

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12842/2010

ACJC/955/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU MERCREDI 7 AOÛT 2013

Entre

HOIRIE DE FEU A_____, soit pour elle : **Madame B_____**, domiciliée _____ (Italie), **Madame C_____**, domiciliée _____ (Italie) et **Monsieur D_____**, domicilié _____ (Vaud), appelants d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 26 avril 2012, comparant par l'ASLOCA, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en les bureaux de laquelle ils font élection de domicile,

et

Monsieur E_____, domicilié _____ (Genève), intimé, comparant par Me Michel Bosshard, avocat, rue de Candolle 16, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 09.08.2013.

EN FAIT

- A. Par acte expédié au greffe de la Cour le 4 juin 2012, l'Hoirie de feu A_____, soit B_____, C_____ et D_____ forment appel du jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 26 avril 2012, JTBL/379/2012, communiqué le 2 mai 2012. Ce jugement, sur demande principale, constate la validité du congé notifié par E_____ à A_____ le 18 mai 2010 pour le 28 février 2011, et, sur demande reconventionnelle, condamne B_____, C_____ et D_____ à évacuer immédiatement de leur personne, de leurs biens et de tout tiers dont ils sont responsables, l'appartement de quatre pièces situé au 5^{ème} étage de l'immeuble sis 9, rue F_____ à Genève.

Les appelants concluent, préalablement, à l'ouverture d'enquêtes afin d'auditionner notamment G_____, H_____, I_____ et J_____ et, principalement, à l'annulation dudit jugement et du congé du 18 mai 2010; à titre subsidiaire, ils concluent à l'annulation dudit jugement et au renvoi de la cause au Tribunal pour instruire la question de la volonté d'A_____ de réintégrer le logement et pour annuler le congé du 18 mai 2010; à titre plus subsidiaire, ils concluent à l'annulation dudit jugement, à l'octroi d'une pleine et entière prolongation du bail d'une durée de quatre ans, à l'autorisation des appelants de libérer les locaux en tout temps, moyennant un préavis d'un mois pour la fin d'un mois; à titre encore plus subsidiaire, ils concluent à l'annulation dudit jugement et au renvoi de la cause au Tribunal pour instruction sur la question de la demande de prolongation de bail formée par les appelants et à l'octroi d'une pleine et entière prolongation de bail échéant au 1^{er} mars 2015.

E_____ conclut au déboutement des appelants de toutes leurs conclusions avec suite de dépens.

- B. Il résulte du dossier les faits pertinents suivants :

En date du 13 mars 1973, K_____, époux d'A_____, et la Société immobilière L_____, propriétaire, ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de quatre pièces situé au 5^{ème} étage de l'immeuble sis 9, rue F_____ à Genève.

Le contrat a été conclu pour une durée de trois ans, du 1^{er} mars 1973 au 28 février 1976, renouvelable ensuite tacitement d'année en année, sauf résiliation signifiée trois mois avant l'échéance du bail.

Le montant du loyer, charges non comprises, a été initialement fixé à 2'916 fr. par an. Il a été fixé en dernier lieu à 710 fr. par mois.

En date du 31 juillet 2001, A_____ est devenue seule titulaire du bail.

A une date indéterminée, l'immeuble a été acquis par E_____.

Depuis 2003, la locataire a effectué de nombreux séjours à l'Hôpital cantonal de Genève (ci-après : HUG), réintégrant son appartement après chacune de ces hospitalisations. Début janvier 2009, elle a été hospitalisée aux HUG, puis transférée à la Clinique de M_____ pour un séjour en vue d'un éventuel retour à son domicile avec un encadrement médical.

En date du 30 novembre 2009, A_____ a été admise à l'EMS N_____ où elle a été officiellement domiciliée depuis cette date. Sa petite-fille, G_____, a emménagé dans l'appartement quelques jours avant son départ, soit le 24 novembre 2009; elle y est toujours domiciliée.

Par courrier du 1^{er} avril 2010, O_____ SA représentant le bailleur (ci-après : la régie) s'est adressé à A_____ en indiquant avoir appris qu'elle habitait depuis un certain temps dans un EMS et qu'il apparaissait qu'elle avait cédé son appartement à sa fille, sans en avoir requis l'autorisation au préalable. La régie a mis la locataire en demeure de résilier le bail pour son échéance du 31 août 2010 le 15 mai 2010 au plus tard, à défaut de quoi le contrat serait résilié pour sous-location abusive.

