

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12118/2010

ACJC/544/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 23 AVRIL 2012

Entre

SI A_____ EN LIQUIDATION, représentée par C_____ SA, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 17 novembre 2011, comparant par Me Claude Aberle, avocat, route de Malagnou 32, 1208 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

Monsieur B_____, domicilié à Genève, intimé, comparant en personne,

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25.04.2012.

EN FAIT

A. a. Par jugement du 17 novembre 2011, expédié pour notification aux parties le 24 novembre 2011 et reçu le lendemain par la SI A_____ en liquidation (ci-après : la SI), le Tribunal des baux et loyers a constaté l'inefficacité du congé notifié le 8 avril 2010 pour le 31 mai 2010 à B_____ pour un appartement de quatre pièces sis à Genève (ch. 1 du dispositif), a débouté la SI des fins de requête en évacuation (ch. 2), a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3) et a dit que la procédure est gratuite (ch. 4).

b. Par acte expédié le 21 décembre 2011, la SI appelle de ce jugement. Elle conclut, préalablement, à ce que la Cour ordonne la comparution personnelle des parties, l'audition du témoin D_____ et annule le jugement querellé, et, principalement, à ce que la Cour constate que le congé du 8 avril 2010 pour le 31 mai 2010 pour l'appartement litigieux est efficace, condamne B_____ à évacuer immédiatement de sa personne et de ses biens, ainsi que de tous tiers ou objets les locaux en cause, condamne B_____ à laisser lesdits locaux et dépendances en bon état de propreté et de réparations locatives, avec suite de frais et dépens, subsidiairement, à ce que la Cour l'achemine à prouver par tous moyens de droit les faits allégués, et, plus subsidiairement, au renvoi de la cause en première instance, avec suite de frais et dépens.

c. Dans sa réponse du 2 février 2011, B_____ a contesté l'appel déposé par la SI.

d. Les parties ont été informées par la Cour le 3 février 2011 de la mise en délibération de la cause.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. Le 14 juillet 1995, la SI a remis à bail à A_____ et son épouse, alors tous deux locataires, un appartement de quatre pièces, situé au rez-de-chaussée d'un immeuble sis à Genève.

Les locaux sont destinés à l'usage d'habitation.

Le contrat a été conclu pour une durée d'une année, du 1^{er} septembre 1995 au 31 août 1996, renouvelable par tacite reconduction d'année en année.

Le loyer annuel a été fixé à 14'400 fr., charges non comprises.

b. Suite au départ du domicile conjugal de son épouse, B_____ a repris, avec l'accord de la régie, le bail en son nom depuis avril 2008.

c. Au mois de juillet 2008, la régie en charge de la gestion de l'immeuble a eu connaissance par les SIG que B_____ avait déposé ses papiers en France voisine.

S'étant renseignée auprès de l'Office cantonal de la population, elle a appris qu'il avait quitté le canton de Genève le 29 août 2006 à destination de X_____.

d. Fin 2009, la régie a été contactée par un dénommé D_____, lequel lui a indiqué qu'il occupait l'appartement concerné et qu'il avait payé le loyer de novembre 2009 au moyen d'un bulletin de versement au nom de B_____.

e. Par courrier recommandé du 23 mars 2010, la SI a informé B_____ de ce qu'elle s'était aperçue qu'il sous-louait son appartement à D_____, sans autorisation préalable. Elle l'a mis en demeure de régulariser la situation et de réintégrer son logement dans les dix jours, à défaut de quoi le bail serait résilié.

Sans réponse de ce dernier, la SI a, par avis officiel du 8 avril 2010, résilié le bail, en application de l'article 257f al. 3 CO, pour le 31 mai 2010 au motif d'une "sous-location illicite malgré mise en demeure".

B_____ n'est pas allé retirer le pli à la poste et n'a pas contesté ce congé par la voie judiciaire.

f. Par requête déposée le 26 mai 2010, déclarée non conciliée à l'audience de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du 30 septembre 2010, et portée devant le Tribunal des baux et loyers le 5 octobre 2010, la SI a conclu au prononcé de l'évacuation de B_____ des locaux en cause, non libérés par lui à la fin du bail.

Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 11 novembre 2010, B_____ a déclaré qu'il avait toujours vécu dans le logement concerné et qu'il n'avait jamais sous-loué cet appartement. Pendant deux mois il avait hébergé gratuitement un ami, soit D_____ qui se séparait de son amie, et il logeait parfois des amis. Il était divorcé, résidait seul et accueillait parfois pour la nuit, ses enfants de 15, 11 et 6 ans. B_____ a précisé sa déclaration en indiquant que six ans auparavant, il avait vécu un mois en France avec son épouse à X_____, puis il était revenu en Suisse car il ne s'entendait plus avec elle. Pendant ce temps l'appartement était resté vide durant un mois. Pour sa part, il avait gardé son domicile officiel en France (où il n'habitait plus) à l'adresse de son ex-femme, à Y, car il payait moins de primes d'assurance maladie et de taxes pour ses véhicules. Concernant le loyer, il a indiqué qu'il remettait le montant du loyer à E_____ son associé qui le réglait par internet.

B_____ a encore expliqué qu'il détenait avec son associé E_____ une société "F_____ Inc." domiciliée à l'adresse de son appartement. En effet, lors de la création de celle-ci, il n'avait pas encore trouvé les locaux dont la société dispose actuellement à V. Il avait renoncé à déplacer son siège dans ses locaux actuels car le coût administratif de ce déplacement était très cher.

g. Par mémoire de réponse du 17 janvier 2011, B_____ a conclu à l'inefficacité du congé du 8 avril 2010 et au déboutement de la SI. Il a contesté le motif de la résiliation, en indiquant qu'il occupait l'appartement en personne. Il a précisé que c'était en août 2006 qu'il était parti vivre chez son épouse dans l'espoir d'une réconciliation, et que c'était en automne 2009 qu'il avait prêté pendant trois mois son appartement à D_____.

Il a produit un extrait du registre du commerce dont il résulte que la succursale de la société F_____ Inc, inscrite le 28 avril 2010, a son siège à l'adresse du logement concerné et que son directeur se nomme E_____.

h. Lors de l'audience d'enquêtes du 19 mai 2011, G_____, secrétaire auprès de C_____ SA, domiciliée au même numéro que l'appartement concerné, a déclaré que depuis environ 5 ans, elle avait constaté personnellement que B_____ n'habitait plus son logement, et que différentes personnes résidaient dans celui-ci. Depuis près de 4 ans, elle n'avait plus rencontré B_____ dans l'immeuble ni aux abords de celui-ci. Professionnellement, elle n'avait eu aucun contact avec lui. Celui-ci ne lui avait en particulier jamais parlé d'un Monsieur E_____, ni d'une société F_____ Inc.

Malgré ces constatations, la régie avait accepté de transférer le bail au seul nom de B_____, dès avril 2008.

G_____ a encore indiqué que malgré les informations reçues dès juillet 2008, la régie avait attendu mars 2010 pour réagir, d'une part pour prendre le temps de recueillir des preuves, d'autre part pour ne pas mettre le locataire à la porte du jour au lendemain. Dans l'intervalle, elle avait appris que l'appartement était occupé par D_____ et en mars 2010, elle avait eu la conviction que B_____ n'habitait plus personnellement dans cet appartement.

A l'appui de ses déclarations, elle a déposé une attestation (un texte préparé à l'avance) datée du 8 mars 2011 signée par 11 locataires des immeubles 55, 55A, dont il résulte que B_____ ne résidait plus à cette adresse.

H_____, ami de B_____, a déclaré qu'il le voyait souvent, que celui-ci lui avait dit qu'il habitait à Genève mais que lui-même ne s'était jamais rendu à son domicile. Il a encore indiqué qu'il mettait à disposition un local à V pour la société F_____ Inc.

Au terme de l'audience, B_____ a précisé que depuis début 2010, il partageait son appartement avec E_____, qu'il l'avait prêté à D_____ pendant 3 mois, soit d'octobre à décembre 2009, qu'il lui avait laissé de l'argent pour payer le loyer et que c'est lorsque ce dernier avait perdu le bulletin de versement qu'il était allé voir G_____. La régie avait ainsi appris que D_____ vivait dans son appartement.

i. Lors de l'audience d'enquêtes du 1^{er} septembre 2011, E_____ a déclaré qu'il était un ami de B_____, qu'il travaillait avec lui comme administrateur de la société F_____ Inc., et qu'il habitait dans l'appartement concerné où il avait son adresse officielle depuis bientôt 2 ans. Il occupait la deuxième chambre du logement. La société précitée pour laquelle il travaillait avait un bureau dans une chambre de l'appartement. B_____, qui habitait en France voisine et qui travaillait dans la restauration, avait un lit et des habits dans cette même chambre, ainsi que des meubles dans le salon. Il y venait 2 ou 3 fois par semaine pour se reposer lorsqu'il terminait vers 1h. ou 2h. son travail et qu'il n'avait pas le temps de se rendre chez lui. Il lui était arrivé de voir ses enfants passer dans l'appartement. Le loyer était pris en charge par B_____. Celui-ci lui remettait l'argent du loyer qu'il réglait au moyen des bulletins de versement libellés au nom de B_____.

