

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/562/2014

ACJC/76/2016

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des baux et loyers**

**DU LUNDI 25 JANVIER 2016**

Entre

**A**\_\_\_\_\_, ayant son siège \_\_\_\_\_, Genève, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 22 septembre 2014, comparant par Me Damien BONVALLAT, avocat, 20, rue Joseph-Girard, 1227 Carouge, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

**Madame B**\_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_, (GE), intimée, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 27 janvier 2016.

---

## **EN FAIT**

- A.** Par jugement JTBL/1032/2014 rendu le 22 septembre 2014, notifié aux parties par pli du 29 septembre 2014, le Tribunal des baux et loyers (ci-après : le Tribunal) a ordonné la jonction des causes C/562/2014 OSE et C/3167/2014 OOD sous la cause C/562/2014 OSE (ch. 1 du dispositif), rejeté la demande en évacuation déposée le 9 avril 2014 et formée par A\_\_\_\_\_ à l'encontre de B\_\_\_\_\_ (ch. 2), condamné B\_\_\_\_\_ au paiement de 53'200 fr. avec intérêts à 5% dès le 15 mars 2013 (ch. 3), ordonné la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1\_\_\_\_\_ (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, les premiers juges ont retenu que ni l'avis comminatoire du 18 avril 2012, ni le congé subséquent notifié le 29 mai 2012 en raison d'un défaut de paiement (art. 257d CO) lié à la location d'un appartement n° 19 de cinq pièces au 1er étage de l'immeuble sis \_\_\_\_\_ (GE), n'avaient été adressés à C\_\_\_\_\_, époux de B\_\_\_\_\_. Indépendamment de la question de la titularité de ce bail, la demande d'évacuation formée par la bailleresse était fondée sur un congé nul, faute pour ce dernier d'avoir été notifié à C\_\_\_\_\_ qui avait vécu dans le logement conjugal jusqu'au mois de décembre 2012. La requête en évacuation devait donc être rejetée.

Contrairement à ce que soutenaient les parties, le Tribunal a retenu que le bail avait été conclu par écrit avec B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ et que tous deux étaient co-débiteurs solidaires du paiement du loyer mensuel de 2'800 fr. B\_\_\_\_\_ était donc condamnée au paiement des loyers impayés pour la période de juillet 2012 à janvier 2014, soit la somme de 53'200 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 15 mars 2013, les autres postes figurant dans l'acte de poursuite étant écartés, faute d'avoir été démontrés par la bailleresse.

- B. a.** Par acte reçu au greffe de la Cour de justice le 31 octobre 2014, A\_\_\_\_\_ (ci-après : A\_\_\_\_\_ ou l'appelante ou la bailleresse) a formé appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation des chiffres 2 et 5 du dispositif. Cela fait, elle conclut à ce que B\_\_\_\_\_ (ci-après : l'intimée) soit condamnée à évacuer l'appartement de cinq pièces se trouvant au 1er étage de l'immeuble sis \_\_\_\_\_ (GE), à ce qu'elle soit autorisée à requérir l'évacuation de cette dernière par la force publique dès l'entrée en force du jugement et à la confirmation des chiffres 3 et 4 du dispositif du jugement entrepris pour le surplus.

En substance, l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir procédé à une constatation inexacte des faits et une fausse appréciation des moyens de preuve. Le défaut de l'intimée – qui n'avait jamais comparu en audience – s'apparentait à un refus injustifié de collaborer et devait conduire les juges à apprécier les faits en sa défaveur; le Tribunal ne pouvait se prononcer sur l'existence d'une vie commune

---

entre les époux sans avoir entendu l'intimée, mais en se fondant exclusivement sur les déclarations du mari de l'intimée, tantôt entendu comme partie à la procédure et représentant de l'intimée, tantôt comme témoin; le Tribunal aurait donc dû considérer que l'intimée avait échoué à démontrer qu'elle vivait encore avec son mari au moment du congé notifié au mois de mai 2012.

