

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 9 juillet 2012

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : M. Krieger et Mme Charif Feller
Greffier : M. Corpataux

Art. 82 CO; 274d al. 3 aCO ; 90 al. 1 et 3 CPC-VD

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A._____ SA**, à Oberwil (BL), bailleresse et défenderesse, contre le jugement rendu le 13 décembre 2010 par le Tribunal des baux dans la cause divisant l'appelante d'avec **I._____**, à Vevey, locataire et demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 13 décembre 2010, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 19 janvier 2011 et les considérants le 23 novembre 2011, le Tribunal des baux a dit que la défenderesse A. _____ SA devait immédiat paiement à la demanderesse I. _____ de la somme de 58'606 fr. 10 avec intérêt à 5 % l'an dès le 25 décembre 2008 (I), renvoyé à la Commission de conciliation en matière de baux à loyer du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut les conclusions reconventionnelles prises par la défenderesse lors de l'audience du 25 janvier 2010 (II), fixé les frais de justice à 4'500 fr. pour la demanderesse et à 2'500 fr. pour la défenderesse (III), dit que la défenderesse devait payer à la demanderesse la somme de 2'932 fr. à titre de dépens (IV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En droit, les premiers juges ont considéré que la défenderesse s'était engagée à prendre à sa charge le coût des travaux de pose de la ventilation et du séparateur de graisse dans les locaux loués par la demanderesse et que, dès lors que celle-ci avait fait procéder à ces travaux, elle avait droit au remboursement de la somme déboursée à cet effet, par 58'606 fr. 10. Le tribunal a estimé que cette somme pouvait être retenue nonobstant l'absence des récépissés attestant du paiement, dès lors que les factures y relatives indiquaient clairement les travaux réalisés, qu'elles avaient été envoyées à la demanderesse à l'adresse des locaux litigieux et qu'au surplus, aucun élément ne permettait de douter de l'exécution effective des travaux et de l'existence des créances pécuniaires y relatives dont les entreprises étaient titulaires à l'endroit de la demanderesse. Les premiers juges ont estimé par ailleurs qu'ils n'avaient pas à ordonner une expertise nonobstant l'absence de paiement par la défenderesse de l'avance de frais et que celle-ci ne pouvait valablement invoquer l'exception de l'art. 82 CO (Code des obligations suisse du 30 mars 1911, RS 220), dès lors que son engagement à assumer le coût des travaux était indépendant des engagements pris par la demanderesse et que la convention conclue par les parties n'octroyait à la

défenderesse ni le droit de se déterminer au préalable sur le choix des entreprises et l'adjudication des travaux, ni même un droit de regard à ce sujet.

B. Par mémoire du 22 décembre 2011, A. _____ SA a fait appel de ce jugement, concluant, avec suite de frais, à sa réforme en ce sens que sa conclusion libératoire à la conclusion III de la demande d'I. _____ du 14 septembre 2009 soit admise, qu'elle ne doive par conséquent aucun montant à I. _____, et que les frais et dépens de première instance soient mis à la charge de celle-ci.

L'appelante a produit un bordereau de dix-sept pièces à l'appui de son appel, lesquelles figurent déjà au dossier de première instance.

Par mémoire du 16 mai 2012, I. _____ s'est déterminée sur l'appel, concluant, avec suite de frais, à son rejet.

L'intimée a produit un bordereau de treize pièces à l'appui de son mémoire, lesquelles figurent déjà au dossier de première instance.

C. La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

a) La société A. _____ SA, représentée par la société [...], bailleuse, d'une part, et I. _____, locataire, d'autre part, ont conclu le 7 août 2003 un contrat de bail à loyer portant sur un local de 130 m² situé au rez-de-chaussée de l'immeuble sis avenue [...], à Vevey. A teneur du contrat, ce local doit être utilisé pour la fabrication et la vente de nourriture à l'emporter ou à consommer sur place. Le contrat a été conclu pour une durée initiale de dix ans, du 1^{er} août 2003 au 31 juillet 2013, le bail se renouvelant par la suite tacitement de dix ans en dix ans aux mêmes conditions, sauf avis de résiliation de l'une ou l'autre des parties.

Le loyer mensuel a été fixé à 1'800 fr., acompte pour le chauffage et les frais accessoires compris.

b) Le 2 mars 2007, les parties ont conclu une convention, dont la teneur est notamment la suivante :

« [...] Il est préliminairement exposé :

- que les parties ont signé le 7 août 2003 un contrat de bail à loyer commercial portant sur des locaux, au rez-de-chaussée de l'immeuble sis [...] à 1800 Vevey et dont le but d'utilisation est la fabrication et la vente de nourriture à l'emporter et à consommer sur place ;
- que, selon ledit bail à loyer, les parties sont convenues que la locataire doit verser une garantie de loyer à concurrence de CHF 4500.-- ;
- que, par courrier du 27 avril 2004 notamment, le conseil de la locataire a mis en demeure la bailleuse de procéder à divers travaux, selon entente entre les parties à la signature du bail ;
- que la bailleuse ayant opposé en son temps une fin de non-recevoir à ces revendications, la locataire a consigné ses loyers à partir du 13 mai 2004 sur le compte n° [...] auprès de la Banque [...] ;
- que la Commission de conciliation en matière de baux à loyer, saisie dans les délais légaux, a pris une décision le 6 décembre 2004 dans laquelle elle a arrêté, notamment, que les loyers consignés devaient être immédiatement libérés en faveur du propriétaire ;
- que les parties avaient, chacune de leur côté, saisi le Tribunal des baux qui a rendu des jugements aujourd'hui définitifs et exécutoires ;
- que les parties entendent régler leur litige à l'amiable ;
- que, partant, elles conviennent de ce qui suit :

