A_____ ne s'était plus acquittée de son obligation contractuelle de payer la gérance annuelle de 55'000 fr. dès l'année 2011 alors même qu'elle avait continué à exploiter le fonds de commerce jusqu'en 2014.

Concernant le prix de vente des parts sociales à O_____, le montant était de 120'000 fr, le prix ayant été calculé en tenant compte du fait que lors des derniers mois d'exploitation, l'épicerie avait perdu une grande partie de sa clientèle.

bb. Par jugement du 4 mai 2015, le Tribunal a ordonné la jonction des causes C/9210/2012 et C/22057/2012 sous la cause C/9210/2012, confirmé la légitimation active, s'agissant des prétentions principales, et passive, s'agissant des prétentions reconventionnelles, de B_____, et dénoncé l'instance à Q_____, P_____ et E_____.

cc. Dans ses plaidoiries finales du 28 août 2015, B_____ a persisté dans ses précédentes déterminations et a conclu à ce que le Tribunal condamne A_____ à lui verser une somme de 55'000 fr. avec intérêts à 5% à compter du 1^{er} juin 2011 et un montant de 92'414 fr. 90 (soit la redevance annuelle de 55'000 fr. pour

l'exploitation non autorisée du commerce du 1^{er} juin 2012 au 29 mars 2014 représentant un total de 100'833 fr. 33, déduction faite du montant du stock repris de 8'268 fr. 42 et de la patente tabac de 150 fr., avec intérêts à 5% à compter de la date moyenne du 1^{er} mai 2013, et à retirer de l'arcade sise C_____ les objets qui lui appartiennent (appareil à cartes de crédit et chambre de congélation avec four), sous menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CPS.

Concernant le loyer de gérance, A_____ ayant accepté que les loyers de gérance déjà payés restent acquis à la propriétaire dans l'hypothèse où la vente ne se ferait pas (art. 23 du contrat), il en découlait que les parties considéraient qu'un tel loyer constituait la juste rétribution pour l'exploitation du fonds de commerce. La mise en gérance libre d'un établissement public complètement équipé donnant lieu à un bail à ferme non agricole, les art. 275 et suivants trouvaient donc application. A_____ ayant continué à exploiter le commerce après le 31 mai 2012 sans payer de fermage et alors qu'elle en avait perçu les fruits et les produits de la même manière que pendant le bail, B_____ était donc fondée à réclamer à titre de dommages-intérêts une indemnité équivalant au montant de la gérance.

B_____ a encore précisé que, les loyers de l'arcade pour les mois de janvier à mars 2014 n'ayant pas été payés par A_____, ils avaient été prélevés, avec son accord, sur la garantie de loyer versée. De cette garantie devait encore être déduite la somme de 841 fr. réclamée par la F_____ à titre de charges. Les prétentions de A_____ en remboursement de la garantie n'étaient donc fondées qu'à concurrence de 209 fr. En revanche, la gérante n'avait droit à aucun dédommagement en relation avec les travaux de réparation qu'elle avait engagés sans son autorisation, ainsi que pour les équipements laissés sur place que la propriétaire n'avait aucune obligation de racheter.

dd. Quant à A_____, elle a conclu le 28 août 2015 à l'encontre de B_____, conjointement et solidairement avec Q_____, P_____ et E_____, au déboutement de toutes conclusions en paiement.

Sur demande reconventionnelle, elle a conclu à ce que le Tribunal condamne B_____, pris conjointement et solidairement avec Q_____, P_____ et E_____, à lui payer un montant total de 161'494 fr. 65, comprenant le remboursement du solde de la garantie bancaire de 1'050 fr. (15'000 fr. sous déduction du loyer de janvier à mars 2014, 3 x 4'650 fr.), le remboursement des travaux de réparation à raison de 19'905 fr. 80 (défauts de la chose louée, notamment le frigo, sous déduction de l'alarme), le coût des équipements laissés dans l'arcade de 20'652 fr. 80 (chambre froide) et de 1'587 fr. 60 (appareil de cartes de crédit), le rachat du stock selon inventaire de 8'268 fr. 42, le montant de la patente tabac de 150 fr. et le remboursement des loyers de gérance versés en 2009-2010 et 2010-2011 soit 110'000 fr. Ce montant s'entendait sous déduction d'un loyer de gérance à fixer équitablement par le Tribunal ou par un expert.

A_____ a relevé que le contrat de février 2009 était imparfait, les parties n'ayant pas réciproquement et d'une manière concordante manifesté leur volonté, et qu'il était rempli d'ambiguïtés.

Si par impossible le Tribunal devait retenir que le contrat était suffisamment clair pour ne pas être invalidé, elle plaiderait le dol éventuel dans la mesure où B_____ avait tenté de la tromper sur la valeur de l'épicerie. Le calcul du loyer dit de gérance ne pouvait pas être retenu dans la mesure où les 55'000 fr. dont la propriétaire prétendait au paiement correspondait à une fraction du prix de vente d'un fonds de commerce et de parts sociales dont l'achat ferme n'avait jamais été convenu. Or, le mode de calcul d'un acompte sur un prix de vente ou d'un loyer de gérance n'était pas identique.

