



POUVOIR JUDICIAIRE

C/4646/2011

ACJC/1491/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 16 DECEMBRE 2013

Entre

1) **Monsieur A**_____, domicilié _____, Genève,

2) **B**_____ **SARL**, sise _____, Genève, appelants d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 1^{er} mars 2013, comparant tous deux par l'ASLOCA, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en les bureaux de laquelle ils font élection de domicile,

et

Madame C_____ , domiciliée _____, Genève, intimée, comparant par Me Laurent Marconi, avocat, avenue de Champel 24, case postale 123, 1211 Genève 12 en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 1^{er} mars 2013, expédié pour notification aux parties le 15 mars 2013, le Tribunal des baux et loyers a constaté la validité du congé notifié à A_____ et B_____ SARL, par avis officiels des 14 et 20 janvier 2011 pour le 28 février 2011, concernant le café-restaurant "D_____" situé au rez-de-chaussée de l'immeuble sis _____ à Genève (ch. 1 du dispositif) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 2).

Les premiers juges ont relevé, en premier lieu, que le contrat de bail à ferme stipulait expressément que le loyer et la redevance étaient payables «mensuellement et d'avance», ce qui a été le cas jusqu'à l'automne 2008 et confirmé par le témoin E_____. Vu les nombreuses démarches entreprises par C_____ en vue d'obtenir le règlement du loyer et de la redevance, les premiers juges ont retenu que C_____ n'avait jamais consenti, par actes concluants, au paiement des loyers et de la redevance par mois échus, de sorte que, suite à l'avis comminatoire du 9 novembre 2011, elle était fondée à résilier le bail pour le 28 février 2011, en application de l'article 282 CO.

Les premiers juges ont ensuite considéré que la résiliation du contrat de bail n'était pas contraire aux règles de la bonne foi étant rappelé que les locataires ne démontraient pas que l'arriéré de loyer était insignifiant ou que le montant de l'arriéré avait été payé très peu de temps après l'expiration du délai comminatoire ou que le bailleur ne résiliait le contrat de bail que longtemps après l'expiration de ce même délai. Les premiers juges ont relevé que l'arriéré de loyer avait été réglé plus de 20 jours après l'échéance du délai fixé dans la sommation, ce qui ne saurait être considéré comme un court laps de temps. De surcroît, il était rappelé que les fermages avaient été réglés irrégulièrement depuis l'automne 2008.

- B. a.** Par acte expédié le 2 mai 2013 et réceptionné au greffe de la Cour de justice le 3 mai 2013, A_____ et B_____ SARL ont formé appel contre ce jugement, dont ils ont sollicité l'annulation. Ils ont conclu principalement à l'annulation des résiliations du bail des 14 et 20 janvier 2011 pour le 28 février 2011 et subsidiairement à l'inefficacité desdites résiliations.

A l'appui de leur appel, A_____ et B_____ SARL ont reproché aux premiers juges une constatation inexacte des faits pertinents. En effet, ils considèrent que le Tribunal des baux et loyers n'a pas retranscrit correctement les déclarations de C_____, selon lesquelles «le litige avec les locataires avait commencé quand l'arriéré de loyer s'élevait à six mois et qu'elle avait trouvé des acheteurs à son fonds de commerce». A_____ et B_____ SARL estiment que le retard de paiement du loyer d'un mois n'était pas le motif réel ayant fondé la résiliation de leur contrat de bail mais qu'il s'agissait bien plutôt du souhait de C_____ de remettre son fonds de commerce en se débarrassant de ses locataires, qui constituaient un frein à cette remise.

A_____ et B_____ SARL ont conclu à l'inefficacité du congé donné en application de l'article 282 CO. Ils considèrent que dès le mois de septembre 2008, C_____ les avait autorisés, par actes concluants, à s'acquitter des loyers par mois échus, ce qui

correspondait à une modification des échéances de paiements du contrat de bail précédemment conclu. A_____ et B_____ SARL soutiennent que si C_____ souhaitait à nouveau modifier les échéances de paiements, elle devait leur adresser un avis officiel de modification du bail. Selon A_____ et B_____ SARL, à défaut de modification du bail préalable, ils étaient toujours autorisés à s'acquitter des loyers par mois échus. A_____ et B_____ SARL ont dès lors considéré que lors de l'envoi de la mise en demeure du 9 novembre 2010, le loyer du mois de novembre 2010 n'était pas encore dû, de sorte qu'ils n'étaient pas en demeure. A_____ et B_____ SARL ont par conséquent conclu à l'inefficacité du congé.

