

Tribunal fédéral - 4A_130/2015
Ire Cour de droit civil
Arrêt du 2 septembre 2015

Bail commercial ; transfert

Conditions à l'existence
d'un transfert de
patrimoine selon la LFus

Transfert de bail ;
consentement écrit du
bailleur et abus de droit

**Art. 263 CO ; 2 al. 1 CC ; 69,
70, 73 LFus ; 138, 139 ORC**

Pour qu'il y ait **transfert de patrimoine d'une entreprise individuelle à une société anonyme**, il faut un contrat de transfert et une inscription de ce transfert au registre du commerce, conformément à la LFus ; tel n'est pas le cas en l'espèce (c. 3).

L'**art. 263 CO** est **absolument impératif** ; pour qu'il y ait transfert de bail, il faut que le locataire ait présenté une telle demande au bailleur et que celui-ci y ait **consenti par écrit** ; il ne peut y avoir **abus de droit** à se prévaloir du défaut de forme écrite que si le bailleur avait consenti oralement ou par actes concluants ; tel n'est pas le cas en l'occurrence (c. 4).

Composition

Mmes les Juges fédérales Kiss, Présidente, Klett et Hohl.

Greffier : M. Piaget.

Participants à la procédure

1. A.,

2. B. SA,

tous les deux représentés par Me Thierry F. Ador,
recourants,

contre

C., représentée par Me Pierre Daudin,
intimée.

Objet

transfert de patrimoine entre une entreprise individuelle et une SA, transfert du bail (art. 69 ss LFus; 263 CO);

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du
canton de Genève, Chambre des baux et loyers,
du 26 janvier 2015.

Faits :

A.

A.a. Par contrat de bail du 1^{er} février 1992, C. et D., qui est désormais décédé et dont C. est la seule héritière, propriétaires, ont remis à bail à A. une surface d'environ 650 m² de la parcelle n° xxx de la commune de X., ainsi que le hangar couvert de 10 m² y adossé pour un loyer de 6'000 fr. par an. Le

terrain était destiné au dépôt de matériel de chantier et de matériaux. Le contrat a été conclu pour une durée de cinq ans, du 1^{er} janvier 1991 au 31 décembre 1995, renouvelable de cinq ans en cinq ans, sauf congé donné six mois à l'avance.

Un autre bail portant sur un hangar de 60m² au sol et de 400 m³ n'est plus litigieux.

Les deux baux auraient par la suite été harmonisés pour que leur échéance corresponde, une nouvelle échéance étant fixée au 31 décembre 1999, avec reconduction d'année en année.

A.b. A. était titulaire de l'entreprise individuelle " Entreprise A. ".

Le 6 juillet 2004, A. a constitué la société B. SA, dont le but est l'exploitation d'une entreprise active dans le domaine de la maçonnerie et tous travaux du bâtiment. Il en est l'administrateur unique avec signature individuelle. A. a apporté à la nouvelle société les actifs et passifs liés à l'exploitation de l'entreprise individuelle " Entreprise A. ". Sa création n'a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce que le 26 juillet 2010.

L'entreprise individuelle est toutefois restée inscrite au registre du commerce jusqu'au 19 septembre 2014. Si elle a abandonné à B. SA l'exploitation de l'activité dans le domaine de la maçonnerie et des travaux du bâtiment, elle a continué à faire des opérations dans le domaine de la promotion immobilière, à savoir l'achat, la vente et la transformation d'immeubles.

A.c. Depuis une date non constatée, les loyers ont été payés au débit d'un compte bancaire ouvert au nom de B. SA et, à au moins une reprise, au moyen d'un chèque tiré sur le compte de B. SA.

La bailleresse et son époux ont commandé des travaux de bâtiment, qui leur ont été facturés par B. SA. Un litige est survenu au sujet de ces factures. Les créances correspondantes ont été cédées par B. SA à A.

A.d. Le 12 avril 2013, C., pour elle-même et pour la succession de feu D., a adressé un avis de résiliation du bail à A., avec effet au 31 décembre 2013.

B.

B.a. Par courrier du 9 mai 2013, sur papier à en-tête de B. SA et signé par A., une contestation de la résiliation du bail a été adressée à la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du canton de Genève.

Après échec de la conciliation, A. et B. SA ont saisi le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève d'une requête visant à la constatation de l'inefficacité de la résiliation du bail du 12 avril 2013, subsidiairement à l'annulation de dite résiliation et plus subsidiairement à l'octroi d'une prolongation du bail de 6 ans dès le 1^{er} janvier 2016 et plus subsidiairement encore à la constatation de ce que l'échéance du bail est le 31 décembre 2015.