Ce loyer devait être établi sur la base d'un chiffre d'affaire de 2'000 fr. par jour à raison de six jours par semaine durant 48 semaines, d'où un chiffre d'affaires annuel de 576'000 fr. maximum. Selon le témoin D_____, la limite maximale d'un fermage se situait aux alentours de 12 à 15% du chiffre d'affaires, soit 5'760 fr. par mois, location des murs incluse. Le fermage devrait donc s'élever à 1'110 fr. par mois. Au final, un montant maximum de 26'640 fr. (1'110 fr. x 24 mois du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2011) pourrait être porté en compensation de sa propre prétention. Pour la période postérieure, à savoir du 1^{er} juin 2011 au 31 mars 2014, elle avait assumé, pour le compte de B_____, le paiement des loyers de l'arcade; or, durant cette période, il appartenait à cette dernière de réduire son préjudice en reprenant le commerce dès le 1^{er} juin 2011.

ee. Les plaidoiries écrites de A_____ du 28 août 2015 ont été transmises par le Tribunal à B_____ par courrier du greffe du 2 septembre 2015.

ff. Par courrier du 16 septembre 2015, B_____ a contesté la qualité de parties des dénoncés, lesquels n'agissaient donc pas à ses côtés "conjointement et solidairement". Elle a également contesté le chiffre d'affaires retenu par A_____ pour calculer le loyer de gérance, celui-ci s'élevant en 2008 à 990'525 fr. 85 et en 2009 à 857'829 fr. Enfin, s'agissant de sa prétendue obligation de diminuer son dommage, elle a exposé que E_____ ayant décidé de remettre son commerce afin de pouvoir prendre sa retraite, l'on ne saurait considérer qu'il pouvait raisonnablement être exigé de lui qu'il reprenne l'exploitation du fonds de commerce lorsque la gérance avait pris fin.

gg. Quant aux dénoncés, ils ont renoncé à s'exprimer par écrit.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). Dans les affaires patrimoniales,

l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Selon la jurisprudence, les contestations portant sur l'usage d'une chose louée sont de nature pécuniaire (arrêts du Tribunal fédéral 4A_447/2013 du 20 novembre 2013 consid. 1; 4A_656/2010 du 14 février 2011 consid. 1.1, non publié aux ATF 137 III 208).

1.2. Les dernières conclusions des parties prises en première instance se chiffrent à 161'494 fr. (sous déduction d'un montant de 26'640 fr. à titre d'un loyer de gérance équitable) pour l'appelante et à 147'414 fr. 90 pour l'intimée.

Le montant minimal de 10'000 fr. est atteint si bien que la voie de l'appel est ouverte.

1.3 L'appel a été interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), de sorte qu'il est recevable.

1.4 L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). L'instance d'appel dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

- 2.** **2.1.** Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des art. 29 ss Cst., le droit d'être entendu garantit notamment le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non des nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit ainsi être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 137 I 195 consid. 1 p. 197 et les références citées). Dans les procédures judiciaires, ce droit existe que la cause soit ou non soumise à l'art. 6 § 1 CEDH, l'art. 29 Cst. devant, sous cet angle, être interprété de la même manière (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157; 133 I 100 consid. 4.4 à 4.6 p. 103 ss et les arrêts cités).

La dénomination "droit à la réplique" ou "droit de répliquer" doit être comprise largement. Elle vise le droit conféré à la partie de se déterminer sur "toute prise de position" versée au dossier, quelle que soit sa dénomination procédurale (réponse, réplique, prise de position, etc.); même si le juge a renoncé à ordonner un nouvel échange d'écritures, il doit néanmoins transmettre cette prise de position aux autres parties (arrêts du Tribunal fédéral 5A_535/2012 du 6 décembre 2012

consid. 2.3; 8C_104/2012 du 26 juin 2012 consid. 3.1). Il appartient au Tribunal de garantir dans tous les cas que le droit de répliquer puisse être effectivement exercé (arrêt du Tribunal fédéral 1C_142/2012 du 18 décembre 2012 consid. 2.4).

Lorsque la partie est représentée par un avocat, la jurisprudence du Tribunal fédéral considère que le droit de répliquer n'impose pas à l'autorité judiciaire l'obligation de fixer un délai à la partie pour déposer d'éventuelles observations. On peut attendre de l'avocat à qui une détermination ou une pièce est envoyée pour information qu'il connaisse la pratique selon laquelle, s'il entend prendre position, il le fasse directement ou demande à l'autorité de lui fixer un délai pour ce faire; sinon, il est réputé avoir renoncé à se prononcer (cf. ATF 133 I 100 consid. 4.8 p. 105 et les arrêts cités, confirmé notamment par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_142/2012 du 18 décembre 2012 consid. 2.2). Pour que le droit à la réplique soit garanti, il faut toutefois que le tribunal laisse un laps de temps suffisant à l'avocat, entre la remise des documents et le prononcé de sa décision, pour que le mandataire ait la possibilité de déposer des observations s'il l'estime nécessaire à la défense des intérêts de son client. Un délai de trois semaines entre la transmission de la prise de position et le prononcé de l'arrêt a été jugé comme suffisamment long pour permettre au mandataire de la partie de formuler des observations ou à tout le moins de demander à l'autorité qu'elle lui fixe un délai pour ce faire (arrêt de la CourEDH Joos c/ Suisse du 15 novembre 2012, § 27 ss, en particulier § 30-32) Dans une affaire similaire, un délai d'un mois, bien qu'incluant les fêtes de fin d'année, a été également considéré comme suffisant (arrêt du Tribunal fédéral 1C_142/2012 du 18 décembre 2012 consid. 2.5). Au contraire, dans l'arrêt publié aux ATF 137 I 195 ss, le Tribunal fédéral a estimé qu'un délai de dix jours ne suffisait pas à garantir l'exercice du droit de répliquer (arrêt précité consid. 2.6 p. 199).

2.2. En l'espèce, l'appelante se plaint d'une violation de l'art. 232 CPC en ce sens que le Tribunal aurait dû déclarer irrecevable la réplique sur plaidoiries écrites déposée par l'intimée le 16 septembre 2015.

Or, il résulte de la jurisprudence susmentionnée que le terme de réplique contenu à l'art. 232 CPC doit s'entendre dans un sens large et couvre toute prise de position versée au dossier, quelle que soit sa dénomination procédurale.

Partant, c'est à tort que l'appelante se prévaut de l'irrecevabilité de la réplique sur plaidoiries écrites de l'intimée déposée le 16 septembre 2015, soit moins de quinze jours après qu'elle ait eu connaissance des écritures de l'appelante du 28 août 2015, le Tribunal ayant ainsi respecté le droit d'être entendu de l'intimée en ne l'écartant pas des débats sans que la moindre violation des règles de procédure ne puisse lui être reprochée.

