

R.G : 14/01518

COUR D'APPEL DE ROUEN
CHAMBRE CIVILE ET COMMERCIALE

ARRET DU 22 OCTOBRE 2015

DÉCISION DÉFÉRÉE :

13/01669

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE ROUEN du 27 Février 2014

APPELANTE :

1. **Société ZAPA venant aux droits de la SASU CHOMARAT FASHION
CONCEPT**

18 Boulevard Montmartre

75009 PARIS

représentée par Me Caroline SCOLAN, avocat au barreau de ROUEN, postulant
assistée de Me Anne RENEVIER, avocat au barreau de PARIS, plaidant

INTIMEE :

1. **SAS A.F.INVESTISSEMENTS (A.F.I) La S.A.S A.F.INVESTISSEMENTS
(A.F.I) prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité
audit siège.**

177 Boulevard de l'Yser

76000 ROUEN

représentée et assistée de Me Jean-Pierre MARCILLE de la SELARL J.P MARCILLE,
avocat au barreau de ROUEN

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 786 du Code de procédure civile, l'affaire a été
plaidée et débattue à l'audience du 10 Septembre 2015 sans opposition des avocats devant
Monsieur FARINA, Président, en présence de Madame BERTOUX, Conseiller,

Le magistrat rapporteur a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour composée
de :

Monsieur FARINA, Président

Madame AUBLIN-MICHEL, Conseiller

Madame BERTOUX, Conseiller

GREFFIER LORS DES DEBATS :

Mme LAKE, Greffier

DEBATS :

A l'audience publique du 10 septembre 2015, où l'affaire a été mise en délibéré au 22 octobre 2015

ARRET :

CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement le 22 Octobre 2015, par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile,

signé par Monsieur FARINA, Président et par Mme LAKE, Greffier.

*

* *

EXPOSE DU LITIGE

Le 21 novembre 2001, M. et Mme François Hanot aux droits desquels se trouve aujourd'hui la société AF Investissements ont consenti à la société Chattawak Distribution aux droits de laquelle se trouvait alors la société Chomarat Fashion Concept le renouvellement du bail d'un *'local commercial situé au rez-de-chaussée d'un immeuble 20-22 rue Ganterie à Rouen, angle de la rue de l'Ecole avec réserve au sous-sol'*, dans lequel est exploité un fonds de commerce de prêt-à-porter féminin sous l'enseigne Chattawak.

Ce bail commercial renouvelé était consenti pour une durée entière de neuf ans, à compter du 01er juillet 2001 pour se terminer le 30 juin 2010, et pour un loyer initial hors taxes de 100.000 fr., soit 15.275 € révisables tous les trois ans.

Le 24 décembre 2009, M. et Mme Hanot ont fait délivrer à la société Chattawak Distribution un congé pour le 30 juin 2010 avec refus de renouvellement du bail et offre de payer l'indemnité d'éviction prévue à l'article L.145-14 du code de commerce.

Le 30 mars 2010, la société Chomarat Fashion Concept a informé M. et Mme Hanot de la fusion absorption du 31 mars 2010 en conséquence de laquelle elle venait aux droits de la société Chattawak Distribution et devenait donc titulaire du bail commercial.

Suivant acte de Me Alzay, notaire à Rouen, la société Af Investissements créée le 6 juillet 2010, a acquis l'ensemble immobilier sis 20 et 22 rue Ganterie à Rouen, venant ainsi aux droits de M. et Mme Hanot.

Le 09 août 2010, le cabinet Mahieux et Hue a informé la société Chomarat Fashion Concept de la vente de l'immeuble et lui a adressé la facture d'indemnité d'occupation du mois d'août.

Par ordonnance de référé du 24 février 2011, le président du tribunal de grande instance de Rouen a fait droit à la demande d'expertise sollicitée par la société Af Investissements, désigné pour y procéder M. François Hauguel, et débouté la société Chomarat Fashion

Concept de sa demande d'abattement concernant l'indemnité d'occupation.

Le rapport d'expertise a été déposé le 12 avril 2012.

Par lettre du 15 octobre 2012, la société Af Investissements a offert de régler une indemnité principale et accessoire d'un montant de 275.000 € et demandé que la société Chomarat Fashion Concept libère les lieux.

Par acte extra-judiciaire du 08 avril 2013, la société Af Investissements a fait assigner la société Chomarat Fashion Concept devant le tribunal de grande instance de ROUEN en homologation du rapport d'expertise, en donné acte de sa réitération de son offre réelle de payer à la société Chomarat Fashion Concept la somme de 275.000 € et en paiement notamment de la somme de 32.750 € l'an, soit 2.729,16 € par mois, hors taxes et hors charges, à titre d'indemnité d'occupation, et ce à compter du 01er juillet 2010 jusqu'à libération effective des lieux.

