



POUVOIR JUDICIAIRE

C/26364/2014

ACJC/52/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 16 JANVIER 2017

Entre

- 1) **A** _____ **SARL**, sise _____ Genève,
- 2) **Monsieur B** _____, domicilié _____ (France),
- 3) **Monsieur C** _____, domicilié _____ (France), tous trois appelants d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 9 décembre 2015, comparant tous par Me Karin GROBET THORENS, avocate, rue Verdaine 6, case postale 3776, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle ils font élection de domicile,

et

D _____, sise _____ Genève, intimée, comparant par Me Serge PATEK, avocat, boulevard Helvétique 6, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 18.01.2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 9 décembre 2015, expédié pour notification aux parties le lendemain, le Tribunal des baux et loyers a débouté la société A_____ SARL, B_____ et C_____ des fins de leur demande en paiement, les déboutant de toutes autres conclusions et a dit que la procédure était gratuite.

En substance, les premiers juges ont retenu que la D_____ (ci-après : la bailleuse) n'avait pas démontré l'existence d'un juste motif de refus concernant la troisième demande de reprise de commerce, alors que cette preuve lui incombait. Il s'ensuivait qu'elle avait failli à ses obligations en refusant son consentement au transfert du bail. Concernant la prétention en paiement de A_____ SARL, B_____ et C_____ (ci-après : les locataires), le Tribunal a indiqué que s'agissant du prix du fonds de commerce, un tel calcul du dommage restait exceptionnel. Selon les premiers juges, les locataires n'avaient pas démontré qu'ensuite du refus du transfert, ils n'étaient plus en mesure de céder leur exploitation à un tiers. Au contraire, ils avaient de leur plein gré décidé de restituer les locaux au 30 juin 2014, alors même que la Cour de justice avait annulé le congé, et qu'ils auraient pu saisir le juge pour se plaindre du caractère injustifié du refus et pour lui demander d'autoriser le transfert. Quant aux loyers payés jusqu'à restitution des locaux, ces frais ne peuvent être réclamés dans la mesure où les locataires avaient continué à exploiter leur établissement durant cette période, bien qu'à des horaires réduits.

- B.**
- a.** Par acte adressé le 26 janvier 2016 à la Cour de justice, A_____ SARL, B_____ et C_____ forment appel contre ce jugement. Ils concluent, principalement, à l'annulation du jugement ainsi qu'à la condamnation de la bailleuse au paiement de la somme de 210'779 fr. avec intérêts à 5% depuis le 1^{er} août 2012. Ils concluent, subsidiairement, à la condamnation de la bailleuse au paiement de la somme de 190'638 fr. avec intérêts à 5% depuis le 1^{er} janvier 2014, et, plus subsidiairement, au paiement de la somme de 173'757 fr. 50 avec intérêts à 5% depuis le 15 mars 2012.
 - b.** Par acte déposé le 29 février 2016, D_____ a conclu, principalement, à la confirmation du jugement rendu par le Tribunal ainsi qu'au déboutement des locataires de toutes leurs conclusions.
 - c.** Par acte adressé le 20 avril 2016 à la Cour de justice, la bailleuse a répliqué en reprenant l'intégralité des conclusions formulées dans son appel du 28 janvier 2016.
 - d.** Par courrier du 17 mai 2016, les locataires ont intégralement persisté dans leurs conclusions.

e. Par courrier du 17 mai 2016, les parties ont été avisées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants résultent de la procédure :

a. Le 21 novembre 2002, E_____ a conclu un contrat de bail avec D_____ portant sur la location d'une arcade de 54 m² sise rue F_____ 2, à Genève, destinée à l'usage d'un restaurant de cuisine traditionnelle française.

b. Par contrat du 28 août 2006, le bail a été transféré à G_____ et H_____, avec effet à partir du 1^{er} septembre 2006.

c. Par contrat du 3 avril 2008 et par convention de remise de commerce du 7 avril 2008, ce contrat de bail a été transféré à A_____ SARL, B_____ et C_____, avec effet au 1^{er} avril 2008. Le fonds de commerce a été racheté pour un montant de 112'000 fr. Le loyer mensuel a été fixé en dernier lieu à 1'773 fr. charges comprises, dès le 1^{er} janvier 2009.

d. A compter du 8 septembre 2008, les locataires ont exploité dans l'arcade un établissement à l'enseigne « I_____ ».