Même si l'on devait retenir que l'intimée et son mari avaient vécu ensemble au moment du congé, la contestation de ce congé – initiée conjointement par l'intimée et son mari et formée le 28 juin 2012 – avait été retirée lors de l'audience du 8 mars 2013 par C\_\_\_\_\_, agissant pour le compte de son épouse dont il détenait une procuration. Prétendre une année après ce retrait et au stade de l'évacuation que le congé était frappé de nullité pour une question de forme constituait un abus de droit manifeste. Le congé – notifié uniquement à B\_\_\_\_\_ – devait être reconnu valable; il devait donc être fait droit à la requête en évacuation.

**b.** Dans sa réponse expédiée le 2 décembre 2014, l'intimée, plaidant en personne, a exposé que son mari avait longuement vécu avec elle et était signataire du bail de l'appartement n° 19; elle ne devait donc pas comparaître seule dans la procédure, mais avec son mari, présent au début de la procédure; un deuxième bail avait été signé par son mari, avec la régie; elle ne devait donc pas assumer les créances ayant fait l'objet des poursuites portant sur ce bail; elle n'était toujours pas divorcée et s'étonnait que le bail n'ait pas été établi à son nom, comme l'avait proposé son mari. Elle concluait au rejet des conclusions de l'appelante.

**c.** Le 9 décembre 2014, l'appelante a répliqué; elle contestait que B\_\_\_\_\_ soit l'auteure et rédactrice de la réponse du 2 décembre 2014; elle confirmait qu'C\_\_\_\_\_ avait, au nom de l'intimée et pour son propre compte, retiré le congé du 29 mai 2012, ce qui confirmait la validité de ce dernier; si un bail existait, l'intimée devait le produire; en réalité, il n'y avait jamais eu de deuxième bail écrit en raison des carences des précédents représentants de la bailleuse; compte tenu de l'arriéré de loyers accumulé, la conclusion d'un nouveau bail au nom de l'intimée seule était exclue. L'appelante a persisté pour le surplus dans ses précédentes conclusions.

**d.** Les parties ont été avisées le 28 janvier 2015 de ce que la cause était gardée à juger, l'intimée n'ayant pas fait usage de son droit de duplique.

**C.** Les éléments suivants sont ressortis de la procédure :

**a.** A\_\_\_\_\_ est propriétaire des immeubles sis \_\_\_\_\_ (GE).

**b.** Selon contrat du 5 novembre 2004, D\_\_\_\_\_, pour le compte de la bailleuse, a convenu de la location d'un appartement meublé n° 17 au 1er étage sis \_\_\_\_\_ (GE), avec B\_\_\_\_\_.

Le contrat était convenu pour une durée déterminée, s'étendant du 5 novembre 2004 au 30 novembre 2004, pour un loyer de 2'600 fr., plus 1'000 fr. de garantie.

Le contrat précisait que B\_\_\_\_\_ était née le \_\_\_\_\_ 1957 et était mariée.

Le bail a ensuite été reconduit tacitement.

**c.** Au printemps 2006, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ ont emménagé, avec leurs deux enfants, dans un appartement de cinq pièces n° 19 situé au 1er étage de l'immeuble \_\_\_\_\_ (GE).

Aucun contrat de bail écrit n'a été produit par les parties au motif, selon elles, qu'il n'en avait pas été établi.

Le loyer mensuel a été fixé à 2'800 fr. par mois.

**d.** Lors de son audition le 1<sup>er</sup> septembre 2014 par le Tribunal en qualité de témoin, C\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il était le seul signataire du contrat du 5 novembre 2004, affirmant que le bail avait été fait à son nom, mais que l'employé de régie avait interverti ses nom et prénom avec ceux de son épouse qui étaient B\_\_\_\_\_.

Il a précisé avoir vécu dans l'appartement n° 17 avec sa femme et ses deux enfants, puis dans l'appartement n° 19 sis au 1er étage de l'immeuble \_\_\_\_\_ (GE). Il avait souvenir d'avoir signé seul un contrat de bail portant sur ce logement, établi à son nom et celui de son épouse, mais dont il n'avait pas gardé copie et qui devait être en mains de la précédente régie.

Il a déclaré qu'il vivait séparé de son épouse depuis la fin du mois de décembre 2012; auparavant, il lui était arrivé de quitter le logement conjugal pour quelques semaines, en logeant à l'hôtel ou chez son frère.