La bailleresse a conclu à l'irrecevabilité de la demande de A. et au rejet de celle de B. SA (faute de qualité pour agir); reconventionnellement, elle a requis la constatation de la validité du congé et l'évacuation directe de la locataire.

B.b. Le tribunal a limité la procédure à la question de la détermination de l'identité de la partie locataire (art. 125 let. a CPC).

Les demandeurs soutiennent que le locataire est B. SA, alors que la bailleresse soutient que c'est A. Par jugement du 27 février 2014, le Tribunal a rejeté la contestation de congé de B. SA (ch. 2). Il a déclaré irrecevable la demande en contestation du congé de A. (celui-ci étant considéré comme le locataire, mais n'ayant contesté le congé - et pris part à l'audience de conciliation - que comme organe de la société, et non à titre personnel) et, sur demande reconventionnelle, a condamné celui-ci, et toute personne faisant ménage commun avec lui, à évacuer immédiatement de leur personne et de leurs biens la surface et le hangar, la bailleresse étant autorisée à requérir l'exécution par la force publique dès l'entrée en force du jugement, et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 1, 3, 4 et 5).

Statuant le 26 janvier 2015 sur appels de A. et B. SA, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le rejet de l'action en contestation du congé de B. SA (ch. 2). En revanche, en raison de la violation du droit d'être entendu (vu que le tribunal avait annoncé la limitation de la procédure à la question de la détermination de l'identité du locataire et ne s'y était pas tenue), elle a annulé le premier jugement en ce qui concerne l'action en contestation de A. et l'action reconventionnelle en évacuation et ses conséquences (ch. 1, 3, 4 et 5) et renvoyé la cause au Tribunal des baux et loyers pour qu'il statue sur les questions qui ne faisaient pas l'objet de la limitation de la procédure au sens de l'art. 125 CPC.

C.

Le 2 mars 2015, A. et B. SA ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Ils ne le contestent que dans la mesure où il a confirmé le rejet de l'action en constatation de B. SA (ch. 2). Ils concluent à ce que le Tribunal fédéral dise et constate que le titulaire du contrat de bail est B. SA; subsidiairement, ils demandent son annulation et le renvoi de la cause à la cour cantonale pour instruction et décision dans le sens des considérants. Ils invoquent la violation de l'art. 263 al. 1 CO et 2 al. 2 CC (transfert du bail), de l'art. 22 LFus et 8 CC (transfert du bail de par la loi), ainsi que des art. 1 al. 2 CO et 29 al. 2 Cst. (contrat de bail tacite).

La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt. L'intimée conclut à l'irrecevabilité du recours, la décision n'étant pas finale, à l'irrecevabilité de la conclusion tendant à la constatation que le titulaire du contrat est B. SA et au fond, au rejet du recours.

Les recourants ont encore déposé des observations.

Considérant en droit :

1.

1.1. Contrairement à ce que soutient l'intimée, le recours n'est pas interjeté contre une décision incidente de renvoi à l'autorité précédente, mais contre une décision partielle au sens de l'art. 91 LTF. En effet, dès lors que seul le ch. 2 du dispositif du premier jugement, confirmé par l'arrêt attaqué, par lequel l'action en " contestation du congé " formée par B. SA, qui est en réalité une action en constatation de (sa qualité de locataire et de) ce que son bail court jusqu'au 31 décembre 2015, a été rejetée, le recours est dirigé contre une décision qui statue définitivement sur l'une des deux actions introduites (cumul d'actions subjectif) et donc met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts au sens de l'art. 91 let. b LTF.

En tant qu'il est interjeté par B. SA contre le rejet de sa propre action - en constatation (de sa qualité de locataire et) de la durée de son bail jusqu'au 31 décembre 2015 -, le recours est recevable au regard de l'art. 76 al. 1 LTF. En tant qu'il est interjeté par le consort A., le recours est en revanche irrecevable. En effet, A. et B. SA ont agi conjointement en constatation que le congé n'a pas été notifié à la société, qui est la locataire, et qu'il est donc nul, subsidiairement en prolongation du bail en faveur des deux et plus subsidiairement encore en constatation que le bail de B. SA court jusqu'au 31 décembre 2015. La cour cantonale a considéré que le titulaire du bail n'est pas B. SA, mais A. Elle a donc confirmé le rejet de l'action de B. SA et, comme la procédure avait été limitée à la détermination de l'identité de la partie locataire, soit à la qualité pour agir, elle a admis le recours de A. et renvoyé la cause à l'autorité précédente pour examen de l'action de celui-ci. Dès lors que les intérêts de B. SA et de A. sont divergents, ce dernier ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection, au sens de l'art. 76 al. 1 let. b LTF, à l'annulation de l'arrêt attaqué qui a rejeté l'action de B. SA.