I. I. _____ s'engage irrévocablement :

1. à remettre à la bailleuse, respectivement à son conseil, une copie du relevé de compte « garantie de loyer » auprès de la

Banque [...] sur lequel elle a versé le montant de CHF 4500.-- [...] et ce, en application du ch. 4 du bail à loyer commercial signé par les parties le 7 août 2003 ;

2. à remettre à la bailleuse, respectivement à son conseil, une attestation de la Banque [...] certifiant qu'elle dispose des moyens financiers suffisants pour exécuter les travaux envisagés dans les locaux loués, ainsi qu'une copie de tous les devis des diverses entreprises concernées par ces travaux ;
3. à déconsigner l'intégralité des loyers versés sur le compte n° [...] ouvert dans les livres de la Banque [...] à Lausanne, en faveur de la société A. _____ SA, propriétaire de l'immeuble sis [...] à 1800 Vevey.

Le montant des loyers déconsignés sera versé sur le compte client du conseil de la bailleuse, Me [...], avocat à Lausanne, qui remettra à cet effet à la locataire un bulletin de versement.

4. à remettre à la bailleuse, respectivement à son conseil, une copie du dossier complet relatif à la demande de permis de construction qui a été déposée à la commune de Vevey.

II. La société A. _____ SA, représentée par [...], s'engage irrévocablement :

1. à signer tous les documents et plans relatifs à la mise à l'enquête complémentaire requis par la commune de Vevey ;
2. à signer également le formulaire de demande de licence d'établissement qu'il y aura lieu de déposer à la Police cantonale du commerce ;
3. à laisser sur le compte client de son conseil, Me [...], le montant de CHF 40'000.--, à titre de garantie pour les travaux relatifs à l'installation de la ventilation et du séparateur de graisse de la cuisine.

III. Les engagements stipulés sous ch. I et II ci-dessus, seront exécutés au plus tard dans les dix jours qui suivent la date de la signature de la présente convention.

IV. A. _____ SA et I. _____ manifestent d'ores et déjà leur volonté d'établir un avenant au contrat de bail qu'ils ont signé le 7 août 2003.

Dit avenant contiendra les éléments suivants, dont le détail sera établi d'entente entre parties :

- une augmentation du loyer net, qui tiendra compte également de la location d'un dépôt dont le loyer mensuel actuel est de CHF 100.--, ainsi que de la location d'une place de parc dont le loyer actuel s'élève à CHF 80.- par mois ;
- une prolongation du bail à loyer commercial, en raison des investissements effectués par la locataire ;
- la location éventuelle d'une deuxième place de parc ;
- la mise à disposition d'une terrasse à l'extérieur, d'environ 20 m2, sise dans la cour intérieure de l'immeuble ;
- l'autorisation, aux frais de la locataire, de brancher l'eau chaude dans les locaux loués, à la conduite de l'immeuble.

V. Moyennant bonne et fidèle exécution de la présente convention, les parties déclarent mutuellement et réciproquement n'avoir plus aucune prétention à formuler l'une envers l'autre à quelque titre que ce soit.

[...] »

Le 2 octobre 2007, dans le cadre d'une audience de mesures provisionnelles les opposant, les parties ont conclu une transaction judiciaire, dont le Président du Tribunal des baux a pris acte pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles et jugement au fond définitif et exécutoire, libellée comme suit :

« [...]

I. La bailleuse A. _____ SA, à Zoug, et la locataire I. _____ conviennent de modifier l'objet, la durée ainsi que le montant du loyer du contrat de bail conclu le 7 août 2003 comme il suit :

- a) L'objet du contrat est constitué d'un local de 130 m2 au rez-de-chaussée ([...]), y compris une terrasse d'environ 20 m2, à l'usage d'un restaurant fast-food, d'un dépôt et de deux

places de parc, le tout sis à [...], à Vevey. La terrasse précitée se situe sur la longueur des murs du local à raison de trois mètres et vingt centimètres de profondeur.

- b) Dit contrat se termine le 31 octobre 2022 à midi, sans reconduction tacite. La locataire s'engage irrévocablement à quitter les locaux à cette date, renonçant par avance à toute prolongation.

La locataire conserve cependant la faculté de résilier le bail pour le 30 juin ou le 31 décembre de chaque année, moyennant un préavis de six mois.

- c) Le loyer mensuel net dudit contrat est fixé dès la fin des travaux, mais au plus tard dès le 1^{er} janvier 2008, à 2'900 fr. [...], plus 250 fr. [...] d'acompte de frais de chauffage et 50 fr. [...] d'acompte de frais généraux. L'indice suisse des prix à la consommation fixé à l'article 5 dudit contrat est adapté comme il suit : 101.1 (septembre 2007, en base décembre 2005).
- d) En sus des frais accessoires prévus dans le contrat, la locataire prendra à sa charge les frais de consommation d'eau, de gaz et d'électricité.
- e) Toutes les autres clauses dudit contrat demeurent inchangées.

