

La preuve en droit du bail

Loyers, défauts et résiliation de baux d'habitations et de locaux commerciaux à l'aune des questions probatoires

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Pascal JEANNIN

Jury :

Prof. François BOHNET
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. Blaise CARRON
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Prof. Jacques HALDY
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
de l'Université de Lausanne
Rapporteur externe

Neuchâtel, le 16 novembre 2021

IMPRIMATUR POUR LA THESE

LA PREUVE EN DROIT DU BAIL

**Loyers, défauts et résiliation de baux d'habitations et de locaux
commerciaux à l'aune des questions probatoires**

Pascal JEANNIN

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Olivier Hari (président)
- M. François Bohnet (directeur de thèse)
- M. Blaise Carron (rapporteur interne)
- M. Jacques Haldy (Professeur à l'Université de Lausanne, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 16 novembre 2021



Olivier Hari

Doyen de la Faculté de droit

Résumé

La preuve constitue l'élément-charnière entre les faits et le droit. Elle permet de convaincre le tribunal de l'existence d'un fait pertinent en vertu d'une règle de droit. En procédure civile suisse, il incombe en principe à la partie qui profite de la présence d'un certain fait d'en apporter la preuve.

En droit du bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, le législateur suisse a opté pour un système de prévention contre les abus en partant du principe que le locataire constitue la partie faible au contrat, soumise à un risque d'abus par le bailleur. Partant, la loi accorde au locataire des droits particuliers comme celui de contester le loyer ou un congé donné par le bailleur. Il dispose en outre d'un certain nombre de droits en cas de défauts de la chose louée.

La preuve des faits pertinents, pour l'application de ces règles qui protègent le locataire, est cependant souvent difficile à rapporter, ce qui peut mettre en péril l'efficacité du système et en fin de compte le but du législateur. Le législateur et la jurisprudence, conscients de ces problèmes, sont intervenus, mais ces interventions ne sont pas satisfaisantes sur tous les points. Il en résulte un système très complexe, peu facile d'utilisation, dans lequel le locataire est par moment assez bien protégé alors que dans d'autres situations, il peine à faire consacrer ses droits parce qu'il est difficile d'établir les conditions nécessaires pour appliquer la règle censée le protéger.

Ainsi, le système pour la fixation du loyer, qui prévoit deux méthodes différentes en application de huit critères, devrait être repensé entièrement afin de le faciliter, alors que, pour garantir la protection des locataires en cas de défauts et de congés, des adaptations mineures au niveau législatif ou jurisprudentiel pourraient s'avérer efficaces et suffisantes.

Mots-clés : *Procédure civile ; droit du bail de locaux commerciaux et d'habitation ; droit de la preuve ; maximes de procédure ; fardeau de la preuve ; moyens de preuve ; administration des preuves ; devoir de collaborer à l'administration des preuves ; appréciation des preuves ; fixation du loyer ; contestation du loyer initial ; augmentation du loyer ; diminution du loyer ; défauts de l'objet loué ; remise en l'état ; réduction du loyer ; consignation ; résiliation du bail ; contestation de la résiliation ; nullité de la résiliation ; prolongation du bail*

Zusammenfassung

Der Beweis stellt das Bindeglied zwischen Sachverhalt und Recht dar. Er ermöglicht es dem Gericht, sich vom Vorhandensein eines gemäss einem Rechtsatz relevanten Sachverhalts zu überzeugen. Im schweizerischen Zivilrecht trägt im Grundsatz die Partei, welche vom Vorhandensein eines Sachverhalts gemäss einer ihr günstigen Norm profitiert, die Beweislast für diesen Sachverhalt.

Im Mietrecht für Wohn- und Geschäftsräume geht der schweizerische Gesetzgeber davon aus, dass ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht, wobei die Mieterschaft die schwächere Partei darstellt, und hat sich für ein System der Bekämpfung des «Machtmissbrauchs» durch die Vermieterschaft entschieden. Mieterinnen und Mieter verfügen deshalb über spezielle Rechte wie etwa jenes, den Anfangsmietzins oder eine durch die Vermieterschaft ausgesprochene Kündigung anzufechten. Ebenso verfügen Mieterinnen und Mieter über Ansprüche, sollte die Mietsache Mängel aufweisen.

Der Beweis des für die Anwendung der die Mieterschaft gegen Missbrauch schützenden Normen relevanten Sachverhalts ist jedoch oft schwierig zu erbringen, was die Anwendung des Systems der Missbrauchsbekämpfung erschwert und schlussendlich das Erreichen des gesetzgeberischen Ziels gefährdet. Das Problem ist weder dem Gesetzgeber noch der Rechtsprechung entgangen. Deren Versuche, das Problem zu beheben, sind jedoch nicht in allen Fällen zufriedenstellend. So ist ein kompliziertes Geflecht aus Regeln, Ausnahmen und Ausnahmen zu den Ausnahmen entstanden, dessen Anwendung sehr herausfordernd ist und in welchem die Mieterschaft in gewissen Situationen sehr gut geschützt ist, in anderen jedoch vor Problemen steht, den Beweis des für die Anwendung der sie schützenden Norm ausschlaggebenden Sachverhalts zu erbringen.

Problematisch ist hier insbesondere das System für die Festsetzung des Mietzinses, welches zwei verschiedene Methoden unter Anwendung von acht Kriterien vorsieht. Dieses sollte vollständig überdacht und vereinfacht werden. Hingegen dürften, was die Ansprüche der Mieterinnen und Mieter bei Mängeln sowie die Anfechtung der Kündigung angeht, kleinere Anpassungen des Gesetzes und der Rechtsprechung für eine Behebung der Probleme ausreichend sein.

Schlüsselbegriffe: Zivilprozessrecht; Miete von Wohn- und Geschäftsräumen; Beweisrecht; Prozessmaximen; Beweislast; Beweismittel; Beweisaufnahme; Beweisabnahme; Mitwirkungspflicht; Beweiswürdigung; Mietzinsfestsetzung; Anfechtung des Anfangsmietzinses; Mietzinserhöhung; Mietzinssenkung; Mängel der Mietsache; Mängelbeseitigung; Herabsetzung des Mietzinses; Hinterlegung des Mietzinses; Kündigung des Mietvertrags; Anfechtung der Kündigung; Nichtigkeit der Kündigung; Erstreckung des Mietverhältnisses

Abstract

Evidence constitutes the link between facts and law. It allows the courts to convince themselves about the existence of the relevant facts. Under Swiss civil law, the burden of proof lies upon the party who, according to a specific provision, benefits from a particular fact's existence.

Under Swiss law on lease of residential and commercial premises, a power gap is assumed between landlords and tenants; tenants are considered to be the weaker party. The legislator therefore opted in favour of a system aiming to fight abuse of power by landlords. Tenants have special rights, in particular challenging rent and notice of termination. Likewise, tenants have rights where defects arise to the object.

However, adducing evidence of the relevant facts according to the provisions protecting tenants against abuse is often burdensome, which complicates the system's application and endangers the achievement of the legislator's aims. The problem is known to the legislator and the judiciary. Their attempts to solve the problem are not satisfying in every case and have generated a complex conglomerate of rules, exceptions to the rules and exceptions to the exceptions whose application is complicated in practice. In some situations, tenants are well protected against landlords' attempts to abuse their power, whereas in others, they face important difficulties adducing evidence of the facts relevant according to the provision which aims to protect them.

In order to guarantee the tenants' rights, the system on challenging rents, based on two different methods and eight criteria to fix the admissible rent, should be entirely revised and simplified. Tenants' protection against defects to the object and abusive termination could be enhanced by minor adaptation of legislation and judiciary.

Keywords: *Civil procedure; law on lease of residential and commercial premises; law of evidence; procedural maxims; burden of proof; means of evidence; taking of evidence; duty to cooperate in the taking of evidence; evaluation of evidence; fixation of rents; challenge to initial rent; rent increases; rent reductions; defects to the object; remedy to the defect; reduction of rent; deposit of rent; termination of lease; challenge of termination; voidness of termination; extension of the lease*

SOMMAIRE

TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXXV
BIBLIOGRAPHIE	XLV
INTRODUCTION	1
La preuve, un élément primordial pour la mise en œuvre du droit.....	1
Le bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, un contrat socialement et économiquement sensible	2
Problématique abordée et but de l'étude	4
Structure	5
Limites de l'étude	5
PARTIE GÉNÉRALE : LA PREUVE EN PROCÉDURE CIVILE SUISSE	7
TITRE I : ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX	9
Chapitre 1 : La notion de preuve	9
1.1. Les définitions retenues par la doctrine.....	10
1.2. La définition proposée dans la présente thèse	12
Chapitre 2 : Le droit de la preuve : notion et sources	21
Chapitre 3 : Synthèse	23
TITRE II : LES QUESTIONS PROBATOIRES	25
Chapitre 1 : L'objet de la preuve	27
1.1. La problématique	27
1.2. Les faits	28
1.3. Les usages et usages locaux	41
1.4. Le droit	44
Chapitre 2 : Le sujet de la preuve	49
2.1. Problématique	49
2.2. Solutions possibles.....	49
2.3. Les maximes dans le code de procédure civile suisse	61

Chapitre 3 : Le fardeau de la preuve	65
3.1. Fardeau objectif.....	65
3.2. Fardeau subjectif	78
Chapitre 4 : Les différents degrés de preuve	81
4.1. La problématique.....	81
4.2. La preuve stricte	83
4.3. La vraisemblance prépondérante	85
4.4. La vraisemblance simple	87
Chapitre 5 : Les moyens de preuve	89
5.1. La problématique.....	89
5.2. Les différents types de moyens de preuve selon le Code de procédure civile.....	90
Chapitre 6 : Le devoir de collaborer	115
6.1. La problématique.....	115
6.2. Le devoir de collaborer fondé sur le droit de procédure	116
6.3. Le devoir d'information fondé sur le droit matériel.....	123
Chapitre 7 : L'introduction des moyens de preuve dans la procédure	125
7.1. La problématique.....	125
7.2. Les différentes phases de l'introduction d'un moyen de preuve	125
7.3. La solution prévue par le Code de procédure civile.....	127
7.4. La preuve à futur	135
7.5. Excursus : les preuves devant l'autorité de conciliation	138
Chapitre 8 : L'appréciation des preuves	143
8.1. La problématique.....	143
8.2. Les solutions possibles	144
8.3. La solution retenue en droit suisse.....	146
Chapitre 9 : Synthèse	151
9.1. L'objet de la preuve.....	151
9.2. Le sujet de la preuve.....	152
9.3. Le fardeau de la preuve	154
9.4. Le degré de la preuve	155
9.5. Les moyens de preuve	156
9.6. Le devoir de collaborer.....	157
9.7. L'introduction des moyens de preuve dans la procédure.....	158
9.8. L'appréciation des preuves	159

PARTIE SPÉCIALE : PREUVE ET DROIT DU BAIL	161
TITRE I : ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX DU DROIT DU BAIL À LOYER SUISSE	163
Chapitre 1 : Le droit du bail d'habitations et de locaux commerciaux : passé, présent et futur	165
1.1. Aperçu historique.....	165
1.2. Le « nouveau » droit du bail de 1990 et ses règles spéciales.....	169
1.3. Modifications et tentatives de révision.....	171
Chapitre 2 : Le siège de la matière	175
Chapitre 3 : Le contrat de bail selon le Code des obligations	177
3.1. Cession de l'usage de la chose louée	177
3.2. Paiement du loyer	179
3.3. Durée et fin du contrat de bail.....	180
Chapitre 4 : Les différentes catégories d'objets loués	181
4.1. Les immeubles en général.....	181
4.2. Les choses mobilières en général.....	183
4.3. Les habitations et les locaux commerciaux en particulier	184
Chapitre 5 : Synthèse	189
TITRE II : LA PREUVE ET LES LOYERS	191
Chapitre 1 : La détermination du caractère abusif du loyer	191
Chapitre 2 : La preuve et les critères de fixation du loyer	197
2.1. Le rendement excessif de la chose louée.....	197
2.2. Le prix d'achat manifestement exagéré.....	232
2.3. Les loyers usuels dans la localité ou dans le quartier	244
2.4. La hausse des coûts ou les prestations supplémentaires du bailleur	263
2.5. Le rendement brut.....	276
2.6. Le plan de hausses	280
2.7. Le renchérissement pour le capital exposé aux risques	281
2.8. Les limites recommandées par le contrat-cadre	282
Chapitre 3 : La preuve et les procédures relatives à la fixation du loyer	283
3.1. La contestation du loyer initial.....	283
3.2. La contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat	310
3.3. La diminution du loyer.....	331
3.4. La constatation de la nullité et la restitution du trop-perçu	344

Chapitre 4 : Synthèse et discussion	365
4.1. Objets de la preuve	365
4.2. Sujet de la preuve	367
4.3. Fardeau de la preuve.....	368
4.4. Degrés de la preuve	369
4.5. Moyens de preuve	371
4.6. Devoir de collaborer	372
4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	373
4.8. Appréciation des preuves.....	374
4.9. Discussion	375
TITRE III : LA PREUVE ET LES DÉFAUTS	377
Chapitre 1 : Généralités	377
1.1. Notion et catégories de défauts.....	377
1.2. Droits du locataire en cas de défaut	380
1.3. Actions spécifiques à la disposition du locataire	381
Chapitre 2 : L'action en remise en état	383
2.1. Objet de la preuve.....	383
2.2. Sujet de la preuve	392
2.3. Fardeau de la preuve.....	393
2.4. Degré de la preuve.....	398
2.5. Moyens de preuve	399
2.6. Devoir de collaborer	401
2.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	402
2.8. Appréciation des preuves.....	404
Chapitre 3 : L'action en réduction du loyer	407
3.1. Objet de la preuve.....	407
3.2. Sujet de la preuve	412
3.3. Fardeau objectif de la preuve.....	413
3.4. Degrés de la preuve	415
3.5. Moyens de preuve	415
3.6. Devoir de collaborer	416
3.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	417
3.8. Appréciation des preuves.....	417
Chapitre 4 : L'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner	419
4.1. Objets de la preuve	419

4.2. Sujet de la preuve.....	423
4.3. Fardeau de la preuve	424
4.4. Degré de la preuve	426
4.5. Moyens de preuve.....	427
4.6. Devoir de collaborer	427
4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	428
4.8. Appréciation des preuves	429
Chapitre 5 : Synthèse et discussion	431
5.1. Objet de la preuve	431
5.2. Sujet de la preuve.....	433
5.3. Fardeau de la preuve	433
5.4. Degré de la preuve	434
5.5. Moyens de preuve.....	435
5.6. Devoir de collaborer	435
5.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	435
5.8. Appréciation des preuves	436
5.9. Discussion.....	437
TITRE IV : LA PREUVE ET LA RÉSILIATION DU CONTRAT DE BAIL	439
Chapitre 1 : Généralités	439
1.1. L'annulabilité du congé	440
1.2. La prolongation du bail.....	442
1.3. Le congé extraordinaire	444
1.4. La nullité et l'inefficacité du congé.....	448
Chapitre 2 : La contestation de la résiliation	451
2.1. Objet de la preuve	451
2.2. Sujet de la preuve.....	462
2.3. Fardeau de la preuve	463
2.4. Degré de la preuve	469
2.5. Moyens de preuve	471
2.6. Devoir de collaborer	472
2.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	474
2.8. Appréciation des preuves	474
Chapitre 3 : L'action en prolongation du bail	477
3.1. Objet de la preuve	477
3.2. Sujet de la preuve.....	486
3.3. Fardeau de la preuve	487

3.4. Degré de la preuve.....	491
3.5. Moyens de preuve	492
3.6. Devoir de collaborer	493
3.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	494
3.8. Appréciation des preuves.....	494
Chapitre 4 : L'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation	497
4.1. Objet de la preuve.....	497
4.2. Sujet de la preuve	503
4.3. Fardeau de la preuve.....	504
4.4. Degré de la preuve.....	511
4.5. Moyens de preuve	511
4.6. Devoir de collaborer	513
4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	514
4.8. Appréciation des preuves.....	515
Chapitre 5 : Synthèse et discussion	517
5.1. Objet de la preuve.....	517
5.2. Sujet de la preuve	519
5.3. Fardeau objectif de la preuve.....	520
5.4. Degré de la preuve.....	521
5.5. Moyens de preuve	522
5.6. Devoir de collaborer	522
5.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	523
5.8. Appréciation des preuves.....	523
5.9. Discussion	524
CONCLUSIONS	525
Complexité des faits pertinents.....	525
Maxime inquisitoire sociale partiellement vidée de son sens	527
Désavantage de fait du locataire dans la répartition du fardeau de la preuve.....	528
Efficacité du devoir de collaborer à l'administration des preuves	531
Observations finales	531
INDEX	533

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXXV
BIBLIOGRAPHIE	XLV
INTRODUCTION	1
La preuve, un élément primordial pour la mise en œuvre du droit.....	1
Le bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, un contrat socialement et économiquement sensible	2
Problématique abordée et but de l'étude	4
Structure	5
Limites de l'étude	5
PARTIE GÉNÉRALE : LA PREUVE EN PROCÉDURE CIVILE SUISSE.....	7
TITRE I : ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX	9
Chapitre 1 : La notion de preuve	9
1.1. Les définitions retenues par la doctrine.....	10
1.1.1. La preuve comme raison de considérer un fait comme avéré	10
1.1.2. La preuve comme activité visant à convaincre le tribunal	11
1.1.3. La preuve comme résultat de l'activité probatoire	11
1.1.4. La preuve, synonyme de « moyen de preuve »	12
1.2. La définition proposée dans la présente thèse	12
1.2.1. La fonction de la preuve	13
1.2.2. Éléments de la définition	14
1.2.2.1. La véracité ou de la fausseté d'un allégué de fait	15
1.2.2.2. La conviction du tribunal	18
Chapitre 2 : Le droit de la preuve : notion et sources	21
Chapitre 3 : Synthèse	23
TITRE II : LES QUESTIONS PROBATOIRES	25
Chapitre 1 : L'objet de la preuve	27
1.1. La problématique	27

1.2.	Les faits	28
1.2.1.	Généralités	28
1.2.2.	Faits pertinents	29
1.2.3.	Faits allégués.....	31
1.2.3.1.	Fardeau de l'allégation et exigence de motivation suffisante	32
1.2.3.2.	Exception	33
1.2.4.	Faits contestés	34
1.2.4.1.	Principe : le fardeau de la contestation.....	34
1.2.4.2.	Exceptions	36
1.2.5.	Faits ne nécessitant pas de preuve	38
1.2.5.1.	Faits notoires.....	38
1.2.5.2.	Faits notoirement connus	39
1.2.5.3.	Règles d'expérience généralement reconnues	39
1.3.	Les usages et usages locaux.....	41
1.3.1.	Notion et rôles	41
1.3.2.	Usages et usages locaux comme objet de la preuve.....	43
1.4.	Le droit	44
1.4.1.	Le droit suisse	44
1.4.2.	Le droit étranger.....	46
Chapitre 2 : Le sujet de la preuve		49
2.1.	Problématique.....	49
2.2.	Solutions possibles	49
2.2.1.	Maxime des débats	52
2.2.1.1.	Contenu.....	52
2.2.1.2.	Justifications	53
2.2.1.3.	Conséquences	54
2.2.2.	Maxime inquisitoire	55
2.2.2.1.	Contenu.....	55
2.2.2.2.	Justifications	55
2.2.2.3.	Conséquences	56
2.2.3.	Maxime inquisitoire sociale	57
2.2.3.1.	Contenu.....	57
2.2.3.2.	Justifications	58
2.2.3.3.	Conséquences	59
2.3.	Les maximes dans le code de procédure civile suisse.....	61
2.3.1.	L'application de la maxime des débats.....	61
2.3.2.	L'application de la maxime inquisitoire sociale	63
2.3.3.	L'application de la maxime inquisitoire	63

Chapitre 3 : Le fardeau de la preuve	65
3.1. Fardeau objectif	65
3.1.1. Problématique.....	65
3.1.2. La théorie des normes.....	66
3.1.2.1. Faits générateurs.....	67
3.1.2.2. Faits dirimants.....	68
3.1.2.3. Faits extinctifs.....	69
3.1.3. Le fardeau objectif de la preuve en droit suisse	70
3.1.3.1. Règle générale de l’art. 8 CC	70
3.1.3.2. Exceptions.....	71
3.1.3.2.1. Qualification de fait générateur comme fait dirimant	74
3.1.3.2.2. Présomptions légales	75
3.1.3.2.3. Présomptions de fait	77
3.2. Fardeau subjectif.....	78
Chapitre 4 : Les différents degrés de preuve	81
4.1. La problématique	81
4.2. La preuve stricte	83
4.3. La vraisemblance prépondérante.....	85
4.4. La vraisemblance simple.....	87
Chapitre 5 : Les moyens de preuve	89
5.1. La problématique	89
5.2. Les différents types de moyens de preuve selon le Code de procédure civile	90
5.2.1. Témoignage	90
5.2.1.1. Définition et admissibilité	90
5.2.1.2. Administration.....	91
5.2.1.3. Aspects pratiques	92
5.2.2. Titres.....	93
5.2.2.1. Définition et admissibilité	93
5.2.2.2. Administration.....	95
5.2.2.3. Aspects pratiques	95
5.2.3. Inspection	96
5.2.3.1. Définition et admissibilité	96
5.2.3.2. Administration.....	97
5.2.3.3. Aspects pratiques	100
5.2.4. Expertise judiciaire	100
5.2.4.1. Définition et admissibilité	100

5.2.4.2.	Administration	102
5.2.4.3.	Aspects pratiques	105
5.2.5.	Renseignements écrits	106
5.2.5.1.	Définition et admissibilité.....	106
5.2.5.2.	Administration	107
5.2.5.3.	Aspects pratiques	109
5.2.6.	Interrogatoire et la déposition de partie	109
5.2.6.1.	Définition et admissibilité.....	109
5.2.6.2.	Administration	112
5.2.6.3.	Aspects pratiques	113
Chapitre 6 :	Le devoir de collaborer	115
6.1.	La problématique.....	115
6.2.	Le devoir de collaborer fondé sur le droit de procédure	116
6.2.1.	Devoir de déposer de manière conforme à la vérité.....	118
6.2.2.	Devoir de produire des documents	118
6.2.3.	Devoir de tolérer une inspection ou une expertise	119
6.2.4.	Droit de refuser de collaborer.....	120
6.2.4.1.	Droit de la partie de refuser de collaborer	121
6.2.4.2.	Droit du tiers de refuser de collaborer.....	121
6.3.	Le devoir d'information fondé sur le droit matériel.....	123
Chapitre 7 :	L'introduction des moyens de preuve dans la procédure	125
7.1.	La problématique.....	125
7.2.	Les différentes phases de l'introduction d'un moyen de preuve	125
7.3.	La solution prévue par le Code de procédure civile.....	127
7.3.1.	Proposition et production des moyens de preuve.....	128
7.3.1.1.	En procédure ordinaire.....	128
7.3.1.2.	En procédure simplifiée	130
7.3.2.	Décision du tribunal sur les moyens de preuve admis et refusés	132
7.3.3.	Administration des preuves	134
7.4.	La preuve à futur	135
7.4.1.	Problématique	135
7.4.2.	Solution retenue en droit suisse actuel.....	137
7.5.	Excursus : les preuves devant l'autorité de conciliation	138
Chapitre 8 :	L'appréciation des preuves	143
8.1.	La problématique.....	143
8.2.	Les solutions possibles	144
8.3.	La solution retenue en droit suisse.....	146

8.3.1. Principe : libre appréciation des preuves	146
8.3.2. Limites et exceptions	147
8.3.2.1. Interdiction de la prise en compte de certains moyens de preuve (<i>Verwertungsverbot</i>)	147
8.3.2.2. Règles au sujet de l'appréciation de la preuve	148
8.3.3. L'appréciation des preuves en pratique	148
8.3.4. Appréciation anticipée des preuves	150
Chapitre 9 : Synthèse	151
9.1. L'objet de la preuve	151
9.2. Le sujet de la preuve	152
9.3. Le fardeau de la preuve	154
9.4. Le degré de la preuve	155
9.5. Les moyens de preuve	156
9.6. Le devoir de collaborer	157
9.7. L'introduction des moyens de preuve dans la procédure	158
9.8. L'appréciation des preuves	159
PARTIE SPÉCIALE : PREUVE ET DROIT DU BAIL	161
TITRE I : ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX DU DROIT DU BAIL À LOYER SUISSE	163
Chapitre 1 : Le droit du bail d'habitations et de locaux commerciaux : passé, présent et futur	165
1.1. Aperçu historique	165
1.1.1. Des décennies de droit de nécessité	165
1.1.2. Du droit de nécessité au droit privé social	168
1.2. Le « nouveau » droit du bail de 1990 et ses règles spéciales	169
1.3. Modifications et tentatives de révision	171
Chapitre 2 : Le siège de la matière	175
Chapitre 3 : Le contrat de bail selon le Code des obligations	177
3.1. Cession de l'usage de la chose louée	177
3.2. Paiement du loyer	179
3.3. Durée et fin du contrat de bail	180
Chapitre 4 : Les différentes catégories d'objets loués	181
4.1. Les immeubles en général	181
4.2. Les choses mobilières en général	183
4.3. Les habitations et les locaux commerciaux en particulier	184
4.3.1. Habitations	184

4.3.2. Locaux commerciaux	187
Chapitre 5 : Synthèse	189
TITRE II : LA PREUVE ET LES LOYERS	191
Chapitre 1 : La détermination du caractère abusif du loyer	191
Chapitre 2 : La preuve et les critères de fixation du loyer	197
2.1. Le rendement excessif de la chose louée	197
2.1.1. Concept	197
2.1.2. Objet de la preuve	199
2.1.2.1. Faits directement pertinents	201
2.1.2.1.1. Le prix de revient de l'immeuble	201
2.1.2.1.2. Le montant des fonds propres investis.....	202
2.1.2.1.3. Le montant des frais d'exploitation et d'entretien	204
2.1.2.1.4. Les charges financières	205
2.1.2.1.5. Les critères utilisés pour la ventilation des comptes	206
2.1.2.1.6. Valeur vénale, fiscale et d'assurance de l'immeuble	208
2.1.2.1.7. Résumé : faits pertinents pour la détermination du prix de revient	210
2.1.2.2. Preuve par indice du caractère abusif du loyer.....	210
2.1.2.3. Allégation et contestation.....	212
2.1.2.4. Faits notoires.....	214
2.1.2.4.1. Le taux hypothécaire de référence.....	214
2.1.2.4.2. Le renchérissement.....	215
2.1.2.5. Faits notoirement connus par le tribunal	216
2.1.3. Sujet de la preuve	217
2.1.4. Degré de preuve	219
2.1.5. Moyens de preuve	220
2.1.5.1. Pour le prix de revient de l'immeuble	220
2.1.5.2. Pour le montant des fonds propres investis	223
2.1.5.3. Pour le montant des frais d'exploitation et d'entretien.....	224
2.1.5.4. Pour les charges financières	225
2.1.5.5. Pour les critères utilisés dans le cadre de la ventilation des comptes.....	227
2.1.5.6. Pour la valeur vénale de l'immeuble au moment de son acquisition par le bailleur	228
2.1.6. Devoir de collaborer.....	229

2.2.	Le prix d'achat manifestement exagéré.....	232
2.2.1.	Concept.....	232
2.2.2.	Objet de la preuve.....	234
2.2.2.1.	Faits pertinents	234
2.2.2.2.	Usages et usages locaux	236
2.2.2.3.	Allégation et contestation	237
2.2.2.4.	Faits notoires	237
2.2.3.	Sujet de la preuve	237
2.2.4.	Degrés de preuve	238
2.2.5.	Moyens de preuve.....	239
2.2.6.	Devoir de collaborer	242
2.3.	Les loyers usuels dans la localité ou dans le quartier	244
2.3.1.	Concept.....	244
2.3.2.	Objet de la preuve.....	247
2.3.2.1.	Faits pertinents	247
2.3.2.2.	Usages et usages locaux	249
2.3.2.2.1.	Loyers usuels dans la localité ou le quartier : usage ou fait ?.....	249
2.3.2.2.2.	Établissement des loyers usuels dans la localité ou le quartier.....	250
2.3.2.3.	Allégation et contestation.....	251
2.3.2.4.	Faits notoires	254
2.3.2.5.	Résumé : objets de la preuve pour déterminer le caractère compatible d'un loyer avec les loyers usuels dans la localité ou le quartier	254
2.3.3.	Sujet de la preuve	255
2.3.4.	Degrés de preuve	256
2.3.5.	Moyens de preuve.....	258
2.3.6.	Devoir de collaborer	260
2.3.6.1.	Devoir de collaborer du bailleur à l'administration des preuves lorsque le locataire supporte le fardeau de la preuve.....	260
2.3.6.2.	Devoir de collaborer du locataire à la preuve des caractéristiques de l'objet loué dont le loyer est litigieux	262
2.3.6.3.	Devoir de collaborer des tiers.....	262
2.4.	La hausse des coûts ou les prestations supplémentaires du bailleur	263
2.4.1.	Concept.....	263
2.4.2.	Objet de la preuve.....	265
2.4.2.1.	Faits pertinents	265

2.4.2.1.1.	Pour l'augmentation ou la réduction du taux hypothécaire de référence	265
2.4.2.1.2.	Pour l'augmentation (ou la réduction) des autres charges courantes et d'entretien.....	265
2.4.2.1.3.	Pour les améliorations créant des plus-values et les améliorations énergétiques.....	266
2.4.2.1.4.	Pour l'agrandissement de la chose louée	270
2.4.2.2.	Allégation et contestation.....	270
2.4.2.3.	Fait notoire : le taux hypothécaire de référence	271
2.4.2.4.	Règle d'expérience généralement reconnue : durée de vie des travaux et installations	272
2.4.3.	Sujet de la preuve	272
2.4.4.	Degrés de preuve.....	273
2.4.5.	Moyens de preuve	274
2.4.6.	Devoir de collaborer.....	275
2.5.	Le rendement brut	276
2.5.1.	Concept	276
2.5.2.	Objet de la preuve	277
2.5.2.1.	Faits pertinents.....	277
2.5.2.2.	Allégation et contestation.....	278
2.5.2.3.	Faits notoires.....	279
2.5.3.	Sujet de la preuve	279
2.5.4.	Degré de preuve	279
2.5.5.	Moyens de preuve	280
2.5.6.	Devoir de collaborer.....	280
2.6.	Le plan de hausses.....	280
2.7.	Le renchérissement pour le capital exposé aux risques.....	281
2.8.	Les limites recommandées par le contrat-cadre	282
Chapitre 3 : La preuve et les procédures relatives à la fixation du loyer		283
3.1.	La contestation du loyer initial	283
3.1.1.	Concept	283
3.1.2.	Objet de la preuve	285
3.1.2.1.	Faits pertinents.....	286
3.1.2.1.1.	Caractère « initial » du loyer.....	286
3.1.2.1.2.	Nécessité personnelle ou familiale de conclure le bail	287
3.1.2.1.3.	Situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux	288
3.1.2.1.4.	Augmentation sensible du loyer	289

3.1.2.1.5.	Respect du délai de 30 jours	290
3.1.2.1.6.	Conditions de recevabilité selon le Code de procédure civile	291
3.1.2.1.7.	Loyer abusif.....	291
3.1.2.2.	Allégation et contestation	292
3.1.2.3.	Faits notoires	294
3.1.3.	Sujet de la preuve	295
3.1.4.	Fardeau de la preuve.....	296
3.1.4.1.	Fardeau objectif.....	296
3.1.4.1.1.	Faits générateurs.....	297
3.1.4.1.2.	Faits dirimants	299
3.1.4.1.3.	Faits extinctifs	301
3.1.4.1.4.	Exceptions	301
3.1.4.2.	Fardeau subjectif	304
3.1.5.	Degrés de preuve	304
3.1.6.	Moyens de preuve.....	304
3.1.7.	Devoir de collaborer	305
3.1.8.	Introduction des moyens de preuve dans la procédure.....	307
3.1.9.	Appréciation des preuves.....	308
3.2.	La contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat	310
3.2.1.	Concept.....	310
3.2.2.	Objet de la preuve.....	311
3.2.2.1.	Faits pertinents	311
3.2.2.1.1.	Conditions formelles.....	312
3.2.2.1.2.	Conditions matérielles	314
3.2.2.2.	Allégation et contestation	315
3.2.3.	Sujet de la preuve	316
3.2.4.	Fardeau de la preuve.....	317
3.2.4.1.	Fardeau objectif.....	317
3.2.4.1.1.	Faits générateurs.....	317
3.2.4.1.2.	Faits dirimants	319
3.2.4.1.2.1.	La menace de résiliation ou la résiliation donnée par le bailleur	319
3.2.4.1.2.2.	Le loyer abusif selon la méthode absolue	320
3.2.4.1.2.3.	Autre critère relatif.....	321
3.2.4.1.2.4.	Bail à durée déterminée	322

3.2.4.1.2.5. Convention entre les parties qui supprime le droit du bailleur de majorer le loyer	322
3.2.4.1.2.6. Les subsides.....	323
3.2.4.1.3. Faits extinctifs	323
3.2.4.1.4. Exceptions	323
3.2.4.2. Fardeau subjectif.....	325
3.2.5. Degrés de preuve.....	326
3.2.6. Moyens de preuve	327
3.2.7. Devoir de collaborer.....	327
3.2.8. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	328
3.2.9. Appréciation des preuves	329
3.3. La diminution du loyer	331
3.3.1. Concept	331
3.3.2. Objet de la preuve	332
3.3.2.1. Faits pertinents.....	332
3.3.2.1.1. Conditions formelles	332
3.3.2.1.2. Conditions matérielles.....	334
3.3.2.2. Allégation et contestation.....	336
3.3.2.3. Faits notoires.....	337
3.3.3. Sujet de la preuve	337
3.3.4. Fardeau de la preuve	338
3.3.4.1. Fardeau objectif	338
3.3.4.1.1. Faits générateurs.....	338
3.3.4.1.2. Faits dirimants.....	339
3.3.4.1.3. Faits extinctifs	341
3.3.4.2. Fardeau subjectif.....	341
3.3.5. Degrés de la preuve	342
3.3.6. Moyens de preuve	342
3.3.7. Devoir de collaborer.....	342
3.3.8. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	343
3.3.9. Appréciation des preuves	343
3.4. La constatation de la nullité et la fixation judiciaire du loyer ainsi que la restitution du trop-perçu	344
3.4.1. Concept	344
3.4.2. Objet de la preuve	345
3.4.2.1. Faits pertinents.....	345
3.4.2.1.1. Cause de nullité	346
3.4.2.1.2. Fixation du loyer	347

3.4.2.1.3.	Enrichissement illégitime	348
3.4.2.2.	Allégation et contestation	350
3.4.2.3.	Règle d'expérience généralement reconnue	352
3.4.3.	Sujet de la preuve	352
3.4.4.	Fardeau de la preuve	353
3.4.4.1.	Fardeau objectif	353
3.4.4.1.1.	Faits générateurs	353
3.4.4.1.2.	Faits dirimants	356
3.4.4.1.2.1.	Consentement du locataire à la modification du bail	356
3.4.4.1.2.2.	Abus de droit du locataire à invoquer un vice de forme	356
3.4.4.1.3.	Faits extinctifs	357
3.4.4.1.4.	Exceptions	358
3.4.4.2.	Fardeau subjectif	360
3.4.5.	Degrés de la preuve	360
3.4.6.	Moyens de preuve	360
3.4.7.	Devoir de collaborer	361
3.4.8.	Introduction des moyens de preuve dans la procédure	362
3.4.9.	Appréciation des preuves	362
Chapitre 4 :	Synthèse et discussion	365
4.1.	Objets de la preuve	365
4.2.	Sujet de la preuve	367
4.3.	Fardeau de la preuve	368
4.4.	Degrés de la preuve	369
4.5.	Moyens de preuve	371
4.6.	Devoir de collaborer	372
4.7.	Introduction des moyens de preuve dans la procédure	373
4.8.	Appréciation des preuves	374
4.9.	Discussion	375
TITRE III :	LA PREUVE ET LES DÉFAUTS	377
Chapitre 1 :	Généralités	377
1.1.	Notion et catégories de défauts	377
1.2.	Droits du locataire en cas de défaut	380
1.3.	Actions spécifiques à la disposition du locataire	381
Chapitre 2 :	L'action en remise en état	383
2.1.	Objet de la preuve	383

2.1.1.	Faits pertinents	383
2.1.1.1.	Existence d'un défaut.....	383
2.1.1.2.	Qualification du défaut	385
2.1.1.3.	Connaissance du défaut par le bailleur et délai raisonnable	386
2.1.1.4.	Faute	387
2.1.2.	Usages et usages locaux	387
2.1.3.	Allégation et contestation.....	388
2.1.4.	Faits ne nécessitant pas de preuve	391
2.1.4.1.	Faits notoires.....	391
2.1.4.2.	Règles d'expérience généralement reconnues.....	391
2.2.	Sujet de la preuve	392
2.3.	Fardeau de la preuve.....	393
2.3.1.	Fardeau objectif.....	393
2.3.1.1.	Faits générateurs	393
2.3.1.2.	Faits dirimants	394
2.3.1.3.	Faits extinctifs.....	395
2.3.2.	Fardeau subjectif	397
2.4.	Degré de la preuve.....	398
2.5.	Moyens de preuve	399
2.6.	Devoir de collaborer	401
2.7.	Introduction des moyens de preuve dans la procédure	402
2.8.	Appréciation des preuves.....	404
Chapitre 3 : L'action en réduction du loyer		407
3.1.	Objet de la preuve.....	407
3.1.1.	Faits pertinents	407
3.1.2.	Usages et usages locaux	410
3.1.3.	Allégation et contestation.....	410
3.1.4.	Faits ne nécessitant pas de preuve	412
3.2.	Sujet de la preuve	412
3.3.	Fardeau objectif de la preuve.....	413
3.3.1.	Fardeau objectif.....	413
3.3.1.1.	Faits générateurs	413
3.3.1.2.	Faits dirimants	413
3.3.1.3.	Faits extinctifs.....	413
3.3.2.	Fardeau subjectif	414
3.4.	Degrés de la preuve	415
3.5.	Moyens de preuve	415
3.6.	Devoir de collaborer	416

3.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	417
3.8. Appréciation des preuves	417
Chapitre 4 : L'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner	419
4.1. Objets de la preuve	419
4.1.1. Faits pertinents.....	419
4.1.2. Usages et usages locaux.....	422
4.1.3. Allégation et contestation	422
4.1.4. Faits notoires	423
4.2. Sujet de la preuve.....	423
4.3. Fardeau de la preuve	424
4.3.1. Fardeau objectif	424
4.3.1.1. Faits générateurs.....	424
4.3.1.2. Faits dirimants et extinctifs	424
4.3.2. Fardeau subjectif.....	425
4.4. Degré de la preuve	426
4.5. Moyens de preuve	427
4.6. Devoir de collaborer	427
4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	428
4.8. Appréciation des preuves	429
Chapitre 5 : Synthèse et discussion	431
5.1. Objet de la preuve	431
5.2. Sujet de la preuve.....	433
5.3. Fardeau de la preuve	433
5.4. Degré de la preuve	434
5.5. Moyens de preuve	435
5.6. Devoir de collaborer	435
5.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	435
5.8. Appréciation des preuves	436
5.9. Discussion.....	437
TITRE IV : LA PREUVE ET LA RÉSILIATION DU CONTRAT DE BAIL	439
Chapitre 1 : Généralités	439
1.1. L'annulabilité du congé	440
1.2. La prolongation du bail.....	442
1.3. Le congé extraordinaire	444
1.3.1. Violation du devoir de diligence.....	445
1.3.2. Justes motifs	447

1.4. La nullité et l'inefficacité du congé	448
Chapitre 2 : La contestation de la résiliation	451
2.1. Objet de la preuve.....	451
2.1.1. Faits pertinents	451
2.1.1.1. Congé ordinaire.....	451
2.1.1.2. Mauvaise foi du bailleur	452
2.1.1.2.1. Congé de représailles	454
2.1.1.2.2. Congé-vente	456
2.1.1.2.3. Congé-rénovation.....	458
2.1.1.3. Conditions formelles.....	459
2.1.2. Allégation et contestation.....	459
2.2. Sujet de la preuve	462
2.3. Fardeau de la preuve.....	463
2.3.1. Fardeau objectif.....	463
2.3.1.1. Faits générateurs	463
2.3.1.2. Faits dirimants	465
2.3.1.3. Faits extinctifs.....	466
2.3.1.4. Exceptions	466
2.3.2. Fardeau subjectif	468
2.4. Degré de la preuve.....	469
2.5. Moyens de preuve	471
2.6. Devoir de collaborer	472
2.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	474
2.8. Appréciation des preuves.....	474
Chapitre 3 : L'action en prolongation du bail	477
3.1. Objet de la preuve.....	477
3.1.1. Faits pertinents	477
3.1.1.1. Les conséquences pénibles.....	477
3.1.1.2. L'absence d'intérêt prépondérant du bailleur.....	479
3.1.1.3. Efforts du locataire de trouver un local de remplacement	482
3.1.1.4. Conditions formelles.....	484
3.1.2. Allégation et contestation.....	485
3.2. Sujet de la preuve	486
3.3. Fardeau de la preuve.....	487
3.3.1. Fardeau objectif.....	487
3.3.1.1. Faits générateurs	487
3.3.1.2. Faits dirimants	488

3.3.1.3. Faits extinctifs	490
3.3.2. Fardeau subjectif.....	490
3.4. Degré de la preuve	491
3.5. Moyens de preuve.....	492
3.6. Devoir de collaborer	493
3.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	494
3.8. Appréciation des preuves	494
Chapitre 4 : L'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation	497
4.1. Objet de la preuve	497
4.1.1. Faits pertinents.....	497
4.1.2. Allégation et contestation	500
4.1.3. Faits notoires	503
4.2. Sujet de la preuve.....	503
4.3. Fardeau de la preuve	504
4.3.1. Fardeau objectif	504
4.3.1.1. Conditions de recevabilité de l'action en constatation de la nullité	505
4.3.1.2. Conditions de validité formelle du congé	506
4.3.1.2.1. Faits générateurs et dirimants relatifs au motif de l'art. 266/ CO	506
4.3.1.2.2. Faits générateurs et dirimants relatifs au motif de l'art. 266n CO	507
4.3.1.2.3. Faits générateurs et dirimants relatifs au motif de l'art. 266m CO	507
4.3.1.2.4. Faits dirimants et extinctifs entrant en ligne de compte pour tous les motifs liés à la forme du congé	507
4.3.1.3. Conditions de validité matérielle du congé extraordinaire.....	508
4.3.1.3.1. En général.....	508
4.3.1.3.2. En particulier pour le non-paiement du loyer.....	508
4.3.1.3.3. En particulier pour la violation du devoir de diligence	509
4.3.1.3.4. En particulier pour la résiliation pour justes motifs et la faillite du locataire	510
4.3.2. Fardeau subjectif.....	510
4.4. Degré de la preuve	511
4.5. Moyens de preuve.....	511
4.6. Devoir de collaborer	513
4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	514

4.8. Appréciation des preuves.....	515
Chapitre 5 : Synthèse et discussion	517
5.1. Objet de la preuve.....	517
5.2. Sujet de la preuve	519
5.3. Fardeau objectif de la preuve.....	520
5.4. Degré de la preuve.....	521
5.5. Moyens de preuve	522
5.6. Devoir de collaborer	522
5.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure	523
5.8. Appréciation des preuves.....	523
5.9. Discussion	524
CONCLUSIONS	525
Complexité des faits pertinents.....	525
Maxime inquisitoire sociale partiellement vidée de son sens	527
Désavantage de fait du locataire dans la répartition du fardeau de la preuve.....	528
Efficacité du devoir de collaborer à l'administration des preuves	531
Observations finales	531
INDEX	533

A la mémoire de mes grands-parents

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ACJ	Arrêts de la Cour de Justice (Genève)
al.	alinéa
AG	Canton d'Aargovie
AMSL	Arrêté fédéral urgent instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 30 juin 1972 (RO 1972 II 1531)
AP-CPC	Avant-projet du Code de procédure civile suisse (juin 2003)
AppGer	Appellationsgericht
art.	article
Asloca	Association suisse des locataires
ATF	Arrêt(s) du Tribunal fédéral
BE	Canton de Berne
BL	Canton de Bâle-Campagne
BezGer	Bezirksgericht
BGS	Systematische Gesetzessammlung (Zoug)

BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BS	Canton de Bâle-Ville
BSK	Basler Kommentar
Bull. Sten. CN	Bulletin sténographique officiel du Conseil national
CA	Cour d'appel
can.	canon
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
Cf.	<i>confer</i>
CCF	Code civil français
CCI	Code civil italien
CdB	Cahiers du Bail
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)

ch.	Chiffre
CN	Conseil national
Commission EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
C.i.c.	Codex iuris canonici
consid.	Considérant
CPC	Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPC-BE	Loi sur la procédure civile pour le Canton de Berne, du 7 juillet 1918 (RSB 271.1)
CPCN	Code de procédure civile neuchâtelois, du 30 septembre 1991 (RSN 251.1)
CPC-VD	Code de procédure civile vaudois, du 14 décembre 1966 (RSV 270.11)
CPO	deutsche Civilprozessordnung, vom 30. Januar 1877
CR	Commentaire romand
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
Dig.	Digestes
DIKE	Commentaire DIKE
éd.	édition

édit.(s)	éditeur/e(s)
et al.	<i>et alii</i>
EG OR-ZG	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht, vom 28. August 2003 (BGS 216.1)(Zoug)
EG ZGB-BS	Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, vom 27. April 1911 (SG-BS 211.0) (Bâle-Ville)
EG ZGB-ZH	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vom 2. April 1911 (SR-ZH 230)(Zurich)
EG ZPO AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, vom 23. März 2010 (SAR 221.200) (Argovie)
EG ZPO SG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, vom 15. Juni 2010 (sGS 961.2) (St-Gall)
FR	Etat de Fribourg
GE	République et canton de Genève
gén.	général(e)
GerG-SG	Gerichtsgesetz, vom 2. April 1987 (sGS 941.1) (St-Gall)
GL	Canton de Glaris
GOG-AG	Gerichtsorganisationsgesetz, vom 6. Dezember 2011 (SAR 155.200) (Argovie)

GOG-ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, vom 10. Mai 2010 (SR-ZH 211.1) (Zurich)
intro.	introduction
IPC	Indice suisse des prix à la consommation
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JU	République et canton du Jura
KGer	Kantonsgericht
LABLF-FR	Loi d'application relative au bail à loyer et au bail à ferme non agricole, du 9 mai 1996 (RSF 222.3.1)(Fribourg)
LaCC-GE	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (RSG E.1.05)(Genève)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention, du 25 juin 1954 (RS 232.14)
LCAP	Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements, du 4 octobre 1974 (RS 843)
LCart.	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (RS 251)

Table des abréviations

LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
LDes	Loi fédérale sur la protection des designs, du 5 octobre 2001 (RS 232.12)
let.	lettre(s)
LiCPM-BE	Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs, du 11 juin 2009 (RSB 271.1)(Berne)
LiOR-NE	Loi d'introduction du code des obligations, du 27 janvier 2010 (RSN 224.1)(Neuchâtel)
LNМ	Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, du 23 septembre 1953 (RS 747.30)
LOJM-BE	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public, du 11 juin 2009 (RSB 161.1) (Berne)
LPC-GE	Loi sur la procédure civile, du 10 avril 1987 (RSG E 3 05) (Genève)
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance, du 28 août 1992 (RS 323.11)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, du 18 juin 1993 (RS 221.112.994)
LU	Canton de Lucerne
XL	

MGer	Mietgericht
mp	mietrechtspraxis – Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
n.	note
N	numéro(s)
NE	République et canton de Neuchâtel
OBLF	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)
OGer	Obergericht
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise, du 27 janvier 2010 (RSN 161.1)
OLCAP	Ordonnance relative à la loi fédérale encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements, du 30 novembre 1981 (RS 843.1)
ONI	Ordonnance sur la navigation dans les eaux suisses, du 8 novembre 1978 (RS 747.201.1)
OSML	Ordonnance concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 10 juillet 1972 (RO 1972 II 1590)
p.	page(s)
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée

PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale, du 4 décembre 1947 (RS 273)
P-CPC	Projet du Code de procédure civile suisse (FF 2006, p. 7019 ss)
PJA	Pratique juridique actuelle
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence
rés.	Résumé(e)
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSF	Recueil systématique fribourgeois
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSG	Recueil systématique genevois
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSV	Revue systématique de la législation vaudoise

s.	et suivant(e)
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SG	Canton de Saint-Gall
SG-BS	Systematische Gesetzessammlung Basel-Stadt
SG-GL	Systematische Gesetzessammlung Glarus
sGS	Systematische Gesetzessammlung St. Gallen
SGS-BL	Systematische Gesetzessammlung Basel-Landschaft
SH	Canton de Schaffhouse
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SR-ZH	Zürcher Gesetzessammlung
ss	et suivant(e)s
SVIT K.	Das Schweizerischen Mietrecht, Kommentar des Schweizerischen Verbands der Immobilien-Treuhänder
TBx	Tribunal des baux
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
VD	Canton de Vaud
Vol.	volume

ZG	Canton de Zoug
ZH	Canton de Zurich
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO-AG	Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, vom 18. Dezember 1984 (SAR 221.200)
ZPO-BL	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft, vom 21. September 1961 (SGS-BL 221)
ZPO-BS	Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt, vom 8. Februar 1875 (SG-BS 221.100)
ZPO-GL	Zivilprozessordnung des Kantons Glarus, Erlassen von der Landsgemeinde am 6. Mai 2001 (SG-GL C III/1)
ZPO-SG	Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen, vom 20. Dezember 1990 (sGS 961.2)
ZPO-SH	Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen, vom 3. September 1951 (SHR 273.100)
ZPO-ZH	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich, vom 13. Juni 1976 (SR-ZH 271)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZK	Zürcher Kommentar

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

AELLEN NICOLE, Urteil des Bundesgerichts 4A_476/2015 vom 11. Januar 2016, MRA 2017, p. 92 ss

ALTHAUS HERMANN, Die Beweisverfügung im Zivilprozessrecht der Schweiz, thèse, Berne 1938

ALVAREZ CIPRIANO et al., Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, trois tomes, Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

ASPRION STÖCKLIN SABINE, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, thèse, Bâle 2008

AUBERT CAROLE, Les défauts de la chose louée, in : François Bohnet (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 3 ss

BARBEY RICHARD, L'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972 (AMSL), Lausanne 1984 (cité : AMSL)

- Commentaire du droit du bail : Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux ; 1. Introduction et art. 271-271a CO, Genève 1991 (cité : Protection)

BÄTTIG HANS, Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln – Substanziierungs- und Beweislast, MRA 2007, p. 32 ss (cité : Herabsetzung)

- La répercussion des coûts de réparations importantes sur le loyer, MRA 2009, p. 1 ss (cité : Répercussion)

BAUMGÄRTEL GOTTFRIED/LAUMEN HANS-WILLI/PRÜTTING HANNS, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, 4^e éd., Cologne 2018

BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht – mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10^e éd., Zurich/Berne/Schaffhouse 2018

BELSER EVA MARIA, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, thèse, Fribourg 2000

BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht – Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, thèse, Berne 2008 (cité : Thèse)

- Beweismass und Privatrecht, RJB 144 (2008), p. 269 ss (cité : Beweismass)

BETTEX BJÖRN, L’expertise judiciaire – Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse, Lausanne 2006

BIERI LAURENT, Formule officielle et présomption d’ignorance du locataire, Jusletter du 12 octobre 2020 (cité : Formule)

- Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial : Tribunal fédéral, I^{re} Cour de droit civil, 6 décembre 2012, 4A_491/2012 = ATF 139 III 13, H. X. et F. X. c. Z. SA, PJA 2014, p. 1398 ss (cité : Fardeau)

BIERI LAURENT/ETEMI SEMSIJA, Nullité du loyer et créance en remboursement du trop-versé, Jusletter du 17 février 2020

BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Bâle 2012

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3^e éd., Neuchâtel 2021 (cité : Procédure civile)

- Bail et procédure simplifiée : où prend fin le domaine de la protection contre les congés ? Plaidoyer pour une révision législative, in : Grégory Bovey/Benoît Chappuis/Laurent Hirsch (édits), Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Zurich 2019, p. 305 ss (cité : Mélanges Corboz)

- Actions civiles - commentaire pratique, deux volumes, 2^e éd., Neuchâtel 2019 (cité : CPra Actions)
- Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in : François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (édits), Le procès civil social, Neuchâtel 2018, p. 31 ss (cité : Ecritures)
- Commentaire de l'arrêt 4A_179/2015, RSPC 2016, p. 96 ss (cité : Commentaire arrêt 4A_179/2015)
- Commentaire de l'arrêt 4A_295/2017, RSPC 2018, p. 340 ss (cité : Commentaire arrêt 4A_295/2017)
- Le droit du bail en procédure civile suisse, in : François Bohnet/Pierre Wessner (édits), 16^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010 (cité : 16^e séminaire)
- Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II, p. 185 ss (cité : Défenses)
- Les termes et délais en droit du bail à loyer, in : Pierre Wessner (édit.), 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004 (cité : termes et délais)

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Commentaire romand du Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/JEANNERET YVAN, Preuve et vérité en procédures pénale et civile suisses, in : Alain Thévenaz (édit.), Les preuves – Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant, Vol. III, Berne 2014, p. 67 ss

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Beweislast und Mitwirkungspflicht im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses, in : Susan Emmenegger (édit.), Festschrift für Thomas Koller, Zurich 2018, p. 59 ss (cité : Festschrift)

- À ne pas confondre : maxime inquisitoire et maxime d'office, (commentaire de l'arrêt TF 4A_36/2017), Newsletter bail.ch avril 2017 (cité : Maxime inquisitoire et maxime d'office)
- Le fardeau de la preuve en droit du bail, in : François Bohnet/Blaise Carron (édits), 19^e séminaire du droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 1 ss (cité : Fardeau)
- La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 134 I, p. 223 ss (cité : Maxime)

- Expertise-arbitrage et fixation du loyer, Newsletter bail.ch juin 2015 (cité : Expertise-arbitrage)

- BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édits), Droit du bail – Commentaire pratique, 2^e éd., Neuchâtel 2016 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édits), Droit du bail – Commentaire pratique, 1^{re} éd., Neuchâtel 2010 (cité : CPra Bail, 1^{re} éd., AUTEUR)

- BOHNET FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE, Le traitement procédural des défenses au fond en procédure civile, PJA 1998, p. 446 ss

- BOMSDORF FALK, Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit – Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess, vom gemeinen Recht bis zur ZPO, thèse, Kiel 1969

- BRACHER NICOLAS, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, thèse, Bâle 2011

- BRÖNNIMANN C. JÜRGEN, Die Behauptungslast, in : Christoph Leuenberger (édit.), Der Beweis im Zivilprozess, Berne 2000, p. 47 ss (cité : Behauptungslast)
- Gedanken zur Untersuchungsmaxime (aus Anlass der Revision der Berner ZPO), RJB 126 (1990), p. 329 ss (cité : Untersuchungsmaxime)
- Die Behauptungs- und Substanziierungslast im Schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse, Berne 1989 (cité : Thèse)

- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édits), Schweizerische Zivilprozessordnung - Kommentar, 2^e éd., Zurich et Berne 2016 (cité : DIKE ZPO-AUTEUR)

- BRUTSCHIN SARAH, Die Überwälzung von Mehrleistungen auf den Mietzins, mp 2005, p. 129 ss

- BUCHER ANDREAS (édit.), Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano – Commentaire romand, Bâle 2011 (cité : CR LDIP/CL-AUTEUR)

BUCHER JÖRG, Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, thèse, Berne 1951 (cité : Thèse)

BÜHLER ALFRED, Beweis und Beweiswürdigung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in : Walter Fellmann/Stephan Weber (édits) Haftpflichtprozess 2010: Unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündigungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Lucerne 2010, p. 79 ss (cité : Beweis)

- Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung - insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft, RDS 2009, p. 329 ss, p. 334 (cité : Experten)
- Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, Jusletter du 14 mai 2007 (cité : Gerichtsgutachten)

BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALFRED, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2^e éd., Egliswil et al., 1998, N 1 ad § 257 ZPO-AG (cité : Komm ZPO AG-AUTEUR)

BÜLOW OSKAR, Gemeines Deutsches Zivilprozessrecht, Vorlesungsnachschrift von L. Fechner aus dem Wintersemester 1868/69, herausgegeben von Johann Braun, Passau 2003

CALAMO CHRISTIAN, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, thèse, St-Gall 1993

CARONI PIO et al., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I : Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung : Art. 1-9 ZGB, Berne 2012 (cité : BK ZGB (2012)-AUTEUR)

CARRON BLAISE, Les spécificités du bail à ferme (art. 275 ss CO) – une comparaison avec le bail à loyer (art. 253 ss CO), in : François Bohnet/Blaise Carron (édits), 19^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 121 ss (cité : 19^e séminaire)

CHAIX FRANÇOIS, L'apport des faits au procès, in : François Bohnet (édit.), Procédure civile suisse – les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 115 ss

CLOUX LORENZ, Les limites de la maxime des débats – Lorsque le juge ne tient pas compte de ce que les parties allèguent, et lorsqu'il tient compte de ce qu'elles n'allèguent pas, Justice - Justiz - Giustizia 1/2020

COLOMBINI JEAN-LUC, Pratique récente en matière de résiliation de bail, in : François Bohnet/Blaise Carron (édits), 19^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 221 ss

CONOD PHILIPPE, Contestation du loyer initial ; calcul de rendement net ; âge d'un immeuble ancien, Newsletter bail.ch novembre 2018 (cité : Immeuble ancien)

- Résiliation par le bailleur pour motif économique. Calcul du rendement net. Loyers comparatifs dans la localité (commentaire de l'arrêt TF 4A_211/2015), DB 2016 N 12 (cité : Résiliation pour motif économique)
- Contestation du loyer initial : fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle (commentaire de l'ATF 139 III 13), Newsletter bail.ch février 2013 (cité : Contestation)
- La prise en compte des travaux à plus-value et importants travaux de rénovation selon la méthode absolue (art. 269 CO), CdB 2010, p. 11 ss (cité : Travaux à plus-value)

CONOD PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, Droit du bail – Fond et procédure, 2^e éd., Neuchâtel 2021

CONOD PHILIPPE/BROQUET JULIEN, La pratique récente en matière de loyers et de frais accessoires, in : François Bohnet/Pierre Wessner (édits), 16^e séminaire du droit du bail, Neuchâtel 2010, p. 221 ss

CONOD PHILIPPE/DIETSCHY PATRICIA, La fixation du loyer – Méthode relative, méthode absolue : le point sur la question, in : Olivier Guillod/Christoph Müller (édits), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Neuchâtel 2011, p. 307 ss

CORBOZ BERNARD, Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur répercussion sur le loyer, 12^e séminaire de droit du bail, Neuchâtel 2002

DAÏNA SALOMÉ ISABELLE, Le caractère abusif du loyer initial : qui doit prouver quoi ?, CdB 2009, p. 97 ss

DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, Les rénovations énergétiques : incidence et répercussion sur les loyers, in : Michel Hottelier/Bénédict Foëx (édits), La propriété immobilière face aux défis énergétiques - du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers, Zurich 2016, p. 155 ss

DE LAVAL GEORGES/MASSET ADRIEN, Rapport général, in : Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, La preuve : Journées Pays-Bas/Belgique, Bruxelles 2015, p. 684 ss

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Le bail d'habitation des concubins, Bâle 2014 (cité : Concubins)

- La proposition de jugement en droit du bail à loyer, PCEF 2011-2012 (cité : Proposition de jugement)
- Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse, Neuchâtel et Lausanne 2010 (cité : Thèse)

DOLGE ANNETTE, Anforderungen an die Substanziierung, in : Dolge Annette (édit.), Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme, Zurich 2013

DOLGE ANNETTE/INFANGER DOMINIK, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zurich 2012

DROESE LORENZ, res iudicata ius facit: Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozess, thèse d'habilitation, Lucerne 2015

EGLI HANS-PETER, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, PCEF 2004, p. 21 ss

ENDEMANN WILHELM, Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse, Archiv für civilistische Praxis 1858, p. 92 ss (cité : Beweisprüfung)

- Die Beweislehre des Civilprozesses, Heidelberg 1860 (cité : Beweislehre)

ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000

ENGLER THOMAS, Das vereinfachte Verfahren im Zivilprozess, PCEF 2016, p. 220 ss

FANGER RETO, Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozess, thèse, Bâle 2005

FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in : Walter Fellmann/Stephan Weber (édits), Haftpflichtprozess 2007 - Taktik, Technik und Rechtsmittel, Zurich 2007, p. 35 ss

FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial, thèse, Berne 2005

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5^e éd., entièrement refondue et augmentée, Berne 2012

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^e éd. entièrement refondue et augmentée, Zurich 1997

FRESE LUKAS/KOBEL MARCEL, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht, mp 2016, p. 87 ss

FUTTERLIEB RAOUL, Anfechtung des Anfangsmietzinses (commentaire de l'arrêt OGer ZH du 23.08.1996), MRA 1997, p. 1 ss, p. 4 s (cité : Anfechtung)

- Beweislast für die Einrede des offensichtlich übersetzten Kaufpreises (commentaire de l'arrêt TF du 02.05.1995), MRA 1995, p. 95 ss, p. 199 s (cité : Beweislast)

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2^e éd., Zurich 2014

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTINA (édits), Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch I, 6^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR)

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (édits), Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch II, 6^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR)

GHELFI JEAN-PIERRE, Analyse économique, in : Philippe Biéler/Jean-Pierre Ghelfi/David Lachat/Laurent Moution, Faut-il libéraliser les loyers ?, Lausanne 1993, p. 43 ss.

GIGER BRUNO, Die Erstreckung des Mietverhältnisses (Art. 272-272d OR), thèse, Bâle 1995

GÖKSU TARKAN, Urkundenedition nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, PCEF 2011-2012, p. 91 ss

GRONER ROGER, Beweisrecht - Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Berne 2011

GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zurich 1955 (cité : Beweiswürdigung)

- Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Berne 1979 (cité : Zivilprozessrecht)

GUT BEAT, Der Einwand des ungenügenden und übersetzten Ertrages, mp 2002, p. 1 ss (cité : Ungenügender Ertrag)

- Angemessener Ertrag, mp 1996, p. 177 ss (cité : Angemessener Ertrag)

GUYAN PETER, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, PCEF 2011/2012, p. 3 ss

HABSCHEID WALTHER J., Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981

HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozessrechts – Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2^e éd., Zurich 2011

HALDY JACQUES, Procédure civile suisse, Bâle 2014

HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1 : Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zurich 2015 (cité : Beweisrecht)

HASLER KURT, Die Feststellung des Tatbestandes im Zivilprozess, thèse, Zurich 1926

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Art. 2 ZGB, in : Caroni Pio et al., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I : Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung : Art. 1-9 ZGB, Berne 2012 (cité : BK ZGB (2012)-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER)

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB – Art. 1-10 ZGB, Berne 2003

HEDIGER BRUNO, Mietrechtliche Entwicklungen unter der ZPO : Ein Erfahrungsbericht, mp 2013, p. 1 ss

HEINRICH PETER, Die Untermiete, thèse, Zurich 1999

HENSCH ANGELA, Streitigkeiten zwischen Mietern, PJA 2013, p. 985 ss

HEUSLER ANDREAS, Die Grundlagen des Beweisrechts, Archiv für die civilistische Praxis, 1879, p. 209-319

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISCHEN CHRISTOPH, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273c OR) ; Art. 253-265 OR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 5^e éd., Zurich 2019 (cité : ZK OR-AUTEUR)

HIGI PETER, Die Miete, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2b, 4^e éd., Zurich 1994-1998 (cité : ZK OR-AUTEUR)

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I, 2^e éd., Berne 2016 (cité : Procédure I)

- Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2010 (cité : Procédure II)
- Le degré de la preuve dans la procédure au fond, in : Christoph Leuenberger (édit.), La preuve dans le procès civil, Berne 2000, p. 127 ss (cité : Preuve)

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10^e éd., Zurich 2017

HUBER STEFAN, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren am Beispiel der Dokumentenvorlage, thèse, Heidelberg 2007

HULLIGER URBAN/HEINRICH PETER, Vertragsverhältnisse Teil 1 : Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, in : Amstutz Marc et al. (édits), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^e éd., Zurich 2016

HUNZIKER-BLUM FELIX, Beweisabnahme & Beweisabnahme, RSPC 2016, p. 289 ss

JEANNIN PASCAL, Fardeau de la preuve pour la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien (commentaire de l'arrêt TF 4A_183/2020), Newsletter bail.ch juillet 2021 (cité : Fardeau dans la contestation du loyer initial)

- Fardeau de la preuve de la notification du formulaire officiel de loyer initial (commentaire de l'ATF 142 III 369), DB 2016 N 16 (cité : Notification)
- Le loyer usuel – un usage pas comme les autres ? (commentaire de l'ATF 141 III 569), Newsletter bail.ch janvier 2016 (cité : Loyer usuel)
- Caractère luxueux d'un logement – petite mise au point (commentaire de l'arrêt TF 4A_257/2015), Newsletter bail.ch février 2016 (cité : Caractère luxueux)

JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse, Jusletter du 19 novembre 2015

JOLIDON PIERRE, Vérité, Justice et procédure civile, RJB 109 (1973), p. 177 ss

JUNGO ALEXANDRA, Art. 8 ZGB – Beweislast, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3^e éd., Fribourg 2018 (cité : ZK ZGB-JUNGO, art. 8 CC)

KAUFMANN URS, Freie Beweiswürdigung im Bundesprivatrecht und in ausgewählten Zivilprozessordnungen, thèse, Zurich 1986

KAUP-HÜRLIMANN BETTINA, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, thèse d'habilitation, Lucerne 2008

KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé suisse, 3^e éd., Berne 2005, N 221

KOFMEHL SABINE, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, thèse, Berne 1992

KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, RJB 155 (2019), p. 529 ss (cité : Rechtsprechung 2018)

- Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, RJB 152 (2016), p. 785 ss (cité : Rechtsprechung 2015)
- Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, RJB 150 (2014), p. 917 ss (cité : Rechtsprechung 2013)

KORAK-DISLER ANNINA, Streitigkeiten betreffend die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung insbesondere das Schlichtungsverfahren und das vereinfachte Verfahren, thèse, Bâle 2013

KUMMER MAX, Art. 8 ZGB, in : Liver Peter et al., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I : Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung : Art. 1-9 ZGB, Berne 1966 (cité : BK ZGB (1966)-KUMMER)

- Grundriss des Zivilprozessrechts – Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e éd., Berne 1984

LACHAT DAVID, Le loyer, un état des lieux, SJ 1996, p. 137 ss (cité : Etat des lieux)

- Le bail à loyer, Lausanne 2008 (cité : Bail 2008)

LACHAT DAVID/KARIN GROBET THORENS/XAVIER RUBLI/PIERRE STASTNY,
Le bail à loyer, Lausanne 2019 (cité : LACHAT/COAUTEUR, Bail)

LACHAT DAVID/LACHAT BORIS, Procédure civile en matière de baux et loyers,
Lausanne 2019 (cité : LACHAT/LACHAT, Procédure)

LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die
Zivilprozessordnung für den Kanton Bern – Kommentar samt einem Anhang
zugehöriger Erlasse, 5^e éd., Berne 2000

LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Beweisverfügung nach der Schweizerischen
Zivilprozessordnung, PCEF 2011/2012, p. 109 ss

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivil-
prozessordnung des Kantons St. Gallen, Berne 1999 (cité : ZPO-SG)

- Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Berne 2016 (cité : Zivil-
prozessrecht)

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen
Zivilprozess, thèse, Bâle 2005

LEUTENEGGER BERNARD, Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2012 vom
10. April 2012, MRA 2012, p. 219 ss

LIVER PETER et al., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band
I : Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung : Art. 1-9 ZGB, Berne 1966
(cité : BK ZGB (1966)-AUTEUR)

LIVSCHITZ MARK/SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die
Beweise – Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr : Neuerungen
im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis,
PJA 2011, p. 739 ss

LORENZ TABEA, Beweiserhebung mittels Parteiaussage, thèse, St-Gall 2018

MANAI DOMINIQUE, Le juge entre la loi et l'éthique, Lausanne 1985

MATTI HANS, Zivilprozessrecht, Sonderband aus der «Handelshochschule», Zurich 1939

MEIER ISAAK, Das Beweismass - ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, p. 57 ss (cité : Beweismass)

- Schweizerisches Zivilprozessrecht – Eine kritische Darstellung aus Sicht von Praxis und Lehre, Zurich 2010 (cité : Zivilprozessrecht)

MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Bâle 2015 (cité : Thèse)

MENGE JEAN-PIERRE, Kündigung und Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, thèse, Bâle 1993

METZGER PETER, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, einschliesslich Versicherungsrecht – mit Synonymen und Antonymen, Bâle et al. 2004

MILANI DOMINIK, Die Handhabung der Eventualmaxime im vereinfachten Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Art. 229 Abs. 2 ZPO, Jusletter 16 mai 2011

MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Bâle 2013

MORET SÉBASTIEN, Zum Verhältnis zwischen Nichtigkeit und Novenrecht in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, PCEF 2014-2015, p. 29 ss

NIDERÖST PETER, Auf welchem Hypothekarzinsstand basiert der nicht oder nur teilweise gesenkte Mietzins?, MP 1996, p. 47 ss

OSTERVALD SAMUEL, Les loix, us et coutumes de la Souveraineté de Neuchâtel et Valangin, Neuchâtel 1785

PÂCHE ANDRÉ, Les usages et la coutume dans le droit privé positif, thèse, Lausanne 1938

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (édits), Commentaire romand du Code civil, Vol. I, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR)

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (édits), Commentaire romand du Code civil, Vol. II, Bâle 2016 (cité : CR CC II-AUTEUR)

PLANCK JULIUS-WILHELM, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Tome I, Munich 1887

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/ HALDY JACQUES/TAPPY DENIS, Procédure civile vaudoise, Lausanne 2002

REETZ PETER/HAEFELI RAHEL, Ansprüche von Mietern und Vermietern bei Störungen durch benachbarte Mieter, MRA 2009, p. 153 ss

REICHEL ALEX, Die Stellung der neueren (hauptsächlich schweizerischen) Gesetzgebungen zur Verhandlungsmaxime, RJB 33(1897), p. 101 ss

ROHRBACH HELEN, L'évolution du droit du bail en Suisse de 1911 à nos jours, Office fédéral du logement, Berne 2014 (disponible sous : https://www.bwo.admin.ch/dam/bwo/fr/dokumente/04_Mietrecht/47_Fachartikel_und_Referate/die_entwicklung_desschweizerischenmietrechtsvon1911biszurgegenwa.pdf.download.pdf/die_entwicklung_desschweizerischenmietrechtsvon1911biszurgegenwa.pdf ; dernière consultation : 13.05.2021)

ROHRER BEAT, Anfechtung des Anfangsmietzinses (commentaire ATF 139 III 13), MRA 2/2013, p. 15 ss (cité : Anfechtung)

- Die Erstreckung des Mietverhältnisses, MRA 2008, p. 185 ss (cité : Erstreckung)
- Massgebende Anlagekosten bei der Berechnung der Nettorendite (commentaire de l'arrêt TF 4C.285/2005), MRA 2006, p. 1 ss (cité : Anlagekosten)

ROSENBERG LEO, Die Beweislast, 5^e éd., Munich 1965

ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 18^e éd., Munich 2018

SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Mietzinserhöhung wegen wertvermehrender Verbesserungen. Ein Vergleich von Art. 269a lit. b OR und Art. 14 VMWG mit dem deutschen und österreichischen Recht, mp 2002, p. 67 ss

SCHMID HANS, Privatgutachten im Zivilprozess, RSJ 2016, p. 527 s (cité : Privatgutachten)

SCHMID JOHANN MARTIN, Materielle Wahrheit und Eventualmaxime im bündnerischen Zivilprozessrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Novenrechts, thèse, Zurich 1975 (cité : Thèse)

SCHMID JEAN-DANIEL/SCHMID ALEXANDER, Der Kautionsgrund bei der zivilprozessualen Sicherstellung der Parteientschädigung, PJA 2016, p. 670 ss

SCHMIDT RICHARD, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Vol. 2, Berlin 1906 (cité : Lehrbuch)

SCHURTER EMIL, Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, thèse, Zurich 1890

SCHURTER EMIL/FRITZSCHE HANS, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Band II, 1. Hälfte, Die Geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Zurich 1931 (cité : 1. Hälfte)

- Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Band II, 2. Hälfte, Letzte Wandlungen und heutiger Stande der kantonalen Rechte, Zurich 1933 (cité : 2. Hälfte)

SCHWAAB JEAN JACQUES, La fixation et la contestation du loyer initial, in : François Bohnet/Pierre Wessner (édits), 15^e séminaire du droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 1 ss

SCHWEIZER MARK, Beweiswürdigung und Beweismass, Rationalität und Institutionen, thèse d'habilitation, Zurich 2015 (cité : Beweiswürdigung)

- Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, p. 3 ss (cité : Vorsorgliche Beweisabnahme)

SCHWEIZER PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, Les défenses au fond, spécialement en procédure civile neuchâteloise, RJN 1999, p. 11 ss

SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIENTREUHÄNDER (édit.), Das schweizerische Mietrecht – Kommentar, 4^e éd., Zurich 2018 (cité : SVIT K.-AUTEUR)

- Das Schweizerische Mietrecht – Kommentar, 3^e éd., Zurich 2008 (cité : SVIT-K., 3^e éd.).

SIEGRIST EDGAR, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, thèse, Berne 1938 (cité : Grundfragen)

SIEGRIST ROBERT, Der missbräuchliche Mietzins – Regel und Ausnahmen (Art. 269 und 269a OR), thèse, Zurich 1997 (cité : Mietzins)

SOMMER MONIKA, Kündigung zur Erzielung eines höheren Mietzinses (commentaire de l'arrêt TF du 01.02.2009, 4A_448/2009), MRA 2011, p. 77 ss

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édits), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

STAEHELIN ADRIAN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, p. 1 ss

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL/BACHOFNER EVA, Zivilprozessrecht - Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3^e éd., Berne 2019

STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zurich 1992

- STEINAUER PAUL-HENRI, Le titre préliminaire du Code civil, avec la collaboration de Laurent Bieri, Tome 1, Traité de droit privé suisse, Vol. 2, Bâle 2009 (cité : Titre préliminaire)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 2017
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3^e éd. Bâle 2016 (cité : ZK ZPO-AUTEUR)
- Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2^e éd. Bâle 2012 (cité : ZK ZPO-AUTEUR, 2^e éd.)
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Berne 2016
- THANEI ANITA, Mietzinserhöhung für Renovationsarbeiten – Kommentar zu einem Bundesgerichtsentscheid, mp 2003, p. 1 ss
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édits), Commentaire romand du Code des obligations, Vol. I, 3^e éd., Genève 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR)
- TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO/GIORGIO A. BERNASCONI/VERDA CHIOCCHETTI FRANCESCA (édits), Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), 2 volumes, Lugano 2017
- TREZZINI FRANCESCO/BOHNET FRANÇOIS, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS 2017 I, p. 367 ss
- VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, thèse, Fribourg 2007
- VOGEL OSCAR, «Der Richter erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen», recht 1985, p. 64 ss

- VON GÖNNER NIKOLAUS THADDÄUS, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses: In einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, Vol. 1, Erlangen 1804
- VON OVERBECK ALFRED E., Die Ermittlung, Anwendung und Ueberprüfung der richtigen Anwendung des anwendbaren Rechts, in : Yvo Hangartner (édit.), Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, St-Gall 1988
- VON UNGERN-STERMBERG THOMAS, Bases économiques pour une loi sur la protection des locataires, Lausanne 1997 (disponible sous : https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_2018.P001/REF.pdf ; dernière consultation : 12.01.2022)
- VOUILLOZ FRANÇOIS, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), PJA 2009, p. 830 ss
- WACH ADOLF, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses, Berlin 1914
- WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, thèse, Bâle 2009
- WALTER HANS-PETER, Art. 8 ZGB, in : Caroni Pio et al., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I : Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung : Art. 1-9 ZGB, Berne 2012 (cité : BK ZGB (2012)-WALTER)
- WEBER ROGER, Die Kündigung nach Treu und Glauben, mp 2008, p. 1 ss
- WESSNER PIERRE, Le devoir de diligence du locataire dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux, in : Wessner Pierre (édit.), 14^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2006
- WEY RENATE, La consignation du loyer – étude des art. 259g-i CO, thèse, Lausanne 1995
- WIDMER PIERRE, Das Konzept der Mietrechtsrevision, in : Yvo Hangartner (édit.), Das neue Mietrecht, St-Gall 1991, p. 13 ss

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (édits), Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR)

WILDHABER BOHNET STÉPHANIE, Le devoir d'interpellation du juge en procédure civile suisse, Jusletter du 23 septembre 2013

WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, thèse, Bâle 2018

ZAHRADNIK PETER, Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht, mp 2014, p. 267 ss

ZIHLMANN PETER, Das Mietrecht, 2^e éd., Bâle 1995

ZÜST MARTIN, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, thèse, St-Gall 1992

ZWEIDLER THOMAS, Die Würdigung von Aussagen, RJB 132 (1996), p. 105 ss.

Messages

Message du Conseil fédéral relatif au projet de la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607 (cité : Message modification CPC)

Message du 12 décembre 2008 relatif à la modification du code des obligations (Protection contre les loyers abusifs), FF 2009, p. 311 ss (cité : Message modification loyers abusif)

Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2008, p. 6841 ss (cité : Message CPC)

Message relatif à la révision partielle du droit du bail dans le code des obligations et à l'initiative populaire « pour des loyers loyaux », FF 1999, p. 9127 ss (cité : Message révision partielle)

Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des locataires », la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le code des obligations et la loi fédérale instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, FF 1985 I 1368, p. 1383 (cité : Message révision droit du bail)

Message concernant la prorogation et la modification de l'Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, FF 1976 III 866 ss, p. 878 (cité : Message AMSL)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'insertion dans la Constitution fédérale d'un nouvel article 34^{sexies} sur l'encouragement de la construction de logements et d'un article 34^{septies} sur la déclaration de force obligatoire générale des conventions d'associations dans le domaine du logement, et Rapport sur l'initiative populaire fédérale en vue de la création d'un fonds national pour la construction destiné à encourager la construction, l'acquisition de logements et toute propriété et à garantir des loyers équitables, FF 1971 I 1677, p. 1691 (cité : Message art. 36^{sexies} aCst.)

INTRODUCTION

La preuve, un élément primordial pour la mise en œuvre du droit

Le droit suisse part du concept que le tribunal connaît le droit¹. En revanche, tel n'est pas le cas pour les faits : ceux-ci se réalisent entre les parties, le tribunal ne les connaît pas². Il devra néanmoins décider sur quel état de fait se fonder afin d'appliquer le droit³. 1

La *preuve* constitue l'élément qui permet au tribunal de prendre cette décision⁴. Il s'agit de l'« élément-charnière » entre les faits et le droit. La preuve est dès lors d'une importance primordiale pour l'issue de chaque procès ; les parties doivent bien analyser les problématiques de preuve et trouver les bonnes réponses aux questions de preuve afin d'obtenir la consécration de leurs droits subjectifs : quels sont les éléments qui doivent être prouvés ? Les parties ont-elles proposé des moyens de preuve pour démontrer tous ces éléments ? Ces moyens sont-ils susceptibles de convaincre le tribunal ? Et que se passe-t-il si un certain moyen est entre les mains de la partie adverse ou d'un tiers ? 2

L'importance de la preuve va cependant bien au-delà : si, dans un certain type de situations, les faits qui sont pertinents en vertu d'une disposition légale particulière ne peuvent pas être prouvés, la disposition en question risque de devenir lettre morte. Des difficultés probatoires qui se présentent fréquemment dans un certain type de situations peuvent en effet entraver la mise en œuvre du droit objectif⁵. 3

¹ Principe du *iura novit curia*, pour le droit de procédure civile suisse exprimée par l'art. 57 CPC.

² HASLER, p. 1 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 4.

³ HASLER, p. 2 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 8 s.

⁴ SIEGRIST (Grundfragen), p. 6 ; SUTTER-SOMM, N 764.

⁵ Dans ce sens p. ex. ATF 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618.

Le bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, un contrat socialement et économiquement sensible

- 4 Le droit privé suisse est fondé sur le concept de l'autonomie des parties⁶. Un des aspects essentiels de ce concept est la liberté contractuelle (art. 19 CO). Elle permet entre autres à chacun de choisir librement de conclure ou de ne pas conclure un certain contrat ; ce principe permet également aux partenaires contractuels, pour autant qu'ils aient trouvé un accord dans ce sens (art. 1 CO), de régler de manière autonome le contenu de leurs relations contractuelles⁷. Selon l'idéal libéral, le contrat librement négocié et conclu entre les parties a pour résultat une relation équitable de prestation et contre-prestation⁸.
- 5 Ce concept suppose toutefois que les parties disposent d'un poids égal dans les négociations contractuelles⁹. En droit du bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, cette condition n'est généralement pas réalisée. En effet, pour différentes raisons, les marchés du logement et des locaux commerciaux ne fonctionnent pas selon la théorie de base de l'économie politique, à savoir que le prix d'un bien constitue le résultat d'un équilibre entre l'offre et la demande¹⁰ et que ce mécanisme garantit la répartition la plus efficace des ressources¹¹. Les conditions sur ce marché procurent aux bailleurs généralement des avantages sur les locataires d'habitations et de locaux commerciaux ; ceux-ci se trouvent dès lors face à une *inégalité structurelle*¹² ; leur poids dans les négociations est presque systématiquement plus faible que celui des bailleurs.
- 6 En effet, le fonctionnement d'un marché suppose que les parties soient libres de conclure ou de ne pas conclure un certain engagement¹³. Or le logement est un besoin élémentaire : chaque individu doit disposer d'un toit pour se protéger contre les forces naturelles et assurer le respect de sa sphère privée ; les activités commerciales supposent, elles aussi, un lieu pour les exercer. Le locataire se trouve de fait dans une situation d'obligation de contracter¹⁴.

⁶ BK OR-GIGER, Grundsatzanalyse, N 4 ; CALAMO, p. 109.

⁷ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, N 34 ss et 48 ad art. 19-20 CO ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, N 1 ad art. 19-20 CO.

⁸ HONSELL, p. 13 ; BELSER, p. 105.

⁹ HONSELL, p. 13 ; BELSER, p. 105.

¹⁰ CALAMO, p. 34 ss ; GHELFI, p. 50 ss.

¹¹ CALAMO, p. 33 s.

¹² BELSER, p. 80 ss.

¹³ CALAMO, p. 35.

¹⁴ LACHAT (Bail), p. 37 s., N 2 ; BK OR-GIGER, Grundsatzanalyse, N 9 ; CALAMO, p. 36 s. ; dans ce sens aussi : BLUMER, N 43.

S'y ajoute que le locataire ne peut pas réagir immédiatement aux changements sur le marché, en abandonnant son domicile ou local commercial pour un autre, un déménagement impliquant des coûts financiers et sociaux importants¹⁵. Il se trouve en particulier dans une position de faiblesse lorsque le bailleur souhaite augmenter le loyer en cours de bail. Le locataire est souvent prêt à accepter une augmentation du loyer pour éviter le déménagement (phénomène du « hold-up »)¹⁶.

Dans un système soumis entièrement à la liberté contractuelle, les locataires seraient, de par la situation sur le marché, forcés à accepter des contrats même à des conditions très défavorables. Vu le nombre de personnes potentiellement touchées, en particulier dans un pays comme le nôtre, affichant un taux de locataires d'environ 56 %¹⁷, la réalisation de ce potentiel d'abus entraînerait des problèmes sociaux¹⁸.

Pour les éviter, le législateur suisse a introduit des règles protégeant les locataires contre des abus que pourraient commettre des bailleurs du fait de leur position plus forte. Ainsi, le Code des obligations prévoit la possibilité pour le locataire de demander une baisse de loyer s'il considère que le loyer est abusif et de contester une augmentation du loyer (art. 269 ss CO). Il dispose également du droit de s'opposer à un congé respectivement de demander, à certaines conditions, une prolongation du bail si le congé a été donné valablement (art. 270 ss CO). De plus, le locataire dispose de certains droits, mais également de certaines incombances et obligations, en cas de défauts des locaux loués (art. 256 ss CO). Afin que le marché du logement fonctionne, il est cependant également indispensable de maintenir l'attractivité d'investissements dans l'immobilier¹⁹ : le capital investi par les bailleurs doit être préservé tout en portant un intérêt raisonnable²⁰. À défaut, il ne sera plus procédé aux investissements nécessaires pour l'entretien de logements et locaux commerciaux existants et encore moins pour la construction de nouvelles surfaces. Le droit du bail accorde ainsi le droit aux bailleurs de fixer un loyer leur permettant d'obtenir un certain rendement net et d'augmenter le loyer en cas de travaux de rénovation importants (art. 269 ss CO). De même, les bailleurs ont en principe le droit de mettre fin au bail en respectant certaines conditions de forme (art. 266 ss CO).

¹⁵ CALAMO, p. 36.

¹⁶ UNGERN-STERNBERG, p. 9 ; Message révision partielle, p. 9132.

¹⁷ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/construction-logement/logements/conditions-habitation/locataires-proprietaires.html> (dernière visite : 22.10.2020) ; chiffre pour 2017.

¹⁸ BK OR-GIGER, Grundsatzanalyse, N 9.

¹⁹ LACHAT (Bail), p. 38, N 2.5.

²⁰ Message révision partielle, p. 9131.

- 10 Le droit du bail suisse est ainsi le fruit d'un compromis qui est censé permettre au bailleur de maintenir l'attractivité de son investissement tout en atténuant les conséquences du déséquilibre de forces entre bailleurs et locataires²¹.

Problématique abordée et but de l'étude

- 11 Même si le législateur accorde à une partie des droits particuliers dans une disposition de droit de fond, encore faut-il que cette partie soit en mesure d'apporter les preuves des éléments pour lesquels elle supporte le fardeau. À défaut, les dispositions protégeant ses intérêts ne trouveront pas application. Si la preuve échoue dans un grand nombre de cas, les dispositions particulières resteront lettre morte et les buts du législateur ne sauraient être atteints. En droit du bail, cela signifierait que, malgré les règles particulières censées protéger les intérêts des locataires et des bailleurs, les conséquences sociales et économiques que le législateur voulait précisément éviter, risqueraient de néanmoins se produire.
- 12 En droit du bail, la preuve soulève de nombreux problèmes juridiques et pratiques. Le droit suisse connaît entre autres des règles – générales – concernant la répartition du fardeau de la preuve entre les parties, la répartition de la charge de la preuve entre les parties et le tribunal, le degré de la preuve exigé ou encore les moyens de preuve admissibles. Ces règles de droit de la preuve relèvent tantôt du droit de la procédure civile, tantôt du droit de fond. Elles sont également applicables dans les procédures relatives au droit du bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux.
- 13 Le législateur du Code de procédure civile unifié entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 a également intégré plusieurs règles spéciales visant à protéger les parties considérées comme faibles, dont le locataire, pour faciliter la consécration de ses droits. Le droit de la preuve connaît en outre des mécanismes dont le but est d'éviter que la consécration du droit matériel soit empêchée par des problèmes de preuve. L'on pense notamment au devoir de la partie adverse et des tiers de collaborer à l'administration de la preuve ou à la réduction du degré de la preuve. De plus, certaines règles du droit du bail dérogent aux règles générales du droit de la preuve, notamment au moyen de présomptions. Le droit du bail à loyer de logements et de locaux commerciaux fait l'objet d'une jurisprudence abondante, qui traite par moment également de questions de preuve.
- 14 La coordination entre ces différents éléments de la réglementation des questions de preuve en droit du bail n'est pas toujours évidente. La réglementation, particulièrement en droit du bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, est

²¹ LACHAT (Bail), p. 38, N 2.5.

dense et l'approche des tribunaux souvent casuistique. Le risque de contradictions et de lacunes dans la protection des locataires contre des abus est sérieux ; de même, si les bailleurs ne réussissent pas à prouver les conditions pour l'application des dispositions qui sont censées leur garantir la réalisation d'un retour sur leurs investissements, ceux-ci risquent de ne plus être attractifs.

Dans la présente thèse, il sera procédé à une analyse des questions de preuve qui se posent dans le cadre de procédures choisies en droit du bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux ainsi que des réponses apportées par la loi, la jurisprudence et la doctrine. Il convient de déterminer, en particulier, s'il existe des problèmes juridiques ou pratiques qui compliqueraient, voire empêcheraient la preuve des faits pertinents, ce qui à son tour est susceptible de compliquer, voire empêcher, la mise en œuvre des règles de droit matériel visant à protéger les locataires, mais aussi de celles garantissant ses droits au bailleur. Il convient également de proposer des pistes de réflexion s'il devait s'avérer que la mise en œuvre du droit matériel est mise en péril à cause de ces problèmes de preuve. 15

Structure

La thèse est divisée en deux parties. Dans la *première partie*, après la présentation de quelques éléments fondamentaux au sujet de la preuve dans un procès civil de droit suisse, seront identifiées et expliquées *les questions de preuve* qui se posent *de manière générale* lors d'un procès civil : quels sont les éléments qui doivent être prouvés ? Qui doit les prouver ? Par quels moyens ? etc. Nous verrons que, pour certaines questions probatoires, le législateur a prévu des mécanismes d'allègement. 16

Cette première partie permettra de poser les bases nécessaires pour la *deuxième partie*, qui sera consacrée aux *questions de preuve dans les différentes actions* à disposition des parties à un contrat de bail relatif à une habitation ou un local commercial. Il s'agira en particulier d'examiner si les mécanismes d'allègement sont utiles et efficaces. 17

Limites de l'étude

Nous avons choisi de nous consacrer à l'analyse des questions de preuve dans les procédures relatives au *loyer*, aux *défauts* ainsi qu'à la *résiliation* du bail. Ces procédures touchent le cœur des relations contractuelles entre bailleurs et locataires. Le paiement du loyer constitue en effet l'obligation principale du locataire, la mise à disposition de locaux exempts de défauts celle du bailleur. 18

La résiliation, quant à elle, marque généralement la fin des relations contractuelles. Les questions de loyer et de résiliation font en outre l'objet d'une réglementation particulière par le Code des obligations, au vu du risque élevé et des conséquences sociales particulièrement prononcées d'abus de la position dominante par les bailleurs.

- 19 D'autres questions, notamment celles des frais accessoires et de la sous-location, se rapportant à des droits et obligations accessoires des parties au contrat de bail, ne seront pas abordées.
- 20 La thèse s'intéresse en première ligne à des problématiques de preuve qui peuvent surgir dans les procédures de *première instance*. Elle ne traite pas de questions spécifiques liées aux procédures de recours.
- 21 Périodiquement, la question du bien-fondé de l'approche du législateur en droit du bail est soulevée. L'abolition du statut protégé des locataires de logements et de locaux commerciaux au bénéfice d'un système « classique », fondé entièrement sur la liberté contractuelle, ou à tout le moins des allègements des règles protectrices, considérées par certains comme une entorse aux principes généraux du droit privé, sont proposés²². La présente thèse n'a pas pour but d'aborder la question de *l'efficacité* ou de *l'opportunité* du choix du législateur de protéger le locataire par des règles de droit matériel restreignant la liberté de fixer les loyers et la liberté de mettre fin au contrat. Ce système sera, pour les besoins de la présente thèse, considéré comme donné. La thèse s'intéressera uniquement aux *questions de coordination* entre le droit matériel et la preuve dans les procédures relatives aux baux de logements et de locaux commerciaux, afin d'examiner si la mise en œuvre des règles spéciales par le législateur ne risque pas d'échouer par suite de problèmes de preuve.

²² P. ex. l'initiative parlementaire 16.451 (Egloff), Bonne foi dans le droit du bail. Contestation du loyer initial limitée aux cas dans lesquels le locataire a conclu le bail par nécessité (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160451> ; dernière consultation : 13.05.2021), dont le but est de rendre plus strictes les conditions pour contester un loyer initial en cas de pénurie.

PARTIE GÉNÉRALE :
LA PREUVE EN PROCÉDURE
CIVILE SUISSE

La première partie de la présente thèse est consacrée à la preuve et aux règles prévalant en matière de preuve en procédure civile suisse. Ceci suppose dans un premier temps d'aborder quelques éléments fondamentaux au sujet de la preuve (Titre I), avant de procéder à l'analyse des questions de preuve qui se posent lors de procès civils (Titre II). 22

TITRE I : ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX

Avant de traiter les questions de preuve qui se posent lors d'un procès civil, il convient de définir la notion de preuve (Chapitre 1) ainsi que d'identifier les normes applicables à la preuve en procédure civile suisse (Chapitre 2), avant de procéder à une synthèse (Chapitre 3). 23

Chapitre 1 : La notion de preuve

La définition de la notion de preuve semble évidente à première vue : comme elle est connue de tous, celui qui l'utilise part souvent du principe que les autres comprennent le sens de celle-ci, sans se poser la question de sa définition. Ce constat est déjà celui de ANDREAS HEUSLER en 1879²³ et demeure d'une actualité frappante : ni la loi ni la jurisprudence ne définissent la notion de preuve. 24

La preuve se trouvant au cœur de la présente thèse, une définition s'impose toutefois. La première partie de cette thèse nous permettra de présenter les définitions proposées par la doctrine (1.1) avant de proposer et de justifier une définition (1.2). 25

²³ HEUSLER, p. 209 s.

1.1. Les définitions retenues par la doctrine

- 26 La loi, bien qu'elle règle plusieurs aspects de la preuve, tels le fardeau de la preuve (art. 8 CC), l'objet de la preuve (art. 150 CPC) ou les moyens de preuve (art. 168 ss CPC), ne contient aucune définition du terme de « preuve ». Lors de l'élaboration du Code de procédure civile suisse, le législateur a renoncé à proposer une définition, considérant que cette tâche reviendrait à la doctrine et à la jurisprudence²⁴.
- 27 Les auteurs qui approfondissent les questions de preuve en droit civil ou en procédure civile reconnaissent majoritairement que le terme de « preuve » a plusieurs significations : la *raison* pour laquelle le tribunal considère un certain état de fait comme vrai (1.1.1.), l'*activité* consistant à apporter cette raison (1.1.2.), ainsi que le *résultat* de cette activité, soit la conviction du tribunal (1.1.3.) ; de même, la preuve peut constituer un synonyme de « moyen de preuve » (1.1.4.).

1.1.1. La preuve comme raison de considérer un fait comme avéré

- 28 Pour déterminer si un certain état de fait allégué est vrai ou non, le tribunal doit se fonder sur des éléments objectifs²⁵, donc sur « tout ce qui est capable de convaincre la raison (*den Verstand*) de la véracité d'un certain fait »²⁶. Ces éléments fonderont la décision du tribunal, donc constitueront la raison (*den Grund*) pour laquelle le tribunal considère un certain fait comme avéré²⁷, raison que le tribunal doit indiquer dans la motivation de son jugement²⁸. C'est ici une première signification de la notion de preuve²⁹. La doctrine germanophone utilise à ce sujet le terme de *Beweisgrund*³⁰.

²⁴ HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 0.1 ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 1 intro. titre 10.

²⁵ SIEGRIST (Grundfragen), p. 9.

²⁶ BÜLOW, p. 203.

²⁷ SIEGRIST (Grundfragen), p. 9 ; HEUSLER, p. 212 ; peu clair : GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 320.

²⁸ SIEGRIST (Grundfragen), p. 9.

²⁹ SIEGRIST (Grundfragen), p. 9 ; HEUSLER, p. 212 ; BÜLOW, p. 203.

³⁰ SIEGRIST (Grundfragen), p. 9 ; HASLER, note 18 ; HEUSLER, p. 212.

1.1.2. La preuve comme activité visant à convaincre le tribunal

La notion de preuve peut désigner l'*activité* consistant à démontrer l'existence ou l'inexistence d'un état de fait³¹, soit l'*apport de raisons* pour considérer la survenance d'un état de fait déterminé comme vrai ou vraisemblable³². Les auteurs germanophones parlent à ce sujet parfois de *Beweisführung*³³ ou de *Beweistätigkeit*³⁴. C'est à cette signification que fait p. ex. référence le « fardeau subjectif de la preuve » : ce dernier désigne à quelle partie incombe l'activité d'apporter la preuve d'un certain fait³⁵. 29

1.1.3. La preuve comme résultat de l'activité probatoire

L'activité susmentionnée vise à convaincre le tribunal de la véracité d'un certain état de fait. Autrement dit : le *résultat* de cette activité sera la conviction du tribunal qu'un certain état de fait est effectivement survenu et servira donc de fondement pour son jugement. Le terme de « preuve » est également utilisé pour désigner cette conviction³⁶. 30

Ainsi, le « degré de la preuve » désigne l'intensité de ladite conviction du tribunal pour qu'il puisse considérer un fait comme avéré³⁷. La preuve constitue, dans ce cas, un synonyme de « conviction du tribunal ». 31

³¹ GRONER, p. 1 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 42 N 1 ss ; FANGER, p. 6 ; METZGER, p. 99 ; KUMMER, p. 120 ; HABSCHEID, p. 419 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 318 ; HEUSLER, p. 211 s. et 215 ; dans ce sens aussi : ZK ZGB-JUNGO, N 75 ad art. 8 CC.

³² WUILLEMIN, N 12 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 318 ; HASLER, p. 11 ainsi que notes 19 et 49.

³³ FANGER, p. 6 note 26 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 9 ; HEUSLER, p. 211 s. ; BÜLOW, p. 203.

³⁴ FANGER, p. 6.

³⁵ Ci-dessous, N 213 ss.

³⁶ ZK ZGB-JUNGO, N 76 ad art. 8 CC ; WUILLEMIN, N 12 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 42 N 1 ss ; FANGER, p. 8 ; METZGER, p. 99 ; KOFMEHL, p. 15 ; KUMMER, p. 120 ; HABSCHEID, p. 419 ; HEUSLER, p. 215.

³⁷ BOHNET (Procédure civile), N 1424 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 30 et 37 ; SUTTER-SOMM, N 897 ; SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 14 s ; MEIER (Beweismass), p. 57 ; pour les différents degrés de preuve, cf. ci-dessous, N 217 ss.

1.1.4. La preuve, synonyme de « moyen de preuve »

- 32 Le terme de « preuve » peut être utilisé comme synonyme de *moyen de preuve*³⁸. Les moyens de preuve constituent les objets ou les personnes qui transmettent au tribunal les raisons pour son jugement³⁹, autrement dit les sources de la conviction du tribunal⁴⁰.
- 33 C'est dans ce sens que les non-juristes utilisent et comprennent la plupart du temps la notion de « preuve ». Ainsi, la personne qui dit : « j'ai des preuves ! » souhaite en général exprimer qu'elle est en possession de moyens de preuve. Cette assimilation de « preuve » et « moyen de preuve » est également courante dans le monde juridique. L'« administration des preuves » p. ex. signifie que le tribunal, ou un juge délégué, prend personnellement connaissance des *moyens de preuve* à sa disposition⁴¹. Ce terme fait donc référence à la preuve dans le sens de moyen de preuve.

Par le passé, certains auteurs considéraient qu'on peut uniquement parler de « preuve » lorsque l'on peut déduire un état de fait qui a eu lieu dans le passé (et qui ne saurait plus être perçu dans le présent) par un état de fait dans le présent ; pour ces auteurs, la « preuve » n'est qu'un succédané à la perception directe d'un fait par le juge⁴². HEUSLER considère que la preuve suppose la présence de deux personnes puisque prouver signifie démontrer à quelqu'un d'autre la vérité de ses propres allégations. Il part du principe qu'une personne ne saurait apporter à elle-même la preuve d'un fait, ne peut pas se convaincre elle-même par une preuve⁴³. Ces théories ont essentiellement pour résultat de créer deux catégories de sources de « découverte de la réalité » pour le juge – à savoir les « moyens de preuve » et les « moyens permettant la reconnaissance de faits » –, mais n'ont guère d'effets en pratique⁴⁴.

1.2. La définition proposée dans la présente thèse

- 34 Dans la présente thèse, nous considérons que la preuve constitue *l'élément objectif susceptible de convaincre le juge de la véracité ou de la fausseté d'un allégué de fait*. En premier lieu, un aperçu de la fonction de la preuve s'impose (1.2.1.), avant de présenter une justification de notre définition par une analyse des différents éléments de celle-ci (1.2.2.).

³⁸ ZK ZGB-JUNGO, N 74 ad art. 8 CC ; WUILLEMIN, N 12 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 42 N 1 ss ; FANGER, p. 7 ; METZGER, p. 99 ; HABSCHIED, p. 419 ; HEUSLER, p. 212.

³⁹ SIEGRIST (Grundfragen), p. 9.

⁴⁰ BÜLOW, p. 203.

⁴¹ METZGER, p. 101 ; cf. ci-dessous, N 341 ss.

⁴² KUMMER, p. 120 ; MATTI, p. 1087 ; HEUSLER, p. 238 ; dans ce sens aussi : GÖNNER, p. 267.

⁴³ HEUSLER, p. 216.

⁴⁴ Cf. ci-dessous, N 258 ss.

1.2.1. La fonction de la preuve

Décrire la fonction de la preuve suppose en premier lieu de s'interroger sur la fonction de la procédure civile. Celle-ci varie en fonction des acteurs considérés : du point de vue des parties au litige, la procédure civile a pour but de mettre fin à leur litige⁴⁵. Du point de vue de l'État, le but de la procédure civile est double : elle sert au rétablissement de la paix dans les relations humaines⁴⁶ ainsi qu'à la réalisation du droit objectif⁴⁷. 35

La réalisation de ces buts passe par la constatation de l'existence et de l'étendue des relations juridiques entre deux parties⁴⁸ ainsi que la sanction des prétentions découlant de ces relations juridiques⁴⁹. À cette fin, l'État met à disposition des parties un tribunal indépendant et impartial⁵⁰. Son rôle est de décider si, en vertu du droit positif, les prétentions des parties doivent être admises ou rejetées⁵¹. 36

Pour exercer sa tâche, le tribunal doit connaître les deux éléments suivants : l'état de fait et le droit⁵². Dans un premier temps, le tribunal doit établir les faits auxquels le droit positif attache comme conséquence la naissance ou l'extinction de droits et d'obligations⁵³. Dans un deuxième temps, il applique le droit à cet état de fait et en tire les conséquences⁵⁴, à savoir l'admission ou le rejet de la prétention du demandeur. Autrement dit, le tribunal procède par syllogisme : la règle légale constitue la prémisse majeure et l'état de fait la prémisse mineure que le tribunal essaiera d'intégrer dans la prémisse majeure par subsumption. Le tribunal en tire la conséquence logique, soit son jugement⁵⁵. 37

Exemple. L'art. 259d CO prévoit que le locataire a droit à une réduction proportionnelle de loyer si l'objet loué présente un défaut qui entrave ou restreint son usage. Le droit positif – en l'occurrence l'art. 259d CO – attache donc au défaut qui « entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée » le droit du locataire d'obtenir une réduction du loyer. Selon la doctrine majoritaire, la présence de parasites dans un local d'habitation est considérée comme défaut entravant ou restreignant l'usage d'un local⁵⁶. Le droit à la

⁴⁵ SIEGRIST (Grundfragen), p. 2.

⁴⁶ JOLIDON, p. 181 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 50 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 2.

⁴⁷ SIEGRIST (Grundfragen), p. 2.

⁴⁸ SIEGRIST (Grundfragen), p. 2 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 50.

⁴⁹ BOHNET (Procédure civile), N 10 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 50 ; JOLIDON, p. 180.

⁵⁰ SIEGRIST (Grundfragen), p. 1-2 ; HASLER, p. 1.

⁵¹ SIEGRIST (Grundfragen), p. 1-2.

⁵² HASLER, p. 1.

⁵³ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 318 ; MATTI, p. 1086 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 5.

⁵⁴ KOFMEHL, p. 17.

⁵⁵ BOHNET (Procédure civile), N 1453 ; pour une appréciation critique concernant le syllogisme dans la décision judiciaire, voir : MANAI, p. 139 ss.

⁵⁶ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 274, N 4.14 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 62 intro. ad art. 258-259i CO.

réduction du loyer prend naissance au moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et s'éteint au moment de l'élimination de ce dernier.

Dès lors, lorsqu'un locataire saisit le tribunal d'une demande en réduction de loyer en invoquant comme défaut la présence de blattes dans le logement, il y a lieu d'établir si l'appartement fait effectivement l'objet d'une invasion desdits parasites et, dans l'affirmative, la gravité de celle-ci. De plus, il y a lieu de constater à quel moment le bailleur en a été informé. Si ces éléments sont établis, le tribunal peut se déterminer sur la prétention du locataire, à savoir la réduction du loyer et sa proportion, ainsi que le moment de départ de ce droit à la réduction.

- 38 Notre système juridique part du concept que le tribunal connaît le droit (*iura novit curia*)⁵⁷. Il en va différemment de l'état de fait, qui s'est réalisé entre les parties : le tribunal n'y a pas assisté et dépend donc, dans un premier temps, des indications des parties à ce sujet⁵⁸ (soit les allégués). Chaque partie indiquera l'état de fait d'une manière qui lui est favorable, le tribunal se trouvera confronté à deux versions différentes de l'état de fait et devra décider sur quelle version se fonder⁵⁹.

Notons toutefois que la preuve du droit n'est pas en soi impossible : d'un point de vue logique, l'existence d'une règle de droit déterminée est un état de fait de l'existence duquel le tribunal peut être convaincu par une preuve⁶⁰. Le droit peut donc faire l'objet de la preuve, mais cette preuve n'est que rarement requise.

- 39 La fonction de la preuve est précisément de permettre au tribunal de prendre une décision, sur quel état de fait se baser pour rendre son jugement⁶¹. La preuve constitue par conséquent l'élément permettant au tribunal de décider, sur quel état de fait il convient de se fonder⁶², donc quelle est la prémisse mineure que le tribunal utilisera pour procéder à la subsomption.

1.2.2. Éléments de la définition

- 40 À ce stade, nous avons constaté que la preuve permet au tribunal de décider sur quelle prémisse mineure se fonder pour rendre un jugement. Ce constat ne nous indique toutefois pas encore *comment* le tribunal décide.
- 41 La définition proposée ci-dessus nous permet d'y apporter la réponse suivante : le tribunal décide en fonction de sa *conviction*, fondée sur *des éléments objectifs*, de quelle version des faits allégués par les parties est *vraie*.

⁵⁷ Pour plus de précisions, voir ci-dessous, N 75 ss.

⁵⁸ HASLER, p. 1 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 4.

⁵⁹ HASLER, p. 2 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 8 s.

⁶⁰ HASLER, p. 52 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 115 note 2.

⁶¹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 2 intro. titre 10.

⁶² SIEGRIST (Grundfragen), p. 6 ; SUTTER-SOMM, N 764.

Il convient d'étoffer ce raisonnement, en reprenant les éléments de notre définition, à savoir la vérité d'un allégué de fait (1.2.2.1.) et la conviction du tribunal fondée sur un élément objectif (1.2.2.2.). 42

1.2.2.1. La véracité ou de la fausseté d'un allégué de fait

Nous avons statué que le tribunal devra intégrer comme prémisse mineure du syllogisme juridique l'état de fait qui est *vrai*. Cette constatation nécessite que l'on se pose la question de savoir ce que signifie la « vérité » et quelle est son importance dans le procès civil. 43

La vérité peut être définie comme « la conformité de ce que l'on dit avec ce qui est »⁶³, donc *la correspondance entre une déclaration et la réalité*⁶⁴. 44

Savoir ce qu'est la réalité constitue un sujet qui est au cœur de débats philosophiques depuis l'antiquité et un traitement approfondi de cette problématique dépasserait largement le cadre de la présente thèse. Retenons à ce sujet ce qui suit : la doctrine juridique considère majoritairement que la réalité est un élément indépendant de la conscience humaine, mais qu'une partie considérable de celle-ci est accessible à la perception humaine et susceptible de rentrer dans le savoir de l'humain⁶⁵. La « vérité absolue » serait dès lors atteinte si la déclaration analysée (soit l'état de fait allégué par une des parties) correspondait entièrement à cette réalité.

La prémisse mineure du syllogisme juridique doit correspondre aux faits tels qu'ils se sont réellement passés entre les parties, soit la vérité⁶⁶. À défaut, un des buts de la procédure civile ne pourrait pas être atteint : un jugement se fondant sur un état de fait qui n'est pas vrai sera considéré par les parties et le public comme injuste⁶⁷. Le rétablissement de la paix entre les relations humaines sera alors compromis. Afin d'obtenir le rétablissement de la paix dans les relations humaines, il est dès lors incontournable que le tribunal se fonde sur l'état de fait qui est *vrai*⁶⁸. 45

⁶³ DE LAVAL/MASSET, p. 702 ; voir déjà : ARISTOTE, *Métaphysique*, Livre Γ, 1011 b, 25 ss : « Dire de l'Être qu'il n'est pas, ou du Non-Être qu'il est, c'est le faux ; dire de l'Être qu'il est, et du Non-Être qu'il n'est pas, c'est le vrai ; de sorte que celui qui dit d'un être qu'il est ou qu'il n'est pas, dira ce qui est vrai ou ce qui est faux » : Aristote, *Métaphysique*, Traduction de J. Tricot, 1953, Éditions Les Échos du Maquis (ePub, PDF, v. : 1,0, janvier 2014, p. 106 s.).

⁶⁴ BERGER-STEINER (Thèse), N 05.104 ; SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 27 ; KOFMEHL, p. 17 s. ; voir déjà SAINT THOMAS D'AQUIN, *Summa theologiae*, quaestio 21 articulus 2 : « veritas consistit in adaequatione intellectus et rei ».

⁶⁵ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 32.

⁶⁶ HASLER, p. 2 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 9.

⁶⁷ SIEGRIST (Grundfragen), p. 2 note 2 et p. 5 ;

⁶⁸ HASLER, p. 2 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 8 ss.

- 46 Toutefois, plusieurs éléments font que la « vérité » constatée dans le jugement ne saurait constituer la vérité absolue. Ainsi, la capacité des êtres humains à percevoir, mémoriser et reproduire un état de fait est limitée. La perception de la réalité par un être humain passe par ses organes des sens⁶⁹. La personne se forge une *image* de ce qu'elle a perçu. Cette image est le résultat de la coordination entre différents organes des sens ainsi que le cerveau. Il s'agit d'une *interprétation* de la réalité, non d'une copie conforme de celle-ci⁷⁰. Lors d'une procédure judiciaire, les parties, témoins et experts présentent au tribunal l'état de fait litigieux selon *leur* point de vue et en fonction de *leur* capacité de percevoir des événements, de les mémoriser et de s'exprimer⁷¹. Sur cette base, le tribunal acquiert – ou n'acquiert pas⁷² – la conviction intime qu'un certain fait correspond à la réalité. Le tribunal apprécie librement si les moyens de preuve présentés qui parlent en faveur de la survenance d'un fait déterminé emportent sa conviction ou non (libre appréciation des preuves : art. 157 CPC)⁷³. Pour cette raison déjà, une reproduction absolument « authentique » de la réalité ne saurait être le résultat du procès.
- 47 Il ne s'agit cependant pas du seul aspect qui limite le caractère absolu de la vérité reconstituée lors d'un procès. La procédure civile vise entre autres au rétablissement de la paix dans les relations humaines⁷⁴. À cette fin, la procédure doit répondre à l'exigence de praticabilité⁷⁵. Le justiciable a droit à ce que la justice soit rendue, et cela dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1 Cst. féd.). Un système qui vise la recherche de la vérité absolue, mais qui, faute de la trouver, ne permet pas de rendre un jugement, n'atteindrait aucun des buts de la procédure civile. Comme nous le verrons par la suite, pour assurer la praticabilité de la procédure civile, la loi institue parfois des présomptions qui permettent de tenir pour vrais des faits qui ne sont pas prouvés⁷⁶. De même, les règles au sujet du fardeau objectif de la preuve permettent de rendre un jugement malgré qu'un fait déterminant ne puisse être prouvé⁷⁷. Toutefois, les tribunaux doivent rendre des jugements sur la base d'un état de fait *le plus proche possible de la réalité*,

⁶⁹ KOFMEHL, p. 18-19.

⁷⁰ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 24.

⁷¹ KOFMEHL, p. 20-21 ; JOLIDON, p. 192 ; dans ce sens aussi : SIEGRIST (Grundfragen), p. 45.

⁷² Si le juge n'est pas convaincu de la survenance ou de la non-survenance d'un fait, il appliquera les règles au sujet du fardeau de la preuve : cf. ci-dessous, N 174 ss.

⁷³ Voir ci-dessous, N 357 ss.

⁷⁴ JOLIDON, p. 181 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 50 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 2.

⁷⁵ JOLIDON, p. 185.

⁷⁶ Pour les présomptions, cf. ci-dessous, N 205 ss.

⁷⁷ JOLIDON, p. 187 s.

puisque, dans le cas contraire, la mise en œuvre de l'ordre juridique privé en tant que tel serait mis en péril⁷⁸.

De plus, afin de rétablir la paix sociale, le jugement doit devenir incontestable, 48
faute de quoi les parties pourraient le mettre en question constamment et la paix sociale ne serait pas rétablie⁷⁹. Le caractère définitif d'un jugement est désigné par le terme « autorité de la chose jugée »⁸⁰. L'autorité de la chose jugée suppose que l'état de fait à la base du jugement puisse être tenu pour vrai : *res iudicata pro veritate accipitur*⁸¹. À ce sujet, la doctrine juridique distingue entre les notions de « vérité matérielle » et « vérité formelle » ou « judiciaire ».

La *vérité formelle* est constituée par les faits que les parties ont allégués et qui 49
sont prouvés selon les règles sur la preuve d'un droit de procédure donné⁸². Quant à la vérité matérielle, celle-ci correspond à ce qui s'est réellement passé⁸³. La vérité formelle est souvent assimilée à la maxime des débats⁸⁴, selon laquelle les parties portent la responsabilité pour l'établissement de l'état de fait ; en effet, la maxime des débats est uniquement imaginable lorsque l'on considère que *la découverte de la vérité n'est qu'un but secondaire de la procédure*⁸⁵. Ainsi, en application de la maxime des débats, les faits que l'une des parties invoque et que l'autre ne conteste pas lient en principe le tribunal⁸⁶ ; ce dernier ne pourra donc pas vérifier si ces faits invoqués correspondent à la réalité⁸⁷. De plus, un fait non invoqué ne sera pas pris en compte par le tribunal⁸⁸.

⁷⁸ Ainsi : BRACHER, N 147 ss.

⁷⁹ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 50.

⁸⁰ BOHNET (Procédure civile), N 1083 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 24 N 1 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 361.

⁸¹ ULPIEN, 1 ad legem Iuliam et Papiam, Dig. 50.17.207 ; cf. aussi C.i.c. 1917, can. 1904 : « Res iudicata praesumptione iuris et de iure habetur vera et iusta nec impugnari directe potest » : « La chose jugée fait droit entre les parties et est à considérer comme juste et vraie et ne saurait être attaquée directement » ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 361 ; SAINT THOMAS D'AQUIN, Summa theologiae, quaestio 21 articulus 2 : « veritas consistit in adaequatione intellectus et rei ».

⁸² HASLER, p. 19 s., qui critique cette notion parce qu'il estime que la vérité formelle n'est pas une vérité si elle ne correspond pas à la vérité matérielle ; SCHMID (Thèse), p. 9.

⁸³ SCHMID (Thèse), p. 9.

⁸⁴ Pour cette notion, cf. ci-dessous, N 142 ss.

⁸⁵ MORDASINI-ROHNER, N 3 ; BOMSDORF, p. 128 ; *contra* : SCHMID (Thèse), p. 8 s.

⁸⁶ Ci-dessous, N 96 ss.

⁸⁷ À noter que ce principe est temporisé en droit suisse par l'art. 153 al. 2 CPC qui permet au tribunal d'administrer des preuves d'office s'il se trouve en présence de motifs sérieux permettant de douter de la véracité d'un fait non contesté.

⁸⁸ Cf. ci-dessous, N 142 ss.

- 50 La *vérité matérielle* est souvent assimilée à la maxime inquisitoire. Lorsque celle-ci est applicable, le tribunal établit les faits d'office et n'est pas lié par les faits allégués et les moyens de preuve proposés par les parties ; le législateur l'a précisément instituée dans des procédures dans lesquelles il souhaite que le tribunal fonde son jugement sur la vérité matérielle⁸⁹. Cela étant, même si la maxime inquisitoire trouve application, le tribunal est dépendant des éléments qui lui sont apportés par les parties, puisqu'il ne dispose que de possibilités très restreintes de mener des enquêtes⁹⁰.
- 51 Le droit de procédure pose également des limites en ce qui concerne les moyens de preuve susceptibles d'entrer en ligne de compte ; il considère par moment la protection de certains droits de tierces personnes comme plus importante que la découverte de la vérité. Ainsi, le Code de procédure civile prévoit que les parties ou des personnes tierces peuvent refuser de collaborer si certaines conditions sont réalisées (art. 163 ss CPC) et limite largement l'utilisation de moyens de preuve obtenus de manière illicite (art. 152 al. 2 CPC).
- 52 En résumé, trouver par la procédure la vérité absolue est un idéal dont l'appareil judiciaire doit tenter de se rapprocher⁹¹, mais qui est, en pratique, impossible à atteindre, d'un côté parce que la réalité absolue ne saurait être perçue dans son ensemble par un être humain⁹², de l'autre parce que la découverte de la vérité absolue peut entrer en contradiction avec les (autres) buts de la procédure civile.

1.2.2.2. La conviction du tribunal

- 53 Le tribunal considérera un état de fait allégué comme vrai s'il est *convaincu* que ce fait corresponde à la réalité⁹³.
- 54 En soi, la conviction d'une personne peut se fonder sur des éléments objectifs, soit « tout ce qui est capable de convaincre la raison (*den Verstand*) de la véracité d'un certain fait »⁹⁴. À ce moment-là, la conviction est objectivement contrôlable et intelligible pour d'autres personnes. Une personne peut également être convaincue, dans son for intérieur, d'un fait sans être en présence d'un élément objectif. Dans ce cas, il s'agit d'une *croyance*. Les raisons de la conviction

⁸⁹ Cf. ci-dessous, N 147.

⁹⁰ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 245 ; SUTTER-SOMM, N 348 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 16 ; VOGEL, p. 68 ; pour la maxime inquisitoire, voir ci-dessous, N 147 ss.

⁹¹ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 45 ; BERGER-STEINER (Thèse), n 05.108 s. ; KOFMEHL, p. 20 ; JOLIDON, p. 199.

⁹² SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 32.

⁹³ BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 157 CPC ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 321.

⁹⁴ BÜLOW, p. 203.

de la personne considérée sont uniquement subjectives et pas susceptibles de convaincre la raison d'autres personnes⁹⁵.

Le tribunal devra fonder sa conviction sur *des éléments objectifs*⁹⁶ : la manière dont le tribunal fonde sa conviction doit être objectivement contrôlable et intelligible. À défaut, le tribunal tombera dans l'arbitraire⁹⁷. 55

Un juge peut tout à fait être convaincu, dans son for intérieur, de la survenance d'un fait sur la base d'une croyance⁹⁸. Simplement, dans cette hypothèse, il ne saurait se fonder sur sa conviction pour considérer un état de fait comme vrai.

Ceci mis à part, le tribunal est libre dans la manière de former sa conviction. La loi ne lui impose (en principe) pas de règles quant à la manière dont il doit former sa conviction. Le principe est la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC) : le tribunal peut décider librement du poids qu'il accorde aux différents éléments objectifs qui se présentent à lui. Un chapitre sera consacré à cette question plus loin dans la présente thèse⁹⁹. 56

Ce sont dès lors ces éléments objectifs, fondant la conviction du tribunal de la véracité ou de la fausseté d'un fait allégué, que nous désignons comme « preuves ». 57

Quid des définitions présentées ci-dessus¹⁰⁰ ? Il s'agit en réalité de *phénomènes voisins* à la détermination de la véracité d'un état de fait allégué dans une procédure¹⁰¹ : en tant que *Beweisgrund*, la « preuve » constitue la raison pour laquelle le tribunal considère un fait allégué comme vrai ; la *Beweistätigkeit* est l'activité des parties visant à rapporter au tribunal des éléments qui permettent à celui-ci de se forger une conviction quant à la véracité (ou quant à la fausseté) d'un état de fait allégué ; si le terme « preuve » est utilisé pour désigner la raison pour laquelle le tribunal retient un certain fait, il désigne la conviction même du tribunal de la véracité d'un état de fait allégué ; en tant que moyen de preuve, la preuve constitue la source de cette conviction, la forme dont relève l'élément objectif permettant de convaincre le tribunal. 58

⁹⁵ HASLER, p. 3.

⁹⁶ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 321 s ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 8-9.

⁹⁷ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 321 s.

⁹⁸ HASLER, p. 3 s.

⁹⁹ Principe de la libre appréciation des preuves, cf. ci-dessous, N 363 ss.

¹⁰⁰ N 29 ss.

¹⁰¹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 5 intro. titre 10.

Chapitre 2 : Le droit de la preuve : notion et sources

Les normes qui règlent la preuve et ses différentes étapes forment le *droit de la preuve*¹⁰². 59

L'essentiel du droit de la preuve ressort du droit de procédure¹⁰³. Pour ce qui 60
est de la preuve en procédure civile suisse, le droit de la preuve est essentielle-
ment régi par le Code de procédure civile du 19 décembre 2008, entré en vi-
gueur le 1^{er} janvier 2011, plus précisément par son titre 10, soit les art. 150 ss.
Ce titre est divisé en trois chapitres : le premier (art. 150 à 159 ss CPC) contient
quelques éléments fondamentaux du droit de la preuve : il définit p. ex., quels
éléments doivent faire l'objet d'une preuve (art. 150 et 151 CPC), à quelles con-
ditions les parties ont le droit à l'administration d'une preuve (art. 152 CPC) et
comment le tribunal administre et apprécie les moyens de preuve (art. 153 ss
CPC). Le chapitre 2 traite de l'obligation de collaborer des parties et des tiers à
l'administration des preuves (art. 160 ss CPC) tandis que le chapitre 3 traite des
moyens de preuve admissibles (art. 168 ss CPC). Comme nous le verrons,
d'autres dispositions du Code de procédure civile exercent également une in-
fluence sur des questions de preuve. Il en va ainsi des maximes de procédure
applicables (art. 55 CPC) ou des dispositions au sujet du déroulement de la pro-
cédure (art. 219 ss CPC).

Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008, la 61
procédure civile – et donc l'essentiel du droit de la preuve – était régi par des
codes de procédure civils cantonaux.

Ceci étant, le Code de procédure civile ne règle pas tout le droit de la preuve 62
applicable à un procès civil. Certains aspects du droit de la preuve font partie
du droit matériel. Il s'agit en particulier, comme nous le verrons¹⁰⁴, du *fardeau*
objectif de la preuve : la norme-clé à ce sujet constitue l'art. 8 CC et la réparti-
tion concrète du fardeau de la preuve objectif se fait sur la base des règles de

¹⁰² HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 0.6 ; GRONER, p. 1.

¹⁰³ GRONER, p. 1.

¹⁰⁴ Cf. ci-dessus, N 174 ss.

droit matériel applicables au cas concret. En outre, la question de savoir si le *degré de la preuve* relève du droit matériel ou procédural est débattue¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 217 ss.

Chapitre 3 : Synthèse

En procédure civile contemporaine, le tribunal considérera un état de fait allégué comme vrai s'il est *convaincu* de son existence¹⁰⁶. Dans la manière de former sa conviction, le tribunal est libre¹⁰⁷ ; il devra toutefois se fonder sur des éléments objectifs¹⁰⁸. Nous considérons que la preuve constitue *l'élément objectif susceptible de convaincre le tribunal de la véracité ou de la fausseté d'un allégué de fait*. 63

Le droit de la preuve relève en partie du droit de procédure et en partie du droit de fond. En droit suisse, les aspects relevant du droit de la procédure civile sont réglés dans le Code de procédure civile, essentiellement dans son titre 10. Les aspects qui sont régis par le droit matériel relèvent de sources différentes, sur lesquels il y a lieu de revenir par la suite. 64

¹⁰⁶ BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 157 CPC ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 321.

¹⁰⁷ Principe de la libre appréciation des preuves, cf. ci-dessus, N 363 ss.

¹⁰⁸ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 321 s ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 8-9.

TITRE II : LES QUESTIONS PROBATOIRES

Nous venons de définir la notion de preuve et d'aborder brièvement la question de ce que constitue le « droit de la preuve ». Il s'agira désormais de déterminer quelles questions se posent aux tribunaux et aux parties en lien avec la preuve dans le cadre d'un procès civil. 65

Il y a, d'abord, celle de savoir quels sont les éléments qui nécessitent une preuve. Il s'agit en effet la plupart du temps de faits – encore faut-il savoir ce que ce terme englobe précisément et quels faits exactement sont soumis à preuve. Certains éléments qui ne constituent pas des faits peuvent également nécessiter une preuve, alors que certains faits n'en ont pas besoin. Le premier chapitre de ce titre est consacré à cette problématique, qui est celle de *l'objet de la preuve*. 66

Une fois déterminés les objets de la preuve, il convient de savoir à quel intervenant dans la procédure il incombe d'apporter la preuve pour un objet déterminé, autrement dit : qui est le *sujet de la preuve*. C'est à cette question qu'est consacré le chapitre 2 du présent titre. Nous verrons qu'il convient de déterminer si ce rôle incombe au tribunal ou aux parties. Il s'agira de décrire quelles sont les différentes solutions possibles et dans quelle hypothèse le législateur a choisi quelle option et pour quelles raisons. 67

Le chapitre 3 sera dédié à la question du *fardeau de la preuve*. Le fardeau subjectif de la preuve désigne quelle partie a l'incombance d'apporter la preuve d'un certain fait, tandis que le fardeau objectif de la preuve désigne, quelle partie supporte le risque de perdre le procès si la conviction du tribunal de la survenance d'un fait pertinent ne peut pas être emportée. 68

Le chapitre 4 sera consacré à la question de savoir de quelle intensité doit relever la conviction du tribunal afin qu'il puisse considérer la preuve d'un fait comme apporté, donc quel est le *degré de la preuve*. Il convient de déterminer quels sont les différents degrés de la preuve prévus par le droit de procédure civile suisse et quel degré est applicable dans quelle situation. 69

La preuve peut être apportée par différents *moyens* : le témoignage, les titres ou l'expertise par exemple. Dans le chapitre 5 seront présentés et définis les différents moyens de preuve connus par le droit de procédure civile suisse. Il sera en 70

particulier analysé à quelles conditions ils peuvent être requis ou administrés et, le cas échéant, par quel participant à la procédure.

- 71 Il convient également de se demander ce qui se passe lorsqu'une partie souhaite prouver un élément par un moyen de preuve dont l'administration est uniquement possible avec l'aide de la partie adverse ou d'un tiers. En principe, chaque partie doit apporter elle-même les moyens de preuve qu'elle propose. La loi prévoit cependant, dans certaines situations, un *devoir de collaborer* de la partie adverse ou d'une tierce personne afin d'obtenir un moyen de preuve. Dans le chapitre 6, nous verrons à quelles conditions une partie peut demander la collaboration de la partie adverse ou d'un tiers et quelles sont les limites de ce droit.
- 72 Une fois déterminé à quelle partie il incombe de prouver quel élément et par quels moyens, il convient de savoir comment ce moyen de preuve doit être introduit dans la procédure et à quel moment. Le chapitre 7 traite de la question de l'introduction des moyens de preuve dans la procédure.
- 73 Avant de rendre un jugement, le tribunal doit décider si les moyens de preuve administrés emportent sa conviction de la survenance des faits allégués et pertinents. Le chapitre 8 sera consacré à cette étape, soit *l'appréciation des preuves*.
- 74 Dans le chapitre 9, il sera procédé à un résumé des chapitres 1 à 8, qui permettra de présenter de manière synthétique les réponses apportées par le droit privé et de procédure civile suisse à ces questions.

Chapitre 1 : L'objet de la preuve

1.1. La problématique

Dans un premier temps, il convient de déterminer quels éléments doivent être prouvés dans un procès civil. En droit suisse, cette question est en principe régie par l'art. 150 CPC, qui prévoit, à son alinéa 1, que la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés. En vertu de l'alinéa 2 de la même disposition, la preuve peut également porter sur l'usage, les usages locaux et dans les litiges patrimoniaux, sur le droit étranger. 75

Lorsqu'un élément nécessite une preuve pour que le tribunal le retienne, la doctrine germanophone parle de *Beweisbedürftigkeit*¹⁰⁹. Sont *beweisbedürftig* les éléments qui peuvent former l'objet de la preuve selon la loi. La langue française ne connaît pas de terme correspondant, raison pour laquelle les termes allemands de *Beweisbedürftigkeit* (nom) ou *beweisbedürftig* (adjectif) seront utilisés dans la présente thèse.