Enfin, A_____ et B_____ SARL ont sollicité l'annulation du congé conformément aux articles 271 et 271a CO, considérant que le congé était d'une part contraire à la bonne foi et qu'il constituait d'autre part un congé de représailles. A l'appui de leur appel, A_____ et B_____ SARL ont considéré que le congé était contraire aux règles de la bonne foi puisque C_____ s'était accommodée des paiements des loyers par mois échus et que ce n'était que lorsqu'elle avait souhaité remettre son fonds de commerce et se débarrasser des locataires qu'elle avait convenu que les loyers soient payés par mois d'avance. Ces attitudes seraient partant contradictoires et contraires à la bonne foi. A_____ et B_____ SARL estiment que le motif réel du congé réside dans la volonté de C_____ de remettre son fonds de commerce libre de tout gérant et de réaliser un bénéfice substantiel. A_____ et B_____ SARL plaident également l'existence d'un congé de représailles puisqu'ils s'étaient défendus avec succès dans d'autres litiges les ayant opposés à C_____. A_____ et B_____ SARL mettent finalement en exergue le montant du loyer et de la gérance, soit 8'000 fr. par mois, de sorte que le bénéfice réalisé par C_____ est considérable et qu'elle n'a jamais été mise financièrement en danger en devant s'acquitter du loyer principal alors même que A_____ et B_____ SARL payaient les loyers et les redevances par mois échus.

b. Dans son mémoire-réponse du 21 mai 2013, C_____ a conclu à la confirmation du jugement JTBL/265/2013 rendu par le Tribunal des baux et loyers en date du 1^{er} mars 2013 et au déboutement de A_____ et B_____ SARL de toutes autres ou contraires conclusions.

C_____ a tout d'abord fait sienne l'argumentation retenue par les premiers juges dans le jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers en date du 1^{er} mars 2013. C_____ a ensuite rappelé les conditions d'application de l'article 282 CO, toutes réalisées en l'espèce. A_____ et B_____ SARL avaient été mis en demeure de s'acquitter de leur fermage du mois de novembre 2010 par courrier du 9 novembre 2010. Le délai de 60 jours arrivait à échéance le 11 janvier 2011. Aucun paiement n'étant intervenu dans le délai comminatoire, C_____ avait résilié le contrat de gérance par avis officiel des 14 et du 20 janvier 2011 pour le 28 février 2011.

C_____ réfute toute modification du contrat par actes concluants autorisant A_____ et B_____ SARL à s'acquitter des fermages par mois échus. En effet, elle n'avait jamais donné son consentement à ce sujet, de telle sorte qu'aucune modification de bail n'était intervenue sur ce point notamment et aucun élément dans le dossier ne permettait

d'étayer la thèse soutenue par A_____ et B_____ SARL. De surcroît, les retards dans le paiement du loyer avaient fait l'objet de nombreuses réclamations de sa part tant orales qu'écrites. Par ailleurs, le témoin E_____ avait affirmé que le retard dans le paiement des loyers était le fruit des difficultés financières des locataires et que sans cela, les loyers auraient toujours été payés régulièrement.

A_____ et B_____ SARL étaient donc en demeure pour le paiement du fermage du mois de novembre 2010; en conséquence, le congé notifié subséquent devait être déclaré valable.

C_____ a formellement contesté que le congé soit un congé de représailles, et rappelait à ce sujet que l'article 271a al. 1 let. d et e CO n'était pas applicable en cas de demeure des fermiers au sens de l'article 282 CO (art. 271a al.3 let. c et 300 CO). Par ailleurs, le fait qu'elle ait, en parallèle des procédures relevant de la juridiction des baux et loyers, fait valoir ses droits contractuels n'était aucunement constitutif d'un abus de droit ou de représailles. La procédure fondée sur le congé ordinaire était à ce jour suspendue, ce qui plaidait en défaveur de l'abus de droit consistant à user d'une procédure à d'autres fins que celle pour laquelle elle avait été instituée.

C. Les faits pertinents de la cause peuvent être résumés comme suit :

a. C_____ est locataire de locaux commerciaux situés au rez-de-chaussée de l'immeuble situé _____ à Genève. A ce titre, elle s'acquitte d'un loyer mensuel de 3'195 fr. et les charges mensuelles s'élèvent à 305 fr., soit un montant total de 3'500 fr.

C_____ est également propriétaire du café-restaurant "D_____" exploité dans les locaux précités.

b. En date du 20 juillet 2007, C_____ a conclu un contrat de gérance libre (contrat de bail à ferme) avec A_____ portant sur l'exploitation du café-restaurant "D_____". Le contrat de gérance a été conclu pour une durée initiale de trois ans, soit pour la période courant du 13 août 2007 au 14 août 2010, avec clause de reconduction tacite pour deux ans puis d'année en année après ce terme.

Il a été convenu que A_____ devait s'acquitter d'une redevance pour gérance libre d'un montant de 4'500 fr. par mois et du loyer et des charges d'un montant total de 3'500 fr. par mois. A l'article 6.1 du contrat de gérance libre, il a été spécifié que la redevance et le loyer devaient être payés par mois et d'avance.

