REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14048/2020 **ACJC/315/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 15 MARS 2021

Entre

Monsieur A_____ et Madame B_____, domiciliés _____ [GE], appelants d'une ordonnance rendue par le Tribunal des baux et loyers le 22 décembre 2020, comparant par Me Enis DACI, avocat, rue Rodolphe-Toepffer 8, 1206 Genève, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

et

C_____ SA, sise c/o F_____ SA, _____ [GE], intimée, comparant par Me Cécile BERGER MEYER, avocate, route de Chêne 30, case postale 615, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16.03.2021.

EN FAIT

A. Par ordonnance JTBL/978/2020 du 22 décembre 2020, reçue le 24 décembre 2020 par A_____ et B_____, le Tribunal des baux et loyers a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée le 20 juillet 2020 par les précités à l'encontre de C_____ SA (ch. 1 du dispositif), révoqué en conséquence l'ordonnance superprovisionnelle du 21 juillet 2020 (ch. 2) débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3) et dit que la procédure était gratuite (ch. 4).

B. **a.** Par acte expédié le 4 janvier 2021 à la Cour de justice, A_____ et B_____ ont formé "recours" contre les chiffres 1 à 3 du dispositif de l'ordonnance précitée, dont ils requièrent l'annulation.

Principalement, ils concluent à ce que la Cour les autorise à titre provisoire à continuer d'exploiter l'arcade d'environ 55 m² située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis 1_____ [GE], jusqu'à droit jugé sur la procédure au fond, constate à titre provisoire qu'ils sont liés par un contrat de bail commercial tacite portant sur ladite arcade jusqu'à droit jugé sur la procédure au fond, condamne C_____ SA à leur verser 8'672 fr. 20 à titre de compensation financière pour la fermeture par huissier du local commercial en question entre le 16 et le 21 juillet 2020, soit cinq jours à raison de 1'534 fr. 44 et 1'000 fr. pour péremption de la nourriture et de la viande, interdise à C_____ SA et à tout autre tiers de procéder à la libération et au désencombrement de l'arcade, jusqu'à droit jugé sur le fond, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CPC (recte : CP) réprimant l'insoumission à une décision de l'autorité, interdise à C_____ SA de louer l'arcade jusqu'à droit jugé sur le fond, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CPC (recte : CP), leur impartisse un délai de 30 jours pour ouvrir action au fond, les dispense de fournir des sûretés en espèces et/ou sous forme de garantie bancaire d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse en faveur de C_____ SA, condamne celle-ci au défraiement de leur conseil, dise que la procédure est gratuite et déboute C_____ SA de toutes autres ou contraires conclusions.

Subsidiairement, ils concluent au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision, à la condamnation de C_____ SA au défraiement de leur conseil, à la constatation de ce que la procédure est gratuite et au déboutement de C_____ SA ainsi que de tout autre opposant de toutes autres ou contraires conclusions.

b. Par arrêt du 13 janvier 2021, la Cour a rejeté la requête de suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance attaquée formée par A_____ et B_____.

c. Dans sa réponse du 18 janvier 2021, C_____ SA conclut, avec suite de dépens, principalement, à la confirmation de l'ordonnance attaquée et, subsidiairement, à la condamnation de A_____ et B_____ à fournir en sa faveur des sûretés en

espèces et/ou sous forme de garantie bancaire d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse à hauteur de 39'645 fr. équivalant à neuf mois de paiement d'indemnités pour occupation illicite.

d. Les parties ont été informées le 2 février 2021 de ce que la cause était gardée à juger, A_____ et B_____ n'ayant pas fait usage de leur droit de répliquer.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. C_____ SA en tant que bailleresse, d'une part, et A_____ ainsi que B_____ en tant que locataires agissant conjointement et solidairement entre eux, d'autre part, ont été liés par un contrat de bail du 1er avril 2011 portant sur la location d'une arcade d'environ 55 m² au rez-de-chaussée de l'immeuble sis 1_____ à Genève, moyennant un loyer mensuel, charges de 200 fr. par mois non comprises, de 3'400 fr., porté par avenant du 11 janvier 2013 à 3'900 fr.