- II.
 - a) La bailleuse s'engage à effectuer à entreprendre à sa charge les travaux nécessaires pour l'installation et l'entretien des appareils de comptage individuel.
 - b) Elle prendra également à sa charge les travaux d'installation de la ventilation et du séparateur de graisses, leur entretien étant à la charge de la locataire, qui s'engage à conclure un contrat d'entretien.
 - c) Les parties s'engagent réciproquement à tout mettre en oeuvre pour que les travaux de transformation entrepris par la locataire puissent se terminer dans un délai raisonnable. En particulier, la bailleuse s'engage à donner libre accès au local concerné, afin que les travaux de raccordement à l'eau

chaude de l'immeuble puissent être exécutés et à signer tous les documents nécessaires.

d) La locataire s'engage de son côté à informer la bailleuse du planning des travaux devant encore être exécutés, de l'avancement régulier desdits travaux ainsi que de leur paiement, par l'intermédiaire de son mandataire, [...].

III. La locataire s'engage à ne parquer son véhicule que sur l'une des deux places de parc qu'elle loue à la bailleuse, à l'exclusion de la cour ou de la terrasse.

IV. Toute taxe publique communale ou cantonale en lien avec l'exploitation de l'établissement public de la locataire, telle que taxe pour stationnement de véhicules, est à la charge de la locataire.

V. Chaque partie garde ses frais et renonce à l'allocation de dépens.

VI. Moyennant bonne et fidèle exécution de ce qui précède, parties donnent quittance pour solde de tout compte et de toute prétention découlant du présent litige. [...] »

c) I. _____ a entrepris d'importants travaux entre fin 2007 et début 2008 dans les locaux loués et a établi une liste manuscrite récapitulant ceux-ci.

Elle a ainsi acquis auprès de la société [...] un séparateur de graisse au prix de 7'900 fr., selon facture du 19 octobre 2007 et une quittance attestant du paiement de ce montant à celle-ci, ainsi qu'une fosse de pompage au prix de 3'485 fr. 70, selon facture du 9 juin 2008. Elle a en outre fait procéder à la pose et au raccordement du séparateur de graisse par l'entreprise [...], pour un montant de 3'750 fr., selon facture du 28 juillet 2008.

I. _____ allègue par ailleurs avoir mandaté la société [...] pour l'installation d'un système de ventilation dans les locaux loués. Selon un décompte établi par ses soins, la ventilation de la cuisine lui aurait coûté 43'470 fr. et celle du restaurant 35'000 francs. Par courrier du 26

septembre 2007 adressé à [...], [...], à Vevey, la société [...] a confirmé avoir reçu de sa part, le 17 juillet 2007, le montant de 37'700 fr. à titre de paiement de l'installation, à savoir 35'000 fr. pour la ventilation du restaurant et 2'700 fr. pour la ventilation de la cuisine. Le même jour, la société a adressé une facture à I._____ d'un montant de 43'470 fr. 40, TVA comprise, pour les travaux effectués le 26 septembre 2007 ; cette même facture, qui comporte toutefois des chiffres modifiés mais mentionne un montant total identique, à savoir 43'470 fr. 40, a été ultérieurement produite en un exemplaire non signé sur lequel a été apposé le sceau « payé » ; cette facture indique qu'elle concerne la main-d'œuvre pour le transport du matériel - à savoir un ventilateur, un caisson de support en aluminium, un tableau de contrôle pour le moteur, des hottes centrales, un clapet coupe-feu et un canal spiros -, le montage de ce matériel et la mise en service.

I._____ allègue au surplus, sans produire de pièce, s'être acquittée d'un montant de 1'500 fr. pour la pose de la fosse de pompage.

d) Par courrier adressé le 23 décembre 2008 par son mandataire au conseil de la société A._____ SA, I._____ a exposé les montants qui lui étaient dus, à savoir 43'470 fr. pour la pose de la ventilation, 3'485 fr. 70 pour l'achat d'une fosse de pompage, 1'500 fr. pour l'installation de cette fosse, 7'900 fr. pour l'achat d'un séparateur de graisse et 3'750 fr. pour l'installation de ce séparateur, soit un montant total de 60'105 fr. 70, et a invité la société A._____ SA à lui verser ce dernier montant. Elle a requis par ailleurs du conseil de celle-ci qu'il lui verse le montant de 40'000 fr. déposé sur son compte client à titre de garantie pour les travaux relatifs à l'installation de la ventilation et du séparateur de graisse de la cuisine, conformément à la convention du 2 mars 2007.

Plusieurs échanges de correspondances s'en sont suivis.

e) Suite à l'échec de la conciliation, I._____ a saisi le Tribunal des baux, par demande du 14 septembre 2009, concluant, avec

dépens, à ce que sa requête de mesures provisionnelles du 8 avril 2009 soit validée et qu'en conséquence ordre soit donné à la société A. _____ SA, sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0), de signer le dossier de mise à l'enquête de la terrasse du restaurant qui lui a été adressé le 29 avril 2008, dans un délai que justice dira (I), que la société A. _____ SA soit astreinte à lui verser une indemnité de 300 fr. par jour du 1^{er} avril 2009 au 31 octobre 2009 (montant du dommage causé par l'inexploitation de la terrasse) (II) et que la société A. _____ SA soit astreinte à lui verser immédiatement la somme de 60'105 fr. 70 plus intérêts à 5 % l'an dès le 23 décembre 2008 (contre-valeur des travaux que la société A. _____ SA s'est engagée à payer selon conventions dûment signées) (III).