Il a également expliqué que son épouse n'écrivant pas le français, il avait rédigé tous les courriers déposés dans la procédure par son épouse.

**e.** Par avis comminatoire du 18 avril 2012 adressé à B\_\_\_\_\_, cette dernière s'est vue impartir un délai de 30 jours pour acquitter le loyer arriéré pour la période de décembre 2011 à avril 2012, soit la somme de 14'000 fr., plus 100 fr. de frais, sous menace de résiliation immédiate du bail en application de l'art. 257d CO.

**f.** Au moyen d'un avis officiel notifié le 29 mai 2012, la bailleresse a résilié le bail du logement de cinq pièces sis au 1er étage de l'immeuble se trouvant \_\_\_\_\_ (GE), en application de l'art. 257d CO, avec effet au 30 juin 2012.

**g.** Le congé a été contesté le 28 juin 2012 par B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ et la procédure enregistrée sous numéro de cause C/\_\_\_\_\_.

---

Lors de l'audience du 8 mars 2013 par-devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, un procès-verbal partiel de conciliation a été établi; les parties ont convenu que la contestation de congé du 28 juin 2012 était retirée.

Seul C\_\_\_\_\_ a comparu à cette audience.

Il a expliqué, lors de son audition par le Tribunal le 1<sup>er</sup> septembre 2014, avoir retiré cette contestation de congé parce que la requête en évacuation déposée par la bailleuse était incorrecte, en tant qu'elle avait trait à l'appartement n° 17; il avait déposé cette contestation à son nom et celui de son épouse et avait agi de même concernant le retrait de la contestation.

**h.** Une procédure de poursuites a été initiée par la bailleuse le 28 juin 2012 portant sur les arriérés de loyer accumulés jusqu'au 30 juin 2012.

Cette poursuite, dirigée contre « Monsieur » B\_\_\_\_\_ a été éteinte par un paiement de 21'925 fr. 45 versé à la bailleuse par l'Office des poursuites.

**i.** Une réquisition de poursuite complémentaire a été déposée par la bailleuse contre « Monsieur » B\_\_\_\_\_ portant sur les loyers et charges impayés des mois de juillet 2012 à novembre 2013, représentant la somme de 42'000 fr., plus 160 fr. de frais de rappel.

Le commandement de payer du 5 novembre 2013, poursuites n° 1\_\_\_\_\_, a été frappé d'opposition le 14 novembre 2013 par C\_\_\_\_\_. Il est mentionné, sous la rubrique « NOTIFICATION » figurant au verso de l'acte de poursuite, ce qui suit : « Le présent acte a été notifié aujourd'hui le 14 novembre 2013 à M. C\_\_\_\_\_ (Epoux avec procuration) ».

**j.** Par requête déposée le 13 février 2014 auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, A\_\_\_\_\_ a agi en paiement contre B\_\_\_\_\_ et a conclu à ce qu'elle soit condamnée au paiement de la somme de 51'486 fr. 05, avec intérêts à 5% l'an dès le 15 mars 2012 et à la mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer, poursuites n° 1\_\_\_\_\_.

Elle a allégué qu'aucun contrat de bail écrit n'avait été établi à propos du logement n° 19 sis au 1er étage, que B\_\_\_\_\_ occupait le logement et qu'elle était seule titulaire du bail dès lors qu'C\_\_\_\_\_ avait déclaré, lors de l'audience du 8 mars 2013, qu'il ne vivait plus dans le logement avec sa femme depuis une année et qu'une procédure de séparation était en cours.

**k.** La tentative de conciliation du 24 mars 2014 ayant échoué, la bailleuse a introduit sa demande auprès du Tribunal des baux et loyers le 9 avril 2014.

Elle a précisé que l'arriéré de loyer réclamé portait sur la période de décembre 2011 à janvier 2014, représentant la somme de 72'800 fr. auxquels s'ajoutaient des

frais de rappels et de contentieux de 611 fr. 50, soit un total cumulé de 73'411 fr. 50. Devait être déduite la somme de 21'925 fr. 45 saisie sur le salaire de B\_\_\_\_\_ et versée à la bailleresse. Au jour du dépôt de la requête, l'arriéré réclamé à cette dernière s'élevait donc à 51'486 fr. 05.