Dans cette arcade, A_____ et B_____ exploitent un café-restaurant à l'enseigne «G_____».

b. C_____ SA a résilié le bail pour non paiement du loyer par avis officiel du 29 novembre 2016, avec effet au 31 janvier 2017.

c. Par acte du 15 février 2017, agissant par la voie de la protection du cas clair, C_____ SA a requis du Tribunal l'évacuation de A_____ et B_____ et l'exécution directe de l'évacuation.

d. Par jugement du 5 avril 2017, le Tribunal a condamné les précités à évacuer immédiatement de leurs personnes, de tout tiers dont ils étaient responsables et de leurs biens l'arcade litigieuse et autorisé C_____ SA à requérir leur évacuation par la force publique dès l'entrée en force du jugement.

Le recours formé par A_____ et B_____ contre ce jugement a été déclaré irrecevable par arrêt de la Cour du 14 août 2017.

e. Le 4 octobre 2017, C_____ SA, représentée par REGIE D_____ SA (actuellement D_____ SA; ci-après : la régie), d'une part, et A_____ et B_____, d'autre part, ont signé une convention, dans laquelle elles sont désignées comme «la bailleresse», respectivement «les locataires», prévoyant ce qui suit :

- les locataires s'engageaient à payer les frais de procédure encourus par la bailleresse à concurrence de 12'360 fr., en deux versements de 4'000 fr. à la signature de la convention et 8'360 fr. le 13 octobre 2017;

- l'évacuation était valable, mais la bailleresse acceptait de surseoir à l'exécution de l'évacuation aux conditions suivantes :

- l'indemnité pour occupation illicite était augmentée de 300 fr. par mois du 1er octobre 2017 au 30 septembre 2018, portant ainsi le montant mensuel de ladite indemnité à 4'205 fr. par mois;

- l'indemnité pour occupation illicite était augmentée de 200 fr. supplémentaires par mois du 1er octobre 2018 au 30 septembre 2019, portant ainsi le montant mensuel de ladite indemnité à 4'405 fr. par mois;

- dès la signature de l'accord, toutes les poursuites introduites contre les locataires seraient retirées;

- si, durant la période probatoire de deux ans, soit du 1er octobre 2017 au 30 septembre 2019, les locataires payaient régulièrement, au plus tard le 10 de chaque mois, les indemnités pour occupation illicite précitées, la bailleresse s'engageait à surseoir à l'exécution de l'évacuation de l'arcade;

- par contre, au premier retard dans le paiement de l'indemnité pour occupation illicite due, la bailleresse solliciterait, sans délai, l'huissier de justice compétent afin qu'il procède à l'évacuation;

- à la fin de la période probatoire, une nouvelle discussion serait fixée entre les parties pour déterminer les termes d'un éventuel contrat de bail;

- durant les travaux de surélévation qui seraient effectués dans l'immeuble du 1er janvier 2018 au 31 décembre 2019, les locataires renonçaient à toute demande d'indemnité relative aux éventuelles nuisances, ceci étant valable pour l'arcade et pour la terrasse;

- la convention était «évidemment» valable à la condition que chacune des parties respecte ses obligations et engagements précités.

Il est précisé dans le préambule de la convention que les locataires avaient sollicité de la bailleresse un sursis à l'exécution de l'évacuation et que les locataires et un représentant de la régie s'étaient rencontrés le 27 septembre 2017 afin de définir les modalités du sursis.

f. Il n'est pas contesté que les indemnités pour occupation illicite, désignées comme telles dans la «Feuille de compte location» pour la période du 31 juillet 2017 au 3 août 2020 établie le 26 août 2020 par la régie, ont été régulièrement versées après l'échéance convenue.

g. Le 28 février 2020, les parties (désignées comme «la bailleresse», respectivement «les locataires») ont conclu une nouvelle convention, prévoyant ce qui suit :

- l'accord du 4 octobre 2017 faisait partie intégrante de la convention;

- les locataires s'engageaient à payer l'arriéré d'indemnités pour occupation illicite de 12'404 fr., en quatre mensualités, soit 3'404 fr. avant le 2 mars 2020, 3'000 fr. avant le 1er juin 2020, 3'000 fr. avant le 1er septembre 2020 et 3'000 fr. avant le 1er décembre 2020;

- les locataires renonçaient à demander à la bailleresse toute indemnité pour baisse du chiffre d'affaires et/ou pour baisse de la fréquentation de la clientèle en raison de l'échafaudage qui avait été posé sur l'immeuble et qui allait y rester durant 23 mois;

- malgré l'arriéré dû et reconnu des locataires, la bailleresse s'engageait à ne pas intenter de procédure de recouvrement tant que l'arrangement de paiement précité serait respecté;

- l'accord était «évidemment» valable à la condition que chacune des parties respecte ses obligations et engagements; à défaut il deviendrait immédiatement caduc.