Les locataires y proposaient une restauration chaude à midi. Le soir, ils privilégiaient des plats froids et des tapas en accompagnement de vins, consommés à l'heure de l'apéritif, mais offraient aussi des plats chauds, ces mets étant servis à table aux clients. En sus de l'exploitation du restaurant, les gérants assuraient un service de traiteur à domicile.

e. Par courrier des 8 et 27 octobre, 24 novembre et 9 et 15 décembre 2015, J_____, locataire depuis le 1^{er} février 2006 d'un appartement situé au 1^{er} étage, juste au-dessus de l'arcade, s'est plainte auprès des locataires de l'établissement, de la diffusion de musique à un niveau sonore tel qu'il engendrait des vibrations chez elle, des odeurs de nourriture, des bruits du personnel liés à l'exploitation du restaurant, du non-respect de la fermeture dominicale et enfin, de l'utilisation de la cuisine pour préparer des repas pour un service traiteur ainsi que de l'installation d'une terrasse devant l'arcade, non prévus par le bail.

En parallèle, les 8 et 15 décembre 2008, J_____ s'est plainte des nuisances susmentionnées auprès de K_____, régie en charge des locaux (ci-après : la régie).

f. Par courrier du 19 décembre 2008, la régie a mis en demeure les locataires de respecter les dispositions du bail relatives à l'usage des locaux et aux heures d'ouverture, sous menace de résiliation du bail.

g. Sans réponse des locataires, le bail a été résilié par avis du 22 janvier 2009 pour le 31 mars 2009, pour les motifs invoqués dans le courrier du 19 décembre 2008.

Les locataires ont contesté la résiliation par-devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. Par jugement du 24 septembre 2012, le Tribunal des baux et loyers a déclaré inefficace le congé, jugement confirmé par arrêt de la Cour de justice du 18 mars 2013. En substance, il a été retenu que seule J_____ s'était plainte de nuisances, à l'exclusion de tout autre voisin. De plus, les locataires, à la suite de la mise en demeure de la régie, avaient donné des instructions à leurs employés pour réduire les nuisances sonores au minimum le soir et le matin. Les enquêtes n'avaient pas permis de démontrer que les horaires d'ouverture n'étaient pas respectés et que l'exploitation n'était pas conforme au bail puisque sur le plan factuel, il convenait de rappeler que les locataires avaient principalement exploité leur établissement comme restaurant, servant des repas cuisinés à midi et le soir. A titre accessoire, il était établi qu'ils avaient aussi développé, en début de soirée, un concept de bar à vins, axé sur des charcuteries et « tapas » accompagnant des vins, servis néanmoins à table. Cette activité n'étant pas essentiellement différente d'une cuisine traditionnelle, on ne pouvait pas l'assimiler à une entorse aux règles contractuelles, ce d'autant moins que la bailleuse avait antérieurement toléré des précédents locataires une restauration italienne, puis une crêperie avec les mêmes clauses de bail.

h. En cours de procédure, le Service de l'environnement des entreprises a rendu une décision le 15 novembre 2011 ordonnant aux locataires de procéder à l'assainissement phonique de l'établissement afin que ce dernier ne soit plus une source de gêne sonore pour le voisinage.

i. Le 23 février 2012, toujours en cours de procédure en contestation de congé, les locataires ont proposé à la bailleuse le transfert du bail à L_____, dans le but d'y exploiter principalement un tea-room à partir du 15 mars 2012. La convention de remise de commerce y relative prévoyait un prix de vente du fonds de commerce de 125'000 fr.

Par courrier de son conseil du 6 août 2012, la bailleuse a refusé le transfert de bail au motif que le contrat de bail avait été résilié.

Par courrier du 14 septembre 2012, la bailleuse a confirmé qu'elle ne souhaitait pas entrer en matière sur une quelconque reprise de l'arcade.

L_____ ne s'est pas acquittée de l'avance promise et s'est désistée.

j. Parallèlement, les locataires ont proposé à la bailleuse le transfert du bail à M_____ et N_____, en vue de l'exploitation d'un bar à sushis à partir du 1^{er} août 2012. Le prix de vente du fonds de commerce était fixé à 170'000 fr. et une convention de remise de commerce a été conclue entre les parties le 22 juin 2012.

La bailleuse a refusé cette proposition de transfert de bail par courrier de son conseil du 6 août 2012, au motif que le contrat de bail avait été résilié. Compte

tenu des problèmes rencontrés avec les locataires, la bailleuse entendait par ailleurs consacrer les locaux à une autre activité que celle d'un restaurant, quel qu'il soit.

