

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/798/2015

ACJC/1490/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des baux et loyers

DU LUNDI 14 NOVEMBRE 2016

Entre

A_____, sise _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 14 mars 2016, comparant par Me Julien BLANC, avocat, rue des Alpes 15, case postale 1592, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile

et

Madame B_____ et C_____, 1_____ Genève, intimées, toutes deux représentées par l'ASLOCA, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en les bureaux de laquelle elles font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16.11.2016.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTBL/232/2016 du 14 mars 2016, communiqué aux parties par pli du 17 mars 2016, le Tribunal des baux et loyers a constaté l'inefficacité de la résiliation du bail notifiée à B_____ et C_____ par les A_____ le 16 décembre 2014 pour le 31 janvier 2015 concernant l'appartement de cinq pièces situé au 2^{ème} étage de l'immeuble sis 2_____ à Genève (ch. 1 du dispositif), a annulé la résiliation de bail notifiée à B_____ et C_____ par les A_____ le 16 décembre 2014 pour le 31 mars 2015 portant sur le même appartement (ch. 2), a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3) et a dit que la procédure était gratuite (ch. 4).

Les premiers juges ont considéré que la bailleresse n'avait pas démontré que les locataires sous-louaient leur appartement, ni que B_____ n'habitait plus celui-ci, de sorte que les motifs des congés ne pouvaient pas être retenus.

- B. a.** Par acte déposé le 2 mai 2016 au greffe de la Cour de justice, les A_____ (ci-après également : la bailleresse) forme appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Elle conclut, principalement, à la validation du congé signifié le 16 décembre 2014 avec effet au 31 janvier 2015, subsidiairement, à la validation de celui signifié le même jour avec effet au 31 mars 2015 et, plus subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal des baux et loyers pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

La bailleresse fait griefs aux premiers juges d'avoir mal établi les faits et violé les articles 29 al. 2 Cst, 8 CC, 157 et 172 let. b CPC.

b. B_____ et C_____ (ci-après également les locataires) concluent au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement querellé.

c. Par réplique du 30 juin 2016, la bailleresse a persisté dans ses conclusions.

d. A défaut de duplique des locataires, les parties ont été avisées le 29 août 2016 par le greffe de la Cour de ce que la cause était gardée à juger.

- C.** Il résulte du dossier les faits pertinents suivants :

a. B_____ (anciennement _____), locataire, et les A_____, bailleresse, sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de cinq pièces situé au 2^{ème} étage de l'immeuble sis 2_____ à Genève.

Le bail a été conclu pour une durée initiale d'une année, du 1^{er} avril 1998 au 31 mars 1999, renouvelable tacitement d'année en année sauf résiliation respectant un préavis de trois mois avant l'échéance du bail.

Le loyer mensuel a été fixé par le contrat à 1'690 fr., charges de 70 fr. par mois non comprises.

b. Par avenant du 3 juillet 1998, la société C_____ a été inscrite comme titulaire du bail aux côtés de la locataire.

c. Au moment de la signature du bail, B_____ était mariée à D_____.

Leur mariage a été dissout, d'un commun accord entre les époux, par jugement de divorce prononcé par le Tribunal de première instance le 14 décembre 2000.

A teneur de ce jugement, D_____ était à l'époque domicilié au 3_____ et B_____ au 2_____.

