

L'art. 257f al. 3 CO permet au bailleur de résilier le contrat de bail avec effet immédiat en cas de violation de son devoir de diligence par le locataire. Cette disposition s'applique également si le locataire fait **un usage de la chose qui viole des stipulations du contrat**. Pour déterminer l'usage convenu de chose louée, il convient de se référer au libellé du bail et de ses annexes et, si nécessaire, se reporter aux règles régissant l'interprétation des contrats (consid. 3.2.1).

Selon le Tribunal fédéral, l'« hébergement de familiaux » (conjoint, partenaire, concubin, enfants, amis, etc.) par le locataire est admis, pour autant que cela ne provoque pas une sur-occupation des locaux. **Il ne s'agit ni d'une sous-location, ni d'un prêt à usage, faute de volonté contractuelle.** L'hébergement de familiaux **concerne diverses situations**, par exemple celles où (i) le locataire vit avec son conjoint, son partenaire ou son concubin et qu'ils se partagent le loyer, (ii) le locataire n'occupe plus lui-même l'appartement, mais le laisse à la disposition de son époux dont il vit séparé ou (iii) le locataire remet entièrement l'usage de la chose louée à son enfant envers lequel il a une obligation d'entretien en vertu des art. 276 al. 1 et 277 al. 2 CC (consid. 3.2.3).

Lorsqu'un locataire héberge son enfant adulte et qu'il n'y a plus de devoir légal d'entretien, il faut déterminer – en fonction des circonstances – si la volonté de conclure un contrat existe.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral retient qu'il y a bien une volonté de conclure un contrat de bail, et donc une sous-location, entre le locataire et sa fille : celle-ci s'est installée chez son père avec son mari et ses deux enfants, a convenu avec son père de la répartition des chambres et a accepté de prendre en charge les deux tiers du loyer. De ce fait, un contrat visant à occuper une partie du logement à titre onéreux a nécessairement été passé (consid. 3.4).

Si le locataire a sous-loué la chose sans demander l'autorisation du bailleur et que l'un des motifs de l'art. 262 al. 2 CO pour s'opposer à la sous-location (motifs auxquels s'ajoute l'interdiction de l'abus de droit) est donné, la condition du caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur de l'art. 257f al. 3 CO est automatiquement réalisée (consid. 4.2). Si la sous-location est totale (c'est-à-dire qu'elle porte sur l'entier de la chose louée), il y a abus de droit si le locataire a perdu toute idée de reprendre dans un avenir prévisible l'usage de la chose louée et qu'il a procédé en réalité à une substitution de locataires, ce qui est un but étranger à l'institution même de la sous-location (consid. 4.2.1). Ce raisonnement ne s'applique pas en cas de sous-location partielle, car le locataire réside toujours dans le bien (consid. 4.2.2).

Composition

Mmes et M. les Juges fédéraux

Hohl, Juge président, Rüedi et May Canellas

Greffier : M. Botteron.

Participants à la procédure

A.SA,

représentée par Me Mark Barokas, avocat,
recourante,

contre

B.B.,

représenté par Me Gabriel Raggenbass, avocat,
intimé.

Objet

résiliation du contrat de bail avec effet immédiat, distinction entre sous-location et hébergement de
familiers,

recours contre l'arrêt rendu le 6 septembre 2021 par la Chambre des baux et loyers de la Cour de
justice du canton de Genève (C/8847/2019 ACJC/1101/2021).

Faits :

A.

A.a. Par contrat du 7 décembre 1998, les époux B.B. et C.B. ont conjointement pris à bail un appartement de quatre pièces et demie au quatrième étage d'un bâtiment du quartier de U. à Genève, pour un loyer mensuel net de 1'000 fr. et des charges de 100 fr. A.SA (ci-après: la bailleresse ou la défenderesse ou la recourante) est devenue propriétaire de l'immeuble à une date indéterminée.

L'épouse C.B. est décédée en 2009.

Au plus tard dans le courant de l'année 2012, B.B. (ci-après: le locataire ou le demandeur ou l'intimé) a accueilli sa fille D.D., son époux et ses enfants dans l'appartement qu'il occupe.

A.b. Une première résiliation du bail de l'appartement a été notifiée par la bailleresse le 3 septembre 2012 pour le 31 décembre 2012. Le motif indiqué était le souhait de la bailleresse de " procéder à différents travaux de rafraîchissement du logement afin que le loyer réponde aux besoins prépondérants de la population ".