La cause a été enregistrée sous numéro C/3167/2014.

Par ordonnance du 6 mai 2014, un délai a été imparti à B\_\_\_\_\_ pour déposer sa réponse.

**l.** Parallèlement, la bailleresse a agi en évacuation contre B\_\_\_\_\_ par requête introduite au Tribunal des baux et loyers le 9 avril 2014, à la suite de l'échec de la tentative de conciliation du 24 mars 2014.

Elle a conclu à ce que B\_\_\_\_\_ soit condamnée à évacuer l'appartement de cinq pièces au 1er étage de l'immeuble sis \_\_\_\_\_ (GE) et à ce qu'elle soit autorisée à requérir son évacuation par la force publique dès l'entrée en force du jugement.

Elle a allégué que B\_\_\_\_\_ n'avait jamais contesté être locataire de cet appartement, qu'elle occupait sans droit depuis le congé notifié le 29 mai 2012 pour défaut de paiement du loyer (art. 257d CO); C\_\_\_\_\_ n'avait, de son côté, jamais été titulaire du bail; il avait néanmoins contesté le congé, qu'il avait finalement retiré. Lors des audiences, B\_\_\_\_\_ ne s'était jamais présentée, se faisant représenter à chaque fois par son époux, notamment dans le cadre d'une requête en évacuation déposée sous forme de requête de protection en cas clair, finalement retirée. Était produit à l'appui de la requête un procès-verbal d'audience du 7 août 2013 dressé dans cette cause (C/\_\_\_\_\_) constatant que B\_\_\_\_\_ ne comparaisait pas, mais était représentée par son époux au bénéfice d'une procuration.

La cause a été enregistrée sous numéro C/562/2014.

Il ne ressort pas du dossier que B\_\_\_\_\_ ait été invitée à se déterminer par écrit sur cette requête.

**m.** Dans une réponse du 28 mai 2014 portant la référence C/562/2014, B\_\_\_\_\_ a allégué que le premier bail portant sur l'appartement n° 17 avait été établi à son nom et prénom, mais que son mari l'avait signé; lors du changement d'appartement, le bail établi par la régie l'avait été au nom de son mari et signé par lui seul; elle ne comprenait pas pour quelle raison son mari n'était pas convoqué aux audiences, n'avait pas reçu le congé et elle devait assumer seule le retard de loyers et pas lui.

Aucune conclusion n'était prise quant aux prétentions formulées par la bailleresse.

---

**n.** Le 7 juillet 2014, le Tribunal a cité les parties à comparaître dans la cause C/3167/2014 et dans la cause C/562/2014 à une audience du 1<sup>er</sup> septembre 2014, dont l'objet était « offre des moyens de preuve (...), premières plaidoiries, audition / interrogatoire voire déposition des parties, audition de témoins ».

C\_\_\_\_\_ a été convoqué comme témoin à cette même audience.

**o.** Lors de l'audience des débats du 1<sup>er</sup> septembre 2014 dans les causes C/3167/2014 et C/562/2014, B\_\_\_\_\_ n'a pas comparu.

La représentation par son mari, au bénéfice d'une procuration, n'a pas été admise.

Le représentant de la régie a confirmé qu'aucun contrat de bail écrit n'avait été signé lors de l'emménagement de B\_\_\_\_\_ dans l'appartement n° 19; toutes les pièces y relatives avaient été établies au seul nom de cette dernière; seuls l'avis comminatoire du 18 avril 2012 et le congé du 29 mai 2012 étaient munis par erreur de l'adjonction « Monsieur »; aucune mise en demeure, ni aucun congé n'avaient été adressés à C\_\_\_\_\_. La demande en paiement devait être modifiée, en ce sens que les intérêts moratoires de la dette devaient être calculés à compter d'une date moyenne, soit le mois de juillet 2012.

C\_\_\_\_\_, entendu en qualité de témoin, a précisé qu'il avait déposé, avec son épouse, une requête commune de mesures protectrices de l'union conjugale, le 22 janvier 2014, finalement déclarée sans objet par jugement du 2 avril 2014; aucune nouvelle requête n'avait été déposée.

A l'issue de l'audience, la bailleresse n'a pas sollicité d'actes d'instruction complémentaires et a plaidé sur le siège. Elle a seule signé le procès-verbal; la mention « défaut » a été apposée à côté du nom de la défenderesse.