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 et 45 al. 1 LTF), contre une décision rendue sur recours par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF), dans une affaire de bail (art. 72 al. 1 LTF), dont la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours en matière civile de B. SA est donc recevable au regard de ces dispositions.

1.2. La cour cantonale a considéré que la procédure de première instance a été limitée à la question de la détermination de l'identité de la partie locataire, soit à la qualité pour agir. En appel, B. SA a conclu à ce qu'il soit dit et constaté qu'" elle a la légitimation active ". La cour cantonale a confirmé le prononcé de première instance rejetant son action. Devant le Tribunal fédéral, B. SA conclut à ce qu'il soit dit et constaté que " le titulaire du contrat de bail litigieux est B. SA ". Contrairement à ce que soutient l'intimée, il ne s'agit pas là d'un chef de conclusions nouveau - qui serait irrecevable (art. 99 al. 2 LTF) -, en dépit des termes différents utilisés: en effet, matériellement, la recourante conclut toujours à ce qu'elle soit reconnue locataire et à ce que l'exception de défaut de qualité pour agir soulevée par la défenderesse soit rejetée. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

2.

Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral applique d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal (art. 105 al. 1 LTF). Il n'est pas limité par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été articulés ou, à l'inverse, rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

3.

La recourante B. SA soutient qu'elle est la locataire de la parcelle avec hangar appartenant à la bailleuse intimée. Il s'impose d'examiner tout d'abord si cette société anonyme est devenue titulaire du bail, conclu en 1992 par A., par succession universelle en vertu de la LFus.

3.1. Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus; RS 221.301), la cession du patrimoine d'une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce n'est plus soumise à l'art. 181 CO, mais aux art. 69 ss LFus (cf. art. 181 al. 4 CO).

En vertu de l'art. 69 al. 1 LFus, l'entreprise individuelle peut transférer tout ou partie de son patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. Ce transfert nécessite un contrat de transfert (art. 70 s. LFus) et une inscription de ce transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 73 al. 1 LFus). Conformément aux art. 138 et 139 ORC, l'entité juridique transférante doit joindre à sa réquisition d'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce, en particulier, le contrat de transfert (art. 138 let. a ORC) et la date de celui-ci doit être inscrite sous la rubrique de l'entité juridique transférante (art. 139 let. b ORC).

Les effets du transfert de patrimoine se produisent dès l'inscription de celui-ci au registre du commerce (art. 73 al. 2 1^{ère} phr. LFus), consistent en une succession universelle partielle (Amstutz/Mabillard, in Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, nos 411 ss ad Intro. LFus) et portent sur tous les actifs et passifs désignés dans l'inventaire accompagnant le contrat de transfert (art. 71 al. 1 let. b LFus). La question de savoir si le transfert peut englober des contrats passés avec des tiers, sans qu'une approbation de leur part ne soit nécessaire (cf. sur ce point, par exemple, Amstutz/Mabillard, op. cit., nos 239 ss ad Intro. LFus), n'a pas à être examinée en l'espèce, le recours étant infondé pour le motif qui suit.

3.2. **Il ressort des constatations de fait qu'aucun acte relevant de la LFus n'a été établi. La société demanderesse n'a pas allégué, ni produit un contrat de transfert au sens de l'art. 70 LFus, ni l'inventaire précisant les objets du patrimoine, actifs et passifs, qui sont transférés.** Le seul extrait du registre du commerce produit n'est d'ailleurs pas celui de l'entité transférante (art. 139 ORC), mais celui de la société reprenante, qui, sous la rubrique " apport en nature et reprise de biens ", indique que les actifs et passifs liés à l'exploitation de l'entreprise individuelle " Entreprise A. " selon contrat du 24 juin 2004 et bilan au 31 décembre 2003, sont apportés et repris et qu'en contrepartie 100 actions de 1'000 fr. sont remises à l'apporteur et le solde à son compte créancier.

La publication officielle de cet apport et de cette reprise de biens ne prouve donc pas un transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus, pas plus que ne le fait l'utilisation par la société de la parcelle objet du bail, qui serait nécessaire à son activité.