L'appelante sera donc déboutée sur ce point.

-
3. Les parties divergent sur la nature et la portée du contrat signé entre elles le 23 février 2009.

Le Tribunal des baux et loyers a qualifié ce contrat, après l'avoir interprété selon la réelle et commune intention des parties, de contrat de bail à ferme non agricole pendant la période contractuelle du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012.

L'appelante remet en cause cette appréciation, soutenant que l'intimée avait qualifié le contrat de vente à terme, avec paiements échelonnés, ce qui n'était pas la volonté de l'appelante et l'avait conduite à résoudre le contrat.

Il y a donc lieu d'examiner en premier lieu si la qualification du contrat retenue par les premiers juges a été faite conformément aux règles d'interprétation des contrats, avant tout examen d'une éventuelle erreur essentielle ou d'un dol.

3.1. La jurisprudence admet qu'un contrat, en tant qu'il prévoit la mise en gérance libre d'un établissement public complètement équipé moyennant paiement d'une redevance mensuelle (loyer ou fermage), répond à la qualification du bail à ferme non agricole, réglementé par les art. 275 et ss CO (cf. à ce propos, arrêt du Tribunal fédéral 4C_167/2002 du 8 octobre 2002, consid. 2.3 et références citées).

3.2. Face à une convention prévoyant la cession du mobilier, de l'agencement, du matériel, des installations, ainsi que du droit au bail, de la clientèle et de l'enseigne, la jurisprudence a déjà admis que le contrat de remise de commerce devait être qualifié de contrat sui generis (arrêt du Tribunal fédéral C.294/1986 du 10 décembre 1986 consid. 2a, publié in SJ 1987 p. 179 s.; ATF 129 III 18 consid. 2.1).

La remise de commerce est un contrat sui generis, parce que, en raison de la diversité des prestations, elle ne peut pas être qualifiée de vente mobilière. Comme le relève l'arrêt cité, une cession de commerce n'est pas, sans autre examen, soumise aux règles de la vente mobilière; il faut au contraire rechercher la règle qui s'adapte le mieux en fonction de la prestation qui donne matière au litige (cf. arrêt précité, ibidem).

3.3. Pour déterminer ce que les parties voulaient, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions inexactes dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2).

Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (ATF 131 III 280 consid. 3.1), ce qui ne ressort pas déjà du

simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 5C.252/2004 du 30 mai 2005, consid. 4.3) - qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté subjective des parties, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 4A_205/2016 du 28 juin 2016 consid. 2.1).

Le juge analyse, par interprétation téléologique, les négociations, la systématique ou les termes du contrat à la lumière de l'objectif contractuel. Le but que les parties poursuivent peut renseigner sur leurs intentions respectives et permet de compléter, rectifier ou même corriger le sens littéral du texte (THEVENOZ/WERRO, Commentaire romand CO I – art. 1 à 520 CO, ad art. 18 CO n. 37). Lorsque les parties ont conclu un contrat composé ou un contrat mixte réunissant diverses conventions distinctes, les différents éléments du contrat dépendent les uns des autres et sont tous soumis à un sort juridique commun. Pour interpréter le contrat dans son ensemble, il s'agit d'examiner quelle est la portée de chacun des éléments du contrat mixte ou des contrats composés eu égard à la situation juridique globale. Pour ce faire, il convient de partir de l'intérêt des parties tel que celles-ci l'ont exprimé dans leur engagement et, ainsi, de déterminer leur volonté interne concordante (THEVENOZ/WERRO, op.cit., n. 40 ; SJ 1998 I 320 consid. 4b).

Lorsqu'il subsiste un doute sur l'intention des parties, le juge donnera la préférence à l'interprétation qui permet de sauvegarder le contrat en lui prêtant un sens raisonnable. Il faut retenir, parmi deux ou plusieurs sens possible, celui qui permet de régler le mieux l'ensemble du contrat (THEVENOZ/WERRO, op.cit., n. 42 et jurisprudences citées).

La jurisprudence a également développé un concept comparable au principe de la *favor negotii* voulant qu'en cas de pluralité d'interprétations possibles, le juge retienne celle qui donne un sens au contrat, en retenant que les parties sont présumées avoir voulu un contrat raisonnable et juridiquement correct; le juge élimine celles des interprétations qui aboutiraient à un échec du contrat pour préférer celles qui permet de le maintenir (THEVENOZ/WERRO, op.cit., n. 43 et jurisprudences citées).

3.4. En l'espèce, les parties ont dénommé le contrat du 23 février 2009 "contrat de gérance libre avec option de vente".

Il découle du contexte contractuel, apprécié dans son ensemble, que la volonté des parties consistait à remettre la gérance libre du commerce à l'appelante pendant la période contractuelle de trois ans, soit du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012. Ces points sont textuellement repris notamment aux art. 1 et 2 du contrat et dans d'autres dispositions contractuelles faisant référence à la gérance libre.

L'option d'acquisition du fonds de commerce, prévue à l'art. 4, devait être exprimée par A_____ à l'échéance du contrat et se matérialisait par le transfert des deux parts sociales de B_____ en mains de A_____ et le paiement, au 31 mai 2012, de la somme de 100'000 fr. par cette dernière.

Il résulte du texte même du contrat que cette acquisition était une option ouverte à l'appelante, cette dernière ayant la possibilité de racheter le fonds de commerce. L'emploi de la forme potestative exprime une volonté concordante des parties de différer l'exercice de cette option. Il y a lieu, à ce stade déjà, de rejeter une volonté des parties de conclure une vente à terme, comme soutenu dans un premier temps par l'intimée.