Par courrier de leur conseil du 9 août 2012, les locataires ont souhaité connaître le type d'affectation future souhaitée par la bailleuse, afin qu'ils puissent lui proposer un tiers qui convienne et ainsi transférer le bail. Par courrier de son conseil du 9 août 2012, la bailleuse a indiqué qu'elle entendait poursuivre et achever la procédure pendante devant les juridictions des baux et loyers, puis selon l'issue de celle-ci, définir le sort et la destination des locaux.

k. Le 31 mai 2013, les locataires ont réduit les horaires d'exploitation du restaurant, se limitant à des ouvertures en soirée.

l. Dans le courant du mois de novembre 2013, soit après la notification de l'arrêt de la Cour de justice confirmant l'inefficacité du congé, les locataires ont fait une troisième proposition de transfert de bail à O_____, P_____ et la société Q_____, pour l'exploitation d'un restaurant italien. Les repreneurs sollicitaient l'élargissement des horaires d'ouverture jusqu'à 23 heures. Le prix de vente du fonds de commerce était fixé à 180'000 fr.

La bailleuse a refusé le transfert par courrier du 27 novembre 2013, au motif que les repreneurs voulaient étendre les heures d'ouverture, alors que le contrat prévoyait expressément une fermeture à 22 heures, que le prix de vente fixé à 180'000 fr. était considéré comme susceptible de compromettre la solvabilité des repreneurs dans la mesure où ceux-ci ne pourraient reprendre la clientèle du bar à vin alors sis dans les locaux litigieux, et que la solvabilité de la société repreneuse ne pouvait pas être appréciée, cette dernière étant en cours de création.

Malgré la proposition des repreneurs d'ajouter un garant au bail, percevant un salaire mensuel de 5'600 fr., et d'accepter les horaires d'exploitation prévus par le contrat de bail, la bailleuse, par courrier du 6 décembre 2013, a maintenu son refus au transfert au motif que le prix de vente du fonds de commerce fixé à 180'000 fr. était manifestement toujours susceptible de compromettre la solvabilité des repreneurs et que le revenu du garant ne permettait pas de pallier le manque de solvabilité invoquée dans ses lignes du 27 novembre 2013.

Par courrier du 23 janvier 2014, les locataires ont informé la bailleuse que le prix de vente du fonds de commerce avait été baissé à 110'000 fr.

Après plusieurs échanges entre les conseils des parties, lors desquels le conseil des locataires a proposé à la bailleuse de fixer elle-même un prix de remise de commerce qui selon elle ne risquerait pas de compromettre la solvabilité des repreneurs, la bailleuse a estimé qu'un prix de vente, même réduit, serait susceptible de compromettre la solvabilité des repreneurs, au motif que

l'établissement était fermé depuis plusieurs semaines et n'avait donc plus aucune clientèle. De surcroît, la solvabilité de la société Q_____, dans la mesure où elle était en cours de création, ne pouvait être appréciée. Enfin, les revenus des associés et du garant ne se situaient pas à un niveau tel qu'ils auraient échappé à une procédure de saisie.

m. En date du 4 juillet 2014, à la suite de conflits avec la régie dus à de nouvelles plaintes de J_____, le conseil des locataires a proposé à la bailleuse de restituer les locaux pour le 31 juillet 2014, en lieu et place du 31 décembre 2017, en échange de la renonciation au loyer du mois de juillet 2014.

La bailleuse a accepté cette proposition par courrier du 18 juillet 2014 et les locaux ont été restitués le 31 juillet 2014.

n. Par requête déposée le 18 décembre 2014 par-devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, déclarée non conciliée lors de l'audience de conciliation du 17 février 2015 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 5 mars 2015, les locataires ont conclu à ce que le Tribunal constate l'illicéité du/des refus du transfert de bail, condamne la bailleuse à leur verser la somme de 210'779 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} août 2012 et déboute la bailleuse de toutes autres ou contraires conclusions.

A l'appui de leurs conclusions, les locataires ont notamment allégué qu'ils avaient tout entrepris pour tenter de trouver un arrangement pour remettre l'arcade à un tiers, vu les relations conflictuelles des parties. La bailleuse avait refusé les transferts du bail sans aucune raison valable et de manière illicite. Ils avaient de plus appris récemment que l'arcade avait finalement été reprise par L_____, première personne proposée pour le transfert du bail. Ils avaient subi un important dommage dû aux refus illicites et successifs de la bailleuse de tout transfert de bail, chiffré à :

1) 210'779 fr., à savoir le montant du prix de vente du fonds de commerce si le transfert avait été effectué ainsi que les loyers dont les locataires avaient été obligés de s'acquitter depuis le moment où la reprise aurait pu être effectuée, soit 170'000 fr. + (1'773 fr. x 23 mois) - du 1^{er} août 2012 au 30 juin 2014 -, subsidiairement à

2) 190'638 fr., soit 180'000 fr. + (1'773 fr. x 6 mois) - du 1^{er} janvier au 30 juin 2014 -, plus subsidiairement à

3) 173'757 fr. 50, soit 125'000 fr. + (1'773 fr. x 27.5 mois) - du 15 mars 2012 au 30 juin 2014).

o. Par mémoire réponse du 24 avril 2015, la bailleuse a conclu au déboutement des locataires.