C'est donc sans violer l'art. 8 CC que la cour cantonale a mis l'échec de la preuve d'un transfert de patrimoine à la charge de la société demanderesse, qui en supportait le fardeau.

En tant que la recourante invoque la violation de l'art. 22 LFus, à l'appui de laquelle elle cite pêle-mêle les art. 1 al. 1, 2 let. a, 69 al. 1, 70 al. 1 s. et 73 al. 2 LFus, son grief est manifestement infondé. En effet, si la société anonyme s'était vu transférer partiellement le patrimoine de l'entreprise individuelle, dans la mesure où elle a repris l'activité dans le domaine de la maçonnerie et des travaux du bâtiment, l'entreprise individuelle conservant celle dans le domaine de la promotion immobilière - ce qui, comme on vient de le voir, n'a pas été établi -, il ne pourrait s'agir d'une fusion de sociétés au sens du chapitre 2 (art. 3 ss), dont fait partie l'art. 22 LFus.

4.

Le contrat de bail n'ayant pas passé à la société anonyme par succession universelle selon la LFus, il faut examiner encore s'il est possible d'admettre un transfert du bail conventionnel en faveur de celle-ci, conformément à l'art. 263 CO.

4.1. Aux termes de l'art. 263 CO, le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur (al. 1); le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs (al. 2); si le bailleur donne son consentement, le tiers est subrogé au locataire (al. 3); le locataire est libéré de ses obligations envers le bailleur (al. 4 1ère phr.). **Ces règles sont absolument impératives** (arrêt 4A_75/2015 du 9 juin 2015 consid. 3.1.1; David Lachat, Commentaire romand, Code des obligations I, no 10 ad art. 263 CO).

Le transfert du bail commercial est un accord tripartite: le locataire initial passe un contrat avec le locataire reprenant à l'effet d'opérer un changement de locataire; une fois que le bailleur a consenti au transfert, le locataire reprenant est subrogé aux droits du locataire initial (art. 263 al. 3 CO); il reprend l'ensemble des droits et obligations du locataire initial, c'est-à-dire prend sa place dans le contrat de bail (arrêt 4A_75/2015 ibidem). Cette substitution modifie fondamentalement le rapport contractuel initial, de sorte qu'on ne saurait concevoir qu'il intervienne à l'insu du bailleur (ATF 139 III 353 consid. 2.1.1; 125 III 226 consid. 2b p. 228).

Le consentement du bailleur suppose qu'une demande de transfert lui ait été présentée par le locataire, demande dont celui-ci doit apporter la preuve (ATF 125 III 226 consid. 2b p. 228; arrêts 4A_87/2013 du 22 janvier 2014 consid. 2.1 publié in SJ 2014 I p. 384; 4A_352/2012 du 21 novembre 2012 consid. 3.3).

Le bailleur doit ensuite consentir au transfert; son consentement est une condition suspensive du transfert (ATF 125 III 226 consid. 2b p. 228; 4A_352/2012 précité consid. 3.3). Il convient dès lors d'interpréter le silence du bailleur (consécutif à la demande du locataire sortant) comme un refus (cf. art. 6 al. 1 CO; arrêt 4A_87/2013 déjà cité consid. 2.1). Selon la jurisprudence, le fait que le bailleur ait accepté des versements par le débit d'un compte n'appartenant pas au locataire ou dont celui-ci n'est pas le seul titulaire n'emporte pas consentement par actes concludants; en effet, le loyer ne doit pas nécessairement être payé par le locataire personnellement, ce dernier pouvant en charger un tiers, notamment par contrat (ATF 125 III 226 consid. 2c).

Pour des raisons de preuve, l'art. 263 al. 1 CO exige que ce consentement soit donné en la forme écrite. Il ne faut pas confondre l'exigence du consentement et l'exigence de la forme écrite. Il ne peut y avoir abus de droit à invoquer l'absence de forme écrite que si le consentement a été donné, oralement ou par actes concludants (art. 2 al. 2 CC; ATF 125 III 226 consid. 2b p. 228); dès lors que l'art. 263 al. 1 CO prescrit explicitement l'exigence de la forme écrite pour l'octroi du consentement, l'existence d'un abus de droit ne doit être admise qu'avec retenue (4A_352/2012 précité consid. 3.3).

Concrètement, il faut donc examiner tout d'abord si le locataire a demandé au bailleur de consentir au transfert du bail, puis, dans l'affirmative, si le bailleur y a consenti oralement ou par

actes concluants, et enfin seulement, dans l'affirmative, si le bailleur commet un abus de droit en se prévalant de l'absence de forme écrite.