B_____ a pour sa part déclaré qu'il avait pris contact avec les signataires de l'attestation déposée par G_____ et que ceux-ci lui avaient affirmé ne pas avoir apposé leurs signatures sur ce document.

j. Par mémoire après enquêtes du 28 septembre 2011, la SI a persisté dans ses conclusions. Elle se prévalait de ce que B_____ n'avait pas réintégré durablement l'appartement, lequel est utilisé à des fins commerciales et comme domicile d'une tierce personne non autorisée.

- C. a.** Dans son jugement du 17 novembre 2011, le Tribunal des baux et loyers a retenu que l'instruction de la cause n'avait pas permis d'établir que lors de la notification du congé, D_____ ou E_____ sous-louait l'appartement litigieux. Il a mis en évidence que la SI n'avait pas contesté le caractère gratuit de la mise à disposition du logement ni tenté d'apporter la preuve du contraire.

En hébergeant gratuitement dans un premier temps D_____ puis dans un deuxième temps E_____, B_____ n'avait pas contrevenu à son devoir de diligence.

b. A l'appui de son appel, la SI reproche au Tribunal des baux et loyers d'avoir mal établi et apprécié les faits de la cause, et d'avoir en conséquence opéré qu'une mauvaise application du droit. Elle fait valoir que tout au long de la procédure, B_____ a modifié sa version des faits et qu'il a agi de mauvaise foi. Ce comportement, ainsi que les divergences dans ses déclarations, auraient dû amener le Tribunal des baux et loyers à retenir que B_____ sous-louait son logement, à titre onéreux, tant à D_____ qu'à E_____.

La SI conteste également certains faits retenus par les premiers juges, en particulier que B_____ ait prêté gratuitement son appartement pendant plusieurs mois à D_____ et qu'il ait remis à E_____ les montants ayant permis de régler les loyers. Elle indique pour le surplus que B_____ sous-loue partiellement les

locaux à la société F_____ Inc., sous-location qui contrevient à la destination de l'appartement.

La SI reproche finalement au Tribunal des baux et loyers de ne pas avoir ordonné l'audition de D_____, en raison des incohérences dans les allégations de B_____. Elle se plaint ainsi d'une violation de son droit d'être entendu.

c. Dans sa réponse, B_____ indique qu'il souhaite conserver son logement. Il ne trouve "pas raisonnable qu'après avoir effectué des travaux importants", il doive quitter son appartement.

D. Les moyens soulevés par les parties seront examinés ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre un jugement notifié aux parties après le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure.

Ceci vaut pour la procédure en seconde instance.

En revanche, la procédure de première instance reste régie par l'ancien droit de procédure (art. 404 al. 1 CPC), soit l'ancienne Loi genevoise de procédure civile du 10 avril 1987 (ci-après : aLPC).

2. **2.1.** 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).

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 4C.310/1996 du 16 avril 1997 = 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 in : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel, 2010, p. 363; SPÜHLER BSK ZPO, no 8 ad art. 308).

Dans une contestation portant sur la validité d'une résiliation de bail, la valeur litigieuse est égale au loyer de la période minimum pendant laquelle le contrat sub-

siste nécessairement si la résiliation n'est pas valable, période qui s'étend jusqu'à la date pour laquelle un nouveau congé peut être donné ou l'a effectivement été. Lorsque le bail bénéficie de la protection contre les congés des art. 271 ss CO, il convient, sauf exceptions, de prendre en considération la période de protection de trois ans dès la fin de la procédure judiciaire qui est prévue par l'art. 271a al. 1 let. e CO (arrêts du Tribunal fédéral 4A_189/2011 du 4.7.2011 = ATF 137 III 389; 4A_367/2010 du 4.10.2010 consid. 1.1; 4A_127/2008 du 2.6.2008 consid. 1.1; 4A_516/2007 du 6.3.2008 consid. 1.1; ATF 136 III 196 consid. 1.1). Quant au dies a quo, il court dès la fin de la procédure judiciaire. Dès lors que la valeur litigieuse doit être déterminable lors du dépôt du recours, il convient de se référer à la date de la décision cantonale (arrêt 4A_187/2011 du 9.6.2011 et 4A_189/2011 du 4.7.2011).

2.2. En l'espèce, le loyer annuel, charges non comprises, s'élève à 14'400 fr. La procédure cantonale s'achèvera avec l'arrêt que prononcera la Chambre de céans. En prenant en compte la période de trois ans après cet arrêt, la valeur litigieuse est largement supérieure à 10'000 fr. (14'400 fr. x 3 ans + 5 mois de procédure cantonale = 49'200 fr.).