Une première audience a eu lieu le 25 janvier 2010. A cette occasion, la demanderesse a retiré la conclusion II de sa demande tendant à l'obtention d'une indemnité de 300 fr. par jour en compensation du dommage subi du fait de l'inexploitation de la terrasse. La défenderesse a expressément invoqué l'art. 82 CO et a conclu au rejet des conclusions I et III de la demande. A titre reconventionnel, la défenderesse a conclu, avec dépens, à ce qu'ordre soit donné à la demanderesse de supprimer l'agrandissement à l'arrière de l'immeuble et de remettre les lieux en l'état et qu'ordre lui soit donné de produire le permis de construire qu'elle a obtenu pour les travaux exécutés dans les locaux loués ainsi que les plans d'exécution des travaux de sanitaire, de ventilation, de séparateur de graisse et d'électricité ; la demanderesse a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet, de ces conclusions reconventionnelles. La défenderesse a requis en outre une inspection locale et la production des justificatifs des paiements relatifs aux travaux d'installation de la ventilation dans la cuisine et du séparateur de graisse, sous la forme d'avis bancaires ou de récépissés postaux ; le conseil de la demanderesse a déclaré ne pas s'opposer à la production des avis bancaires et des récépissés postaux telle que requise par la demanderesse. Le tribunal a notamment requis la production par la demanderesse de la preuve du paiement de la facture du 26 septembre 2009.

La défenderesse a requis en outre la mise en œuvre d'une expertise tendant à déterminer le bien-fondé des factures établies par les sociétés [...] (facture du 19 octobre 2007) et [...] (facture du 26 septembre 2007) relatives à l'installation de la ventilation et du séparateur de graisse ; la demanderesse a conclu au rejet de la requête d'expertise. Par décision du même jour, l'autorité saisie a suspendu la cause et accédé à la réquisition de la défenderesse.

Par lettre du 26 janvier 2010, le Président du Tribunal des baux (ci-après : le président) a informé les parties qu'il entendait désigner [...] en qualité d'expert, avec pour mission de déterminer précisément les travaux inclus dans les factures précitées des sociétés [...] et [...], en distinguant, s'agissant des travaux de ventilation, ceux effectués dans la cuisine et ceux qui auraient été faits dans la salle de l'établissement, de déterminer le coût exact des seuls travaux d'installation de la ventilation dans la cuisine et d'installation du séparateur de graisse et de déterminer si les coûts de ces travaux, tels que facturés, sont justifiés dans leur montant. Invitées à se déterminer, les parties ont fait savoir au président, par courrier des 9 et 10 février 2010, qu'elles n'avaient pas d'objections à la désignation de cet expert. L'expert désigné a toutefois refusé le mandat. Après déterminations des parties, [...] a finalement été désigné en qualité d'expert avec le même mandat que celui mentionné dans la lettre du 26 janvier 2010 ; par courrier du 23 avril 2010, cet expert a accepté le mandat d'expertise et indiqué que ses honoraires devraient s'élever à environ 4'200 francs.

Par courrier du 29 avril 2010, le président a fixé à la défenderesse un délai au 17 mai 2010 pour payer la somme de 5'200 fr. à titre d'avance sur les frais présumés de l'expertise, ce montant tenant compte du fait que l'expert devrait participer en outre à l'instruction, aux débats et aux délibérations du tribunal. Sur requête de la défenderesse, deux prolongations lui ont été accordées, respectivement au 7 et au 30 juin 2010, pour effectuer l'avance de frais requise. Par décision du 14 juillet 2010, la requête de la défenderesse du 30 juin 2010 tendant à l'octroi d'une troisième prolongation a été rejetée par le président. Celui-ci

a alors informé les parties que l'expertise requise ne serait pas mise en œuvre.

Une nouvelle audience a eu lieu le 13 décembre 2010. A cette occasion, la défenderesse a conclu à ce qu'une expertise soit ordonnée aux fins de se déterminer sur les points mentionnés dans la lettre du président du 26 janvier 2010 ; la défenderesse a fait valoir qu'une telle expertise se justifiait en l'espèce, nonobstant sa carence quant à l'avance de frais, « à charge d'en assurer les frais par l'Etat sous réserve de la décision à prendre sur les frais et dépens dans le cadre du jugement ». Considérant que la défenderesse était déchue de ses droits à l'expertise, dès lors qu'elle n'avait pas donné suite aux demandes d'avance de frais, la demanderesse s'est opposée à la requête de la partie adverse. Par décision du même jour, la requête de la défenderesse a été rejetée.

En droit :

1. a) Le dispositif du jugement attaqué a été communiqué aux parties le 19 janvier 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC ; ATF 137 III 127, JT 2011 II 226 ; ATF 137 III 130, JT 2011 II 228 ; Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 405 CPC). Cela étant, la demande ayant été déposée le 14 septembre 2009, c'est l'application de l'ancien droit de procédure cantonal qui doit être examinée (art. 404 CPC), notamment les dispositions du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966) et de la LTB (Loi du 13 décembre 1981 sur le Tribunal des baux)

b) L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au

dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable à la forme.