Par courrier du 9 avril 2010, A_____ a répondu qu'elle vivait dans l'appartement concerné depuis 1954 et qu'elle avait été contrainte de résider dans un EMS en raison de problèmes de santé. Elle a précisé ne pas avoir informé la régie de cette situation, espérant pouvoir retourner vivre dans son appartement, auquel elle était attachée vu le nombre d'années qu'elle y a vécu. Elle a contesté avoir sous-loué ce dernier à sa fille et a sollicité que le bail *«reste soit à mon nom ou bien qu'il soit cédé à ma petite-fille et ainsi changer le titulaire du bail»*.

Par courrier du 3 mai 2010 adressé à la locataire, la régie, exposant qu'il était évident, au vu du changement de domicile effectué auprès de l'Office cantonal de la population, qu'elle n'allait pas réintégrer son domicile, a réitéré sa mise en demeure d'obtenir la résiliation du bail le 15 mai 2010 au plus tard pour le 31 août 2010, faute de quoi elle procéderait elle-même à cette résiliation.

Par avis du 18 mai 2010, le bailleur a résilié le bail d'A_____ pour le 31 août 2010.

Par lettre du 26 juillet 2010, P_____, fille de la locataire, s'était étonnée de trouver porte close le 30 novembre 2009 et l'appartement litigieux occupé par une de ses nièces, précisant qu'en aucun cas sa mère n'aurait pu réintégrer son domicile auquel elle tenait tant et que celle-ci était dans l'ignorance de cette occupation.

En date du 8 juin 2010, A_____ a saisi la Commission de conciliation en matière des baux et loyers d'une requête en annulation de congé et en prolongation de bail.

A_____ est décédée le 11 juin 2010.

Par décision du 21 mars 2011, la Commission de conciliation en matière des baux et loyers a déclaré valable le congé et refusé toute prolongation du bail.

Par requête du 26 avril 2011, l'Hoirie de feu A_____, soit pour elle B_____, C_____ et D_____, ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal des baux et loyers.

Les demandeurs ont conclu à ce que le Tribunal, principalement, annule le congé du 18 mai 2010 et, subsidiairement, leur accorde une prolongation de bail d'une durée de 4 ans, échéant le 1^{er} mars 2015, et les autorise à libérer les locaux en tout temps, moyennant un préavis d'un mois pour la fin d'un mois.

A l'appui de leurs conclusions, ils ont fait valoir qu'A_____ avait hébergé G_____, qui s'occupait d'elle avant son séjour en EMS, tout en continuant à s'acquitter de son loyer et que les héritiers permettaient aujourd'hui à celle-ci d'y vivre. Ils ont précisé que les héritiers vivaient à Genève dans l'appartement litigieux quatre ou cinq mois par an depuis de nombreuses années.

Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 31 août 2011, le Tribunal a constaté la substitution de feu A_____ par B_____, C_____ et D_____. Le bailleur, non présent, était représenté par son conseil, qui n'a pas contesté la qualité d'héritiers des demandeurs.

B_____, représentant tous les membres de l'Hoirie, a expliqué que sa fille, G_____, avait emménagé dans l'appartement concerné à la fin du mois de novembre 2009 pour s'occuper de sa grand-mère, ainsi qu'elle l'avait déjà fait pendant un mois et demi au cours de l'été précédent. Elle a précisé qu'une partie du loyer mensuel était payé par sa mère, le solde étant payé par les trois héritiers et G_____ elle-même, celle-ci payant l'intégralité du loyer depuis qu'elle avait commencé à travailler en avril 2011. Elle a précisé par ailleurs que les héritiers logeaient sporadiquement dans l'appartement concerné, alors que G_____ y vivait tout le temps. Son fils, Q_____, y habitait depuis le mois de janvier 2011, s'étant séparé de son épouse, alors que son autre fille, R_____, était également venue aider sa grand-mère depuis 1996 jusqu'à son décès.