### **EN DROIT**

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

Selon l'art. 93 al. 1 CPC, en cas de consorité simple ou de cumul d'actions, les prétentions sont additionnées, à moins qu'elles ne s'excluent.

**1.2.** En l'espèce, vu la jonction et compte tenu des dernières conclusions en paiement de l'appelante, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

**1.3.** Par ailleurs, interjeté dans la forme et les délais prescrits par la loi, l'appel est recevable (art. 311 CPC).

- 
2. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir violé l'art. 234 CPC en interprétant en faveur de l'intimée la déposition d'C\_\_\_\_\_, alors même qu'elle était défailante lors de l'audience de débats.

**2.1.** Selon l'art. 68 al. 1 CPC, toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès. Sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel, devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail, les mandataires professionnellement qualifiés, si le droit cantonal le prévoit (art. 68 al. 2 let. d CPC). Le représentant doit justifier de ses pouvoirs par une procuration (art. 68 al. 3 CPC). Le tribunal peut ordonner la comparution personnelle des parties qui sont représentées (art. 68 al. 4 CPC).

**2.2.** Le droit d'être entendu assure au justiciable le droit de se faire représenter et assister et celui d'obtenir une décision de la part de l'autorité compétente (BOHNET, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n° 3 ad art. 68 CPC et jurisprudences citées).

La personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès. Le choix n'est limité que lorsque celui-ci porte sur une personne agissant à titre professionnel. Dès lors, une « personne de confiance » a, en principe, vocation à représenter une partie en justice (BOHNET, op. cit., n° 11 ad art. 68 CPC; Message CPC, 6893).

Saisie d'un appel, la Cour de justice revoit la cause avec un pouvoir de cognition complet, c'est-à-dire tant en fait qu'en droit. Elle n'est nullement liée par l'appréciation des faits à laquelle s'est livré le juge de première instance (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, n. 6 ad art. 310).

**2.3.** En l'espèce, C\_\_\_\_\_, époux de l'intimée, s'est présenté à l'audience des débats du 1<sup>er</sup> septembre 2014 muni d'une procuration l'autorisant à représenter son épouse.

Les premiers juges auraient ainsi dû l'entendre en qualité de représentant, ou, cas échéant, ordonner la comparution personnelle de son épouse lors d'une audience ultérieure. Il n'y avait pas lieu de faire fi de cette qualité de représentant au motif que l'intéressé avait été cité comme témoin.

En agissant de la sorte, le Tribunal a privé l'intimée de son droit à se déterminer sur la demande formée à son encontre, en particulier dans la cause C/562/2014, aucun délai ne lui ayant été imparti pour se déterminer par écrit, et a violé les règles de procédure, ce dont l'appelante ne saurait tirer profit.

Compte tenu du large pouvoir d'examen dont dispose la Cour, il n'y a cependant pas lieu de renvoyer la cause au Tribunal. La Cour tiendra pour acquis

---

qu'C\_\_\_\_\_ aurait fait les mêmes déclarations s'il avait été entendu comme représentant de l'intimée plutôt que comme témoin.

3. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir procédé à une constatation inexacte des faits et à une fausse appréciation des moyens de preuve en admettant que l'intimée vivait encore avec son mari au moment du congé notifié au mois de mai 2012.

**3.1.** Selon l'art. 168 al. 1 CPC, figurent notamment parmi les moyens de preuve admissibles le témoignage, l'interrogatoire et la déposition de partie.

**3.2.** En l'absence d'une disposition spéciale instituant une présomption, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 24; ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522). Il en résulte que la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que la partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323). Ainsi, les faits qui empêchent la naissance d'un droit ou en provoquent l'extinction doivent être prouvés par la partie qui les allègue (ATF 132 III 186 consid. 8.3 p. 206). S'il existe une exception à une règle générale, il appartient à la partie qui invoque cette exception de prouver que les conditions en sont remplies (ATF 132 III 186 consid. 5.1 p. 197).