Le lendemain, le locataire et sa fille se sont rendus à la régie pour discuter de cette résiliation. Les pourparlers ainsi entrepris ont abouti à la conclusion d'un nouveau bail pour l'appartement le 18 septembre 2012. La régie a établi ce nouveau bail au nom de B.B. et C.B. pour une durée d'un an, du 1er janvier au 31 décembre 2013, renouvelable tacitement. Le loyer était augmenté de 1'000 fr. à 1'260 fr. et les charges de 100 fr. à 200 fr. Le contrat prévoyait à sa clause n° 3 que toute sous-location devait faire l'objet d'une autorisation préalable du bailleur et le prêt à usage était interdit. Ce contrat a été signé par B.B. et par sa fille qui a inscrit le nom de sa mère, puis a été contresigné par la régie le 18 septembre 2012.

Par la suite, la bailleresse a encore proposé un renouvellement de trois ans du contrat de bail, soit jusqu'au 31 décembre 2019, lequel se reconduit tacitement d'année en année, moyennant " révision du loyer adapté à la valeur objective de l'appartement ". Simultanément, elle a notifié une majoration du loyer à 1'310 fr. dès le 1er janvier 2017 et à 1'360 fr. dès le 1er janvier 2018.

En dernier lieu, le locataire et sa fille se répartissaient le paiement du loyer de sorte que le père en payait 500 fr. et la fille s'acquittait du solde.

A.c. Ayant constaté que, sur la boîte aux lettres de l'appartement figurait le nom " Famille D. ", la bailleresse a invité les locataires, par courrier recommandé du 11 février 2016, à fournir tous les renseignements utiles avant le 19 février 2016, faute de quoi le bail serait résilié. Ce courrier n'a pas été retiré à la poste par le locataire.

Le 17 mars 2016, la bailleresse a notifié une deuxième résiliation du bail de l'appartement pour la prochaine échéance du 31 décembre 2016. Elle a motivé la résiliation par l'absence de réponse des locataires à son courrier du 11 février 2016, dont elle déduisait qu'ils avaient sous-loué leur appartement sans autorisation de sa part en violation de la clause particulière n° 3 du contrat de

bail.

A.d. Le 15 avril 2016, le locataire et ses trois enfants, dont D.D., lesquels agissaient en qualité d'héritiers de leur mère C.B., ont contesté judiciairement la résiliation.

Par la suite, le 14 juin 2016, la bailleresse a encore déclaré invalider les contrats de bail pour dol ou, subsidiairement, pour erreur essentielle, dès lors que C.B. était déjà décédée au moment de la modification des contrats et qu'elle ne pouvait donc pas être partie aux contrats et que ses héritiers ne pouvaient pas l'être non plus puisque ces contrats étaient postérieurs à leur saisine universelle.

La bailleresse a aussi déposé plainte pénale contre le locataire et sa fille pour faux dans les titres; finalement, en 2017, le Ministère public du canton de Genève a classé l'affaire pénale après opposition du père et de sa fille. Un recours contre cette décision de classement a été en dernier lieu déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral (6B_1245/2017 du 21 juin 2018).

A.e. Par jugement du 21 février 2020, le Tribunal des baux et loyers, statuant sur renvoi, a annulé le congé notifié le 17 mars 2016 à B.B. En substance, il a considéré que le père locataire n'avait pas sollicité le consentement de la bailleresse pour la sous-location partielle à sa fille et à son gendre, mais que les motifs pour lesquels le père accueillait ces derniers apparaissaient toutefois légitimes, même si la situation constituait un cas limite, en ce sens qu'on pouvait légitimement craindre, sur le long terme, une tentative de transfert du bail déguisé, au vu des déplacements réguliers du locataire au V. Celui-ci avait néanmoins démontré sa présence régulière à Genève et avait un intérêt à conserver l'usage de l'appartement, tout en bénéficiant de la présence de sa famille à ses côtés pour l'aider dans les tâches quotidiennes, notamment les repas. Les conditions d'une sous-location partielle n'apparaissaient pas abusives et la bailleresse n'avait pas démontré que la sous-location présentait pour elle des inconvénients majeurs.

La Chambre des baux et loyers a rejeté l'appel de la bailleresse et confirmé le jugement attaqué par arrêt du 25 janvier 2021. La cour cantonale a en outre considéré que le motif invoqué par la bailleresse, soit l'absence de réponse des locataires à son courrier du 11 février 2016, dont celle-ci déduisait qu'ils avaient sous-loué leur appartement sans autorisation, était un faux motif, dès lors que la bailleresse savait pertinemment que le courrier n'avait pas été retiré.

Le Tribunal fédéral a définitivement rejeté le recours de la bailleresse par arrêt du 9 août 2021 (arrêt 4A_129/2021 du 9 août 2021).