Selon elle, les deux premières demandes de transfert de bail étaient sans objet et les refus opposés par la bailleuse en aucun cas illicites, dans la mesure où les locataires n'étaient à l'époque plus au bénéfice d'un contrat de bail, celui-ci ayant été résilié par un congé extraordinaire. A tout le moins, la bailleuse disposait de justes motifs pour opposer un refus à ces deux demandes, puisque ni L_____, ni M_____ et N_____, n'entendaient utiliser les locaux conformément à l'affectation prévue dans le bail, à savoir l'exploitation d'un restaurant de cuisine traditionnelle française, mais en tant que tea-room, respectivement bar à sushis. De toute manière, L_____ ne s'était pas acquittée de l'avance sur le prix de vente du fonds de commerce et n'avait dès lors pas respecté la convention de remise de commerce de sorte que ce premier transfert aurait immanquablement échoué. S'agissant enfin de la troisième demande de transfert de bail, intervenue cette fois après que la Cour de justice avait déclaré le congé inefficace, la solvabilité des repreneurs était insuffisante et ce simple élément était à lui seul un premier juste motif objectif de refus de la demande de transfert. En outre, le montant de 110'000 fr. que sollicitaient les locataires pour la remise de leur fonds de commerce était excessif, l'établissement ayant fermé ses portes avant même le dépôt de la demande de transfert, et susceptible de compromettre la solvabilité des repreneurs. De surcroît, les repreneurs projetaient d'ouvrir un restaurant italien, en contradiction absolue avec la destination des locaux prévue par le contrat de bail. Partant, la bailleuse disposait de trois justes motifs pour refuser également la troisième demande de transfert de bail. Quant au prétendu dommage subi, les locataires étaient restés titulaires de leur entreprise qui avait conservé toute sa valeur. Enfin, les loyers dont ils s'étaient acquittés à la suite des refus de la bailleuse ne sauraient en faire partie, les locataires ayant d'ailleurs de leur plein gré cessé leur activité de bar à vin.

p. Par réplique du 13 mai 2015 et duplique du 3 juin 2015, les parties ont persisté intégralement dans les termes et conclusions de leurs précédentes écritures.

q. Lors de l'audience du 17 juin 2015, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

Le conseil des locataires a déclaré que L_____ s'était à l'époque désistée, car elle n'obtenait pas de réponse et que les affaires traînaient.

C_____ a confirmé avoir restitué les locaux le 31 juillet 2014. Il avait cessé d'exploiter à midi en avril ou mai 2014 et avaient continué l'exploitation du soir jusqu'à fin juin 2014. Il avait restitué les locaux malgré l'inefficacité du congé car il en avait assez d'être sans cesse remis en question par la régie en raison notamment de nombreuses plaintes d'une des voisines. Lors de la restitution des locaux, il avait pu récupérer tout le mobilier mais avait fait de nombreux travaux de rénovation. Il exploitait un autre établissement depuis 2006.

R_____, représentante de la régie, a précisé que l'exploitation actuelle des locaux consistait en un « Barber shop ».

r. Les 8 et 27 octobre 2015, le Tribunal a entendu différents témoins, dont il ressort des déclarations les éléments pertinents suivants :

O_____ a confirmé avoir fait une offre à l'époque avec son associé, P_____, pour acheter le restaurant « I_____ ». Tout était prêt pour la signature, mais la régie avait refusé. Son associé et lui disposaient de l'intégralité du montant pour le rachat car ils y avaient investi leur deuxième pilier. La société Q_____ était alors en cours de constitution et n'avait pas encore accompli un exercice comptable. Elle était active à ce jour. Un dénommé S_____ s'était porté garant. Ni son associé, ni le garant, ni la société Q_____ ne connaissaient à l'époque de problèmes financiers. Il n'avait connu aucune difficulté pour racheter un autre restaurant suite au refus de la régie. Dans les locaux litigieux, ils envisageaient d'exploiter un bar à vin et de vendre des produits italiens et proposer de la restauration italienne. A l'époque, l'arcade était plus ou moins exploitée.