Ce point est corroboré par l'art. 23 du contrat qui, dans l'hypothèse où l'option de rachat du fonds de commerce par le transfert des parts sociales de l'intimée n'était pas activée par l'appelante, l'intimée reprenait le fonds de commerce à son nom et conservait les loyers de gérance déjà réglés.

Certes, la finalité de cette convention était l'acquisition du fonds de commerce par l'appelante à l'échéance du contrat, par le paiement d'une somme complémentaire de 100'000 fr. et le rachat des parts sociales de l'intimée. Toutefois, le témoin R_____, qui a assisté les parties dans la rédaction de leur convention, a confirmé qu'il ne s'agissait que d'une possibilité offerte à l'appelante.

Cette finalité n'empêchait toutefois nullement les parties de convenir d'une mise en gérance libre jusqu'au 31 mai 2012 et de combiner cette gérance avec une option d'achat du fonds de commerce. La vente du fonds de commerce étant l'objectif, les parties ont donc arrêté le montant de la gérance libre en se fondant sur un prix de vente de 265'000 fr., qui a été ensuite ventilé par tranches annuelles de 55'000 fr., point qui a été confirmé par le témoin R_____.

Ainsi, l'intitulé de la convention du 23 février 2009 traduit fidèlement la forme contractuelle que les parties ont voulu donner à leurs relations d'affaires, ces dernières étant libres de conclure un contrat composé ou un contrat mixte réunissant diverses conventions distinctes.

En effet, l'appelante a, dès l'origine du conflit - apparu dès sa demande de couverture des frais d'importantes réparations de la chose affermée en juin 2010 -, considéré être lié par un contrat de gérance libre jusqu'au 31 mai 2012, avec une option d'achat du fonds de commerce.

Quant à l'intimée, elle admet également, dans sa toute première détermination du 25 janvier 2011, que la vente avait pris la forme d'un contrat de gérance et était ferme au 31 mai 2012. Toutefois, la vente du fonds de commerce, comme retenu ci-dessus, n'était ni ferme, ni, partant, acquise dès la signature du contrat en février 2009 : il ressort en effet de l'interprétation du contrat qu'une telle volonté ne pouvait être déduite de cette convention. L'appréciation erronée de l'intimée sur ce point du contrat n'est pas déterminante, les dénominations inexactes utilisées par les parties devant être écartées lorsqu'il y a lieu de déterminer leur réelle et commune intention. Il n'en demeure pas moins que la convention était parfaite sur la volonté des parties d'être liées contractuellement par un contrat de gérance libre pour la période du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012.

L'intimée s'est d'ailleurs ralliée à cette interprétation qu'elle ne remet plus en cause en appel.

Finalement, le conflit trouve davantage son origine dans la volonté de l'appelante d'anticiper le rachat du fonds de commerce et de revoir le prix de vente convenu en février 2009 - ce que E_____ a confirmé en audience et qui découle de l'offre faite en ce sens par l'appelante en fin d'année 2011 - que sur un désaccord des parties sur la portée du contrat, qui a conduit l'appelante à le résoudre.

Le Tribunal a donc retenu à juste titre que les parties ne divergeaient pas sur leur volonté d'être liées par un contrat de gérance libre pour la période du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012.

Les premiers juges ont donc procédé à une interprétation correcte du contrat, le fait de suivre une interprétation favorisant le maintien de celui-ci étant conforme à la jurisprudence (cf. à ce propos, ATF 122 III 362 consid. 4b).

3.5. L'interprétation subjective des parties ayant permis de déterminer leur réelle et commune intention, il n'y a pas lieu de se pencher sur l'existence d'un éventuel vice du consentement au sens des art. 23, 24 ou 28 CO.

En effet, c'est lorsque le juge procède à une interprétation objective fondée sur le principe de la confiance, que le contrat est interprété conformément à la compréhension du destinataire et contre celle du déclarant. On parle alors d'une erreur dans la déclaration, qui, si elle est essentielle (art. 24 CO), permet au déclarant d'attaquer le contrat en évoquant les règles sur le vice du consentement des art. 23 et ss CO (THEVENOZ/WERRO, op.cit., ad art. 18 CO n. 37 Commentaire romand CO - art. 1 à 520 CO ad art. 18 CO n. 140 et 141).

La Cour ayant confirmé l'interprétation subjective du contrat réalisée par le Tribunal, il n'y a donc pas la place pour invoquer l'existence d'une erreur essentielle ou d'un dol, et, par voie de conséquence, pour invalider le contrat au sens de l'art. 31 CO.

Cette impossibilité d'invalider le contrat a été à juste titre retenue par les premiers juges au consid. 6.3 de leur décision lorsqu'ils ont examiné le montant de 55'000 fr. annuels convenus à titre de loyer annuel de gérance.

Les premiers juges ont en effet admis que le contrat était également parfait sur la fixation du montant de la gérance libre pour la période du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012, soit 55'000 fr. par an.

Il n'y a pas non plus lieu de revenir sur ce constat, qui découle du texte clair de l'art. 4 du contrat. Comme déjà retenu ci-dessus (cf. supra, consid. 3.4), il existait, depuis la conclusion du contrat, une volonté concordante des parties de fixer le loyer de la gérance pour cette période en se fondant sur le prix de vente du fonds de commerce qui a ensuite été ventilé. Cet accord sur le loyer de gérance ne résulte pas de l'art. 23 comme le soutient à tort l'appelante. Le Tribunal a simplement déduit de cette disposition contractuelle que l'appelante avait accepté que la somme de 55'000 fr. soit acquittée uniquement à titre de loyer de gérance et non à titre d'acompte sur la vente du fonds de commerce. Cette appréciation est conforme à la volonté des parties de combiner un contrat de gérance avec une option d'achat du fonds de commerce. L'art. 23 du contrat vient donc confirmer que dans l'hypothèse où l'appelante devait finalement renoncer à exercer l'option d'achat du fonds de commerce au 31 mai 2012, les loyers dus à titre de gérance restaient acquis à l'intimée tout comme la propriété du fonds de commerce.