Par écritures de réponse transmises au greffe du Tribunal des baux et loyers par IncaMail le 21 septembre 2011, puis envoyées par pli postal du 22 septembre 2011, le bailleur a, principalement, conclu à la validité du congé et au refus de toute prolongation de bail. Reconventionnellement, il a conclu à la condamnation

des demandeurs à évacuer l'appartement concerné, sous menace de la peine de l'art. 292 CP.

Par écritures du 30 septembre 2011, B_____, C_____ et D_____ ont sollicité l'ouverture d'enquêtes et ont conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle du bailleur.

Par courrier du 3 octobre 2011, le bailleur a conclu à ce que les écritures et pièces des demandeurs du 30 septembre 2011 soient écartées de la procédure, ayant été déposées hors délai.

Lors de l'audience de plaidoiries du 12 octobre 2011, le bailleur a persisté dans ses conclusions.

Par écritures du 9 novembre 2011, B_____, C_____ et D_____ ont persisté dans leurs conclusions et conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle en évacuation du bailleur, au motif que la procédure principale avait pour objet une demande en annulation de congé et subsidiairement en prolongation de bail, et non une constatation de l'inefficacité du congé.

La cause a été remise pour plaider à l'audience du 30 novembre 2011 et gardée à juger à l'issue de celle-ci.

- C. Le jugement querellé considère recevable la demande reconventionnelle en évacuation, la requête principale tendant pour l'essentiel à l'annulation du congé et, subsidiairement, à l'octroi d'une prolongation. Les conclusions du 30 septembre 2011, ainsi que les pièces sont également recevables, ayant été déposées 10 jours avant l'audience de plaidoirie du 12 octobre 2011. Sur le fond, le jugement querellé considère que, bien que fondé sur des motifs pouvant justifier une résiliation anticipée, le congé doit être considéré comme un congé ordinaire, le bailleur ayant clairement manifesté sa volonté, dans sa lettre de mise en demeure du 3 mai 2010, de résilier le bail pour sa prochaine échéance trimestrielle. Le congé motivé par la sous-location non autorisée est valable, puisque le retour d'A_____ n'était plus envisageable après son entrée en EMS. L'échéance du bail était la fin du mois de février, de sorte que les effets du congé, donnés pour le 31 août 2010, doivent être reportés à cette échéance. Aucune prolongation de bail ne doit être accordée, puisque B_____, C_____ et D_____ n'ont aucun intérêt personnel à la prolongation du bail, qu'ils ne peuvent pas se prévaloir des conséquences pénibles du congé pour leur sous-locataire, et qu'au surplus, ni ceux-ci, ni G_____ n'ont démontré avoir effectué la moindre recherche pour se reloger. Enfin, l'évacuation doit être prononcée, B_____, C_____ et D_____ ne disposant plus d'aucun titre juridique les autorisant à rester dans l'appartement concerné, toutefois sans que celle-ci ne soit assortie de la menace de la peine prévue à l'article 292 CP, dans la mesure où rien n'indique que ceux-ci ne se conformeront pas à la décision de justice rendue.

- D. A l'appui de leurs conclusions, les appelants complètent les faits, en ce sens que G_____ avait déjà passé plusieurs mois dans le logement litigieux avant novembre 2009, afin d'assister sa grand-mère malade. Le Tribunal devait statuer sur leur demande d'instruction, afin de déterminer l'intention d'A_____ de réintégrer son logement en automne 2009 et au printemps 2010, de démontrer que le changement de l'adresse officielle d'A_____ auprès de l'Office cantonal de la population n'était pas le fait de la défunte, mais de l'assistante sociale en charge de son dossier et, enfin, d'entendre G_____, qui pourrait confirmer que, de l'été 2009 jusqu'au moment de la résiliation du bail, elle ne participait pas au paiement du loyer. Le jugement présente une appréciation arbitraire des faits, en retenant la perte d'intention d'A_____, en mai 2010, de réintégrer son logement sitôt que sa santé le lui aurait permis. Il n'y avait pas sous-location, puisque la volonté d'A_____ de céder la possession de son logement manquait et que l'aide apportée par ses enfants ne pouvait pas être considérée comme un sous-loyer. Enfin, le jugement consacre une violation du droit en considérant que les appelants n'avaient aucun intérêt personnel à la prolongation du bail.