Il résulte du préambule de la convention qu'un représentant de la régie et A_____ s'étaient rencontrés le 26 février 2020.

h. A_____ et B_____ n'ont pas versé l'intégralité de la première mensualité dans le délai convenu, soit au plus tard le 2 mars 2020. Les versements intervenus entre mars et septembre 2020 sont désignés dans la «Feuille de compte» établie par la régie le 29 septembre 2020 comme «Pmt arriérés Loyers».

i. Le 8 avril 2020, C_____ SA a mandaté un huissier judiciaire afin qu'il procède à l'évacuation de A_____ et B_____. L'évacuation n'a pu intervenir que le 16 juillet 2020 en raison de la crise sanitaire liée au COVID-19.

j. Le 29 avril 2020, la régie, faisant suite à une demande formée A_____ et B_____ par courrier du 25 avril 2020 (lequel ne figure pas au dossier), a indiqué à ceux-ci qu'elle n'entrait «pas en matière quant à l'exonération des loyers du 16 mars au 8 juin 2020 comme demandé dans» ledit courrier. En dépit de la décision du Conseil fédéral de fermer les restaurants, l'arcade continuait «à être adaptée à l'affectation prévue dans [le] contrat de bail». Il ne s'agissait pas d'un défaut dont il incombait à la bailleresse de répondre. A_____ et B_____ étaient invités à

solliciter les «aides financières mises en place précisément pour pallier la situation tristement difficile que rencontr[ait leur]entreprise». Si leurs problèmes de liquidités devaient subsister, la société propriétaire ne serait pas «opposée à trouver un arrangement de solidarité financière pour tenter de [leur] venir en aide».

k. Le 7 mai 2020, la régie a retourné à A_____ et B_____ un courrier du 27 avril 2020 (non produit dans la procédure) sollicitant «une réduction de loyer», au motif que celui-ci n'était pas signé «par tous les titulaires du bail».

l. Par acte déposé le 20 juillet 2020, A_____ et B_____ ont formé devant le Tribunal une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

Tant sur mesures superprovisionnelles que provisionnelles, ils ont conclu à ce que le Tribunal constate à titre provisoire qu'ils étaient liés par un contrat de bail commercial tacite portant sur l'arcade d'environ 55 m² située au rez-de-chaussée de l'immeuble sis 1_____ à Genève, jusqu'à droit jugé sur la procédure au fond, ordonne à C_____ SA de leur restituer immédiatement les clés et l'usage de l'arcade jusqu'à droit jugé sur le fond, sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CPC (recte : CP), condamne C_____ SA à leur verser un montant d'au moins 1'534 fr. 44 par jour à titre de compensation financière, dès le 16 juillet 2020 et jusqu'à restitution des clés et de l'usage de l'arcade, interdise à C_____ SA et à tout autre tiers de procéder à la libération et au désencombrement de l'arcade, jusqu'à droit jugé sur le fond, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CPC (recte : CP), interdise à C_____ SA de louer l'arcade jusqu'à droit jugé sur le fond, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CPC (recte : CP). Ils ont en outre conclu, «en tout état», à ce que le Tribunal leur impartisse un délai d'un mois pour ouvrir action au fond, les dispense de fournir des sûretés en espèces et/ou sous forme de garantie bancaire d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse en faveur de C_____ SA, condamne celle-ci en tous les frais judiciaires et dépens, comprenant le défraiement de leur conseil et déboute C_____ SA de toutes autres ou contraires conclusions.

m. Par ordonnance du 21 juillet 2020, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a ordonné à C_____ SA de restituer immédiatement à A_____ et B_____ les clés et l'usage de l'arcade, fait interdiction à C_____ SA et à «tout autre tiers» de procéder à la libération et au désencombrement de l'arcade, fait interdiction à C_____ SA de louer l'arcade, prononcé les injonction et interdictions précitées sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, dit que l'ordonnance déploierait ses effets jusqu'à l'exécution de la nouvelle décision qui serait rendue après audition des parties, rejeté la requête pour le surplus, réservé la suite de la procédure et dit que la procédure était gratuite.