T_____, directeur d'une société spécialisée dans la remise d'entreprises et de commerces, a déclaré que sa société avait préparé le contrat de remise de commerce à O_____ et P_____ ainsi que les dossiers soumis à la propriétaire et à la régie. Il n'avait pas relevé de problèmes particuliers par rapport aux repreneurs. P_____ était domicilié en France. Quant à la société Q_____, elle était en cours de constitution, comme cela était souvent le cas dans le cadre d'une première reprise. Le dossier soumis à la régie avait été refusé pour deux motifs selon ses souvenirs, à savoir l'absence de solvabilité des repreneurs et la demande d'extension des horaires. Avec son associé, ils étaient alors revenus vers la régie avec un garant et l'acceptation des horaires proposés. La régie avait persisté à dire que les repreneurs n'étaient pas solvables. Lors de la constitution du dossier, le commerce n'était pas à l'abandon mais il ne se souvenait pas s'il était encore exploité ou non.

s. Lors de l'audience du 27 octobre 2015, les parties ont plaidé et la cause a été gardée à juger.

- D. L'argumentation juridique des parties sera examinée dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

La valeur litigieuse est déterminée par les dernières conclusions de première instance (art. 91 al. 1 CPC; JEANDIN, Code de procédure civile commentée, Bâle, 2011, n. 13 ad art. 308 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 4A_594/2012 du 28 février 2013).

En l'espèce, la valeur litigieuse est de 210'779 fr., avec intérêts à 5% de l'an dès le 1^{er} août 2012. Elle est donc supérieure aux 10'000 fr. prévus à l'art. 308 al. 2 CPC pour que la voie de l'appel soit ouverte.

1.2 Le jugement querellé a été rendu en procédure ordinaire par le Tribunal au sens de l'art. 243 al. 1 et al. 2 let. c CPC. C'est donc une décision finale de première instance au sens de l'art. 308 al. 1 CPC.

1.3 L'appel, la réponse y relative, la réplique et la duplique ont été interjetés dans les délais et suivants les formes prescrits par la loi (art. 130, 131, 311 et 312 CPC), de sorte qu'ils sont recevables.

1.4 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, Procédure civile suisse, les grands thèmes pour les praticiens. Neuchâtel 2010, p. 349 ss, n. 121).

2. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir violé l'art. 263 CO, en considérant les motifs avancés par la bailleresse pour s'opposer au premier et au second transfert sollicités comme licites, et l'art. 97 CO, en refusant d'allouer des dommages-intérêts aux locataires.

2.1. Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur. Le bailleur ne peut refuser son consentement que pour de justes motifs (art. 263 al. 1 et 2 CO). Lorsque les conditions légales sont remplies, le bailleur ne peut pas s'opposer au transfert du bail commercial. L'article 263 CO instaure ainsi une obligation pour le bailleur de conclure un contrat avec le bénéficiaire du transfert (LACHAT, Le bail à loyer, p. 583). Cependant, toutes les circonstances objectives et subjectives qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'imposer au bailleur une relation contractuelle avec le bénéficiaire du transfert doivent être considérées comme de justes motifs : insolvabilité du bénéficiaire du transfert, prix de la remise de commerce exagéré et compromettant la solvabilité du bénéficiaire du transfert, incapacité professionnelle ou moralité douteuse du bénéficiaire, bail conclu *intuitu personae*, projet de modification importante de la destination des locaux. Ne constituent pas de justes motifs la proximité de l'échéance du bail ou le fait que celui-ci est en phase de prolongation judiciaire (LACHAT, n. 6, ad art. 263 CO).

La notion de justes motifs est plus large que celle des "inconvenients majeurs" permettant au bailleur de s'opposer à la sous-location (art. 262 al. 2 let. c CO) : les Chambres ont modifié le projet du Conseil fédéral, qui évoquait des

"inconvenients considérables" (FF 1985 I p. 1425), pour rétablir le concept de "justes motifs" (BARBEY, *Le transfert du bail commercial*, SJ 1992 p. 33 ss, not. p. 52/53 n. 38; BO CE 1988 p. 158 cité par LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, ch. 23 n. 3.3.7, note 134). Le transfert de bail a en effet pour conséquence d'imposer au bailleur un partenaire contractuel qu'il n'a pas choisi alors même que le locataire cédant sera à terme (art. 263 al. 4 CO) libéré de ses obligations envers le bailleur (JACQUEMOUD-ROSSARI, *Le transfert du bail commercial*, 8^{ème} séminaire Neuchâtel 1994, p. 12). Il y a de justes motifs dès qu'il y a un risque de détérioration de la situation du bailleur (LACHAT, op. cit., ch. 23 n. 3.3.7). Pour déterminer s'il y a justes motifs, il convient généralement de faire appel aux mêmes critères que ceux qui permettent de déterminer si un locataire de remplacement peut raisonnablement être refusé au sens de l'art. 264 CO.