A_____ était au bénéfice d'un droit d'emption sur l'établissement public "D_____" d'un montant de 500'000 fr. Le gérant disposait également d'un droit de préemption en cas de vente de l'établissement par la propriétaire à des tiers. En cas de vente à un tiers, C_____ devait payer à A_____ 4% du prix de vente et 20% de la part du prix de vente dépassant le montant de 500'000 fr. A_____ s'engageait alors à restituer les locaux dans un délai de trois mois suivant la conclusion du contrat de vente.

c. En date du 30 août 2007, B_____ SARL est devenue co-titulaire du contrat de bail avec A_____. Les administrateurs de B_____ SARL, E_____ et A_____, se sont

engagés à reprendre cumulativement les obligations découlant du contrat de bail à ferme conclu le 20 juillet 2007.

d. En date du 30 août 2007, C_____ a été engagée par B_____ SARL en qualité d'exploitante responsable du restaurant "D_____" et ce dès le 1^{er} septembre 2007. Son salaire mensuel a été fixé à 1'400 fr.

e. Par avenant du 15 décembre 2008, le contrat de bail à ferme précédemment conclu s'est poursuivi aux seuls noms de A_____ et de B_____ SARL qui s'engageaient à reprendre cumulativement et solidairement les obligations contractuelles découlant du contrat de bail à ferme conclu le 20 juillet 2007.

f. Par courrier du 11 juin 2009, C_____ a informé A_____ que le montant des loyers dus s'élevait à 56'421 fr. Vu les circonstances, elle avait mis en vente le restaurant "D_____" et elle rappelait à A_____ l'existence de son droit de préemption. Ce dernier disposait d'un délai de quinze jours, dès le 12 juin 2009, pour exercer son droit. S'il entendait faire valoir son droit, il disposait d'un mois supplémentaire pour régler le montant du prix de vente, conformément à l'article 6 du contrat de gérance libre. C_____ a joint à ce courrier une copie de la convention de remise de commerce conclu avec F_____ et G_____.

g. Sous la plume de leur conseil, A_____ et B_____ SARL ont informé C_____ qu'ils étaient dans l'impossibilité d'exercer leur droit de préemption à l'heure actuelle mais qu'ils envisageaient plutôt de l'exercer à l'été 2010 lorsque suffisamment de fonds seraient à leur disposition. Pour le surplus, ils ont averti C_____ qu'ils ne libéreraient pas les locaux le 1^{er} octobre 2009.

h. Par courrier du 3 juillet 2009, C_____ a, sous la plume de son conseil, mis en demeure A_____ et B_____ SARL de s'acquitter d'un montant total de 56'442 fr. d'ici au 14 septembre 2009 au plus tard, sous peine de résiliation de leur contrat de bail à ferme. Un délai d'un mois était également accordé aux fermiers afin qu'ils s'acquittent d'un montant de 9'000 fr. correspondant aux arriérés de salaire de C_____ ainsi que pour constituer des sûretés d'un montant de 21'000 fr.

A_____ et B_____ SARL ont aussi été invités à respecter strictement leurs obligations et échéances contractuelles.

i. A_____ et B_____ SARL se sont acquittés des montants réclamés par versements des 20 juillet 2009 et 14 septembre 2009.

j. Par avis de résiliation du bail du 21 septembre 2009, C_____ a résilié le contrat de gérance pour le 12 août 2010 ou toute autre échéance utile, ce afin de pouvoir vendre son établissement. Par décision du 2 décembre 2010, la Commission de conciliation en matière de baux et loyers a déclaré nul le congé notifié le 21 septembre 2009 pour le 12 août 2010 pour vice de forme puisque le congé n'avait pas été notifié sur une formule officielle agréée par le Conseil d'Etat.

k. Suite à l'échec de la première résiliation, C_____ a une nouvelle fois résilié le contrat de gérance des locataires par avis officiel de résiliation du bail du 3 janvier 2011

pour le 12 août 2011 ou toute autre échéance utile. Le congé était motivé par la volonté de C_____ de vendre la chose affermée.

Dans ce même courrier, A_____ et B_____ SARL ont été mis en demeure de s'acquitter du fermage du mois de janvier 2011 en 8'021 fr. d'ici au 10 mars 2011.

Le congé a été notifié une nouvelle fois en date du 20 janvier 2011 selon la nouvelle formule officielle agréée par le canton de Genève.

En date du 2 février 2011, A_____ et B_____ SARL ont formé devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers une requête en annulation de congé et subsidiairement en prolongation de bail. Ils ont conclu à l'annulation du congé et subsidiairement à une prolongation de bail de six ans, échéant le 12 août 2017.