Par jugement réputé contradictoire en date du 27 février 2014, le tribunal de grande instance a :

'- homologué le rapport d'expertise, fixé l'indemnité principale d'éviction à la somme de 250.000 € et l'indemnité accessoire de emploi à celle de 25.000 €,

- débouté la société Af Investissements de sa demande tendant à voir déclarer satisfaisante son offre de régler la somme de 275.000 € au titre de l'indemnité d'éviction,

- homologué le rapport d'expertise de M. Hauguel en ce qu'il a fixé l'indemnité d'occupation hors taxes et hors charges à la somme de 32.750 € l'an,

- condamné la société Chomarat Fashion Concept à payer à la société Af Investissements la somme de 32.750 € l'an, soit 2.729,16 € par mois, hors taxes et hors charges, à compter du 01er juillet 2010 jusqu'à la libération effective des lieux, déduction faite des sommes qui auront été versées à la date du jugement,

- dit n'y avoir lieu de pratiquer un abattement pour précarité sur cette indemnité d'occupation,

- débouté la société Af Investissements de sa demande de dommages et intérêts,

- débouté la société Af Investissements de sa demande tendant à voir ordonner la compensation des créances et dettes respectives des parties,

- donné acte à la société Af Investissements de ses réserves sur toutes demandes réparatrices et/ou indemnitaires concernant la cave de l'immeuble lors de la sortie,

- ordonné l'exécution provisoire,

- condamné la société Chomarat Fashion Concept aux dépens qui comprendront les frais de la procédure de référé et d'expertise.'

Par déclaration au greffe du 27 mars 2014, la SASU Chomarat Fashion Concept a interjeté appel de ce jugement.

Pour l'exposé des moyens des parties, il est expressément renvoyé aux conclusions du 23 janvier 2015 pour l'appelante, et du 13 février 2015 pour l'intimée.

La société Zapa, SAS, venant aux droits de la SASU Chomarat Fashion Concept demande à la cour de :

- recevoir la société Zapa venant aux droits de la SASU Chomarat Fashion Concept en son appel et la dire bien fondée,
- révoquer l'ordonnance de clôture et déclarer recevables les présentes conclusions et les pièces communiquées par bordereaux du 23 janvier 2015,
- en tout état, infirmer le jugement,
- fixer l'indemnité d'éviction due à la société Zapa à la somme de 407.456 €,
- fixer l'indemnité de emploi à la somme de 40.746 €,
- dire que la société Zapa a droit à une indemnité pour trouble commercial;
- fixer l'indemnité pour trouble commercial à la somme de 16.186 €,
- dire que la société Zapa a droit à une indemnité pour frais de déménagement,
- fixer l'indemnité de déménagement à la somme de 37.500 €,
- condamner la société Af Investissements à prendre en charge le coût des licenciements des salariés,
- surseoir à statuer sur le montant des indemnités de licenciements,
- fixer l'indemnité d'occupation due par la société Zapa à compter du 30 juin 2010 à la somme de 23.700 € HT/HC/annuel,
- confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société Af Investissement de sa demande de dommages et intérêts,
- confirmer le jugement en ce qu'il a donné acte à la société Af Investissement de ses réserves sur toutes demandes réparatrices et/ou indemnitaires concernant la cave de l'immeuble,
- condamner la société Af Investissements à payer à la société Zapa la somme de 5.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, entiers dépens en sus en ce compris les frais d'expertise.

La société Af Investissements, formant appel incident, demande à la cour de:

- préalablement rabattre l'ordonnance de clôture du 18 décembre 2014, et déclarer recevables les présentes conclusions,
 - déclarer irrecevable pour défaut de qualité à agir l'appel de la Sté Zapa et l'en débouter,
 - confirmer le jugement en ce qu'il a :
 - homologué le rapport d'expertise de M. Hauguel, et fixé à :
- * 275.000 € l'indemnité d'éviction (principale et accessoire) dû au preneur,

*32.750 € ht et hc/an, à compter du 30 juin 2010, l'indemnité d'occupation due sans abattement de précarité par le preneur et condamner l'appelante au paiement de celle-ci 'en deniers ou quittances' jusqu'à la libération des lieux

- donné acte de ses réserves, notamment sur l'état de la cave,
- alloué une indemnité de 1.500 € et condamné aux dépens,
- réformer pour le surplus, faire droit à son appel incident et lui donner acte de ce qu'elle réitère son offre réelle de payer au preneur la somme de 275.000 €, et déclarer cette offre satisfaisante,
- condamner la Sté Zapa à lui payer la somme de 50.000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi, avec intérêts au taux légal, et capitalisation à compter de l'assignation;
- ordonner, en tant que de besoin, la compensation des créances et dettes respectives des parties;
- condamner la société Zapa à lui payer la somme de 8.500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, entiers dépens d'instance et d'appel en sus, en ce compris de congé, de constats, de référé, d'expertise et d'offre réelle.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 23 juillet 2015.