Le bailleur peut notamment refuser son consentement lorsque le montant de la remise du commerce est exagéré et aurait pour conséquence de compromettre la solvabilité du bénéficiaire du transfert (ZMP 1998 n. 6, consid. 3.5.b et 7, et 7) ou si le transfert est lié à une opération de pas-de-porte abusive (WEBER, *Commentaire bâlois*, 4^{ème} éd., 2007, n. 5 ad art. 263 CO).

Selon certains auteurs, le bailleur peut également refuser son consentement si le bail est proche de son terme (BARBEY, op. cit., p. 56) ou bien s'il a déjà été résilié et prolongé judiciairement (HIGI, *Commentaire zurichois*, n. 19 art. 263 CO; GIGER, *Die Erstreckung des Mietverhältnisses*, Zurich, 1995, p. 142-143).

Pour d'autres, le fait que le bail soit proche de son terme ou qu'il ait été résilié ne constitue pas de justes motifs au sens de l'art. 263 CO. Le bénéficiaire se trouve en effet dans la même situation que le transférant et doit donc libérer les locaux à la date résultant du congé ou de la prolongation judiciaire du bail (LACHAT, op. cit., p. 587; JACQUEMOUD-ROSSARI, *Le transfert du bail commercial*, in 8^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, p. 13-14).

La question se résout de cas en cas, au regard de l'ensemble des circonstances, les motifs peuvent porter, par exemple, sur la personne du reprenant, comme sa solvabilité ou celle du bailleur, mais également sur des éléments relatifs au bail lui-même et à son affectation. Ainsi, la notion de juste motifs recouvre aussi bien des motifs objectifs ayant trait au bail que des raisons liées aux personnes (Cpra Bail-BISE/PLANAS, art. 263 n. 45; ATF 119 II 36 consid. 3d).

Le bailleur peut ainsi refuser un transfert lorsque le candidat ne dispose pas des autorisations officielles nécessaires à l'activité commerciale déployée dans les locaux, lorsque le montant du loyer est trop élevé pour qu'il puisse raisonnablement l'honorer ou que son insolvabilité est prouvée, lorsque le candidat est de moralité douteuse, lorsqu'il entend déployer une activité illicite ou immorale dans les locaux ou n'entend pas utiliser les locaux conformément à

l'affectation prévue dans le bail, etc (BOHNET/MONTINI, Droit du bail à loyer, n. 44, 50 ss ad art. 263 CO; LACHAT, op. cit., p. 586-587). Le bailleur peut demander au transférant de lui fournir les renseignements lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause. Il peut notamment exiger la production du contrat de remise de commerce. A cet égard, le bailleur ne pourra toutefois refuser son consentement que lorsque le montant de la remise de commerce est exagéré et aurait pour conséquence de compromettre la solvabilité du tiers (LACHAT, op.cit., p. 585; BOHNET/MONTINI, op. cit., n. 38 et 51 ad art. 263).

La solvabilité du candidat de remplacement, au sens de l'art. 264 CO - respectivement au sens de l'art. 263 CO par analogie (arrêt du Tribunal fédéral 4C.246/2003 du 30 janvier 2004 consid. 4) - est une notion juridique propre au contrat de bail, qui doit être déterminée en fonction des circonstances du cas d'espèce et ne peut reposer sur des principes rigides. Elle ne peut notamment être interprétée uniquement au regard du droit des poursuites (Cpra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 n. 43). Dans ce contexte, toutes les autres sources de revenus du candidat doivent être prises en considération, ceci quelle que soit leur origine. La personne qui a fait l'objet d'actes de défaut de biens n'est par définition pas solvable. Quant aux mentions dans le registre des poursuites, elles peuvent constituer un indice d'insolvabilité mais ne permettent pas d'écarter d'emblée, sans examen approfondi, un candidat. Il sied enfin de souligner que la condition de solvabilité du locataire implique non seulement le paiement de l'intégralité du loyer convenu, mais également son versement au terme légal stipulé. Du point de vue du bailleur, la ponctualité dans le versement du loyer constitue en effet un élément capital pour le choix d'un locataire, à plus forte raison d'ailleurs lorsqu'il doit se laisser imposer, indirectement en tout cas, quelqu'un qu'il n'a pas choisi (Cpra Bail-BISE/PLANAS, art. 264 n. 49) (Cahiers du bail, n. 3, septembre 2015, pp. 79 et 80).

Si le bailleur ne donne pas de réponse ou si, sans juste motif, il refuse son consentement, il appartient au locataire de saisir le juge en se plaignant du caractère injustifié du refus et pour lui demander d'autoriser le transfert et, s'il subit un préjudice, de condamner le bailleur à des dommages-intérêts découlant du préjudice né de l'annulation ou de la résolution du contrat de remise de commerce (art. 97 ss CO, ATF 125 III 229; SJ 1992, p. 57-58).