La cause a été déclarée non conciliée le 13 avril 2011 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 12 mai 2011 (cause C/1_____).

l. Entre octobre 2009 et octobre 2010, C_____ a adressé onze avis comminatoires aux fermiers, le loyer et la redevance de gérance libre étant systématiquement payés par mois échus.

m. En date du 9 novembre 2010, C_____ a mis en demeure A_____ et B_____ SARL de s'acquitter d'ici au 11 janvier 2011 du fermage du mois de novembre 2010 en 8'021 fr.

Aucun paiement n'étant intervenu dans le délai comminatoire de 60 jours, C_____ a résilié le contrat de gérance de A_____ et B_____ SARL en date du 14 janvier 2011 pour le 28 février 2011. Le congé était motivé par le non-paiement du loyer malgré une mise en demeure du 9 novembre 2010 restée vaine, conformément aux articles 282 et 257d al.1 CO.

Le congé notifié le 14 janvier 2011 a été notifié une nouvelle fois en date du 20 janvier 2011 selon la nouvelle formule officielle agréée par le canton de Genève.

En date du 16 février 2011, A_____ et B_____ SARL ont formé une requête en annulation de congé et subsidiairement en constatation de l'inefficacité du congé. Ils ont conclu à l'annulation du congé et subsidiairement à l'inefficacité du congé. La cause a été déclarée non conciliée le 13 avril 2011 et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 12 mai 2011 (cause C/4646/2011).

A_____ et B_____ SARL ont soutenu que C_____ avait toujours toléré le paiement des fermages par mois échus et d'importants retards dans les paiements de telle sorte que le contrat de bail à ferme liant les parties à la présente procédure avait été modifié par actes concluants sur la question de l'époque de l'exécution de l'obligation de paiement du fermage. Ainsi, les fermages et redevances auraient été payables par mois échu, de telle sorte que la mensualité de novembre 2010 n'était pas exigible lors de l'envoi de l'avis comminatoire du 9 novembre 2010.

n. Dans son mémoire-réponse du 19 juillet 2011, C_____ a conclu préalablement à la jonction des causes C/1_____ et C/4646/2011, et principalement à la validité des

congés donnés pour le 28 février 2011 ou toute autre échéance utile et pour le 12 août 2011 ou toute autre échéance utile. Sur demande reconventionnelle, elle a conclu à l'évacuation de A_____ et B_____ SARL des locaux sis _____ à Genève, avec clause d'exécution directe.

Elle a exposé qu'elle n'avait jamais accepté que les fermages soient payés par mois échus et qu'aucune modification du contrat par actes concluants ne pouvait lui être opposée.

o. La demande reconventionnelle en évacuation a été déclarée irrecevable par jugement du Tribunal des baux et loyers J/2_____ du 13 octobre 2011, aujourd'hui entré en force de chose jugée.

p. Lors de l'audience de débats du 25 novembre 2011, les parties ont convenu de suspendre la cause C/1_____ (résiliation du 3 janvier 2011) jusqu'à droit jugé dans la cause portant le numéro C/4646/2011 (résiliation des 14 et 20 janvier 2011).

q. A l'audience de débats du 25 novembre 2011, A_____ a déclaré qu'il avait toujours effectué ses paiements par mois échu.

r. C_____ a relevé que «s'agissant du paiement du loyer, celui-ci a régulièrement été versé, entre le 1^{er} et le 15 du mois en cours jusqu'au mois de septembre 2008. (...) Dès octobre 2008, les loyers ont commencé à être versés avec retard, vers le 25 du mois en cours. Il y a même eu jusqu'à 6 mois d'arriérés, de sorte que la situation n'était pas tenable pour moi. J'ai toléré que le loyer soit versé avec quelques jours de retard, dès lors que je pouvais encore assumer le paiement du loyer principal avec un mois de battement dans le versement du sous-loyer et de l'affermage. Toutefois, quand le retard a commencé à être plus important, la situation n'était plus possible pour moi. J'ai régulièrement demandé par oral à ce que les locataires me versent les loyers ponctuellement. Quant à moi, j'ai toujours payé le loyer principal par mois et d'avance. Il n'a jamais été question de modifier les termes du contrat de gérance s'agissant des modalités de paiement du loyer et de l'affermage. Si tel avait été le cas, un avenant aurait été signé».