Aucune indication quant à l'attribution du domicile conjugal ne figure dans le jugement de divorce.

d. Par courrier du 2 avril 2014, la Régie en charge de la gestion de l'immeuble a averti les locataires qu'elle avait appris qu'elles n'occupaient plus le logement concerné et a sollicité des explications à ce sujet.

e. Par courrier du 5 avril 2014, B_____ a répondu occuper le logement avec son fils, E_____, et son ex-mari, D_____, père de ses enfants.

f. Par courrier du 4 novembre 2014, la Régie a reproché aux locataires de ne pas occuper l'appartement et, par conséquent, de le sous-louer sans l'autorisation de la bailleuse. Les locataires étaient priées de réintégrer le logement d'ici au 15 décembre 2014, faute de quoi le bail à loyer serait résilié, le courrier faisant office de mise en demeure.

g. Par courrier électronique du 6 novembre 2014, B_____ a réitéré vivre dans l'appartement avec son fils et son ex-mari et a contesté sous-louer celui-ci. Elle proposait que le nom de D_____ figure sur le bail, pour ainsi éviter ce genre de désagrément.

h. Le 7 novembre 2014, la Régie a adressé à D_____ copie de la mise en demeure du 4 novembre 2014 adressée à son ex-épouse.

i. Par courrier du 8 novembre 2014, D_____ a répondu à la Régie qu'il occupait l'appartement aux côtés de son ex-épouse, de sorte qu'il ne comprenait pas bien le sens de la mise en demeure qui avait été adressée à cette dernière.

j. Début décembre 2014, B_____ a relancé la Régie, afin que son ex-mari puisse figurer sur le bail, à la suite de quoi la Régie a sollicité qu'elle lui fournisse une copie du jugement de divorce, ainsi que son livret de famille.

k. Par avis officiels du 16 décembre 2014, la bailleuse a résilié le bail pour le 31 janvier 2015 pour sous-location non-autorisée et pour le 31 mars 2015 sans indication de motif au cas où la première résiliation viendrait à être invalidée.

l. Par requêtes déposées le 15 janvier 2015 devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, déclarées non conciliées à l'audience de conciliation du 17 février 2015 et portées devant le Tribunal des baux et loyers le 18 mars 2015, les locataires ont conclu, dans la cause C/798/2015 relative au congé extraordinaire, à la constatation de l'inefficacité du congé et, dans la cause C/799/2015 relative au congé ordinaire, principalement, à l'annulation du congé et, subsidiairement, à l'octroi d'une prolongation de bail de quatre ans.

A l'appui de leurs conclusions, les locataires ont allégué que B_____ s'était installée dans l'appartement avec D_____ dès la signature du bail. A la suite de leur séparation en 2000, elle avait quitté le domicile conjugal. Elle était revenue y habiter avec son fils dans le courant de l'année 2007, aux côtés de son ex-mari, de sa nouvelle épouse et de leur enfant commun.

Les locataires ont produit un plan et des photos de l'appartement.

m. Par mémoire réponse du 15 mai 2015, la bailleuse a conclu à la validation des congés.

A l'appui de ses conclusions, elle a allégué que lors de la signature du bail, B_____ était encore mariée, mais que D_____ n'apparaissait pas sur le bail. Ce dernier était resté vivre au 3_____, en tous les cas jusqu'au divorce. La bailleuse avait sollicité un rapport de domiciliation auprès de F_____. A teneur de ce rapport, couvrant la période du 5 mai 2014 au 13 octobre 2014, B_____ n'avait pas dormi une seule nuit dans l'appartement et habitait au 4_____.

La bailleuse a produit le constat de domiciliation établi le 29 octobre 2014 et un extrait du Registre du commerce de C_____, à teneur desquels il ressortait que B_____ était domiciliée à 7_____. Plus précisément à teneur de ce constat, B_____ était domiciliée au 4_____, dont l'unique propriétaire à cette adresse était G_____.

n. Lors de l'audience du 24 juin 2015, le Tribunal a ordonné la jonction des deux causes sous le numéro C/798/2015.

B_____ a déclaré avoir emménagé dans l'appartement en question avec son ex-mari en 1998, après qu'ils avaient mis en vente leur maison à _____, raison pour

laquelle, selon le jugement de divorce, son ex-époux était toujours domicilié à 3 _____. Elle était ensuite partie de l'appartement en 2000, son ex-mari n'ayant pour sa part jamais quitté ledit logement. Elle s'était remariée puis avait à nouveau divorcé. Elle était revenue vivre dans l'appartement en 2007. D_____ avait entretemps refait sa vie. Il s'était remarié et avait eu un enfant.