n. Dans sa réponse du 31 août 2020, C_____ SA a conclu à ce que le Tribunal constate qu'il n'existait aucun contrat de bail tacite liant les parties, ordonne à A_____ et B_____ de restituer les clés et l'usage de l'arcade, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CPC (recte : CP), l'autorise à procéder à la libération et au désencombrement de l'arcade aux frais des précités, en cas d'insoumission à l'injonction qui précède, l'autorise à louer l'arcade et condamne A_____ et B_____ à fournir en sa faveur des sûretés en espèces et/ou sous forme de garantie bancaire d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse, à hauteur de 39'645 fr. équivalant à neuf mois de paiement d'indemnités pour occupation illicite.

o. Par acte du 30 septembre 2020, A_____ et B_____ ont conclu au rejet des conclusions précitées de leur partie adverse.

Sur mesures provisionnelles, ils ont conclu à ce que le Tribunal constate qu'ils étaient liés avec C_____ SA par un contrat de bail commercial portant sur l'arcade en question, jusqu'à droit jugé sur la procédure au fond, maintienne l'interdiction faite à celle-ci et à tout tiers de procéder à la libération et au désencombrement de l'arcade, sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CPC (recte : CP), ainsi que l'interdiction faite à C_____ SA de louer l'arcade, jusqu'à droit jugé sur le fond et sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CPC (recte : CP) et condamne C_____ SA à leur verser 8'672 fr. 20 à titre de compensation financière pour la fermeture par huissier du local commercial en question entre le 16 et le 21 juillet 2020, soit cinq jours à raison de 1'534 fr. 44 et 1'000 fr. pour péremption de la nourriture et de la viande.

p. Par acte du 20 octobre 2020, C_____ SA a persisté dans ses conclusions.

q. Lors de l'audience du Tribunal du 26 octobre 2026, les parties ont déclaré que l'entreprise se trouvait toujours dans les locaux, d'une part, et que les indemnités pour occupation illicite étaient toujours versées, d'autre part. Elles ont ensuite plaidé, en persistant dans leurs conclusions. Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

r. Dans l'ordonnance attaquée, le Tribunal a rejeté les conclusions des parties visant à la constatation de l'existence, respectivement de l'inexistence, d'un bail tacite, en considérant que ladite constatation ne pouvait être obtenue par la voie des mesures provisionnelles, mais relevait du fond du litige.

Par ailleurs, les conditions de l'existence d'un bail tacite n'étaient pas rendues vraisemblables. La bailleresse avait résilié le bail avec effet au 31 juillet 2017, puis avait saisi le Tribunal d'une requête en évacuation le 15 février 2017, soit 15 jours seulement après que la résiliation avait pris effet. Ainsi, l'on ne pouvait pas inférer de l'attitude de la bailleresse qu'elle s'était abstenue de faire valoir le congé et d'exiger la restitution des locaux litigieux.

Par la suite, la bailleresse avait accepté de surseoir à l'exécution du jugement d'évacuation durant une période probatoire de deux ans, moyennant le versement d'une indemnité pour occupation illicite, tout en précisant que l'évacuation restait valable. Ainsi, la bailleresse n'avait pas encaissé le loyer sans réserve, cela étant conforté par le fait que les montants versés avaient été systématiquement inscrits par celle-ci sur la «feuille de compte location», sous la mention «indemnité pour occupation illicite».

Le second accord conclu entre les parties ne tendait qu'à confirmer ce qui précède, dès lors qu'il faisait expressément référence à l'accord du 4 octobre 2017, qui demeurait ainsi pleinement valable, et dès lors qu'il portait sur le paiement d'arriérés d'indemnité pour occupation illicite.

La période relativement longue écoulée entre l'ordre d'exécution de l'évacuation et sa mise en œuvre par la bailleresse s'expliquait par les nombreux sursis accordés par cette dernière aux locataires, ainsi que, dans une moindre mesure toutefois, par la crise sanitaire. Par conséquent, on ne pouvait déduire de cette période une quelconque volonté de la bailleresse de renoncer de façon définitive à l'exécution de l'évacuation et partant encore moins une volonté d'acquiescer à la conclusion d'un nouveau contrat de bail. Les pièces produites rendaient au contraire hautement vraisemblable qu'en dépit de ce que prévoyaient les accords, les parties n'avaient jamais engagé des pourparlers dans ce sens, en raison manifestement du non-respect répété des engagements pris par les locataires.