EN DROIT

1. **1.1.** Le jugement querellé a été communiqué aux parties le 2 mai 2012, en sorte que la présente procédure est soumise au nouveau droit, en application de l'art. 405 al. 1 CPC, selon lequel les «recours» sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties. L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

La valeur du litige est déterminée par les conclusions, la valeur résultant des conclusions subsidiaires n'étant pas prise en compte (art. 91 al. 1 CPC). Lorsque le litige porte sur l'annulation du congé, la valeur litigieuse correspond au montant du loyer brut dû pour la période pendant laquelle le bail subsiste nécessairement au cas où la résiliation n'est pas valable. En pratique, il convient de prendre en considération le loyer brut pour la période de trois ans de l'art. 271a al. 1 let. e CO. En la présente occurrence, la valeur litigieuse est supérieure au montant minimum de 10'000 fr. pour la recevabilité d'un appel, le loyer, charges non comprises, ayant été fixé en dernier lieu à 700 fr. par mois. En conséquence, cette voie est ouverte contre la décision entreprise.

L'appel formé respecte le délai indiqué dans la décision, celui de l'art 311 al. 1 CPC en application de l'art. 142 CPC, et en outre les conditions de forme; il est conséquemment recevable.

1.2. L'appel sera déclaré fondé en cas de violation du droit ou de constatation inexacte des faits, selon l'art. 310 let. a et b CPC.

1.3. Les maximes de procédure qui ont prévalu en première instance s'appliquent également en appel (VOLKART, DIKE-Komm-ZPO, 2011, n° 7 ff. zu art. 316 ZPO; REETZ/HILBER, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n° 16 zu art. 316 ZPO).

La requête en annulation de congé et en prolongation de bail ayant été déposée avant le 1^{er} janvier 2011, la procédure devant le Tribunal était régie par l'ancien droit de procédure (art. 404 al. 1 CPC), lequel prescrivait la maxime inquisitoire (art. 274d al. 3 aCO), qui s'appliquera également en appel.

- 2.** Les appelants considèrent que c'est à tort que les premiers juges n'ont pas retenu que G_____ avait déjà passé plusieurs mois dans le logement litigieux avant novembre 2009, afin d'assister sa grand-mère malade.

Les premiers juges ont retenu sur la base du procès-verbal de comparution personnelle des parties du 31 août 2011 que G_____ avait emménagé dans l'appartement concerné à la fin du mois de novembre 2009 pour s'occuper de sa grand-mère, ainsi qu'elle l'avait déjà fait pendant un mois et demi au cours de l'été précédent. Il n'est pas fait mention dans ce procès-verbal et il ne découle pas de la procédure que G_____ avait emménagé plus d'un mois et demi dans l'appartement concerné avant novembre 2009. Les appelants échouent donc à prouver que les premiers juges auraient opéré une constatation inexacte des faits au sens de l'art. 310 let. b CPC.

L'état de fait de la décision ne peut donc pas valablement être remis en cause.

- 3.** Les appelants considèrent que le Tribunal devait statuer sur leur demande d'instruction qu'ils renouvellent en appel, d'une part afin de déterminer l'intention d'A_____ de réintégrer son logement en automne 2009 et au printemps 2010, sitôt que sa santé le lui aurait permis et, d'autre part, de démontrer que le changement de l'adresse officielle d'A_____ auprès de l'Office cantonal de la population n'était pas le fait de la défunte, mais de l'assistante sociale en charge de son dossier; l'ouverture des enquêtes aurait également permis d'entendre G_____, qui aurait pu confirmer que, de l'été 2009 jusqu'au moment de la résiliation du bail, elle ne participait pas au paiement du loyer, puisque son objectif était d'assister sa grand-mère et qu'elle n'en avait pas les moyens, ce qui excluait toute sous-location.

La maxime inquisitoire sociale (art. 274d al. 3 aCO) a été adoptée pour tenir compte du nombre important de cas dans lesquels les plaideurs sans connaissance juridique comparaissent en personne. Ce principe ne doit toutefois pas être compris comme un commode oreiller de paresse autorisant les parties à rejeter sur

les épaules du juge l'ensemble des devoirs procéduraux leur incombant (ACJC/878/2003).

En application de la maxime inquisitoire, le juge doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des preuves et s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Son obligation ne va toutefois pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner les preuves et de les présenter. La maxime inquisitoire prévue par le droit du bail ne permet pas d'étendre à bien plaider l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231).