A l'époque de son audition, elle vivait dans l'appartement avec son fils, E_____, son ex-époux, la nouvelle épouse de celui-ci et leur fils, H_____. Elle avait une boutique juste en face de l'appartement et avait gardé une chambre pour des raisons de commodité. Elle avait une résidence secondaire en France, où elle se rendait le weekend. Son fils, E_____, était souvent chez son père, avec qui elle exerçait une garde partagée, et elle-même était souvent en voyage. Elle avait eu un ami qui habitait au 4_____, mais ils s'étaient séparés environ cinq mois auparavant. Elle avait vu le détective devant la porte de l'appartement à 1_____ en mai 2014, ce qui démontrait qu'elle y était présente. Elle occupait une chambre, son fils E_____ la seconde chambre, D_____ et son épouse la troisième chambre et H_____, le fils de son ex-mari, le salon. Elle ignorait pourquoi le domicile conjugal n'avait pas été attribué au moment du divorce. Ils avaient divorcé à l'amiable. Sa société était domiciliée à la route _____, car ils y avaient une maison (au 3_____). Cela n'avait rien à voir avec son ex-ami qui était, lui aussi, domicilié à la route _____ (au 4_____).

La représentante de la bailleuse a déclaré que courant 2014, la concierge avait averti la Régie que la locataire n'occupait plus l'appartement. Elle n'avait pas vérifié personnellement ces faits. Elle avait peine à croire que B_____ habitait avec son ex-mari, sa nouvelle compagne et deux enfants dans un appartement de 80 m². La bailleuse s'opposait à conclure un contrat avec D_____, car les baux se concluaient avec des personnes de confiance et ce dernier avait été l'acteur de cette « combine ». La Régie s'était basée sur le rapport de domiciliation.

o. Lors de l'audience du 25 novembre 2015, D_____, I_____, nouvelle épouse de celui-ci, J_____, ami de B_____, K_____, employée de la boutique de la locataire, et L_____, fille de la locataire et de D_____, ont tous confirmé que l'appartement était occupé par D_____, sa nouvelle épouse, leurs fils et B_____ et son fils, lesquels les avaient rejoints en 2007. Cette dernière partageait son temps entre l'appartement de 2_____ et son appartement à 5_____.

D_____ a ajouté que l'adresse 3_____, qui figurait dans le jugement de divorce, correspondait à la maison qui était déjà en vente à l'époque et dans laquelle il n'habitait plus. Cette maison avait finalement été vendue aux environs de l'an 2000. Il ne savait pas exactement dans quelle école le fils de la locataire, E_____, était scolarisé.

L_____ a expliqué avoir emménagé à 2_____ avec ses parents lorsqu'ils avaient décidé de vendre la maison à 7_____ en 1998. Par la suite, elle avait suivi sa mère chez son nouveau mari à 6_____, où elle avait vécu jusqu'en 2007, puis avait emménagé avec son ami. A cette époque, sa mère et son frère étaient retournés vivre à 2_____ avec son père, la nouvelle épouse de celui-ci et leur fils. Son père n'avait jamais quitté l'appartement. E_____ n'était pas scolarisé à cette époque et suivait des cours privés pour maintenir son niveau scolaire. Il avait été scolarisé au Collège _____ jusqu'en juin 2015, date de la fin de ses études.

I_____ a ajouté qu'elle ignorait dans quelle école le fils de la locataire, E_____, était scolarisé et qu'il s'agissait peut-être d'une école privée.

Les locataires ont déposé un chargé de pièces complémentaires comprenant une attestation de l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après OCPM) datée du 22 septembre 2015, de laquelle il ressortait que B_____ était domiciliée au 3_____, du 22 janvier 1987 au 3 juillet 2000, à 6_____ du 3 juillet 2000 au 15 novembre 2013, puis au 2_____, depuis le 15 novembre 2013.