SUR CE

- sur les demandes de rabat de l'ordonnance de clôture

L'ordonnance de clôture ayant été prononcée le 23 juillet 2015, les demandes de rabat de l'ordonnance de clôture du 18 décembre 2014 sont par conséquent sans objet.

- sur la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir de la Sté Chomarat Fashion Concept

La société Af Investissements soulève la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir de la société Chomarat Fashion Concept qui allègue qu'elle aurait fait l'objet d'une fusion-absorption, alors qu'il résulte d'un extrait k bis qu'elle aurait au contraire cédé son fonds de commerce à la société Zapa à effet au 31 juillet 2014 et serait radiée du RCS depuis le 19 septembre 2014.

Elle explique, pour l'essentiel, que la publicité légale au Bodacc ne fait pas référence à une fusion mais bien exclusivement à une cession de sorte qu'en l'absence de signification de l'article 1690 du code civil dont la régularisation est obligatoire et impérative l'acte est de droit inopposable au créancier; que subsidiairement, la publicité du projet de fusion prévue à l'article 255 du décret du 23 mars 1967 un mois avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération n'a pas été respectée; que l'annonce a été publiée le 16 septembre 2014 soit à une date postérieure à l'effectivité de l'acte; que de même les extraits Kbis sont datés postérieurement à l'acte de projet de fusion de sorte qu'il existe un sérieux questionnement sur la régularité de l'acte de fusion, de sa validité juridique et surtout de son opposabilité aux tiers.

La société Zapa réplique, en résumé, qu'un traité de fusion sous conditions suspensives a été régularisé entre les sociétés Chomarat Fashion Concept et la société Zapa par acte sous seing

privé du 19 juin 2014; que la fusion est devenue effective le 31 juillet 2014; qu'elle s'analyse en une transmission universelle de patrimoine de sorte que la société Zapa a repris de plein droit l'intégralité des baux commerciaux anciennement détenus par la société Chomarat Fashion Concept; que le bail dont s'agit n'a donc pas été transmis par voie de cession mais par voie de fusion; que les extraits Kbis des deux sociétés confirment la réalisation de l'opération de fusion; qu'enfin, le fonds sis 20 rue Ganterie à Rouen est bien immatriculé et apparaît en tant qu'établissement secondaire de la société Zapa; qu'elle est donc fondée à poursuivre la procédure, objet des présentes, en lieu et place de la société Chomarat Fashion Concept.

Ceci exposé,

Il ressort des extraits Kbis de la société Chomarat Fashion Concept et de la société Zapa, du 19 septembre 2014, que la société Chomarat Fashion Concept a apporté son patrimoine dans le cadre d'une fusion absorption à la société Zapa le 31 juillet 2014, que la société Chomarat Fashion Concept s'est trouvée absorbée par la société Zapa, le 19 septembre 2014, avec effet au 31 juillet 2014.

Comme l'indique, à juste titre, la société Zapa, il s'agit d'une transmission universelle de patrimoine par laquelle la société absorbante est subrogée dans l'intégralité des droits et obligations de la société absorbée, de sorte que le bail dont s'agit s'est trouvé transmis par voie de fusion et non pas par voie de cession du fonds de commerce, et ce de plein droit à compter de la date d'effet de la fusion.

Il s'en déduit que les dispositions de l'article 1690 du code civil ne sont pas applicables dans le cadre d'une fusion absorption.

Par ailleurs les mentions figurant aux extraits Kbis du 19 septembre 2014 suffisent à informer les tiers de la réalité de l'opération de fusion-absorption intervenue entre la société Chomarat Fashion Concept et la société Zapa sans qu'il soit exigé de la société Zapa qu'elle justifie de la publicité prévue à l'article 255 du décret du 23 mars 1967.

L'opération juridique de fusion de la société Chomarat Fashion Concept par la société Zapa est donc bien effective, valable et opposable à la société Af Investissements.

Au demeurant la qualité pour agir d'une personne morale ne dépend pas de la preuve qu'elle apporte de la régularisation de la publicité légale de l'acte par lequel elle vient aux droits d'une autre personne morale par l'effet d'une fusion absorption.

Dès lors, la société Zapa, société absorbante venant aux droits de la société Chomarat Fashion Concept qui s'est trouvée radiée du registre du commerce du fait de sa fusion absorption par la société Zapa, a bien qualité pour agir dans le cadre de la présente procédure au lieu et place de la société absorbée.

- sur l'irrecevabilité de l'appel de la société Zapa

Pour se prévaloir de l'irrecevabilité de l'appel de la société Zapa, La société Af Investissements reproche à la société Zapa de ne pas avoir respecté un formalisme nécessaire à la poursuite de l'instance car elle devait impérativement informer la juridiction de sa substitution dans les droits de la société absorbée dès ses premières conclusions et respecter l'article 59 du code de procédure civile.