La maxime inquisitoriale sociale ne modifie pas le fardeau de la preuve, ni ne dispense les parties de proposer des moyens de preuve. Le juge doit s'assurer, en interpellant au besoin les parties, que leurs allégations et leurs offres de preuves 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; ATF 107 II 236; ACJ n° 177 du 19.06.1992, B. c/ S.I. X.; ACJ n° 34 du 12.01.1997, S.I. E. c/ K.).

Lorsque l'affaire n'est pas en état d'être tranchée, l'instance d'appel peut administrer les preuves (art. 316 al. 3 CPC), si cette dernière estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve, alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions et/ou faits nouveaux (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté 2011, art. 316, n. 3 ss).

C'est à juste titre que les premiers juges n'ont pas ordonné l'ouverture d'enquêtes, puisque les appelants n'ont pas indiqué sur quoi elles devaient porter, et que la cause était en état d'être jugée après l'audience fixée pour plaider faisant suite à la réponse des appelants sur la demande reconventionnelle. Au stade de l'appel et en l'absence de faits nouveaux, légalement invocables (art. 317 CPC), la Cour constate que la cause reste en état d'être jugée et il ne sera donc pas donné suite à la requête des appelants en complément de l'instruction (art. 316 CPC), qui doit s'en tenir aux faits pertinents pour statuer sur l'objet du litige.

4. Avant de se pencher sur la question de la sous-location, il y a lieu, préalablement, de constater si le contrat de bail à loyer a fait l'objet d'une résiliation ordinaire, comme l'a retenu le Tribunal, ou d'une résiliation anticipée.

Le congé ordinaire est celui prévu par l'art. 266a CO, aux termes duquel, lorsque le bail est de durée indéterminée, une partie peut le résilier en observant les délais de congé et les termes légaux sauf si un délai plus long ou un autre terme ont été convenus (al. 1). Lorsque le délai ou le terme de congé n'est pas respecté, la résiliation produit effet pour le prochain terme pertinent (al. 2).

Le congé extraordinaire est celui qui est donné de manière anticipée, en particulier en application des art. 257d al. 2 ou 257f al. 3 CO.

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).

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.

Dans le premier cas, s'il était en droit de refuser son consentement pour l'un des motifs de l'art. 262 al. 2 CO, le bailleur peut résilier le bail conformément à l'art. 257f al. 3 CO (LCHAT, Commentaire romand, n. 4 ad art. 262 CO; HIGI, Zürcher Kommentar, n. 49 ad art. 262 CO; ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^e éd., p. 175). Comme le refus du consentement n'équivaut pas à la protestation exigée par l'art. 257f al. 3 CO, le bailleur devra toutefois avoir préalablement sommé en vain le locataire de mettre un terme à la sous-location (HIGI, *ibid.*) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_516/2007 du 06.03.2008 consid. 3.1).

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).

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).

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 = arrêt du Tribunal fédéral 4A_181/2008 du 24.06.2008 consid. 2.4; arrêts du Tribunal fédéral 4C.199/1994 du 11.10.1994, consid. 4c, reproduit in SJ 1995 p. 227; 4C.124/1999 du 06.10.1999, consid. 4a, b et c; 4C.155/2000 du 30.08.2000, consid. 2b et c, reproduit in SJ 2001 I p. 17).

Même si les conditions d'une résiliation anticipée sont réunies, le bailleur peut y renoncer et donner le congé ordinaire (ATF non publié du 21 février 1994; LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 663). Le bailleur qui résilie le bail de façon anticipée et accorde un préavis de congé plus long (par exemple trois mois) n'admet pas nécessairement que le maintien du bail soit supportable (LACHAT, *op. cit.*, p. 682 note 135). Selon la jurisprudence de la Cour de justice, le bailleur qui accorde un préavis de congé plus long que celui prévu par l'art. 257f al. 3 CO ne transforme pas pour autant un congé extraordinaire en congé ordinaire (ACJC/1405/2003 du 12 décembre 2003).

La résiliation est une déclaration unilatérale de volonté, dont l'interprétation doit être effectuée selon le principe de la confiance. Cette interprétation objective conduit le juge à dégager le sens que le destinataire d'une déclaration peut et doit lui attribuer selon les règles de la bonne foi, d'après le texte et le contexte, ainsi que les circonstances qui l'ont précédée ou accompagnée (ACJC/247/2009 du 9 mars 2009 et références citées).