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

2.3. Selon l'art. 311 CPC, l'appel, écrit et motivé, est 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.

Déposé selon la forme et dans le délai prescrit, l'appel est recevable.

- 3.** La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen, tant en fait qu'en droit (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, op. cit., p. 349 ss, n. 121).
- 4.** L'appelante sollicite que la Chambre de céans ordonne la comparution personnelle des parties ainsi que l'audition d'un témoin.

4.1. L'instance d'appel peut ordonner des débats si l'affaire n'est pas en l'état d'être tranchée (cf. art 316 al. 1 CPC). Elle peut notamment administrer les preuves (art. 316 al. 3 CPC).

4.2. La comparution personnelle des parties ne paraît pas nécessaire. Ces dernières ont en effet eu l'occasion de s'exprimer à plusieurs occasions devant les premiers juges, non seulement lors de l'audition de comparution qui s'est tenue le 11 novembre 2010, mais également lors des deux audiences d'enquêtes des 19 mai et 1^{er} septembre 2011. Elles ont également pu faire valoir leurs positions longuement dans le cadre de leurs mémoires respectifs. Leurs déclarations ne sont ainsi pas susceptibles d'avoir une influence sur l'appréciation des preuves. L'appelante

n'explique au surplus pas sur quels éléments complémentaires pertinents elle souhaiterait se prononcer ou entendre sa partie adverse.

Quant à l'audition du D_____, il apparaît que l'appelante a déposé devant le Tribunal des baux et loyers une liste de témoins, dans laquelle elle n'a pas porté le nom du précité. Elle n'a plus sollicité la prorogation des enquêtes. Par ailleurs, l'audition de ce témoin ne s'avère non plus pas nécessaire, D_____ n'habitant plus dans le logement litigieux lors de l'envoi de la mise en demeure, respectivement de la résiliation du bail.

4.3. L'appelante sera dès lors déboutée de ses conclusions sur ce point.

- 5. 5.1.** La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 constitution fédérale, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant au fait de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (arrêt 4P.157/2002 du 16 octobre 2002). Il découle également du principe du droit d'être entendu l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision (ATF 129 I 232).

5.2. Dans le cas d'espèce, l'appelante fait valoir que son droit d'être entendu a été violé, le Tribunal n'ayant pas ordonné de son propre chef l'audition du témoin D_____. Ce faisant, l'appelante confond le droit d'être entendu et la portée de la maxime inquisitoriale sociale (ci-après : ch. 6.6). L'appelante a en effet été entendue lors de l'audience de comparution personnelle des parties, elle a déposé une liste de témoins et a pu participer à l'administration des preuves. Pour le surplus, le Tribunal des baux et loyers a dûment motivé sa décision et a indiqué les motifs ayant emporté sa conviction. L'appelante a pu se rendre compte de la portée du jugement et l'attaquer en toute connaissance de cause.

5.3. Le Tribunal n'a dès lors nullement violé le droit d'être entendu de l'appelante, de sorte que celle-ci sera déboutée de ses conclusions sur ce point.

- 6. 6.1.** Un congé est inefficace et dénué d'effet lorsqu'il ne satisfait pas aux exigences légales ou contractuelles auxquelles est subordonné son exercice. Ainsi, le congé motivé par le défaut de paiement de loyer, alors qu'en réalité, le loyer a été payé, le congé donné pour de justes motifs qui ne sont pas réalisés, le congé signifié pour une date qui ne correspond pas aux termes contractuels ou légaux (art. 266a al. 2 CO), le congé donné en raison d'une violation des devoirs de diligence qui se révélera inexistante et le congé anticipé donné à la suite d'un transfert de propriété, alors que le besoin n'est pas urgent, est inefficace (cf. ATF 121 III 156, 161 et ACJC/149/1997 du 17 février 1997, S. c/ de O. et M.). Les effets d'un congé inefficace ne sont pas reportés au prochain terme contractuel utile. L'art.

266a al. 2 CO n'est pas applicable au congé extraordinaire (ACJC/115/2005 du 14 février 2005, T. c/ Z.).