Le Tribunal fédéral a statué que lorsque le locataire invoque une règle d'exception telle celle prévalant lorsque la chose louée est un logement familial (art. 266m et 266n CO), il découle des principes rappelés ci-dessus que celui qui invoque une règle d'exception pour paralyser les effets d'un acte juridique doit prouver les faits permettant de constater que les conditions de l'exception sont réalisées (BARRELET, in *Droit du bail à loyer*, BOHNET/MONTINI [éd.], 2010, n° 4 ad art. 266n CO). Ainsi, il incombait au locataire de prouver les faits permettant de constater que le logement loué, au moment de la notification de la résiliation, constituait un logement familial et qu'il était soumis aux règles protectrices visées aux art. 266m et 266n CO (ATF 139 III 7 consid. 2.2.).

**3.3.** Selon l'art. 266n CO, le congé donné par le bailleur ainsi que la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace de résiliation (art. 257d) doivent être communiqués séparément au locataire et à son conjoint ou à son partenaire enregistré.

La règle de forme de l'art. 266n CO ne concerne que le logement de la famille. On entend par là l'appartement ou la maison qui sert de domicile aux époux, le foyer où se déroule la vie familiale commune (ATF 118 II 489 consid. 2 et les références). Il est généralement admis que la protection légale débute dès le moment où la famille a emménagé, la simple intention de fonder un logement

---

familial sans signes extérieurs ne suffisant pas (arrêt du Tribunal fédéral 4C.441/2006 du 23 mars 2007 consid. 4.3.2).

Le logement perd son caractère familial en cas de dissolution définitive du mariage ou du partenariat enregistré, lorsque les deux époux ou partenaires ont renoncé à le considérer comme tel, lorsqu'ils l'ont quitté ou ont décidé de son attribution définitive à l'un d'eux (ATF 114 II 396 consid. 5b). Le logement perd également son caractère familial lorsque l'époux ou le partenaire bénéficiaire de la protection légale quitte, de son propre chef, le logement familial de manière définitive ou pour une durée indéterminée (ATF 139 III 7 consid. 2.3.1; ATF 136 III 257 consid. 2.1).

**3.4.** En l'espèce, il sera préalablement relevé que la valeur probante des déclarations d'C\_\_\_\_\_ n'est pas différente, suivant qu'il ait été entendu comme témoin ou comme représentant d'une partie (cf. art. 168 al. 1 let. a et f).

C\_\_\_\_\_ a déclaré avoir vécu avec sa femme et leurs deux enfants dans l'appartement n° 17 depuis le début du bail, en novembre 2004, et s'être ensuite installé dans l'appartement n° 19 jusqu'à la séparation du couple à la fin du mois de décembre 2012. Il a en outre précisé avoir quitté le logement conjugal avant décembre 2012 pour quelques semaines seulement.

Ces éléments confirment que l'appartement n° 19 du \_\_\_\_\_ (GE) n'avait pas perdu son caractère de logement familial à l'époque du congé, C\_\_\_\_\_ ayant indiqué vivre séparé de son épouse à tout le moins depuis la fin du mois de décembre 2012. Les absences passagères, avant le mois de décembre 2012, ne suffisent pas à retenir que les époux avaient définitivement renoncé à le considérer comme le logement de la famille.

Face aux déclarations d'C\_\_\_\_\_, l'appelante n'a pas sollicité du Tribunal de délai pour l'apport de pièces complémentaires ou proposé l'audition de témoins supplémentaires susceptibles de remettre en cause la déclaration du précité et d'établir l'abandon définitif du domicile conjugal au moment du congé. Dès lors que le procès était soumis à la maxime des débats, il ne revenait pas au juge d'instruire d'office cette question, ce dernier pouvant donc se limiter aux moyens de preuve disponibles ou requis par les parties.

Par conséquent, les premiers juges ont justement interprété la déposition d'C\_\_\_\_\_ et considéré que, sur la base des moyens de preuve disponibles, l'intimée – qui en avait le fardeau de la preuve – avait démontré que l'appartement du \_\_\_\_\_ (GE) constituait bien le domicile familial au moment du congé.

Compte tenu de l'absence de notification à C\_\_\_\_\_ tant de l'avis comminatoire que du congé les premiers juges n'ont pas erré en sanctionnant de nullité le congé notifié le 29 mai 2012 à B\_\_\_\_\_ seule, en application des art. 266n et 266o CO.