A.f. Parallèlement à cette dernière procédure en contestation du congé, la bailleresse a, par courrier recommandé du 11 février 2019, imparti un délai de trente jours à B.B. pour mettre un terme à la sous-location de son appartement à sa fille, intervenue sans son consentement, en l'informant qu'à défaut d'exécution, le contrat de bail serait résilié en application de l'art. 257f al. 3 CO.

La bailleresse a mis en oeuvre sa menace en résiliant le contrat de bail de manière anticipée par avis de résiliation adressé à B.B. par pli recommandé du 18 mars 2019, pour le 30 avril 2019. Par courrier recommandé du même jour, la bailleresse a également mis B.B. en demeure de verser l'arriéré de loyer du mois de mars 2019 en l'informant qu'à défaut de s'acquitter de l'intégralité de la somme due, le bail serait résilié en application de l'art. 257d CO. Le loyer dû a finalement été réglé.

B.

B.a. Par requête de conciliation du 17 avril 2019, déclarée non conciliée, puis par demande introduite devant le Tribunal des baux et loyers le 11 juillet 2019, B.B. a contesté la résiliation anticipée. Il a conclu principalement à la constatation de l'inefficacité du congé, subsidiairement à son annulation et, plus subsidiairement encore, à l'octroi d'une prolongation de bail de quatre ans.

La défenderesse a conclu au déboutement du locataire de toutes ses conclusions, au constat que le congé du 18 mars 2019 était valable et à la condamnation du locataire à évacuer de sa personne, de tous les biens et de tous tiers, l'appartement litigieux, sous peine des sanctions prévues à l'art. 292 CP.

Elle a en outre sollicité qu'il soit ordonné à la force publique de procéder à l'évacuation forcée.

B.b. Par jugement du 3 novembre 2020, le Tribunal des baux et loyers a déclaré inefficace le congé notifié au locataire et débouté les parties de toutes autres conclusions. En substance, le Tribunal a constaté que les conditions formelles prévues par l'art. 257f al. 3 CO étaient toutes remplies, que la bailleuse n'avait pas soutenu que les conditions de la sous-location seraient abusives, et qu'il ne pouvait être reproché au locataire de s'être désintéressé de l'appartement et d'avoir procédé à une substitution de locataire, dès lors qu'il avait démontré qu'il continuait d'y habiter avec sa fille, le mari de celle-ci et leurs enfants. La sous-location partielle ne présentait en outre pas d'inconvénients majeurs pour la bailleuse. Enfin, selon le Tribunal, l'appartement n'était pas sur-occupé. Les conditions d'une résiliation anticipée fondée sur l'art. 257f al. 3 CO n'étaient pas remplies, de sorte que le Tribunal des baux et loyers a constaté l'inefficacité du congé.

B.c. Par arrêt du 6 septembre 2021, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé ce jugement. Dans une double motivation, la cour cantonale a considéré que l'utilisation du logement litigieux constituait un hébergement et non une sous-location et que celui-ci était licite dès lors que l'appartement n'était pas sur-occupé. En outre, le locataire ne violait pas son devoir de diligence, de sorte que l'art. 257f al. 3 CO ne trouvait pas application. La cour cantonale a en outre considéré qu'en tout état, même à supposer que le cas constitue une sous-location partielle, le congé demeurerait inefficace en raison du fait que le manquement reproché au locataire n'était pas suffisamment grave et que le locataire ne commettait pas d'abus de droit.

C.

Contre cet arrêt qui lui a été notifié le 8 septembre 2021, la bailleuse a interjeté un recours en matière civile contre le locataire le 6 octobre 2021. Elle conclut à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens que le congé signifié à B.B. soit déclaré valable, et qu'ordre soit donné à celui-ci d'évacuer les locaux sous la menace des sanctions prévues à l'art. 292 CP et à la force publique d'y procéder, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision au sens des considérants. Elle invoque une violation des art. 253 CO en lien avec les art. 276 et 277 CC, de même qu'une violation de l'art. 257f al. 3 CO en lien avec l'art. 262 CO.

L'intimé conclut à l'irrecevabilité du recours pour ses considérations appellatoires, et pour le surplus, à son rejet.

La recourante a répliqué.

L'intimé a déposé une duplique.

La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt.

Considérant en droit :

1.

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par la bailleuse qui a succombé dans ses conclusions (art. 76 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF), prise sur appel par le tribunal supérieur du canton de Genève (art. 75 LTF), dans une affaire de bail (art. 72 al. 1 LTF), dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 15'000 fr. requis en cette matière (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours en matière civile est recevable.

2.

2.1. Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris le droit constitutionnel (ATF 136 I 241 consid. 2.1; 136 II 304 consid. 2.4). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art.