6.2. Selon l'art. 257f al. 3 CO, le bailleur peut, s'agissant d'une habitation ou de locaux commerciaux, résilier le contrat moyennant un délai de congé minimum de trente jours pour la fin d'un mois si le maintien du bail est devenu insupportable pour lui-même ou les personnes habitant la maison parce que le locataire, nonobstant une protestation écrite du bailleur persiste à enfreindre son devoir de diligence ou à manquer d'égards envers les voisins. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser que le libellé de cette disposition légale est trop restrictif et que le congé extraordinaire prévu par l'art. 257f al. 3 CO s'applique dans tous les cas où le locataire use de la chose en violation de la loi ou des stipulations du contrat (ATF 132 III 109 consid. 5 p. 113; 123 III 124 consid. 2a p. 126).

Le bailleur ne saurait tolérer une infraction sans réagir dans un délai raisonnable; sinon, il est réputé renoncer au droit de mettre fin au contrat de façon prématurée (HIGI, Commentaire Zurichois, no 52 ad art. 257f CO; WESSNER, Le devoir de diligence du locataire dans les baux d'habitation et de locaux commerciaux, publié in Séminaire du Droit du Bail, 2006, no 67, p. 19; arrêt du Tribunal fédéral du 17 mars 1997; DB 1999, p. 12, no 8; DB 1990, p. 6, no 3; Tribunal des baux de Zurich du 16.11.1995 publié in ZMPE/1996, no 1).

Est considéré comme raisonnable, un délai de quelques mois au plus (HIGI, op. cit., no 12 ad art. 257f CO; WESSNER, op. cit., no 27, p. 9; Tribunal des baux de Zurich du 16.11.1995, publié in ZMP/1996 no 1).

6.3 Une sous-location sans le consentement du bailleur peut justifier une résiliation anticipée du bail selon l'art. 257f al. 3 CO. Cette situation se présente lorsque le locataire passe outre un refus du bailleur de consentir à la sous-location ou qu'il s'abstient de demander l'autorisation de sous-louer.

Pour qu'une sous-location non autorisée puisse justifier une résiliation anticipée du bail en application de l'art. 257f al. 3 CO, il faut cependant que le bailleur ait été en droit de refuser son consentement (cf. art. 262 al. 2 CO), faute de quoi sa réaction serait purement formaliste et ne reposerait sur aucun intérêt légitime (cf. ATF 134 III 300 consid. 3.1 in fine p. 304; 134 III 446 consid. 2.2 in fine p. 449).

Il résulte de l'art. 262 al. 1 CO que le locataire ne peut sous-louer tout ou partie de la chose sans le consentement du bailleur. En conséquence, remettre la chose à bail à un tiers sans le consentement du bailleur constitue en soi une utilisation de la chose qui viole la loi. Une sous-location sans le consentement du bailleur peut justifier une résiliation anticipée du bail selon l'art. 257f al. 3 CO (ATF 134 III 300 consid. 3.1 p. 302, 446 consid. 2.2 p. 449). Il faut cependant que le bailleur somme préalablement le locataire de mettre fin à la sous-location; l'exigence selon

laquelle le maintien du bail doit être devenu insupportable n'a pas de portée propre (ATF 134 III 300 consid. 3.1 p. 302 ss, 446 consid. 2.2 p. 449; 132 III 109).

Les cas où le bailleur pourrait refuser son consentement sont énumérés à l'art. 262 al. 2 CO; il faut encore ajouter le cas où le locataire abuse de son droit à la sous-location au sens de l'art. 2 CC, parce que, dans ce cas de figure, le droit à la sous-location n'est pas protégé et qu'il faut raisonner comme s'il n'existait pas. La jurisprudence a admis que si le locataire a perdu toute idée de reprendre un jour l'usage de la chose louée et qu'il a procédé en réalité à une substitution de locataires par la voie détournée de la sous-location, il y a abus de droit et le locataire ne saurait se prévaloir de son droit de sous-louer (ATF 134 III 446 consid. 2.4 p. 450 et les arrêts 4A_181/2008 du 24.6.2008 consid. 2.4; 4C.199/1994 du 11.10.1994, consid. 4c, reproduit in SJ 1995 p. 227; 4C.124/1999 du 6.10.1999, consid. 4a, b et c; 4C.155/2000 du 30.8.2000, consid. 2b et c, reproduit in SJ 2001 I p. 17).

6.4. La sous-location est un contrat de bail à part entière, indépendant du bail principal, auquel il vient se superposer. La sous-location est donc un contrat onéreux. Sans loyer, il n'y a pas de sous-location mais un contrat de prêt à usage au sens des art. 305ss CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_47/2010 du 6.4.2010 consid. 3.2.3.; LCHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne, 2008 p. 566-567, ch. 2.1 et p. 82. ch. 1.6.1; NORDMANN, *La sous-location*, 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, 1998, p. 9; HIGI, *op. cit.*, no 12 ad art. 262; SCHARER/MAURENBRECHER, *Commentaire bâlois, Obligationenrecht I*, 4^{ème} édition, no 3 ad art. 305 CO; TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} édition, ch. 1969, p. 290). Dans ces deux cas, le locataire cède l'usage de la chose à un tiers, soit totalement, soit partiellement.