Il incombe au bailleur de prouver l'existence d'un juste motif de refus (ACJC/557/2010 du 17 mai 2010).

2.2 En l'espèce, les parties ont défini de manière exhaustive les justes motifs qui peuvent être invoqués par le bailleur dans ce cadre, et l'absence de contrat de remise de commerce n'y figure pas.

En effet, le contrat de bail relatif à la location des bureaux signé entre les parties prévoit à son art. 4 al. 4 que "*le bailleur ne peut s'opposer au transfert que pour de justes motifs au sens de l'art 263 CO. Constituent notamment des justes motifs les cas suivants :*

a) le bénéficiaire du transfert exerce un genre d'activité différent de celui du transférant et susceptible d'engendrer des nuisances accrues ou de créer une situation de concurrence directe avec un autre locataire de l'immeuble;

b) le bénéficiaire du transfert ne possède pas les capacités morales ou professionnelles nécessaires ou suffisantes à l'exploitation prévue;

c) le bénéficiaire du transfert ne possède pas les capacités financières lui permettant d'assumer les obligations découlant du [contrat de bail]

d) le montant du transfert est abusif, notamment lorsqu'il est fixé en fonction de la capitalisation de la différence existant entre le loyer du transférant et le loyer du marché pour un objet similaire ou si l'équipement ou les installations reprises le sont à un montant injustifié".

2.3 Le bailleur doit motiver son refus de consentir au transfert de bail (LACHAT, *Le bail à loyer*, p. 587).

L'art. 263 al. 1, 2, 3 et 4 1^{ère} phrase CO est de droit absolument impératif. En conséquence, une clause interdisant le transfert de bail ou le limitant au-delà des justes motifs est nulle (LACHAT, *op. cit.*, p. 591).

En cas de transfert de bail valable, le locataire reprenant prend la place du locataire précédent dans le rapport contractuel (ATF 139 III 353 consid. 2.1.1; WEBER, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. I, 5^{ème} éd. 2011, n. 6 ad art. 263 CO; HIGI, *Zürcher Kommentar*, 4^{ème} éd. 1994, n. 44 ad art. 263 CO; LACHAT, *op. cit.*, p. 588 ch. 3.4.1).

2.4 En l'occurrence, le premier transfert de bail à L_____ a échoué, de l'aveu même des appelants, du fait que la repreneuse, L_____, ne s'est pas acquittée de l'avance promise et s'est désistée. Il n'y a donc pas lieu d'entrer plus en matière sur cette première proposition de transfert, ce d'autant plus que les locataires n'ont pas établi que ce désistement serait imputable à la bailleuse.

S'agissant du deuxième transfert de bail à M_____ et N_____, il a été refusé notamment du fait que la bailleuse entendait consacrer les locaux à une autre activité que celle d'un restaurant, quel qu'il soit, compte tenu des problèmes rencontrés avec les locataires. La bailleuse avait un juste motif pour refuser ce transfert de bail dans la mesure où l'exploitation prévue d'un bar à sushis n'était pas conforme à l'affectation prévue par le bail, à savoir celle « d'un restaurant de

cuisine traditionnelle ». En effet, en règle générale, un tel établissement propose de manière continue des sushis, soit à l'emporter soit sur place. Il ne s'agit pas d'un restaurant traditionnel avec deux services, le midi et le soir. Il en résulte que toutes les nuisances qu'un restaurant est susceptible d'engendrer, tant en termes d'odeurs que de bruit et de va-et-vient, sont temporellement plus étendues. Ainsi, l'intimée pouvait refuser son consentement à la seconde demande de transfert de bail, de sorte que les appelants seront déboutés de leurs prétentions en dommages-intérêts à ce propos.

La troisième demande de transfert de bail a été refusée pour quatre motifs.

En premier lieu, la bailleuse a invoqué le fait que les repreneurs voulaient étendre les heures d'ouverture à 23 heures, alors que le contrat prévoyait expressément une fermeture à 22 heures. Par avenant du 23 janvier 2014, les repreneurs se sont toutefois engagés à respecter les horaires d'ouverture prévus dans le bail, de sorte que ce motif tombe à faux.