42 al. 1 et 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes. Il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF 140 III 86 consid. 2, 115 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3). Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, il n'examine la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de façon détaillée (art. 106 al. 2 LTF; ATF 139 I 22 consid. 2.3; 137 III 580 consid. 1.3; 135 III 397 consid. 1.4 in fine).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Relèvent de ces faits tant les constatations relatives aux circonstances touchant l'objet du litige que celles concernant le déroulement de la procédure conduite devant l'instance précédente et en première instance, c'est-à-dire les constatations ayant trait aux faits procéduraux (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires (ATF 140 III 115 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.5) ou ont été établies en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

3.

Est litigieuse, la question de savoir si la résiliation du contrat de bail pour violation des dispositions sur la sous-location est valable.

Il convient en premier lieu de déterminer si le locataire, recevant chez lui sa fille, le mari de celle-ci ainsi que leurs enfants, sous-loue son appartement ou s'il s'agit d'un hébergement de familiers.

3.1. La recourante invoque une violation de l'art. 253 CO. Selon elle, la cour cantonale a considéré à tort que le locataire hébergeait sa fille en vertu de son droit d'hébergement de familiers. Il s'agissait en réalité d'un contrat de bail au sens de l'art. 253 CO, respectivement d'une sous-location.

La recourante soutient que la relation entre le locataire et sa fille ne peut être qualifiée d'hébergement, dès lors qu'elle remplit toutes les conditions d'une sous-location, sans violer l'art. 253 CO. Si toutefois l'occupation des locaux devait être considérée comme un hébergement de familiers, celle-ci serait illicite en raison de sa durée indéterminée.

Selon la recourante, la cour cantonale aurait, à tort, qualifié d'hébergement la présence de la fille du locataire et de sa famille dans le logement litigieux: aucun motif - ni légal fondé sur un devoir d'entretien des parents, ni moral d'accueillir des familiers chez soi par charité - ne justifiait un hébergement de longue durée. Ainsi, la cour cantonale aurait violé le droit en ne qualifiant pas le contrat de contrat de bail, alors que toutes ses conditions étaient remplies. En outre, la recourante soutient que la cour cantonale aurait tiré cette conclusion en violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire.

3.2.

3.2.1. Selon l'art. 257f al. 3 CO, le bailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat lorsque les cinq conditions suivantes sont cumulativement remplies: (1) une violation du devoir de diligence incombant au locataire, (2) un avertissement écrit préalable du bailleur, (3) la persistance du locataire à ne pas respecter son devoir en relation avec le manquement évoqué par le bailleur dans sa protestation, (4) le caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur et, enfin, (5) le respect d'un préavis de trente jours pour la fin d'un mois (arrêt 4A_468/2020 du 9 février 2021 consid. 4.1).

Le comportement du locataire (condition n° 1) doit constituer une violation de son devoir de diligence ou un usage de la chose en violation des stipulations du contrat (ATF 132 III 109 consid. 5; 123 III 124 consid. 2a). Le manquement reproché au locataire doit atteindre une certaine gravité (ATF

134 III 300 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence, la liberté contractuelle permet aux parties de déterminer librement l'objet de leur accord, dans les limites de la loi (art. 19 al. 1 CO). Ainsi, l'usage pour lequel la chose est louée est déterminé par la convention des parties, soit expressément, soit tacitement (par ex. par l'utilisation adoptée pendant longtemps par le locataire sans opposition du bailleur qui en avait connaissance). **L'usage convenu se détermine ainsi prioritairement sur la base du libellé du bail et de celui de ses annexes, qui peuvent prévoir la destination des locaux** (Gebrauchszweck; par ex. comme habitation, dépôt, bureau, atelier) **ou la manière dont la chose louée doit être utilisée** (Gebrauchsmodalitäten; par ex. le cercle des utilisateurs de celle-ci). **Si le bail et ses annexes ne précisent pas clairement l'usage convenu, celui-ci doit être dégagé à partir des règles régissant l'interprétation des contrats** (ATF 136 III 186 consid. 3.1.1).

3.2.2. Sauf stipulation contraire, le locataire n'est pas tenu d'occuper lui-même la chose louée (ATF 136 III 186 consid. 3.1.2). **A titre d'usage convenu, la loi accorde au locataire le droit de sous-louer son logement aux conditions prévues par l'art. 262 CO.**

La jurisprudence admet également que le locataire puisse remettre l'usage de la chose louée à un tiers sous forme de prêt à usage lorsque le locataire cède par contrat, l'usage de la chose louée sans contre-prestation (ATF 136 III 186 consid. 3.2.3, arrêt 4A_39/2019 du 23 juillet 2019 consid. 4.2; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n. 2453).