Enfin, l'appelante n'était pas profane en matière d'exploitation de commerce. Il découle du Registre du commerce que G_____ via I_____ - devenue ensuite A_____ - exploitait depuis juillet 2005 une station-service avec shop; parallèlement à la gérance de l'épicerie B_____, il gérait également un magasin de tabacs à l'enseigne N_____. Il lui revenait donc, en commerçant averti et en cas de doutes sur le montant fixé dans le contrat du 23 février 2009, de s'assurer de la rentabilité du fonds de commerce avant la signature du contrat, ne pouvant présumer, comme retenu par les premiers juges, que ses intérêts soient sauvegardés par son partenaire contractuel (cf. à ce propos, JdT 1995 I 359, p. 364). La remise en question du fermage, composé du loyer annuel versé au bailleur de 55'800 fr. et du loyer de gérance de 55'000 fr. par an, ne pouvait ainsi intervenir au-delà du délai de trente jours ouverts pour contester le loyer initial (art. 253b al. 1 et 270 al. 1 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4C.145/2002 du 19 août 2002 consid. 2.4).

Il n'y a donc rien de critiquable dans le raisonnement du Tribunal de retenir que la liberté contractuelle des parties primait toute nécessité de protection légale accrue de l'appelante quant à la fixation du loyer de gérance pendant la période contractuelle du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012, ses intérêts étant suffisamment protégés par le droit de contester le loyer initial.

Faute d'avoir agi dans le délai légal de trente jours visés à l'art. 270 al. 1 CO, l'appelante ne saurait valablement remettre en cause la fixation du loyer de gérance convenu à raison de 55'000 fr. annuels pour la période du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2012.

Partant, le jugement entrepris sera confirmé en tant qu'il condamne l'appelante à acquitter la somme de 55'000 fr. à titre de loyer de gérance pour la période du 1^{er} juin 2011 au 31 mai 2012.

4. Le Tribunal a retenu que, pour la période postérieure au 31 mai 2012, l'appelante se trouvait en situation d'occupation illicite des locaux, le contrat de bail à ferme ayant pris fin au 31 mai 2012.

4.1. Lorsque les parties sont convenues expressément ou tacitement d'une durée déterminée, le bail prend fin sans congé à l'expiration de la durée convenue (art. 295 al. 1 CO). Cependant, si le fermier reste dans les locaux à l'échéance sans protestation de la bailleuse, le bail est reconduit tacitement et se renouvelle ensuite d'année en année aux mêmes conditions, sauf convention contraire (art. 295 al. 2 CO), mais chacune des parties peut résilier le bail renouvelé en observant le délai de congé légal pour la fin d'une année de bail (art. 295 al. 3 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A.379/2011 du 2 décembre 2011 consid. 2.2).

4.2 L'art. 2 du contrat conclu entre les parties prévoit que celui-ci a une durée de trois ans et viendra à échéance le 31 mai 2012. Prise isolément, cette clause incite à penser qu'il s'agit d'un contrat de durée déterminée.

Cette durée déterminée découle également des autres dispositions du contrat, dont aucune ne laisse à penser que la durée du contrat pourrait se prolonger au-delà du 31 mai 2012. Cette échéance ferme au 31 mai 2012 est rappelée à l'art. 4 du contrat. En outre, aucune clause du contrat n'ouvre le droit à une prolongation du contrat ou encore une possibilité pour l'une ou l'autre des parties de donner un congé pour un autre terme, moyennant un préavis. L'art. 3 ne traite que des cas pouvant autoriser l'intimée à mettre un terme au contrat de manière anticipée, pour justes motifs, dont il ne peut être déduit que le contrat serait un bail à ferme congéable.

Le contrat de gérance a donc pris fin automatiquement, sans congé, au 31 mai 2012.

Certes, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, il est douteux qu'une résiliation rétroactive soit valable. Elle n'était toutefois pas nécessaire compte tenu de la durée déterminée du contrat.

Il est en outre établi que l'intimée a protesté contre l'occupation illicite qui était faite des locaux depuis la fin du contrat. La résiliation, certes inutile, notifiée à

l'appelante le 18 septembre 2012 traduisait la volonté de l'intimée de ne pas tolérer l'occupation illicite au-delà du 31 mai 2012. L'appelante s'est d'ailleurs opposée au congé et donc à la restitution des locaux. Il n'y a dès lors aucune place pour l'existence d'un contrat de bail à ferme convenu tacitement.

C'est à juste titre que le Tribunal s'est penché, pour la période d'exploitation illicite du 1^{er} juin 2012 au 31 mars 2014, sur le montant de l'indemnité due à ce titre.

- 5. 5.1.** Si le locataire ne restitue pas la chose louée (art. 267 CO) et reste dans les locaux alors que le bail a pris fin, il doit payer au bailleur une indemnité pour l'occupation des locaux, laquelle équivaut en principe au montant du loyer convenu (ATF 131 III 257 consid. 2 et 2.1; 119 II 437 consid. 3b/bb p. 441 s.). Dans une affaire de bail à ferme, il a été jugé que l'indemnité peut être fixée au même montant que le fermage convenu, pour autant que la jouissance du bien affermé non restitué soit équivalente à celle que le fermier retirait pendant le contrat; si la jouissance est restreinte, l'indemnité doit être réduite (ATF 131 III 257 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A.96/2015 du 1^{er} juin 2015 consid. 3.3).

5.2

5.2.1 Les premiers juges ont retenu que le montant de l'indemnité pour occupation illicite des locaux, due pour la période du 1^{er} juin 2012 au 31 mars 2014, devait être fixée à 3'175 fr. par mois en partant d'un chiffre d'affaires estimé à 2'000 fr. par jour pour 313 jours travaillés dans l'année et en partant du postulat que le montant du fermage, soit le loyer et la gérance, ne devait pas dépasser 15% du chiffre d'affaires (2'000 fr. x 313 x 15% sous déduction d'un loyer de 55'800 fr.).