B_____ avait ajouté avoir acheté l'appartement à 5_____ lorsqu'elle vivait encore avec son second époux pour faire un investissement. Elle le louait meublé pour de brèves périodes, par exemple lorsqu'elle était en voyage. Il y avait des moments où elle y vivait elle-même. La dernière location remontait, sauf erreur, à huit mois et avait duré cinq mois.

p. Lors de l'audience du 16 décembre 2015, M_____, en charge de la gestion de l'immeuble auprès de la Régie, a expliqué avoir été contactée en 2014 par la concierge qui l'avait informée avoir retrouvé des sacs pleins de linges dans la buanderie appartenant à l'institut situé en face au 2_____. Elles avaient mis ces sacs dans une cave en attendant que la locataire prenne contact avec elles. B_____ avait alors pris contact avec la concierge, puis avait forcé la porte de la cave pour récupérer son linge. A la même époque, la concierge l'avait informée que B_____ n'habitait pas dans l'appartement et qu'elle ne l'avait jamais vue dans l'immeuble. Elle en avait informé le propriétaire, puis ils avaient décidé de mandater un détective et de faire des recherches auprès de l'OCPM. Il en était ressorti que B_____ n'habitait pas à 2_____, de sorte qu'ils avaient décidé de résilier le bail de manières extraordinaire et ordinaire, au motif que la locataire n'occupait pas personnellement l'appartement. Sauf erreur, la concierge, qui habitait sur place, travaillait dans l'immeuble depuis 2009.

N_____ a confirmé être l'auteur du rapport de domiciliation. Avec ses deux collègues, ils s'étaient rendus sur place environ une trentaine de fois à des intervalles de trois semaines / un mois. Généralement, ils avaient surveillé depuis l'extérieur, mais il était possible qu'ils soient entrés dans le bâtiment. Ils avaient constaté la présence d'une femme blonde et de son mari dans l'appartement en

surveillant les passages devant les fenêtres depuis l'extérieur. Il avait soumis une photo de D_____ à des connaissances qui lui avaient confirmé qu'il s'agissait de l'ex-mari de B_____. Il en avait donc déduit que c'était lui le locataire de l'appartement, car s'agissant de son ex-mari, il voyait mal comment ils auraient pu faire ménage commun.

q. Dans le cadre de leurs plaidoiries écrites du 25 février 2016, les parties ont persisté dans leurs conclusions. La cause a ensuite été gardée à juger.

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 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).

La valeur litigieuse est déterminée par les dernières conclusions de première instance (art. 91 al. 1 CPC; JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 13 ad art. 308 CPC).

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 subsiste 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 (ATF 137 III 389 consid. 1.1; 136 III 196 consid. 1.1).

- 1.2** En l'espèce, le loyer annuel de l'appartement, charges comprises, s'élève à 21'120 fr.

En prenant en compte uniquement la durée de protection de trois ans et le montant du loyer, charges comprises, la valeur litigieuse est largement supérieure à 10'000 fr. (21'120 fr. x 3 = 63'360 fr.).

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

- 1.3** 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.

L'appel a été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 145 al. 1 let. a et 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

1.4 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd., 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ in : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel, 2010, p. 349 ss, n. 121).

2. L'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir violé son droit d'être entendue (articles 29 al. 2 Cst et 53 CPC), aux motifs qu'ils n'ont pas discuté le fait que les époux B_____ et D_____ n'avaient pas été en mesure d'indiquer au Tribunal le nom de l'école fréquentée par le fils de la locataire, E_____, qu'ils ont écarté la déclaration de la concierge de l'immeuble en question et qu'ils n'ont pas tenu compte des contradictions des témoignages des époux B_____ et D_____.