Commençons par constater que la preuve *peut* porter sur les faits, le droit et un élément hybride entre les deux, à savoir les usages et usages locaux. Par notre définition de la preuve comme élément objectif permettant au tribunal de considérer un état de fait allégué comme correspondant à la réalité, nous avons indirectement déterminé quel élément du syllogisme juridique est *beweisbedürftig* – à savoir l'état de fait¹¹⁰, donc la prémisse mineure. Comme mentionné ci-dessus¹¹¹, notre système juridique part en effet du principe que le tribunal connaît autant l'existence que le contenu des règles de droit (*iura novit curia*), et que, dès lors, la prémisse majeure du syllogisme juridique n'a, en principe, pas besoin d'être prouvée. Toutefois, d'un point de vue logique, l'existence d'une règle de droit déterminée est un état de fait de l'existence duquel le tribunal peut être convaincu par une preuve¹¹². Le droit peut donc faire l'objet de la preuve, 76

¹⁰⁹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 1 ss ; BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 150 CPC.

¹¹⁰ SIEGRIST (Grundfragen), p. 94 ; *contra* : BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 150 CPC ; SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 17 ; BERGER-STEINER (Thèse), N 05.118 ; pour GUYAN, ce n'est pas l'état de fait en tant que tel, mais les allégués (« Tatsachenbehauptungen ») qui constituent l'objet de la preuve.

¹¹¹ Cf. ci-dessus, N 38.

¹¹² HASLER, p. 52 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 115 note 2.

mais cette preuve n'est, comme nous le verrons ci-après¹¹³, que rarement requise.

- 77 Les usages et usages locaux constituent une forme hybride, intermédiaire entre le fait et le droit¹¹⁴. Est considéré comme usage un comportement généralement suivi dans une situation donnée¹¹⁵. Ces usages et usages locaux peuvent également former l'objet d'une preuve (art. 150 al. 2 CPC).
- 78 Si les faits, les usages et usages locaux ainsi que le droit *peuvent* former l'objet d'une preuve, leur preuve n'est pas dans tous les cas *exigée*. Une preuve est exigée la plupart du temps, mais pas dans tous les cas, pour les faits (1.2.) ; elle le sera parfois pour les usages et usages locaux (1.3.) et elle ne le sera que très exceptionnellement pour le droit (1.4.).

1.2. Les faits

1.2.1. Généralités

- 79 Les faits constituent l'objet de la preuve le plus fréquent. Le Code de procédure civile ne définit pas la notion de « fait ». Selon la doctrine, il s'agit d'un événement ou état *présent* ou *passé*, déterminé par rapport au lieu et au temps¹¹⁶. Le fait peut se rapporter à des événements et états du monde extérieur ou ayant lieu au for intérieur d'une personne¹¹⁷.
- 80 Les événements ou états extérieurs sont les faits qui sont perceptibles par le monde extérieur¹¹⁸, par les organes des sens¹¹⁹, alors que les événements ou

¹¹³ Cf. ci-dessous, N 125 ss.

¹¹⁴ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 20 ad art. 150 CPC ; VOUILLOZ, p. 831 ; Message CPC, p. 6921.

¹¹⁵ HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 1.14. ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 20 ad art. 150 CPC ; voir aussi : CR CC I-WINIGER, N 38 ad art. 5 CC ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 192.

¹¹⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 3 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 112 N 3 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 88 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 87 ad art. 8 CC.

¹¹⁷ ZK ZGB-JUNGO, N 78 ad art. 8 CC ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 112 N 3 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 88 ad art. 8 CC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 4 ad art. 150 CPC ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 89.

¹¹⁸ BK ZGB (2012)-WALTER, N 92 ad art. 8 CC.

¹¹⁹ ZK ZGB-JUNGO, N 79 ad art. 8 CC.

états qui ont lieu au for intérieur d'une personne se rapportent à ses connaissances ou sa volonté¹²⁰, soit à des procédés ou conditions qui ne peuvent être perçus par un tiers que de façon indirecte¹²¹.

Parfois, la loi attache certaines conséquences non seulement à la survenance de faits par le passé ou leur existence dans le présent, mais également à des *faits hypothétiques ou futurs*¹²². C'est notamment le cas en droit de la famille (p. ex. pour calculer le montant de la pension alimentaire dans le futur : art. 125, 133 al. 1 et 285 al. 1 CC) ou en droit de la responsabilité civile (p. ex. pour déterminer l'atteinte à l'avenir économique : art. 46 al. 1 *in fine* CO)¹²³. Les faits futurs ou hypothétiques en tant que tels ne peuvent évidemment pas être prouvés directement. Il convient de les rendre vraisemblables par la preuve de faits dont on peut déduire, par une règle d'expérience générale, qu'un fait se produira vraisemblablement dans le futur ou se serait vraisemblablement produit dans le passé en présence de certaines circonstances¹²⁴. La preuve se fait donc moyennant *des indices*¹²⁵ dont le fait hypothétique ou futur peut être déduit.

Pour qu'un fait soit *beweisbedürftig*, il faut qu'il puisse potentiellement avoir une influence sur le sort du litige, en d'autres termes être *pertinent* (1.2.2.). De plus, il faut en principe qu'il ait été allégué par une partie (1.2.3.) et contesté par l'autre (1.2.4.). Certaines catégories de faits n'ont pas besoin d'être prouvées : les faits notoires ainsi que les règles d'expérience générale ne sont pas *beweisbedürftig* (1.2.5.).

1.2.2. Faits pertinents

Pour constituer l'objet de la preuve, les faits à prouver doivent être *pertinents* (art. 150 al. 1 CPC). Un fait est pertinent si, en sa présence, le tribunal juge différemment un cas donné qu'en son absence¹²⁶ ou, pour reprendre les termes

¹²⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 3 ; ZK ZGB-JUNGO, N 80 ad art. 8 CC ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 95 ad art. 8 CC ; KUMMER, p. 121 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 87 ad art. 8 CC.

¹²¹ BK ZGB (2012)-WALTER, N 95 ad art. 8 CC ; KUMMER, p. 121 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 92 ad art. 8 CC.

¹²² ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 7 ad art. 150 CPC ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 94 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 90 ad art. 8 CC.

¹²³ BK ZGB (2012)-WALTER, N 94 ad art. 8 CC.

¹²⁴ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 90 ad art. 8 CC ; voir aussi BK ZGB (2012)-WALTER, N 94 ad art. 8 CC.

¹²⁵ Cf. ci-dessous, N 87.

¹²⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 4 ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 11 ad art. 150 CPC ; KUMMER, p. 122 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 94.

du Conseil fédéral, un fait « dont l'élucidation est de nature à exercer une influence sur la décision de fond ou de procédure »¹²⁷. Savoir si un fait est (directement) pertinent pour répondre à la question de fond du litige dépend du droit matériel, puisqu'il détermine les faits qui entraînent la conséquence juridique souhaitée par l'une des parties¹²⁸.

- 84 Les faits peuvent être directement pertinents ou indirectement pertinents. Sont *directement pertinents* les faits de la présence desquels dépendent directement les conséquences juridiques prévues dans la règle de droit, alors que constituent des faits *indirectement pertinents* – également appelés « indices » – les faits de la présence desquels l'on peut déduire, en vertu de règles d'expérience¹²⁹, la présence ou l'absence de faits pertinents¹³⁰.
- 85 La preuve par indice se compose elle-même d'un syllogisme dont la prémisse majeure est la règle d'expérience et la prémisse mineure est constituée par les indices ; le fait qui est à prouver par indices en est la conclusion¹³¹.

La jurisprudence du Tribunal fédéral procède à une analyse bien moins précise. Notre Haute Cour se borne à affirmer que la preuve d'un événement ou état qui a lieu au for intérieur d'une personne est difficile à rapporter et que le tribunal pourra dès lors « se contenter de présomptions, d'indices et de règles d'expérience »¹³².

- 86 La preuve par indice est fréquente. Ainsi, les événements ou états qui ont lieu au for intérieur d'une personne¹³³ ne sont que difficilement susceptibles de preuve directe¹³⁴. La plupart du temps, ces faits doivent être prouvés par indices¹³⁵.

¹²⁷ Message CPC, p. 6921.

¹²⁸ BERGER-STEINER (Thèse), N 02.04 ; KUMMER, p. 122 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 94.

¹²⁹ BERGER-STEINER (Thèse), N 02.05 et 02.15 ; KUMMER, p. 122 et 124 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 319 parle d'« expérience générale de la vie » ; HALDY, N 486 ; Pour la notion de « règles d'expérience », voir ci-dessous, N 111 ss.

¹³⁰ BERGER-STEINER (Thèse), N 02.06 ; KUMMER, p. 124 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 319 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 93 ad art. 8 CC ; dans ce sens aussi : HEUSLER, p. 220, qui utilise le terme de « preuve historique » (*historischer Beweis*) pour la preuve de faits directement pertinents et de « preuve critique » (*kritischer Beweis*) pour la preuve de faits indirectement pertinents.

¹³¹ Dans ce sens SUTTER-SOMM, N 337 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 86 ss ; voir aussi § 98 CPC-BS : « Les indices sont les faits qui ne correspondent pas aux critères posés par la loi pour la prétention en découlant, mais dont la présence permet, selon leur signification naturelle ou conforme à l'expérience, de tirer une conclusion par rapport au fait dont découle la prétention ».

¹³² TF, arrêt du 12.04.2011, 4A_70/2011, consid. 4.4.1.

¹³³ Cf. ci-dessus, N 80.

¹³⁴ Ils peuvent éventuellement être prouvés par l'interrogatoire ou la déposition d'une partie au sens des art. 191 et 192 CPC ; cf. ci-dessous, N 288 ss.

¹³⁵ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 8 ad art. 150 CPC.

Comme mentionné¹³⁶, les faits futurs ou hypothétiques constituent d'autres hypothèses de preuve par indices. Dans ce cas, il ne s'agit pas de prouver ces faits directement, car cela est impossible, mais par l'intermédiaire de faits présents ou passés qui permettent d'assurer avec une certaine vraisemblance, sur la base d'une règle d'expérience généralement reconnue, que ces faits se produiront dans le futur ou se seraient produits dans le passé¹³⁷. Ces faits indirectement pertinents constituent alors l'objet de la preuve. 87

Les faits dits « auxiliaires » constituent également des indices qui se rapportent à la valeur probante d'un moyen de preuve¹³⁸. 88

Exemple. S'il s'agit de prouver la conclusion d'un contrat en la forme orale en présence d'un témoin, l'offre de preuve testimoniale de la conclusion dudit contrat se rapporte à un fait directement pertinent. L'offre de preuve de la partie adverse visant à démontrer que le témoin est en réalité sourd et aveugle a pour objet de prouver un fait indirectement pertinent. Le tribunal devra admettre dans les deux cas l'administration des moyens de preuve proposés par les parties. En revanche, l'offre de preuve visant à démontrer que le témoin s'est coupé les ongles des orteils le matin de l'audience sera refusée, puisqu'elle a pour objet un fait non pertinent¹³⁹.

Dans cet exemple, le fait que le témoin est sourd et muet est un indice (prémisse mineure) ; selon l'expérience générale, une personne sourde et muette n'est pas en mesure de saisir qu'un contrat oral entre deux autres personnes est conclu (prémisse majeure). La conclusion à en tirer serait que la déclaration du témoin qu'un contrat a été conclu oralement par les parties n'est pas crédible. Puisque l'indice se rapporte à la crédibilité du témoin, il s'agit d'un fait auxiliaire.

1.2.3. Faits allégués

Pour qu'un fait devienne *beweisbedürftig*, il faut qu'il soit introduit préalablement dans le procès. En application de la maxime des débats, les parties portent la responsabilité pour l'établissement de l'état de fait¹⁴⁰. Il leur incombe donc de faire valoir en justice les faits pertinents, soit les alléguer¹⁴¹ ; le tribunal ne prendra en compte que des faits qui ont été allégués et motivés de manière suf- 89

¹³⁶ Cf. ci-dessus, N 81.

¹³⁷ BK ZGB (2012)-WALTER, N 94 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 90 ad art. 8 CC.

¹³⁸ ZK ZPO-HASENBÖHLER, 2^e éd., N 11 ad art. 150 CPC ; la définition est toutefois fluctuante, car certains auteurs y voient non des indices, mais une catégorie distincte de faits, p. ex. BK ZGB (2012)-WALTER, N 97 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 94 ad art. 8 CC.

¹³⁹ CR CPC-SCHWEIZER, N 9 ad art. 150 CPC.

¹⁴⁰ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 241 ; pour la maxime des débats, cf. ci-dessus, N 142 ss.

¹⁴¹ Le terme « alléguer » signifie « faire valoir en justice un fait » : GÉRARD CORNU, Vocabulaire juridique, 10^e éd., Paris 2014, p. 56.

fisante (1.2.3.1.). Le point de départ est différent lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale, étant donné que le tribunal établit les faits d'office (1.2.3.2.).

Pratiquement, les parties alléguent en principe les faits dans leurs actes. La question de la manière dont les parties doivent intégrer les faits sera abordée dans le chapitre 7¹⁴².

1.2.3.1. Fardeau de l'allégation et exigence de motivation suffisante

- 90 Chaque partie doit alléguer les faits sur lesquels elle fonde sa prétention (art. 55 CPC). Comme le tribunal ne prend en considération que les faits qui ont été allégués, la partie qui n'allègue pas le fait constituant le fondement de sa prétention risque de perdre le procès¹⁴³. L'incombance d'une partie d'alléguer les faits sur lesquels elle fonde sa prétention est appelé *fardeau de l'allégation*¹⁴⁴. Il constitue une *incombance procédurale*. Son non-respect n'entraîne pas une sanction directe pour la partie – il ne s'agit dès lors pas d'une obligation –, mais lui cause « seulement » des inconvénients procéduraux : si une partie n'allègue pas ce fait, il n'est pas pris en compte¹⁴⁵. La partie sera privée de la possibilité d'en apporter la preuve et le tribunal devra considérer le fait en question comme non prouvé, ce qui entraîne les conséquences découlant de ce type de situation (appelé *non liquet*) en vertu du fardeau objectif de la preuve, à savoir qu'il sera tranché en défaveur de la partie qui aurait profité de la présence de ce fait¹⁴⁶.
- 91 Il convient de se poser la question du *degré de précision des allégués* d'une partie. La jurisprudence du Tribunal fédéral a développé, à ce sujet, les principes suivants. Une partie peut se contenter, dans un premier temps, d'alléguer les faits pertinents en indiquant ses traits ou contours essentiels qui les caractérisent usuellement dans la vie courante¹⁴⁷. La précision doit être telle que le tribunal soit en mesure d'en déduire le droit invoqué¹⁴⁸. Elle doit exposer les faits de

¹⁴² Cf. ci-dessous, N 318 ss.

¹⁴³ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N 111 et § 40 N 70 ; JEANNIN/BOHNET, N 10 ; DOLGE, p. 19 ; voir p. ex. TF, arrêt du 09.06.2015, 4A_33/2015.

¹⁴⁴ BK ZPO-HURNI, N 12 ad art. 55 CPC.

¹⁴⁵ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N 111 et § 40 N 70 ; JEANNIN/BOHNET, N 10 ; DOLGE, p. 19.

¹⁴⁶ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 43 ad art. 8 CC ; ROSENBERG, p. 44 s. ; pour le fardeau objectif de la preuve, cf. ci-dessous, N 174 ss.

¹⁴⁷ ATF 136 III 322, consid. 3.4.2, JdT 2011 II 537 ; TF, arrêt du 27.11.2014, 4A_195/2014, 4A_197/2014, consid. 7.3.2, non publié in : ATF 140 III 602.

¹⁴⁸ CLOUX, N 7 et les réf.

manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse motiver sa contestation ou administrer la preuve contraire¹⁴⁹. Dans un deuxième temps, si la partie adverse *conteste* les faits allégués, le demandeur est contraint d'exposer de manière plus détaillée le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier¹⁵⁰.

Cette incombance d'exposer les faits de manière plus précise en cas de contestation par la partie adverse est nommée, dans les arrêts du Tribunal fédéral rédigés en allemand, *Substanziierungslast*¹⁵¹ (la doctrine utilise également le terme de *Substanziierungspflicht*¹⁵²). 92

1.2.3.2. Exception

A priori, le fardeau de l'allégation et celui de la motivation suffisante existent 93 uniquement lorsque le litige est soumis à la maxime des débats. Lorsque la maxime inquisitoire ou inquisitoire sociale est applicable, l'établissement des faits n'est pas de la seule responsabilité des parties¹⁵³ : l'absence d'allégation d'un fait n'a pas automatiquement pour conséquence que le fait considéré n'entre pas dans le procès. L'on ne saurait donc parler de *fardeau* de l'allégation¹⁵⁴. En application de la maxime inquisitoire sociale, et *a fortiori* de la maxime inquisitoire, le tribunal a en principe l'obligation d'approfondir et de compléter lui-même l'état de fait invoqué sommairement par les parties, si bien qu'aucune *Subsslast* ne leur incombe¹⁵⁵. En effet, lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable, les faits n'ont en principe pas besoin d'être allégués pour être admis à la preuve, étant donné que le tribunal établit les faits d'office et porte une « coresponsabilité » pour l'établissement des faits : selon le Tribunal

¹⁴⁹ ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.1 ; 127 III 365, consid. 2b, JdT 2001 I 390 ; 117 II 113, consid. 2, JdT 1992 I 307 ; TF, arrêt du 30.10.2017, 4A_261/2017, consid. 4.3 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 164.

¹⁵⁰ ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.1 ; 127 III 365, consid. 2b, JdT 2001 I 390 ; 108 II 337 consid. 3, JdT 1983 I 538 ; BRÖNNIMANN (Behauptungslast), p. 60.

¹⁵¹ TF, arrêt du 28.01.2016, 4A_504/2015, consid. 2.3.1 ; ainsi aussi une grande partie de la doctrine, notamment : BSK ZPO-GEHRI, art. 55 CPC N 4 ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 CPC N 23 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 CPC N 23 ss ; DOLGE, p. 20 ; MEIER (Zivilprozessrecht), p. 297.

¹⁵² BSK ZPO-GEHRI, art. 55 CPC N 4 ; MEIER (Zivilprozessrecht), p. 297.

¹⁵³ Cf. ci-dessous, N 157.

¹⁵⁴ MEIER (Thèse), N 65 et 74.

¹⁵⁵ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), p. 243.

fédéral, le juge peut fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors des débats, même si aucune des parties ne les a invoqués¹⁵⁶.

- 94 Les parties sont toutefois soumises à un *devoir de collaborer* activement à la procédure. Pour ce qui est de la maxime inquisitoire sociale – applicable à la plupart des litiges de droit du bail – les exigences du devoir de collaborer varient en fonction de la situation du cas concret, en particulier de la complexité du litige et du degré d'inégalité entre les parties¹⁵⁷. La maxime inquisitoire sociale ne signifie en particulier pas que le tribunal explore à proprement parler les faits ; il sert en premier lieu à préciser et compléter l'état de fait et à en éliminer les éléments contradictoires¹⁵⁸. Dans tous les cas, les parties doivent « recueillir elles-mêmes les éléments du procès ; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause »¹⁵⁹. En particulier lorsque les deux parties sont représentées par des mandataires professionnels, les exigences sont très proches de celles d'un litige soumis à la maxime des débats¹⁶⁰.
- 95 En pratique, il convient d'appliquer les exigences du fardeau de l'allégation et de la motivation suffisante *mutatis mutandis* aux litiges soumis à la maxime inquisitoire sociale¹⁶¹. De plus, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral se montre de plus en plus sévère. Il considère désormais que le tribunal ne devrait venir en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés¹⁶². Pour des raisons qui seront expliquées ultérieurement dans la présente thèse, nous estimons que cette position de notre Haute Cour est critiquable¹⁶³.

1.2.4. Faits contestés

1.2.4.1. Principe : le fardeau de la contestation

- 96 En application de la maxime des débats, un fait admis par les deux parties lie en principe le tribunal : ces faits doivent être considérés comme correspondant à la réalité¹⁶⁴. En plus d'avoir été allégué par une partie et d'être pertinent, un fait

¹⁵⁶ ATF 107 II 233, consid. 2c ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 243.

¹⁵⁷ Cf. ci-dessous, N 157.

¹⁵⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), p. 231 et les réf.

¹⁵⁹ TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.4.

¹⁶⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), p. 232 et les réf.

¹⁶¹ Dans ce sens aussi : MEIER (Thèse), N 76.

¹⁶² ATF 141 III 569, consid. 2.3.

¹⁶³ Cf. ci-dessous, N 161 s.

¹⁶⁴ Message CPC, p. 6921.

doit avoir été contesté par la partie adverse pour être *beweisbedürftig*¹⁶⁵. La raison pour laquelle l'une des parties admettrait un fait allégué par l'autre n'importe pas¹⁶⁶.

L'admission d'un fait par une partie n'est pas un moyen de preuve¹⁶⁷ : les faits non contestés n'ont tout simplement pas besoin d'être prouvés (art. 150 al. 1 CPC). Cela étant, seule l'admission d'un fait devant le tribunal lie celui-ci. Si une partie admet un fait allégué par l'autre hors procès, cela peut constituer un indice pour la véracité du fait en question¹⁶⁸. 97

La contestation est la déclaration d'une partie selon laquelle elle nie la véracité d'un fait allégué par l'autre¹⁶⁹. Elle implique la volonté de la première de faire examiner la véracité de ce fait par l'administration d'une preuve¹⁷⁰. 98

Selon le Code de procédure civile sont considérés comme contestés les faits allégués par une partie que l'autre nie de façon explicite. Si l'autre partie ne conteste pas de façon explicite un fait, celui-ci est considéré comme contesté si on peut déduire du comportement de cette partie dans la procédure qu'elle le conteste¹⁷¹. Il incombe donc à la partie adverse le *fardeau de la contestation* des faits allégués par la première partie. Si elle ne se manifeste pas, les faits en question lient le tribunal¹⁷². 99

Avant l'entrée en vigueur du CPC, certaines procédures cantonales prévoyaient qu'un fait non expressément contesté devait en principe être considéré comme admis¹⁷³, d'autres que tout fait non expressément admis devait en principe être considéré comme contesté¹⁷⁴, avec des variantes¹⁷⁵. L'avant-projet du code de procédure civile suisse prévoyait qu'un fait non expressément admis devait être considéré comme contesté et était dès lors à prouver, mais que la preuve des faits restés incontestés par suite du défaut d'une partie devait néanmoins être rapportée lorsqu'il y a des raisons de douter de leur véracité (art. 145 AP-CPC). Cette proposition a été critiquée durant la procédure de consultation et a été modifiée¹⁷⁶. Le projet du CPC prévoyait que le tribunal décide en fonction de

¹⁶⁵ BSK ZPO-GUYAN, N 4 ad art. 150 CPC ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 320.

¹⁶⁶ BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 153 CPC.

¹⁶⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 6.

¹⁶⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 6.

¹⁶⁹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, 2^e éd., N 18 ad art. 150 CPC ; BRÖNNIMANN (Thèse), p. 21 et les réf.

¹⁷⁰ ZK ZPO-HASENBÖHLER, 2^e éd., N 18 ad art. 150 CPC.

¹⁷¹ DOLGE, p. 20 ; sous l'ancien droit, voir déjà ATF 105 II 143, consid. 6bb ; pour un exemple de contestation implicite, voir arrêt de la Cour suprême du Canton de Berne du 18 décembre 2013, consid. 7, JAR 2014 403.

¹⁷² BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 242.

¹⁷³ P. ex. Berne, art. 215 CPC-BE.

¹⁷⁴ P. ex. Neuchâtel, RJN 1986 69, p. 71.

¹⁷⁵ CR CPC-SCHWEIZER, N 12 ad art. 150 CPC.

¹⁷⁶ Message CPC, p. 6921.

l'ensemble des allégations des parties et de leur attitude si un fait ni contesté ni admis explicitement est considéré comme contesté (art. 148 al. 2 P-CPC). Cet alinéa a par la suite été biffé au cours des débats parlementaires. Il a été considéré que l'article était « incompréhensible »¹⁷⁷ et que la faculté du tribunal d'apprécier librement les preuves était suffisante¹⁷⁸.

- 100 Les contestations doivent être *alléguées* et *expliquées*. Si une partie n'explique pas ses contestations, le tribunal peut tenir les faits pour admis¹⁷⁹. La partie adverse doit contester les faits allégués par la première partie de façon suffisamment précise pour permettre à celle-ci de déterminer lesquels de ses allégués exactement sont contestés (*substanziertes Bestreiten*)¹⁸⁰. Cette exigence découle désormais également de l'art. 222 CPC¹⁸¹. Toutefois, l'on ne saurait exiger de la partie adverse qu'elle indique pour quelles raisons elle n'admet pas les faits allégués par la première, car une telle exigence reviendrait en réalité à renverser le fardeau de la preuve sans base légale¹⁸².
- 101 À l'instar du fardeau de l'allégation¹⁸³, le fardeau de la contestation constitue une *incombance procédurale*. Son non-respect cause des inconvénients procéduraux à la partie à laquelle elle incombe : en cas de non-respect du fardeau de la contestation, le fait allégué par la partie adverse est considéré comme admis¹⁸⁴. Si une partie ne respecte pas le fardeau de la contestation pour un fait constituant le fondement de la prétention de la partie adverse, la demande de celle-ci sera admise sans que ledit fait doive être prouvé.

1.2.4.2. Exceptions

- 102 Le tribunal dispose du droit (et non de l'obligation)¹⁸⁵ d'administrer d'office des preuves d'un fait non contesté lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de sa véracité (art. 153 al. 2 CPC). La raison pour laquelle le fait est resté non contesté – acceptation explicite ou tacite du fait par la partie adverse ou même

¹⁷⁷ BLOCHER, BO CE 2007, p. 514.

¹⁷⁸ BONHÔTE, BO CE 2006, p. 514.

¹⁷⁹ Message CPC, p. 6921.

¹⁸⁰ ATF 141 III 433, consid. 2.6, SJ 2016 I 162 ; 117 II 113 ; BSK ZPO-GUYAN, N 4 ad art. 150 CPC ; BK ZPO I-BRÖNNIMANN, N 13 ad art. 150 CPC.

¹⁸¹ BSK ZPO-GUYAN, N 4 ad art. 150 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 13 ad art. 150 CPC.

¹⁸² CR CPC-TAPPY, N 20 ad art. 222 CPC ; BK ZPO-KILLIAS, N 19 ad art. 222 CPC ; ZK ZPO-LEUENBERGER, N 22 ad art. 222 CPC ; BRÖNNIMANN (Thèse), p. 186 et les réf. ; dans ce sens déjà : ATF 117 II 113.

¹⁸³ Cf. ci-dessus, N 90.

¹⁸⁴ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N 111 et § 40 N 70 ; JEANNIN/BOHNET, N 10 ; DOLGE, p. 19.

¹⁸⁵ CR CPC-SCHWEIZER, N 10 ad art. 153 CPC ; BSK ZPO-GUYAN, N 12 ad art. 153 CPC ; *contra* : DIKE ZPO-LEU, N 24 ad art. 153 CPC.

sa défaillance – n’importe pas¹⁸⁶. Cela dit, la possibilité d’administrer d’office des preuves suppose que les faits dont la véracité est douteuse aient été allégués par les parties¹⁸⁷. Cette disposition permet au tribunal de « rendre contesté » un fait et d’en faire un objet de la preuve¹⁸⁸. Il s’agit d’un correctif à la maxime des débats¹⁸⁹ dont le but est d’éviter que le tribunal doive baser son jugement sur un état de fait dont il est objectivement douteux qu’il se soit produit comme les parties l’allèguent¹⁹⁰. Il sert à imposer la vérité matérielle dans les cas où le tribunal pourrait se contenter, selon la maxime des débats, de la vérité formelle¹⁹¹.

L’administration de preuves d’office est subsidiaire au devoir d’interpellation du tribunal (art. 56 CPC), qui oblige ce dernier à intervenir en cas d’actes ou de déclarations peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets¹⁹². Les doutes du tribunal doivent être *sérieux*. Cette condition est toutefois difficile à cerner¹⁹³. Les doutes doivent être objectivement justifiés et relever d’une certaine intensité. Dans la pratique, le tribunal comparera la vraisemblance des faits non contestés tels qu’invoqués par les parties avec son hypothèse de l’état de fait¹⁹⁴. À ce sujet, les tribunaux disposent d’un pouvoir d’appréciation très large¹⁹⁵. 103

En outre, le fardeau de la contestation n’existe pas en tant que tel lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale. Les considérations développées au sujet du fardeau de l’allégation et de motivation suffisante¹⁹⁶ sont également valables pour le fardeau de la contestation : la responsabilité de l’établissement des faits incombe de manière partagée au tribunal et aux parties. La non-contestation par la partie défenderesse d’un fait allégué par la partie demanderesse (ou inversement) ne saurait dès lors lier le tribunal. Tout fait pertinent est à considérer comme contesté et doit être prouvé¹⁹⁷. 104

¹⁸⁶ BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 153 CPC BK ; ZPO-BRÖNNIMANN, N 7 ad art. 153 CPC.

¹⁸⁷ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 7 ad art. 153 CPC.

¹⁸⁸ BSK ZPO-GUYAN, N 12 ad art. 153 CPC.

¹⁸⁹ Message CPC, p. 6923 ; BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 153 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 9 ad art. 153 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 7 ad art. 153 CPC ; pour la maxime des débats, cf. ci-dessous, N 142 ss et N 165 ss.

¹⁹⁰ BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 153 CPC.

¹⁹¹ CR CPC-SCHWEIZER, N 10 ad art. 153 CPC.

¹⁹² DIKE ZPO-LEU, N 23 ad art. 153 CPC ; pour le devoir d’interpellation, cf. ci-dessous, N 166.

¹⁹³ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 8 ad art. 153 CPC.

¹⁹⁴ DIKE ZPO-LEU, N 22 ad art. 153 CPC.

¹⁹⁵ CR CPC-SCHWEIZER, N 15 ad art. 153 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 8 ad art. 153 CPC.

¹⁹⁶ Ci-dessus, N 102 ss.

¹⁹⁷ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N 104 et 109 ; DIKE ZPO-LEU, N 64 ad art. 150 CPC ; MEIER (Thèse), N 75 ; BRÖNNIMANN (Thèse), p. 107 ss et 113.

- 105 Ce dernier point est cependant largement ignoré par la jurisprudence. Celle-ci applique par analogie les règles au sujet du fardeau de la contestation, même dans des procédures soumises à la maxime inquisitoire sociale¹⁹⁸.

1.2.5. Faits ne nécessitant pas de preuve

- 106 Selon l'art. 151 CPC, les faits notoires (1.2.5.1.), notoirement connus du tribunal (1.2.5.2.) ainsi que les règles d'expérience généralement reconnues (1.2.5.3.) ne doivent pas être prouvés. La règle poursuit un but d'économie de procédure. La procédure est rendue plus efficace et meilleur marché s'il est renoncé à la preuve de faits dont la survenance est répétée et objectivement constatable, et partant, certaine¹⁹⁹.

1.2.5.1. Faits notoires

- 107 Sont *notoires* les faits de connaissance générale « qui ont trait à une vérité d'évidence, manifeste pour tout un chacun »²⁰⁰. Il n'est pas nécessaire que ce fait soit constamment présent à l'esprit, il suffit qu'il puisse être vérifié par des publications accessibles à chacun²⁰¹.

Exemples. Le taux de change entre l'Euro et le Franc suisse est un fait notoire²⁰². Il en va de même de l'inscription d'une entreprise au registre du commerce²⁰³ ou des données librement accessibles du registre foncier selon l'art. 970 al. 2 CC²⁰⁴.

- 108 Conformément à l'art. 151 CPC, les faits notoires ne doivent pas être prouvés. Ils n'ont pas non plus besoin d'être allégués²⁰⁵. Au demeurant, la notoriété d'un fait n'a pas non plus besoin d'être prouvée²⁰⁶.

¹⁹⁸ P. ex. TF, arrêt du 03.08.2016, 4A_318/2016, consid. 3 ; TC FR, arrêt du 28.03.2017, 608 2015 114, consid. 4a) et 4b) ; TC FR, arrêt du 01.06.2015, 102 2014 259, consid. 2 et 3b).

¹⁹⁹ GRONER, p. 13.

²⁰⁰ CR CPC-SCHWEIZER, N 4 ad art. 151 CPC.

²⁰¹ ATF 135 III 88, consid. 4.1, RSPC 2009 162.

²⁰² ATF 135 III 88, consid. 4.1, RSPC 2009 162.

²⁰³ TF, arrêt du 01.10.2013, 4A_261/2013, consid. 4.3, RSPC 2014 34.

²⁰⁴ TC VD, JdT 2014 III 13, consid. 2c.

²⁰⁵ ATF 135 III 88, consid. 4.1, RSPC 2009 162.

²⁰⁶ BÜLOW, p. 205.

1.2.5.2. Faits notoirement connus

Sont des faits *notoirement connus* par le tribunal ceux qu'il connaît officiellement puisqu'ils se sont déroulés devant lui, lors d'une procédure précédente ayant eu lieu devant lui²⁰⁷ ou dans le cadre de la même procédure²⁰⁸. Encore faut-il que les mêmes parties s'opposent, ou, si tel n'est pas le cas, que les deux affaires soient fondées sur un contexte factuel identique²⁰⁹. Ne font pas contre partie des faits notoirement connus ceux qu'un juge connaît en tant que personne privée²¹⁰. 109

Les faits notoirement connus n'ont pas besoin d'être prouvés ni d'être allégués²¹¹. Une partie ne peut toutefois pas savoir à coup sûr si un certain fait est effectivement notoirement connu par le tribunal. Le tribunal dispose à ce sujet d'un certain pouvoir d'appréciation²¹². Renoncer à alléguer et à prouver un fait dont elle suppose qu'il est notoirement connu est très risqué. Si le tribunal venait à nier le caractère notoirement connu du fait en question, la partie en subirait les conséquences en vertu du fardeau objectif de la preuve²¹³. En pratique, les parties seront donc amenées à alléguer et à prouver les faits dont elles supposent qu'ils sont notoirement connus pour ne pas prendre le risque de voir un fait pertinent être exclu du procès²¹⁴. 110

1.2.5.3. Règles d'expérience généralement reconnues

Constituent des règles d'expérience des règles formées par la somme de résultats observés de façon répétée au cours d'événements typiques²¹⁵. Elles sont indispensables pour la preuve par indice et, en général, pour l'appréciation des 111

²⁰⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 10 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 6 ad art. 151 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 7 ad art. 151 CPC.

²⁰⁸ TF, arrêt du 24.06.2014, 4A_37/2014, consid. 2.4.1 ; BOHNET (Procédure civile), N 1324.

²⁰⁹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 7 ad art. 151 CPC.

²¹⁰ BOHNET (Procédure civile), N 1324 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 6 ad art. 151 CPC ; OGer ZH, arrêt du 08.06.2012, LB 110023, consid. 3.1.

²¹¹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 8 ad art. 151 CPC.

²¹² ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 8 ad art. 151 CPC.

²¹³ DIKE ZPO-LEU, N 10 ad art. 151 CPC.

²¹⁴ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 8 ad art. 151 CPC.

²¹⁵ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 17 N 21 ; JEANNIN (Notification), N 8.

preuves²¹⁶. Ces règles d'expérience sont *généralement reconnues* si elles se vérifient de façon suffisamment répétée, ou sont suffisamment évidentes, pour qu'on puisse les généraliser sans risque d'erreur significatif²¹⁷.

- 112 Autrement dit, les règles d'expérience généralement reconnues sont celles qui ont valeur de normes et dont la pertinence ne se limite pas au cas d'espèce²¹⁸. Dans ce cas, le tribunal procède à une déduction « sans la tirer d'indices concrets ni l'obtenir par l'appréciation des preuves administrées ; il rend un jugement de probabilité fondé sur des expériences faites dans d'autres cas et pouvant, pour cette raison, prétendre s'appliquer de manière générale dans le futur aux cas semblables »²¹⁹. Il s'agit de règles qui ressortent de l'expérience générale de la vie²²⁰, du « gros bon sens »²²¹, ou alors de certains domaines du savoir, des sciences et des techniques²²², du commerce ou de l'art²²³.

Exemples. La route est glissante lorsqu'il pleut ; un somnifère provoque le sommeil²²⁴.

- 113 Notons ici que les règles d'expérience généralement reconnues relevant du savoir, des sciences, du commerce ou de l'art peuvent néanmoins faire l'objet d'une preuve par expertise²²⁵, puisque leur connaissance ou leur appréciation correcte par rapport à un état de fait peuvent dépasser les connaissances du tribunal²²⁶. Puisqu'il n'est pas prévisible d'avance pour une partie si une règle d'expérience généralement reconnue dépasse les connaissances du tribunal ou non, ce dernier doit, dans la deuxième hypothèse, procéder d'office à l'administration de preuves²²⁷.
- 114 Une règle d'expérience généralement reconnue doit être suffisamment précise et délimitée pour donner une réponse au cas d'espèce²²⁸. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la règle, prétendument d'expérience générale, que la valeur de rendement d'une entreprise agricole était nettement plus basse que sa valeur

²¹⁶ BERGER-STEINER (Thèse), N 02.15.

²¹⁷ CR CPC-SCHWEIZER, N 8 ad art. 151 CPC ; dans le même sens : BSK ZPO-GUYAN, N 4 ad art. 151 CPC ; ZK ZGB-JUNGO, N 83 ad art. 8 CC.

²¹⁸ Message CPC, p. 6922 ; ATF 123 III 241, consid. 3a, JdT 1998 I 290.

²¹⁹ ATF 140 I 285, consid. 6.2.1 et les réf.

²²⁰ Message CPC, p. 6922 ; HALDY, N 486 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 319.

²²¹ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 7 ad art. 151 CPC.

²²² ATF 140 I 285, consid. 6.2.1.

²²³ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 7 ad art. 151 CPC ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 2 ad art. 218 CPC-BE.

²²⁴ HOHL (Procédure I), N 1599.

²²⁵ BETTEX, p. 7 s. ; BÜHLER (Experten), p. 334 ; DIKE-MÜLLER, N 9 ad art. 183 CPC ; sur la notion d'expertise, cf. ci-dessus, N 265 ss.

²²⁶ BERGER-STEINER (Thèse), N 02.22 ss.

²²⁷ BERGER-STEINER (Thèse), N 02.26.

²²⁸ GRONER, p. 18.

vénale n'était pas suffisamment précise ; encore faudrait-il pouvoir en déduire des indications concernant la proportion²²⁹.

Si la règle d'expérience est tirée d'indices concrets du cas d'espèce ou par appréciation des preuves administrées²³⁰, il s'agit d'une *règle d'expérience simple* qui doit être alléguée et prouvée²³¹. 115

Ainsi, le fait qu'une règle d'expérience donnée dépasse les connaissances du tribunal n'en fait pas une règle d'expérience simple. Autrement dit : la *Beweisbedürftigkeit* d'une règle d'expérience n'est pas un critère de distinction déterminant²³². Contrairement à la règle d'expérience simple, le tribunal prend en considération d'office une règle d'expérience généralement reconnue, même si elle n'a pas été alléguée²³³. Le critère de distinction est bien de savoir si la règle d'expérience peut être généralisée ou non.

1.3. Les usages et usages locaux

1.3.1. Notion et rôles

Est considéré comme *usage* un comportement généralement suivi dans une situation donnée²³⁴. Si l'usage est appliqué dans un rayon géographiquement limité, l'on parle d'*usage local*²³⁵. Une partie de la doctrine considère toutefois que les notions d'« usage » et d'« usage local » sont synonymes²³⁶. Dans la mesure où les conséquences qu'implique la qualification d'un élément en tant qu'usage ou usage local sont les mêmes, nous pouvons nous contenter de préciser que les deux notions supposent un comportement généralement suivi dans une situation donnée. 116

Les usages et les usages locaux sont de nature hybride, intermédiaire entre le fait et le droit²³⁷. Le déroulement des affaires génère des habitudes et des modes de procéder parmi les acteurs d'une certaine branche économique²³⁸. Il ne s'agit à la base que d'un comportement uniforme, donc d'un élément de fait, mais puisque les milieux intéressés s'y conforment, ce comportement acquiert une 117

²²⁹ TF, arrêt du 22.04.2015, 5C.203/2004, consid. 4.2.

²³⁰ GRONER, p. 13.

²³¹ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 7 ad art. 151 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 12 ad art. 151 CPC.

²³² BERGER-STEINER (Thèse), N 02.22.

²³³ BERGER-STEINER (Thèse), N 02.26.

²³⁴ HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 1.14. ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 20 ad art. 150 CPC ; voir aussi : CC CR I-WINIGER, N 38 ad art. 5 CC ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 192.

²³⁵ HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 1.14. ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 20 ad art. 150 CPC.

²³⁶ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 40 ad art. 5 CC ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 191.

²³⁷ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 20 ad art. 150 CPC ; VOUILLOZ, p. 831 ; Message CPC, p. 6921.

²³⁸ CR CC I-WINIGER, N 38 ad art. 5 CC.

certaine fonction normative²³⁹. Toutefois, contrairement à la *coutume*, l'usage ou usage local ne suppose pas la conviction des sujets de droit que le comportement uniforme est obligatoire (*opinio iuris ac necessitatis*)²⁴⁰.

- 118 Les usages et usages locaux ne constituent donc pas du droit à proprement parler, mais ils remplissent des fonctions importantes dans l'application du droit. Ils constituent une aide incontournable dans l'interprétation et l'appréciation, par le tribunal, des relations contractuelles²⁴¹. En cas de doute sur l'interprétation des déclarations des parties, le tribunal peut en effet partir du principe qu'il faut les interpréter dans le sens dans lequel elles sont usuellement comprises par les acteurs concernés²⁴². De plus, les usages et usages locaux peuvent être intégrés dans un contrat, soit explicitement, soit par acte concluant, lorsque les deux parties s'y conforment²⁴³.
- 119 Dans certaines situations, le législateur lui-même renvoie aux usages et usages locaux. Cette technique permet de créer une réglementation différenciée pour les différentes branches du commerce sans devoir créer un grand nombre de dispositions législatives spéciales²⁴⁴. De plus, il n'est pas nécessaire de passer par une révision de la loi en cas de modification des circonstances, puisque les acteurs adapteront automatiquement leurs usages dans ce cas, adaptation que le renvoi permet de prendre en compte sans modification de la loi²⁴⁵.
- 120 Ce renvoi peut se faire sous plusieurs formes. Souvent, la loi renvoie, dans une disposition générale, aux usages et usages locaux, p. ex. pour l'interprétation de dispositions contractuelles ou le complément de contrats. C'est le système qu'a choisi le législateur p. ex. en France²⁴⁶ et en Allemagne²⁴⁷. Le législateur suisse a choisi une autre approche. Le droit suisse ne contient pas de renvoi général aux usages et usages locaux²⁴⁸, mais uniquement des renvois – au demeurant assez nombreux – dans des dispositions spéciales du Code civil et du Code des obligations²⁴⁹. Une disposition générale, à savoir l'art. 5 al. 2 CC, introduit la

²³⁹ ZK ZGB-EGGER, N 17 ad art. 5 CC.

²⁴⁰ BSK ZGB I-HONSELL, N 24 ad art. 1 CC ; FORSTMOSER/VOGT, § 14 N 4.

²⁴¹ BK ZGB (2012)-WOLF, N 100 ad art. 5 CC ; CR CC I-WINIGER, N 39 ad art. 5 CC ; BK ZGB (1966)-LIVER, N 68 ad art. 5 CC.

²⁴² CR CC I-WINIGER, N 39 ad art. 5 CC ; BK ZGB (1966)-LIVER, N 69 ad art. 5 CC.

²⁴³ CR CC I-WINIGER, N 39 ad art. 5 CC ; BK ZGB (1966)-LIVER, N 70 ad art. 5 CC.

²⁴⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 9 N 61.

²⁴⁵ CR CC I-WINIGER, N 38 ad art. 5 CC ; FORSTMOSER/VOGT, § 9 N 62.

²⁴⁶ Art. 1135, 1159 et 1160 CCF.

²⁴⁷ §§157 et 242 BGB.

²⁴⁸ PÂCHE, p. 119.

²⁴⁹ P. ex. art. 184 al. 2, 212 al. 2, 314 al. 3 CO ; les renvois du législateur sont particulièrement fréquents en droit du bail : art. 257c, 266c, 266d, 269a let. a CO.

présomption réfragable²⁵⁰ que les règles du droit civil cantonal applicable avant l'entrée en vigueur du Code civil en 1912 sont tenues pour l'expression de l'usage respectivement de l'usage local. Le but du législateur du Code civil était de permettre à la population et aux commerçants d'une certaine région de continuer à appliquer les usages auxquels ils étaient habitués²⁵¹. En renvoyant au droit cantonal antérieur, il pouvait atteindre ce but, tout en facilitant l'établissement des usages²⁵². Toutefois, un usage différent de celui qui ressort du droit civil cantonal antérieur à 1912 peut entrer en ligne de compte si son existence est prouvée. Avec l'écoulement du temps, cette possibilité est de plus en plus fréquemment utilisée, puisque le droit abrogé tombe en désuétude et de nouveaux usages et usages locaux se créent rapidement²⁵³.

Les usages et usages locaux trouvent uniquement application lorsqu'une disposition spéciale de la loi y renvoie, lorsque les parties s'y soumettent explicitement ou par acte concluant ou s'ils doivent servir à interpréter la volonté des parties selon le principe de la confiance²⁵⁴. 121

1.3.2. Usages et usages locaux comme objet de la preuve

Selon l'art. 150 al. 2 CPC, si une partie se fonde sur un usage ou un usage local, son existence doit être alléguée et prouvée. Les tribunaux ne sont pas familiers avec tous les usages et usages locaux, un établissement d'office des usages et usages locaux ne saurait donc leur être imposé. La partie qui invoque un usage ou usage local doit invoquer et prouver son existence et son contenu²⁵⁵. L'existence d'un usage est donc en principe assimilée à une question de fait et non à une question de droit²⁵⁶. 122

Toutefois, selon la doctrine et la jurisprudence datant d'avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, lorsque la loi renvoie à l'usage ou l'usage local, celui-ci perd sa nature hybride et accède au statut de droit, ce qui signifie qu'il n'a pas besoin d'être prouvé²⁵⁷. Selon la doctrine actuelle, l'art. 150 123

²⁵⁰ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 48 ad art. 5 CC ; BK ZGB (2012)-WOLF, N 118 ad art. 5 CC ; CR CC I-WINIGER, N 48 ad art. 5 CC ; pour la notion de présomption réfragable, cf. ci-dessous, N 205 ss.

²⁵¹ BK ZGB (2012)-WOLF, N 113 ad art. 5 CC ; CR CC I-WINIGER, N 47 ad art. 5 CC.

²⁵² CR CC I-WINIGER, N 47 ad art. 5 CC.

²⁵³ BK ZGB (2012)-WOLF, N 117 ad art. 5 CC.

²⁵⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 9 ; ATF 113 II 25, JdT 1987 I 363 ; 90 II 92, consid. 4, JdT 1965 I 37 ; 86 II 256, JdT 1961 I 134.

²⁵⁵ Message CPC, p. 6921.

²⁵⁶ Ainsi aussi : ATF 86 II 256, JdT 1961 I 134.

²⁵⁷ CR CC I-PIOTET, N 12 s. ad art. 8 CC ; ATF 94 II 157, consid. 4b, JdT 1969 I 538 ; 90 II 92, consid. 4, JdT 1965 I 37.

al. 2 CPC doit être interprété dans le même sens : l'usage ou l'usage local nécessite une preuve lorsqu'il est applicable suite à un accord (explicite ou tacite) des parties ou s'il sert à interpréter la volonté des parties selon le principe de la confiance ; si la loi prévoit directement l'application d'un usage ou usage local, il s'agit de droit indirectement codifié que le tribunal devra appliquer d'office²⁵⁸.

- 124 Il convient de nuancer ce principe à trois égards. *Premièrement*, un usage ou un usage local peut constituer un fait notoire²⁵⁹ qui ne nécessite de toute manière pas de preuve²⁶⁰. *Deuxièmement*, le tribunal doit, lorsqu'il constate d'office les usages, prendre en compte tous les moyens qui sont à sa disposition. La doctrine se prononce en faveur d'une obligation de collaborer de la partie qui invoque un usage. Celle-ci doit alléguer de façon précise (*substanziert behaupten*) l'usage et présenter les moyens de preuve à sa disposition²⁶¹, notamment lorsque l'établissement de l'usage se révèle difficile, en particulier s'il n'en existe pas de trace écrite²⁶². Du reste, avec l'écoulement du temps, le renvoi de l'art. 5 al. 2 CC tend à perdre de son importance. Les usages étant rarement les mêmes que le 31 décembre 1911, le droit civil cantonal antérieur à l'entrée en vigueur du Code civil constitue de moins en moins une base pour l'établissement des usages effectivement suivis²⁶³. Des situations dans lesquelles le tribunal devra exiger des preuves de la part de l'une des parties sont donc de plus en plus fréquentes. *Troisièmement*, certains renvois de la loi prévoient eux-mêmes qu'il revient à une des parties d'établir l'usage ou l'usage local²⁶⁴. Dans ce cas, l'établissement d'office par le tribunal n'entre évidemment pas en ligne de compte.

1.4. Le droit

1.4.1. Le droit suisse

- 125 Comme expliqué²⁶⁵, le droit *peut* former l'objet d'une preuve, mais la preuve du droit n'est en principe pas requise. En effet, selon l'art. 57 CPC, le tribunal

²⁵⁸ ZK ZGB-JUNGO, N 88 ss ad art. 8 CC ; HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 1.14 ; CR CC I-PIOTET, N 13 ad art. 8 CC.

²⁵⁹ Cf. ci-dessus, N 116.

²⁶⁰ HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 1.14. ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, N 20 ad art. 150 CPC.

²⁶¹ BK ZGB (2012)-WOLF, N 126 ad art. 5 CC ; BK ZGB (1966)-LIVER, N 103 s ad art. 5 CC.

²⁶² BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 46 ad art. 5 CC.

²⁶³ BK ZGB (2012)-WOLF, N 117 ad art. 5 CC ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 202.

²⁶⁴ P. ex. art. 394 al. 3 CO ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 9.

²⁶⁵ Cf. ci-dessus, N 76.

applique le droit d'office. Cette disposition pose le principe *iura novit curia*²⁶⁶. Le principe de l'application d'office du droit signifie que les parties n'ont pas besoin de prouver le droit. Il signifie également que, contrairement à ce qui prévaut pour les faits, les parties n'ont pas besoin non plus *d'alléguer* les règles juridiques sur lesquels leur prétention est basée²⁶⁷. De plus, le tribunal n'est pas lié par la qualification juridique des faits que les parties proposent²⁶⁸. En vertu du droit d'être entendu, les parties ont le droit, mais non le devoir, de proposer une argumentation juridique²⁶⁹.

Le principe *iura novit curia* constituait déjà une règle de droit fédéral avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile. L'art. 63 al. 1 et 3 OJ prévoyait que le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs invoqués par les parties et qu'il apprécie librement la portée juridique des faits. Le Tribunal fédéral en a déduit que ce principe devait s'imposer aux instances inférieures, pour que celles-ci disposent du même pouvoir d'examen que lui²⁷⁰. 126

Le principe selon lequel le droit n'a pas besoin d'être prouvé par les parties était déjà applicable en droit commun²⁷¹. Toutefois, la règle n'était applicable ni au droit étranger ni au droit coutumier. Ce dernier devait être prouvé, par exemple par témoignage²⁷². Néanmoins, l'existence d'une règle coutumière pouvait également découler d'une jurisprudence claire²⁷³.

En droit suisse contemporain, la doctrine considère que le droit coutumier doit être établi et appliqué d'office par le tribunal²⁷⁴. Le droit coutumier est une source de droit très secondaire²⁷⁵. Les cas d'application sont rares, car les conditions posées par l'ordre juridique suisse pour son admissibilité sont strictes. Selon l'art. 1 al. 2 CC, son application est uniquement admissible en cas de lacune de la loi. Il s'agit néanmoins de droit et en tant que tel, le tribunal doit l'appliquer d'office (*iura novit curia*)²⁷⁶. Afin d'établir l'existence et le contenu d'une règle de droit coutumier, il consultera la doctrine, la jurispru-

²⁶⁶ Message CPC, p. 6890 ; CR CPC-HALDY, N 3 ad art. 57 CPC.

²⁶⁷ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 155 s.

²⁶⁸ BOHNET (Procédure civile) N 860 ; CR CPC-HALDY, N 3 ad art. 57 CPC.

²⁶⁹ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 156.

²⁷⁰ ATF 90 II 34, consid. 6b ; 89 II 337, consid. 2 ; BOHNET (Procédure civile), N 860.

²⁷¹ BÜLOW, p. 204.

²⁷² Les témoins devaient non seulement confirmer l'existence de la règle coutumière, mais également la raison de son existence : BÜLOW, p. 204.

²⁷³ BÜLOW, p. 204 ; voir déjà ULPIEN, de officio proconsulis, librer IV, Dig. 1.3.34 (*de legibus*).

²⁷⁴ BSK ZGB I-HONSELL, N 22 ad art. 1 CC ; BSK ZPO-GEHRI, N 11 ad art. 57 CPC ; BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 150 CPC ; BK ZPO I-HURNI, N 32 ad art. 57 CPC ; CR CC I-WERRO, N 27 ad art. 1 CC.

²⁷⁵ BSK ZGB I-HONSELL, N 20 ad art. 1 CC ; BK ZGB (2012)-MEYER-HAYOZ, N 241 ad art. 1 CC ; CR CC I-WERRO, N 28 ad art. 1 CC ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 99.

²⁷⁶ BSK ZGB I-HONSELL, N 22 ad art. 1 CC ; BSK ZPO-GEHRI, N 11 ad art. 57 CPC ; BK ZGB (2012)-MEYER-HAYOZ, N 241 ad art. 1 CC.

dence, les déclarations et actes des milieux concernés, les déclarations des autorités locales ainsi que les expertises²⁷⁷. Toutefois, lorsqu'une partie invoque une telle règle, elle dispose du droit à la preuve des circonstances desquelles elle déduit l'existence de cette règle²⁷⁸.

1.4.2. Le droit étranger

- 127 Lorsque l'état de fait litigieux comprend un élément d'extranéité, le droit international privé trouve application (art. 1 al. 1 LDIP). Ce dernier contient des règles de conflit ayant pour fonction de désigner l'autorité compétente et le droit applicable à l'état de fait international²⁷⁹. Ces règles de conflit peuvent prévoir l'application d'une règle de droit relevant d'un autre ordre juridique que celui de l'autorité compétente, autrement dit que le tribunal compétent devra appliquer un droit étranger.
- 128 Si l'on appliquait strictement la règle *iura novit curia*, le tribunal devrait, si le droit étranger est applicable en vertu d'une règle de conflit de lois, connaître ce droit étranger et l'appliquer d'office. Or l'on ne saurait attendre d'un tribunal qu'il connaisse toutes les règles de droit de tous les États étrangers²⁸⁰.
- 129 Déjà le droit commun prévoyait que le droit étranger n'était pas couvert par la règle *iura novit curia*. Il revenait aux parties de prouver le droit étranger. L'établissement du contenu du droit étranger n'était pourtant pas strictement soumis à la maxime des débats, puisque le tribunal n'était pas limité aux moyens de preuve proposés par les parties ; il pouvait procéder lui-même à des investigations²⁸¹. La règle est encore plus nuancée en droit suisse actuel. L'art. 16 al. 1 LDIP prévoit que le contenu du droit étranger est en principe établi d'office²⁸², mais que la collaboration des parties peut être requise et que la preuve peut être mise à la charge des parties dans les litiges patrimoniaux. Le même principe se trouve exprimé à l'art. 150 al. 2 CPC.
- 130 Le droit étranger constituera donc l'objet de la preuve si le litige est « patrimonial » au sens des art. 16 al. 1 LDIP et 150 al. 2 CPC. S'il ne l'est pas, les parties sont uniquement appelées à « collaborer » à l'établissement du droit étranger²⁸³. À noter que le tribunal applique dans tous les cas d'office la règle de conflit

²⁷⁷ BK ZGB (2012)-MEYER-HAYOZ, N 241 ad art. 1 CC.

²⁷⁸ BSK ZPO-GEHRI, N 12 ad art. 57 CPC.

²⁷⁹ KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 221.

²⁸⁰ SIEGRIST (Grundfragen), p. 116 s.

²⁸¹ BÜLOW, p. 204.

²⁸² Voir aussi ATF 118 II 83, consid. 2a et les réf.

²⁸³ Sur la notion de « collaboration », cf. CR LDIP/CL-UCHER, N 14 ad art. 16 LDIP.

(qui, elle, constitue une règle de droit suisse)²⁸⁴. La règle était pour le législateur d'une telle évidence qu'il n'a pas jugé utile de la fixer dans une norme²⁸⁵.

La présente thèse se limite à l'analyse des questions de preuve dans des procédures relatives au droit du bail dans lesquels le droit suisse est applicable. La preuve du droit étranger ne fera dès lors pas l'objet d'une analyse plus approfondie. 131

²⁸⁴ ATF 133 III 323, consid. 2.1 ; CR LDIP/CL-UCHER, N 2 ad art. 16 LIDP.

²⁸⁵ VON OVERBECK, p. 95.

Chapitre 2 : Le sujet de la preuve

2.1. Problématique

Analyser l'objet de la preuve, c'est déterminer quels éléments nécessitent une preuve. Analyser le sujet de la preuve, c'est déterminer *à qui* il revient de l'apporter. Il s'agira désormais de répondre à cette deuxième question et d'analyser le rapport avec l'objet de la preuve. 132

Dans un premier temps, il convient de déterminer s'il revient au tribunal ou aux parties d'établir l'état de fait et de proposer les preuves à l'appui. Comme nous le verrons, cette charge incombe dans certaines hypothèses au tribunal, mais la plupart du temps aux parties ; parfois, elle est partagée. À ce sujet, l'on distingue entre la maxime des débats, la maxime inquisitoire sociale et la maxime inquisitoire pure. 133

Si la charge revient aux parties, il convient encore de déterminer, à laquelle il incombe d'apporter la preuve de quel élément ; à cette question répond *le fardeau subjectif de la preuve*. Comme ce dernier suit en principe le fardeau objectif, même s'il n'en est pas un simple corollaire, il sera traité ensemble avec ce dernier, dans le chapitre 3 ci-après, relatif à la répartition du fardeau de la preuve. Le présent chapitre est dédié uniquement à la première question, à savoir celle de la répartition des rôles entre le tribunal et les parties. 134

2.2. Solutions possibles

Pour l'apport des faits au procès, deux solutions principales sont envisageables, comme l'a démontré NIKOLAUS THADDÄUS VON GÖNNER au début du XIX^e siècle dans son traité sur la procédure de droit commun²⁸⁶. Il est parti du principe que le but de la procédure civile est en premier lieu la protection des droits des parties et non à tout prix la découverte de la vérité matérielle²⁸⁷. Si l'on accepte que la découverte de la vérité matérielle ne constitue qu'un but secondaire de la procédure, deux concepts peuvent être dégagés pour l'apport 135

²⁸⁶ VON GÖNNER, p. 182 ; SUTTER-SOMM, N 292 ; MORDASINI-ROHNER, N 1 ss.

²⁸⁷ VON GÖNNER, p. 139 et 182 ; MORDASINI-ROHNER, N 3.

des faits au procès : soit le tribunal fait seulement usage des moyens par lesquels le justiciable entend faire consacrer ses droits²⁸⁸, soit il entreprend lui-même tous les moyens nécessaires pour établir l'état de fait à la base du litige²⁸⁹. VON GÖNNER a appelé le premier concept *Verhandlungsmaxime* (« maxime des débats ») puisque « tout dépend des débats menés entre les parties »²⁹⁰, la deuxième *Untersuchungsmaxime* (« maxime inquisitoire », puisque « tout passe par l'inquisition du juge »)²⁹¹. Cette terminologie s'est maintenue et est encore utilisée de nos jours.

VON GÖNNER traita la *maxime de disposition* comme élément intrinsèque de la maxime des débats, et la *maxime d'office* comme élément intrinsèque de la maxime inquisitoire²⁹². Les notions doivent toutefois être distinguées, puisqu'elles ne répondent pas à la même question : lorsque le procès est soumis à la maxime de disposition, le plaideur décide à quel moment et sur quel point une procédure est ouverte ; une fois la procédure ouverte, les parties peuvent y mettre un terme par désistement, acquiescement ou transaction. Le tribunal est lié par les demandes des parties. Il ne peut pas allouer plus ou autre chose à une partie que ce qu'elle demande ni moins que ce qu'elle reconnaît devoir²⁹³. Lorsque la procédure est soumise à la maxime d'office, l'objet du litige et la procédure sont soustraits à la disposition des parties²⁹⁴. Le tribunal peut aller au-delà des conclusions des parties. Il est obligé de statuer même en l'absence de conclusions²⁹⁵. Une transaction entre les parties ne met pas fin à la procédure. Elle doit être ratifiée par le tribunal pour entrer en force²⁹⁶. La maxime d'office ne signifie toutefois pas que le tribunal ouvre d'office le procès : même si le litige est soustrait à la disposition des parties, le tribunal n'intervient que si une des parties s'adresse à lui²⁹⁷. La maxime de disposition et la maxime d'office répondent donc à la question de savoir si les parties ont la libre disposition du rapport juridique objet du litige et du procès, alors que la maxime des débats et la maxime inquisitoire donnent des réponses à la question de savoir si l'apport des faits est de la responsabilité du tribunal ou des parties²⁹⁸.

²⁸⁸ VON GÖNNER, p. 182.

²⁸⁹ VON GÖNNER, p. 183 s.

²⁹⁰ « ...weil alles von dem Vorbringen der Parteien, oder von ihren Verhandlungen abhängt » : VON GÖNNER, p. 183.

²⁹¹ « bei ihr gehet alles den Weg der richterlichen Untersuchung », VON GÖNNER, p. 184.

²⁹² VON GÖNNER, p. 182 s. ; MORDASINI-ROHNER, N 2.

²⁹³ BOHNET (Procédure civile), N 825 ss ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 4 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 246 ; SUTTER-SOMM, N 299 ss ; ASPRION STÖCKLIN, p. 24 ; EGLI, p. 40.

²⁹⁴ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 246 ; SUTTER-SOMM, N 312 ; OGer BL, BJM 1976, p. 103 s.

²⁹⁵ ATF 118 II 93, consid. 1a, JdT 1995 I 100 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 246.

²⁹⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 9 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 246 ; EGLI, p. 40 s. ; ASPRION STÖCKLIN, p. 26 s.

²⁹⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 8 ; BSK ZPO-GEHRI, N 11 ad art. 58 CPC ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, N 29 ad art. 58 CPC ; BK ZPO-HURNI, N 62 ad art. 58 CPC.

²⁹⁸ BOHNET (Procédure civile), N 827 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 2 ; MORDASINI-ROHNER, N 17.

- Déjà VON GÖNNER admettait que l'une ou l'autre des maximes ne découlait pas de la nature même de la procédure civile et que les deux maximes étaient donc compatibles avec celle-ci²⁹⁹. Suite à l'échec du code de procédure civile prussien de 1793 (*Allgemeine Gerichtsordnung für preussische Staaten*), qui soumettait les procès civils de manière générale à la maxime inquisitoire, l'on considérait toutefois à partir des années 1830 que la maxime des débats était inhérente à la procédure civile et que l'application de la maxime inquisitoire était contraire au caractère même de la procédure civile³⁰⁰. Vers la fin du XIX^e siècle, les auteurs considéraient toutefois de nouveau que les deux maximes peuvent être combinées dans un seul et même droit de procédure civile³⁰¹ : ils ne considéraient plus les maximes comme concepts antinomiques, mais comme « extractions d'idées du législateur déduites de groupements de normes juridiques, servant à leur bonne compréhension et au comblement de lacunes »³⁰². 136
- Il convient en effet de considérer que les deux solutions – maxime des débats et maxime inquisitoire – sont envisageables³⁰³ ; il revient au législateur de choisir, laquelle sera appliquée dans quelles circonstances³⁰⁴. 137
- En procédure civile suisse s'est développée une forme intermédiaire entre la maxime des débats et la maxime inquisitoire, appelée maxime inquisitoire sociale. Ce terme apparaît dans la jurisprudence et dans la doctrine suisse à partir des années 1980, alors qu'en réalité le concept est beaucoup plus ancien. 138
- Lorsque le « monopole » de la maxime des débats a été remis en question dès la fin du XIX^e siècle et la doctrine commençait de nouveau à accentuer le rôle du tribunal dans l'établissement de l'état de fait³⁰⁵. En Suisse, c'est surtout le formalisme procédural auquel menait l'application de la maxime des débats qui était critiqué³⁰⁶. 139
- L'idée de contrebalancer les rapports de force inégaux entre l'employeur, potentiellement au bénéfice d'une formation juridique, et l'ouvrier, en règle géné- 140

²⁹⁹ VON GÖNNER, p. 184 ss.

³⁰⁰ SCHMIDT (Lehrbuch), p. 419.

³⁰¹ PLANCK, p. 197 s. ; SCHMIDT (Lehrbuch), p. 419.

³⁰² « [...] ein aus Rechtssätzen abgeleiteter, gesetzgeberischer Gedanke, der zur Erklärung des Zusammenhangs der Prozessrechtssätze, zur Ermittlung ihres richtigen Verständnisses, zur Ausfüllung von Lücken dient [...] » : PLANCK, p. 198 ; dans ce sens aussi : SCHMIDT (Lehrbuch), p. 419 ; HEUSLER, p. 257.

³⁰³ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 223 ; BUCHER (Thèse), p. 20 ; HEUSLER, p. 251 note 10 et p. 256 s. ; SCHMIDT (Lehrbuch), p. 418 s. ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 66 s. ; *contra* : SCHURTER p. 20 ss ; VON GÖNNER, p. 184.

³⁰⁴ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 223 ; ainsi déjà : PLANCK, p. 197 s.

³⁰⁵ HEUSLER, p. 257 ; SCHMIDT (Lehrbuch), p. 419.

³⁰⁶ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 223 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 5 ; REICHEL, p. 102 ss.

rale sans connaissances juridiques, a incité le législateur fédéral suisse à introduire une première limitation à la maxime des débats dans la loi sur les fabriques de 1914. Il a décidé d'accorder au tribunal la compétence d'établir l'état de fait d'office dans les litiges de droit du travail se trouvant dans le champ d'application de la loi sur les fabriques. Le tribunal demeurait néanmoins lié par les conclusions prises par les parties³⁰⁷. Par la suite, plusieurs autres catégories d'employés ont été mises au bénéfice de cette protection. Le principe de l'établissement des faits par le tribunal a été repris lors de la réforme du droit du travail entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972 et inséré dans le Code des obligations. Il a également été introduit dans le domaine du droit du bail, par la réforme du droit du bail entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1990³⁰⁸.

- 141 Aujourd'hui, la maxime inquisitoire sociale est prévue par l'art. 247 al. 2 CPC, qui prévoit que « le tribunal établit les faits d'office » dans certaines hypothèses. En outre, l'art. 55 CPC, qui érige la maxime des débats en principe, prévoit à son alinéa 2 que : « Les dispositions prévoyant l'établissement des faits et l'administration des preuves d'office sont réservées ». Cela dit, l'art. 55 al. 2 CPC vise autant la maxime inquisitoire que la maxime inquisitoire sociale. En réalité, la version française du code ne permet pas de distinguer la maxime inquisitoire de la maxime inquisitoire sociale, l'application de l'une ou de l'autre étant exprimée par la phrase « le tribunal établit les faits d'office » (art. 247 al. 2 et art. 296 CPC). La distinction est toutefois exprimée dans les versions allemandes et italiennes. Dans le texte allemand de la loi, il est prévu que le tribunal « recherche » l'état de fait d'office (« das Gericht *erforscht* den Sachverhalt von Amtes wegen ») si la maxime inquisitoire est applicable (art. 296 CPC), alors que, pour la maxime inquisitoire sociale, il « constate » l'état de fait d'office (« [...] *stellt* den Sachverhalt von Amtes wegen *fest* », art. 247 al. 2 CPC)³⁰⁹.

2.2.1. Maxime des débats

2.2.1.1. Contenu

- 142 Dans la conception traditionnelle du procès, les parties débattent de leur litige devant le tribunal³¹⁰. Il leur incombe de présenter au tribunal les faits et les

³⁰⁷ Bull. Sten. CN 1913 863, p. 867 ss.; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 228.

³⁰⁸ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 228 s.

³⁰⁹ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 233 ; CHAIX, N 11.

³¹⁰ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 223 ; BÜLOW, p. 162 ; SCHMIDT (Lehrbuch), p. 418.

preuves à l'appui de leurs prétentions³¹¹. Elles sont responsables de l'établissement des faits³¹². Le rôle du tribunal est d'appliquer le droit aux faits allégués et prouvés par les parties (*da mihi facta, dabo tibi ius*)³¹³. Il applique le droit aux faits invoqués et prouvés par les parties³¹⁴, mais n'est pas autorisé à procéder à sa propre enquête³¹⁵. Il ne pourra pas tenir compte dans son jugement des faits qui ne sont ni allégués ni prouvés³¹⁶ (*quod non est in actis non est in mundo*), sous réserve des faits notoires³¹⁷. Il ne pourra pas compléter ni rectifier l'état de fait allégué par les parties³¹⁸. Le rôle du tribunal dans l'établissement de l'état de fait est donc avant tout passif³¹⁹.

2.2.1.2. Justifications

Le procès civil de droit commun connaissait déjà une maxime des débats assez stricte. Cette conception a été maintenue dans les législations cantonales au cours du XIX^e siècle³²⁰. Elle correspondait à la vision libérale, dominante à l'époque, du citoyen libre et responsable, agissant de façon raisonnable³²¹. Malgré des critiques³²², elle a pu se maintenir et constitue toujours le principe en procédure civile suisse (art. 55 CPC). Toutefois, le législateur a reconnu que son application stricte pourrait mener à des cas de rigueur et a introduit certains mécanismes pour empêcher que, dans certaines situations, l'application de la maxime des débats mène à des résultats insatisfaisants et l'a remplacée par la maxime inquisitoire sociale pour un certain nombre d'hypothèses³²³.

³¹¹ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 223 ; MORDASINI-ROHNER, N 4 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 3.

³¹² BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 241 ; MORDASINI-ROHNER, N 4 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 61.

³¹³ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 242 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 12 s.

³¹⁴ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 223.

³¹⁵ SUTTER-SOMM, N 323 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 63.

³¹⁶ ATF 142 III 462, consid. 4, SJ 2016 I 429 ; CR CPC-HALDY, N 3 ad art. 55 CPC ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 242 ; BÜLOW, p. 159 ; TF, arrêt du 26.04.2007, 4P.27/2007, consid. 3.2.6, publié in : RSPC 2007 243.

³¹⁷ ATF 135 III 88 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 242 ; BÜLOW, p. 159 ; TF, arrêt du 27.11.2014, 4A_195/2014 et 4A_197/2014, consid. 7.3.1 non publié in : ATF 140 III 602 ; pour la notion de faits notoires, cf. ci-dessus, N 106 ss.

³¹⁸ MORDASINI-ROHNER, N 9.

³¹⁹ SIEGRIST (Grundfragen), p. 61.

³²⁰ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 226 ; voir par exemple MATTI, p. 1072. Pour une présentation détaillée du droit cantonal à la fin du XIX^e siècle, voir SCHURTER, p. 24 ss.

³²¹ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 226 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 5.

³²² À ce sujet, voir : ASPRION STÖCKLIN, p. 1 s.

³²³ Cf. ci-dessous, N 170 ss.

- 144 La doctrine justifie l'application de la maxime des débats par deux complexes d'arguments : des arguments dogmatiques et des arguments pratiques³²⁴. D'un point de vue dogmatique, la maxime des débats est vue comme l'expression de l'autonomie privée et la conséquence du fait que les droits subjectifs sont à la libre disposition des parties³²⁵. Du point de vue pratique, la maxime des débats présenterait comme avantage que les parties connaissent mieux l'état de fait à la base du litige et que, partant, elles sont mieux en mesure de le démontrer durant le procès³²⁶. Contrairement au tribunal, elles ont un intérêt direct dans l'affaire. Vu que leurs intérêts sont opposés, elles se contrôlent réciproquement et complètent l'état de fait³²⁷. Le jeu d'arguments et contre-arguments constituerait partant la méthode la plus effective et efficace dans la reconstitution de l'état de fait³²⁸.

2.2.1.3. Conséquences

- 145 Lorsque la maxime des débats est applicable, les preuves doivent être apportées par les parties (art. 55 CPC). Cela étant, il suffit qu'un fait déterminant ait été invoqué par l'une ou l'autre des parties ; il est indifférent de savoir laquelle des parties l'a invoqué³²⁹.
- 146 La maxime des débats a un certain nombre de conséquences au niveau de l'organisation de la procédure. Ainsi, elle impose aux parties non seulement de présenter des moyens de preuve, mais également d'exposer l'état de fait de manière soigneuse et complète et d'apporter tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (*Substanziierungspflicht* ou *Substanziierungslast*)³³⁰. Les faits allégués par les parties lient le tribunal³³¹. La partie adverse doit contester les faits allégués par la première partie, faute de quoi ces faits lient en principe³³² le tribunal (*fardeau de la contestation*)³³³.

³²⁴ MORDASINI-ROHNER, N 12.

³²⁵ MORDASINI-ROHNER, N 13 et 15.

³²⁶ BSK ZPO-GEHRI, art. 55 CPC N 2 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 25 N 18 ; MORDASINI-ROHNER, N 14 s. ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 160.

³²⁷ SCHMIDT (Lehrbuch), p. 417.

³²⁸ MORDASINI-ROHNER, N 14 s.

³²⁹ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 166 s.

³³⁰ TF, arrêt du 27.11.2014, 4A_195/2014, 4A_197/2014, consid. 7.3.2 non publié in : ATF 140 III 602 ; TF, arrêt du 01.11.2010, 4A_334/2010, consid. 3.1 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 242 ; MORDASINI-ROHNER, N 32 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 44 ; cf. ci-dessus, N 89.

³³¹ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 242 ; DOLGE, p. 20.

³³² Voir la réserve de l'art. 153 al. 2 CPC, qui précise que le juge « peut les administrer d'office lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté ».

³³³ DOLGE, p. 20 ; au sujet des incombances procédurales, cf. ci-dessus, N 99 ss.

2.2.2. Maxime inquisitoire

2.2.2.1. Contenu

La maxime inquisitoire constitue la conception inverse de la maxime des débats. Lorsqu'elle est applicable, l'établissement de l'état de fait est de la responsabilité du tribunal³³⁴. Le but est la recherche de la vérité matérielle³³⁵. Le tribunal établit les faits d'office ; à cette fin, il ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits qu'il juge pertinents³³⁶. Il doit prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme aux intérêts protégés et instruire toute preuve utile selon son appréciation³³⁷. Le tribunal n'est donc lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par les parties³³⁸ : il doit fonder son jugement sur des faits pertinents qui n'ont été allégués par aucune des parties ; de même, l'allégation d'un fait par les deux parties ne saurait le lier et la partie adverse ne porte aucun fardeau de la contestation³³⁹. 147

2.2.2.2. Justifications

Selon VON GÖNNER, l'application de la maxime inquisitoire dans une procédure civile est admissible puisque la protection des droits subjectifs des citoyens constitue l'une des tâches de l'État ; ce dernier peut donc autoriser le tribunal, à partir du moment où un citoyen réclame la protection de ses droits, de mettre en œuvre d'office tous les moyens nécessaires pour la protection des droits du demandeur, soit également l'examen de l'état de fait³⁴⁰. L'application systématique de la maxime inquisitoire serait toutefois impraticable ; l'établissement de l'état de fait et la recherche de preuves d'office par les tribunaux dans tous les procès surchargerait ceux-ci³⁴¹. 148

³³⁴ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 244 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 61.

³³⁵ SUTTER-SOMM, N 348 ; MORDASINI-ROHNER, N 449.

³³⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 24 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 244.

³³⁷ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 244.

³³⁸ ATF 128 III 411, consid. 3.2.1 ; 122 I 53 consid. 4a, JdT 1997 I 304.

³³⁹ ASPRION STÖCKLIN, p. 14 et 19.

³⁴⁰ VON GÖNNER, p. 185.

³⁴¹ MORDASINI-ROHNER, N 15.

- 149 L'application de la maxime inquisitoire constitue dès lors aujourd'hui l'exception³⁴². Le législateur impose la maxime inquisitoire pour les procédures dans lesquels l'intérêt public est en jeu³⁴³. Il s'agit notamment de litiges du droit des familles. Pour ces procédures, il soustrait l'objet du litige à la disposition des parties ; la maxime inquisitoire apparaît donc en principe toujours de pair avec la maxime d'office³⁴⁴. Dans ces cas, il convient d'éviter que les parties puissent influencer l'état de fait sur lequel se basera le jugement, puisque cela leur permettrait de porter atteinte à l'intérêt public ou aux intérêts des tiers³⁴⁵.

2.2.2.3. Conséquences

- 150 Lorsque la maxime inquisitoire est appliquée, la responsabilité d'établir les faits incombe au tribunal. Il fait administrer d'office tous les moyens de preuve qui lui paraissent pertinents³⁴⁶. Toutefois, il convient de relativiser quelque peu les conséquences de cet aspect. Contrairement aux autorités pénales, les tribunaux civils ne disposent que de possibilités restreintes de mener des enquêtes et sont essentiellement dépendants des informations données par les parties³⁴⁷. Il leur incombe donc néanmoins un devoir de collaborer dans le cadre duquel elles sont censées indiquer au tribunal les faits de la cause et les moyens de preuve disponibles³⁴⁸.
- 151 Lorsque la maxime inquisitoire est applicable, les parties ne sont pas soumises à la maxime éventuelle³⁴⁹. Elles peuvent donc présenter des arguments nouveaux et des moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).

³⁴² BOHNET (Procédure civile), N 841 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §10 N 24.

³⁴³ BOHNET (Procédure civile), N 841 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 244 ; HOHL (Procédure I), N 1412.

³⁴⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §10 N 25 ; SUTTER-SOMM, N 313.

³⁴⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 25.

³⁴⁶ Ci-dessus, N 147.

³⁴⁷ SUTTER-SOMM, N 348 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 245 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 16 ; VOGEL, p. 68.

³⁴⁸ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 245 ; SUTTER-SOMM, N 357 ; ATF 128 III 411, consid. 3.2.1, qui reprend un arrêt non publié : TF, arrêt du 27.04.1994, 5C.27/1994, consid. 3.

³⁴⁹ A ce sujet, cf. ci-dessous, N 322.

2.2.3. Maxime inquisitoire sociale

2.2.3.1. Contenu

Lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable, il incombe en principe aux parties, comme en application de la maxime des débats, de désigner les moyens de preuve : l'application de la maxime inquisitoire sociale ne dispense pas les parties de collaborer à l'établissement des faits³⁵⁰. Toutefois, les possibilités du tribunal d'intervenir dans l'établissement des faits pertinents sont plus étendues. Selon une jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral, reprise par la plupart des auteurs, le tribunal doit, en application de la maxime inquisitoire sociale, fonder son prononcé sur *tous les faits pertinents établis lors des débats*, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions³⁵¹. Selon la doctrine, le tribunal devrait en particulier prendre en considération des faits prouvés non allégués qui résultent d'une expertise³⁵². 152

Le tribunal n'établit pas d'office l'état de fait comme en application de la maxime inquisitoire pure, mais le complète, le précise et en élimine les éléments contradictoires³⁵³. Il peut à cette fin ordonner d'office l'administration de moyens de preuve³⁵⁴. 153

L'intensité de l'intervention du tribunal dépend largement des circonstances du cas d'espèce, notamment du statut social et du niveau de formation des parties, de la complexité de l'affaire ainsi que de sa représentation éventuelle par un avocat³⁵⁵. Le recours à la maxime inquisitoire sociale devrait se limiter aux cas où son application est vraiment nécessaire³⁵⁶. Lorsque deux parties sans formation juridique et non représentées se retrouvent devant le tribunal, il peut se justifier de prêter un concours plus large à celle qui dispose de facultés intellectuelles moins importantes que l'autre³⁵⁷. De même, lorsque l'affaire est simple, 154

³⁵⁰ BOHNET (Procédure civile), N 848 ; BOHNET (Ecritures), N 52 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 231 ; TF, arrêt du 22.04.2014, 4A_27/2014, consid. 1.4.

³⁵¹ ATF 107 II 233 ; BOHNET (Procédure civile), N 851 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 245 ; DIETSCHY-MARTENET (Thèse), N 283 ; BK ZPO I-KILLIAS art. 247 CPC N 31.

³⁵² BSK ZPO-DOLGE, N 16 ad art. 183 CPC.

³⁵³ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 231 ; BK ZPO I-KILLIAS, N 32 ad art. 247 CPC ; EGLI, p. 41.

³⁵⁴ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 243 ; MORDASINI-ROHNER, N 424 ; dans ce sens aussi : ATF 139 III 13, consid. 3.2 ; TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4.

³⁵⁵ BOHNET (Ecritures), N 53 ; BSK ZPO-MAZAN, N 16 ss ad art. 247 CPC ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 232 ; BK ZPO I-KILLIAS, N 17 ad art. 247 CPC.

³⁵⁶ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 232 ; Message CPC, p. 6956.

³⁵⁷ BSK ZPO-MAZAN, N 17 ad art. 247 CPC ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 232.

le soutien du tribunal pour les parties, même non représentées et sans mandataires, sera plus restreint que s'il s'agit d'une affaire complexe³⁵⁸.

- 155 Contrairement à la maxime inquisitoire « pure », la maxime inquisitoire sociale est applicable de pair avec la maxime de disposition³⁵⁹. Dans les litiges soumis à la maxime inquisitoire sociale, les parties conservent donc la disposition du litige ; elles peuvent mettre fin à la procédure à n'importe quel moment et leurs conclusions lient le tribunal. En revanche, à l'instar de la maxime inquisitoire, la maxime éventuelle ne s'applique pas lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale (art. 229 al. 3 CPC). Des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent donc être présentés jusqu'aux délibérations³⁶⁰.

2.2.3.2. Justifications

- 156 Dans certains domaines du droit des contrats – notamment les domaines dits sociaux (bail ; travail) – les inégalités entre les parties sont fréquentes. Le bailleur ou l'employeur disposent souvent de meilleures connaissances juridiques, de plus de ressources financières et de plus d'informations que le locataire ou le travailleur³⁶¹. De plus, une procédure soumise à la maxime des débats, souvent lourde et compliquée, offre aux parties des moyens dilatoires, voire abusifs³⁶². La maxime inquisitoire sociale vise à contrebalancer ces inconvénients de la maxime des débats. Ses buts sont donc en particulier l'assistance étatique pour la partie faible ou celle qui se trouve dans un rapport de dépendance avec l'autre³⁶³, autrement dit la compensation du rapport de forces inégal entre les parties³⁶⁴. Elle devra également permettre aux parties d'agir personnellement, sans recours à un avocat (*Laienfreundlichkeit*) et ainsi éviter les frais engendrés par la représentation³⁶⁵. La maxime inquisitoire sociale poursuit ainsi le but

³⁵⁸ BSK ZPO-MAZAN, N 18 ad art. 247 CPC ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 232.

³⁵⁹ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 246 s.

³⁶⁰ Cf. ci-dessous, N 335 ss.

³⁶¹ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 224.

³⁶² BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 224 ; ASPRION STÖCKLIN, p. 1.

³⁶³ ASPRION STÖCKLIN, p. 18 ; BRÖNNIMANN (Untersuchungsmaxime), p. 345 ; MORDASINI-ROHNER, N 395 ; BOHNET, 16^e séminaire, N 166 ; CPra Bail, 1^{re} éd., BOHNET/SANDOZ, N 19 ad art. 274d CO.

³⁶⁴ Message CPC, p. 6956.

³⁶⁵ TF, arrêt du 31.03.2003, 4C.143/2002, consid. 3.

d'assurer que la partie faible puisse néanmoins obtenir la consécration de ses droits³⁶⁶. De plus, elle contribue à l'accélération de la procédure³⁶⁷.

2.2.3.3. Conséquences

La responsabilité pour l'établissement des faits est partagée entre les parties et le tribunal³⁶⁸. En application de la maxime inquisitoire sociale, le tribunal doit *interroger* les parties et les *informer* de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves³⁶⁹. Si des motifs objectifs conduisent le tribunal à soupçonner que les allégations et offres de preuve d'une partie sont lacunaires, il n'est pas lié par l'offre de preuves en question et a « le *devoir* de rechercher lui-même des preuves, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents »³⁷⁰. 157

Le Tribunal fédéral cite, dans sa jurisprudence, comme exemple de situation permettant au tribunal d'inviter une partie à compléter ses moyens de preuve, l'hypothèse que « les documents produits se révèlent insuffisants »³⁷¹. Cette phrase peut prêter à confusion : le tribunal peut uniquement inviter les parties à produire des moyens de preuves si elles allèguent des faits sans présenter de moyens de preuve à leur appui. Il ne doit en revanche pas procéder à une appréciation anticipée de la valeur probante des moyens de preuve présentés par une partie et inviter celle-ci à compléter ses moyens si ceux qu'elle a présentés ne convainquent pas le tribunal³⁷².

Toutefois, lorsque les parties sont représentées par des avocats, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire³⁷³. 158

Le Tribunal fédéral tente ces dernières années de limiter la portée de la maxime inquisitoire sociale. Ainsi, dans un arrêt de 2015, il considère que le « devoir [du tribunal] de rechercher lui-même des preuves » ne désignerait rien d'autre que son devoir d'informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation 159

³⁶⁶ ASPRION STÖCKLIN, p. 18 ; BRÖNNIMANN (Untersuchungsmaxime), p. 345 ; MORDASINI-ROHNER, N 395 ; BOHNET (16^e séminaire), N 166 ; CPra Bail, 1^{re} éd., BOHNET/SANDOZ, N 19 ad art. 274d CO.

³⁶⁷ ATF 125 III 231, consid. 4a, JdT 2000 I 194 ; CPra Bail, 1^{re} éd., BOHNET/SANDOZ, art. 274d CO N 19.

³⁶⁸ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 245.

³⁶⁹ ATF 139 III 13, consid. 3.2 ; TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4.

³⁷⁰ ATF 139 III 13, consid. 3.2 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 231 ; TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4.

³⁷¹ TF, arrêt du 12.11.2007, 4A_214/2007, consid. 5 ; TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4.

³⁷² ATF 141 III 569, consid. 3.1.

³⁷³ ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 232 ; Message CPC, p. 6956.

des faits et à l'administration des preuves et de les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point ; le tribunal ne vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés, mais ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative³⁷⁴.

- 160 Autrement dit, le tribunal ne pourrait pas procéder à proprement parler à l'administration d'office de moyens de preuve, même s'agissant de moyens de preuve dont l'existence ressort du dossier. Il peut uniquement inviter les parties à offrir ces moyens de preuve. La maxime inquisitoire sociale se limiterait ainsi à un devoir d'interpellation accru du tribunal. Dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral a considéré que les parties supportent la responsabilité entière pour l'établissement des faits, même en application de la maxime inquisitoire sociale³⁷⁵.
- 161 Cette jurisprudence a provoqué quelques réactions en doctrine. BOHNET considère que la maxime inquisitoire sociale, telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral actuellement, ne se distinguerait plus de la maxime des débats avec devoir d'interpellation renforcé ; selon cet auteur, le tribunal devrait au moins être autorisé à administrer des preuves d'office, sans toutefois y être obligé³⁷⁶. KOLLER estime que cette jurisprudence ne s'appliquerait qu'à des parties représentées par des avocats et, dans cette mesure-là, se justifie³⁷⁷.
- 162 La jurisprudence précitée nous paraît également critiquable : elle est fondée sur une interprétation très discutable de l'art. 247 al. 2 CPC. Ce dernier prévoit clairement que le tribunal « établit les faits d'office », alors que le Tribunal fédéral considère qu'il ne vient en aide aux parties que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés³⁷⁸. Or à notre sens, l'établissement des faits d'office impliquerait au moins que le tribunal soit autorisé à administrer d'office des moyens de preuve aisément disponibles, même si aucune partie ne les a invoqués. De plus, l'on voit mal comment les buts de la maxime inquisitoire sociale pourraient être atteints si le tribunal ne peut plus retenir des faits et administrer des moyens de preuve d'office : une assistance efficace à la partie faible, non représentée par un mandataire, nécessite à notre sens que le tribunal puisse administrer d'office des moyens de preuve, à tout le moins lorsque la partie en

³⁷⁴ ATF 141 III 569, consid. 2.3.

³⁷⁵ TF, arrêt du 26.08.2016, 4A_387/2016, consid. 4.1.

³⁷⁶ BOHNET (Commentaire arrêt 4A_179/2015), p. 99.

³⁷⁷ KOLLER (Rechtsprechung 2015), p. 797.

³⁷⁸ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2 et 3.1.

question ne réagit pas aux invitations du tribunal et qu'il est clair que ses capacités ne le lui permettent pas. En outre, l'administration d'office de moyens de preuve pertinents et connus par le tribunal est plus rapide que l'invitation aux parties de bien vouloir les requérir. Elle permettrait donc d'accélérer la procédure, ce qui est également un des buts de la maxime inquisitoire sociale³⁷⁹.

Une intervention du tribunal plus large que prévue dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral se justifie à notre sens même lorsque les parties sont représentées par des mandataires professionnellement qualifiés. À défaut, comme le remarque BOHNET, il n'y aurait, dans cette hypothèse, plus de différence entre la maxime inquisitoire sociale et la maxime des débats avec devoir d'interpellation renforcé³⁸⁰. Cette différence est pourtant expressément voulue par le législateur, dans la mesure où la maxime des débats avec devoir d'interpellation renforcé n'existait pas dans le projet du Conseil fédéral et a été rajoutée lors des débats parlementaires³⁸¹. De plus, la maxime inquisitoire sociale ne vise pas seulement à contrebalancer les rapports de force inégaux entre les parties – ce problème est effectivement de moindre importance lorsque les deux parties sont représentées par des avocats – mais également à accélérer la procédure³⁸². Or une intervention plus large du tribunal dans l'administration des preuves peut accélérer une procédure également lorsque les parties sont représentées par des mandataires professionnellement qualifiés.

Quoi qu'il en soit, les conséquences précises de cette jurisprudence dans les cas concrets ne sont pas toujours claires ; nos analyses du fardeau de l'allégation ainsi que du sujet de la preuve dans les différentes actions du droit du bail permettront de le démontrer.

2.3. Les maximes dans le code de procédure civile suisse

2.3.1. L'application de la maxime des débats

Le Code de procédure civile prévoit en principe l'application de la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) : cette disposition prévoit que les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent.

³⁷⁹ Cf. ci-dessous, N 156.

³⁸⁰ BOHNET (Commentaire arrêt 4A_179/2015), p. 99 ; au sujet du devoir d'interpellation renforcé, cf. ci-dessous, N 165.

³⁸¹ INDERKUM, BO CE 2007, p. 532.

³⁸² Cf. ci-dessus, N 156.

- 166 La maxime des débats est toutefois atténuée par plusieurs correctifs. Ainsi, le *devoir d'interpellation du tribunal*, prévu aux art. 56 et 247 al. 1 CPC, constitue un premier allègement³⁸³. Ce devoir d'interpellation est l'expression du principe de la bonne foi due par l'autorité, du droit d'être entendu et de l'interdiction du formalisme excessif³⁸⁴. L'étendue de ce devoir d'interpellation varie en fonction de la procédure applicable : en procédure ordinaire, le devoir d'interpellation est « simple » et se limite au devoir du tribunal de rendre attentives les parties à leurs actes ou déclarations peu claires, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donne l'occasion de les clarifier et de les compléter (art. 56 CPC). En procédure simplifiée, ce devoir d'interpellation est *renforcé* : le tribunal doit amener les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve (art. 247 al. 1 CPC).
- 167 De plus, le code prévoit la possibilité pour le tribunal d'administrer d'office certains moyens de preuve. Il s'agit de l'inspection locale (art. 181 CPC), de l'expertise judiciaire (art. 183 CPC) ainsi que la déposition des parties (art. 192 CPC). La compétence du tribunal d'administrer d'office ces moyens de preuve constitue également une atténuation de la maxime des débats. La portée de cette exception est toutefois sujette à controverses. Comme nous le verrons³⁸⁵, le Conseil fédéral, dans son message relatif au Code de procédure civile³⁸⁶, a considéré que l'inspection locale et l'expertise remplissent deux fonctions différentes – à savoir moyen de preuve et instrument d'une meilleure compréhension des faits – et que le tribunal ne saurait les administrer d'office que dans les cas où ils rempliraient la deuxième fonction. En doctrine, les avis à ce sujet sont partagés : une partie de la doctrine reprend la distinction³⁸⁷, une autre considère qu'elle est impraticable³⁸⁸.
- 168 En outre, comme il a déjà été mentionné³⁸⁹, l'art. 153 al. 2 CPC permet au tribunal d'administrer d'office des preuves par rapport à des faits allégués par les parties et non contestés. Il s'agit là également d'un correctif à la maxime des débats³⁹⁰.

³⁸³ CR CPC-HALDY, N 11 et 15 ad art. 55 CPC.

³⁸⁴ WILDHABER BOHNET, N 15.

³⁸⁵ Cf. ci-dessous, N 258.

³⁸⁶ Message CPC, p. 6932.

³⁸⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 111 ; BSK ZPO-DOLGE, N 2 ad art. 181 CPC ; peu clair : ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 8 ad art. 181 CPC.

³⁸⁸ CR CPC-SCHWEIZER, N 6 ad art. 181 CPC ; BK ZPO II-BÜHLER, N 4 et 6 ad art. 181 CPC.

³⁸⁹ Cf. ci-dessus, N 102.

³⁹⁰ Message CPC, p. 6923 ; BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 153 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 9 ad art. 153 CPC ; BK ZPO I-BRÖNNIMANN, N 7 ad art. 153 CPC.

Notons également que la procédure civile suisse connaît la *maxime éventuelle* 169 uniquement sous une forme atténuée, même en application de la maxime des débats. Certes, en principe, les parties doivent déposer tous leurs moyens dans la demande respectivement la réponse³⁹¹. Toutefois, chaque partie a droit à *deux chances* pour proposer ses moyens. La deuxième chance se présente soit dans la réplique respectivement la duplique – si tant est que le tribunal ordonne un deuxième échange d’écritures, ce qui n’est pas obligatoire (art. 225 CPC) – soit lors des débats d’instruction (art. 226 CPC). Toutefois, la tenue de tels débats n’est pas obligatoire non plus. Dans les procédures qui se déroulent sans deuxième échange d’écritures ni débats d’instruction, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis à l’ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC)³⁹².

2.3.2. L’application de la maxime inquisitoire sociale

Les cas dans lesquels le Code de procédure civile prévoit l’application de la maxime inquisitoire sociale sont fréquents. Elle est applicable en procédure simplifiée dans les cas visés par les art. 243 al. 2 CPC et 247 al. 2 let. b CPC, ainsi qu’en procédure sommaire dans les cas visés par les art. 255, 272, 276 al. 1, 306 et 307 CPC³⁹³. 170

Son champ d’application s’étend notamment au droit du bail ; dans ce domaine, elle s’applique *sans restriction quant à la valeur litigieuse* aux litiges portant sur des baux à loyer d’habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme et à ferme agricoles en matière de *consignation* du loyer ou du fermage, de *protection contre les loyers* ou les fermages abusifs, de *protection contre les congés* ou de *prolongation du bail* à loyer ou à ferme (art. 247 al. 2 let. a et 243 al. 2 let. c CPC). Elle est également applicable dans les *autres litiges* portant sur des baux à loyer et à ferme d’habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles, si la *valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.-* (art. 247 al. 2 let. b ch. 1 CPC)³⁹⁴. 171

2.3.3. L’application de la maxime inquisitoire

L’application de la maxime inquisitoire est également prévue à titre exceptionnel par la loi (art. 55 al. 2 CPC). Son application se justifie dans des cas dans 172

³⁹¹ CR CPC-TAPPY, N 19 ad art. 221 CPC.

³⁹² CR CPC-TAPPY, N 18 ad art. 229 CPC.

³⁹³ Pour une vue d’ensemble, voir BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 235 ss.

³⁹⁴ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 236.

lesquels l'intérêt public est en jeu³⁹⁵. Comme expliqué ci-dessus³⁹⁶, le texte français de la loi ne permet pas de savoir si elle désigne la maxime inquisitoire ou la maxime inquisitoire sociale ; cette distinction peut uniquement se faire en lisant le texte allemand ou italien.

- 173 En droit suisse, la maxime inquisitoire pure est applicable dans les affaires relatives aux droits de l'enfant en droit de la famille (art. 296 al. 1 CPC ; paternité, désaveu, autorité parentale, relations personnelles, entretien)³⁹⁷ ainsi qu'en matière de protection de l'adulte (art. 446 al. 1 CC).

³⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 149.

³⁹⁶ N 141.

³⁹⁷ BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 244.

Chapitre 3 : Le fardeau de la preuve

3.1. Fardeau objectif

3.1.1. Problématique

Les moyens de preuve qui sont à la disposition du tribunal ne suffisent pas toujours à emporter sa conviction quant à la survenance ou la non-survenance d'un fait pertinent et contesté. La situation dans laquelle le tribunal n'est pas convaincu d'un fait pertinent est désignée par le terme de « pénurie de preuves » ou, en latin, *non liquet*³⁹⁸. Elle ne doit pas être confondue avec l'« état de nécessité en matière de preuve » (*Beweisnot*), qui fonde la réduction du degré de preuve exigé du degré ordinaire à la vraisemblance prépondérante³⁹⁹. 174

En droit romain, lorsque le tribunal ne pouvait pas se forger une conviction au sujet de l'état de fait pertinent, il pouvait refuser de statuer. Cette possibilité n'est plus admise dans le droit actuel, puisqu'une telle manière de procéder constituerait un déni de justice⁴⁰⁰. Un *non liquet* au sujet d'un fait pertinent ne saurait entraîner un *non liquet* au sujet de la question de droit posée dans le procès⁴⁰¹. Le procès doit forcément mener à une décision au fond, même si l'état de fait n'est pas clair. Le tribunal ne saurait pas simplement considérer comme ne correspondant pas à la réalité un allégué dont il n'est pas convaincu⁴⁰². 175

Les règles au sujet du fardeau de la preuve permettent au tribunal de rendre un jugement qui admet la prétention du demandeur ou la rejette même en l'absence de conviction concernant un fait pertinent⁴⁰³, autrement dit de « surmonter la situation du *non liquet* »⁴⁰⁴. Le fardeau objectif de la preuve désigne quelle par- 176

³⁹⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 16.

³⁹⁹ Cf. ci-dessous, N 227 ss.

⁴⁰⁰ BK ZGB (2012)-WALTER, N 27 ad art. 8 CC.

⁴⁰¹ ROSENBERG, p. 14 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 116 N 1.

⁴⁰² ROSENBERG, p. 14.

⁴⁰³ ROSENBERG, p. 8 s.

⁴⁰⁴ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 11 N 4.

tie supporte le risque de perdre le procès si la conviction du tribunal de la survenance d'un fait pertinent ne peut pas être emportée⁴⁰⁵. La question du fardeau de la preuve est dès lors sans objet à partir du moment où le tribunal est convaincu qu'un fait litigieux s'est produit ou ne s'est pas produit⁴⁰⁶.

3.1.2. La théorie des normes

- 177 Le fardeau de la preuve devrait être réparti en permettant de faire supporter le risque d'un jugement erroné suite à la constatation incomplète de l'état de fait pertinent, due à l'absence de preuve le concernant, à celle des parties à qui ceci paraît le moins injuste⁴⁰⁷. Cette constatation très générale est précisée par la « théorie des normes » (*Normentheorie*), développée par le professeur allemand LEO ROSENBERG en 1900⁴⁰⁸ et déjà reprise en 1910 en Suisse par MAX GMÜR⁴⁰⁹.
- 178 Le raisonnement de ROSENBERG a le point de départ suivant : le fardeau de la preuve pour un fait déterminé incombe à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable (« *jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen* »)⁴¹⁰. Il s'agit d'une règle « ancienne et évidente »⁴¹¹. Elle remonte en effet au droit romain⁴¹². Autrement dit, le demandeur qui invoque une prétention en justice doit présenter au tribunal et prouver les faits sur lesquels il fonde sa prétention, c'est-à-dire les faits de l'existence desquels découlent, selon une règle juridique, les conséquences juridiques qu'il souhaite⁴¹³.

⁴⁰⁵ ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; 127 III 519 consid. 2a ; BOHNET (Procédure civile), N 1212 ; BSK ZGB-LARDELLI/VETTER, N 4 ad art. 8 CC ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 18 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 28 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 20 ad art. 8 CC.

⁴⁰⁶ ATF 141 III 241, consid. 3.2, JdT 2016 II 235 ; ZK ZGB-JUNGO, N 182 ad art. 8 CC ; HOHL (Procédure I), N 2082.

⁴⁰⁷ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 39 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, art. 8 CC N 114 et 124.

⁴⁰⁸ LEO ROSENBERG, *Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche*, thèse, Berlin 1900.

⁴⁰⁹ Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band 1, 1^{re} éd., Berne 1910, art. 8 CC N 3, 10 ss ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 23.

⁴¹⁰ ROSENBERG, p. 98 s.

⁴¹¹ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 146, ad art. 8 CC.

⁴¹² PAUL, ad edictum, liber 69, Dig. 22.3.2 (*de probationibus*) : « Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat » ; voir aussi C.I.C 4.19.23 : « Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit ».

⁴¹³ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 23 et les réf.

La théorie des normes propose de déterminer, quelle règle est favorable à quelle partie, en passant par l'interprétation des dispositions de droit matériel et des liens entre elles ; selon cette théorie, les différentes règles de droit se complètent, s'excluent ou alors se trouvent sans aucun lien direct entre elles⁴¹⁴. Sur cette base, il est possible de classer les règles en règles génératrices, dirimantes et extinctives selon qu'elles fixent les conditions de la naissance d'un droit, de l'empêchement de sa naissance ou de son extinction⁴¹⁵. 179

Par conséquent, les faits qui entraînent, selon une règle génératrice, la naissance d'un droit, sont nommés faits générateurs, ceux qui empêchent, selon une règle dirimante, la naissance d'un droit, faits dirimants (ou libératoires) et ceux qui, en vertu d'une règle extinctive, entraînent l'extinction d'un droit, faits extinctifs⁴¹⁶. La règle générale peut donc être précisée dans le sens de dire que la partie demanderesse porte le fardeau de la preuve des faits générateurs et la partie défenderesse le fardeau de la preuve des faits dirimants et extinctifs⁴¹⁷. 180

3.1.2.1. Faits générateurs

Les faits générateurs représentent l'ensemble des faits qui sont, en règle générale, nécessaires à la naissance du droit invoqué. Il revient au demandeur de les alléguer et de les prouver⁴¹⁸. 181

Le demandeur peut se contenter d'alléguer les faits qui établissent le droit dans des circonstances normales⁴¹⁹. Cette limitation est nécessaire puisqu'autrement, le demandeur devrait prouver une infinité de faits positifs et négatifs, p. ex., en matière contractuelle, la capacité de discernement, l'absence d'erreur, de dol, de crainte fondée, etc⁴²⁰. Ainsi, il suffit que le demandeur ait prouvé que les faits qui fondent le droit ont existé et que le droit invoqué a pris naissance. Il 182

⁴¹⁴ ROSENBERG, p. 99 ss ; ainsi aussi : SUTTER-SOMM, N 851.

⁴¹⁵ ROSENBERG, p. 105 s. ; ainsi aussi : BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 38 ad art. 8 CC ; SUTTER-SOMM, N 851 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 134 ss ad art. 8 CC.

⁴¹⁶ BOHNET (Procédure civile), N 1214 ss ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 25 ; CR CC I-PIOTET, N 31 ad art. 8 CC ; les notions de *rechtsbegründende Tatsachen*, *rechtshindernde Tatsachen* et *rechtsaufhebende Tatsachen* ont déjà été utilisées bien avant la thèse de ROSENBERG, p. ex. par BÜLOW, p. 182.

⁴¹⁷ ROSENBERG, p. 106.

⁴¹⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 26 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 42 ad art. 8 CC ; BOHNET (Procédure), N 1169 s. ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 703 ; ROSENBERG, p. 99 s.

⁴¹⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 27 ; BOHNET (Procédure), N 1174.

⁴²⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 27 ; BOHNET (Procédure), N 1169 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 165 ad art. 8 CC.

n'a pas besoin de prouver que les faits qui fondent son droit existent toujours au moment où il l'exerce⁴²¹.

3.1.2.2. Faits dirimants

- 183 Les faits dirimants sont les faits qui empêchent ou retardent la naissance du droit découlant des faits générateurs⁴²². Les faits dirimants se trouvent avec les faits générateurs dans une relation de règle à exception : une règle de droit fixe qu'en présence de certains faits supplémentaires aux faits générateurs, le droit découlant des faits générateurs ne prend exceptionnellement pas naissance⁴²³.
- 184 Il en découle que les faits dirimants doivent survenir en même temps que les faits générateurs⁴²⁴ et qu'ils empêchent la naissance du droit *ab initio*. En application de la maxime des débats, il incombe à la partie défenderesse d'invoquer et de prouver la survenance des faits dirimants. La solution contraire mènerait, comme mentionné ci-dessus⁴²⁵, à ce que le demandeur devrait prouver une infinité de faits positifs et négatifs⁴²⁶.
- 185 Si la distinction entre les faits générateurs et les faits dirimants paraît claire en théorie, il n'existe en pratique souvent pas de réponse immédiate à la question de savoir si une norme déterminée définit des faits générateurs ou dirimants⁴²⁷.
- 186 Constitue un fait dirimant typique *la mauvaise foi* d'une partie. Lorsque le législateur fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit de la bonne foi d'une partie, le fait que celle-ci ne soit pas de bonne foi est considéré comme une exception. Ce principe est au demeurant statué par l'art. 3 al. 1 CC, selon lequel « la bonne foi est présumée ». Contrairement à ce que cette formulation pourrait faire penser, il ne s'agit pas d'une présomption au sens technique du terme⁴²⁸, puisque la présence de la bonne foi ne découle pas de la présence d'un

⁴²¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 27 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 156 ad art. 8 CC.

⁴²² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 28 ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 707 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 164 ad art. 8 CC.

⁴²³ BOHNET (Procédure civile), N 1218 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 59 ad art. 8 CC ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 29 ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 708 ; ROSENBERG, p. 124 ; dans ce sens aussi : SCHWEIZER/BOHNET, p. 20.

⁴²⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 29 ; ROSENBERG, p. 122.

⁴²⁵ N 182.

⁴²⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 29 s.

⁴²⁷ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 31 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 166 ad art. 8 CC ; ROSENBERG, p. 123.

⁴²⁸ Cf. ci-dessus, N 205.

factum probans. La disposition statue en réalité précisément que la mauvaise foi constitue un fait dirimant⁴²⁹.

3.1.2.3. Faits extinctifs

Les faits extinctifs sont les faits dont la survenance entraîne l'extinction d'un droit⁴³⁰. Contrairement aux faits dirimants, les faits extinctifs surviennent postérieurement aux faits générateurs et n'empêchent pas la naissance du droit découlant des faits générateurs, mais entraînent son extinction⁴³¹. 187

L'identification des règles extinctives est relativement aisée : l'extinction d'un droit suppose que toutes les conditions pour sa naissance aient été réalisées par le passé. La terminologie et la systématique de la loi permettent la plupart du temps de distinguer les règles génératrices des règles extinctives : le texte légal les sépare clairement⁴³². Ainsi, le Code des obligations suisse contient un titre intitulé « de l'extinction des obligations » (art. 114 ss CO). De plus, pour indiquer une règle extinctive, la loi utilise souvent que la dette ou l'obligation « s'éteint » ou « est éteinte » (p. ex. art. 118 al. 1, 119 al. 1, 124 al. 2 CO). Constituent ainsi des circonstances extinctives la novation (art. 116 et 117 CO)⁴³³, la compensation (art. 120 ss CO)⁴³⁴ ou encore la prescription (art. 127 ss CO)⁴³⁵. Cela étant, la plupart du temps, une obligation s'éteint par son *exécution* (art. 68 ss CO)⁴³⁶. 188

Les faits nécessaires à l'application desdites règles constituent des faits extinctifs. À l'instar des faits dirimants, il revient au défendeur d'invoquer et de prouver les faits extinctifs et non au demandeur de prouver que son droit n'est pas éteint⁴³⁷. 189

⁴²⁹ BK ZGB (2012)-WALTER, N 376 s. ad art. 8 CC ; ROSENBERG, p. 204 s.

⁴³⁰ STEINAUER (Titre préliminaire), N 705 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 32 ; ROSENBERG, p. 119.

⁴³¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 32 ; ROSENBERG, p. 119.

⁴³² ROSENBERG, p. 119 s.

⁴³³ BOHNET/JEANNERET, p. 81 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 632 ad art. 8 CC.

⁴³⁴ BOHNET/JEANNERET, p. 81 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 632 et 637 ad art. 8 CC.

⁴³⁵ BK OR-KUMMER, N 302 et 304 ad art. 8 CC.

⁴³⁶ BSK OR I-SCHROETER, N 2 intro. ad art. 68-74 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 33 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 542 ad art. 8 CC.

⁴³⁷ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 34 et les réf. ; notons qu'en droit français et italien, cette règle est statuée expressément dans la loi : art. 1315 al. 2 CCF et 2697 al. 2 CCI.

3.1.3. Le fardeau objectif de la preuve en droit suisse

3.1.3.1. Règle générale de l'art. 8 CC

- 190 En droit suisse, l'art. 8 CC constitue la norme-clé de la répartition du fardeau de la preuve. Cette disposition prévoit que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.
- 191 La règle n'est pas suffisamment précise pour en déduire une conclusion pour chaque cas d'espèce⁴³⁸. Selon la doctrine, il faut concrétiser cette règle en gardant à l'esprit le but que doit avoir une règle de répartition du fardeau de la preuve, à savoir de faire supporter le risque d'un jugement erroné suite à la constatation incomplète de l'état de fait pertinent, due à l'absence de preuve le concernant, à celle des parties à qui ceci paraît moins injuste⁴³⁹. Dans cette démarche, il convient de tenir compte des difficultés effectives à apporter la preuve dans l'instance, de la nature de la prétention déduite en justice, des caractéristiques des preuves entreprises ou litigieuses, tout en veillant au respect de l'égalité de traitement des parties au procès⁴⁴⁰.
- 192 Cette concrétisation se fait à l'aide de la théorie des normes. En effet, celle-ci est suivie par la plupart des auteurs suisses⁴⁴¹ et par le Tribunal fédéral⁴⁴². Dès lors, dans un cas d'espèce, il convient de classer les faits à prouver en faits générateurs, faits dirimants et faits extinctifs, selon que leur existence forme une condition de la naissance du droit invoqué, empêche la naissance du droit invoqué ou met fin au droit invoqué⁴⁴³.

⁴³⁸ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 38 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 127 ad art. 8 CC.

⁴³⁹ Cf. ci-dessus, N 178 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 39 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 134 ad art. 8 CC.

⁴⁴⁰ CR CC I-PIOTET, N 30 ad art. 8 CC et les réf.

⁴⁴¹ BOHNET (Procédure civile), N 1211 ss ; HOHL (Procédure I), N 2089 ss ; BOHNET (Défenses), p. 310 ss ; CR CC I-PIOTET, N 31 ad art. 8 CC ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 169 ad art. 8 CC ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 695 ss ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 129 ss ad art. 8 CC ; *contra* : ZK ZGB-JUNGO, N 205 ss ad art. 8 CC ; SUTTER-SOMM, N 852 ss.

⁴⁴² ATF 139 III 13, consid. 3.1.3.1 ; 130 III 321 consid. 3.1, JdT 2005 I 618 ; 128 III 271, consid. 2a, JdT 2003 I 606.

⁴⁴³ ATF 139 III 13, consid. 3.1.3.1.

3.1.3.2. Exceptions

Certains auteurs de doctrine considèrent toute exception à la répartition selon l'art. 8 CC comme « renversement du fardeau de la preuve ». Toutefois, les définitions proposées de ce terme varient et les auteurs y incluent des hypothèses diverses et variées. 193

Pour HOHL, il y a renversement du fardeau de la preuve d'un fait lorsque l'échec de la preuve de ce fait n'est pas supporté par la partie désignée par la règle générale de l'art. 8 CC, mais par la partie adverse⁴⁴⁴. Selon cette auteure, le renversement du fardeau de la preuve peut découler d'une disposition légale, d'une présomption légale⁴⁴⁵ ou de l'empêchement frauduleux de la preuve d'un fait⁴⁴⁶. 194

WALTER considère qu'il y a renversement du fardeau de la preuve lorsque des règles attribuent le fardeau de la preuve à la partie qui, selon la règle générale, ne le supporterait pas, et en libère celle qui, en application de ladite règle, le supporterait ; le renversement serait ainsi un transfert du risque du procès par des moyens de droit de la preuve⁴⁴⁷. Il distingue le renversement du fardeau de la preuve « pur et simple », qu'il ne définit pas, de l'hypothèse où le législateur définit un fait qui serait générateur selon la règle générale comme dirimant, et en attribue ainsi le fardeau à la partie adverse de celle qui le supporterait en vertu de la règle générale⁴⁴⁸. Également, pour cet auteur, il convient de distinguer le renversement du fardeau de la preuve de la présomption : le renversement du fardeau de la preuve ne suppose pas de fait-indice. Toutefois, la présomption aurait également comme résultat un renversement du fardeau⁴⁴⁹. L'empêchement frauduleux de la preuve d'un fait ne justifierait cependant pas de renversement du fardeau de la preuve selon WALTER⁴⁵⁰. 195

Pour les deux auteurs, le renversement du fardeau de la preuve impliquerait sa dissociation du fardeau de l'allégation ; le demandeur supporterait dès lors le fardeau de l'allégation pour le fait dont il déduit son droit, alors que le défendeur supporterait les conséquences de l'absence de la preuve de ce fait⁴⁵¹. 196

⁴⁴⁴ HOHL (Procédure I), N 2117.

⁴⁴⁵ Sur cette notion, cf. ci-dessous, N 205 ss.

⁴⁴⁶ HOHL (Procédure I), N 2118 s.

⁴⁴⁷ BK ZGB (2012)-WALTER, N 368 ad art. 8 CC.

⁴⁴⁸ BK ZGB (2012)-WALTER, N 371 ad art. 8 CC.

⁴⁴⁹ BK ZGB (2012)-WALTER, N 376 ad art. 8 CC.

⁴⁵⁰ BK ZGB (2012)-WALTER, N 321 ad art. 8 CC.

⁴⁵¹ HOHL (Procédure I), N 2117 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 375 ad art. 8 CC.

- 197 Selon BOHNET et SCHWEIZER, toute inversion du fardeau de la preuve implique une présomption ; si la preuve d'un fait générateur est apportée, l'absence de fait dirimant ou extinctif est présumée⁴⁵². Même s'il n'est pas toujours facile à déterminer, il est possible de dégager un fait-indice dans toutes les situations de « renversement du fardeau de la preuve »⁴⁵³.
- 198 Il est intéressant d'observer que ROSENBERG n'utilise pas le terme de « *Beweislastumkehr* ». Il constate uniquement que ce terme est utilisé, selon lui à mauvais escient, par la doctrine et la jurisprudence (allemande de l'époque) pour désigner la conséquence d'un comportement de mauvaise foi de la partie défenderesse dont le résultat était de compliquer ou d'empêcher la preuve d'un fait par la partie demanderesse⁴⁵⁴. Il explique cependant de manière détaillée la différence entre les présomptions et « la méthode d'exclure certains faits de la norme de base et d'en faire, sous la forme de leur opposé, des conditions à une norme exceptionnelle ». Le législateur aurait recours à cette méthode pour des hypothèses où des faits sont difficiles à prouver, mais se réalisent dans la plupart des cas ; dans cette hypothèse, le législateur renoncerait à faire de ces faits des conditions de la naissance du droit, mais lie à leur absence exceptionnelle la conséquence que la naissance du droit est empêchée⁴⁵⁵. Autrement dit, le législateur qualifie de circonstance dirimante l'absence d'un fait qui, selon la théorie des normes, serait générateur.
- 199 Dans la mesure où l'art. 8 CC doit être précisé en appliquant la théorie des normes, nous nous rallions à l'avis ROSENBERG. Il y aurait donc deux types d'exceptions à la répartition du fardeau de la preuve selon la règle générale de la théorie des normes, à savoir des situations dans lesquelles le législateur qualifie de dirimant l'absence d'un fait qui serait, selon la théorie des normes, générateur, et les présomptions⁴⁵⁶. La présomption a pour conséquence que, lorsque le fait-indice est prouvé, la partie adverse doit apporter la preuve que le fait présumé n'existe pas, ce qui revient à dire que le fardeau de la preuve pour l'inexistence du fait présumé lui incombe⁴⁵⁷.

⁴⁵² SCHWEIZER/BOHNET, p. 16 s. ; BOHNET (Défenses), p. 312.

⁴⁵³ SCHWEIZER/BOHNET, p. 18.

⁴⁵⁴ ROSENBERG, p. 190 s.

⁴⁵⁵ ROSENBERG, p. 208 ss.

⁴⁵⁶ C'est-à-dire des situations dans lesquelles la loi conclut à l'existence d'un fait pertinent lorsqu'un fait non pertinent est avéré : ROSENBERG, p. 203 ; pour les présomptions, cf. ci-dessous, N 205 ss.

⁴⁵⁷ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 43 ; dans ce sens aussi : BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 3 N 24.

Ainsi, nous ne ferons pas usage de la notion de « renversement du fardeau de la preuve » ci-après, une définition générale de ce terme n'existant pas et son utilisation pouvant prêter à confusion. Nous traiterons dès lors ci-après de la qualification d'un fait générateur comme fait dirimant (3.1.3.2.1.) ainsi que présomptions légales (3.1.3.2.2.). 200

A notre sens, la problématique de l'empêchement frauduleux de prouver un certain fait est liée à l'obligation de la partie adverse de collaborer à la preuve et se résout au stade de l'appréciation des preuves⁴⁵⁸.

La distinction à laquelle semble procéder WALTER, entre « renversement du fardeau de la preuve pur et simple » et l'hypothèse où le législateur définit comme dirimant l'absence d'un fait qui serait, selon la théorie, générateur⁴⁵⁹ nous paraît dénuée de sens. Un tel « renversement du fardeau de la preuve pur et simple » supposerait qu'une règle fasse supporter la conséquence de l'absence d'une preuve pour le fait générateur d'un droit à la partie qui ne profite pas de l'existence de ce fait, ou la conséquence de l'échec de la preuve d'un fait dirimant ou extinctif à la partie à qui la présence de ces faits n'est pas favorable. Or en réalité, une telle situation équivaut entièrement à une décision du législateur de définir l'absence d'un fait générateur comme circonstance dirimante.

Le fardeau de l'allégation suit celui de la preuve⁴⁶⁰. Par conséquent, lorsque le législateur définit l'absence d'un certain fait comme circonstance dirimante plutôt que sa présence comme générateur, l'allégation de l'absence du fait en question incombe également au défendeur. Nous ne pouvons dès lors pas suivre la position de HOHL et de WALTER selon laquelle le « renversement du fardeau de la preuve » implique *ipso facto* une dissociation du fardeau de l'allégation. En fait, une telle dissociation systématique constitue à notre sens une entorse à la théorie des normes et supposerait une motivation dogmatique. Toutefois, les auteurs en question n'en fournissent aucune. Cela n'exclut pas que la séparation du fardeau de l'allégation et du fardeau de la preuve soit possible dans des cas exceptionnels⁴⁶¹. Comme exemple est souvent évoqué l'avis des défauts immédiat pour les défauts cachés d'un ouvrage selon l'art. 370 al. 3 CO ; à ce sujet, le TF considère en effet qu'il appartient à l'entrepreneur d'alléguer que le maître ne lui a pas signalé les défauts à temps, mais qu'il n'en supporte pas le fardeau de la preuve⁴⁶². Cette jurisprudence est cependant controversée, comme le TF le constate lui-même⁴⁶³.

Notons encore que le tribunal doit constater d'office la présence du fait présumé si la partie à qui incombe le fardeau de prouver le fait-indice a réussi à prouver ce dernier⁴⁶⁴. Autrement dit, le demandeur n'a pas besoin d'alléguer le fait présumé⁴⁶⁵ ; il n'y a donc

⁴⁵⁸ Cf. ci-dessous, N 357 ss.

⁴⁵⁹ BK ZGB (2012)-WALTER, N 371 ad art. 8 CC.

⁴⁶⁰ ROSENBERG, p. 49 s.

⁴⁶¹ ROSENBERG, p. 52.

⁴⁶² ATF 118 II 142, consid. 3a ; TF, arrêt du 29.01.2019, 4A_288/2018, consid. 6.1.2

⁴⁶³ TF, arrêt du 29.01.2019, 4A_288/2018, consid. 6.1.2 et les réf.

⁴⁶⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 38 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 387 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 318 ad art. 8 CC.

⁴⁶⁵ ROSENBERG, p. 218 s.

pas non plus de dissociation du fardeau de l'allégation et du fardeau de la preuve dans ce cas-là⁴⁶⁶.

3.1.3.2.1. Qualification de fait générateur comme fait dirimant

201 Il se peut que le droit matériel contienne une disposition qui attribue expressément le fardeau de la preuve à une des parties⁴⁶⁷. Ainsi, l'art. 97 al. 1 CO attribue au débiteur le fardeau de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable si le créancier n'a pas pu obtenir l'exécution de l'obligation ou n'a pu obtenir qu'une exécution imparfaite. Des règles semblables qui attribuent directement le fardeau de la preuve à une des parties sont fréquentes en droit suisse⁴⁶⁸.

202 Ces règles spéciales peuvent avoir comme résultat de confirmer ou de concrétiser la répartition du fardeau de la preuve par rapport au principe de base de la théorie des normes et l'art. 8 CC, ou alors d'y déroger⁴⁶⁹. Lorsqu'elles y dérogent, au lieu de définir un fait nécessaire à la naissance d'un droit comme fait générateur, à prouver par la partie demanderesse, elles définissent l'absence de ce fait comme circonstance dirimante, à prouver par la partie défenderesse⁴⁷⁰.

Exemple. Tel est le cas pour l'art. 97 al. 1 CO ; si l'on appliquait la règle de l'art. 8 CC, le créancier supporterait le fardeau de la preuve pour les faits dont découle la faute du débiteur et non, comme le prévoit l'art. 97 al. 1 CO, au débiteur le fardeau de la preuve des faits dont il peut être déduit qu'il n'a commis aucune faute⁴⁷¹. La loi définit donc expressément l'absence de faute comme circonstance dirimante⁴⁷².

203 Le législateur a recours à une telle attribution directe du fardeau de la preuve en dérogation à la règle générale lorsque des faits générateurs sont difficiles à prouver, mais se réalisent dans la large majorité des cas : il soumet dès lors à preuve l'exception, soit l'absence du fait pertinent considéré, plutôt que la règle⁴⁷³.

⁴⁶⁶ ROSENBERG, p. 51.

⁴⁶⁷ SUTTER-SOMM, N 850 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 362 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 126 ad art. 8 CC.

⁴⁶⁸ P. ex. art. 3 al. 1, 32, 193 al. 2, 260b, 333 al. 1, 479 al. 2 CC ; art. 8 al. 2, 40e al. 3, 42 al. 1, 54 al. 2, 55 al. 1, 56 al. 1, 103 al. 2, 106 al. 1, 204 al. 2, 222 al. 1 et 2, 1043 al. 2 CO : BK ZGB (2012)-WALTER, N 363 ad art. 8 CC.

⁴⁶⁹ BK ZGB (2012)-WALTER, N 362 ad art. 8 CC ; dans ce sens aussi : BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, N 65 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 126 ad art. 8 CC.

⁴⁷⁰ ROSENBERG, p. 208 ; Dans ce sens aussi : BK ZGB (2012)-WALTER, N 371 ad art. 8 CC ;

⁴⁷¹ Dans ce sens aussi : BK ZGB (2012)-WALTER, N 369 ad art. 8 CC.

⁴⁷² BK ZGB (1966)-KUMMER, N 353 ad art. 8 CC

⁴⁷³ ROSENBERG, p. 208.

Une telle intervention dans la répartition du fardeau de la preuve est réservée au législateur. Le tribunal ne saurait procéder à une répartition différente du fardeau de la preuve dans un cas d'espèce pour des raisons d'équité⁴⁷⁴, à moins que le législateur accorde expressément cette compétence au tribunal⁴⁷⁵. Dans des situations dans lesquelles les difficultés probatoires se présentent fréquemment et que la mise en œuvre du droit s'en trouve entravée, le tribunal peut réduire le degré de preuve à la vraisemblance prépondérante⁴⁷⁶. 204

3.1.3.2.2. Présomptions légales

Les présomptions sont en principe les conséquences que la loi attache à la présence d'un fait connu (*factum probans* ; prémisse ; fait-indice) dans la recherche d'un fait inconnu (*factum probandum*)⁴⁷⁷. En introduisant une présomption, le législateur force le tribunal à considérer comme avéré un fait directement pertinent si un autre fait, qui n'est pas directement pertinent, est avéré⁴⁷⁸. Le tribunal doit constater d'office la présence du *factum probandum* si le *factum probans* est prouvé⁴⁷⁹. Autrement dit, la partie qui se fonde sur la présomption légale n'a pas besoin d'alléguer le *factum probandum*⁴⁸⁰. De plus, si le *factum probans* est prouvé, le tribunal ne procède pas à une appréciation des preuves au sujet du *factum probandum*⁴⁸¹. 205

Exemple. Selon l'art. 271 al. 1 CO, la résiliation du contrat de bail est annulable lorsqu'elle contrevient au principe de la bonne foi. L'art. 271a CO contient une liste avec des situations dans lesquelles le congé donné par le bailleur est présumé contraire à la bonne foi. Afin de faire constater la contrariété à la bonne foi du congé donné, condition de l'annulation du congé par le bailleur, le locataire doit donc uniquement prouver une des circonstances de la liste de l'art. 271a al. 1 CO, mais non la contrariété à la bonne foi du congé. Celle-ci est présumée⁴⁸².

⁴⁷⁴ ATF 80 II 338, consid. 2a, JdT 1955 I 338 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 466 ad art. 8 CC ; CR CC I-PIOTET, N 51 ad art. 8 CC.

⁴⁷⁵ BK ZGB (2012)-WALTER, N 461 et 466 ad art. 8 CC : p. ex. art. 13a LCD.

⁴⁷⁶ Cf. ci-dessous, N 227.

⁴⁷⁷ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 38 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 387 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 318 ad art. 8 CC ; ROSENBERG, p. 203 ; voir également art. 2727 CCI.

⁴⁷⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 38 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 387 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 318 ad art. 8 CC.

⁴⁷⁹ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 3 N 23 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 38 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 319 ad art. 8 CC ; ROSENBERG, p. 218 s.

⁴⁸⁰ ROSENBERG, p. 218 s.

⁴⁸¹ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 3 N 23.

⁴⁸² À ce sujet, cf. ci-dessus, N 1338 ss.

- 206 Dans certaines hypothèses, la loi attache à la présence d'un *factum probans* non seulement la présomption que le *factum probandum* est réalisé, mais également l'existence d'un *droit* ou d'un rapport juridique⁴⁸³.

Exemple. Selon l'art. 262 al. 1 CC, la paternité est présumée lorsque, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, le défendeur a cohabité avec la mère. Si la cohabitation entre la mère et le défendeur durant la phase déterminante est établie, la loi en déduit que le défendeur en est le géniteur (*factum probandum*) et en indique la conséquence juridique, soit sa paternité⁴⁸⁴.