Il est toutefois utile d'observer qu'en l'état de la procédure, il ne s'agit pas de statuer sur la recevabilité de l'appel, la cour se trouvant saisie par la déclaration d'appel formée par la

société Chomarat Fashion Concept dont la recevabilité n'a pas été contestée et contre laquelle aucune fin de non-recevoir n'a été soulevée, mais sur la recevabilité des conclusions prises par la société Zapa au cours de procédure d'appel.

Si l'article 59 du code de procédure civile impose à un défendeur, personne morale, à peine d'être déclaré, même d'office, irrecevable, en sa défense, d'indiquer sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui le représente, aucune disposition légale n'impose, si une régularisation éventuelle est nécessaire, d'en informer la juridiction dès les premières écritures, cette régularisation peut donc intervenir postérieurement dès qu'elle intervient en cours d'instance.

Dès lors, par ses conclusions régularisées le 23 janvier 2015 prises pour la société Zapa, mentionnant sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente, avec cette précision qu'elle venait aux droits de la société Chomarat Fashion Concept, la personne morale défenderesse a porté à la connaissance de la juridiction les informations exigées par l'article 59 du code de procédure civile.

Le formalisme exigé par ledit article a par conséquent été respecté, de sorte que les conclusions de la société Zapa sont recevables.

- sur la fixation du montant de l'indemnité d'éviction due à la société Zapa

La société Zapa reproche au tribunal d'avoir fait siennes les conclusions du rapport d'expertise de M. Hauguel qui a estimé que la valeur du droit au bail était sensiblement égale à la valeur du fonds de commerce et qui a refusé, malgré ses demandes réitérées, de prendre en compte pour déterminer l'indemnité principale, des coefficients appliqués tant à la valeur du droit au bail qu'au chiffre d'affaires réalisé.

La société Zapa indique, pour l'essentiel, que :

- elle prétend au paiement d'une indemnité d'éviction pour perte définitive de son fonds de commerce car contrairement aux affirmations de l'expert aucun transfert n'est possible; elle n'est pas tenue d'accepter l'offre de remplacement formulée par le bailleur et prévue par l'article L.145-18 du code de commerce, car le local proposé doit être équivalent et correspondre aux besoins et possibilités du locataire, ce qui n'est pas le cas; il ne peut donc être tiré aucune conséquence du refus de la société preneuse de se déplacer.

- l'expert a calculé l'indemnité principale selon les différentes méthodes utilisées, quatre estimations en sont résultées, il n'a cependant pas tenu compte de la situation réelle du fonds de commerce puisqu'il a minimisé le préjudice subi.

- L'expert, appliquant la méthode d'évaluation par la rentabilité, a retenu un coefficient de 3,5 aux résultats moyens réalisés faisant valoir que suivant les usages de la profession, les coefficients multiplicateurs varient entre 3 et 4 fois le montant du bénéfice; or, au regard tant de la doctrine relative à cette méthode que de la jurisprudence la mettant en oeuvre, les coefficients applicables concernant la méthode de rentabilité vont de 4 à 8; en l'espèce, et dès lors que l'enseigne 'Chattawak' est une enseigne nationale, et que la rentabilité du fonds est bonne, il convient de retenir un coefficient multiplicateur au moins égal à 7; l'indemnité principale d'éviction à laquelle elle peut légitimement prétendre est ainsi égale à 453.201 € (soit bénéfice : 64.743 € x 7, soit 7 fois sa capacité d'autofinancement moyenne des exercices 2008 à 2009 de 85.256 €)

- Selon la méthode du chiffre d'affaires, l'expert a retenu 70% du chiffre d'affaires TTC faisant référence à un manuel d'évaluation des biens ancien (2000); selon cette méthode,

d'après les usages actuels de la profession rappelés par la doctrine dans d'autres traités, la fourchette applicable à l'activité de prêt-à-porter est soit comprise entre 50 à 80 % du chiffre d'affaire annuel TTC (M.Blatter), soit entre 40 à 100% (Francis Lefebvre); par conséquent, vu l'importante notoriété de l'enseigne, l'excellente rentabilité du fonds, associées à la qualité de l'emplacement, il est justifié de faire application d'un pourcentage se situant au delà du haut de la fourchette moyenne, soit 110%; selon cette méthode d'évaluation, l'indemnité s'élève à la somme de 352.290 € (soit 330.264 x 110%).

- En considération de ces éléments, l'indemnité principale doit être déterminée suivant la moyenne arithmétique d'une part de l'estimation du fonds de commerce à partir de la méthode de rentabilité et d'autre part de l'estimation à partir de la méthode d'évaluation par le chiffre d'affaires soit $814.912 \text{ €} / 2 = 407.456 \text{ €}$.