3.2.3. En marge du prêt à usage, le Tribunal fédéral a également admis l'hébergement de familiers par le locataire, notamment son conjoint, son partenaire, son concubin, ses enfants, ainsi que d'autres proches, par exemple des amis (ATF 136 III 186 consid. 3.2.2, arrêt 4A_39/2019 précité consid. 4.3, 4A_596/2019 du 30 juin 2020 consid. 4.2.2; GIGER, Berner Kommentar, n° 9 ad art. 262 CO; LACHAT, in Le droit du bail à loyer, 2019, n° 1.3.9 p. 59; REUDT, in Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 4e éd. 2018, n° 15 ad art. 257f CO; ROHRER, in Das schweizerische Mietrecht, SVIT Kommentar, 4e éd. 2018, n° 4 ad art. 262 CO; SCHWANINGER, in Wohn- und Geschäftsraummiete, n° 10.29). **Un tel hébergement n'est ni une sous-location, ni un prêt à usage, faute d'animum contrahendi** (GIGER, Berner Kommentar, n° 9 ad art. 262 CO; MÜLLER, Contrats de droit suisse, 2021, n° 1155; WEBER, Basler Kommentar, 7e éd. 2020, n° 1 ad art. 262 CO). **Un tel hébergement est toujours possible aussi longtemps que cela ne provoque pas une sur-occupation des locaux** (HIGI/WILDISEN, Zürcher Kommentar, n° 11 ad art. 262 CO).

L'organisation interne de la famille justifie que le conjoint, le partenaire ou le concubin puisse participer au paiement du loyer principal sans que cela n'influence la qualification d'hébergement. **En d'autres termes, le partage du loyer entre les conjoints, les partenaires ou les concubins ne crée pas en soi un rapport contractuel de sous-location** (BISE/PLANAS, in Commentaire pratique droit du bail à loyer et à ferme, 2e éd. 2017, n. 16a ad art. 262 CO; LACHAT, La sous-location, in SJ 1992 p. 471; LACHAT/GROBET THORENS, Le bail à loyer, 2019, p. 721).

Il y a également hébergement lorsque le locataire n'occupe plus lui-même l'appartement, mais le laisse à la disposition de son époux dont il vit séparé. En effet, il n'y a pas entre eux de contrat de sous-location ou de prêt, mais une obligation légale de fidélité et d'assistance (art. 159 al. 3 CC). Lorsqu'il doit statuer sur requête de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge doit notamment prendre les mesures en ce qui concerne le logement (art. 176 al. 1 ch. 2 CC). Autrement dit, lorsqu'il attribue le logement à un époux, il l'impose au locataire au titre de son obligation matrimoniale, mais sa décision ne modifie pas directement la relation contractuelle entre le locataire et le bailleur. En effet, seul le juge du divorce peut transférer à un époux, à certaines conditions, les droits et obligations découlant du bail (art. 121 al. 1 CC; ATF 134 III 446 consid. 2.1, arrêt 4A_596/2019 précité consid. 4.2.2).

Enfin, le Tribunal fédéral a admis à titre d'hébergement, la remise de l'usage de la chose louée entière par le père locataire à sa fille, dont il assumait l'entretien en vertu des art. 276 al. 1 et 277 al. 2 CC, dès lors que cette obligation d'entretien comprend une obligation d'hébergement (Arrêt

4A_39/2019 précité consid. 4.4).

En revanche, la question de la qualification d'hébergement de l'accueil de l'enfant du locataire après la fin de l'obligation d'entretien légale n'a pas été pas tranchée, de même que la question de la participation au paiement du loyer par la personne hébergée, en dehors du cas du partage du loyer entre époux, partenaires ou concubins.

En l'espèce, il convient donc de déterminer en premier lieu si l'accueil chez lui, hors de toute obligation légale d'entretien, par le père locataire, de sa fille, son mari et ses deux enfants, en contrepartie d'une prise en charge d'une part du loyer principal, peut être qualifié d'hébergement de familiers ou s'il s'agit d'un contrat de sous-location.