- 207 Les présomptions ont pour but d'améliorer la praticabilité et la mise en œuvre du droit : elles peuvent en particulier servir à éviter des situations de « pénurie de preuve » lorsque la preuve du *factum probandum* est difficile à apporter⁴⁸⁵. Souvent, mais de loin pas toujours, le législateur prévoit une présomption dans des situations où la présence de faits en principe non pertinents permettent de conclure en règle générale, ou du moins fréquemment, à la présence d'un fait pertinent⁴⁸⁶. La présomption constitue, dans ces cas, la conséquence statuée par la loi d'une vraisemblance qui résulte de l'expérience générale de la vie⁴⁸⁷. Dans d'autres situations, les présomptions ont été introduites pour des considérations purement pratiques⁴⁸⁸. Comme nous le verrons, le législateur a introduit un grand nombre de présomptions légales en droit du bail.
- 208 Certaines de ces présomptions sont réfragables, d'autres sont irréfragables. Lorsque la présomption est réfragable, la partie adverse peut se défendre en tentant d'ébranler la preuve du *factum probans* (contre-preuve) ou en prouvant l'absence du *factum probandum* en apportant la preuve du contraire⁴⁸⁹.

⁴⁸³ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 68 ad art. 8 CC ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 404 ad art. 8 CC ; CR CC I-PIOTET, N 41 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 324 ad art. 8 CC.

⁴⁸⁴ BK ZGB (2012)-WALTER, N 405 ad art. 8 CC.

⁴⁸⁵ BK ZGB (2012)-WALTER, N 397 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 320 ad art. 8 CC.

⁴⁸⁶ ROSENBERG, p. 209.

⁴⁸⁷ BK ZGB (2012)-WALTER, N 387 ad art. 8 CC.

⁴⁸⁸ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 320 ad art. 8 CC ; il en va ainsi p. ex. de l'art. 32 al. 2 CC selon lequel le décès de plusieurs personnes sans qu'il soit possible d'établir si l'une a survécu à l'autre est présumé avoir eu lieu au même moment.

⁴⁸⁹ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 3 N 24 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 416 et 418 ad art. 8 CC.

Par moment, la loi exclut, en présence d'un *factum probans*, la preuve de la non-survenance du *factum probandum*. Il s'agit d'une présomption irréfragable, également appelée fiction⁴⁹⁰. La partie adverse peut donc uniquement empêcher la constatation du *factum probandum* en apportant la preuve que le *factum probans* n'existe pas⁴⁹¹. 209

Exemple. L'art. 324 al. 1 CO dispose que l'employeur qui empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter doit payer le salaire au travailleur sans que ce dernier doive encore fournir son travail. La loi prévoit donc la fiction qu'en présence d'un empêchement ou d'une demeure de l'employeur, le travailleur a exécuté son obligation⁴⁹².

3.1.3.2.3. Présomptions de fait

Une présomption ne doit pas nécessairement découler de la loi ; elle peut être introduite par la jurisprudence, en application d'une règle d'expérience généralement reconnue. L'on parle à ce sujet de *présomption de fait (ou d'expérience)*. Sur la base d'un fait *a priori* non pertinent est déduite la présence d'un fait pertinent, mais non en application d'une disposition légale, mais d'une règle d'expérience généralement reconnue⁴⁹³. 210

Il s'agit donc d'une forme de preuve par indice⁴⁹⁴. Toutefois, contrairement à la preuve par indice « classique », le tribunal conclut à la présence du fait directement pertinent en application d'une règle d'expérience généralement reconnue, donc d'une règle dont l'application est fondée sur des expériences faites dans d'autres cas et pouvant, pour cette raison, prétendre s'appliquer de manière générale dans le futur aux cas semblables, et non d'une règle d'expérience simple, dont l'application est limitée au cas d'espèce⁴⁹⁵. 211

En tant que preuve par indice, la présomption de fait ne modifie en réalité pas la répartition du fardeau de la preuve, mais facilite l'apport de la preuve pour la partie supportant le fardeau de la preuve pour le fait directement pertinent : elle peut l'apporter en prouvant un autre fait, plus facile à prouver⁴⁹⁶. 212

⁴⁹⁰ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 70 ad art. 8 CC ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 438 ad art. 8 CC ; CR CC I-PIOTET, N 42 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 344 ad art. 8 CC.

⁴⁹¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 44 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 438 ad art. 8 CC.

⁴⁹² BK ZGB (2012)-WALTER, N 440 ad art. 8 CC.

⁴⁹³ BK ZGB (2012)-WALTER, N 473 ad art. 8 CC et les réf. ; BK ZGB-KUMMER, N 362 ad art. 8 CC ; pour la notion de règle d'expérience, cf. ci-dessus, N 111 ss.

⁴⁹⁴ ATF 117 II 256, consid. 2b, JdT 1992 I 308 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 475 ad art. 8 CC.

⁴⁹⁵ BK ZGB (2012)-WALTER, N 475 ad art. 8 CC.

⁴⁹⁶ BK ZGB (2012)-WALTER, N 474 et 476 ad art. 8 CC.

3.2. Fardeau subjectif

- 213 Le fardeau subjectif de la preuve désigne quelle partie a l'incombance d'apporter la preuve d'un certain fait⁴⁹⁷. Il s'agit du moyen introduit par le législateur pour assurer l'apport de preuves lorsque la maxime des débats est applicable et que le tribunal n'a pas le droit de chercher des moyens de preuve de son propre chef⁴⁹⁸. Il est à distinguer du fardeau objectif de la preuve qui indique quelle partie supporte le risque de l'absence de preuve d'un fait⁴⁹⁹. Cette distinction, à laquelle a procédé en premier le pénaliste autrichien JULIUS GLASER en 1883⁵⁰⁰, est souvent négligée par la doctrine⁵⁰¹.
- 214 Même si le texte de l'art. 8 CC pourrait le faire penser, la répartition du fardeau subjectif de la preuve n'en découle pas ; il s'agit d'une institution de droit procédural et non – comme le fardeau objectif de la preuve – de droit de fond⁵⁰². Le fardeau subjectif de la preuve n'existe qu'en application de la maxime des débats et, de façon atténuée, en application de la maxime inquisitoire sociale⁵⁰³. Si la maxime inquisitoire est applicable, il incombe au tribunal et non aux parties d'apporter les preuves au procès⁵⁰⁴ ; la question de savoir à quelle partie incombe le fardeau subjectif de la preuve ne se pose dès lors pas. Cela dit, un devoir de collaboration incombe néanmoins aux parties⁵⁰⁵. Le fardeau objectif de la preuve, en revanche, n'est aucunement influencé par la maxime applicable⁵⁰⁶.

⁴⁹⁷ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 9 N 32 ; WUILLEMIN, N 239 et les réf. ; SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 545 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 176 ad art. 8 CC ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 31 ad art. 8 CC ; ROSENBERG, p. 16 s.

⁴⁹⁸ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 9 N 33 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 178 ad art. 8 CC ; SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 546.

⁴⁹⁹ Cf. ci-dessus, N 190 ss.

⁵⁰⁰ JULIUS GLASER, Handbuch des Strafprozesses, Tome I, Leipzig 1883, p. 364 ss ; voir à ce sujet également ROSENBERG, p. 18.

⁵⁰¹ ROSENBERG, p. 18 s. ; en doctrine suisse, cette différence ne se retrouve notamment pas expliquée dans le CR-CC ni dans le BSK-ZGB.

⁵⁰² BK ZGB (2012)-WALTER, N 177 ad art. 8 CC.

⁵⁰³ BK ZGB (2012)-WALTER, N 178 ad art. 8 CC.

⁵⁰⁴ Cf. ci-dessus, N 147 ss.

⁵⁰⁵ ATF 128 III 411, consid. 3.2.1, qui reprend un arrêt non publié du 27.04.1994, 5C.27/1994, consid. 3 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 178 ad art. 8 CC ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 245 ; SUTTER-SOMM, N 357 ; pour le devoir de collaboration découlant de la maxime inquisitoire sociale, cf. ci-dessus, N 150.

⁵⁰⁶ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 116 N 3.

La répartition du fardeau subjectif de la preuve suit en principe celle du fardeau objectif de la preuve⁵⁰⁷ : il incombe à chaque partie d'apporter la preuve des faits dont elle déduit son droit⁵⁰⁸. En effet, si, en application de la maxime des débats, une partie ne respecte pas son incombance d'apporter la preuve d'un fait, le fait en question n'est pas prouvé et le tribunal doit en tirer les conséquences conformément aux règles sur le fardeau objectif de la preuve⁵⁰⁹. 215

Le fardeau subjectif de la preuve est cependant détaché du fardeau objectif lorsqu'il s'agit d'apporter *la contre-preuve* : cette notion désigne le processus par lequel la partie apporte des éléments objectifs pour ébranler la conviction « provisoire » que le tribunal s'est forgée sur la base de la preuve apportée par la partie adverse. Dans ce cas, le fardeau subjectif pour cette contre-preuve lui incombe, alors qu'elle ne supporte pas le fardeau objectif : si elle n'apporte pas la contre-preuve, le tribunal ne se trouve pas dans une situation de *non liquet*, mais juge sur la base de la conviction obtenue en appréciant des moyens de preuve apportés par la partie supportant le fardeau objectif de la preuve⁵¹⁰. 216

⁵⁰⁷ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 9 N 33 ; WUILLEMIN, N 248 et les réf. ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 179 ad art. 8 CC ; STEINAUER (Titre préliminaire), N 680 ; pour le fardeau objectif de la preuve, cf. ci-dessus, N 174.

⁵⁰⁸ BK ZGB (2012)-WALTER, N 176 ad art. 8 CC.

⁵⁰⁹ WUILLEMIN, N 248 et les réf. ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 36 ss ad art. 8 CC ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 176 ad art. 8 CC.

⁵¹⁰ WUILLEMIN, N 249 ss ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 180 ad art. 8 CC.

Chapitre 4 : Les différents degrés de preuve

4.1. La problématique

Selon la définition retenue par la jurisprudence et la doctrine dominante, le degré de preuve constitue l'*intensité* de la conviction du tribunal de l'existence d'un fait déterminant⁵¹¹. 217

Certains auteurs utilisent une définition plus objectivée, détachée de la personne du juge ; pour ces auteurs, le degré de preuve constitue le degré de certitude avec lequel les faits déterminants doivent être démontrés pour déclencher la conséquence juridique⁵¹².

La conviction de la personne du juge en tant que telle est le produit d'un procédé se déroulant dans le for intérieur de celle-ci et ne saurait être régie par la loi⁵¹³. La loi connaît cependant trois degrés d'intensité de la conviction : la preuve stricte, la vraisemblance prépondérante et la vraisemblance simple. 218

Cela étant, en droit suisse, il n'existe pas de disposition légale qui fixe ce principe et le terme de « degré de la preuve » n'apparaît pas dans le texte légal. Ce dernier fait uniquement mention, dans certains articles, de différents degrés de certitude de certains faits déterminants, en utilisant une terminologie en somme peu claire⁵¹⁴. 219

Les analyses de la problématique du degré de preuve sont relativement récentes en Suisse⁵¹⁵ : le terme de *Beweismass* (« degré de la preuve ») a été utilisé pour la première fois par le Tribunal fédéral dans un arrêt publié en 1989⁵¹⁶. Avant 220

⁵¹¹ BOHNET (Procédure civile), N 1424 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 30 et 37 ; SUTTER-SOMM, N 897 ; SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 14 s ; MEIER (Beweismass), p. 57.

⁵¹² HOHL (Procédure I), N 1863 ; BERGER-STEINER (Thèse), N 02.55 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 126 ad art. 8 CC.

⁵¹³ GULDENER (Beweiswürdigung), p. 5 ; dans ce sens aussi : BERGER-STEINER (Beweismass), p. 274.

⁵¹⁴ P. ex. art. 34 (« certain »), 35 (« très probable »), 256b al. 2 (« vraisemblable »), 511 al. 1 CC (« indubitablement »).

⁵¹⁵ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 14.

⁵¹⁶ ATF 115 II 440, consid. 6a, JdT 1990 I 362.

la deuxième moitié du siècle passé, la plupart des auteurs se sont limités à considérer que la preuve était apportée lorsque le tribunal a acquis la conviction que les faits déterminants se sont réalisés, sans mentionner la problématique de l'intensité différente dont cette conviction relèverait ; durant la deuxième moitié du XX^e siècle, l'idée du « *trias* de degrés de preuve » – à savoir preuve stricte (*Sicherheit*), vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) et vraisemblance simple (*Glaubhaftmachung*) – s'est imposée⁵¹⁷. La première définition des trois degrés de preuve se trouve dans la première édition de l'ouvrage « *Das Schweizerische Zivilprozessrecht* » de GULDENER, paru en 1947. Cet auteur n'utilise toutefois pas le terme de *Beweismass*⁵¹⁸.

- 221 Si l'existence des trois degrés de preuve (et de leur caractère exhaustif) est acceptée par la doctrine⁵¹⁹ et la jurisprudence⁵²⁰ à ce jour, la question de la source des règles au sujet du degré de preuve est toujours controversée. La doctrine⁵²¹ et la jurisprudence⁵²² rattachent la question de l'intensité de la conviction exigée majoritairement à l'art. 8 CC : si les exigences pour considérer la preuve d'un certain fait comme avéré ne sont pas correctement posées, les conséquences de l'absence de preuve ne touchent pas la partie qui supporterait le fardeau objectif de la preuve selon l'art. 8 CC ; dans cette hypothèse, cette dernière disposition est donc violée⁵²³. Toutefois, certains auteurs rattachent la problématique à la norme de droit matériel applicable⁵²⁴ ou au droit fédéral non écrit⁵²⁵.

⁵¹⁷ BERGER-STEINER (Thèse), N 03.161 ; pour un résumé des positions des auteurs, voir l'ouvrage précité, N 03.123 ss.

⁵¹⁸ MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Tome I, 1^{ère} éd., Zurich 1947, p. 287 ; voir aussi : BERGER-STEINER (Thèse), N 03.132.

⁵¹⁹ BOHNET (Procédure civile), N 1424 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 17 ss ad art. 8 CC ; BSK ZPO-GUYAN, N 7 ss ad art. 157 CPC ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 130 ad art. 8 CC ; CR CC I-PIOTET, N 24 ss ad art. 8 CC ; BERGER-STEINER (*Beweismass*), p. 288 s. ; BERGER-STEINER (Thèse), N 06.186. HOHL (Procédure I, N 1865 ss et Preuve, p. 127 ss) ne mentionne à première vue que la certitude et la vraisemblance prépondérante, mais traite également de la vraisemblance simple, qu'elle considère comme intrinsèquement liée à la procédure sommaire : Procédure I, N 1941 ; Le degré de la preuve, p. 129.

⁵²⁰ ATF 132 III 715 consid. 3.1, JdT 2009 I 183 ; 130 III 321 consid. 3.3 et 3.4, JdT 2005 I 618 ; 128 III 271 consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

⁵²¹ CR CC I-PIOTET, N 24 ss ad art. 8 CC ; BERGER-STEINER (*Beweismass*), p. 270 s. ; BERGER-STEINER (Thèse), N 04.15 ; HOHL (Procédure I), N 1864.

⁵²² ATF 132 III 715 consid. 3.1, JdT 2009 I 183 ; ATF 115 II 440 consid. 6a, JdT 1990 I 362 ; TF, arrêt du 05.06.2007, 4A_75/2007, consid. 2.1 ; la jurisprudence du TF était toutefois fluctuante par le passé : BERGER-STEINER (Thèse), N 04.02.

⁵²³ BERGER-STEINER (Thèse), N 04.06 ; MEIER (*Beweismass*), p. 77 ; TF, arrêt du 13.02.2001, 4C.358/2000, consid. 2.

⁵²⁴ Ainsi : HOHL (Preuve), p. 128 ; pour une vue d'ensemble des positions, voir : BERGER-STEINER (*Beweismass*), p. 270 s. et BERGER-STEINER (Thèse), N 04.02.

⁵²⁵ FELLMANN, p. 53.

L'art. 8 CC est certes violé s'il y a application d'un mauvais degré de la preuve, mais cette disposition ne permet pas de déterminer *quand* il y a application d'un mauvais degré de preuve. Les développements qui vont suivre permettront de démontrer que la preuve des faits pertinents en vertu d'une norme de droit matériel déterminée n'est pas dans toutes les situations soumises au même degré de la preuve. Un rattachement à la norme de droit matériel applicable ne nous paraît dès lors pas convaincant non plus.

Le législateur a renoncé à régler la question du degré de preuve dans le Code de procédure civile, considérant apparemment, à l'instar de la doctrine majoritaire⁵²⁶, qu'il s'agit d'une question de droit matériel et non de droit de procédure⁵²⁷. Déjà avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, la problématique du degré de la preuve a été rattachée au *droit fédéral*, car l'unité du droit privé aurait été mise en péril si les règles au sujet du degré de preuve avaient été dans la compétence cantonale⁵²⁸. 222

Une solution convaincante à cette problématique dogmatique fait à ce jour défaut. La présente thèse n'ayant pas pour but d'analyser les fondements dogmatiques du degré de la preuve, les points suivants seront considérés comme acquis pour la suite du raisonnement : le droit privé fédéral suisse connaît trois degrés de preuve, à savoir : la preuve stricte (4.2), la vraisemblance prépondérante (4.3) ainsi que la vraisemblance simple (4.4). 223

4.2. La preuve stricte

Lorsque la preuve stricte est de mise, celle-ci est considérée comme apportée lorsque le tribunal a pu se convaincre, par un examen objectif, de l'exactitude d'un fait allégué⁵²⁹. Autrement dit : la personne du juge doit être subjectivement convaincue de l'existence du fait allégué et sa position doit être objectivement intelligible⁵³⁰ ; le respect de ce dernier aspect est assuré par le devoir du juge de motiver sa position⁵³¹. Il ne saurait cependant s'agir d'une certitude absolue, car 224

⁵²⁶ Se prononcent expressément en faveur du rattachement au droit matériel : BERGER-STEINER (Thèse), N 04.16 ; HOHL (Preuve), p. 128.

⁵²⁷ BERGER-STEINER (Thèse), N 04.17.

⁵²⁸ BOHNET (Procédure civile), N 1370 ; BERGER-STEINER (Thèse), N 04.01 ; MEIER (Beweismass), p. 57 ss, p. 77 ; ATF 118 II 235, consid. c, SJ 1992 I 590.

⁵²⁹ ATF 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; BOHNET (Procédure civile), N 1425 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 38 ; BSK ZPO-GUYAN, N 8 ad art. 157 CPC.

⁵³⁰ MEIER (Beweismass), p. 59 ; lorsque le tribunal est composé de plusieurs juges, ils statuent à la majorité (art. 236 al. 2 CPC), c'est-à-dire que la majorité des juges doit être convaincue, chacun individuellement, de l'exactitude du fait considéré afin qu'il puisse être retenu.

⁵³¹ MEIER (Beweismass), p. 62 s. ; GULDENER (Beweiswürdigung), p. 5 ; SIEGRIST (Grundfragen), p. 37.

celle-ci n'existe pas⁵³² : comme mentionné, l'état de fait déterminant est reconstitué lors d'un procès ; lors de cette opération, il convient de se rapprocher le plus que possible de la réalité, mais la découverte de la « vérité absolue » est illusoire⁵³³. Le fait que le tribunal ne conçoive plus de doute sérieux quant à l'existence d'un fait allégué, ou que ces doutes paraissent faibles, est suffisant à cet égard⁵³⁴. L'on parle également de « vraisemblance confinant à la certitude »⁵³⁵. À titre indicatif, l'on peut quantifier le degré de conviction requis à minimum 90 %⁵³⁶.

- 225 Lorsqu'une partie souhaite prouver un fait pertinent par indices⁵³⁷, les faits indirectement pertinents doivent être prouvés de manière stricte. Une fois les faits indirectement pertinents établis, le fait directement pertinent est en principe établi si le tribunal ne conçoit plus de doute sérieux quant à son existence⁵³⁸.
- 226 La certitude est le degré de preuve ordinaire qui est requis à moins que la loi n'en prévoie un autre⁵³⁹. Le Tribunal fédéral parle à ce sujet, dans ses arrêts en allemand, de *Regelbeweismass*⁵⁴⁰, terme pour lequel il n'a pas trouvé d'équivalent en français⁵⁴¹.

A cette règle, incontestée en droit suisse, manque un fondement théorique. BERGER-STEINER considère que le degré de la certitude est inhérent à la définition de la libre appréciation des preuves⁵⁴². Selon cette auteure, le concept de la libre appréciation des preuves doit se comprendre comme antithèse au système de la preuve légale. Les codes de procédure civile des cantons suisses du XIX^e siècle se trouvaient dans le champ de tension entre ces deux concepts⁵⁴³ : certains codes prévoyaient le système de la preuve légale, d'autres celui de la libre appréciation des preuves⁵⁴⁴. En application du concept de la preuve légale, l'état de fait sur lequel le jugement est basé est fictif, puisque la loi impose au juge en présence de quel(s) moyens(s) de preuve un état de fait doit être considéré

⁵³² BOHNET (Procédure civile), N 1370.

⁵³³ Pour la problématique de la preuve et de la vérité dans un procès, cf. ci-dessus, N 43 ss.

⁵³⁴ ATF 133 III 153 consid. 3.3 ; 130 III 321 consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 38 ; BOHNET (Procédure civile), N 1370.

⁵³⁵ BERGER-STEINER (Beweismass), p. 292.

⁵³⁶ BSK ZPO-GUYAN, N 8 ad art. 157 CPC ; BERGER-STEINER (Beweismass), p. 290 ; DIKE ZPO-LEU, N 64 ad art. 157 CPC ; GRONER, p. 181 ; plus critique : CR CPC-SCHWEIZER, N 21 ad art. 157 CPC.

⁵³⁷ Au sujet de la preuve par indice, cf. ci-dessus, N 84 ss.

⁵³⁸ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 18 N 36 ; à l'exception toutefois des faits futurs et hypothétiques, pour lesquels une preuve stricte est impossible : cf. ci-dessus, N 81.

⁵³⁹ BOHNET (Procédure civile), N 1427 ; SUTTER-SOMM, N 900.

⁵⁴⁰ P. ex. ATF 140 III 610 consid. 4.1 ; 130 III 321 consid. 3.2.

⁵⁴¹ BERGER-STEINER (Thèse), N 05.30.

⁵⁴² BERGER-STEINER (Thèse), N 05.30 s. ; sur la libre appréciation des preuves, cf. ci-dessus, N 362 ss.

⁵⁴³ BERGER-STEINER (Thèse), N 05.21.

⁵⁴⁴ Cf. ci-dessous, N 359 ss.

comme vrai, même s'il ne correspond visiblement pas à la réalité ; cette situation a été considérée de plus en plus comme insupportable⁵⁴⁵. Les défenseurs de la libre appréciation des preuves voulaient arriver à des jugements qui se basent le plus que possible sur l'état de fait tel qu'il s'est réellement déroulé ; à cette fin, la libre appréciation des preuves par le juge leur paraissait constituer le meilleur moyen. Or pour arriver à ce but, il est bien évidemment nécessaire que le juge soit convaincu de la survenance de l'état de fait allégué au degré le plus élevé possible⁵⁴⁶.

4.3. La vraisemblance prépondérante

La loi respectivement la jurisprudence admettent dans certains cas la réduction du degré de preuve à ce que la doctrine⁵⁴⁷ et la jurisprudence⁵⁴⁸ appellent « le degré de la vraisemblance prépondérante » ou « de la haute vraisemblance » (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*). 227

Selon la définition du Tribunal fédéral, le degré de la vraisemblance prépondérante est atteint lorsque « [...] d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou entrent raisonnablement en considération »⁵⁴⁹. À titre indicatif, l'on peut quantifier le degré de conviction requis à minimum 75 %⁵⁵⁰. 228

Ce degré est applicable dans des hypothèses où une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut raisonnablement être exigée. La réduction du degré de la preuve est fondée sur l'idée que la mise en œuvre du droit ne doit pas se voir entravée par des difficultés probatoires qui se présentent fréquemment dans un certain type de situations. Il en va ainsi en particulier lorsque les faits allégués par la partie supportant le fardeau de la preuve ne peuvent être établis que par indices⁵⁵¹. 229

⁵⁴⁵ BERGER-STEINER (Thèse), N 05.24 ss et 05.30 ss.

⁵⁴⁶ BERGER-STEINER (Thèse), N 05.32.

⁵⁴⁷ BOHNET (Procédure civile), N 1428 ; BERGER-STEINER (Beweismass), p. 271 ; BERGER-STEINER (Thèse), N 02.55 ; HOHL (Procédure I), N 1884.

⁵⁴⁸ P. ex. ATF 133 III 81, consid. 4.2.2 ; 132 III 715, consid. 3.1 ; 130 III 321, consid. 3.3, JdT 2005 I 618.

⁵⁴⁹ ATF 133 III 81, consid. 4.2.2 ; 132 III 715, consid. 3.1 ; 130 III 321, consid. 3.3, JdT 2005 I 618.

⁵⁵⁰ BSK ZPO-GUYAN, N 9 ad art. 157 CPC ; BERGER-STEINER (Beweismass), p. 269 s.

⁵⁵¹ ATF 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; pour la preuve par indices, cf. ci-dessus, N 84 ss.

- 230 Pour désigner cette situation, la doctrine et la jurisprudence germanophones utilisent le terme de *Beweisnot* (« état de nécessité en matière de preuve »)⁵⁵². Une telle *Beweisnot* ne se présente toutefois pas déjà dans l'hypothèse où un élément de fait, qui devrait « par nature » faire l'objet d'une preuve directe, ne peut être établi par la partie supportant le fardeau de la preuve puisque celle-ci ne dispose pas des moyens de preuve nécessaires, car « de simples difficultés probatoires dans un cas concret ne sauraient conduire à un allègement de la preuve »⁵⁵³.
- 231 La jurisprudence a considéré entre autres qu'il existait une telle situation de *Beweisnot* pour la preuve du lien de causalité naturelle ou hypothétique⁵⁵⁴. Un autre exemple est celui de la survenance d'un cas d'assurance⁵⁵⁵ ainsi que de la survenance d'un accident en rapport avec l'usage d'un produit au sens de la LRFP. Le Tribunal fédéral a jugé que, pour la preuve de ce fait, la vraisemblance prépondérante était suffisante, étant donné qu'il « n'est raisonnablement pas possible d'exiger du lésé une preuve stricte de l'enchaînement ayant conduit à la survenance du dommage »⁵⁵⁶.
- 232 Dans certains cas, la réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante résulte directement de la loi. Le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante est p. ex. prévu à l'art. 256b al. 2 CC, selon lequel la paternité du mari est présumée lorsque sa cohabitation avec son épouse à l'époque de la conception de l'enfant est rendue vraisemblable⁵⁵⁷. De même, selon l'art. 85a al. 2 LP, si le juge estime que la demande d'annulation de la poursuite est « très vraisemblablement fondée », il ordonne la suspension provisoire de la poursuite. Le degré de preuve exigé par cette norme est la vraisemblance prépondérante⁵⁵⁸. L'art. 42 al. 2 CO prévoit une réduction du degré de la preuve pour le montant exact du dommage causé si ce dernier ne peut être établi⁵⁵⁹.

⁵⁵² ATF 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; BERGER-STEINER (*Beweismass*), p. 305 ; SUTTER-SOMM, N 899, 904 et 905.

⁵⁵³ ATF 130 III 321, consid. 3.2, JdT 2005 I 618 ; 128 III 271, consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

⁵⁵⁴ ATF 132 III 715, consid. 3.2.

⁵⁵⁵ ATF 141 III 241, consid. 3.1, res. in PJA 2015, p. 1712 (assurance indemnité-journalière) ; 130 III 321 consid. 3.2, JdT 2005 I 618 (assurance-vol).

⁵⁵⁶ ATF 133 III 81, consid. 4.2.3.

⁵⁵⁷ ATF 128 III 271, consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

⁵⁵⁸ BOHNET (*Procédure civile*), N 1430.

⁵⁵⁹ ATF 128 III 271, consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 40.

4.4. La vraisemblance simple

Le degré de la vraisemblance simple est atteint lorsque « certains éléments parlent en faveur de l'existence » du fait considéré, « même si le tribunal tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit »⁵⁶⁰. Il convient de bien distinguer le degré de la vraisemblance simple de l'allégation : un fait n'est pas déjà rendu vraisemblable par son allégation⁵⁶¹. La vraisemblance simple est atteinte si, sur la base d'éléments objectifs, le tribunal arrive à la conclusion que la survenance du fait allégué est plus probable que sa non-survenance⁵⁶². À titre indicatif, l'on peut quantifier le degré de conviction requis à minimum 51 %⁵⁶³. 233

Ce degré de la preuve est applicable lorsque le tribunal doit statuer dans l'urgence afin de protéger des intérêts qui risquent d'être préterités et que la protection n'est que provisoire⁵⁶⁴. 234

Exemple. Selon l'art. 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'il est titulaire d'une prétention, que cette prétention fait l'objet d'une atteinte ou risque de l'être et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

⁵⁶⁰ ATF 130 III 321, consid. 3.3, JdT 2005 I 618 ; 120 II 393 consid. 4c, p. 398, JdT 1995 I 571, 574-575.

⁵⁶¹ BERGER-STEINER (Beweismass), p. 298.

⁵⁶² BERGER-STEINER (Beweismass), p. 299 s. ; dans ce sens aussi ATF 132 III 140, consid. 4.1.2.

⁵⁶³ BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 157 CPC ; BERGER-STEINER (Beweismass), p. 301.

⁵⁶⁴ BOHNET (Procédure civile), N 1432 ; MEIER (Beweismass), p. 71.

Chapitre 5 : Les moyens de preuve

5.1. La problématique

Les moyens de preuve constituent les objets ou les personnes qui transmettent au tribunal les raisons pour son jugement, autrement dit les sources de la conviction du tribunal⁵⁶⁵. Encore faut-il savoir *quels* objets et personnes entrent en ligne de compte en tant que sources de la preuve et à quelles conditions ils peuvent être introduits dans la procédure. 235

L'art. 168 al. 1 CPC dresse la liste des moyens de preuve qui sont admissibles dans une procédure civile en Suisse : le témoignage, les titres, l'inspection, l'expertise, les renseignements écrits ainsi que l'interrogatoire et la déposition des parties. Le tribunal ne saurait fonder sa conviction sur d'autres moyens : le Code de procédure civile connaît un *numerus clausus* de moyens de preuve⁵⁶⁶. Le texte allemand et italien de la loi est plus explicite à ce sujet, puisqu'il indique, contrairement au texte français, qu'il s'agit de la liste des moyens de preuve *admissibles* (« *als Beweismittel sind zulässig* » ; « *sono ammessi come mezzi di prova* »)⁵⁶⁷. Cela étant, l'art. 168 CPC est l'article unique de la section 1 du chapitre 3 de la partie générale du CPC ; cette section est intitulée « admissibilité ». Une lecture attentive de la loi permet donc à notre avis de conclure indubitablement au caractère exhaustif de la liste. 236

Le *numerus clausus* peut paraître contraire au principe du droit à la preuve (art. 152 CPC) et au principe de la libre appréciation des preuves⁵⁶⁸, mais a pour but de garantir la prévisibilité et la sécurité du droit et donc de garantir un procès équitable : selon le Conseil fédéral, la sécurité et l'équité requièrent que la loi détermine clairement quand et par quel moyen la preuve peut être rapportée⁵⁶⁹. Toutefois, la définition large des différents

⁵⁶⁵ Cf. ci-dessus, N 32.

⁵⁶⁶ CR CPC-SCHWEIZER, N 1 ad art. 168 CPC ; BSK ZPO-HAFNER, N 1 ad art. 168 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 3 et 4 ad art. 168 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 2 ad art. 168 CPC.

⁵⁶⁷ CR CPC-SCHWEIZER, N 5 ad art. 168 CPC.

⁵⁶⁸ Voir ci-dessous, N 363 ss.

⁵⁶⁹ Message CPC, p. 6929.

moyens de preuve, en particulier de la notion de « titre »⁵⁷⁰, relativise le principe du *numerus clausus* si bien qu'en pratique, il n'empêchera que très exceptionnellement la prise en compte d'un moyen de preuve par le tribunal⁵⁷¹.

- 237 L'art. 168 al. 2 CPC prévoit que ce *numerus clausus* ne trouve pas application dans les procédures relevant du droit de la famille, lorsqu'il s'agit de l'application des dispositions régissant le sort des enfants. Il s'agit des procédures soumises à la maxime inquisitoire et à la maxime d'office (art. 296 al. 2 CPC)⁵⁷².
- 238 De plus, l'administration de moyens de preuve peut être plus ou moins aisée et leur valeur probante – c'est-à-dire leur « potentiel » de convaincre le tribunal – plus ou moins élevée. Il convient d'analyser ces questions pour les six moyens de preuve prévus par le Code de procédure civile.

5.2. Les différents types de moyens de preuve selon le Code de procédure civile

5.2.1. Témoignage

5.2.1.1. Définition et admissibilité

- 239 Le témoignage est la déclaration d'une personne physique n'ayant pas qualité de partie au sujet de ses propres perceptions de faits pertinents (art. 169 CPC). Le Code de procédure civile limite le témoignage à deux égards : il en exclut les déclarations de personnes quant à leur propre cause (leurs déclarations sont néanmoins admissibles à titre d'interrogatoire ou de déposition de partie : art. 191 et 192 CPC)⁵⁷³ et ceux n'ayant pas trait à une perception directe du fait pertinent par la personne interrogée⁵⁷⁴. Cette deuxième limitation vise à exclure les témoignages par ouï-dire ; la doctrine estime toutefois que le caractère indirect des déclarations constitue un élément qui devrait être pris en compte par le

⁵⁷⁰ Cf. ci-dessous, N 249 ss.

⁵⁷¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 86 ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 5 ad art. 168 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 ad art. 168 CPC.

⁵⁷² Pour les notions de maxime d'office et maxime inquisitoire, voir ci-dessus, N 135 et 147 ss.

⁵⁷³ Message CPC, p. 6930 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 1 ad art. 169 CPC ; BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 169 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 2 s. ad art. 169 CPC.

⁵⁷⁴ Message CPC, p. 6930 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 1 ad art. 169 CPC ; BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 169 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 8 ad art. 169 CPC.

tribunal au stade de l'appréciation des preuves plutôt que de mener à leur exclusion⁵⁷⁵.

En revanche, le Code de procédure civile ne connaît pas de limite d'âge pour témoigner⁵⁷⁶. Les enfants – au même titre que les personnes incapables de discernement – disposent donc également la capacité de témoigner⁵⁷⁷. Le code prévoit à l'art. 171 al. 1 CPC qu'avant d'être interrogé, le témoin soit exhorté à dire la vérité et rendu attentif aux conséquences pénales (art. 307 CP) s'il a plus que 14 ans. Cela signifie que les mineurs de moins de 14 ans ne peuvent pas être punis pour faux témoignage⁵⁷⁸. 240

5.2.1.2. Administration

Les témoins sont convoqués par le tribunal (art. 170 al. 1 CPC) ; en principe, c'est également le tribunal qui les interroge (art. 172 CPC). Au début de l'audience, le tribunal demandera au témoin de décliner son identité (art. 172 let. a CPC) et de le renseigner sur ses liens avec les parties au procès (art. 172 let. b CPC). Ceci permet de constater si le témoin dispose du droit de refuser de témoigner⁵⁷⁹ et de discerner des motifs et intérêts qui pourraient amener le témoin à procéder à des déclarations à charge ou à décharge d'une partie⁵⁸⁰. Il s'agit d'un élément important pour estimer la crédibilité du témoignage et d'attribuer à celui-ci sa « juste valeur probante » au stade de l'appréciation des preuves⁵⁸¹. 241

⁵⁷⁵ BOHNET (Procédure civile), N 1346 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 9 ad art. 169 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 7 ad art. 169 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 8 ad art. 169 CPC ; critique aussi : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 36.

⁵⁷⁶ À noter que certains codes cantonaux excluaient les mineurs au-dessous d'un certain âge du témoignage, p. ex. art. 244 ch. 1 CPC-BE ; toutefois, la plupart des cantons s'en remettaient au pouvoir d'appréciation du tribunal, p. ex. art. 234 CPCN, § 217 ZPO-AG, art. 111 ZPO-SG, § 157 al. 2 ZPO-ZH.

⁵⁷⁷ À noter que cette solution diverge de celle de la procédure pénale, où les enfants de moins de 15 ans et les incapables de discernement sont considérés comme « personnes appelées à donner des renseignements » (art. 178 let. b et c CPP) qui peuvent refuser de déposer ; à l'instar de la procédure civile, ils ne peuvent pas être punis pour faux témoignage (art. 180 *cum* art. 156 CPP).

⁵⁷⁸ Message CPC, p. 6930.

⁵⁷⁹ BK ZPO-RÜETSCHI, N 2 ad art. 172 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (ZPO-SG), N 3a ad art. 109 ZPO-SG.

⁵⁸⁰ BSK ZPO-GUYAN, N 5 ad art. 172 CPC.

⁵⁸¹ BK ZPO-RÜETSCHI, N 2 ad art. 172 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (ZPO-SG), N 3b ad art. 109 ZPO-SG ; pour la notion de « libre appréciation des preuves », cf. ci-dessous, N 363 ss.

- 242 Par la suite, le témoin exposera les faits de la cause qu'il a constatés (art. 172 let. c CPC). À cette fin, le tribunal lui laissera l'occasion d'exposer les faits et circonstances en ses propres termes avant de poser des questions précises⁵⁸².
- 243 Le législateur veut empêcher que les souvenirs du témoin soient altérés par des éléments externes⁵⁸³. Le témoin est neutre, il n'est pas rattaché à une partie⁵⁸⁴. Le tribunal doit interroger les témoins de façon neutre, en évitant des questions suggestives⁵⁸⁵. Le témoin est exclu de participer aux autres audiences du procès (art. 171 al. 4 CPC). Il est en outre interdit aux avocats d'influencer des témoins ou de se comporter d'une façon qui peut inciter le témoin à un faux témoignage⁵⁸⁶.
- 244 En principe, les parties peuvent uniquement poser des questions complémentaires ou les faire poser par le tribunal (art. 173 CPC). En pratique, il est toutefois fréquent que le tribunal permette aux parties de poser leurs questions complémentaires directement⁵⁸⁷.

5.2.1.3. Aspects pratiques

- 245 Le témoignage est d'importance pratique considérable, surtout afin de prouver des faits qui ont eu lieu dans le for intérieur d'une personne – donc ce qu'elle savait, pensait ou voulait à un moment donné – ou des échanges par oral entre deux ou plusieurs personnes⁵⁸⁸.
- 246 La valeur probante d'un moyen de preuve est appréciée librement par le tribunal (art. 157 CPC). Toutefois, le témoignage n'est pas un moyen de preuve particulièrement fiable⁵⁸⁹. En effet, la mémoire du témoin peut s'altérer et il peut, même de bonne foi, procéder à des déclarations qui ne correspondent pas à la réalité⁵⁹⁰. Ce risque augmente au demeurant avec le temps et, en ce qui concerne en particulier les procès civils, les déclarations interviennent souvent des années après la survenance des faits⁵⁹¹. En outre, lorsque le témoin procède consciemment à une déclaration qui ne correspond pas objectivement à la réalité, il ne

⁵⁸² BSK ZPO-GUYAN, N 6 ad art. 172 CPC ; ZWEIDLER, p. 111.

⁵⁸³ CR CPC-SCHWEIZER, N 2 ad art. 174 CPC.

⁵⁸⁴ HAFTER, N 2534 s.

⁵⁸⁵ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 6 ad art. 172 CPC.

⁵⁸⁶ FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1180 ss.

⁵⁸⁷ HAFTER, N 2518.

⁵⁸⁸ HAFTER, N 2235 et 2252.

⁵⁸⁹ BSK ZPO-GUYAN, N 6a ad art. 157 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 41 ad art. 157 CPC.

⁵⁹⁰ HAFTER, N 2251 s. ; cf. aussi ci-dessus, N 46.

⁵⁹¹ HAFTER, N 2343 ss.

risque que rarement une sanction, car son témoignage portera souvent sur des faits qui ne peuvent pas être prouvés objectivement⁵⁹².

Le critère d'appréciation primordial pour des témoignages est leur crédibilité ; l'évaluation de celle-ci suppose des connaissances psychologiques et est loin d'être aisée⁵⁹³. 247

En pratique, il peut être observé que les tribunaux essaient d'éviter des témoignages. Ils considèrent souvent que leur préparation demande des efforts disproportionnés par rapport au résultat, qui s'avère souvent peu utile⁵⁹⁴. Les titres et expertises sont dès lors souvent considérés comme plus fiables⁵⁹⁵ et, en pratique, les témoignages sont souvent subsidiaires à la preuve par titre ou par expertise⁵⁹⁶. De même, lorsque les moyens de preuve amènent à des résultats contradictoires, les titres, l'expertise et l'inspection prennent souvent le dessus sur les témoignages⁵⁹⁷. 248

5.2.2. Titres

5.2.2.1. Définition et admissibilité

Constitue un titre tout objet contenant des enregistrements de pensées du for intérieur d'une personne ou de faits du monde extérieur⁵⁹⁸. Selon l'art. 177 CPC forment des titres les documents propres à prouver des faits pertinents⁵⁹⁹. Des définitions semblables étaient déjà contenues dans un certain nombre de codes cantonaux⁶⁰⁰. Le législateur du Code de procédure civile a choisi d'utiliser une définition large de la notion⁶⁰¹. Constitue un titre tout support contenant des informations susceptibles de convaincre le tribunal de la survenance d'un fait 249

⁵⁹² HAFTER, N 2251 s.

⁵⁹³ BSK ZPO-GUYAN, N 6a ad art. 157 CPC ; HAFTER, N 2349 ss.

⁵⁹⁴ HAFTER, N 2240 ss.

⁵⁹⁵ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 14 ad art. 157 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 17 ; KUMMER, p. 136.

⁵⁹⁶ DIKE ZPO-LEU, N 41 ad art. 157 CPC.

⁵⁹⁷ DIKE ZPO-LEU, N 51 ad art. 157 CPC.

⁵⁹⁸ CR CPC-SCHWEIZER, N 5 s. ad art. 177 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 4 ad art. 177 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 2 ad art. 177 CPC ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 332.

⁵⁹⁹ ZK ZPO-WEIBEL, N 7 ad art. 177 CPC.

⁶⁰⁰ P. ex. art. 254 CPCN, § 233 ZPO-AG ; à noter que certains codes renonçaient à la définition de la notion de titre, p. ex. le CPC-BE, la ZPO-SG ainsi que la ZPO-ZH : LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 1b ad art. 229 CPC-BE ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (ZPO-SG), N 1a ad art. 103 ZPO-SG ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 1 intro. ad § 183 ss ZPO-ZH.

⁶⁰¹ Message CPC, p. 6931.

pertinent⁶⁰². Le critère déterminant constitue donc « l'adéquation à démontrer l'existence d'un fait », autrement dit la « vertu probatoire »⁶⁰³.

- 250 Le Code de procédure civile ne circonscrit pas précisément le support. La notion de titre est définie au moyen du terme générique de « document », suivi d'exemples : écrits, dessins, plans, photographies, etc. Il n'est pas déterminant de savoir si la lecture du support nécessite ou non un appareil technique⁶⁰⁴. Dans l'intention du législateur, cette solution devrait permettre de suivre l'évolution technologique sans modification législative⁶⁰⁵.
- 251 Ni l'une ni l'autre des définitions ne permettent dans tous les cas une délimitation sans équivoque, en particulier par rapport aux objets d'inspection et d'expertise⁶⁰⁶ ; toutefois, dans la mesure où tous ces objets permettent de contribuer à l'élaboration de la conviction du tribunal de la survenance ou de la non-survenance d'un fait, la classification d'un objet en tant que titre, objet d'inspection ou d'expertise est d'importance mineure⁶⁰⁷.
- 252 La loi distingue deux types de titres, à savoir les titres authentiques, respectivement les registres publics (art. 179 CPC) d'un côté, et les titres sous seing privé de l'autre.

Constituent des registres publics tous les registres de droit privé ou public fédéral ou cantonal⁶⁰⁸, tels que le registre foncier (art. 942 CC), le registre du commerce (art. 927 CO) ou encore le registre de réserve de propriété (art. 715 CC)⁶⁰⁹. Constituent des titres authentiques les titres établis par les autorités ou des officiers publics habilités

⁶⁰² CR CPC-SCHWEIZER, N 5 ad art. 177 CPC ; pour la notion de « faits pertinents », cf. ci-dessus, N 83 ss.

⁶⁰³ Message CPC, p. 6931 ; voir aussi : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 98 ; ZK ZPO-WEIBEL, N 14 ss ad art. 177 CPC ; critique : BSK ZPO-DOLGE, N 3 ad art. 177 CPC, qui estime que le texte allemand de la loi permet deux interprétations, les deux insatisfaisantes, car l'une restreindrait outre mesure l'admissibilité de moyens de preuve, l'autre étant trop large et donc inutile.

⁶⁰⁴ ZK ZPO-WEIBEL, N 10 ad art. 177 CPC.

⁶⁰⁵ Message CPC, p. 6931 ; ZK ZPO-WEIBEL, N 11 ad art. 177 CPC.

⁶⁰⁶ CR CPC-SCHWEIZER, N 3 et 6 ad art. 177 CPC ; pour la notion d'« objet de l'inspection », cf. ci-dessous, N 257 ; pour celle d'« objet de l'expertise », cf. ci-dessous, N 268 ss.

⁶⁰⁷ CR CPC-SCHWEIZER, N 3 et 7 ad art. 177 CPC.

⁶⁰⁸ Message CPC, p. 6931 ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 4 ad art. 179 CPC ; la formulation de l'art. 179 CPC correspond à celle de l'art. 9 al. 1 CC, mais est plus large, puisqu'elle inclut tous les registres publics et titres authentiques, qu'ils soient de droit civil ou public, fédéral ou cantonal, et non seulement les titres authentiques et registres de droit civil fédéral, comme c'est le cas pour l'art. 9 CC : CR CPC-SCHWEIZER, N 2 ad art. 179 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 179 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 11 ad art. 179 CPC.

⁶⁰⁹ CR CPC-SCHWEIZER, N 3 ad art. 179 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 2 ad art. 179 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 ad art. 179 ; ZK ZPO-WEIBEL, N 4 ad art. 179 CPC.

à cet effet de par la loi, dans les formes légales⁶¹⁰. Sont ainsi des titres authentiques les actes notariés⁶¹¹, les extraits (complets) de registres publics⁶¹², ou encore les jugements et sentences arbitrales entrés en force ou les procès-verbaux d'audience⁶¹³. *A contrario* forment des titres sous seing privé tous les titres produits par une personne privée⁶¹⁴.

Les titres sous seing privé sont soumis à une appréciation libre par le tribunal⁶¹⁵ ; en revanche, les faits dont attestent les titres authentiques lient le tribunal (art. 9 CC et 179 CPC) : les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils attestent tant qu'il n'a pas été établi que leur contenu est inexact⁶¹⁶. 253

5.2.2.2. Administration

La loi ne prévoit pas à proprement parler des règles relatives à l'administration d'un titre. Elle se fait en principe par son intégration dans le dossier physique et sa lecture par le tribunal⁶¹⁷ et est donc assez aisée. Étant donné que les parties sont censées déposer les titres disponibles avec leurs écritures, leur administration ne fait généralement pas l'objet d'une procédure probatoire à proprement parler ; tel n'est toutefois pas le cas lorsque le titre doit être produit par la partie adverse ou un tiers⁶¹⁸. 254

5.2.2.3. Aspects pratiques

Bien que les tribunaux procèdent à une appréciation libre des moyens de preuve, il peut être constaté que les titres (même simples) sont généralement considérés comme le moyen de preuve le plus fiable⁶¹⁹. Le titre est l'expression d'une pensée fixée sur un support qui permet de la restituer au stade de l'appréciation de 255

⁶¹⁰ CR CPC-SCHWEIZER, N 6 ad art. 179 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 4 ad art. 179 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 5 ad art. 179 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 7 ad art. 179 CPC ; GRONER, p. 206 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 332 s.

⁶¹¹ CR CPC-SCHWEIZER, N 6 ad art. 179 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 4 ad art. 179 CPC.

⁶¹² CR CPC-SCHWEIZER, N 3-5 ad art. 179 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 2 ad art. 179 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 6 ad art. 179 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 5 ad art. 179 CPC.

⁶¹³ CR CPC-SCHWEIZER, N 6 ad art. 179 CPC.

⁶¹⁴ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 332 s. ; ZK ZPO-WEIBEL, N 5 ad art. 179 CPC.

⁶¹⁵ Pour la notion de libre appréciation des preuves, cf. ci-dessous, N 363 ss.

⁶¹⁶ Notons que, si un acte authentique rapporte des déclarations d'une personne – p.ex. un procès-verbal d'audience – il n'atteste que de la parole de la personne, non du caractère véridique de leur contenu : ZK ZPO-WEIBEL, N 12 ad art. 179 CPC ; cf. aussi ci-dessous, N 367 ss.

⁶¹⁷ Cf. ci-après, N 817.

⁶¹⁸ HAFTER, N 2225 s. et note 33.

⁶¹⁹ DIKE ZPO-LEU, N 23 ad art. 157 CPC.

sa crédibilité⁶²⁰. Autrement dit : la pensée est fixée et, contrairement à ce qui prévaut pour le témoignage ou l'interrogatoire et la déposition des parties, elle n'est plus susceptible de modification au moment de l'appréciation. Cela étant, l'authenticité d'un titre sous seing privé peut être contestée par une partie : selon l'art. 178 CPC, la partie qui invoque un titre sous seing privé doit en prouver l'authenticité si la partie adverse la conteste sur la base de motifs suffisants.

5.2.3. Inspection

5.2.3.1. Définition et admissibilité

- 256 L'inspection est l'acte du tribunal lui permettant de prendre directement connaissance de faits pertinents⁶²¹. Lors de l'inspection, le ou les juges prendront personnellement connaissance, au moyen de leurs sens⁶²², de l'objet de l'inspection. Ils peuvent mettre à contribution tous leurs sens : vue, ouïe, odorat, gustation, toucher⁶²³. L'objet de l'inspection peut être un meuble, un immeuble ou un lieu⁶²⁴. En droit de procédure civile suisse, l'inspection est régie aux art. 181 et 182 CPC. La loi ne définit cependant pas cette notion⁶²⁵.
- 257 Constituent en premier lieu *des objets de l'inspection* des choses qui ne sauraient constituer des titres, p. ex. des biens-fonds, des édifices, des routes, ou des machines⁶²⁶. En général, l'inspection permet également de rattacher aux preuves admissibles des opérations inclassables dans d'autres catégories de

⁶²⁰ CR CPC-SCHWEIZER, N 10 ad art. 190 CPC.

⁶²¹ BOHNET (Procédure civile), N 1394 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 1 ad art. 181 CPC.

⁶²² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 111 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 1 et 3 ad art. 181 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 181 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 3 ad art. 181 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 3 ad art. 181 CPC ; VOUILLOZ, p. 844 ; BÜLOW, p. 215 ; voir aussi art. 260 CPC-BE.

⁶²³ CR CPC-SCHWEIZER, N 7 ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 11 ad art. 181 CPC ; dans ce sens aussi : BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 181 CPC ; KUMMER, p. 132 ; ATF 121 V 150, consid. 4b : le terme allemand d'*Augenschein*, utilisé par la doctrine et le texte légal, ne devrait donc pas être pris à la lettre, puisque l'inspection n'est pas limitée à l'utilisation de la vue des membres du tribunal : DIKE ZPO-MÜLLER, N 3 ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 3 ad art. 181 CPC ; voir aussi : LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 1 ad art. 260 CPC-BE.

⁶²⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 112 ; ZK ZPO-WEIBEL, N 4 ad art. 181 CPC ; savoir si le corps humain peut constituer un objet de l'inspection en procédure civile suisse est controversé : dans ce sens : BSK ZPO-DOLGE, N 7 ad art. 181 CPC ; *contra* : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 112 ; nuancé : ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 6 ad art. 181 CPC.

⁶²⁵ CR CPC-SCHWEIZER, N 2 ad art. 181 CPC.

⁶²⁶ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 5 ad art. 181 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 7 s. ad art. 181 CPC.

preuves⁶²⁷. L'inspection d'un document se distingue de l'examen du titre par le fait que la première porte sur l'objet lui-même et non sur les informations qu'il contient⁶²⁸.

Exemple. Le tribunal peut procéder à l'inspection d'un bien-fonds pour déterminer son exposition au bruit⁶²⁹.

5.2.3.2. Administration

Dans sa conception classique, l'inspection suppose le déplacement du tribunal – ou d'une délégation de ce dernier – à l'endroit où se trouve l'objet de l'inspection⁶³⁰. S'il s'agit d'un meuble et que son transport au tribunal est possible « sans difficultés », il est produit en procédure (art. 181 al. 3 CPC). 258

Selon l'art. 181 al. 2 CPC, le tribunal peut citer des témoins et experts à l'inspection. Même si le texte légal ne le mentionne pas, le tribunal peut également procéder à l'interrogatoire des parties à cette occasion⁶³¹. Cette disposition permet de « combiner » l'administration de plusieurs moyens de preuve, ce qui favorise l'économie de procédure⁶³². Ainsi, le tribunal peut mieux comprendre les déclarations des témoins ou parties concernant des faits qui se sont déroulés au lieu de l'inspection où l'expert peut, au moyen de ses connaissances, assurer un déroulement efficace de l'inspection⁶³³. Dans le cadre de leur devoir de collaborer, les parties et les tiers doivent tolérer l'inspection de leurs biens (art. 160 al. 1 let. c CPC)⁶³⁴. 259

En vertu du droit d'être entendu, les parties disposent du droit d'être présentes à l'inspection⁶³⁵ et par conséquent d'y être convoquées suffisamment à l'avance pour pouvoir y participer et, le cas échéant, se faire représenter ou assister⁶³⁶. 260

Étant donné que l'inspection constitue la prise de connaissance directe de faits pertinents par le tribunal, ce dernier ne peut pas déléguer l'inspection à un tiers, 261

⁶²⁷ CR CPC-SCHWEIZER, N 2 ad art. 181 CPC.

⁶²⁸ BOHNET (Procédure civile), N 1394.

⁶²⁹ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 6 ad art. 181 CPC.

⁶³⁰ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 11 ad art. 181 CPC.

⁶³¹ BOHNET (Procédure civile), N 1396 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 9 ad art. 181 CPC.

⁶³² ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, n 16 ad art. 181 CPC.

⁶³³ BK ZPO-BÜHLER, N 27 ss ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, n 16 ad art. 181 CPC.

⁶³⁴ Cf. ci-dessous, N 299 ss.

⁶³⁵ BSK ZPO-DOLGE, N 9 ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 13 ad art. 181 CPC.

⁶³⁶ ATF 112 Ia 5 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 114 ; BSK ZPO-DOLGE, N 9 ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 13 ad art. 181 CPC.

notamment à un greffier ou à l'expert judiciaire⁶³⁷. En vertu de l'art. 155 CPC, le tribunal peut cependant déléguer l'inspection à un ou plusieurs de ses membres⁶³⁸.

- 262 La loi distingue entre l'inspection comme moyen de preuve et l'inspection « pour acquérir une meilleure connaissance des faits » ; selon le message du Conseil fédéral, uniquement l'inspection « pour acquérir une meilleure connaissance des faits » pourrait être administrée d'office par le tribunal, mais non celle « à titre de preuve »⁶³⁹. Selon DOLGE et WEIBEL/WALZ⁶⁴⁰, l'inspection servira à l'acquisition d'une meilleure connaissance des faits si le tribunal y procède lorsque, pour comprendre les allégués des parties, une connaissance exacte des circonstances factuelles est nécessaire. Une telle inspection ne nécessiterait pas de requête des parties⁶⁴¹, alors que l'inspection à titre de preuve pourrait, en application de la maxime des débats, uniquement être administrée si une des parties le requiert. BÜHLER, SCHWEIZER et TREZZINI mettent en question la praticabilité de la distinction entre l'inspection « pour acquérir une meilleure connaissance des faits » et celle « à titre de preuve »⁶⁴² ; le but de l'inspection serait toujours de constater des faits pertinents et de mieux connaître l'état de fait⁶⁴³. De plus, rien dans le texte légal ne laisse présumer que l'administration d'office d'une inspection est uniquement possible si celle-ci sert à une meilleure connaissance des faits, mais pas si elle sert de moyen de preuve⁶⁴⁴.

⁶³⁷ BSK ZPO-DOLGE, N 14 ad art. 181 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 19 ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 18 ad art. 181 CPC ; la délégation à l'expert judiciaire est toutefois prévue à l'art. 56 al. 2 PCF et l'était dans certains codes cantonaux, notamment : § 169 al. 1 phrase 2 ZPO-ZH ; art. 107 ZPO-SG ; § 244 al. 4 ZPO-AG ; art. 264 CPC-BE ; savoir si la délégation de l'inspection au greffe est admissible est sujet à controverses ; Message CPC, p. 6923, suivi par BK ZPO-BÜHLER, N 33 s. ad art. 181 CPC et ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 18 ad art. 181 CPC, l'exclut alors que BSK ZPO-DOLGE, N 13 ad art. 181 CPC se prononcent en faveur de cette possibilité ; pour les expertises judiciaires, cf. ci-dessus, N 265 ss.

⁶³⁸ BSK ZPO-DOLGE, N 13 ad art. 181 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 19 ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 18 ad art. 181 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 32 s. ad art. 181 CPC.

⁶³⁹ Message CPC, p. 6932.

⁶⁴⁰ BSK ZPO-DOLGE, N 2 et 5 ad art. 181 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 181 CPC.

⁶⁴¹ Selon BSK ZPO-DOLGE, N 5 ad art. 181 CPC, une inspection pour acquérir une meilleure connaissance des faits pourrait avoir lieu de manière informelle et n'aurait pas besoin d'être communiquée aux parties ; *contra* : ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 181 CPC.

⁶⁴² CR CPC-SCHWEIZER, N 6 ad art. 181 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 4 ad art. 181 CPC ; TREZZINI, in : Trezzini/Fornara/Cocchi/Bernasconi/Verda Chiocchetti, p. 856.

⁶⁴³ BK ZPO-BÜHLER, N 4 ad art. 181 CPC.

⁶⁴⁴ BK ZPO-BÜHLER, N 4 ad art. 181 CPC ; TREZZINI, in : Trezzini/Fornara/Cocchi/Bernasconi/Verda Chiocchetti, p. 856 p. 856 ; dans ce sens également, mais implicitement : CR CPC-SCHWEIZER, N 5 ad art. 181 CPC.

L'art. 181 al. 1 CPC est libellé comme suit : « [l]e tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, procéder à une inspection, aux fins de constater directement des faits ou d'acquérir une meilleure connaissance de la cause ». Le texte légal ne permet à notre sens pas de conclure que la classification d'une inspection dans une des deux catégories précitées a une conséquence sur l'admissibilité de l'administration d'office par le tribunal. De plus, nous ne partageons pas l'idée de la distinction entre « l'acquisition d'une meilleure connaissance des faits » et la « preuve », dans la mesure où « l'acquisition d'une meilleure connaissance des faits » nécessite la conviction du tribunal de la survenance de faits « supplémentaires » à ceux déjà connus et ne se distingue donc pas de la preuve. 263

Ce constat ne règle toutefois pas la question de savoir à quelles conditions le tribunal peut ordonner d'office une inspection dans une procédure soumise à la maxime des débats. Il est évident que le tribunal n'a pas de pouvoir discrétionnaire à cet effet ; une telle approche serait inconciliable avec la maxime des débats⁶⁴⁵ qui met l'établissement des faits à la charge des parties⁶⁴⁶. Au demeurant, le droit commun connaissait déjà la possibilité d'administrer d'office une inspection, mais la soumettait également à des limites⁶⁴⁷.

Nous pensons qu'il faudrait s'inspirer à cet effet de la solution à la problématique des faits prouvés non allégués. Selon la jurisprudence, les faits prouvés, mais non allégués, peuvent être retenus s'ils sont *au moins sommairement couverts par les allégués de l'une des parties*⁶⁴⁸. Si l'on essayait d'appliquer cette solution à la question de l'admissibilité de l'administration d'office d'une inspection, cela signifierait que l'administration d'office d'une inspection est admissible si les faits que le tribunal suppose découvrir sont au moins sommairement couverts par les allégués des parties.

Au demeurant, une réponse existe à notre sens pour la maxime inquisitoire sociale, applicable dans la majorité des litiges de droit du bail. En effet, en application de celle-ci, si des motifs objectifs conduisent le tribunal à soupçonner que les allégations et offres de preuve d'une partie sont lacunaires, il a le devoir de rechercher lui-même des preuves « pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents »⁶⁴⁹. Cette définition permet à notre sens au tribunal d'ordonner une inspection dès qu'il a connaissance de l'existence d'une chose pouvant faire l'objet d'une inspection et potentiellement apte à prouver des faits pertinents.

⁶⁴⁵ *Contra* toutefois : BK ZPO-BÜHLER, N 6 ad art. 181 CPC

⁶⁴⁶ Sur la maxime des débats, cf. ci-dessus, N 142 ss.

⁶⁴⁷ BÜLOW p. 159 et 215.

⁶⁴⁸ TF, arrêt du 09.06.2015, 4A_33/2015, consid. 5 et 6.2.2 ; voir aussi : JEANNIN/BOHNET, N 13 s.

⁶⁴⁹ TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4. ; cf. aussi ci-dessus, N 157 ss.

5.2.3.3. Aspects pratiques

- 264 L'inspection, consistant en une prise de connaissance directe par les juges d'un élément, est, à l'instar du titre et de l'expertise, considérée comme moyen de preuve fiable⁶⁵⁰. En pratique, l'importance de ce moyen de preuve est cependant limitée⁶⁵¹.

5.2.4. Expertise judiciaire

5.2.4.1. Définition et admissibilité

- 265 Il arrive que la constatation ou l'appréciation correcte d'un fait pertinent nécessite des connaissances dont le tribunal ne dispose pas⁶⁵². Dans le cadre d'une expertise judiciaire, une personne physique⁶⁵³ disposant de connaissances spéciales ou d'expérience pratique dont le tribunal ne dispose pas⁶⁵⁴ déduit, sur la base de faits avérés ou connus, perceptibles par les sens, la véracité ou la fausseté d'allégations d'une partie au moyen de ses connaissances spéciales⁶⁵⁵. L'expert peut également être appelé à expliquer au tribunal des règles d'expérience⁶⁵⁶ selon l'état actuel de la science ou de la technique ou à apprécier, au moyen de ses connaissances spéciales et des règles d'expérience, certains faits⁶⁵⁷. En droit de procédure civile suisse, l'expertise est régie aux art. 183 ss CPC.
- 266 Il convient de bien distinguer l'expertise judiciaire de l'expertise privée. La première est ordonnée par le tribunal et constitue un moyen de preuve, la deuxième est demandée par une partie directement à un expert et n'a, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, qu'une valeur d'allégué⁶⁵⁸. En effet, l'ex-

⁶⁵⁰ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 14 ad art. 157 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 17 ; KUMMER, p. 136.

⁶⁵¹ HAFTER, N 2227.

⁶⁵² CR CPC-SCHWEIZER, N 1 et 3 ad art. 183 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 183 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 2 ad art. 183 CPC.

⁶⁵³ CR CPC-SCHWEIZER, N 14 ad art. 183 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, N 26 ad art. 183 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 31 ad art. 183 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 13 ad art. 183 CPC.

⁶⁵⁴ CR CPC-SCHWEIZER, N 11 et 13 ad art. 183 CPC.

⁶⁵⁵ BÜLOW, p. 221 s.

⁶⁵⁶ Pour la notion de règles d'expérience, cf. ci-dessus, N 111 ss.

⁶⁵⁷ BÜHLER (Experten), p. 334 ; BETTEX, p. 7 s. ; DIKE-MÜLLER, N 9 ad art. 183 CPC.

⁶⁵⁸ ATF 141 III 433, consid. 3.6, SJ 2016 I 162 ; 140 III 24, consid. 3.3.3, JdT 2016 II 308 ; voir aussi : Message CPC, p. 6933 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18

pertise privée ne saurait avoir le même poids que l'expertise judiciaire, car l'expert privé est choisi et payé par une des parties et, partant, ne présente pas les mêmes garanties d'indépendance que l'expert judiciaire⁶⁵⁹. La jurisprudence du Tribunal fédéral fait toutefois l'objet de nombreuses critiques de la doctrine, qui considère que les expertises privées constituent en réalité des titres⁶⁶⁰. Dans son projet de révision partielle du Code de procédure civile, le Conseil fédéral propose dès lors de rajouter les expertises privées dans la liste exemplative de titres de l'art. 177 CPC⁶⁶¹.

L'expertise judiciaire est également à distinguer de l'expertise-arbitrage au sens 267 de l'art. 189 CPC. Celle-ci est mise en place par les parties, d'un commun accord, pour obtenir un avis d'expert sur un point de fait⁶⁶². Contrairement à l'expert judiciaire, l'expert-arbitre est choisi par les parties⁶⁶³. Le tribunal est en principe lié par les faits constatés dans l'expertise arbitrale (art. 189 al. 3 CPC), ce qui signifie que le tribunal n'a pas à procéder à l'administration des preuves relatives aux faits constatés dans l'expertise-arbitrage⁶⁶⁴.

Notons que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des expertises arbitrales ne sont pas admissibles dans des litiges portant sur des baux d'habitation⁶⁶⁵.

L'expertise donne en principe des réponses à des questions *de fait*⁶⁶⁶. Le tribunal 268 doit prêter une attention particulière à la manière de rédiger les questions, afin de s'assurer que l'expert ne répond pas à des questions de droit⁶⁶⁷. Si l'expert répond néanmoins à une question de droit, le tribunal ne saurait se fonder sur l'expertise à ce sujet⁶⁶⁸. Cela étant, la délimitation entre des questions de fait et de droit est souvent floue, voire impossible, dans la mesure où les questions posées sont parfois des questions « mixtes », tel le caractère défectueux d'un ouvrage⁶⁶⁹. Comme mentionné, une expertise peut également porter sur les

N 128 ; BSK ZPO-DOLGE, N 17 ad art. 183 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 36 ad art. 183 CPC.

⁶⁵⁹ Dans ce sens : BK ZPO-RÜETSCHI, N 36 ad art. 183 CPC ; ATF 127 I 73, consid. 3f.

⁶⁶⁰ TREZZINI/BOHNET, p. 367 ss ; SCHMID (Privatgutachten), p. 527 s.

⁶⁶¹ Message modification CPC, p. 2658 s.

⁶⁶² CR CPC-SCHWEIZER, N 3 ad art. 189 CPC ; BOHNET/JEANNIN (Expertise-arbitrage), p. 3.

⁶⁶³ BETTEX, p. 17.

⁶⁶⁴ BSK ZPO-DOLGE, N 38 ad art. 189 CPC ; VOUILLOZ, p. 845.

⁶⁶⁵ ATF 141 III 201, consid. 3.2, JdT 2015 II 369, ainsi que BOHNET/ JEANNIN, (Expertise-arbitrage), p. 3 s.

⁶⁶⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 117 ; BSK ZPO-DOLGE, N 4 ad art. 183 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 5 ad art. 183 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 9 ad art. 183 CPC.

⁶⁶⁷ ZK ZPO-WEIBEL, N 5 ad art. 183 CPC.

⁶⁶⁸ ATF 130 I 337, consid. 5.4.1 ; ZK ZPO-WEIBEL, N 5 ad art. 183 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 9 s. ad art. 183 CPC.

⁶⁶⁹ BSK ZPO-DOLGE, N 6 ad art. 183 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 9 s. ad art. 183 CPC.

règles d'expérience⁶⁷⁰ ; les règles d'expérience généralement reconnues, même si elles sont assimilées au droit, ne font pas exception⁶⁷¹. L'expertise peut exceptionnellement porter sur une question de droit – étranger – dans le cadre de l'application de l'art. 16 LDIP⁶⁷².

5.2.4.2. Administration

- 269 Lorsque le tribunal décide d'administrer une expertise (que ce soit sur requête d'une des parties ou d'office), il choisit un expert ; la *personne* de l'expert est toujours choisie par le tribunal⁶⁷³, et cela indépendamment de la maxime sous laquelle se déroule la procédure. Les parties peuvent proposer une ou plusieurs personnes comme expert, mais cette proposition ne lie pas le tribunal⁶⁷⁴. Le tribunal entend les parties avant de nommer l'expert (art. 183 al. 1 2^e phrase CPC). La personne choisie est libre de refuser le mandat ; il n'existe pas d'obligation de fonctionner tant que l'expert n'a pas accepté son mandat⁶⁷⁵.
- 270 De même, il incombe au tribunal de fixer la *mission* de l'expert⁶⁷⁶ : il l'instruit et lui pose les questions soumises à expertise, par écrit ou oralement à l'audience (art. 185 al. 1 CPC). L'instruction contient un bref exposé de l'état de fait sur lequel l'expertise devra se baser⁶⁷⁷, respectivement un résumé des positions des parties⁶⁷⁸. Le tribunal devra également rendre attentif l'expert à ses droits et devoirs selon l'art. 184 CPC et aux exigences concernant le rapport d'expertise (art. 187 CPC) ; le cas échéant, l'instruction contient l'autorisation à procéder à des investigations (art. 186 CPC)⁶⁷⁹.
- 271 L'élaboration des *questions* est en principe également du ressort du tribunal. Elle n'incombe ni aux parties ni à l'expert⁶⁸⁰ ; les parties disposent du droit d'être entendues au sujet des questions⁶⁸¹. En pratique, il s'avère néanmoins que

⁶⁷⁰ Cf. ci-dessus, N 265.

⁶⁷¹ BETTEX, p. 7 s. ainsi que 67 ss.

⁶⁷² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 117 ; BSK ZPO-DOLGE, N 5 ad art. 183 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 12 ad art. 183 CPC ; pour l'hypothèse du droit étranger comme sujet de preuve, cf. ci-dessus, N 125 ss.

⁶⁷³ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 348.

⁶⁷⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 120.

⁶⁷⁵ CR CPC-SCHWEIZER, N 15 ad art. 183 CPC.

⁶⁷⁶ BETTEX, p. 143.

⁶⁷⁷ BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 185 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 4 ad art. 185 CPC.

⁶⁷⁸ GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 350 ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 2 ad art. 185 CPC.

⁶⁷⁹ CR CPC-SCHWEIZER, N 4 ad art. 185 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 8 ad art. 185 CPC.

⁶⁸⁰ BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 ad art. 185 CPC.

⁶⁸¹ CR CPC-SCHWEIZER, N 6 et 7 ad art. 185 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 ad art. 185 CPC.

les parties formulent les questions et les adressent au tribunal, qui les transmet (ou non) à l'expert⁶⁸².

Le tribunal tient à la disposition de l'expert les éléments du dossier dont il a besoin pour réaliser l'expertise (art. 185 al. 3 CPC). L'expert doit communiquer au tribunal quels documents lui sont nécessaires pour l'exécution de son mandat⁶⁸³. Le tribunal décide à quels éléments du dossier il accordera un accès à l'expert⁶⁸⁴. Il peut en particulier refuser l'accès à des expertises judiciaires antérieures ou des expertises privées afin de ne pas influencer l'expert⁶⁸⁵. 272

Le tribunal peut autoriser l'expert à procéder personnellement à des investigations (art. 186 al. 1 CPC). Afin de pouvoir apprécier correctement l'état de fait, l'expert sera souvent obligé de procéder lui-même à des investigations, p. ex. une « inspection » du lieu d'un accident, l'entretien avec des employés d'une partie⁶⁸⁶ ou la consultation de plans⁶⁸⁷. Les parties et les tiers ont le devoir de se soumettre à un examen de leur personne ou à l'inspection de leurs biens par un expert (art. 160 al. 1 let. c CPC)⁶⁸⁸. Comme l'apport des faits au procès est en principe l'affaire des parties et l'administration des moyens de preuve celle du tribunal, l'expert ne peut mener des investigations sans l'accord du tribunal⁶⁸⁹. Toutefois, les investigations de l'expert ne doivent pas servir à pallier les manquements des parties. En particulier, les faits que l'expert devra constater doivent avoir été allégués en respect des exigences du devoir d'allégation et de motivation suffisante⁶⁹⁰ et les moyens de preuve sur lesquels il pourra fonder l'expertise requis ou produits par les parties⁶⁹¹. Toutefois, cela ne signifie pas que des faits nouveaux découverts dans l'expertise ne peuvent pas entrer en ligne de compte. La délimitation peut être délicate en particulier en ce qui concerne la prise en compte de titres. Les parties ne peuvent pas savoir d'avance, 273

⁶⁸² CR CPC-SCHWEIZER, N 8 ad art. 185 CPC.

⁶⁸³ DIKE ZPO-MÜLLER, N 18 ad art. 185 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 13 ad art. 185 CPC.

⁶⁸⁴ BSK ZPO-DOLGE, N 3 ad art. 185 CPC.

⁶⁸⁵ BSK ZPO-DOLGE, N 3 ad art. 185 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 28 ad art. 185 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 13 ad art. 185 CPC ; le tribunal pourra confronter l'expert avec ces documents après le dépôt de son expertise afin de lui permettre prendre position dans le cadre des réponses aux questions complémentaires.

⁶⁸⁶ Message CPC, p. 6933 ; BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 186 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 1-2 ad art. 186 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 1 ad art. 186 CPC.

⁶⁸⁷ BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 186 CPC ; Komm ZPO AG-EDELMANN, N 1 ad § 257 ZPO-AG.

⁶⁸⁸ À ce sujet, cf. ci-dessous, N 299 ss.

⁶⁸⁹ Message CPC, p. 6933 ; BSK ZPO-DOLGE, N 1 ad art. 186 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 ad art. 186 CPC.

⁶⁹⁰ Cf. ci-dessus, N 90 ss ; voir également : TF, arrêt du 09.06.2015, 4A_33/2015, consid. 6.2.2.

⁶⁹¹ ZK ZPO-WEIBEL, N 6 ad art. 186 CPC ; Komm ZPO AG-EDELMANN, N 4 ad § 257 ZPO-AG.

de quels documents exactement l'expert aura besoin. La requête d'expertise « couvre » donc dans une certaine mesure également la production des titres qui seront nécessaires pour la réalisation de l'expertise⁶⁹².

À notre sens, les parties doivent déposer les titres dont elles peuvent raisonnablement supposer qu'ils seront nécessaires à l'élaboration de l'expertise, en particulier les documents qui permettent à une partie de motiver ses allégations. Il est évident que l'expert, s'il doit se prononcer sur un point de fait concret, ne peut pas partir de rien.

- 274 L'expert répond aux questions posées dans son rapport d'expertise ; le tribunal peut décider que ce dernier soit déposé par écrit ou présenté oralement (art. 187 al. 1 CPC). Dans son rapport, l'expert indique les faits avérés ou connus (*Anknüpfungstatsachen*) ainsi que la manière dont il a procédé pour déduire la véracité ou la fausseté des faits litigieux (*Befundtatsachen*) et motive ses réponses⁶⁹³.
- 275 À l'instar de l'inspection, le tribunal peut ordonner une expertise d'office, même dans une procédure selon la maxime des débats. Cela se justifie, car, même en présence d'un état de fait allégué correctement par les parties, il se peut que la constatation de la véracité de ces allégations, respectivement leur appréciation correcte, nécessite des connaissances dont le tribunal ne dispose pas⁶⁹⁴. Dans ce cas, il est même *obligé*, en vertu du droit d'être entendu des parties, à recourir d'office à un expert⁶⁹⁵. Il est cependant évident que l'administration d'office d'une expertise devrait, dans le cadre de la maxime des débats, constituer l'exception⁶⁹⁶.

Le message évoque également la distinction entre l'expertise « pour acquérir une meilleure connaissance des faits » et l'expertise à titre de preuve⁶⁹⁷. Cette position se heurte cependant aux mêmes obstacles que celle au sujet de l'inspection⁶⁹⁸ : une interprétation littérale du texte légal ne permet de toute manière pas de la fonder ; en outre, un moyen « pour une meilleure connaissance de l'état de fait » n'est rien d'autre qu'un moyen de preuve, puisque l'on peut en déduire potentiellement qu'un certain fait a eu lieu ou non⁶⁹⁹.

⁶⁹² ZK ZPO-WEIBEL, N 6 ad art. 186 CPC ; Komm ZPO AG-EDELMANN, N 4 ad § 257 ZPO-AG.

⁶⁹³ BÜHLER (Gerichtsgutachten), N 9.

⁶⁹⁴ BK ZPO-RÜETSCHI, N 7 ad art. 183 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 9 ad art. 183 CPC ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 347.

⁶⁹⁵ BOHNET (Procédure civile), N 1399 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 347. Notons que l'expertise privée est considérée comme simple allégation d'une partie et non comme moyen de preuve ; dès lors, le tribunal ne saurait fonder un jugement sur une expertise privée (contestée) et renoncer à l'administration d'une expertise judiciaire : ATF 132 III 83, consid. 3.5.

⁶⁹⁶ Dans ce sens aussi : BSK ZPO-DOLGE, N 2 ad art. 183 CPC ; DIKE-MÜLLER, N 5 ad art. 183 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 9 ad art. 183 CPC.

⁶⁹⁷ Message CPC, p. 6932.

⁶⁹⁸ Cf. ci-dessus, N 262 s.

⁶⁹⁹ Pour la définition du terme de « moyen de preuve », cf. ci-dessus, N 32.

Pour l'admissibilité de l'administration d'office d'une expertise, il nous semble également opportun de s'inspirer de la solution des « faits prouvés non allégués ». Le tribunal devrait pouvoir administrer d'office une expertise si les faits dont il compte obtenir la preuve par l'expertise sont au moins sommairement couverts par les allégués des parties. Logiquement, cette condition est toujours réalisée si le tribunal, faute de connaissances suffisantes dans un domaine particulier, n'est pas en mesure de constater la véracité des allégations, respectivement de les apprécier correctement.

À l'inverse, même en présence d'une requête d'expertise de la part d'une partie, le tribunal n'est pas obligé d'administrer l'expertise s'il estime qu'il dispose des connaissances nécessaires⁷⁰⁰. Tel est en particulier le cas si un des membres du tribunal dispose de connaissances spéciales (*Fachrichter*, art. 183 al. 3 CPC) ; on pense en premier lieu aux tribunaux de commerce au sens de l'art. 6 CPC⁷⁰¹, dont certains membres sont des spécialistes (architectes, ingénieurs, médecins, etc.)⁷⁰². 276

5.2.4.3. Aspects pratiques

L'expertise, dans laquelle un tiers neutre disposant de connaissances spéciales, explique des éléments de fait pertinents ou leur appréciation correcte, est, à l'instar du titre et de l'inspection, considérée comme moyen de preuve fiable⁷⁰³. En ordonnant une expertise, le tribunal admet en réalité qu'il ne dispose pas des compétences (scientifiques ou techniques) nécessaires afin de comprendre ou apprécier correctement l'état de fait pertinent. Alors même qu'il apprécie librement les preuves à sa disposition, il ne peut dès lors pas s'écarter sans autre des résultats d'une expertise lorsque ceux-ci sont étayés et univoques ; une telle manière de procéder risque d'être considérée comme arbitraire⁷⁰⁴. 277

⁷⁰⁰ BSK ZPO-DOLGE, N 3 ad art. 183 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL, N 10 ad art. 183 CPC.

⁷⁰¹ Ces tribunaux existent dans les cantons d'Argovie, de Berne, de Saint-Gall et de Zurich : § 66a GOG-AG et § 12 EG ZPO-AG ; art. 35 ss LOJM-BE et 7 LiCPM-BE ; art. 13 GerG-SG et art. 10 et 11 EG ZPO-SG ; §§ 3 al. 1 let. b et 44 GOG-ZH.

⁷⁰² Message CPC, p. 6932.

⁷⁰³ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 14 ad art. 157 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 17 ; KUMMER, p. 136.

⁷⁰⁴ CR CPC-SCHWEIZER, N 19 ad art. 157 CPC et les réf.

5.2.5. Renseignements écrits

5.2.5.1. Définition et admissibilité

- 278 L'art. 190 CPC autorise le tribunal à requérir des renseignements écrits auprès de services officiels (al. 1) ou de particuliers, si leur comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire (al. 2). Il s'agit d'une forme hybride de moyen de preuve qui contient des éléments du titre, du témoignage et de l'expertise⁷⁰⁵, sans qu'il soit pour autant possible de le classer dans une de ces catégories de moyens de preuve⁷⁰⁶. À l'instar de certains codes cantonaux (notamment ceux d'Argovie, de Berne, de Neuchâtel, de Saint-Gall et de Zurich⁷⁰⁷), le Code de procédure civile le considère comme catégorie indépendante de moyens de preuve. Il permet au tribunal de clarifier l'état de fait de façon rapide et simple dans les situations où un témoignage ou une expertise se révèlent soit impossibles, soit inappropriés ou disproportionnés⁷⁰⁸. Ainsi, le rapport écrit d'une autorité est souvent plus approprié que l'interrogatoire de ses membres comme témoins⁷⁰⁹. Il en va de même d'une attestation concernant l'état de santé requis auprès d'un médecin ou des certificats de salaires requis auprès de l'employeur d'une des parties⁷¹⁰. En raison de la rapidité de son obtention et de son efficacité, les tribunaux ont souvent recours à ce moyen de preuve dans la pratique⁷¹¹.

⁷⁰⁵ Message CPC, p. 6934 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 2 ad art. 190 CPC ; BSK ZPO-HAFNER, N 1 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 1 ad art. 190 CPC ; VOUILLOZ, p. 847.

⁷⁰⁶ BSK ZPO-HAFNER, N 1 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 1 ad art. 190 CPC ; KUMMER, p. 126.

⁷⁰⁷ § 232 ZPO-AG ; art. 241 CPC-BE ; art. 267 CPCN ; art. 111 ZPO-SG ; § 168 ZPO-ZH ; voir aussi art. 217 CPC-VD ; le Code de Bâle-Ville connaissait également ce moyen, mais l'a classé parmi les « moyens de reconnaissance de faits » : § 158 ZPO-BS ; sur la distinction entre « moyen de preuve » et « moyen pour acquérir une meilleure connaissance des faits », cf. ci-dessus, N 258 ss.

⁷⁰⁸ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 17 ad art. 190 CPC ; ainsi aussi l'art. 241 CPC-BE.

⁷⁰⁹ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 17 ad art. 190 CPC ; ainsi déjà : LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 2 ad art. 241 CPC-BE.

⁷¹⁰ DIKE ZPO-MÜLLER, N 10 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 190 CPC ; ainsi déjà : LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 2 ad art. 241 CPC-BE.

⁷¹¹ Message CPC, p. 6934 ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 1 ad art. 190 CPC.

5.2.5.2. Administration

Le renseignement écrit est toujours requis auprès du service officiel ou du particulier *par le tribunal*. Un document déposé par une des parties (p. ex. des déclarations écrites d'un témoin) ne peut pas être considéré comme « renseignement écrit »⁷¹². Cela ne signifie pas que le tribunal est autorisé à ordonner d'office un tel renseignement si la procédure se déroule selon la maxime des débats : dans ce cas, le moyen doit avoir été requis par une des parties⁷¹³. Le tribunal dispose en revanche de la compétence d'administrer un renseignement écrit au lieu d'un autre moyen de preuve plus lourd (notamment le témoignage et l'expertise) requis par une des parties, s'il estime que le renseignement pourrait s'avérer suffisant pour emporter sa conviction⁷¹⁴. S'il constate, une fois le renseignement reçu, que tel n'est pas le cas, il peut toujours ordonner l'administration du moyen de preuve initialement requis⁷¹⁵. 279

Selon la volonté du législateur, l'obtention de renseignements écrits auprès de services officiels devrait constituer la règle, celle auprès de personnes privées devrait rester exceptionnelle⁷¹⁶. Cette approche correspond à celle des anciennes procédures cantonales qui connaissaient ce moyen⁷¹⁷. 280

La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par « service officiel »⁷¹⁸ ; le texte allemand du code parle toutefois de *Amtsstelle*, ce qui laisse présumer qu'il s'agit en première ligne d'autorités administratives ; c'est aussi dans ce sens que le terme est interprété dans la doctrine germanophone⁷¹⁹. 281

Les renseignements écrits requis auprès de services officiels peuvent porter sur tous les faits ou règles d'expérience constatés par des autorités dans l'exercice de leurs fonctions⁷²⁰. En pratique, il s'agira p. ex. d'informations portant sur des 282

⁷¹² BSK ZPO-HAFNER, N 1 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 7 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 ad art. 190 CPC.

⁷¹³ BSK ZPO-HAFNER, N 2 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 5 ad art. 190 CPC.

⁷¹⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 133 ; BSK ZPO-HAFNER, N 2 ad art. 190 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 10 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 2 ad art. 190 CPC.

⁷¹⁵ DIKE ZPO-MÜLLER, N 10 ad art. 190 CPC.

⁷¹⁶ Message CPC, p. 6934.

⁷¹⁷ P. ex. art. 267 CPCN : « [...] le juge peut recueillir des renseignements écrits auprès d'autorités et, *exceptionnellement*, auprès de particuliers » ; dans ce sens aussi : § 232 ZPO-AG et § 168 ZPO-ZH.

⁷¹⁸ CR CPC-SCHWEIZER, N 15 ad art. 190 CPC.

⁷¹⁹ Implicitement : DIKE ZPO-MÜLLER, N 10 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 9 ad art. 190 CPC.

⁷²⁰ DIKE ZPO-MÜLLER, N 5 ad art. 190 CPC.

procédures en cours ou clôturées⁷²¹. Lorsque la maxime des débats est applicable, les renseignements écrits de services officiels peuvent uniquement être requis lorsque les parties ne sont pas en mesure de se procurer l'information considérée par elles-mêmes. Ainsi, les informations contenues dans le registre des poursuites ou le registre foncier ne sauraient en principe être obtenues par la voie des renseignements écrits⁷²².

- 283 Contrairement aux particuliers, les autorités ne sont pas soumises au devoir de collaborer prévu aux art. 160 ss CPC⁷²³ ; leurs devoirs sont réglés par le droit administratif⁷²⁴. Le tribunal civil ne saurait leur donner des instructions⁷²⁵.
- 284 En ce qui concerne les demandes de renseignements écrits adressées aux particuliers au sens de l'al. 2, les tribunaux doivent faire preuve d'une certaine retenue, vu le caractère exceptionnel que cette démarche présente selon les intentions du législateur⁷²⁶. Les demandes de renseignement devraient se limiter à des constatations de faits simples⁷²⁷. Il peut s'agir p. ex. d'une demande pour un certificat de salaire adressée à un employeur, d'une demande pour un certificat médical adressée à un médecin ou d'une demande de renseignements sur des avoirs ou des dettes d'une certaine personne adressée à une banque⁷²⁸.

⁷²¹ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 9 ad art. 190 CPC.

⁷²² ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 9 ad art. 190 CPC.

⁷²³ Pour l'obligation de collaborer, cf. ci-dessous, N 295 ss ; notons que la question de savoir si les particuliers sont soumis à ce devoir dans le cadre de l'art. 190 al. 2 CPC est controversé : pro : BSK ZPO-HAFNER, N 2a ad art. 190 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 22 ad art. 190 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 11 ad art. 190 CPC ; *contra* : ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 5 ad art. 190 CPC.

⁷²⁴ DIKE ZPO-MÜLLER, N 23 ad art. 190 CPC.

⁷²⁵ BK ZPO-RÜETSCHI, N 16 ad art. 190 CPC.

⁷²⁶ DIKE ZPO-MÜLLER, N 14 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 10 ad art. 190 CPC.

⁷²⁷ DIKE ZPO-MÜLLER, N 17 ad art. 190 CPC ; ZPO-WEIBEL/WALZ, N 10 ad art. 190 CPC : ces auteurs mentionnent encore que ces informations devraient être « peu enclines à être contestées par les parties » ; cette condition ne fait toutefois, selon nous, que peu de sens, étant donné que la preuve peut, en application de la maxime des débats, uniquement porter sur des faits allégués par une partie et contestés par l'autre ; avant de savoir si une preuve est nécessaire, il convient de clarifier si le fait est contesté ou non.

⁷²⁸ BSK ZPO-HAFNER, N 4 ad art. 190 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (ZPO-SG), N 3a ad art. 111 ZPO-SG.

5.2.5.3. Aspects pratiques

Les services officiels sont en principe neutres⁷²⁹. La crédibilité et dès lors la fiabilité des renseignements qu'ils donnent sont à considérer comme bonnes. La valeur probante de ces renseignements est dès lors généralement élevée. 285

Les renseignements écrits de personnes privées sont un moyen qui est subsidiaire au témoignage (art. 190 al. 2 CPC). Étant donné que la crédibilité de la personne qui donne des renseignements est plus difficile à vérifier par les parties et le tribunal que lorsque cette même personne donne les mêmes informations en tant que témoin, le recours aux renseignements écrits n'est admissible que si l'impartialité de la personne à laquelle les renseignements sont demandés n'est pas mise en doute⁷³⁰. Dans cette mesure-là, la valeur probante de ces renseignements devrait être bonne. En cas de doute, le tribunal peut convoquer l'auteur de la déclaration écrite comme témoin⁷³¹. 286

HAFNER, MÜLLER et WEIBEL/WALZ⁷³² mentionnent encore que ces informations devraient être « peu enclines à être contestées par les parties » ; cette condition ne fait toutefois, selon nous, que peu de sens, étant donné que la preuve peut, en application de la maxime des débats, uniquement porter sur des faits allégués par une partie et contestés par l'autre ; avant de savoir si une preuve est nécessaire, il convient de clarifier si le fait est contesté ou non.

En pratique, les renseignements écrits sont souvent d'importance secondaire⁷³³. 287

5.2.6. Interrogatoire et déposition des parties

5.2.6.1. Définition et admissibilité

Le Code de procédure civile prévoit deux formes d'audition des parties : l'interrogatoire de partie (art. 191 CPC) et la déposition de partie (art. 192 CPC). Elles permettent d'apporter une preuve au sujet de faits perçus directement par les parties, ce qui est d'une importance particulière lorsque celles-ci sont les seules à avoir perçu les faits en question (p. ex. contrat conclu oralement et sans 288

⁷²⁹ BSK ZPO-HAFNER, N 3 ad art. 190 CPC et les réf.

⁷³⁰ BSK ZPO-HAFNER, N 4 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 10 ad art. 190 CPC ; OGer ZH, ZR 2012 N 80, consid. 4.3.2.

⁷³¹ CR CPC-SCHWEIZER, N 12 ad art. 190 CPC.

⁷³² BSK ZPO-HAFNER, N 4 ad art. 190 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 17 ad art. 190 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 10 ad art. 190 CPC.

⁷³³ HAFTER, N 2227.

présence d'un témoin ; faits ayant lieu dans le for intérieur d'une partie)⁷³⁴. Contrairement à ce qui était prévu par certains codes cantonaux⁷³⁵, sous l'empire du Code de procédure civile, ni l'interrogatoire ni la déposition de partie n'ont un caractère subsidiaire⁷³⁶.

- 289 L'interrogatoire et la déposition de partie sont à distinguer des échanges entre les parties et le tribunal en dehors de la procédure probatoire, consacrés aux allégués⁷³⁷ et permettant au tribunal d'amener les parties à compléter et préciser l'état de fait⁷³⁸. L'on y pense notamment à l'application du devoir d'interpellation du juge selon les art. 56 et 247 al. 1 CPC⁷³⁹. Les déclarations des parties durant cette phase sont considérées comme des allégués et n'ont pas valeur de preuve⁷⁴⁰.

L'interrogatoire et la déposition de partie sont également à distinguer des différentes formes de serment, connues en droit romain, en droit commun et par la plupart des codes cantonaux⁷⁴¹. Le serment permettait d'obtenir de la part d'une des parties⁷⁴² une déclaration solennelle, sous menace de sanctions très lourdes en cas de parjure⁷⁴³ ; le serment obligeait le tribunal à considérer les faits déclarés par la partie ayant prêté serment comme prouvés. Il s'agit d'un moyen de preuve provenant du système de la preuve légale ; le tribunal était lié par les déclarations faites sous serment et ne pouvait pas apprécier leur valeur probante⁷⁴⁴. Ce moyen était donc contraire au principe de la libre appréciation de preuve⁷⁴⁵. Il était subsidiaire aux autres moyens de preuve⁷⁴⁶. Ces restrictions ont leur

⁷³⁴ ZPO-WEIBEL/WALZ, N 4 ad art. 191-192 CPC ; dans ce sens aussi : BSK ZPO-HAFNER, N 7 ad art. 191 CPC.

⁷³⁵ P. ex. § 150 ZPO-ZH.

⁷³⁶ BSK ZPO-HAFNER, N 4 ad art. 191 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 32 ad art. 191 CPC et N 5 ad art. 192 CPC ; ZPO-WEIBEL/WALZ, N 5 ad art. 191-192 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 14 ad art. 191-192 CPC.

⁷³⁷ Message CPC, p. 6934 ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 4 ad art. 191 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 3 ad art. 191-192 CPC.

⁷³⁸ DIKE ZPO-MÜLLER, N 4 ad art. 191 CPC.

⁷³⁹ DIKE ZPO-MÜLLER, N 5 ad art. 191 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 3a ad art. 191-192 CPC ; dans ce sens aussi : BSK ZPO-HAFNER, N 14 ad art. 191 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 22 ad art. 191-192 CPC.

⁷⁴⁰ BSK ZPO-HAFNER, N 14 ad art. 191 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 5 ad art. 191 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 3a ad art. 191-192 CPC.

⁷⁴¹ À ce sujet, voir : BÜLOW, p. 229 ss (pour le droit romain et commun) ainsi que GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 355 ss (pour le droit cantonal).

⁷⁴² Une déclaration sous serment était également possible pour des témoins ou des experts : GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 355 s.

⁷⁴³ CR CPC-SCHWEIZER, N 4 ad art. 191 CPC.

⁷⁴⁴ Preuve légale ; cf. ci-dessus, N 359 s.

⁷⁴⁵ BK ZPO-BÜHLER, N 14a s. ad art. 191-192 CPC ; dans ce sens aussi : CR CPC-SCHWEIZER, N 3 ss ad art. 191 CPC.

⁷⁴⁶ BÜLOW, p. 229 ; voir aussi : GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 356.

origine dans le principe de droit romain selon lequel personne ne peut témoigner dans sa propre cause⁷⁴⁷.

Les codes cantonaux, à l'exception de ceux de Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Neuchâtel, Genève et Vaud, prévoyaient déjà une ou plusieurs formes d'interrogatoire des parties (autre que le serment), mais leurs définitions et leurs champs d'application respectifs variaient largement⁷⁴⁸ ; ainsi, dans certains cantons, l'interrogatoire de partie n'était qu'un moyen de preuve subsidiaire⁷⁴⁹ alors que, dans d'autres, il avait le même statut que les autres moyens⁷⁵⁰.

La différence principale entre l'interrogatoire et la déclaration de partie selon le Code de procédure civile constitue la sanction en cas de mensonge, respectivement de fausse déclaration. Lors de l'interrogatoire de partie au sens de l'art. 191 CPC, celle-ci fait ses déclarations sous menace de sanctions disciplinaires en cas de mensonge délibéré alors que des fausses déclarations au sens de l'art. 192 CPC sont sanctionnées pénalement selon l'art. 306 CP. Afin d'éviter qu'une partie soit mise abusivement sous pression par l'autre, la requête d'une partie tendant à la déclaration de l'autre n'a qu'un effet facultatif pour le tribunal ; ce dernier décide librement s'il y est procédé ou non⁷⁵¹. 290

Comme mentionné⁷⁵², l'interrogatoire et la déclaration de partie sont des moyens de preuve de valeur égale aux autres moyens⁷⁵³. De plus, l'interrogatoire et la déclaration de partie ont *a priori* la même valeur ; l'administration de la déclaration de partie n'est pas subsidiaire à l'interrogatoire de partie⁷⁵⁴. Cela étant, pour des raisons d'économie de procédure, il convient d'administrer l'interrogatoire de partie avant la déclaration de partie⁷⁵⁵. L'opportunité recommande de faire usage de la déclaration de partie « seulement pour écarter les derniers doutes »⁷⁵⁶. 291

⁷⁴⁷ BK ZPO-BÜHLER, N 14a s. ad art. 191-192 CPC ; pour la libre appréciation de preuve, cf. ci-dessus, N 363 ss.

⁷⁴⁸ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 1 ad art. 191-192 CPC ; pour un aperçu plus approfondi, voir : LORENZ, N 87 ss.

⁷⁴⁹ P. ex. § 150 ZPO-ZH.

⁷⁵⁰ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 1 ad art. 191-192 CPC.

⁷⁵¹ LORENZ, N 259.

⁷⁵² Ci-dessus, N 288.

⁷⁵³ BSK ZPO-HAFNER, N 4 ad art. 191 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 32 ss ad art. 191 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 5 ad art. 191-192 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 14 ad art. 191-192 CPC ; *contra* : CR CPC-SCHWEIZER, N 3 ad art. 192 CPC, pour qui la déclaration de partie ne constitue pas un moyen de preuve.

⁷⁵⁴ LORENZ, N 212 ss.

⁷⁵⁵ BK ZPO-BÜHLER, N 61 ad art. 191-192 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 7 ad art. 191-192 CPC.

⁷⁵⁶ Message CPC, p. 6934.

Cette question fait l'objet de débats doctrinaux. MÜLLER ainsi que HAFNER sont de l'avis que la déposition de partie suppose l'interrogatoire préalable ; ainsi, la déposition pourrait uniquement être ordonnée par le tribunal⁷⁵⁷. MÜLLER justifie sa position par le fait que les art. 191 et 192 CPC, tels qu'intégrés dans le code, sont le résultat de la réponse du Canton de Berne dans la mise en consultation de l'avant-projet du Code de procédure civile ; ce dernier critiquait l'avant-projet qui ne prévoyait que la déposition de partie et non l'interrogatoire ; le canton de Berne suggérait de reprendre le système des art. 273-279 CPC-BE⁷⁵⁸, prévoyant que le tribunal peut ordonner une déclaration de partie (« affirmation supplétoire ») si, après l'interrogatoire des parties ainsi que l'examen des autres moyens de preuve, le tribunal conserve des doutes. BÜHLER ainsi que WEIBEL/WALZ estiment que les deux moyens sont de valeur égale ; si l'audition de l'une des parties (ou des deux) est requise, le tribunal peut décider en fonction des circonstances s'il procède par interrogation ou par déposition ; imposer au tribunal de procéder d'abord à l'interrogatoire puis seulement en deuxième temps à la déposition serait contraire au principe de libre appréciation des preuves⁷⁵⁹.

À ce sujet, l'on constate toutefois que le message du CPC mentionne expressément que la déclaration de partie n'est pas formellement un moyen subsidiaire⁷⁶⁰. Malgré l'« influence bernoise » sur la rédaction des art. 191 et 192 CPC, il nous semble dès lors que l'avis de HAFNER et de MÜLLER ne saurait être suivi.

5.2.6.2. Administration

- 292 Si l'on appliquait strictement la maxime des débats, le tribunal ne pourrait procéder à l'administration de l'interrogatoire ou de la déposition d'une partie que si l'une des parties l'a requis. La solution est toutefois plus nuancée en réalité. Une partie peut requérir l'interrogatoire de la partie adverse⁷⁶¹. Elle peut également requérir son propre interrogatoire pour prouver des faits dont elle supporte le fardeau de la preuve. Le législateur fédéral a renoncé à introduire une interdiction d'une partie de se faire interroger pour soutenir sa propre cause⁷⁶² ; une telle interdiction était connue dans certains codes cantonaux⁷⁶³. En revanche, comme mentionné⁷⁶⁴, l'administration de la déposition de partie ne peut se faire que d'office par le tribunal, afin d'éviter qu'une partie puisse forcer l'autre à

⁷⁵⁷ BSK ZPO-HAFNER, N 1 ad art. 191 CPC ; DIKE ZPO-MÜLLER, N 39 ss ad art. 191 CPC et 4 s. et 17 ad art. 192 CPC.

⁷⁵⁸ DIKE ZPO-MÜLLER, N 39 ss ad art. 191 CPC, 4 s. et 17 ad art. 192 CPC.

⁷⁵⁹ BK ZPO-BÜHLER, N 16 et 60 ss ad art. 191-192 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 7 ad art. 191-192 CPC.

⁷⁶⁰ Message CPC, p. 6934.

⁷⁶¹ BK ZPO-BÜHLER, N 58 ad art. 191-192 CPC.

⁷⁶² Message CPC, p. 6934 ; BK ZPO-BÜHLER, N 19 ad art. 191-192 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 7 ad art. 191-192 CPC.

⁷⁶³ Notamment § 149 ZPO-ZH.

⁷⁶⁴ Ci-dessus, N 290.

faire des déclarations sous menace de sanction pénale en cas de fausse déclaration.

Le principe de l'égalité des armes, contenue à l'art. 29 al. 1 Cst. féd. et art. 6 § 1 CEDH, suppose que le tribunal interroge (respectivement, fait déposer) les deux parties sur le même état de fait⁷⁶⁵. Ainsi, si une partie requiert son propre interrogatoire, le tribunal ordonnera d'office également l'interrogatoire de la partie adverse sur le même état de fait, alors même que son interrogatoire n'a pas été requis. 293

5.2.6.3. Aspects pratiques

Formellement, un interrogatoire offre la même valeur probante que n'importe quel autre moyen de preuve. Le tribunal apprécie librement sa valeur probante⁷⁶⁶. Toutefois, il ne saurait être nié que la partie qui procède à des déclarations dans sa propre cause n'est pas impartiale et que la valeur probante de son interrogatoire sera faible en pratique⁷⁶⁷. En outre, les problèmes relatifs au témoignage se posent également en ce qui concerne l'interrogatoire et la déposition des parties : celles-ci peuvent oublier ou mal reproduire l'état de fait pertinent, même sans mauvaise foi⁷⁶⁸. En pratique, la plupart du temps, les déclarations faites par une partie dans ce cadre devront être corroborées par d'autres moyens de preuve afin de convaincre le tribunal⁷⁶⁹. 294

⁷⁶⁵ BK ZPO-BÜHLER, N 59 ad art. 191-192 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 10 et 12 ad art. 191-192 CPC ; voir aussi arrêt Commission EDH *Dombo Beheer c. Pays-Bas* du 9 septembre 1992, § 35 ss ; *contra* : LORENZ, N 246, qui considère qu'il s'agit d'une entrave injustifiée à la maxime des débats qui ne trouve aucun fondement dans la loi.

⁷⁶⁶ ATF 143 III 297, consid. 9.3.2.

⁷⁶⁷ Message CPC, p. 6934 ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 6 ad art. 191-192 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 21 ad art. 191-192 CPC.

⁷⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 248.

⁷⁶⁹ Message CPC, FF 2006 6841, p. 6934 ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 6 ad art. 191-192 CPC ; BK ZPO-BÜHLER, N 21 ad art. 191-192 CPC ; plus nuancé : LORENZ, N 381.

Chapitre 6 : Le devoir de collaborer

6.1. La problématique

Tant qu'un moyen de preuve requis par une partie se trouve dans sa sphère d'influence, sa production dans le procès ne devrait pas poser problème. Toutefois, il convient de se demander ce qui se passe si la production d'un moyen de preuve requis par une partie suppose la collaboration de l'autre partie ou d'un tiers. 295

En procédure de droit commun, l'on partait du principe que personne ne puisse être forcé à agir à l'encontre de ses intérêts ; cette conception a été considérée comme inhérente à la procédure civile⁷⁷⁰. Selon la maxime *nemo tenetur edere contra se* (« personne n'est tenu de produire [des titres] en sa défaveur »), remontant au droit romain⁷⁷¹, aucune partie ne peut être forcée à déposer des titres qui permettraient de prouver des faits qui sont en sa défaveur⁷⁷². De plus, il ne va pas de soi que le tribunal peut intervenir à l'égard de personnes autres que les parties au procès dans la recherche de la réalité, puisque la procédure civile sert en premier lieu à la réalisation d'intérêts privés⁷⁷³. Ainsi, le droit commun p. ex. ne connaissait pas de devoir de tiers de produire des titres⁷⁷⁴. 296

Il existe toutefois un intérêt public à ce que les tribunaux rendent des jugements sur la base d'un état de fait le plus proche possible de la réalité puisque, dans le cas contraire, la mise en œuvre de l'ordre juridique privé en tant que tel serait mis en péril⁷⁷⁵. En effet, la recherche de la réalité serait par moment entravée, voire rendue impossible, si l'obtention de moyens de preuve dépendait de la volonté de coopérer du tiers ou de la partie adverse. Les dispositions sur le devoir de collaboration ont pour but d'assurer que le tribunal puisse obtenir un accès aux moyens de preuve qui se trouvent dans la sphère d'influence de la partie adverse ou d'un tiers non-partie au procès ou de procéder à des mesures 297

⁷⁷⁰ HUBER, p. 106 s. ; WACH, p. 35.

⁷⁷¹ ULPEN, ad edictum, liber IV, Dig. 2.13.1 (*de edendo*).

⁷⁷² HUBER, p. 106 s.

⁷⁷³ BRACHER, N 148.

⁷⁷⁴ BÜLOW, p. 228 s.

⁷⁷⁵ Cf. ci-dessus, N 48 ; BRACHER, N 147 ss.

d'instruction qui supposent la collaboration de la partie adverse ou du tiers. À cette fin, le tribunal doit disposer de moyens de coercition⁷⁷⁶.

Même le droit commun prévoyait un moyen permettant à une partie de se procurer des moyens de preuve se trouvant entre les mains de la partie adverse ou d'un tiers : certaines règles de droit de fond accordaient à une partie un droit à la production de certains documents en possession de la partie adverse ou de tiers⁷⁷⁷. De plus, le droit commun connaissait déjà une obligation de témoigner⁷⁷⁸. Celle-ci provient de la procédure canonique dans la conception de laquelle le devoir de collaborer à la procédure civile constitue un devoir civique⁷⁷⁹.

- 298 Contrairement à la plupart des codes de procédure cantonaux, le Code de procédure civile prévoit une réglementation uniforme du devoir de collaborer, applicable autant aux parties qu'à des tiers, et cela pour tous les moyens de preuve⁷⁸⁰. Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, les devoirs étaient souvent différenciés en fonction du moyen de preuve et du statut – partie ou tiers – de la personne considérée.

6.2. Le devoir de collaborer fondé sur le droit de procédure

- 299 Les codes de procédure civile cantonaux du début du XX^e siècle prévoyaient déjà tous une obligation de témoigner. Cependant, seulement la moitié environ d'entre eux ont institué un devoir général de produire des titres, applicable à la partie adverse et aux tiers⁷⁸¹. Au début du XXI^e siècle, 23 codes de procédure cantonaux ainsi que la PCF prévoyaient un tel devoir⁷⁸². Le Code de procédure civile saint-gallois, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1991, fut le premier à introduire un devoir *général* de collaboration, applicable aux parties et aux tiers, et réglé de manière indépendante des moyens de preuve (art. 123 ss ZPO-SG) ; le canton de Glaris a suivi cet exemple dans son code de procédure civile de 2001 (art. 180 al. 1 et 182 al. 1 ZPO-GL)⁷⁸³.

⁷⁷⁶ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 3 intro. ad art. 160-162 CPC ; BRACHER, N 39.

⁷⁷⁷ BÜLOW, p. 216.

⁷⁷⁸ BÜLOW, p. 216.

⁷⁷⁹ BRACHER, N 41.

⁷⁸⁰ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 1-2 intro. ad art. 160-162 CPC.

⁷⁸¹ BRACHER, N 42.

⁷⁸² BRACHER, N 47 : les codes de Bâle-Ville (§§ 109 ss ZPO-BS), de Bâle-Campagne (§§ 141 ss ZPO-BL) ; le code de Schaffhouse se limitait à prévoir que le devoir de présenter des titres était réglé par les dispositions de droit privé (art. 230 ZPO-SH) ; la LPC-GE ne prévoyait point de devoir de collaboration.

⁷⁸³ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 1 intro. ad art. 160-162 CPC ; BRACHER, N 48.

C'est également l'approche suivie par le législateur du Code de procédure civile : les art. 160 ss CPC prévoient un devoir général de collaborer, applicable aux parties ainsi qu'aux tiers⁷⁸⁴ et qui se rapporte à tous les moyens de preuve, de même que des limites à ce devoir, sous la forme d'un droit de refuser de collaborer dans certaines situations⁷⁸⁵. Ainsi, selon l'art. 160 al. 1 CPC, les parties au procès et les tiers ont une obligation de collaborer à l'apport des faits au procès. Cette « collaboration » vise toute forme de participation à l'administration des preuves, soit une action ou la tolérance d'une action⁷⁸⁶ ; savoir si une omission peut également être requise dans ce cadre est sujet à controverses⁷⁸⁷. L'art. 160 CPC nomme expressément, à l'alinéa 1 let. a à c, les devoirs de collaboration les plus importants : le devoir de déposer conformément à la réalité (let. a), de produire des documents requis (let. b) et de tolérer une inspection (let. c).

Le devoir de collaborer du tiers se distingue de celui des parties sur un point important : alors que le deuxième constitue une incombance procédurale, le premier constitue une véritable *obligation*⁷⁸⁸ : si une partie viole l'obligation de collaborer, le tribunal peut en tenir compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). Il peut ainsi considérer comme établi un fait allégué par une partie et pour lequel le fardeau objectif de la preuve incombe à celle-ci lorsque la partie adverse aurait dû rapporter le moyen de preuve en vertu de l'obligation de collaborer et a violé ce devoir⁷⁸⁹. En vertu de l'art. 167 CPC, le tiers peut être sanctionné de l'amende et menacé de sanctions pénales en cas de refus injustifié de collaborer ; le tribunal peut mettre à sa charge les frais occasionnés par le

⁷⁸⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 64 ; CR CPC-JEANDIN, N 9 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 1 intro. ad art. 160-162 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 1 intro. ad art. 160-167 CPC ; BRACHER, N 62.

⁷⁸⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 64 ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 1 intro. ad art. 160-162 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 1 intro. ad art. 160-167 CPC ; ainsi aussi : BRACHER, N 48.

⁷⁸⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 66 ; CR CPC-JEANDIN, N 8 ad art. 160 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 10 ad art. 160 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 intro. ad art. 160-167 CPC .

⁷⁸⁷ En faveur : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 66 ; CR CPC-JEANDIN, N 8 ad art. 160 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 10 ad art. 160 CPC ; en défaveur : ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 27 ad art. 160 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 3 intro. ad art. 160-167 CPC.

⁷⁸⁸ Message CPC, p. 6925 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 65 ; BSK ZPO-SCHMID, N 8 ad art. 160 CPC ; BRACHER, N 64 ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 2 intro. ad art. 160-167 CPC.

⁷⁸⁹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 82 ; CR CPC-JEANDIN, N 7 ad art. 164 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 2 ad art. 164 CPC ; DIKE ZPO-HIGI, N 5 ad art. 164 CPC ; plus nuancés : BK ZPO-RÜETSCHI, N 5-7 ad art. 164 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 4 ss ad art. 164 CPC.

refus et ordonner la mise en œuvre par la force publique de l'obligation de collaborer.

- 302 Le devoir de collaborer des tiers est en principe *subsidaire* à celui des parties, c'est-à-dire que leur collaboration peut uniquement être exigée si dans le cas contraire l'administration de la preuve sur un certain élément était impossible⁷⁹⁰. Obliger un tiers à la collaboration alors qu'une des parties pourrait apporter le moyen de preuve nécessaire, mais ne le fait pas, constituerait une atteinte disproportionnée aux droits du tiers⁷⁹¹. Toutefois, si la procédure est soumise à la maxime inquisitoire (pure), donc que des intérêts publics sont en jeu, cette subsidiarité est inapplicable⁷⁹².

6.2.1. Devoir de déposer de manière conforme à la vérité

- 303 Selon l'art. 160 al. 1 let. a CPC, les parties et les témoins peuvent être obligés à déclarer, et cela de manière conforme à la vérité. Pour les parties, cette disposition est précisée par les art. 191 et 192 CPC : l'interrogatoire et la déposition de parties ainsi que les sanctions relatives à de fausses déclarations dans ce cadre sont réglés par ces dispositions⁷⁹³. Selon l'art. 160 al. 1 let. a CPC, la déposition est obligatoire lorsque le tribunal l'ordonne⁷⁹⁴. Si la partie refuse de déposer, l'art. 164 CPC trouve application⁷⁹⁵.
- 304 Pour ce qui est des tiers, cette disposition institue expressément un devoir de témoigner ; le refus injustifié de témoigner peut être sanctionné en conformité avec l'art. 167 CPC. Le faux témoignage peut en outre faire l'objet d'une sanction pénale selon l'art. 307 CP.

6.2.2. Devoir de produire des documents

- 305 Selon l'art. 160 al. 1 let. b CPC, les parties et les tiers ont l'« obligation » de déposer un titre⁷⁹⁶ requis par une (autre) partie, à l'exception de la correspondance d'avocat soumise au secret professionnel. Ce devoir s'étend à tous les titres qui sont en possession de la personne visée (tiers ou partie adverse) ou que

⁷⁹⁰ BSK ZPO-SCHMID, N 8a ad art. 160 CPC ; DIKE ZPO-HIGI, N 14 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 6 ad art. 160 CPC.

⁷⁹¹ DIKE ZPO-HIGI, N 14 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 6 ad art. 160 CPC.

⁷⁹² BSK ZPO-SCHMID, N 8a ad art. 160 CPC ; DIKE ZPO-HIGI, N 15 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 6 ad art. 160 CPC.

⁷⁹³ Cf. ci-dessus, N 288 ss.

⁷⁹⁴ CR CPC-JEANDIN, N 10 ad art. 160 CPC.

⁷⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 301.

⁷⁹⁶ Pour la notion de « titre », cf. ci-dessus, N 249 ss.

celle-ci peut obtenir sans problèmes⁷⁹⁷. La loi en exempte les documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat afin de garantir le secret indépendamment du lieu où la correspondance se trouve⁷⁹⁸.

L'exemption de ces documents est nécessaire pour atteindre ce but, puisque le droit de refuser de collaborer selon les art. 163 et 166 CPC permet uniquement le refus de la collaboration si la partie elle-même ou le tiers appelé à collaborer revêt la qualité d'avocat. Ainsi, la correspondance ne serait qu'insuffisamment protégée, puisque la partie ne pourrait pas refuser de déposer la correspondance avec *son* avocat⁷⁹⁹.

La partie qui demande la production d'un titre par la partie adverse ou un tiers doit avoir allégué de manière suffisante un fait susceptible d'être prouvé par le titre requis⁸⁰⁰ et spécifier ce titre. Il devra décrire le plus précisément possible le titre et indiquer quel fait le titre est censé prouver⁸⁰¹. Le document doit être identifiable sans problème pour la personne tenue de le produire⁸⁰². Une partie ne saurait requérir tous les titres lui permettant de justifier *a posteriori* sa position dans la procédure : le Code de procédure civile n'admet pas des *fishing expeditions* à la façon américaine⁸⁰³. Il est néanmoins admissible pour une partie d'avancer des hypothèses en la forme d'allégués, afin de déclencher une procédure probatoire⁸⁰⁴. Il est également possible de désigner de manière générique les documents requis, à condition qu'il soit possible de distinguer objectivement les pièces visées de celles qui ne le sont pas. La partie demanderesse peut donc demander la production de titres en lien avec un fait déterminé ou un groupe de faits liés à une période déterminée⁸⁰⁵. 306

6.2.3. Devoir de tolérer une inspection ou une expertise

La réalisation d'une inspection ou d'une expertise nécessite la plupart du temps la collaboration d'une des parties ou d'un tiers, à tout le moins sous la forme d'un comportement passif : les parties et les tiers peuvent être amenés à tolérer 307

⁷⁹⁷ BSK ZPO-SCHMID, N 22 ad art. 160 CPC.

⁷⁹⁸ BK ZPO-RÜETSCHI, N 26 ad art. 160 CPC ; CPC-JEANDIN, N 15 ad art. 160 CPC ; GASSER/RICKLI, N 8 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 17 ad art. 160 CPC.

⁷⁹⁹ CR CPC-JEANDIN, N 15a ad art. 160 CPC.

⁸⁰⁰ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 13 ad art. 160 CPC ; GÖKSU, p. 92 ; WALDMANN, p. 282.

⁸⁰¹ CR CPC-JEANDIN, N 13 ad art. 160 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 23-24 ad art. 160 CPC ; GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 160 CPC ; WALDMANN, p. 282.

⁸⁰² BSK ZPO-SCHMID, N 23 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 13 ad art. 160 CPC ; LIVSCHITZ/SCHMID, p. 740.

⁸⁰³ CR CPC-JEANDIN, N 13 ad art. 160 CPC ; BK ZPO-RÜEDI, N 16 ad art. 160 CPC ; LIVSCHITZ/SCHMID, p. 741 ; voir aussi : TF, arrêt du 23.03.2011, 8C_199/2010, consid. 5.3.

⁸⁰⁴ GÖKSU, p. 92 ; WALDMANN, p. 282.

⁸⁰⁵ CR CPC-JEANDIN, N 13 ad art. 160 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 24 ad art. 160 CPC.

une atteinte à leur propriété ou leur personnalité⁸⁰⁶. Malgré le texte clair de la loi, qui prévoit uniquement le devoir de tolérer un examen, respectivement une inspection *par un expert*, la doctrine majoritaire considère que les parties et les tiers doivent aussi tolérer l'inspection par le tribunal lui-même (dans le cadre d'une inspection au sens de l'art. 181 CPC)⁸⁰⁷. Ainsi, lorsque le tribunal souhaite procéder à l'inspection d'un bien-fonds, le propriétaire doit lui permettre d'y accéder⁸⁰⁸.

- 308 Cela dit, le devoir de collaborer ne touche pas seulement le propriétaire d'un bien, mais également le possesseur ou le détenteur⁸⁰⁹. Lorsque l'objet de l'inspection, respectivement de l'expertise, fait l'objet d'une possession directe et d'une possession indirecte, le possesseur direct uniquement est touché par l'obligation de tolérer une inspection, respectivement une expertise. Par conséquent, seul le possesseur direct peut faire valoir le droit de refuser de collaborer. Ainsi, lorsqu'un objet loué doit être inspecté ou expertisé, seul le locataire est touché par l'obligation et peut le cas échéant faire valoir son droit de refuser de collaborer, à l'exclusion du bailleur⁸¹⁰.

6.2.4. Droit de refuser de collaborer

- 309 Aux art. 163 ss CPC, la loi prévoit certaines exceptions à l'obligation de collaborer. Pour les parties et les tiers, l'obligation de collaborer peut, dans certaines situations, entraîner un conflit de loyauté ou de conscience⁸¹¹ ; de plus, cette obligation pourrait entrer en conflit avec un secret (p. ex. professionnel) que la loi impose à une partie ou un tiers. Les droits de refuser de collaborer sont le résultat d'une pesée des intérêts abstraite du législateur entre l'intérêt à la recherche de la vérité et des intérêts à la protection de la relation de confiance, respectivement des secrets protégés par la loi⁸¹². Elles varient en fonction du statut – partie ou tiers – de la personne considérée. Notons que le droit de refuser

⁸⁰⁶ CR CPC-JEANDIN, N 20 ad art. 160 CPC.

⁸⁰⁷ BK ZPO-RÜETSCHI, N 31 ad art. 160 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 30 ad art. 160 CPC ; CPC-JEANDIN, N 21 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 24 ss ad art. 160 CPC

⁸⁰⁸ BSK ZPO-SCHMID, N 30 ad art. 160 CPC.

⁸⁰⁹ CR CPC-JEANDIN, N 20a ad art. 160 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 30 ad art. 160 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 24 ss ad art. 160 CPC.

⁸¹⁰ BRACHER, p. 105, note 669.

⁸¹¹ Message CPC, p. 6926 s. ; BSK ZPO-SCHMID, N 2 ad art. 165 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 1 intro. ad art. 163-164 CPC et N 1 intro. ad art. 165-167.

⁸¹² FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 1 ad § 158 ZPO-ZH ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 26 intro. ad art. 160-167 CPC.

de la partie n'a pas pour but de protéger les intérêts celle-ci, mais ceux de tiers⁸¹³.

6.2.4.1. Droit de la partie de refuser de collaborer

Le Code de procédure civile prévoit qu'une partie dispose d'un droit de refus dans le cas où elle exposerait un proche à une poursuite pénale ou qu'elle engagerait la responsabilité civile dudit proche⁸¹⁴ (art. 163 al. 1 let. a CPC). La notion de proche est identique à celle de l'art. 165 CPC⁸¹⁵. Selon l'art. 163 al. 1 let. b CPC, les divers secrets professionnels (p. ex. secret médical, secret d'avocat et de notaire) dont la violation est sanctionnée par le Code pénal à l'art. 321 CP l'emportent sur l'obligation de collaborer des parties. Si la partie est détentrice d'un autre secret protégé par la loi, elle peut refuser de collaborer si elle rend vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret est prépondérant par rapport à l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 163 al. 2 CPC). Par « autres secrets protégés par la loi », il faut entendre les secrets mentionnés à l'art. 166 al. 2 CPC⁸¹⁶.

6.2.4.2. Droit du tiers de refuser de collaborer

Un tiers dispose du droit de refuser s'il revêt la qualité de proche de l'une des parties (art. 165 CPC). Sont visées des situations dans lesquelles le tiers se trouve dans un lien de parenté ou une « relation personnelle très étroite » avec une partie⁸¹⁷. Entrent notamment en ligne de compte le mariage, le concubinage (art. 165 al. 1 let. a CPC) ou le partenariat enregistré (art. 165 al. 2 CPC) entre une partie et le tiers, mais aussi le fait que le tiers et la partie ont des enfants communs (art. 165 al. 1 let. b CPC). Le tuteur ou curateur d'une partie peut également refuser sa collaboration (art. 165 al. 1 let. e CPC). Dans ces cas, le droit de refus est *absolu* – comme l'exprime la note marginale de l'art. 165 CPC

⁸¹³ Message CPC, p. 6926 ; CR CPC-JEANDIN, N 7 ad art. 163 CPC ; BSK ZPO-SCHMID, N 5-6 ad art. 163 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 16-17 ad art. 163 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 31 intor ad art. 160-167 CPC.

⁸¹⁴ Le texte français n'est pas univoque sur ce point ; à sa lecture, l'on pourrait croire que le risque que la partie engage sa propre responsabilité civile en collaborant pourrait l'autoriser à refuser ; les versions allemande et italienne du texte sont cependant sans équivoque : CR CPC-JEANDIN, N 6 ad art. 163 CPC.

⁸¹⁵ Pour cette notion, cf. ci-dessous, N 311.

⁸¹⁶ CR CPC-JEANDIN, N 17-18 ad art. 165 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 17 ad art. 163 CPC ; cf. ci-dessous, N 314 s.

⁸¹⁷ Message CPC, p. 6927.

- car reposant sur des liens spécifiques préexistants avec une des parties et indépendants de la situation concrète⁸¹⁸ : la personne qui se prévaut de ce droit ne doit par conséquent pas motiver son refus, puisque le conflit de loyauté et d'intérêt que la collaboration entraînerait dans cette hypothèse est évident⁸¹⁹. Il lui suffit d'établir sa qualité de proche au sens de l'art. 165 CPC⁸²⁰.
- 312 Le tiers a également un droit de refus dans les situations prévues à l'art. 166 CPC. Le droit de refus prévu par cette disposition est *restreint*, puisque le tiers ne peut pas refuser totalement de collaborer, mais uniquement par rapport à certains « éléments factuels déterminés »⁸²¹. L'exercice du droit de refus restreint doit être motivé⁸²².
- 313 La disposition vise d'un côté d'empêcher qu'un tiers doive divulguer des éléments qui pourraient lui porter préjudice ou porter préjudice à un de ses proches (art. 166 al. 1 let. a CPC), de l'autre elle vise le respect des secrets professionnels ou de fonction. La liste de secrets permettant le refus de collaborer est sensiblement plus longue pour les tiers que pour les parties : l'on y trouve non seulement les secrets médical, d'avocat et de notaire, protégés par l'art. 321 CP, mais également le secret de fonction (art. 166 al. 1 let. c CPC), le droit des ombudsmans et des médiateurs de ne pas divulguer des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (art. 166 al. 1 let. d CPC) et le droit des journalistes de taire leurs sources (art. 166 al. 1 let. e CPC).
- 314 De plus, selon l'art. 166 al. 2 CPC, les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Il s'agit d'une disposition subsidiaire ayant pour but de protéger les secrets prévus par la loi, mais ne figurant pas à l'art. 166 al. 1 CPC⁸²³. Cette disposition vise en premier lieu les personnes tenues par le secret bancaire (art. 47 LB)⁸²⁴. Le droit fédéral connaît cependant encore une

⁸¹⁸ CR CPC-JEANDIN, N 3 ad art. 165 CPC ; cf. ci-dessous, N 314.

⁸¹⁹ Message CPC, p. 6927 ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 5 ad art. 165 CPC ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 165 CPC ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 45 N 127.

⁸²⁰ Message CPC, p. 6927.

⁸²¹ Message CPC, p. 6927 ; dans ce sens aussi : CR CPC-JEANDIN, N 1 ad art. 166 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 1 ad art. 166 CPC.

⁸²² Message CPC, p. 6927.

⁸²³ « Auffangtatbestand » ou « Auffangnorm » : BSK ZPO-SCHMID, N 16 ad art. 166 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 71 ad art. 166 CPC.

⁸²⁴ Message CPC, p. 6929 ; ATF 142 III 116, consid. 3.1.1 ; CR CPC-JEANDIN, N 25 ad art. 166 CPC.

panoplie d'autres secrets, également couverts par cette disposition⁸²⁵, notamment le secret professionnel en matière de recherche sur l'être humain (art. 321^{bis} CP) et le secret des postes et des télécommunications (art. 321^{ter} CP). Selon la doctrine, les titulaires d'un secret protégé par le droit cantonal devraient également bénéficier du droit de refuser de collaborer⁸²⁶.

Pour les titulaires d'un secret selon l'art. 166 al. 2 CPC (les tiers et parties, par le renvoi de l'art. 163 al. 2 CPC), le principe est inversé par rapport aux hypothèses de l'art. 166 al. 1 CPC : ils sont *obligés* de collaborer, à moins qu'ils ne rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité⁸²⁷. En ce qui concerne le secret bancaire, l'art. 47 al. 5 LB réserve les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner ou de témoigner en justice, dont l'art. 166 al. 2 CPC fait partie⁸²⁸. Le tribunal devra donc procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt à la découverte de l'état de fait pertinent et celui au maintien du secret invoqué⁸²⁹.

6.3. Le devoir d'information fondé sur le droit matériel

Il existe des situations dans lesquels une partie n'a non seulement aucun accès aux moyens de preuve lui permettant de prouver sa prétention, mais est dans l'inconnu de l'existence ou, à tout le moins, de l'étendue d'une prétention. Dans une telle situation, le devoir de collaborer selon l'art. 160 CPC ne lui est d'aucune utilité, puisqu'elle ne sera pas en mesure d'alléguer de manière suffisamment précise sa prétention et ne pourra donc pas ouvrir action avec de réelles chances de succès.

Pour certains cas dans lesquels cette situation se présente fréquemment, des devoirs d'information sont prévus par le droit matériel. Ainsi, le bailleur dispose de l'obligation de présenter au locataire sur demande le procès-verbal de sortie du bail précédent ou le montant du loyer payé par le locataire précédent de l'objet loué (art. 256a CO) ou encore de mettre à disposition du locataire les pièces

⁸²⁵ Pour une présentation plus complète, voir : Message CPC, p. 6927 ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 55 ad art. 166 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 71 ad art. 166 CPC.

⁸²⁶ BK ZPO-RÜETSCHI, N 57 ad art. 166 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 74 ad art. 166 CPC.

⁸²⁷ ATF 142 III 116, consid. 3.1.1 ; Message CPC, p. 6929 ; BSK ZPO-SCHMID, N 17 ad art. 166 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 75 ad art. 166 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 60 ad art. 166 CPC ; sur la notion de vraisemblance, cf. ci-dessus, N 233 s.

⁸²⁸ ATF 142 III 116, consid. 3.1.2.

⁸²⁹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 75 ad art. 166 CPC ; BRACHER, N 416 ss ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 60 ad art. 166 CPC.

justificatives des frais accessoires (art. 257*b* al. 2 CO). Ces devoirs d'information ont précisément pour but d'informer l'autre partie de faits potentiellement pertinents et permettent ainsi au bénéficiaire d'avancer des prétentions le cas échéant⁸³⁰. Contrairement au devoir de collaborer en vertu du droit de procédure, qui constitue une obligation envers les autorités judiciaires, l'obligation de droit matériel est une obligation d'un sujet de droit privé envers un autre⁸³¹. Le créancier de l'obligation de droit matériel peut agir par action séparée ; il peut également demander la production des documents visés en vertu de l'obligation de collaborer selon les art. 160 ss CPC⁸³².

⁸³⁰ GÖKSU, p. 93 ; LEUMANN LIEBSTER, p. 4.

⁸³¹ BRACHER, N 74 s. ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 21 ad art. 160 CPC.