Le droit du locataire de sous-louer les locaux est un droit impératif. Le bail ne peut donc pas valablement prévoir des restrictions à l'exercice de ce droit sous réserve de celles prévues exhaustivement par la loi. L'art. 262 CO a été envisagé pour rendre service au locataire qui souhaite renoncer provisoirement aux locaux mais entend néanmoins à terme récupérer l'usage du bien loué. Le locataire n'est ainsi pas contraint de restituer les locaux et peut parallèlement diminuer la charge financière qu'ils représentent (LCHAT, *op. cit.*, p. 570 et note 33; BLANC, *La sous-location en pratique*, SJ 2005 II p. 109).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour les baux d'habitations, sauf stipulation contraire, le locataire n'est pas tenu d'occuper lui-même la chose louée (HIGI, *op. cit.*, no 27 ad art. 253 CO; SVIT-Kommentar Mietrecht, *op. cit.*, no 14 ad art. 257f CO; LCHAT, *op. cit.*, p. 80). L'usage normal des locaux d'habitation autorise l'hébergement des membres de la famille et des proches du locataire (arrêt 4A_47/2010 du 6.4.2010 consid. 3.1.1.; LCHAT, *Commentaire romand*, no 6 ad art. 253 CO et no 6 ad art. 257f CO; SVIT-Kommentar Mietrecht, *op. cit.*, no 13 ad art. 257f CO).

Le droit du locataire de prêter gratuitement les locaux à un tiers n'est pas prévu par le législateur, l'art. 262 CO ne couvrant pas cette éventualité. Le Tribunal fédéral a toutefois admis **que** lorsqu'un appartement est cédé gratuitement à un proche ou à un ami du locataire, aucune comparaison ne permet, même par analogie, d'assimiler cette situation à une sous-location régie par l'article 262 CO (ATF précité 4A_47/2010, consid. 3.2.3).

6.5. Le fardeau de la preuve du bien-fondé de la résiliation du bail incombe au bailleur, quand bien même l'action du locataire tend à la constatation de l'inefficacité du congé (ACJC/986/2007 du 3.9.2007 consid. 4.1). C'est au bailleur qu'il incombe de prouver que le locataire a violé ses obligations contractuelles et qu'il a persisté dans son comportement fautif après réception de la mise en demeure (art. 8 CC; arrêt du Tribunal fédéral du 10.01.1995, DB 1996, p. 6 no 2).

C'est au moment où la résiliation est donnée qu'il faut se replacer pour juger de sa validité, des circonstances postérieures n'étant pas de nature à vicier a posteriori une résiliation valablement donnée (ATF 4C.270/2001 du 26.11.2001, consid. 3/b/dd).

Aux termes de l'art. 186 al. 1 LPC, la partie qui allègue un fait, que ce soit pour déduire son droit ou sa libération, doit le prouver, à moins que l'autre partie ne déclare l'admettre ou que la loi permette de le tenir pour avéré. Selon la doctrine, il faut entendre par pièce tout objet de nature à établir l'existence d'un fait. On songe avant tout à des actes écrits. En l'absence de disposition contraire, il faut admettre que la production d'une pièce vaut preuve de l'existence de celle-ci, sous la forme résultant de son apparence. C'est à la partie à laquelle cette pièce est opposée qu'il incombera dès lors d'en contester formellement la réalité en alléguant sa fausseté ou sa falsification. La production d'une pièce qui contient elle-même des allégués de faits ne saurait par contre suffire à établir la réalité de ces faits eux-mêmes, pas plus qu'elle ne démontre l'existence de faits extérieurs à ce qui résulte de son apparence. Ainsi, les déclarations écrites émanant de personnes étrangères au procès et qui se limitent à attester des faits pour les besoins de la cause sont sans aucune portée probante quelconque; la partie à laquelle une telle déclaration est opposée n'a pas l'obligation d'en contester le contenu (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., no 4 ad art. 186 aLPC).

Doctrine et jurisprudence concordent à dire que seule la déposition orale devant le juge à valeur de témoignage. Les déclarations écrites de tiers se limitant à attester des faits pour les besoins de la cause sont dénuées de force probante; il s'agit d'un procédé contraire aux dispositions impératives de la aLPC en matière de preuves testimoniales (ATF non publié 4P.131/2005 et BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., no 4 ad art. 186 et no 1 ad art. 222 aLPC).