- Sur la valeur du droit au bail suivant la méthode du différentiel, l'expert a retenu un coefficient de 9, compte tenu de l'excellent emplacement commercial des locaux, la valeur du droit au bail ressortant à la somme de 253.000 €; cette valeur est très proche de la valeur du fonds estimée par l'expert; or cette proximité n'est pas satisfaisante, puisque le bail n'est qu'un élément du fonds de commerce; la valeur locative, sur la base d'un prix moyen de 452 €/m² pondéré qui doit être retenue, est de 29.606 € (452 € x 65,50 m²); l'économie de loyer est égale à 31.309 € (soit 60.915 €, valeur locative de marché retenue par l'expert, - 29.606 €); la valeur du droit au bail doit donc être fixée à 282.000 € (31.309 € x 9).

- Sur la valeur du droit au bail suivant la méthode comparative, l'expert l'a fixée, sur la base d'une analyse des cessions réalisées au profit de deux enseignes Geox et Ikks et en a déduit que la valeur du fonds est comprise entre 200.000 € et 270.000 €; le prix de cession du droit au bail de Geox n'est pas comparable à celui auquel peut prétendre la société Zapa car sa surface pondérée est supérieure à celle de Geox; la cession est de plus ancienne car intervenue il y a cinq ans; par ailleurs le droit au bail n'est qu'un élément du fonds de commerce, et constitue la valeur plancher d'un fonds de commerce déficitaire; or l'exploitation du fonds de commerce 'Chattawak' est bénéficiaire; l'analyse réalisée par l'expert de la cession Géox fait ressortir un droit au bail dont le prix est équivalent ou légèrement supérieur à la valeur du fonds de commerce de la société Zapa, pourtant bénéficiaire, ce qui démontre que la valeur en est sous-estimée, et partant, le montant de l'indemnité d'éviction à laquelle elle a droit au titre de sa perte s'en trouve sous-estimé; l'analyse par l'expert de la cession Ikks, qui s'est faite pour un montant de 400.000 €, soit un prix correspondant à 110% de son chiffre d'affaires, pour une surface pondérée de 68 m², presque identique à celle du fonds exploité par la société Zapa, est pertinente; rien ne permet d'indiquer que le prix de cession tiendrait compte du montant relativement faible du loyer; en application de la méthode comparative, l'estimation de l'indemnité d'éviction ne peut pas être inférieure à 110% de son chiffre d'affaires annuel moyen TTC.

- la combinaison des différentes méthodes permet de fixer l'indemnité principale à la somme de 407.456 €, le droit au bail à la somme de 282.000 €;

- s'agissant des indemnités accessoires, l'expert n'a retenu que l'indemnité de remplacement pour un montant de 25.000 € ; or elle est fondée à solliciter à ce titre la somme de 40.746 € (407.456 € x 10%); elle perd son fonds de commerce, elle est donc également fondée à percevoir une indemnité à hauteur de 16.186 € sur la base des éléments comptables produits pendant l'expertise, soit 3 mois de résultat d'exploitation moyen, au titre d'un trouble commercial; en application du principe de la réparation du préjudice réellement subi, locataire évincé, elle est fondée à réclamer les coûts induits par la libération effective des lieux résultant du refus du renouvellement, sur présentation des justificatifs ; une indemnité doit donc lui être accordée pour couvrir les frais de déménagement; la cessation d'activité dans le fonds de commerce implique le licenciement économique de ses deux salariés, ce qui doit être pris en charge sur

justificatif.

La société Af Investissements souligne, en résumé, que :

- La société Chomarat reprend l'ensemble des différents moyens développés dans ses dires adressés à l'expert auxquels la société Af Investissements a répondu; l'expert retient alternativement deux hypothèses la perte ou le transfert de fonds; son travail rigoureux, précis et complet retient la solution la plus favorable à la société Chomarat Fashion Concept; il convient donc de l'entériner.

- Dès le 15 octobre 2012, elle a offert par acte extra judiciaire le règlement de l'indemnité globale retenue par l'expert, soit 250.000 € au titre de l'indemnité principale et 25.000 € au titre de l'indemnité accessoire.

Ceci exposé,

L'article L.145-14 du code de commerce dispose que : *'le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions prévues aux articles L. 145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement.*

Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre.'

* sur l'indemnité principale

Il ressort du rapport d'expertise que l'expert judiciaire a envisagé deux hypothèses pour calculer l'indemnité d'éviction, celle de la perte du fonds de commerce, celle du transfert du fonds.

Pour déterminer la valeur du fonds de commerce, en cas de perte du fonds de commerce, il l'a calculée selon les deux méthodes suivantes la méthode de la rentabilité, la méthode du chiffre d'affaires.