Ceux-ci ne pouvaient raisonnablement tirer argument en faveur de leur thèse de ce que la bailleresse ne leur avait pas adressé de mise en demeure à chaque paiement incomplet ou retard, voire de ce qu'elle n'avait pas révoqué les accords conclus au premier retard.

Il en allait de même en ce qui concernait l'emploi des termes inhérents au bail dans les titres produits, la terminologie utilisée par les parties ne liant en outre pas le juge.

Enfin, les courriers des 29 avril et 7 mai 2020 de la bailleresse ne constituaient manifestement que des documents type, qu'il convenait de replacer dans le contexte de la crise sanitaire.

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles, si la valeur litigieuse est d'au moins 10'000 fr., la cause étant de nature patrimoniale. Pour les mesures provisionnelles, la valeur litigieuse est celle de la demande au fond qui a été

déposée ou qui le sera (LACHAT/LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, 2ème éd. 2019. p. 271, ch. 2.1.1).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les contestations portant sur l'usage d'une chose louée sont de nature pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_388/2016 du 15 mars 2017 consid. 1).

En présence d'une requête en constatation de l'existence d'un contrat de bail, la valeur litigieuse se détermine en fonction du loyer annuel que devrait verser le locataire si l'existence du bail était reconnue et de la durée indéterminée de celui-ci (arrêt du Tribunal fédéral 4C.29/2003 du 12 mars 2003 consid. 1).

1.2 En l'espèce, la procédure a pour but de faire interdiction à l'intimée de procéder à l'évacuation des locataires, qui font valoir la conclusion d'un bail tacite. En cas de succès de leur action, les locataires devront déposer une demande au fond, tendant à la constatation de l'existence d'un bail (art. 263 CPC). Compte tenu du montant du loyer et des charges que les locataires devraient verser si l'existence du bail était reconnue, soit 52'860 fr. par année (4'405 fr. x 12), et de la durée indéterminée de celui-ci, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 92 al. 2 CPC).

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

1.3 L'acte du 4 janvier 2021 a été déposé dans le délai de dix jours prévu en matière de procédure sommaire (art. 142 al. 3 et 314 al. 1 CPC) et respecte la forme requise (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC). Il est en conséquence recevable en tant qu'appel en dépit de sa dénomination.

1.4 L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). L'instance d'appel dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit; en particulier, le juge d'appel contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

2. Les appelants font grief au Tribunal d'avoir considéré, en violation des art. 261 CPC; 1er al. 2 et 253 CO, qu'ils n'ont pas rendu vraisemblable la conclusion d'un contrat de bail tacite. Ils lui reprochent de ne pas avoir suffisamment tenu compte des éléments suivants : l'intimée a renoncé à faire exécuter le jugement d'évacuation pendant deux ans et huit mois (du 14 août 2017 au 8 avril 2020), notamment durant la période probatoire s'étendant du 4 octobre 2017 au 30 septembre 2019 et après celle-ci, soit entre le 30 septembre 2019 et la conclusion de l'accord du 28 février 2020; elle n'a pas fixé d'autre période probatoire dans le cadre de l'accord du 28 février 2020; elle a considéré les appelants comme «locataires» et comme «titulaires d'un contrat de bail» et

A_____ comme «titulaire du bail ayant le pouvoir de requérir une réduction de loyer».

2.1 Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le Tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes : a) elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être; b) cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

Il s'agit là de conditions cumulatives comme cela ressort des textes allemand et italien de la loi (BOHNET, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd. 2019, n. 3 ad art. 261 CPC).

Les conditions de la mesure provisionnelle n'ont pas à être prouvées de manière absolue; le requérant doit les rendre vraisemblables ou plausibles. Il n'est pas nécessaire que le juge soit persuadé de l'existence des faits; il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 130 III 321 = JdT 2005 I 618 cité par HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 1773, p. 325).

La preuve de la vraisemblance doit être apportée pour les conditions auxquelles sont soumises les mesures provisionnelles, à savoir : la prétention au fond, l'atteinte ou le risque d'une atteinte à la prétention au fond et le risque d'un préjudice difficilement réparable (HOHL, op. cit. n. 1774, p. 325).