La méthode appliquée par la justice valaisanne, confirmée par le Tribunal fédéral (arrêt 4A_518/2014 et 4A_520/2014 du 19 novembre 2014 consid. 4) et préconisée également par LACHAT (cf. LACHAT, in 18^{ème} Séminaire sur le droit du bail - 2014, Le bail des cafés et des restaurants, p. 260 n. 87) pour déterminer si le montant d'un fermage, dans le cadre d'un sous- affermage, était abusif au sens de l'art. 262 al. 2 let. b CO, ne peut trouver application dans le cas d'espèce. En effet, cette méthode nécessite que soient connus les investissements consacrés par le locataire à l'acquisition du fonds de commerce et aux travaux qu'il a éventuellement effectués, auxquels s'ajoute une somme servant à couvrir équitablement les frais d'intérêts, d'amortissements et d'entretien.

Les investissements de l'intimée réalisés lors de la prise d'exploitation des locaux en 1999 par E_____ ne sont pas connus et ne peuvent être déterminés au moyen des pièces versées à la procédure. D_____, mandatée par l'appelante, n'a pas non plus été en mesure, au moyen des éléments financiers qui lui ont été remis, de procéder au calcul du montant du fermage dû pour la mise en gérance.

Le pourcentage lié au chiffre d'affaires n'a pas été retenu dans les jurisprudences précitées dès lors que le critère des dépenses effectives du sous-bailleur - qui étaient établies dans la procédure - à titre d'investissement propre lui a été préféré. Or, ces dépenses n'ont pas été offertes en preuve dans le présente cause, ni établies; en outre, la question à résoudre n'est pas celle de savoir si le sous-affermage était abusif, mais celle de la détermination du montant dû par l'appelante à titre d'indemnité pour l'occupation illicite des locaux.

Il apparaît également justifié de se distancer, comme l'ont fait les premiers juges, du montant de 55'000 fr. annuels réglés durant la validité du contrat. Ce montant, comme déjà vu plus haut, incluait l'option de racheter le fonds de commerce par la reprise des parts sociales de la société B_____, qui n'a finalement pas été exercée. Bien que la jouissance des locaux, pendant la période postérieure au 31 mai 2012, n'ait pas été réduite, c'est à bon droit que le Tribunal n'a pas repris ce montant pour déterminer l'indemnité due.

En se fondant sur la méthode préconisée par D_____, agente intermédiaire autorisée par le Conseil d'Etat et l'expérience de cette dernière en matière de fixation de loyer de gérance, le Tribunal pouvait effectivement tenir pour raisonnable un fermage - soit le montant cumulé du loyer versé au bailleur pour l'usage des locaux et du montant réglé pour la gérance - ne dépassant pas 15% du chiffre d'affaires moyen généré par l'exploitation du commerce.

L'appelante ne remet d'ailleurs pas en cause la méthode d'évaluation de l'indemnité appliquée par le Tribunal fondée sur la prise en compte d'un pourcentage appliqué au chiffre d'affaires moyen généré par le commerce. Cette méthode sera donc confirmée, faute de pouvoir appliquer d'autres critères qui seraient ressortis des titres produits et des divers témoins entendus, les juges de première instance ayant ainsi justement pris en compte les moyens de preuve disponibles.

5.2.2 L'appelante conteste la prise en compte du montant de 2'000 fr. retenu comme chiffre d'affaires moyen journalier. Elle soutient que ce montant devait être considéré comme un maximum; en se fondant sur les chiffres d'affaires des années 2008 (990'525 fr.), 2009 (498'503 fr.) et 2010 (809'362 fr.), il en résultait un chiffre d'affaires moyen journalier de 2'098 fr. à condition toutefois que l'année soit divisée par 365 jours. Il convenait en réalité de retenir un chiffre d'affaires de 2'000 fr. par jour sur six jours de travail par semaine durant 48 semaines, devant être pris en compte les vacances et le dimanche qui n'était pas travaillé.

On ne décerne pas en quoi la méthode appliquée par le Tribunal serait inéquitable et en quoi celui-ci aurait violé sa libre appréciation des preuves administrées. Le juge apprécie en effet librement la force probante de celles-ci en fonction des circonstances concrètes, sans être lié par des règles légales et sans être obligé de

suivre un schéma précis (ATF 133 I 33 consid. 2.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A.113/2015 du 3 juillet 2015 consid. 3.2 et 5A.250/2012 du 18 mai 2012 consid. 7.4.1)

Contrairement à ce que soutient l'appelante, le chiffre d'affaires réalisé par O_____ n'apparaît pas pertinent, dès lors que la reprise d'exploitation était récente et que le chiffre de 940 fr. journalier qu'il a avancé devait être revu à la hausse suite à une reprise en mains sérieuse, dès janvier 2015, de l'exploitation du commerce. En outre, selon le témoin U_____, une grande partie de la clientèle avait été perdue par l'appelante lors des derniers mois d'exploitation ayant précédé la cession du commerce à O_____.

Le montant de 2'000 fr. a été, quant à lui, confirmé par le témoin U_____ sur la base de la comptabilité financière du commerce, qu'il établissait au-travers de sa fiduciaire. Ce témoignage et les éléments comptables produits le corroborant étaient de nature à emporter la conviction du Tribunal.

Le Tribunal a pondéré le chiffre d'affaires journalier moyen, en admettant, sur une année civile complète, 313 jours travaillés en raison d'un jour de fermeture hebdomadaire. Les enquêtes ne permettent pas d'établir l'existence de périodes supplémentaires de fermeture du commerce pour cause de vacances, ce qui apparaît douteux, dès lors que l'extrait du registre du commerce de l'appelante versé à la procédure mentionne deux associés-gérants, ce qui permet une exploitation continue du commerce y compris en cas d'éventuelles vacances de l'un ou l'autre des associés.