Ces méthodes de calcul de la valeur du fonds en cas de perte du fonds de commerce ne sont pas critiquées par la société Zapa qui discute, d'une part, le coefficient multiplicateur retenu de 3,5 applicable au résultat moyen pour les années 2008 à 2010, de 70.000 € arrondie, soit une valeur de 245.000 € suivant la méthode de la rentabilité, et d'autre part le pourcentage de 70% affecté au chiffre d'affaires moyen réalisé de 2008 à 2010 de 330.264 €, soit une valeur de 231.000 € suivant la méthode du chiffre d'affaires.

En cas de transfert du fonds de commerce, l'expert a calculé la valeur du droit au bail, selon les deux méthodes suivantes :

- la méthode du différentiel de loyer, sur la base d'une valeur locative de marché de 60.915 €, d'une valeur locative (à partir des loyers pratiqués dans le secteur) de 32.750 €, soit une économie de loyer de 28.165 € et d'un coefficient de commercialité de 9, soit une valeur de droit au bail de 253.000 €,

- et suivant la méthode comparative, selon trois cessions de fonds de commerce réalisées à proximité en 2007, 2009 et 2010, une valeur de droit au bail de 200.000 € à 270.000 €.

Les méthodes de calcul de la valeur du droit au bail ne sont pas davantage critiquées par la société Zapa qui remet en cause les montants retenus.

Selon les différentes méthodes de calcul, l'expert conclut ainsi qu'il suit :

- '- la valeur du fonds de commerce suivant la méthode de rentabilité : 245.000 €*
- la valeur du fonds de commerce suivant la méthode du chiffre d'affaires : 231.000 €*
- la valeur du droit au bail suivant la méthode du différentiel : 253.000 €*
- la valeur du droit au bail suivant la méthode comparative : 200 à 270.000 €*

INDEMNITE PRINCIPALE

En vertu de ce qui vient d'être démontré, je constate que la valeur du droit au bail est sensiblement égale à la valeur du fonds de commerce.

Je persiste à penser que le transfert est possible mais que les opportunités sont rares, qu'il y a très peu de cessions.

En conséquence, dans les 2 cas de figures la valeur de l'indemnité principale me paraît identique, seules les indemnités accessoires varieront selon l'option qui sera choisie.

Je propose de fixer cette indemnité à la somme de 250.000 €.'

Force est de constater que les moyens soulevés par la société Zapa à l'appui de ses contestations relatives à l'estimation qu'a faite l'expert de la valeur du fonds de commerce ou de la valeur du droit au bail, sont contenus dans les dires qu'elle a successivement adressés à l'expert entre le 22 juillet 2011 et le 21 mars 2012, auxquels l'expert a répondu, et plus particulièrement, sur la question du coefficient applicable concernant la méthode de la rentabilité, en prenant en compte les observations formulées en portant à 70% le pourcentage sur le chiffre d'affaires concernant la méthode du chiffre d'affaires, en portant à 9 le coefficient applicable en ce qui concerne l'estimation de la valeur du droit au bail, en écartant une référence concernant la méthode comparative.

Dès lors, en l'absence d'autres éléments venant contredire la démonstration faite par l'expert, il convient d'entériner les conclusions du rapport d'expertise en ce qu'elles ont fixé l'indemnité principale à la somme de 250.000 € et de confirmer la décision entreprise sur ce point.

* sur les indemnités accessoires

- sur les frais de emploi

Il n'est pas contesté que l'indemnité de emploi est calculée sur la base de 10% de l'indemnité principale, soit en l'espèce 25.000 € comme retenu par l'expert (250.000 € x 10%) .

Il convient de confirmer la décision entreprise en ce qu'elle a homologué le rapport d'expertise fixant l'indemnité de emploi à la somme de 25.000 €

- sur le trouble commercial

L'indemnité de trouble commercial n'est due que dans l'hypothèse du transfert du fonds

puisqu'elle est destinée à réparer le préjudice qui résulte de l'absence d'activité ou dans des conditions médiocres pendant le temps nécessaire à la réinstallation du locataire évincé.

En l'espèce, l'expert fixe l'indemnité de ce chef à la somme de 17.500 €.

La société Zapa réclame celle de 16.186 € à ce titre.

Toutefois, dans la mesure où la société Zapa soutient qu'aucun transfert de fonds n'est possible, elle ne peut donc prétendre au règlement d'une indemnité de ce chef.

- sur les frais de déménagement

Les frais de déménagement doivent être écartés s'il est établi que le locataire n'a pas l'intention de se réinstaller ou s'il ne rapporte pas la preuve d'une réinstallation.

Dans la mesure où la société Zapa soutient qu'aucun transfert de fonds n'est possible, elle ne justifie pas de sa réinstallation, ni même de son intention de se réinstaller.

Il convient de la débouter de sa demande d'indemnité de ce chef.

- sur les frais de licenciement

La société Zapa n'envisageant pas le transfert de son fonds de commerce, le bailleur se trouve tenu de rembourser au locataire évincé les indemnités dues au deux salariés et mises à sa charge en tant qu'employeur dans l'hypothèse de leur licenciement, sur justificatif.