Rendre vraisemblable la prétention signifie que le requérant doit rendre vraisemblable, d'une part, les faits à l'appui de celle-ci et d'autre part, que la prétention fonde vraisemblablement un droit. Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (arrêt du Tribunal fédéral 5P.422/2005 consid. 3.2 = SJ 2006 I 371; BOHNET, op. cit., n. 7 ad art. 261 CPC et réf. citées). En effet, la mesure provisionnelle ne peut être accordée que dans la perspective de l'action au fond qui doit la valider (art. 263 et 268 al. 2 CPC). Le juge doit évaluer les chances de succès de la demande au fond et admettre ou refuser la mesure selon que l'existence du droit allégué apparaît plus vraisemblable que son inexistence (HOHL, op. cit., n. 1774, p. 325 et réf. citées).

2.2 Le bail peut être conclu, de manière tacite, par actes concluants (art. 1 al. 2 CO). Il en est ainsi lorsque le bailleur remet les clés au locataire, que celui-ci emménage et qu'il paie le loyer, sans que le bailleur ne proteste (LACHAT, Le bail à loyer, 2019, p. 210 n. 4.5.1). Cependant, le silence opposé par l'une des parties à réception d'une offre de l'autre partie, ne vaut, en principe, pas acceptation et n'entraîne pas la conclusion tacite d'un contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2012 du 1er mai 2012 consid. 3.1; ACJC/864/2020 du 22 juin 2020

consid. 3.1; ACJC/765/2016 du 6 juin 2016 consid. 4.1; LACHAT, op. cit., p. 210 n. 4.5.2).

Selon la jurisprudence, il est d'usage que le contrat de bail soit conclu par écrit. Il y a par exemple conclusion d'un nouveau bail par actes concluants lorsque, à la suite d'une résiliation, le bailleur s'abstient, durant une période assez longue, de faire valoir le congé et d'exiger la restitution de la chose louée et qu'il continue à encaisser régulièrement le loyer sans formuler aucune réserve (arrêts du Tribunal fédéral 4A_499/2013 du 4 février 2014 consid. 3.3.1; 4A_247/2007 du 19 août 2008 consid. 3.2.1; AUBERT, Droit du bail à loyer et à ferme, BOHNET/CARRON/MONTINI [2ème éd.], 2017, n° 17 ad art. 267 CO). L'élément temporel n'est pas seul déterminant pour décider s'il y a bail tacite; il faut prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas. La conclusion tacite d'un bail ne doit toutefois être admise qu'avec prudence (arrêts du Tribunal fédéral 4A_75/2015 du 9 juin 2015 consid. 4.1; 4A_247/2008 du 18 août 2008 consid. 3.2.1; 4C_441/2004 du 27 avril 2005 consid. 2.1). En règle générale, le bail tacite qui, dans ces conditions, suit un contrat écrit a le même contenu que ce dernier (LACHAT, op. cit., p. 210 n. 4.5.1).

Le fait qu'après le dépôt d'une requête en évacuation, le bailleur envoie au locataire des bulletins pour le paiement régulier du loyer ne saurait suffire pour admettre sa volonté de continuer le bail. Il en est de même en cas d'envoi d'une augmentation de loyer, postérieurement à la résiliation (ATF 119 II 147 consid. 5 in JT 1994 I 205).

2.3 En l'espèce, l'intimée a engagé une procédure d'expulsion contre les appelants 15 jours après l'échéance du bail, résilié pour non paiement du loyer. Cette procédure s'est terminée par un jugement d'évacuation, autorisant la bailleresse à faire appel à la force publique, prononcé par le Tribunal le 5 avril 2017, le recours formé contre ce jugement ayant été déclaré irrecevable par la Cour le 14 août 2017. L'on ne peut donc pas reprocher à la bailleresse d'avoir renoncé pendant une longue période à requérir l'évacuation.