3.2.4. Lorsque les enfants occupent durablement le même logement que leur parent locataire, il ne s'agit pas automatiquement d'un hébergement de familiers. Lorsque le fondement légal de la mise à disposition de tout ou d'une partie du logement se trouve essentiellement dans un rapport contractuel et non dans un devoir légal d'entretien, le rapport de bail l'emporte sur le rapport de filiation justifiant le droit à l'hébergement de familiers. En effet, une fois que le devoir légal d'entretien s'est éteint, les enfants peuvent souhaiter conclure avec leur parent un contrat de sous-location, voire de colocation. Dans un tel cas, lorsque deux sujets de droit manifestent leur volonté de mettre à disposition tout ou une partie de l'appartement en contrepartie d'une part du loyer principal, ils concluent un contrat dont toutes les caractéristiques correspondent au contrat de bail, respectivement à la sous-location. **La relation de filiation seule ne saurait justifier dans ce cas que l'utilisation des locaux soit qualifiée d'hébergement de familiers** (contra: LACHAT, La sous-location, in SJ 1992 p. 471). **A cet égard, la volonté de conclure un contrat de sous-location est à déterminer au cas par cas. Une simple participation aux frais du ménage d'un enfant habitant chez ses parents après l'extinction du devoir légal d'entretien n'entraîne pas automatiquement la création d'un contrat de bail. A ce titre, c'est l'animus contrahendi, soit la véritable volonté de conclure un contrat, laquelle se traduit dans l'échange des manifestations de volonté, qui est déterminante.**

3.3. En l'espèce, la cour cantonale a constaté que le locataire continue d'occuper une chambre de son appartement, mais accueille durablement dans les deux autres chambres, sa fille ainsi que son mari et leurs deux enfants adolescents et jumeaux. Le locataire paie le loyer à hauteur de 500 fr. et la fille ainsi que son mari s'acquittent du solde, soit de la plus grande part de celui-ci. Le locataire n'est en outre pas légalement tenu d'entretenir sa fille au sens des art. 276 al. 1 et 277 al. 2 CC. La cour cantonale a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une sous-location partielle, mais d'un hébergement de familiers. En sus, quand bien même il s'agirait d'une sous-location partielle, la cour cantonale a considéré que celle-ci ne posait pas d'inconvénient majeur à la bailleuse, et que sa résiliation immédiate en vertu de l'art. 257f al. 3 CO était inefficace.

3.4. Cette analyse ne peut être partagée. Lorsque la fille du locataire est venue s'installer après le décès de sa mère dans l'appartement loué par son père avec son mari et leurs enfants, qu'elle a convenu avec son père d'une répartition des chambres et qu'elle a accepté de prendre en charge les deux tiers du loyer (réparti entre les époux à raison d'une moitié chacun), elle a nécessairement passé avec lui un contrat visant à occuper une partie du logement à titre onéreux. La volonté des parties étant décisive pour déterminer leur relation légale dans l'occupation de l'appartement, elles ont donc conclu un contrat de sous-location partielle de durée indéterminée au sens de l'art. 253 CO. Il s'ensuit que lorsque la cour cantonale a considéré que le père exerçait son droit d'héberger ses enfants en vertu de son droit d'hébergement de familiers, elle a violé l'art. 253 CO dès lors que toutes les conditions d'application de cet article étaient remplies.

Le grief de violation de l'art. 253 CO doit par conséquent être admis.

4.

Dès lors que le rapport contractuel entre le locataire et sa fille doit être qualifié de sous-location,

demeure litigieuse la question de la réalisation des conditions de la résiliation immédiate pour justes motifs de l'art. 257f al. 3 CO en lien avec la violation des conditions de la sous-location.

4.1. La recourante soutient que si l'occupation des locaux par la famille du locataire devait être considérée comme une sous-location, celle-ci aurait été instaurée sans son consentement, et qu'elle aurait disposé de motifs valables pour la refuser en vertu de l'art. 262 al. 2 CO. Selon elle, la réalisation de l'un des motifs de l'art. 262 al. 2 CO rend automatiquement le maintien du bail insupportable pour le bailleur au sens de l'art. 257f al. 3 CO, justifiant ainsi une résiliation immédiate du contrat.

Au titre d'inconvénient majeur pour elle de la sous-location (art. 262 al. 2 let. c CO), la recourante invoque une prétendue sur-occupation des locaux par le locataire, sa fille et son gendre ainsi que leurs deux enfants, dans un appartement de 4,5 pièces. Cette sur-occupation serait contraire au Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires de Genève (RGL; RSGE I 4 05.01), d'une part, et, d'autre part, fonderait l'inconvénient de l'usure plus rapide du logement litigieux du fait du nombre des occupants, laquelle ne serait pas couverte par le loyer.