6.6. Aux termes de l'art. 274d al. 3 aCO (abrogé lors de l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011) et de l'art. 435 al. 1 et 2 aLPC, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves; pour leur part, les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Le principe d'instruction ainsi posé n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit ainsi pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties, les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il n'est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuve sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire prévue par le droit du bail ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III, 231 consid. 4a; SJ 2001 I 278 consid. 2a; arrêt 4C.458/1995 du 23 avril 1996, consid. 2a traduit in CdB 1996 p. 112). Les exigences sont plus sévères quant au devoir de collaboration des parties qui sont représentées par un avocat ou un mandataire professionnellement qualifié (arrêt 4P.297/2001 du 26 mars 2002 consid. 2a).

La maxime inquisitoriale sociale ne modifie pas le fardeau de la preuve, ni ne dispense les parties de proposer des moyens de preuve. La maxime inquisitoriale sociale ne saurait donc être comprise par les justiciables comme un commode oreiller de paresse, les autorisant à rejeter sur les épaules du juge l'ensemble des devoirs procéduraux qui leur incombent. Le juge doit s'assurer, en interpellant au besoin les parties, que leurs allégations et leurs offres de preuve sont complètes, mais il n'est obligé de le faire que si des doutes sérieux existent sur ce point. Les plaideurs doivent, quant à eux, participer de manière active à la conduite de l'instruction (ATF 125 III 231, consid. 4a ATF 107 II 236; ACJC/177/1992 du 19.6.1992, B. c/ S.I. X.; ACJC/34/1997 du 12.1.1997, S.I. E. c/ K.).

Les art. 429 al. 2 et 436 aLPC s'inscrivaient dans ces considérations sociales et imposaient au juge d'adopter un rôle actif dans la conduite des procès relatifs aux baux et loyers. Dans l'optique du législateur genevois, il était conforme au caractère informel de la procédure que les parties puissent s'expliquer oralement, raison pour laquelle la procédure commençait par une comparution des parties, à moins que toutes les parties y aient renoncé ou qu'une telle mesure s'avérait manifestement inutile (art. 429 al. 2 aLPC). Lors de l'audience de comparution personnelle des parties, le Tribunal débattait des faits allégués, de leur pertinence et des preuves offertes (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., no 1 ad. art. 436 aLPC).

L'art. 274d al. 3 aCO ne prévoyait pas un droit à une seconde chance dans l'administration des preuves, en raison notamment du principe de célérité et d'efficacité de la procédure relative aux litiges en matière de baux et loyers

(cf. art. 274d. al. 1 aCO). Ainsi, lorsqu'une partie, dûment invitée à compléter son offre de preuve, produisait des pièces dénuées de force probante, le juge était fondé à considérer que son offre de preuve était complète (ACJC/1144/2003 du 10.11.2003, B. c/ R.).

Le Tribunal peut marquer sa préférence, en économie de procédure, pour la production de pièces; il n'est pas tenu d'ordonner des enquêtes ou d'entendre une partie relativement à des faits qui peuvent être prouvés par pièces (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., no 3 ad art. 435 aLPC; ACJC/246/1998 du 16.03.1998).

L'art. 8 CC n'interdit pas au juge de refuser l'administration d'une preuve lorsqu'il anticipe que le résultat de la mesure probatoire ne sera pas susceptible de modifier son appréciation (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., no 3 ad art. 196 aLPC; ATF 114 II 289 = JdT 1989 I 86; SJ 1997, p. 54).

A moins que la loi ne prescrive le contraire le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires (art. 196 aLPC). C'est donc en se prévalant de la liberté que lui reconnaît l'art. 196 aLPC que le juge appréciera la portée des preuves recueillies au cours de l'instance. Sauf à faire preuve d'arbitraire, le juge ne retiendra un fait comme établi que s'il est convaincu de son existence, tout doute étant écarté; cette conviction peut être acquise sans qu'il y ait certitude (SJ 1983 p. 336; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., no 2 ad art. 196 aLPC).

En règle générale, l'appréciation des preuves n'intervient qu'à l'épuisement des moyens disponibles pour découvrir la vérité. Il est toutefois admis que le juge procède à une appréciation anticipée et refuse d'administrer une preuve s'il est convaincu que le moyen proposé, à supposer même qu'il aboutisse, ne serait pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires. Bien que reconnue (ATF 114 II 289 = JdT 1989 I 86; 109 II 31 = JdT 1983 I 264), cette faculté doit être utilisée avec prudence et réserve (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., no 3 ad art. a196 LPC).