⁸³² ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 22 ad art. 160 CPC ; BK ZPO-RÜETSCHI, N 22 ad art. 160 CPC.

Chapitre 7 : L'introduction des moyens de preuve dans la procédure

7.1. La problématique

À ce stade, il convient de se demander, de quelle manière les moyens de preuve sont introduits dans la procédure. Il s'agit en particulier d'analyser quelles sont les différentes phases dans l'introduction d'un moyen de preuve (7.2) et de quelle manière se déroulent l'introduction et l'intégration des moyens de preuve en vertu du Code de procédure civile (7.3). Ce dernier prévoit la possibilité d'administrer des preuves en tout temps, par la preuve à futur. Il convient de consacrer quelques paragraphes à cette institution (7.4). Au vu de l'importance particulière de la procédure de conciliation dans les procédures civiles en général et les procédures relatives au droit du bail en particulier, l'introduction des preuves dans la procédure de conciliation sera brièvement évoquée (7.5). 318

7.2. Les différentes phases de l'introduction d'un moyen de preuve

L'introduction d'un moyen de preuve dans la procédure se déroule en principe en trois phases⁸³³ : en fonction des allégués des parties, le tribunal désigne les objets de la preuve et répartit le fardeau subjectif de la preuve (*Beweisauflage* ou *Beweisverlegung*)⁸³⁴ ; chaque partie propose des moyens de preuve pour les faits pour lesquels elle supporte le fardeau subjectif de la preuve et les produit (*Beweisantrittung*)⁸³⁵. Par la suite, le tribunal procède à l'administration des 319

⁸³³ DIKE ZPO-LEU, N 5.

⁸³⁴ FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 1 ss ad § 136 ZPO-ZH.

⁸³⁵ DIKE ZPO-LEU, N 5 ss ad art. 154 CPC ; BÜHLER (Beweis), p. 80.

moyens de preuve (*Beweisabnahme*)⁸³⁶, c'est-à-dire qu'il prend les mesures nécessaires pour intégrer les moyens de preuve dans le dossier⁸³⁷ et prend connaissance des moyens de preuve⁸³⁸.

- 320 Dans ce plan, l'introduction des moyens de preuve suit donc la phase des allégués : en fonction des faits allégués par les parties lors des débats, le tribunal décide des objets de la preuve et répartit le fardeau subjectif de la preuve⁸³⁹.
- 321 La plupart des codes de procédure cantonaux prévoyaient cependant un avancement de l'introduction des moyens de preuve durant la phase des débats (*Beweisverbindung*)⁸⁴⁰. Il en allait ainsi p. ex. du code bernois (art. 157 ch. 5 CPC-BE), saint-gallois (art. 161 let. f ZPO-SG) ou vaudois (art. 262 al. 2 let. c CPC-VD), qui prévoyaient que les parties devaient proposer les moyens de preuve dans leur demande, respectivement leur réponse. Seul le code zurichois aménageait l'introduction des moyens de preuve dans le procès de manière assez proche du schéma décrit ci-dessus⁸⁴¹ : la procédure civile zurichoise prévoyait dans un premier temps une décision du tribunal sur les sujets de la preuve et la répartition du fardeau (*Beweisauflagebeschluss*, § 136 ZPO-ZH). Ensuite, les parties proposaient, respectivement produisaient leurs moyens de preuve (*Beweisantragungsschrift*, § 137 ZPO-ZH) et, une fois que les parties avaient désigné, respectivement transféré, les moyens de preuve au tribunal, le tribunal rendait une décision sur l'acceptation ou le refus des différents moyens présentés (*Beweisabnahmebeschluss*, § 140 ZPO-ZH).
- 322 Quoi qu'il en soit, il faut définir un moment à partir duquel les parties ne peuvent plus proposer, requérir ou déposer de nouveaux moyens de preuve. Autrement, chaque partie pourrait invoquer de nouveaux moyens tant que le tribunal n'a pas tranché et, par cela, prolonger abusivement la procédure⁸⁴². Lorsque la maxime des débats est applicable, *la maxime éventuelle* impose un temps limite avant lequel les parties doivent invoquer les arguments et moyens de preuve⁸⁴³. Cette maxime postule que les parties doivent invoquer immédiatement l'ensemble des arguments et moyens de preuve dès leur première prise de position⁸⁴⁴ – y compris les arguments subsidiaires qu'elles réservent pour le cas où

⁸³⁶ DIKE ZPO-LEU, N 5 ad art. 154 CPC.

⁸³⁷ HUNZIKER-BLUM, p. 291.

⁸³⁸ METZGER, p. 101.

⁸³⁹ DIKE ZPO-LEU, N 7 ad art. 154 CPC ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 1 ad § 136 ZPO-ZH.

⁸⁴⁰ BÜHLER (Beweis), p. 80.

⁸⁴¹ Cf. N 318.

⁸⁴² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 37 ; BSK ZPO-DOLGE, N 16 ad art. 183 CPC.

⁸⁴³ SUTTER-SOMM, N 367 et 370 ; MORDASINI-ROHNER, N 60.

⁸⁴⁴ BOHNET (Procédure civile), N 879.

leurs arguments principaux ne seraient pas suivis par le tribunal⁸⁴⁵ – sous peine de forclusion⁸⁴⁶.

La maxime éventuelle provient du droit commun ; elle était inconnue en droit romain. Ses origines remontent au dernier recès impérial (*Jüngster Reichsabschied*) de la diète de Ratisbonne de 1653/54⁸⁴⁷.

Une fois ce temps limite dépassé, le tribunal décide quels moyens de preuve proposés respectivement produits par les parties seront administrés⁸⁴⁸. 323

En procédure de droit commun, le tribunal rendait, après la phase des débats, soit un jugement final inconditionnel, si aucun élément de l'état de fait n'était contesté, ou, dans le cas contraire, un *Beweisurteil* ou *Beweisinterlokut*, soit un jugement conditionnel dans lequel le tribunal admet ou rejette les prétentions des parties à condition qu'elles prouvent certains faits déterminés⁸⁴⁹. Ce jugement conditionnel déterminait le sujet de la preuve et répartissait le fardeau de la preuve⁸⁵⁰, mais ne se prononçait pas sur les moyens de preuve admis ou rejetés⁸⁵¹. Ceux-ci étaient d'ailleurs uniquement apportés par les parties après la notification du *Beweisinterlokut*⁸⁵². Ce dernier n'était pas susceptible de modification en cours de procédure⁸⁵³. Les racines de cette institution remontent à la procédure de droit germanique, dans laquelle la preuve était un droit réservé à l'une des parties. Par le *Beweisinterlokut* du droit germanique, le tribunal avait attribué ce droit à l'une ou à l'autre des parties⁸⁵⁴.

7.3. La solution prévue par le Code de procédure civile

À l'instar de la plupart des codes cantonaux antérieurs, le Code de procédure civile avance la production des moyens de preuve dans la phase des allégués⁸⁵⁵ : les parties doivent en principe proposer, respectivement produire leurs moyens de preuve dans leurs écritures (7.3.1), puis le tribunal rend une ordonnance de preuve (art. 154 CPC) dans laquelle il statue sur les moyens de preuve admis et détermine pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve (7.3.2), avant d'administrer les moyens de preuve (7.3.3). 324

⁸⁴⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 38.

⁸⁴⁶ MORDASINI-ROHNER, N 61.

⁸⁴⁷ BÜLOW, p. 160 s.

⁸⁴⁸ HABSCHIED, p. 428 ; § 140 ZPO-ZH.

⁸⁴⁹ BÜLOW, p. 212 ; ALTHAUS, p. 17.

⁸⁵⁰ BÜLOW, p. 212.

⁸⁵¹ ALTHAUS, p. 17 et 22.

⁸⁵² BÜLOW, p. 213.

⁸⁵³ ALTHAUS, p. 19.

⁸⁵⁴ ALTHAUS, p. 16.

⁸⁵⁵ BÜHLER (Beweis), p. 80.

7.3.1. Proposition et production des moyens de preuve

7.3.1.1. En procédure ordinaire

- 325 En procédure ordinaire, la demande doit contenir les allégués de faits sur lesquels la partie demanderesse fonde sa prétention (art. 221 al. 1 let. d CPC), ou plus précisément, les faits qui forment les éléments constitutifs de la norme dont la partie demanderesse déduit son droit⁸⁵⁶. La demande doit également contenir *l'indication de moyens de preuve* pour chaque allégation (art. 221 al. 1 let. e CPC) : le tribunal doit être en mesure de comprendre quel moyen de preuve est offert en relation avec quelle allégation⁸⁵⁷. Les moyens de preuve requis doivent être « liés » aux allégués de manière à ce qu'il soit clair, pour chaque moyen de preuve offert, quel(s) fait(s) il est censé prouver⁸⁵⁸.
- 326 Les titres disponibles doivent être joints à la demande (art. 221 al. 1 let. c CPC). De plus, la partie demanderesse doit établir un bordereau des moyens de preuve invoqués, qu'elle joindra également à la demande (art. 221 al. 2 let. d CPC).
- 327 La *réponse* est soumise aux mêmes exigences de forme que la demande. La partie défenderesse expose dans sa réponse, quels faits parmi ceux allégués par la partie demanderesse elle conteste et lesquels elle admet (art. 222 al. 2 CPC).
- 328 Bien que le Code de procédure civile ne mentionne pas expressément la maxime éventuelle, il y soumet la procédure ordinaire : les parties sont censées invoquer en une fois – soit dans la demande pour la partie demanderesse et dans la réponse pour la partie défenderesse – tous leurs moyens de fait et de preuve, même subsidiaires⁸⁵⁹. Le Code de procédure civile garantit toutefois aux parties un « droit à une deuxième chance »⁸⁶⁰, si bien qu'une violation de cette exigence peut être corrigée et reste, dans un premier temps, sans véritable sanction⁸⁶¹. Le moment jusqu'auquel la partie dispose de sa deuxième chance varie en fonction du déroulement de la procédure : si le tribunal ordonne un deuxième échange d'écritures, les parties disposent de leur deuxième chance dans leur réplique, respectivement leur duplique ; si tel n'est pas le cas, mais que le tribunal a fixé une audience de débats d'instruction au sens de l'art. 226 CPC, les parties disposent de leur deuxième chance jusqu'à la fin de celle-ci (art. 229 al. 2 CPC *a contrario*). Si la procédure s'est déroulée sans deuxième échange d'écritures ni

⁸⁵⁶ BSK ZPO-WILLISEGGER, N 27 ad art. 221 CPC.

⁸⁵⁷ ATF 144 III 54, consid. 4.2.2 ; CR CPC-TAPPY, N 22 ad art. 221 CPC.

⁸⁵⁸ ZK ZPO-LEUENBERGER, N 51 ad art. 221 CPC.

⁸⁵⁹ CR CPC-TAPPY, N 19 ad art. 221 CPC.

⁸⁶⁰ Cf. ci-dessus, N 169.

⁸⁶¹ CR CPC-TAPPY, N 19 ad art. 221 CPC.

débats d'instructions, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC)⁸⁶². Une fois la deuxième chance passée (ce moment est désigné en allemand par le terme d'*Aktenschluss*), les parties ne peuvent apporter de nouveaux moyens qu'à des conditions très restrictives, prévues à l'art. 229 al. 1 CPC⁸⁶³.

Lors de la rédaction de la demande respectivement de la réponse, les parties doivent garder en tête leurs *incombances procédurales*⁸⁶⁴. 329

Ainsi, la partie demanderesse doit respecter *le fardeau de l'allégation* : il lui incombe d'alléguer, dans sa demande, les faits pertinents en indiquant ses traits ou contours essentiels qui les caractérisent usuellement dans la vie courante⁸⁶⁵. Elle doit exposer les faits de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse motiver sa contestation ou administrer la preuve contraire (*Substanziierungslast*)⁸⁶⁶. La partie défenderesse doit contester, dans sa réponse⁸⁶⁷, les faits invoqués par la partie demanderesse de façon suffisamment précise pour permettre à celle-ci de déterminer lesquels de ses allégués exactement sont contestés (*substanziertes Bestreiten*). En effet, comme décrit ci-dessus⁸⁶⁸, seuls les faits *contestés* forment l'objet de la preuve. Si la partie défenderesse omet de contester un fait, ce dernier est considéré comme reconnu et aucune preuve à son sujet ne sera administrée en principe : le *fardeau de la contestation* lui incombe.

Les parties doivent aussi se poser la question de leur *fardeau de la preuve* (objectif et subjectif)⁸⁶⁹ : c'est dans la demande respectivement la réponse qu'elles sont censées invoquer les moyens de preuve à l'appui des faits qu'elles allèguent, respectivement, s'il s'agit de titres dont elles disposent, les produire.

⁸⁶² Sur le tout, voir p. ex. : CR CPC-TAPPY, N 18 ss ad art. 229 CPC ; MEIER (Thèse), N 82 ss ; ZK ZPO-LEUENBERGER, N 4 ss ad art. 229 CPC ; à noter que si le tribunal ordonne un deuxième échange d'écritures et qu'une partie y renonce, elle renonce à sa deuxième chance et ne peut alléguer des faits nouveaux et apporter de nouveaux moyens de preuve à l'audience d'instruction: TF, arrêt du 31.01.2018, 4A_494/2017, consid. 2.4.2.

⁸⁶³ ZK ZPO-LEUENBERGER, N 4a ad art. 229 CPC.

⁸⁶⁴ Cf. ci-dessus, N 89 ss.

⁸⁶⁵ ATF 136 III 322, consid. 3.4.2, JdT 2011 II 537 ; TF, arrêt du 27.11.2014, 4A_195/2014, 4A_197/2014, consid. 7.3.2, non publié in : ATF 140 III 602.

⁸⁶⁶ ATF 127 III 365, consid. 2b, JdT 2001 I 390 ; ATF 117 II 113, consid. 2, JdT 1992 I 307 ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 164.

⁸⁶⁷ ZK ZPO-LEUENBERGER, N 20 ad art. 222 CPC.

⁸⁶⁸ Cf. N 96 ss.

⁸⁶⁹ Pour le fardeau de la preuve objectif, cf. ci-dessus N 174 ss ; pour le fardeau de la preuve subjectif, cf. ci-dessus, N 213 ss.

7.3.1.2. En procédure simplifiée

- 330 Pour ce qui est de la procédure simplifiée, les conditions pour l'allégation et la proposition de moyens de preuves sont moins strictes. Le Code de procédure civile permet à la partie demanderesse de déposer une demande non motivée (art. 244 al. 2 CPC), même par oral (art. 244 al. 1 CPC). La partie demanderesse peut se contenter d'une description de l'objet du litige (art. 244 al. 1 let. c CPC), soit d'un exposé succinct permettant d'identifier à quelle prétention correspond une conclusion⁸⁷⁰. Il devra en principe joindre à sa requête les titres disponibles nécessaires afin de prouver les faits pertinents pour la prétention invoquée (art. 244 al. 3 let. c CPC), respectivement les déposer au greffe du tribunal lorsqu'il s'y rend pour dicter la requête au procès-verbal⁸⁷¹. Elle n'a toutefois pas l'incombance de « découper » l'état de fait en allégués précis et d'indiquer, pour chaque allégué, un moyen de preuve⁸⁷² ni d'offrir des moyens de preuve dans sa requête⁸⁷³.
- 331 Si la partie demanderesse dépose une requête non motivée, le tribunal la notifie à la partie défenderesse et convoque les parties à l'audience (art. 245 al. 1 CPC). En début d'audience, la partie demanderesse motive sa requête, c'est-à-dire qu'elle allègue les faits et propose les moyens de preuve⁸⁷⁴. La partie défenderesse répond oralement⁸⁷⁵, c'est-à-dire qu'elle indique si elle conteste ou admet les faits, allègue à son tour des faits et propose des moyens de preuve. C'est dans ce cadre que se manifeste le devoir d'interpellation renforcé prévu par l'art. 247 al. 1 CPC pour les affaires soumises à la procédure simplifiée avec maxime des débats : les questions du tribunal doivent aider les parties à alléguer les faits et à proposer des moyens de preuve de manière correcte et complète⁸⁷⁶.
- 332 Lorsque la partie demanderesse a déposé une demande motivée, le tribunal donne à la partie défenderesse l'occasion de prendre position par écrit et lui fixe un délai à cet effet (art. 245 al. 2 CPC). La requête est « motivée » lorsqu'elle est conforme à l'incombance de motivation suffisante, que l'état de fait est présenté sous la forme d'allégués et que les moyens de preuve sont indiqués pour

⁸⁷⁰ CR CPC-TAPPY, N 12 ad art. 244 CPC ; dans ce sens aussi : ZK ZPO-HAUCK, N 6 ad art. 244 CPC.

⁸⁷¹ CR CPC-TAPPY, N 21 ad art. 244 CPC ; BK ZPO II-KILLIAS, N 31 ad art. 244 CPC.

⁸⁷² Message CPC, p. 6955 ; CR CPC-TAPPY, N 15 ad art. 244 CPC ; ZK ZPO-HAUCK, N 12 ad art. 244 CPC ; BK ZPO II-KILLIAS, N 31 ad art. 244 CPC .

⁸⁷³ Message CPC, p. 6955 ; CR CPC-TAPPY, N 15 ad art. 244 CPC ; ZK ZPO-HAUCK, N 14 ad art. 244 CPC.

⁸⁷⁴ BSK ZPO-MAZAN, N 13 ad art. 245 CPC ; BK ZPO-KILLIAS, N 13 ad art. 246 CPC.

⁸⁷⁵ CR CPC-TAPPY, N 3 ad art. 245 CPC ; BSK ZPO-MAZAN, N 13 ad art. 245 CPC ; BK ZPO-KILLIAS, N 13 ad art. 246 CPC.

⁸⁷⁶ CR CPC-TAPPY, N 5 ad art. 247 CPC.

chaque allégué⁸⁷⁷. Étant donné que la procédure simplifiée se veut rapide et accessible aux personnes sans connaissances juridiques, les conditions de forme pour cette prise de position ne sauraient être particulièrement strictes. En particulier, l'on ne saurait exiger qu'elle satisfasse aux conditions de la « réponse » au sens de l'art. 222 CPC⁸⁷⁸. En réalité, les exigences de forme s'appliquant à la prise de position sont celles prévues pour la demande facilitée (art. 244 CPC) par analogie⁸⁷⁹.

Le Code de procédure civile ne contient pas de précisions au sujet de l'application de la maxime éventuelle en procédure simplifiée. Il convient d'appliquer les règles de la procédure ordinaire par analogie (art. 219 CPC). Chaque partie dispose de « deux chances » d'alléguer des faits et de proposer des moyens de preuve sans restriction⁸⁸⁰. Si la partie demanderesse dépose une requête non motivée (ou que sommairement motivée), celle-ci n'est pas prise en compte. Les parties utilisent leur « première chance » lors de l'audience seulement⁸⁸¹. En revanche, lorsque la partie demanderesse dépose une requête motivée (c'est-à-dire remplissant les critères d'une demande de procédure ordinaire), celle-ci constitue la « première chance »⁸⁸².

Le tribunal peut ordonner un deuxième échange d'écritures ou une audience d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ; dans ce cas, la deuxième chance sera accordée, comme en procédure ordinaire, lors du deuxième échange d'écritures respectivement lors de l'audience d'instruction⁸⁸³. Si la procédure a lieu entièrement par oral, il convient d'accorder aux parties une deuxième chance à l'ouverture des débats principaux au sens de l'art. 245 CPC (art. 229 al. 2 CPC), et cela avant les premières plaidoiries des parties⁸⁸⁴.

Lorsque la maxime inquisitoire sociale ou pure est applicable, le tribunal doit en principe prendre en compte tous les faits pertinents établis lors des débats, même non allégués ; les parties sont toutefois soumises à un devoir de collaborer⁸⁸⁵. Les faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être introduits jusqu'aux

⁸⁷⁷ BSK ZPO-MAZAN, N 11 ad art. 245 CPC.

⁸⁷⁸ CR CPC-TAPPY, N 7 ad art. 245 CPC ; BSK ZPO-MAZAN, N 17 ad art. 245 CPC ; BK ZPO-KILLIAS, N 10 ad art. 245 CPC.

⁸⁷⁹ ZK ZPO-HAUCK, N 6a ad art. 245 CPC.

⁸⁸⁰ ENGLER, p. 227 s.

⁸⁸¹ OGer ZH, arrêt du 23.06.2016, NP 150030, consid. II 3.2.2 ; ENGLER, p. 228.

⁸⁸² ATF 140 III 312, consid. 6 ; *contra* : ENGLER, p. 228.

⁸⁸³ MEIER (Thèse), N 90.

⁸⁸⁴ MILANI, N 67 ; voir aussi : CPra Bail-BOHNET, N 24 ad art. 243-247 CPC.

⁸⁸⁵ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

délibérations du tribunal (art. 229 al. 3 CPC), soit jusqu'à la clôture des débats, intervenant à la fin des plaidoiries⁸⁸⁶.

7.3.2. Décision du tribunal sur les moyens de preuve admis et refusés

- 336 Nous avons vu que le Code de procédure civile prévoit le principe de la *Beweisverbindung* : les parties doivent en principe proposer et produire les moyens de preuve durant la phase des débats, à savoir dans leurs écritures⁸⁸⁷. Le tribunal ne décide donc avant la production des moyens de preuve ni des objets de la preuve, ni de la répartition du fardeau subjectif de la preuve, ni de l'admissibilité des moyens de preuve. Il est néanmoins indispensable que le tribunal trie les moyens de preuve proposés par les parties ; il doit refuser l'administration de moyens inutiles, soit ceux visant à prouver des faits qui ne forment pas l'objet d'une preuve⁸⁸⁸. Avant de procéder à l'administration des moyens de preuve qui sont offerts ou requis par les parties, le tribunal doit donc décider, quels moyens de preuve il admet et quels moyens il refuse d'administrer⁸⁸⁹, décision qui suppose l'identification des faits qui devront faire l'objet d'une preuve : le tribunal doit procéder à une analyse du droit de fond pour décider du caractère pertinent ou non des faits allégués et constater si les faits pertinents sont contestés ou non⁸⁹⁰.
- 337 Cette décision est prise par *ordonnance de preuve* : dans la procédure selon le Code de procédure civile, le tribunal rend une ordonnance de preuve dans laquelle il désigne en particulier les moyens de preuve qu'il admet et détermine pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve (art. 154 CPC).
- 338 Dans l'ordonnance de preuve, le tribunal statuera sur les objets de preuve⁸⁹¹, le fardeau de la preuve⁸⁹² ainsi que les moyens de preuve⁸⁹³. Même si la lettre de l'art. 154 CPC ne le prévoit pas, l'ordonnance de preuve mentionne également

⁸⁸⁶ CPra Bail-BOHNET, N 25 ad art. 243-247 CPC.

⁸⁸⁷ Ci-dessus, N 324.

⁸⁸⁸ Ainsi : DIKE ZPO-LEU, N 28 ad art. 154 CPC ; ALTHAUS, p. 9 ; pour l'objet de la preuve, voir ci-dessus, N 75 ss.

⁸⁸⁹ HABSCHEID, p. 428.

⁸⁹⁰ ALTHAUS, p. 7 ; ainsi aussi : BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 4 ad art. 154 CPC.

⁸⁹¹ Cf. ci-dessus, N 75 ss.

⁸⁹² Cf. ci-dessus, N 174 ss.

⁸⁹³ BSK ZPO-GUYAN, N 2 ad art. 154 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 47 ss ad art. 154 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 7 ss ad art. 154 CPC ; GUYAN, p. 4 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 12 ss ad art. 154 CPC.

les moyens de preuve que le tribunal *refuse* d'administrer⁸⁹⁴. Le texte légal ne mentionne pas expressément la détermination de l'objet de la preuve. Cependant, comme nous l'avons vu, statuer sur l'objet de la preuve est une condition nécessaire pour identifier les moyens de preuve pertinents et donc statuer sur l'admissibilité des moyens de preuve requis⁸⁹⁵. En ce qui concerne la détermination de la partie à qui incombe la preuve ou la contre-preuve, il est discuté en doctrine s'il est fait allusion au fardeau objectif⁸⁹⁶ ou subjectif de la preuve⁸⁹⁷ ou aux deux⁸⁹⁸ ou si le tribunal ne doit pas procéder de façon schématique en se prononçant sur le fardeau objectif ou subjectif de la preuve, mais dispose d'une marge de manœuvre lui permettant de rendre une ordonnance de preuve adaptée au dossier à traiter, se prononçant ou ne se prononçant pas sur l'un ou l'autre des éléments⁸⁹⁹.

L'ordonnance de preuve constitue une décision d'instruction au sens de l'art. 124 CPC, qui est susceptible de modification « en tout temps » avant le jugement final⁹⁰⁰ : l'ordonnance de preuve ne lie donc le tribunal ni par rapport au caractère pertinent des faits ni par rapport à la répartition du fardeau de la preuve. Le tribunal peut donc en tout temps rendre une ordonnance de preuve modifiée⁹⁰¹. L'ordonnance de preuve n'a en principe pas besoin d'être motivée⁹⁰². Cependant, si le tribunal refuse d'administrer un moyen de preuve, ce refus doit être motivé⁹⁰³ afin de permettre à la partie concernée d'attaquer cette décision⁹⁰⁴ ; une motivation orale, retranscrite dans ses points essentiels au procès-verbal, est suffisante⁹⁰⁵. 339

Le fait que la maxime inquisitoire sociale soit applicable ne délie pas le tribunal de l'obligation de rendre une ordonnance de preuve, sujette à recours, avant de 340

⁸⁹⁴ BSK ZPO-GUYAN, N 5 ad art. 154 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 15 ad art. 154 CPC ; *contra* : LEUENBERGER, p. 110.

⁸⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 336.

⁸⁹⁶ Dans ce sens : BSK ZPO-GUYAN, N 2 ad art. 154 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 86 ad art. 154 CPC ; GUYAN, p. 5 s.

⁸⁹⁷ Dans ce sens : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 140a ; LEUENBERGER, p. 110 s.

⁸⁹⁸ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 18 ss ad art. 154 CPC.

⁸⁹⁹ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 18 ss ad art. 154 CPC et les réf. ; SUTTER-SOMM, N 888.

⁹⁰⁰ CR CPC-SCHWEIZER, N 11 s. ad art. 154 CPC ; BSK ZPO-GUYAN, N 9 ad art. 154 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 31 ad art. 154 CPC.

⁹⁰¹ BSK ZPO-GUYAN, N 7-8 ad art. 154 CPC.

⁹⁰² BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 154 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 174 ad art. 154 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 32 ad art. 154 CPC.

⁹⁰³ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 15 ad art. 154 CPC ; ZPO-HASENBÖHLER, N 32 ad art. 154 CPC.

⁹⁰⁴ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 32 ad art. 154 CPC.

⁹⁰⁵ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 32 ad art. 154 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 176 ad art. 154 CPC.

procéder à l'administration des preuves : les parties ont droit à une ordonnance de preuve, en vertu de leur droit d'être entendues⁹⁰⁶.

7.3.3. Administration des preuves

- 341 Une fois que le tribunal a trié les moyens de preuve proposés, il procède à l'administration des preuves. Ce terme, utilisé aux art. 155 et 231 CPC, désigne deux étapes différentes : dans une première, le tribunal prend les mesures nécessaires pour intégrer les moyens de preuve dans le dossier : il donne le mandat à un expert, convoque les témoins, etc. (*Beweiserhebung* ou *Beweisaufnahme*)⁹⁰⁷ ; dans une deuxième phase, le tribunal prend connaissance des moyens de preuve (*Beweisabnahme*)⁹⁰⁸ – donc lit l'expertise, interroge les témoins et les parties, procède à l'inspection, etc.⁹⁰⁹. Les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves par le tribunal. Il s'agit d'un élément de leur droit d'être entendues⁹¹⁰, qui est expressément mentionné à l'art. 155 al. 3 CPC. Selon l'art. 155 CPC, l'administration des preuves peut être déléguée par le tribunal à un ou plusieurs de ses membres (al. 1), à moins que l'une des parties ne fasse valoir de justes motifs pour requérir l'administration par l'ensemble du tribunal (al. 2)⁹¹¹. Une délégation est admissible pour la première phase (*Beweiserhebung*), mais non pour la deuxième (*Beweisabnahme*)⁹¹².
- 342 En *procédure ordinaire*, le tribunal procède en principe à l'administration des preuves durant les débats principaux. En effet, ceux-ci se subdivisent en trois éléments : les premières plaidoiries (art. 228 CPC), l'administration des preuves (art. 231 CPC) et les plaidoiries finales (art. 232 CPC)⁹¹³. Le législateur est parti du principe que les débats principaux sont à liquider en une seule audience, même si le texte de la loi ne le dit pas expressément⁹¹⁴. Toutefois, en fonction

⁹⁰⁶ TF, arrêt du 30.05.2017, 4A_108/2017, consid. 3.1.

⁹⁰⁷ HUNZIKER-BLUM, p. 291 ; SCHWEIZER parle à ce sujet d'administration de la preuve *stricto sensu*, soit les « modalités pratiques, ou l'intendance » : CR CPC-SCHWEIZER, N 3 ad art. 155 CPC.

⁹⁰⁸ METZGER, p. 101.

⁹⁰⁹ HUNZIKER-BLUM, p. 291.

⁹¹⁰ Message CPC, p. 6924 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 12 ad art. 155 CPC ; BSK ZPO-GUYAN, N 14 ad art. 155 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 24 ad art. 155 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 11 ad art. 155 CPC.

⁹¹¹ Pour la notion de « justes motifs » au sens de l'art. 155 al. 2 CPC, voir : CR CPC-SCHWEIZER, N 9 ss ad art. 155 CPC, ainsi que BSK ZPO-GUYAN, N 7 ss ad art. 155 CPC.

⁹¹² HUNZIKER-BLUM, p. 291 s.

⁹¹³ CR CPC-TAPPY, N 3 ad art. 228 CPC ; BK ZPO-KILLIAS, N 3 ad art. 228 CPC ; ZK ZPO-LEUENBERGER, N 1 ad art. 228 CPC.

⁹¹⁴ ZK ZPO-LEUENBERGER, N 2 ad art. 231 CPC.

de la complexité de l'affaire, les débats principaux peuvent faire l'objet de plusieurs audiences et s'étaler sur une période relativement longue⁹¹⁵. Cela dit, le tribunal peut ordonner en tout temps des débats d'instruction, dans lesquels il peut également procéder à l'administration des preuves (art. 226 CPC). Rappelons que le tribunal ne peut procéder qu'à l'administration des moyens de preuve indiqués dans une ordonnance de preuve rendue et notifiée aux parties préalablement⁹¹⁶.

En *procédure simplifiée*, l'administration des moyens de preuve a également lieu lors des débats principaux. Le Code de procédure civile part du principe qu'en procédure simplifiée, l'affaire puisse être liquidée en une seule et même audience : les parties allèguent les faits, présentent les moyens de preuve et le tribunal administre ces derniers lors d'une seule et même audience et rend son jugement séance tenante. Le tribunal prend les mesures nécessaires à cette fin (art. 246 al. 1 CPC), souvent par ordonnance de preuve⁹¹⁷. Le législateur lui-même savait que ce but n'était que rarement atteignable, car cela suppose que la situation juridique et l'état de fait soient simples⁹¹⁸ et que l'état de fait litigieux ne nécessite pas l'administration de moyens de preuve autres que des titres⁹¹⁹. Il faut de plus que les parties aient déposé une demande, respectivement réponse, au moins sommairement motivées et proposé des moyens de preuve avant l'audience : le tribunal doit rendre une ordonnance de preuve ; une telle ne fait cependant sens qu'à partir du moment où les parties ont allégué, respectivement contesté, les faits et proposé de moyens de preuve⁹²⁰.

7.4. La preuve à futur

7.4.1. Problématique

En principe, le tribunal administre uniquement des moyens de preuve dans un litige déjà pendant⁹²¹, et cela après l'échange d'écritures des parties, c'est-à-dire dans un stade avancé de la procédure.

⁹¹⁵ CR CPC-TAPPY, N 4 ad art. 228 CPC.

⁹¹⁶ TF, arrêt du 30.05.2017, 4A_108/2017, consid. 3.1.

⁹¹⁷ CR CPC-TAPPY, N 7 ad art. 246 CPC.

⁹¹⁸ Message CPC, p. 6955 ; CPC-TAPPY, N 3 ad art. 246 CPC ; ZK ZPO-HAUCK, N 2 ad art. 246 CPC.

⁹¹⁹ ZK ZPO-HAUCK, N 2 ad art. 246 CPC.

⁹²⁰ DIKE ZPO-LEU, N 46 ad art. 154 CPC ; ZK ZPO-HAUCK, N 4 ad art. 245 CPC ; HASENBÖHLER (Beweisrecht), N 3.59.

⁹²¹ Message CPC, p. 6924 ; ainsi aussi : BOHNET (Procédure civile), N 1530.

C'était déjà ainsi en procédure de droit commun où, comme nous venons de le voir⁹²², le tribunal rendait un *Beweisinterlokt* sur la base des allégués des parties et procédait seulement après à l'administration des preuves. Les procédures cantonales prévoyaient également *d'abord* la phase de l'allégation et *ensuite* l'administration des preuves⁹²³. En application du Code de procédure civile, le tribunal administre les moyens de preuve lors des débats principaux (art. 231 CPC) ou éventuellement lors de débats d'instruction (art. 226 al. 3 CPC)⁹²⁴.

- 345 Cependant, certains moyens de preuve sont soumis à un risque de dégradation. Il en va ainsi d'un témoin mourant ou d'un immeuble qui risque de s'effondrer⁹²⁵. Si, pour procéder à leur administration, l'on attendait le moment déterminé en procédure, ces moyens auraient disparu ou seraient devenus inexploitable⁹²⁶. Les lois de procédure prévoient dès lors depuis longtemps la possibilité de procéder à l'administration des preuves en tout temps si un moyen de preuve risque de disparaître⁹²⁷.

De plus, le droit de fond attribuait – et attribue toujours – dans certains cas un droit à la constatation d'un état de fait en dehors du procès, notamment en droit des contrats (art. 202, 204 al. 2, 367 al. 2 et 427 al. 1, 445 al. 1, 453 al. 1 CO) ainsi qu'en droit de la propriété intellectuelle (p. ex. 59 al. 1 let. a LPM ; art. 38 al. 2 let. a LDes ; art. 65 al. 2 let. a LDA ; art. 77 al. 1 let. a LBI)⁹²⁸. Leur but est également la conservation des moyens de preuve⁹²⁹. Toutefois, le droit du bail ne prévoit aucune disposition de ce type⁹³⁰.

- 346 Le risque de disparition de moyens de preuve n'est pas la seule cause ayant amené le législateur à prévoir une procédure de preuve à futur. Ce moyen permet également à une partie de vérifier les chances de succès d'une éventuelle action future, si elle a lieu avant l'introduction de l'action en justice. En effet, dans cette hypothèse, le résultat de l'administration de la preuve à futur permet à une partie de décider s'il vaut la peine d'ouvrir action ou non⁹³¹. Ainsi, il s'agit d'un outil permettant d'éviter des procédures vouées à l'échec et contribue à l'économie de procédure⁹³². La plupart des cantons prévoyaient la possibilité

⁹²² Cf. ci-dessus, N 323.

⁹²³ P. ex. art. 167 ss ZPO-AG ; 156 ss CPC-BE ; art. 108 ss ZPO-ZH.

⁹²⁴ BOHNET (Procédure civile), N 1530.

⁹²⁵ Message CPC, p. 6925 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 2 ad art. 158 CPC ; SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 4.

⁹²⁶ HABSCHEID, p. 430 s.

⁹²⁷ Ainsi, la procédure coutumière neuchâteloise connaissait déjà la preuve à futur : OSTERVALLD, p. 408.

⁹²⁸ À ce sujet, voir : SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 17.

⁹²⁹ Voir p. ex. CR CO I-CHAIX, N 16 ad art. 367 CO et réf. ; ZK OR-BÜHLER, N 45 ad art. 367 CO ; ATF 96 II 266, consid. 2.

⁹³⁰ FRESE/KOBEL, p. 96, note 34.

⁹³¹ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 9 ad art. 157 CPC.

⁹³² Message CPC, p. 6925 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 4 et 9 ad art. 157 CPC.

d'administrer des preuves en tout temps uniquement en cas de risque de disparition du moyen de preuve, mais non pour la vérification des chances de succès⁹³³. Une telle possibilité était en revanche prévue à Berne⁹³⁴, et à Bâle-Ville⁹³⁵ ainsi que, avec des restrictions, dans les cantons de Vaud⁹³⁶ et de Bâle-Campagne⁹³⁷.

7.4.2. Solution retenue en droit suisse actuel

Selon l'art. 158 CPC, une partie peut requérir l'administration des preuves en tout temps dans trois hypothèses : si la loi lui en donne le droit (al. 1 let. a), si les preuves risquent de disparaître (al. 1 let. b, 1^{re} hypothèse) ou si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne de protection (al. 1 let. b, 2^e hypothèse). « En tout temps » signifie *avant* l'introduction de la procédure ou *pendant* celle-ci. Le tribunal ne procédera cependant pas à une *appréciation* des preuves à ce stade⁹³⁸. La procédure de preuve à futur est régie par les dispositions sur les mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC ; art. 261 ss CPC). 347

La première hypothèse vise la situation, déjà mentionnée⁹³⁹, où le droit matériel permet à une partie d'exiger l'administration d'un moyen de preuve indépendamment d'une procédure au fond⁹⁴⁰. Notons qu'avec l'introduction du Code de procédure civile, le législateur a abrogé certaines de ces dispositions de droit de fond (p. ex. art. 28c à 28f CC ; art. 14 LCD ; art. 17 LCart) et en a modifié certaines lorsque les dispositions du Code de procédure civile sur les mesures provisionnelles sont inadaptées à la matière en question (p. ex. art. 59 al. 1 let. a LPM ; art. 65 al. 2 let. a LDA)⁹⁴¹. 348

⁹³³ P. ex. § 209 al. 1 ZPO-AG, art. 199 al. 1 let. a ZPO-SG, art. 248 al. 1 CPC-VD, § 231 ZPO-ZH : SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 5.

⁹³⁴ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 1a ad art. 222 CPC-BE ; SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 5.

⁹³⁵ SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 5 ; STAEHELIN/SUTTER, § 14 N 111 ; arrêt du Tribunal d'appel de Bâle-Ville du 14 avril 1950, RSJ 47, p. 279-280.

⁹³⁶ « Expertise hors procès », art. 249 al. 1 CPC-VD : SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 5 ; POUDRET/HALDY/TAPPY, N 1 ss ad art. 249 CPC-VD.

⁹³⁷ En matière de responsabilité civile uniquement (§ 190 al. 2 ZPO-BL) : STAEHELIN/ SUTTER, § 14 N 111.

⁹³⁸ BSK ZPO-GUYAN, N 1 ad art. 158 CPC ; pour l'appréciation des preuves, cf. ci-dessous, N 357 ss.

⁹³⁹ Ci-dessus, N 346.

⁹⁴⁰ BSK ZPO-GUYAN, N 2 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-FELLMANN, N 11 ad art. 158 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 6 ad art. 157 CPC.

⁹⁴¹ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 51 N 267 ; ZK ZPO-FELLMANN, N 9 ad art. 158 CPC.

- 349 La deuxième hypothèse vise le cas classique de la mise en danger de moyens de preuve. La « mise en danger » peut consister en l'impossibilité totale d'administrer le moyen ultérieurement ; il suffit toutefois que l'administration ultérieure se heurte à de « grandes difficultés »⁹⁴². Une partie peut également requérir une preuve à futur si les moyens de preuve pourraient être modifiés par l'adversaire⁹⁴³. Le requérant doit rendre vraisemblable la mise en danger ; le degré de preuve exigé est la *vraisemblance simple*⁹⁴⁴.
- 350 Pour la troisième hypothèse, la loi parle d'« intérêt digne de protection ». Cette formulation vise l'administration des moyens de preuve avant la litispendance dans le but d'évaluer des chances de succès d'une éventuelle procédure⁹⁴⁵. Les exigences pour reconnaître un intérêt digne de protection ne sauraient être élevées⁹⁴⁶. Toutefois, la simple allégation d'un besoin de clarifier les chances de succès ne suffit pas pour fonder un intérêt digne de protection. Ce dernier existe seulement si le requérant rend *vraisemblable* l'existence de circonstances de fait dont il peut déduire un droit contre la partie adverse⁹⁴⁷, autrement dit si le moyen dont il demande l'administration saurait prouver un fait fondant une prétention pour laquelle le requérant disposerait d'un intérêt digne de protection selon l'art. 59 al. 2 let. a CPC⁹⁴⁸.

7.5. Excursus : les preuves devant l'autorité de conciliation

- 351 Comme une conciliation préalable est obligatoire pour la plupart des actions en droit du bail et que les autorités de conciliation peuvent rendre des décisions ou projets de décisions dans certaines hypothèses, il convient de consacrer quelques lignes au sujet de l'administration des moyens de preuve dans la procédure de conciliation.

⁹⁴² ATF 142 III 40, consid. 3.1.1 ; dans ce sens aussi : BSK ZPO-GUYAN, N 3 ad art. 158 CPC ; ZK ZPO-FELLMANN, N 13 ad art. 158 CPC.

⁹⁴³ BOHNET (Procédure civile), N 1535.

⁹⁴⁴ CR CPC-SCHWEIZER, N 12 ad art. 158 CPC ; ZK ZPO-FELLMANN, N 21 ad art. 158 CPC ; peu clair : BSK ZPO-GUYAN, N 3 ad art. 158 CPC ; pour la notion de vraisemblance simple, cf. ci-dessus, N 233 ss.

⁹⁴⁵ ATF 142 III 40, consid. 3.1.1 ; ATF 138 III 76, consid. 2.4.2 ; BOHNET (Procédure civile), N 1539 ; BSK ZPO-GUYAN, N 5 ad art. 158 CPC ; ZK ZPO-FELLMANN, N 17 ad art. 158 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 9 ad art. 158 CPC ; cf. ci-dessus, N 346.

⁹⁴⁶ ZK ZPO-FELLMANN, N 18 ad art. 158 CPC ; ainsi aussi : SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 10.

⁹⁴⁷ ATF 138 III 76, consid. 2.4.2 ; BOHNET (Procédure civile), N 1541.

⁹⁴⁸ SCHWEIZER (Vorsorgliche Beweisabnahme), p. 9.

L'administration des preuves est une tâche juridictionnelle qui ne revient en principe pas à l'autorité de conciliation⁹⁴⁹. De plus, la procédure de conciliation se veut simple et est, partant, inadaptée à l'administration d'une masse importante de documents⁹⁵⁰. Toutefois, sans connaître l'état de fait, l'autorité de conciliation n'est pas en mesure de soumettre aux parties une proposition d'accord satisfaisante pour leur litige⁹⁵¹. La connaissance de l'état de fait lui permet en outre d'estimer les chances de succès d'un éventuel procès devant les tribunaux civils⁹⁵². L'art. 203 al. 2 CPC prévoit dès lors que l'autorité de conciliation prend en considération les titres⁹⁵³ que les parties lui présentent et qu'elle peut procéder à une inspection afin de pouvoir se faire « une idée de la cause »⁹⁵⁴. À cette fin, elle procède avec retenue : elle incite les parties à lui mettre à disposition les documents nécessaires, mais ne peut pas les y obliger⁹⁵⁵. Elle ordonne une inspection uniquement si elle l'estime absolument nécessaire pour l'exercice de sa tâche de concilier les parties⁹⁵⁶. 352

La situation est différente lorsque l'autorité envisage de rendre une décision ou une proposition de décision. Dans ce cas, l'autorité de conciliation rend un « vrai » jugement ou à tout le moins une proposition de règlement du litige susceptible d'entrer en force de chose jugée. Comme n'importe quel tribunal, l'autorité de conciliation procède alors par syllogisme juridique et doit, à cette fin, connaître les faits. Elle peut donc procéder à une administration des moyens de preuve⁹⁵⁷. 353

L'art. 203 al. 2^e phrase CPC prévoit que, lorsqu'elle envisage une proposition de jugement ou une décision, l'autorité de conciliation peut également administrer les autres moyens de preuve proposés par les parties, à condition que la procédure ne s'en trouve pas substantiellement retardée. L'autorité de concilia- 354

⁹⁴⁹ Message CPC, p. 6939 ; BSK ZPO-INFANGER, N 4 ad art. 203 CPC ; DOLGE/INFANGER, p. 105.

⁹⁵⁰ BSK ZPO-INFANGER, N 6 ad art. 203 CPC.

⁹⁵¹ BK ZPO-ALVAREZ/PETER, N 6 ad art. 203 CPC.

⁹⁵² BSK ZPO-INFANGER, N 4 ad art. 203 CPC ; DOLGE/INFANGER, p. 105.

⁹⁵³ L'art. 203 al. 2 CPC parle de « documents » ; ce terme doit être compris comme synonyme à « titre » au sens de l'art. 177 CPC ; dans les versions allemande et italienne, le législateur a utilisé les mêmes termes dans les deux dispositions : « *Urkunden* », respectivement « *documenti* ».

⁹⁵⁴ Message CPC, p. 6939.

⁹⁵⁵ BSK ZPO-INFANGER, N 6 ad art. 203 CPC ; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, N 6 ad art. 203 CPC.

⁹⁵⁶ BSK ZPO-INFANGER, N 7 ad art. 203 CPC ; DOLGE/INFANGER, p. 105 s.

⁹⁵⁷ BSK ZPO-INFANGER, N 9 ad art. 203 CPC ; DOLGE/INFANGER, p. 106.

tion peut dès lors administrer, en plus des titres et des inspections, des témoignages⁹⁵⁸ et des renseignements écrits⁹⁵⁹, voire une expertise⁹⁶⁰, si cela ne retarde pas la procédure outre mesure⁹⁶¹. En revanche, comme l'activité principale de l'autorité de conciliation reste la recherche d'un accord entre les parties et que cette activité suppose un climat de confiance, elle ne devrait pas procéder à un interrogatoire formel (art. 191 CPC) ou une audition de partie (art. 192 CPC)⁹⁶².

- 355 L'art. 205 al. 1 CPC prévoit que les dépositions des parties en conciliation ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation ni être prises en compte par la suite, durant la procédure au fond. L'al. 2 de ladite disposition réserve cependant la prise en compte des déclarations lorsque l'autorité de conciliation rend une proposition de jugement ou une décision. Cela étant, la confidentialité des déclarations en conciliation n'est pas entièrement levée : même lorsque l'autorité de conciliation envisage de rendre une proposition de jugement, elle ne verbalisera pas les déclarations des parties, mais se fondera uniquement sur les notes personnelles des membres de l'autorité⁹⁶³. La confidentialité des déclarations en conciliation ne leur interdit pas de prendre des notes comme « aide-mémoire »⁹⁶⁴. Ces notes doivent être détruites après la fin de la procédure de conciliation⁹⁶⁵. De plus, si une des parties s'oppose à la proposition, celle-ci ne pourra pas être prise en compte pour l'établissement des faits dans la procédure devant le tribunal⁹⁶⁶.
- 356 Sous l'ancien droit, l'art. 274d al. 3 aCO statuait clairement que, en matière de bail, l'autorité de conciliation, au même titre que le tribunal, applique la maxime inquisitoire sociale⁹⁶⁷. Pour les litiges relevant du droit du bail, le Code de procédure civile ne prévoit l'application de la maxime inquisitoire sociale qu'en

⁹⁵⁸ Pour la notion de « témoignage », voir ci-dessus, N 239 ss.

⁹⁵⁹ Pour la notion de « renseignements écrits », voir ci-dessus, N 278 ss.

⁹⁶⁰ Pour la notion d'« expertise », voir ci-dessus, N 265 ss.

⁹⁶¹ BOHNET (16^e séminaire), N 82 ; BK ZPO II-ALVAREZ/PETER, N 8 ad art. 203 CPC.

⁹⁶² BOHNET (16^e séminaire), N 83 ; CPra Bail-BOHNET, N 23 ad art. 202-207 CPC ; *contra* : DOLGE/INFANGER, p. 115, qui admettent l'interrogatoire des parties ; au sujet de l'interrogatoire et de la déposition de partie, voir ci-dessus, N 288 ss.

⁹⁶³ ZK ZPO-HONEGGER, N 4 ad art. 205 CPC.

⁹⁶⁴ BSK ZPO-INFANGER, N 8 ad art. 205 CPC ; BK ZPO II-ALVAREZ/PETER, N 9 ad art. 205 CPC.

⁹⁶⁵ BSK ZPO-INFANGER, N 8 ad art. 205 CPC.

⁹⁶⁶ BSK ZPO-INFANGER, N 9 ad art. 205 CPC ; ZK ZPO-HONEGGER, N 4 ad art. 205 CPC ; *contra* : CPra Bail-BOHNET, N 37 ad art. 202-207 CPC ; DIKE ZPO-RICKLI, N 14 ad art. 211 CPC ; BOHNET (16^e séminaire), N 90.

⁹⁶⁷ BOHNET (16^e séminaire), N 85 ; pour la notion de maxime inquisitoire sociale, voir ci-dessus, N 152 ss.

procédure simplifiée (art. 247 al. 2 CPC), mais pas en procédure de conciliation⁹⁶⁸. Toutefois, il ne semble pas qu'il ait été dans l'intention du législateur de soumettre la procédure de décision et de proposition de jugement à la maxime des débats. Il convient de considérer que l'autorité de conciliation dispose de la compétence d'ordonner d'office toute preuve lorsqu'elle envisage de rendre une proposition de jugement ou une décision⁹⁶⁹. Une partie de la doctrine considère que les dispositions sur la procédure simplifiée seraient applicables par analogie à la procédure de décision (art. 212 CPC)⁹⁷⁰, ce qui permet de fonder l'application de la maxime inquisitoire sociale au moins pour la procédure de décision. Notons encore que, lorsque l'autorité est composée de manière paritaire, elle peut donner des conseils aux parties ; dans ce cadre, elle pourra conseiller à une partie de déposer ou de requérir auprès de la partie adverse un certain document⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ BK ZPO-ALVAREZ/PETER, N 6 ad art. 203 CPC ; BOHNET (16^e séminaire), N 85 ; pour une description complète du champ d'application de la maxime inquisitoire sociale, voir : BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 235 ss.

⁹⁶⁹ BOHNET (16^e séminaire), N 85.

⁹⁷⁰ BK ZPO-ALVAREZ/PETER, N 6 ad art. 203 CPC ; LEUENBERGER/ UFFER-TOBLER (Zivilprozessrecht), p. 335, N 11.39.

⁹⁷¹ BK ZPO-ALVAREZ/PETER, N 6 ad art. 203 CPC ; BOHNET (16^e séminaire), N 85.

Chapitre 8 : L'appréciation des preuves

8.1. La problématique

L'appréciation des preuves est le procédé par lequel le tribunal évalue la valeur probante des moyens de preuve⁹⁷² et décide si les moyens à sa disposition apportent la preuve de la survenance, respectivement de la non-survenance, d'un fait déterminé ou non. 357

Les auteurs définissent en général l'appréciation des preuves comme le procédé par lequel le tribunal arrive à la *conviction* qu'un état de fait est survenu ou non⁹⁷³. Toutefois, à notre avis, cette définition confond le procédé d'appréciation des preuves avec le principe de la libre appréciation des preuves. En effet, comme nous le verrons, il est possible de dégager deux concepts d'appréciation des preuves : la libre appréciation des preuves et la preuve légale. Dans les deux, le tribunal procède à l'appréciation des preuves. En application du premier, un état de fait est considéré comme prouvé si le tribunal est convaincu de sa survenance ; en application du second, c'est la loi qui fixe à partir de quel moment le tribunal doit déclarer un état de fait comme prouvé ; la conviction du juge n'est d'aucune importance⁹⁷⁴. Dès lors, nous proposons de définir l'appréciation des preuves sans recours à la notion de « conviction ».

L'appréciation des preuves ne doit pas être confondue avec la question du fardeau objectif de la preuve⁹⁷⁵. Le fardeau objectif de la preuve entre uniquement en ligne de compte lorsque le tribunal ne peut pas se forger une conviction au sujet d'un fait pertinent, autrement dit lorsque le tribunal parvient, une fois qu'il a procédé à l'appréciation des preuves qui sont censées établir l'existence ou l'inexistence de ce fait, à la conclusion que son existence ou son inexistence ne peut pas être établie. Lorsqu'après l'appréciation des preuves, le tribunal est convaincu que le fait peut être considéré comme établi ou réfuté, la répartition du fardeau de la preuve devient sans objet⁹⁷⁶. 358

⁹⁷² BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 5 ad art. 157 CPC ; GRONER, p. 101.

⁹⁷³ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 13 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 5 ad art. 157 CPC ; KAUFMANN, p. 19.

⁹⁷⁴ Cf. ci-dessous, N 359.

⁹⁷⁵ Cf. ci-dessus, N 174 ss.

⁹⁷⁶ ATF 118 II 142, consid. 3a ; 117 II 387, consid. 2e ; TF, arrêt du 31.05.2002, 4C.65/2002, consid. 2b.

8.2. Les solutions possibles

- 359 Il convient de se demander, comment le tribunal fixe la valeur probante d'un moyen de preuve et décide, si un état de fait allégué doit être considéré comme prouvé. À ce sujet, il est possible de déceler deux concepts : la *preuve légale* et la *libre appréciation des preuves*.
- 360 Le système de la *preuve légale* part du principe qu'un certain moyen de preuve dispose d'une force probante déterminée⁹⁷⁷. La force probante des différents moyens de preuve ainsi que la hiérarchie entre les moyens de preuve sont fixées de manière générale et abstraite dans la loi. Pour apprécier les moyens de preuve, le tribunal est donc lié par ces normes et la conviction personnelle de ses membres est indifférente⁹⁷⁸. Le tribunal doit déclarer l'état de fait allégué comme prouvé si les conditions fixées dans la loi sont réalisées⁹⁷⁹. Le système suppose qu'une multitude d'éléments soit recensée et qu'une valeur probante leur soit attribuée⁹⁸⁰.
- Exemple.** En procédure coutumière neuchâteloise, le témoignage de deux hommes était considéré comme « preuve pleine », au même titre que les actes authentiques et l'aveu (« confession »). Le témoignage d'un seul homme ou d'une femme enceinte valait « demi-preuve » et était susceptible d'être complété par serment supplétoire (de la partie ayant produit le témoin). La déclaration d'une femme pas enceinte valait « quart de preuve »⁹⁸¹.
- 361 Il s'agissait de l'approche dominante en droit romano-canonique et en droit commun ; l'application en procédure civile d'un système de preuve légale a été considérée comme une évidence jusqu'à la fin du XVIII^e siècle⁹⁸². De nos jours, le concept est considéré comme dépassé et incompatible avec le droit de procédure moderne⁹⁸³.
- 362 La *libre appréciation des preuves* signifie que le tribunal peut décider librement, quelle valeur probante il attribue à quel moyen de preuve⁹⁸⁴. Un état de fait est considéré comme prouvé lorsque le tribunal est convaincu de sa survenance⁹⁸⁵.

⁹⁷⁷ BOHNET (Procédure civile), N 1437.

⁹⁷⁸ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 4a ad art. 157 CPC.

⁹⁷⁹ KAUFMANN, p. 31.

⁹⁸⁰ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 48 et les réf.

⁹⁸¹ OSTERVALD, p. 391 s. ; SCHURTER/FRITZSCHE (2. Hälfte), p. 222.

⁹⁸² SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 51.

⁹⁸³ KAUFMANN, p. 31 ss. ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 5 ad art. 157 CPC.

⁹⁸⁴ BOHNET (Procédure civile), N 1435 ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 4b ad art. 157 CPC.

⁹⁸⁵ DIKE ZPO-LEU, N 7 ad art. 157 CPC.

La loi ne fixe pas de hiérarchie entre les moyens de preuve⁹⁸⁶ ni de règles définissant la valeur probante de différents moyens⁹⁸⁷. Néanmoins, le tribunal doit apprécier les moyens de preuve de manière conforme à la logique, aux règles d'expérience généralement reconnues et à l'expérience de la vie⁹⁸⁸. La libre appréciation des preuves constitue un principe fondamental des procédures modernes⁹⁸⁹.

La libre appréciation des preuves a déjà été pratiquée en droit romain⁹⁹⁰. Elle a été rediscutée dès la fin du XVIII^e siècle. Le débat a essentiellement été mené au sujet de la procédure pénale. Une fois que la libre appréciation des preuves a réussi à s'imposer dans ce domaine, le débat a également été mené, en Allemagne et en Suisse, au sujet de la procédure civile. Durant le XIX^e siècle, les deux systèmes ont coexisté, dans différentes variantes, en Allemagne et en Suisse, et ont animé un débat vif dans la doctrine, au cours duquel le système de la libre appréciation des preuves a gagné de plus en plus du terrain⁹⁹¹. Il a fini par s'imposer en Allemagne en 1877, par l'introduction du premier code de procédure civile de l'Empire allemand⁹⁹², et par la suite dans tous les codes de procédure civile en Suisse⁹⁹³. Beaucoup de codes cantonaux contenaient cependant encore des « résidus » du système de preuve légale, qui se sont partiellement même tenus jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile. En particulier, certains cantons connaissaient encore le serment⁹⁹⁴, qui n'était cependant quasiment plus utilisé les dernières décennies avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile⁹⁹⁵.

⁹⁸⁶ BSK ZPO-GUYAN, N 5 ad art. 157 CPC ; GRONER, p. 101 ; TF, arrêt du 06.12.2004, 5A.36/2004, consid. 2.1.

⁹⁸⁷ GRONER, p. 101 ; TF, arrêt du 06.12.2004, 5A.36/2004, consid. 2.1.

⁹⁸⁸ GULDENER (Beweiswürdigung), p. 5 s. ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 321 s. ; BSK ZPO-GUYAN, N 3 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 7 ad art. 157 CPC.

⁹⁸⁹ Message CPC, p. 6924.

⁹⁹⁰ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 48.

⁹⁹¹ Sur ce débat, voir : SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 51 ss ; en faveur de la libre appréciation des preuves, p. ex. : ENDEMANN, (Beweisprüfung) p. 92 ss ; ENDEMANN (Beweislehre) p. 634 ss ; en Suisse, la libre appréciation des preuves en procédure civile a été défendue en particulier par le juriste zurichois FRIEDRICH LUDWIG KELLER : voir à ce sujet : SCHURTER/FRITZSCHE (1. Hälfte), p. 158 ss ainsi que BERGER-STEINER (Thèse), N 05.24 ss ; contre la libre appréciation des preuves notamment HEUSLER, p. 233 ss.

⁹⁹² § 259 CPO : « Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden » ; SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 64 s.

⁹⁹³ SCHWEIZER (Beweiswürdigung), p. 73.

⁹⁹⁴ P. ex. § 139 ss ZPO-BS.

⁹⁹⁵ ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 1 ad art. 168 CPC.

8.3. La solution retenue en droit suisse

8.3.1. Principe : libre appréciation des preuves

- 363 L'art. 157 CPC statue le principe de la libre appréciation des preuves : le tribunal détermine *librement* la valeur probante qu'il attribue aux moyens de preuve à sa disposition⁹⁹⁶. La valeur à attribuer aux différents moyens de preuve n'est pas fixée par la loi ; il n'existe en principe pas de hiérarchie entre les différentes catégories de moyens de preuve⁹⁹⁷. Comme mentionné⁹⁹⁸, le tribunal doit attribuer la valeur probante aux différents moyens de preuve de manière conforme à la logique, aux règles d'expérience généralement reconnues et à l'expérience de la vie⁹⁹⁹, faute de quoi il tombe dans l'arbitraire : l'appréciation des preuves est arbitraire lorsque le tribunal « n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables »¹⁰⁰⁰. Notons encore que l'art. 8 CC ne dicte pas au tribunal comment il doit former sa conviction¹⁰⁰¹ et ne saurait être invoqué pour faire corriger l'appréciation des preuves¹⁰⁰².
- 364 Positivement formulée, la libre appréciation des preuves signifie qu'une preuve administrée doit être appréciée librement ; dans sa facette négative, le principe implique « qu'on ne peut pas dénier par anticipation toute valeur probante à une preuve susceptible d'emporter la conviction du juge, mais exclue de façon schématique, à moins que la loi ne le dise clairement »¹⁰⁰³.

⁹⁹⁶ BOHNET (Procédure civile), N 1435 ; DIKE ZPO-LEU, N 2 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 4b ad art. 157 CPC.

⁹⁹⁷ BOHNET (Procédure civile), N 1436 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 157 CPC N 19 ; BSK ZPO-GUYAN, N 5 ad art. 157 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 7 ad art. 157 CPC ;.

⁹⁹⁸ Cf. ci-dessus, N 362.

⁹⁹⁹ GULDENER (Beweiswürdigung), p. 5 s. ; GULDENER (Zivilprozessrecht), p. 321 s. ; BSK ZPO-GUYAN, N 3 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 7 ad art. 157 CPC.

¹⁰⁰⁰ ATF 129 I 8, consid. 2.1 ; TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_371/2015, consid. 1.3.

¹⁰⁰¹ TF, arrêt du 31.05.2002, 4C.65/2002, consid. 2b ; ATF 127 III 519, consid. 2b ; 122 III 219, consid. 3c.

¹⁰⁰² TF, arrêt du 31.05.2002, 4C.65/2002, consid. 2b ; ATF 119 II 114, consid. 4c ; 117 II 609, consid. 3c.

¹⁰⁰³ CR CPC-SCHWEIZER, N 4 ad art. 157 CPC.

8.3.2. Limites et exceptions

8.3.2.1. Interdiction de la prise en compte de certains moyens de preuve (*Verwertungsverbot*)

La libre appréciation des preuves en procédure civile suisse est limitée à l'appréciation des preuves admises par la loi ; elle n'attribue pas au tribunal la liberté de décider quels éléments il prend en compte dans son appréciation et quels éléments il en exclut¹⁰⁰⁴. 365

Le Code de procédure civile contient effectivement des règles qui *excluent* certains moyens de preuve ; la doctrine germanophone parle à ce sujet de *Verwertungsverbot*¹⁰⁰⁵. Ainsi, les moyens de preuve obtenus illicitement ne peuvent entrer en considération que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant (art. 152 al. 2 CPC)¹⁰⁰⁶. Les preuves produites par une partie ou un tiers qui auraient disposé du droit de refuser de collaborer à l'administration de la preuve, mais n'ont pas fait usage de ce droit faute d'en avoir été informés (art. 161 CPC) ne sauraient entrer en ligne de compte, à moins que la partie ou le tiers concerné n'y consente ultérieurement¹⁰⁰⁷. Lorsqu'une partie ou un tiers refuse de collaborer de manière justifiée, le tribunal ne saurait prendre ce refus en compte pour l'appréciation des preuves (art. 162 CPC)¹⁰⁰⁸. De même, les déclarations faites par une partie lors de l'audience de conciliation, respectivement durant la médiation, sont secrètes et ne peuvent pas être prises en compte par la suite (art. 205 al. 1 et 216 al. 2 CPC)¹⁰⁰⁹. Ces moyens sont inadmissibles dans la procédure et seront donc écartés avant le stade de l'appréciation des preuves¹⁰¹⁰. 366

Certaines autorités de conciliation interprètent largement l'art. 205 al. 1 CPC et, en cas d'échec de la conciliation, renvoient aux parties les titres qu'elles ont déposés durant la conciliation ; les parties devront les redéposer devant le tribunal de première instance¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁴ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 7 ; BSK ZPO-GUYAN, N 4 ad art. 157 CPC.

¹⁰⁰⁵ P. ex. ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 10 ad art. 161 CPC et N 4 ss ad art. 162 CPC.

¹⁰⁰⁶ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 10 ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 13 ad art. 157 CPC.

¹⁰⁰⁷ DIKE ZPO-LEU, N 8 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 10 ad art. 161 CPC

¹⁰⁰⁸ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 4 ad art. 162 CPC.

¹⁰⁰⁹ DIKE ZPO-LEU, N 8 ad art. 157 CPC.

¹⁰¹⁰ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 10 s.

¹⁰¹¹ HEDIGER, p. 4.

8.3.2.2. Règles au sujet de l'appréciation de la preuve

- 367 La loi prévoit certaines exceptions à la libre appréciation des preuves. En effet, elle fixe, dans deux situations particulières, la valeur probante de moyens de preuve. Il s'agit de la valeur probante d'un témoignage par ouï-dire dont la valeur probante est nulle (art. 169 CPC), ainsi que des actes authentiques, qui lient le tribunal (art. 9 CC et 179 CPC)¹⁰¹².
- 368 À lire le message du Code de procédure civile, l'intention du législateur était d'exclure totalement les témoignages par ouï-dire¹⁰¹³, position majoritairement réfutée par la doctrine ; celle-ci préconise d'admettre le témoignage indirect, mais de lui attribuer une valeur probante plus faible qu'au témoignage direct¹⁰¹⁴ : un témoignage par ouï-dire ne saurait être considéré comme preuve, mais uniquement comme indice, du fait indirectement relaté par le témoin¹⁰¹⁵.
- 369 Quant à l'acte authentique et aux registres, ceux-ci constituent une preuve pleine des faits dont ils attestent, ce qui signifie que le tribunal doit les considérer comme prouvés, à défaut de preuve du contraire¹⁰¹⁶.

8.3.3. L'appréciation des preuves en pratique

- 370 Il serait contraire au principe de la libre appréciation des preuves de considérer que certains types de moyens de preuve disposent d'une valeur probante plus élevée que d'autres. Néanmoins, comme nous l'avons vu dans le chapitre relatif aux moyens de preuve¹⁰¹⁷, il est indéniable qu'en pratique, certains moyens de preuve sont considérés comme plus fiables que d'autres ; ainsi, les titres et expertises sont souvent considérés comme plus fiables que les témoignages et les déclarations des parties¹⁰¹⁸. Dès lors, en pratique, les témoignages sont souvent subsidiaires à la preuve par titre ou par expertise¹⁰¹⁹. De même, lorsque les moyens de preuve amènent à des résultats contradictoires, les titres, l'expertise

¹⁰¹² Message CPC, p. 6924 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 9 ss ad art. 157 CPC. Pour le témoignage par ouï-dire, cf. ci-dessus, N 239 ; pour la force probante du titre authentique, cf. ci-dessus, N 255.

¹⁰¹³ Message CPC, p. 6924.

¹⁰¹⁴ CR CPC-SCHWEIZER, N 17 ad art. 157 CPC.

¹⁰¹⁵ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 11 ; ZPO-HASENBÖHLER, N 9 ad art. 157 CPC.

¹⁰¹⁶ ZK ZPO-WEIBEL, N 9 ad art. 179 CPC.

¹⁰¹⁷ Ci-dessus, N 235 ss.

¹⁰¹⁸ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 157 CPC N 17 ; KUMMER, p. 136 ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 14 ad art. 162 CPC.

¹⁰¹⁹ DIKE ZPO-LEU, N 41 ad art. 157 CPC.

et l'inspection prennent souvent le dessus sur les témoignages et les interrogatoires et les dépositions des parties¹⁰²⁰.

Le tribunal ne saurait se contenter d'apprécier chaque moyen de preuve de manière isolée ; il est obligé de pondérer la valeur probante de chaque moyen de preuve en lien avec les autres et de procéder à une appréciation globale de tous les moyens de preuve à sa disposition¹⁰²¹. Chaque fait à prouver doit également être mis en lien avec les autres faits ; c'est uniquement lorsque tous les éléments pris ensemble permettent de dégager un aperçu général faisant du sens (*stimmiges Gesamtbild*) et qu'un fait déterminé s'y intègre que le tribunal peut le considérer comme prouvé¹⁰²². 371

Le tribunal prendra également en compte le comportement des parties dans le procès¹⁰²³. Comme mentionné¹⁰²⁴, la loi prévoit cette possibilité expressément à l'art. 164 CPC au sujet du refus injustifié d'une partie de collaborer à l'administration des preuves. Le tribunal peut ainsi considérer comme établi un fait allégué par une partie et pour lequel le fardeau objectif de la preuve incombe à celle-ci lorsque la partie adverse aurait dû rapporter le moyen de preuve en vertu de l'obligation de collaborer et a violé ce devoir. Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile déjà, le Tribunal fédéral déduisait du principe de la bonne foi un devoir général du défendeur de collaborer loyalement à l'administration des preuves et de fournir les éléments qu'il est seul à détenir¹⁰²⁵. Il a jugé à plusieurs reprises que la violation de ce devoir par le défendeur puisse être considérée comme un indice de l'exactitude de l'allégation avancée par celui auquel incombe la preuve¹⁰²⁶. 372

Lorsqu'une partie souhaite prouver un fait pertinent par indices, le tribunal est libre dans l'appréciation de la valeur probante des indices pour le fait pertinent objet de la preuve¹⁰²⁷. 373

¹⁰²⁰ DIKE ZPO-LEU, N 51 ad art. 157 CPC.

¹⁰²¹ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 16 ad art. 157 CPC ; BSK ZPO-GUYAN, N 3 ad art. 157 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 49 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 16 ad art. 157 CPC.

¹⁰²² BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 16 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 16 ad art. 157 CPC.

¹⁰²³ ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 19 ad art. 157 CPC.

¹⁰²⁴ Cf. ci-dessus, N 301.

¹⁰²⁵ ATF 119 II 305, consid. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 106 II 29, consid. 2, JdT 1980 I 354 ; TF, arrêt du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 3.2 ; TF, arrêt du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 63 ; DAÏNA, p. 100.

¹⁰²⁶ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; 119 II 305, consid. 1 b/aa, JdT 1995 II 125.

¹⁰²⁷ BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, chap. 18 N 36.

8.3.4. Appréciation anticipée des preuves

374 Le tribunal peut procéder à une *appréciation anticipée des moyens de preuve*¹⁰²⁸, c'est-à-dire à l'appréciation de la valeur probante des moyens de preuves présentées *avant* leur administration¹⁰²⁹. Une telle manière de procéder est admise – mais uniquement manière restrictive¹⁰³⁰ – pour des raisons d'économie de procédure¹⁰³¹, lorsqu'un moyen de preuve proposé par une partie est objectivement ou subjectivement inapte à emporter la conviction du tribunal. Cela est notamment le cas lorsqu'une partie présente une pléthore de moyens de preuve pour prouver le même état de fait ; dans ce cas, le tribunal est autorisé à n'en administrer que certains et à en refuser les autres¹⁰³². Il en va de même lorsqu'en cours d'administration des moyens de preuve, le tribunal peut se forger sa conviction sur la base des moyens déjà administrés ; dans ce cas, il peut refuser d'administrer les autres moyens proposés pour prouver le même état de fait, car ils ne sont plus susceptibles d'influencer sa décision¹⁰³³.

Nous estimons qu'en réalité la possibilité de l'appréciation anticipée des preuves doit être rattachée à la question de l'admissibilité des moyens de preuve, et non à celle de la libre appréciation des preuves, car ce dernier principe signifie uniquement que le tribunal puisse apprécier librement les preuves admises par la loi et n'implique pas la liberté du tribunal de choisir les moyens qui entrent en ligne de compte (*Verwertungsfreiheit*)¹⁰³⁴. Or l'appréciation anticipée réduit le nombre de moyens de preuve qui seront administrés, puis appréciés ; elle sert à exclure de l'appréciation les moyens inaptes à influencer sur la conviction du tribunal, soit parce que le moyen est objectivement inapte à cela, soit parce que le tribunal est déjà convaincu suite à l'administration d'autres moyens. À notre sens, l'art. 152 al. 1 CPC constitue la base légale permettant cette exclusion.

¹⁰²⁸ CR CPC-SCHWEIZER, N 10 ad art. 152 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 22 ad art. 152 CPC ; au sujet de l'appréciation anticipée des preuves, voir p. ex. ATF 126 III 315, consid. 4a ; 125 I 417, consid. 7a.

¹⁰²⁹ BSK ZPO-GUYAN, N 14 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 38 ad art. 157 CPC.

¹⁰³⁰ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 63 ad art. 152 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 48 ad art. 157 CPC.

¹⁰³¹ BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 58 ad art. 152 CPC.

¹⁰³² Message CPC, p. 6922 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 23 ; DIKE ZPO-LEU, N 108 ad art. 152 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 43 ad art. 157 CPC.

¹⁰³³ Message CPC, p. 6922 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, §18 N 23 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 9 s. ad art. 152 CPC ; DIKE ZPO-LEU, N 111 ad art. 152 CPC ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, N 27 ad art. 157 CPC ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 45 ad art. 157 CPC ; voir p. ex. : ATF 126 III 315, consid. 4a ; TF, arrêt du 03.12.2007, 4A_321/2007, consid. 5.2.

¹⁰³⁴ Cf. ci-dessous, N 365 ss.

Chapitre 9 : Synthèse

9.1. L'objet de la preuve

La première question qui se pose en matière de preuve est celle de savoir *quels éléments doivent être prouvés*. Ce point est régi, en droit suisse, principalement par l'art. 150 CPC. Il s'agit en premier lieu de *faits*. Le *droit* ne doit en principe pas être prouvé. 375

Afin de former l'objet d'une preuve, les faits doivent remplir un certain nombre de conditions, à savoir : 376

- être pertinents, c'est-à-dire avoir une influence sur l'issue de la procédure ; savoir si un fait est pertinent pour répondre à la question de fond du litige dépend du droit matériel, puisqu'il détermine les faits qui entraînent la conséquence juridique souhaitée par l'une des parties ;
- avoir été introduits dans le procès par une des parties au litige par des allégués, suffisamment motivés ;
- avoir été contestés de manière circonstanciée par la partie adverse.

Si un fait n'est pas pertinent, n'a pas été allégué ou motivé ou n'a pas été contesté, il ne formera pas l'objet d'une preuve. Il convient cependant de distinguer ces trois hypothèses : si un fait n'est pas pertinent, il *ne sera pas introduit dans la procédure* en cours, car, précisément, il n'a pas d'incidence sur celle-ci. Si le fait en question n'a pas été allégué ou motivé, mais qu'il est pertinent, il *ne sera pas introduit non plus dans la procédure*. La partie qui aurait dû l'alléguer et le motiver sera privée de la possibilité d'en apporter la preuve. La partie risque de perdre le procès, car un fait dont dépend potentiellement sa prétention ne pourra pas être introduit dans la procédure. La situation est différente si le fait a été allégué, mais n'a pas été contesté. Dans ce cas, il *sera introduit dans la procédure sans former l'objet d'une preuve*. 377

Certains faits pertinents n'ont pas besoin d'être prouvés ni allégués. Il s'agit des faits notoires, c'est-à-dire les faits relevant de la connaissance générale, et des faits notoirement connus par le tribunal, qui se sont déroulés devant lui dans le cadre de la même procédure. 378

- 379 Il existe des catégories hybrides entre fait et droit, à savoir les règles d'expérience, les usages et des usages locaux. Les principes susmentionnés leur sont également applicables, c'est-à-dire qu'elles sont également *beweisbedürftig*, à condition d'être pertinentes, d'avoir été alléguées, motivées et contestées. Toutefois, les règles d'expérience ne nécessitent pas de preuve si elles sont généralement reconnues ; la loi renvoie parfois aux usages et usages locaux. Dans ce cas, les usages et usages locaux sont assimilés au droit et ne sont pas *beweisbedürftig*.
- 380 Afin d'obtenir la consécration de ses droits dans une procédure, une partie devra se demander quels éléments (faits, règles d'expérience, usages et usages locaux) sont pertinents pour sa prétention. Elle devra demander comment elle doit alléguer ces éléments pertinents dans son cas et les motiver. De même, la partie adverse devra se poser la question des exigences de la contestation des faits allégués, mais qu'elle n'admet pas.
- 381 Le législateur a toutefois prévu un allègement aux exigences en matière d'allégation et de contestation au moyen de la maxime inquisitoire sociale : conçue dans le but de faciliter la consécration de leurs droits à des parties considérées comme faibles, dont les locataires d'habitations et de locaux commerciaux, le tribunal peut en application de dite maxime introduire dans la procédure, à certaines conditions, des faits même lorsqu'ils n'ont pas été allégués ou motivés de manière suffisante et exiger une preuve pour un fait qui n'a pas été contesté de manière suffisante, voire pas contesté du tout. L'étendue de la possibilité du tribunal d'intervenir en l'application de la maxime inquisitoire sociale et de « sauver » les parties est cependant peu claire et fait l'objet de controverses.
- 382 Il s'agira, dans la deuxième partie de la présente thèse, d'identifier, pour chaque action en droit du bail analysée, quels sont les *faits pertinents* et comment ils doivent être *allégués*, *motivés* et *contestés* afin de former l'objet d'une preuve. Il conviendra également d'examiner si et dans quelle mesure les parties profitent d'allègements à ce sujet. Une attention particulière sera portée à la problématique du fardeau de l'allégation lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale. Celle-ci ayant été introduite entre autres pour alléger la preuve du locataire, mais son étendue étant débattue, il convient d'examiner dans quelle mesure le locataire bénéficie effectivement d'un allègement dans la pratique.

9.2. Le sujet de la preuve

- 383 Pour la répartition des tâches entre le tribunal et les parties prévaut la *maxime des débats* (art. 55 al. 1 CPC). Lorsque cette maxime est applicable, les parties supportent la responsabilité de l'établissement des faits. Il incombe aux parties

non seulement d'introduire les faits dans la procédure par allégation et motivation suffisante, mais également d'en apporter la preuve. À défaut de proposer un ou plusieurs moyen(s) de preuve à l'appui d'un fait allégué, aucun moyen de preuve ne pourra être administré et le fait sera considéré comme non prouvé.

Le droit de la procédure civile suisse connaît cependant deux concepts moins stricts : la maxime inquisitoire et la maxime inquisitoire sociale. 384

Dans des situations exceptionnelles dans lesquels l'intérêt public est en jeu, la *maxime inquisitoire* est applicable, ce qui signifie que les faits seront établis d'office par le tribunal (art. 55 al. 2 CPC). Le tribunal peut retenir des faits qui n'ont pas été allégués par les parties et administrer des moyens de preuve qui n'ont pas été proposés par les parties. 385

Dans une procédure soumise à la maxime des débats, les parties doivent établir elles-mêmes les faits et notamment proposer des moyens de preuve, ce qui est souvent lourd et compliqué. Afin d'éviter, dans des procédures à incidence sociale telles que celles relevant du droit du bail, que des justiciables socialement plus faibles soient systématiquement défavorisés car disposant de moins de connaissances juridiques et de moins de ressources financières que leurs adversaires en procédure, le législateur a introduit la *maxime inquisitoire sociale*. Elle devrait permettre au tribunal d'intervenir dans l'établissement des faits. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, citée maintes fois en doctrine, le tribunal devra rendre attentives les parties à leur devoir de collaborer à l'administration des preuves et les inviter à proposer ou présenter des moyens de preuve. Il doit fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors des débats, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions. Les possibilités du tribunal d'intervenir varient cependant en fonction de la situation concrète et leur étendue est débattue. 386

Dans la deuxième partie de la thèse, il sera indiqué pour chaque action de droit du bail prise en compte, quelle(s) maxime(s) s'applique(nt), quelles sont concrètement les incombances des parties en matière d'apport de moyens de preuve et quelles sont les possibilités du tribunal d'intervenir le cas échéant, en particulier lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable. À l'instar de ce qui a été expliqué pour le fardeau de l'allégation, il convient également d'examiner dans quelle mesure l'application de la maxime inquisitoire sociale mène effectivement à un allègement de la position du locataire dans la question de la répartition des rôles entre les parties et le tribunal. 387

9.3. Le fardeau de la preuve

- 388 Le fardeau *objectif* de la preuve détermine les conséquences lorsqu'un fait pertinent n'a pas été prouvé. Plus concrètement, il s'agit de savoir quelle partie supporte le risque de perdre le procès si la conviction du tribunal de la survenance d'un fait pertinent ne peut pas être emportée. Le fardeau *subjectif* traite de la question de savoir à quelle partie il incombe de proposer un moyen de preuve à l'appui d'un certain fait.
- 389 De manière générale, il est considéré que le fardeau de la preuve pour un fait déterminé doit incomber à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable. Encore faut-il déterminer quel fait est favorable à quelle partie. En droit suisse, la norme-clé en la matière est l'art. 8 CC, en vertu duquel chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition ne permet cependant pas de déterminer quel fait est favorable à quelle partie.
- 390 La concrétisation de cette disposition se fait à l'aide de la théorie des normes. Celle-ci propose de déterminer quel fait est favorable à quelle partie en passant par une analyse des règles (normes) sur lesquelles les parties sont susceptibles de fonder leurs prétentions. Sur la base d'une interprétation des dispositions de droit matériel et des liens entre elles, il est possible de classer les règles en règles génératrices, dirimantes et extinctives, selon qu'elles fixent les conditions de la naissance d'un droit, de l'empêchement de sa naissance ou de son extinction. En vertu de cette théorie, la partie demanderesse supporte le fardeau de la preuve des faits générateurs de droit, soit ceux qui entraînent, selon une règle génératrice, la naissance d'un droit ; la partie défenderesse supporte le fardeau de la preuve des faits dirimants, soit ceux qui empêchent, selon une règle dirimante, la naissance d'un droit, et ceux des faits extinctifs, soit ceux qui, en vertu d'une règle extinctive, entraînent l'extinction d'un droit.
- 391 Il existe des exceptions à ces principes, permettant des allègements au bénéfice d'une des parties au litige. Ainsi, afin d'éviter des situations de pénurie de preuve, le législateur peut définir comme circonstance dirimante, à prouver par la partie défenderesse, un fait qui serait, selon la théorie des normes, un fait générateur à prouver par la partie demanderesse.
- 392 Le même résultat peut être atteint par l'introduction d'une présomption réfragable : dans cette hypothèse, le législateur définit un fait indirectement pertinent – plus facile à prouver – en présence duquel un fait directement pertinent ou même un droit est présumé. Le tribunal doit retenir d'office la présence du fait directement pertinent si le fait indirectement pertinent est prouvé. La partie adverse peut toutefois tenter d'apporter la preuve du contraire. Le législateur peut

également introduire des présomptions irréfragables ; dans ce cas, la partie adverse est privée de la possibilité d'apporter la preuve du contraire.

Il convient, pour chaque action en droit du bail analysée, de déterminer quels faits pertinents constituent des faits générateurs, des faits dirimants et des faits extinctifs, afin de mettre en évidence pour quels faits le fardeau de la preuve incombe au locataire et quels sont les faits pour lesquels le fardeau de la preuve incombe au bailleur. Il convient également d'analyser de quelle manière le législateur est intervenu, le cas échéant en définissant comme dirimant l'absence d'un fait qui serait générateur ou en introduisant des présomptions, dans des situations où la preuve serait particulièrement difficile à apporter. 393

La répartition du *fardeau subjectif* de la preuve se fait en principe de la même manière que la répartition du fardeau objectif. Dans la deuxième partie, la question du fardeau subjectif de la preuve ne sera dès lors traitée que sommairement. Pour chaque action, il sera toutefois revenu, brièvement sur la question de la contre-preuve, dans laquelle le fardeau subjectif est détaché du fardeau objectif. 394

9.4. Le degré de la preuve

Le degré de la preuve désigne l'intensité avec laquelle le tribunal doit être convaincu de la survenance d'un fait afin de pouvoir le retenir dans son jugement. Le droit suisse en connaît trois : la preuve stricte, la vraisemblance prépondérante ainsi que la vraisemblance simple. En principe, le degré de la preuve stricte est applicable, ce qui signifie qu'un fait peut uniquement être retenu si le tribunal, sur la base des moyens de preuve à sa disposition, n'a plus de doute sérieux quant à la survenance du fait considéré. 395

Ce degré peut être réduit, par la loi ou la jurisprudence, au degré de la vraisemblance prépondérante. Ce dernier est atteint lorsque, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou entrent raisonnablement en considération. Une telle réduction est introduite dans des cas de « *Beweisnot* », soit des situations où une preuve stricte ne saurait raisonnablement être exigée, car des difficultés probatoires se présentent fréquemment. La preuve stricte serait donc vouée à l'échec ; sans réduction du degré de la preuve, la mise en œuvre du droit de fond serait entravée, voire empêchée. 396

Le troisième degré de preuve, soit la vraisemblance simple, est atteint lorsque certains éléments parlent en faveur de l'existence du fait considéré, mais que le tribunal le tient néanmoins pour possible de ne pas s'être produit. Il est réservé aux procédures dans lesquels le tribunal doit statuer dans l'urgence, de manière 397

provisoire. Ce type de procédure ne fera pas l'objet d'une analyse approfondie dans la présente thèse.

- 398 Dans la deuxième partie de la présente thèse, le degré de la preuve exigée sera analysé pour tous les faits pertinents de chaque action analysée. Il conviendra en particulier de déterminer pour quels faits le législateur ou la jurisprudence ont fait usage de la possibilité de réduire le degré de la preuve et si ce choix est justifié et utile à la poursuite du but du législateur en droit du bail d'habitations et de locaux commerciaux.

9.5. Les moyens de preuve

- 399 Les moyens de preuve constituent les objets ou personnes qui transmettent au tribunal les raisons pour son jugement, donc la source de la conviction du tribunal. Le droit de la procédure civile suisse en connaît six, à savoir le témoignage, les titres, l'inspection, l'expertise, les renseignements écrits ainsi que l'interrogatoire et la déposition de parties.
- 400 Les conditions d'admission et d'administration varient d'un moyen de preuve à l'autre. L'obtention d'un moyen de preuve peut être plus ou moins difficile et, malgré le principe de la libre appréciation des preuves, certains moyens de preuve sont généralement considérés comme plus fiables que d'autres. Ainsi, la preuve par titre est généralement plus fiable que celle par témoignage ou par interrogatoire des parties. L'inspection est également fiable, puisque le tribunal prend directement connaissance de faits pertinents ; elle suppose toutefois souvent le déplacement du tribunal et est dès lors plus difficile à administrer qu'un titre. L'expertise est un moyen de preuve généralement fiable, mais dont la mise en œuvre n'est pas simple : elle suppose la nomination et l'instruction d'un expert et la formulation de questions qu'en pratique, il revient souvent aux parties de poser ; pour que l'expertise soit utile à une partie, elle doit dès lors savoir quelles questions poser afin d'obtenir une preuve des faits pertinents, ce qui peut s'avérer considérablement compliqué pour des parties inexpérimentées.
- 401 En outre, la question des moyens de preuve susceptibles d'être déposés ou requis par les parties exerce une influence sur le devoir de collaborer ainsi que l'intégration des moyens de preuve dans la procédure.
- 402 Dès lors, les moyens de preuve susceptibles de prouver un certain fait dans une situation donnée ont une influence non négligeable sur la question de savoir si apporter la preuve est plus ou moins aisé pour la partie qui en supporte le fardeau. Dans la deuxième partie de la thèse, il sera dès lors analysé, pour chaque fait pertinent d'une des actions en droit du bail considérées, par quel(s) moyen(s) de preuve il est possible de le prouver. Il sera en particulier examiné

si la preuve est susceptible d'être rapportée par titre, vu qu'il s'agit du moyen de preuve généralement le plus facile à obtenir et considérée comme fiable.

9.6. Le devoir de collaborer

Le devoir de collaborer donne une réponse à la question de savoir ce qui se passe si la preuve d'un certain fait suppose la collaboration de la partie adverse de celle qui en supporte le fardeau ou d'un tiers. Il s'agit en soi d'un allègement à deux principes de base de la procédure civile, à savoir qu'aucune partie ne peut être forcée à déposer des titres qui permettraient de prouver des faits qui sont en sa défaveur (*nemo tenetur edere contra se*) et que la recherche de la réalité dans une procédure civile incombe aux parties. 403

Le législateur du Code de procédure civile a institué un devoir général de collaborer à l'administration de la preuve dans un procès civil, auquel sont soumis autant les parties à la procédure que des tiers (art. 160 CPC). Dans le Code sont nommées, à titre exemplatif, trois formes de collaboration, soit le devoir de déposer de manière conforme à la vérité (al. 1 let. a), de produire des titres requis, à l'exception de ceux soumis au secret d'avocat (al. 1 let. b) ainsi que de tolérer une inspection et de se soumettre à une expertise (al. 1 let. c). 404

En pratique, c'est surtout le devoir de produire des titres requis qui soulève des questions, en particulier celle de savoir avec quel degré de précision la partie requérante doit spécifier les titres qu'elle requiert. Il faut en effet que les titres requis soient spécifiés jusqu'à un certain degré. Autrement, les parties pourraient requérir des documents afin de trouver un fondement à leur prétention. Selon la jurisprudence et la doctrine, la partie requérante doit spécifier au moins de manière générique les documents demandés. Il est néanmoins admissible qu'une partie requière la production de pièces en lien avec un fait déterminé ou un groupe de faits lié à une période déterminée. Il doit toutefois et en tout état de cause être possible, pour la partie ou le tiers requis, de distinguer objectivement les pièces visées de celles qui ne le sont pas. 405

Autrement dit, le devoir de collaborer n'est utile que si la partie requérante connaît, ou à tout le moins suspecte, l'existence de moyens de preuve déterminés. Ce devoir n'est en revanche d'aucune utilité à la partie qui ignore l'existence d'une prétention fautive d'avoir à sa disposition les documents dont ressort l'existence de celle-ci. Pour certaines situations dans lesquelles ce genre de « lacunes d'information » sont fréquentes, il existe des devoirs d'information, fondés sur le droit matériel. 406

- 407 Dans la deuxième partie de la présente thèse, il sera examiné, pour chaque action en droit du bail analysée, pour quels moyens de preuve une collaboration de la partie adverse ou d'un tiers pourrait s'avérer nécessaire, afin de déterminer l'importance de cette institution procédurale. Il convient également d'examiner dans quelle mesure le devoir de collaborer est efficace et permet effectivement de faciliter l'accès aux moyens de preuve déterminants dans les procédures considérées.

9.7. L'introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 408 Les parties doivent en principe proposer et requérir les moyens de preuve dans leurs écritures, soit ensemble avec leurs allégués de fait. Lorsqu'elles proposent des titres dont elles disposent elles-mêmes, elles doivent en principe les produire avec leurs écritures. Les moyens de preuve requis doivent être « liés » aux allégués : pour chaque moyen de preuve proposé ou requis il doit être clair, quel(s) fait(s) il est censé prouver.
- 409 Chaque partie dispose de deux possibilités de proposer des moyens de preuve sans restriction : la partie demanderesse dans la demande et la réplique, la partie défenderesse dans la réponse et la duplique. S'il n'y a pas de second échange d'écritures, la deuxième chance des parties sera les débats d'instruction ; s'il n'y a pas de débats d'instruction, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC). Ensuite, le tribunal « trie » les moyens de preuve proposés : dans une ordonnance de preuve (art. 154 CPC), il décide quels moyens de preuve seront administrés et lesquels sont refusés. Il procède ensuite à l'administration des moyens de preuve qu'il a admis, c'est-à-dire qu'il ordonne les mesures nécessaires pour intégrer les moyens de preuve dans le dossier (p. ex. donner un mandat à un expert, convoquer un témoin) et prend connaissance des moyens de preuve.
- 410 Il existe également des allègements à ces principes. Lorsque la procédure simplifiée est applicable, les exigences formelles sont moins strictes : les parties n'ont pas l'incombance d'offrir des moyens de preuve dans leurs écritures ni de « découper » l'état de fait en allégués précis et d'indiquer, pour chaque allégué, un moyen de preuve. Toutefois, le nombre d'occasions de proposer des moyens de preuve est également limité à deux ; le moment auquel les parties disposent de leurs « chances » de proposer des moyens de preuve varie.
- 411 Lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable, afin de faciliter la consécration de son droit à la partie faible entre autres par la réduction d'exigences formelles, les parties peuvent proposer des moyens de preuve jusqu'au dernier

moment avant les délibérations du tribunal (art. 229 al. 3 CPC) et le nombre d'occasions de proposer des moyens de preuve n'est pas limité à deux.

Les parties disposent en outre du droit de faire administrer des moyens de preuve à tout instant au moyen de la procédure de preuve à futur, en premier lieu afin de conserver des moyens de preuve menacés de disparaître et d'évaluer les chances de succès d'un éventuel procès. Dans le contexte de la présente thèse, qui vise à examiner les obstacles à l'apport de la preuve dans les procédures de bail et les moyens de les contourner, c'est surtout la conservation de moyens de preuve qui est intéressante ; la preuve à futur dans le but d'évaluer les chances de succès permettant certes une économie de procédure, mais pas à proprement parler de faciliter la preuve. 412

Il s'agira de déterminer, pour chaque action de droit du bail analysée dans la deuxième partie, quelles sont les exigences pour proposer des moyens de preuve et à quel moment les différentes parties auront l'occasion d'en proposer. Il convient également d'examiner si la procédure de preuve à futur peut être avantageuse pour les parties. 413

9.8. L'appréciation des preuves

En droit suisse, le tribunal est en principe libre dans l'appréciation des moyens de preuve. La loi ne fixe ni hiérarchie entre les moyens de preuve ni règles définissant la valeur probante de différents moyens. Le tribunal doit attribuer la valeur probante aux différents moyens de preuve de manière conforme à la logique, aux règles d'expérience généralement reconnues et à l'expérience de la vie. La seule limite pour le tribunal est l'arbitraire. 414

L'appréciation des preuves permet au tribunal de prendre en compte le comportement des parties dans le procès, notamment du refus de collaborer à l'administration des preuves : ce dernier peut être considéré comme indice pour l'exactitude des allégués de la partie ayant requis la collaboration. 415

Dans la deuxième partie, il s'agira de déterminer quelles sont les pratiques des tribunaux en matière d'appréciation des moyens de preuve pour les actions en droit du bail analysées. Il y a en particulier lieu de déterminer si, pour certains faits pertinents, la preuve échoue fréquemment au niveau de l'appréciation des preuves et quelles en sont les conséquences au niveau de la mise en œuvre du droit matériel visant à protéger le locataire. Il convient également d'examiner quelles sont les conséquences du refus du devoir de collaborer des parties dans les différentes actions en droit du bail. 416

PARTIE SPÉCIALE :
PREUVE ET DROIT DU BAIL

Il convient désormais d'analyser la manière dont le droit de la preuve est appliqué dans les litiges relevant du droit du bail. Dans un premier temps, le lecteur se familiarisera avec les éléments fondamentaux du droit du bail suisse (Titre I), puis il sera procédé à l'analyse des questions de preuve qui se présentent dans trois sujets importants du droit du bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux, à savoir la fixation du loyer (Titre II), les litiges relatifs aux défauts (Titre III) ainsi que la résiliation et la prolongation du bail (Titre IV).

417

TITRE I : ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX DU DROIT DU BAIL À LOYER SUISSE

Pour débiter cette deuxième partie seront exposés quelques éléments fondamentaux du droit du bail suisse. Il s'agit en premier lieu de l'historique, de l'état actuel ainsi que des projets de révision du droit du bail d'habitations et de locaux commerciaux (Chapitre 1), avant de procéder à l'identification du siège de la matière (Chapitre 2) ainsi que de quelques règles générales du bail à loyer en droit suisse (Chapitre 3). Seront ensuite présentées les règles particulières s'appliquant aux différentes catégories de choses louées prévues par la loi (Chapitre 4), avant de procéder à une synthèse (Chapitre 5).

418

Chapitre 1 : Le droit du bail d'habitations et de locaux commerciaux : passé, présent et futur

Le législateur suisse est intervenu sur le marché des baux à loyer d'habitations et de locaux commerciaux et ainsi restreint la liberté contractuelle. Cette intervention se justifie par le fait que l'application dudit principe offre trop de possibilités d'abus aux bailleurs, se trouvant, pour plusieurs raisons, généralement en position dominante. Le législateur est intervenu initialement par du droit de nécessité (1.1.), puis a développé le droit privé social (1.2.). Il s'agit de l'approche toujours poursuivie par le droit actuel qui fait toutefois régulièrement l'objet de tentatives de révision (1.3.). 419

1.1. Aperçu historique

1.1.1. Des décennies de droit de nécessité

Le Code des obligations suisse a été fondé pendant longtemps sur l'idée libérale du contrat de bail. En effet, les dispositions du Code des obligations de 1911 sont restées en vigueur sans changement notable jusqu'en 1989, sachant qu'elles ont été reprises du Code fédéral des obligations de 1881. Toutefois, l'application de ces dispositions a été limitée la plupart du temps par des règles de droit public. La réglementation libérale était uniquement en vigueur de manière illimitée entre 1912 et 1914 ainsi qu'entre 1925 et 1936¹⁰³⁵. L'on constate que ces limitations relevaient du droit de nécessité et concernaient essentiellement deux aspects du bail, à savoir le montant du loyer ainsi que la résiliation du contrat de bail. 420

¹⁰³⁵ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 24 s. intro. ad art. 253-274g CO ; WIDMER, p. 16.

- 421 En effet, déjà deux ans après l'entrée en vigueur du Code des obligations, le Conseil fédéral se voyait obligé d'intervenir sur le marché du logement, par suite du début de la Première Guerre mondiale. Ainsi, le Conseil fédéral a d'abord décidé une extension du délai d'expulsion, puis accordé aux locataires la possibilité de faire annuler une résiliation ainsi qu'une augmentation du loyer. Ces mesures sont, avec plusieurs modifications, restées en vigueur jusqu'en 1926¹⁰³⁶. En 1936, le Conseil fédéral se voyait à nouveau obligé d'intervenir suite aux problèmes d'inflation¹⁰³⁷. Pour limiter les augmentations de loyer, le montant des loyers a été bloqué et un contrôle des loyers a été introduit¹⁰³⁸, régime qui a été maintenu et affiné durant la Seconde Guerre mondiale¹⁰³⁹. En 1941, le Conseil fédéral a en plus introduit des mesures contre les congés abusifs ; les locataires pouvaient demander l'annulation du congé s'il paraissait injustifié au vu des circonstances du cas d'espèce¹⁰⁴⁰.
- 422 Ce système a été maintenu après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Comme le Conseil fédéral ne disposait plus de pleins pouvoirs, les mesures ont été fondées sur des compléments à la Constitution fédérale dont la validité était limitée dans le temps ; leur introduction, respectivement leur prolongation, ont été adoptées en votation populaire¹⁰⁴¹. Cependant, dans ses grandes lignes, le système est resté inchangé jusqu'en 1961, lorsque la surveillance des loyers remplaça progressivement le contrôle des loyers¹⁰⁴², c'est-à-dire que les autorités ne décidaient plus d'office si un loyer était admissible ou non ; désormais, le locataire devait en appeler aux autorités s'il estimait le loyer trop élevé¹⁰⁴³.
- 423 En 1970, le régime d'exception précité a été entièrement abrogé. Les règles du Code des obligations ont régi sans restrictions de droit public les relations entre locataires et bailleurs. Toutefois, il a été rajouté au Code des obligations la pos-

¹⁰³⁶ ROHRBACH, p. 4 s.

¹⁰³⁷ Arrêté du Conseil fédéral sur les mesures extraordinaires concernant le coût de la vie, du 27 septembre 1936, RO 1936, p. 766 s.

¹⁰³⁸ Ordonnance I du Département fédéral de l'économie publique sur les mesures extraordinaires concernant le coût de la vie, du 27 septembre 1936, RO 1936, p. 768 ss.

¹⁰³⁹ Arrêté du Conseil fédéral concernant le coût de la vie et les mesures destinées à protéger le marché, du 1^{er} septembre 1939, RO 1939, p. 825 ss.

¹⁰⁴⁰ Arrêté du Conseil fédéral instituant des mesures contre la pénurie du logement, RO 1941, p. 1183 ss.

¹⁰⁴¹ RO 1952, p. 1081 ; RO 1956, p. 822 ; RO 1960, p. 1037 ; RO 1964, p. 1441.

¹⁰⁴² Complément à la Constitution fédérale sur le maintien de mesures temporaires en matière de contrôle des prix du 24 mars 1960, RO 1960, p. 1037 ; Arrêté fédéral sur les loyers des biens immobiliers et la caisse de compensation des prix du lait et des produits laitiers du 21 décembre 1960, RO 1961, p. 291.

¹⁰⁴³ RO 1964, p. 1441.

sibilité offerte au locataire de demander l'annulation du congé ou la prolongation du bail si le congé devait entraîner des conséquences particulièrement pénibles pour lui ou sa famille (anciens art. 267a à 267f CO)¹⁰⁴⁴.

À partir du moment où le contrôle des loyers fut abrogé, les loyers ont pris l'as- 424
censeur. Ainsi, entre mai 1966 et novembre 1971, le montant moyen des loyers de locaux d'habitation a augmenté de 47 %, alors que le renchérissement fut de 19 % durant la même période¹⁰⁴⁵. Le législateur se vit à nouveau obligé d'intervenir. Le peuple a adopté le 5 mars 1972, à majorité écrasante, l'art. 34^{septies} al. 2 Cst. féd., obligeant la Confédération à légiférer contre les abus dans le domaine locatif en cas de pénurie de logements¹⁰⁴⁶. Le Parlement a promulgué, le 30 juin de la même année, l'Arrêté fédéral urgent instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL)¹⁰⁴⁷, précisée par une ordonnance du Conseil fédéral (OMSL)¹⁰⁴⁸.

L'AMSL a institué une surveillance des loyers (art. 14 ss AMSL) ainsi qu'une 425
protection contre les congés (art. 18 al. 3, 24 et 28 al. 3 AMSL) dans les communes touchées par une pénurie de logements. Une protection contre les congés était nécessaire pour éviter que le bailleur puisse forcer le locataire à accepter une augmentation du loyer en le menaçant de résilier le bail en cas de contestation, ou de se venger d'une contestation du loyer en résiliant le bail¹⁰⁴⁹. Au niveau procédural, l'AMSL obligeait les cantons à introduire des commissions de conciliation, composées de manière paritaire, pour résoudre de manière équitable les différends entre locataires et bailleurs (art. 25 ss AMSL). Le préalable de conciliation était obligatoire lorsque le locataire contestait une augmentation du loyer ou une autre prétention du bailleur (art. 17 ss AMSL). L'AMSL s'appliquait aux logements ainsi qu'aux locaux commerciaux dans les communes concernées (art. 1 al. 2 AMSL). L'art. 4 AMSL prévoyait que certaines catégories de logements ou de locaux commerciaux pouvaient être exclues du champ d'application de l'AMSL. L'art. 4 OMSL précisait que les règles de l'AMSL étaient inapplicables aux logements de luxe, aux logements de vacances et aux logements subventionnés.

¹⁰⁴⁴ FF 1968 II 873.

¹⁰⁴⁵ Message art. 36^{sexies} aCst., p. 1691.

¹⁰⁴⁶ RO 1972 II 1512.

¹⁰⁴⁷ RO 1972 II 1531.

¹⁰⁴⁸ RO 1972 II 1590.

¹⁰⁴⁹ BARBEY (AMSL), p. 131.

1.1.2. Du droit de nécessité au droit privé social

- 426 L'introduction de l'AMSL n'a cependant pas eu l'effet escompté et en 1973 déjà, une initiative populaire a demandé le retour au système du contrôle des loyers¹⁰⁵⁰. L'initiative populaire, ainsi que le contre-projet élaboré par le Conseil fédéral et les Chambres, ont été refusés en votation populaire¹⁰⁵¹. Néanmoins, la nécessité de procéder à une révision du droit du bail était majoritairement reconnue.
- 427 En 1977, le Département fédéral de justice et police a mandaté une commission d'experts en vue d'une révision totale du droit du bail. Celle-ci a déposé, en 1980, un avant-projet ainsi qu'un rapport explicatif. Cet avant-projet prévoyait notamment de rendre applicable les règles protégeant les locataires sur tout le territoire suisse, non seulement aux communes touchées par une pénurie de logements, de mieux protéger les locataires contre des congés abusifs, par des dispositions dans le Code des obligations, et de transférer l'AMSL en une loi fédérale, tout en y conservant l'essentiel de son contenu¹⁰⁵². En 1982, l'Union suisse des locataires a déposé l'initiative populaire « pour la protection des locataires », selon laquelle la Confédération aurait été obligée de protéger les locataires contre les loyers et autres prétentions inéquitables ainsi que contre les congés injustifiés, en donnant au tribunal la compétence de les annuler¹⁰⁵³. Sur la base de l'avant-projet de la commission d'experts, le Conseil fédéral a proposé un nouvel article constitutionnel, en tant que contre-projet direct, ainsi qu'une révision du Code des obligations et la création d'une loi fédérale contre les abus dans le domaine locatif, en tant que contre-projet indirect¹⁰⁵⁴.
- 428 Durant les débats aux Conseils, il a été décidé de procéder en deux temps et de faire adopter en premier un article constitutionnel, et d'attaquer la révision du Code des obligations et de l'AMSL seulement dans un deuxième temps. En 1986, l'Union suisse des locataires a retiré son initiative populaire¹⁰⁵⁵. La même année, le nouvel art. 34^{septies} al. Cst. féd., devenu l'art. 109 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, a été adopté en votation populaire¹⁰⁵⁶. L'al. 1 de cette disposition prévoit que « La Confédération légifère afin de lutter contre les abus en matière de bail à loyer, notamment les loyers abusifs, ainsi que sur l'annulabilité des congés abusifs et la prolongation du bail pour une durée déterminée ».

¹⁰⁵⁰ WIDMER, p. 17.

¹⁰⁵¹ FF 1977 III 52.

¹⁰⁵² Message révision droit du bail, p. 1383.

¹⁰⁵³ FF 1982 II 554.

¹⁰⁵⁴ Message révision droit du bail, p. 1371 s.

¹⁰⁵⁵ LACHAT (Bail), p. 40, N 4.4.

¹⁰⁵⁶ FF 1986 II 35.

1.2. Le « nouveau » droit du bail de 1990 et ses règles spéciales

Par la suite, la Commission du Conseil des États a proposé d'intégrer les dispositions de l'AMSL dans le Code des obligations, proposition adoptée par le Conseil des États¹⁰⁵⁷, puis par le Conseil national¹⁰⁵⁸. Sous cette forme, le nouveau droit du bail est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1990¹⁰⁵⁹. 429

Lors de la révision, le législateur ne s'est toutefois pas contenté de « copier-coller » les dispositions de l'AMSL. Le but de la révision était d'améliorer la protection des locataires, notamment en cas de défauts de la chose louée et contre les congés abusifs¹⁰⁶⁰. Ainsi, les dispositions du Code des obligations introduites en 1990 permettent au locataire de : 430

- contester, dans les 30 jours suivant la réception de la chose louée, le loyer initial lorsqu'il le considère abusif (art. 270 CO) ; le loyer est en principe abusif s'il permet au bailleur de réaliser un rendement excessif (art. 269 s. CO), soit un rendement qui dépasse de plus de 0.5 % le taux hypothécaire de référence¹⁰⁶¹ ; toutefois, selon une jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le rendement admissible est désormais 2% au-dessus du taux hypothécaire de référence si ce dernier est inférieur ou égal à 2%¹⁰⁶² ;
- exiger une baisse de loyer en cours de bail lorsqu'il estime que la modification d'un des facteurs influençant le loyer – en pratique il s'agit la plupart du temps du taux d'intérêt hypothécaire – a rendu abusif le loyer (art. 270a CO) ;
- contester une hausse du loyer ou une autre modification unilatérale du contrat de bail imposée par le bailleur (art. 270b CO) ;
- exiger la remise en l'état la chose louée si elle est défectueuse ainsi que de consigner le loyer si le bailleur ne procède pas à la remise en l'état (art. 256 et 259a ss CO) ;
- prétendre à l'annulation du congé en cas d'abus : la résiliation est abusive lorsqu'elle a été donnée de manière contraire à la bonne foi

¹⁰⁵⁷ BO CE 1988, p. 137-185.

¹⁰⁵⁸ BO CN 1989, p. 461-480, 495-550.

¹⁰⁵⁹ RO 1990, p. 802.

¹⁰⁶⁰ Message révision droit du bail, p. 1395 ss. ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 6 intro. gén.

¹⁰⁶¹ ATF 141 III 245, consid. 3.7 ; TF, arrêt du 01.03.2016, 4A_465/2015, consid. 4.5 ; TF, arrêt du 17.07.2016, 4A_198/2014, consid. 4.4.

¹⁰⁶² ATF 147 III 14, consid. 8.4.

(art. 271 al. 2 CO). La loi mentionne un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le congé doit être considéré comme étant contraire à la bonne foi (art. 271a CO). Est notamment contraire à la bonne foi la résiliation suite à une contestation de l'augmentation du loyer, d'une demande de baisse de loyer ou de réparation d'un défaut, à moins que celle-ci ne soit abusive (art. 271a al. 1 let. d et e CO) ;

- demander une prolongation du contrat (4 ans maximum pour les habitations, 6 ans maximum pour les locaux commerciaux) : la prolongation du bail est accordée au locataire si le congé est valable, mais que la fin du contrat aurait pour lui ou sa famille des conséquences pénibles sans que les intérêts du bailleur le justifient (art. 272 ss CO).

- 431 De plus, la révision a rendu obligatoire l'utilisation d'une formule officielle dans certaines situations afin de garantir que le locataire soit informé de ses droits¹⁰⁶³. Comme les autorités de conciliation, introduites par l'AMSL, « ont fait leurs preuves dans la pratique et ont contribué de manière considérable à décriper les relations entre les locataires et les bailleurs », ce système a été repris et introduit dans le Code des obligations (art. 274a ss aCO)¹⁰⁶⁴.
- 432 Afin de faciliter aux locataires la consécration de leurs droits devant les autorités de conciliation et les instances judiciaires, le législateur a en plus introduit des règles procédurales spécifiques pour les procédures de droit du bail (art. 274d ss aCO). En particulier, l'art. 274d CO imposait aux cantons de prévoir une procédure simple et rapide pour les litiges portant sur le droit du bail (al. 1) dans laquelle la maxime inquisitoire sociale s'applique (al. 3).
- 433 Les dispositions sont le résultat d'un combat politique entre les propriétaires immobiliers et leurs représentants d'un côté, et les locataires et leurs associations de l'autre. Il est le fruit d'un compromis permettant de maintenir l'attractivité d'investissements dans l'immobilier tout en atténuant les conséquences du déséquilibre de forces entre bailleurs et locataires¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶³ CPra Bail-MARCHAND, N 6 ad art. 269d CO ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 72 ad art. 270 CO.

¹⁰⁶⁴ Message révision droit du bail, p. 1399.

¹⁰⁶⁵ LACHAT (Bail), p. 38, N 2.5.

1.3. Modifications et tentatives de révision

Déjà lors de l'entrée en vigueur du « nouveau » droit du bail, les milieux concernés étaient conscients que ce dernier comportait plusieurs lacunes. La révision n'a pas mené à l'apaisement souhaité, bien au contraire¹⁰⁶⁶. Les loyers ont continué à augmenter. Entre 1988 et 1996, les loyers (nominaux) ont augmenté de 44 % en moyenne¹⁰⁶⁷, alors que le renchérissement n'était que de 29,4 % durant la même période¹⁰⁶⁸. 434

Dès son introduction, les dispositions au sujet de la fixation, respectivement de la contestation du loyer ont fait l'objet de vives critiques et leur révision a été initiée à plusieurs reprises. Après que le Parlement a fait avorter plusieurs tentatives de passer à un système des loyers libres¹⁰⁶⁹, les associations de défense des intérêts des locataires ont lancé, en 1997, l'initiative populaire fédérale « pour les loyers loyaux »¹⁰⁷⁰. A en particulier fait objet de critiques le système de couplage des taux hypothécaires et des loyers. En effet, une partie de l'augmentation des loyers était possible parce que la loi permet d'adapter le loyer au taux hypothécaire nominal et non réel¹⁰⁷¹. De plus, vu le pouvoir de négociation plus faible du locataire par rapport au bailleur, les bailleurs augmentent rapidement le loyer en cas d'augmentation du taux hypothécaire alors que les locataires hésitent à demander une réduction du loyer en cas de baisse¹⁰⁷². En 1999, le Conseil fédéral a proposé une modification du Code des obligations visant à abolir ce couplage et à définir le caractère abusif du loyer uniquement par les loyers comparatifs et a opposé ce projet (à titre de contre-projet indirect) à l'initiative « pour les loyers loyaux »¹⁰⁷³. La modification du Code des obligations a été acceptée par les chambres fin 2002¹⁰⁷⁴, mais les associations de défense des intérêts des locataires ont lancé un référendum¹⁰⁷⁵. Le projet a été rejeté en 435

¹⁰⁶⁶ Message révision partielle, p. 9132.

¹⁰⁶⁷ UNGERN-STERNBERG, p. 18.

¹⁰⁶⁸ L'IPC est passé de 110,9 à 143,4% (Base=IPC de décembre 1982) : voir la calculatrice de l'IPC de l'Office fédérale de la statistique : <https://lik-app.bfs.admin.ch/fr/lik/rechner?periodType=Monatlich&start=01.1988&ende=12.1996&basis=AUTO> (dernière consultation : 13.05.2021).

¹⁰⁶⁹ Motion Baumberger, BO CN 1993, p. 1593 s. ; initiatives parlementaires Hegetschweiler, BO CN 1994, p. 881 ss et 938 ss ; initiative parlementaire Ducret, BO CN 1997, p. 2512 ss.

¹⁰⁷⁰ FF 1996 II 531 ; FF 1997 IV 396.

¹⁰⁷¹ UNGERN-STERNBERG, p. 1 et 4.

¹⁰⁷² UNGERN-STERNBERG, p. 4 ; Message révision partielle, p. 9139.

¹⁰⁷³ Message révision partielle, p. 9127 ss.

¹⁰⁷⁴ FF 2002, p. 7652 ss.

¹⁰⁷⁵ FF 2003, p. 2946.

votation populaire¹⁰⁷⁶. L'initiative « pour les loyers loyaux » a subi le même sort¹⁰⁷⁷.

- 436 En 2007, le Conseil fédéral a lancé une procédure de révision du titre huitième du Code des obligations. Le Département fédéral de l'économie a élaboré un projet et présenté le message y relatif le 12 décembre 2008¹⁰⁷⁸. Le caractère abusif d'un loyer initial aurait été évalué moyennant des loyers comparatifs, établis selon des méthodes scientifiques et fondés sur des statistiques officielles pour les habitations¹⁰⁷⁹ et des loyers usuels pour les locaux commerciaux¹⁰⁸⁰. Une adaptation des loyers en cours de bail aurait été possible en cas de modification de l'IPC, mais non en cas de modification du taux hypothécaire de référence. Le projet a été adopté, avec quelques modifications, par le Conseil des États en juin 2010¹⁰⁸¹ ; le Conseil national a cependant refusé à deux reprises d'entrer en matière, faisant ainsi avorter le projet¹⁰⁸².
- 437 L'introduction du Code de procédure civile, en 2011, a apporté plusieurs modifications au niveau de la procédure en droit du bail. Dans son principe, le système est toutefois resté le même. Le Code de procédure civile impose en principe une tentative de conciliation pour tous les litiges de droit civil (art. 197 ss CPC). La « procédure simple et rapide » du droit de procédure civile cantonal (art. 274d al. 1 CO) a été remplacée par la procédure simplifiée, dont le formalisme est réduit (art. 243 ss CPC)¹⁰⁸³. Elle s'applique à tous les litiges lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.- (art. 243 al. 1 CPC). Pour les litiges relevant des « domaines centraux de la protection des locataires »¹⁰⁸⁴, soit la protection contre les loyers abusifs et les résiliations abusives, elle s'applique indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 CPC). Ces litiges sont de plus soumis à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC). La maxime inquisitoire sociale est également applicable dans les autres litiges portant sur des baux à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.- (art. 247 al. 2 let. b CO).

¹⁰⁷⁶ FF 2004, p. 2045.

¹⁰⁷⁷ FF 2003, p. 4668.

¹⁰⁷⁸ Message modification loyers abusifs, p. 311 ss.

¹⁰⁷⁹ Message modification loyers abusifs, p. 331 ss.

¹⁰⁸⁰ Message modification loyers abusifs, p. 337 s.

¹⁰⁸¹ BO CE 2010, p. 708 ss.

¹⁰⁸² BO CN 2009, p. 794 ss et BO CN 2010, p. 1212 ss.

¹⁰⁸³ Au sujet de l'introduction des moyens de preuve dans les différentes procédures, voir ci-dessus, N 325 ss.

¹⁰⁸⁴ Message CPC, p. 6954.

En 2015, le Conseil fédéral a proposé une révision du droit du bail ayant pour point essentiel l'introduction d'une obligation d'indiquer aux nouveaux locataires le loyer précédent au moyen de la formule officiel pour toute la Suisse¹⁰⁸⁵. Contrairement à ce que prévoit la version actuellement en vigueur de l'art. 270 al. 2 CO, la nouvelle version de cette disposition aurait prévu que la formule doive être remise *avant* la conclusion du bail et non, seulement, au moment de la conclusion du bail¹⁰⁸⁶. Les deux Conseils ont cependant refusé d'entrer en matière sur cette proposition¹⁰⁸⁷. 438

Malgré les faiblesses reconnues du système, aucun projet de modification générale n'est pendant à ce stade. Au moment de la rédaction de la présente thèse, une dizaine d'interventions relatives à des questions de droit du bail étaient pendantes au Parlement fédéral, dont la plupart se rapportent à la fixation du loyer¹⁰⁸⁸, en particulier et à la prise en compte d'assainissements énergétiques¹⁰⁸⁹, ainsi qu'à la possibilité des locataires de contester le loyer initial en cas de pénurie de logements¹⁰⁹⁰. 439

¹⁰⁸⁵ Message modification loyers abusifs, p. 3681 ss.

¹⁰⁸⁶ FF 2015, p. 3705.

¹⁰⁸⁷ BO CN 2016, p. 927 ss ; BO CE 2016, p. 626 ss.

¹⁰⁸⁸ Initiative parlementaire 17.491 (Feller), Modernisation des modalités de calcul du rendement admissible en droit du bail (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20170491> ; dernière consultation : 13.05.2021)

¹⁰⁸⁹ Motion 19.3924 (Bourgeois), Meilleure exploitation du potentiel de rénovation grâce à la révision du droit du bail (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20193924>, dernière consultation : 13.05.2021) ainsi que postulat 19.3831 (Bendahan), Les locataires ne doivent pas payer le surcoût énergétique des bâtiments qui n'auront pas encore été assainis en 2035 (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20193831> ; dernière consultation : 13.05.2021).

¹⁰⁹⁰ Initiatives parlementaires 17.514 (Nantermod), Rendement abusif. Limiter l'article 269 CO aux cas de pénurie (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20170514> ; dernière consultation : 13.05.2021), 17.515 (Nantermod), Rendement abusif. Limiter l'article 270 CO aux cas de pénurie (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20170515> ; dernière consultation : 13.05.2021) et 16.451 (Egloff), Bonne foi dans le droit du bail. Contestation du loyer initial limitée aux cas dans lesquels le locataire a conclu le bail par nécessité (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160451> ; dernière consultation : 13.05.2021).

Chapitre 2 : Le siège de la matière

En droit suisse, le contrat de bail est principalement régi par les art. 253 ss CO. 440
Le titre huitième du Code des obligations (art. 253-273c CO) traite du bail à loyer, le titre huitième^{bis} (art. 275-304 CO) du bail à ferme.

Le titre huitième du Code des obligations est divisé en trois chapitres : le pre- 441
mier contient des dispositions générales (art. 253-268b CO), le deuxième des dispositions concernant la protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 269-270e CO) et le troisième celles sur la protection contre les congés concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 271-273c CO). Le chapitre I s'applique en principe quel que soit l'objet loué¹⁰⁹¹, alors que les chapitres II et III ne s'appliquent qu'aux baux d'habitations et de locaux commerciaux.

Les dispositions spéciales qui s'appliquent aux baux à loyer d'habitations et de 442
locaux commerciaux font l'objet de précisions par l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (OBLF).

À côté du Code des obligations et de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail 443
à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, un certain nombre d'autres textes légaux concernent le bail à loyer.

Il en va en particulier ainsi de la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à 444
loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (LCBD) qui définit la notion de contrat-cadre et les conditions de sa déclaration de force obligatoire. La loi autorise les associations de locataires et de bailleurs à établir en commun des dispositions types applicables à la conclusion, à l'objet et à l'expiration des baux à loyer de logements et de locaux commerciaux (art. 1 LCBD). Par ces contrats-cadres, les parties peuvent déroger à certaines règles impératives de la loi (art. 3 al. 1 LCBD), mais de loin pas à toutes : pour des dispositions élémentaires touchant la protection des locataires, telles que les règles sur la protection contre

¹⁰⁹¹ BLUMER, N 129.

les loyers abusifs ou les résiliations abusives, une dérogation n'est pas admise (art. 3 al. 3 et 4 LCBD).

- 445 Sur requête des parties, un contrat-cadre peut être déclaré de force obligatoire générale à certaines conditions, fixées à l'art. 6 LCBD. La compétence pour cette déclaration incombe au Conseil fédéral lorsque le contrat-cadre s'applique à plusieurs cantons ; elle est du ressort du gouvernement cantonal lorsque le contrat-cadre s'applique à un canton ou une partie du territoire cantonal uniquement (art. 7 LCBD).
- 446 Il n'existe actuellement qu'un contrat-cadre qui revêt la force obligatoire : il s'agit des règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV)¹⁰⁹², qui s'appliquent aux baux d'habitation et de locaux commerciaux dans le canton de Vaud¹⁰⁹³. Quant au Contrat-cadre romand de baux à loyer (CCR)¹⁰⁹⁴, dont la force obligatoire s'étendait aux baux de locaux d'habitation conclus dans les cantons de Genève, de Vaud, de Neuchâtel, du Jura, de Fribourg ainsi que dans les districts francophones du Valais¹⁰⁹⁵, la déclaration de force obligatoire n'a pas été renouvelée et a donc pris fin le 30 juin 2020¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² Disponible sous : <https://prestations.vd.ch/pub/blv-publication/api/actes/a000529e-b2b9-4808-b911-586f55a7ced5/annexes/1?dmev=01.07.2020> (dernière consultation : 13.05.2021).

¹⁰⁹³ Arrêté déclarant de force obligatoire générale le contrat-cadre de baux à loyer comprenant les dispositions paritaires romandes et les règles et usages locatifs du Canton de Vaud du 21 mai 2014, RSV 221.317.1 ; approbation du Conseil fédéral : FF 2014, p. 5095 ; le RULV reprend certaines dispositions du CCR (voir préambule du RULV) ; ces dispositions s'appliquent dès lors aussi aux locaux commerciaux dans le canton de Vaud.

¹⁰⁹⁴ Le texte du Contrat-cadre romand est disponible sous : <https://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2015/11/contrat-cadre-romand.pdf> (dernière consultation : 13.05.2021).

¹⁰⁹⁵ FF 2001, p. 5509 : la validité a été limitée jusqu'au 30 juin 2008, mais a été reconduite à deux reprises depuis : FF 2008, p. 5289 et FF 2014, p. 5087.

¹⁰⁹⁶ Communication relevant de la Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale du 23 juin 1995 et l'Ordonnance sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (OCBD) du 31 janvier 1996. Contrat-cadre romand de baux à loyer, FF 2020 3335.

Chapitre 3 : Le contrat de bail selon le Code des obligations

Selon l'art. 253 CO, le bail à loyer est le contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire ; le locataire s'oblige à verser au bailleur un loyer. Les parties doivent donc se mettre d'accord sur quatre éléments pour qu'un contrat de bail soit conclu : la *cession de l'usage* d'une chose déterminée (3.1.), le *paiement d'un loyer* (3.2.) ainsi que la *durée* (3.3.)¹⁰⁹⁷. 447

3.1. Cession de l'usage de la chose louée

La *cession de l'usage* signifie que le bailleur cède au locataire le droit d'utiliser la chose louée. Le locataire devient possesseur de l'objet loué et peut se prévaloir des droits en découlant (art. 926 ss CC)¹⁰⁹⁸. L'usage de la chose louée que le locataire est autorisé à faire résulte du contrat¹⁰⁹⁹. 448

Cet élément permet de distinguer le bail à loyer du bail à ferme. Alors que le bail à loyer prévoit *uniquement la cession de l'usage*, dans le bail à ferme, le bailleur cède au fermier *l'usage d'un bien productif* ainsi que *le droit et l'obligation de percevoir les fruits* (naturels ou civils) produits par ce dernier¹¹⁰⁰. Cela étant, la réglementation des deux contrats est largement identique : les dispositions sur le bail à ferme renvoient à plusieurs endroits

¹⁰⁹⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 58 ad art. 253 CO ; voir aussi : TERCIER/BIERI/CARRON, §§ 1625 ss et 1636 ss ; BLUMER, N 302 ss et 318, considère que la durée du contrat ne fait pas partie des *essentialia negotii* puisque la loi institue une présomption en faveur du contrat de durée indéterminée ; dès lors, faute d'accord des parties sur la durée du contrat, le contrat est conclu à durée indéterminée ; l'accord des parties est défini à l'art. 1 al. 1 CO comme étant la manifestation réciproque et concordante des volontés des parties. La question de l'interprétation des déclarations des parties ne sera pas traitée dans cette thèse. Il est renvoyé à ce sujet à la doctrine y relative, p. ex. CHRISTOPH MÜLLER, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne 2018, N 17 ss ad art. 18 CO.

¹⁰⁹⁸ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 17-22 intro. ad art. 253-274g CO ; LACHAT (Bail), p. 57, N 1.3.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1626 ; voir aussi : CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 59 ad art. 253 CO.

¹⁰⁹⁹ LACHAT (Bail), p. 257, N 1.2.

¹¹⁰⁰ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 71-72 ad art. 253 CO ; CPra Bail-Carron, N 10 ad art. 275 CO ; CARRON (19^e séminaire), N 25 ss.

aux dispositions concernant le bail à loyer¹¹⁰¹ et plusieurs dispositions ont un contenu très proche du droit du bail à loyer¹¹⁰². En outre, les dispositions de protection contre les loyers abusifs sont applicables par analogie aux baux à ferme non agricoles (art. 253b al. 1 CO). Des règles spéciales sont prévues pour les baux à ferme agricoles (art. 1 ss LBFA).

- 449 La chose dont l'usage est cédé (aussi appelé « objet loué ») peut être un meuble ou un immeuble¹¹⁰³. La notion de « chose » correspond à celle des droits réels¹¹⁰⁴, soit une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, susceptible d'une maîtrise humaine¹¹⁰⁵. Un animal n'est pas considéré comme une chose (art. 641a al. 1 CC) ; il peut néanmoins faire l'objet d'un contrat de bail (art. 641a al. 2 CC)¹¹⁰⁶. Ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat de bail à loyer les personnes¹¹⁰⁷ et les droits¹¹⁰⁸. Un accord ayant pour objet la cession de l'usage d'un droit contre rémunération constitue un contrat de bail à ferme au sens de l'art. 275 al. 1 CO¹¹⁰⁹.
- 450 La loi distingue plusieurs catégories de choses louées et les règles applicables divergent de manière assez importante, comme nous le verrons ci-après¹¹¹⁰.
- Le contrat peut porter sur plusieurs choses à la fois ; savoir s'il s'agit d'un seul et même contrat portant sur plusieurs choses ou de plusieurs contrats plus ou moins apparentés est une question d'interprétation et doit s'apprécier par rapport au cas concret¹¹¹¹.
- 451 La loi précise que le bailleur est tenu de délivrer la chose louée au locataire à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir en cet état (art. 256 al. 1 CO). S'il manque à son obligation, le locataire dispose entre autres de la possibilité d'exiger la réparation du défaut

¹¹⁰¹ P. ex. art. 281 al. 2, 287 al. 3 in fine, 288 al. 1, 289 al. 2 CO ; CARRON (19^e séminaire), N 10.

¹¹⁰² P. ex. art. 276 CO (correspondant à l'art. 253a CO), art. 278 al. 2 et 3 CO (correspondant à l'art. 256a al. 1 et 2 CO) ; CARRON (19^e séminaire), N 11.

¹¹⁰³ BSK OR I-WEBER, N 2 ad art. 253 CO ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 63 ad art. 253 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1631.

¹¹⁰⁴ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 1 intro. ad art. 253-274g CO et N 15 ad art. 253 CO ; KAUP-HÜRLIMANN, N 2.

¹¹⁰⁵ PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome I, Berne 2012, N 60 ; KAUP-HÜRLIMANN, N 2. Notons que l'animal n'est pas une chose, mais que, sauf règle expresse contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux.

¹¹⁰⁶ BLUMER, N 310 ; voir aussi : ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 16 ad art. 253 CO ; BK OR-GIGER, N 40 ad art. 253 CO.

¹¹⁰⁷ LACHAT (Bail), p. 64, N 1.4.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 63 ad art. 253 CO.

¹¹⁰⁸ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 15 ad art. 253 CO ; LACHAT (Bail), p. 64, N 1.4.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 63 ad art. 253 CO.

¹¹⁰⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, § 2309.

¹¹¹⁰ Cf. ci-dessous, N 457 ss.