Le Tribunal a retenu que le congé doit être considéré comme un congé ordinaire, bien que fondé sur des motifs pouvant justifier une résiliation anticipée, vu l'intention annoncée du bailleur de résilier le bail pour sa prochaine échéance, de sorte qu'A_____ ne pouvait pas comprendre qu'il s'agissait d'un congé extraordinaire.

Or, l'avis de résiliation du 18 mai 2010 indique clairement que le congé est fondé sur l'article 262 al. 2 let. a CO, permettant une résiliation anticipée, et fait expressément référence à la lettre du 3 mai 2010 du représentant du bailleur, qui fait état d'une sous-location non autorisée en se référant à son courrier du 1^{er} avril 2010, indiquant que sans nouvelle de la part d'A_____ d'ici au 15 mai 2010, celui-ci résilierait le bail pour sa prochaine échéance trimestrielle, soit au 31 août 2010, et non pour la prochaine échéance contractuelle du contrat, qui elle intervenait à fin février 2011. Au vu de ce qui précède et conformément à la

jurisprudence de la Cour de justice, les premiers juges ont retenu à tort un congé ordinaire, alors qu'il s'agit en réalité d'un congé extraordinaire fondé sur l'art. 257f al. 3 CO pour sous-location non autorisée.

5. Les appelants estiment qu'il n'y avait pas une sous-location, puisque A_____ n'avait pas la volonté de céder, en tout ou en partie, l'utilisation de son logement à titre onéreux, soit contre un montant en guise de loyer. En outre, l'aide apportée par ses enfants ne pouvait pas être considérée comme un sous-loyer, puisque cette aide n'intervenait pas dans le but de pouvoir utiliser le logement, mais en celui de subvenir à l'obligation morale d'entretien de leur parente.

L'art. 262 al. 1 CO prévoit que le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur.

La sous-location est un contrat de bail à part entière, indépendant du bail principal, auquel il vient se superposer et dont les éléments caractéristiques sont la cession de l'usage d'une chose pendant une certaine durée moyennant le paiement d'un loyer. Elle est un contrat onéreux et une solution provisoire en ce sens que le locataire ne doit pas avoir définitivement exclu de revenir dans les locaux loués. D'une manière plus générale, il n'est socialement pas admissible qu'un locataire ayant définitivement décidé d'abandonner son logement le sous-loue dans le seul but d'en garder la maîtrise, par exemple parce qu'il est bon marché. Par ce biais, des locataires peu scrupuleux «assèchent» le marché locatif, et ne permettent pas aux ménages qui en ont le plus besoin de disposer de logements familiaux (LACHAT, *op. cit.*, p. 70 et pp. 566). En l'absence de «sous-loyer», il n'y a pas de sous-location. Ainsi, le simple hébergement de proches ou le concubinage ne constituent pas un contrat de sous-location (Julien Blanc, *La sous-location en pratique*, p. 107 in SJ 2005 II 106). Le Tribunal fédéral a 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 4A_47/2010 du 6 avril 2010).

6. Le Tribunal fédéral qualifie d'inefficace la résiliation anticipée donnée sans que toutes les conditions légales requises par la loi soient réalisées (ATF 121 III 156 consid. 3c). Sont inefficaces toutes les résiliations de bail qui respectent certes les exigences légales de forme (art. 266l à 266o CO), mais pour lesquelles une condition matérielle, légale ou contractuelle fait défaut. L'inefficacité est une forme de nullité (LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 729).

Le congé extraordinaire donné en violation des prescriptions des art. 257d al. 2 et 257f al. 3 CO est inefficace et sa conversion en congé ordinaire est exclue, sauf, éventuellement, lorsque l'échéance contractuelle est proche de celle pour laquelle le congé anticipé a été donné.

Le bailleur qui notifie un congé extraordinaire doit prouver les faits qui en sont la condition (arrêt du Tribunal fédéral 4A_367/2010 du 04.10.2010 consid. 2.2).