2. a) L'appel est une voie de droit offrant à l'autorité de deuxième instance un plein pouvoir d'examen. Celle-ci examine librement tous les griefs de l'appelant, qu'ils concernent les faits ou le droit. Ainsi, l'instance d'appel revoit les faits avec une cognition pleine et entière ; elle contrôle librement l'appréciation des preuves et les constatations de fait de la décision de première instance (Hohl, Procédure civile, tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2399, p. 435). L'autorité d'appel applique le droit d'office : elle n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties ou par le tribunal de première instance (Hohl, op. cit., n. 2396, p. 435 ; Spühler, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010, n. 1 ad art. 311 CPC, qui parle de « vollkommenes Rechtsmittel »).

b) Selon l'art. 318 CPC, l'appel déploie principalement un effet réformatoire, de sorte que l'autorité d'appel statue elle-même sur le fond (al. 1 let. b) ; par exception, lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé ou lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels, l'autorité d'appel peut renvoyer la cause à la première instance (al. 1 let. c ch. 1 et 2 ; cf. Jeandin, in CPC commenté, nn. 2 ss ad art. 318 CPC).

3. a) Dans un premier moyen, l'appelante relève qu'elle s'était engagée à assumer uniquement les travaux de ventilation de la cuisine, à l'exclusion de celle du restaurant, et conteste l'état de fait du jugement en tant qu'il retient que l'intimée s'est effectivement acquittée d'un montant de 43'470 fr. 40 pour les travaux de ventilation de la cuisine. Elle fait

valoir que la facture du 26 septembre 2007, d'un montant de 43'470 fr. 40, concerne des travaux de ventilation réalisés à la fois dans la cuisine et dans le restaurant, de sorte que seule une partie de cette facture devrait être mise à sa charge. L'appelante conteste ainsi la thèse de l'intimée, telle que retenue par les premiers juges, selon laquelle cette dernière aurait payé un montant de 43'470 fr. 40 pour la ventilation de la seule cuisine. A supposer que la facture du 26 septembre 2007 ne concernerait que les travaux de ventilation de la cuisine, l'appelante soutient à titre subsidiaire que l'intimée n'a pas démontré que les travaux avaient effectivement eu lieu, ni qu'elle avait effectivement payé un tel montant. L'appelante reproche au surplus au tribunal de n'avoir pas déterminé précisément quel était le coût des travaux d'installation de la ventilation de la cuisine et de n'avoir pas ordonné la production des pièces qu'elle avait requise à l'audience du 25 janvier 2010.

b) aa) Aux termes de l'art. 8 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle, qui s'applique à toute prétention fondée sur le droit fédéral (ATF 125 III 78 c. 3b), répartit le fardeau de la preuve (ATF 122 III 219 c. 3c, JT 1997 I 1246) et détermine qui doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 126 III 189 c. 2b). Cette disposition ne dicte cependant pas comment le juge doit former sa conviction. Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc qu'une allégation de fait a été établie ou réfutée, la répartition du fardeau de la preuve devient sans objet. L'art. 8 CC ne saurait être invoqué pour faire corriger l'appréciation des preuves qui ressortit au juge du fait (ATF 127 III 248 c. 3a ; ATF 128 III 271 c. 2b, JT 2003 I 606). Pour le surplus, le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées.

bb) En matière de bail, l'art. 274d al. 3 aCO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220, dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2011) prescrit que le juge doit établir d'office les faits et apprécier librement les preuves, les parties étant tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. L'art. 11 al. 4 LTB

dispose quant à lui que le juge peut ordonner d'office toute preuve utile. Cette disposition ne fait toutefois que concrétiser en procédure cantonale la maxime inquisitoriale prévue par l'art. 274d al. 3 aCO (Byrde/Giroud Walther/Hack, in Procédures spéciales vaudoises, Lausanne 2008, n. 4 ad art. 11 LTB et la réf. citée).

L'art. 274d al. 3 aCO instaure une maxime inquisitoire sociale, dans laquelle le pouvoir d'intervention du juge y est moins large que lorsque la maxime officielle absolue s'applique. La jurisprudence a précisé que la maxime inquisitoire de l'art. 274 al. 3 aCO impose au juge d'interroger les parties et de les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces, mais qu'il n'est pas tenu de s'assurer que leurs allégations et offres de preuves sont complètes, sauf s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point (ATF 136 III 74 c. 3.1 ; ATF 125 III 231 c. 4a, JT 2000 I 194 cité par Byrde/Giroud Walther/Hack, op. cit., n. 6a ad art. 11 LTB). Le juge n'a pas à se muer alternativement en l'avocat de l'une, puis de l'autre partie : son intervention n'est que subsidiaire (JT 1989 III 17 cité par Byrde/Giroud Walther/Hack, op. cit., n. 6a ad art. 11 LTB)

Les parties sont ainsi tenues de présenter toutes les pièces nécessaires pour trancher le cas, le juge n'ayant pas à instruire d'office le litige, lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position, mais seulement à interroger les parties et à les informer de leur obligation de collaborer et de produire des preuves (ATF 125 III 231 c. 4a ; TF 4C.236/2004 du 12 novembre 2004 c. 4.2). La maxime inquisitoire sociale ne dispense pas les parties de collaborer activement à la constatation des faits pertinents et d'indiquer au besoin les preuves à apporter ; des exigences plus élevées sont posées quant au devoir de collaboration des parties qui sont assistées d'un avocat (TF 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 c. 4.1, cité par Byrde/Giroud Walther/Hack, op. cit., n. 6a ad art. 11 LTB et les réf. citées).