s. A l'audience de débats principaux du 27 avril 2012, E_____ a déclaré : *«à mon souvenir, le contrat de gérance prévoyait le paiement du loyer et du fermage par mois d'avance. Toutefois, Madame C_____ nous avait accordé des facilités, s'agissant notamment de la garantie qui n'a pas été constituée en totalité à la conclusion du contrat. Au début, le loyer était payé en temps et en heures. Par la suite, il a été payé plus irrégulièrement. Pendant toute la durée de mon association avec M. A_____, Mme C_____ venait régulièrement au restaurant. Lors de ses passages, elle nous demandait souvent où nous en étions pour le paiement du loyer. Je précise que le retard pris dans le paiement du loyer était dû aux difficultés financières que nous éprouvions pour faire tourner le restaurant. S'il n'y avait pas eu ces difficultés, il va de soi que le loyer aurait été payé régulièrement».*

t. Lors de l'audience de débats principaux du 9 novembre 2012, H_____ a déclaré qu'*«à une ou deux reprises, Mme C_____ était venue voir M. A_____ car les paiements n'avaient pas encore été faits. Elle lui a finalement laissé le temps d'opérer*

les versements de façon échelonnée. Elle s'est montrée relativement souple à cet égard. M. A_____ m'a indiqué que Mme C_____ était devenue plus ferme s'agissant du paiement du loyer/gérance par la suite».

u. C_____, d'une part, et A_____ et B_____ SARL d'autre part, ont persisté dans leurs écritures de plaidoirie finale du 30 novembre 2012.

EN DROIT

1. La voie de recours contre une décision portant sur une annulation de congé, qui constitue une décision finale, est l'appel si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 lit. a et 308 al. 2 CPC), étant précisé qu'aucun des cas excluant l'appel n'est réalisé en l'espèce (art. 309 CPC).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les contestations portant sur l'usage de la chose louée sont de nature pécuniaire (SJ 1997 p. 493 consid. 1).

Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC). La détermination de la valeur litigieuse suit les mêmes règles que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (RETORNAZ, Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel, 2010, p. 363; SPÜHLER, Commentaire bâlois, n° 9, 2^{ème} éd., 2013, ad art. 308 CPC).

L'art. 51 al. 2 LTF dispose que si les conclusions ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal fédéral fixe la valeur litigieuse selon son appréciation. La jurisprudence prévoit, s'agissant d'une procédure relative à la validité d'un congé, que la valeur litigieuse correspond au montant du loyer annuel multiplié par trois (SJ 1997 p. 493; ATF 118 II 422; ATF 121 III 397 consid.1).

2. **2.1** En l'espèce, la présente procédure a trait à une demande d'annulation de congé. La valeur correspond dès lors au montant du loyer annuel multiplié par trois, soit 288'000 fr. (loyer annuel de 42'000 fr. et fermage annuel de 54'000 fr. x 3).

La valeur litigieuse excède ainsi 10'000 fr., seuil prévu pour l'admissibilité de l'appel (art. 308 al. 2 CPC).

L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

2.2 Selon l'art. 311 CPC, l'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision, laquelle doit être jointe au dossier d'appel.

L'appelant doit indiquer la décision qu'il attaque et exposer les motifs de fait et/ou de droit qui, à ses yeux, justifient l'appel. Un simple renvoi aux écritures et pièces de première instance ne serait pas conforme à l'exigence de motivation de l'art. 311 al. 1 CPC. De même, compte tenu du fait que l'appel ordinaire a un effet réformatif, l'appelant ne saurait, sous peine d'irrecevabilité, se limiter à conclure à l'annulation de la décision

attaquée mais devra, au contraire, prendre des conclusions au fond permettant à l'instance d'appel de statuer à nouveau (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, n^{os} 3 et 4 ad art. 311 CPC; LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne, 2011, p. 186).

2.3 En l'occurrence, l'acte d'appel a été déposé au greffe de la Cour de céans dans le délai légal de 30 jours.

Par ailleurs, les appelants énoncent les griefs de fait ou de droit qui, à leurs yeux, justifient l'appel.

L'appel est dès lors recevable.

- 3. 3.1** En vertu de l'article 282 al. 2 CO, lorsque, après la réception de la chose, le fermier a du retard pour s'acquitter d'un terme ou de frais accessoires échus, le bailleur peut lui fixer par écrit un délai de 60 jours au moins et lui signifier qu'à défaut de paiement dans ce délai, il résiliera le bail. L'article 282 al. 2 CO précise que faute de paiement dans le délai fixé, le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat; les baux à ferme portant sur des habitations ou des locaux commerciaux peuvent être résiliés moyennant un délai de congé minimum de 30 jours pour la fin d'un mois.

La réglementation de l'article 282 CO sur la demeure du fermier dans le paiement du fermage ou des frais accessoires est analogue à celle de l'article 257d CO, à cette seule différence que le délai de paiement doit être de «60 jours au moins» dans le bail à ferme, alors qu'il doit être de «30 jours au moins» dans le bail à loyer. La mise en demeure doit, sous peine de nullité, contenir une menace expresse de résiliation (arrêt du Tribunal fédéral 4A_551/2009 du 10 février 2010, consid. 2.4; RONCORONI, Commentaire romand, Bâle, 2012, n^o 1 ad art. 282 CO). Si le bailleur impartit un délai de paiement inférieur à 60 jours, l'avis comminatoire ne produit aucun effet (RONCORONI, op. cit., n^o 2 ad art. 282 CO; LACHAT, Commentaire romand, n^o 5 ad art. 257d CO).