- 
4. Dans un ultime grief, l'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu l'existence d'un abus de droit de l'intimée à se prévaloir d'un vice de forme dans la notification du congé alors même que la contestation de ce congé avait été retirée une année auparavant.

**4.1.** A l'instar de l'acte nul, l'acte inefficace est dénué d'effet, ce qui peut être constaté en tout temps par une autorité compétente (cf. ATF 121 III 156 consid. 1c/aa p. 161; CORBOZ, Les congés affectés d'un vice, in 9e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 7); la nullité est constatée d'office par le juge, sans qu'elle soit forcément invoquée par les parties et ce à n'importe quel stade de la procédure, même à celui de l'expulsion (BARRELET, op.cit., n° 9 ad art. 266n CO).

L'invocation de la nullité ou de l'inefficacité d'un congé peut constituer un abus de droit (ATF 121 III 156 consid. 1c/bb p. 161/162; arrêt 4C.88/2003 du 1<sup>er</sup> juillet 2003 consid. 3, reproduit in SJ 2004 I p. 27; arrêt 4C.475/1993 du 28 mars 1995 consid. 3; arrêt 4C.465/1993 du 7 avril 1994 consid. 3). Selon l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas, en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités). L'adjectif «manifeste» indique qu'il convient de se montrer restrictif dans l'admission de l'abus de droit (consid. 5b non publié de l'ATF 128 III 284; arrêt 4C.225/2001 du 16 novembre 2001 consid. 2b). Les cas typiques sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (cf. ATF 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités; 127 III 357 consid. 4c/bb p. 364). La règle prohibant l'abus de droit autorise certes le juge à corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Cependant, son application doit demeurer restrictive et se concilier avec la finalité, telle que le législateur l'a voulue, de la norme matérielle applicable au cas concret (ATF 107 Ia 206 consid. 3b p. 211 et les références citées).

**4.2.** En l'espèce, il est admis que l'inefficacité ou la nullité d'un congé peuvent être invoquées au stade de la procédure d'expulsion sans que le congé n'ait fait l'objet d'une contestation dans le délai de 30 jours visé à l'art. 273 al. 1 CO.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, le retrait de la procédure de contestation du congé du 29 mai 2012 par C\_\_\_\_\_ n'a pas eu d'effet guérisseur sur le motif de nullité entachant le congé.

Il découle des explications fournies par C\_\_\_\_\_ que le retrait de la contestation du 28 juin 2012 se justifiait, selon lui, en raison du dépôt, par la bailleuse, d'une requête en évacuation portant de manière incorrecte sur l'appartement n° 17. Or,

ce point ne peut être vérifié dès lors que ladite requête n'a pas été versée à la procédure, si bien qu'il ne peut être reproché à l'intimée d'avoir adopté un comportement contradictoire dans le but de sciemment nuire à la bailleresse.

Il n'apparaît pas non plus qu'C\_\_\_\_\_ aurait caché son mariage avec l'intimée, lequel était connu de la bailleresse au moment où la contestation du congé a été retirée. Le mariage des époux B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ n'a donc pas été tu par ces derniers dans le but d'invoquer ultérieurement la nullité du congé.

Ainsi, aucune circonstance exceptionnelle justifiant de retenir un abus de droit et d'admettre le congé malgré l'existence d'une cause de nullité n'est réalisée dans la présente espèce.

Sur ce point également, le jugement entrepris sera dès lors confirmé.

5. Comme déjà examiné ci-dessus (cf. consid. 1.2.), la valeur litigieuse est manifestement supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. d LTF), ouvrant la voie du recours en matière civile.
6. A teneur de l'art. 22 LaCC, entré en vigueur le 1er janvier 2011, des frais ne sont pas dus dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
La Chambre des baux et loyers :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel formé par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTBL/1032/2014 rendu le 22 septembre 2014 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/562/2014-5 OSE.

**Au fond :**

Confirme le jugement entrepris.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Laurence MIZRAHI et Monsieur Grégoire CHAMBAZ, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Pauline ERARD

La greffière :

Maïté VALENTE

**Indication des voies de recours :**

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

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

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr. (cf. considérant 5 supra).*