4.2. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'il n'y a jamais eu de consentement écrit de la part du bailleur.

La cour cantonale a considéré qu'il n'est pas établi que le locataire ait présenté au bailleur une demande de transfert du bail et qu'il n'est pas établi non plus que le bailleur aurait donné son consentement oralement ou par actes concluants: ni le fait que la société anonyme ait payé le loyer, ni le fait que la bailleuse connaissait l'existence de la société anonyme ne suffisent pour admettre un consentement au transfert du bail par actes concluants. Enfin, la cour cantonale a relevé que la société anonyme a même cédé deux créances pour des travaux effectués sur un bien immobilier de la bailleuse à A. pour qu'il puisse les opposer en compensation avec ses dettes de loyer.

La recourante ne s'en prend pas à la constatation selon laquelle le locataire n'a pas présenté au bailleur une requête de transfert du bail, alors même qu'elle admet qu'une telle requête doit être présentée. On ne voit pas en quoi il pourrait y avoir abus de droit de la part du bailleur à invoquer l'absence d'une telle requête. L'action de la société doit donc déjà être rejetée pour ce motif.

En ce qui concerne le prétendu consentement par actes concluants, la recourante se limite à proposer l'appréciation (juridique) inverse à celle de la cour cantonale. Elle fait valoir que la bailleuse et son mari sont liés à A. depuis 20 ans, que la société B. SA a été créée par celui-ci, qu'elle a été inscrite au registre du commerce et publiée en 2004, que la société B. SA a procédé au paiement des loyers par des chèques bancaires où son nom figurait, que la bailleuse et son mari ont utilisé les services de B. SA pour la réalisation de travaux et que, depuis plus de 10 ans, les relations contractuelles passent par B. SA, dont A. n'est que le représentant. Ce faisant, elle ne se prévaut d'aucun acte de la bailleuse, d'aucun courrier que celle-ci lui aurait adressé directement et dont on pourrait déduire qu'elle l'aurait acceptée comme étant désormais sa locataire. Même s'il faut concéder à la recourante que l'entreprise individuelle n'a plus eu d'activité que dans le domaine de la promotion immobilière et donc n'a plus utilisé elle-même la parcelle objet du bail, il n'y a pas eu pour autant un transfert du bail à la société anonyme. En effet, **même si la bailleuse avait connaissance du fait que la société anonyme utilisait la parcelle et a reçu les paiements de loyers effectués par elle, le silence gardé par la bailleuse ne saurait valoir consentement tacite au transfert du bail** (cf. supra consid. 4.1).

Aucun consentement au transfert du bail n'étant prouvé, la question de l'abus de droit à se prévaloir de la forme écrite ne se pose pas. Dans son argumentation, la recourante confond d'ailleurs régulièrement ces deux questions.

5.

Comme aucun consentement tacite, par actes concluants, au transfert du bail n'a été établi (art. 263 CO), il ne peut pas non plus y avoir conclusion tacite d'un bail, comme le soutient la recourante. En effet, s'il est établi que la bailleuse n'a pas accepté de prendre la société anonyme comme locataire - ensuite d'un transfert demandé par le locataire -, elle n'a logiquement pas non plus voulu conclure un nouveau contrat de bail avec cette société.

La recourante ne saurait donc valablement reprocher à la cour cantonale de n'avoir pas motivé spécialement le rejet de son argumentation portant sur le bail tacite, dès lors que celle-ci revient à présenter, formellement sous un autre titre, la (même) question de l'acceptation tacite du transfert du bail que celle-ci a tranchée. Les griefs de violation de l'art. 29 al. 2 Cst. et de l'art. 1 al. 2 CO sont ainsi infondés.

6.

Il s'ensuit que le recours de A. doit être déclaré irrecevable et que le recours de B. SA doit être rejeté.

Les recourants ayant procédé conjointement, les frais de la procédure seront mis solidairement à leur charge (art. 66 al. 1 LTF) et ils seront condamnés solidairement à verser à l'intimée une

indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours de A. est irrecevable.

2.

Le recours de B. SA est rejeté.

3.

Les frais de la procédure, arrêtés à 2'000 fr., sont mis solidairement à la charge des recourants.

4.

Les recourants, débiteurs solidaires, verseront à l'intimée une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers.

Lausanne, le 2 septembre 2015

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

Le Greffier : Piaget