Le contrat peut valablement prévoir des délais plus longs mais pas des délais plus courts. De même, le bailleur peut, dans une situation donnée, impartir volontairement au locataire un délai plus long que celui prévu par la loi. Dans cette hypothèse, le bailleur est lié par le délai qu'il a donné (LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne, 2008 p. 665).

Le délai comminatoire des articles 257d al. 1 et 282 CO commence à courir le lendemain du jour où le locataire a reçu l'avis du bailleur (LACHAT, op. cit., p. 667). Le locataire qui - personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers (son conjoint par exemple) - s'acquitte de la totalité du loyer réclamé le dernier jour du délai comminatoire, ou qui dans le même délai éteint autrement sa dette, est à l'abri d'une résiliation fondée sur l'article 257d al. 2 CO. Le délai comminatoire n'est pas respecté si le locataire paie le montant réclamé fût-ce un seul jour trop tard. Le bail ne peut pas être valablement résilié si le locataire a payé dans le délai impartit la totalité des montants mentionnés par l'avis comminatoire, même si ces montants ne correspondent pas à la totalité des arriérés de loyers (LACHAT, op. cit., p. 668).

La doctrine considère que les articles 282 CO et 257d CO présupposent un retard dans le paiement du loyer tel que prévu par le bail (ou résultant d'une majoration en force valable), des intérêts moratoires liés à l'arriéré de loyer (art. 104 CO) ou des frais accessoires échus (LACHAT, Commentaire romand, n° 2 ad art. 257d CO).

Le bailleur ne peut résilier le contrat que si la dette de loyer est exigible. C'est le cas dès que le terme contractuel de paiement est échu, sans que le bailleur n'ait à interpellier le locataire. Le loyer n'est pas exigible lorsque le bailleur est responsable du retard (art. 91 ss CO), par exemple lorsqu'il a donné des indications erronées à propos du compte bancaire sur lequel le loyer doit être payé; lorsque le locataire a excipé de compensation à temps; lorsque le locataire a valablement consigné le loyer; finalement selon certains auteurs lorsque le locataire paie un loyer réduit parce que la chose louée est affectée d'un défaut (LACHAT, op. cit., p. 665).

Le bail peut être exceptionnellement conclu de manière tacite, par actes concludants (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.

Une manifestation de volonté est faite par actes concludants lorsqu'elle n'exprime pas directement une certaine volonté mais qu'elle permet néanmoins à son destinataire de déduire l'existence de cette volonté. Une telle manifestation de volonté ressort le plus souvent d'un comportement actif (MORIN, Commentaire romand, Bâle, 2012, n° 10 ad art. 1 CO).

Contrairement à ce qu'indique l'article 1 al. 2 CO en opposant manifestation de volonté expresse et tacite, le silence vaut comme manifestation de volonté expresse lorsque les parties ont décidé conventionnellement de lui donner une telle portée. En l'absence d'une convention sur la portée du silence d'une des parties, un comportement purement passif ne vaut en principe pas comme manifestation de volonté par acte concludant, sauf si le principe de la confiance permet exceptionnellement de lui donner un tel sens et d'imputer ainsi une manifestation de volonté à son auteur (MORIN, op. cit., n° 11 ad art. 1 CO).

3.2 En l'espèce, l'intimée a mis en demeure, par courrier du 9 novembre 2010, les appelants de s'acquitter du fermage du mois de novembre 2010 en 8'021 fr. d'ici au 11 janvier 2011 sous peine de résiliation de leur contrat de bail à ferme en application de l'article 282 al. 1 CO.

Aucun paiement n'étant intervenu dans le délai comminatoire, l'intimée a résilié le contrat de bail à ferme non agricole par avis officiels de résiliation du bail en date des 14 et 20 janvier 2011 pour le 28 février 2011 de telle sorte que le congé est a priori valable.

Les appelants considèrent que l'intimée a accepté une modification du contrat par actes concludants qui porte sur l'époque du paiement des fermages. Les appelants soutiennent être en droit de payer les fermages par mois échus et non plus par mois d'avance, suite à une telle modification.

Cette thèse ne saurait être retenue. En effet, il est expressément prévu dans le contrat de gérance libre que les loyers et redevance devaient être acquittés par mois et d'avance. Par ailleurs, l'intimée a envoyé pas moins de onze avis comminatoires entre octobre 2009 et octobre 2010, soit près d'un avis comminatoire par mois. Dès lors, l'intimée a très régulièrement mis en demeure les appelants de s'acquitter des fermages échus. Il ne saurait par conséquent pour ce motif déjà être retenu une modification du contrat par actes concluants concernant l'époque du règlement des fermages.