La maxime inquisitoriale sociale ne modifie pas les règles sur le fardeau de la preuve ; si une partie dûment invitée à produire certaines pièces ne produit pas les documents qu'elle détient, il y a lieu de

considérer qu'elle n'a pas assumé la preuve qui lui incombe et pourra être déboutée de ses conclusions (Byrde/Giroud Walther/Hack, op. cit., n. 6b ad art. 11 LTB et les réf. citées).

c) En l'espèce, il ne ressort certes pas expressément de la transaction judiciaire du 2 octobre 2007 que l'appelante ne devrait assumer que les travaux de ventilation de la cuisine, à l'exclusion des travaux de ventilation du restaurant, le chiffre II b) de cette transaction indiquant uniquement que l'appelante prendrait à sa charge « les travaux d'installation de la ventilation et du séparateur de graisses ». L'intimée a toutefois admis implicitement que tel était le cas, dès lors qu'elle a renoncé à exiger le remboursement du montant de 35'000 fr., correspondant aux travaux de ventilation du restaurant, figurant sur sa liste manuscrite, et qu'elle exige le remboursement du seul montant payé pour les travaux de ventilation de la cuisine. Les parties interprétant leur convention de manière identique sur ce point, il n'y a pas lieu de s'écarter de cette interprétation, d'autant qu'elle rejoint le texte de la convention du 2 mars 2007.

Cela étant, il ressort des pièces du dossier - notamment de la note manuscrite de l'intimée - que des travaux de ventilation ont été réalisés tant dans la cuisine que dans le restaurant, ce qu'admet d'ailleurs l'appelante (mémoire d'appel, chiffre 23). Dès lors que seuls d'éventuels travaux réalisés dans la cuisine doivent être assumés par l'appelante et au vu des griefs développés par celle-ci dans son appel, il y a lieu de déterminer si l'intimée a suffisamment établi qu'elle avait fait réaliser des travaux de ventilation dans la cuisine, que le coût de ces travaux s'élevait à 43'470 fr. 40 et qu'elle s'était effectivement acquittée d'un tel montant.

A l'appui de sa prétention en remboursement de cette somme, l'intimée a produit, avec sa demande, une facture datée du 26 septembre 2007 établie par la société [...], qui lui a été adressée le même jour à l'adresse de l'établissement public litigieux ; elle a produit ultérieurement une seconde facture, qui n'est pas semblable à celle produite à l'appui de sa demande, s'agissant notamment des sous-montants y figurant, et qui

n'est pas signée, mais qui porte sur un montant total identique et sur laquelle le sceau « payé » a été apposé. Cette facture fait référence à des travaux de ventilation, mais n'indique pas où ces travaux ont eu lieu, ni ne précise a fortiori s'il s'agit de travaux réalisés dans la cuisine ou dans le restaurant. L'appelante a produit par ailleurs la confirmation de la société [...], adressée également le 26 septembre 2007 à [...], selon laquelle cette société aurait reçu le 17 juillet 2007 un montant de 37'700 fr. de sa part, à savoir 35'000 fr. pour la ventilation du restaurant et 2'700 fr. pour la ventilation de la cuisine.

Au vu de ce qui précède, il apparaît établi que la facture de 43'470 fr. 40 a été payée par l'intimée. Certes, bien qu'elle ait déclaré à l'audience du 25 janvier 2010 qu'elle ne s'opposait pas à la production des avis bancaires et des récépissés postaux attestant du paiement des travaux de ventilation dans la cuisine et qu'elle ait été alors invitée à produire la preuve de ce paiement, l'intimée n'a pas produit ces documents et s'est limitée à transmettre la facture du 26 septembre 2007 – dans une version non semblable à celle figurant au dossier et non signée – sur laquelle était apposé le sceau « payé ». Rien ne laisse toutefois supposer que le sceau « payé » n'aurait pas été apposé par la société [...] ou qu'il aurait été apposé par celle-ci nonobstant l'absence de paiement de cette facture. La facture ayant été adressée à l'intimée à l'adresse de son établissement public, on peut légitimement considérer par ailleurs que les travaux ont eu lieu dans cet établissement.

Cela étant, la facture du 26 septembre 2007 n'indique pas si elle concerne les travaux de ventilation de la cuisine ou du restaurant et il n'y a eu aucune instruction en première instance à ce sujet. On ignore d'ailleurs si le montant de 37'700 fr. ayant fait l'objet de la confirmation de paiement de la société [...] du 26 septembre 2007 est compris dans le montant de 43'470 fr. 40 figurant sur la facture du même jour. Il en découle que l'on ne dispose manifestement pas d'éléments suffisants permettant de retenir que cette dernière facture ne concernait que des travaux étant à la charge de l'appelante.

La pièce produite étant insuffisante à établir l'allégation de l'intimée selon laquelle un montant de 43'470 fr. 40 lui était dû en lien avec les travaux de ventilation de la cuisine, le tribunal aurait dû, dès lors que les travaux de ventilation ont été réalisés dans la cuisine et le restaurant, point qui n'est pas contesté par les parties, déterminer la part de la facture du 26 septembre 2007 qui correspond à des travaux réalisés dans la cuisine. Aucune instruction n'ayant porté sur ce point, il y a lieu de renvoyer la cause aux premiers juges pour qu'ils y procèdent.

Bien fondé, le moyen de l'appelante doit être admis.