De plus, également sous le titre d'inconvénient majeur pour elle, la recourante invoque la violation de l'interdiction générale de l'abus de droit du locataire (art. 2 CC), qui utilise l'institution de la sous-location dans un sens étranger à son but, à savoir pour accueillir durablement la famille de sa fille chez lui, et procéderait en réalité à une substitution de locataires. En effet, la recourante soutient que, bien que partielle puisque le locataire principal occupe toujours l'appartement litigieux avec sa fille, son gendre et leur famille, la sous-location litigieuse doit être soumise au même régime que la sous-location totale. Or la sous-location totale ne peut être admise que si le locataire a l'intention de reprendre l'usage de la chose louée dans un avenir prévisible et ne peut donc pas être prévue pour une durée indéterminée. Le logement étant occupé par la fille du locataire avec sa famille depuis 2012 sans que le locataire principal n'entende en reprendre l'usage complet, la bailleresse estime qu'elle aurait été en droit de refuser son consentement à une telle sous-location de durée indéterminée.

4.2. S'agissant d'un contrat de sous-location, l'art. 257f al. 3 CO est applicable lorsque le locataire sous-loue l'appartement remis à bail sans requérir le consentement du bailleur en violation de l'art. 262 CO (ATF 134 III 300 consid. 3.1).

Lorsque la violation du devoir de diligence invoquée (condition n° 1 de l'art. 257f al. 3 CO, cf. ci-dessus consid. 3.2.1) est la sous-location sans le consentement du bailleur, deux situations sont visées: **soit le bailleur a refusé son consentement à la sous-location et il était en droit de le faire pour l'un des motifs de l'art. 262 al. 2 CO; soit le locataire s'est abstenu de demander au bailleur l'autorisation de sous-louer et celui-ci aurait disposé d'un motif valable au sens de l'art. 262 al. 2 CO pour s'opposer à la sous-location.**

Les motifs valables au sens de l'art. 262 al. 2 CO sont le refus du locataire de communiquer les conditions de la sous-location (let. a), les conditions de la sous-location sont abusives, comparées à celles du contrat de bail principal (let. b), ou la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs (let. c). A ces cas s'ajoute l'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC: en effet, lorsque le locataire abuse de son droit à la sous-location, il ne saurait être protégé et il faut raisonner comme si son droit n'existait pas (ATF 134 III 446 consid. 2.4, arrêt 4A_367/2010 du 4 octobre 2010 consid. 2.1).

Lorsque l'un des motifs valables visés à l'art. 262 al. 2 CO est réalisé, la condition du caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur (condition n° 4) de l'art. 257f al. 3 CO est automatiquement réalisée (celle-ci "n'a pas de portée indépendante"; ATF 134 III 300 consid. 3.1, arrêt 4A_347/2016 du 10 novembre 2016 consid. 3.1.2; au sujet de la sous-location partielle, cf. arrêt 4A_290/2015 du 9 septembre 2015 consid. 4.4).

En matière d'abus du droit de sous-location, la jurisprudence distingue la sous-location totale et la sous-location partielle.

4.2.1. Dans le premier cas de figure de la sous-location totale, celle-ci est en principe conçue pour le cas où le locataire n'a temporairement plus l'usage de la chose louée - par exemple en raison d'un stage professionnel ou d'études dans un autre lieu -; il le remet alors provisoirement à un tiers pour se décharger, d'un point de vue économique, du fardeau du loyer le temps de son absence (ATF 138 III 59 consid. 2.2.1). Dans ce cas, il y a abus de droit si le locataire a perdu toute idée de reprendre dans un avenir prévisible l'usage de la chose louée et qu'il a procédé en réalité à une substitution de locataires, ce qui est un but étranger à l'institution même de la sous-location (ATF 138 III 59 consid. 2.2.1, 134 III 446 consid. 2.4). Savoir si le locataire a l'intention de réintégrer à l'avenir les locaux loués est une question de fait (arrêt 4A_367/2010 précité consid. 2.2). Certes, un locataire qui quitte un logement peut penser avoir un jour un intérêt à revenir dans les locaux qu'il abandonne. Surtout en période de pénurie de logements, il peut avoir un intérêt à garder un certain droit sur les locaux. **Le juge doit donc se montrer relativement strict dans l'examen de l'intention, qui doit résulter d'un besoin légitime et clairement perceptible** (arrêt 4A_367/2010 précité consid. 2.1), **du locataire de réintégrer les locaux loués. La vague possibilité de réintégrer peut-être un jour l'objet loué ne suffit pas à justifier une sous-location** (ATF 138 III 59 consid. 2.2.1, arrêt 4A_290/2015 précité consid. 4.3.1).