¹¹¹¹ BK OR-GIGER, N 36 ad art. 253 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1632.

par le bailleur et la réduction de son loyer. Les questions de preuve qui se posent à cette occasion feront l'objet d'une analyse au titre III de la présente partie¹¹¹².

3.2. Païement du loyer

Le *loyer* est la contre-prestation due par le locataire au bailleur pour la cession de l'usage de la chose (art. 257 CO). La cession de l'usage est convenue sans contre-prestation, il s'agit d'un prêt à usage (art. 305 ss CO)¹¹¹³. Faute d'accord contraire, il comprend les frais liés à l'entretien de l'objet¹¹¹⁴. Il s'agit la plupart du temps d'une prestation en argent, mais il peut également s'agir d'une prestation en nature¹¹¹⁵. Le loyer constitue un élément essentiel du contrat. Il doit être déterminé ou au moins déterminable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le contrat n'est pas conclu faute d'accord à ce sujet, même s'il y a un accord sur le caractère onéreux du contrat. Le tribunal ne saurait combler une lacune d'une telle importance¹¹¹⁶. 452

Cette jurisprudence est critiquée en doctrine. Étant donné les possibilités du locataire, dans un contrat de bail d'habitation ou de locaux commerciaux, d'attaquer le montant du loyer et les méthodes prévues par la loi pour calculer un loyer non abusif, le tribunal est en mesure de calculer un loyer même en l'absence d'accord des parties à ce sujet¹¹¹⁷. Dans sa jurisprudence antérieure à l'ATF 119 II 347, le Tribunal fédéral était de l'avis que l'absence d'accord au sujet du montant du loyer était une lacune susceptible d'être complétée par le tribunal en application du principe de la bonne foi¹¹¹⁸.

En vertu du principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO), le montant du loyer est en principe librement défini par les parties¹¹¹⁹. Toutefois, pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, une réglementation spéciale, prévue aux art. 269 ss CO, est applicable. Elle limite la liberté des parties de fixer le loyer et accorde au locataire le droit de s'opposer à un loyer dont il considère qu'il viole lesdites règles. Les questions de preuve qui se posent dans le cadre 453

¹¹¹² Cf. ci-dessous, N 1074 ss.

¹¹¹³ BLUMER, N 314 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1636.

¹¹¹⁴ ATF 110 II 404, consid. 3a ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 65 ad art. 253 CO.

¹¹¹⁵ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 30 ad art. 253 CO et N 11 ad art. 257 CO ; BLUMER, N 316 : dans ce cas, il conviendrait toutefois d'examiner s'il ne s'agit pas plutôt d'un contrat mixte ou *sui generis*.

¹¹¹⁶ ATF 119 II 347, consid. 5, JdT 1994 I 609.

¹¹¹⁷ BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 253 CO ; voir aussi : ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 31 ad art. 253 CO.

¹¹¹⁸ ATF 108 II 112, consid. 4, JdT 1982 I 531 ; 100 II 330, JdT 1975 I 609.

¹¹¹⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, § 1877.

de procès portant sur la fixation du loyer feront l'objet d'une analyse approfondie dans le titre II de la présente partie¹¹²⁰.

3.3. Durée et fin du contrat de bail

- 454 La cession de l'usage a lieu pendant une certaine *durée*, qui peut être déterminée ou indéterminée. La cession ne saurait être définitive, car économiquement, le résultat serait identique à celui d'une vente¹¹²¹.
- 455 Les baux peuvent être conclus pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, le bail prend fin sans congé à l'expiration de la durée convenue sans résiliation (art. 266 CO) . Lorsque le contrat de bail est conclu à durée indéterminée, les deux parties disposent en principe du droit de résilier le contrat pour un terme de résiliation prévu par le contrat ou par la loi (art. 266a al. 1 CO : congé ordinaire).
- 456 La partie qui résilie le bail doit toutefois respecter un certain nombre de prescriptions formelles, qui varient en fonction des circonstances (art. 266a ss CO). De plus, une réglementation spéciale est prévue pour protéger les locataires d'habitations et de locaux commerciaux contre des résiliations abusives et des conséquences pénibles d'une résiliation (art. 271 ss CO). Les questions de preuve relatives à la résiliation feront l'objet d'une analyse approfondie dans le titre IV de la présente partie¹¹²².

¹¹²⁰ Cf. ci-dessous, N 478 ss.

¹¹²¹ CONOD/BOHNET, N 43 ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1635.

¹¹²² Cf. ci-dessous, N 1268 ss.

Chapitre 4 : Les différentes catégories d'objets loués

Nous venons de voir que la loi réserve un régime spécial aux baux d'habitations et de locaux commerciaux sur plusieurs points. Il a également été mentionné, ci-dessus¹¹²³, que le chapitre I du titre huitième s'applique en principe quel que soit l'objet loué, alors que les chapitres II et III ne s'appliquent qu'aux baux d'habitations et de locaux commerciaux. La systématique est en réalité plus complexe. La loi contient des règles spéciales pour plusieurs catégories de choses louées, même dans la partie générale. La réglementation n'est pas évidente à saisir et manque parfois de logique¹¹²⁴. 457

Comprendre le système suppose d'expliquer les différentes catégories de choses louées. Il convient de se demander si la chose louée constitue un immeuble (4.1.) ou une chose mobilière (4.2.) et d'identifier les règles spéciales applicables à ces catégories d'objets loués. Il convient de plus de s'arrêter sur les notions d'« habitation » et de « local commercial » (4.3.) et de présenter les règles particulières s'appliquant à ces catégories d'objets loués ainsi que leurs sous-catégories. 458

4.1. Les immeubles en général

Selon l'art. 655 CC constituent des immeubles les biens-fonds, les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier, les mines ainsi que les parts de copropriété d'un immeuble. *En droit du bail à loyer, la notion d'immeuble doit être comprise dans un sens plus étroit* que dans la terminologie des droits réels : uniquement les biens-fonds au sens de l'art. 655 CC sont susceptibles de former l'objet d'un bail à loyer. Les trois autres objets constituent en réalité des droits sur un bien-fonds¹¹²⁵ et, en tant que tels, ils ne sont pas susceptibles de former l'objet d'un bail à loyer¹¹²⁶. 459

¹¹²³ N 441.

¹¹²⁴ Dans ce sens aussi : BK OR-GIGER, N 41 ad art. 253 CO.

¹¹²⁵ BSK ZGB II-STREBEL, N 2 et 9 ss ad art. 655 CC.

¹¹²⁶ Cf. ci-dessus, N 449.

- 460 Par bien-fonds, il faut entendre une surface de terrain¹¹²⁷, y compris toute construction qui se trouve sur cette surface de terrain (art. 667 al. 2 CC : principe de l'accession¹¹²⁸), à condition que la construction soit liée au sol avec une certaine intensité et que le propriétaire ait l'intention de maintenir durablement ce lien¹¹²⁹. Un bail à loyer peut porter sur l'entier d'un bien-fonds ou sur une partie de celui-ci¹¹³⁰.
- 461 La loi considère le bail à loyer portant sur un *local* comme un cas particulier de bail à loyer d'un immeuble¹¹³¹ ; c'est même le cas de bail immobilier le plus fréquent. Constitue un local un volume construit fixé durablement au sol¹¹³² et délimité de manière horizontale et verticale (c'est-à-dire par des murs et un toit)¹¹³³. La notion doit être interprétée de manière large ; ainsi, le simple fait que la chose louée ne soit délimitée par des murs que de trois côtés n'exclut pas sa qualification comme local¹¹³⁴.
- 462 Le Code des obligations prévoit plusieurs règles spéciales qui ne s'appliquent qu'aux « immeubles ». Il s'agit notamment des règles relatives à la diligence du locataire envers ses voisins (art. 257f al. 2 CO), aux droits du locataire en cas de défaut (art. 259a al. 2, 259b let. a, 259g CO) ainsi qu'aux délais et termes de résiliation (art. 266b et 266e CO)¹¹³⁵. Ces règles s'appliquent aux habitations et locaux commerciaux, mais également à tous les autres baux immobiliers, p. ex. aux logements de vacances loués pour 3 mois ou moins (art. 253a CO), aux terrains nus et aux places de parc louées indépendamment d'un logement ou d'un local commercial¹¹³⁶.

¹¹²⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Berne 2012, N 1508 ; voir aussi : art. 2 let. a de l'Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (ORF, RS 211.432.1).

¹¹²⁸ Voir p. ex. ATF 120 III 97, consid. 2a ; TF, arrêt du 25.08.2015, 2C_817/2014, consid. 2.3.2.

¹¹²⁹ ATF 105 II 264, consid. 1 et TF, arrêt du 11.12.2001, 4C.293/2001, consid. 4b *e contrario*.

¹¹³⁰ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 85 intro. ad art. 253-274g CO.

¹¹³¹ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 86 intro. ad art. 253-274g CO.

¹¹³² Voir toutefois les précisions ci-dessous, N 465 s, concernant les constructions mobilières !

¹¹³³ ATF 124 III 108, consid. 2b, JdT 1999 I 107 (res. in : DB 1999 N 1, avec note de PIERRE WESSNER) ; LACHAT (Bail), p. 141, N 4.3.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 6 ad art. 253a CO.

¹¹³⁴ En l'occurrence, une station de lavage de voiture en libre-service : ATF 124 III 108, consid. 2b, JdT 1999 I 107 (res. in : DB 1999 N 1, avec note de PIERRE WESSNER).

¹¹³⁵ BK OR-GIGER, N 41 ad art. 253 CO.

¹¹³⁶ CPra Bail-MONTINI, N 12 ad art. 266b-266f CO.

4.2. Les choses mobilières en général

Constitue une chose mobilière une chose qui peut être transportée d'un lieu à un autre sans altération sensible de sa substance¹¹³⁷. En droit du bail, les choses mobilières font l'objet d'une réglementation spéciale concernant la résiliation en cas de défaut de la chose louée (art. 259b let. a CO) ainsi que concernant le délai de congé (art. 266f CO) et le congé extraordinaire (art. 266k CO). 463

En pratique, l'on pense notamment à la location p. ex. de voitures, de meubles ou de machines de chantier¹¹³⁸. La location de navires et d'aéronefs est soumise à des dispositions spéciales¹¹³⁹. 464

Certaines règles particulières s'appliquent également aux « constructions mobilières ». Du point de vue des droits réels, les constructions mobilières sont des choses mobilières¹¹⁴⁰. L'art. 677 CC définit les « constructions mobilières » comme « constructions légères, telles que chalets, boutiques, baraques élevées [...] sans intention de les [...] établir à demeure ». La qualification d'une chose comme construction mobilière suppose un élément objectif – à savoir l'intensité du rattachement au sol – et subjectif – à savoir l'intention des parties de ne pas lier la chose au fonds de manière durable¹¹⁴¹. En principe, les constructions mobilières sont soumises aux règles concernant le bail de choses mobilières¹¹⁴². Toutefois, pour ce qui est du délai et des termes de la résiliation, le législateur associe les constructions mobilières à des immeubles (art. 266b CO). 465

Notons que des constructions mobilières peuvent également constituer des locaux commerciaux, des locaux d'habitations ou une de ces sous-catégories (chambre meublée, notamment). Dans ce cas, les règles particulières concernant la catégorie correspondante de locaux sont applicables¹¹⁴³. Elles le sont également lorsque la chose mobilière considérée constitue un accessoire à un local d'habitation ou commercial au sens de l'art. 253a al. 1 CO¹¹⁴⁴. 466

¹¹³⁷ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 52 intro. ad art. 253-274g CO ; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Berne 2012, N 1972.

¹¹³⁸ BK OR-GIGER, N 40 ad art. 253 CO.

¹¹³⁹ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 63 intro. ad art. 253-274g CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1619 s. et 1660 ; p. ex. art. 157 ss ONI et 87 ss LNM.

¹¹⁴⁰ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 60 intro. ad art. 253-274g CO.

¹¹⁴¹ CPra Bail-MONTINI, N 13 ad art. 266b-266f CO ; ATF 105 II 264, consid. 1b ; 100 II 8, consid. 2b, JdT 1974 I 576 ; TF, arrêt du 11.12.2001, 4C.293/2001, consid. 4b ; Message révision droit du bail, p. 1430.

¹¹⁴² ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 59 intro. ad art. 253-274g CO.

¹¹⁴³ BSK OR I-WEBER, N 2 ad art. 266b CO ; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 89 intro. ad art. 253-274g CO ; dans ce sens aussi : CPra Bail-MONTINI, N 13 ad art. 266b-266f CO.

¹¹⁴⁴ Cf. ci-dessous, N 468.

4.3. Les habitations et les locaux commerciaux en particulier

467 Comme mentionné à plusieurs reprises, le Code des obligations contient un nombre important de règles spéciales qui s'appliquent aux habitations et aux locaux commerciaux. Il convient dès lors de définir les notions d' « habitations » (4.3.1.) et de « locaux commerciaux » (4.3.2.).

4.3.1. Habitations

468 Sont considérés comme habitations les locaux loués pour y habiter, soit y loger de manière durable¹¹⁴⁵. Les accessoires cédés avec une habitation, qu'il s'agisse de choses mobilières (p. ex. des machines) ou immobilières (p. ex. des places de parc)¹¹⁴⁶, sont également soumis à ces règles (art. 253a al. 1 CO). Sont considérées comme telles les choses qui sont « fonctionnellement utiles » à la chose principale et dont « l'usage n'en est cédé, respectivement obtenu qu'en raison du bail portant sur la chose principale »¹¹⁴⁷.

469 Comme déjà mentionné à maintes reprises, les baux d'habitations sont soumis à un bon nombre de règles particulières. Il s'agit en premier lieu de règles protégeant les locataires d'habitations contre des loyers abusifs (art. 269 ss CO) et des résiliations abusives du contrat de bail (art. 271 ss CO) ainsi que celles sur la prolongation du bail en cas de résiliation valable (art. 272 s. CO). Certaines normes spécifiques pour les baux d'habitations se trouvent également dans les dispositions générales¹¹⁴⁸ ; elles concernent des aspects divers et variés du bail, notamment les conditions de forme ainsi que les délais pour sa résiliation (art. 266c, 266l et 266o CO).

470 De plus, certaines sous-catégories d'habitations sont sujettes à des règles particulières. Il en va ainsi :

- *des logements de famille* : selon la doctrine et la jurisprudence constitue un logement de famille un local d'habitation dans lequel des époux ou

¹¹⁴⁵ ATF 136 III 186, consid. 3.2.1 ; DIETSCHY-MARTENET (Concubins), p. 36 ; Message révision droit du bail, p. 1402.

¹¹⁴⁶ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 51 ad art. 253a/253b CO ; LACHAT (Bail), p. 146, N 4.4.1 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 16 ad art. 253a CO.

¹¹⁴⁷ ATF 125 III 231, consid. 2a, JdT 2000 I 194 ; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 54 ad art. 253a/253b CO ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 17 ad art. 253a CO ; BK OR-GIGER, N 35 ad art. 253a CO.

¹¹⁴⁸ Il s'agit des art. 254, 256 al. 2 let. b, 257b, 257d al. 1 in fine et al. 2 in fine, 257e, 257f al. 3 in fine et 4, 261 al. 2 let. a, 266c, 266l et 266o CO ; CPra Bail-BOHNET/MARTENET, N 22 intro. gén.

partenaires enregistrés vivent en commun et où ils ont choisi d'établir durablement leur communauté¹¹⁴⁹. C'est l'endroit où se trouve « le centre de vie de la famille »¹¹⁵⁰. Le logement occupé par un couple en concubinage n'est pas considéré comme logement de famille¹¹⁵¹. Le logement de famille n'a pas besoin d'être un appartement ou une maison au sens strict ; il peut également s'agir d'un studio, voire même d'une caravane ou d'un bateau¹¹⁵². Le législateur accorde aux logements de famille certains privilèges : un conjoint ne peut résilier le bail sans le consentement de l'autre (art. 169 CC et art. 266m CO), le bailleur doit notifier séparément aux deux conjoints la résiliation ainsi que la fixation du délai de paiement avec menace de résiliation (266n CO) et le conjoint du locataire peut aussi contester le congé, demander la prolongation du bail et exercer les autres droits du locataire en cas de congé (art. 273a CO).

- *des chambres meublées (art. 266e CO)* : une chambre est considérée comme meublée si elle contient au moins un mobilier élémentaire¹¹⁵³. Pour les chambres meublées, les délais de résiliation sont plus courts que pour les autres locaux d'habitation (à savoir de deux semaines pour la fin d'un mois, au lieu de trois mois : art. 266e CO). Le législateur semble avoir considéré que des chambres meublées sont essentiellement louées à des personnes vivant seules qui ne les occupent de toute manière que durant une durée limitée et qui rencontrent moins de problèmes à déménager, étant donné qu'il n'y a pas de meubles à transporter¹¹⁵⁴. Les chambres meublées ne doivent pas être confondues avec les studios ou appartements meublés : dès que l'entité louée contient des installations sanitaires ou une cuisine privatives, il ne s'agit plus d'une chambre meublée¹¹⁵⁵.
- *des appartements et maisons familiales de luxe comprenant six pièces ou plus (art. 253b al. 2 CO)* : le législateur attache plusieurs conséquences à la qualification d'un logement comme logement de luxe. Cette qualification suppose que deux critères soient remplis : le nombre de

¹¹⁴⁹ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 126 intro. ad art. 253-274g CO ; LACHAT (Bail), p. 139, N 4.2.9 ; CPra Bail-BARRELET, N 4 ad art. 266m CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 115.

¹¹⁵⁰ ATF 139 III 7, consid. 3.2.1.

¹¹⁵¹ ATF 139 III 7, consid. 3.2.1 *e contrario* ; CPra Bail-BARRELET, N 3 ad art. 266m CO ; DIETSCHY-MARTENET (Concubins), p. 117.

¹¹⁵² CPra Bail-BARRELET, N 4 ad art. 266m CO ; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEIN-AUER/MARGARETA BADDELEY, Les effets du mariage, 2^e éd., Berne 2009, p. 129, note 69.

¹¹⁵³ CPra Bail-MONTINI, N 20 ad art. 266b-266f CO.

¹¹⁵⁴ ZK OR-HIGI, N 10 ad art. 266e CO ; dans ce sens : Message révision droit du bail, p. 1431.

¹¹⁵⁵ CPra Bail-MONTINI, N 20 ad art. 266b-266f CO.

pièces (critère quantitatif) et le « caractère luxueux » (critère qualitatif)¹¹⁵⁶. La notion de « luxe » suppose un dépassement clair de la mesure habituelle du confort, l'impression générale étant décisive à cet égard¹¹⁵⁷. Cette impression générale peut se déterminer sur la base d'un certain nombre de critères, en particulier la situation géographique, l'utilisation de matériel de haute qualité pour les installations intérieures, la présence d'une cheminée, de salles de bains en surnombre, d'une piscine ou d'un sauna¹¹⁵⁸. Le législateur considère que les locataires de logements de luxe ne méritent pas de protection sociale particulière¹¹⁵⁹. Il a dès lors exclu les logements de luxe du champ d'application des règles contre les loyers abusifs (art. 253b al. 2 CO). Néanmoins, les règles contre les congés abusifs restent en principe applicables à ces baux¹¹⁶⁰.

- *des logements subventionnés* : l'art. 253b al. 3 CO exclut du champ d'application des règles concernant la protection contre les loyers abusifs les « locaux d'habitation en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité ». En vertu de la loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés (LOG), la Confédération peut soutenir la construction de logements à loyer modéré destinés aux personnes économiquement ou socialement défavorisées par des prêts sans intérêts ou à taux préférentiel ou par des cautionnements (art. 10 ss LOG). Les subsides sont limités à une durée de 25 ans (art. 19 LOG). Les logements construits avec des subsides de la Confédération sont soumis à un contrôle des loyers par l'Office fédéral des logements durant cette période (art. 54 LOG). Pour ces logements, l'examen des loyers par le tribunal que prévoit le Code des obligations pour la protection contre les loyers abusifs est donc remplacé par un contrôle administratif¹¹⁶¹. L'art. 2 al. 2 OBLF précise que les autres dispositions (chapitres I et III) demeurent applicables à ces logements. Il précise également que certaines dispositions du chapitre II sont néanmoins applicables (art. 269, 269d al. 3 et 270e CO), c'est-à-dire que les autorités ne sauraient accorder un loyer

¹¹⁵⁶ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 66 ad art. 253a/253b CO ; JEANNIN (Caractère luxueux), p. 2.

¹¹⁵⁷ CR CO I-LACHAT, N 5 ad art. 253b CO ; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 71 et 75 ad art. 253a/253b CO ; JEANNIN (Caractère luxueux), p. 2 ; BSK OR I-WEBER, N 7 ad art. 253a/253b.

¹¹⁵⁸ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 76 ad art. 253a/253b CO ; JEANNIN (Caractère luxueux), p. 2.

¹¹⁵⁹ JEANNIN (Caractère luxueux), p. 2 ; BARBEY (AMSL), p. 20.

¹¹⁶⁰ CR CO I-LACHAT, N 4 ad art. 253b ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 12 ad art. 253b ; JEANNIN (Caractère luxueux), p. 2.

¹¹⁶¹ BSK OR I-WEBER, N 9 ad art. 253a/253b CO ; BK OR-GIGER, N 68 ad art. 253b CO ; ZK OR-HIGI, N 33 ss intro. ad art. 269-270e CO ; ATF 124 III 463, consid. 4a.

qui permet au bailleur de réaliser un rendement excessif, au sens de l'art. 269 CO¹¹⁶².

4.3.2. Locaux commerciaux

La loi utilise à maintes reprises le terme de « locaux commerciaux », mais ne contient aucune définition de ce dernier¹¹⁶³. Selon la jurisprudence et la doctrine, sont considérés comme locaux commerciaux les locaux destinés à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession¹¹⁶⁴. Il peut également s'agir d'un local utilisé par le locataire à un but idéal (p. ex. salle de réunion)¹¹⁶⁵. À l'instar des locaux commerciaux, les accessoires cédés avec un local d'habitation sont également soumis à ces règles spéciales (art. 253a al. 1 CO)¹¹⁶⁶. 471

La plupart des règles particulières qui s'appliquent aux baux d'habitations s'appliquent également aux baux de locaux commerciaux, en particulier les dispositions relatives aux loyers abusifs (art. 269 ss CO), aux congés abusifs (art. 271 ss CO) ainsi qu'à la prolongation du bail (art. 272 s. CO). Dans les dispositions générales relatives au contrat de bail, on trouve certaines dispositions qui s'appliquent tant aux baux d'habitations qu'aux baux de locaux commerciaux¹¹⁶⁷ et certaines qui s'appliquent uniquement aux baux de locaux commerciaux¹¹⁶⁸. Parmi ces dernières, on compte en particulier celles relatives au droit de rétention du bailleur sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués et qui servent soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci afin de garantir les loyers (art. 268 à 268b CO). 472

Alors que les règles de forme pour la résiliation sont les mêmes pour les deux catégories (art. 266l CO), les termes et les délais ne sont pas les mêmes : les locaux d'habitations peuvent être résiliés moyennant un délai de congé de trois mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut d'un tel usage, pour la fin d'un trimestre de bail (art. 266c CO), alors qu'un délai de congé de six mois pour le terme fixé par l'usage local ou, à défaut d'un tel usage, pour la fin d'un 473

¹¹⁶² LACHAT/STASTNY (Bail), p. 460, N 3.1.8.

¹¹⁶³ BSK OR I-WEBER, N 11 ad art. 253a/253b CO.

¹¹⁶⁴ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 10 ad art. 253a ; CPra Bail-MONTINI, N 16 ad art. 266b-266f CO ; ATF 118 II 40, consid. 4, JdT 1993 I 298 ; Message révision droit du bail, p. 1402.

¹¹⁶⁵ ATF 118 II 40, consid. 4, JdT 1993 I 298 ; 113 II 406, consid. 3b/ee et 4 ; TF, arrêt du 15.08.2003, 1P.290/2003, consid. 2.4.

¹¹⁶⁶ Cf. ci-dessus, N 468.

¹¹⁶⁷ Art. 254, 256 al. 2 let. b, 257b, 257d al. 1 in fine et al. 2 in fine, 257e, 257f al. 3 in fine et 4, 261 al. 2 let. a, 266l et 266o CO : CPra Bail-BOHNET/MARTENET, N 22 intro. gén.

¹¹⁶⁸ Art. 263, 266d et 268 à 268b CO : CPra Bail-BOHNET/MARTENET, N 22 intro. gén.

trimestre de bail s'applique aux baux de locaux commerciaux (art. 266*d* CO). Les deux types de baux se distinguent encore sur d'autres points (p. ex. le transfert de bail, uniquement possible pour les baux de locaux commerciaux : art. 263 CO), qui ne seront cependant pas abordés dans la présente thèse dans la mesure où ils ne relèvent ni de la fixation du loyer, ni des défauts ni de la résiliation du bail.

Chapitre 5 : Synthèse

Le droit du bail suisse est essentiellement régi par le titre huitième du Code des obligations. En vertu de ce dernier, le contrat de bail suppose l'accord des parties sur la cession d'un objet loué pendant une certaine durée contre une rémunération déterminée ou déterminable, soit le loyer. Les parties peuvent convenir d'une durée déterminée ou indéterminée. 474

Lorsque l'objet loué constitue une *habitation*, soit un local loué pour se loger de manière durable, ou un local *commercial*, soit un local destiné à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession, des règles particulières, essentiellement par rapport au loyer ainsi que la fin du contrat de bail, s'appliquent. Celles-ci sont censées protéger les locataires de ces catégories d'objets loués contre des loyers abusifs et des résiliations abusives. Elles sont précisées par l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux. 475

Lorsque le locataire estime que ces règles sont violées – p. ex. que le loyer fixé dans le contrat de bail est trop élevé ou qu'une résiliation est abusive – il peut attaquer le bailleur en justice et demander la réduction du loyer ou l'annulation du congé. Le litige sera d'abord traité par une autorité de conciliation paritaire qui tentera de trouver un accord à l'amiable entre les parties. À défaut d'accord, le locataire devra agir contre le bailleur devant les tribunaux ordinaires, dans une procédure simplifiée dans laquelle la maxime inquisitoire sociale est en principe applicable. En revanche, le législateur n'a pas prévu de règles particulières pour protéger les locataires d'habitations et de locaux commerciaux contre des défauts de la chose louée. Ces locataires peuvent cependant agir, aux mêmes conditions que les locataires de n'importe quel type d'objet loué, contre le bailleur en remise en l'état de la chose louée ou en réduction du loyer. 476

Cette réglementation est en vigueur depuis 1990 et constitue le résultat d'un combat politique entre les propriétaires immobiliers et leurs représentants d'un côté, et les locataires et leurs associations de l'autre. Il s'agit du fruit d'un compromis permettant de maintenir l'attractivité d'investissements dans l'immobilier tout en atténuant les conséquences du déséquilibre de forces entre bailleurs et locataires. Le système contient certaines faiblesses et sa révision totale a été tentée à plusieurs reprises depuis 1990, sans succès. En ce moment, aucun projet 477

de révision générale n'est pendant, mais plusieurs projets de modification de certains de ces éléments le sont.

TITRE II : LA PREUVE ET LES LOYERS

Avant d'aborder des questions de preuve relatives aux loyers, il convient d'expliquer l'approche choisie par le législateur en matière de fixation du loyer, en particulier les différents critères pour la fixation du loyer des habitations et locaux commerciaux (Chapitre 1). Seront ensuite abordées les questions de preuve concernant les différents critères et qui sont indépendantes de l'action considérée (Chapitre 2), puis il sera procédé à une analyse des questions de preuve qui se posent dans les différentes procédures en lien avec la fixation du loyer (contestation du loyer initial, contestation de l'augmentation du loyer, demande de diminution de loyer) (Chapitre 3). 478

Chapitre 1 : La détermination du caractère abusif du loyer

Les moyens mis à disposition du locataire pour contester le loyer¹¹⁶⁹ ont en commun qu'ils sont construits autour de la notion de *loyer abusif*. Selon l'art. 269 CO, un loyer est abusif lorsqu'il permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'il résulte d'un prix d'achat manifestement exagéré. L'art. 269a CO contient une série d'autres critères qui, selon la lettre de cette disposition, excluraient le caractère abusif d'un loyer. À première vue, l'on pourrait considérer que les critères de l'art. 269 CO constituent la règle et ceux de l'art. 269a CO des exceptions¹¹⁷⁰. Toutefois, tel n'est pas nécessairement le cas : les relations entre les critères de l'art. 269 CO et de l'art. 269a CO, respectivement entre les différents critères énumérés à l'art. 269a CO, sont complexes et varient notamment en fonction des actions 479

¹¹⁶⁹ Cf. ci-dessus, N 430.

¹¹⁷⁰ Ainsi : CONOD/BOHNET, N 469.

(contestation du loyer initial, contestation de la hausse du loyer, demande de baisse de loyer) et de l'âge de l'immeuble. Ils ne répondent pas toujours à la même logique et peuvent entrer en collision¹¹⁷¹.

480 De manière générale, la loi prévoit huit critères permettant de considérer si un loyer est abusif :

- Le rendement net des fonds propres investis réalisé par le bailleur (art. 269 CO, première hypothèse)¹¹⁷² ;
- le prix d'achat de l'objet loué (art. 269 CO, deuxième hypothèse)¹¹⁷³ ;
- les loyers usuels dans la localité ou le quartier (art. 269a let. a CO)¹¹⁷⁴ ;
- la hausse des coûts ou les prestations supplémentaires (art. 269a let. b CO)¹¹⁷⁵ ;
- le rendement brut des investissements totaux dans l'objet loué (art. 269a let. c CO)¹¹⁷⁶ ;
- le plan des hausses (art. 269a let. d CO)¹¹⁷⁷ ;
- le renchérissement pour le capital exposé aux risques (art. 269a let. e CO)¹¹⁷⁸ ;
- les limites recommandées par le contrat-cadre (art. 269a let. f CO)¹¹⁷⁹.

481 Les critères prévus par la loi peuvent être classés en critères *absolus* et *relatifs*. Certains critères visent à analyser l'admissibilité du loyer par lui-même (critères absolus), d'autres en comparaison entre la situation au moment de la modification du loyer et celle qui prévalait au moment de la dernière fixation du loyer (critères relatifs)¹¹⁸⁰. Sur la base de ces différents critères, la jurisprudence a dégagé deux méthodes d'analyse du loyer : la *méthode absolue* et la *méthode relative*. En application de la première, le tribunal vérifie si le loyer est en soi abusif, sans prise en compte des accords antérieurs des parties. Lorsqu'il applique la deuxième, il analyse si le loyer est devenu abusif suite à l'évolution de certains facteurs qui influent sur la fixation du loyer depuis la dernière fixation du loyer¹¹⁸¹.

¹¹⁷¹ Voir notamment : ATF 120 II 302, consid. 6a, JdT 1995 I 562 ; 118 II 130, consid. 3a, JdT 1993 I 143 ; 118 II 124, consid. 4a, JdT 1993 I 643.

¹¹⁷² Cf. ci-dessous, N 494 ss.

¹¹⁷³ Cf. ci-dessous, N 610 ss.

¹¹⁷⁴ Cf. ci-dessous, N 649 ss.

¹¹⁷⁵ Cf. ci-dessous, N 707 ss.

¹¹⁷⁶ Cf. ci-dessous, N 749 ss.

¹¹⁷⁷ Cf. ci-dessous, N 767 ss.

¹¹⁷⁸ Cf. ci-dessous, N 770 ss.

¹¹⁷⁹ Cf. ci-dessous, N 772 ss.

¹¹⁸⁰ CPra Bail-BOHNET, intro. ad art. 269-270e CO N 12.

¹¹⁸¹ CPra Bail-BOHNET, intro. ad art. 269-270e CO N 13 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 678, N 3.1 à 3.3 ; ZK OR-HIGI, art. 269 CO N 473 ss.

Les critères peuvent également être classés en deux autres catégories : ceux fondés sur les *prix du marché* et ceux fondés sur les *coûts*¹¹⁸². Les critères de la première catégorie tendent à fixer objectivement le loyer selon les règles de l'offre et de la demande, ceux appartenant à la deuxième à déterminer si le bailleur ne retire pas de son investissement un rendement exagéré aux dépens du locataire¹¹⁸³. Dans un cas concret, ces deux catégories de critères peuvent entrer en collision¹¹⁸⁴. 482

Les critères de fixation du loyer trouvent principalement application dans les trois actions en lien avec la fixation du loyer, soit l'action en contestation du loyer initial, l'action en réduction du loyer et l'action en contestation de l'augmentation du loyer. Ils peuvent également être appliqués dans des litiges liés à la résiliation du bail, lorsque le bailleur résilie afin de réaliser un rendement supérieur¹¹⁸⁵. Il convient encore de se demander dans quelle hypothèse quel critère trouve application et quelles sont les relations entre les différents critères. À ce sujet, la jurisprudence du Tribunal fédéral permet de dégager les règles suivantes : 483

- *la fixation du loyer initial* est effectuée en principe sur la base *des critères absolus et de la méthode absolue*¹¹⁸⁶, c'est-à-dire en application des critères du rendement net, du rendement brut (le cas échéant en corrigeant un prix d'achat manifestement exagéré) ou des loyers usuels dans la localité ou le quartier. La méthode relative ne peut en principe pas être appliquée, car elle « repose sur les relations spéciales existant entre le bailleur et son locataire, lesquelles font logiquement défaut dans l'hypothèse où les parties nouent pour la première fois des liens contractuels »¹¹⁸⁷. Cela étant, lorsque le bailleur justifie l'augmentation du loyer initial par rapport au loyer précédent par des critères relatifs, le locataire peut lui opposer à son tour d'autres critères relatifs¹¹⁸⁸.
- lors de demandes de *modification du loyer en cours de bail* (contestation de l'augmentation du loyer, diminution du loyer), *la méthode relative et*

¹¹⁸² ATF 120 II 302, consid. 6a, JdT 1995 I 562, DB 1995 N 15 ; CPra Bail-BOHNET, intro. ad art. 269-270e CO N 10 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 453 s., N 2.2.

¹¹⁸³ ATF 120 II 302, consid. 6a, JdT 1995 I 562, DB 1995 N 15 ; CPra Bail-BOHNET, intro. ad art. 269-270e CO N 10.

¹¹⁸⁴ ATF 120 II 302, consid. 6a, JdT 1995 I 562, DB 1995 N 15 ; 118 II 130, consid. 3a, JdT 1993 I 143, DB 1993 N 11.

¹¹⁸⁵ P. ex. TF, arrêt du 08.12.2015, 4A_211/2015, DB 2016 N 12.

¹¹⁸⁶ ATF 147 III 14, consid. 4.1 ; 121 III 163, consid. 2d, JdT 1996 I 71 ; 120 II 240, consid. 2 ; CPra Bail-BOHNET, N 14 intro. ad art. 269-270e CO ; CONOD/DIETSCHY, p. 309 ; FETTER, N 476 ; ZK OR-HIGI, N 59 ad art. 270 CO.

¹¹⁸⁷ ATF 121 III 364, consid. 4b et les réf.

¹¹⁸⁸ ATF 121 III 364, consid. 4b ; CONOD/DIETSCHY, p. 309.

les critères relatifs trouvent en principe application : la partie demanderesse ne peut invoquer que les facteurs de hausse ou de baisse qui se sont réalisés depuis la dernière fixation du loyer¹¹⁸⁹. Un critère absolu peut cependant être invoqué par la partie défenderesse¹¹⁹⁰. Dans ce cas, la méthode absolue l'emporte : lorsqu'il s'avère que le loyer est admissible sous l'angle du critère relatif invoqué par le bailleur pour augmenter le loyer, mais abusif en vertu du critère absolu invoqué par le locataire, il sera considéré comme abusif¹¹⁹¹ ; à l'inverse, lorsque le locataire réclame une réduction du loyer sur la base d'un critère relatif, mais que le bailleur démontre que le loyer ne lui permet pas de réaliser un rendement suffisant selon un critère absolu, le locataire sera débouté¹¹⁹².

- 484 La jurisprudence a cependant nuancé ce système en relativisant les facteurs absolus de fixation du loyer : le bailleur qui souhaite majorer le loyer ou le locataire qui en souhaite la diminution peuvent se fonder sur des facteurs absolus, à condition que le facteur absolu considéré ait évolué depuis la dernière fixation du loyer¹¹⁹³. Dans ce cas, *la méthode relative est appliquée* – on observe l'évolution de certains facteurs influençant la fixation du loyer depuis la dernière fixation du loyer – *mais en utilisant des facteurs absolus de fixation du loyer*.
- 485 Les différents critères absolus sont antinomiques et se trouvent dans une hiérarchie entre eux¹¹⁹⁴, qui dépend de l'âge de l'immeuble, respectivement du moment de son acquisition par le bailleur. Si l'immeuble est « récent », c'est-à-dire qu'il a été construit il y a dix ans ou moins, le rendement brut (art. 269a let. c CO) l'emporte. Au-delà, le rendement net l'emporte, à moins que l'immeuble soit « ancien ». Est ancien un immeuble « dont la construction ou la dernière acquisition remonte à trente ans au moins, au moment où débute le bail ; autrement dit, ce délai de trente ans commence à courir soit à la date de la construction de l'immeuble, soit à celle de sa dernière acquisition et doit être échu au moment où débute le bail »¹¹⁹⁵. Dans ce cas, la méthode des loyers usuels est prépondérante, car il est souvent impossible d'établir le rendement excessif faute de connaître les fonds propres entrant dans le calcul du loyer, étant donné que les pièces comptables n'existent plus ou laissent apparaître des

¹¹⁸⁹ ATF 133 III 61, consid. 3.2.2.2 ; 126 III 124, consid. 2a.

¹¹⁹⁰ ATF 116 II 73, consid. 2.

¹¹⁹¹ ATF 121 III 163, consid. 2c, JdT 1996 I 71 ; CPra Bail-BOHNET, N 18 intro. ad art. 269-270e CO ; CONOD/DIETSCHY, p. 311.

¹¹⁹² ATF 141 III 569, consid. 2.1.2 ; 122 III 257, consid. 4 ; CONOD/DIETSCHY, p. 311 et 313.

¹¹⁹³ ATF 118 II 130, consid. 3a, JdT 1993 I 143 ; 117 II 458, consid. 2a, JdT 1992 I 588 ; CONOD/DIETSCHY, p. 312.

¹¹⁹⁴ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 704, N 7.2 ; CONOD/DIETSCHY, p. 313.

¹¹⁹⁵ ATF 147 III 14, consid. 4.2 ; 144 III 514, consid. 3.2.

montants qui ne sont plus en phase avec la réalité économique¹¹⁹⁶. Les critères relatifs, quant à eux, peuvent se compenser entre eux et ne se trouvent pas dans une hiérarchie¹¹⁹⁷.

Dans certaines hypothèses exceptionnelles, la méthode absolue peut être invoquée directement par la partie demanderesse en cours de bail. Il s'agit de situations dans lesquelles l'évolution depuis la dernière fixation du loyer est telle que la seule prise en compte des facteurs de hausse ou de baisse intervenus depuis lors ne permet plus d'aboutir à un résultat équitable¹¹⁹⁸. Il s'agit¹¹⁹⁹ :

- d'un immeuble sortant du contrôle cantonal des loyers ;
- de l'échéance d'un bail échelonné ou indexé¹²⁰⁰ ;
- de la réserve formulée par le bailleur lors de la conclusion du contrat (art. 18 OBLF) fondé sur un motif absolu ;
- de la vente d'un immeuble ;
- de l'écoulement d'une longue période depuis la dernière fixation du loyer.

Les principes qui viennent d'être décrits sont également applicables aux loyers *indexés* au sens de l'art. 269b CO et aux loyers *échelonnés* au sens de l'art. 269c CO s'agissant *de la fixation du loyer initial* : pour les deux types de contrats, le locataire peut contester le loyer initial et invoquer que ce dernier est abusif selon la méthode absolue et en application d'un des critères absolus¹²⁰¹.

Les clauses d'indexation respectivement d'échelonnement visant à régler la variation des loyers en cours de bail, les principes développés ci-dessus ne s'appliquent cependant pas aux augmentations et diminutions du loyer : lorsque le loyer est indexé, il peut uniquement être augmenté ou diminué en fonction de l'évolution de l'IPC (art. 269b et 270c CO) et lorsqu'il est échelonné, les parties conviennent d'avance de son évolution en cours de bail¹²⁰². Par conséquent, pour les loyers indexés, une partie peut, en cours de bail, uniquement faire valoir que l'augmentation ou la diminution du loyer demandée par l'autre partie n'est pas justifiée par une variation de l'indice ou qu'elle ne correspond pas à l'ampleur

¹¹⁹⁶ ATF 147 III 14, consid. 4.2 ; 140 III 433, consid. 3.1 ; 139 III 13, consid. 3.1.2 ; 124 III 310, consid. 2b.

¹¹⁹⁷ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 701, N 7.1 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 30 ad art. 270a CO ; CONOD/DIETSCHY, p. 313.

¹¹⁹⁸ TF, arrêt du 15.05.2007, 4C.37/2007, consid. 3.1.2.

¹¹⁹⁹ CPra Bail-BOHNET, N 15 intro. ad art. 269-270e CO ; CONOD/DIETSCHY, p. 311 s.

¹²⁰⁰ Toutefois, selon le TF, le locataire ne peut pas, à l'échéance de la période d'indexation, demander une réduction du loyer fondé sur la méthode absolue : ATF 147 III 32, consid. 3.5.

¹²⁰¹ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 4 ad art. 270c CO et N 8 ad art. 270d CO.

¹²⁰² CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 3 ad art. 269c CO et les réf.

de celle-ci (art. 270c CO), alors que la contestation de la variation des loyers dans un contrat à loyers échelonnés est exclue tout court (art. 270d CO).

- 489 Dans les lignes qui suivent, il ne sera pas traité spécifiquement des problématiques liés à ces clauses d'indexation et d'échelonnement du loyer : pour la contestation du loyer initial, les questions probatoires sont identiques avec celles des loyers « habituels » ; pour la contestation de la variation du loyer en cours de bail, elle est uniquement possible pour les loyers indexés et se résume à la variation de l'IPC, qui est un fait notoire¹²⁰³.
- 490 Notons toutefois qu'en cas de loyer échelonné, le locataire peut, avec la contestation du loyer initial, contester le premier échelon ainsi que tous les échelons subséquents. Dans ce cas, le tribunal examine en premier lieu le loyer initial et apprécie le montant des échelons subséquents en fonction du loyer admissible tel qu'il l'aura défini. Il doit fixer le montant de chacun des échelons comme s'il s'agissait d'une nouvelle fixation du loyer. A cet égard, il se fondera sur l'évolution probable des facteurs de hausse dès l'entrée en vigueur du premier échelon¹²⁰⁴.

¹²⁰³ Cf. ci-dessus, N 549 ss

¹²⁰⁴ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 8 ad art. 270d CO et les réf.

Chapitre 2 : La preuve et les critères de fixation du loyer

Ce chapitre est consacré aux questions de preuve relatives aux critères pour la fixation du loyer, soit le rendement net des fonds propres du bailleur (2.1.) le prix d'achat manifestement exagéré (2.2.), les loyers usuels dans la localité ou le quartier (2.3.), la hausse des coûts ou des prestations supplémentaires (2.4.), le rendement brut des fonds propres investis par le bailleur (2.5.), le plan des hausses (2.6.), le renchérissement du capital exposé aux risques (2.7.) ainsi que les limites recommandées par le contrat-cadre (2.8.). 491

L'analyse de chaque critère suivra le même schéma : après quelques développements au sujet du critère analysé, seront présentés les objets qui devront être prouvés, la répartition des tâches entre le tribunal et les parties à cette fin, le degré avec lequel les différents objets doivent être prouvés, les moyens de preuve entrant en ligne de compte ainsi que les devoirs incombant à la partie ne supportant pas le fardeau de la preuve et aux tiers de collaborer à l'administration des preuves. En revanche, le fardeau objectif et subjectif de la preuve, les questions de l'introduction des moyens de preuve dans la procédure ainsi que de l'appréciation des preuves seront mis de côté pour l'instant : ces éléments sont influencés par la procédure dans laquelle la question du caractère abusif, respectivement admissible, du loyer se pose. Ces points seront abordés dans le Chapitre 3 dédié à la preuve dans les différentes actions liées à la fixation du loyer. 492

2.1. Le rendement excessif de la chose louée

2.1.1. Concept

Selon l'art. 269 CO, 1^{re} hypothèse, est abusif le loyer permettant au bailleur de réaliser un rendement excessif. Le législateur a renoncé à définir ce qu'il entend 493

par « rendement excessif » au sens de l'art. 269 CO ; il s'agit d'une notion juridique indéterminée¹²⁰⁵. Le législateur a laissé à la jurisprudence le soin de procéder à une définition générale et abstraite de cette notion – respectivement de ses deux composantes, à savoir le rendement et son caractère excessif – afin de la rendre applicable aux cas concrets¹²⁰⁶.

- 494 Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le loyer doit d'une part offrir un rendement raisonnable par rapport aux fonds propres investis et d'autre part couvrir les charges immobilières¹²⁰⁷. Il faut entendre par « rendement » au sens de l'art. 269 CO le *rendement net des fonds propres* investis par le bailleur, c'est-à-dire le rapport entre les fonds propres investis dans la chose remise à bail et les revenus nets que la chose louée procure au bailleur, déduction faite des charges d'exploitation et des intérêts débiteurs sur les capitaux empruntés, garantis ou non par hypothèque¹²⁰⁸. Les « fonds propres investis » se déterminent sur la base du coût de revient effectif de l'immeuble – soit le coût du terrain et de la construction, pour un immeuble réalisé par le bailleur, ou le prix d'achat, pour un immeuble acheté déjà construit – dont il convient de déduire les fonds étrangers¹²⁰⁹.
- 495 Le montant des fonds propres investis peut varier avec le temps¹²¹⁰. Il augmente lorsque le bailleur amortit sa dette hypothécaire ou procède à des travaux de plus-value qu'il finance lui-même¹²¹¹. Les « fonds propres investis » comprennent dès lors non seulement le coût de l'acquisition ou de la construction de la chose louée, mais aussi les amortissements¹²¹² ainsi que les travaux à plus-value financés par des fonds propres du bailleur¹²¹³.
- 496 Les coûts d'investissement sont déterminés au moment de l'acquisition ou de la fin de la construction de la chose louée, ou au moment des travaux à plus-value¹²¹⁴. Les fonds propres investis sont réévalués en fonction de l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC)¹²¹⁵.

¹²⁰⁵ ZK OR-HIGI, N 31 ad art. 269 CO.

¹²⁰⁶ ZK OR-HIGI, N 33 ad art. 269 CO.

¹²⁰⁷ ATF 147 III 14, consid. 4.1.1 ; 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; 141 III 245, consid. 6.3.

¹²⁰⁸ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; 141 III 245, consid. 6.3 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 531, N 2.1.2 ; CPra Bail-BOHNET, N 6 ad art. 269 CO.

¹²⁰⁹ ATF 123 III 171, consid. 6a ; CPra Bail-BOHNET, N 6 et 26 ad art. 269 CO.

¹²¹⁰ ATF 123 III 171, consid. 6a.

¹²¹¹ ATF 123 III 171, consid. 6a ; 122 III 257, consid. 3a ; 117 II 77, consid. 3a/cc

¹²¹² ATF 122 III 257, consid. 3a ; CPra Bail-BOHNET, N 21 ad art. 269 CO.

¹²¹³ ATF 141 III 245, consid. 6.6 ; 123 III 171, consid. 6a ; TF, arrêt du 01.03.2016, 4A_465/2015, consid. 4.4.1.

¹²¹⁴ ATF 120 II 100, consid. 5a ; TF, arrêt du 01.03.2016, 4A_465/2015, consid. 4.4.1.

¹²¹⁵ ATF 120 II 100, consid. 5 ; TF, arrêt du 01.03.2016, 4A_465/2015, consid. 4.4.1.

Le Tribunal fédéral a considéré que le rendement ainsi calculé était *excessif* 497 lorsqu'il excédait de 0.5 % le taux d'intérêt hypothécaire de premier rang pratiqué par la banque cantonale de crédit hypothécaire¹²¹⁶. Depuis 2008, un taux hypothécaire de référence est fixé chaque trimestre par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (art. 12a OBLF). Le rendement est donc en principe excessif s'il dépasse de 0.5 % ce taux¹²¹⁷. Désormais, le Tribunal fédéral considère que si ce taux est égal ou inférieur à 2 %, le rendement net est uniquement excessif s'il le dépasse de 2 %¹²¹⁸.

Au moyen de ces données peut être calculé l'état locatif maximal admissible 498 pour l'immeuble dans lequel se trouve l'objet loué dont le loyer est litigieux. Le caractère admissible d'un loyer s'apprécie cependant pour l'objet loué, et non en fonction du rendement de l'immeuble entier¹²¹⁹. Par conséquent, à moins que l'objet loué ne soit une maison individuelle ou un local dans une propriété par étages, il convient de procéder à une ventilation des comptes : l'état locatif maximal admissible doit être réparti sur l'appartement dont le loyer est litigieux, et comparé au loyer litigieux¹²²⁰. Cette répartition peut se faire au *prorata* du nombre de pièces, au *prorata* de la surface habitable de l'objet loué¹²²¹ ou éventuellement de son volume¹²²².

2.1.2. Objet de la preuve

Pour déterminer si le loyer pratiqué est abusif, il convient dans un premier temps 499 de définir le loyer maximal admissible selon la méthode qui vient d'être décrite, puis de le comparer au loyer contesté. Si le deuxième dépasse le premier, le loyer est abusif au sens de l'art. 269 CO, première hypothèse. Les éléments pertinents sont donc le *loyer contesté* et le *rendement net maximal admissible des fonds propres investis par le bailleur dans l'objet loué*.

Le loyer contesté est un fait : il s'agit d'un événement du passé ou du présent – 500 soit l'accord des parties, soit la modification du loyer unilatéralement par le bailleur en cas de contestation de l'augmentation – déterminé par rapport au lieu

¹²¹⁶ A ce sujet, cf. ci-dessus, N 550.

¹²¹⁷ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; CPra Bail-BOHNET, N 55 ad art. 269 CO.

¹²¹⁸ ATF 147 III 14, consid. 8.4.

¹²¹⁹ ATF 139 III 209, consid. 2.1, DB 2013 N 14 ; BSK OR I-WEBER, N 12 ad art. 269 CO ; CPra Bail-BOHNET, N 11 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 232 ad art. 269 CO.

¹²²⁰ CPra Bail-BOHNET, N 12 ad art. 269 CO.

¹²²¹ ATF 116 II 184, consid. 3b ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 533, N 2.2.4 ; CPra Bail-BOHNET, N 12-13 ad art. 269 CO.

¹²²² ATF 120 II 100 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 533, N 2.2.4 ; CPra Bail-BOHNET, N 12-13 ad art. 269 CO.

et au temps¹²²³. Des questions de preuve au sujet du loyer contesté ne se posent que très rarement, puisque le bailleur ne conteste en pratique que très exceptionnellement le loyer dont le locataire allègue qu'il a été fixé et qu'il conteste.

501 Le rendement net des fonds propres investis par le bailleur dans un objet loué déterminé à un moment déterminé est également un *fait*. Il s'agit en effet d'un état du présent (ou du passé), déterminé par rapport au lieu et au temps, se déroulant dans le monde extérieur¹²²⁴.

502 Le rendement net est un fait qui résulte d'une multitude d'autres faits. Il convient de se demander quels éléments doivent être prouvés pour pouvoir l'établir. Il découle des explications ci-dessus (N 493 ss) que le calcul du rendement net suppose en principe la connaissance des faits suivants :

- le prix de revient de l'immeuble ;
- le montant des fonds propres investis par le bailleur ;
- le montant des frais d'exploitation et d'entretien ;
- les charges financières, soit le montant de l'intérêt sur les fonds empruntés ;
- la surface habitable, le volume ou le nombre total de pièces de l'immeuble ; la surface habitable, le volume ou le nombre de pièces de l'objet dont le loyer est litigieux ;
- le renchérissement entre le moment de la construction respectivement de l'acquisition par le bailleur et le moment déterminant pour le calcul du rendement ;
- le taux hypothécaire de référence.

503 Savoir si ce rendement est excessif est une question de droit. Le Tribunal fédéral considère comme excessif le rendement dépassant de 0.5 % le taux hypothécaire de référence si ce dernier est supérieur à 2 % ; si ce dernier est inférieur ou égal à 2 %, le rendement est excessif s'il dépasse une valeur de 2 % au-dessus du taux hypothécaire de référence¹²²⁵. La détermination du caractère excessif suppose donc la connaissance du taux hypothécaire de référence, qui est un fait.

504 Comme les faits susmentionnés exercent une influence sur le rendement net, ils sont *a priori* pertinents. Toutefois, certains d'entre eux ne sont pas pertinents dans toutes les situations. Il convient donc à chaque fois de s'interroger sur les hypothèses dans lesquels ils le sont. En outre, il existe d'autres faits pour lesquels il convient de se demander s'ils peuvent avoir une influence sur le calcul du rendement net (2.1.2.1.). Le Tribunal fédéral considère que le rendement net

¹²²³ Cf. ci-dessus, N 79 ss.

¹²²⁴ Cf. ci-dessus, N 79 ss.

¹²²⁵ ATF 147 III 14, consid. 8.4.

doit se fonder sur la structure individuelle des coûts du bailleur, soit sur les éléments énumérés ci-dessus¹²²⁶. L'on peut toutefois se demander si ce fait ne peut pas être prouvé de manière indirecte, par indice¹²²⁷. Si un fait nécessite une preuve ou non dépend également du point de savoir s'il a été allégué et contesté selon les règles prévues par le droit de procédure civile à cet effet (2.1.2.3.). Certains de ces faits sont notoires ; ils ne nécessitent dès lors pas de preuve (2.1.2.4.). En outre, dans certaines situations, des faits peuvent être notoirement connus par le tribunal et n'ont par conséquent pas non plus besoin d'être prouvés (2.1.2.5.).

2.1.2.1. Faits directement pertinents

2.1.2.1.1. Le prix de revient de l'immeuble

Le prix de revient de l'immeuble est constitué par les *dépenses effectives* du bailleur pour l'acquisition ou la construction de l'immeuble¹²²⁸. Celles-ci sont : 505

- lorsque le bailleur a acquis un immeuble déjà construit : son prix d'achat, respectivement sa valeur d'attribution en cas d'acquisition par succession¹²²⁹ ou dans la liquidation du régime matrimonial¹²³⁰, ainsi que les dépenses liées à l'acquisition du bien-fonds, tels les droits de mutation, les honoraires du notaire et les droits d'enregistrement (taxes prélevées par le registre foncier)¹²³¹ ;
- lorsque le bailleur l'a fait construire : le prix d'acquisition du terrain ainsi que les frais liés à cette transaction ; les coûts de la démolition de l'immeuble précédent ; le coût de la construction de l'immeuble ainsi que les frais y liés (p. ex. taxe de raccordement, frais du dossier de demande de permis de construire)¹²³².

Il convient dès lors, dans un premier temps, de se demander *si le bailleur a acquis l'immeuble déjà construit* dans lequel se trouve l'objet dont le loyer est 506

¹²²⁶ Cf. N 502.

¹²²⁷ Cf. ci-dessous, N 534.

¹²²⁸ TF, arrêt du 24.01.2001, 4C.293/2000, consid. 1a, res. in : DB 2002 N 13.

¹²²⁹ CPra Bail-BOHNET, N 32 ad art. 269 CO ; CONOD/BROQUET, N 29 ; TF, arrêt du 09.06.1999, consid. 3c, CdB 2000, p. 1 ss.

¹²³⁰ CPra Bail-BOHNET, N 32 ad art. 269 CO ; CONOD/BROQUET, N 29.

¹²³¹ CPra Bail-BOHNET, N 29 ad art. 269 CO ; CONOD/BROQUET, N 27 ss ; TF, arrêt du 24.01.2001, 4C.293/2000, consid. 1a, res. in : DB 2002 N 13.

¹²³² CONOD/BOHNET, N 611 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 538 s., N 3.2 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 27.

litigieux, *ou s'il l'a fait construire lui-même*. Ce fait est pertinent, puisqu'il détermine la manière dont le prix de revient de l'immeuble est calculé (prix d'achat de l'immeuble dans le premier cas, prix d'achat du terrain et frais de construction dans le deuxième).

Exemple. Le bailleur A. a loué au locataire B. un appartement de 3 pièces au 2^e étage de l'immeuble, sis rue X n° 1 à Y. A. a acquis l'immeuble rue X n° 1 à Y en date du 25 septembre 2015 au prix de CHF 2,5 mio. En l'occurrence, A. a acquis l'immeuble déjà construit. Le prix de revient de l'immeuble sera donc calculé sur la base du prix d'achat de CHF 2,5 mio.

507 Lorsque le bailleur a acquis l'immeuble déjà construit, le prix d'achat de l'immeuble et les frais liés à la transaction sont pertinents, étant donné que l'art. 269 CO définit le loyer abusif comme le loyer permettant au locataire un rendement excessif et que, selon la jurisprudence, ces éléments doivent être pris en compte pour le calcul du rendement lorsque le litige porte sur un immeuble que le bailleur a acquis déjà construit.

508 Les mêmes réflexions sont valables, *mutatis mutandis*, pour le prix d'achat du terrain, les coûts de la démolition de l'ancien immeuble ainsi que des coûts de la construction, ainsi que les frais y liés. Ces faits ont une influence sur le sort du litige lorsque le litige porte sur un immeuble que le bailleur a lui-même fait construire. Dans cette hypothèse, ils sont pertinents et potentiellement soumis à preuve.

Un cas particulier constitue la situation dans laquelle l'immeuble est propriété d'une société immobilière. Dans ce cas, est déterminante la valeur de l'immeuble au bilan de ladite société¹²³³. Constitue une société immobilière, la société dont le but statuaire est essentiellement ou exclusivement d'acquérir, d'administrer, d'utiliser et d'aliéner des immeubles. Cette condition n'est pas remplie lorsque la propriété immobilière de la société sert de fondement factuel pour une exploitation industrielle ou commerciale¹²³⁴. Ce fait est pertinent étant donné que si le propriétaire revêt le statut de société immobilière, la manière de calculer le rendement net de l'immeuble est différente. Dans ce cas, le prix de revient correspond à la valeur de l'immeuble dans le bilan de la société immobilière.

2.1.2.1.2. Le montant des fonds propres investis

509 Le terme de « fonds propres » désigne la somme des prétentions financières du propriétaire lui-même sur la valeur d'une chose. À l'opposé, les fonds étrangers désignent la somme des prétentions financières de *tiers* sur la valeur d'une chose¹²³⁵. Dans le contexte de l'art. 269 CO, les fonds propres constituent la somme d'argent que le bailleur a investie de ses moyens propres et les fonds

¹²³³ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 26 et 34 s.

¹²³⁴ ATF 104 Ia 251, consid. 3a.

¹²³⁵ ZK OR-HIGI, N 153 s. ad art. 269

étrangers la somme d'argent que le bailleur a empruntée à des tiers pour acquérir, construire, rendre habitable, entretenir et/ou améliorer l'immeuble et qu'il a effectivement utilisée à ces fins¹²³⁶. Le montant des fonds propres correspond à celui du prix de revient de l'immeuble déduction faite des fonds étrangers empruntés par le bailleur¹²³⁷.

Le montant des fonds propres peut varier avec le temps : servent de base de calcul les fonds propres initialement investis au moment de la construction respectivement de l'acquisition de l'immeuble par le bailleur. Ceux-ci sont augmentés des amortissements des fonds étrangers et des investissements à plus-value financés par les fonds propres entre le moment de l'acquisition respectivement de la construction de l'immeuble ainsi que celui où le calcul du rendement net admissible est effectué¹²³⁸. En revanche, une augmentation des fonds étrangers n'est pas prise en compte pour le calcul du rendement net, afin d'éviter que le bailleur puisse réaliser une plus-value en utilisant les fonds étrangers pour l'achat d'un autre immeuble¹²³⁹. 510

Autre est la question de savoir si des travaux entrepris par le bailleur constituent des travaux à plus-value ou non. Sur cette question, voir ci-dessous, N 2.4.2.1.3 ss.

Pour déterminer les fonds propres, il faut donc connaître les faits suivants : 511

- les fonds propres initialement investis au moment de la construction respectivement de l'acquisition de l'immeuble par le bailleur ;
- le montant des amortissements des fonds étrangers depuis l'acquisition de l'immeuble ;
- les investissements à plus-value.

Le caractère abusif du loyer peut résulter du rendement net excessif *des fonds propres* investis par le bailleur¹²⁴⁰. Les faits permettant de calculer les fonds propres sont pertinents pour déterminer le caractère abusif du loyer litigieux. Les faits permettant de calculer les fonds propres influent sur le sort de la cause, constituent donc des *faits pertinents* lorsque le caractère abusif ou non du loyer litigieux se détermine au moyen du critère du rendement net. 512

¹²³⁶ ZK OR-HIGI, N 157 et 161 ad art. 269.

¹²³⁷ ATF 147 III 14, consid. 7.1 ; 125 III 421, consid. 2b ; 122 III 257, consid. 3a ; BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 269 CO ; CPra Bail-BOHNET, N 17 ad art. 269 CO.

¹²³⁸ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 541 ss, N 4 ; CPra Bail-BOHNET, N 19 ss ad art. 269 CO.

¹²³⁹ ATF 123 III 171, consid. 6a ; CPra Bail-BOHNET, N 60 ad art. 269 CO.

¹²⁴⁰ CPra Bail-BOHNET, N 16 ad art. 269 CO.

2.1.2.1.3. Le montant des frais d'exploitation et d'entretien

- 513 Constituent des frais d'exploitation les frais supportés par le bailleur pour l'exploitation de l'immeuble tels que les primes pour assurer l'objet loué, les impôts fonciers, les frais d'eau ou d'électricité pour les espaces communs ou d'abonnements d'entretien (p. ex. pour l'ascenseur, la cheminée ou la chaudière)¹²⁴¹. Les frais d'exploitation peuvent uniquement être pris en compte dans le calcul du rendement net s'ils ne sont pas transférés aux locataires à titre de frais accessoires (art. 257a et 257b CO)¹²⁴².
- 514 Les frais d'entretien sont les frais supportés par le bailleur pour entretenir son immeuble¹²⁴³. Sont considérées comme telles les dépenses du bailleur destinées à maintenir l'objet loué dans un état approprié à l'usage convenu¹²⁴⁴. Comme les frais d'entretien fluctuent d'un exercice à l'autre, il convient de se fonder sur la moyenne des frais d'entretien des trois à cinq exercices comptables précédant le moment de la fixation du loyer¹²⁴⁵.
- 515 Lorsque le bailleur doit engager des frais d'entretien particulièrement élevés qui ne sont nécessaires qu'à des intervalles très longs, ceux-ci peuvent être répartis sur la durée de vie des installations concernées. Les montants partiels correspondants peuvent être comptabilisés chaque année dans les frais d'entretien, jusqu'à amortissement complet¹²⁴⁶. Le bailleur peut y rajouter un intérêt d'un taux maximum de 0.5 % au-dessus du taux d'intérêt hypothécaire de référence sur la moitié du montant non encore amorti¹²⁴⁷.
- 516 Les travaux d'entretien, qui ne servent qu'à maintenir l'objet loué en l'état, doivent être distingués des travaux à plus-value, qui augmentent la valeur de l'objet loué. Il faut dès lors ajouter le coût de cette deuxième catégorie de travaux au prix de revient de l'immeuble ; selon la manière dont le bailleur les a financés,

¹²⁴¹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 556 ss, N 8.3 ; CPra Bail-BOHNET, N 61 s. ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 110 ss ad art. 269 CO.

¹²⁴² LACHAT/STASTNY (Bail), p. 556, N 8.3 ; CPra Bail-BOHNET, N 61 ad art. 269 CO ; SVIT K.-ROHRER, N 33 ad art. 269 CO.

¹²⁴³ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 558, N 8.4.1 ; CPra Bail-BOHNET, N 65 ad art. 269 CO.

¹²⁴⁴ ATF 140 III 433, consid. 3.5.1, JdT 2016 II 363 ; CPra Bail-BOHNET, N 66 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 81 ad art. 269 CO ; TF, arrêt du 24.01.2001, 4C.293/2000, consid. 1b, DB 2002 N 13.

¹²⁴⁵ ATF 140 III 433, consid. 3.5.1, JdT 2016 II 363 ; 117 II 77, consid. 3c/bb ; CPra Bail-BOHNET, N 66 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 88 ad art. 269 CO.

¹²⁴⁶ ATF 140 III 433, consid. 3.5.1, JdT 2016 II 363 ; BSK OR I-WEBER, N 11a ad art. 269 CO ; CPra Bail-BOHNET, N 67 ad art. 269 CO.

¹²⁴⁷ ATF 140 III 433, consid. 3.5.1 et 3.5.2, JdT 2016 II 363 ; CPra Bail-BOHNET, N 67 ad art. 269 CO ; TF, arrêt du 24.01.2001, 4C.293/2000, consid. 1b, DB 2002 N 13.

ils augmentent les postes des fonds propres respectivement des fonds étrangers¹²⁴⁸. Lorsque le bailleur procède à de grands travaux, la distinction entre la part d'entretien et de plus-value s'avère difficile¹²⁴⁹. À ce sujet, la jurisprudence et la doctrine majoritaire préconisent l'application de l'art. 14 OBLF qui prévoit une attribution forfaitaire de 50 % à 70 % des investissements pour de grands travaux aux travaux à plus-value¹²⁵⁰. Le Tribunal fédéral a expressément écarté l'avis d'une partie de la doctrine, suivie par le Tribunal cantonal vaudois, proposant que l'ensemble des fonds propres investis lors de gros travaux doivent être pris en compte¹²⁵¹.

Les faits pertinents pour déterminer les frais d'exploitation et d'entretien sont dès lors les différents *travaux* exécutés par le bailleur sur l'objet loué et les *montants dépensés* par le bailleur à cet effet, ainsi que le *moment* auquel ces travaux ont eu lieu, de même que *tous les autres frais* que le bailleur a engagés pour *exploiter* et *maintenir en l'état* l'objet loué. 517

Pour les travaux, il convient encore de déterminer, d'un côté, si ceux-ci ont occasionné des frais « particulièrement élevés » ou non et, de l'autre, dans quelle mesure ils apportent une plus-value. Le terme de « frais particulièrement élevés » n'est pas défini. Quoiqu'il arrive, la détermination de ce point suppose la connaissance du montant des frais engagés par le bailleur pour leur réalisation. 518

Savoir si certains travaux ont apporté une plus-value à l'objet loué est également une question de fait. Ce fait est pertinent, puisqu'il détermine si le montant engagé par le bailleur pour la réalisation desdits travaux entre dans le prix de revient de l'immeuble ou dans les frais d'entretien. 519

2.1.2.1.4. Les charges financières

Par charges financières, il faut entendre le total des rémunérations des fonds étrangers, soit en premier lieu les intérêts hypothécaires, mais également d'autres intérêts dus à des tiers¹²⁵². 520

¹²⁴⁸ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 560, N 8.4.8.

¹²⁴⁹ CPra Bail-BOHNET, N 69 ad art. 269 CO.

¹²⁵⁰ ATF 141 III 245, consid. 6.5 et 6.6 ; BSK OR I-WEBER, N 8d ad art. 269 CO ; CPra Bail-BOHNET, N 70 ad art. 269 CO.

¹²⁵¹ GUT (Angemessener Ertrag), p. 189 s. ; CONOD (Travaux à plus-value), p. 12 s. ; Tribunal des baux du canton de Vaud, arrêt du 01.05.2007, CdB 2010, p. 46 ss ; confirmé par le TC VD, arrêt du 02.06.2008, XA.05.28792.

¹²⁵² CPra Bail-BOHNET, N 60 ad art. 269 CO.

- 521 *Il convient de prendre en compte le montant réel versé par le bailleur.* Il n'est dès lors pas déterminant de savoir s'il était possible d'obtenir auprès d'un autre prêteur un emprunt à de meilleures conditions¹²⁵³. Cela est uniquement valable tant que les conditions de l'emprunt ne s'éloignent pas trop de celles pratiquées sur le marché¹²⁵⁴. Lorsque les conditions s'éloignent notablement de celles du marché, il convient, dans le calcul du rendement net, de prendre en compte les intérêts jusqu'à concurrence des taux pratiqués sur le marché¹²⁵⁵, voire ne pas les prendre en compte du tout¹²⁵⁶.
- 522 *Constitue dès lors un fait pertinent le montant réel versé par le bailleur à titre de rémunération des fonds étrangers. Les conditions du marché* constituent également un fait pertinent ; ce fait sert en premier lieu à vérifier que les charges financières ne soient pas excessives. Alors que le montant réel versé ne constitue pas un fait notoire, la question se pose pour les conditions du marché. À notre sens, les conditions du marché déterminantes sont exprimées par le taux hypothécaire de référence, qui résulte du taux d'intérêt moyen pondéré des créances hypothécaires en Suisse (art. 12a al. 1 OBLF) et qui constitue un fait notoire¹²⁵⁷.

2.1.2.1.5. Les critères utilisés pour la ventilation des comptes

- 523 Après avoir arrêté l'état locatif admissible, il convient de procéder à une ventilation des comptes¹²⁵⁸ : l'état locatif admissible doit être réparti sur l'appartement dont le loyer est litigieux, et comparé au loyer litigieux. La répartition se fait selon la clé de répartition usuelle pour les immeubles constitués en propriétés par étages¹²⁵⁹, qui se fonde en principe sur des critères quantitatifs tels la surface habitable ou le nombre de pièces ainsi que des critères qualitatifs tels que situation et accessibilité de l'objet, vue, immissions et part aux locaux communs¹²⁶⁰. Le droit fédéral n'impose toutefois pas de méthode précise. Une répartition au *pro rata* du nombre de pièces est admissible au même titre qu'une

¹²⁵³ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 555, N 8.2.1 ; SVIT K.-ROHRER, N 26 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 107 ad art. 269 CO.

¹²⁵⁴ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 556, N 8.2.1 ; SVIT K.-ROHRER, N 26 ad art. 269 CO ; CPra Bail-BOHNET, N 60 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 108 ad art. 269 CO.

¹²⁵⁵ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 556, N 8.2.1 ; SVIT K.-ROHRER, N 26 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 108 ad art. 269 CO ; peu clair : GUT (Angemessener Ertrag), p. 177 ss.

¹²⁵⁶ ZK OR-HIGI, N 108 ad art. 269 CO.

¹²⁵⁷ Cf. ci-dessous, N 546 ss.

¹²⁵⁸ Cf. ci-dessus, N 498.

¹²⁵⁹ ATF 116 II 184, consid. 3a ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 533, N 2.2.4 ; CPra Bail-BOHNET, N 12-13 ad art. 269 CO ; GUT (Angemessener Ertrag), p. 197 ; TF, arrêt du 17.02.1981, consid. 3d, SJ 1981 I 504 ; TF, arrêt du 13.06.2008, 4A_35/2008, consid. 4.3.

¹²⁶⁰ ATF 116 II 55, consid. 5 ; GUT (Angemessener Ertrag), p. 197.

répartition au *prorata* de la surface habitable de l'objet loué ou éventuellement de son volume¹²⁶¹. La pondération en fonction de critères qualitatifs est cependant uniquement nécessaire en présence d'importantes différences de qualité entre les différents objets dans un immeuble¹²⁶².

Le Tribunal fédéral examine la question avec retenue. La répartition n'est contraire au droit fédéral que « si la clé de répartition adoptée par le propriétaire était à ce point insoutenable qu'elle contredise l'esprit »¹²⁶³. Autrement dit, le tribunal ne peut intervenir que lorsque la méthode de calcul du bailleur est insoutenable, notamment parce qu'elle ne répercute pas les frais concernant la chose louée ou qu'elle tient compte de particularités personnelles des locataires¹²⁶⁴. 524

La répartition de l'état locatif admissible suppose que la surface totale, le volume total ou le nombre total de pièces dans l'immeuble soient mis en relation avec la surface totale, le volume total ou le nombre total de pièces de l'objet loué ainsi que les autres paramètres entrant en ligne de compte pour pondérer – p. ex. la situation de l'objet loué dans l'immeuble ou son exposition au bruit comparé à d'autres objets dans le même immeuble – soient connus. En fonction de la méthode choisie par le bailleur dans le cas concret, il convient d'apporter la preuve de l'une ou de l'autre de ces paires d'éléments (surface totale de l'immeuble/surface de l'objet loué ; nombre total de pièces dans l'immeuble/nombre de pièces de l'objet loué ; volume total de l'immeuble/volume de l'objet loué). Sur ce point, il dépend donc entre autres *du choix du bailleur* de savoir quels faits sont pertinents. 525

Il est en plus pertinent de savoir si d'importantes différences de qualité entre les différents objets dans l'immeuble existent. Afin de vérifier cet élément, il convient de connaître et de comparer les éléments susceptibles d'ajouter ou d'enlever de la valeur à l'objet loué par rapport à d'autres objets dans l'immeuble. Il peut s'agir p. ex. de la vue ou de l'exposition au bruit pour un appartement et de l'accessibilité ou de la visibilité pour un local commercial¹²⁶⁵. 526

Savoir si ces différences sont suffisamment importantes pour être prises en compte dans la clé de répartition est une question de droit.

¹²⁶¹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 533, N 2.2.4 ; CPra Bail-BOHNET, N 12-13 ad art. 269 CO.

¹²⁶² CPra Bail-BOHNET, N 13 ad art. 269 CO et les réf.

¹²⁶³ ATF 139 III 209, consid. 2.1 ; 125 III 421, consid. 2d ; CPra Bail-BOHNET, N 14 ad art. 269 CO.

¹²⁶⁴ ATF 139 III 209, consid. 2.1.

¹²⁶⁵ Voir p. ex. TF, arrêt du 26.11.2007, 4A_219/2007, consid. 3.2.2.

2.1.2.1.6. Valeur vénale, fiscale et d'assurance de l'immeuble

- 527 Le Tribunal fédéral a précisé dans sa jurisprudence qu'en principe, il n'était pas admissible de substituer aux coûts d'investissement d'autres valeurs telles que la valeur vénale de l'immeuble, sa valeur fiscale ou sa valeur d'assurance-incendie, puisque celles-ci se réfèrent à des valeurs objectives liées au marché et non aux coûts concrets (individuels) liés à l'acquisition de l'immeuble¹²⁶⁶.
- 528 Calculer les loyers admissibles sur la base de la valeur vénale de l'immeuble dans lequel l'objet loué se trouve viderait l'art. 269 CO de son sens. En effet, une pénurie sur le marché de l'immobilier entraîne des valeurs vénales très élevées, qui se traduiraient par des loyers très élevés, mécanisme que l'art. 269 CO a précisément pour but d'empêcher. De plus, la valeur vénale est souvent le résultat du revenu locatif tiré de l'immeuble, dont l'admissibilité est justement à vérifier¹²⁶⁷.
- Cette position est régulièrement critiquée. Certains auteurs invoquent que la logique économique voudrait que le propriétaire puisse profiter de la plus-value conjoncturelle de son bien. La position du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire serait au demeurant facile à contourner, puisque le propriétaire pourrait vendre son bien à la valeur vénale actuelle, ce qui permettrait au nouveau propriétaire de procéder au calcul du loyer admissible selon l'art. 269 CO sur la base de ce montant¹²⁶⁸.
- 529 Quant à la valeur fiscale de l'immeuble, celle-ci dépend à son tour des loyers que le bailleur demande pour les objets qui s'y trouvent et ne saurait être utilisée comme critère pour déterminer le caractère admissible d'un loyer¹²⁶⁹. La valeur d'assurance-incendie repose généralement sur des valeurs comparatives et donc sur des critères du marché sans lien à l'investissement du bailleur dans le cas concret¹²⁷⁰. La manière de calculer la valeur d'assurance varie de plus d'un canton à l'autre¹²⁷¹.
- 530 La valeur vénale de l'immeuble, sa valeur fiscale ainsi que sa valeur d'assurance-incendie ne sont dès lors pas des faits pertinents, puisqu'ils n'ont aucune influence sur le sort de l'affaire. Ils n'ont donc pas besoin d'être prouvés (ni d'être allégués).

¹²⁶⁶ ATF 147 III 14, consid. 7.2.1 ; ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; 122 III 257, consid. 3b/bb.

¹²⁶⁷ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 547, N 5.4.

¹²⁶⁸ Ainsi : SVIT K.-ROHRER, N 8 ss ad art. 269 CO ; ROHRER (Anlagekosten), p. 7 ss.

¹²⁶⁹ ATF 122 III 257, consid. 3b/bb ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 547, N 5.4 ; CPra Bail-BOHNET, N 37 ad art. 269 CO.

¹²⁷⁰ ATF 122 III 257, consid. 3b/bb ; CPra Bail-BOHNET, N 37 ad art. 269 CO.

¹²⁷¹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 547, N 5.4.

Il existe toutefois une exception. Lorsque le bailleur a acquis l'immeuble à un prix préférentiel ou à titre gratuit (p. ex. par donation, donation mixte ou succession), le calcul de rendement peut se fonder sur la *valeur vénale* de l'immeuble *au moment de l'acquisition*. La jurisprudence a introduit cette exception en considérant que l'avantage consenti au bailleur n'est pas destiné à avantager ses locataires, mais exclusivement le bailleur lui-même¹²⁷². Toutefois, ce n'est pas parce que le prix d'achat est inférieur à la valeur vénale de l'immeuble qu'il s'agit d'un prix préférentiel : le prix préférentiel doit être distingué de l'hypothèse d'une simple bonne affaire, de la conjoncture ou de l'acquisition de l'immeuble aux enchères ; dans ces cas, le rendement net est calculé sur la base du prix de revient de l'immeuble, même si le prix payé par le bailleur est inférieur à la valeur vénale au moment de l'acquisition¹²⁷³.

Le Tribunal fédéral considère dans sa jurisprudence qu'un prix d'achat inférieur de 10 % à 20 % à la valeur vénale ne saurait être considéré comme prix préférentiel justifiant le calcul du loyer admissible sur la base de ladite valeur vénale¹²⁷⁴.

Savoir si l'immeuble a été acquis à un prix préférentiel ou à titre gratuit suppose la connaissance du prix d'achat payé par le bailleur (fait qui doit de toute manière être prouvé pour le calcul du rendement net, comme nous venons de le voir) ainsi que de la valeur vénale de l'immeuble au moment de son acquisition. Ces deux valeurs sont comparées.

La valeur vénale de l'immeuble au moment de son acquisition constitue donc un fait pertinent dans la détermination du prix de revient de l'immeuble. Cette valeur doit être établie de manière concrète, pour l'immeuble considéré, et ne saurait être reconstituée artificiellement par une formule standardisée ; il ne s'agit au demeurant pas d'un fait notoire¹²⁷⁵.

¹²⁷² CPra Bail-BOHNET, N 31 ad art. 269 CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 430, N 3.2 ; TF, arrêts du 27.01.2012, 4A_645/2011, consid. 3.4.4, et du 18.01.2006, 4C.285/2005, consid. 2.5.

¹²⁷³ CPra Bail-BOHNET, N 33 ad art. 269 CO et les réf.

¹²⁷⁴ TF, arrêt du 06.12.1994, consid. 3a, MRA 1995, p. 75.

¹²⁷⁵ TF, arrêt du 28.04.2011, 4A_129/2011, consid. 4.2.

2.1.2.1.7. Résumé : faits pertinents pour la détermination du prix de revient

534

- Immeuble acquis construit ou construction par le bailleur ?
 - i) Si immeuble acquis construit : prix préférentiel/valeur d'attribution préférentielle ou prix du marché/valeur d'attribution conforme au prix du marché ? faits pertinents :
 - (1) valeur vénale au moment de l'acquisition ;
 - (2) prix d'acquisition/valeur d'attribution ;
 - (a) Si prix d'acquisition plus ou moins équivalent à la valeur vénale (=prix du marché) : faits pertinents :
 - (i) prix d'achat de l'immeuble payé par le bailleur et
 - (ii) dépenses liées à l'acquisition du bien-fonds, tels les droits de mutation, les honoraires du notaire et les droits d'enregistrement (taxes prélevées par le registre foncier) ;
 - (b) Si le prix d'achat est nettement inférieur à la valeur vénale (=prix préférentiel) :
fait pertinent : valeur vénale au moment de l'acquisition ;
 - ii) Si construction par le bailleur : faits pertinents :
 - (1) prix d'acquisition du terrain ;
 - (2) frais liés à cette transaction ;
 - (3) coûts de la démolition de l'immeuble précédent ;
 - (4) coût de la construction de l'immeuble ;
 - (5) frais y liés.

2.1.2.2. Preuve par indice du caractère abusif du loyer

535 Le calcul du rendement net doit en principe se fonder sur les faits directement pertinents¹²⁷⁶. Le calcul du rendement net doit se fonder sur la *structure individuelle des coûts du bailleur*¹²⁷⁷.

536 Le Tribunal fédéral a déduit du principe de la bonne foi un devoir général du défendeur de collaborer loyalement à l'administration des preuves et de fournir les éléments qu'il est seul à détenir ; la violation de ce devoir par le défendeur peut être considérée comme un indice de l'exactitude de l'allégation avancée par celui auquel incombe la preuve¹²⁷⁸. Dans le cadre du calcul du rendement net, si le fardeau de la preuve incombe au locataire (ce qui est le cas, comme nous le verrons¹²⁷⁹, lorsque le locataire conteste le loyer initial ou demande la diminution du loyer en cours de bail) et que le locataire ne dispose pas des éléments nécessaires au calcul du rendement net, le bailleur est soumis à un tel

¹²⁷⁶ Cf. ci-dessus, N 505 ss.

¹²⁷⁷ ATF 122 III 257, consid. 3a/bb ; voir aussi : TF, mp 1996, p. 165.

¹²⁷⁸ Cf. ci-dessus, N 372.

¹²⁷⁹ Cf. ci-dessous N 820 ss et 946 ss.

devoir de collaborer¹²⁸⁰. En l'absence de tout autre élément de preuve, la violation du bailleur de son devoir de collaborer peut convaincre le tribunal de la fausseté complète ou partielle de ses allégations et l'amener à croire les indications de l'autre partie¹²⁸¹. Il s'agit là d'un élément d'appréciation des preuves¹²⁸².

Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que le tribunal ne saurait se contenter de tirer les conséquences du refus du bailleur, mais doit faire intervenir des données statistiques cantonales ou communales, si de telles données sont disponibles¹²⁸³. Le tribunal devra pondérer les chiffres figurant dans ces statistiques en fonction des caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux, du loyer payé par le précédent locataire et de l'expérience du tribunal¹²⁸⁴. 537

De même, lorsqu'il est impossible, sans la faute du bailleur, d'obtenir les titres nécessaires à la détermination du rendement net, le tribunal doit fixer le loyer admissible en tenant compte de toutes les circonstances, en particulier des statistiques¹²⁸⁵. 538

À notre sens, il s'agit en l'occurrence d'une preuve par indice. De l'indice que le loyer de l'appartement litigieux diffère notablement des valeurs statistiques pour un appartement semblable dans la localité en question, le tribunal peut parvenir à la conclusion que le loyer est abusif. Sont pertinents l'existence et le contenu de statistiques cantonales ou communales, les caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux ainsi que le loyer payé par le précédent locataire. 539

L'existence et le contenu de statistiques cantonales et communales constituent un fait notoire. Le Tribunal fédéral semble viser des statistiques officielles, à l'instar de celles qui existent p. ex. dans les cantons de Genève¹²⁸⁶ ou de Bâle- 540

¹²⁸⁰ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 66 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; DAÏNA, p. 100 ; TF, arrêt du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 3.2 ; TF, arrêt du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25 ; TF, arrêt du 27.05.2005, 4C.61/2005, consid. 4.3.2, SJ 2006 I 34.

¹²⁸¹ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 66 ; TF, arrêt du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25 ; TF, arrêt du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 3.3.1.

¹²⁸² ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; TF, arrêt du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25.

¹²⁸³ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19.

¹²⁸⁴ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19.

¹²⁸⁵ ATF 124 III 62, consid. 5.1 ; TF, arrêt du 18.04.2017, 4A_513/2016, consid. 3.2.

¹²⁸⁶ Ces statistiques ne sont désormais disponibles que sous forme de calculateur en ligne, sous l'adresse suivante : https://www.ge.ch/statistique/prestations/calcul_loyer.asp (dernière consultation : 13.05.2021) ; pour un exemple de statistiques telles qu'utilisées dans les affaires

Ville¹²⁸⁷. Il s'agit en effet d'un élément qui fait l'objet d'une publication accessible à tout un chacun. L'existence et le contenu de ces statistiques n'ont par conséquent pas besoin d'être prouvés. En revanche, les caractéristiques concrètes de l'appartement litigieux ainsi que le loyer payé par le précédent locataire forment des objets de preuve.

2.1.2.3. Allégation et contestation

- 541 Les procédures en lien avec la fixation du loyer (contestation du loyer initial, contestation de la hausse de loyer ; baisse de loyer) sont soumises à la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). En théorie, savoir si le caractère abusif du rendement – respectivement son caractère insuffisant – a été allégué et motivé de manière suffisante, respectivement contesté, n'est pas pertinent pour déterminer s'il formera un objet de la preuve : le tribunal peut fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors des débats, même si les parties ne les ont pas invoqués, et il n'est pas formellement lié par un fait non contesté¹²⁸⁸. Les parties sont néanmoins soumises à un *devoir de collaboration*. Elles ne peuvent pas simplement renoncer à expliquer leurs positions¹²⁸⁹ et doivent « renseigner le juge sur les faits de la cause »¹²⁹⁰. L'étendue de ce devoir de collaboration varie en fonction du cas concret, en particulier de la complexité de l'affaire et du degré d'inégalité entre les parties¹²⁹¹.
- 542 Le Tribunal fédéral n'accorde à la maxime inquisitoire sociale qu'une portée limitée. Il considère que les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès et que le tribunal ne vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés¹²⁹².

ayant mené à des arrêts du Tribunal fédéral sur la question, voir : OFFICE CANTONAL DE LA STATISTIQUE, Statistiques des loyers de Genève, édition mai 2016 (disponibles sous : http://www.ge.ch/statistique/tel/publications/2016/hors_collection/ocstat/hc-ocstat-2016-02.pdf ; dernière consultation : 13.05.2021 ; une version précédente de ces statistiques a été utilisée dans l'affaire ayant mené à l'arrêt du TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25).

¹²⁸⁷ STATISTISCHES AMT DES KANTONS BASEL-STADT, Mietpreisraster Basel-Stadt, Februar 2021 (disponibles sous : <https://www.statistik.bs.ch/analysen-berichte/raum-umwelt/mietpreisraster.html> ; dernière consultation : 13.05.2021).

¹²⁸⁸ Cf. ci-dessus, N 95 et 104.

¹²⁸⁹ ATF 139 III 13, consid. 3.2 ; TF, arrêt du 17.07.2014, 4A_198/2014, consid. 4.2.

¹²⁹⁰ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

¹²⁹¹ Cf. ci-dessus, N 94.

¹²⁹² ATF 141 III 569, consid. 2.3.

En pratique, les tribunaux considèrent souvent que, pour respecter le devoir de collaborer, la partie invoquant un rendement abusif respectivement insuffisant ne saurait se contenter d'alléguer que le rendement net est abusif ou insuffisant et s'en remettre au tribunal pour le calcul. Elle doit alléguer de manière précise, pour quelle raison et fondé sur quels calculs elle considère que le rendement est excessif, respectivement insuffisant. La partie doit donc procéder elle-même au calcul du rendement net¹²⁹³. Cela dit, la maxime inquisitoire sociale oblige le tribunal à intervenir auprès de la partie pour s'assurer que ses allégués de faits et ses offres de preuves soient complets, s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point et le cas échéant l'amener, par des questions adéquates, à préciser ses allégués¹²⁹⁴. 543

Dans leurs allégués, les parties doivent indiquer les faits pertinents du ou des critère(s) sur lesquels elles fondent le caractère abusif, respectivement admissible, du loyer contesté. Le tribunal ne saurait constater le caractère abusif du loyer en se fondant sur un critère qui n'a pas été invoqué par les parties, sous peine de violer la maxime de disposition¹²⁹⁵. Le simple fait d'alléguer qu'un certain loyer est abusif – respectivement admissible – ne suffit dès lors pas pour respecter le devoir de collaborer. Les parties doivent indiquer sur la base de quel(s) critère(s) elles estiment le loyer abusif, respectivement admissible. Notons qu'en vertu de l'art. 229 al. 3 CPC, elles peuvent compléter leurs allégués même au-delà de la phase des allégués, à savoir jusqu'aux délibérations du tribunal. 544

Pour la partie défenderesse, le devoir de collaborer, tel qu'interprété par la jurisprudence¹²⁹⁶, impliquera une contestation de manière fondée des allégations de la partie demanderesse. Selon les principes découlant de la maxime des débats, que la jurisprudence applique par analogie aux affaires soumises à la maxime inquisitoire sociale, la partie adverse doit contester les faits allégués par la première partie de façon suffisamment précise pour permettre à celle-ci de déterminer, lesquels de ses allégués exactement sont contestés, faute de quoi le tribunal pourra considérer un fait allégué comme admis et non soumis à preuve. Le simple fait de contester l'allégué de la partie demanderesse selon lequel le loyer est abusif, respectivement admissible, n'est pas suffisant. De même, il ne suffira pas à la partie défenderesse de dire simplement qu'elle conteste le calcul auquel a procédé la partie demanderesse. Cela étant, l'étendue 545

¹²⁹³ GUT (Ungenügender Ertrag), p. 11 s ; l'auteur parle de *Substanziierungspflicht*, mais comme expliqué ci-dessus, N 93, nous estimons que, formellement, une telle incombance n'existe pas dans les procédures soumises à la maxime inquisitoire sociale.

¹²⁹⁴ ATF 141 III 569, consid. 2.3.

¹²⁹⁵ TF, arrêt du 02.03.2017, 4A_36/2017, consid. 7.

¹²⁹⁶ Cf. ci-dessus, N 105.

concrète de la contestation dépendra de l'étendue des allégués du demandeur¹²⁹⁷.

Il en découle que les exigences à respecter pour le devoir de collaborer et celles à respecter pour le fardeau de l'allégation, de la motivation suffisante et de la contestation sont largement identiques. Si cette manière de procéder peut se justifier lorsque les deux parties sont représentées par des mandataires professionnels¹²⁹⁸, son admissibilité nous semble douteuse lorsque les parties agissent seules. En effet, dans la mesure où le but du législateur était de réagir à l'inégalité structurelle entre des parties et de permettre à celles-ci un accès plus aisé à la justice, même sans conseil juridique (*Laienfreundlichkeit*)¹²⁹⁹, l'on ne saurait attendre d'un locataire qu'il procède lui-même au calcul du rendement net et requière le cas échéant lui-même la production des documents nécessaires de la part du bailleur en les circonscrivant de manière suffisante. Le devoir d'interpellation accru du tribunal n'est d'aucune utilité au locataire si ce dernier n'est objectivement pas en mesure d'alléguer et de motiver de manière suffisante les faits nécessaires pour procéder à un calcul du rendement net. De même, en exigeant une contestation comme en procédure soumise à la maxime des débats, la jurisprudence porte atteinte à l'idée de *Laienfreundlichkeit* et fait faux bond à la partie défenderesse si celle-ci se trouve être la partie faible.

2.1.2.4. Faits notoires

2.1.2.4.1. Le taux hypothécaire de référence

- 546 Le taux hypothécaire de référence est basé sur le taux d'intérêt moyen pondéré des créances hypothécaires en Suisse et publié trimestriellement par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (art. 12a OBLF). La manière de le calculer est réglée par l'ordonnance dudit département sur l'établissement du taux hypothécaire moyen déterminant pour la fixation des loyers¹³⁰⁰.
- 547 Le taux hypothécaire de référence est un fait notoire¹³⁰¹. Il s'agit en effet d'un élément qui fait l'objet d'une publication accessible à tout un chacun : le taux

¹²⁹⁷ Cf. ci-dessus, N 100.

¹²⁹⁸ Dans ce sens, voir aussi : KOLLER (Rechtsprechung 2015), p. 797.

¹²⁹⁹ Cf. ci-dessus, N 156.

¹³⁰⁰ RS 221.213.111.

¹³⁰¹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 525, N 5.3.10 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime).

hypothécaire de référence est publié tous les 3 mois sur le site internet de l'Office fédéral du logement¹³⁰² ainsi que par communiqué de presse¹³⁰³. Il est, au moment de la rédaction de la présente thèse, de 1,25 %.

Étant donné son caractère notoire, le taux hypothécaire de référence n'a pas besoin d'être allégué ni prouvé. Il doit être pris en compte d'office par le tribunal. 548

2.1.2.4.2. Le renchérissement

Le calcul du rendement net des fonds propres s'effectue au moment de la fixation du loyer initial (soit la notification de la formule de loyer initial ou, à défaut, au jour de la conclusion du contrat de bail) respectivement de la notification de la majoration du loyer. Si le calcul du rendement net est utilisé comme moyen de défense, le calcul s'effectue au jour de l'invocation de ce moyen¹³⁰⁴. Le calcul du rendement net a cependant comme base les fonds propres investis par le bailleur au moment de l'acquisition ou de la construction de l'objet loué ; l'on y rajoute les augmentations des fonds propres effectués depuis. 549

La jurisprudence et la doctrine considèrent que les fonds propres doivent être adaptés au renchérissement¹³⁰⁵. Cette adaptation est déduite de l'art. 269a let. e CO qui prévoit que les loyers qui ne compensent que le renchérissement pour le capital exposé aux risques ne sont en principe pas abusifs¹³⁰⁶. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit certes d'un critère relatif, mais étant donné que les loyers ne sont en règle générale pas abusifs quand les prévisions de l'art. 269a CO sont réalisées, lesdits critères de fixation des loyers doivent également être observés quand le rendement admissible est calculé d'après l'art. 269 CO¹³⁰⁷. Jusqu'à présent, la compensation du renchérissement pouvait uniquement se faire sur la part des fonds propres qui ne dépasse pas les 40 % 550

¹³⁰² <https://www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/mietrecht/referenzzinssatz.html> (dernière consultation : 01.03.2021).

¹³⁰³ Dernière communiqué de presse, datant du 01.03.2021 : <https://www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/das-bwo/informationen/medienmitteilungen.msg-id-82379.html> (dernière consultation : 01.03.2021).

¹³⁰⁴ CPra Bail-BOHNET, N 10 ad art. 269 CO.

¹³⁰⁵ ATF 120 II 100, consid. 5a et les réf. ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 541 s., N 4.1 ; CPra Bail-BOHNET, N 23 ad art. 269 CO.

¹³⁰⁶ ATF 120 II 100, consid. 5a et les réf. ; CPra Bail-BOHNET, N 24 ad art. 269 CO.

¹³⁰⁷ ATF 120 II 100, consid. 5c.

du prix de revient de l'immeuble¹³⁰⁸. Dans un arrêt du 26 octobre 2020, le Tribunal fédéral a toutefois procédé à un revirement de sa jurisprudence. Il considère que la limitation de la revalorisation à 40 % des fonds propres, adoptée pour faciliter le calcul des hausses de loyer admissibles, constitue un mélange des critères absolus et relatifs et ne saurait être maintenue. Désormais, dans le cadre du calcul du rendement net, l'entier des fonds propres investis doit être réévalué selon l'indice suisse des prix à la consommation¹³⁰⁹.

- 551 Le renchérissement est mesuré au moyen de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC) qui est calculé chaque mois par l'Office fédéral de la statistique, sur la base des prix d'une sélection représentative de biens et de services consommés par les ménages privés¹³¹⁰. Les résultats de l'IPC sont publiés chaque mois sous sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique¹³¹¹ et par communiqué de presse¹³¹². De plus, sur le site dudit office se trouve une « calculatrice du renchérissement » permettant de calculer le renchérissement sur une période donnée¹³¹³.
- 552 L'IPC constitue un fait notoire¹³¹⁴. Au vu de ce qui précède, il convient effectivement de considérer que l'IPC fait l'objet de publications accessibles à tout un chacun. Il n'a dès lors pas besoin d'être allégué ni d'être prouvé.

2.1.2.5. Faits notoirement connus par le tribunal

- 553 Il se peut qu'un fait pertinent soit notoirement connu par le tribunal, s'il a déjà été prouvé lors d'une procédure antérieure qui s'est déroulée devant lui entre les mêmes parties, ou entre des parties différentes, mais dans un seul et même contexte factuel¹³¹⁵.

¹³⁰⁸ ATF 123 III 171, consid. 6a ; 120 II 100, consid. 5b ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 542, N 4.2 ; CPra Bail-BOHNET, N 23 ad art. 269 CO ; *contra* : SVIT K.-ROHRER, N 24 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 220 ss ad art. 269 CO.

¹³⁰⁹ ATF 147 III 14, consid. 8.3.

¹³¹⁰ OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, L'indice suisse des prix à la consommation (IPC), Neuchâtel 2017, p. 1.

¹³¹¹ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/prix/indice-prix-consommation.html> (dernière consultation : 13.05.2021).

¹³¹² Voir p. ex. communiqué de presse du 05.05.2021 : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/prix.assetdetail.17024618.html> (dernière consultation : 13.05.2021).

¹³¹³ http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/f/lik_rechner.htm (dernière consultation : 13.05.2021).

¹³¹⁴ Du même avis : LACHAT/STASTNY (Bail), p. 629, N 8.7 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 63.

¹³¹⁵ Cf. ci-dessus, N 109.

Peuvent s'avérer notoirement connus par le tribunal p. ex. la surface et le volume de l'immeuble si le locataire oppose le rendement excessif à une demande d'augmentation du loyer du bailleur alors qu'il a déjà contesté le loyer initial quelques années auparavant. 554

Il est toutefois assez risqué pour une partie de renoncer à alléguer et à prouver un fait pertinent en partant du principe qu'il est notoirement connu¹³¹⁶. Ainsi, un locataire qui souhaite contester le loyer initial n'est pas nécessairement au courant du fait qu'un locataire précédent a déjà contesté le loyer par le passé et que certains faits pertinents ont déjà été prouvés dans cette procédure. En pratique, la question de savoir si un certain fait est notoirement connu ne se pose que très rarement, puisque les faits qui sont potentiellement notoirement connus sont la plupart du temps allégués et prouvés une nouvelle fois par les parties. 555

2.1.3. Sujet de la preuve

Les procédures en lien avec la fixation du loyer – dans lesquelles la question du rendement net peut se poser – sont soumises à la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). Partant, la responsabilité de l'établissement des faits est partagée entre le tribunal et les parties : il revient en principe aux parties d'apporter les preuves pour les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions. Cependant, le tribunal doit rendre attentives les parties à leur devoir de collaborer à l'établissement des faits et, si des motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les offres de preuve d'une partie sont lacunaires, il n'est pas lié par celles-ci et a le devoir de rechercher lui-même des preuves, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents¹³¹⁷. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral affirme que le rôle du tribunal est cantonné à un devoir d'interpellation accru¹³¹⁸, position qui ne nous convainc pas¹³¹⁹. 556

Rappelons que le législateur a voulu un caractère variable du degré d'intervention du tribunal en fonction du statut des parties¹³²⁰. Il est dès lors difficile de fixer une échelle de manière abstraite. Nous tentons néanmoins de décrire quelques grandes lignes. 557

¹³¹⁶ Cf. ci-dessus, N 110.

¹³¹⁷ TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 231 ; cf. ci-dessus, N 152.

¹³¹⁸ ATF 141 III 569, consid. 2.3.

¹³¹⁹ Cf. ci-dessus, N 161.

¹³²⁰ Message CPC, p. 6956.

- 558 Le locataire n'est généralement pas en mesure de prouver les faits pertinents pour procéder au calcul du rendement, car les preuves y relatives sont entre les mains du bailleur. Il ne peut dès lors pas proposer concrètement des moyens de preuve à l'appui de son allégué à ce sujet, puisqu'il ignore leur existence. Toutefois, comme nous le verrons¹³²¹, le bailleur est en principe soumis à un devoir de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 CPC) et peut, dans ce cadre-là, être obligé à produire des titres nécessaires pour le calcul du rendement net. Le locataire satisfait à son devoir de spécifier les moyens de preuve requis et donc de proposer des moyens de preuve lorsqu'il requiert « les documents relatifs au calcul du rendement »¹³²². En outre, le tribunal doit s'assurer que les titres produits par le bailleur soient complets, afin de permettre le calcul du rendement net. Si tel n'est pas le cas, il peut ordonner la production des documents comptables manquants de la part du bailleur, même si le locataire ne les a pas formellement requis¹³²³. En revanche, le tribunal n'a pas besoin d'interpeller le bailleur représenté par un avocat lorsque les titres que celui-ci fournit pour le calcul du rendement net sont insuffisants, puisque l'avocat « est réputé connaître notamment la nécessité d'établir le rendement de la chose louée par le locataire, par opposition au rendement de l'immeuble entier et au rendement d'autres immeubles, ce qui nécessitait la production de pièces topiques »¹³²⁴. Dès lors, lorsque les documents présentés par le bailleur sont insuffisants, le tribunal peut considérer que le bailleur a violé son devoir de collaborer et, à l'occasion de l'appréciation des preuves, que le loyer est abusif. La question reste à ce stade ouverte pour l'hypothèse où le bailleur n'est pas représenté.
- 559 Que se passe-t-il si le locataire allègue le caractère excessif du rendement, mais ne requiert aucun moyen de preuve à l'appui de son allégation ? Le tribunal devra, dans tous les cas, intervenir et rendre attentif le locataire à son devoir de collaborer à l'établissement des faits en proposant ou produisant des moyens de preuve à leur appui¹³²⁵. Dans un arrêt non publié de 2011, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal pouvait ordonner au bailleur la production des documents nécessaires au calcul de rendement lorsque le locataire « se prévaut du rendement abusif »¹³²⁶. À notre sens, le tribunal pourra en effet administrer d'office des moyens de preuve pertinents dont il a connaissance ; le Tribunal fédéral

¹³²¹ Cf. ci-dessous, N 600 ss.

¹³²² Cf. ci-dessous, N 605.

¹³²³ FETTER, N 516.

¹³²⁴ TF, arrêt du 08.12.2015, 4A_211/2015, consid. 3.3.

¹³²⁵ ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; cf. ci-dessus, N 159.

¹³²⁶ TF, arrêt du 28.02.2011, 4A_3/2011, consid. 4.

semble toutefois désormais considérer que tel n'est pas le cas, puisque le « devoir de chercher des moyens de preuve » se limiterait à un devoir d'interpellation accru¹³²⁷.

2.1.4. Degré de preuve

Les faits pertinents pour la détermination du rendement net doivent être prouvés de manière stricte. La loi ne prévoit pas d'exception à ce sujet¹³²⁸. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pour l'heure pas non plus admis d'exception. Bien au contraire, notre Haute Cour a précisé que, dans le cadre du calcul du rendement net, l'on ne saurait se contenter d'une « vraisemblance plus ou moins grande »¹³²⁹. 560

La réduction du degré de la preuve est réservée aux cas de *Beweisnot*¹³³⁰, qui suppose qu'il soit objectivement impossible ou pas raisonnablement exigible d'apporter la preuve stricte d'un certain fait, ce qui n'est pas le cas pour ce qui est du rendement net. Apporter la preuve du caractère excessif du rendement net n'est pas par nature d'une difficulté particulièrement élevée. Le problème réside dans le fait que les moyens de preuve nécessaires pour emporter la pleine conviction du tribunal sur ce point se trouvent la plupart du temps entre les mains du bailleur, alors que le locataire supporte le fardeau de la preuve. Comme expliqué¹³³¹, la réduction du degré de la preuve ne se justifie pas lorsqu'un fait ne peut être établi par la partie supportant le fardeau de la preuve puisque celle-ci ne dispose pas des moyens de preuve nécessaires. Pour le calcul du rendement net, la jurisprudence a résolu le problème par l'application d'un devoir de collaborer du bailleur, déduit de l'obligation d'agir de bonne foi (art. 2 al. 1 CC)¹³³². 561

Dans un arrêt du 24 novembre 2016¹³³³, le Tribunal supérieur du Canton de Zurich a évoqué une situation qui pourrait justifier une exception. La répartition du montant total investi dans l'immeuble par le bailleur sur l'appartement dont le loyer est contesté pourrait être considérée comme difficile par nature et justifier la réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante lorsque le bailleur a procédé à des travaux qui doivent être pris en compte pour le calcul 562

¹³²⁷ ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; cf. ci-dessus, N 159.

¹³²⁸ CPra Bail-BOHNET, N 72 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 268 ad art. 269 CO.

¹³²⁹ TF, arrêt du 08.12.2015, 4A_211/2015, consid. 5.2.

¹³³⁰ Pour la vraisemblance prépondérante en général et l'état de nécessité de la preuve en particulier, cf. ci-dessus, N 227.

¹³³¹ Cf. ci-dessus, N 230.

¹³³² À ce sujet, voir ci-dessous, N 600 ss.

¹³³³ OGer ZH, arrêt du 24.11.2016, NG160009.

du rendement net et qu'il a conclu un contrat d'entreprise prévoyant une rémunération forfaitaire de l'entrepreneur. Dans ce cas, il y aurait un risque que la contestation du loyer initial devienne impossible dans un grand nombre de cas, puisque les contrats prévoyant une rémunération forfaitaire de l'entrepreneur rendent impossible la répartition de l'investissement sur les différents appartements dans un immeuble ou un complexe d'immeubles. Dans l'arrêt en question, le tribunal n'a toutefois pas fait application de cette possibilité, étant donné que le demandeur avait omis de verser l'avance de frais pour l'administration des moyens de preuve.

2.1.5. Moyens de preuve

- 563 Comme la procédure civile suisse est fondée sur le principe de la libre appréciation des preuves par le tribunal, la loi ne connaît pas de règles prévoyant dans certaines situations l'obligation ou, au contraire, l'interdiction de prouver un certain fait par un moyen de preuve déterminé. En principe, tous les moyens de preuve présentés au Chapitre 5 de la première partie de la présente thèse sont donc susceptibles de convaincre le tribunal de la présence de tous les objets de preuve pour la fixation du loyer selon le critère du rendement net. Il va de soi que certains moyens sont plus adaptés que d'autres pour prouver certains faits.

2.1.5.1. Pour le prix de revient de l'immeuble

- 564 Pour le prix de revient, il convient de distinguer, comme expliqué, entre *l'immeuble acquis par le propriétaire* alors qu'il était déjà construit ou *l'immeuble que le bailleur a fait construire lui-même*. Dans le premier cas, le prix de revient est essentiellement composé du prix d'achat de l'immeuble, respectivement de la valeur d'attribution, en cas d'acquisition par succession ou dans la liquidation du régime matrimonial. Pour la preuve de cet élément entre en ligne de compte en premier lieu l'acte d'achat¹³³⁴. En vertu de l'art. 216 al. 1 CO, les ventes d'immeubles doivent être faites par acte authentique. L'acte d'achat constitue dès lors un titre authentique, c'est-à-dire que les faits dont il atteste – entre autres le prix d'achat – lient le tribunal (art. 9 CC)¹³³⁵.

À notre sens, le locataire a le droit de consulter l'acte d'achat au registre foncier et de s'en faire délivrer une copie. En effet, l'intérêt du locataire de vérifier que le bailleur ne réalise pas un rendement excessif doit être considéré comme intérêt digne de protection

¹³³⁴ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 535, N 2.3.2 ; CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 74 ; mp 1996, p. 165, consid. 2d.

¹³³⁵ Cf. ci-dessus, N 255.

au sens de l'art. 970 al. 1 CC, condition pour obtenir l'accès à la partie non publique du registre foncier et de s'en faire délivrer des extraits¹³³⁶.

Lorsque l'acquisition a eu lieu dans le cadre d'une *succession*, la valeur d'attribution peut être prouvée par la production de la convention de partage, qui doit être faite par écrit (art. 634 CC). Il s'agit également d'un support contenant des informations susceptibles de convaincre le tribunal de la survenance d'un fait pertinent, donc d'un titre¹³³⁷. En cas d'acquisition dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, la preuve de la valeur d'attribution peut être rapportée par la production de la convention de divorce (art. 111 et 112 CC) respectivement du jugement de divorce. Ces documents sont également des titres au sens de l'art. 177 CPC. 565

À notre sens, le fait que le propriétaire de l'immeuble dans lequel se trouve l'objet dont le loyer est litigieux est une société anonyme devrait pouvoir se prouver au moyen des statuts de la société propriétaire de l'immeuble. Il devra effectivement ressortir des statuts que le but de la société est essentiellement ou exclusivement d'acquérir, d'administrer, d'utiliser et d'aliéner des immeubles. Les statuts constituent un titre au sens de l'art. 177 CPC : il s'agit d'un support contenant des informations susceptibles de convaincre le tribunal de la survenance d'un fait pertinent¹³³⁸, en l'occurrence que le bailleur revêt la qualité de société immobilière. La valeur de l'immeuble au bilan se prouvera par le dépôt du bilan comme moyen de preuve¹³³⁹, qui constitue également un titre. 566

Les autres éléments – p. ex. les droits de mutation, les honoraires du notaire et les droits d'enregistrement – peuvent le plus facilement être prouvés par la production d'une quittance ou d'un décompte, soit par titre. 567

Lorsque *l'immeuble a été érigé par le bailleur*, le prix d'acquisition du terrain peut souvent être prouvé par l'acte d'acquisition ; la preuve des coûts de la construction peut à notre sens être apportée par le dépôt du décompte des travaux de construction, qui constitue également un titre. Si le décompte s'avère particulièrement complexe et que son appréciation correcte suppose une connaissance technique spéciale, une expertise judiciaire peut entrer en ligne de compte¹³⁴⁰. En revanche, l'expertise judiciaire d'un architecte n'est que d'une utilité restreinte pour reconstituer les éléments manquants d'un décompte incomplet, 568

¹³³⁶ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 535, note 37 ; CR CC II-MOOSER, N 19 ad art. 970 CC ; voir aussi : ATF 126 III 512, consid. 4b.

¹³³⁷ Cf. ci-dessus, N 249 ss.

¹³³⁸ Cf. ci-dessus, N 249 ss.

¹³³⁹ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 74.

¹³⁴⁰ Cf. ci-dessus, N 265 ss.

puisque'elle ne constituera qu'une estimation et ne permet pas de reconstituer les coûts concrets¹³⁴¹.

- 569 L'achat d'un immeuble ou d'un terrain fait nécessairement l'objet d'un acte authentique qui en indique le prix (art. 216 CO). Prouver le prix d'achat par interrogatoire ou déposition de partie ou témoignage ne sera dès lors pas nécessaire ; une telle offre de preuve sera dès lors en principe rejetée par le tribunal dans le cadre de l'appréciation anticipée des preuves¹³⁴². Quant aux frais de construction, des témoignages p. ex. d'artisans ou d'ouvriers ayant travaillé sur le chantier peuvent entrer en ligne de compte pour préciser certains éléments du décompte. En revanche, l'on voit assez mal une des parties offrir la preuve des frais de construction uniquement par témoignage ; cela supposerait que les témoins se souviennent de manière précise de montants versés et des travaux exécutés plusieurs années, voire décennies, auparavant.
- 570 Dans la mesure où l'objet de la preuve examiné dans le présent sous-chapitre est un montant en argent, une inspection par le tribunal est dénuée de sens. L'inspection est l'acte du tribunal lui permettant de prendre directement, au moyen des sens du ou des juges procédant à l'inspection, connaissance de faits pertinents¹³⁴³. Or un montant en argent, contrairement à p. ex. la situation d'un immeuble ou au *standing* de l'aménagement d'un appartement, est un fait abstrait qui n'est pas perceptible par les sens des juges.
- 571 Les situations dans lesquelles un renseignement écrit au sens de l'art. 190 al. 1 CPC entre en ligne de compte sont également peu nombreuses. Le renseignement écrit permet au tribunal de clarifier l'état de fait de manière rapide et simple lorsqu'un témoignage ou une expertise sont impossibles, disproportionnés ou inappropriés¹³⁴⁴. Ce moyen pourrait entrer en considération lorsqu'il s'agit d'obtenir une information simple de la part d'un architecte ou d'un artisan en relation avec les frais de construction. À notre sens, les renseignements écrits ne sauraient cependant « remplacer » des titres ; ainsi, il nous semble inopportun de demander des renseignements écrits p. ex. à un architecte ou un artisan au sujet de son intervention dans l'objet loué lorsque cette information devrait ressortir du décompte des coûts de construction. De même, les informations contenues au registre foncier ne peuvent pas être obtenues par cette voie, dès lors que le locataire est en droit de se procurer des extraits du registre foncier lorsqu'il considère que le rendement net est excessif¹³⁴⁵.

¹³⁴¹ TF, arrêt du 29. 06.2010, 4A_204/2010, consid. 3.

¹³⁴² Cf. ci-dessus, N 374.

¹³⁴³ Cf. ci-dessus, N 256.

¹³⁴⁴ Cf. ci-dessus, N 278.

¹³⁴⁵ Cf. ci-dessus, N 282.

2.1.5.2. Pour le montant des fonds propres investis

Le montant des fonds propres correspond à celui du prix de revient de l'immeuble, déduction faite des fonds étrangers empruntés par le bailleur¹³⁴⁶. La preuve des fonds *propres* investis initialement peut dès lors se faire par la preuve du montant des fonds *étrangers* investis initialement ; ce montant sera déduit de celui du prix de revient. Le résultat de cette opération constituera le montant des fonds propres initialement investis. À cette somme doit être ajouté le montant des amortissements des fonds étrangers depuis l'acquisition de l'immeuble, de même que les investissements à plus-value¹³⁴⁷. 572

La preuve du montant des fonds étrangers initialement investis est la plupart du temps apportée par titre. 573

Dans la majorité des cas, les fonds étrangers investis dans l'immeuble sont garantis par une ou plusieurs hypothèques ou cédulas hypothécaires grevant l'immeuble en question. Dans ce cas, le montant des fonds étrangers initialement investis peut être prouvé par un extrait du registre foncier, puisque les droits de gage, dont l'immeuble dans lequel se trouve l'objet de bail est grevé, doivent être inscrits au registre foncier (art. 799 al. 1 CC). Il s'agit là d'un titre authentique au sens de l'art. 179 CPC. 574

Le fait qu'une hypothèque ou une cédula hypothécaire greve un certain immeuble ne signifie toutefois pas nécessairement que celle-ci ait servi à financer l'acquisition ou la construction de l'immeuble en question. De plus, le bailleur peut conclure un emprunt pour financer la construction ou l'acquisition d'un immeuble sans que celui-ci soit garanti par hypothèque¹³⁴⁸. 575

Savoir si l'extrait du registre foncier convainc le tribunal du montant des fonds étrangers initialement investis est une question d'appréciation de la preuve.

Le montant des fonds étrangers initialement investis peut être prouvé par la production des contrats de prêt. Il s'agit d'un titre au sens des art. 177 CPC. L'acte constitutif du gage immobilier n'étant valable que s'il est passé en la forme authentique (art. 799 al. 2 CPC), le contrat de crédit hypothécaire constitue un titre authentique au sens de l'art. 179 CPC. 576

Pour un immeuble déjà construit, il est courant que l'acquéreur reprenne les prêts conclus par le vendeur. Dans ce cas, le financement de l'acquisition d'un immeuble déjà construit est souvent prévu dans l'acte d'achat, les dispositions 577

¹³⁴⁶ Cf. ci-dessus, N 509.

¹³⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 511.

¹³⁴⁸ Voir p. ex. KGer SG, arrêt du 27.07.2015, consid. 3, GVP 2015, p. 192 ss.

à ce sujet indiquent le montant des fonds étrangers¹³⁴⁹ et peuvent donc servir de preuve de ce montant.

- 578 Les amortissements des fonds propres peuvent également le plus facilement être prouvés par titre, en particulier par une quittance des sommes versées au prêteur à titre d'amortissement de la dette. À notre sens, il est également possible de demander des renseignements écrits au prêteur à ce sujet, en particulier lorsqu'il s'agit d'une banque. Celle-ci devrait être sans autre en mesure de donner des indications sur le montant des amortissements de l'emprunt. Il s'agit d'un « fait simple » pour lequel un recours aux renseignements écrits de particuliers est admissible. L'impartialité de la banque n'est en général pas douteuse¹³⁵⁰. Si le renseignement écrit n'est pas requis par le bailleur, la banque peut essayer d'opposer le secret bancaire. Dans ce cas, le tribunal devra procéder à une pesée des intérêts en vertu de l'art. 166 al. 2 CPC¹³⁵¹.
- 579 Les hypothèses dans lesquelles une expertise entre en ligne de compte sont peu nombreuses. Des situations dans lesquelles la constatation du montant des fonds étrangers initiaux ou des amortissements nécessite des connaissances dont le tribunal ne dispose pas devraient en effet être rares. De même, le témoignage, l'inspection et l'interrogatoire des parties ne sont que rarement utiles.

2.1.5.3. Pour le montant des frais d'exploitation et d'entretien

- 580 Les faits pertinents pour déterminer les frais d'exploitation et d'entretien sont les différents *travaux* exécutés par le bailleur sur l'objet loué pour le maintenir en l'état et les *montants dépensés* par le bailleur à cet effet, ainsi que le *moment* auquel ces travaux ont eu lieu, de même que *tous les autres frais* que le bailleur a engagés pour *exploiter* et *maintenir en l'état* l'objet loué¹³⁵².
- 581 Le montant des frais d'exploitation et d'entretien peut être prouvé par le dépôt de l'état des charges immobilières, respectivement du compte de pertes et profits, lorsque le propriétaire est une société anonyme, sur plusieurs années afin de pouvoir en calculer la moyenne¹³⁵³. Il s'agit de titres au sens de l'art. 177 CPC.

¹³⁴⁹ Voir p. ex. ROBERT WALDER/WOLFGANG EGGER, *Modèles de contrats pour toutes les opérations commerciales*, Tome 1, Zurich 1991, 3/8.2, p. 2.

¹³⁵⁰ Cf. ci-dessus, N 284.

¹³⁵¹ Cf. ci-dessus, N 314 s.

¹³⁵² Cf. ci-dessus, N 517.

¹³⁵³ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 535, N 2.3.2 ; CPra Bail-BOHNET, N 74 ad art. 269 CO.

Les travaux, les montants dépensés à cette fin ainsi que le moment de l'exécution des travaux peuvent être prouvés la plupart du temps par titre – p. ex. par un décompte ou une facture de l'artisan ou entrepreneur. En pratique, les travaux sont rarement exécutés et rémunérés sans qu'il n'en existe de trace écrite. Les hypothèses dans lesquelles un témoignage entre en considération ne sont par conséquent pas particulièrement fréquentes. Un recours au témoignage de la ou des personnes ayant exécuté les travaux peut s'imposer p. ex. lorsque le propriétaire est une personne privée et qu'il procède à des travaux à l'aide de non professionnels tels que des membres de sa famille ou des amis. Lorsque le propriétaire procède en personne à des travaux, sans aucune aide de personnes tierces, il se peut que le locataire et lui soient les seules personnes à avoir perçu l'exécution des travaux et le moment auquel ces travaux sont intervenus. Dans ce cas, un recours à l'interrogatoire ou la déposition des parties peut s'imposer¹³⁵⁴. 582

À l'instar du témoignage et des déclarations des parties, d'autres types de moyens de preuve ne sont que rarement utiles en pratique. La preuve des travaux d'entretien, de leurs coûts et du moment de leur exécution ne nécessite en général pas d'expertise, puisque l'appréciation correcte de ces éléments ne nécessite que rarement des connaissances spécifiques dont le tribunal ne dispose pas. Pour prouver que certains travaux ont été exécutés, une inspection peut entrer en ligne de compte : l'administration de ce moyen de preuve permet p. ex. au tribunal de prendre directement connaissance de l'état, par hypothèse neuf, d'une certaine installation. 583

Il s'agit là en réalité d'une preuve par indice. Du fait qu'une certaine installation est neuve, il peut être conclu que des travaux ont eu lieu.

Une inspection peut s'avérer utile s'il est contesté que certains travaux aient eu lieu. En revanche, l'administration de ce moyen de preuve ne permet pas de prouver le *montant* que le bailleur a investi pour les travaux en question ni le *moment* auquel il a été procédé à ces travaux. 584

2.1.5.4. Pour les charges financières

Les charges financières effectives peuvent être prouvées le plus facilement par le dépôt du (respectivement des) contrat(s) de prêt, qui, d'ordinaire, fixe(nt) le taux d'intérêt¹³⁵⁵. Il s'agit, dans ce cas également, d'une preuve par titre. 585

¹³⁵⁴ Cf. ci-dessus, N 288 ss.

¹³⁵⁵ Voir p. ex. ROBERT WALDER/WOLFGANG EGGER, *Modèles de contrats pour toutes les opérations commerciales*, Tome 2, Zurich 1991, 5/3, p. 2.

- 586 Un témoignage est envisageable, en particulier lorsqu'un contrat de prêt a été conclu par oral, ou que le contrat de prêt conclu par écrit ne prévoit pas de dispositions au sujet des intérêts.

Dans cette deuxième hypothèse, il convient de distinguer entre les prêts conclus « en matière civile » et les prêts conclus « en matière commerciale ». Dans le premier cas, l'intérêt doit être prévu expressément, faute de quoi le prêteur ne saurait en demander (art. 313 al. 1 CO), alors que dans le deuxième, il est dû même s'il n'a pas été expressément convenu (art. 313 al. 2 CO), et cela à hauteur du taux usuel pour les prêts de même nature, à l'époque et dans le lieu où l'objet du prêt a été délivré (art. 314 al. 2 CO). Sont considérés comme prêts « en matière civile » tous les prêts qui ne remplissent pas les conditions de la « commercialité » au sens de l'al. 2¹³⁵⁶. Le caractère commercial du prêt ne se détermine en principe pas en fonction de la qualité des parties, mais selon la nature de l'affaire en cause¹³⁵⁷. Ainsi, l'on se trouve en présence d'un prêt commercial lorsque le prêteur offre de tels services à titre professionnel ou que l'emprunteur utilise l'argent emprunté dans un but lié à ses affaires ou à sa profession¹³⁵⁸.

Lorsque les parties ont conclu un prêt commercial, il existe une présomption selon laquelle des intérêts sont dus ; si le caractère commercial du prêt est établi, ce point n'a pas besoin d'être prouvé.

- 587 Il est envisageable de demander au(x) prêteur(s) des renseignements écrits. Le taux d'intérêt pratiqué, respectivement le montant des charges financières pour un prêt accordé, constituent à notre sens, à l'instar du montant du prêt, un « fait simple » pour lequel un recours aux renseignements écrits de particuliers est admissible. Lorsque le prêteur est soumis au secret bancaire (art. 47 LB), il peut opposer ce dernier. Dans ce cas, le tribunal devra procéder à une pesée des intérêts conformément à l'art. 166 al. 2 CPC. Si le prêt a été accordé par un membre de la famille du bailleur ou un (autre) proche, l'impartialité de cette personne doit être considérée comme douteuse et il convient de renoncer à des renseignements écrits¹³⁵⁹.
- 588 Les autres types de moyens de preuve ne sont que de peu d'utilité. La détermination des charges financières ne nécessite en principe pas des connaissances spécifiques dont le tribunal ne dispose pas. À l'instar du prix de revient, les charges financières constituent un montant en argent, fait qui n'est pas susceptible de perception directe par les sens d'un juge. Une inspection est dans ce cas dénuée de sens.

¹³⁵⁶ CR CO I-BOVET/RICHA, N 2 ad art. 313 CO.

¹³⁵⁷ CR CO I-BOVET/RICHA, N 3 ad art. 313 CO ; BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, N 3 ad art. 313 CO.

¹³⁵⁸ CR CO I-BOVET/RICHA, N 3 ad art. 313 CO et les réf.

¹³⁵⁹ Cf. ci-dessus, N 284.

2.1.5.5. Pour les critères utilisés dans le cadre de la ventilation des comptes

La preuve de la surface totale de l'immeuble et de celui de l'objet loué, celle du nombre total de pièces dans l'immeuble et du nombre de pièces de l'objet loué ainsi que celle du volume total de l'immeuble et du volume total de l'objet litigieux peuvent se faire le plus aisément par titre. Ainsi, le nombre de pièces, la surface ou le volume de l'objet litigieux sont souvent contenus dans le contrat de bail et les valeurs pour l'immeuble entier dans des plans de construction ou le contrat de vente, lorsque le bailleur a acquis l'immeuble déjà construit. 589

La surface et le volume peuvent également faire l'objet d'une expertise. La détermination de la surface ou du volume d'un bâtiment respectivement d'un appartement nécessite à notre sens des connaissances dont les juges ne disposent en général pas. Les autres catégories de moyens de preuve ne sont à notre sens pas utiles pour la détermination de la surface ou du volume. L'objet de la preuve est un élément de mesure et en tant que tel difficilement susceptible de perception directe. Il ne saurait faire l'objet d'un témoignage ni d'une inspection, faute de possibilité de perception directe par un tiers¹³⁶⁰ ou le tribunal¹³⁶¹. Il pourrait cependant faire l'objet d'un renseignement écrit, p. ex. auprès de l'autorité ayant délivré le permis de construire, l'établissement cantonal d'assurance-incendie. Il s'agit d'un renseignement sur un fait simple¹³⁶². Une demande de renseignements écrits peut donc également être adressée à un particulier tel que l'architecte ayant conçu le bâtiment. 590

Lorsque le nombre de pièces est utilisé comme clé de répartition, la preuve du nombre total de pièces et du nombre de pièces de l'objet litigieux peut faire l'objet d'une inspection ou d'un témoignage. Il s'agit de faits qui sont susceptibles de perception directe ; leur constatation correcte ne nécessite pas de connaissances particulières dont un tribunal ne disposerait pas. 591

La preuve des éléments pour déterminer s'il convient de procéder à une pondération – la vue ou de l'exposition au bruit pour un appartement et l'accessibilité ou la visibilité pour un local commercial –, peut être apportée, à notre sens, par toutes les catégories de moyens de preuve. Des titres tels que des plans et des photographies peuvent convaincre le tribunal de la vue ou de l'accessibilité de l'objet loué tout autant qu'une inspection ou un témoignage. Une expertise est également envisageable, mais ne sera dans la plupart des cas pas nécessaire. 592

¹³⁶⁰ Cf. ci-dessus, N 239.

¹³⁶¹ Cf. ci-dessus, N 256.

¹³⁶² Cf. ci-dessus, N 284.

2.1.5.6. Pour la valeur vénale de l'immeuble au moment de son acquisition par le bailleur

- 593 La valeur vénale de l'immeuble au moment de son acquisition par le bailleur constitue un fait pertinent lorsque le bailleur a acquis l'immeuble à un prix préférentiel ou à titre gratuit¹³⁶³. Dans cette hypothèse, il convient de prouver la valeur vénale de l'immeuble au moment de son acquisition par le bailleur.
- 594 Prouver ce que valait un immeuble sur le marché il y a plusieurs années, voire décennies, est à tout le moins difficile. Cette preuve se limite en principe à une estimation¹³⁶⁴.
- 595 Étant donné que la constatation correcte *a posteriori* de la valeur vénale d'un immeuble au moment de son acquisition nécessite des connaissances dont le tribunal ne dispose en général pas, la preuve de cette valeur se fera au moyen d'une expertise judiciaire au sens des art. 183 ss CPC¹³⁶⁵.
- 596 Les parties ne peuvent cependant pas se contenter de requérir une expertise. L'estimation doit être concrète et ne saurait se limiter à l'application d'une formule mathématique¹³⁶⁶. Les parties doivent à notre sens alléguer un montant et motiver la manière dont elles sont parvenues à ce montant et offrir des sources permettant à l'expert d'exécuter son mandat. Pour procéder à une estimation, l'expert aura besoin d'informations concernant l'état de l'immeuble et de la localité et du quartier au moment de l'acquisition. L'on peut penser p. ex. à des photos permettant d'apprécier l'état de l'immeuble au moment de son acquisition par le bailleur, à un témoignage de l'ancien propriétaire ou d'anciens voisins concernant l'état du quartier, etc. L'inspection de l'immeuble dans son état actuel peut également s'avérer utile pour l'expert.
- Rappelons ici que le tribunal peut, d'office ou sur requête des parties, répéter l'administration des preuves utilisées par l'expert (art. 186 al. 2 CPC).
- 597 À notre sens, même si le Tribunal fédéral estime que les valeurs fiscale et d'assurance-incendie de l'immeuble ne sauraient être déterminantes¹³⁶⁷, il s'agit néanmoins d'informations qui peuvent être d'un certain intérêt pour l'expert.
- 598 La preuve peut éventuellement être apportée par titre lorsqu'il existe une estimation de la valeur vénale datant de l'époque de l'acquisition par le bailleur. Les autres catégories de moyens de preuve ne peuvent à notre sens pas apporter la preuve de la valeur vénale de l'immeuble au moment de son acquisition.