Par ailleurs, l'intimée a régulièrement demandé oralement et par écrit que les appelants lui versent les loyers ponctuellement ainsi que l'ont confirmé les témoins entendus dans le cadre de la présente procédure.

Partant, vu les faits qui viennent d'être rappelés, l'intimée n'a, à aucun moment, consenti à une modification du contrat par actes concluants portant sur le moment du paiement des fermages. L'avis comminatoire du 9 novembre 2010 portait donc sur une dette échue et l'intimée était fondée à résilier le contrat de bail à ferme des appelants par avis officiels de résiliation du bail des 14 et 20 janvier 2011 pour le 28 février 2011, en application de l'article 282 al. 1 CO.

- 4. 4.1** Par renvoi de l'article 300 al. 1 CO à l'article 271 al. 1 CO, un congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi.

Le but de la réglementation des art. 271 et 271a CO est uniquement de protéger le locataire contre des résiliations abusives et n'exclut pas un congé même si l'intérêt du locataire au maintien du bail paraît plus important que celui du bailleur à ce qu'il prenne fin; seule une disproportion manifeste des intérêts en jeu, due au défaut d'intérêt digne de protection du bailleur, peut rendre une résiliation abusive (ACJC/1292/2008 du 3 novembre 2008; ATF 4A.322/2007 du 12 novembre 2007, consid.6; LACHAT, Commentaire romand, op. cit., no 6 ad art. 271 CO). La notion de bonne foi ne se confond pas avec les justes motifs des art. 257f ou 266g CO (BARBEY, Commentaire du droit du bail, n^{os} 30-39); il s'agit plutôt d'une référence à un ensemble de valeurs extra juridiques déduites de la sociologie et de la morale, auxquelles le droit ne permet pas qu'il soit dérogé. Pour les appréhender, le juge doit partir des normes généralement admises par la société puis, parmi elles, sélectionner celles qui sont pertinentes à la lumière des règles morales que l'ordre juridique entend consacrer (BARBEY, op. cit., n^o 43b). Est contraire aux règles de la bonne foi une résiliation qui ne correspond à aucun intérêt digne de protection et apparaît comme une chicane, ainsi qu'un congé qui consacre une attitude déloyale (LACHAT, Le bail à loyer, op. cit., p. 733). La motivation du congé ne constitue pas une condition de sa validité; l'absence de motivation véridique ou complète peut toutefois constituer un indice que le motif réel du congé est contraire à la bonne foi (ATF 125 III 231 consid. 4b; BARBEY, op. cit., n^{os} 290 et 319; Commentaire USPI, n^o 26 ad art. 271 CO). S'il est par contre admis que le motif réel de la résiliation, qui seul entre en considération, était légitime, le congé ne peut être annulé, puisque seul le mensonge qui masque un dessein abusif justifie l'application de l'art. 271 al. 1 CO (ATF 4C.85/2006 du 24 juillet 2006, consid. 2.1.2).

Le bien-fondé de la résiliation doit être apprécié au moment où son auteur manifeste sa volonté de mettre un terme au contrat (DB 2006 p. 42; LACHAT, op. cit., n° 12 ad art. 271 CO).

La partie qui demande l'annulation du congé doit à tout le moins rendre vraisemblable la mauvaise foi de sa partie adverse (ATF 4A_472/2007 du 11 mars 2008, consid. 2.1; ATF 4C.443/2006 du 5 avril 2007, consid. 4.1.2; ATF 120 II 105 consid. 3c), alors que la partie qui a résilié le bail a le devoir de contribuer loyalement à la manifestation de la vérité en fournissant tous les éléments en sa possession, nécessaires à la vérification du motif invoqué par elle (ATF 4A_472/2007 du 11 mars 2008, consid. 2.1). Il n'appartient pas au bailleur de démontrer sa bonne foi car cela reviendrait à renverser le fardeau de la preuve (ACJC 334 du 18 mars 2002; BARBEY, Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, thèse, Genève, 1991, n° 202). Il appartient au locataire qui conteste un congé estimé abusif de prouver l'abus à satisfaction de droit. Faute de preuve, le congé est valable (Commentaire USPI, n° 10 ad art. 271 CO).