Il n'y avait donc pas lieu de tenir compte, dans l'établissement du calcul, d'une durée réduite à 48 semaines en lieu et place de 52 semaines, comme le propose l'appelante.

Par conséquent, le montant journalier de 2'000 fr. retenu par les premiers juges résulte d'une appréciation correcte tant des titres produits, notamment des chiffres d'affaires réalisés durant les années ayant précédé la mise en gérance de l'établissement à l'appelante et celles ayant précédé la cession des parts sociales de l'intimée à O_____, que des déclarations des témoins entendus.

5.2.3 Enfin, l'appelante estime que le pourcentage de 15% du chiffre d'affaires journalier moyen était excessif et devait être fixé à 12%, soit la fourchette basse, le matériel et l'agencement du commerce n'étant pas en parfait état et complets.

Il apparaît d'emblée que les arguments de l'appelante tombent à faux.

Tout d'abord, l'état général des locaux a été jugé bon dans le cadre de l'expertise réalisée par D_____; l'agencement général est également considéré en bon état. Hormis la mise aux normes des installations frigorifiques - dont les coûts ont été

mis à la charge de l'intimée et sur lesquels il sera revenu ci-après -, il n'apparaît pas que l'état des locaux et de l'agencement justifie l'application d'un pourcentage moins élevé que celui préconisé par le témoin D_____.

D'autre part, le pourcentage de 15% se situe dans la fourchette proposée par cette dernière, à savoir entre 15 et 16%. Il convient de garder à l'esprit que le principe prévalant en matière de détermination de l'indemnité pour occupation illicite consiste, de manière générale, à la fixer au même montant que le fermage convenu, sauf en cas de jouissance restreinte des locaux, ce qui n'a pas été le cas dans la présente affaire.

Partant, ces considérations conduisent la Cour à confirmer le pourcentage de 15% appliqué par le Tribunal dans le jugement entrepris, qui tient compte équitablement des particularités du cas d'espèce et qui se fonde sur un pourcentage certes maximum, mais justifié par le fait que l'appelante a toujours pu bénéficier de la complète jouissance des locaux.

5.3 En définitive, le jugement entrepris sera donc confirmé en tant qu'il condamne l'appelante à acquitter en mains de l'intimée la somme de 69'850 fr. (22 mois x 3'175 fr.) à titre d'indemnités pour occupation illicite des locaux pour la période du 1^{er} juin 2012 au 31 mars 2014, avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} mai 2013 (date moyenne).

L'erreur de calcul du Tribunal, figurant au consid. 7.2, sera rectifiée, les premiers juges ayant repris, par inadvertance manifeste, la somme de 68'850 fr. en lieu et place de 69'850 fr. aux consid. 7.2 et 9, pareille erreur pouvant être corrigée d'office au sens de l'art. 334 CPC (SCHWEIZER, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, ad art. 334 CPC, n^{os} 11 et 12).

6. 6.1. Reste à se prononcer sur les créances compensatoires invoquées par l'appelante.

6.2. Ne sont plus remises en cause, dans le cadre de la procédure d'appel, les créances compensatoires suivantes :

- 14'332 fr. 32 (facture K_____ du 14 juin 2010) dus par l'intimée à titre de grosses réparations au sens de l'art. 279 CO, ces travaux sur les installations frigorifiques ne pouvant être assimilés à de simples travaux d'entretien à charge de l'appelante;
- 1'050 fr. à titre de solde de la garantie locative de 15'000 fr. dont devaient être déduits 13'950 fr. pour les loyers de janvier à mars 2014 (3 x 4'650 fr.);
- 8'268 fr. 42 à titre de reprise du stock;
- 150 fr. pour le rachat de la patente.

6.3. Demeurent litigieuse la prise en charge par l'intimée des frais d'acquisition d'un appareil de cartes de crédit pour 1'587 fr. 60 et d'une chambre de congélation avec four pour 20'652 fr. 80 laissés dans les locaux lors de leur restitution, ainsi que des frais d'entretien des installations frigorifiques à concurrence de 5'603 fr. 48.

6.3.1. L'appelante soutient que l'acquisition d'une chambre de congélation avec four en octobre 2009 (facture V_____ du 27.10.2009) pour 20'652 fr. 80 était rendue nécessaire en raison du mauvais fonctionnement de la chambre froide qui équipait les locaux à la reprise de la gérance de l'épicerie.

Or, il découle de l'art. 11 al. 1 de la convention du 23 février 2009 que les locaux étaient repris en l'état; les frais d'entretien des installations étaient à la charge de la gérante qui s'engageait à ne réclamer aucun dédommagement ou aucun frais de réparation (art. 13).

L'appelante se fonde sur une facture W_____ du 14 avril 2009 indiquant que la chambre froide "*serait à remplacer*". Il ne peut en revanche en être déduit que l'installation était hors de fonctionnement. L'installation a d'ailleurs subi une nouvelle intervention le 22 décembre 2009 (facture W_____ du 22.12.2009), preuve que la chambre froide, bien que nécessitant des frais d'entretien, fonctionnait au mois de décembre 2009.

L'achat de la chambre de congélation, en octobre 2009, constituait donc un équipement supplémentaire acquis par l'appelante sans demande de l'avis préalable de l'intimée, point que G_____ a confirmé lors de l'audience du 13 mai 2014. Cette nouvelle acquisition ne visait donc pas à remplacer la chambre froide, par hypothèse hors d'usage, et ne figurait donc pas parmi l'inventaire des équipements remis lors de mise en gérance libre de l'épicerie. Il en va de même de l'appareil à cartes de crédit, dont l'acquisition remonte au mois de septembre 2012; il n'est d'ailleurs nullement établi qu'un tel appareil figurait parmi les équipements constituant le fonds de commerce remis en gérance et que son éventuel remplacement, pour cause de dysfonctionnement, soit à la charge de l'intimée.