Environ six semaines après le prononcé de l'arrêt de la Cour précité, les parties se sont rencontrées afin de définir les modalités du sursis à l'exécution de l'évacuation sollicité par les appelants. Le 4 octobre 2017, les parties ont signé une convention prévoyant en substance que la bailleresse accordait aux locataires un délai d'épreuve de deux ans, durant lequel ceux-ci devaient payer régulièrement, au plus tard le 10 de chaque mois, les indemnités pour occupation illicite fixées d'entente entre les parties. En cas de retard dans le paiement desdites indemnités, la bailleresse se réservait le droit de solliciter sans délai l'exécution de l'évacuation par huissier judiciaire. Une nouvelle discussion entre les parties pour déterminer les termes d'un éventuel contrat de bail devait intervenir à l'issue de la période probatoire. Il est admis que les versements mensuels - que les parties ont

expressément qualifié d'indemnités pour occupation illicite - sont intervenus régulièrement en retard. Par ailleurs, il n'est pas contesté que les parties n'ont jamais discuté de la conclusion d'un nouveau bail. Il ne peut donc être retenu que l'intimée aurait continué à encaisser régulièrement le loyer sans formuler aucune réserve. De plus, les locataires ne pouvaient pas de bonne foi déduire du comportement de la bailleresse que celle-ci acceptait de conclure un nouveau bail, étant souligné qu'il ne saurait être reproché à cette dernière d'avoir renoncé à exécuter l'évacuation durant le délai d'épreuve.

Certes, après l'échéance de ce délai, et alors que les indemnités pour occupation illicite étaient toujours versées régulièrement en retard, l'intimée n'a pas requis l'exécution de l'évacuation par la force publique durant cinq mois. Cependant, le 28 février 2020, les parties ont conclu une nouvelle convention relative à l'arriéré d'indemnités pour occupation illicite (et non pas de loyers), en prévoyant expressément que cette convention n'annulait ni ne remplaçait l'accord du 4 octobre 2017, mais que celui-ci faisait partie intégrante de la nouvelle convention. Ainsi, les parties ont clairement convenu que tant l'évacuation que le sursis à l'exécution de l'évacuation demeuraient valables. Aucun élément de la nouvelle convention ne permet de considérer que les parties auraient envisagé la conclusion d'un nouveau bail.

Environ cinq semaines après avoir constaté que les modalités de remboursement de l'arriéré d'indemnités pour occupation illicite convenues le 28 février 2020 n'étaient pas respectées - la première mensualité n'ayant pas été intégralement versé avant le 2 mars 2020 - la bailleresse a fait appel à un huissier judiciaire en vue de faire exécuter l'évacuation. Ce n'est qu'en raison de la crise sanitaire liée au COVID-19 que l'évacuation n'a pu être exécutée qu'en juillet 2020.

Au vu de toutes les circonstances, telles qu'exposées ci-dessus, le comportement de la bailleresse ne permet pas de retenir la conclusion d'un nouveau bail par actes concluants, laquelle ne doit être admise qu'avec prudence. La mention «Pmt arriérés Loyers», figurant dans la «Feuille de compte» établie par la régie le 29 septembre 2020 ne change pas cette constatation. Il en va de même du fait qu'en avril et mai 2020 la régie ait répondu à des demandes des appelants tendant à obtenir une «exonération des loyers du 16 mars au 8 juin 2020» en raison de la situation sanitaire, même si la régie a utilisé des termes pouvant laisser penser qu'un bail était toujours en vigueur. En effet, lorsqu'ils ont formulé lesdites requêtes, les appelants savaient que deux mois auparavant ils avaient convenu avec la bailleresse que l'évacuation demeurait valable et qu'ils se trouvaient toujours en sursis.

Pour le surplus, la Cour fait entièrement sienne l'argumentation développée par les premiers juges (cf. ci-dessus, let. C.r).

En définitive, c'est à juste titre que le Tribunal est parvenu à la conclusion que les appelants n'avaient pas rendu vraisemblable la conclusion d'un bail tacite. Les chiffres 1 à 3 de l'ordonnance attaquée seront donc confirmés.

3. Devant la juridiction des baux et loyers, il n'est pas perçu de frais judiciaires et il n'est pas alloué de dépens (art. 116 al. 1 CPC; art. 22 al. 1 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 4 janvier 2021 par A_____ et B_____ contre les chiffres 1 à 3 du dispositif de l'ordonnance JTBL/978/2020 rendue le 22 décembre 2020 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/14048/2020-9.

Au fond :

Confirme l'ordonnance attaquée.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Pauline ERARD, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Laurence MIZRAHI, Monsieur Jean-Philippe FERRERO, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Le président :	La greffière :
Ivo BUETTI	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.