4. a) Dans un deuxième moyen, l'appelante fait valoir que l'intimée n'a pas démontré que les travaux d'installation du séparateur de graisse avaient été réalisés, ni que la facture y relative, d'un montant de 3'750 fr., avait été payée. Elle en déduit que l'intimée ne peut exiger le remboursement de ce montant.

b) Le 28 juillet 2008, l'entreprise [...] a adressé à l'intimée une facture, d'un montant de 3'750 fr., intitulée « pose et raccordement séparateur de graisse », qui énumère précisément les travaux réalisés. Cette facture laisse clairement apparaître que les travaux ont été effectués, l'entrepreneur précisant même avoir constaté des problèmes d'odeurs en raison de raccords défectueux et être intervenu pour remettre ces derniers en état. Au surplus, rien ne laisse supposer que cette facture n'aurait pas été payée par l'intimée, l'appelante n'apportant aucun élément à l'appui de son moyen.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

5. a) Dans un troisième moyen, l'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir ordonné, nonobstant le non-paiement de l'avance de frais y relative, l'expertise qu'il avait requise. Il soutient que le tribunal aurait dû l'ordonner d'office.

b) En matière de droit privé fédéral, la jurisprudence a déduit de l'art. 8 CC le droit à la preuve et à la contre-preuve, à la condition qu'il s'agisse d'établir un fait pertinent, qui n'est pas déjà prouvé, par une mesure probatoire adéquate, laquelle a été régulièrement offerte selon les règles de la procédure cantonale. A teneur de l'art. 220 CPC-VD, la preuve par expertise est admise lorsque des connaissances spéciales sont exigées pour vérifier ou apprécier un état de fait. Les faits de nature technique peuvent être prouvés par pièces au même titre que par expertise (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., Lausanne 2002, n. 3 ad art. 220 CPC-VD). Le juge doit mettre en œuvre une expertise s'il s'agit du mode de preuve le plus adéquat (ATF 125 III 29 ; ATF 102 II 7, JT 1977 I 58).

L'expert a droit au remboursement de ses frais et à des honoraires fixés par le juge qui a dirigé l'instruction (art. 242 al. 1 CPC-VD). Chaque partie doit ainsi faire l'avance des émoluments et des frais pour toute opération de l'office requise par elle ou ordonnée par le juge pour établir ses allégations, la partie ne faisant pas l'avance dans le délai fixé étant déchue du droit de requérir l'opération et pouvant être considérée comme défaillante (art. 90 CPC-VD). Le fait que la cause soit soumise à la maxime officielle n'empêche pas le juge d'exiger une avance de frais pour la procédure probatoire, en particulier pour une expertise (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 1 ad art. 90 CPC-VD). L'obligation d'avancer les frais de l'expertise s'applique également au litige en matière de bail à loyer commercial, la procédure n'étant pas gratuite (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 1 ad art. 90 CPC-VD).

c) En l'espèce, l'appelante a requis en première instance une expertise tendant à se prononcer sur le bien-fondé des factures versées au dossier relatives à l'installation de la ventilation et du séparateur de graisse. Cette requête a été admise par le tribunal et un expert a même été désigné, en la personne de [...]. L'appelante n'a toutefois pas effectué l'avance sur les frais présumés de cette expertise, malgré deux

prolongations de délai accordées à cet effet, raison pour laquelle l'expertise requise n'a pas été mise en œuvre.

Il résulte de ce qui précède que l'appelante n'a pas été privée du droit à une expertise et que son droit à la contre-preuve n'a pas été violé. Au contraire, sa requête a été admise et toutes les démarches ont été entreprises par le président pour que celle-ci soit mise en œuvre. L'appelante, pourtant représentée d'un conseil, n'a ensuite pas versé l'avance de frais et s'est du même coup elle-même privée de l'expertise. Elle ne peut dès lors légitimement se plaindre de l'absence d'expertise (cf. CREC I 18 novembre 2010/597 c. 3) et reprocher au tribunal de ne pas l'avoir ordonnée de son propre chef. Il en va ainsi même si la cause était soumise à la maxime inquisitoire sociale en vertu des art. 274d al. 3 aCO et 11 al. 2 LTB.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

6. a) Dans un quatrième moyen, l'appelante soutient que la justification des travaux de ventilation de la cuisine et d'installation du séparateur de graisse constituait une condition au remboursement à l'intimée de la contre-valeur de ces travaux et qu'à défaut de justification, aucun montant ne lui serait dû.

b) En matière contractuelle, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la « réelle et commune intention des parties », le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (art. 18 al. 1 CO). Dans ce cadre, le juge s'intéressera en premier lieu aux termes utilisés et/ou aux comportements des parties, les termes utilisés étant pris au sens habituel (moyens primaires d'interprétation ; Winiger, in Commentaire romand, Bâle 2003, nn. 25 et 26 ad art. 18 CO). Pour préciser la volonté des parties, le juge prendra en compte notamment le comportement des parties aussi bien avant qu'après la conclusion du contrat, leurs déclarations antérieures, les projets de contrat, la correspondance échangée, leurs intérêts respectifs

et le but du contrat (moyens complémentaires d'interprétation ; Winiger, op. cit., nn. 32 ss ad art. 18 CO).