En deuxième lieu, la bailleuse a relevé que la solvabilité des repreneurs était insuffisante, dans la mesure où leurs revenus ne se situaient pas à des niveaux tels qu'il soit exclu qu'ils puissent être déclarés insaisissables au terme d'une procédure de saisie et dans la mesure où la solvabilité de la société Q_____ ne pouvait être appréciée puisqu'elle était encore en cours de constitution. Afin de garantir le paiement, les repreneurs ont proposé l'ajout d'un troisième repreneur, solidaire avec les deux autres acquéreurs et la société. La bailleuse a derechef refusé le transfert au motif que le troisième repreneur potentiel ne serait pas une garantie suffisante en raison de son revenu mensuel de 5'600 fr. Le loyer s'élève à 1'773 fr. charges comprises, ce qui représente près de 32 % du revenu de 5'600 fr., proposé à titre de garantie. Trois mois de retard de loyer auraient ainsi absorbé 100% du revenu mensuel du garant, ce qui ne permet effectivement pas de considérer qu'il présentait une surface financière permettant de garantir les obligations découlant du bail. La société Q_____ étant en cours de constitution, sa solvabilité ne peut être ni correctement appréciée, ni estimée, et reste incertaine. Dès lors, avec ces repreneurs, la bailleuse ne disposait objectivement pas des mêmes garanties financières qu'elle avait avec les appelants. Par conséquent, elle a refusé le transfert du bail pour de justes motifs et n'a pas violé l'art. 263 CO.

Troisièmement, la bailleuse a également reproché aux locataires le fait que le montant qu'ils sollicitaient pour la remise de leur fonds de commerce était excessif et susceptible de compromettre la solvabilité des repreneurs. Par avenant du 23 janvier 2014, le prix de vente a toutefois été diminué de 180'000 fr. à 110'000 fr. Malgré tout, la bailleuse a réitéré son refus, au motif que même abaissé à 110'000 fr. le prix de vente demeurerait excessif vu l'absence d'exploitation depuis plusieurs mois. En d'autres termes, la propriétaire a

considéré que ce prix constituait en réalité un pas-de-porte, ce qui justifiait le refus de l'accord au transfert. En outre, la solvabilité des repreneurs demeure incertaine, si bien qu'un montant de 110'000 fr. est propre à compromettre la réussite de la société Q_____, financièrement vulnérable parce qu'en cours de constitution. Ce risque est d'autant plus important que les repreneurs auraient d'emblée dû déboursier un montant considérable pour reprendre le fonds de commerce de l'établissement. Ainsi, le fait pour les repreneurs de devoir déboursier une somme importante pour la remise du fonds de commerce, alors que la viabilité du commerce n'est en rien avérée puisqu'aucune activité n'était plus déployée depuis des mois, constitue un élément supplémentaire de nature à fragiliser la stabilité financière d'une société naissante. La bailleresse se trouvait dès lors en droit de refuser le transfert du bail.

Enfin, la bailleresse a invoqué le fait que les repreneurs projetaient d'ouvrir un restaurant italien, en contradiction absolue avec la destination des locaux prévue par le contrat de bail. A ce propos, la Cour de justice, dans son arrêt du 18 mars 2013 opposant les mêmes parties, a relevé que l'activité des locataires consistant à proposer un concept de bar à vins, axé sur des charcuteries et « tapas » accompagnant des vins, servis néanmoins à table, en plus des repas cuisinés à midi et le soir, n'était pas essentiellement différente d'une cuisine traditionnelle, et ne pouvait être assimilée à une entorse aux règles contractuelles, « *ce d'autant moins que la bailleresse avait antérieurement toléré des précédents locataires une restauration italienne, puis une crêperie avec les mêmes clauses de bail* ». Partant, il ne s'agissait pas là d'un motif valable pour refuser le transfert de bail.

Par conséquent et au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que la bailleresse a refusé la troisième demande de reprise de commerce, au motif que la solvabilité des repreneurs était insuffisante. Ainsi, l'art. 263 CO n'a pas été violé.

2.5 Selon l'art. 97 al. 1 CO, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. On discerne donc quatre conditions cumulatives : une violation du contrat (sous la forme de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation), une faute, un rapport de causalité (naturelle et adéquate) et un dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.2). Dans le cas d'un refus injustifié d'un transfert de bail, le transférant peut réclamer au bailleur des dommages-intérêts dus au fait que le contrat de remise de commerce a été résolu ou annulé par le reprenant.

En l'occurrence, la bailleresse était fondée à refuser les trois demandes de reprise de commerce, de sorte qu'il n'y a pas de refus injustifié permettant de réclamer

des dommages-intérêts. Au vu de ce qui précède, les appelants seront déboutés de leurs prétentions en dommages-intérêts.

2.6 Le jugement entrepris sera dès lors confirmé.

- 3.** A teneur de l'art. 22 al. 1 LaCC, il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 26 janvier 2016 par A_____ SARL, B_____ et C_____, contre le jugement JTBL/1309/2015 rendu le 9 décembre 2015 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/26364/2014-6-OOD.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Monsieur Bertrand REICH et Monsieur Pierre STASTNY, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

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

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

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