6.7. En l'espèce, l'appelante a motivé la résiliation extraordinaire du bail du 8 avril 2010 pour le 31 mai 2010 par la sous-location non autorisée de l'appartement, en dépit de la mise en demeure adressée à l'intimé le 23 mars 2010.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, il n'appartenait pas aux premiers juges d'ordonner l'audition de D_____. En effet, et comme rappelé ci-avant, le juge est tenu d'interpeller, dans une certaine mesure, les parties sur leurs allégués et leurs offres de preuve. La maxime inquisitoriale sociale n'impose toutefois pas au juge de solliciter de son propre chef l'apport de certaines preuves, ce d'autant que l'appelante était assistée d'un avocat, rompu au droit du bail. Les premiers juges ne devaient pas non plus indiquer à l'appelante qu'elle pouvait solliciter la

prorogation des enquêtes, pour faire procéder à l'audition de témoins qu'elle n'avait pas portés sur sa première liste. Pour le surplus, l'audition de ce témoin n'était pas propre à prouver les faits allégués. En effet, lors de l'envoi de la mise en demeure de réintégrer le logement, D_____ n'occupait plus l'appartement, n'ayant logé dans celui-ci que durant trois mois, à la fin de l'année 2009. Le Tribunal des baux et loyers n'a en conséquence pas violé la maxime inquisitoire, ni d'ailleurs le droit à la preuve.

L'appelante soutient que les premiers juges devaient retenir que l'intimé avait sous-loué son appartement, à titre onéreux, en raison de contradictions dans les déclarations de l'intimé au cours de la procédure. Il appartenait à l'appelante non seulement d'alléguer cet élément, ce qu'elle n'a pas fait, mais également d'offrir de prouver que l'intimé aurait sollicité un loyer en contrepartie de la mise à disposition partielle de son logement.

En ce qui concerne l'attestation déposée en audience d'enquêtes par l'employée de la régie, il s'agit d'un affidavit, lequel n'a aucune force probante. Sur ce point non plus, l'appelante n'a pas sollicité l'audition de témoins, permettant d'établir les faits relatés dans cette pièce. C'est dès lors à bon droit que le Tribunal des baux et loyers n'a pas retenu cet élément, dans le cadre de l'appréciation des preuves.

Enfin, l'appelante fait valoir que l'intimé sous-louait partiellement les locaux. D'une part, elle ne s'est prévalué ni dans la mise en demeure, ni dans l'avis de résiliation d'une utilisation des locaux non conforme aux clauses contractuelles. D'autre part, l'instruction du dossier n'a pas permis de mettre en évidence que l'intimé aurait utilisé son logement à des fins professionnelles.

Comme l'a retenu le Tribunal des baux et loyers, il ressort des pièces et des témoignages recueillis que la sous-location, à titre onéreux de l'appartement n'a pas été démontrée. En particulier, aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'intimé aurait cédé partiellement ou totalement l'usage de son logement contre paiement d'un loyer. A une occasion, D_____ s'est occupé du paiement du loyer auprès de la régie. Il a toutefois utilisé le bulletin de versement libellé au nom de l'intimé. Quant à E_____, il a déclaré, sous la foi du serment, que le loyer était pris en charge par l'intimé, lequel lui remettait l'argent afin de procéder au versement.

Tel que cela résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, et à défaut de disposition particulière du bail, non réalisée en l'espèce, l'intimé est en droit d'héberger gratuitement un ami. Ce prêt à usage ne contrevient pas à une utilisation soignée de la chose louée. Par ailleurs, il ne peut être reproché à l'intimé de n'occuper que sporadiquement son appartement, faute de stipulations contractuelles contraires.

Finally, the Court also holds that the appellant was aware of the handing over of the accommodation to third parties from July 2008. Despite her findings, she accepted to transfer the lease to the sole name of the defendant in April 2008. In spite of the conviction she had acquired, she waited until March 2010, even though she should have acted quickly.

Consequently, the conditions of art. 257f CO are not fulfilled, so that it is rightly found that the Tribunal des baux et loyers has declared the nullity of the notice of termination notified to the defendant.

6.8. The appellant will thus be dismissed on her conclusions.

7. The procedure is free of charge, so that no fees are incurred nor costs awarded (art. 17 al. 1 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 21 décembre 2011 contre le jugement JTBL/1353/2011 rendu le 17 novembre 2011 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/12118/2010-4-B.

Au fond :

Confirme le jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Madame Elena SAMPEDRO, juges; Monsieur Maximilien LÜCKER et Madame Maude JAQUIERY, juges assesseurs; Madame Maité VALENTE, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Maité 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. 2.1).