C'est à bon droit que le Tribunal a retenu que ni l'intimée, ni le nouvel exploitant, n'avaient la moindre obligation de reprise de ces équipements et que l'appelante devait être condamnée à retirer ces objets de l'arcade.

6.3.2. Selon l'art. 284 al. 1 CO, le fermier pourvoit au bon entretien de la chose.

L'entretien et le remplacement d'outils et ustensiles visés par l'art. 284 CO comprennent les menus défauts et les défauts de moyens du bail à loyer (CARRON, Commentaire pratique - Droit du bail à loyer et à ferme, Bâle 2017, ad art. 279 CO, n° 11). Les travaux ne constituant pas de gosses réparations sont à la charge du fermier. Comme le locataire, il doit prendre en charge la suppression

des "menus défauts", qui peuvent être éliminés par les petits travaux de nettoyage ou de réparations indispensables à l'entretien normal de la chose louée. Il doit également effectuer les travaux périodiques (p. ex. peinture des locaux, nettoyage des conduites) et les autres travaux d'entretien (p. ex. réparation de robinets, de serrures, travaux d'étanchéité). En outre, conformément à l'usage local, le fermier doit effectuer les petites réparations et remplacer les ustensiles et outils de peu de valeur qui ont péri par l'usage ou par suite de vétusté (art. 284 al. 2 CO) (CARRON, op. cit., ad art. 279 CO, n° 15).

Le fermier doit donc effectuer des tâches d'entretien plus importantes, telles que détartrage des chauffe-eau, entretien des machines ou de la ventilation (CARRON, op. cit., ad art. 284 CO, n° 10 et références citées).

6.3.3 Au préalable, il y a lieu de rappeler que dans ses conclusions déposées le 13 mai 2014, l'appelante a renoncé à exiger le remboursement de la somme de 2'762 fr. (facture X_____ du 20.05.2010) pour l'acquisition d'un système d'alarme, réduisant en conséquence ses conclusions condamnatoires. Le Tribunal s'est néanmoins prononcé sur cette question, scellant ainsi le sort de cette prétention sur laquelle l'appelante ne revient plus.

Le solde des factures de W_____ dont le remboursement est réclamé et encore litigieux s'élève donc à 5'603 fr. 48 (22'697 fr. 80 - 2'762 fr. - 14'332 fr. 32).

Ces factures font état d'une recherche de panne sur la chambre froide facturée 156 fr., du contrôle, dépose et remplacement d'un ventilateur de condensateur défectueux d'un congélateur facturés 559 fr. 80, du contrôle nettoyage et autres menus travaux portant sur les postes de froid facturés 330 fr. 35, d'un contrôle de la chambre froide facturé 263 fr. 10 et du contrôle des températures, débouchage d'un écoulement et dégivrage d'un évaporateur de deux vitrines frigorifiques facturés 455 fr. 15.

Il s'agit manifestement d'interventions constituant de l'entretien courant des installations de froid équipant les locaux, qui par leur nature et leur montant, entrent dans la catégorie des frais d'entretien et de petites réparations visés à l'art. 284 CO et qui demeurent à charge du fermier. Contrairement à ce que soutient l'appelante, l'art. 13 du contrat mettant l'entretien des installations, matériel et mobilier à charge du fermier est parfaitement conforme aux exigences fixées à l'art. 284 CO, étant précisé que l'obligation de couvrir les frais d'entretien et de réparation du fermier est plus large et se distingue sur ce point de l'obligation du locataire d'un bail à loyer limitée à la couverture des menus travaux.

C'est à bon droit que les factures susvisées, représentant un montant total de 1'764 fr. 40, n'ont pas été admises en compensation des montants dus par l'appelante.

Quant à la facture de 3'809 fr. 05 majorée de 30 fr. de rappel relative à la pose et fourniture d'une vitrine frigorifique en date du 7 avril 2009, il s'agit d'une installation qui équipait les locaux avant la mise en gérance libre de l'épicerie, qui a débuté, à teneur du contrat, le 1^{er} mai 2009.

Il n'est pas ressorti des enquêtes que l'appelante ait disposé de l'usage des locaux avant la date fixée contractuellement ou qu'elle soit à l'origine de la commande de cette vitrine, dont la facture est libellée au nom de l'intimée et non à celui de l'appelante. Cette facture ne peut donc pas suivre le même sort que les frais d'entretien susvisés et son remboursement sera mis à charge de l'intimée dès lors que cette vitrine fait partie des installations remises par l'intimée pour les besoins de l'exploitation du commerce.

Sur ce seul point, le jugement entrepris sera réformé et la somme de 3'839 fr. 05 sera ajoutée aux montants admis en compensation de la créance due par l'appelante.

7. En résumé, est admise en compensation la somme totale de 27'639 fr. 79 (14'332 fr. 32 + 1'050 fr. + 8'268 fr. 42 + 150 fr. + 3'839 fr. 05).

L'appelante sera ainsi condamnée à verser à B_____ les sommes de 55'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2011 et de 42'210 fr. 20 (69'850 fr. - 27'639 fr. 79) avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mai 2013 (date moyenne).

8. Comme déjà examiné ci-dessus (cf. consid. 1.2.), la valeur litigieuse de la présente cause dépasse le seuil de 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. d LTF), ouvrant la voie du recours en matière civile.
9. A teneur de l'art. 22 al. 1 LaCC, il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 8 février 2016 par A_____ contre le jugement JTBL/1365/2015 rendu le 18 décembre 2015 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/9210/2012-3-OOD.

Au fond :

Annule le chiffre 3 du dispositif du jugement.

Cela fait, statuant à nouveau :

Condamne A_____ à verser à B_____ la somme de 42'210 fr. 20 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mai 2013 (date moyenne).

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Madame Pauline ERARD, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Monsieur Grégoire CHAMBAZ, Madame Laurence MIZRAHI, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-
MARIETHOZ

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

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

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

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