2.1 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 135 III 513 consid. 3.6.5 et 134 I 83 consid. 4.1). L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 124 II 146 consid. 2). Ainsi, les parties doivent pouvoir connaître les éléments de fait et de droit retenus par le juge pour arriver au dispositif (TAPPY, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 7 ad art. 238 CPC).

Une motivation insuffisante constitue une violation du droit d'être entendu, que la juridiction supérieure peut librement examiner aussi bien en appel que dans le cadre d'un recours au sens des art. 319 ss CPC (TAPPY, op. cit., n. 18 ad art. 239 CPC).

Toute violation du devoir de motivation ne justifie pas une annulation d'une décision inférieure. Lorsqu'elle applique librement et d'office le droit, la juridiction supérieure peut parfois simplement la corriger en substituant une autre motivation à celle, manquante ou déficiente, du premier juge (TAPPY, op. cit., n. 18 ad art. 239 CPC).

2.2 En l'espèce, la bailleresse n'a pas requis l'audition de la concierge par le Tribunal, de sorte que celle-ci n'a pas été entendue dans la procédure. Ses propos, rapportés par le témoin M_____, figurent toutefois dans le jugement querellé dans le cadre du témoignage de cette dernière. Les premiers juges ont considéré que lesdits propos n'étaient pas établis.

Même si D_____ et sa nouvelle épouse ne savaient pas où en était E_____ au niveau scolaire à l'époque de leur audition devant le Tribunal, cet élément n'est pas à lui seul déterminant pour établir si la locataire habitait ou non le logement concerné, raison pour laquelle les premiers juges ne l'ont pas mentionné dans le jugement querellé. La Cour relèvera encore que la situation scolaire de E_____ ne semblait pas très claire à cette époque, du fait que, selon le témoignage de L_____, E_____ n'était pas scolarisé et suivait des cours privés pour maintenir son niveau scolaire, après avoir fini en juin 2015 le Collège _____.

La Cour ne discerne dès lors aucune violation du droit d'être entendue de l'appelante.

La procédure a permis d'établir de manière complète les faits pertinents, en particulier le fait que la locataire habitait le logement en question au moment de la résiliation du contrat de bail à loyer. La motivation du jugement est suffisante et la décision du Tribunal n'appelait pas plus d'explications. L'appelante était en mesure de comprendre le rejet de ses conclusions et les motifs de ce rejet pour, le cas échéant, le contester utilement, comme elle l'a d'ailleurs fait dans son appel.

Quoi qu'il en soit, même si la Cour de céans était arrivée à la conclusion que le droit d'être entendue de l'appelante avait été violé, elle serait en mesure de réparer ce vice.

Au vu de ce qui précède, il n'y a dès lors pas lieu de renvoyer la cause au Tribunal et le grief de l'appelante sera rejeté.

3. L'appelante fait griefs aux premiers juges d'avoir mal établi les faits et violé les articles 8 CC, 157 et 172 let. b CPC. Selon elle, le témoin N_____ a confirmé que la locataire n'avait jamais été vue dans l'appartement en cause et ne pouvait pas y habiter dès lors qu'elle résidait à 7_____. Selon ses dires, G_____, domicilié au 4_____, avait confirmé à N_____ que la locataire habitait avec lui à cette adresse et qu'il pouvait l'atteindre après vingt heures. Les époux B_____ et D_____ n'avaient pas été en mesure d'indiquer au Tribunal le nom de l'école fréquentée par le fils de la locataire, E_____. La concierge de l'immeuble n'avait jamais vu la locataire. Les témoignages des intimées n'étaient pas probants au vu de leurs relations et du fait que ces témoins, à l'exception de J_____ et K_____, avaient tous un intérêt à ce que la locataire conserve son appartement. Les premiers juges avaient à tort pris en considération les informations contenues dans l'attestation de l'OCPM, à l'exclusion de celles figurant sur l'extrait du Registre du commerce de la société C_____.