¹³⁶³ Cf. ci-dessus, N 533.

¹³⁶⁴ SVIT K.-ROHRER, N 14 ad art. 269 CO.

¹³⁶⁵ Cf. ci-dessus, N 265.

¹³⁶⁶ TF, arrêt du 28.04.2011, 4A_129/2011, consid. 4.2 ; cf. ci-dessus, N 533.

¹³⁶⁷ ATF 122 III 257, consid. 3b/bb ; cf. ci-dessus, N 527.

Cela étant, jusqu'à présent, la preuve de la valeur vénale au moment de l'acquisition de l'immeuble a régulièrement échoué¹³⁶⁸. 599

2.1.6. Devoir de collaborer

Les parties au procès civil et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves. Ils ont en particulier le devoir de faire une déposition conforme à la vérité, de produire des titres requis et de tolérer un examen de leur personne ou une inspection de leurs biens (art. 160 CPC). Pour le tiers, ce devoir prend la forme d'une obligation, alors que pour les parties, il s'agit d'une incombance¹³⁶⁹. 600

Le devoir de collaborer de la partie adverse est d'une importance fondamentale dans le cadre du calcul du rendement net, étant donné que le locataire supporte souvent le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer, mais ne détient pas les moyens nécessaires pour prouver ses allégués¹³⁷⁰. Le Tribunal fédéral affirme depuis longtemps que le bailleur est soumis à un devoir de collaborer si le fardeau de la preuve du rendement net incombe au locataire (ce qui est le cas, comme nous le verrons ci-dessous, lorsque le locataire conteste le loyer initial¹³⁷¹ ou qu'il oppose le caractère excessif du rendement net à une majoration du loyer ou une autre modification unilatérale du contrat par le bailleur¹³⁷²) et que le locataire ne dispose pas des éléments nécessaires au calcul du rendement net¹³⁷³. 601

Pour le Tribunal fédéral, il s'agit d'un cas d'application du devoir général du défendeur de collaborer loyalement à l'administration des preuves et de fournir les éléments qu'il est seul à détenir, déduit du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)¹³⁷⁴. De plus, ce principe résulterait de la maxime inquisitoire sociale¹³⁷⁵ : l'art. 274d al. 3 *in fine* aCO prévoyait expressément que les parties étaient tenues de présenter à l'autorité de conciliation toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. L'application de la maxime inquisitoire sociale dans les procédures relatives aux baux de locaux commerciaux et d'habitation était également prévue par l'art. 274d al. 3 aCO (par la première phrase de cette 602

¹³⁶⁸ TF, arrêt du 28.04.2011, 4A_129/2011, consid. 4.2 ; arrêt du 18.01.2006, 4C.285/2005, consid. 2.6.

¹³⁶⁹ N 301.

¹³⁷⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 66.

¹³⁷¹ N 824 ss.

¹³⁷² N 893 ss.

¹³⁷³ ATF 147 III 14, consid. 6.1 ; 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 66 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; DAÏNA, p. 100.

¹³⁷⁴ Cf. ci-dessus, N 372.

¹³⁷⁵ ATF 139 III 13, consid. 3.1.

disposition). Cette disposition a été supprimée lors de l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, car « absorbée » par les dispositions de ce dernier sur la procédure simplifiée, dont l'art. 243 CPC instituant la maxime inquisitoire sociale¹³⁷⁶.

- 603 Le Tribunal fédéral, même dans ses arrêts rendus après l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, rattache toujours ce devoir au principe de la bonne foi et ne mentionne pas l'art. 160 CPC comme source¹³⁷⁷. Il nous semble toutefois que ce devoir est désormais couvert par l'art. 160 CPC¹³⁷⁸, qui prévoit un devoir général de collaborer applicable aux parties comme aux tiers, pour tous les moyens de preuve¹³⁷⁹ et indépendamment de la maxime applicable à la procédure¹³⁸⁰. Il ne saurait donc être déduit de la maxime inquisitoire sociale.
- 604 Dans le cadre du calcul du rendement net, le devoir de collaborer concerne essentiellement des titres qui se trouvent entre les mains du bailleur alors que le locataire supporte le fardeau de la preuve. Il s'agit donc d'un cas d'application du devoir de produire des documents prévu à l'art. 160 al. 1 let. b CPC. Nous avons vu que la partie qui demande la production d'un titre doit décrire le plus précisément possible ce titre et indiquer quel fait ce dernier est censé prouver. Le document doit être identifiable sans problème pour la personne tenue de le produire¹³⁸¹. Ces exigences doivent cependant être relativisées à deux égards.
- 605 Premièrement, il est également possible de désigner de manière générique les documents requis, à condition qu'il soit possible de distinguer objectivement les pièces visées de celles qui ne le sont pas. La partie demanderesse peut donc demander la production de pièces en lien avec un fait déterminé, sans devoir spécifier plus précisément les documents requis¹³⁸². Il nous semble dès lors suffisant que le locataire requière « les documents relatifs au calcul du rendement ».
- 606 Deuxièmement, la maxime inquisitoire sociale permet au tribunal d'établir dans une certaine mesure les faits d'office¹³⁸³ et partant d'ordonner d'une partie la production de titres qui n'ont pas été requis formellement par l'autre. Sur ce point, le Tribunal fédéral semble assez souple. Selon sa jurisprudence, datant cependant d'avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, il suffit que le locataire invoque le rendement abusif pour que le bailleur soit « obligé » de

¹³⁷⁶ FF 2006 6841, 6953.

¹³⁷⁷ ATF 147 III 14, consid. 6.1 ; 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19.

¹³⁷⁸ Ainsi aussi : TC NE, arrêt du 02.02.2016, CACIV.2015.27, consid. 5.

¹³⁷⁹ Cf. ci-dessus, N 300.

¹³⁸⁰ BK ZPO II-RÜETSCHI, N 11 intro. ad art. 160-167 CPC.

¹³⁸¹ Cf. ci-dessus, N 306.

¹³⁸² Cf. ci-dessus, N 306.

¹³⁸³ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

produire les documents nécessaires au calcul de rendement, même s'il n'a pas formellement requis la production desdits documents¹³⁸⁴.

À notre sens, cette jurisprudence doit être approuvée. La preuve du calcul du rendement net s'avère en effet complexe. À moins de vider la maxime inquisitoire sociale de son sens, l'on ne saurait imposer au locataire des exigences trop sévères pour la réquisition de documents nécessaires au calcul du rendement net. Comme expliqué, même sous l'empire de la maxime inquisitoire sociale, le locataire doit alléguer de manière précise, pour quelle raison et fondé sur quels calculs il considère que le rendement est excessif¹³⁸⁵. C'est uniquement lorsque cette condition est réalisée que le tribunal peut ordonner au bailleur de produire les documents nécessaires, même si le locataire ne les a pas formellement requis.

Il est à craindre que, par sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral n'ait imposé des conditions plus strictes. Il a jugé que les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès, que la maxime inquisitoire sociale se limite à un devoir d'interpellation accru du tribunal et que ce dernier ne vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés, mais ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative¹³⁸⁶. Le tribunal ne pourra désormais plus demander au bailleur la production des documents nécessaires au calcul du rendement net du simple fait que le locataire invoque le caractère abusif du rendement net, même de manière précise. Il pourra tout au plus inciter, par des questions, le locataire à requérir les documents nécessaires au calcul du rendement net.

Il est donc conseillé pour le locataire, quoi qu'il en soit, de requérir expressément la production des documents nécessaires au calcul du rendement net et de les spécifier le mieux possible.

Le locataire doit néanmoins avoir allégué, d'une manière suffisamment précise, 607 pour quelles raisons il estime que le loyer est abusif ; le contraire ouvrirait la porte aux *fishing expeditions*, puisque cela permettrait au locataire d'entamer une action en alléguant simplement que le rendement net est abusif et obtenir, en cours de procédure, les données nécessaires pour justifier sa prétention *a posteriori*¹³⁸⁷.

Quant au devoir des parties et des tiers de tolérer un examen de leur personne 608 ou une inspection de leurs biens, il entre en ligne de compte à chaque fois qu'une inspection ou une expertise sont utiles¹³⁸⁸. *A priori*, la réalisation de ces inspections suppose uniquement la collaboration des parties, mais que très rarement celle des tiers. Les cas d'application devraient en revanche s'avérer rares en ce qui concerne les expertises, étant donné que l'expertise est rarement utile dans la détermination du rendement net¹³⁸⁹. L'examen de la personne est uniquement

¹³⁸⁴ TF, arrêt du 28.02.2011, 4A_3/2011, consid. 4.

¹³⁸⁵ Cf. ci-dessus, N 543.

¹³⁸⁶ ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; cf. ci-dessus, N 159 ss.

¹³⁸⁷ Cf. ci-dessus, N 306.

¹³⁸⁸ Cf. ci-dessus, N 583 s., 591 s. et 596.

¹³⁸⁹ Cf. ci-dessus, N 563 ss.

nécessaire pour une expertise au sujet de l'état médical ou psychiatrique d'une personne, élément pas pertinent pour le calcul du rendement net.

- 609 Le devoir de déclarer de manière conforme à la réalité ne pose pas de questions particulières en lien avec la preuve des éléments nécessaires à l'établissement du rendement net. Nous renonçons par conséquent à approfondir cet élément.

2.2. Le prix d'achat manifestement exagéré

2.2.1. Concept

- 610 Le législateur ne voulait pas seulement protéger les locataires contre des loyers qui permettent au bailleur de réaliser un rendement abusif sur le capital investi, mais également éviter que le bailleur puisse transférer sur les locataires le risque d'une acquisition de l'objet loué à un prix surfait¹³⁹⁰ et mettre ainsi un (autre) frein à la spéculation immobilière¹³⁹¹. Pour ces raisons, l'art. 269 *in fine* CO considère également comme abusif un loyer qui ne permet certes pas au bailleur de réaliser un rendement excessif, mais qui est fondé sur un prix d'achat de l'immeuble plus élevé que le prix du marché.
- 611 Selon l'art. 10 OBLF, le prix d'achat d'un immeuble est manifestement exagéré lorsqu'il dépasse considérablement la valeur de rendement d'un immeuble calculée sur la base des loyers usuels dans la localité ou le quartier, pour des objets semblables. Pour vérifier le caractère manifestement exagéré du prix d'achat, il convient de déterminer *les loyers usuels pour un objet semblable* à l'objet loué, puis de capitaliser le loyer obtenu à un taux se situant entre 2 et 3 % au-dessus du taux d'intérêt hypothécaire de référence, afin de tenir compte des frais d'entretien et d'exploitation, et comparer le montant ainsi capitalisé au prix de revient de l'immeuble¹³⁹². Doivent être comparés les valeurs du moment de l'achat¹³⁹³. Si l'objet loué constitue une entité d'un immeuble (p. ex. appartement), la comparaison doit en principe se faire pour l'ensemble de l'immeuble¹³⁹⁴.

Les loyers usuels auxquels il est fait référence sont *a priori* les mêmes que ceux visés par l'art. 269a let. a CO. Lorsqu'il s'agit de vérifier le caractère abusif d'un loyer sur la base

¹³⁹⁰ CPra Bail-BOHNET, N 42 ad art. 269 CO ; TF, arrêt du 21.05.2001, 4C.273/2000, consid. 2, DB 2002 N 15.

¹³⁹¹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 550, N 6.1.

¹³⁹² LACHAT/STASTNY (Bail), p. 551, N 6.2 ; CPra Bail-BOHNET, N 47 ad art. 269 CO ; TF, arrêt du 20.02.1996, mp 1996 159, consid. 3b.

¹³⁹³ CPra Bail-BOHNET, N 47 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 370 ad art. 269 CO.

¹³⁹⁴ CPra Bail-BOHNET, N 47 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 373 s. ad art. 269 CO.

de ce critère, la preuve de ce loyer échoue presque systématiquement en pratique, au vu des exigences sévères posées par la jurisprudence¹³⁹⁵. Pour la détermination du caractère manifestement exagéré du prix d'achat, il convient d'être moins sévère, puisqu'il ne s'agit pas de fixer directement le loyer admissible¹³⁹⁶.

Le prix d'achat est considéré comme manifestement exagéré lorsqu'il dépasse de *dix pour cent* le montant résultant de la capitalisation des loyers usuels¹³⁹⁷. 612

Le caractère manifestement exagéré du prix d'achat ne signifie pas encore nécessairement que le loyer soit abusif. Encore faut-il que le loyer soit fondé sur ce prix d'achat¹³⁹⁸. Il convient donc de procéder au calcul de rendement (net ou brut, selon l'âge de l'immeuble) en mettant à la place du prix de revient de l'immeuble les loyers usuels capitalisés¹³⁹⁹, augmenté de la marge de tolérance de 10 %¹⁴⁰⁰. De ce calcul résultera le loyer maximal admissible. 613

HIGI¹⁴⁰¹ est de l'avis que le loyer admissible ne doit pas être fixé par un calcul du rendement net avec les loyers usuels capitalisés à la place du prix de revient, étant donné que le Tribunal fédéral n'admet pas, dans sa jurisprudence en lien avec le calcul du rendement net, de substituer le prix d'achat par une valeur d'estimation¹⁴⁰² ; le loyer admissible devrait donc être fixé en application du critère des loyers usuels au sens de l'art. 269a let. a CO.

À notre sens, la position de HIGI n'est pas logique, puisque la jurisprudence sur laquelle il se fonde ne prévoit pas l'utilisation du critère des loyers comparatifs lorsque le prix de revient de l'immeuble ne peut pas être établi, mais le calcul du rendement net en utilisant la valeur vénale de l'objet loué au moment de l'acquisition par le bailleur en lieu et place du prix de revient¹⁴⁰³. Le plus logique nous semble de fixer le loyer par un calcul du rendement net dans lequel l'on remplace le prix d'achat manifestement exagéré par les loyers usuels capitalisés ayant servi de mesure pour déterminer si un prix d'achat est manifestement exagéré ou non. Afin de déterminer s'il résulte un loyer abusif du prix d'achat manifestement exagéré, il convient de toute manière de procéder à un calcul du rendement net dans lequel l'on substitue le prix d'achat manifestement exagéré par le loyer usuel capitalisé¹⁴⁰⁴. Il serait tout sauf logique de faire intervenir encore un autre critère pour fixer le loyer.

¹³⁹⁵ Cf. ci-dessous, N 658.

¹³⁹⁶ CPra Bail-BOHNET, N 48 ad art. 269 CO ; voir aussi : TF, mp 1996 159, consid. 3d ; ZK OR-HIGI, N 380 ss ad art. 269 CO.

¹³⁹⁷ TF, arrêt du 20.02.1996, mp 1996 159, consid. 3b ; CPra Bail-BOHNET, N 49 ad art. 269 CO.

¹³⁹⁸ CPra Bail-BOHNET, N 45 ad art. 269 CO ; ZK OR-HIGI, N 365 ad art. 269 CO.

¹³⁹⁹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 551, N 6.2 ; CPra Bail-BOHNET, N 45 ad art. 269 CO.

¹⁴⁰⁰ CPra Bail-BOHNET, N 53 ad art. 269 CO.

¹⁴⁰¹ ZK OR-HIGI, N 400 s ad art. 269 CO.

¹⁴⁰² Cf. ci-dessus, N 593 ss.

¹⁴⁰³ Cf. ci-dessus, N 527 ss.

¹⁴⁰⁴ CPra Bail-BOHNET, N 45 ad art. 269 CO.

2.2.2. Objet de la preuve

614 Il découle des explications qui précèdent que la méthode appliquée pour évaluer le caractère manifestement exagéré du prix d'achat nécessite la connaissance des éléments suivants :

- Les faits pertinents pour le calcul du rendement (en particulier le prix de revient de l'objet loué) ;
- les loyers usuels pour des objets, respectivement des immeubles, dont les caractéristiques sont comparables, et cela au moment de l'acquisition de l'objet loué ;
- les caractéristiques de l'objet loué ou de l'immeuble dans lequel il se trouve ;
- le taux d'intérêt hypothécaire.

615 Il convient d'examiner lesquels de ces éléments doivent être prouvés par les parties et à quelles conditions. Constituent des *faits* pertinents pour déterminer si le prix d'achat est manifestement exagéré ledit prix d'achat, les caractéristiques de l'objet loué ou de l'immeuble dans lequel il se trouve ainsi que les faits pertinents pour le calcul du rendement net (2.2.2.1.). Pour le critère des loyers usuels se pose la question de sa qualification : s'agit-il d'un usage, respectivement d'un usage local ou d'un fait ? Cette qualification a des conséquences sur le point de savoir si cet élément constitue l'objet d'une preuve (2.2.2.2.). Pour constituer l'objet d'une preuve, les éléments pertinents doivent en principe être allégués et contestés (2.2.2.3.). Le dernier élément, à savoir le taux hypothécaire de référence, constitue un fait notoire ne devant pas être prouvé (2.2.2.4.).

2.2.2.1. Faits pertinents

616 Pour ce qui est des faits pertinents pour le calcul du rendement, il peut *a priori* être renvoyé aux développements au sujet du prix de revient dans le calcul du rendement net¹⁴⁰⁵. Il convient cependant d'apporter les remarques suivantes.

¹⁴⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 505 ss.

Premièrement, le terme de « prix d'achat » est en réalité trop étroit : sont visés les investissements du bailleur dans l'immeuble¹⁴⁰⁶. La norme s'applique également en cas d'abus à propos du prix de construction et/ou de l'acquisition du terrain¹⁴⁰⁷. 617

Deuxièmement, nous venons de statuer que, lorsque le caractère manifestement exagéré du prix d'achat (plus précisément : du prix de revient) a été constaté, il convient de mettre à la place du prix de revient le produit de la capitalisation des loyers usuels, augmenté de la marge de tolérance de 10 %, et de procéder au calcul du rendement net sur cette base. Se pose dès lors la question de savoir ce qui se passe avec les postes des fonds propres respectivement des fonds étrangers. Étant donné que le prix de revient correspond à la somme des fonds propres et des fonds étrangers, il faudra réduire, dans le calcul, soit l'un, soit l'autre, soit les deux de manière proportionnelle, pour que leur somme ne dépasse pas celle des loyers usuels capitalisés et de la marge de tolérance. À ce jour, ni la doctrine ni la jurisprudence ne donnent de réponse à cette question. À notre sens, il serait le plus logique de réduire les deux postes au *pro rata*. Par voie de conséquences, les charges financières devraient également être réduites. 618

Troisièmement, lorsque l'immeuble constitue une « construction récente » au sens de l'art. 269a let. c CO, c'est-à-dire lorsqu'il a une dizaine d'années ou moins¹⁴⁰⁸, le critère déterminant pour savoir si le loyer est abusif est le *rendement brut* et non le rendement net. Le rendement brut constitue le rapport, exprimé en pour cent, entre les loyers nets et le prix de revient. Il ne tient compte ni du rapport entre les fonds propres et les fonds étrangers ni des charges financières¹⁴⁰⁹. Cela dit, comme le législateur a prévu ce critère précisément pour permettre au bailleur de demander des loyers plus élevés que ceux fondés sur les loyers usuels, le caractère manifestement exagéré du prix de revient ne peut pas résulter d'une comparaison avec les loyers usuels comme prévu par l'art. 269 CO¹⁴¹⁰. Dans ce cas, les loyers usuels ne sont pas pertinents. Le niveau « normal » du prix de revient doit être fondé sur des estimations¹⁴¹¹. 619

¹⁴⁰⁶ ATF 116 II 594, consid. 7a ; BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 269 CO ; SVIT K.-ROHRER, N 17 ad art. 269 CO.

¹⁴⁰⁷ CONOD/BOHNET, N 652 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 550, N 6.1 ; CPra Bail-BOHNET, N 43 ad art. 269 CO ; *contra* : ZK OR-HIGI, N 355 ad art. 269 CO.

¹⁴⁰⁸ CPra Bail-BOHNET, N 101 ad art. 269a CO et les réf.

¹⁴⁰⁹ Cf. ci-dessous, N 749 ss.

¹⁴¹⁰ ATF 118 II 124, consid. 4a, JdT 1993 I 643 ; BSK OR I-WEBER, N 14a ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 178 ad art. 269a CO.

¹⁴¹¹ ZK OR-HIGI, N 178 ad art. 269a CO.

- 620 Les caractéristiques de l'objet loué ou de l'immeuble peuvent sans autre être identifiés comme fait au sens de l'art. 150 al. 1 CPC. Il s'agira notamment de l'emplacement, de la dimension, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction de l'objet loué (art. 11 al. 1 OBLF). Ces faits devront être prouvés.

2.2.2.2. Usages et usages locaux

- 621 La qualification des « loyers usuels » est moins évidente. Il convient de se demander s'il s'agit d'un usage ou usage local au sens de l'art. 150 al. 2 CPC. Cette question fera l'objet d'une analyse plus profonde dans le sous-chapitre consacré aux loyers usuels dans la localité ou le quartier¹⁴¹². Retenons à ce stade que, pour le Tribunal fédéral, les loyers usuels constituent un fait¹⁴¹³, ce qui signifie qu'ils sont soumis à preuve. Nous ne partageons pas ce point de vue : à notre sens, les loyers usuels constituent un usage au sens de l'art. 150 al. 2 CPC et auquel renvoie la loi, ce qui signifie que le tribunal doit, en principe, l'établir d'office, mais peut néanmoins demander l'aide des parties¹⁴¹⁴.
- 622 Les loyers usuels sont fixés sur la base du loyer d'au moins cinq¹⁴¹⁵ objets comparables quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (art. 11 al. 1 OBLF). A notre sens, ces éléments ne constituent pas formellement l'objet d'une preuve, puisque le tribunal doit les établir d'office. Étant donné que le tribunal doit fonder les loyers usuels qu'il arrêtera sur certains faits et qu'il peut demander de l'aide aux parties à cette fin, le loyer ainsi que l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction d'au moins cinq autres objets loués peuvent être assimilés à des objets de la preuve. Savoir si ces critères sont « comparables » est une question de droit¹⁴¹⁶.

On notera ici le mélange de critères : le prix d'achat manifestement exagéré et le rendement net sont des critères fondés sur les coûts, le loyer usuel un critère fondé sur les prix du marché¹⁴¹⁷. Il convient de s'interroger sur la compatibilité de l'art. 10 OBLF avec l'art. 269 CO¹⁴¹⁸.

¹⁴¹² Cf. ci-dessous, N 664 ss.

¹⁴¹³ TF, arrêt du 01.02.2010, 4A_448/2009, consid. 2.2 ; TF, mp 1996 159, consid. 3b.

¹⁴¹⁴ Cf. ci-dessous, N 664 ss.

¹⁴¹⁵ ATF 123 III 317, consid. 4a.

¹⁴¹⁶ TF, arrêt du 04.07.2001, 4C.55/2001, consid. 4b (non publié in : ATF 127 III 411) ; ZK OR-HIGI, N 132 ad art. 269a CO.

¹⁴¹⁷ Cf. ci-dessus, N 483.

¹⁴¹⁸ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 551, note 142.

2.2.2.3. Allégation et contestation

La question du prix d'achat manifestement exagéré se pose dans des procédures qui sont soumises à la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). Les parties ne sont pas formellement soumises à un devoir d'alléguer de manière suffisante les faits pertinents, respectivement de contester les faits allégués, mais à un devoir de collaborer, ce qui, étant donné la jurisprudence restrictive au sujet de la maxime inquisitoire sociale, revient quasiment au même¹⁴¹⁹. 623

Il incombe au locataire qui invoque que le prix d'achat est manifestement exagéré d'alléguer le niveau des loyers usuels pour des objets comparables à l'objet loué et « les investissements adaptés pour calculer le loyer », soit la valeur de rendement fondée sur les loyers usuels ; afin de satisfaire à son incombance de motivation suffisante, il doit en particulier désigner un nombre suffisant d'objets comparatifs¹⁴²⁰. Cela dit, il est largement admis que les exigences pour la détermination des loyers usuels pour vérifier le caractère manifestement exagéré du prix d'achat sont moins sévères, puisqu'il ne s'agit pas de fixer directement le loyer admissible¹⁴²¹. Par conséquent, il convient également d'être plus souple au niveau de l'allégation des loyers usuels. 624

Pour ce qui est de l'allégation et de la contestation des éléments nécessaires au calcul du rendement, il peut être renvoyé aux considérations au sujet du critère du rendement excessif¹⁴²². 625

2.2.2.4. Faits notoires

Comme expliqué¹⁴²³, le taux d'intérêt hypothécaire est un fait notoire. Il ne formera donc pas l'objet d'une preuve. 626

2.2.3. Sujet de la preuve

La question du prix d'achat manifestement exagéré se pose dans des procédures qui sont soumises à la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c et 627

¹⁴¹⁹ Cf. ci-dessus, N 541 ss.

¹⁴²⁰ TF, arrêt du 02.05.1995, consid. 4a), MRA 1995, p. 195 ss, FUTTERLIEB (Beweislast), p. 199.

¹⁴²¹ Cf. ci-dessus, N 611.

¹⁴²² Cf. ci-dessus, N 541.

¹⁴²³ Cf. ci-dessus, N 546 ss.

247 al. 2 let. a CPC), en application de laquelle la responsabilité pour l'établissement des faits, en particulier pour l'apport des moyens de preuve, est partagée entre le tribunal et les parties.

- 628 En application de l'échelle stricte du Tribunal fédéral, le tribunal ne peut, contrairement à ce qui ressort du texte de la loi, pas administrer des preuves d'office, mais simplement intervenir par des questions s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes que les allégués de fait et les offres de preuves de la partie soient complets¹⁴²⁴.
- 629 Ni la jurisprudence ni la doctrine ne permettent de préciser ce que cela signifie exactement pour déterminer si le prix d'achat est manifestement exagéré ou non. En tant que les éléments du calcul du rendement net sont concernés, il peut être renvoyé à ce qui a été expliqué dans le chapitre qui leur est consacré : le tribunal peut à notre sens ordonner d'office la production des documents comptables manquants de la part du bailleur, même si le locataire ne les a pas formellement requis¹⁴²⁵. En ce qui concerne les faits nécessaires à la détermination des loyers usuels, il peut également être renvoyé aux considérations à ce sujet : le tribunal peut administrer les moyens nécessaires à la preuve des caractéristiques des objets comparatifs d'office dès qu'il a connaissance, sur la base du dossier, de l'existence de ces objets. Leur existence doit avoir été alléguée par la partie se prévalant des loyers comparatifs¹⁴²⁶.

2.2.4. Degrés de preuve

- 630 Selon la doctrine, le degré de la preuve applicable pour les faits pertinents énumérés ci-dessus¹⁴²⁷ est en principe celui de la preuve stricte¹⁴²⁸.
- 631 Une réduction du degré de la preuve entre en ligne de compte dans les situations où la mise en œuvre du droit se voit entravée par des difficultés probatoires qui se présentent fréquemment dans un certain type de situations. Pour les caractéristiques de l'objet loué ou de l'immeuble dans lequel il se trouve, soit notamment son emplacement, sa dimension, son équipement, son état et son année de construction, cette condition n'est clairement pas réalisée. C'est donc à juste titre que l'application du degré de la preuve ordinaire est proposée.

¹⁴²⁴ ATF 141 III 569, consid. 2.3.

¹⁴²⁵ Cf. ci-dessus, N 161556 ss.

¹⁴²⁶ Cf. ci-dessous, N 685.

¹⁴²⁷ N 616 ss.

¹⁴²⁸ CPra Bail-BOHNET, N 72 ad art. 269 CO.

En ce qui concerne les faits pertinents pour le calcul du rendement net, il peut être renvoyé aux développements à leur sujet¹⁴²⁹. La preuve de ces faits n'est pas difficile en soi, mais les moyens de preuve nécessaires sont la plupart du temps entre les mains du bailleur. Ce dernier est cependant soumis à un devoir de collaborer pour contrebalancer l'inégalité de traitement¹⁴³⁰.

Se pose encore la question du degré de la preuve pour les loyers usuels. Selon BOHNET, il convient, dans la détermination du caractère manifestement exagéré d'un prix de vente, de ne pas être « excessivement sévère »¹⁴³¹, autrement dit : plus souple que lorsque le loyer est fixé directement (art. 269a let. a CO). Cela ne signifie toutefois pas que le degré de la preuve est réduit à la vraisemblance prépondérante. Le Tribunal fédéral est de l'avis que le tribunal puisse considérer comme pleinement prouvé les loyers usuels alors même qu'ils n'ont pas été établis selon les mêmes critères que le loyer usuel de l'art. 269a let. a CO ; il s'agirait là d'une question d'appréciation des preuves¹⁴³².

Cette jurisprudence signifie, *a contrario*, que certains critères pour l'établissement des loyers usuels au sens de l'art. 269a let. a CO constituent des règles d'appréciation des preuves. Ce point fera également l'objet d'une analyse plus profonde dans le sous-chapitre dédié aux loyers usuels¹⁴³³.

Notons encore que le caractère *manifeste* de l'exagération du prix d'achat n'indique pas un degré de preuve¹⁴³⁴.

2.2.5. Moyens de preuve

À notre sens, les caractéristiques de l'objet loué peuvent en principe être prouvées par titre. Sont envisageables en première ligne des photographies et des plans de l'objet loué. Des photographies et des plans constituent des titres, puisqu'ils contiennent en principe des enregistrements des faits du monde extérieur¹⁴³⁵ pertinents en l'occurrence : les photographies permettent de prouver l'emplacement, l'équipement et l'état de l'objet loué, des plans les dimensions. L'on peut également penser à un état des lieux d'entrée ou de sortie. Rappelons que l'objet de la preuve constitue les caractéristiques de l'objet loué *au moment de son acquisition* par le bailleur, donc que des photos de l'objet loué au moment où le caractère manifestement exagéré du prix d'achat est allégué ne sont

¹⁴²⁹ Cf. ci-dessus, N 561.

¹⁴³⁰ ZK OR-HIGI, N 404 ad art. 269 CO.

¹⁴³¹ CPra Bail-BOHNET, N 48 ad art. 269 CO.

¹⁴³² TF, arrêt du 20.02.1996, mp 1996 159, consid. 3d.

¹⁴³³ Cf. ci-dessous, N 691 ss.

¹⁴³⁴ BERGER-STEINER (Thèse), N 03.60.

¹⁴³⁵ Cf. ci-dessus, N 249.

que d'une utilité restreinte. L'état des lieux n'est d'utilité que si un locataire est entré, respectivement sorti de l'objet loué à l'époque de l'acquisition de l'objet loué par le bailleur.

- 636 Pour cette même raison, l'utilité de l'inspection est également restreinte lorsque le caractère manifestement exagéré du prix de revient est allégué longtemps après l'acquisition de l'immeuble par le bailleur. L'inspection permet uniquement de constater un état actuel et non l'état de l'objet loué par le passé.
- 637 Le témoignage ainsi que l'interrogatoire ou la déposition de parties peuvent à notre sens surtout s'avérer utiles s'il n'existe ni photos ni plans permettant de prouver les faits pertinents au moment de l'acquisition de l'immeuble par le bailleur, ce qui peut arriver en particulier lorsque le bailleur a acquis l'objet loué il y a longtemps. Il est toutefois à considérer que, dans ce cas, la fiabilité des témoignages et des interrogatoires et déclarations des parties est peu élevée, circonstance dont le tribunal devra tenir compte dans l'appréciation des preuves. Cependant, en présence d'autres moyens de preuve pour les caractéristiques de l'objet loué, le témoignage ainsi que l'interrogatoire et la déposition de parties ne permettent souvent pas de rapporter des éléments supplémentaires utiles au tribunal.
- 638 Une expertise judiciaire nous semble *a priori* de peu d'utilité. La constatation de l'emplacement, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction de l'objet loué ne suppose pas des connaissances dont le tribunal ne dispose pas¹⁴³⁶.
- 639 La détermination des loyers usuels suppose en principe la preuve des loyers de cinq objets loués comparables par rapport à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (art. 11 al. 1 OBLF). La détermination des loyers usuels doit se faire de manière concrète¹⁴³⁷. Rappelons que, dans le cadre de la détermination du caractère manifestement abusif du loyer, les loyers ainsi que les caractéristiques des objets proposés pour établir les loyers usuels se rapportent au moment de l'acquisition de l'objet loué par le bailleur.
- 640 Les loyers pratiqués pour les cinq objets de comparaison peuvent être prouvés p. ex. par la production des contrats de bail, donc par titre¹⁴³⁸. Les offres de location publiées dans la presse ne sauraient cependant apporter la preuve des

¹⁴³⁶ Cf. ci-dessus, N 265.

¹⁴³⁷ ZK OR-HIGI, N 56 ad art. 269a CO.

¹⁴³⁸ L'accès à ce titre n'est en principe possible qu'avec la collaborer de tiers, en l'occurrence du locataire ou du bailleur des objets loués choisis pour établir les loyers usuels ; pour leur obligation de collaborer, voir ci-dessous, N 644 ss.

loyers des objets loués offerts, car il ne s'agit pas des loyers effectivement pratiqués¹⁴³⁹. Toutefois, lorsque beaucoup de temps s'est écoulé entre l'acquisition de l'objet loué par le bailleur et le moment de l'invocation du caractère manifestement exagéré du prix de vente, l'obtention des documents contractuels fixant le loyer au moment de l'acquisition de l'objet loué par le bailleur peut s'avérer difficile. Le témoignage du locataire ou du bailleur d'un objet invoqué pour fixer les loyers usuels permet également d'établir le loyer dudit objet.

Les autres moyens de preuve n'entrent à notre sens pas en ligne de compte, pour les raisons suivantes : 641

- le loyer d'un objet loué n'est pas susceptible de perception directe par les organes des sens des juges. Une inspection est dès lors dénuée de sens, faute d'objet potentiel ;
- la détermination des loyers des différents objets proposés pour la fixation des loyers usuels ne nécessite pas de connaissances spécifiques dont le tribunal ne disposerait pas. La détermination des loyers usuels doit se faire de manière concrète¹⁴⁴⁰, à l'instar des éléments d'un décompte des coûts de construction¹⁴⁴¹, ce qui exclut à notre sens une expertise pour prouver le loyer des objets de comparaison, puisqu'une telle expertise ne ferait que fixer le loyer d'un objet loué de manière théorique.

Pour les caractéristiques permettant de déterminer le caractère comparable des objets loués proposés, les développements au sujet des caractéristiques de l'objet loué¹⁴⁴² sont applicables *mutatis mutandis*. 642

Nous défendons la position que les loyers usuels constituent un usage auquel renvoie la loi et qui doit donc *a priori* être établi d'office par le tribunal. Cela ne signifie cependant ni que les loyers usuels ne nécessitent pas de preuve ni que le tribunal ne saurait demander l'aide des parties pour l'établir et considérer l'usage comme non établi lorsque les parties manquent à leur devoir¹⁴⁴³.

Pour ce qui est de la preuve des faits pertinents pour le calcul du rendement, il peut être renvoyé aux développements au sujet des moyens de preuve permettant de les démontrer¹⁴⁴⁴. 643

En pratique, rapporter la preuve du caractère manifestement exagéré du prix de vente est extrêmement complexe, en particulier lorsqu'il s'est écoulé beaucoup de temps entre l'acquisition de l'objet loué et la contestation du loyer. Le calcul du rendement net est déjà d'une complexité non négligeable et les exigences pour la preuve des loyers usuels

¹⁴³⁹ CPra Bail-BOHNET, N 13 ad art. 269a CO.

¹⁴⁴⁰ ZK OR-HIGI, N 56 ad art. 269a CO.

¹⁴⁴¹ Voir à ce sujet : TF, arrêt du 29.06.2010, 4A_204/2010, consid. 3

¹⁴⁴² Cf. ci-dessus, N 635 ss.

¹⁴⁴³ Cf. ci-dessus, N 124.

¹⁴⁴⁴ Cf. ci-dessus, N 563 ss.

posées par la jurisprudence sont telles que ce critère est de fait inapplicable¹⁴⁴⁵. Or la détermination du caractère manifestement exagéré du prix d'achat suppose l'application de ces deux méthodes. Même si la jurisprudence semble être plus souple pour la preuve des loyers usuels dans le cadre de la détermination du caractère manifestement exagéré du prix d'achat, les risques du locataire qui veut prouver le caractère manifestement exagéré du prix de vente se cumulent. Les cas dans lesquels un examen du caractère manifestement exagéré du prix d'achat est demandé sont très rares en pratique, ceux dans lesquels le locataire a procédé avec succès encore plus.

Déjà, le locataire ne connaît souvent pas le prix payé par le bailleur pour l'acquisition ou la construction de l'objet loué, et encore moins le prix du marché pour l'objet loué au moment de l'acquisition. Il n'a tout simplement pas l'idée de chercher si le prix d'achat payé par le bailleur était manifestement exagéré.

2.2.6. Devoir de collaborer

- 644 La preuve des faits pertinents permettant de considérer un prix d'achat comme manifestement exagéré incombe en principe au locataire¹⁴⁴⁶. Comme le locataire ne dispose la plupart du temps pas des moyens de preuve nécessaires, il pourra faire appel au bailleur, qui devra produire les moyens de preuve à sa disposition. Ce devoir de collaborer, développé par la jurisprudence et fondé sur le principe de la bonne foi et la maxime inquisitoire sociale, est également applicable pour la preuve du caractère manifestement exagéré du prix d'achat¹⁴⁴⁷. Comme expliqué, il est à notre sens désormais couvert, en principe, par le devoir de collaborer prévu à l'art. 160 CPC. Ce dernier est général, applicable aux parties comme aux tiers, pour tous les moyens de preuve¹⁴⁴⁸ et indépendamment de la maxime applicable à la procédure¹⁴⁴⁹. La maxime inquisitoire sociale permet au tribunal d'ordonner à une partie ou un tiers de collaborer à l'administration d'un moyen de preuve qui n'a pas été requis formellement par l'autre partie¹⁴⁵⁰.
- 645 En ce qui concerne les faits nécessaires au calcul du rendement, il peut être renvoyé aux développements au sujet de la preuve du rendement excessif¹⁴⁵¹. La preuve de ces faits nécessitera souvent la collaboration du bailleur. À notre sens, le devoir de collaborer du bailleur peut également entrer en ligne de compte pour la preuve des autres faits pertinents pour la détermination du caractère manifestement exagéré du prix d'achat. En particulier, le locataire n'est

¹⁴⁴⁵ CONOD/BOHNET, N 570.

¹⁴⁴⁶ ZK OR-HIGI, N 402 ss ad art. 269 CO.

¹⁴⁴⁷ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 552, N 6.5 ; ZK OR-HIGI, N 404 ad art. 269 CO.

¹⁴⁴⁸ Cf. ci-dessus, N 300.

¹⁴⁴⁹ BK ZPO II-RÜETSCHI, N 11 intro. ad art. 160-167 CO.

¹⁴⁵⁰ Cf. ci-dessus, N 602.

¹⁴⁵¹ Cf. ci-dessus N 600 ss.

pas nécessairement en mesure de prouver les caractéristiques de l'objet loué au moment de son acquisition par le bailleur. Le bailleur peut être obligé de produire des titres permettant de les prouver.

À notre sens, le devoir des *tiers* de collaborer pourrait entrer en ligne de compte en particulier pour établir les loyers usuels. L'établissement des loyers usuels suppose la preuve des loyers ainsi que des caractéristiques d'au moins cinq objets loués dans la même localité ou le même quartier. En général, ni le bailleur ni le locataire ne disposent des moyens nécessaires à cette preuve, puisque ces éléments sont en dehors de leur sphère d'influence. Ils sont dépendants de la collaboration des locataires respectivement des bailleurs des objets comparatifs potentiels. Le critère de la subsidiarité de la collaboration des tiers par rapport à celle des parties¹⁴⁵² sera donc régulièrement réalisé. Lesdits tiers peuvent donc être obligés de produire des titres permettant de prouver les caractéristiques des objets comparatifs au moment de l'acquisition de l'objet dont le loyer est litigieux par le bailleur. 646

Au vu de ce qui a été expliqué¹⁴⁵³, il n'est pas forcément nécessaire – mais conseillé – pour le locataire de déterminer précisément les titres recherchés et d'indiquer les objets dont il estime utile qu'ils soient inspectés par le tribunal. Cela n'empêche pas que le locataire doive être en mesure d'indiquer des objets potentiellement comparables, ce qui suppose qu'il soit au courant de l'existence de tels objets et de leurs caractéristiques au moment de l'acquisition de l'objet loué par le bailleur. 647

Ces réflexions illustrent bien à quel point le critère du prix d'achat manifestement exagéré est difficile d'application, malgré les allègements prévus par le droit de procédure. En effet, si le locataire veut alléguer le caractère manifestement exagéré du prix de vente alors qu'il n'était pas locataire de l'objet loué au moment de son acquisition par le bailleur, il ne saura tout simplement pas quels sont les documents en possession du bailleur qui lui permettraient de prouver les caractéristiques de l'objet loué au moment de son acquisition par le bailleur. Contrairement aux documents nécessaires pour le calcul du rendement net, dont on peut en principe attendre d'un bailleur qu'il les possède, l'on ne pourra que difficilement attendre d'un bailleur qu'il conserve des dossiers qui permettent d'établir les caractéristiques d'un objet loué au moment de son acquisition, en particulier si beaucoup de temps s'est écoulé depuis lors. Ainsi, lorsqu'il ne les produira pas et alléguant qu'il n'en dispose pas, le tribunal ne saura en tirer, au niveau de l'appréciation des preuves, que le prix d'achat était effectivement manifestement exagéré, comme le locataire l'allègue.

De même, le locataire devrait être au courant d'au moins cinq objets comparatifs potentiels permettant de prouver les loyers usuels au moment de l'acquisition par le bailleur de l'objet loué dont le loyer est litigieux, afin de pouvoir alléguer et motiver de manière

¹⁴⁵² Cf. ci-dessus, N 302.

¹⁴⁵³ Cf. ci-dessus, N 306.

suffisante sa demande et de requérir la production des titres et inspections nécessaires à la preuve du loyer et des caractéristiques desdits objets.

- 648 À l'instar du devoir de collaborer dans la preuve du loyer net admissible, la preuve du caractère manifestement exagéré du prix d'achat ne pose pas de problèmes particuliers en ce qui concerne le devoir de déposer de manière conforme à la vérité. Ce devoir n'est dès lors pas approfondi ici.

2.3. Les loyers usuels dans la localité ou dans le quartier

2.3.1. Concept

- 649 L'art. 269a let. a CO prévoit que les loyers qui se situent « dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier » ne sont en règle générale pas abusifs. L'application de ce critère suppose la détermination des loyers usuels dans la localité ou le quartier dans lequel se trouve l'objet dont le loyer est litigieux ; ceux-ci seront comparés au loyer litigieux¹⁴⁵⁴. Si ce dernier dépasse les limites des loyers usuels, il sera considéré comme abusif.
- 650 Contrairement aux deux critères de fixation du loyer présentés ci-dessus, le critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier se fonde sur les prix du marché et vise la fixation objective du loyer en fonction de l'objet loué lui-même et non en fonction des coûts de ce dernier¹⁴⁵⁵. Les loyers usuels dans la localité ou le quartier ne correspondent toutefois pas exactement aux loyers du marché, puisque ces derniers désignent le loyer pratiqué à un moment donné pour les baux *nouvellement conclus*, alors que les loyers usuels dans la localité ou le quartier se fondent sur les loyers effectivement payés à un moment donné pour des objets comparables, indépendamment du moment de la conclusion du bail¹⁴⁵⁶. La norme vise à empêcher que le décalage entre les loyers de locaux acquis par un bailleur il y a longtemps et ceux de locaux récemment acquis ne devienne trop important, en autorisant le bailleur à augmenter le loyer d'un objet acquis il y a longtemps dans une certaine mesure pour le rapprocher du niveau des loyers pratiqués sur le marché¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁴ ZK OR-HIGI, N 39 ss ad art. 269a CO.

¹⁴⁵⁵ CPra Bail-BOHNET, N 10 intro. ad art. 269-270e CO et CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 5 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 455, N 2.1.1.

¹⁴⁵⁶ SVIT K.-ROHRER, N 4 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 25 ad art. 269a CO.

¹⁴⁵⁷ LACHAT (Bail), p. 456, N 2.1.3 ; SVIT K.-ROHRER, N 5 ad art. 269a CO.

À l'instar des deux critères déjà présentés, celui des loyers usuels est absolu, 651
c'est-à-dire qu'il permet d'analyser l'admissibilité du loyer lui-même, sans
égard à des accords antérieurs des parties¹⁴⁵⁸.

Le Conseil fédéral et la jurisprudence ont précisé ce qu'il convient d'entendre 652
par « loyers usuels » et de quelle manière il faut les déterminer. Selon l'art. 11
al. 1 OBLF, sont déterminants les loyers des logements et des locaux commer-
ciaux comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équi-
pement, l'état et l'année de construction (ci-après désignés par le terme « objets
comparatifs »). La jurisprudence a précisé que les loyers usuels doivent être
fixés sur la base d'au moins cinq objets remplissant ces critères¹⁴⁵⁹. Pour les
locaux commerciaux, la comparaison peut être opérée sur la base du prix au
mètre carré usuel dans le quartier pour des objets semblables (art. 11
al. 2 OBLF).

Les loyers des objets comparatifs doivent eux-mêmes ne pas être abusifs, ce qui 653
suppose qu'ils aient été adaptés à la baisse du taux hypothécaire de référence
survenue depuis la dernière fixation du loyer. Cela ne signifie pas que les objets
dont le loyer n'a pas été adapté à la dernière baisse du taux hypothécaire ne
seront pas pris en compte, mais qu'il convient de procéder à une adaptation
théorique des loyers de ceux-ci¹⁴⁶⁰. L'objet en question est uniquement exclu de
la comparaison s'il est prouvé qu'au moment de la dernière fixation du loyer, le
loyer a déjà été abusif¹⁴⁶¹.

Les loyers découlant du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le 654
marché ne sauraient être pris en compte (art. 11 al. 3 OBLF). L'on se trouve
dans une telle situation lorsque la majeure partie des logements d'un quartier
appartiennent juridiquement ou économiquement au même bailleur, p. ex. dans
une cité satellite, ou que plusieurs bailleurs s'entendent sur les prix¹⁴⁶². L'art. 11
al. 3 OBLF ne proscriit en revanche pas de prendre en compte des objets loués
dont les bailleurs sont différents, mais qui sont administrés par le même gé-
rant¹⁴⁶³.

Doivent en revanche être prises en compte les statistiques officielles (art. 11 655
al. 4 OBLF). En théorie, les loyers usuels pourraient être prouvés par statis-
tiques, pour autant que celles-ci satisfassent aux critères de l'art. 11 al. 1 OBLF,

¹⁴⁵⁸ CPra Bail-BOHNET, N 12 ss intro. ad art. 269-270e CO et CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 5
ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 456, N 2.1.4.

¹⁴⁵⁹ ATF 139 III 13, consid. 3.4 ; 123 III 317, consid. 4a.

¹⁴⁶⁰ ATF 141 III 569, consid. 2.2.1 ; 127 III 411, consid. 5a.

¹⁴⁶¹ ATF 127 III 411, consid. 5a.

¹⁴⁶² LACHAT (Bail), p. 460, N 2.2.5.

¹⁴⁶³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 13 ad art. 269a CO ; TF, arrêt du 24.04.2009, 4A_573/2008,
consid. 2.3.

c'est-à-dire qu'elles contiennent des données chiffrées, suffisamment différenciées et dûment établies au sujet de la situation, de l'agencement et de l'état de la chose louée ainsi que de la période de construction¹⁴⁶⁴. Le Tribunal fédéral n'a cependant à ce jour jamais considéré des statistiques officielles comme suffisamment précises pour en déduire directement le loyer admissible¹⁴⁶⁵.

- 656 Doivent être comparés en principe *les loyers nets* ; les frais accessoires ne sont pas pris en compte¹⁴⁶⁶.

Les loyers usuels sont déterminés en cinq étapes. Premièrement, il convient de déterminer la localité ou le quartier dans lequel l'objet loué dont il convient d'analyser le loyer se trouve. Deuxièmement, il faudra définir ses caractéristiques au sens de l'art. 11 al. 1 OBLF. Dans un troisième temps, il convient de trouver minimum cinq objets qui se trouvent dans le même quartier ou la même localité et dont les critères au sens de l'art. 11 al. 1 OBLF sont « comparables ». Quatrièmement, les loyers pratiqués pour ces objets doivent être déterminés et « les limites » de ces loyers définies. Cinquièmement, le loyer de l'objet analysé sera comparé aux loyers des autres objets et il sera déterminé s'il se trouve dans les « limites »¹⁴⁶⁷.

- 657 Le tribunal saisi de l'affaire examine, dans une première phase, si les objets présentés sont comparables au sens de l'art. 11 al. 1 OBLF ; dans une seconde, il procède à une pesée des avantages et inconvénients de l'objet loué dont le loyer est litigieux par rapport aux objets loués considérés comme comparables¹⁴⁶⁸. Selon le Tribunal fédéral, les objets présentés sont comparables lorsqu'ils « présentent, *pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques* que le logement litigieux quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction »¹⁴⁶⁹. Savoir si tel est le cas est une question de droit¹⁴⁷⁰. Les critères fixés par la jurisprudence et la doctrine sont exigeants sur ce point.
- 658 L'établissement des loyers usuels dans la localité ou le quartier est complexe et les cas dans lesquels ce critère a été invoqué avec succès sont rares. En analysant la jurisprudence, l'on se rend effectivement compte que l'application du critère

¹⁴⁶⁴ ATF 141 III 569, consid. 2.2.2 ; 123 III 317, consid. 4c/cc ; 114 II 361, consid. 3 ; TF, arrêts du 29.11.2016, 4A_295/2016, consid. 5.2.1 et du 01.02.2010, 4A_448/2009, consid. 2.3 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 25 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 461, N 2.2.8.

¹⁴⁶⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 25 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 461, note 66 ; il a ainsi refusé de considérer comme suffisantes les statistiques officielles genevoises dans l'ATF 123 III 317, consid. 4c/cc, confirmé récemment par un arrêt du 29.11.2016, 4A_295/2016, consid. 5.2.3, et celles du canton de Bâle-Ville dans un arrêt du 13.01.2004, 4C_176/2003, res. in : DB 2004 N 14.

¹⁴⁶⁶ LACHAT (Bail), p. 461, N 2.2.8 ; ZK OR-HIGI, N 53 s. ad art. 269a CO.

¹⁴⁶⁷ ZK OR-HIGI, N 39 ss ad art. 269a CO.

¹⁴⁶⁸ JEANNIN (Loyer usuel), p. 3.

¹⁴⁶⁹ ATF 141 III 569, consid. 2.2.3 ; 123 III 317, consid. 4a ; c'est nous qui soulignons.

¹⁴⁷⁰ TF, arrêt du 04.07.2001, 4C.55/2001, consid. 4b (non publié in : ATF 127 III 411) ; ZK OR-HIGI, N 132 ad art. 269a CO.

du loyer usuel échoue presque systématiquement¹⁴⁷¹. Les exigences strictes, en particulier en ce qui concerne le caractère comparable des objets, mènent à l'inapplication de fait de ce critère¹⁴⁷².

2.3.2. Objet de la preuve

Pour établir si le loyer de l'objet loué correspond aux loyers usuels, les éléments suivants sont pertinents : 659

- le loyer net, la localité ou le quartier, l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de l'objet loué dont le loyer est litigieux ;
- les loyers usuels dans la localité ou le quartier pour des objets semblables ; les loyers usuels sont établis sur la base des loyers nets d'objets loués dont l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction sont comparables.

Il convient dans un premier temps d'identifier les éléments qui constituent des faits (2.3.2.1). La qualification des loyers usuels doit être analysée de manière plus profonde (2.3.2.2). Pour former l'objet d'une preuve, les faits pertinents doivent encore être allégués et contestés (2.3.2.3). Certains faits sont notoires et ne nécessitent par conséquent pas de preuve (2.3.2.4). 660

2.3.2.1. Faits pertinents

Peuvent sans autre être identifiés comme faits la localité ou le quartier, l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de l'objet loué. Il s'agit en l'occurrence d'états du présent, déterminés par rapport au lieu et au temps¹⁴⁷³. 661

Forme une « localité » en règle générale une commune politique¹⁴⁷⁴. Le « quartier » est une unité (plus ou moins) délimitée de celle-ci¹⁴⁷⁵. Il doit s'agir d'un ensemble sur les plans historique, géographique, sociologique ou administratif et revêtir d'une certaine étendue¹⁴⁷⁶. 662

¹⁴⁷¹ P. ex. ATF 139 III 13 ; 136 III 74 ; TF, arrêts du 05.01.2010, 4A_507/2009, et du 19.02.2013, 4A_612/2012.

¹⁴⁷² CONOD (Résiliation pour motif économique), N 8 ; SOMMER, p. 85 ; FUTTERLIEB (Anfechtung) p. 4 s.

¹⁴⁷³ Cf. ci-dessus, N 79 ss.

¹⁴⁷⁴ ZK OR-HIGI, N 28 ad art. 269a CO.

¹⁴⁷⁵ ZK OR-HIGI, N 32 ad art. 269a CO.

¹⁴⁷⁶ ATF 136 III 74, consid. 2.2.1 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 14 ad art. 269a CO.

663 Par « emplacement » au sens de l'art. 11 al. 1 OBLF, il faut comprendre la qualité de l'environnement de l'objet loué¹⁴⁷⁷, donc des facteurs tels que la vue, l'ensoleillement, la proximité des transports publics, des écoles ou des centres commerciaux, mais aussi les nuisances sonores ou la pollution, pour des locaux d'habitation¹⁴⁷⁸. Par « dimension », il faut entendre, pour les logements, le nombre de pièces, la surface du logement et la répartition des volumes¹⁴⁷⁹, pour les locaux commerciaux uniquement la surface¹⁴⁸⁰. Par « équipement », l'on comprend les installations dont bénéficient les locataires (p. ex. ascenseur, cuisine, lave-vaisselle, double-vitrage, balcon, terrasse, cheminée, etc. pour les locaux d'habitation)¹⁴⁸¹. L'« état » désigne état d'entretien, c'est-à-dire le soin apporté par le bailleur dans l'entretien de l'objet loué¹⁴⁸². Pour cet aspect, une impression d'ensemble est déterminante¹⁴⁸³. Concernant le critère de l'« année de construction », il y a lieu de l'appliquer avec une certaine souplesse¹⁴⁸⁴. Est visée ici la période de construction, comme l'indique au demeurant la version allemande de l'art. 11 OBLF, qui parle de « *Bauperiode* » et non pas de « *Baujahr* ». Pour un immeuble complètement rénové, la tranche d'âge de son année de rénovation est déterminante¹⁴⁸⁵.

L'emplacement d'un objet comparatif considéré est comparable avec celui de l'objet dont le loyer est litigieux lorsqu'ils possèdent des avantages similaires et des inconvénients comparables¹⁴⁸⁶. Les dimensions sont comparables pour les locaux d'habitation lorsque les objets considérés ont le même nombre de pièces et que la surface est semblable, le

¹⁴⁷⁷ SVIT K.-ROHRER, N 11 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 88 ad art. 269a CO.

¹⁴⁷⁸ CPra Bail-BROQUET/BOHNET, N 15 ad art. 269a CO ; SVIT K.-ROHRER, N 11 ad art. 269a CO.

¹⁴⁷⁹ ATF 123 III 317, consid. 4b/cc ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 17 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 98 ss ad art. 269a CO ; la surface doit de toute manière être indiquée ; l'indication du nombre de pièces ne saurait compenser l'absence de données sur la surface : TF, arrêts du 15.06.2001, 4C.40/2001, consid. 5c/bb et du 04.07.2001, 4C.55/2001, consid. 4b/ff (non publié in : ATF 127 III 411).

¹⁴⁸⁰ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 18 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 458, N 2.2.2.

¹⁴⁸¹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 20 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 459, N 2.2.2 ; ZK OR-HIGI, N 111 ss ad art. 269a CO.

¹⁴⁸² LACHAT (Bail), p. 459, N 2.2.2 ; ZK OR-HIGI, N 103 ad art. 269a CO.

¹⁴⁸³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 23 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 459, N 2.2.2 ; plus nuancé : ZK OR-HIGI, N 106 ad art. 269a CO.

¹⁴⁸⁴ SVIT K.-ROHRER, N 19 ad art. 269a CO ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 24 ad art. 269a CO.

¹⁴⁸⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 24 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 460, N 2.2.2.

¹⁴⁸⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 15 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 457 s, N 2.2.2.

critère de la surface étant prédominant¹⁴⁸⁷. Un écart de 15 % n'exclut en général pas encore la comparaison¹⁴⁸⁸, alors qu'un écart de 20 % l'exclut¹⁴⁸⁹. Pour les locaux commerciaux, il s'agit de comparer les surfaces sans égard au nombre de pièces¹⁴⁹⁰. Les équipements sont comparables lorsqu'ils sont proches dans leur qualité et leur nombre¹⁴⁹¹. Pour l'année de construction, le caractère comparable est de toute manière exclu si l'écart dépasse 20 ans¹⁴⁹².

2.3.2.2. Usages et usages locaux

2.3.2.2.1. Loyers usuels dans la localité ou le quartier : usage ou fait ?

La qualification des éléments susmentionnés comme faits ne pose guère de problème. Il en va différemment des « loyers usuels dans la localité ou le quartier ». La jurisprudence considère que les loyers usuels constituent un simple fait et sont dès lors soumis à preuve¹⁴⁹³. Cet avis est partagé par une partie de la doctrine¹⁴⁹⁴. Nous estimons cependant, à l'instar d'une autre partie de la doctrine¹⁴⁹⁵, que les loyers usuels constituent un usage au sens de l'art. 150 al. 2 CPC. Comme il s'agit d'un usage auquel renvoie la loi, le tribunal doit à notre sens établir le loyer usuel d'office.

Nous avons décrit les usages et usages locaux comme un comportement uniforme, des habitudes et des modes de procéder parmi les acteurs d'une certaine branche économique. Il s'agit à la base d'un fait, mais, puisque les milieux intéressés s'y conforment, il acquiert une certaine fonction normative. Dans certaines situations, le législateur lui-même renvoie aux usages et usages locaux. Cette technique permet de créer une réglementation différenciée pour les différentes branches du commerce sans devoir créer un grand nombre de dispositions législatives spéciales¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁸⁷ ATF 123 III 317, consid. 4b/cc ; TF, arrêt du 16.01.2001, 4C.265/2000, consid. 4b/bb.

¹⁴⁸⁸ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 19 ad art. 269a CO et les réf. ; LACHAT (Bail), p. 458, note 36.

¹⁴⁸⁹ ATF 136 III 74, consid. 3.2.2.

¹⁴⁹⁰ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 18 ad art. 269a CO.

¹⁴⁹¹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 21 ad art. 269a CO.

¹⁴⁹² CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 24 ad art. 269a CO et les réf.

¹⁴⁹³ TF, arrêt du 01.02.2010, 4A_448/2009, consid. 2.2 ; TF, arrêt du 20.02.1996, mp 1996 159, consid. 3b.

¹⁴⁹⁴ KOLLER (Rechtsprechung 2015), p. 801.

¹⁴⁹⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 18 N 9 ; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 46 ad art. 5 CC ; JEANNIN (Loyer usuel), p. 2 s. ; ZIHLMANN, p. 144 ; STAEHELIN, p. 14 ; voir aussi : ZK-HIGI, N 433 ad art. 269 CO et LACHAT (Bail), p. 462 N 2.2.9.

¹⁴⁹⁶ Cf. ci-dessus, N 116 ss.

- 666 À notre sens, les « loyers usuels dans la localité ou dans le quartier » rentrent dans cette définition. Ils constituent l'habitude des acteurs du marché de l'immobilier locatif de pratiquer des prix dans certaines limites pour des objets loués qui présentent certaines caractéristiques et qui se trouvent dans une localité ou un quartier donné¹⁴⁹⁷. L'idée du législateur quant à ces renvois est que l'usage correspond à ce que tous les milieux intéressés considèrent comme solution équitable. Par son renvoi aux loyers usuels, le législateur tente de fixer le prix « juste » pour une prestation en se référant à ce qui correspond aux usages commerciaux¹⁴⁹⁸. Le message du Conseil fédéral au sujet de l'AMSL, dont l'art. 15 let. a avait la même teneur que l'art. 269a let. a CO, évoque effectivement que les loyers usuels représentent l'« état normal »¹⁴⁹⁹.
- 667 Puisqu'il s'agit d'un usage auquel renvoie la loi, il doit à notre sens être établi *en principe* d'office par le tribunal¹⁵⁰⁰. Le principe selon lequel le tribunal établit d'office les usages auxquels renvoie la loi n'est toutefois pas sans limites. En particulier, la partie qui invoque un usage doit alléguer de façon précise l'usage et présenter les moyens de preuve à sa disposition¹⁵⁰¹.
- 668 Ainsi, les conséquences de la qualification des loyers usuels comme fait ou comme usage ne s'avèrent pas particulièrement prononcées étant donné que les procédures concernant la fixation du loyer pour des baux de locaux commerciaux et d'habitation sont soumises à la maxime inquisitoire sociale.

2.3.2.2.2. Établissement des loyers usuels dans la localité ou le quartier

- 669 L'établissement des loyers usuels selon la méthode appliquée par la jurisprudence suppose la connaissance des éléments suivants :
- l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction pour au moins cinq objets loués qui se trouvent dans la même localité ou le même quartier ;
 - les propriétaires desdits objets ;
 - les loyers desdits objets ;
 - les dates de la dernière fixation du loyer desdits objets.

¹⁴⁹⁷ *Contra* : KOLLER (Rechtsprechung 2015), p. 801, toutefois sans véritable justification.

¹⁴⁹⁸ JEANNIN (Loyer usuel), p. 2 ; ZIHLMANN, p. 144 ; STAEHELIN, p. 14 ; *Contra* : KOLLER (Rechtsprechung 2015), p. 801.

¹⁴⁹⁹ FF 1972 I 1225.

¹⁵⁰⁰ JEANNIN (Loyer usuel), p. 3 s.

¹⁵⁰¹ Cf. ci-dessus, N 124.

La localité ou le quartier, l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de chacun des objets de comparaison constituent des faits. Il en va de même des propriétaires, des loyers des objets de comparaison ainsi que des dates de la dernière fixation de ces loyers. Ces éléments constituent des états ou événements du passé ou du présent, déterminés par rapport au lieu et au temps¹⁵⁰². À l'exception des propriétaires des objets – faits notoires¹⁵⁰³ – ces faits nécessitent une preuve. 670

Étant donné la qualification des loyers usuels comme usage auquel renvoie la loi, ces faits ne devraient formellement pas constituer des objets de la preuve. Néanmoins, comme le tribunal peut demander la collaboration des parties et qu'en pratique, il ne connaîtra que rarement les loyers usuels d'une localité ou d'un quartier particulier pour des objets particuliers, ces faits peuvent être assimilés à des objets de la preuve. 671

Ne sont en revanche pas pertinentes pour déterminer les loyers usuels les offres de location publiées dans la presse, car il ne s'agit que d'offres qui n'indiquent pas les conditions auxquelles les baux sont finalement conclus¹⁵⁰⁴. De plus, les offres publiées dans la presse ne contiennent pas des indications suffisamment précises au sujet des critères de comparaison prévues par l'art. 11 al. 1 OBLF¹⁵⁰⁵. 672

2.3.2.3. Allégation et contestation

Comme la maxime inquisitoire sociale est applicable à tous les litiges en matière de protection contre les loyers abusifs (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC), les parties ne sont pas formellement soumises à un devoir d'alléguer de manière suffisante les faits pertinents, et l'établissement des loyers usuels devrait se faire d'office par le tribunal, ce qui signifie également que les parties n'auraient formellement pas besoin d'alléguer, respectivement contester les faits nécessaires à l'établissement de ceux-ci. Toutefois, pour les deux catégories de faits, les parties sont soumises à un devoir de collaborer, qui limite l'étendue des allègements. 673

L'allégation et la motivation suffisantes de la localité ou du quartier, de l'emplacement, de la dimension, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction de l'objet loué ne posent guère de problème. En particulier, l'allégation 674

¹⁵⁰² Cf. ci-dessus, N 79 ss.

¹⁵⁰³ Cf. ci-dessous, N 680.

¹⁵⁰⁴ SVIT K.-ROHRER, N 31 ad art. 269a CO ; LACHAT (Bail), p. 580 s. N 2.2.5 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 13 ad art. 269a CO ; TF, arrêt du 24.04.1995, mp 1995 122, consid. 3a, DB 1997 N 14 ; OGer ZH, arrêt du 20.11.2015, NG150012, consid. 6.2.

¹⁵⁰⁵ OGer ZH, arrêt du 20.11.2015, NG150012, consid. 6.2.

de ces éléments ne présente que peu de difficultés pour les parties, car les deux connaissent les caractéristiques de l'objet loué. Il peut dès lors être attendu à notre sens de la partie qui se prévaut des loyers usuels qu'elle allègue et motive de manière précise ces éléments, alors même que la maxime inquisitoire sociale est applicable.

- 675 La question de l'allégation, respectivement de la motivation suffisante de l'allégation, se pose essentiellement en lien avec la détermination des loyers usuels. La jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet du fardeau de l'allégation des loyers usuels est sévère. Comme expliqué, le Tribunal fédéral considère que les loyers usuels constituent un fait et non un usage¹⁵⁰⁶.
- 676 Le Tribunal fédéral est restrictif avec les allègements qu'accorderait la maxime inquisitoire sociale. Il considère qu'il incombe à la partie qui se prévaut du critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier d'alléguer et de motiver de manière suffisante les loyers usuels en respectant les exigences posées par la jurisprudence, en particulier au sujet des loyers non abusifs pour des objets comparables¹⁵⁰⁷. La maxime inquisitoire sociale n'autoriserait pas le tribunal à intervenir d'office dans l'établissement des faits. Dite maxime se résumerait à un devoir d'interpellation accru pour s'assurer que les allégués de fait et les offres de preuves sont complets et auquel le tribunal ne doit avoir recours que lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur le caractère complet des allégués¹⁵⁰⁸. Concrètement, pour satisfaire à son devoir de collaborer selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la partie qui se prévaut de ce que le loyer litigieux est conforme aux loyers usuels, respectivement abusif, car dépassant les loyers usuels, devra mettre sur pied une grille d'analyse contenant les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF par rapport à l'objet loué et justifier précisément en quoi les objets comparatifs rentrent dans celle-ci¹⁵⁰⁹.

Le Tribunal fédéral a tout de même jugé que la maxime inquisitoire sociale était violée lorsque le tribunal rejette la requête du bailleur puisqu'il a omis, pour un des objets comparatifs, d'indiquer le taux hypothécaire sur la base duquel le loyer a été fixé ; en vertu

¹⁵⁰⁶ Cf. ci-dessus, N 664.

¹⁵⁰⁷ ATF 122 III 257, consid. 4b : « *Gestützt darauf ist die Berufung auf die Orts- und Quartierüblichkeit des angefochtenen Mietzinses zur Abwehr eines Herabsetzungsbegehrens grundsätzlich zuzulassen. Der Vermieter, der sich darauf beruft, hat dabei die vergleichbaren, ihrerseits nicht missbräuchlichen Mietzinse zu behaupten und zu beweisen (Art. 8 ZGB). Er hat die Orts- und Quartierüblichkeit substantiiert, unter Beachtung des von der Rechtsprechung verlangten Nachweises nicht missbräuchlicher Mietzinse für vergleichbare Objekte darzutun* ».

¹⁵⁰⁸ ATF 141 III 569, consid. 3.1.

¹⁵⁰⁹ ZK OR-HIGI, N 84, 86 et 130 ad art. 269a CO ; pour un cas d'application, voir : OGer ZH, arrêt du 23.08.1996, MRA 1997, p. 1 ss.

de dite maxime, le tribunal aurait dû rendre attentif la partie à son omission d'avoir allégué ce fait¹⁵¹⁰.

La doctrine critique depuis longtemps les exigences posées par le Tribunal fédéral, puisqu'elle les considère incompatibles avec la maxime inquisitoire sociale¹⁵¹¹. Selon HIGI, l'on pourrait attendre d'une partie qu'elle désigne l'objet loué ainsi que son utilisation et son loyer et indique de manière suffisamment précise les objets comparatifs pour permettre leur identification sans équivoque. De cette manière, la partie invoque implicitement que les objets de comparaison se trouvent dans la même localité ou le même quartier et sont comparables au vu des critères de l'art. 11 al. 1 OBLF¹⁵¹². 677

Nous considérons également que la jurisprudence du Tribunal fédéral pose des exigences trop sévères au sujet du devoir de collaborer. Celles-ci ne se distinguent en effet pas de l'exigence de la motivation suffisante dans une procédure soumise à la maxime des débats. Nous avons certes constaté que les exigences du fardeau de l'allégation et de la motivation suffisante sont applicables *mutatis mutandis* au devoir de collaborer lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable¹⁵¹³. Toutefois, il convient de garder en tête les buts de la maxime inquisitoire sociale, qui sont l'assistance à la partie faible pour garantir l'égalité de traitement, la *Laienfreundlichkeit* pour permettre à une partie de procéder sans avocat ainsi que l'accélération de la procédure¹⁵¹⁴. Les exigences à remplir par les parties doivent être fixées d'une manière qui permet d'atteindre ces buts. Lorsque ces exigences sont telles que le moyen devient *de facto* inapplicable, aucun des buts de la maxime inquisitoire sociale n'est atteint. 678

L'avis de HIGI nous paraît constituer un bon point de départ ; comme les exigences varient en fonction du statut des parties (particuliers, professionnels, représentés par un avocat ou non, etc.), elles ne sauraient être fixées de manière abstraite et doivent donc être adaptées vers le haut lorsque les parties sont représentées par des mandataires professionnels, et vers le bas lorsque l'affaire est particulièrement complexe ou l'une des parties particulièrement inexpérimentée.

Au sujet de la contestation, la jurisprudence s'avère également restrictive : elle applique les conditions du fardeau de la contestation tel qu'applicable en vertu de la maxime des débats¹⁵¹⁵. En pratique, le défendeur devra dès lors contester les faits allégués par le demandeur de façon suffisamment précise pour per- 679

¹⁵¹⁰ ATF 136 III 74, consid. 3.2.2.

¹⁵¹¹ SVIT K.-ROHRER, N 24 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 131 ad art. 269a CO.

¹⁵¹² ZK OR-HIGI, N 131 ad art. 269a CO ; voir aussi : SVIT K.-ROHRER, N 30 ad art. 269a CO.

¹⁵¹³ Cf. ci-dessus, N 95.

¹⁵¹⁴ Cf. ci-dessus, N 156.

¹⁵¹⁵ Cf. ci-dessus, N 105.

mettre à celui-ci de déterminer, lesquels de ses allégués exactement sont contestés¹⁵¹⁶, alors même que, formellement, le fardeau de la contestation n'existe pas en application de la maxime inquisitoire sociale. L'échelle pour mesurer si les contestations sont suffisantes dépend donc de la manière dont le demandeur a allégué les faits.

2.3.2.4. Faits notoires

680 Savoir, qui est propriétaire d'un certain immeuble ressort de la partie publiquement accessible du registre foncier (art. 970 al. 2 ch. 2 CC). Il s'agit de faits notoires¹⁵¹⁷. La partie qui propose des objets comparatifs n'a dès lors pas besoin de prouver à qui appartiennent les différents objets loués proposés pour la comparaison ni en principe de l'alléguer.

2.3.2.5. Résumé : objets de la preuve pour déterminer le caractère compatible d'un loyer avec les loyers usuels dans la localité ou le quartier

681

- le loyer net litigieux
- localité ou quartier dans lequel se trouve l'objet dont le loyer est litigieux
- les caractéristiques de l'objet dont le loyer est litigieux, soit
 - son emplacement
 - sa dimension
 - son équipement
 - son état et
 - son année de construction
- le loyer net d'au moins cinq autres objets loués dans la même localité ou le même quartier,
- les caractéristiques des cinq autres objets loués, soit
 - leurs emplacements
 - leurs dimensions
 - leurs équipements
 - leurs états et
 - leurs années de construction
- les propriétaires desdits objets
- la date de la dernière fixation des loyers desdits objets.

¹⁵¹⁶ Cf. ci-dessus, N 100.

¹⁵¹⁷ TC VD, JdT 2014 III 13, consid. 2c ; cf. ci-dessus, N 107.

2.3.3. Sujet de la preuve

La question des loyers usuels dans la localité ou le quartier se pose en principe dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). Dès lors, la responsabilité de l'établissement des faits est partagée entre le tribunal et les parties¹⁵¹⁸. Selon l'interprétation du Tribunal fédéral, en ce qui concerne les preuves, la maxime inquisitoire sociale a (uniquement) comme conséquence que le tribunal doit interpellier les parties par des questions adéquates afin qu'elles énumèrent précisément les moyens de preuve nécessaires au fondement de leur prétention¹⁵¹⁹. 682

La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question de savoir jusqu'à quel point le tribunal peut ou doit, en vertu de la maxime inquisitoire sociale, intervenir dans l'établissement des loyers usuels. En tout état de cause, la maxime inquisitoire sociale ne signifie pas que le tribunal doive, à la place des parties, apporter des moyens de preuve pour établir les loyers usuels¹⁵²⁰. À ce sujet, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal doit intervenir auprès de la partie se prévalant des loyers usuels lorsque celle-ci ne présente pas cinq objets comparatifs potentiels¹⁵²¹ ou que les documents fournis sont insuffisants pour procéder à une comparaison¹⁵²² et l'inviter à présenter des éléments de comparaison, en fournissant à leur sujet tous les renseignements nécessaires¹⁵²³. En revanche, lorsque la partie présente, respectivement requiert, des moyens de preuve pour les caractéristiques de cinq objets comparatifs, le tribunal n'est aucunement obligé de l'informer lorsque les moyens de preuve présentés ne sont pas susceptibles de le convaincre¹⁵²⁴. 683

À notre sens, il convient de se référer à l'échelle de l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral : le tribunal peut certes, par questions, inviter les parties à compléter leurs moyens de preuve. Il doit cependant aussi pouvoir procéder d'office à l'administration des preuves, même non proposées par les parties, à tout le moins lorsque les parties ne sont pas représentées par des mandataires professionnels, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents (et que les 684

¹⁵¹⁸ Cf. ci-dessus, N 152.

¹⁵¹⁹ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

¹⁵²⁰ TF, arrêt du 19.02.2013, 4A_612/2012, consid. 2.2 ; OGer ZH, arrêt du 20.11.2015, NG150012, consid. 5.2.

¹⁵²¹ TF, arrêts du 29.11.2016, 4A_295/2016, consid. 6, et du 01.02.2009, 4A_448/2009, consid. 2.2.

¹⁵²² TF, arrêt du 12.11.2007, 4A_214/2007, consid. 5.

¹⁵²³ TF, arrêt du 01.02.2009, 4A_448/2009, consid. 2.2 ; TF, arrêt du 12.11.2007, 4A_214/2007, consid. 5.

¹⁵²⁴ ATF 141 III 569, consid. 3.1.

parties ne présentent pas ces moyens de preuve). Autrement, la maxime inquisitoire sociale ne se distinguerait plus de la maxime des débats avec devoir d'interpellation renforcé, telle qu'applicable à toutes les procédures simplifiées¹⁵²⁵.

- 685 Pour les caractéristiques des objets comparatifs, point le plus souvent problématique en pratique, cela signifie à notre sens que le tribunal peut administrer les moyens nécessaires à leur preuve d'office dès qu'il a connaissance, sur la base du dossier, de l'existence de ces objets. Leur existence doit avoir été alléguée par la partie se prévalant des loyers comparatifs ; par leur mention, la partie allègue implicitement le caractère comparable de leurs caractéristiques avec ceux de l'objet loué¹⁵²⁶. De plus, la preuve des caractéristiques des objets comparatifs peut se faire par inspection, moyen de preuve que le tribunal peut ordonner d'office (art. 181 al. 1 CPC) dès qu'il a connaissance de l'existence d'une chose pouvant faire l'objet d'une inspection et potentiellement apte à prouver des faits pertinents¹⁵²⁷.
- 686 En ce qui concerne les caractéristiques de l'objet loué dont le loyer est litigieux, il nous semble également que le tribunal puisse ordonner d'office l'administration d'un moyen de preuve, en particulier d'une inspection de l'objet loué, à partir du moment où les allégués d'une partie permettent de l'identifier sans équivoque.
- 687 Les loyers des différents objets ainsi que la date de la dernière fixation des loyers des objets comparatifs ne peuvent pas être prouvés par inspection, mais par titre. À notre sens, le tribunal peut administrer d'office des titres permettant de prouver ces faits pour autant que l'existence desdits titres ressorte du dossier. À défaut, le tribunal fera usage de son devoir d'interpellation accru et rendra attentives les parties à l'absence de moyens permettant de prouver lesdits faits.

2.3.4. Degrés de preuve

- 688 Ni la jurisprudence ni la doctrine ne se sont expressément prononcées au sujet du degré de la preuve pour le loyer, la localité ou le quartier, l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de l'objet loué. À notre sens, ces faits ne présentent pas de difficulté particulière à prouver. Le degré de la preuve ordinaire doit donc leur être appliqué¹⁵²⁸.

¹⁵²⁵ Cf. ci-dessus, N 152 s.

¹⁵²⁶ Cf. ci-dessus, N 677.

¹⁵²⁷ Cf. ci-dessus, N 263.

¹⁵²⁸ Cf. ci-dessus, N 226.

Le degré de la preuve des loyers usuels fait cependant l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral. Notre Haute Cour considère que la preuve des loyers usuels doit être apportée au degré de la certitude, puisqu'elle n'est pas objectivement impossible à apporter ni telle que l'on ne saurait raisonnablement l'exiger. Il ne s'agit donc pas d'une situation de *Beweisnot*¹⁵²⁹. 689

Vu les difficultés à apporter la preuve des loyers usuels, il serait tentant à première vue de considérer qu'il s'agit d'une situation de *Beweisnot*¹⁵³⁰ et de postuler une réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante. Cependant, à notre sens, il n'est pas difficile de prouver le loyer ainsi que l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de cinq autres objets dans le même quartier ou la même localité à un point où exiger la preuve stricte de ces éléments mènerait systématiquement à l'échec. La quasi-inapplicabilité du caractère des loyers usuels réside dans les exigences posées par la jurisprudence au niveau du *caractère comparable des objets comparatifs proposés par la partie qui se prévaut du critère des loyers usuels*, ce qui est une question de droit. Réduire le degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante ne résoudrait ainsi pas le problème de base. 690

Cela mis à part, le concept même des « loyers usuels », tel que développé par le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral, nous semble critiquable. Il y a sérieusement lieu de s'interroger sur la compatibilité de l'art. 11 al. 1 OBLF ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral avec les art. 269a let. a CO et 157 CPC. La première disposition statue seulement que « ne sont en général pas abusifs les loyers qui se situent dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier », la deuxième le principe de la libre appréciation des preuves, en vertu duquel le tribunal apprécie librement les moyens de preuves qui lui sont soumis par les parties pour démontrer l'état de fait fondant leurs prétentions¹⁵³¹. Or l'art. 11 al. 1 OBLF et la jurisprudence du Tribunal fédéral battent en brèche ce principe pour la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier en imposant des manières dont les loyers usuels doivent être prouvés et en en excluant d'autres. Ainsi, s'il suit sa propre jurisprudence, le Tribunal fédéral devrait annuler un jugement d'une instance inférieure qui considérerait un loyer usuel comme établi sur la base de quatre objets comparables, alors qu'en vertu de l'art. 157 CPC, cette dernière peut former sa conviction librement. 691

La méthode de fixer les loyers usuels telle que développée par le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral est sans doute inspirée du droit allemand. Les §§ 558 ss BGB prévoient la possibilité du bailleur d'augmenter le loyer « jusqu'au niveau des loyers usuels de la

¹⁵²⁹ ATF 141 III 569, consid. 2.2.1 ; TF, arrêts du 13.09.2018, 4A_400/2017, consid. 2.2.2.2, et du 29.11.2016, 4A_295/2016, consid. 5.2.2.

¹⁵³⁰ Dans ce sens : SIEGRIST (Mietzins), p. 73.

¹⁵³¹ Cf. ci-dessus, N 363.

localité » (« *Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete* »). § 558 al. 2 BGB indique la manière dont les loyers usuels doivent être déterminés, à savoir par les loyers fixés ou modifiés les quatre années précédentes dans la commune où se trouve le local dont le loyer est litigieux ou dans des communes comparables à celle-ci pour des locaux d'habitation, dont l'espèce, les dimensions, l'équipement – y compris énergétique – la qualité et l'emplacement sont comparables¹⁵³². Les similitudes, en particulier avec les critères prévus à l'art. 11 al. 1 OBLF, sont frappantes. Il existe cependant une grande différence : en droit allemand, la manière de fixer les loyers usuels est expressément prévue par la loi et n'a pas été introduite par ordonnance ou par la jurisprudence.

2.3.5. Moyens de preuve

- 692 Les moyens de preuve susceptibles de prouver la localité ou le quartier ainsi que les caractéristiques de l'objet dont le loyer est contesté n'ont pas fait l'objet de jurisprudence ni de réflexions en doctrine. Ces faits peuvent à notre sens être prouvés par titre (p. ex. photographies et plans) ou par inspection : l'emplacement, la dimension, l'équipement ainsi que l'état de l'objet loué sont susceptibles de perception directe par le tribunal¹⁵³³. Le loyer de l'objet loué en revanche n'est pas susceptible de perception directe par le tribunal et doit être prouvé par titre (typiquement le contrat de bail) ou éventuellement par interrogatoire ou témoignage, lorsque le contrat a été conclu par oral. De même, l'année de construction ne saurait en principe être perçue directement par le tribunal et nécessite une preuve par un autre moyen, en particulier un titre.
- 693 Pour la preuve des caractéristiques des objets comparatifs, la doctrine considère que celle-ci doit se faire en principe au moyen d'une inspection¹⁵³⁴. Ce moyen de preuve nous semble adéquat, car il s'agit de faits qui sont susceptibles de perception directe par le tribunal.

Nous avons vu qu'une inspection est souvent inutile lorsqu'il s'agit de fixer les loyers usuels pour déterminer si le prix d'achat de l'objet loué est manifestement exagéré ou non¹⁵³⁵. Dans cette situation-là, les loyers usuels au moment de l'acquisition de l'objet loué par le bailleur sont déterminants, alors que dans le cadre de l'art. 269a let. a CO, sont déterminantes les loyers usuels au moment de la naissance du litige au sujet de la

¹⁵³² « *Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 abgesehen, geändert worden sind* ».

¹⁵³³ Pour un exemple d'inspection de l'objet loué, voir : TF, arrêt du 19.08.1997, SJ 1998, p. 218.

¹⁵³⁴ LACHAT (Bail), p. 462, N 2.2.13 ; SVIT K.-ROHRER, N 11 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 132 ad art. 269a CO.

¹⁵³⁵ Cf. ci-dessus, N 635 s.

fixation du loyer. L'inspection ne permet pas de constater un état du passé, mais uniquement un état du présent, raison pour laquelle elle est inutile dans la première hypothèse, mais utile dans la seconde.

À lire la jurisprudence, l'on constate que celle-ci part plutôt du principe que les caractéristiques des objets comparatifs sont prouvées par titre, tout en n'excluant pas l'inspection. Ainsi, le Tribunal fédéral considère que « le bailleur peut aussi apporter la preuve des loyers usuels en fournissant au moins cinq logements de comparaison avec leurs caractéristiques et les bases de calcul de leurs loyers, *accompagnés de toutes les pièces justificatives* » (c'est nous qui soulignons)¹⁵³⁶ ou encore que la réponse à la question de savoir si le loyer pourrait être augmenté eu égard aux loyers usuels du quartier « suppose par expérience l'examen de nombreuses pièces, voire les inspections de cinq logements comparatifs »¹⁵³⁷.

Les caractéristiques des objets comparatifs peuvent effectivement être prouvées par titre, en particulier des photos et des plans¹⁵³⁸.

La question de savoir si les loyers usuels peuvent être prouvés par expertise fait l'objet de débats. Le Tribunal fédéral estime que tel n'est pas le cas¹⁵³⁹. Il s'agirait essentiellement de comparer le confort offert au locataire par différents objets loués, ce qui n'exige normalement aucune connaissance technique spéciale¹⁵⁴⁰. En doctrine, certains auteurs estiment que la preuve par expertise devrait être admise¹⁵⁴¹. Selon SIEGRIST, il n'y aurait pas de raison de refuser une expertise lorsque l'expert arrête les loyers usuels en respectant les exigences de l'art. 11 OBLF et de la jurisprudence¹⁵⁴².

À notre sens, les loyers usuels constituent l'habitude des acteurs du marché de l'immobilier locatif de pratiquer des prix dans certaines limites pour des objets loués qui présentent certaines caractéristiques et qui se trouvent dans une localité ou un quartier donné¹⁵⁴³. Il convient de considérer la preuve des loyers usuels par la comparaison selon l'art. 11 al. 1 OBLF comme *une méthode admissible parmi d'autres*. La libre appréciation des preuves (art. 157 CPC) implique qu'on ne peut pas exclure de façon schématique toute valeur probante à une preuve susceptible d'emporter la conviction du tribunal, sauf base légale

¹⁵³⁶ ATF 141 III 569, consid. 2.2.3.

¹⁵³⁷ TF, arrêt du 13.12.2016, 4A_293/2016, consid. 1.2 (non publié in : ATF 143 III 15).

¹⁵³⁸ Cf. ci-dessus, N 635.

¹⁵³⁹ ATF 114 II 361, consid. 3 ; TF, arrêt du 01.02.2010, 4A_448/2009, consid. 2.2.

¹⁵⁴⁰ TF, arrêt du 01.02.2010, 4A_448/2009, consid. 2.2.

¹⁵⁴¹ SIEGRIST (Mietzins), p. 71 ss ; BARBEY (AMSL), p. 84, qui ne l'admet cependant qu'en dernier ressort, à défaut de statistiques, de valeurs locatives fiscales et d'objets comparatifs.

¹⁵⁴² SIEGRIST (Mietzins), p. 71 ss.

¹⁵⁴³ Cf. ci-dessus, N 666.

expresse et claire¹⁵⁴⁴. L'OBLF se trouvant dans un niveau inférieur de la hiérarchie des normes, elle nous paraît insuffisante comme base légale pour prévoir une exception au principe de la libre appréciation. Il convient dès lors d'admettre la preuve par expertise.

- 698 La position de SIEGRIST nous paraît trop restrictive. Aux conditions proposées par cet auteur, l'expertise est effectivement dénuée de sens. Établir le quartier, l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de cinq objets loués ne nécessite pas des connaissances techniques justifiant le recours à une expertise et le caractère comparable est une question de droit à laquelle doit répondre le tribunal et non l'expert¹⁵⁴⁵.

2.3.6. Devoir de collaborer

- 699 La question du devoir de collaborer à l'administration des preuves se pose à plusieurs égards. Premièrement, il convient de se demander si le bailleur a un devoir de collaborer à l'administration des preuves pour prouver les loyers usuels, lorsque le locataire en supporte le fardeau (soit, comme nous le verrons, lors de la contestation du loyer initial) (2.3.6.1.). La question du devoir de collaborer se pose, deuxièmement, par rapport au locataire lorsqu'il s'agit d'inspecter l'objet loué (2.3.6.2.). Troisièmement, il convient de se poser la question du devoir de collaborer des tiers (2.3.6.3.).

2.3.6.1. Devoir de collaborer du bailleur à l'administration des preuves lorsque le locataire supporte le fardeau de la preuve

- 700 À l'instar de ce qui prévaut pour le rendement net, le Tribunal fédéral a retenu qu'il existe, pour la preuve des loyers usuels, un devoir de collaborer loyalement à l'administration des preuves du bailleur n'ayant pas la charge de la preuve en fournissant tous les éléments en sa possession. Le Tribunal fédéral déduit cette incombance du principe de la bonne foi ainsi que de la maxime inquisitoire sociale. Dans l'arrêt en question, relatif à la contestation d'un loyer initial, il en a tiré la conclusion que le bailleur aurait dû fournir au moins cinq éléments de comparaison présentant des caractéristiques semblables à la chose louée, étant donné que le bailleur augmente le loyer de plus de 10 % en se fondant sur les

¹⁵⁴⁴ Cf. ci-dessus, N 364.

¹⁵⁴⁵ Cf. ci-dessus, N 268.

loyers usuels et qu'une telle augmentation faisait naître une présomption que le loyer est abusif¹⁵⁴⁶.

Dans cet arrêt – largement critiqué en doctrine¹⁵⁴⁷ – le Tribunal fédéral a dépassé les limites du devoir de collaborer : ce dernier fonde une incombance du bailleur de produire les titres qu'il est seul à détenir, mais pas de se procurer des titres (ou de requérir d'autres moyens de preuve) auprès de tiers. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs lui-même affirmé¹⁵⁴⁸. Le devoir de collaborer ne peut à notre sens pas aller jusqu'à mettre à la charge du bailleur la recherche des objets comparatifs. En réalité, le Tribunal fédéral a introduit, par l'arrêt précité, une présomption¹⁵⁴⁹. Il convient de faire abstraction de cette jurisprudence pour l'analyse du devoir de collaborer dans la preuve des loyers usuels. 701

En doctrine, les avis à ce sujet sont partagés. LACHAT considère que le bailleur est obligé de collaborer, étant donné que le locataire n'a guère la possibilité de se procurer la preuve des caractéristiques des objets comparatifs, contrairement au bailleur¹⁵⁵⁰. FETTER estime que le bailleur est certes globalement mieux à même d'obtenir des informations relatives aux loyers usuels, mais cela ne signifie pas dans tous les cas que le bailleur dispose des éléments nécessaires à la preuve des loyers usuels¹⁵⁵¹. Cet avis est partagé par DAÏNA¹⁵⁵². ROHRER considère également que le devoir de collaborer ne saurait s'appliquer lorsque le locataire invoque les loyers usuels¹⁵⁵³. 702

Il est à noter que ces avis doctrinaux datent d'avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile. Avec l'introduction de l'art. 160 CPC, il nous semble clair que le principe de base – le devoir de collaborer du bailleur pour prouver les loyers usuels lorsque le locataire supporte le fardeau de la preuve – s'applique. Les hypothèses dans lesquels le bailleur est susceptible de produire des titres pertinents sont cependant plus rares que lorsqu'il s'agit de calculer le rendement net, étant donné qu'il ne dispose pas nécessairement de titres permettant de prouver les caractéristiques d'objets potentiellement comparatifs. Alors qu'en général, l'on peut attendre d'un bailleur qu'il dispose des documents nécessaires au calcul du rendement net, l'on ne saurait attendre de lui qu'il dispose des documents nécessaires à la fixation des loyers usuels. 703

¹⁵⁴⁶ ATF 139 III 19, consid. 3.2.

¹⁵⁴⁷ Voir p. ex. CONOD (Contestation), p. 3 s. ; ROHRER (Anfechtung), p. 24 ss.

¹⁵⁴⁸ ATF 142 III 568, consid. 2.2, DB 2016 N 19.

¹⁵⁴⁹ Cf. ci-dessous, N 834.

¹⁵⁵⁰ LACHAT (Bail), p. 394, N 2.3.3 ; LACHAT (Etat des lieux), p. 145.

¹⁵⁵¹ FETTER, N 520.

¹⁵⁵² DAÏNA, p. 101.

¹⁵⁵³ SVIT K.-ROHRER, N 51 s. ad art. 270 CO.

2.3.6.2. Devoir de collaborer du locataire à la preuve des caractéristiques de l'objet loué dont le loyer est litigieux

- 704 La preuve des caractéristiques de l'objet loué dont le loyer est litigieux peut en particulier se faire par inspection. Cette inspection suppose que le locataire donne accès au tribunal à ses locaux. Sur ce point, il est donc possible d'obliger le locataire à collaborer : il devra permettre l'accès du tribunal (art. 160 al. 1 let. c CPC).

2.3.6.3. Devoir de collaborer des tiers

- 705 La preuve des caractéristiques des objets comparatifs est souvent impossible sans la collaboration des locataires respectivement des propriétaires desdits objets. Ni le locataire ni le bailleur ne sont en principe en possession de moyens de preuve nécessaires pour prouver toutes les caractéristiques des objets comparatifs. Les locataires et les bailleurs d'objets comparatifs peuvent donc être obligés de collaborer¹⁵⁵⁴. La preuve des loyers usuels peut supposer en particulier que le tribunal procède à des inspections d'objets propriété respectivement possession de tiers : dans ce cas, les locataires desdits objets peuvent être obligés de tolérer une inspection de leurs locaux par le tribunal (art. 160 al. 1 let. c CPC)¹⁵⁵⁵. Il est également possible qu'une partie au procès requière des titres permettant de prouver les caractéristiques d'objets potentiellement comparatifs ou leurs loyers respectifs (élément ne pouvant pas faire l'objet d'une inspection). Dans ce cas, les bailleurs des objets respectifs peuvent être obligés de déposer les titres requis¹⁵⁵⁶.
- 706 Les faits pour lesquels les parties requièrent des moyens de preuve doivent avoir été allégués et motivés de manière suffisante. En d'autres termes : les parties doivent déjà être en possession des informations pour la preuve desquelles elles requièrent la production de titres ou l'inspection. Les parties au procès peuvent demander la production de titres en lien avec un fait déterminé ou un groupe de faits liés à une période déterminée¹⁵⁵⁷, mais pas requérir « au bol » des titres auprès de bailleurs ou des inspections d'autres objets loués dans le but de trouver des éléments comparatifs. Se pose dès lors la question de savoir comment la partie qui invoque les loyers usuels arrive à trouver des objets potentiellement comparatifs pour la preuve des caractéristiques desquels elle pourra présenter des pièces respectivement requérir l'inspection. Elle est, à ce sujet, dépendant

¹⁵⁵⁴ Cf. ci-dessus, N 302.

¹⁵⁵⁵ Cf. ci-dessus, N 308.

¹⁵⁵⁶ TC VD, arrêt du 14.03.2001, consid. VII.a), CdB 2001, p. 123 ss.

¹⁵⁵⁷ Cf. ci-dessus, N 306.

de l'assistance de tiers (bailleurs ou locataires), qui pourraient lui fournir des informations concernant des objets dont ils sont locataires respectivement bailleurs. Faute d'assistance de leur part, la partie n'arrivera en principe pas à motiver de manière suffisante sa requête ni à requérir des moyens de preuve.

2.4. La hausse des coûts ou les prestations supplémentaires du bailleur

2.4.1. Concept

Selon l'art. 269a let. b CO, le loyer n'est en principe pas abusif lorsqu'il est justifié par des hausses de coûts ou des prestations supplémentaires du bailleur. Il s'agit d'un *critère relatif* de fixation du loyer, puisqu'il vise à déterminer le caractère abusif du loyer en comparaison entre la situation au moment de la modification du loyer et celle qui prévalait au moment de la dernière fixation du loyer. Il trouve en principe application pour vérifier le caractère abusif ou non d'un loyer en cours de bail¹⁵⁵⁸. 707

Cette disposition vise en réalité deux hypothèses bien distinctes, à savoir *l'augmentation du taux hypothécaire de référence ou des autres charges courantes et d'exploitation* (soit, selon l'art. 12 OBLF, les taxes, impôts sur les immeubles, rentes de droits de superficie, primes d'assurance ainsi que des frais d'entretien), par rapport au moment de la dernière fixation du loyer, et la *fourniture de prestations supplémentaires par le bailleur*¹⁵⁵⁹. Par prestations supplémentaires du bailleur, il faut comprendre les investissements qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values, l'agrandissement de la chose louée, les prestations accessoires supplémentaires (art. 14 al. 1 OBLF) ainsi que les améliorations énergétiques (art. 14 al. 2 OBLF). 708

Pour la répercussion de l'augmentation, respectivement de la réduction, du taux hypothécaire de référence sur le loyer, le Conseil fédéral a prévu une forfaitisation (art. 13 al. 1 OBLF), fondée sur l'idée que le loyer net sert à 70 % à financer le capital, dont 60 % sont constitués par le capital étranger et 40 % par le capital propre. Les 30 % restants du loyer servent à couvrir les charges courantes et les frais d'entretien¹⁵⁶⁰. 709

¹⁵⁵⁸ Cf. ci-dessus, N 481.

¹⁵⁵⁹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 41 art. 269a CO CPC.

¹⁵⁶⁰ BSK OR I-WEBER, N 6a ad art. 269a CO ; SVIT K.-ROHRER, N 24 intro. ad art. 269-270e CO ; BK OR-GIGER, N 18 intro. ad art. 253-273c CO.

- 710 La variation des autres charges courantes ainsi que des frais d'entretien doit en revanche être calculée de manière concrète¹⁵⁶¹. La prise en compte par un calcul forfaitaire pourrait amener les bailleurs à négliger l'entretien effectif de la chose¹⁵⁶². Il convient de comparer *la moyenne* des charges des trois exercices précédant la dernière fixation du loyer avec celles des charges des trois exercices précédant la demande de baisse ou de majoration de loyer litigieuse¹⁵⁶³.
- 711 Pour la répercussion des prestations supplémentaires du bailleur, il convient également de procéder par preuve concrète du montant investi par ce dernier ; les travaux ou remplacements d'installations créent souvent une plus-value partielle qui est difficile à déterminer. Pour les frais causés par d'importantes réparations, l'art. 14 al. 1 OBLF prévoit qu'ils sont considérés, à raison de 50 à 70 %, comme des investissements créant des plus-values.
- 712 Selon l'art. 14 al. 4 OBLF, les hausses de loyer fondées sur des investissements créant des plus-values et sur des améliorations énergétiques sont réputées non abusives lorsqu'elles ne servent qu'à couvrir équitablement les frais d'intérêts, d'amortissement et d'entretien résultant de l'investissement. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, suivie par la doctrine majoritaire, l'augmentation du loyer admissible est calculée de la manière suivante : le montant de l'investissement à plus-value est divisé par la durée de vie des installations remplacées ; y sont ajoutés les intérêts à un taux dépassant de 0.5 % le taux d'intérêt hypothécaire de référence divisé par deux (afin de tenir compte de l'amortissement) ainsi que les frais d'entretien, qui peuvent être calculés de différentes manières¹⁵⁶⁴.
- 713 Si les travaux concernent plusieurs objets loués en même temps (p. ex. travaux sur un immeuble locatif), les investissements doivent être répartis sur les différents objets. Il appartient au bailleur de choisir le mode de répartition du coût de prestations supplémentaires entre les locataires de l'immeuble ; le tribunal n'interviendra que si la méthode adoptée est insoutenable¹⁵⁶⁵. Concrètement, la répartition se fera en fonction des critères présentés ci-dessus pour la ventilation des comptes¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶¹ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 269a CO ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 54 ad art. 269a CO.

¹⁵⁶² CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 54 ad art. 269a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 595, N 4.6.

¹⁵⁶³ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 269a CO ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 51 ad art. 269a CO.

¹⁵⁶⁴ ATF 118 II 415, consid. 3c ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 611 ss, N 5.4 ; SVIT K.-ROHRER, N 72 ss ad art. 269a CO ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 81 ss ad art. 269a CO.

¹⁵⁶⁵ ATF 139 III 209, consid. 2.1.

¹⁵⁶⁶ Cf. N 523 ss.

Les autorités étatiques octroient parfois des aides financières pour réaliser des travaux d'assainissement, en particulier pour des améliorations énergétiques. Ces aides doivent être déduites du montant investi (art. 14 al. 3^{bis} OBLF), faute de quoi le bailleur pourrait justifier une majoration du loyer pour un investissement qu'il n'a pas financé par ses propres moyens, ce qui est contraire au principe des loyers basés sur les coûts¹⁵⁶⁷. 714

Le critère des frais fonctionne également « à l'envers » : une réduction des frais (en particulier du taux d'intérêt hypothécaire) peut rendre un loyer donné abusif, car permettant au bailleur de réaliser un rendement excessif. Il peut non seulement fonder une majoration du loyer (art. 269b CO), mais également une action du locataire en diminution du loyer (art. 270a CO). 715

2.4.2. Objet de la preuve

2.4.2.1. Faits pertinents

2.4.2.1.1. Pour l'augmentation ou la réduction du taux hypothécaire de référence

Lorsque le bailleur souhaite augmenter le loyer ou que le locataire en demande une réduction fondée sur la modification du taux hypothécaire de référence, il faut connaître le taux hypothécaire de référence ancien et nouveau ainsi que le loyer. Le taux hypothécaire étant un fait notoire, il ne constitue pas l'objet d'une preuve. Constitueront des objets de preuve *le loyer* ainsi que *le moment de sa dernière fixation*. Le premier fait sera la plupart du temps admis par les deux parties et sa preuve ne sera pas examinée plus profondément par la suite. Le deuxième pourra prêter à discussion, en particulier si le locataire invoque la nullité de la dernière fixation du loyer. 716

2.4.2.1.2. Pour l'augmentation (ou la réduction) des autres charges courantes et d'entretien

Par « autres charges courantes et d'entretien » il faut entendre les frais d'exploitation et d'entretien qui doivent être pris en compte dans le cadre du calcul du rendement net : les faits pertinents pour déterminer les frais d'exploitation et d'entretien sont les différents *travaux* exécutés par le bailleur sur l'objet loué et les *montants dépensés* par le bailleur à cet effet, de même que *tous les autres* 717

¹⁵⁶⁷ DÉFAGO GAUDIN, p. 164.

frais que le bailleur a engagés pour *exploiter et maintenir en l'état* l'objet loué, pour autant qu'ils ne soient pas facturés au locataire à travers les frais accessoires¹⁵⁶⁸. Les frais mentionnés à l'art. 12 al. 1 OBLF ne constituent que des exemples¹⁵⁶⁹.

- 718 Ces frais doivent être établis pour les trois exercices précédant la dernière fixation du loyer (ce qui suppose, comme pour la variation du taux hypothécaire de référence, que le moment de la dernière fixation du loyer soit prouvé) ainsi que pour les trois exercices précédant celle à partir de laquelle la majoration respectivement la réduction du loyer est requise¹⁵⁷⁰. Des frais d'entretien particulièrement élevés peuvent être amortis sur la durée de vie des installations qu'ils financent. Les montants partiels correspondants peuvent être comptabilisés chaque année dans les frais d'entretien, jusqu'à amortissement complet¹⁵⁷¹.

2.4.2.1.3. Pour les améliorations créant des plus-values et les améliorations énergétiques

- 719 Les améliorations créant des plus-values consistent en des travaux et des installations nouvelles qui accroissent la valeur de la chose louée, en améliorent la qualité, l'adaptent au goût du jour¹⁵⁷². Il peut s'agir de remplacement d'équipements ou d'importantes réparations. Toutefois, le simple remplacement d'un objet ou d'une installation ne constitue pas une prestation supplémentaire ; encore faut-il qu'il en résulte une plus-value¹⁵⁷³. Contrairement aux travaux d'entretien, les montants dépensés pour des améliorations créant une plus-value augmentent, dans le cadre du calcul du rendement net, le poste des fonds propres respectivement étrangers et non celui des frais. Les améliorations doivent augmenter objectivement la valeur de l'objet loué. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'elles rapportent des avantages directs au locataire¹⁵⁷⁴.
- 720 Souvent, le remplacement d'une installation devenue vétuste par une nouvelle, plus performante, crée une plus-value partielle ; dans ce cas, il convient de considérer la plus-value comme étant la différence entre le prix effectivement payé

¹⁵⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 517.

¹⁵⁶⁹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 49 ad art. 269a CO.

¹⁵⁷⁰ Cf. ci-dessus, N 709.

¹⁵⁷¹ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 269a CO ; cf. ci-dessus, N 515.

¹⁵⁷² LACHAT/STASTNY (Bail), p. 603, N 5.1.5 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 84 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 64 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 336 ss ad art. 269a CO.

¹⁵⁷³ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 84 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 63 et 66 ad art. 269a CO ; TF, arrêt du 26.11.2008, 4A_413/2008, consid. 4.2.

¹⁵⁷⁴ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 64 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 319 ad art. 269a CO.

par le bailleur et le prix du marché d'un équipement neuf de standard équivalent à l'ancienne installation¹⁵⁷⁵.

Savoir si certains travaux apportent une plus-value à l'objet loué est une question de fait¹⁵⁷⁶. Forment donc l'objet d'une preuve *les travaux exécutés*¹⁵⁷⁷ sur l'objet loué, la *somme dépensée pour leur réalisation* ainsi que la *plus-value* qu'ils y apportent. Est de plus pertinent *le montant d'éventuels subsides* auxquels le bailleur a touché afin de réaliser les travaux (art. 14 al. 3^{bis} OBLF). 721

Les investissements à plus-value sont, comme expliqué¹⁵⁷⁸, répercutés sur le loyer en fonction de la durée de vie présumable des installations remplacées. Selon la jurisprudence, la durée de vie présumable des installations doit être déterminée d'après l'expérience générale de la vie¹⁵⁷⁹. Il s'agit dès lors d'une règle d'expérience généralement reconnue qui ne forme pas l'objet d'une preuve¹⁵⁸⁰.

Il convient de rajouter des intérêts, étant donné que le bailleur avance le montant des investissements et que le locataire les rembourse ultérieurement par son loyer¹⁵⁸¹. Cet intérêt se calcule en fonction du taux hypothécaire de référence¹⁵⁸². Ce dernier constitue donc également un fait pertinent. Constituent finalement l'objet d'une preuve *les éléments de la clé de répartition* entre les différents objets loués si les améliorations à plus-value en concernent plusieurs à la fois, soit, en fonction de la méthode choisie par le bailleur dans le cas concret, la surface totale de l'immeuble ainsi que la surface de l'objet loué, le nombre total de pièces dans l'immeuble et le nombre de pièces de l'objet loué ou le volume total de l'immeuble et le volume de l'objet loué¹⁵⁸³. La clé de répartition constitue parfois une source de conflit, en particulier lorsque le bailleur procède à des travaux dont ne profitent pas toutes les entités d'un immeuble de la même manière¹⁵⁸⁴. 722

Lorsque le bailleur procède à « d'importantes réparations », leurs coûts sont considérés, à raison de 50 à 70 %, comme des investissements créant des plus-values (art. 14 al. 1 *in fine* OBLF). Il s'agit en l'occurrence d'une présomption¹⁵⁸⁵, c'est-à-dire que s'il est établi qu'il s'agit « d'importantes réparations », 723

¹⁵⁷⁵ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 84 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 66 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 363 ss ad art. 269a CO.

¹⁵⁷⁶ BRUTSCHIN, p. 143 ; THANEL, p. 2.

¹⁵⁷⁷ Ainsi aussi : OGer ZH, ZR 115 N 62, consid. 4.2.

¹⁵⁷⁸ Cf. ci-dessus, N 712.

¹⁵⁷⁹ ATF 118 II 415, consid. 3c/bb.

¹⁵⁸⁰ Cf. ci-après, N 734 ss.

¹⁵⁸¹ SVIT K.-ROHRER, N 72 ad art. 269a CO.

¹⁵⁸² Cf. ci-dessus, N 711.

¹⁵⁸³ Cf. ci-dessus, N 525.

¹⁵⁸⁴ Voir p. ex. OGer ZH, arrêt du 15.08.2016, NG160001, ZR 115 N 62.

¹⁵⁸⁵ Cf. ci-dessus, N 903 ss.

la part de plus-value ne forme pas l'objet d'une preuve. Il suffit pour le bailleur de prouver le montant total de ses investissements¹⁵⁸⁶, à moins que le locataire n'arrive à renverser la présomption. Par « réparations importantes », il convient d'entendre *des travaux extraordinaires, dépassant manifestement l'entretien normal, concernant simultanément plusieurs parties essentielles de l'immeuble et d'un coût élevé par rapport à l'état locatif*¹⁵⁸⁷. Constituent donc des faits pertinents les circonstances dont il peut être déduit qu'il s'agit d'importantes réparations¹⁵⁸⁸. Est déterminant l'étendue des travaux – qui se répercute sur le montant investi – mais non la raison pour laquelle le bailleur a procédé aux travaux¹⁵⁸⁹.

724 L'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF ne donne qu'un cadre, une fourchette, allant de 50 à 70 %. À l'intérieur de ce cadre, il convient encore de fixer le pourcentage concrètement applicable au cas d'espèce, ce qui constitue une question d'appréciation. Cette appréciation se fera en principe en fonction des critères suivants :

- le coût global des travaux par rapport à l'état locatif (plus ce dernier est élevé, plus le taux se rapproche de 70 %)¹⁵⁹⁰ ;
- l'étendue des travaux à plus-value (plus la partie des travaux à plus-value est élevée, plus le taux se rapproche de 70 %)¹⁵⁹¹ ;
- le laps de temps écoulé depuis la construction de l'objet loué ou sa dernière rénovation générale (plus ce laps de temps est long, plus le taux se rapproche de 70 %)¹⁵⁹².

Les faits nécessaires pour procéder à cette appréciation constituent dès lors également des faits pertinents.

725 L'art. 14 al. 2 OBLF prévoit une liste de travaux qui sont considérés comme des *améliorations énergétiques* et donc comme prestations supplémentaires justifiant l'augmentation du loyer. L'art. 14 al. 3 OBLF précise que les investissements dans des mesures d'amélioration énergétique peuvent être répercutés entièrement sur le loyer dans la mesure où elles dépassent le coût de rétablissement ou de maintien de l'état initial de la chose louée. Le principe est donc le même

¹⁵⁸⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 92 ad art. 269a CO.

¹⁵⁸⁷ BSK OR I-WEBER, N 12 ad art. 269a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 605 s., N 5.2.2 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 68 ad art. 269a CO.

¹⁵⁸⁸ BRUTSCHIN, p. 144 s.; la présence de ces faits déclenche la présomption prévue par l'art. 14 al. 1 *in fine* CO, qui fera l'objet d'une analyse plus profonde ci-dessus, aux N 902 ss.

¹⁵⁸⁹ SCHIESS RÜTIMANN, p. 80 et note 42 ainsi que les réf.

¹⁵⁹⁰ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 608, N 5.2.5 ; SVIT K.-ROHRER, N 71 ad art. 269a CO.

¹⁵⁹¹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 607, N 5.2.5 ; SVIT K.-ROHRER, N 71 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 386 ad art. 269a CO.

¹⁵⁹² LACHAT/STASTNY (Bail), p. 608, N 5.2.5 ; SVIT K.-ROHRER, N 71 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 388 ad art. 269a CO.

que pour les autres remplacements d'installations¹⁵⁹³. Elle a cependant une certaine portée lorsqu'il est procédé à des améliorations énergétiques lors d'importantes réparations au sens de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF. Dans ce cas, les surcoûts par rapport aux mêmes réparations importantes, mais sans mesures d'amélioration énergétique, peuvent être répercutés à 100 %¹⁵⁹⁴ alors que les investissements dans les réparations importantes rapportent une plus-value de 50 à 70 %¹⁵⁹⁵.

Notons encore que les aides octroyées pour des améliorations créant des plus-values doivent être déduites du montant de la prestation supplémentaire (art. 14 al. 3^{bis} OBLF)¹⁵⁹⁶. 726

Est donc pertinent le fait de savoir si les travaux exécutés rentrent dans une catégorie de travaux énumérés à l'art. 14 al. 2 OBLF. Ce fait est toutefois uniquement pertinent lorsque les travaux constituent d'importantes réparations au sens de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF. 727

Selon une partie de la doctrine, s'appuyant sur les travaux préparatoires concernant l'art. 14 al. 2 et 3 OBLF¹⁵⁹⁷, les investissements pour améliorations énergétiques peuvent uniquement être répercutés sur le loyer lorsqu'elles entraînent une réduction des frais accessoires¹⁵⁹⁸. Cet avis semble être partagé par le Tribunal fédéral¹⁵⁹⁹.

À l'instar d'une autre partie de la doctrine¹⁶⁰⁰, nous considérons toutefois que cet avis ne saurait être suivi, étant donné que la réduction de la consommation d'énergie et des émissions de substances polluantes est dans l'intérêt des locataires et justifie que ceux-ci supportent les coûts ainsi occasionnés, même en l'absence de réduction des frais accessoires, et qu'en outre, comme déjà mentionnée, une prestation supplémentaire justifie une majoration de loyer même si elle ne profite pas directement au locataire.

¹⁵⁹³ Cf. ci-dessus, N 720.

¹⁵⁹⁴ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 80 ad art. 269a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 610, N 5.3.4.

¹⁵⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 711.

¹⁵⁹⁶ Il doit en effet être déduit du montant de la plus-value apportée, non du montant total investi par le bailleur : TF, arrêt du 02.11.2011, 4A_484/2011, consid. 4.

¹⁵⁹⁷ NORDMANN, BO CN 2007 p. 783 ; CONSEIL NATIONAL, Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du 22 mai 2007, p. 3, (disponible sous l'adresse suivante : https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2006/Rapport_de_la_commission_CEATE-N_06.3015_2007-05-22.pdf, dernière consultation : 13.05.2021).

¹⁵⁹⁸ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 610, N 5.3.3.

¹⁵⁹⁹ TF, arrêt du 02.11.2011, 4A_484/2011, consid. 2.2.

¹⁶⁰⁰ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 79 ad art. 269a CO ; DÉFAGO GAUDIN, p. 160 s ; dans ce sens aussi : Tribunal civil du district de Neuchâtel, arrêt du 28.09.2001, DB 2006 N 14.

2.4.2.1.4. Pour l'agrandissement de la chose louée

- 728 Par agrandissement de la chose louée, il convient d'entendre une augmentation de la surface louée¹⁶⁰¹. Étant donné que l'augmentation du loyer possible se calculera sur les investissements nécessaires pour procéder à l'agrandissement et non par une augmentation proportionnelle à l'agrandissement de la surface¹⁶⁰², les faits pertinents sont *le caractère des travaux* – qui doivent entraîner effectivement une augmentation de la surface louée – ainsi que *les investissements nécessaires* à cette fin.

2.4.2.2. Allégation et contestation

- 729 Afin de constituer des objets de la preuve, les faits identifiés ci-dessus comme étant pertinents doivent être allégués et contestés. La question de l'augmentation (ou de la réduction) du loyer en fonction du critère de l'art. 269a let. b CO se pose dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale, si bien que les parties ne sont pas soumises à un fardeau de l'allégation, de la motivation suffisante et de la contestation au sens propre du terme, mais d'un devoir de collaboration qui s'en rapproche.
- 730 Rappelons que les faits notoires n'ont pas non plus besoin d'être allégués ou motivés. En l'occurrence, lorsqu'une des parties demande une modification du loyer suite à la modification du taux hypothécaire de référence, elle n'a en principe pas besoin d'alléguer ni de motiver le taux hypothécaire de référence. À notre sens, la partie doit néanmoins indiquer que sa requête est fondée sur la modification du taux hypothécaire de référence, faute de quoi l'objet du litige est difficile à identifier (art. 244 al. 1 let. c CPC).
- 731 La question de l'allégation se pose en particulier pour les améliorations créant des plus-values, vu la complexité du calcul nécessaire pour fixer l'augmentation de loyer admissible. La jurisprudence et la doctrine considèrent qu'incombe au bailleur (qui veut fonder une hausse de loyer sur le fait qu'il a procédé à des travaux à plus-value) le fardeau d'alléguer et de motiver la plus-value que rapportent les travaux concrètement à l'objet loué dont le loyer est litigieux¹⁶⁰³. L'art. 20 al. 1 OBLF précise que le locataire peut exiger que le bailleur motive

¹⁶⁰¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 84 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 74 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 353 ss art. 269a CO.

¹⁶⁰² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 84 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 74 ad art. 269a CO ; CORBOZ, p.18.

¹⁶⁰³ OGer ZH, ZR 115 N 62, consid. 4.2 ; BRUTSCHIN, p. 142 s.; ZK OR-HIGI, N 355 ad art. 269a CO.

l'augmentation du loyer en fournissant des chiffres précis. Ainsi posé, le « devoir de collaborer » du bailleur est identique au fardeau de l'allégation et de motivation suffisante applicable dans une procédure soumise à la maxime des débats¹⁶⁰⁴. Toutefois, à notre avis, lorsque le tribunal a des motifs objectifs d'éprouver des doutes quant au caractère complet des allégués des parties, il doit les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets ; selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral au sujet de la maxime inquisitoire sociale, le tribunal ne saurait cependant administrer d'office des preuves pour des faits qu'aucune des parties n'a allégués, à tout le moins pas lorsque les parties sont représentées par des mandataires professionnels¹⁶⁰⁵.

Lorsqu'il s'agit d'importantes réparations, le bailleur doit alléguer et motiver ce fait ; une plus-value de 50 à 70 % est présumée. Il doit néanmoins alléguer quel taux de plus-value doit être retenu dans le cas concret et motiver en utilisant les critères mentionnés ci-dessus¹⁶⁰⁶. À l'inverse, le locataire qui invoque que le taux de plus-value peut être fixé et que la plus-value est inférieure à 50 % doit alléguer et motiver ce fait. Il n'est pas suffisant qu'il allègue qu'il ne s'agit que de travaux d'entretien en invoquant que certains des travaux n'apportaient aucune plus-value¹⁶⁰⁷. 732

2.4.2.3. Fait notoire : le taux hypothécaire de référence

Le taux hypothécaire de référence constitue un fait pertinent plusieurs hypothèses de l'art. 269a let. b CO. Comme expliqué, il s'agit d'un fait notoire, qui ne nécessite dès lors pas de preuve¹⁶⁰⁸. 733

¹⁶⁰⁴ Nous pouvons en outre constater que dans l'arrêt précité du 15.08.2016, NG 160001, consid. 4.1 (non publié in : ZR 115 N 62), le Tribunal supérieur du Canton de Zurich applique sans autre les règles au sujet du fardeau de l'allégation et de la motivation suffisante comme si la procédure avait lieu sous la maxime des débats.

¹⁶⁰⁵ ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; cf. ci-dessus, N 152 ss158.

¹⁶⁰⁶ Cf. N 724.

¹⁶⁰⁷ OGer ZH, MRA 2009, p. 66, consid. 2.

¹⁶⁰⁸ Cf. ci-dessus, N 546.

2.4.2.4. Règle d'expérience généralement reconnue : durée de vie des travaux et installations

- 734 Comme mentionné, la durée de vie présumable des installations doit être déterminée d'après l'expérience générale de la vie¹⁶⁰⁹ et constituerait une question d'appréciation¹⁶¹⁰. À notre sens, la durée de vie présumable d'un certain type d'installation constitue une règle d'expérience généralement reconnue : en effet, par exemple la durée de vie présumable d'une machine à laver ou d'un parquet de qualité moyenne dans un appartement s'est vérifiée de façon suffisamment répétée pour qu'on puisse la généraliser sans risque d'erreur significatif et peut dès lors être à peu près équivalente pour tous les appartements¹⁶¹¹. La durée de vie présumable d'une installation ne forme donc pas l'objet d'une preuve.
- 735 En pratique, les tribunaux ont souvent recours aux tables de durée de vie établies par les représentants des bailleurs et des locataires¹⁶¹². Ainsi posées, les tables paritaires de durée de vie constitueraient un répertoire de règles d'expérience généralement reconnues.
- 736 Il est toutefois aussi possible d'établir la durée de vie présumable d'une certaine installation par expertise¹⁶¹³. Si plusieurs installations sont remplacées en même temps, il conviendrait en principe d'individualiser le calcul pour chaque poste de travaux ou chaque installation¹⁶¹⁴. Toutefois, en pratique, il est procédé au calcul d'une durée moyenne dans laquelle les différents travaux et installations sont pondérés¹⁶¹⁵.

2.4.3. Sujet de la preuve

- 737 Les procédures, dans lesquelles l'argument de la hausse des coûts, respectivement de leur baisse, ainsi que des prestations supplémentaires se pose, sont soumises à la maxime inquisitoire sociale. La responsabilité de l'établissement des faits est dès lors partagée entre les parties et le tribunal. Le tribunal peut en principe administrer d'office des moyens de preuve même si ceux-ci n'ont pas été formellement requis, à condition que, sur la base des déclarations des parties

¹⁶⁰⁹ ATF 118 II 415, consid. 3c/bb.

¹⁶¹⁰ TF, arrêt du 02.11.2011, 4A_484/2011, consid. 5.

¹⁶¹¹ Cf. ci-dessus, N 111 s.

¹⁶¹² LACHAT/STASTNY (Bail), p. 613, N 5.4.6 ; SVIT K.-ROHRER, N 75 ad art. 269a CO ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 84 ad art. 269a CO.

¹⁶¹³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 84 ad art. 269a CO.

¹⁶¹⁴ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 84 ad art. 269a CO.

¹⁶¹⁵ ATF 118 II 415, consid. 3c/bb ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 86 ad art. 269a CO ; SVIT K.-ROHRER, N 75 ad art. 269a CO.

et/ou du dossier, il ait connaissance de leur existence¹⁶¹⁶. Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la maxime inquisitoire sociale se résumerait cependant à un devoir d'interpellation accru du tribunal. Ce dernier pourrait uniquement, s'il se rend compte qu'une partie n'a pas proposé des moyens de preuve pour des faits qu'elle allègue, intervenir par des questions adéquates afin que les moyens de preuve soient précisément énumérés, mais pas établir des faits d'office¹⁶¹⁷.

La jurisprudence ne permet pas, à ce jour, de dégager comment il convient d'appliquer ces principes concrètement à la preuve des éléments pertinents selon l'art. 269a let. b CO. Il n'est ainsi pas connu dans quelles circonstances le tribunal doit inviter les parties à proposer des moyens de preuve respectivement à quelles conditions il peut administrer des preuves d'office. Quoi qu'il en soit, il incombe en principe aux parties de présenter ou de requérir des moyens de preuve afin de démontrer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions. Rappelons encore que le tribunal peut, indépendamment de la maxime applicable à la procédure, ordonner une expertise d'office¹⁶¹⁸. 738

2.4.4. Degrés de preuve

Les objets de la preuve présentés ci-dessus doivent être prouvés de manière stricte. Ce degré de la preuve est en effet applicable par défaut¹⁶¹⁹. À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas considéré qu'il existait une situation de *Beweisnot*, justifiant la réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante¹⁶²⁰, pour la preuve d'un des faits pertinents. 739

BOHNET/BROQUET ont constaté que lorsque le bailleur a conclu un contrat d'entreprise générale, le locataire peut se trouver dans l'impossibilité de renverser la présomption prévue à l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF, à cause de l'absence de facturation détaillée¹⁶²¹. Le Tribunal supérieur du Canton de Zurich a déjà mentionné que la répartition du montant total investi dans l'immeuble par le bailleur sur l'appartement dont le loyer est contesté pourrait être considérée comme difficile par nature et justifier la réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante lorsque le bailleur a procédé à des travaux qui doivent être pris 740

¹⁶¹⁶ TF, arrêt du 04.11.2011, 4A_484/2011, cf. ci-dessus, N 152 ss.

¹⁶¹⁷ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

¹⁶¹⁸ Cf. ci-dessus, N 258 et 269.

¹⁶¹⁹ Cf. ci-dessus, N 226.

¹⁶²⁰ Cf. ci-dessus, N 227 ss.

¹⁶²¹ Bail-BOHNET/BROQUET, N 95 ad art. 269a CO.

en compte pour le calcul du rendement net et qu'il a conclu un contrat d'entreprise prévoyant une rémunération forfaitaire de l'entrepreneur¹⁶²². Il nous semble dès lors que, s'il devait s'avérer à l'avenir que la conclusion de contrats d'entreprise générale avec rémunération forfaitaire rend systématiquement impossible le renversement de la présomption de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF, il conviendrait de réduire le degré de preuve à la vraisemblance prépondérante pour prouver le taux de plus-value¹⁶²³.

2.4.5. Moyens de preuve

- 741 Lorsque l'augmentation ou la réduction du loyer, suite à une variation du taux hypothécaire de référence, est litigieuse, la partie qui supporte le fardeau de la preuve doit proposer des moyens de preuve pour *le loyer et le moment de sa dernière fixation*¹⁶²⁴. Ces éléments peuvent être prouvés p. ex. par le contrat de bail ainsi que le dernier avis de modification du loyer (art. 269d al. 1 CO), soit des titres¹⁶²⁵. Toutefois, ces éléments ne seront, en pratique, que très exceptionnellement contestés.
- 742 *Les travaux exécutés* et les *montants investis* pour ces travaux, respectivement le remplacement d'installations, peuvent être prouvés en particulier par un décompte de frais de construction ou des factures des artisans et entrepreneurs¹⁶²⁶, qui constituent des titres¹⁶²⁷.
- 743 Savoir si ces montants constituent *de l'entretien ou apportent de la plus-value* à la chose louée – et le cas échéant, combien – est plus complexe à prouver. Cette preuve doit être apportée par une expertise¹⁶²⁸. Notons toutefois que la notion de plus-value utilisée par la loi n'est pas nécessairement égale à celle utilisée en technique du bâtiment. La loi part de l'état au moment de la conclusion du contrat (art. 256 al. 1 CO) alors que l'expert partira de l'état de l'objet loué avant l'exécution des travaux¹⁶²⁹ ; des travaux qu'un expert-technicien en

¹⁶²² OGer ZH, arrêt du 24.11.2016, NG160009 ; cf. ci-dessus, N 562.

¹⁶²³ Il s'agit ici de la preuve du contraire, qui normalement devrait être apportée par preuve stricte : BK ZGB (2012)-WALTER, N 418 ad art. 8 CC.

¹⁶²⁴ Cf. ci-dessus, N 716.

¹⁶²⁵ Cf. ci-dessus, N 249 ss.

¹⁶²⁶ BRUTSCHIN, p. 147.

¹⁶²⁷ Cf. ci-dessus, N 249 ss.

¹⁶²⁸ THANEI, p. 3 ; elle peut également résulter des connaissances spéciales d'un membre du tribunal (au sens de l'art. 183 al. 3 CPC).

¹⁶²⁹ SCHIESS RÜTIMANN, p. 83 s ; pour un exemple, voir : TF, arrêt du 26.11.2008, 4A_413/2008, consid. 4.4.

bâtiment considérera comme travaux à plus-value peuvent constituer en réalité de l'entretien au sens de la loi.

À notre sens, *le montant d'éventuels subsides* auxquels le bailleur a touché afin de réaliser les travaux peut être prouvé par le dépôt de la décision octroyant les subventions, soit par titre. Une demande de renseignements écrits auprès de l'autorité compétente peut également être envisagée. 744

Pour ce qui est des moyens de preuve envisageables afin de prouver les éléments de la clé de répartition, il peut être renvoyé aux considérations à ce sujet dans le chapitre dédié au rendement net¹⁶³⁰. Il en va de même en ce qui concerne l'augmentation ou la réduction des charges (autres que le taux hypothécaire de référence qui, étant un fait notoire, ne nécessite aucune preuve)¹⁶³¹. Lorsque les travaux créent une plus-value, il peut être nécessaire de procéder à une expertise pour déterminer dans quelle mesure différentes entités d'un immeuble profitent de certains travaux exécutés, ce qui peut s'avérer particulièrement difficile lorsque le bailleur et l'entrepreneur ont conclu un contrat prévoyant une rémunération forfaitaire de l'entrepreneur¹⁶³². 745

2.4.6. Devoir de collaborer

La question du devoir de collaborer se pose en particulier lorsque le locataire invoque une baisse des charges. Dans ce cas, le locataire supporte le fardeau de la preuve de ce fait, sans pour autant disposer des moyens nécessaires à en apporter la preuve. Il convient dès lors de soumettre le bailleur à un devoir de collaborer : il incombe à ce dernier de produire tous les titres relatifs aux frais accessoires qui se trouvent en sa possession, faute de quoi le tribunal pourra retenir les faits allégués par le locataire et accorder à ce dernier la baisse de loyer requise¹⁶³³. Les principes sont les mêmes que pour le devoir de collaborer dans le cadre de la fixation du loyer au moyen du rendement net ; il peut dès lors être renvoyé aux considérations dans le chapitre dédié au devoir de collaborer en application du critère du rendement net¹⁶³⁴. 746

Un devoir de collaborer touche le bailleur également lorsqu'il souhaite augmenter le loyer par suite d'importantes réparations au sens de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF et que le locataire s'apprête à renverser la présomption statuée par 747

¹⁶³⁰ Cf. ci-dessus, N 589 ss.

¹⁶³¹ Cf. ci-dessus, N 580 ss.

¹⁶³² Voir p. ex. OGer ZH, ZR 115 N 62.

¹⁶³³ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 601, N 4.16 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 56 s. ad art. 269a CO.