L'art. 257d CO autorise le bailleur à résilier le contrat de manière anticipée lorsque le locataire est en demeure de payer le loyer. Il est admis que le congé prononcé conformément à cette disposition peut, à titre très exceptionnel, contrevenir aux règles de la bonne foi et justifier une annulation fondée sur l'art. 271 al. 1 CO (ATF 120 II 31 consid. 4a). Une telle hypothèse ne doit être admise que très restrictivement, afin de ne pas mettre en question le droit du bailleur à recevoir le loyer à l'échéance. De telles circonstances spéciales sont notamment réalisées lorsque le montant impayé est insignifiant, ou lorsque le bailleur éprouve un doute sur le montant de sa créance et invite le locataire à vérifier le montant réclamé, tout en le menaçant de résiliation avant d'avoir acquis la certitude que la somme demandée était justifiée (ATF 120 II 31 consid. 4b; ATF 4A_108/2012 du 11 juin 2012, consid. 4.3). Le congé peut également être abusif si l'arriéré a été réglé très peu de temps après l'expiration du délai, alors que le locataire s'était jusque-là toujours acquitté à temps du loyer, ou encore si le bailleur résilie le contrat longtemps après l'expiration de ce délai (LACHAT, Le droit du bail, op. cit., p. 672; ATF 4A_108/2012 du 11 juin 2012, consid. 4.3). Sur le principe, une résiliation fondée sur une réelle demeure du locataire ne contrevient pas à la bonne foi; demeure réservée l'hypothèse où le bailleur était mû par un motif réel autre que le défaut de paiement, motif qui constitue un abus de droit (BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire SVIT, 2011, n° 43 ad art. 257d CO).

A teneur de l'article 271a al. 1 litt. a CO, le congé est annulable lorsqu'il est donné par le bailleur parce que le locataire fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du bail.

Cette disposition vise le congé de représailles, infligé au locataire pour le punir d'avoir émis en dehors de toute procédure des prétentions fondées sur le contrat de bail ou sur la loi. La norme vise à permettre au locataire d'exprimer librement ses prétentions sans avoir à craindre un congé.

Peu importe la nature des droits dont le locataire s'est prévalu ou entend se prévaloir, pourvu qu'il ne s'agisse pas de bagatelles. Il peut s'agir de droits relatifs au loyer et aux frais accessoires mais également de tous les autres droits garantis au locataire par le contrat, ses annexes, le CC, le CO ou l'OBLF, tel que le droit de consigner le loyer en cas de défaut de la chose louée, de demander des travaux ou de sous-louer les locaux.

Le locataire doit démontrer qu'il existe un rapport de cause à effet entre sa prétention et la résiliation. Plus la résiliation est, dans le temps, rapprochée de la prétention, plus le lien de causalité est probable (LCHAT, *Le droit du bail*, op. cit., p. 739-741).

Par prétention, il faut entendre toute réclamation extrajudiciaire du locataire ayant sa source dans le contrat ou le droit du bail. Les prétentions ne doivent pas nécessairement revêtir un caractère pécuniaire (CONOD, in BOHNET/MONTINI, *Droit du bail à loyer*, Commentaire pratique, n° 4 ad art. 271 CO; BARBEY, *Commentaire du droit du bail*, op. cit., n° 55, p. 127 et ss).

En revanche, l'article 271a al. 1 litt. a CO n'est pas applicable au locataire qui exige l'exécution de travaux à plus-value ou de prestations supplémentaires du bailleur (CONOD, op. cit., n° 6 ad art. 271a CO).

4.2 En l'espèce, aucune des conditions exceptionnelles fixées par les jurisprudences précitées n'est réalisée. En particulier, le montant impayé par les appelants ne peut pas être qualifié d'insignifiant. De même, l'arriéré de fermage n'a pas été réglé très peu de temps après l'expiration du délai comminatoire. Les appelants s'étaient de surcroît depuis fort longtemps acquittés des fermages avec retard et l'intimée n'a pas tardé à résilier le contrat après l'expiration du délai comminatoire.

Pour le surplus, les appelants ont échoué à démontrer qu'en leur ayant donné congé en application de l'article 282 CO, l'intimée serait en réalité mue par d'autres motifs, en particulier la volonté de vendre son établissement libre de tout occupant à un prix intéressant.

Au contraire, le fait que l'intimée ait accepté de suspendre la procédure portant sur la validité du congé donné pour l'échéance (cause C/1_____) jusqu'à droit jugé dans la présente cause ne milite pas en faveur de la thèse développée par les appelants.

Compte tenu de ce qui précède, les premiers juges n'ont pas violé l'article 271 al.1 CO en considérant que la résiliation litigieuse n'était pas contraire aux règles de la bonne foi.

Les appelants se contentent pour le surplus d'alléguer l'existence d'un congé de représailles sans développer leur argumentation et encore moins apporter d'éléments de preuve à l'appui de leurs dires.

Les premiers juges ont ainsi également correctement appliqué l'article 271a al. 1 let. a CO.

Le jugement querellé devra donc être confirmé.

- 5.** A teneur de l'art. 22 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_607/2012 du 21 février 2013 consid. 2.6).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ et B_____ SARL contre le jugement JTBL/265/2013 rendu le 1^{er} mars 2013 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/4646/2011-1-OSB.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente, Madame Daniela CHIABUDINI et Monsieur Laurent RIEBEN, juge; Madame Laurence CRUCHON et Monsieur Serge PATEK, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure à 15'000 fr.