3.1 Une sous-location sans le consentement du bailleur peut justifier une résiliation anticipée en application de l'article 257f al. 3 CO. Encore faut-il que le bailleur ait été en droit de refuser son consentement (cf. art. 262 al. 2 CO; ATF 134 III 300 consid. 3.1) ou que le locataire abuse de son droit à la sous-

location. Cette dernière hypothèse est réalisée lorsque, ayant perdu toute idée de reprendre un jour l'usage de la chose louée, le locataire procède en réalité à une substitution de locataire par la voie détournée de la sous-location (ATF 138 III 59 consid. 2.2.1 et 134 III 446 consid. 2.4). La substitution de locataire, dénuée de toute intention de reprendre un jour l'usage de la chose louée, suppose au préalable que le locataire qui sous-loue a entièrement perdu cet usage.

Le bailleur qui notifie un congé fondé sur l'art. 257f al. 3 CO doit prouver les faits qui en sont la condition. Lorsque le bailleur soutient que le locataire a procédé à une sous-location abusive, consistant en réalité à une substitution de locataire, il lui incombe, conformément à l'art. 8 CC, d'apporter la preuve des faits permettant de parvenir à cette conviction (arrêt du Tribunal fédéral 4A_367/2010 du 4 octobre 2010 consid. 2.2).

3.2 La jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît la possibilité de signifier une deuxième résiliation, « subsidiaire », appelée à déployer ses effets uniquement si le premier congé n'est pas valable.

Le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271 CO).

La protection accordée par l'art. 271 al. 1 CO procède à la fois du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), tant il est vrai qu'une distinction rigoureuse ne se justifie pas en cette matière (arrêt du Tribunal fédéral 4C.170/2004 du 27 août 2004). Les cas typiques d'abus de droit (absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, attitude contradictoire) justifient l'annulation du congé; à cet égard, il n'est toutefois pas nécessaire que l'attitude de l'auteur du congé puisse être qualifiée d'abus de droit « manifeste » au sens de l'art. 2 al. 2 CC (arrêt du Tribunal fédéral 4C_170/2004 du 27 août 2004; LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 733).

Le congé doit être considéré comme abusif s'il ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection. Est abusif le congé purement chicanier dont le motif n'est manifestement qu'un prétexte (arrêt du Tribunal fédéral 4C_411/2006 du 9 février 2007). En revanche, le congé donné par le bailleur en vue d'obtenir un loyer plus élevé, mais non abusif, ne saurait en règle générale constituer un abus de droit (ATF 120 II 105 consid. 3b), sous réserve d'assurances données par le bailleur permettant à l'autre partie de croire que les rapports seraient de longue durée (ATF 120 II 105 consid. 3 b/bb).

Le but de la réglementation des art. 271 et 271a CO est uniquement de protéger le locataire contre des résiliations abusives et n'exclut pas un congé même si l'intérêt du locataire au maintien du bail paraît plus important que celui du bailleur à ce qu'il prenne fin; seule une disproportion manifeste des intérêts en jeu, due au

défaut d'intérêt digne de protection du bailleur, peut rendre une résiliation abusive (ATF 136 III 190 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_322/2007 du 12 novembre 2007 consid. 6; LACHAT, in Commentaire romand du code des obligations I, n. 6 ad art. 271 CO).

La motivation de la résiliation est essentielle pour établir si un congé contrevient aux règles de la bonne foi. L'auteur de la motivation est lié par les motifs qu'il a donnés. En cours de procédure, il peut néanmoins les compléter et les expliciter s'il a de bonnes raisons de le faire. De plus, la motivation doit être donnée dans le respect des règles de la bonne foi. En particulier, les motifs avancés doivent être vrais. Si le bailleur donne des motifs mensongers et que le juge s'en aperçoit, le congé doit en règle générale être annulé (ACJC/959/2012 du 29 juin 2012 et ACJC/283/2008 du 3 mars 2008). Toutefois, si le motif réel est légitime, l'application de l'article 271 al. 1 CO doit être écartée, car seul le mensonge masquant un dessein abusif peut entraîner l'annulation du congé (BOHNET/MONTINI, Droit du bail à loyer, Bâle 2010, ad art. 271 CO n. 24 et 29).