¹⁶³⁴ Cf. ci-dessus, N 600 ss.

ladite disposition¹⁶³⁵. Rappelons à ce sujet que le bailleur est uniquement obligé de déposer des documents dont il dispose ; il ne peut pas être obligé de se procurer des documents¹⁶³⁶. En particulier, il ne peut dès lors pas être obligé de se procurer des titres nécessaires pour une facturation détaillée auprès de l'entrepreneur de construction lorsqu'il a convenu avec ce dernier d'un prix forfaitaire¹⁶³⁷.

- 748 Quant au devoir de collaborer d'un tiers, il pourrait en particulier concerner l'entrepreneur ayant procédé aux travaux par lesquels le bailleur justifie l'augmentation du loyer ; l'entrepreneur pourrait être amené à déposer des titres en sa possession (art. 160 al. 1 let. b CPC).

2.5. Le rendement brut

2.5.1. Concept

- 749 Selon l'art. 269a let. c CO, le loyer n'est pas abusif si, pour des constructions récentes, il se situe dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais. La disposition permet de tenir compte de certaines spécificités liées aux immeubles récents. Elle permet aux bailleurs d'obtenir un rendement supérieur à celui autorisé par les autres critères¹⁶³⁸. Durant les premières années suivant la construction, le rendement qu'il serait possible de réaliser en vertu du critère des loyers comparatifs est souvent inférieur aux frais d'investissements¹⁶³⁹. De plus, il est difficile, voire impossible de calculer les frais d'exploitation et d'entretien, éléments nécessaires au calcul du rendement net ; ces frais doivent être pris en compte de manière forfaitaire¹⁶⁴⁰.
- 750 Selon l'art. 15 al. 1 OBLF, le rendement brut est calculé sur la base des « frais d'investissement ». Selon la doctrine, le rendement brut constitue le rapport, exprimé en pour cent, entre le loyer net de l'objet et l'entier du capital investi

¹⁶³⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 95 ad art. 269a CO.

¹⁶³⁶ Cf. ci-dessus, N 701.

¹⁶³⁷ Dans ce sens aussi : SVIT K.-ROHRER, N 78 ad art. 269a CO ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 95 ad art. 269a CO.

¹⁶³⁸ ATF 118 II 124, consid. 4a, JdT 1993 I 643 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 97 ad art. 269a CO.

¹⁶³⁹ ATF 118 II 124, consid. 4a, JdT 1993 I 643 ; BSK OR I-WEBER, N 14 ad art. 269a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 617 s., N 6.1 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 97 ad art. 269a CO.

¹⁶⁴⁰ SVIT K.-ROHRER, N 89 ad art. 269a CO.

(sans procéder à une distinction entre les fonds propres et les fonds étrangers)¹⁶⁴¹. Ce dernier montant correspond au prix de revient¹⁶⁴². Le but du calcul du rendement brut étant également la prise en considération des frais d'exploitation et d'entretien de manière forfaitaire, le taux de rendement admissible doit tenir compte, en plus des charges financières, des charges courantes et des frais d'entretien. Par conséquent, le taux de rendement admissible doit être majoré par rapport au taux hypothécaire de référence ; en pratique, l'on retient en général une majoration du taux de l'ordre de 2 à 2.5 %¹⁶⁴³.

La question de savoir si le capital investi doit être adapté au renchérissement n'a pas encore été traitée par la jurisprudence ; la doctrine n'est pas unanime sur ce point¹⁶⁴⁴. 751

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, un immeuble est « récent » lorsqu'il a été construit il y a une dizaine d'années environ¹⁶⁴⁵. Sont à assimiler aux constructions récentes les immeubles complètement rénovés¹⁶⁴⁶. 752

2.5.2. Objet de la preuve

2.5.2.1. Faits pertinents

À l'instar des autres critères, celui du rendement brut permet de déterminer si le loyer contesté est abusif ou non. Il convient donc de définir le loyer maximal admissible selon ce critère, puis de le comparer au loyer contesté. Si le deuxième dépasse le premier, le loyer est abusif. Les éléments pertinents sont donc 753

¹⁶⁴¹ BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 269a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 619, N 6.5 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 103 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 152 s ad art. 269a CO.

¹⁶⁴² SVIT K.-ROHRER, N 88 ad art. 269a CO ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 102 s. ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 152 ad art. 269a CO ; pour la notion de prix de revient, cf. ci-dessus, N 505.

¹⁶⁴³ ATF 118 II 124, consid. 5, JdT 1993 I 643 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 106 ad art. 269a CO.

¹⁶⁴⁴ En faveur de l'adaptation : SVIT K.-ROHRER, N 97 ad art. 269a CO ; *contra* : ZK OR-HIGI, N 176 ad art. 269a CO ; WEBER (BSK OR I, N 14a ad art. 269a CO) estime que le renchérissement doit être pris en compte, à l'instar de ce qui prévaut pour le rendement net, sur le capital propre du bailleur, pour autant que ce dernier ne dépasse pas les 40 %.

¹⁶⁴⁵ BSK OR I-WEBER, N 14 ad art. 269a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 619, N 6.4 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 101 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 146 ad art. 269a CO ; ROHRER plaide pour une quinzaine d'années : SVIT K.-ROHRER, N 89 ad art. 269a CO.

¹⁶⁴⁶ BSK OR I-WEBER, N 14 ad art. 269a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 619, N 6.4 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 101 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 150 ad art. 269a CO.

le loyer contesté et le rendement brut maximal admissible des fonds propres et étrangers investis par le bailleur dans l'objet loué.

- 754 Cela dit, il convient préalablement de déterminer si le critère du rendement brut est applicable au loyer litigieux. Une réponse à cette question suppose la connaissance du *moment de la construction de l'immeuble* dans lequel se trouve l'objet loué ; cet élément est donc pertinent. Le moment de la construction de l'immeuble constitue un fait, car il s'agit d'un événement du passé, déterminé par rapport au lieu et au temps.
- 755 La détermination du rendement brut maximal admissible nécessite la connaissance du *prix de revient* de l'immeuble ainsi que du taux hypothécaire de référence. Au sujet du prix de revient, il peut être renvoyé aux développements au sujet de l'objet de la preuve dans la détermination du rendement net excessif¹⁶⁴⁷. Le prix de revient ne pourra figurer comme fondement du calcul du rendement brut lorsqu'il n'est pas fondé sur un prix d'achat, respectivement des frais de construction, manifestement exagérés¹⁶⁴⁸.
- 756 Au moyen du prix de revient et du taux hypothécaire peut être calculée la somme maximale des loyers bruts admissibles pour tout l'immeuble. Or l'élément déterminant est le rendement de la chose louée et non celui de l'immeuble entier¹⁶⁴⁹. La détermination du loyer maximal admissible pour l'objet loué suppose dès lors encore une *ventilation des comptes*¹⁶⁵⁰. Sur ce point également, il peut être renvoyé aux développements au sujet de l'objet de la preuve du rendement net excessif¹⁶⁵¹.

2.5.2.2. Allégation et contestation

- 757 Comme nous venons de le voir, le calcul du loyer admissible en application du critère du rendement brut suppose la connaissance de faits également pertinents pour le calcul du rendement net (à savoir le loyer contesté, le prix de revient et les faits déterminants pour la ventilation des comptes). Sur ces éléments-là, il peut être renvoyé aux développements au sujet du calcul du rendement net¹⁶⁵².
- 758 Quant au moment de la construction de l'immeuble, il s'agit d'un fait simple dont ni l'allégation, ni la motivation suffisante, ni la contestation ne devraient poser de problèmes. Rappelons que la maxime inquisitoire sociale permet au

¹⁶⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 505.

¹⁶⁴⁸ Cf. ci-dessus, N 610 ss.

¹⁶⁴⁹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 105 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 182 ad art. 269a CO.

¹⁶⁵⁰ ZK OR-HIGI, N 182 ad art. 269a CO.

¹⁶⁵¹ Cf. ci-dessus, N 523.

¹⁶⁵² Cf. ci-dessus, N 541 ss.

tribunal de retenir un fait qui ressort du dossier même s'il n'a pas été allégué expressément par une des parties¹⁶⁵³. Dès lors, à notre sens, s'il ressort du dossier que l'objet loué a été construit il y a moins de dix ans sans que le bailleur l'ait allégué, le tribunal peut néanmoins retenir ce fait.

2.5.2.3. Faits notoires

Le taux d'intérêt hypothécaire est un fait notoire. Il ne formera donc pas l'objet d'une preuve. 759

2.5.3. Sujet de la preuve

La question du rendement brut se pose dans des procédures qui sont soumises à la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). La responsabilité pour l'établissement des faits, en particulier pour l'apport des moyens de preuve, est partagée entre le tribunal et les parties. 760

Pour ce qui est du prix de revient et des éléments nécessaires à la ventilation des comptes, il peut être renvoyé aux considérations au sujet de la répartition des tâches entre le tribunal et les parties dans le cadre du calcul du rendement net¹⁶⁵⁴. 761

Pour le moment de la construction de l'immeuble, notons à ce stade déjà que le fardeau de la preuve de ce fait incombe en principe au bailleur. Ce dernier devrait être en mesure d'apporter la preuve du moment de la construction de l'immeuble sans autres problèmes. L'intervention du tribunal ne se justifie en principe pas. 762

2.5.4. Degré de preuve

À l'instar des faits pertinents pour le calcul du rendement net¹⁶⁵⁵, les faits pertinents pour le calcul du rendement brut doivent être prouvés de manière stricte. La réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante se justifie en présence d'un état de nécessité en matière de preuve. Nous ne nous trouvons cependant pas en présence de cette hypothèse pour les faits pertinents pour le calcul du rendement brut : pour aucun fait pertinent, apporter la preuve stricte n'est objectivement impossible ou pas raisonnablement exigible. 763

¹⁶⁵³ Cf. ci-dessus, N 152.

¹⁶⁵⁴ Cf. ci-dessus, N 556 ss.

¹⁶⁵⁵ Cf. ci-dessus, N 560.

2.5.5. Moyens de preuve

- 764 Sur ce point également, il peut être renvoyé à ce qui a été écrit ci-dessus, au sujet des moyens de preuve dans le calcul du rendement net¹⁶⁵⁶.
- 765 Concernant le moment de la construction de l'immeuble, ce fait peut à notre sens être prouvé le plus facilement par titre. L'on peut y penser p. ex. à des documents de la procédure administrative liée à la construction de l'objet loué, en particulier au permis d'habiter.

2.5.6. Devoir de collaborer

- 766 À l'instar de ce qui prévaut pour le calcul du rendement net, lorsque la question du calcul du rendement brut se pose, le locataire ne dispose la plupart du temps pas des documents nécessaires à la preuve des faits pertinents dont le fardeau de la preuve lui incombe. Le bailleur est donc également soumis au devoir de collaborer¹⁶⁵⁷. Il est possible, à ce sujet, de renvoyer aux considérations concernant le devoir de collaborer dans le cadre de l'établissement du rendement net¹⁶⁵⁸.

2.6. Le plan de hausses

- 767 Selon l'art. 269a let. d CO ne sont pas abusifs les loyers qui ne servent qu'à compenser une réduction du loyer accordée antérieurement grâce au report partiel des frais usuels de financement et sont fixés dans un plan de paiement connu du locataire à l'avance. La disposition s'inspire du système de financement institué par la LCAP et l'OLCAP, selon lequel la Confédération peut octroyer des crédits à la construction de logements et y lier un plan des loyers et un plan de financement, établis pour vingt-cinq ans, de telle façon que, durant cette période, toutes les charges du propriétaire puissent être couvertes, les avances remboursées, intérêt compris, et 30 pour cent au plus des frais d'investissement amortis (art. 21 al. 1 OLCAP) et dont les loyers initiaux ne couvrent pas les frais du propriétaire (« abaissement initial », art. 35 LCAP). Le but de l'art. 269a let. d CO est de permettre un système semblable pour le financement par des

¹⁶⁵⁶ Cf. ci-dessus, N 564 ss.

¹⁶⁵⁷ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 108 ad art. 269a CO.

¹⁶⁵⁸ Cf. ci-dessus, N 600 ss.

privés, ce qui suppose que le loyer puisse dépasser, pendant une certaine période, le « seuil de l'abusivité » en application du critère du rendement net, afin de rattraper l'abaissement initial¹⁶⁵⁹.

Il s'agit d'un critère relatif ; un loyer fondé sur ce critère peut être attaqué par les actions prévues aux art. 270 ss CO¹⁶⁶⁰. Durant le plan de paiement, les parties ne peuvent pas obtenir une modification du loyer – respectivement, s'opposer à une modification du loyer – en se référant à un critère absolu¹⁶⁶¹. 768

Vu l'utilisation très peu fréquente de ce critère en pratique¹⁶⁶², il est renoncé à développer plus de points à son sujet dans la présente thèse. 769

2.7. Le renchérissement pour le capital exposé aux risques

L'art. 269a let. e CO prévoit que ne sont pas abusifs les loyers qui ne compensent que le renchérissement pour le capital exposé aux risques. Le législateur vise ainsi l'adaptation du loyer au renchérissement, mesuré par l'IPC¹⁶⁶³. L'art. 16 OBLF précise que l'augmentation de loyer visant à compenser le renchérissement pour le capital exposé aux risques ne peut dépasser 40 % de la hausse de l'IPC. Le législateur souhaite ainsi permettre au bailleur d'adapter le loyer au renchérissement afin d'éviter une dévalorisation de ses fonds propres, en partant du principe que le bailleur a financé l'objet loué à raison de 40 % par ses fonds propres et à raison de 60 % par des fonds étrangers¹⁶⁶⁴. La part effectivement financée par les fonds propres du bailleur n'est dès lors pas déterminante¹⁶⁶⁵. 770

Au vu de ce qui précède, constituent des faits pertinents le loyer dont l'adaptation est demandée ainsi que le renchérissement. Le premier fait ne sera que très rarement contesté et le deuxième est notoire¹⁶⁶⁶. En pratique, la partie qui se fonde sur l'art. 269a let. e CO pour demander une hausse respectivement une baisse du loyer ne devra prouver aucun élément de fond. Dès lors, les questions de la répartition des tâches entre le tribunal et les parties, du degré de preuve, 771

¹⁶⁵⁹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 623 s., N 7.1 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 110 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 416 ss ad art. 269a CO ; Message révision droit du bail, p. 1472.

¹⁶⁶⁰ ZK OR-HIGI, N 422 ad art. 269a CO.

¹⁶⁶¹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 624, N 7.2.

¹⁶⁶² BSK OR I-WEBER, N 16 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 422 ad art. 269a CO.

¹⁶⁶³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 117 ad art. 269a CO.

¹⁶⁶⁴ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 118 ad art. 269a CO ; ZK OR-HIGI, N 400 ad art. 269a CO.

¹⁶⁶⁵ ZK OR-HIGI, N 400 ad art. 269a CO.

¹⁶⁶⁶ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 123 ad art. 269a CO ; cf. ci-dessus, N 547.

des moyens de preuve et du devoir de collaborer dans l'administration des moyens de preuve ne se posent pas.

2.8. Les limites recommandées par le contrat-cadre

- 772 Selon l'art. 269a let. f CO, ne sont pas abusifs les loyers qui n'excèdent pas les limites recommandées dans les contrats-cadres conclus entre les associations de bailleurs et de locataires ou les organisations qui défendent des intérêts semblables. Les contrats-cadres sont réglés à la LCDB, dont l'art. 1 prévoit que des associations de bailleurs et de locataires peuvent établir en commun, pour toute la Suisse, certaines régions ou le territoire d'un ou de plusieurs cantons, des dispositions types applicables à certains aspects de contrats de baux à loyer de logements et de locaux commerciaux, dont la fixation du loyer¹⁶⁶⁷. Un tel contrat-cadre doit offrir aux locataires une protection pour le moins équivalente à celle du « droit ordinaire » – soit les dispositions du Code des obligations – contre les loyers abusifs (art. 3 al. 1 let. b LCDB). Il ne peut en outre pas déroger aux art. 269 et 269d CO (art. 3 al. 3 let. b LCDB).
- 773 Un contrat-cadre pourrait donc prévoir des règles différentes pour la fixation du loyer, pour autant que celles-ci soient globalement équivalentes à la réglementation prévue par le Code des obligations et ne permettent pas un loyer abusif selon les critères du rendement net et du prix d'achat manifestement exagéré. Dans ce cas, un loyer qui serait abusif selon un ou plusieurs des autres critères de l'art. 269a CO serait néanmoins admissible, s'il est conforme aux dispositions du contrat-cadre¹⁶⁶⁸.
- 774 Il n'existe à ce jour aucun contrat-cadre prévoyant des dispositions au sujet de la fixation du loyer, raison pour laquelle ce critère ne sera pas analysé plus profondément dans la présente thèse.

¹⁶⁶⁷ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 125 ad art. 269a CO.

¹⁶⁶⁸ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 127 ad art. 269a CO.

Chapitre 3 : La preuve et les procédures relatives à la fixation du loyer

Il convient dès à présent d'analyser les questions de preuve qui se posent dans les différentes actions mises à disposition des justiciables pour faire vérifier l'admissibilité d'un loyer par le tribunal. La loi en prévoit trois, à savoir l'action en contestation du loyer initial (3.1.), l'action en contestation de l'augmentation du loyer (3.2.) ainsi que l'action en diminution du loyer (3.3.). Le locataire dispose en outre de la possibilité de faire constater la nullité du loyer et de demander le remboursement du trop perçu (3.4.). 775

Comme l'application des critères présentés dans le chapitre précédent a lieu dans le cadre des actions analysées dans le présent chapitre, il convient non seulement d'analyser le fardeau de la preuve objectif et subjectif, l'introduction des moyens de preuve dans la procédure ainsi que l'appréciation des preuves pour les éléments pertinents pour l'application des critères de fixation du loyer, mais également toutes les questions de preuve qui se rapportent aux conditions de recevabilité des actions. 776

3.1. La contestation du loyer initial

3.1.1. Concept

L'art. 270 al. 1 CO permet au locataire d'attaquer à certaines conditions le loyer initial s'il l'estime abusif au sens des art. 269 et 269a CO. La possibilité de faire examiner le loyer initial est essentielle pour une protection efficace des locataires contre des loyers abusifs, car la possibilité de contester le loyer en cours de bail les protège uniquement contre des modifications abusives du loyer, mais non des loyers déjà abusifs lors de la conclusion du bail¹⁶⁶⁹. 777

¹⁶⁶⁹ BSK OR I-WEBER, N 1a ad art. 270 CO ; SCHWAAB, N 4.

778 L'AMSL contenait déjà, à son art. 17, une disposition permettant de contester le loyer initial. La disposition a au demeurant été critiquée lors des débats parlementaires au sujet du projet de l'AMSL¹⁶⁷⁰ et reste contestée : la commission des affaires judiciaires du Conseil national a donné suite à une motion qui vise à restreindre sa portée¹⁶⁷¹. Il est reproché à la disposition de battre en brèche le principe *pacta sunt servanda*, en permettant au locataire de conclure un contrat pour mettre en question aussitôt après les conditions auxquelles il a été conclu¹⁶⁷².

À l'instar de la doctrine dominante¹⁶⁷³, nous sommes de l'avis que la contestation du loyer initial n'est pas contraire au principe *pacta sunt servanda*. Ce dernier suppose que les conditions du contrat soient négociées entre des acteurs disposant d'un poids (plus ou moins) similaire dans la négociation, ce qui n'est en règle générale pas le cas pour la relation entre locataire et bailleur, en particulier pas en cas de pénurie de logements : le bailleur dispose d'un poids nettement plus important par rapport au locataire. Il est au demeurant également contraire au principe de la bonne foi – dont *pacta sunt servanda* est un élément – de profiter d'une situation de déséquilibre sur le marché pour se procurer des avantages injustifiés¹⁶⁷⁴.

779 Cela dit, la contestation du loyer initial n'est pas possible dans tous les cas. L'art. 270 al. 1 CO soumet la contestation du loyer initial à certaines conditions. Ces conditions sont le résultat d'un compromis, dans les débats parlementaires au sujet de la révision du droit du bail entré en vigueur en 1990, entre les milieux proches des locataires, soutenus par le Conseil fédéral – qui souhaitent que la contestation soit possible dans tous les cas – et les milieux proches des propriétaires, qui voulaient supprimer purement et simplement la possibilité de la contestation du loyer initial¹⁶⁷⁵. Le locataire peut uniquement attaquer le loyer initial si une des conditions suivantes est réalisée :

- Le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché local de logements ou locaux commerciaux (art. 270 al. 1 let. a CO). Comme nous le ver-

¹⁶⁷⁰ FETTER, N 7.

¹⁶⁷¹ Initiative parlementaire 16.451 (Egloff), Bonne foi dans le droit du bail. Contestation du loyer initial limitée aux cas dans lesquels le locataire a conclu le bail par nécessité (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160451> ; dernière consultation : 13.05.2021).

¹⁶⁷² BK OR-GIGER, N 206 ad art. 270 CO ; BLUMER, N 468 ; pour un résumé des débats parlementaires autour du projet de révision du droit du bail entrée en vigueur en 1990, voir : FETTER, N 14.

¹⁶⁷³ BSK OR I-WEBER, N 1a ad art. 270 CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 473 s., N 2.1.2 ; ZK OR-HIGI, N 7 ss ad art. 270 CO.

¹⁶⁷⁴ BSK OR I-WEBER, N 1a ad art. 270 CO.

¹⁶⁷⁵ SVIT K.-ROHRER, N 1 ad art. 270 CO ; FETTER, N 14 ss.

rons, les deux critères sont en réalité alternatifs, c'est-à-dire qu'en présence d'une pénurie de logements, le locataire n'a pas à prouver une nécessité personnelle ou familiale¹⁶⁷⁶.

- Le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial par rapport au loyer dû par le locataire précédent (art. 270 al. 1 let. b CO). L'augmentation est considérée comme sensible lorsqu'elle excède 10 %¹⁶⁷⁷.

Le rôle du demandeur incombera au locataire, celui du défendeur au bailleur¹⁶⁷⁸. 780
Le locataire doit déposer son action dans les 30 jours dès la réception de la chose louée (art. 270 al. 1 CO).

L'art. 270 al. 2 CO prévoit qu'en cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage d'une formule officielle de notification du loyer initial. Actuellement, cette formule est obligatoire dans les cantons de Bâle-Ville¹⁶⁷⁹, Fribourg¹⁶⁸⁰, Genève¹⁶⁸¹, Neuchâtel¹⁶⁸², Vaud¹⁶⁸³, Zoug¹⁶⁸⁴ et Zurich¹⁶⁸⁵. La formule a pour but d'informer le locataire de sa possibilité de saisir l'autorité de conciliation afin de contester le montant du loyer en lui fournissant toutes les indications utiles¹⁶⁸⁶ et sert ainsi à empêcher les hausses abusives de loyer en cas de changement de locataire¹⁶⁸⁷. 781

3.1.2. Objet de la preuve

Il découle de ce qui vient d'être expliqué que *la recevabilité* de la requête de contestation du loyer initial suppose la présence des éléments suivants : 782

- le caractère initial du loyer ;
- une contrainte, soit
 - la nécessité personnelle ou familiale *ou*

¹⁶⁷⁶ ATF 142 III 442, consid. 3, JdT 2017 II 139, DB 2016 N 17.

¹⁶⁷⁷ ATF 136 III 82, consid. 3.4 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 55.

¹⁶⁷⁸ CPra Actions II-BOHNET, § 18 N 17 ss ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 53.

¹⁶⁷⁹ § 214b EG ZGB-BS.

¹⁶⁸⁰ Art. 27 LABLF-FR et Ordonnance concernant l'usage de la formule officielle pour la conclusion d'un nouveau bail à loyer du 26.11.2002 (RSF 222.3.12).

¹⁶⁸¹ Art. 207 LaCC-GE.

¹⁶⁸² Art. 4 LiOR-NE et art. 2 de l'Arrêté d'exécution de la loi d'introduction des titres huitième et huitième bis du code des obligations (bail à loyer et bail à ferme), du 13.10.1993, (RSN 224.2).

¹⁶⁸³ Loi sur l'utilisation d'une formule officielle au changement de locataire du 07.03.1993 (RSV 3.5).

¹⁶⁸⁴ § 10e EG OR-ZG.

¹⁶⁸⁵ § 229 EG ZGB-ZH.

¹⁶⁸⁶ ATF 140 III 583, consid. 3.1 ; 139 III 13, consid. 3.1.1 ; 137 III 547, consid. 2.3 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 72 ad art. 270 CO.

¹⁶⁸⁷ ATF 140 III 583, consid. 3.1 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 72 ad art. 270 CO.

- la pénurie de logements *ou*
 - l’augmentation du loyer par rapport au loyer précédent de 10 % au moins ;
 - le respect du délai de 30 jours.
- 783 Pour que la requête en contestation soit couronnée de succès *au fond*, il faut que le loyer soit abusif au sens de l’art. 269 ou 269a CO.
- 784 Il convient de se demander lesquels de ces éléments nécessitent une preuve. Tel est le cas pour les faits pertinents (3.1.2.1.), lorsqu’ils ont été allégués et contestés de manière suffisante (3.1.2.2.). Les faits notoires en revanche n’ont pas besoin d’être prouvés (3.1.2.3.).

3.1.2.1. Faits pertinents

3.1.2.1.1. Caractère « initial » du loyer

- 785 Le loyer est « initial » lorsqu’il est convenu lors d’une « nouvelle location »¹⁶⁸⁸, c’est-à-dire qu’il n’y a pas déjà un contrat entre les mêmes parties ou, si tel est le cas, que le contrat ne porte pas sur le même objet¹⁶⁸⁹. Autrement dit : le fait pertinent est *l’absence de relation contractuelle préexistante* entre les mêmes parties sur le même objet.
- 786 La jurisprudence et la doctrine considèrent comme loyer initial celui d’un contrat de durée *déterminée* reconduit par les parties de manière expresse ou tacite, étant donné qu’il s’agit d’une nouvelle relation contractuelle¹⁶⁹⁰. Il n’y a cependant en règle générale pas de « nouvelle location » en cas de transfert du bail, puisque la même relation contractuelle se poursuit. Ainsi, lorsque le bail est transféré aux héritiers en cas de décès du locataire (art. 560 CC), ces derniers ne peuvent pas contester le loyer¹⁶⁹¹ ; il en va de même lorsque le bail du logement familial est transféré à l’un des ex-époux en cas de divorce (art. 121 CC)¹⁶⁹² ou en cas de transfert du bail commercial (art. 263 CO)¹⁶⁹³.

¹⁶⁸⁸ FETTER, N 276.

¹⁶⁸⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 54 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 4 ss ad art. 270 CO ; SCHWAAB, N 5 ; voir p. ex. TF, arrêt du 27.11.2017, 4A_455/2017, consid. 2.2.

¹⁶⁹⁰ ATF 139 III 145, consid. 4.2.3 ; SVIT K.-ROHRER, N 5 s. ad art. 270 CO ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 11 s. ad art. 270 CO.

¹⁶⁹¹ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 15 ad art. 270 CO ; SCHWAAB, N 62 ; FETTER, N 306.

¹⁶⁹² CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 16 ad art. 270 CO ; SCHWAAB, N 63 ; FETTER, N 307.

¹⁶⁹³ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 17 ad art. 270 CO ; SCHWAAB, N 64 ; FETTER, N 301 s. ; TF, arrêt du 30.01.2004, 4C.246/2003, consid. 5.3.

Ce fait est pertinent, car si le loyer n'est pas initial, l'action considérée n'est pas à disposition du locataire. Cela étant, lorsque le loyer a été augmenté par rapport au loyer précédent et que le loyer n'est pas initial, le locataire pourra contester le loyer par l'action en contestation de l'augmentation du loyer (art. 269d CO). En revanche, lorsque le loyer n'a pas été augmenté par rapport au loyer précédent, une contestation n'est pas possible si le loyer n'est pas initial. 787

3.1.2.1.2. Nécessité personnelle ou familiale de conclure le bail

La nécessité personnelle ou familiale est une question d'appréciation. Le point essentiel est celui de savoir, pour quelle(s) raison(s) le locataire a quitté le logement ou local commercial précédent et a pris à bail l'objet (dont il conteste le loyer initial) plutôt qu'un autre¹⁶⁹⁴. Selon le Tribunal fédéral, il y a notamment nécessité personnelle, voire familiale, lorsque le bail antérieur est résilié par le bailleur¹⁶⁹⁵. 788

Afin de permettre au locataire de contester son loyer, il convient encore d'examiner s'il existait une contrainte. Il convient de se poser la question dans quelle mesure l'on aurait pu attendre du locataire qu'il renonce à signer le bail parce qu'il estime que le loyer est trop élevé : savoir s'il y a « contrainte » ou non est également une question d'appréciation¹⁶⁹⁶. La condition de la contrainte est réalisée lorsque les raisons du locataire de changer de logement ou de local commercial étaient « bonnes » et que l'on ne puisse attendre de lui qu'il renonce à une occasion qui se présente, et ceci parce que les motifs de nécessité personnelle ou familiale sont tels qu'une renonciation serait déraisonnable¹⁶⁹⁷. Ainsi, lorsque le bail antérieur du locataire a été résilié avec effet immédiat, l'état de contrainte est sans autre réalisé¹⁶⁹⁸. Peuvent également constituer des situations personnelles ou familiales engendrant une contrainte, pour les locaux d'habitation, la dégradation de l'état de santé rendant indispensable un certain aménagement tels un ascenseur ou une situation au rez-de-chaussée, la naissance d'un enfant, le divorce ou la séparation, le déplacement du lieu de travail du locataire, 789

¹⁶⁹⁴ FETTER, N 341.

¹⁶⁹⁵ TF, arrêt du 16.10.2002, 4C.169/2002, consid. 2.2, DB 2002 N 18.

¹⁶⁹⁶ CPra Actions II-BOHNET, § 18 N 4 ; SVIT K.-ROHRER, N 10 ad art. 270 CO ; BOHNET/JEAN-NIN (Fardeau), N 55 ; SCHWAAB, N 87 ; TF, arrêt du 16.10.2002, 4C.169/2002, consid. 2.2, DB 2002 N 18.

¹⁶⁹⁷ ATF 136 III 82, consid. 2 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 27 ad art. 270 CO ; FETTER, N 328.

¹⁶⁹⁸ FETTER, N 341 ; TF, arrêt du 16.10.2002, 4C.169/2002, consid. 2.2, DB 2002 N 18.

le montant élevé du loyer ou encore l'état ou la situation de l'objet précédemment loué, p. ex. son exposition au bruit¹⁶⁹⁹. En ce qui concerne un bail de locaux commerciaux, le locataire peut p. ex. se trouver dans une situation de nécessité lorsqu'il se voit obligé, afin de pouvoir conserver sa clientèle, de retrouver rapidement un local commercial dans le même quartier¹⁷⁰⁰.

- 790 Sont dès lors pertinentes pour établir la contrainte par nécessité personnelle et familiale *les circonstances entourant le changement d'objet loué* par le locataire, p. ex. la manière dont le bail précédent a pris fin, la situation personnelle, familiale ou professionnelle du locataire¹⁷⁰¹. Il s'agit d'événements ou d'états du présent ou du passé, déterminés par rapport au lieu et au temps, donc de faits¹⁷⁰². Ces faits ne sont pas notoires ; ils nécessitent une preuve.

3.1.2.1.3. Situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux

- 791 Le critère de la situation sur le marché locatif vise l'hypothèse de la pénurie du logement ou de locaux commerciaux. Le locataire peut prouver cet élément de manière concrète, en démontrant des recherches infructueuses, ou par des statistiques officielles¹⁷⁰³. Contrairement à ce que la lecture de l'art. 270 al. 1 CO pourrait faire penser, cette disposition n'exige pas que le locataire, en plus de la pénurie, allègue et prouve une contrainte, comme c'est le cas pour la première hypothèse : il lui suffit de démontrer la pénurie¹⁷⁰⁴. Le Tribunal fédéral estime que, du fait de la pénurie, le locataire sera contraint de conclure le bail même si le bailleur demande un loyer abusif¹⁷⁰⁵ : la contrainte est donc ainsi « comprise » dans la pénurie. La même constatation serait au demeurant vraie, selon la doctrine, lorsque la pénurie n'est pas notoire et que le locataire doit alléguer les recherches infructueuses ou le taux de vacance¹⁷⁰⁶.
- 792 La pénurie de logements est une des conditions pour que le canton puisse déclarer obligatoire l'usage de la formule officielle (art. 270 al. 2 CO), c'est-à-dire

¹⁶⁹⁹ FETTER, N 350 ss et les réf.

¹⁷⁰⁰ FETTER, N 351 ; ENGEL, p. 197.

¹⁷⁰¹ Pour plus d'exemples de circonstances déterminantes, voir : CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 30 ss ad art. 270 CO.

¹⁷⁰² Cf. ci-dessus, N 79.

¹⁷⁰³ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 32 ad art. 270 CO.

¹⁷⁰⁴ ATF 142 III 442, consid. 3, JdT 2017 II 139, DB 2016 N 17 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 479, N 2.4.3 ; FETTER, N 381 ; *contra* : SVIT K.-ROHRER, N 13 s. ad art. 270 CO ; ZK OR-HIGI, N 40 ad art. 270 CO.

¹⁷⁰⁵ ATF 142 III 442, consid. 3.1.4, JdT 2017 II 139, DB 2016 N 17.

¹⁷⁰⁶ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 36 ad art. 270 CO ; FETTER, N 381.

que si l'usage de la formule officielle est obligatoire, il y a forcément pénurie de logements. Dans ce cas, la pénurie est notoire¹⁷⁰⁷.

Lorsque la pénurie n'est pas constatée par le gouvernement cantonal, il y a pénurie au sens de l'art. 270 al. 1 CO lorsque le taux de locaux (d'habitation ou commerciaux, selon l'objet du litige) vacants est inférieur à 1.5 %¹⁷⁰⁸. 793

Lorsque le locataire allègue qu'il a procédé à de nombreuses démarches restées infructueuses en vue de louer un nouveau logement ou local commercial, il convient encore de déterminer si les recherches étaient suffisantes. Il s'agit d'une question d'appréciation. Seront pris en compte la situation personnelle et financière du locataire, le rayon géographique dans lequel il a procédé à ses recherches ainsi que les caractéristiques de l'objet qu'il souhaite louer¹⁷⁰⁹. La situation personnelle et financière du locataire est donc également un fait pertinent. 794

À notre sens, le rayon géographique ainsi que les caractéristiques auxquels le locataire peut raisonnablement prétendre se déterminent essentiellement en fonction de sa situation personnelle et financière.

Sont dès lors pertinents pour établir la contrainte due à la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux : 795

- les recherches infructueuses de logement resp. de local commercial entreprises par le locataire, sa situation personnelle et financière *ou*
- le taux de vacance de locaux d'habitations ou commerciaux dans la localité.

Il s'agit d'un événement, resp. d'un état du présent, déterminé par rapport au lieu et au temps, donc d'un fait. Il nécessite *a priori* une preuve, à moins que l'objet loué ne soit une habitation se trouvant dans une région où la pénurie est constatée par le gouvernement cantonal. 796

3.1.2.1.4. Augmentation sensible du loyer

L'augmentation sensible au sens de l'art. 270 al. 1 let. b CO suppose la succession de deux baux à loyer pour le même objet¹⁷¹⁰ ; le loyer du deuxième bail 797

¹⁷⁰⁷ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 33 ad art. 270 CO ; ZAHRADNIK, p. 267 ss, p. 276 ; TF, arrêt du 12.03.2002, 4C.367/2001, consid. 3b, DB 2003 N 15 ; *contra* : SVIT K.-ROHRER, N 16 ad art. 270 CO ; ZK OR-HIGI, N 41 ad art. 270 CO.

¹⁷⁰⁸ CPra Actions II-BOHNET, § 18 N 5 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 54 ; SCHWAAB, N 89 ss ; TF, arrêt du 18.05.2015, 4A_453/2015, consid. 2.3.

¹⁷⁰⁹ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 34 ad art. 270 CO ; FETTER, N 370 ss.

¹⁷¹⁰ FETTER, N 391.

doit être sensiblement plus élevé que le dernier loyer dû par le locataire du premier bail¹⁷¹¹. Par « sensiblement plus élevé », la doctrine et la jurisprudence comprennent un montant qui dépasse de 10 % ou plus le montant du loyer précédent¹⁷¹². Sont comparés les loyers bruts, étant donné que c'est ce montant qui constitue la contre-prestation due par le locataire pour la cession de l'usage de l'objet loué¹⁷¹³.

- 798 Sont donc pertinents *le loyer brut payé en dernier lieu par le locataire précédent de l'objet loué ainsi que le loyer brut contesté*.

3.1.2.1.5. Respect du délai de 30 jours

- 799 La requête en contestation du loyer initial doit être déposée par le locataire dans les 30 jours dès la réception de la chose louée. Il s'agit d'un délai de péremption¹⁷¹⁴. Le respect du délai de saisine de l'autorité de conciliation se détermine selon l'art. 143 al. 1 CPC. L'acte par lequel le demandeur conteste le loyer doit être remis au plus tard le dernier jour du délai soit directement au tribunal soit à l'attention de ce dernier, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse¹⁷¹⁵.
- 800 Pour vérifier le respect du délai, les éléments suivants sont pertinents : *le moment de la réception de la chose louée* ainsi que celle du *dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation*¹⁷¹⁶.
- 801 Si, par la suite de l'échec de la conciliation, le locataire souhaite introduire une action en contestation du loyer initial devant le tribunal, il devra procéder dans les 30 jours dès la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 4 CPC).

¹⁷¹¹ FETTER, N 403.

¹⁷¹² ATF 136 III 82, consid. 3.4 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 55 ; cette position est critiquée par une partie de la doctrine, qui estime que le loyer précédent doit préalablement être adapté aux bases de calcul : CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 46 ad art. 270 CO ; certains tribunaux cantonaux suivent cet avis, p. ex. ceux de Neuchâtel (DB 1996 N 20) et de Vaud (voir FETTER, N 416 et note 931).

¹⁷¹³ CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 44 ad art. 270 CO ; ZK OR-HIGI, N 53 ad art. 270 CO ; *contra* : Mietgericht ZH, arrêt du 19.09.2012, consid. 2.9, ZMP 2012 n° 2 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 391, N 2.4.4 ; FETTER, N 401. Ce dernier considère que le loyer net est en principe déterminant, à moins que le bailleur ne modifie le régime des frais accessoires en défaveur du locataire ou que le loyer passe d'un loyer tout compris à un loyer avec charges séparées, auquel cas les loyers bruts sont déterminants.

¹⁷¹⁴ ATF 131 III 566, consid. 3.2 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 57 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, art. 270 CO N 51.

¹⁷¹⁵ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 57.

¹⁷¹⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 57 ; pour un exemple de preuve du moment du dépôt de l'acte, cf. Cour suprême du Canton de Berne, décision du 05.11.2012, ZK 12 268.

Le respect de ce délai est également pertinent, car en cas de non-respect, l'autorisation de procéder est caduque et l'instance est réputée non introduite¹⁷¹⁷. Par voie de conséquence, une condition de recevabilité de l'instance fait défaut¹⁷¹⁸ et le tribunal déclarera irrecevable la requête en contestation du loyer initial. Le locataire ne pourra cependant plus réintroduire l'instance, car le délai de 30 jours de l'art. 270 al. 1 CO sera échu¹⁷¹⁹.

Les faits pertinents pour déterminer si ce délai est respecté sont *le moment de la délivrance de l'autorisation de procéder* ainsi que celle du *dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation*. 802

3.1.2.1.6. Conditions de recevabilité selon le Code de procédure civile

Les conditions de recevabilité traitées jusqu'ici sont spéciales et ne concernent que l'action en contestation du loyer initial ; pour qu'une requête en contestation du loyer initial soit recevable, il faut encore que les conditions générales de recevabilité relatives à l'action et à l'instance, telles que l'intérêt digne de protection du requérant, la compétence du tribunal saisi, la capacité d'être partie du demandeur et du défendeur, leur capacité d'ester en justice, etc. (art. 59 CPC), soient remplies. À ce sujet, nous nous permettons de renvoyer à la doctrine relative à ces questions¹⁷²⁰. Les faits permettant de déterminer si lesdites conditions sont réalisées – p. ex. le lieu de situation de l'immeuble dans lequel se trouve l'appartement ou le local commercial loué déterminer le for (art. 33 CPC) ou l'âge des parties pour déterminer leur capacité d'ester en justice (art. 67 al. 1 CPC et 13 ss CC) – sont également pertinents. 803

3.1.2.1.7. Loyer abusif

Les faits pertinents décrits jusqu'ici ont trait à la *recevabilité* de la contestation de loyer initial : en leur absence, le tribunal déclarera irrecevable la requête en contestation du loyer initial. 804

Pour contester avec succès le loyer initial *au fond*, le locataire doit alléguer et prouver le caractère abusif du loyer, et cela sur la base d'un critère absolu, donc du rendement net ou brut, du prix d'achat manifestement exagéré ou des loyers 805

¹⁷¹⁷ CR CPC-BOHNET, N 17 ad art. 209 CPC ; ZK ZPO-HONEGGER, N 13 ad art. 209 CPC.

¹⁷¹⁸ Sur la différence entre les conditions de recevabilité de l'action et de l'instance, cf. BOHNET (Procédure), N 986 ss.

¹⁷¹⁹ ZK ZPO-HONEGGER, N 13 ad art. 209 CPC.

¹⁷²⁰ Notamment BOHNET (Procédure), N 957 ss.

usuels dans la localité ou le quartier. Sont donc pertinents les faits décrits ci-dessus, dans les chapitres respectifs à ces critères.

3.1.2.2. Allégation et contestation

- 806 Comme l'action en contestation du loyer initial se déroule sous l'empire de la maxime inquisitoire sociale (art. 243 al. 1 let. c et 247 al. 2 CPC), les conditions de recevabilité n'ont formellement besoin d'être ni alléguées ni motivées, mais étant donné que les parties sont soumises à un devoir de collaborer à l'établissement des faits, la partie demanderesse – donc en l'occurrence le locataire – n'échappe en réalité pas à l'incombance de justifier sa position en invoquant les faits sur lesquels elle se fonde¹⁷²¹.
- 807 Ainsi, lorsque le locataire invoque la contrainte par suite de nécessité personnelle ou familiale (art. 270 al. 1 let. a, première hypothèse, CO), il devra alléguer et motiver autant la nécessité personnelle ou familiale que la contrainte¹⁷²². Il devra en particulier alléguer les circonstances entourant le changement d'objet loué et motiver, en quoi ces circonstances ont rendu nécessaire le changement d'objet loué et pour quelles raisons l'on ne saurait attendre de lui qu'il renonce à louer l'objet dont le loyer est litigieux¹⁷²³. Il nous semble toutefois que, à tout le moins lorsque le locataire n'est pas représenté par un mandataire professionnel, le tribunal devrait faire preuve d'une certaine souplesse. Il n'est en particulier pas évident pour une personne sans connaissances juridiques de comprendre la différence entre la nécessité personnelle ou familiale et la contrainte. Ainsi, lorsque le locataire explique les raisons pour lesquels il a dû changer de logement ou de local commercial, cela devrait être considéré comme suffisant à notre sens, faute de quoi il serait coupé court à l'application de la maxime inquisitoire sociale. Le tribunal peut toujours, dans le cadre de son devoir d'interpellation, demander au locataire, pour quelles raisons il a choisi le local dont le loyer est litigieux plutôt qu'un autre.
- 808 Lorsque le locataire invoque la situation sur le marché local, il convient de différencier s'il y a une situation de pénurie constatée par le canton ou non. Dans la première hypothèse, le locataire ne sera pas amené à apporter des précisions particulières, étant donné que dans ce cas, la pénurie est notoire et qu'un fait notoire que les parties n'ont pas besoin d'alléguer¹⁷²⁴. À notre sens, le locataire

¹⁷²¹ Cf. ci-dessus, N 152 ss ; ainsi aussi : Tribunal de cassation du Canton de Zurich, arrêt du 09.06.2005, AA040179, consid. 3.

¹⁷²² Voir p. ex. Tribunal de cassation du Canton de Zurich, arrêt du 09.06.2005, AA040179, consid. 2.

¹⁷²³ Cf. ci-dessus, N 790.

¹⁷²⁴ Cf. ci-dessus, N 792.

ne peut toutefois se passer de préciser que c'est bien sur le motif de la situation sur le marché local qu'il se fonde. Dans la seconde, il devra alléguer les recherches infructueuses de logement resp. de local commercial qu'il a entreprises, ou le taux de vacance de locaux d'habitations ou commerciaux dans la localité. Rappelons qu'à partir du moment où la pénurie ou les recherches infructueuses du locataire sont établies, le locataire n'a pas besoin de prouver – et *a fortiori* d'alléguer – spécialement la contrainte, contrairement à ce qui est le cas pour la nécessité personnelle ou familiale¹⁷²⁵.

Pour l'hypothèse de l'augmentation sensible du loyer par rapport au loyer précédent, le locataire doit à notre sens alléguer le loyer brut payé en dernier lieu par le locataire précédent de l'objet loué ainsi que le loyer brut contesté. Comme il s'agit de faits simples, leur allégation et leur motivation ne devraient pas poser de problèmes. Il nous semble au demeurant qu'il puisse être attendu d'un locataire même non représenté d'alléguer ces deux éléments. À notre sens, la maxime inquisitoire sociale permet entre autres au tribunal de retenir un fait qui ressort du dossier même s'il n'a pas été allégué expressément par une des parties¹⁷²⁶. Dès lors, s'il ressort du dossier que le loyer contesté est sensiblement plus élevé que l'ancien, point besoin que le locataire invoque expressément le loyer contesté ainsi que celui payé antérieurement. Il doit à notre sens toutefois être clair que le locataire se fonde sur le fait que l'ancien loyer était plus bas que le nouveau pour contester le loyer. 809

Pour ce qui est du respect du délai de 30 jours, il suffit que la date de la remise de l'objet loué ainsi que celle du dépôt de la requête ressortent du dossier, étant donné que l'inobservation de ce délai doit être soulevée d'office par le tribunal¹⁷²⁷. Il en va de même des autres conditions de recevabilité de l'action, respectivement de l'instance : ceux-ci sont examinés d'office par le tribunal (art. 60 CPC), ce qui signifie en particulier que la partie défenderesse n'est pas soumise au fardeau de la contestation : le tribunal doit, même lorsque la défenderesse ne conteste pas un fait pertinent allégué par la demanderesse pour la recevabilité de l'action ou de l'instance, administrer des moyens de preuve à ce sujet¹⁷²⁸. Vu le caractère restreint des moyens du tribunal, il incombe aux parties un devoir de collaborer, en vertu duquel l'on peut attendre d'elles que chacune allègue les faits dont elle déduit la recevabilité, respectivement l'irrecevabilité, de l'action ou de l'instance¹⁷²⁹. En l'absence d'allégation, c'est uniquement lorsque des éléments du dossier permettent de conclure à l'existence de faits 810

¹⁷²⁵ ATF 142 III 442, consid. 2 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 36 ad art. 270 CO.

¹⁷²⁶ Cf. ci-dessus, N 152.

¹⁷²⁷ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 57 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 51 ad art. 270 CO.

¹⁷²⁸ BSK ZPO-GEHRI, N 3 ad art. 60 CPC.

¹⁷²⁹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER, § 10 N 36 ; CR CPC-BOHNET, N 4 ad art. 60 CPC ; ZK ZPO-ZÜRCHER, N 4 ad art. 60 CPC.

nécessaires à la recevabilité, respectivement entraînant l'irrecevabilité, que le tribunal peut les retenir d'office¹⁷³⁰.

Le tribunal applique une maxime inquisitoire restreinte, qui est cependant différente de la maxime inquisitoire sociale. L'intervention du tribunal est « asymétrique » : il doit uniquement constater d'office les faits qui *empêchent* la recevabilité. Si les allégués des parties, des faits notoires ou notoirement connus ou d'autres indices font croire au tribunal que la recevabilité de l'action pourrait faire défaut, il doit intervenir et constater les faits d'office¹⁷³¹. En revanche, le tribunal ne doit pas rechercher des faits qui fondent la recevabilité, mais qui n'ont pas été allégués¹⁷³².

- 811 Le locataire doit, au fond, alléguer que le loyer est abusif, en principe en fonction d'un des critères absolus. Les exigences concernant l'allégation des faits pertinents pour les différents critères ont été abordées. Il peut dès lors être renvoyé à ces considérations¹⁷³³.
- 812 À l'instar du fardeau de l'allégation, le fardeau de la contestation est formellement inexistant dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale, mais, en pratique, le devoir de collaborer incombant à la partie défenderesse ne s'en distingue guère : le bailleur doit contester les faits allégués par le locataire de façon suffisamment précise pour permettre à celui-ci de déterminer lesquels de ses allégués exactement sont contestés, faute de quoi le tribunal pourrait considérer les faits comme constants et renoncer à les soumettre à preuve¹⁷³⁴.

3.1.2.3. Faits notoires

- 813 Comme expliqué plus haut, est notoire la pénurie de logements lorsque celle-ci a été constatée par le gouvernement cantonal pour l'introduction de la formule officielle au sens de l'art. 270 al. 2 CO¹⁷³⁵. Dans ce cas, la pénurie n'a pas besoin d'être alléguée ni prouvée. Encore faut-il que la pénurie n'ait pas été constatée sur la seule base d'une statistique ancienne de plusieurs années, dépourvue de toute différenciation par catégories de logements ni par régions à l'intérieur du canton, à tout le moins lorsque la surface du canton est étendue¹⁷³⁶.

¹⁷³⁰ ZK ZPO-ZÜRCHER, N 4 ad art. 60 CPC.

¹⁷³¹ TF, arrêt du 07.12.2017, 4A_229/2017, consid. 3.4.2 et les réf.

¹⁷³² TF, arrêt du 07.12.2017, 4A_229/2017, consid. 3.4.1 et les réf.

¹⁷³³ Cf. ci-dessus, N 541 ss pour le rendement net, N 623 ss pour le prix d'achat manifestement exagéré, N 673 ss pour les loyers usuels dans la localité ou le quartier ainsi que N 757 s. pour le rendement brut.

¹⁷³⁴ Cf. ci-dessus, N 100 et 105.

¹⁷³⁵ Cf. ci-dessus, N 792.

¹⁷³⁶ ATF 136 III 82, consid. 2.

3.1.3. Sujet de la preuve

En vertu de la maxime inquisitoire sociale, la responsabilité pour l'établissement des faits est partagée entre les parties et le tribunal. Il revient en principe aux parties d'apporter les preuves pour les faits sur lesquels elles fondent leur prétention. Cependant, si des motifs objectifs conduisent le tribunal à soupçonner que les offres de preuve d'une partie sont lacunaires, il a le devoir de rechercher lui-même des preuves, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens de preuve pertinents¹⁷³⁷. Toutefois, le Tribunal fédéral considère, dans sa jurisprudence récente, que le devoir du tribunal de rechercher lui-même des preuves, en application de la maxime inquisitoire sociale, se limiterait à un devoir d'informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves et à les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point ; la maxime inquisitoire sociale ne permettrait pas l'administration d'office de moyens de preuve à proprement parler¹⁷³⁸.

Il convient donc de s'interroger dans quelles circonstances le tribunal peut intervenir et administrer des moyens de preuve d'office. Rappelons que le degré d'intervention dépend de la situation concrète, notamment du statut social et du niveau de formation des parties, de la complexité de l'affaire ainsi que de sa représentation éventuelle par un avocat¹⁷³⁹.

Pour ce qui est des conséquences de l'application de la maxime inquisitoire sociale sur les conditions de recevabilité de l'action en contestation du loyer initial, la doctrine et la jurisprudence ne se prononcent presque pas. À notre sens, l'application de la maxime inquisitoire sociale devrait avoir les effets suivants.

Lorsque le locataire invoque que le bail antérieur a été résilié, donc qu'il se trouve dans une situation de nécessité personnelle, sans proposer de moyen de preuve pour cet allégué, le tribunal devrait intervenir et l'amener par des questions adéquates à proposer les moyens de preuve y relatifs. À notre sens, le tribunal peut même ordonner d'office l'administration de moyens de preuve dont il apprend l'existence, même si leur administration n'a pas été requise par le locataire. Il pourrait dès lors p. ex. convoquer d'office l'ancien bailleur comme témoin afin d'éclaircir les circonstances dans lesquelles le locataire a quitté son logement ou local commercial précédent. L'identité du bailleur résulte en principe de la partie publiquement accessible du registre foncier et constitue dès lors

¹⁷³⁷ TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 231 ; cf. ci-dessus, N 152.

¹⁷³⁸ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

¹⁷³⁹ Cf. ci-dessus, N 157.

un fait notoire¹⁷⁴⁰. Il est douteux que la jurisprudence admette une telle administration d'office d'un moyen de preuve au vu de la position stricte du Tribunal fédéral dans l'ATF 141 III 569.

- 818 Lorsque le locataire se prévaut de la situation sur le marché local, si la pénurie n'est pas notoire ou le taux de vacance inférieur à 1,5 %, il devra prouver qu'il a procédé à de nombreuses démarches pour trouver un local, mais que ces démarches sont restées infructueuses. À notre sens, si le locataire allègue qu'il a procédé à des recherches suffisantes, mais restées infructueuses, pour trouver un logement ou local commercial et qu'il ne propose pas de moyens pour prouver cet allégué, le tribunal devra le rendre attentif à son omission. Il est cependant difficilement imaginable que le tribunal administre d'office des preuves sur ce point, étant donné que les moyens permettant la preuve des faits nécessaires à cette fin se trouveront en principe dans la sphère du locataire ; si ce dernier ne les propose pas, le tribunal ignorera leur existence.
- 819 La présence des conditions de recevabilité de l'action et de l'instance est examinée d'office par le tribunal (art. 60 CPC). Toutefois, le tribunal ne dispose souvent pas des éléments nécessaires pour s'assurer qu'une certaine condition de recevabilité est réalisée ou non. Il dépend sur ce point des moyens de preuve indiqués, respectivement produits par les parties¹⁷⁴¹. Le tribunal peut uniquement administrer des preuves d'office lorsqu'il ressort du dossier des indices pour des faits pertinents entraînant la recevabilité, respectivement l'irrecevabilité, de l'action ou de l'instance¹⁷⁴².

3.1.4. Fardeau de la preuve

3.1.4.1. Fardeau objectif

- 820 Comme expliqué plus haut, le fardeau objectif de la preuve permet de savoir quelle partie supporte le risque de l'absence de preuve d'un certain fait pertinent. Ce risque est supporté par la partie demanderesse lorsqu'il s'agit d'un fait générateur et de la partie défenderesse pour les faits dirimants et extinctifs. Il convient donc de se demander quelles sont les faits générateurs (3.1.4.1.1.), dirimants (3.1.4.1.2.) et extinctifs (3.1.4.1.3.) dans le cadre de la contestation du loyer initial et s'il existe des exceptions (3.1.4.1.4.).

¹⁷⁴⁰ Cf. ci-dessus, N 680.

¹⁷⁴¹ CR CPC-BOHNET, N 4 ad art. 60 CPC.

¹⁷⁴² ZK ZPO-ZÜRCHER, N 4 ad art. 60 CPC.

3.1.4.1.1. Faits générateurs

Les faits pertinents pour les conditions de recevabilité de la contestation du loyer initial – contrainte par la nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation du marché local ou l’augmentation sensible du loyer – constituent des faits générateurs (alternatifs). La présence d’un de ces éléments est nécessaire pour que le droit du locataire de demander la réduction du loyer initial prenne naissance. Le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe donc au locataire¹⁷⁴³. 821

À notre sens, le caractère initial du loyer constitue également un fait générateur pour lequel le fardeau de la preuve incombe au locataire¹⁷⁴⁴. En son absence, le locataire ne peut pas introduire l’action en contestation du loyer initial ; sa requête sera en principe déclarée irrecevable. 822

Il en va de même pour le moment de la réception de la chose louée ainsi que celle du dépôt de l’acte à la poste ou directement à l’autorité de conciliation, déterminants pour savoir si le délai de 30 jours a été respecté : lorsque la loi prévoit qu’un droit peut uniquement s’exercer durant un certain délai, faute de quoi il est périmé, le respect de ce délai de péremption est un fait générateur¹⁷⁴⁵. Les mêmes considérations s’appliquent au délai de 30 jours dès la délivrance de l’autorisation de procéder pour déposer la requête devant le tribunal de première instance : le moment de la délivrance de l’autorisation ainsi que celui du dépôt de la requête au tribunal de première instance sont des faits générateurs ; le fardeau de la preuve incombe au locataire. 823

La doctrine majoritaire¹⁷⁴⁶ et le Tribunal fédéral¹⁷⁴⁷ considèrent qu’il revient en principe au locataire de prouver le caractère abusif du loyer initial. Le locataire subit dès lors les conséquences de l’absence de preuve pour les éléments constitutifs du caractère abusif du loyer initial. 824

Il n’y a cependant pas d’unanimité sur le point de savoir si les éléments constitutifs du caractère abusif du loyer constituent des faits générateurs ou dirimants. 825

¹⁷⁴³ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 56 ; FETTER, N 325 ; ZK OR-HIGI, N 79 ad art. 270 CO.

¹⁷⁴⁴ Ainsi aussi : ZK OR-HIGI, N 79 ad art. 270 CO.

¹⁷⁴⁵ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, N 53 ad art. 8 CC ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 57 ; BK ZGB (2012)-WALTER, N 624 ad art. 8 CC.

¹⁷⁴⁶ BSK OR I-WEBER, art. 270 CO N 8 ; LACHAT/SASTNY (Bail), p. 485, N 2.6.4 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 59 ; DAÏNA, p. 99 ; ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 79.

¹⁷⁴⁷ ATF 147 III 14, consid. 6.1 ; 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; 139 III 13, consid. 3.1.3.2.

Ainsi, le Tribunal fédéral considère, dans son arrêt de principe ATF 139 III 13, qu'il s'agit d'un fait dirimant, car constitutif d'un abus de droit¹⁷⁴⁸.

- 826 Une partie de la doctrine estime en revanche qu'il s'agit de faits générateurs, donnant naissance au droit du locataire à une baisse de loyer¹⁷⁴⁹. Nous partageons ce point de vue. En effet, à l'instar de FETTER¹⁷⁵⁰, il nous semble que le caractère abusif du loyer initial s'analyse en premier lieu à l'aune des critères invoqués par le locataire et non selon les critères invoqués par le bailleur pour augmenter le loyer¹⁷⁵¹ ; ceux-ci sont pris en compte dans un second temps, comme moyens de défense. Ainsi posés, les faits dont le locataire déduit le caractère abusif du loyer sont des faits générateurs¹⁷⁵². Comme le locataire invoquera en principe un critère absolu, les faits pertinents pour le critère absolu invoqué par le locataire constituent des faits générateurs.
- 827 Les dispositions concernant la protection contre les loyers abusifs sont uniquement applicables *aux baux de locaux d'habitation ou de locaux commerciaux*¹⁷⁵³. Le fait que l'objet loué le soit à titre de local d'habitation ou commercial constitue un fait générateur du droit du locataire à la réduction du loyer initial ; en effet, si l'objet loué n'est pas un local commercial ou d'habitation, le droit du locataire ne prend pas naissance. Il devrait dès lors supporter le fardeau de la preuve du fait que l'objet loué remplisse un des deux critères¹⁷⁵⁴.
- 828 Nous avons vu que la contestation du loyer initial se fait en principe sur la base d'un critère absolu, soit du rendement net, du rendement brut – avec un prix de revient reconstitué en cas de prix d'achat manifestement exagéré – ou des loyers usuels¹⁷⁵⁵. Constituent en principe des faits générateurs *les faits pertinents pour le critère (absolu)*¹⁷⁵⁶ que le locataire choisit afin de contester le loyer initial. Exceptionnellement, lorsque le loyer initial doit être notifié par formule officielle et que le bailleur justifie une augmentation du loyer initial par un critère relatif, le locataire peut contester le loyer en invoquant un critère relatif. Dans

¹⁷⁴⁸ ATF 139 III 13, consid. 3.1.3.2 ; confirmé in : ATF 147 III 431, consid. 3.2.1.

¹⁷⁴⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 59 ; BIERI (Fardeau), p. 1400.

¹⁷⁵⁰ FETTER, N 484.

¹⁷⁵¹ Comme semblent le faire LACHAT/STASTNY (Bail), p. 690 ss, N 5.

¹⁷⁵² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 58.

¹⁷⁵³ Cf. ci-dessus, N 471 ss.

¹⁷⁵⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 70.

¹⁷⁵⁵ Cf. ci-dessus, N 483.

¹⁷⁵⁶ Pour le rendement net : ci-dessus, N 505 ss ; pour le caractère manifestement exagéré du prix de revient : cf. ci-dessus, N 616 ss ; pour les loyers usuels : ci-dessus, N 661 ss et pour le rendement brut, N 753 ss.

ce cas, constituent en principe des faits générateurs les faits pertinents pour le critère relatif¹⁷⁵⁷ que le locataire choisit, afin de contester le loyer initial.

3.1.4.1.2. Faits dirimants

Le bailleur peut se défendre en contestant les arguments du locataire ou en invoquant une autre méthode de calcul ; dans ce cas, il devra observer la hiérarchie des critères¹⁷⁵⁸. Si l'utilisation de la formule est obligatoire, le bailleur ne saurait se baser sur une méthode autre que celle indiquée dans la formule¹⁷⁵⁹. 829

Le bailleur pourra également invoquer que l'objet loué constitue un *objet de luxe* (art. 253b al. 2 CO) et que le bail dont le loyer est litigieux n'entre pas dans le champ d'application des dispositions concernant la protection contre les loyers abusifs. Le législateur a formulé l'art. 253b al. 2 CO négativement, si bien qu'on peut considérer qu'il s'agit de conditions négatives supplémentaires qui empêchent la naissance du droit du locataire à la réduction du loyer initial, et donc d'un fait dirimant¹⁷⁶⁰. 830

Comme décrit¹⁷⁶¹, les critères pour déterminer le caractère excessif ou non du loyer se trouvent entre eux dans une hiérarchie. Dans le cadre de la contestation du loyer initial, le critère du rendement net est prépondérant¹⁷⁶². Si le locataire invoque que le rendement net est abusif, la seule solution pour le bailleur est en principe de le contester¹⁷⁶³. Cette règle souffre toutefois certaines exceptions. Ainsi : 831

- Lorsque le locataire invoque que le rendement net réalisé par le bailleur est abusif, le bailleur peut faire valoir que *l'immeuble a moins de dix ans* ; dans ce cas, le loyer est uniquement abusif s'il dépasse les limites du rendement *brut* permettant de couvrir les frais¹⁷⁶⁴. Le rendement brut non abusif est donc, dans cette hypothèse, un fait dirimant, soit une objection qui s'oppose au droit du locataire à une baisse de loyer en pré-

¹⁷⁵⁷ Pour les critères relatifs et absolus, cf. ci-dessus, N 481 ss.

¹⁷⁵⁸ Cf. ci-dessus N 483 ss.

¹⁷⁵⁹ ATF 139 III 13, consid. 3.1.2 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 690, N 5.1.1 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 74 ; DAÏNA, p. 100.

¹⁷⁶⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 70.

¹⁷⁶¹ Cf. ci-dessus N 483 ss.

¹⁷⁶² ATF 124 III 310, consid. 2b ; TF, arrêt du 11.10.2011, 4A_276/2011, consid. 5.4 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 72 ; ZAHRADNIK, p. 282.

¹⁷⁶³ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 72.

¹⁷⁶⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 72 ; FETTER, N 485.

sence d'un rendement net qui excède de 0.5% le taux d'intérêt hypothécaire de référence¹⁷⁶⁵, respectivement désormais de 2 % si le taux hypothécaire de référence est inférieur ou égal à 2 %¹⁷⁶⁶. Les faits pertinents pour le calcul du rendement brut¹⁷⁶⁷ constituent dès lors des faits dirimants. Ces faits sont cependant, à l'exception du moment de la construction de l'immeuble, également pertinents pour le calcul du rendement net, et le fardeau de la preuve incombe au locataire¹⁷⁶⁸. Dès lors, le seul élément pour lequel le bailleur supporte effectivement le fardeau de la preuve dans cette situation est le moment de la construction de l'immeuble¹⁷⁶⁹. Notons qu'en vertu de son devoir de collaborer¹⁷⁷⁰, le bailleur devra mettre à disposition du locataire les éléments qu'il détient seul, ce qui est typiquement le cas pour les éléments nécessaires au calcul de la valeur de rendement.

- Si l'immeuble est âgé de plusieurs décennies, le bailleur peut objecter que le loyer est conforme aux loyers pratiqués dans la localité ou le quartier (art. 269a let. a CO)¹⁷⁷¹. Le critère de l'immeuble âgé est applicable, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, aux immeubles qui ont environ 30 ans¹⁷⁷². Dans cette hypothèse, si le locataire invoque le caractère excessif du rendement net, le moment de la construction de l'immeuble ainsi que les faits pertinents pour déterminer si le loyer est conforme aux loyers usuels de la localité ou du quartier¹⁷⁷³ constituent des faits dirimants pour lesquels le bailleur supporte le fardeau de la preuve¹⁷⁷⁴.

- 832 Le locataire peut non seulement fonder la contestation du loyer initial sur le rendement net, mais également sur les loyers usuels de la localité ou du quartier. Dans ce cas, le bailleur peut invoquer qu'il réalise un rendement insuffisant¹⁷⁷⁵. Dans cette hypothèse, le fait que le rendement net ne dépasse pas d'un demi-pour cent le taux d'intérêt hypothécaire de référence est un fait dirimant dont la preuve incombe au bailleur¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁶⁵ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 72.

¹⁷⁶⁶ ATF 147 III 14, consid. 8.4.

¹⁷⁶⁷ Cf. ci-dessus, N 753.

¹⁷⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 828.

¹⁷⁶⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 72.

¹⁷⁷⁰ Cf. ci-dessus, N 600 ss.

¹⁷⁷¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 72 ; FETTER, N 485.

¹⁷⁷² ATF 144 III 514, consid. 3.

¹⁷⁷³ Cf. ci-dessus, N 661 ss.

¹⁷⁷⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 72.

¹⁷⁷⁵ FETTER, N 486.

¹⁷⁷⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 73.

3.1.4.1.3. Faits extinctifs

Les faits extinctifs entraînent l'extinction du droit créé par les faits générateurs. Ils surviennent postérieurement aux faits générateurs et dirimants¹⁷⁷⁷. Pour ce qui est de l'action en contestation du loyer initial, le fait que le bailleur baisse le loyer à un montant qui ne lui permet pas de réaliser un rendement excessif constitue à notre avis un fait dirimant. En effet, si l'on considère que le locataire dispose d'une prétention en réduction du loyer lorsque ce dernier permet au bailleur de réaliser un rendement excessif, la renonciation du bailleur à augmenter le loyer constitue un cas d'exécution, fait extinctif très fréquent¹⁷⁷⁸. Le fardeau de la preuve pour la baisse de loyer incombe au bailleur¹⁷⁷⁹. 833

3.1.4.1.4. Exceptions

Dans l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral a considéré que le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombait en principe au locataire. En l'occurrence, vu que le loyer contesté était 43 % plus élevé que le loyer précédent alors que le taux hypothécaire de référence était passé de 4,5 % à 2,25 % depuis et que le renchérissement a été modeste, le Tribunal fédéral a cependant estimé que le loyer initial était « très certainement abusif ». Il en a déduit qu'en vertu « du devoir de collaborer du bailleur à l'administration de la preuve », ce dernier devra apporter la « contre-preuve ». Le Tribunal fédéral a précisé que ce devoir de collaborer « trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier [soit le bailleur], comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10 % par rapport à l'ancien loyer »¹⁷⁸⁰. 834

La portée de cet arrêt a donné lieu à des débats en doctrine, essentiellement par rapport à son impact au niveau du droit de la preuve et de la notion d'« augmentation massive »¹⁷⁸¹. En particulier, une partie de la doctrine a estimé que le Tribunal fédéral en aurait « renversé » le fardeau¹⁷⁸². 835

Dans l'ATF 147 III 431 – qui traite d'une affaire où l'augmentation par rapport au loyer précédent était de 44% – le Tribunal fédéral a précisé que sa jurisprudence devait se comprendre dans le sens où il existait, en cas de *contestation du* 836

¹⁷⁷⁷ Cf. ci-dessus, N 187.

¹⁷⁷⁸ Cf. ci-dessus, N 188.

¹⁷⁷⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 75.

¹⁷⁸⁰ ATF 139 III 13, consid. 3.1.4 et 3.2 ; l'arrêt 4A_475/2012, également rendu le 06.12.2012, contient, aux consid. 2.1.4 et 2.2., les mêmes considérations ; dans ce cas, le loyer initial était 29 % plus élevé que le loyer précédent.

¹⁷⁸¹ JEANNIN (Fardeau dans la contestation du loyer initial), p. 2.

¹⁷⁸² CONOD (Contestation), p. 3 s.; ROHRER (Anfechtung), p. 24 ss.

loyer initial d'un objet loué dans un *immeuble ancien*, une *présomption de fait* que le nouveau loyer est *abusif* s'il y avait une « *augmentation massive* » du loyer par rapport au loyer précédent¹⁷⁸³. Autrement dit, le fait que la modification du loyer initial par rapport au loyer précédent serait abusive, selon la méthode relative, fait présumer le caractère abusif du loyer selon la méthode absolue¹⁷⁸⁴. L'augmentation massive du loyer initial par rapport au loyer précédent pour un immeuble ancien fait donc présumer *de fait*, sur la base de l'*expérience générale de la vie*, le caractère abusif du loyer initial¹⁷⁸⁵. Pour se défendre, le bailleur doit alors « créer un doute fondé quant à la présomption selon laquelle le loyer est abusif »¹⁷⁸⁶, donc *apporter la contre-preuve*¹⁷⁸⁷.

Lorsqu'on procède à une lecture attentive de l'ATF 139 III 13, on constate que l'affaire n'a en réalité pas été résolue sous l'angle du fardeau de la preuve, puisque l'instance inférieure a considéré en que le caractère abusif du loyer a été prouvé ; il n'y a donc pas eu de *non liquet*¹⁷⁸⁸. Notons en passant que la jurisprudence ne saurait modifier la répartition du fardeau de la preuve ; cette compétence est réservée au législateur¹⁷⁸⁹.

- 837 A ce jour, il n'est cependant toujours pas défini précisément ce qui constitue une « *augmentation massive* ». La doctrine majoritaire a déduit de l'ATF 139 III 13 que la présomption du caractère abusif du loyer initial devait s'appliquer dès que l'augmentation du loyer dépasse 10%¹⁷⁹⁰. ROHRER¹⁷⁹¹ a rejeté cette interprétation, puisque cela signifierait que cet allègement de preuve s'appliquerait de fait dans l'énorme majorité des cas, étant donné que l'augmentation de plus de 10% est une condition de recevabilité de l'action en contestation du loyer initial selon l'art. 270 al. 1 let. b CO. Dans l'ATF 147 III 431, le Tribunal fédéral a estimé que l'avis de ROHRER était convaincant sur ce point et a considéré que la présomption de fait ne saurait s'appliquer déjà lorsque le loyer est majoré de plus de 10%. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas fixé de limite, se contentant de considérer que lorsque la majoration était de 44%, cette condition était à l'évidence réalisée¹⁷⁹².
- 838 L'ATF 147 III 431 précise également les possibilités offertes au bailleur pour *apporter la contre-preuve*. Le bailleur peut renverser la présomption par exemple en apportant des statistiques, même lorsqu'elles ne respectent pas les

¹⁷⁸³ ATF 147 III 431, consid. 3.3.1.

¹⁷⁸⁴ Ainsi déjà : KOLLER (Rechtsprechung 2013), p. 945 s., par rapport à l'ATF 139 III 13.

¹⁷⁸⁵ JEANNIN (Fardeau dans la contestation du loyer initial), p. 5.

¹⁷⁸⁶ ATF 147 III 431, consid. 4.2.

¹⁷⁸⁷ Cf. ci-dessus, N 208 et 216.

¹⁷⁸⁸ OGer ZH, arrêt du 24.11.2016, NG160009, consid. 6.2.

¹⁷⁸⁹ Cf. ci-dessus, N 204.

¹⁷⁹⁰ KOLLER (Rechtsprechung 2018), p. 533 ; CONOD (Immeuble ancien), p. 3 ; BOHNET/JEANNIN (Festschrift), p. 69 ; ZAHRADNIK, p. 285 s.

¹⁷⁹¹ SVIT K.-ROHRER, N 54 ad art. 270 CO.

¹⁷⁹² ATF 147 III 431, consid. 3.3.

conditions de l'art. 11 al. 4 OBLF, ou seulement trois ou quatre objets de comparaison remplissant les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF, complétés par des statistiques ou d'autres éléments qui permettent de conclure au caractère usuel du loyer dans la localité ou le quartier. De même, il ne convient pas d'appliquer avec la même rigueur les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF que lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve pleine. Une expertise privée peut éventuellement être utile à ce sujet. Dans ce contexte, il convient aussi de prendre en compte le fait que le bail précédent était de longue durée (soit de 15 à 20 ans). S'il ne parvient pas à renverser la présomption, le bailleur peut toujours apporter la preuve du contraire, soit prouver pleinement le caractère non abusif du loyer, en apportant cinq objets comparatifs ou des statistiques officielles¹⁷⁹³.

Dans l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral a débouté le bailleur parce qu'il n'avait pas apporté la preuve du caractère conforme du loyer initial litigieux avec les loyers usuels¹⁷⁹⁴ ; ce faisant, il a en réalité exigé du bailleur non pas une contre-preuve (soit la destruction de la conviction – provisoire – du tribunal quant à l'allégué de la partie adverse), mais la preuve du contraire¹⁷⁹⁵, puisque cela aurait supposé que le bailleur apporte la preuve pleine du caractère non abusif du loyer initial, au moyen des cinq objets comparatifs ou, éventuellement, des statistiques officielles¹⁷⁹⁶. Le Tribunal fédéral reconnaît que la formulation précitée peut prêter à confusion. Contrairement à ce qu'on pourrait en déduire, l'on ne saurait attendre d'un bailleur qu'il apporte la preuve pleine pour le caractère non abusif du loyer contesté¹⁷⁹⁷.

Dans l'ATF 142 III 442, précité, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 270 al. 1 CO n'exigeait pas que le locataire, en plus de la pénurie, allègue et prouve une contrainte. Il lui suffit de démontrer la pénurie¹⁷⁹⁸. Dans un arrêt du 21 septembre 2017, le Tribunal fédéral a précisé que la pénurie ne créait pas une présomption réfragable de contrainte, mais que « la pénurie entraîne par elle-même une situation de contrainte ». En cas de pénurie, le bailleur ne peut donc pas démontrer que, malgré la pénurie, le locataire ne se trouvait pas dans une situation de contrainte¹⁷⁹⁹. Il existe donc une *présomption irréfragable* (fiction) que le locataire se trouve dans une situation de contrainte si la pénurie est établie¹⁸⁰⁰. 839

¹⁷⁹³ ATF 147 III 431, consid. 4.3.

¹⁷⁹⁴ ATF 139 III 13, consid. 3.3.

¹⁷⁹⁵ Sur la différence entre ces deux notions, cf. ci-dessus, N 208 ; la contre-preuve doit être apportée par preuve stricte : BK ZGB (2012)-WALTER, N 418 ad art. 8 CC.

¹⁷⁹⁶ JEANNIN (Fardeau dans la contestation du loyer initial), p. 6.

¹⁷⁹⁷ ATF 147 III 431, consid. 4.2.

¹⁷⁹⁸ Cf. ci-dessus, N 791.

¹⁷⁹⁹ TF, arrêt du 21.09.2017, 4A_93/2017, consid. 4.

¹⁸⁰⁰ Cf. ci-dessus, N 210.

3.1.4.2. Fardeau subjectif

- 840 Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif¹⁸⁰¹. Le fardeau subjectif de la preuve pour les faits générateurs revient à la partie demanderesse, celui pour les faits dirimants et extinctifs à la partie défenderesse.
- 841 Le fardeau subjectif est détaché du fardeau objectif pour ce qui est de la contre-preuve¹⁸⁰². En l'occurrence, la question de la répartition du fardeau subjectif pourra essentiellement se poser lorsque le locataire tente de prouver que le loyer initial dépasse les loyers usuels, et que le bailleur ne se contente pas de contester ce fait, mais tente d'apporter la contre-preuve en invoquant d'autres objets prétendument comparatifs. Dans ce cas, le fardeau objectif de la preuve incombe toujours au locataire – si le tribunal n'est pas convaincu du caractère abusif du loyer, il débouterait le locataire – mais le fardeau subjectif d'apporter les moyens de preuve du caractère non abusif incombe au bailleur.

3.1.5. Degrés de preuve

- 842 Les faits pertinents pour les conditions de recevabilité de la contestation du loyer initial doivent en principe être prouvés de manière stricte¹⁸⁰³. Il n'y a à notre sens pas de raison de réduire le degré de preuve, puisque la preuve des conditions de recevabilité ne présente pas régulièrement des difficultés probatoires : il n'y a donc pas de « *Beweisnot* »¹⁸⁰⁴.
- 843 Concernant les faits pertinents pour la preuve du caractère abusif du loyer, il peut être renvoyé aux développements relatifs aux différents critères de fixation du loyer, dont il résulte que lesdits faits doivent en principe également être prouvés de manière stricte¹⁸⁰⁵.

3.1.6. Moyens de preuve

- 844 Les différents faits pertinents pour la recevabilité de la contestation du loyer initial peuvent *a priori* être prouvés par tous les moyens de preuve.
- 845 Les faits pertinents pour déterminer si le locataire se trouve dans une situation de nécessité personnelle ou familiale de conclure le bail sont les circonstances

¹⁸⁰¹ Cf. ci-dessus, N 215.

¹⁸⁰² Cf. ci-dessus, N 216.

¹⁸⁰³ ZK OR-HIGL, N 79 ad art. 270 CO.

¹⁸⁰⁴ Cf. ci-dessus, N 227 ss.

¹⁸⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 560 ss, 630 ss et 688 ss.

entourant le changement d'objet loué. Ces circonstances – telles que la résiliation du bail précédent par le bailleur, la dégradation de l'état de santé du locataire, etc.¹⁸⁰⁶ – peuvent être prouvées en premier lieu par témoignage ou titre. Dans certaines situations, une preuve par inspection est envisageable, notamment lorsque la cause du déménagement se trouve dans l'état ou la situation de l'objet précédemment loué, p. ex. parce qu'il se trouve dans un environnement excessivement bruyant¹⁸⁰⁷. Dans ce cas, les faits pertinents peuvent être directement perçus par le juge¹⁸⁰⁸. En revanche, une expertise est difficilement envisageable : la constatation ou l'appréciation correcte des circonstances entourant le changement d'objet loué ne nécessite en principe pas des connaissances dont le tribunal ne disposerait pas¹⁸⁰⁹.

Lorsque la pénurie n'est pas notoire, la « situation sur le marché local » peut être prouvée indirectement par la preuve des recherches infructueuses. Celle-ci peut être rapportée à notre sens essentiellement par le dépôt des demandes de location que le locataire a envoyées ainsi que les refus qu'il a essuyés, soit par titre. 846

Le fait que la troisième condition alternative, à savoir l'augmentation supérieure à 10 % par rapport au loyer précédent, est remplie résulte de la formule officielle, si tant est que son utilisation soit obligatoire pour l'objet loué. Celle-ci constitue un titre. Dans le cas contraire, le locataire devra apporter la preuve par d'autres moyens ; l'on pense à ce sujet notamment au témoignage du locataire précédent ou à l'interrogatoire, voire la déposition du bailleur. 847

Le moment de la réception de la chose louée ainsi que celle du dépôt de l'acte à la poste ou à l'autorité de conciliation peuvent le plus facilement être prouvés par titre. Le premier fait par le procès-verbal d'entrée, le deuxième par le timbre de la poste apposé sur l'enveloppe ou le récépissé de l'envoi du courrier par lettre recommandée ; lorsque le locataire remet l'acte directement à l'autorité de conciliation, il demandera un récépissé au greffe. 848

3.1.7. Devoir de collaborer

La preuve des circonstances entourant le changement d'objet loué ne nécessite en principe pas la collaboration du bailleur. Ces faits n'ont pas lieu dans sa sphère d'influence, donc sa collaboration ne permet en principe pas d'apporter des moyens de preuve pertinents à ce sujet. Il en va de même lorsque le locataire 849

¹⁸⁰⁶ Cf. ci-dessus, N 789.

¹⁸⁰⁷ Pour plus d'exemples, voir : FETTER, N 355 et les réf.

¹⁸⁰⁸ Cf. ci-dessus, N 256.

¹⁸⁰⁹ Cf. ci-dessus, N 265.

invoque la situation sur le marché local et devra prouver ses recherches infructueuses.

- 850 La seule exception est celle du locataire qui invoque l'augmentation sensible du loyer. L'art. 270 al. 1 let. b CO, permettant au locataire de contester le loyer initial en cas d'augmentation « sensible » du loyer, a été introduite par le législateur afin de combattre la spéculation immobilière. Cette disposition est cependant inopérante si le locataire ne connaît pas le loyer du bail précédent. Le législateur a dès lors prévu une obligation du bailleur de communiquer le montant du loyer fixé dans le contrat de bail précédent sur le même objet (art. 256a al. 2 CO)¹⁸¹⁰. Il s'agit d'une véritable obligation de collaborer de droit de fond, pouvant faire l'objet d'une action indépendante lorsque le bailleur ne communique pas le loyer précédent malgré la demande du locataire¹⁸¹¹, et non d'une simple incombance de droit procédural comme le devoir de collaborer prévu à l'art. 160 CPC¹⁸¹². Le locataire peut certes agir dans le cadre d'une action en contestation du loyer initial en se fondant sur l'art. 160 CPC ; il risque cependant d'ouvrir une action vouée à l'échec, car au moment du dépôt de son acte, il ne sait pas si toutes les conditions de la recevabilité de l'action sont réalisées¹⁸¹³.
- 851 Selon la doctrine majoritaire, l'art. 256a al. 2 CO n'exige aucune forme particulière. Il n'oblige pas le bailleur de donner des renseignements par écrit et encore moins de donner au locataire l'accès aux documents¹⁸¹⁴.

WEBER est de l'avis qu'une telle interprétation ne permet pas de réaliser le but d'économie de procédure, puisque le locataire sera contraint, afin de vérifier si les renseignements du bailleur sont justes ou non, de contester le loyer initial ; le bailleur devrait donc être obligé de donner accès au locataire au contrat de bail et à la dernière fixation du loyer¹⁸¹⁵. À notre sens, cette interprétation se heurte toutefois à la lettre de l'art. 256a al. 2 CO, qui, contrairement à l'art. 256a al. 1 CO, ne prévoit justement pas l'obligation du bailleur de produire les documents¹⁸¹⁶.

¹⁸¹⁰ RHINOW et RÜESCH, BO CE 1988 II, p. 168 ss.

¹⁸¹¹ BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 256a CO ; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 38 ad art. 256a/256b CO ; SVIT K.-BIBER, N 24 ad art. 256a CO ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, N 23 ad art. 256a CO ; FETTER, N 446 ; voir aussi : FRESE/KOBEL, p. 102.

¹⁸¹² Cf. ci-dessus, N 301.

¹⁸¹³ BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 256a CO.

¹⁸¹⁴ CR CO I-LACHAT/BOHNET, N 4 ad art. 256a CO ; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 37 ad art. 256a/256b CO ; SVIT K.-BIBER, N 21 ad art. 256a CO ; BK OR-GIGER, N 35 ad art. 256a CO.

¹⁸¹⁵ BSK OR I-WEBER, N 8a ad art. 256a CO.

¹⁸¹⁶ Dans ce sens aussi : BK OR-GIGER, N 35 ad art. 256a CO.

Le locataire pourra cependant demander la production des titres permettant de prouver le loyer du bail précédent sur le même objet durant la procédure de contestation du loyer initial, fondé sur l'art. 160 al. 1 let. b CPC. 852

Il serait également possible de demander la production des documents nécessaires à la preuve du loyer précédent au locataire précédent. À notre sens, la condition de subsidiarité empêche cependant de procéder de cette manière : si les informations peuvent être obtenues de la part d'une des parties – en l'occurrence le bailleur comme partie défenderesse – un tiers ne saurait être obligé¹⁸¹⁷. 853

La question du devoir de collaborer se pose également pour le problème de fond, à savoir le caractère abusif du loyer. Cette question a déjà été traitée, dans les chapitres relatifs aux différents critères de fixation du loyer, si bien que le lecteur peut y être renvoyé¹⁸¹⁸. 854

3.1.8. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

L'action en contestation du loyer initial est soumise à la procédure simplifiée, et cela indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c CPC). Le locataire peut donc déposer une requête simplifiée. Le locataire n'a pas l'incombe de « découper » l'état de fait en allégués précis et d'indiquer, pour chaque allégué, un moyen de preuve. Il devra en principe joindre à sa requête les titres disponibles nécessaires afin de prouver les faits pertinents pour la prétention invoquée (art. 244 al. 3 let. c CPC), respectivement les déposer au greffe du tribunal lorsqu'il s'y rend pour dicter la requête au procès-verbal. 855

S'il dépose une requête non motivée, le locataire proposera les moyens de preuve lors de l'audience principale, respectivement, si le tribunal décide d'en organiser une, lors de l'audience d'instruction. Le bailleur pourra en faire de même. Rappelons que la jurisprudence exige des parties l'allégation précise des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions, alors même que la maxime inquisitoire sociale est applicable¹⁸¹⁹. Quoiqu'il arrive, les parties pourront proposer et déposer des moyens de preuve jusqu'au moment de la clôture des débats (art. 229 al. 3 CPC)¹⁸²⁰. 856

Avant de procéder à l'administration des preuves, le tribunal décide quels faits doivent être prouvés, quels moyens de preuve administrés et quels parties ou tiers obligés de collaborer. Il doit communiquer sa décision aux parties par une 857

¹⁸¹⁷ Cf. ci-dessus, N 302.

¹⁸¹⁸ Cf. ci-dessus, N 600 ss, 644 ss, 699 ss et 766.

¹⁸¹⁹ Cf. ci-dessus, N 93 ss.

¹⁸²⁰ Cf. ci-dessus, N 330 ss.

ordonnance de preuves (art. 154 CPC)¹⁸²¹. Cela dit, le tribunal peut procéder à l'administration des moyens de preuve en tout temps, jusqu'à la clôture des débats (art. 229 al. 3 CPC).

- 858 Le locataire dispose de la possibilité de requérir une preuve à futur, si une des conditions de l'art. 158 al. 1 let. b CPC est réalisée, en particulier celle de la mise en danger des preuves. En ce qui concerne la contestation du loyer initial, cette institution procédurale n'a cependant que très peu de portée : la plupart des faits pertinents, que ce soit pour la recevabilité¹⁸²² ou les critères entrant en ligne de compte¹⁸²³, peuvent être prouvés par titre, peu enclins à disparaître.

3.1.9. Appréciation des preuves

- 859 Des questions délicates d'appréciation des preuves se posent en particulier lorsque le bailleur viole son devoir de collaborer et que l'état de fait pertinent ne peut pas être établi. Comme le locataire supporte le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer, le tribunal devrait en principe le débouter lorsque les éléments constitutifs ne peuvent pas être établis. Une telle manière de procéder serait toutefois injuste, puisqu'elle permettrait au bailleur de déjouer l'administration des preuves (*Beweisvereitelung*) sans être sanctionné.
- 860 Il aurait été possible de résoudre ce problème par une modification de la répartition du fardeau de la preuve. Le législateur – à qui revient le monopole d'introduire une telle mesure – n'a toutefois pas décidé de procéder ainsi. Il prévoit cependant une solution au stade de l'appréciation des preuves : le tribunal tiendra compte d'un refus injustifié à ce stade (art. 164 CPC), ce qui signifie que la violation de ce devoir de collaborer par le défendeur puisse être considérée comme un indice de l'exactitude de l'allégation avancée par celui auquel incombe la preuve¹⁸²⁴. Le tribunal peut ainsi considérer comme établi un fait allégué par une partie et pour lequel le fardeau de la preuve objectif incombe à celle-ci lorsque la partie adverse aurait dû rapporter le moyen de preuve en vertu de l'obligation de collaborer et a violé ce devoir¹⁸²⁵. Dans le cadre de la contestation du loyer initial, le Tribunal fédéral considère qu'en l'absence de tout autre élément de preuve, le refus injustifié du bailleur de collaborer à l'administration des preuves peut convaincre le tribunal de la fausseté complète ou partielle des

¹⁸²¹ Cf. ci-dessus, N 340.

¹⁸²² Cf. ci-dessus, N 844 ss.

¹⁸²³ Cf. ci-dessus, N 563 ss, 635 ss, 692 ss et 764 s.

¹⁸²⁴ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; 119 II 305, consid. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 98 II 231, consid. 5, JdT 1974 I 80.

¹⁸²⁵ Cf. ci-dessus, N 301.

allégations du bailleur et l'amener à croire les indications du locataire¹⁸²⁶. Le tribunal ne peut toutefois pas se contenter de considérer les allégations du locataire comme prouvées lorsque le bailleur refuse de collaborer. Il doit procéder à une appréciation globale des preuves, dans laquelle il doit également tenir compte des données statistiques cantonales ou communales disponibles¹⁸²⁷.

En pratique, il peut en outre être constaté que, dans des recours au Tribunal fédéral, il est souvent fait grief à l'instance inférieure d'avoir commis un *arbitraire* dans l'appréciation des preuves¹⁸²⁸. Ce grief n'a cependant, à notre connaissance, jamais été retenu par le Tribunal fédéral en lien avec la contestation du loyer initial. 861

Comme mentionné¹⁸²⁹, l'OBLF et la jurisprudence concernant la détermination 862 des loyers usuels soulèvent également des questions concernant l'appréciation des preuves. Le législateur a uniquement prévu, à l'art. 269a let. a CO, que les loyers conformes aux loyers de la localité et du quartier n'étaient pas abusifs. À notre sens, le principe de la libre appréciation des preuves, ancré à l'art. 157 CPC, postulerait que le tribunal soit libre dans la manière dont il forme sa conviction au sujet des loyers usuels (la question de la qualification des loyers usuels comme usage ou comme fait ne jouant aucun rôle à cet égard). C'est d'ailleurs ainsi que le Tribunal fédéral voit les choses concernant les loyers usuels pour la détermination du caractère manifestement exagéré du prix d'achat¹⁸³⁰ et il n'y a aucune raison qu'il en aille différemment pour l'art. 269a let. a CO. Toutefois, le Conseil fédéral et la jurisprudence restreignent ce principe en imposant que les loyers usuels doivent être établis par la preuve d'au moins cinq loyers de logements respectivement de locaux commerciaux comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (art. 11 al. 1 OBLF). Or prévoir une exception à l'art. 157 CPC – disposition édictée par le législateur – constitue une prérogative réservée au législateur.

¹⁸²⁶ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; TF, arrêt du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 3.3.1a ; TF, arrêt du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25.

¹⁸²⁷ ATF 147 III 14, consid. 6.1.3 ; 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; TF, arrêt du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 3.3.1b et 3.3.2.

¹⁸²⁸ P. ex. : TF, arrêts du 29.11.2016, 4A_295/2016, consid. 3, et du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 4.

¹⁸²⁹ Cf. ci-dessus, N 691.

¹⁸³⁰ TF, arrêt du 18.04.1996, consid. 3d, mp 1996, p. 159 ss.

3.2. La contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat

3.2.1. Concept

- 863 L'art. 269*d* CO accorde au bailleur le droit d'augmenter unilatéralement le montant du loyer ou de modifier d'autres paramètres du contrat au détriment du locataire s'il respecte certaines conditions¹⁸³¹. L'art. 270*b* CO permet au locataire qui estime qu'une telle modification rendrait le loyer abusif au sens des art. 269 et 269*a* CO de la contester devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent l'avis de majoration.

Les conditions d'un contrat de durée, une fois conclu, ne peuvent en principe être modifiées que par accord des deux parties. Si une partie souhaite modifier le contrat alors que l'autre s'y oppose, la première dispose toutefois de la possibilité de résilier le contrat. Si l'on appliquait ce concept en droit du bail, le bailleur qui souhaite augmenter le loyer alors que le locataire n'y donne pas son accord pourrait résilier le contrat et imposer de cette manière une augmentation du loyer, vu la position économiquement plus faible du locataire dans la plupart des cas. Pour pallier cette situation, le législateur a introduit le système des art. 269*d* et 270*b* CO, permettant au bailleur de modifier unilatéralement le contrat, mais à des conditions formelles et matérielles assez strictes, que le locataire peut faire vérifier par la voie judiciaire¹⁸³².

- 864 Les art. 269*d* et 270*b* CO visent toutes les modifications du contrat de bail unilatéralement décidées par le bailleur¹⁸³³. Dans la majorité des cas, la modification consiste en une hausse de loyer¹⁸³⁴ ; il peut cependant également s'agir d'une autre modification, p. ex. la diminution de la prestation ou l'introduction de nouveaux frais accessoires (mentionnés à l'art. 269*d* al. 3 CO), la modification du terme d'exigibilité du loyer¹⁸³⁵ ou le retrait de l'autorisation de sous-location¹⁸³⁶. Le fait que la modification du contrat désavantage le locataire n'est pas une condition d'application de l'art. 269*d* CO. La procédure prévue par l'art. 270*b* CO vise précisément à examiner si le rapport d'échange est modifié au détriment du locataire ; partant, l'obligation d'utiliser le formulaire officiel prévue par l'art. 269*d* CO, qui vise à assurer que le locataire soit informé de la

¹⁸³¹ SVIT K.-ROHRER, N 1 ad art. 269*d* CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 76 ; ZK OR-HIGI, N 151 intro. ad art. 269-270*e* CO.

¹⁸³² SVIT K.-ROHRER, N 1 ad art. 269*d* CO et les réf. ; voir aussi : ZK OR-HIGI, N 151 intro. ad art. 269-270*e* CO.

¹⁸³³ ATF 125 III 231, consid. 3b, JdT 2000 I 194 ; CPra Bail-MARCHAND, N 11 ad art. 269*d* CO.

¹⁸³⁴ CPra Bail-MARCHAND, N 9 ad art. 269*d* CO.

¹⁸³⁵ CPra Bail-MARCHAND, N 10 ad art. 269*d* CO ; TF, arrêt du 07.08.2007, 4A_38/2007, consid. 4.2.

¹⁸³⁶ ATF 125 III 62, consid. 2b.

possibilité de contester la modification, est applicable pour toute modification unilatérale¹⁸³⁷.

L'action en contestation de l'augmentation du loyer présente la particularité que la charge du contentieux est inversée entre la conciliation et la procédure au fond : au stade de la conciliation, le locataire est demandeur et le bailleur défendeur, durant la procédure au fond, les rôles sont inversés¹⁸³⁸. Les développements qui suivent se rapportent en principe à la procédure au fond, dans laquelle le bailleur est demandeur et souhaite consacrer son droit à l'augmentation du loyer, respectivement à une autre modification unilatérale. Nous comprenons l'action de l'art. 270b CO comme celle *permettant au bailleur de faire valoir son droit unilatéral à la modification du contrat* en cas de contestation de cette modification par le locataire¹⁸³⁹, et non comme l'action du locataire permettant de contester une modification.

Toutefois, l'autorité de conciliation dispose de la possibilité de rendre une proposition de jugement (art. 210 al. 1 let. b CPC) qui entre en force si aucune des parties ne s'y oppose dans un délai de 20 jours (art. 211 al. 1 CPC). En cas d'opposition, l'autorisation de procéder est délivrée à la partie qui s'oppose à la proposition de jugement (art. 211 al. 2 let. a CPC). Dès lors, si le locataire s'oppose à la proposition de jugement, il aura le rôle de demandeur dans la procédure au fond¹⁸⁴⁰.

3.2.2. Objet de la preuve

3.2.2.1. Faits pertinents

Les art. 269d et 270b CO ne prévoient que des conditions formelles (3.2.2.1.1.) : l'action de l'art. 270b CO vise à examiner si la modification rend abusif le loyer au sens des art. 269 et 269a CO¹⁸⁴¹. Les conditions matérielles de l'action sont prévues par lesdites dispositions. Il y a lieu d'apporter quelques précisions à ce sujet (3.2.2.1.2.).

¹⁸³⁷ ATF 125 III 62, consid. 2b.

¹⁸³⁸ CPra Actions II-BOHNET, § 19 N 17 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 76.

¹⁸³⁹ Il s'agit donc d'une action formatrice : BSK OR I-WEBER, N 4b ad art. 270b CO ; *contra* : ZK OR-HIGI, N 13 ad art. 270b CO, qui considère qu'il s'agit d'une action en contestation (en l'occurrence du caractère abusif du loyer après modification).

¹⁸⁴⁰ BSK OR I-WEBER, N 4a ad art. 270b CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 76.

¹⁸⁴¹ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 1 ad art. 270b CO.

3.2.2.1.1. Conditions formelles

867 Pour que le bailleur puisse valablement augmenter le loyer ou diminuer sa contre-prestation, il doit (art. 269d al. 1 CO)¹⁸⁴² :

- notifier la modification par formule officielle ; le contenu de cette formule officielle est précisé à l’art. 19 OBLF ;
- indiquer des motifs précis justifiant la hausse, respectivement la modification du contrat ; lorsque la hausse repose sur plusieurs motifs, les montants correspondant à chacun d’entre eux sont à détailler (art. 19 al. 1 let. a ch. 4 OBLF) ; les motifs doivent en principe figurer sur la formule officielle, mais ils peuvent figurer dans une lettre d’accompagnement dans la mesure où la formule officielle se réfère expressément à cette lettre (art. 19 al. 1^{bis} OBLF) ;
- respecter l’échéance contractuelle et le délai de notification : l’avis de majoration du loyer doit parvenir au locataire *dix jours* au moins avant le début du délai de résiliation (qui est de trois mois au moins pour les locaux d’habitation et de six mois au moins pour les locaux commerciaux : art. 266c et 266d CO) ; le délai de dix jours devrait en effet permettre au locataire de résilier le bail s’il n’accepte pas la modification des conditions de ce dernier et ne souhaite pas entamer de procédure de contestation¹⁸⁴³ ;
- ne pas avoir prononcé à l’égard du locataire une menace de résiliation.

868 La violation de ces conditions de forme entraîne *la nullité de la majoration du loyer* (art. 269d al. 2 CO)¹⁸⁴⁴. Toutefois, si la formule n’est pas notifiée dix jours avant le début du délai de résiliation, la hausse n’est pas nulle, mais sera reportée à la prochaine échéance utile, par application analogique de l’art. 266a al. 2 CO¹⁸⁴⁵. Lorsque le bailleur envoie la formule officielle par courrier recommandé, il convient d’appliquer la « théorie de la notification renforcée » ou « relative » : ce n’est pas le moment du dépôt de l’invitation à le retirer qui est déterminant (théorie absolue de la réception), mais le moment où le locataire retire

¹⁸⁴² CPra Actions II-BOHNET, § 19 N 3.

¹⁸⁴³ BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 269d CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 507, N 4.5.1 ; SVIT K.-ROHRER, N 9 ad art. 269d CO ; CPra Bail-MARCHAND, N 27 ad art. 269d CO.

¹⁸⁴⁴ Pour l’action en constatation de la nullité de la modification du loyer ainsi qu’en remboursement du trop-perçu, cf. ci-dessous, chapitre 3.4.

¹⁸⁴⁵ ATF 131 III 566, consid. 3.3 ; BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 269d CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 507, N 4.5.1 ; SVIT K.-ROHRER, N 14 ad art. 269d CO ; CPra Bail-MARCHAND, N 39 ad art. 269d CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 9 ad art. 270b ; ZK OR-HIGI, N 139 et 157 ad art. 269d CO ; selon la doctrine majoritaire, ce report intervient indépendamment de savoir si le locataire conteste la modification du contrat ou non ; toutefois, selon ROHRER, elle n’intervient que lorsque le locataire procède à la contestation : SVIT K.-ROHRER, N 16 ad art. 269d CO.

effectivement son courrier ; s'il laisse échoir le délai de garde de sept jours, le septième jour du délai de garde est considéré comme date de la notification¹⁸⁴⁶. Lorsque le bailleur envoie la formule officielle par courrier simple, le courrier est considéré comme notifié au moment du dépôt du courrier dans la boîte aux lettres de son destinataire¹⁸⁴⁷.

Constituent donc des faits pertinents *l'échéance contractuelle* convenue entre les parties, *la date du retrait, par le locataire, de la formule officielle, le dernier jour du délai de garde ou le moment du dépôt du courrier contenant la formule dans la boîte aux lettres du locataire* ainsi que *le contenu de la formule officielle*. 869

Le délai de notification de la formule officielle constitue un délai de droit matériel et non de droit de procédure ; il n'est pas soumis aux vacances judiciaires¹⁸⁴⁸.

En cas d'échec de la conciliation, l'autorisation de procéder est délivrée au bailleur (art. 209 al. 1 let. a CPC). Ce dernier doit déposer une demande afin de faire valider la hausse du loyer ou autre modification unilatérale dans un délai de 30 jours (art. 209 al. 4 CPC), sous peine de caducité de sa demande d'augmentation du loyer, respectivement de modification du contrat¹⁸⁴⁹. Le respect de ce délai doit également être établi, ce qui suppose la preuve du moment de la délivrance de l'autorisation de procéder ainsi que de celui du dépôt de la requête devant le tribunal. 870

Doivent en plus être réalisées les autres conditions de recevabilité prévues par le Code de procédure civile, relatives à l'action et à l'instance, telles que l'intérêt digne de protection du requérant, la compétence du tribunal saisi, la capacité d'être partie du demandeur et du défendeur, leur capacité d'ester en justice, etc. (art. 59 CPC)¹⁸⁵⁰. L'absence de ces conditions entraîne également l'irrecevabilité de la demande¹⁸⁵¹. 871

¹⁸⁴⁶ ATF 143 III 15, consid. 4.1 ; 140 III 244, consid. 5.1 ; 137 III 208, consid. 3.1.1 ; BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 269d CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 508, N 4.5.4 ; CPra Bail-MARCHAND, N 28 ad art. 269d CO ; BOHNET (termes et délais), p. 18 ; ZK OR-HIGI, N 147 ad art. 269d CO.

¹⁸⁴⁷ CPra Bail-MARCHAND, N 29 ad art. 269d CO.

¹⁸⁴⁸ BSK OR I-WEBER, N 2 ad art. 270b CO.

¹⁸⁴⁹ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 14 ad art. 270b CO.

¹⁸⁵⁰ Cf. ci-dessus, N 803.

¹⁸⁵¹ BSK ZPO-GEHRI, N 11 ad art. 60 CPC.

3.2.2.1.2. Conditions matérielles

- 872 La condition matérielle qui doit être remplie en cas de modification unilatérale du bail est que *la modification ne doit pas mener à un loyer abusif*, à savoir ne pas permettre au bailleur de réaliser un rendement excessif¹⁸⁵².
- 873 S'il s'agit d'une augmentation de loyer, le bailleur doit en principe se fonder sur des *critères relatifs* et le tribunal fixera le loyer en application de la *méthode relative*¹⁸⁵³, faute de quoi le bailleur pourrait conclure des baux en offrant un loyer avantageux pour le locataire et augmenter le montant du loyer immédiatement après la conclusion du contrat (« miroir aux alouettes »)¹⁸⁵⁴. Les deux critères relatifs appliqués le plus fréquemment en pratique sont ceux de la hausse des coûts ainsi que des prestations supplémentaires (art. 269a let. b CO) et celui du renchérissement (art. 269a let. e CO). Néanmoins, le bailleur peut également se fonder sur des critères absolus relativisés et, dans certains cas exceptionnels, directement sur un critère absolu¹⁸⁵⁵.
- 874 Lorsque le bailleur modifie autrement le contrat de bail, il convient d'examiner si le rapport entre prestation et contre-prestation ne rend pas abusif le loyer au sens des critères des art. 269 et 269a CO¹⁸⁵⁶.
- 875 Pour juger une demande d'adaptation de loyer, il faut se placer au dernier moment où la déclaration de hausse ou la demande de baisse devait être exprimée, soit le dernier jour où elle devait être remise à la poste pour atteindre le cocontractant en temps utile¹⁸⁵⁷. Pour la majoration du loyer ou une autre modification unilatérale du contrat, cela signifie que la date déterminante est onze jours avant le début du délai de résiliation (qui est, selon l'art. 266c et 266d CO, de trois mois au moins pour les locaux d'habitation et de six mois au moins pour les locaux commerciaux). Le critère invoqué par le bailleur doit être établi à ce moment-là ainsi qu'au moment de la dernière fixation du loyer. Constituent dès lors en principe des faits pertinents *l'échéance contractuelle, le moment de la dernière fixation du loyer* ainsi que *l'état du critère invoqué par le bailleur le jour de la dernière fixation du loyer* ainsi que *onze jours avant le début du délai de résiliation*. Lorsque le bailleur motive la majoration par des prestations supplémentaires, la situation est différente ; au sujet des faits pertinents dans cette situation, il peut être renvoyé au chapitre au sujet des faits pertinents en cas

¹⁸⁵² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 82 ; CPra Bail-MARCHAND, N 2 ad art. 269d CO ; ZK OR-HIGI, N 19 ad art. 270b CO.

¹⁸⁵³ ATF 123 III 171, consid. 6a ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 694, N 5.3.1 ; ZK OR-HIGI, N 505 ss ad art. 269 CO ; cf. ci-dessus, N 481 ss.

¹⁸⁵⁴ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 679, N 3.6 et 694, N 5.3.1.

¹⁸⁵⁵ Cf. ci-dessus, N 484 ss.

¹⁸⁵⁶ SVIT K.-ROHRER, N 75 ad art. 269d CO.

¹⁸⁵⁷ ATF 141 III 245, consid. 3.4 ; 122 III 20, consid. 4b, JdT 1996 I 600.

d'améliorations créant des plus-values ainsi que d'agrandissement de la chose louée¹⁸⁵⁸.

En cas d'application de critères absolus relativisés, il est pertinent de savoir si le facteur absolu considéré a évolué depuis le moment de la dernière fixation du loyer¹⁸⁵⁹. Des questions se posent en particulier au sujet du critère des loyers usuels (art. 269a let. a CO), puisqu'il ne suffit pas de démontrer le loyer usuel à un moment déterminé, mais qu'il faut démontrer son évolution dans le temps. Selon la jurisprudence, le bailleur ne peut prétendre à une adaptation aux loyers usuels dans la localité ou dans le quartier que s'il arrive à démontrer que le marché a évolué au cours d'une période suffisamment longue pour en tirer des conséquences au regard des lois de la statistique, afin d'exclure l'incidence d'événements fortuits sur la détermination des valeurs de comparaison¹⁸⁶⁰. 876

3.2.2.2. Allégation et contestation

La contestation de la modification unilatérale du contrat par le bailleur est soumise à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). Les faits pertinents n'ont formellement pas besoin d'être allégués respectivement motivés, mais étant donné que les parties sont soumises à un devoir de collaborer à l'établissement des faits, elles n'échappent en réalité pas à l'incombance de justifier leur position en invoquant les faits sur lesquels elles se fondent¹⁸⁶¹. 877

La violation des conditions formelles de la modification unilatérale du contrat entraîne la nullité de dite modification (art. 269d al. 2 CO). La nullité est constatée d'office¹⁸⁶². Cela ne signifie toutefois pas que le tribunal recherche, de sa propre initiative, les faits dont la nullité peut être déduite même si aucune partie ne les a allégués¹⁸⁶³. Il ne le fera que dans le cadre déjà posé par la maxime inquisitoire sociale. 878

Le tribunal devrait toutefois intervenir auprès du bailleur non représenté qui demande l'augmentation du loyer ou une autre modification unilatérale du contrat, mais qui n'allègue pas les faits pertinents relatifs au respect des conditions de forme ni apporte des moyens de preuve y relatifs, et l'inviter à préciser sa position. La maxime inquisitoire sociale permettrait au tribunal, selon nous, de 879

¹⁸⁵⁸ Cf. ci-dessus, 2.4.2.1.3 et 2.4.2.1.4

¹⁸⁵⁹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 694 s., N 5.3.2.

¹⁸⁶⁰ ATF 118 II 130, consid. 3b, JdT 1993 I 143 ; dans ce sens aussi : AppGer BS, arrêt du 11.09.1989, mp 1990, p. 103.

¹⁸⁶¹ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

¹⁸⁶² ATF 137 III 217, consid. 2.4.3 ; 132 III 342, consid. 2.1.

¹⁸⁶³ MORET, p. 32.

considérer que les conditions de l'art. 269d CO sont réalisées lorsque le bailleur produit les moyens de preuve pertinents (en particulier une copie de la formule officielle et le suivi de son envoi, disponible sur le site de la Poste suisse si le courrier a été envoyé par recommandé ou « A+ »), mais n'allègue pas les faits pertinents y relatifs¹⁸⁶⁴.

- 880 Les conditions de recevabilité de l'action, respectivement de l'instance sont examinés d'office par le tribunal (art. 60 CPC). Comme expliqué¹⁸⁶⁵, le tribunal ne procède pas à des enquêtes de son propre chef. L'échelle à appliquer est identique à celle de la maxime inquisitoire sociale.
- 881 Pour ce qui est de l'allégation et de la contestation des motifs d'augmentation du loyer, il peut être renvoyé aux considérations à ce sujet dans les chapitres dédiés aux différents critères de fixation du loyer¹⁸⁶⁶. Les motifs invoqués dans la formule officielle de notification lient non seulement le bailleur, mais également le tribunal¹⁸⁶⁷. Autrement dit, la maxime inquisitoire sociale ne permet pas au tribunal d'examiner si la majoration du loyer pourrait se justifier pour d'autres raisons que celles indiquées dans la formule.

3.2.3. Sujet de la preuve

- 882 Comme la maxime inquisitoire sociale est applicable dans tous les cas, la responsabilité pour l'apport des preuves est, en principe, partagée. Cela concerne essentiellement la question de fond, soit celle du caractère abusif ou non du loyer. Sur cette question, il peut être renvoyé aux considérations dans les chapitres dédiés aux différents critères de fixation du loyer, en particulier celui de la hausse des coûts et des prestations supplémentaires¹⁸⁶⁸ ainsi que celui du renchérissement¹⁸⁶⁹.
- 883 En application de la maxime inquisitoire sociale, le tribunal devrait en particulier intervenir auprès du bailleur non représenté qui allègue que les conditions de l'art. 269d CO sont réalisées, mais sans proposer ni présenter des moyens de preuve, et l'amener, par des questions adéquates, à compléter ses offres de preuve¹⁸⁷⁰. En revanche, lorsque les deux parties sont représentées, le tribunal ne saurait intervenir auprès du bailleur qui n'a pas proposé de moyen de preuve pour le moment de la notification de la formule officielle annonçant la hausse

¹⁸⁶⁴ Cf. ci-dessus, N 93 ss.

¹⁸⁶⁵ Cf. ci-dessus, N 810.

¹⁸⁶⁶ Cf. ci-dessus, N 541 ss, 673 ss et 729 ss.

¹⁸⁶⁷ SVIT K.-ROHRER, N 8 ad art. 270b CO.

¹⁸⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 737 s.

¹⁸⁶⁹ Cf. ci-dessus, N 770 s.

¹⁸⁷⁰ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

du loyer ou une autre modification des conditions du bail et que le locataire conteste le moment de la notification¹⁸⁷¹.

La présence des conditions de recevabilité de l'action et de l'instance est examinée d'office par le tribunal (art. 60 CPC). À l'instar de la maxime inquisitoire sociale, le tribunal peut uniquement administrer des moyens de preuve d'office lorsqu'il ressort du dossier des indices pour des faits pertinents entraînant la recevabilité, respectivement l'irrecevabilité, de l'action ou de l'instance¹⁸⁷². 884

3.2.4. Fardeau de la preuve

3.2.4.1. Fardeau objectif

3.2.4.1.1. Faits générateurs

La notification de la formule officielle dix jours avant le début du délai de résiliation, ainsi que l'indication des éléments mentionnés à l'art. 19 al. 1 let. a et c OBLF sont des conditions à la naissance du droit du bailleur à la modification des conditions du bail au détriment du locataire. La présence de l'échéance contractuelle convenue entre les parties, du moment de la notification de la formule officielle ainsi que de son contenu constituent des faits qui profitent au bailleur ; il s'agit dès lors de faits générateurs pour lesquels le bailleur supporte le fardeau de la preuve¹⁸⁷³. En leur absence, le bailleur perd le procès. Le bailleur doit en particulier garder en tête qu'il supporte le fardeau de la preuve du moment de la notification de la formule, mais que la preuve de ce moment est difficile à rapporter lorsqu'il envoie la formule par pli simple¹⁸⁷⁴. 885

Le bailleur supporte le fardeau de la preuve pour les motifs de hausse dont il se prévaut¹⁸⁷⁵. À ce sujet, il est lié par les motifs indiqués dans la formule officielle¹⁸⁷⁶. Ainsi, lorsque le bailleur motive la majoration du loyer par l'augmentation des charges courantes et d'entretien, les faits suivants sont générateurs : les faits pertinents pour les différents travaux exécutés par le bailleur sur l'objet 886

¹⁸⁷¹ Cf. TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.4 et 3.5, qui concerne une diminution du loyer dont le moment de notification est contesté par le bailleur ; il n'y a aucune raison qu'il en aille différemment lors d'une majoration du loyer dont la notification est contestée par le locataire.

¹⁸⁷² ZK ZPO-ZÜRCHER, N 4 ad art. 60 CPC ; cf. ci-dessus, N 819.

¹⁸⁷³ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 509, N 4.5.7 (pour le moment de la notification du formulaire).

¹⁸⁷⁴ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 509, N 4.5.7 ; CPra Bail-MARCHAND, N 29 ad art. 269d CO.

¹⁸⁷⁵ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 15 ad art. 270b CO ; ZK OR-HIGI, N 38 ad art. 270b CO.

¹⁸⁷⁶ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 506, N 4.3.7 ; SVIT K.-ROHRER, N 8 ad art. 270b CO.

loué, les *montants dépensés* par le bailleur à cet effet, de même que *tous les autres frais* qu'il a engagés pour *exploiter et maintenir en l'état* l'objet loué, pour autant qu'ils ne soient pas facturés au locataire à travers les frais accessoires, et cela pour les trois exercices précédant la dernière fixation du loyer, ainsi que pour les trois exercices précédant celle à partir de laquelle la majoration est requise¹⁸⁷⁷. Ces faits donnent naissance au droit du bailleur d'augmenter le loyer ; par conséquent, il en supporte le fardeau de la preuve. De même, s'il motive une majoration par l'agrandissement de la chose louée, il supporte le fardeau pour les travaux exécutés, le fait que ces travaux entraînent l'augmentation de la surface louée ainsi que la somme investie pour les travaux¹⁸⁷⁸, qui constituent des faits générateurs.

887 Si le bailleur motive une majoration par des améliorations créant des plus-values, respectivement des améliorations énergétiques, *les travaux exécutés, la somme dépensée pour leur réalisation* ainsi que *la plus-value apportée* peuvent à notre sens être identifiés sans autres comme faits générateurs : la présence de ces faits est nécessaire pour l'existence du droit à l'augmentation unilatérale du loyer invoqué par le bailleur. Il en supporte dès lors le fardeau de la preuve¹⁸⁷⁹. Il en va de même des éléments de la clé de répartition entre les différents objets loués si les améliorations en concernent plusieurs à la fois¹⁸⁸⁰.

888 En revanche, lorsque l'on se trouve dans une situation d'importantes réparations au sens de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF, l'identification des faits générateurs et dirimants est moins aisée. En principe, la part de plus-value apportée à l'objet loué par les travaux serait un fait générateur. Toutefois, dans ce cas intervient la présomption selon laquelle la plus-value est de 50 % à 70 %. Cependant, les faits dont il peut être déduit qu'il s'agit d'importantes réparations¹⁸⁸¹ constituent à notre sens des faits générateurs, puisque leur présence profite au bailleur, qui évite de devoir prouver la plus-value de ses investissements¹⁸⁸². Le fonctionnement précis de la présomption de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF sera analysé ci-après¹⁸⁸³.

Nous avons identifié la durée de vie présumable d'une installation d'un certain type comme règle d'expérience généralement reconnue et dès lors non soumise à preuve, et son application au cas concret comme question d'appréciation¹⁸⁸⁴. Toutefois, cela ne signifie pas que, dans un cas concret, la durée de vie présumable d'une installation ne

¹⁸⁷⁷ Cf. ci-dessus, N 717 s.

¹⁸⁷⁸ Cf. ci-dessus, N 728.

¹⁸⁷⁹ Pour la plus-value : BRUTSCHIN, p. 143 ; THANEL, p. 2.

¹⁸⁸⁰ Cf. ci-dessus, N 722.

¹⁸⁸¹ Cf. ci-dessus, N 723.

¹⁸⁸² Dans ce sens aussi : BRUTSCHIN, p. 144 s.

¹⁸⁸³ Cf. N 902 ss.

¹⁸⁸⁴ Cf. ci-dessus, N 734.

donne lieu à aucune preuve. Ainsi, lorsque le bailleur invoque une durée de vie présumable en invoquant que l'installation remplacée correspond à une certaine catégorie contenue dans les tables paritaires de durée de vie, il supporte bien le fardeau de la preuve de ce fait. Le fait dont il déduit que l'installation en question correspond à une certaine catégorie d'installations constitue un fait générateur.

La jurisprudence admet également que le bailleur se fonde sur des facteurs absolus si ceux-ci ont évolué depuis le moment de la dernière fixation du loyer¹⁸⁸⁵, p. ex. s'il considère que les loyers usuels dans la localité ou du quartier ont augmenté. Dans ce cas, il supporte le fardeau de la preuve pour le fait que le facteur dont il se prévaut a évolué depuis le moment de la dernière fixation du loyer, soit que le rendement est devenu insuffisant ou que les loyers usuels ont augmenté¹⁸⁸⁶. 889

3.2.4.1.2. Faits dirimants

Les faits dirimants constituent des faits qui empêchent ou retardent la naissance du droit découlant des faits générateurs¹⁸⁸⁷. En tant que faits dirimants, le locataire peut opposer au bailleur qui aurait prononcé une menace de résiliation (3.2.4.1.2.1.), que le loyer est abusif selon un critère absolu (3.2.4.1.2.2.) ou relatif (3.2.4.1.2.3.), que le bail a été conclu à durée déterminée (3.2.4.1.2.4.), qu'il a consenti, lors de la conclusion du contrat, à la suppression de son droit de modification unilatérale (3.2.4.1.2.5.) ou qu'il a financé ses investissements par des subsides (3.2.4.1.2.6.). 890

3.2.4.1.2.1. La menace de résiliation ou la résiliation donnée par le bailleur

Selon l'art. 269d al. 2 let. c CO, une augmentation de loyer est nulle si elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation. Il s'agit du corollaire du principe selon lequel le bailleur n'a pas droit de prononcer un congé dans le but d'imposer une modification unilatérale du bail défavorable au locataire, en particulier une adaptation de loyer¹⁸⁸⁸. Conformément à l'art. 271a al. 2 let. b CO, de tels congés sont annulables. Ainsi, la menace de résiliation prononcée par le bailleur empêche que son droit à l'augmentation du loyer prenne 891

¹⁸⁸⁵ Facteurs absolus relativisés : cf. ci-dessus, N 484.

¹⁸⁸⁶ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 694 s., N 5.3.2.

¹⁸⁸⁷ Cf. ci-dessus, N 183.

¹⁸⁸⁸ CPra Bail-MARCHAND, N 41 ad art. 269d CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85.

naissance¹⁸⁸⁹. Il s'agit donc d'un fait dirimant ; le fardeau de la preuve en incombe au locataire¹⁸⁹⁰.

- 892 La menace de résiliation ne doit pas nécessairement être contenue dans la formule officielle respectivement la lettre d'accompagnement. Cela dit, le locataire devra prouver, afin de s'opposer avec succès à la modification unilatérale, que le bailleur a prononcé une menace de résiliation et que celle-ci est en lien avec la modification unilatérale du contrat¹⁸⁹¹. Selon un arrêt du tribunal des baux du canton de Vaud, lorsque la menace a été prononcée par oral, le comportement adopté par le bailleur lors du procès – en l'occurrence des propos « peu conciliants » de la part du bailleur à l'occasion d'une vision locale – peut constituer une preuve suffisante¹⁸⁹².

3.2.4.1.2.2. *Le loyer abusif selon la méthode absolue*

- 893 L'admissibilité de la modification du loyer en cours de bail se détermine en application de la méthode relative, mais la partie défenderesse peut opposer la méthode absolue¹⁸⁹³. En l'occurrence, le locataire peut opposer à la majoration du loyer que le rendement net de la chose louée (art. 269 CO) ou les loyers usuels de la localité et du quartier (art. 269a let. a CO) permettent de constater que le loyer augmenté est abusif même si selon la méthode relative d'augmentation est admissible¹⁸⁹⁴.

Le locataire pourrait aussi opposer le rendement brut permettant de couvrir les frais, mais uniquement lorsque l'immeuble est récent (art. 269a let. c CO), soit qu'il a été construit il y a dix ans ou moins¹⁸⁹⁵. Cette hypothèse reste largement théorique, puisque le bailleur procède typiquement à la majoration du loyer en cas de travaux ou de remplacement d'installations vétustes, ce qui ne concerne en principe pas des immeubles récents.

- 894 Lorsque l'objet loué constitue un « immeuble ancien », soit qu'il est propriété du bailleur depuis trente ans environ ou plus au moment du début du bail, le critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier prend le pas, puisque les pièces comptables nécessaires à l'établissement du rendement net n'existent plus ou laissent apparaître des montants qui ne sont plus en phase avec la réalité économique, ce qui est souvent le cas lorsqu'il est procédé à des « réparations

¹⁸⁸⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85.

¹⁸⁹⁰ CPra Bail-MARCHAND, N 43 ad art. 269d CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85.

¹⁸⁹¹ CPra Bail-MARCHAND, N 43 ad art. 269d CO.

¹⁸⁹² TBx VD, arrêt du 21.10.1992, Fiche juridique Asloca n 88 ; voir aussi : CPra Bail-MARCHAND, N 43 ad art. 269d CO.

¹⁸⁹³ Voir ci-dessus, N 483.

¹⁸⁹⁴ CPra Bail-BOHNET, N 14 intro. ad art. 269-270e CO ; ZK OR-HIGI, N 480 ad art. 269 CO.

¹⁸⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 752.

importantes »¹⁸⁹⁶. Dans ce cas, l'on s'attendrait à ce que le bailleur puisse opposer le fait que l'immeuble soit « ancien » au sens de la jurisprudence (fait pour lequel il supporterait le fardeau de la preuve) et renvoyer ainsi la balle dans le camp du locataire ; ce fait constituerait un « fait dirimant du fait dirimant » ; le locataire supporterait, dans ce cas, le fardeau de la preuve du caractère abusif des loyers majorés en fonction du critère des loyers usuels (et il incomberait au bailleur un devoir de collaborer à l'administration de cette preuve) . Toutefois, la position du Tribunal fédéral sur cette question est différente : il considère que « ce calcul [soit celui du rendement net] ne saurait être refusé au locataire qui le demande lorsque le bailleur, qui entend augmenter le loyer, ne se prévaut pas des loyers du quartier ou ne parvient pas à apporter la preuve requise à cet égard »¹⁸⁹⁷.

À notre sens, cette jurisprudence est critiquable. En vertu des principes de l'art. 8 CC, le locataire supporterait le fardeau de la preuve du fait que le loyer majoré dépasse les loyers usuels dans la localité ou le quartier, puisque le loyer abusif constitue une forme d'abus de droit¹⁸⁹⁸ ; le droit du bailleur de modifier unilatéralement le bail si les conditions légales sont remplies est la règle ; le bailleur supporte le fardeau de la preuve des conditions de ce droit. Le caractère abusif du loyer selon un critère absolu est l'exception. Il n'existe à notre sens aucune raison de considérer qu'il incomberait au locataire de prouver le caractère abusif du loyer majoré selon le critère du rendement net, mais au bailleur de prouver que le loyer majoré ne lui permet pas de réaliser un loyer abusif selon le critère des loyers usuels. Le Tribunal fédéral a modifié la répartition du fardeau de la preuve en dehors de toute base légale.

3.2.4.1.2.3. Autre critère relatif

Le locataire peut opposer à la demande de majoration du loyer un (ou plusieurs) critère(s) relatif(s)¹⁸⁹⁹. Ainsi, lorsque le bailleur motive la majoration par des prestations supplémentaires, le locataire peut y opposer la réduction du taux hypothécaire (réduction des coûts) ou le renchérissement négatif. Ces faits constituent des faits dirimants, car ils empêchent la naissance du droit du bailleur de majorer le loyer ou – hypothèse plus fréquente – en réduisent l'étendue. Le fardeau pour leur preuve incombe au locataire¹⁹⁰⁰.

¹⁸⁹⁶ BÄTTIG (Répercussion), p. 20 s.; cf. ci-dessus, N 484.

¹⁸⁹⁷ TF, arrêt du 18.01.2005, 4C.287/2005, consid. 2.4 ; TF, arrêt du 09.04.2002, 4C.323/2001, consid. 3a, SJ 2002 I 434.

¹⁸⁹⁸ ATF 139 III 13, consid. 3.1.3.2.

¹⁸⁹⁹ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 695, N 5.3.3.

¹⁹⁰⁰ Dans ce sens aussi : LACHAT/STASTNY (Bail), p. 700, N 5.5.2.

- 897 La doctrine parle souvent de « compensation » des critères relatifs¹⁹⁰¹. Il ne s'agit toutefois pas d'une compensation au sens de l'art. 120 CO – fait *extinctif* typique¹⁹⁰² : l'action en majoration du loyer est formatrice et tendant à la fixation du loyer¹⁹⁰³, c'est-à-dire qu'elle modifie un droit (art. 87 CPC), en l'occurrence celui du bailleur à la contre-prestation pour la mise à disposition de l'objet loué. Une compensation au sens de l'art. 120 CO supposerait que les parties disposent l'une envers l'autre d'obligations en argent ou de prestations de même espèce exigibles ou exécutoires¹⁹⁰⁴.

3.2.4.1.2.4. *Bail à durée déterminée*

- 898 Les baux à durée déterminée ne peuvent pas être modifiés unilatéralement par les parties en cours de bail, ce qui exclut que le bailleur augmente le loyer de manière unilatérale. Une modification des conditions est uniquement possible par un accord des deux parties¹⁹⁰⁵. La loi part du principe qu'un bail est conclu à durée indéterminée (art. 255 al. 3 CO)¹⁹⁰⁶. La présence d'un bail à durée déterminée constitue donc à notre avis une exception ; il s'agit d'un fait dirimant, pour lequel le fardeau de la preuve incombe au locataire¹⁹⁰⁷.

3.2.4.1.2.5. *Convention entre les parties qui supprime le droit du bailleur de majorer le loyer*

- 899 Les parties au contrat peuvent convenir d'exclure le droit du bailleur d'augmenter le loyer¹⁹⁰⁸. Il s'agit d'une exception et donc d'un fait dirimant : le locataire devra démontrer l'existence d'une commune et réelle intention des parties de renoncer au droit du bailleur de majorer le loyer¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰¹ P. ex. LACHAT/STASTNY (Bail), p. 703, N 7 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 30 ad art. 270a CO ; CONOD/DIETSCHY, p. 313.

¹⁹⁰² Cf. ci-dessus, N 187 ss.

¹⁹⁰³ BSK OR I-WEBER, N 4b ad art. 270b CO ; CPra Actions II-BOHNET, § 18 N 7.

¹⁹⁰⁴ Au sujet de l'exigibilité et du caractère exécutoire des loyers, voir p.ex. TF, arrêt du 14.11.2003, 4C.164/2003, consid. 2.

¹⁹⁰⁵ ATF 128 III 419, consid. 2.4.1 ; BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 269d CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 499, N 4.1.3 ; SVIT K.-ROHRER, N 7 ad art. 269d CO ; CPra Bail-MARCHAND, N 7 ad art. 269d CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85.

¹⁹⁰⁶ CPra Bail BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 2 ad art. 255 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85.

¹⁹⁰⁷ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85.

¹⁹⁰⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85 ; ZK OR-HIGI, N 74 s ad art. 269d CO.

¹⁹⁰⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 85.