La société Af Investissements sera par conséquent condamnée à rembourser à la société Zapa les indemnités de licenciement payées à ses deux salariés, sur justificatifs.

- sur la fixation de l'indemnité d'occupation

La société Zapa reproche à l'expert une valeur de 500 € du m² qui ne serait pas pertinente, estimant que les valeurs pertinentes font ressortir un prix de 452 €/m² pondéré et que l'indemnité d'occupation pourrait donc être égale, avant application de l'abattement pour précarité, à la somme de 29.606 €, et après abattement de précarité de 20% à 23.685 €.

Elle expose, pour l'essentiel, à cet égard que l'application d'un abattement de précarité ne peut dépendre, comme l'a indiqué l'expert, de l'impossibilité pour le preneur d'exploiter son commerce; que l'abattement a pour objet de compenser la précarité subie, de fait, par le locataire, entre la notification du congé et son départ effectif des locaux, période pendant laquelle il exerce son commerce, mais de manière précaire; que le refus de renouvellement interdit la moindre initiative du preneur pour maintenir la pérennité de son exploitation, en vue de réaliser des travaux d'aménagement dans les locaux loués, et faire évoluer son concept de commercialisation; que l'abattement de précarité s'applique à

l'indemnité d'occupation sur le fondement de l'article L.145-28 du code de commerce; que selon cet article, l'indemnité d'occupation doit être fixée 'compte tenu de tous éléments d'appréciation' ce qui implique, selon une jurisprudence constante, que la précarité découlant du refus de renouvellement soit prise en considération indépendamment des critères de fixation de la valeur locative; qu'ainsi, le preneur peut systématiquement prétendre à un abattement usuel au moins égal à 10% de l'indemnité d'occupation; qu'en raison de la durée de cette précarité (4 ans et demi) liée à celle de la procédure l'indemnité, un abattement secondaire s'y ajoute, de sorte qu'il doit être appliqué à l'indemnité d'occupation un abattement de précarité qui ne peut désormais être inférieur à 20%.

La société Af Investissements se prévaut des conclusions de l'expert. Elle fait valoir, s'agissant plus particulièrement de l'abattement de précarité, que :

- la société Zapa continue à exploiter le fonds; elle vient d'y réaliser des travaux notamment de façade avec une nouvelle marque Zapa démontrant ainsi sa tonicité commerciale exclusive de toute dépréciation éventuelle du fonds; en tout état de cause, les difficultés alléguées résulteraient non pas exclusivement du seul magasin de Rouen mais bien de la situation, des pertes comptables de la Société Chomarat, de la vente de ses magasins, etc...

Ceci exposé,

Selon l'expert, *'Au 30 juin 2010, le montant de l'indemnité d'occupation hors taxes et hors charges se calcule de la façon suivante :*

$65,50 \text{ m}^2 P \times 500 \text{ €} = 32.750 \text{ € l'an.}$

Il n'y a pas lieu de pratiquer un abattement pour précarité, l'exploitant étant en mesure d'exercer son commerce tant qu'il n'est pas évincé.'

S'agissant de l'évaluation de l'indemnité d'occupation, force est de constater que les moyens soulevés par la société Zapa à l'appui de ses contestations relatives à l'estimation de l'indemnité d'occupation qu'a faite l'expert, sont contenus dans les dires qu'elle a successivement adressés à l'expert entre le 22 juillet 2011 et le 21 mars 2012, auxquels l'expert a répondu et à la suite de quoi il a fixé l'indemnité d'occupation à la somme de 32.750 € l'an.

Dès lors, en l'absence d'autres éléments venant contredire la démonstration faite par l'expert, il convient de retenir l'indemnité d'occupation fixée par l'expert à la somme de 32.750 € l'an.

Toutefois, si effectivement la société Zapa poursuit l'exploitation de son fonds de commerce jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction, dans l'appréciation de cette valeur locative en vue de la fixation de l'indemnité d'occupation, il convient de tenir compte de la précarité de la situation du locataire évincé du fait du non renouvellement du bail, le changement d'enseigne et les travaux notamment de façade qui sont intervenus dans le cadre de la restructuration de la société, ne sont pas la preuve d'une tonicité commerciale comme l'indique à tort la société Af Investissement, étant précisé que la société Zapa n'est pas tenue d'accepter la proposition d'un local de remplacement faite par son bailleur. Il convient dans ces conditions, d'appliquer un abattement de précarité à hauteur de 10%.

En conséquence de ces éléments, l'indemnité d'occupation doit être fixée à la somme de 29.475 € l'an hors taxes et hors charges à compter du 30 juin 2010.

La décision entreprise sera réformée en ce sens.