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

La partie qui demande l'annulation du congé doit rendre à tout le moins vraisemblable la mauvaise foi de sa partie adverse (arrêts du Tribunal fédéral 4A_472/2007 du 11 mars 2008 consid. 2.1; 4C_443/2006 du 5 avril 2007 consid. 4.1.2; ATF 120 II 105 consid. 3c), alors que la partie qui a résilié le bail a le devoir de contribuer loyalement à la manifestation de la vérité en fournissant tous les éléments en sa possession, nécessaires à la vérification du motif invoqué par elle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_472/2007 consid. 2.1). Il n'appartient pas au bailleur de démontrer sa bonne foi car cela reviendrait à renverser le fardeau de la preuve (ACJC/968/2012 du 29 juin 2012 consid. 5.4). Il appartient au locataire qui conteste un congé estimé abusif de prouver l'abus à satisfaction de droit. Faute de preuve, le congé est valable (USPI, Commentaire du bail à loyer, n. 10 ad art. 271 CO).

3.3 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). Un fait n'est établi que si le juge en est convaincu (ATF 131 III 222; 118 II 235, JdT 1994 I 331; 104 II 216). Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). Ce faisant, le tribunal décide d'après sa conviction subjective personnelle si les faits se sont produits ou non, c'est-à-dire s'ils sont prouvés ou non (HOHL, Procédure civile, Tome I, 2001, n. 1105). Le juge forge sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire (ATF 132 III 109 consid. 2; JEANDIN,

L'administration des preuves, in Le Code de procédure civile, aspects choisis, 2011, p. 93).

3.4 Selon l'art. 169 CPC, toute personne qui n'est pas partie au procès peut déposer en qualité de témoin sur des faits dont elle a eu une perception directe. Le conjoint d'une partie peut donc aussi déposer. La suspicion de partialité d'un témoin, résultant par exemple d'un lien conjugal, de parenté, d'alliance ou d'amitié avec une partie, doit être prise en considération au stade de l'appréciation du témoignage; néanmoins, la suspicion n'exclut pas d'emblée que la déposition soit tenue pour digne de foi et il incombe au juge du fait d'apprécier sa force probante (arrêt du Tribunal fédéral 4A_181/2012 du 10 septembre 2012 consid. 3 et réf. citées).

3.5 En l'espèce, les premiers juges ont retenu à raison que la bailleresse avait motivé la résiliation du contrat de bail à loyer par la sous-location non autorisée de l'appartement en question, puis, en cours de procédure, par le fait que B_____ n'habitait plus celui-ci.

Or, la bailleresse a échoué à démontrer tant que les locataires sous-louaient leur appartement, que B_____ n'habitait plus celui-ci.

Même si le rapport de domiciliation établi par la société F_____ indique qu'entre le 5 mai 2014 et le 13 octobre 2014, B_____ ne s'était pas rendue au 2_____, mais habitait au 4_____, celle-ci a expliqué au Tribunal qu'elle avait un temps habité chez son ami à cette adresse, mais qu'ils étaient à l'époque de son audition par le Tribunal séparés, ce qu'a confirmé L_____. Le fait que le détective privé n'avait pas vu la locataire pendant un période de cinq mois ne prouvait donc pas que cette dernière n'occupait pas l'appartement, ce d'autant plus que les surveillances de quelques heures étaient espacées de trois à quatre semaines. Ce rapport couvrait une période antérieure à la mise en demeure de réintégrer l'appartement, adressée aux locataires le 4 novembre 2014, et à la résiliation du contrat de bail à loyer du 16 décembre 2014, de sorte qu'il n'était pas à lui seul suffisamment pertinent en l'espèce, comme l'ont retenu les premiers juges.