S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des cocontractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, d'après le texte, le contexte et l'ensemble des circonstances, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l'ensemble des circonstances, ce principe permettant d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Il s'agit de l'application du principe de la confiance (ATF 133 III 61 ; ATF 133 III 675, JT 2008 I 508 ; ATF 132 III 626 c. 3.1 et les réf. citées, JT 2007 I 423). Le juge doit ainsi rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances, les circonstances déterminantes étant celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (Winiger, op. cit., nn. 132 ss ad art. 18 CO).

c) En l'espèce, l'intimée s'est bien engagée, en signant la transaction judiciaire du 2 octobre 2007, à informer l'appelante du planning des travaux devant encore être exécutés, de l'avancement régulier desdits travaux ainsi que de leur paiement (point II d de la transaction). Toutefois, c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que cet engagement était indépendant de celui de l'appelante d'assumer le coût des travaux convenus, de sorte que ce coût devait être assumé par celle-ci même si elle n'avait pas été tenue au courant des travaux entrepris par l'intimée. Le texte de la transaction n'offre en effet à l'appelante aucun droit quant au choix des entreprises et à l'adjudication des travaux, ces prérogatives appartenant exclusivement à l'intimée. A supposer qu'elle ait été informée en temps voulu, l'appelante n'aurait donc pu, selon la transaction, s'opposer aux travaux entrepris, ni d'ailleurs exiger qu'ils soient réalisés par d'autres entreprises ou à un coût réduit. Il en découle que les parties n'entendaient pas ériger le devoir d'information

qu'assumait l'intimée en condition de la prise en charge du coût des travaux par l'appelante.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

7. a) Dans un cinquième moyen, l'appelante soutient que l'exception d'inexécution (art. 82 CO) soulevée en cours de procédure doit être admise. Dans une motivation peu claire, l'appelante considère à titre principal que l'on ne se trouve pas dans un cas d'application de l'art. 82 CO et fait valoir que l'action de l'intimée aurait dû être rejetée d'office, dès lors que celle-ci devait fournir sa prestation en premier et qu'elle n'a pas fait exécuté les travaux de ventilation et d'installation du séparateur de graisse, ni n'a payé de tels travaux ; l'appelante précise à ce propos que si le créancier doit fournir sa prestation en premier et qu'il ne le fait pas, il suffit pour le débiteur de se référer à cette circonstance pour contester l'exigibilité de sa propre prestation. A titre subsidiaire, l'appelante soutient que les prestations de l'intimée « exécution des travaux de ventilation de la cuisine et du séparateur de graisses » et « paiement de ceux-ci » et la prestation en remboursement des montants y relatifs de l'appelante sont « à tout le moins des prestations réciproques d'un seul et même contrat synallagmatique promises l'une en échange de l'autre, soit celles qui dépendent l'une de l'autre pour leur naissance et leur exécution ». A titre plus subsidiaire, l'appelante argue que l'art. 82 CO devrait être appliqué par analogie si l'on estimait que l'on était en présence d'un contrat bilatéral imparfait.

b) L'exceptio non adimpleti contractus (art. 82 CO), qu'il appartient au débiteur d'invoquer, permet à celui-ci de refuser d'exécuter sa propre prestation jusqu'à ce que de son côté le créancier ait exécuté ou offert d'exécuter la sienne. L'admission de cette exception présuppose notamment que les prestations réciproques soient dues en vertu d'un seul et même contrat bilatéral parfait. Par ailleurs, le débiteur ne peut pas invoquer cette exception s'il conteste l'existence même de son obligation. L'exception est également sans portée si les prestations réciproques sont

de même nature, puisqu'elles s'éteignent par compensation. Les prestations doivent être toutes deux exigibles, sinon leur exécution ne pourrait pas avoir lieu donnant donnant. Enfin, le créancier ne doit pas avoir exécuté ou offert d'exécuter sa prestation (Hohl, in Commentaire romand, Bâle 2003, nn. 3 ss ad art. 82 CO).

c) En l'espèce, les travaux de ventilation et d'installation du séparateur de graisse ont été réalisés et payés (cf. supra c. 3 et 4), de sorte que les griefs soulevés en lien avec l'exigibilité des créances y relatives tombent à faux. Il en va de même de l'argumentation de l'appelante, selon laquelle elle pourrait se prévaloir de l'art. 82 CO pour refuser d'exécuter sa prestation, au motif que l'intimée n'aurait pas fait réaliser les travaux annoncés, ni ne les aurait payés, alors que les deux prestations découleraient d'un seul et même contrat synallagmatique. Au surplus, on rappellera que l'engagement pris par l'intimée d'informer l'appelante est indépendant de l'engagement pris par celle-ci d'assumer le coût des travaux convenus (cf. supra c. 7c), de sorte que l'appelante ne saurait exciper valablement de la non-exécution par l'intimée de son obligation d'information.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

8. En conclusion, l'appel doit être partiellement admis, le jugement annulé et la cause renvoyée au tribunal pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'appelante n'obtenant que partiellement gain de cause, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'586 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de chacune des parties par moitié. Partant, l'appelante aura droit à la restitution partielle de son avance de frais, par 793 francs.

Le sort du litige au fond restant ouvert, les dépens de deuxième instance seront par ailleurs compensés.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est partiellement admis.
- II.** Le jugement est annulé et la cause renvoyée au Tribunal des baux pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III.** Les frais judiciaires, arrêtés à 1'586 fr. (mille cinq cent huitante-six francs), sont mis à la charge de l'appelante par 793 fr. (sept cent nonante-trois francs) et de l'intimée par 793 fr. (sept cent nonante-trois francs).
- IV.** L'intimée I. _____ versera à l'appelante A. _____ SA la somme de 793 fr. (sept cent nonante-trois francs) à titre de restitution partielle d'avance de frais de deuxième instance.
- V.** Les dépens de deuxième instance sont compensés.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Philippe Richard (pour A. _____ SA)
- M. Pascal Stouder (pour I. _____)

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Tribunal des baux

Le greffier :