- sur la demande de dommages et intérêts de la société Af Investissements

La société Af Investissements réitère sa demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice économique, commercial et financier important que lui cause l'attitude persistante (demande de réfaction de loyer en référé, dénaturation des composantes et montants des indemnités sollicitées dans le cadre de l'expertise, absence de réponse à l'offre de règlement immédiat de l'indemnité globale de 275.000 € et de proposition de local de remplacement). Elle explique, essentiellement, qu'elle avait fait l'acquisition de l'immeuble dans la perspective de l'ouverture prochaine et de l'exploitation d'une activité de sandwicherie; qu'elle a engagé des démarches préparatoires à cet égard; qu'elle subit donc une perte

d'exploitation aggravée par l'ouverture depuis lors d'un concept du même type à proximité.

La société Zapa réplique que le maintien dans les lieux est un droit pour le locataire évincé; qu'elle règle l'intégralité de ses loyers et charges, la société Af Investissements ne subit donc pas de préjudice financier; que le projet de relocation à un nouveau preneur dans une nouvelle activité est sans lien avec la procédure d'éviction; qu'aucun abus de droit de sa part n'est prouvé.

Comme le rappelle, à bon droit, la société Zapa, le maintien dans les lieux du locataire évincé est un droit, et ce dans l'attente du règlement de l'indemnité d'éviction, aux conditions et clauses du contrat de bail expiré.

Aucun abus de droit ne peut être reproché à la société Zapa du fait tant de la procédure de référé, que des dires qu'elle a développés au cours des opérations d'expertise, usant de son droit d'agir en justice et d'y défendre ses intérêts. De plus, le silence gardé sur l'offre de règlement immédiat de l'indemnité globale de 275.000 € et de proposition d'un local de remplacement n'est pas constitutif d'une faute, aucune obligation ne lui étant imposée à cet égard.

Si l'absence de constitution d'avocat devant les premiers juges relève de la seule responsabilité de la société Chomarat Fashion Concept, ce qui n'a pas permis la discussion, notamment sur le chiffrage des indemnités en première instance, pour autant elle n'est pas constitutive d'une faute, dans la mesure où, en tout état de cause, la société Chomarat Fashion Concept disposait du droit de faire appel et de porter à nouveau la discussion devant la cour d'appel.

En l'absence de faute démontrée de la société Zapa, il convient de débouter la société Af Investissements de sa demande de dommages et intérêts.

La décision entreprise sera confirmée sur ce point.

- sur les autres demandes

Comme l'a, à bon droit, relevé le tribunal, les conditions de la compensation n'étant pas réunies, il convient de débouter la société Af Investissements de sa demande à ce titre et de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a donné acte à la société Af Investissements de ses réserves sur toutes demandes réparatrices et/ou indemnitaires concernant la cave de l'immeuble lors de la sortie, cette disposition n'étant pas discutée.

La nature de la procédure, s'agissant d'une procédure en fixation de l'indemnité d'éviction due au locataire évincé par le bailleur qui refuse le renouvellement du bail commercial, et le fait que chacune des parties succombe partiellement dans ses demandes, justifie qu'il soit fait masse des dépens de première instance, en ce compris les frais de la procédure de référé et d'expertise, et d'appel, et supportés à concurrence des deux tiers par la société appelante et d'un tiers par la société intimée.

L'équité commande d'allouer à la société Af Investissements l'indemnité de procédure indiquée ci-après au dispositif, en sus de celle allouée en premier instance, octroyée dans les motifs mais omise dans le dispositif.

PAR CES MOTIFS

La cour, par arrêt contradictoire,

Réparant l'erreur matérielle contenue dans la décision déférée,

Complète comme suit le dispositif de ladite décision :

'Condamne la Sasu Chomarat Fashion Concept à payer à la société Af Investissements la somme de 1.500 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile',

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il a précisé qu'il n'y avait pas lieu de pratiquer un abattement pour précarité,

Statuant à nouveau sur le chef infirmé,

Fixe l'indemnité d'occupation due par la société Zapa venant aux droits de la Sasu Chomarat Fashion Concept à compter du 30 juin 2010 à la somme de 29.475 € l'an,

et y ajoutant,

Déboute la société Zapa venant aux droits de la Sasu Chomarat Fashion Concept de ses demandes d'indemnités accessoires suivantes, frais de déménagement, en réparation du trouble commercial,

Condamne la société Af Investissements à rembourser les indemnités de licenciement de la société Zapa venant aux droits de la Sasu Chomarat Fashion Concept payées à ses salariés, sur justificatifs,

Condamne la société Zapa venant aux droits de la Sasu Chomarat Fashion Concept à payer à la société Af Investissements la somme de 5.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Fait masse des dépens de première instance, en ce compris les frais de la procédure de référé et d'expertise, et d'appel,

Dit qu'ils seront supportés à concurrence des deux tiers par la société appelante et d'un tiers par la société intimée, et recouverts en application de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LE PRESIDENT