L'extrait du Registre du commerce de la société C_____, sur lequel était indiqué 7_____ comme domicile de B_____, ne suffit pas à démontrer que le domicile de celle-ci se situait à l'époque toujours à 7_____. En effet, la locataire a produit dans la procédure une attestation de l'OCPM datée de septembre 2015, de laquelle il ressort qu'elle était bien domiciliée au 2_____ depuis le 15 novembre 2013, soit avant la mise en demeure de l'appelante, et qu'elle ne s'était pas domiciliée au 4_____. La Cour relèvera qu'il ressort de ces deux documents que l'attestation de l'OCPM contient des informations plus proches de la situation de B_____, établie par la procédure, que l'extrait du Registre du commerce.

Même si les témoignages de D_____ et d'I_____ sont à prendre avec circonspection au vu de leur intérêt à ce que le contrat des intimées reste en vigueur, comme le soutient à juste titre l'appelante, ceux-ci ont indiqué que B_____ occupait une chambre de l'appartement. J_____, K_____ et L_____ ont confirmé ces faits.

B_____ a expliqué au Tribunal qu'elle partageait son temps entre l'appartement en question et celui dont elle était propriétaire à 5_____, où elle se rendait le week-end. Elle a également précisé qu'elle louait également ce dernier, par exemple lorsqu'elle était en voyage.

Même s'il est curieux, comme l'a soutenu à juste titre la représentante de la bailleuse, que la locataire ait habité l'appartement concerné avec son ex-mari et sa nouvelle épouse, cela ne suffit pas à établir que la locataire ne pouvait pas occuper une chambre de l'appartement en cause.

Le fait que les époux B_____ et D_____ n'avaient pas été en mesure d'indiquer au Tribunal le nom de l'école fréquentée par le fils de la locataire, E_____, n'est pas à même d'établir si B_____ habitait ou non le logement concerné, notamment au vu des circonstances rappelées ci-avant.

Les propos de la concierge de l'immeuble, selon lesquels elle n'avait jamais vu B_____ dans l'immeuble concerné, ne sont pas à même à remettre en question la conviction du Tribunal, du fait qu'elle n'a pas été entendue dans la procédure, et que ces propos ont simplement été rapportés par le témoin M_____.

Au vu de ce qui précède, c'est donc à raison que les premiers juges ont déclaré inefficace le congé notifié le 16 décembre 2014 pour le 31 janvier 2015 et annulé le congé notifié le même jour pour le 31 mars 2015, du fait que la procédure a permis d'établir que la locataire résidait dans l'appartement. La Cour relèvera encore que le deuxième congé ordinaire ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection, du fait que les motifs de ce congé ne sont pas avérés, pour les mêmes raisons que celles relatives au congé extraordinaire.

Les premiers juges ayant correctement établi les faits et n'ayant pas violé les articles 8 CC, 157 et 172 let. b CPC, contrairement à ce que soutient l'appelante, le jugement querellé sera donc confirmé.

4. A teneur de l'art. 22 al. 1 LaCC, il n'est pas prélevé de frais dans les causes soumises à la juridiction des baux et loyers, étant rappelé que l'art. 116 al. 1 CPC autorise les cantons à prévoir des dispenses de frais dans d'autres litiges que ceux visés à l'art. 114 CPC (ATF 139 III 182 consid. 2.6).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des baux et loyers :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 2 mai 2016 par A_____ contre le jugement JTBL/232/2016 rendu le 14 mars 2016 par le Tribunal des baux et loyers dans la cause C/798/2015-6-OSB.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Monsieur Nicolas DAUDIN, Monsieur Thierry STICHER, juges assesseurs; Madame Maïté VALENTE, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

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. consid. 1.2.