4.2.2. Dans le deuxième cas de figure de la sous-location partielle, lorsque le locataire ne sous-loue qu'une partie de son appartement, si le bailleur avait accordé son consentement à la sous-location partielle de durée indéterminée, on voit mal que celui-ci puisse se prévaloir de l'abus de droit du locataire (et notamment de sa perte d'intérêt pour les locaux), puisque ce dernier y réside toujours; le bailleur ne peut donc pas résilier le bail au motif d'une sous-location non autorisée. Dès lors, s'il entend revenir sur son consentement, le bailleur doit impérativement agir selon les règles de procédure de l'art. 269d CO (ATF 125 III 62 consid. 2b, arrêt 4A_290/2015 précité consid. 4.4.1). **Si le locataire n'avait pas obtenu le consentement du bailleur pour la sous-location, il convient de raisonner comme en cas de sous-location totale, que le locataire utilise encore les locaux ou non (cf. ci-dessus) : il faut déterminer si le bailleur était en droit de refuser son consentement (trois situations mentionnées exhaustivement à l'art. 262 al. 2 CO) ou si le fait de n'avoir pas requis le consentement du bailleur légitimait, en soi, la résiliation. A ces cas s'ajoute l'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC.**

4.3. En l'espèce, le locataire a sous-loué deux chambres sur trois à sa fille et sa famille, et a continué d'utiliser sa chambre. Il s'agit donc d'une sous-location partielle, dont la cour cantonale a retenu qu'elle était de durée indéterminée. **Le locataire n'ayant pas sollicité le consentement de la bailleuse, il convient de déterminer si cette dernière disposait de motifs de refus de la sous-location au moment où elle aurait dû être consultée.**

Traitant d'un cas de sous-location partielle sans consentement du bailleur, la cour cantonale a examiné l'existence de motifs qui auraient permis au bailleur de s'opposer à celle-ci avant son début.

Examinant d'abord l'inconvénient majeur de la sur-occupation invoqué par la recourante, la cour cantonale a considéré que l'accueil de la famille dans la chose louée ne provoquait pas de sur-occupation en vertu du contrat de bail principal, qui ne prévoyait pas de limite d'occupation, pas plus qu'au regard du Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, ce que la recourante ne critique pas. **La cour cantonale a ainsi usé de son pouvoir d'appréciation pour conclure que l'appartement de 4.5 pièces occupé par le locataire, le couple formé de sa fille et du conjoint de celle-ci, ainsi que les deux enfants adolescents du couple n'engendrait pas de sur-occupation.**

La cour cantonale a ensuite examiné la question de l'abus de droit du locataire à la sous-location et le risque de transfert de bail. Elle a cependant considéré que le locataire principal continuait d'occuper régulièrement l'appartement loué et payait sa part du loyer. Il n'avait ainsi pas opéré de substitution de locataire. En outre le locataire principal ne cherchait pas non plus un nouveau logement pour lui seul, de sorte qu'un tel risque n'existait pas.

4.4. La recourante se limite à formuler à nouveau le grief qu'elle avait invoqué devant la cour cantonale, en ne contestant l'appréciation de la cour cantonale que par des critiques toutes générales, et, partant, appellatoires, lesquelles sont irrecevables (art. 106 al. 2 LTF). La recourante se satisfait de répéter que le logement est sur-occupé alors que la cour cantonale a constaté le contraire. Elle ne développe pas davantage en quoi l'état de sur-occupation qu'elle invoque lui causerait un inconvénient majeur, sinon parce qu'une personne en trop selon elle, causerait une usure accrue de la chose louée. Elle ne démontre certainement pas que cette situation lui causerait un inconvénient, et encore moins que celui-ci serait majeur.

Au demeurant, la cour cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en considérant possible de loger cinq personnes dans trois chambres, alors que deux adolescents jumeaux partagent leur chambre ensemble. Enfin la critique esquissée par la recourante, de l'application du droit cantonal genevois ne satisfait pas aux exigences requises pour contester l'application d'une norme cantonale (art. 106 al. 2 LTF). La recourante n'expose en outre aucunement en quoi le règlement qu'elle invoque trouverait application dans le cas d'espèce.

La recourante ne convainc pas lorsqu'elle soutient que la cour cantonale a violé le droit dans l'examen de la question de l'abus de droit du locataire. En effet, elle ne propose aucun argument pour soutenir que le locataire aurait usé de la sous-location afin de procéder à une substitution de locataire, ce qui ne semble au demeurant pas être le cas, dès lors qu'il habite encore l'appartement.

En conclusion, la cour cantonale a correctement examiné le grief, soulevé par la recourante, de l'abus de droit dans la sous-location sous l'angle de l'art. 262 al. 2 CO, ainsi que le grief de l'inconvénient majeur allégué par la recourante, de sorte que son présent grief doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

5.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. La recourante prendra à sa charge les frais de la procédure et versera une indemnité de dépens à l'intimé (art. 66 al. 1 et 68 al. 1-2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr. sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera à l'intimé une indemnité de dépens de 3'500 fr.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 3 janvier 2023

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Juge président : Hohl

Le Greffier : Botteron