Le Tribunal a considéré qu'il s'agissait d'une sous-location, G_____ occupant seule l'appartement de quatre pièces depuis la fin du mois de novembre 2009 et étant officiellement domiciliée à cette adresse dès le 24 novembre 2009. Le Tribunal a admis que, dans un premier temps, la sous-locataire était assistée par sa mère, voire ses oncle, tante et grand-mère dans le paiement du loyer que, jusqu'en avril 2011, ses ressources ne lui permettaient pas de payer intégralement, après quoi elle avait assumé le loyer en totalité selon les dires protocolés lors de la comparution personnelle du 31 août 2011. Enfin, A_____ a fait état de son souhait de transférer son bail à sa petite-fille par courrier du 9 avril 2010 et son retour à domicile n'était plus envisageable après son entrée en EMS.

Toutefois, les éléments retenus par le Tribunal ne sont pas suffisants à établir l'existence d'un contrat de sous-location au moment de la résiliation du bail. C'est la petite-fille de la locataire qui avait emménagé dans l'appartement concerné; celle-ci occupait cet appartement depuis moins de six mois et elle avait emménagé dans cet appartement pour s'occuper de sa grand-mère, ainsi qu'elle l'avait déjà fait pendant un mois et demi au cours de l'été précédent; P_____ a confirmé, par lettre du 26 juillet 2010, que sa mère avait ignoré cette occupation; enfin, au moment de la résiliation du bail, une partie du loyer était payée par la locataire, le solde étant payé par les trois héritiers et G_____ elle-même. La procédure n'a donc pas permis d'établir que les conditions de la sous-location étaient réunies au moment de la résiliation du bail, ou du moins le bailleur n'a pas apporté la preuve de ces conditions, alors qu'il en avait le fardeau.

Dans cette mesure, la résiliation du bail doit être annulée.

7. Les appelants estiment que le jugement présente une appréciation arbitraire des faits, en retenant la perte d'intention d'A_____, en mai 2010, de réintégrer son logement sitôt que sa santé le lui aurait permis. En outre, les premiers juges auraient apprécié de façon insoutenable la lettre du 9 avril 2010 d'A_____, faisant état de son désir de conserver son logement et en aucun cas de renoncer à son bail.

La sous-location n'étant pas établie, la question de l'intention de la locataire au moment de la résiliation du bail peut être laissée ouverte. Cela étant, les premiers juges ont retenu que le retour d'A_____ à son domicile n'était plus envisageable après son entrée en EMS et qu'elle avait clairement fait état de son souhait de transférer son bail à sa petite-fille par courrier du 9 avril 2010. Toutefois, dans ce même courrier, A_____ a également indiqué habiter l'appartement concerné depuis 1954, avoir été contrainte de résider dans un EMS en raison de problèmes de santé et ne pas avoir informé la régie de cette situation, espérant pouvoir

retourner vivre dans son appartement, auquel elle était attachée, tout en contestant avoir sous-loué celui-ci à sa fille. Les premiers juges ont donc mésusé de leur pouvoir d'appréciation, puisqu'au moment de la résiliation du bail, soit en mai 2010, l'absence d'intention d'A_____ de réintégrer son logement, sitôt que sa santé le lui aurait permis, n'a pas été établie, étant précisé que le bail a été résilié moins de six mois après l'admission d'A_____ à l'EMS N_____.

8. Au vu de ce qui précède, la question de l'intérêt personnel à la prolongation du bail est devenue sans objet.
9. L'appel est fondé et le jugement entrepris sera en conséquence annulé.
10. En application de l'art. 22 al. 1 LaCC, la procédure est gratuite et il n'est pas alloué de dépens.
11. La valeur litigieuse selon les conclusions prises en appel par les parties s'avère supérieure à 15'000 fr. au sens de la LTF.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par l'Hoirie de feu A_____, soit pour elle, B_____, C_____ et D_____ à l'encontre du jugement JTBL/379/2012 rendu par le Tribunal des baux et loyers le 26 avril 2012 dans la cause C/12842/2010-2 B.

Au fond :

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

Constata l'inefficacité du congé notifié par E_____ à A_____ le 18 mai 2010 pour le 31 août 2010.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Pierre CURTIN, président; Madame Sylvie DROIN et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Alain MAUNOIR et Monsieur Pierre DAUDIN, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Le président :

Pierre CURTIN

La greffière :

Maïté VALENTE

Indication des voies de recours :

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

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

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