3.2.4.1.2.6. *Les subsides*

En vertu de l'art. 14 al. 3^{bis} OBLF, les subsides (« aides ») octroyés pour des améliorations créant des plus-values doivent être déduits du montant de la prestation supplémentaire. À notre sens, le fait que des subsides aient été octroyés est une exception qui, si elle ne paralyse pas le droit du bailleur à majorer le loyer, en réduit l'étendue. Le fait que des subsides aient été versés, ainsi que leur montant, constituent à notre sens des faits dirimants. Rappelons qu'en principe les subsides sont déduits du montant de la plus-value et non du montant total investi dans les travaux¹⁹¹⁰. 900

3.2.4.1.3. Faits extinctifs

Les faits extinctifs mettent fin au droit auquel les faits générateurs ont donné naissance et surviennent postérieurement aux faits générateurs et dirimants¹⁹¹¹. En l'occurrence, un fait extinctif entraînerait l'extinction du droit du bailleur de modifier unilatéralement le loyer ; ce dernier a existé par le passé, mais la survenance du fait extinctif met fin à cette possibilité. À notre connaissance, un tel fait extinctif n'existe pas. 901

3.2.4.1.4. Exceptions

Selon les principes de l'art. 8 CC, le bailleur devrait prouver la part de plus-value qu'apportent les travaux et installations. Toutefois, lorsque le bailleur entreprend d'importantes réparations, la distinction est souvent difficile à opérer entre travaux d'entretien courants couverts par le loyer actuel (art. 256 al. 1 CO) et travaux créant des plus-values valant prestations supplémentaires au sens de l'art. 269a let. b CO et justifiant une hausse de loyer¹⁹¹². Par conséquent, le Conseil fédéral a introduit la règle de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF, selon laquelle les frais causés par ces importantes réparations constituent, à raison de 50 à 70 %, des investissements à plus-values ; la règle vise à éviter d'avoir à déterminer la part exacte des travaux à plus-value et à encourager ou du moins à ne pas décourager les bailleurs d'entreprendre des travaux plus importants que nécessaire, ce dont les locataires bénéficient également¹⁹¹³. 902

¹⁹¹⁰ TF, arrêt du 02.11.2011, 4A_484/2011, consid. 4.

¹⁹¹¹ Cf. ci-dessus, N 187 ss.

¹⁹¹² ATF 118 II 415, consid. 3.1.

¹⁹¹³ ATF 118 II 415, consid. 3a ; TF, arrêt du 11.04.2017, 4A_531/2016, consid. 3.1 ; TF, arrêt 4A_102/2012, consid 2.4.

- 903 À la lecture de la règle prévue à l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF, l'on comprend qu'il s'agit d'une présomption : de la présence des « réparations importantes » est déduit que les travaux exécutés apportent une plus-value de 50 à 70 %¹⁹¹⁴. Cela dit, la jurisprudence a précisé que la présomption tombe si la part d'investissement à plus-value est précisément déterminable¹⁹¹⁵. L'interprétation de cette jurisprudence a mené à quelques discussions en doctrine¹⁹¹⁶. À notre sens, il convient de préciser la présomption telle que nous venons de l'identifier de la manière suivante : il est déduit de la présence de « réparations importantes » (*factum probans*) que le taux de plus-value n'est pas déterminable et qu'il doit dès lors être fixé à une valeur entre 50 et 70 % (les deux constituant donc des *facta probanda*).
- 904 Par conséquent, le locataire peut attaquer l'argumentation du bailleur en contestant qu'il s'agit de réparations importantes (contre-preuve)¹⁹¹⁷ ; il peut apporter la preuve du fait que la part de plus-value puisse être fixée concrètement (preuve du contraire)¹⁹¹⁸. Dans cette deuxième démarche, le locataire ne doit pas prouver que le taux de plus-value est inférieur à 50 % ; il suffit qu'il arrive à démontrer que le taux de plus-value est déterminable et que le recours au « forfait » de l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF ne s'impose pas¹⁹¹⁹. Le locataire supporterait dès lors le fardeau de la preuve pour le fait que la plus-value concrète puisse être démontrée¹⁹²⁰. Si cette preuve est apportée avec succès, la présomption tombe et le bailleur supporte le fardeau de la preuve de la plus-value concrètement apportée par les importantes réparations¹⁹²¹.

¹⁹¹⁴ pour les présomptions en général, cf. ci-dessus, N 205 ss.

¹⁹¹⁵ ATF 118 II 415, consid. 3a ; TF, arrêt du 11.04.2017, 4A_531/2016, consid. 3.1 ; TF, arrêt du 09.12.2005, 4C.328/2005, consid. 2.2 ; TF, arrêt du 27.01.1998, consid. 2a, MRA 1998, p. 153 ss.

¹⁹¹⁶ Voir, sur ce point : SCHIESS RÜTIMANN, p. 81 s. et les réf.

¹⁹¹⁷ BRUTSCHIN, p. 145.

¹⁹¹⁸ BRUTSCHIN, p. 145 ; SCHIESS RÜTIMANN, p. 82 s ; TF, arrêt du 27.01.1998, consid. 2b, MRA 1998, p. 153 ss ; au sujet du fardeau de l'allégation, respectivement de la motivation suffisante, si le locataire souhaite renverser la présomption, cf. ci-dessus, N 732.

¹⁹¹⁹ SCHIESS RÜTIMANN, p. 82 s ; TF, arrêt du 27.01.1998, consid. 2b, MRA 1998, p. 153 ss.

¹⁹²⁰ SVIT K.-ROHRER, N 70 ad art. 269a CO ; *contra* : SCHIESS RÜTIMANN, p. 82, pour qui le bailleur doit supporter le fardeau de cette preuve puisque l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF ne saurait renverser le fardeau de la preuve, car il ne s'agit pas d'une disposition de loi au sens formel.

¹⁹²¹ BRUTSCHIN, p. 145 ; décision du président du Tribunal civil du Canton de Bâle-Ville du 05.04.2004, mp 2004, p. 158 s. ; *contra*, mais sans explications : SVIT K.-ROHRER, N 70 ad art. 269a CO ; au demeurant, l'arrêt du Tribunal fédéral sur lequel ce passage du commentaire se fonde – soit l'arrêt 4C.328/2005 du 09.12.2005 – n'est à notre sens pas pertinent, puisque le TF y constate, au consid. 2.3, que la part de plus-value ne saurait être déterminée ; la question du fardeau de la preuve si le locataire arrive à faire tomber la présomption ne se pose dès lors pas.

Le taux de plus-value ne saurait être fixé de manière concrète ; le locataire peut également apporter la preuve que la part de plus-value est inférieure à 50 %¹⁹²², ce qui constitue également une preuve du contraire¹⁹²³. Cette hypothèse est largement théorique, car il s'agit d'une preuve qui est en pratique quasi impossible à rapporter¹⁹²⁴. 905

La présomption présente encore une autre particularité : le *factum probandum* n'est pas défini comme une valeur fixe, mais comme fourchette à l'intérieur de laquelle le tribunal doit apprécier, en fonction des circonstances du cas concret. Ces circonstances sont soumises à preuve et seront en principe invoquées et prouvées par les parties¹⁹²⁵. L'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF n'indique pas ce qui se passe si ces circonstances ne peuvent pas être prouvées. 906

En présence de réparations importantes, le bailleur peut également invoquer que la part de plus-value est supérieure à 70 %¹⁹²⁶. Dans cette hypothèse, le fardeau de la preuve pour ce fait lui incombe. Cette preuve également est difficile à rapporter en pratique¹⁹²⁷. 907

Comme expliqué, nous avons identifié une répartition modifiée du fardeau de la preuve, introduit – à notre sens à tort – par la jurisprudence du Tribunal fédéral : le bailleur propriétaire d'un « immeuble ancien » qui souhaite majorer le loyer et qui se voit opposer le rendement excessif, supporte le fardeau de la preuve du fait que le loyer majoré soit conforme aux loyers usuels de la localité et du quartier alors que, selon la règle de l'art. 8 CC, cette preuve incomberait au locataire¹⁹²⁸. 908

3.2.4.2. Fardeau subjectif

Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif¹⁹²⁹ : le fardeau subjectif de la preuve pour les faits générateurs revient au bailleur, celui pour les faits dirimants et extinctifs au locataire. 909

¹⁹²² TF, arrêt du 30.05.2012, 4A_102/2012, consid 2.4 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 93 ad art. 269a CO ; BÄTTIG (Répercussion), p. 36 ; BRUTSCHIN, p. 146.

¹⁹²³ BÄTTIG (Répercussion), p. 36 ; BRUTSCHIN, p. 146.

¹⁹²⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 84 ; BÄTTIG (Répercussion), p. 36 ; voir aussi : Tribunal du district de Laupen, arrêt du 12.06.2006, Z 05 1051, MRA 2009, p. 57 ss.

¹⁹²⁵ Cf. ci-dessus, N 724.

¹⁹²⁶ TF, arrêt du 30.05.2012, 4A_102/2012, consid 2.4 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 93 ad art. 269a CO ; BÄTTIG (Répercussion), p. 36.

¹⁹²⁷ BÄTTIG (Répercussion), p. 36.

¹⁹²⁸ Cf. ci-dessus, N 894 s.

¹⁹²⁹ Cf. ci-dessus, N 215.

- 910 Le fardeau subjectif est détaché du fardeau objectif pour ce qui est de la contre-preuve¹⁹³⁰. Dans ce cas, le fardeau objectif de la preuve incombe toujours au bailleur – si le tribunal n’est pas convaincu du caractère abusif du loyer, il le débouterait – mais le fardeau subjectif d’apporter les moyens de preuve, pour renverser la conviction déjà acquise – provisoirement – par le tribunal, incombe au locataire.
- 911 En l’occurrence, cette question se posera essentiellement dans le cadre de la présomption de l’art. 14 al. 1 *in fine* OBLF : le locataire peut contester le fait que les travaux par lesquels le bailleur motive la majoration du loyer constituent des réparations importantes. Le bailleur supporte le fardeau objectif de la preuve de ce fait, mais si le locataire le conteste, le fardeau subjectif d’apporter des preuves que tel n’est pas le cas, incombe au locataire.

3.2.5. Degrés de preuve

- 912 Les objets de la preuve doivent en principe être prouvés selon le degré ordinaire de la preuve, soit la preuve pleine¹⁹³¹. Cela est également vrai pour la plupart des conditions formelles d’une action en contestation d’une augmentation de loyer. Il n’y a en effet aucune raison de réduire le degré de la preuve exigé pour prouver l’échéance contractuelle convenue entre les parties, le moment de la notification de la formule officielle ou son contenu. La preuve de ces éléments ne présente pas de difficultés particulières.
- 913 À notre sens, il existe toutefois une exception. La question de la réduction du degré de la preuve devrait en effet se poser pour la preuve de la menace de résiliation par le bailleur. Rappelons que le degré de la preuve peut être réduit dans des situations dans lesquelles la réalisation du droit est entravée par des difficultés probatoires qui se présentent fréquemment dans un certain type de situations, en particulier lorsque les faits allégués par la partie supportant le fardeau de la preuve ne peuvent être établis que par indices¹⁹³². Des menaces de résiliation sont typiquement prononcées par oral et en l’absence de témoins. Dans cette situation, le locataire devra prouver la menace par indices lesquels, qui plus est, ne sont pas faciles à trouver¹⁹³³. Exiger le degré de la preuve ordinaire risquerait de faire échouer (presque) systématiquement l’application de

¹⁹³⁰ Cf. ci-dessus, N 216.

¹⁹³¹ Cf. ci-dessus, N 226.

¹⁹³² Cf. ci-dessus, N 227.

¹⁹³³ Pour un (rare) exemple, voir : TBx VD, arrêt du 21.10.1992, Fiche juridique Asloca n 88, où le bailleur a tenu « des propos peu conciliants » en audience, ce que le tribunal a considéré comme indice – suffisant – pour conclure à l’existence des menaces de résiliation alléguées par la locataire.

l'art. 269*d* al. 2 let. c CO. À notre sens, il conviendrait, dès lors, d'appliquer le degré de la vraisemblance prépondérante à ce fait.

En ce qui concerne la preuve des faits pertinents pour les motifs au fond, on peut renvoyer aux considérations à leur sujet dans les chapitres qui leur sont dédiés¹⁹³⁴. 914

3.2.6. Moyens de preuve

Les faits pertinents pour les conditions formelles peuvent être prouvés le plus facilement par titres : l'échéance contractuelle convenue entre les parties par la production du contrat, le moment de la notification de la formule officielle par le récépissé du courrier recommandé ou la production du protocole « Track&Trace » de la Poste suisse, si la formule a été envoyée en courrier « A Plus »¹⁹³⁵ ; le contenu de la formule officielle peut être prouvé par sa production même. Lorsque le bailleur envoie la formule par pli simple, il est envisageable de procéder à l'interrogatoire des parties au sujet de la réception du pli, voire d'ordonner une déposition¹⁹³⁶. 915

Pour la preuve des faits nécessaires à la réalisation des conditions matérielles, il peut être renvoyé aux considérations à ce sujet dans les chapitres relatifs aux différents critères de fixation du loyer¹⁹³⁷. 916

3.2.7. Devoir de collaborer

Pour la preuve du moment de la notification, du contenu de la formule officielle ainsi que du moment de l'échéance contractuelle, le devoir de collaborer du locataire ou d'un tiers ne sera que très rarement pertinent. La preuve de ces faits intervient en général par titre – une expertise ou une inspection n'entrent pas en ligne de compte. La plupart du temps, les titres nécessaires à la preuve de ces faits se trouvent entre les mains du bailleur. 917

¹⁹³⁴ Cf. ci-dessus, N 560 ss, 630 ss, 688 ss, 739 ss et 763 ss.

¹⁹³⁵ CPra Bail-MARCHAND, N 29 ad art. 269*d* CO ; TF, arrêt du 14.01.2010, 2C_430/2009, consid. 2.

¹⁹³⁶ En vertu du principe de l'égalité des armes, le tribunal ne peut pas ordonner l'interrogatoire ou la déposition que d'une des parties ; les deux doivent être interrogées, respectivement être invitées à déposer : ci-dessus, N 293.

¹⁹³⁷ Cf. ci-dessus, N 563 ss pour le critère du rendement net, 692 ss pour les loyers usuels, 741 ss pour la hausse des coûts ou les prestations supplémentaires et 764 s. pour le rendement brut.

- 918 Le bailleur disposera en règle générale également des titres nécessaires afin de prouver les faits dont il découle que les conditions matérielles sont réalisées. Il n'aura en principe pas besoin de la collaboration du locataire à cette fin. Lorsqu'il est procédé à une inspection ou une expertise, le locataire ou éventuellement des tiers (en particulier d'autres locataires qui se trouvent dans le même immeuble) peuvent être obligés de tolérer une inspection de leurs locaux par le tribunal ou un expert¹⁹³⁸.
- 919 En revanche, lorsque le locataire fait valoir certains faits dirimants, le bailleur peut être obligé de collaborer. Il en va ainsi en particulier lorsque le locataire invoque le caractère excessif du rendement net ou les loyers usuels dans la localité ou le quartier. Sur ces points, il peut être renvoyé aux chapitres 2.1.6. et 2.3.6. ci-dessus¹⁹³⁹. Lorsque le locataire oppose au bailleur la réduction des frais, le bailleur peut également être tenu de collaborer à l'établissement de la preuve par la production de l'état des charges immobilières, respectivement du compte de pertes et profits, lorsque le propriétaire est une société anonyme¹⁹⁴⁰.

3.2.8. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 920 La contestation de la modification unilatérale du contrat est soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c CPC). Le formalisme pour la requête est limité ; le bailleur peut déposer une demande non motivée (art. 244 al. 2 CPC), voire orale (art. 244 al. 1 CPC). Il peut se contenter d'une description de l'objet du litige (art. 244 al. 1 let. c CPC), soit d'un exposé succinct permettant d'identifier, à quelle prétention correspond une conclusion, et n'a pas l'incombance de « découper » l'état de fait en allégués précis et d'indiquer, pour chaque allégué, un moyen de preuve ni d'offrir des moyens de preuve dans sa requête. Les faits peuvent être allégués et motivés lors de l'audience et si le bailleur ne produit pas les moyens de preuve avec sa requête, il ne subira pas de conséquences : comme la maxime inquisitoire sociale est applicable, les faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être introduits jusqu'à la fin des plaidoiries (art. 229 al. 3 CPC). Toutefois, en principe, le bailleur joindra à sa requête les titres disponibles nécessaires afin de prouver les faits pertinents¹⁹⁴¹. Si les propositions de moyens de preuve sont lacunaires, le tribunal devra, en application de la maxime inquisitoire sociale, intervenir par des questions adéquates afin que des moyens de preuve soient précisément énumérés. Le bailleur ne présentant aucun

¹⁹³⁸ Cf. ci-dessus, N 307.

¹⁹³⁹ Cf. ci-dessus, N 600 ss et N 699 ss.

¹⁹⁴⁰ Cf. ci-dessus, N 746.

¹⁹⁴¹ Cf. ci-dessus, N 330 ss.

moyen de preuve risque de se voir débouté de ses conclusions : la maxime inquisitoire sociale n'oblige pas le tribunal à rechercher lui-même des moyens de preuve afin d'établir les faits fondant la prétention de l'une des parties¹⁹⁴².

Rappelons également que le bailleur est lié par les motifs de modification du bail qu'il a indiqués dans la formule officielle¹⁹⁴³. Dans une requête devant le tribunal, il est dès lors censé invoquer les mêmes motifs et le cas échéant les préciser. Il ne s'agit pas d'une incombance résultant du droit de la procédure civile, mais du droit du bail. 921

Le Code de procédure civile part du principe qu'en procédure simplifiée, l'affaire puisse être liquidée en une seule et même audience : allégation, contestation, présentation des moyens de preuve, ordonnance de preuve, administration des preuves et jugement. En pratique, cela suppose toutefois que la situation juridique et l'état de fait soient simples et que l'état de fait litigieux ne nécessite pas l'administration de moyens de preuve autres que des titres et que les parties aient déposé une demande, respectivement réponse, au moins sommairement motivées et proposé des moyens de preuve avant l'audience¹⁹⁴⁴. Pour l'action en contestation de l'augmentation, ces conditions seront éventuellement réalisées lorsque le bailleur se fonde sur une augmentation du taux hypothécaire ou le renchérissement (soit des faits notoires qui ne nécessitent de toute manière pas de preuve), mais rarement lorsque le bailleur se fonde sur des travaux à plus-value : l'état de fait est relativement complexe, le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation assez large et la preuve de la part de plus-value peut nécessiter l'administration d'une expertise. 922

Une preuve à futur peut être obtenue en tout temps lorsqu'un moyen de preuve est « mis en danger » (art. 158 al. 1 let. b, 1^{re} hypothèse CPC). En ce qui concerne la contestation de l'augmentation du loyer, tout comme la contestation du loyer initial¹⁹⁴⁵, cette hypothèse ne sera que rarement réalisée et sa portée pratique est limitée, la plupart des faits pertinents pouvant être prouvés par titre¹⁹⁴⁶. 923

3.2.9. Appréciation des preuves

Dans une procédure en contestation de l'augmentation du loyer et d'autres modifications unilatérales du bail, des questions épineuses d'appréciation des preuves se posent essentiellement en cas de violation du devoir de collaborer 924

¹⁹⁴² Cf. ci-dessus, N 152 ss.

¹⁹⁴³ Cf. ci-dessus, N 886.

¹⁹⁴⁴ Cf. ci-dessus, N 343.

¹⁹⁴⁵ Cf. ci-dessus, N 858.

¹⁹⁴⁶ Cf. ci-dessus, N 741 ss et 915 s.

par une des parties, soit, en l'occurrence, lorsque le locataire invoque le caractère excessif du rendement net ou les loyers usuels dans la localité ou le quartier ou la réduction des frais¹⁹⁴⁷ et que le bailleur ne présente pas les documents nécessaires permettant au locataire la preuve des faits pertinents. À l'instar de ce qui prévaut pour l'action en contestation du loyer initial, le tribunal peut considérer comme établi un fait allégué par une partie et pour lequel le fardeau de la preuve objectif incombe à celle-ci lorsque la partie adverse aurait dû rapporter le moyen de preuve en vertu de l'obligation de collaborer et a violé ce devoir¹⁹⁴⁸. Le Tribunal fédéral a jugé, en ce qui concerne les actions en contestation du loyer initial et en diminution du loyer, qu'en l'absence de tout autre élément de preuve, le refus injustifié du bailleur de collaborer à l'administration des preuves peut convaincre le tribunal de la fausseté complète ou partielle de ses allégations et l'amener à croire les indications de l'autre partie. En présence d'autres moyens de preuve, le tribunal doit procéder à une appréciation globale et ne saurait se contenter de conclure du refus du bailleur de collaborer à la présence des faits allégués par le locataire¹⁹⁴⁹. Cette jurisprudence est à notre sens également applicable à l'action en contestation de l'augmentation du loyer ou des autres modifications unilatérales. Il nous est toutefois difficile d'imaginer d'autres moyens de preuves pertinents que celles entre les mains du bailleur – en particulier des statistiques – lorsque le litige porte sur les frais.

- 925 L'appréciation d'expertises au sujet de la plus-value d'installations ou de travaux peut également s'avérer délicate, comme la notion de « plus-value » au sens de la loi ne correspond pas à celle utilisée en technique du bâtiment¹⁹⁵⁰. Le tribunal devra donc vérifier que l'expert ait pris en considération ce point¹⁹⁵¹.

Pour un exemple d'appréciation des preuves permettant de déterminer, dans le cadre d'importantes réparations, quelles catégories de travaux apportent une plus-value à un objet loué déterminé dans un immeuble, il peut être renvoyé à un arrêt du Tribunal supérieur du Canton de Zurich du 15.08.2016, NG160002, consid. 5.5 et 5.6 (partiellement publié in : ZR 115 N 62).

- 926 En matière de contestation d'une modification unilatérale du contrat également, il peut être constaté que la partie qui succombe invoque, dans le cadre d'un recours, souvent le caractère arbitraire de l'appréciation des preuves, argument toutefois rarement couronné de succès¹⁹⁵².

¹⁹⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 919.

¹⁹⁴⁸ Cf. ci-dessus, N 301.

¹⁹⁴⁹ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; TF, arrêt du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 3.3.1a ; TF, arrêt du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25.

¹⁹⁵⁰ Cf. ci-dessus, N 745.

¹⁹⁵¹ Voir p. ex. TF, arrêt du 26.11.2008, 4A_413/2008, consid. 4.4.

¹⁹⁵² Voir p. ex. TF, arrêt du 08.07.2014, 4A_565/2013, consid. 3.4 (non publié in : ATF 140 III 433) ; TF, arrêt du 20.01.2011, 4A_495/2010 et 4A_505/2010, consid. 5.

3.3. La diminution du loyer

3.3.1. Concept

Selon l'art. 270a al. 1 CO, le locataire peut contester le montant du loyer et en demander la diminution pour le prochain terme de résiliation, s'il a une raison d'admettre que la chose louée procure au bailleur un rendement excessif au sens des art. 269 et 269a CO suite à une notable modification des bases de calcul. Le locataire doit adresser par écrit sa demande de diminution au bailleur, qui a un délai de 30 jours pour se déterminer. Si le bailleur ne donne pas suite à la demande, qu'il ne l'accepte que partiellement ou qu'il ne répond pas dans le délai prescrit, le locataire peut saisir l'autorité de conciliation dans un délai de 30 jours (art. 270a al. 2 CO). Cette procédure préalable sert à un échange de vues entre bailleur et locataire et à favoriser la recherche d'un accord, tout en évitant de charger l'autorité de conciliation¹⁹⁵³. 927

En vertu de l'art. 270a al. 3 CO, le locataire peut également requérir la diminution du loyer dans une procédure de contestation de la majoration du loyer ou d'une autre modification unilatérale du bail, auquel cas il n'a pas besoin d'adresser une demande de diminution au bailleur avant d'agir. 928

Dans sa version initiale, l'AMSL ne prévoyait pour le locataire que la possibilité de contester le loyer initial et une majoration du loyer, mais pas de demander une baisse de loyer en cours de bail. En édictant l'AMSL, le législateur n'a pas tenu compte du fait que l'objet loué peut procurer un rendement abusif non seulement à cause d'une majoration du loyer, mais aussi en raison d'une diminution des charges du propriétaire¹⁹⁵⁴. À la demande des associations de protection des locataires, cette possibilité a été introduite en 1977, suite à une baisse des taux d'intérêt hypothécaires¹⁹⁵⁵, par l'introduction de l'art. 19 AMSL. Elle visait donc en premier lieu, mais pas exclusivement, la situation de la diminution des frais financiers du bailleur suite à la réduction du taux d'intérêt hypothécaire¹⁹⁵⁶. Cette disposition a été reprise dans le CO lors de la réforme du droit du bail entrée en vigueur en 1990¹⁹⁵⁷ et légèrement précisée par la même occasion¹⁹⁵⁸. 929

¹⁹⁵³ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 19 ad art. 270a CO et les réf.

¹⁹⁵⁴ Message AMSL, p. 878.

¹⁹⁵⁵ ZIHLMANN, p. 187 s.

¹⁹⁵⁶ ZIHLMANN, p. 188.

¹⁹⁵⁷ Message révision droit du bail, p. 1473-1474.

¹⁹⁵⁸ ZIHLMANN, p. 188.

- 930 Pour demander avec succès la baisse du loyer en cours de bail, le locataire devra démontrer le caractère abusif du loyer, autrement dit le caractère excessif du rendement réalisé par le bailleur, et cela suite à une modification notable des bases de calcul depuis la dernière fixation du loyer. Cette dernière condition vise à empêcher une remise en cause tardive du loyer initial en cours de bail¹⁹⁵⁹ et implique que le locataire ne pourra en principe invoquer que des critères relatifs et donc que la méthode relative trouvera application¹⁹⁶⁰.
- 931 L'augmentation des prestations justifie une augmentation du loyer, par conséquent, lorsque le bailleur diminue les prestations (p. ex. réduction de la surface louée, suppression de prestations accessoires), le locataire a en principe droit à une diminution du loyer. La situation est toutefois quelque peu particulière dans cette hypothèse puisque, selon l'art. 269d al. 3 CO, le bailleur doit notifier sur formule officielle les diminutions de prestations, sous peine de nullité ; l'art. 270b al. 3 CO indique que, dans ces cas, le locataire devra agir comme en cas d'augmentation du loyer. Par conséquent, le locataire qui considère que le bailleur devrait réduire le loyer suite à une diminution des prestations ne devrait pas agir par l'action en diminution du loyer, mais par la contestation de l'augmentation du loyer¹⁹⁶¹.

3.3.2. Objet de la preuve

3.3.2.1. Faits pertinents

3.3.2.1.1. Conditions formelles

- 932 Le locataire doit adresser par écrit sa demande de diminution au bailleur, qui a un délai de 30 jours pour se déterminer. Si le bailleur ne donne pas suite à la demande, qu'il ne l'accepte que partiellement ou qu'il ne répond pas dans le délai prescrit, le locataire peut saisir l'autorité de conciliation dans un délai de 30 jours (art. 270a al. 2 CO). Le respect de cette disposition constitue une condition de recevabilité de la demande de diminution du loyer, à moins que le bailleur n'ait fait savoir précédemment qu'il s'opposerait à toute demande de

¹⁹⁵⁹ CR CO I-LACHAT/BOHNET, N 1 ad art. 270a CO ; BSK OR I-WEBER, N 1b ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 11 s. ad art. 270a CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 87 ; ZK OR-HIGI, N 44 ad art. 270a CO.

¹⁹⁶⁰ ATF 126 III 124, consid. 2a ; 124 III 67, consid. 3, JdT 1999 I 111 ; 121 III 163, consid. 2d/bb, JdT 1996 I 71 ; BSK OR I-WEBER, N 2 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 13 s. ad art. 270a CO ; TF, arrêt du 09.07.2002, 4C.291/2001, consid. 2a, DB 2003 N 16.

¹⁹⁶¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 91 ; pas clair : ZIHLMANN, p. 189.

diminution de loyer¹⁹⁶². La loi ne prévoit aucune exigence au niveau de la motivation ou des conclusions que le locataire devra prendre dans cette demande ; le locataire n'est pas lié par les motifs ou conclusions pris à ce stade¹⁹⁶³. Il a toutefois tout intérêt à chiffrer et motiver ses prétentions afin que sa demande soit prise au sérieux par le bailleur¹⁹⁶⁴.

La réduction du loyer doit être requise pour le prochain terme de résiliation et la demande de diminution doit être notifiée au bailleur avant le début du délai de résiliation du locataire¹⁹⁶⁵. Est applicable la théorie de la réception absolue¹⁹⁶⁶ (contrairement à la notification de la formule officielle de l'art. 269b CO, qui se détermine selon la théorie de la réception relative)¹⁹⁶⁷, c'est-à-dire que, lorsque la requête est envoyée par courrier recommandé, le moment déterminant constitue l'entrée dans la sphère de puissance du bailleur¹⁹⁶⁸. Lorsque la notification intervient tardivement, la requête n'est toutefois pas nulle ; ses effets sont simplement reportés à l'échéance contractuelle suivante¹⁹⁶⁹.

À partir du moment de la notification de la réponse du bailleur, le locataire dispose d'un délai de 30 jours pour saisir l'autorité de conciliation si la réponse ne le satisfait pas. Le moment de la notification de la réponse se détermine également en vertu de la théorie de la réception absolue¹⁹⁷⁰. Si le bailleur ne répond pas dans le délai de 30 jours, le locataire doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours dès l'échéance du délai de réponse du bailleur. Ce délai est parfois difficile à déterminer ; il devrait être laissé au locataire au moins un jour de marge¹⁹⁷¹.

¹⁹⁶² ATF 132 III 702, JdT 2007 I 47, DB 2007 N 16 ; BSK OR I-WEBER, N 5b ad art. 270a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 521 s., N 5.3.2 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 9 ad art. 270a CO.

¹⁹⁶³ ATF 122 III 20, consid. 4c, JdT 1996 I 600 ; CR CO I-LACHAT/BOHNET, N 7 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 18 ad art. 270a CO ; selon LACHAT/STASTNY (Bail), p. 521, N 5.3.1, le locataire doit chiffrer et motiver sa requête, mais n'est pas lié par la motivation respectivement les conclusions.

¹⁹⁶⁴ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 18 ad art. 270a CO.

¹⁹⁶⁵ ATF 119 II 32, consid. 3c/aa ; BSK OR I-WEBER, N 4 ad art. 270a CO ; SVIT K.-ROHRER, N 20 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 20 ad art. 270a CO ; ZK OR-HIGI, N 94 ad art. 270a CO.

¹⁹⁶⁶ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 20 ad art. 270a CO ; BOHNET (termes et délais), p. 20.

¹⁹⁶⁷ Cf. ci-dessus, N 868.

¹⁹⁶⁸ ATF 140 III 244, consid. 5.1 ; 137 III 208, consid. 3.1.2 ; BOHNET (termes et délais), p. 4 s.

¹⁹⁶⁹ SVIT K.-ROHRER, N 22 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 20 ad art. 270a CO ; ZK OR-HIGI, N 97 ad art. 270a CO ; TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.6.1.

¹⁹⁷⁰ BOHNET (termes et délais), p. 20.

¹⁹⁷¹ BOHNET (termes et délais), p. 20.

Contrairement à ce qui prévaut pour l'action en contestation de la majoration du loyer ou d'une autre modification unilatérale (art. 269d al. 1 CO), il n'existe pas de « délai de réflexion » de 10 jours, puisque le bailleur n'est pas en droit de résilier le bail suite à une demande de diminution du loyer¹⁹⁷². Une telle résiliation serait annulable en vertu de l'art. 271a al. 1 let. a et le bailleur risque une condamnation pénale (art. 325^{bis} CP)¹⁹⁷³.

- 935 Forment donc des faits pertinents *le moment de l'entrée de la demande de diminution dans la sphère d'influence du bailleur*¹⁹⁷⁴, *l'échéance contractuelle, le moment de l'entrée de la réponse du bailleur dans la sphère d'influence du locataire*, si réponse il y a, ainsi que *le moment de la notification de la requête de conciliation* à l'autorité de conciliation.
- 936 Il convient de plus de respecter les autres conditions de recevabilité prévues par le Code de procédure civile, relatives à l'action et à l'instance¹⁹⁷⁵.

3.3.2.1.2. Conditions matérielles

- 937 Selon l'art. 270a al. 1 CO, la modification d'un critère de fixation du loyer doit mener à ce que le bailleur réalise un rendement excessif en vertu des critères des art. 269 et 269a CO. La méthode relative est applicable : le locataire ne peut invoquer que les facteurs de baisse qui se sont réalisés depuis la dernière fixation du loyer¹⁹⁷⁶. Il devra donc se fonder sur la réduction des coûts, en particulier du taux hypothécaire (art. 269a let. b CO) ou le renchérissement négatif (art. 269a let. e CO). Le locataire peut également se fonder sur la méthode absolue relativisée¹⁹⁷⁷.

Le Tribunal fédéral est de l'avis que le locataire puisse requérir la diminution du loyer en cas de diminution du loyer usuel de la localité ou du quartier¹⁹⁷⁸. Cet avis est partagé par la doctrine majoritaire¹⁹⁷⁹. LACHAT/STASTNY citent l'exemple d'un objet loué situé dans un quartier affecté par la construction, puis l'exploitation d'une nouvelle autoroute, ce qui péjore l'emplacement, qui constitue l'un des critères de détermination du loyer usuel selon l'art. 11 OBLF¹⁹⁸⁰. Selon ROHRER, le locataire ne saurait se fonder sur une diminution du loyer usuel pour réclamer une diminution du loyer, puisque la mention des « bases de calcul » à l'art. 270a al. 1 CO indiquerait qu'uniquement les critères fondés

¹⁹⁷² CR CO I-LACHAT/BOHNET, N 7 ad art. 270a CO ; SVIT K.-ROHRER, N 21 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 21 ad art. 270a CO ; BOHNET (termes et délais), p. 20.

¹⁹⁷³ CR CO I-LACHAT/BOHNET, N 7 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 22 et 24 ad art. 270a CO.

¹⁹⁷⁴ Sur ce point, voir : TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.5.

¹⁹⁷⁵ Cf. ci-dessus, N 871.

¹⁹⁷⁶ Cf. ci-dessus, N 483.

¹⁹⁷⁷ Cf. ci-dessus, N 484.

¹⁹⁷⁸ TF, arrêt du 09.07.2002, 4C.291/2001, consid. 2b/ff.

¹⁹⁷⁹ BSK OR I-WEBER, N 1b ad art. 270a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 518, N 5.2.4 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 14 ad art. 270a CO ; ZK OR-HIGI, N 47 ad art. 270a CO.

¹⁹⁸⁰ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 518, N 5.2.4.

sur les coûts seraient admis, mais non ceux fondés sur le marché, dont fait partie le critère des loyers usuels¹⁹⁸¹. À notre sens, ce deuxième avis ne saurait être suivi, car il introduit une inégalité de traitement entre bailleurs et locataires : le bailleur pourrait motiver une majoration du loyer par une augmentation des loyers usuels, alors que le locataire se verrait privé de la possibilité de demander une diminution de loyer en cas de réduction des loyers usuels¹⁹⁸².

Cela dit, la pertinence de la question est toute relative en pratique, vu les difficultés d'établir les loyers usuels : le locataire ne peut prétendre à une adaptation aux loyers usuels dans la localité ou dans le quartier que s'il arrive à démontrer que le marché a évolué au cours d'une période suffisamment longue pour en tirer des conséquences au regard des lois de la statistique, afin d'exclure l'incidence d'événements fortuits sur la détermination des valeurs de comparaison¹⁹⁸³.

Le moment déterminant pour décider du caractère abusif du loyer constitue la date du dernier jour où le locataire devait poster sa demande en réduction de loyer pour qu'elle parvienne encore en temps utile au bailleur¹⁹⁸⁴ ; pour juger une demande d'adaptation de loyer, il faut se placer au dernier moment où la demande de baisse pouvait être exprimée, soit le dernier jour où elle devait être remise à la poste pour atteindre le bailleur en temps utile¹⁹⁸⁵. Ce dernier moment est 30 jours précédant l'échéance contractuelle (art. 270a al. 2 CO). Sont donc pertinents *le jour de la dernière fixation du loyer, l'échéance contractuelle* ainsi que *l'état du critère considéré le jour de la dernière fixation du loyer* ainsi que *trente et un jours précédant l'échéance contractuelle*. 938

L'art. 270a al. 1 CO n'admet la demande en diminution du loyer qu'en cas de « notable modification des bases de calcul », s'il a une raison d'admettre que la chose louée procure au bailleur un rendement excessif. Selon la doctrine majoritaire, il s'agit certes d'une condition matérielle, mais sans portée propre¹⁹⁸⁶ : la modification des bases de calcul est inhérente à la méthode relative¹⁹⁸⁷ et la condition du « caractère notable » vise à éviter des cas de bagatelles ; cette dernière condition est en tout cas réalisée lorsque la modification à la hausse du critère considéré aurait justifié une majoration du loyer selon l'art. 269d CO¹⁹⁸⁸. 939

¹⁹⁸¹ SVIT K.-ROHRER, N 5 ad art. 270a CO.

¹⁹⁸² Dans ce sens aussi : TF, arrêt du 09.07.2002, 4C.291/2001, consid. 2b/ff.

¹⁹⁸³ ATF 118 II 130, consid. 3b, JdT 1993 I 143 ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 518 N 5.2.3 ; AppGer BS, arrêt du 11.09.1989, mp 1990, p. 103.

¹⁹⁸⁴ TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.6.2.

¹⁹⁸⁵ ATF 141 III 245, consid. 3.4 ; 122 III 20, consid. 4b, JdT 1996 I 600.

¹⁹⁸⁶ BSK OR I-WEBER, N 1b ad art. 270a CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 87.

¹⁹⁸⁷ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 518 N 5.2.6.

¹⁹⁸⁸ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 519 N 5.2.7 ; *contra* : SVIT K.-ROHRER, N 4 ad art. 270a CO, selon lequel, par la condition de la modification notable, le législateur a expressément prévu que le seuil pour la majoration du loyer est plus bas que pour la diminution ; selon ZK OR-HIGI, N 59 ad art. 270a CO, la modification est notable lorsqu'il en résulte une réduction du loyer de 1,5 % au moins.

En tout état de cause, une réduction du taux hypothécaire de référence de 0.25 % justifie une diminution du loyer (art. 13 al. 1 OBLF) et est donc considérée comme notable¹⁹⁸⁹. La condition selon laquelle le locataire doit disposer d'une raison d'admettre qu'il résulte de la modification un rendement excessif n'est qu'une mise en garde du locataire que la protection contre les congés n'est garantie que s'il agit de manière conforme à la bonne foi¹⁹⁹⁰. La « notable modification des bases de calcul » ne rajoute dès lors à notre sens pas de faits pertinents.

3.3.2.2. Allégation et contestation

- 940 L'action en diminution du loyer est également soumise à la maxime inquisitoire sociale sans égard à la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). Le tribunal devrait donc prendre en compte d'office tous les faits pertinents, même s'ils n'ont pas été allégués. Néanmoins, les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès ; il leur incombe de renseigner le tribunal sur les faits de la cause. Les parties n'échappent en réalité pas à l'incombe de justifier leurs positions en invoquant et motivant les faits sur lesquels elles se fondent¹⁹⁹¹.
- 941 Selon l'art. 60 CPC, les conditions de recevabilité de l'action, respectivement de l'instance sont examinés d'office par le tribunal. Toutefois, le tribunal ne procède pas à des enquêtes de son propre chef. L'échelle à appliquer est identique à celle de la maxime inquisitoire sociale¹⁹⁹².
- 942 Le tribunal doit uniquement rendre attentive une partie aux faits qu'elle a omis d'alléguer ou de prouver lorsque celle-ci fait valoir une prétention pour laquelle les faits en question sont pertinents. Les juges n'ont pas pour tâche d'inciter les parties à faire valoir des prétentions supplémentaires. Ce n'est que si la maxime d'office est applicable qu'ils peuvent allouer à une partie plus ou autre chose que ce qu'elle a fait valoir. Par conséquent, il n'y a pas violation de la maxime inquisitoire lorsque le tribunal n'étudie pas de son propre chef, puis ne suggère pas au bailleur d'invoquer des prétentions en majoration du loyer qui pourraient compenser la demande de diminution du locataire¹⁹⁹³.

¹⁹⁸⁹ CR CO I-LACHAT/BOHNET, N 5 ad art. 270a CO ; SVIT K.-ROHRER, N 4 et 6 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 15 ad art. 270a CO.

¹⁹⁹⁰ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 517, N 5.3.2 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 23 ad art. 270a CO.

¹⁹⁹¹ Cf. ci-dessus, N 93 ss ; ainsi aussi : TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.4.

¹⁹⁹² Cf. ci-dessus, N 810.

¹⁹⁹³ TF, arrêt du 02.03.2017, 4A_36/2017, consid. 7 ; voir aussi : BOHNET/JEANNIN (maxime inquisitoire et maxime d'office), p. 2.

3.3.2.3. Faits notoires

L'état du taux hypothécaire de référence à une date déterminée constitue un fait notoire, de même que l'IPC¹⁹⁹⁴. Si le locataire invoque que le loyer est devenu abusif suite à une modification d'un de ces deux facteurs, il n'a pas besoin de prouver l'état de ce facteur aux moments déterminants. 943

3.3.3. Sujet de la preuve

La maxime inquisitoire sociale a également son importance quant à la question de savoir à qui, entre les parties et le tribunal, il incombe d'apporter les moyens de preuves dans le procès. En principe, en vertu de dite maxime, le tribunal devrait pouvoir administrer d'office des moyens de preuve si des motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les offres de preuve d'une partie sont lacunaires, pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents. Le degré d'« intervention » varie en fonction de la capacité des parties. Cela dit, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le devoir d'interpellation se limiterait à un devoir d'interpellation accru ; le tribunal ne saurait administrer des moyens de preuve d'office¹⁹⁹⁵. 944

Le Tribunal fédéral est particulièrement sévère lorsque les parties sont représentées par des mandataires professionnellement qualifiés. Il a jugé que, dans ce cas, le tribunal ne saurait retenir d'office le moment de la réception de la demande de diminution du locataire par le bailleur et que le tribunal n'a pas violé la maxime inquisitoire sociale en n'interpellant pas le locataire sur le fait que le bailleur contestait le moment de la notification et qu'elle était donc appelée à en apporter une preuve¹⁹⁹⁶. 945

¹⁹⁹⁴ Cf. ci-dessus, N 733 et 770.

¹⁹⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 152 s.

¹⁹⁹⁶ TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.4 et 3.5.

3.3.4. Fardeau de la preuve

3.3.4.1. Fardeau objectif

3.3.4.1.1. Faits générateurs

- 946 Constituent des faits générateurs les faits dont découlent que les conditions formelles sont réalisées. Il incombe au locataire en particulier de prouver qu'il a adressé une demande de diminution du loyer ou que le bailleur a exprimé avant l'introduction des démarches qu'il s'opposerait à toute demande de diminution¹⁹⁹⁷. S'il a envoyé une demande de diminution, il lui incombe de prouver le moment de l'entrée de la demande de celle-ci dans la sphère d'influence du bailleur¹⁹⁹⁸, l'échéance contractuelle, le moment de l'entrée de la réponse du bailleur dans la sphère d'influence du locataire, si réponse il y a, ainsi que le moment de la notification de la requête de conciliation par l'autorité de conciliation¹⁹⁹⁹. Il s'agit de faits générateurs de droit puisqu'en leur absence le droit du locataire à la baisse de loyer ne prend pas naissance²⁰⁰⁰.
- 947 Conformément au principe de l'art. 8 CC, il incombe au locataire de prouver que le bailleur réalise un rendement excessif suite à des modifications intervenues depuis la dernière fixation du loyer²⁰⁰¹. Il doit donc prouver les éléments par lesquels il motive sa demande de diminution de loyer²⁰⁰². Constituent des faits générateurs les faits dont il découle que le loyer est abusif suite à la modification d'un critère de fixation du loyer²⁰⁰³. Le locataire pourra se fonder sur les critères suivants :
- *La baisse des coûts* (art. 269a let. b CO), soit du taux hypothécaire ou des autres charges courantes et d'exploitation. Il lui incombera donc de prouver le jour de la dernière fixation du loyer et l'échéance contractuelle, l'état du critère considéré le jour de la dernière fixation du loyer

¹⁹⁹⁷ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 88.

¹⁹⁹⁸ TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.5.

¹⁹⁹⁹ Cf. ci-dessus, N 935.

²⁰⁰⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 88 ; une partie de la doctrine considérait que les conditions de l'art. 270a CO n'étaient que des prescriptions d'ordre (p. ex. NIDERÖST, p. 48 s.) ; cet avis se fondait sur l'ATF 122 III 20, consid. 4c, JdT 1996 I 601, DB 1996 N 21 ; toutefois, dans l'ATF 132 III 702, le Tribunal fédéral a clairement précisé que la prise de contact préalable avec le bailleur était une condition nécessaire à la saisine de l'autorité de conciliation.

²⁰⁰¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 90.

²⁰⁰² BSK OR I-WEBER, N 1b ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 35 ad art. 270a CO.

²⁰⁰³ Autrement dit : les faits pertinents pour les conditions matérielles présentés ci-dessus, N 938.

ainsi que trente et un jours précédant l'échéance contractuelle²⁰⁰⁴. S'il se fonde sur la modification du taux hypothécaire, l'état de celui-ci le jour de la dernière fixation du loyer ainsi que trente et un jours précédant l'échéance contractuelle constituent des faits notoires²⁰⁰⁵ et la question du fardeau objectif de la preuve n'aura pas d'incidence en pratique. S'il se fonde sur les autres charges courantes et d'exploitation, une preuve est nécessaire ; à cette fin, il aura souvent besoin de documents en main du bailleur ; ce dernier devra les mettre à sa disposition dans le cadre de son devoir de collaboration²⁰⁰⁶.

- *Le renchérissement négatif* (art. 269a let. e CO) : l'indice suisse des prix à la consommation est un fait notoire qui n'a pas besoin d'être prouvé²⁰⁰⁷. Le locataire supporte toutefois le fardeau objectif de la preuve pour le jour de la dernière fixation du loyer et l'échéance contractuelle.

Nous avons vu que la diminution du loyer se fait en principe en application de critères relatifs ; toutefois, le locataire peut également se prévaloir d'un critère absolu relativisé²⁰⁰⁸. L'on pense en particulier à une baisse des loyers usuels de la localité ou du quartier. Dans ce cas, il incombe au locataire de prouver le jour de la dernière fixation du loyer et l'échéance contractuelle, les loyers usuels, le jour de la dernière fixation du loyer ainsi que trente et un jours précédant l'échéance contractuelle²⁰⁰⁹. La période entre la dernière fixation du loyer et l'échéance contractuelle pour laquelle la diminution du loyer est requise doit s'avérer suffisamment longue pour en tirer des conséquences au regard des lois de la statistique, afin d'exclure l'incidence d'événements fortuits sur la détermination des valeurs de comparaison²⁰¹⁰.

3.3.4.1.2. Faits dirimants

Pour s'opposer à la demande de diminution du loyer, le bailleur peut contester les faits allégués par le locataire ou invoquer des faits dirimants, soit des faits supplémentaires qui mettent fin au droit du locataire à la diminution du loyer. En vertu de la règle de l'art. 8 CC, le bailleur supporte le fardeau objectif de la preuve pour les faits dirimants. Le bailleur peut invoquer :

²⁰⁰⁴ Dans ce sens aussi : CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 16 ad art. 270a CO.

²⁰⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 733.

²⁰⁰⁶ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 16 ad art. 270a CO ; TF, arrêt du 18.04.1996, mp 1996 165, consid. 2b et 2d.

²⁰⁰⁷ Cf. ci-dessus, N 770.

²⁰⁰⁸ Cf. ci-dessus, N 483 s.

²⁰⁰⁹ Pour les faits pertinents pour la preuve des loyers usuels, ci-dessus, N 659.

²⁰¹⁰ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 518 N 5.2.3 ; ATF 118 II 130, consid. 3b, JdT 1993 I 143 ; AppGer BS, arrêt du 11.09.1989, mp 1990, p. 103.

- *Un (autre) critère relatif* : les différents critères relatifs se compensent²⁰¹¹ ; le bailleur peut donc opposer à une demande de diminution de loyer fondée sur un critère relatif un autre critère relatif ; en particulier, une réduction du taux hypothécaire de référence peut être compensée par le renchérissement, la hausse des frais d'entretien ou des prestations supplémentaires²⁰¹². La preuve des faits pertinents à ce sujet lui incombe²⁰¹³. Il s'agit des mêmes faits que lorsqu'il souhaite majorer le loyer fondé sur le même facteur²⁰¹⁴ ; simplement, puisque les rôles sont échangés dans la demande de diminution du loyer par rapport à la procédure en contestation de l'augmentation du loyer, il s'agit de faits dirimants.
- *Le caractère non abusif du loyer sur la base de la méthode absolue* : le bailleur peut également opposer au locataire le fait que, même après la modification du critère invoqué par ce dernier, le loyer ne soit pas abusif selon la méthode absolue²⁰¹⁵, soit en application des critères du rendement net²⁰¹⁶ ou brut ou du loyer usuel de la localité ou du quartier²⁰¹⁷. Il devra donc prouver les faits pertinents dont il découle que le loyer n'est pas abusif²⁰¹⁸ ; ces faits constituent des faits dirimants²⁰¹⁹.
- *Le fait qu'il s'agit d'un logement de luxe* : à ce sujet, renvoyons à ce qui a été expliqué au sujet de la contestation du loyer initial²⁰²⁰.
- *Le fait que le contrat de bail a été conclu pour une durée déterminée* : une modification unilatérale du loyer est uniquement possible pour un contrat conclu à durée indéterminée²⁰²¹. Une action en diminution du

²⁰¹¹ Cf. ci-dessus, N 485.

²⁰¹² LACHAT/STASTNY (Bail), p. 699, N 5.4.3 ; SVIT K.-ROHRER, N 16 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 30 ad art. 270a CO ; TF, arrêt du 02.03.2017, 4A_36/2017, consid. 5.

²⁰¹³ LACHAT/STASTNY (Bail), p. 703, N 7.1 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 30 ad art. 270a CO.

²⁰¹⁴ Pour plus de détails, cf. ci-dessus, N 885 ss.

²⁰¹⁵ ATF 122 III 257, consid. 4a, JdT 1997 I 595 ; 121 III 163, consid. 2d, JdT 1996 I 71 ; BSK OR I-WEBER, N 3 ad art. 270a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 703, N 7.1 ; SVIT K.-ROHRER, N 17 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 30 ad art. 270a CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 93.

²⁰¹⁶ P. ex. ATF 121 III 163, consid. 2d, JdT 1996 I 71.

²⁰¹⁷ P. ex. ATF 122 III 257, consid. 4a, JdT 1997 I 595 ; TF, arrêt du 11.06.2018, 4A_291/2017, consid. 4.

²⁰¹⁸ Cf., pour le rendement net : N 505 ss ; pour le rendement brut : N 753 ss ; pour le loyer usuel : N 661 ss.

²⁰¹⁹ BSK OR I-WEBER, N 3 ad art. 270a CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 93.

²⁰²⁰ Cf. ci-dessus, N 830.

²⁰²¹ Cf. ci-dessus, N 898.

loyer pour un bail conclu pour une durée déterminée est donc exclue²⁰²². La présence d'un bail à durée déterminée constitue une exception ; il s'agit d'un fait dirimant pour lequel le fardeau objectif de la preuve incombe au bailleur²⁰²³.

3.3.4.1.3. Faits extinctifs

Les faits extinctifs mettent fin au droit auquel les faits générateurs ont donné naissance et surviennent postérieurement aux faits générateurs et dirimants²⁰²⁴. En l'occurrence, un fait extinctif entraînerait l'extinction du droit du locataire de demander la diminution du loyer ; ce dernier a existé par le passé, mais la survenance du fait extinctif met fin à cette possibilité. À notre connaissance, un tel fait extinctif n'existe pas. 949

3.3.4.2. Fardeau subjectif

Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif²⁰²⁵. Il incombe ainsi au locataire de proposer des moyens de preuve pour les faits générateurs et au bailleur celui de proposer des moyens de preuve pour les faits dirimants et extinctifs, pour autant que le tribunal ne soit pas intervenu, en vertu de la maxime inquisitoire sociale, et ait proposé ou administré d'office des moyens de preuve. 950

Le fardeau subjectif est détaché du fardeau objectif pour ce qui est de la contre-preuve²⁰²⁶. En l'occurrence, une contre-preuve du bailleur consisterait en la preuve que les bases de calculs invoqués par le locataire n'ont pas changé. Dans ce cas, le fardeau objectif de la preuve pour la modification des bases de calcul incombe toujours au locataire – si le tribunal n'est pas convaincu de la modification des bases de calcul, il le débouterait – mais le fardeau subjectif d'apporter les moyens de preuve pour renverser la conviction, déjà acquise sur ce point – provisoirement – par le tribunal, incombe au bailleur. 951

En pratique, le locataire se fondera en premier lieu sur une baisse du taux hypothécaire ou de l'IPC ; comme il s'agit là de faits notoires, une telle contre-preuve est pratiquement impossible. 952

²⁰²² BSK OR I-WEBER, N 4 ad art. 270a CO ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 520, N 5.2.10 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 6 ad art. 270a CO ; ZK OR-HIGI, N 30-34 ad art. 270a CO.

²⁰²³ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 93.

²⁰²⁴ Cf. ci-dessus, N 187 ss.

²⁰²⁵ Cf. ci-dessus, N 215.

²⁰²⁶ Cf. ci-dessus, N 216.

3.3.5. Degrés de la preuve

- 953 Il n'existe à notre sens pas de raison d'introduire une exception au principe que la preuve pleine doit être rapportée. Le locataire, lorsqu'il doit prouver le moment de l'entrée de la demande de diminution dans la sphère d'influence du bailleur, l'échéance contractuelle, le moment de l'entrée de la réponse du bailleur dans la sphère d'influence du locataire, si réponse il y a, ainsi que le moment de la notification de la requête de conciliation par l'autorité de conciliation constituant, ne se trouve pas dans une situation de *Beweisnot* : la preuve de ces éléments n'est pas difficile par essence²⁰²⁷.
- 954 Pour ce qui est de la preuve des conditions matérielles, nous pouvons renvoyer aux considérations au sujet des différents critères de fixation du loyer²⁰²⁸.

3.3.6. Moyens de preuve

- 955 Les conditions formelles peuvent le plus facilement être prouvées par titre²⁰²⁹. À ce sujet, il peut être renvoyé aux considérations au sujet des moyens de preuve dans l'action en contestation de la majoration du loyer²⁰³⁰.
- 956 En ce qui concerne les moyens de preuve afin de démontrer l'existence des critères matériels, il peut être renvoyé aux différents chapitres au sujet des moyens de preuve pour démontrer les critères respectifs.

3.3.7. Devoir de collaborer

- 957 Le locataire devrait être en mesure d'apporter la preuve des conditions formelles sans collaboration du bailleur. En particulier, la preuve du moment de la notification peut être rapportée par le protocole du suivi des envois de la poste²⁰³¹.

²⁰²⁷ Ainsi, dans l'arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.5, le Tribunal fédéral a appliqué le degré de la preuve ordinaire pour la preuve du moment de la notification au bailleur de la demande de diminution du loyer.

²⁰²⁸ Cf. ci-dessus, N 739 ss pour la diminution des coûts ; lorsque le locataire se fonde sur la méthode absolue relativisée, cf. N 560 ss pour le calcul du rendement net et 688 ss pour les loyers usuels.

²⁰²⁹ Cf. ci-dessus, N 249 ss.

²⁰³⁰ Cf. ci-dessus, N 741 ss.

²⁰³¹ Cf. ci-dessus, N 915.

Pour la preuve des conditions matérielles, il peut incomber au bailleur un devoir de collaborer prévu à l'art. 160 CPC, en particulier de produire des titres²⁰³². En effet, le locataire qui demande une diminution du loyer suite à la réduction des frais d'exploitation de l'immeuble ne sera en principe pas en mesure de prouver la réduction desdits frais sans l'aide du bailleur²⁰³³. Le refus du bailleur de collaborer peut convaincre le tribunal de l'existence des faits allégués par le locataire²⁰³⁴.

3.3.8. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

La procédure de diminution de loyer est soumise à la procédure simplifiée indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c CPC) ainsi qu'à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC). Les développements dans le chapitre sur l'introduction des moyens de preuve dans la procédure de contestation de la majoration du loyer ou d'une autre modification unilatérale du contrat de bail²⁰³⁵ peuvent être reprises *mutatis mutandis* : le formalisme pour proposer des moyens de preuve est limité, puisque le locataire peut déposer une requête non-motivée ou même orale et il n'y a pas à respecter la maxime éventuelle ; des faits et des moyens de preuve – même si la loi suggère que les titres soient annexés à la requête (art. 244 al. 3 let. c CPC) – peuvent être proposés jusqu'à la fin des plaidoiries (art. 229 al. 3 CPC)²⁰³⁶.

En ce qui concerne la preuve à futur, les considérations développées au regard des actions en contestation de l'augmentation du loyer sont également pertinentes : le risque de disparition d'un moyen de preuve est généralement faible, si bien que la preuve à futur n'a que peu d'impact pour cette action.

3.3.9. Appréciation des preuves

Le devoir de collaborer du bailleur prend une place importante lorsque le locataire conteste le loyer en invoquant une réduction des frais : faute de disposer des titres nécessaires afin de prouver les faits pour la preuve desquels le fardeau incombe au locataire, le bailleur est obligé, en vertu de son devoir de collaborer,

²⁰³² CR CO I-LACHAT/BOHNET, N 6 ad art. 270a CO ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 16 et 35 ad art. 270a CO.

²⁰³³ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 35 ad art. 270a CO ; TF, arrêt du 10.06.2002, 4C.85/2002, consid. 2a.

²⁰³⁴ Cf. ci-dessous, N 961.

²⁰³⁵ Cf. ci-dessus, N 920 ss.

²⁰³⁶ Cf. ci-dessus, N 353.

de mettre à disposition du locataire les titres qu'il détient²⁰³⁷. Les conséquences que tirera le tribunal en cas de refus injustifié du bailleur de collaborer constituent une question d'appréciation des preuves : le refus injustifié du bailleur peut convaincre le tribunal du caractère vrai des allégués du locataire. Toutefois, en présence d'autres moyens de preuve, le tribunal doit procéder à une appréciation globale et ne saurait se contenter de conclure du refus du bailleur de collaborer à la présence des faits allégués par le locataire²⁰³⁸.

3.4. La constatation de la nullité et la fixation judiciaire du loyer ainsi que la restitution du trop-perçu

3.4.1. Concept

- 962 Lorsque le bailleur souhaite procéder à une modification unilatérale du contrat de bail, il doit notifier l'avis prévu à l'art. 269d CO, indiquer les motifs de la modification et s'abstenir de menacer le locataire, à défaut de quoi la modification est nulle (art. 269d al. 2 CO). Dès lors, le locataire peut attaquer une majoration du loyer ou une autre modification unilatérale en concluant à sa nullité ; lorsque le locataire a payé un loyer majoré malgré la nullité de la majoration, il peut agir par l'action en enrichissement illégitime : il a effectué une prestation sans cause valable et a une créance en restitution de l'enrichissement illégitime selon les art. 62 ss CO²⁰³⁹. Le vice de forme se constate d'office, est originaire et intervient de plein droit²⁰⁴⁰.
- 963 De même, lorsque le loyer initial doit être notifié par formule officielle, mais que cette condition n'est pas réalisée, le loyer initial est nul ; le contrat de bail est frappé de nullité partielle²⁰⁴¹. Si le loyer initial est nul, il sera fixé par le tribunal. Si le loyer initial nul était plus élevé que le loyer fixé par le tribunal, le locataire pourra demander le remboursement d'un éventuel trop-payé sur la base des art. 62 ss CO (enrichissement illégitime).

²⁰³⁷ Cf. ci-dessus, N 958

²⁰³⁸ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; TF, arrêt du 15.02.2016, 4A_461/2015, consid. 3.3.1a ; TF, arrêt du 19.02.2009, 4A_576/2008, consid. 2.4, DB 2009 N 25.

²⁰³⁹ ATF 140 III 583, consid. 3.2.3 ; 130 III 504, consid. 6.2 ; 113 II 187, consid. 1a ; LACHAT/STASTNY (Bail), p. 498, N 3.6.1 ; BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 269d CO ; SVIT K.-ROHRER, N 61 ad art. 269d CO ; CPra Bail-MARCHAND, N 40 ad art. 269d CO ; ZK OR-HIGI, N 227 ad art. 269d CO ; TF, arrêts du 03.03.2017, 4A_637/2016, consid. 3 et du 17.09.2015, 4A_256/2015, consid. 3.3.1.

²⁰⁴⁰ ZK OR-HIGI, N 222 ss ad art. 269d CO.

²⁰⁴¹ ATF 140 III 583, consid. 3.2.1 ; 120 II 341, consid. 5 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 81 ad art. 270 CO ; FETTER, N 223 ss.

Il s'agit là d'un cumul objectif d'actions au sens de l'art. 90 CPC : la première action tend, après constatation (à titre préjudiciel) de la nullité du loyer convenu, à la fixation judiciaire de celui-ci et la seconde action, en tant que conséquence de la première, vise à la restitution des prestations effectuées sans cause conformément aux règles de l'enrichissement illégitime²⁰⁴². 964

L'action en constatation de la nullité du loyer initial se distingue de l'action en contestation du loyer initial sur plusieurs points. Ainsi, les conditions particulières de l'art. 270 al. 1 CO n'ont pas besoin d'être réalisées pour faire constater la nullité de la fixation du loyer initial. De plus, la première vise à constater la nullité de la fixation du loyer initial pour des raisons de forme ; puisque cette constatation peut intervenir en tout temps, le loyer trop perçu par le bailleur depuis le début du bail peut être réclamé par le locataire, ce qui n'est pas le cas lors d'une contestation « simple » du loyer initial.

Si le délai de notification pour la modification unilatérale du contrat de bail n'est pas respecté, cela n'entraîne pas la nullité de la modification du contrat, mais repousse seulement ses effets au prochain terme²⁰⁴³. Si le locataire paie malgré cela le loyer majoré dès le terme imposé par le bailleur, il peut agir en enrichissement illégitime pour récupérer le loyer trop payé entre ce terme et le terme auquel la majoration prendra ses effets²⁰⁴⁴. Cette hypothèse ne sera toutefois pas développée en détail dans les lignes qui suivent ; les considérations qui sont développées ci-après sont toutefois applicables *mutatis mutandis*.

3.4.2. Objet de la preuve

3.4.2.1. Faits pertinents

Pour que le locataire puisse faire constater la nullité de la majoration du loyer, respectivement du loyer initial, il doit se trouver en présence d'une cause de nullité (3.4.2.1.1.). Lorsque le locataire invoque avec succès la nullité du *loyer initial*, ce dernier doit être fixé par le tribunal (3.4.2.1.2.). S'il agit en remboursement des loyers versés en trop, il doit de plus respecter les autres conditions de l'action en enrichissement illégitime, en particulier le délai de prescription prévu par l'art. 67 CO (3.4.2.1.3.). 965

²⁰⁴² ATF 140 III 583, consid. 3.2.3 ; TF, arrêts du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1 et du 04.07.2016, 4A_607/2015, consid. 3.1.3.

²⁰⁴³ Cf. ci-dessus, N 868.

²⁰⁴⁴ CPra Bail-MARCHAND, N 40 ad art. 269d CO.

3.4.2.1.1. Cause de nullité

- 966 La violation d'une des conditions formelles pour la *majoration du loyer* respectivement une autre modification unilatérale du bail par le bailleur prévues par l'art. 269d al. 1 CO entraîne la nullité de la modification. Pour savoir si ces conditions sont réalisées est pertinent de savoir *si* une formule officielle a été notifiée et, le cas échéant, quel était son *contenu* : lorsqu'aucune formule officielle n'a été notifiée, ou que le contenu ne correspond pas aux exigences légales et réglementaires, la modification est nulle²⁰⁴⁵.
- 967 La modification unilatérale est également frappée de nullité lorsque le bailleur prononce une résiliation ou menace le locataire de résilier le bail (art. 269d al. 2 let. c CO). Il est donc pertinent de savoir si une résiliation ou une menace de résiliation a été prononcée.
- 968 Pour le *loyer initial*, l'utilisation de la formule peut être déclarée obligatoire par le gouvernement cantonal dans les régions où sévit la pénurie de logements (art. 270 al. 2 CO). Lorsque l'objet loué constitue une habitation qui se trouve dans une partie du territoire cantonal pour lequel le gouvernement cantonal a déclaré obligatoire l'utilisation de la formule et que cette obligation n'a pas été respectée, le loyer est nul²⁰⁴⁶. Dans ce cas, le tribunal fixera un loyer initial en se fondant sur toutes les circonstances du cas d'espèce²⁰⁴⁷. Le contenu obligatoire de cette formule est *a priori* identique à celui en cas de modification unilatérale du bail (art. 19 al. 2 OBLF).
- 969 Puisque l'art. 270 al. 2 CO mentionne uniquement la « pénurie de logements », elle n'est applicable qu'aux baux de locaux d'habitation²⁰⁴⁸, les notions de « logement » et d'« habitation » étant synonymes²⁰⁴⁹. Sont ainsi pertinents les faits suivants :
- la *situation de l'objet loué* (dans une région touchée par la pénurie selon le gouvernement cantonal) ainsi que *le but de la location* (habitation, soit location de l'objet pour y loger de manière durable, ou autre) ; ces éléments sont pertinents afin de déterminer si la notification de la formule officielle est obligatoire ou non ;

²⁰⁴⁵ Au sujet du contenu de la formule officielle, cf. ci-dessus, N 869.

²⁰⁴⁶ ATF 137 III 547, consid. 2.3 ; 124 III 62, consid. 2a ; 120 II 341 consid. 5d ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 81 ad art. 270 CO ; ZAHRADNIK, p. 292 s ; FETTER, N 224 ss.

²⁰⁴⁷ ATF 121 III 56, consid. 2c ; 120 II 341, consid. 6c ; TF, arrêt du 19.05.2016, 4A_398/2015, consid. 3.3, non publié in : ATF 142 III 369 ; TF, arrêt du 29.09.2008, 4A_185/2008, consid. 2.3 ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 82 ad art. 270 CO.

²⁰⁴⁸ ATF 117 Ia 328, consid. 3b ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 72 ad art. 270 CO ; FETTER, N 163 ; TF, arrêt du 28.08.2012, 4A_250/2012, consid. 2.2.

²⁰⁴⁹ FETTER, N 71 et 163.

- si la notification de la formule officielle est obligatoire :
 - la *date de l'entrée du locataire* dans les locaux ainsi que la *date de la notification du formulaire* ; ces faits sont pertinents afin de vérifier si le délai de notification a été respecté ;
 - le *contenu du formulaire*, afin de vérifier si toutes les indications prévues à l'art. 19 OBLF y figurent.

3.4.2.1.2. Fixation du loyer

Lorsque la modification unilatérale du contrat par le bailleur en cours de bail s'avère nulle, le contrat de bail perdure aux anciennes conditions. Il en va différemment lorsque le loyer initial est nul : dans ce cas, ce n'est pas le loyer précédent qui s'applique, mais le tribunal fixera un nouveau loyer²⁰⁵⁰. Il dispose, pour cette tâche, d'une grande marge d'appréciation. Il doit fixer un loyer fondé sur toutes les circonstances du cas d'espèce. Le montant du loyer initial contesté constitue la limite supérieure. Le tribunal prendra en compte le loyer payé par le locataire précédent – qui n'est toutefois pas à lui seul déterminant – le loyer admissible en vertu du calcul du rendement net et celui admissible en application du critère des loyers comparatifs²⁰⁵¹. 970

En principe, le tribunal partira du rendement net. Il peut se fonder sur les loyers usuels lorsque ce critère permet de fixer un loyer inférieur à celui découlant du rendement net²⁰⁵² ou lorsqu'il s'agit d'un immeuble ancien pour lequel il y a impossibilité à établir le rendement excessif faute de connaître les fonds propres entrant dans le calcul du loyer²⁰⁵³. Une prise en compte des statistiques officielles est également possible²⁰⁵⁴. Toutefois, si le tribunal ne dispose pas des moyens de preuve lui permettant d'acquiescer la conviction au sujet de faits pertinents pour la fixation du loyer, il est néanmoins obligé de statuer, faute de quoi il commettrait un déni de justice ; dans ce cas, il peut s'en tenir au loyer payé par le locataire précédent²⁰⁵⁵. 971

²⁰⁵⁰ ATF 121 III 56, consid. 2c ; 120 II 341, consid. 6a ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 82 ad art. 270 CO ; FETTER, N 546.

²⁰⁵¹ ATF 124 III 62, consid. 2b ; 121 III 56, consid. 2c ; 120 II 341, consid. 6b ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 82 ad art. 270 CO ; TF, arrêt du 18.04.2017, 4A_513/2016, consid. 3 ; FETTER, N 548.

²⁰⁵² FETTER, N 548 ; TF, arrêt du 27.04.1998, consid. 4b aa, SJ 1998, p. 718 ss.

²⁰⁵³ ATF 139 III 13, consid. 3.1.2 et 3.5 ; TF, arrêts du 18.04.2017, 4A_513/2016, consid. 3 et du 11.04.2014, 4A_623/2013, consid. 2.1 et 2.2.2 ; sur la notion d'immeuble ancien, cf. ci-dessus, N 485.

²⁰⁵⁴ ATF 139 III 13, consid. 3.5.2.

²⁰⁵⁵ ATF 139 III 13, consid. 3.5.2 ; 120 II 341, consid. 6c ; CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, N 82 ad art. 270 CO.

- 972 Sont donc pertinents le moment de l'acquisition de l'immeuble par le bailleur et les faits permettant de calculer le rendement net²⁰⁵⁶, ceux permettant de déterminer les loyers usuels dans la localité ou le quartier pour les objets loués semblables²⁰⁵⁷ ainsi que le loyer payé par le locataire précédent.

3.4.2.1.3. Enrichissement illégitime

- 973 L'enrichissement illégitime au sens des art. 62 ss CO suppose qu'une partie s'enrichisse sans cause aux dépens d'autrui. Il suppose en principe l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier, ainsi que l'absence de cause juridique valable de ce transfert²⁰⁵⁸ et peut intervenir par acte de l'appauvri, par acte de l'enrichi ou par cas fortuit²⁰⁵⁹. Lorsque l'enrichissement résulte d'un acte de l'appauvri sous forme de paiement *volontaire* d'une somme qui n'est pas due, il peut uniquement demander sa restitution lorsqu'il a agi *par erreur* (art. 63 al. 1 CO)²⁰⁶⁰.
- 974 Autrement dit : si la modification unilatérale des conditions du bail est nulle pour un des motifs de l'art. 269d al. 2 let. a et b CO et que le locataire a néanmoins payé le loyer majoré (respectivement le loyer non diminué), la différence constitue un paiement intervenu sans cause ; le bailleur s'en trouve enrichi et le locataire appauvri. De même, lorsque le loyer initial est nul pour une de ces raisons, que le locataire le paie néanmoins, en pensant par erreur qu'il y est obligé, le bailleur est enrichi et le locataire appauvri de la différence entre le loyer payé et le loyer que fixera le tribunal.

Notons toutefois que si le loyer fixé par le tribunal n'est pas inférieur au loyer initial nul, le bailleur ne s'est pas enrichi et le locataire ne dispose pas d'une créance à son encontre. Le locataire obtiendra gain de cause pour l'action en constatation de la nullité, mais il sera débouté de son action en restitution du trop-perçu.

- 975 Les faits pertinents constituent dès lors *la présence d'une cause de nullité* de la modification unilatérale respectivement du loyer initial et *le paiement* par le locataire au bailleur du loyer majoré respectivement du loyer initial nul. Si la nullité résulte de l'absence de notification du formulaire ou de l'absence de motivation, le versement du loyer intervient de manière volontaire²⁰⁶¹ et l'*erreur*

²⁰⁵⁶ Cf. ci-dessus, N 499 ss.

²⁰⁵⁷ Cf. ci-dessus, N 659 ss.

²⁰⁵⁸ CR CO I-CHAPPUIS, N 3 ss ad art. 62 CO ; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, N 5 ss ad art. 62 CO ; selon une partie de la doctrine, un enrichissement illégitime du débiteur est possible sans appauvrissement correspondant du créancier : voir CR CO I-CHAPPUIS, N 8 ss et 26 ss ad art. 62 et les réf.

²⁰⁵⁹ CR CO I-CHAPPUIS, N 2 ad art. 62 CO.

²⁰⁶⁰ ATF 113 II 187, consid. 1a ; CR CO I-CHAPPUIS, N 5 ss ad art. 63 CO.

²⁰⁶¹ BIERI/ETEMI, N 12.

du locataire est également pertinente. Nous verrons que celle-ci fait l'objet d'une présomption de fait²⁰⁶². Lorsque la cause de la nullité du loyer est la résiliation ou la menace de résiliation (art. 269d al. 2 let. c CO), le paiement n'intervient à notre sens pas de façon volontaire par le locataire et son erreur n'est pas une condition de son droit à répétition.

Une attention particulière doit être portée à la question de la *prescription*. Selon la teneur de l'art. 67 al. 1 CO en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020, l'action en enrichissement illégitime se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition (délai relatif), et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit (délai absolu). Dans la teneur avant le 1^{er} janvier 2020, le délai relatif était d'un an. 976

S'avère potentiellement problématique à ce sujet le *dies a quo* par rapport au délai relatif. Selon la jurisprudence actuelle, la « connaissance » au sens de l'art. 67 al. 1 CO intervient lorsque le locataire apprend que l'absence de notification de la formule officielle, respectivement de l'indication du loyer précédent ou de la motivation de la hausse, entraîne la nullité du loyer initial, que le loyer qu'il a versé était trop élevé et qu'il était, partant, abusif, et non pas lorsqu'il aurait pu ou dû l'apprendre²⁰⁶³. Savoir ce qu'une personne savait à un moment donné constitue une question de fait²⁰⁶⁴. Constitue donc un fait pertinent *le moment auquel le locataire apprend effectivement l'existence d'une cause de nullité et que le loyer versé est trop élevé*. En pratique, ce moment correspond souvent à un rendez-vous auprès d'un mandataire professionnel ou de l'Asloca dans lequel ce dernier apprend la cause de nullité et explique au locataire ses droits²⁰⁶⁵. 977

Cette jurisprudence est fondée sur l'idée que l'ignorance du locataire de ses droits est « présumée » ; partant, il peut apprendre l'existence de sa prétention uniquement lorsqu'il apprend que la notification d'une formule officielle aurait été nécessaire²⁰⁶⁶. Dans un arrêt rendu le 28 février 2020, le Tribunal fédéral a annoncé vouloir procéder à un revirement de sa jurisprudence, considérant que l'obligation d'utiliser un formulaire étant en vigueur depuis un laps de temps suffisamment long pour être connue des justiciables. Il a cependant laissé ouverte, dans l'arrêt précité, la question de savoir, comment

²⁰⁶² Cf. ci-dessous, N 1005 ss.

²⁰⁶³ ATF 140 III 583 consid. 3.2.2 ; TF, arrêts du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1 et du 02.02.2015, 4A_517/2014, consid. 4.1.2 et 4.2 *in fine*, DB 2015 N 2 ; au cas où le Tribunal fédéral procéderait effectivement au revirement de sa jurisprudence, comme annoncé à l'ATF 146 III 82, consid. 4.1.3, ce délai de prescription commencerait à courir au moment où intervient chaque versement de loyer : BIERI (Formule), N 5.

²⁰⁶⁴ TF, arrêt du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1.

²⁰⁶⁵ P. ex. ATF 140 III 583 consid. 3.2.2 ; TF, arrêts du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1 et du 02.02.2015, 4A_517/2014, consid. 4.1.2 et 4.2.

²⁰⁶⁶ ATF 140 III 583 consid. 3.2.2 ; TF, arrêts du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1 et du 02.02.2015, 4A_517/2014, consid. 4.1.2 et 4.2 *in fine*, DB 2015 N 2.

le *dies a quo* du délai de prescription relatif devrait être fixé à l'avenir, le recourant ayant remis en question uniquement le *dies a quo* du délai de prescription absolu²⁰⁶⁷.

- 978 Le délai absolu de dix ans est moins problématique à ce sujet, puisqu'il n'est pas lié à un élément ayant lieu dans le for intérieur d'une personne. Il commence à courir par la naissance du droit à la répétition (art. 67 CO). Ce dernier prend naissance par *le versement du loyer (en partie) indu* : si l'enrichissement illégitime découle d'une prestation effectuée sans cause valable, la prescription absolue de l'action en répétition de l'indu commence à courir au moment de l'*exécution* de la prestation litigieuse²⁰⁶⁸. Le délai de prescription absolu commence donc à courir séparément pour chaque loyer versé²⁰⁶⁹. Partant, le moment du versement de chaque loyer dont le remboursement est demandé constitue également un fait pertinent.
- 979 Le délai de prescription – absolu et relatif²⁰⁷⁰ – est interrompu si le bailleur reconnaît sa dette – notamment en payant des intérêts ou des acomptes, en constituant un gage ou en fournissant une caution – ou si le locataire fait valoir sa créance en justice (art. 135 CO). Pour déterminer si la prétention invoquée dans le procès est prescrite ou non, il est pertinent de savoir à quel moment le locataire a fait valoir sa prétention en justice, par le dépôt d'une réquisition de poursuite ou d'une requête en conciliation. Il est de plus pertinent de savoir si le bailleur a reconnu la dette et dans l'affirmative à quel moment.

3.4.2.2. Allégation et contestation

- 980 L'action en constatation de la nullité et en fixation du loyer est soumise à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse. Il en va de même de l'action en restitution du trop-perçu : ces actions constituent des « litiges portant sur la protection contre les loyers ou les fermages abusifs » au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC²⁰⁷¹.
- 981 Partant, les parties ne sont pas soumises au fardeau de l'allégation et de la motivation suffisante, respectivement de la contestation, mais à un devoir de collaborer dont le contenu est largement identique selon la jurisprudence²⁰⁷².

²⁰⁶⁷ ATF 146 III 82, consid. 4.1.3 ; sur cette jurisprudence, cf. ci-dessous, N 1007.

²⁰⁶⁸ ATF 146 III 82, consid. 4.3.2 et les réf. ; FETTER, N 582.

²⁰⁶⁹ ATF 146 III 82, consid. 4.3.3 et 4.3.4 ; BIERI/ETEMI, N 10 et les réf.

²⁰⁷⁰ BSK OR I-HUWILER, N 3 ad art. 67 CO.

²⁰⁷¹ ATF 142 III 690, consid. 3.1 ; TF, arrêt du 26.03.2014, 4A_1/2014, consid. 2.3.

²⁰⁷² Cf. ci-dessus, N 93 ss.

À ce stade, la jurisprudence ne permet pas de déterminer comment ces principes devraient être appliqués exactement aux actions en constatation de la nullité et en remboursement du trop-perçu. Quoi qu'il en soit, au vu de ce qui précède, les parties ont tout intérêt à alléguer et motiver les faits dont elles déduisent leurs droits et pour lesquels elles supportent le fardeau de la preuve²⁰⁷³, respectivement de contester les faits allégués par la partie adverse. 982

Dans le cadre de l'action en constatation de la nullité de la majoration du loyer ou du loyer initial, le bailleur supporte le fardeau de la preuve des conditions de validité pour la modification des conditions du bail respectivement de la validité du loyer initial²⁰⁷⁴. Il a dès lors tout intérêt à alléguer et à motiver ces faits. Le locataire de son côté devra à notre sens en tout état de cause indiquer au tribunal, sur quel motif il fonde son action en constatation de la nullité : il devra dès lors au moins alléguer que le formulaire officiel ne lui a pas été notifié ou que les motifs de hausse ne sont pas indiqués. De même, le locataire qui invoque la menace de résiliation (art. 269d al. 2 let. c CO) supporte le fardeau de la preuve des faits pertinents à ce sujet²⁰⁷⁵ et a dès lors tout intérêt à alléguer qu'il a été menacé et expliquer, en quoi consiste à son avis le lien entre la menace et la majoration de loyer ou autre modification unilatérale du bail²⁰⁷⁶. 983

La jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas au tribunal saisi de la cause de retenir des faits pertinents qui n'ont pas été allégués par une des parties : la maxime inquisitoire sociale, telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral, permet au tribunal saisi de la cause uniquement d'informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves et de les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Le tribunal ne vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés²⁰⁷⁷. À notre sens, le tribunal doit, en application de la maxime inquisitoire sociale, fonder son prononcé sur *tous les faits pertinents établis lors des débats*, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions, ce qui implique qu'il puisse retenir des faits ressortissants de moyens de preuve figurant au dossier, mais qui n'ont été allégués par aucune des parties²⁰⁷⁸. 984

²⁰⁷³ Sur la répartition du fardeau de la preuve, cf. ci-dessous, N 991 ss.

²⁰⁷⁴ Cf. ci-dessous, N 993.

²⁰⁷⁵ Cf. ci-dessous, N 993.

²⁰⁷⁶ Dans ce sens aussi : CPra Bail-MARCHAND, N 43 ad art. 269d CO.

²⁰⁷⁷ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

²⁰⁷⁸ Cf. ci-dessus, N 162 ss.

- 985 Rappelons que le principe de la constatation de la nullité d'office ne signifie pas que le tribunal puisse rechercher de sa propre initiative des faits et des moyens de preuve dont découlerait la nullité²⁰⁷⁹. Le tribunal ne peut pas intervenir dans une mesure plus large que ne le lui permet la maxime inquisitoire sociale.

3.4.2.3. Règle d'expérience généralement reconnue

- 986 Dans le cadre de la contestation de la modification unilatérale du bail respectivement du loyer initial, le Tribunal fédéral considère que l'erreur du locataire dans le paiement de la somme indue est « présumée » : contrairement au principe que nul n'est censé ignorer la loi, il est en l'occurrence présumé que le locataire ignore que l'absence de notification de la modification unilatérale du bail ou du loyer initial au moyen de la formule officielle, respectivement de l'indication du loyer du locataire précédent ou de la motivation de la hausse, entraîne la nullité dudit loyer²⁰⁸⁰. Cette position est partagée par la doctrine majoritaire²⁰⁸¹.
- 987 En réalité, il nous semble que la jurisprudence et la doctrine se fondent en l'occurrence sur une règle d'expérience généralement reconnue selon laquelle les locataires ignorent la loi sur ce point, et que dès lors ils se trouvent généralement dans l'erreur lorsqu'ils versent un loyer nul. Etant donné que la doctrine et la jurisprudence considèrent qu'il y a « présomption » à ce sujet, nous revenons sur ce point plus loin, dans le sous-chapitre relatif aux exceptions à la répartition du fardeau de la preuve²⁰⁸².

3.4.3. Sujet de la preuve

- 988 En vertu de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC), la responsabilité pour l'apport des moyens de preuve dans le procès est partagée entre le tribunal et les parties. Il incombe en principe aux parties de proposer et le cas échéant de produire des moyens de preuve à l'appui de leurs allégations.

²⁰⁷⁹ Cf. ci-dessus, N 878.

²⁰⁸⁰ ATF 146 III 82, consid. 4.1.3 ; 140 III 583 consid. 3.2.2 ; TF, arrêts du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1 et du 02.02.2015, 4A_517/2014, consid. 4.1.2 et 4.2 *in fine*, DB 2015 N 2.

²⁰⁸¹ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 269d CO ; ZK OR-HIGI, N 227 ad art. 269d CO ; *contra* : SVIT K.-ROHRER, N 62 ad art. 269d CO.

²⁰⁸² Cf. ci-dessous, N 1005 ss.

Les parties ont tout intérêt à proposer des moyens de preuve à l'appui des faits pour lesquels elles supportent le fardeau de la preuve²⁰⁸³. 989

La maxime inquisitoire sociale, telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral, permet au tribunal saisi de la cause uniquement d'informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves et de les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Le tribunal ne vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés²⁰⁸⁴. À l'instar de ce qui prévaut pour le fardeau de l'allégation et de la constatation, il nous semble que le tribunal saisi de la cause devrait fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors des débats, ce qui implique qu'il soit autorisé à administrer d'office des moyens de preuve aisément disponibles, même si aucune partie ne les a invoqués²⁰⁸⁵. 990

3.4.4. Fardeau de la preuve

3.4.4.1. Fardeau objectif

3.4.4.1.1. Faits générateurs

Il convient de distinguer à ce sujet entre l'action en constatation de la nullité, celle en fixation du loyer et celle en enrichissement illégitime. 991

Lorsque le locataire agit *en constatation de la nullité* de la modification unilatérale du bail ou du loyer initial, il s'agit d'une action tendant à la constatation de l'inexistence d'un droit au sens de l'art. 88 CPC, c'est-à-dire d'une action en constatation négative : par celle-ci, le demandeur veut faire constater que certains faits générateurs pour un droit que le défendeur prétend avoir à son égard ne se sont pas réalisés²⁰⁸⁶. L'objet du procès forme donc une prétention du défendeur envers le demandeur. En l'occurrence, le locataire prétend que le bailleur, qui invoque son droit à la modification unilatérale du bail respectivement au versement du loyer initial, n'a pas notifié la modification du contrat ou le loyer initial par formule officielle, que celle-ci ne contient pas de motifs pour la modification ou la hausse de loyer par rapport au loyer du locataire précédent 992

²⁰⁸³ Sur la répartition du fardeau de la preuve, cf. ci-dessous, N 991 ss.

²⁰⁸⁴ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

²⁰⁸⁵ Cf. ci-dessus, N 162 ss.

²⁰⁸⁶ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 215 ad art. 8 CC.

ou que la modification a été assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation et demande la constatation de la nullité de la modification unilatérale ou du loyer initial.

- 993 Comme les règles habituelles en matière de fardeau de la preuve s'appliquent indépendamment du rôle procédural des parties²⁰⁸⁷ – faute de quoi une situation de *non liquet* impliquerait que le droit du défendeur devrait être admis sans aucune preuve²⁰⁸⁸ –, *il incombera au bailleur le fardeau de prouver les faits générateurs du droit dont le locataire demande la constatation de l'inexistence, même s'il se trouve dans le rôle du défendeur*. Ainsi incombe au bailleur le fardeau de la preuve pour la notification de la formule officielle²⁰⁸⁹ de même que de toutes les autres conditions formelles de la modification unilatérale du loyer²⁰⁹⁰ respectivement pour la fixation du loyer initial²⁰⁹¹. En revanche, lorsque le locataire motive sa demande en constatation de la nullité par une menace de résiliation (art. 269d al. 2 let. c CO) – fait dirimant au droit du bailleur de modifier unilatéralement son loyer²⁰⁹² – le fardeau de la preuve de l'existence d'une menace et du lien entre la menace de résiliation et la majoration du loyer respectivement de la modification unilatérale des conditions du bail incombe au locataire²⁰⁹³.
- 994 Malgré le caractère particulier de l'action en constatation de la nullité, il incombera au locataire de prouver *les conditions de recevabilité* de l'action et de l'instance : le fardeau de la preuve de ces conditions incombe néanmoins au demandeur²⁰⁹⁴.
- 995 Pour ce qui est de la *fixation du loyer*, la situation est particulière : le tribunal fixera un nouveau loyer dans tous les cas, faute de quoi il commettrait un déni de justice²⁰⁹⁵. À notre sens, il n'incombe donc pas à l'une ou l'autre partie le fardeau de la preuve des éléments nécessaires pour la fixation du loyer. Toutefois, chaque partie pourra invoquer un montant auquel elle estime que le loyer

²⁰⁸⁷ ATF 118 II 521, consid. 3b ; BAUMGÄRTEL/LAUMEN/PRÜTTING, § 11 N 45 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 117 ; BK ZGB (1966)-KUMMER art. 8 CC N 215 ; ROSENBERG, p. 173 s. ; TF, arrêt du 08.12.2011, 4A_569/2015, consid. 1.

²⁰⁸⁸ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 215 ad art. 8 CC ; dans ce sens aussi : DROESE, p. 362 s.

²⁰⁸⁹ ATF 142 III 369, consid. 4.1 ; TF, arrêt du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3 ; FETTER, N 202 ; *contra* : ZK ZGB-JUNGO, N 511 ad art. 8 CC.

²⁰⁹⁰ Cf. ci-dessus, N 867.

²⁰⁹¹ Cf. ci-dessus, N 969.

²⁰⁹² Cf. ci-dessus, N 891 s.

²⁰⁹³ CPra Bail-MARCHAND, N 43 ad art. 269d CO.

²⁰⁹⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 117 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, art. 8 CC N 216.

²⁰⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 970.

doit être fixé. Par conséquent, chaque partie supporte le fardeau de la preuve des faits sur lesquels elle se fonde à ce sujet.

Pour ce qui est de l'*enrichissement illégitime*, de manière générale, les conditions sont l'enrichissement du débiteur, l'appauvrissement du créancier, l'absence de cause juridique valable de ce transfert²⁰⁹⁶. Ces conditions doivent être réunies pour donner naissance au droit du demandeur au remboursement de la somme versée. Il s'agit donc de faits générateurs pour lesquels il supporte le fardeau de la preuve²⁰⁹⁷. 996

En l'occurrence, les faits pertinents constituent la présence d'une cause de nullité de la modification unilatérale respectivement du loyer initial, le paiement par le locataire du loyer majoré respectivement du loyer initial nul et dans les hypothèses de l'art. 269d al. 2 let. a et b CO l'erreur du locataire. Ces éléments constituent dès lors des faits générateurs du droit du locataire au remboursement ; par conséquent, en vertu de la règle de l'art. 8 CC, le fardeau objectif de la preuve de ces faits lui incombe en principe. Quant à l'erreur du locataire, il convient toutefois de noter que celle-ci est, selon la jurisprudence constante, « présumée »²⁰⁹⁸. 997

À notre sens, c'est donc le locataire qui supporte le fardeau de la preuve de la cause de nullité de l'augmentation du loyer dans le cadre d'une procédure en enrichissement illégitime ; dès lors, en particulier, lorsque la nullité résulte de l'absence de notification du loyer initial sur formule officielle, le fardeau de la preuve de l'absence de notification de la formule incombe au locataire. Il y a ici une différence par rapport à l'action en constatation de la nullité de la majoration du loyer respectivement du loyer initial, où le fardeau de la preuve pour la notification de la majoration respectivement du loyer initial par formule officielle incombent au bailleur : la différence s'explique par le fait que, dans le premier cas, l'objet du procès est la prétention du bailleur en paiement du loyer, dans le deuxième cas, il s'agit de la prétention du locataire au remboursement de montants versés à titre de loyer²⁰⁹⁹. Dans la mesure où le tribunal constate cependant la nullité de la prétention, cette preuve sera facile à rapporter par le locataire, d'où l'intérêt à une procédure préalable en constatation de la nullité de la majoration, respectivement du loyer initial. 998

²⁰⁹⁶ Cf. ci-dessus, N 973.

²⁰⁹⁷ Dans ce sens aussi : BSK OR I-SCHULIN/VOGT, N 41 ad art. 62 CO.

²⁰⁹⁸ Cf. ci-dessus, N 1005 ss.

²⁰⁹⁹ Cf. à ce sujet en général : ROSENBERG, p. 177.

3.4.4.1.2. Faits dirimants

3.4.4.1.2.1. *Consentement du locataire à la modification du bail*

999 À côté de la modification unilatérale du loyer par le bailleur, expressément réglée par la loi, les parties disposent de la possibilité, d'un commun accord, de modifier leur contrat de manière bilatérale. Tant que le but protecteur de la loi n'est pas éludé, il n'est pas nécessaire que les exigences de forme valables pour les modifications unilatérales s'appliquent aux modifications conventionnelles²¹⁰⁰. En ayant renoncé à un contrôle officiel des loyers, on a laissé au locataire la faculté de contester ou non le caractère éventuellement abusif de la contrepartie mise à sa charge pour l'utilisation de la chose. La renonciation à user de son droit de contester le loyer peut donc conduire un locataire à payer, consciemment et de son plein gré, un montant objectivement trop élevé pour l'objet du bail. Il faut cependant que le locataire soit informé de ses droits à cet égard et qu'il ne subisse aucune pression. Une modification consensuelle du contrat de bail peut uniquement être admise lorsque *le locataire a été informé d'une autre manière de la possibilité de contester le loyer* et que *tout moyen de pression*, notamment sous forme d'une menace de résiliation, *peut être exclu*. Le fait que le locataire ait signé un avenant préparé par le bailleur ne saurait être suffisant²¹⁰¹.

1000 Lorsque ces conditions sont réalisées, la modification du loyer n'est plus considérée comme unilatérale et n'est pas soumise aux conditions de forme de l'art. 269d CO. Il s'agit d'une exception dont le bailleur tire profit ; les faits précités constituent dès lors des faits dirimants. Le fardeau de leur preuve incombe, conformément aux principes de l'art. 8 CC, au bailleur²¹⁰².

3.4.4.1.2.2. *Abus de droit du locataire à invoquer un vice de forme*

1001 Le bailleur peut opposer au locataire qui demande la constatation de la nullité de la modification du bail ou du loyer initial qu'il commet un abus de droit. Pour déterminer si le locataire agit de manière abusive, les circonstances concrètes sont pertinentes. L'abus de droit doit être « manifeste » ; il ne doit être admis que restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but,

²¹⁰⁰ TF, arrêt du 18.10.2001, 4C.134/2001, consid. 2b ; TF, arrêt du 28.03.1995, mp 1995, p. 145.

²¹⁰¹ ATF 123 III 70, consid. 3a ; TF, arrêt du 18.10.2001, 4C.134/2001, consid. 2b.

²¹⁰² TF, arrêt du 18.10.2001, 4C.134/2001, consid. 2b.

la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire²¹⁰³.

Ainsi, la jurisprudence a considéré comme abusif le comportement du locataire qui s'est rendu compte du vice de forme et s'est abstenu de protester dans le dessein d'en tirer, le cas échéant, ultérieurement profit²¹⁰⁴ ou encore lorsque le locataire a renoncé, expressément et en toute connaissance de cause, à la notification de la formule officielle et a exécuté de son plein gré l'accord conclu²¹⁰⁵. En revanche, le seul fait d'avoir payé, sans discuter, le loyer pendant un long laps de temps ne saurait, à lui seul, conduire à la conclusion que le locataire commet un abus de droit²¹⁰⁶. 1002

L'abus de droit constitue un fait dirimant²¹⁰⁷. Les faits dont le bailleur déduit que le locataire agirait de manière abusive constituent donc des faits dirimants pour lesquels le bailleur supporte le fardeau de la preuve. 1003

3.4.4.1.3. Faits extinctifs

Le bailleur peut opposer au locataire qui agit en remboursement du trop-perçu que sa prétention est prescrite (art. 67 CO). La prescription constitue un fait extinctif (quelque peu particulier toutefois, puisqu'il ne met pas fin au droit en soi, mais uniquement à la possibilité de faire valoir la créance contre la volonté du débiteur)²¹⁰⁸. Le défendeur qui invoque la prescription d'une créance (par le biais d'une exception de droit civil péremptoire) doit invoquer et prouver toutes les conditions auxquelles la loi attache comme conséquence la prescription, soit les moments du début et de la fin du délai de prescription²¹⁰⁹. En ce qui concerne la prescription de la prétention en remboursement du trop-perçu, il incombe au 1004

²¹⁰³ ATF 140 III 583, consid. 3.2.4 ; 137 III 625 consid. 4.3 ; 135 III 162 consid. 3.3.1 ; TF, arrêt du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1.

²¹⁰⁴ ATF 140 III 583, consid. 3.2.4 ; 138 III 401, consid. 2.3.2 ; 113 II 187 consid. 1b ; TF, arrêts du 26.01.2012, 4A_647/2011, consid. 4.1, et du 18.10.2001, 4C.134/2001, consid. 3b.

²¹⁰⁵ ATF 140 III 583, consid. 3.2.4 ; 123 III 70 consid. 3c-d ; TF, arrêt du 18.10.2001, 4C.134/2001, consid. 3b.

²¹⁰⁶ ATF 140 III 583, consid. 3.2.4 ; 138 III 401 consid. 2.3.3 ; TF, arrêt du 12.04.2014, 4A_38/2013, consid. 2.1, non publié in : ATF 139 III 249 ; TF, arrêt du 26.01.2012, 4A_647/2011, consid. 4.2 ; arrêt du 10.01.2012, 4A_490/2011 consid. 3.2 ; arrêt du 28.04.2011, 4A_129/2011, consid. 2.3, rés. in JdT 2012 II 113.

²¹⁰⁷ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 177 ad art. 8 CC.

²¹⁰⁸ BOHNET (Procédure civile), N 608 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 35.

²¹⁰⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 35.

bailleur en particulier la preuve du moment auquel le locataire apprend l'existence d'une cause de nullité, qui déclenche le délai de prescription relatif de trois ans (art. 67 al. 1 CO)²¹¹⁰.

3.4.4.1.4. Exceptions

- 1005 Selon les principes de l'art. 8 CC, il incombe au locataire le fardeau de la preuve de ce qu'il a procédé au paiement du loyer en croyant par erreur à l'existence de la dette (condition pour la naissance de la créance en remboursement du paiement d'une somme indue payée volontairement selon l'art. 63 al. 1 CO)²¹¹¹, soit qu'il n'était pas au courant du caractère nul du loyer initial, respectivement de la modification unilatérale des conditions du bail²¹¹². L'erreur du locataire au sujet de l'existence de la dette constituerait donc également un fait générateur. Selon les principes de l'art. 8 CC, le fardeau de la preuve de ce fait incombe au créancier²¹¹³.
- 1006 Toutefois, dans le cadre de la contestation de la modification unilatérale du bail respectivement du loyer initial, le Tribunal fédéral considère que l'erreur du locataire est « présumée » : contrairement au principe que nul n'est censé ignorer la loi, il est en l'occurrence présumé que le locataire ignore que l'absence de notification de la modification unilatérale du bail ou du loyer initial au moyen de la formule officielle, respectivement de l'indication du loyer du locataire précédent ou de la motivation de la hausse, entraîne la nullité dudit loyer. L'application de ce principe contreviendrait à la raison d'être de la formule officielle, qui vise à informer le locataire de ses droits²¹¹⁴. Cette position est partagée par la doctrine majoritaire²¹¹⁵.
- 1007 À notre sens, il ne s'agit ici pas d'une présomption légale, faute de disposition légale prévoyant une telle, mais d'une présomption d'expérience : il existe une règle d'expérience généralement reconnue²¹¹⁶ selon laquelle les locataires ignorent leurs droits dans le cadre de la fixation et de la contestation du loyer ; le législateur le reconnaît d'ailleurs, puisqu'il a introduit l'incombance du bailleur de notifier au locataire une modification des conditions du bail en défaveur de

²¹¹⁰ Cf. ci-dessus, N 977.

²¹¹¹ BSK OR I-SCHULIN/VOGT, N 9 ad art. 63 CO.

²¹¹² Cf. ci-dessus, N 998.

²¹¹³ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 247 ad art. 8 CC.

²¹¹⁴ ATF 140 III 583 consid. 3.2.2 ; 113 II 187, consid. 1a ; TF, arrêts du 10.07.2017, 4A_254/2016, consid. 3.1.3.1 et du 02.02.2015, 4A_517/2014, consid. 4.1.2 et 4.2 *in fine*, DB 2015 N 2.

²¹¹⁵ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 269d CO ; ZK OR-HIGI, N 227 ad art. 269d CO ; *contra* : SVIT K.-ROHRER, N 62 ad art. 269d CO.

²¹¹⁶ Sur cette notion, cf. ci-dessus, N 111 ss.

ce dernier sur un formulaire officiel contenant des explications de ses droits. Partant, il convient de considérer qu'un locataire auquel une modification des conditions du bail en sa défaveur n'est pas notifiée par une formule officielle qui contient des explications de ses droits ignore ceux-ci et, lorsqu'il procède au versement du loyer partiellement nul, se trouve donc dans l'erreur. Il ne s'agit ainsi pas à proprement parler d'une exception aux principes de la répartition du fardeau de la preuve, puisque, formellement, le locataire supporte toujours le fardeau de la preuve de son erreur ; toutefois, en apportant la preuve que le formulaire ne lui a pas été notifié, il prouve indirectement, par indice, son erreur. Rappelons que, dans le cadre de l'action en enrichissement illégitime, la cause de nullité constitue un fait générateur et le locataire en supporte le fardeau de la preuve²¹¹⁷.

Le Tribunal fédéral a laissé entendre, dans un arrêt récent relatif à une affaire vaudoise, qu'il pourrait tantôt procéder à un revirement de sa jurisprudence : étant donné que « l'usage de la formule officielle a été rendu obligatoire il y a plus de vingt-cinq ans dans le canton de Vaud, que cette exigence a été rappelée à répétition reprises par le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts publiés, et qu'il soit possible de se renseigner aisément sur ce point en effectuant une simple recherche sur internet ou en consultant le site d'associations militant en faveur de la défense des droits des locataires », il y aurait lieu de s'interroger sur le point de savoir si l'ignorance présumée du locataire, quant au caractère obligatoire de la formule officielle et aux conséquences attachées à l'absence de celle-ci, se justifie encore²¹¹⁸. Ce faisant le Tribunal fédéral admet à notre sens indirectement s'être fondé par le passé sur une règle d'expérience généralement reconnue que les locataires ignorent leurs droits et considère désormais que cette règle serait dépassée, les connaissances des justiciables ayant évolué.

1008

À l'instar de BIERI²¹¹⁹, un tel revirement de jurisprudence nous paraîtrait critiquable : c'est le législateur qui part du principe que les locataires ignorent leurs droits et il n'a pas changé d'avis. De plus, le Tribunal fédéral semble attacher de l'importance à la durée d'existence de cette obligation, tirant argument du fait que la formule est obligatoire lors de la conclusion d'un nouveau bail, dans le Canton de Vaud, depuis un quart de siècle déjà. Or un locataire qui déménage depuis un autre Canton qui, par hypothèse, ne connaît pas d'incombance de notifier le loyer initial sur un formulaire officiel, serait défavorisé. En outre, il conviendrait alors de déterminer, depuis combien de temps cette obligation doit exister dans un Canton afin considérer que la population du Canton en question devrait la connaître. Une telle solution compliquerait encore plus le système, étant donné que les dates d'introduction de cette obligation varient entre les Cantons.

²¹¹⁷ Cf. ci-dessus, N 998.

²¹¹⁸ ATF 146 III 82, consid. 4.1.3.

²¹¹⁹ BIERI (Formule), N 8 ss.

3.4.4.2. Fardeau subjectif

- 1009 Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif²¹²⁰. Les fardeaux de la preuve subjectif et objectif sont dissociés en cas de contre-preuve²¹²¹.
- 1010 En l'occurrence, une contre-preuve consisterait en une preuve du bailleur que les conditions de recevabilité de l'action du locataire n'existent pas – auquel cas il incombe au bailleur de proposer des moyens de preuve pour l'absence des conditions de recevabilité alors que c'est le locataire qui supporte le risque d'absence de preuves des conditions de recevabilité – et celle du locataire qu'une condition de validité formelle de la fixation du loyer invoquée par le bailleur n'existe pas. Dans ce cas, le locataire doit apporter les moyens de preuve pour l'absence des conditions de validité formelle du congé alors que c'est le bailleur qui supporte le risque d'absence de preuves des conditions de validité formelle.

3.4.5. Degrés de preuve

- 1011 Pour les actions traitées dans le présent chapitre, il convient également d'appliquer en principe le degré de la preuve ordinaire à la preuve des faits pertinents.
- 1012 Des questions peuvent se poser en lien avec la notification de la formule officielle. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait aucune raison de renoncer à exiger que la communication de la formule officielle soit établie avec certitude, alors qu'il est très facile pour le bailleur de s'assurer de la possibilité de prouver sa remise²¹²². Par contre, le degré de la preuve est ramené à la vraisemblance prépondérante lorsque le locataire invoque que le pli lui a été notifié, mais que la formule officielle n'a pas été insérée dans l'enveloppe, par erreur ou intentionnellement : il s'agit d'un fait négatif dont la preuve est par nature difficile à amener²¹²³.

3.4.6. Moyens de preuve

- 1013 Les actions en nullité et en fixation du loyer supposent essentiellement la preuve de faits qui sont également pertinents dans les actions déjà traitées dans la présente thèse²¹²⁴, de sorte que, pour les moyens de preuve, il peut y être renvoyé.

²¹²⁰ Cf. ci-dessus, N 215.

²¹²¹ Cf. ci-dessus, N 216.

²¹²² TF, arrêt du 04.07.2016, 4A_607/2015, consid. 3.2.2.1.

²¹²³ ATF 142 III 369, consid. 4.2 et 4.3.2.

²¹²⁴ Cf. ci-dessus, N 844 ss, 915 ss et 955 s.

L'action en remboursement du trop-perçu nécessite cependant la preuve d'éléments supplémentaires. Ainsi, le locataire devra prouver l'enrichissement du bailleur, c'est-à-dire qu'il devra prouver qu'il a effectivement versé le loyer nul et trop élevé au bailleur. La preuve de ce fait se fera essentiellement par titre, en particulier par quittances, respectivement des extraits de transactions bancaires²¹²⁵. 1014

Le bailleur se prévalant de la prescription relative devra prouver le moment auquel le locataire a appris que le loyer initial ou la modification unilatérale du contrat était nul ; cet exercice est assez difficile pour le bailleur puisqu'il ne dispose en général que de très peu d'informations à ce sujet. Ce moment peut à notre sens difficilement être prouvé autrement que par interrogatoire ou déposition du locataire²¹²⁶. Le simple fait que le locataire ait consulté un avocat, même spécialisé en droit du bail, ne constitue pas une preuve suffisante de ce que le locataire a été mis au courant de ses droits. Il s'agit certes du comportement qu'on peut attendre d'un avocat compétent et diligent, mais encore faut-il des éléments concrets qui démontrent que le locataire a effectivement été instruit²¹²⁷. Si le locataire a appris son droit à la restitution du trop-perçu en consultant un avocat, ce dernier peut refuser de témoigner en vertu de l'art. 166 al. 1 let. b CPC. 1015

3.4.7. Devoir de collaborer

Le devoir de collaborer des parties entre en particulier en ligne de compte lorsqu'il s'agit de fixer le loyer. Afin de fixer un loyer en fonction des circonstances concrètes, il dépend des indications et moyens de preuve que les parties lui mettent à disposition. L'on pense en particulier aux documents permettant le calcul du rendement net que le bailleur peut être obligé de produire en vertu de l'art. 160 al. 1 let. b CPC lorsque le locataire le requiert. 1016

Le locataire peut éventuellement être amené à collaborer lorsque le bailleur invoque la prescription de la prétention en remboursement du trop-perçu (art. 67 CO). Le bailleur ne sera en principe pas en possession de moyens lui permettant de prouver le moment auquel le locataire a appris son droit au remboursement du trop-perçu. Toutefois, dans les cas où le locataire apprend son droit lors de la consultation d'un avocat, d'éventuels documents sont exclus du champ d'application de l'obligation de collaborer (art. 160 al. 1 let. b CPC) et l'avocat peut refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. b CPC). 1017

²¹²⁵ P. ex. TF, arrêt du 03.03.2017, 4A_637/2016.

²¹²⁶ Pour l'interrogatoire et la déposition de parties, cf. ci-dessus, N 288 ss.

²¹²⁷ TF, arrêt du 03.06.2015, 4D_13/2015, consid. 7, DB 2015 N 1.

3.4.8. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 1018 Les actions en contestation de la nullité, en fixation du loyer ainsi qu'en remboursement du trop-perçu sont soumises à la procédure simplifiée indépendamment de leur valeur litigieuse : il s'agit d'un litige concernant « la protection contre les loyers ou les fermages abusifs » au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC²¹²⁸. Par conséquent, le formalisme pour proposer des moyens de preuve est limité : le locataire peut déposer une requête non motivée ou même orale et il n'est pas obligé de respecter la maxime éventuelle ; de faits et des moyens de preuve – même si la loi suggère que les titres soient annexés à la requête (art. 244 al. 3 let. c CPC) – peuvent être proposés jusqu'à la fin des plaidoiries (art. 229 al. 3 CPC)²¹²⁹.
- 1019 Dans l'idée du législateur, une affaire en procédure simplifiée devrait être liquidée en une seule et même audience : allégation, contestation, présentation des moyens de preuve, ordonnance de preuve, administration des preuves et jugement. En pratique, cela suppose que la situation juridique et l'état de fait soient simples et que l'état de fait litigieux ne nécessite pas l'administration de moyens de preuve autres que des titres et que les parties aient déposé une demande respectivement réponse au moins sommairement motivées et proposé des moyens de preuve avant l'audience²¹³⁰.
- 1020 Un tel déroulement en une seule audience nous semble envisageable p. ex. lorsque le bailleur n'a pas notifié une majoration du loyer par formule officielle ; par contre, lorsqu'un loyer initial est en jeu et que le tribunal devra fixer le loyer, la complexité est en général telle que la liquidation de l'affaire en une audience est illusoire.
- 1021 La procédure de preuve à futur afin de conserver les moyens de preuve est, là également, de peu d'utilité pour les parties, la disparition potentielle de moyens de preuve déterminants n'étant pas un problème général dans les procédures en constatation de la nullité et en restitution du trop-perçu.

3.4.9. Appréciation des preuves

- 1022 Le tribunal est libre dans l'appréciation des moyens de preuves qui lui sont présentées (art. 157 CPC). Les tribunaux ont eu l'occasion de se prononcer sur l'appréciation des moyens de preuve au sujet de plusieurs éléments pertinents

²¹²⁸ TF, arrêt du 26.04.2014, 4A_1/2014, consid. 2.3.

²¹²⁹ Cf. ci-dessus, N 353.

²¹³⁰ Cf. ci-dessus, N 343.

pour l'action en constatation de la nullité, en fixation du loyer et en restitution du trop-perçu.

Ainsi, la production d'une photocopie de la formule officielle, comportant tous les éléments prescrits par la loi, que le bailleur a conservée dans son dossier, ne constitue pas une preuve directe et absolument certaine de la remise de celle-ci. Elle en constitue un indice parmi d'autres, susceptibles de fonder une certitude dans l'esprit du juge. Il en va de même du témoignage de la personne dont il est allégué qu'elle aurait remis de main à main la formule au locataire²¹³¹. 1023

Le Tribunal fédéral a jugé arbitraire la constatation de l'instance inférieure selon laquelle le locataire qui consulte un avocat afin de contester le loyer initial ne paie pas par erreur au sens de l'art. 63 CO les frais accessoires convenues forfaitairement par une convention nulle puisque l'avocat aurait découvert que le forfait pour frais accessoires n'était pas dû, puis il en aurait informé ses clients. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit bien du comportement attendu d'un avocat diligent, mais les constatations de fait de l'instance inférieure ne trouvent aucun appui dans les éléments de preuve qui étaient concrètement soumis à l'appréciation du tribunal²¹³². À notre sens, lorsque, dans une action en restitution du trop-perçu suite à un loyer initial ou une modification unilatérale du bail nuls, le locataire consulte un avocat ou une permanence de l'Asloca, le tribunal ne saurait en déduire sans autre que le locataire a été mis au courant de son droit, élément déclenchant le délai de prescription de trois ans prévu à l'art. 67 CO. 1024

Selon un arrêt du tribunal des baux du canton de Vaud, lorsque la menace de résiliation a été prononcée par oral, le comportement adopté par le bailleur lors du procès – en l'occurrence des propos « peu conciliants » de la part du bailleur à l'occasion d'une vision locale – peut constituer une preuve suffisante pour des menaces de résiliation au sens de l'art. 269d al. 2 let. c CPC²¹³³. 1025

²¹³¹ TF, arrêt du 04.07.2016, 4A_607/2015, consid. 3.2.2.2.

²¹³² TF, arrêt du 03.06.2015, 4D_13/2015, consid. 7, DB 2015 N 1.

²¹³³ TBx VD, arrêt du 21.10.1992, Fiche juridique Asloca n 88 ; voir aussi : CPra Bail-MAR-CHAND, N 43 ad art. 269d CO.

Chapitre 4 : Synthèse et discussion

4.1. Objets de la preuve

Les critères permettant de vérifier le caractère abusif du loyer se caractérisent par une complexité inégalée. Cette complexité se traduit par un nombre particulièrement élevé d'objets de la preuve. Quels faits exactement sont pertinents peut de plus varier selon les hypothèses. Afin de former l'objet de la preuve, chaque fait pertinent doit être allégué et prouvé. Autrement dit : les parties doivent alléguer de manière détaillée un nombre élevé de faits et apporter les moyens de preuve y relatifs ; à défaut d'apporter des moyens de preuve emportant la conviction du tribunal, la partie supportant le fardeau de la preuve risque de perdre le procès. Le nombre élevé d'éléments à prouver augmente naturellement le risque que la partie supportant le fardeau de l'allégation et de la preuve n'allègue pas de manière suffisamment précise un fait pertinent ou ne réussisse pas à le prouver. 1026

Ainsi, le critère du *rendement excessif* suppose la preuve de tous les éléments nécessaires au calcul du rendement net. Il s'agit par exemple des dépenses effectives du bailleur ; sur ce point, il convient de distinguer si le bailleur a acquis l'objet loué lorsqu'il était déjà construit ou s'il l'a fait construire. Dans la première hypothèse, la preuve portera sur le prix d'achat payé par le bailleur, preuve qui pourra être apportée de manière assez aisée, puisqu'elle fera en principe l'objet d'une convention par acte authentique ; dans la deuxième, elle portera en particulier sur les frais de la construction de l'objet loué, preuve nettement plus difficile à apporter. Il faut de plus alléguer et prouver la somme des prétentions financières du propriétaire lui-même sur la valeur de la chose au moment de la construction, respectivement de l'acquisition de l'objet loué par le bailleur, du montant des frais d'exploitation et d'entretien les trois à cinq exercices comptables précédant le moment de la fixation du loyer, et d'autres aspects considérablement techniques, qui ne sont pas facilement accessibles à des parties par hypothèse sans conseil légal. La jurisprudence estime que la partie qui se prévaut du rendement net doit alléguer de manière précise pour quelle raison et fondé sur quels calculs elle considère que le rendement est excessif, respectivement insuffisant. La partie doit procéder elle-même au calcul du rendement net. 1027

- 1028 Le critère des *loyers usuels dans la localité ou le quartier*, quant à lui, implique entre autres la preuve de l'emplacement, de la dimension, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction de l'objet loué – ce qui est relativement aisé – ainsi que d'au moins cinq autres habitations respectivement locaux commerciaux dans le même quartier ou la même localité, dont les caractéristiques sont « comparables » ; ces informations sont difficiles à obtenir, surtout pour le locataire. De plus, le caractère « comparable » constitue une question d'appréciation ; la manière dont le tribunal compétent apprécie dans un cas concret ne peut que très difficilement être anticipée. Il incombe à la partie qui se prévaut du critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier d'alléguer et de motiver de manière suffisante les loyers usuels ; elle devra mettre sur pied une grille d'analyse contenant les critères susmentionnés et justifier précisément, en quoi les objets comparatifs rentrent dans celle-ci.
- 1029 L'hypothèse du *prix d'achat manifestement exagéré* – qui constitue en réalité une variante du critère du rendement net, respectivement brut, dans laquelle le rendement n'est pas calculé sur la base des fonds propres effectivement investis par le bailleur, mais sur un prix hypothétique calculé sur la base du critère des loyers usuels – combine les exigences de ces deux critères susmentionnés. De plus, il convient de prouver les loyers usuels pour des objets comparables à l'objet loué au moment de l'acquisition de ce dernier par le bailleur. Il va sans dire que cette tâche est particulièrement difficile, spécialement si l'acquisition remonte à de nombreuses années.
- 1030 Pour le critère relatif de *la hausse des coûts ou des prestations supplémentaires*, c'est surtout l'hypothèse de « l'amélioration créant des plus-values » qui se démarque par sa complexité et qui pose des problèmes ; en l'occurrence, c'est le bailleur qui en est le premier concerné, en particulier lorsqu'il procède à des travaux et qu'il n'est pas clair si ceux-ci créent des plus-values ou non : les travaux et les remplacements d'installations constituent souvent de l'entretien et créent à la fois en partie une plus-value justifiant la majoration du loyer. Encore faut-il savoir, pour une certaine intervention du bailleur, si elle constitue de l'entretien ou crée une plus-value et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point. Il incombe au bailleur de motiver la plus-value que rapportent les travaux concrètement à l'objet loué dont le loyer est litigieux. Le bailleur doit alléguer et motiver qu'il s'agit d'importantes réparations pour lesquels une plus-value de 50 à 70 % est présumée.
- 1031 De même, les conditions pour introduire des actions peuvent s'avérer compliquées, en particulier pour l'action en *contestation du loyer initial*. Ainsi, le locataire doit déjà identifier l'hypothèse dans laquelle il se trouve : contrainte de conclure le bail par la situation personnelle ou familiale, situation du marché de logements ou de locaux commerciaux, ou augmentation du loyer de plus de

10 % par rapport au loyer précédent. Alors que la contrainte par la situation du marché est considérée comme établie lorsque l'objet loué se trouve dans une région touchée par une pénurie constatée par le gouvernement cantonal, elle suppose, en dehors de cette hypothèse, la preuve par des statistiques ou des recherches infructueuses d'objets à louer. Lorsqu'il se prévaut d'une contrainte par nécessité personnelle ou familiale, il devra alléguer et prouver pour quelle raison il a quitté le logement ou local commercial et pourquoi il a pris à bail l'objet dont il conteste le loyer plutôt qu'un autre.

La maxime inquisitoire sociale est censée réduire les contraintes en matière d'allégation et de contestation de faits en permettant au tribunal de retenir des faits, même non allégués, d'office. Elle s'applique également aux bailleurs, qui peuvent en effet s'avérer, tout comme les locataires, inexpérimentés en matière juridique. En l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, le contenu précis de la maxime inquisitoire sociale est cependant difficile à cerner, également en ce qui concerne les actions relatives à la fixation du loyer. Il existe en effet un certain flou au sujet des exigences quant à l'allégation, la motivation suffisante et la contestation des faits, de sorte que les parties ne peuvent pas se fier à des allègements à ce sujet. 1032

4.2. Sujet de la preuve

Toutes les procédures relatives à la fixation du loyer sont soumises à la maxime inquisitoire sociale. Le contenu précis de la maxime inquisitoire sociale est toutefois difficile à cerner. L'état actuel peut être résumé comme suit. 1033

Pour ce qui est de l'apport des moyens de preuve pour établir le *rendement excessif*, la problématique se confond, lorsque le fardeau de la preuve incombe au locataire, avec celle du devoir du bailleur de collaborer à l'administration de la preuve, étant donné que le locataire ne disposera en principe pas des moyens de preuve nécessaires. La question est en réalité celle de savoir jusqu'à quel degré le locataire doit préciser les moyens de preuve qu'il requiert afin de satisfaire à son incombance de proposer des moyens de preuve. Sur ce point, il est suffisant qu'il requière « les documents relatifs au calcul du rendement » ; ceci ne résulte cependant pas de la maxime inquisitoire sociale, mais des règles applicables en matière de devoir de collaborer à l'administration des preuves. 1034

La jurisprudence considère qu'il n'incombe pas au tribunal d'apporter des moyens de preuve pour établir les *loyers usuels*. Le tribunal doit cependant intervenir auprès de la partie se prévalant des loyers usuels lorsque celle-ci ne présente pas cinq objets comparatifs potentiels ou que les documents fournis sont insuffisants pour procéder à une comparaison et l'inviter à présenter des 1035

éléments de comparaison, en fournissant à leur sujet tous les renseignements nécessaires.

- 1036 Concernant les *améliorations créant des plus-values*, la jurisprudence ne s'est pas prononcée concrètement quant à la question de savoir, à quel moment le tribunal peut intervenir et administrer des preuves d'office.
- 1037 Beaucoup de questions restent ouvertes. Ainsi, il n'est pas clair si le devoir d'intervention du tribunal vaut également à l'égard du locataire représenté par un mandataire professionnellement qualifié ni si le tribunal peut ordonner d'office l'administration de moyens de preuve dont l'existence ressort du dossier. À notre sens, le tribunal devrait en principe être autorisé à ordonner d'office l'administration de tout moyen de preuve pertinent dont il connaît l'existence, même si aucune partie n'en a requis l'administration, et cela même si les parties sont représentées. Il ne serait pas conforme au but de la maxime inquisitoire sociale si le tribunal devait ignorer des moyens de preuve pertinents pour le calcul du rendement net lorsque le locataire invoque le caractère abusif du rendement net, mais ne requiert pas l'administration de moyens de preuve à ce sujet. Pour les caractéristiques des objets comparatifs, point le plus souvent problématique en pratique lorsque le critère des loyers usuels est applicable, le tribunal devrait, à notre sens, pouvoir administrer les moyens nécessaires à leur preuve d'office dès qu'il a connaissance, sur la base du dossier, de l'existence de ces objets, même sans réquisition expresse du locataire.
- 1038 Quoiqu'il en soit, en l'état actuel, la maxime inquisitoire sociale ne constitue pas un allègement fiable pour les parties de leur incombance de présenter des moyens de preuve.

4.3. Fardeau de la preuve

- 1039 Nous avons déjà pu observer le caractère particulièrement complexe de l'objet de la preuve. Il est non seulement difficile, par moment, d'identifier l'objet de la preuve, mais également de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve. Le législateur a en effet créé, en matière de fixation du loyer, un système compliqué de règles et d'exceptions, et parfois d'exceptions aux exceptions. La même règle peut se présenter sous forme de règle génératrice dans une procédure et sous forme de règle dirimante dans une autre.
- 1040 Ainsi, le locataire peut opposer au bailleur la méthode absolue lorsque ce dernier se fonde, pour augmenter le loyer, sur la méthode relative. Il peut également se baser sur la méthode relative pour demander une baisse de loyer, auquel cas le bailleur peut lui opposer la méthode absolue. Dès lors, le fardeau de la preuve

des éléments factuels nécessaires à l'application d'une seule et même méthode de calcul du loyer incombe parfois au locataire, parfois au bailleur²¹³⁴.

Cette solution ne saurait correspondre au but principal des règles de la répartition du fardeau objectif de la preuve, qui est de faire supporter le risque d'un jugement erroné, par suite de la constatation incomplète de l'état de fait pertinent, due à l'absence de preuve le concernant, à celle des parties à qui cela paraît le moins injuste. L'on conçoit mal en quoi il est juste de faire supporter le fardeau de la preuve des mêmes faits au locataire ou au bailleur selon la situation, tout en sachant qu'en réalité, la plupart du temps, le bailleur uniquement dispose des éléments nécessaires au calcul du loyer (p. ex. le prix d'achat, respectivement de construction, de l'objet loué ou le décompte des frais de travaux de rénovation)²¹³⁵. 1041

Peu fondée d'un point de vue dogmatique, la solution se révèle donc également insatisfaisante en pratique, puisque, appliquée de façon stricte, elle entraînerait systématiquement l'échec du locataire dans la preuve des faits lui incombant. Cette problématique est toutefois atténuée par le devoir de collaborer à l'administration de la preuve (art. 160 CPC), en particulier celui de produire les documents requis par la partie adverse (art. 160 al. 1 let. b CPC) en combinaison avec la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC). 1042

En outre, pour faciliter la preuve de la plus-value en cas d'importantes réparations, l'Ordonnance sur les baux à loyer et à fermes prévoit une présomption : selon l'art. 14 al. 1 *in fine* OBLF, lorsque le bailleur procède à d'importantes réparations, les coûts de ceux-ci sont considérés à raison de 50 à 70 % comme investissement créant des plus-values. Cette présomption est censée éviter au bailleur la preuve du « degré de plus-value » de ses investissements en cas d'importantes réparations. La présomption n'est cependant que d'une utilité restreinte, le bailleur devant prouver le caractère important de ses « réparations ». La présomption soulève, de plus, un problème dogmatique, puisqu'elle a été introduite par ordonnance. 1043

4.4. Degrés de preuve

Malgré les problèmes pour prouver certains faits pertinents pour les critères ainsi que les actions relatifs à la fixation du loyer, la preuve doit généralement être apportée de manière stricte ; les situations dans lesquelles une réduction du degré de la preuve est envisageable sont rares. Rappelons que la réduction du degré de la preuve suppose une situation de *Beweisnot*, soit que la preuve stricte 1044

²¹³⁴ Ainsi aussi : BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 139 s.

²¹³⁵ Ainsi aussi : BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 140.

d'un certain fait est systématiquement vouée à l'échec ; exiger une preuve stricte mènerait à l'inapplicabilité de fait du droit de fond. Toutefois, la simple complexité de l'objet de la preuve ne justifie pas la réduction du degré de la preuve. Au demeurant, la réduction du degré de la preuve ne permettrait pas de résoudre les (autres) problèmes de preuve qui se présentent dans le cadre de la fixation du loyer.

- 1045 Ainsi, pour ce qui est du *rendement net*, le problème réside dans le fait que les moyens de preuve nécessaires pour emporter la pleine conviction du tribunal sur ce point se trouvent la plupart du temps entre les mains du bailleur, alors que le locataire supporte le fardeau de la preuve. La réduction du degré de la preuve n'est guère utile pour la partie supportant le fardeau de la preuve, mais ne disposant pas des moyens de preuve nécessaires. En effet, sans moyens de preuve, il n'est pas possible de convaincre un tribunal d'un fait, même au degré de la vraisemblance prépondérante.
- 1046 Pour ce qui est du critère des *loyers usuels*, il n'est pas difficile en soi de prouver le loyer ainsi que l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de cinq autres objets dans le même quartier ou la même localité. Ce sont les exigences posées par la jurisprudence au niveau du caractère comparable des objets comparatifs proposés par la partie qui se prévaut du critère des loyers usuels qui posent problème. La réduction du degré de la preuve ne résoudrait pas ce problème.
- 1047 La même conclusion s'impose pour le critère du *prix d'achat manifestement exagéré*, qui, au fond, combine les deux critères précédents.
- 1048 Pour justifier l'augmentation du loyer par suite d'*améliorations créant des plus-values*, la preuve de la plus-value est difficile à apporter lorsque le bailleur procède à des travaux de grande envergure et qu'il remplace de nombreuses installations. À ce sujet, il existe cependant une présomption selon laquelle, lorsque le bailleur procède à d'importants travaux de réparation, 50 % à 70 % des investissements constituent de la plus-value.
- 1049 La réduction du degré de la preuve pourrait toutefois à notre sens apporter un allègement significatif dans deux hypothèses particulières : *premièrement*, dans certaines situations, lorsque le bailleur a fait exécuter des travaux de rénovation importants par un contrat d'entreprise prévoyant une rémunération forfaitaire de l'entrepreneur. En effet, dans ce cas, même si le bailleur respecte son devoir de collaborer à l'administration des preuves, le locataire peut se trouver dans l'impossibilité de prouver des éléments pertinents pour la clé de répartition de frais entre différents appartements dans un immeuble ou un complexe d'immeubles ainsi que dans l'application du critère du rendement net et les importants travaux de réparation.

La réduction du degré de la preuve devrait *secondement* être admise, à notre sens, lorsque le locataire conteste une augmentation du loyer en alléguant une menace de résiliation par le bailleur. Des menaces de résiliation sont typiquement prononcées par oral et en l'absence de témoins. Dans cette situation, le locataire devra prouver la menace par indices qui, de plus, ne sont pas faciles à trouver. Exiger le degré de la preuve ordinaire risquerait de faire échouer (presque) systématiquement l'application de l'art. 269d al. 2 let. c CO. 1050

4.5. Moyens de preuve

Le choix des moyens de preuve incombe en principe aux parties et dépendra en particulier des moyens disponibles et utiles dans un cas concret. Il est dès lors relativement difficile d'établir des généralités à ce sujet. Il est néanmoins possible d'identifier quelques grandes lignes en ce qui concerne les quatre critères principaux de la fixation du loyer. 1051

Ainsi, pour ce qui est du critère du *rendement net*, la plupart des faits pertinents peuvent être prouvés par titre. Il s'agit essentiellement de pièces comptables du bailleur. Dans certaines situations, l'appréciation correcte de ces éléments nécessite des connaissances spécifiques dont le tribunal ne dispose pas et la preuve doit être apportée par expertise. 1052

En ce qui concerne les *loyers usuels*, on peut également constater que la plupart des faits pertinents peuvent être prouvés par titres : contrats de bail, photographies et plans de l'objet loué et des objets comparatifs, etc. Beaucoup de faits pertinents sont également susceptibles de perception directe par le juge et peuvent donc être prouvés par inspection. La question de savoir si les loyers usuels peuvent être établis par expertise est discutée en doctrine. Le Tribunal fédéral considère qu'il s'agirait de comparer le confort offert au locataire par différents objets loués, ce qui n'exigerait normalement aucune connaissance technique spéciale. 1053

Pour le *prix d'achat manifestement exagéré*, la preuve porte sur certains éléments au moment de l'acquisition de l'objet loué par le bailleur et non au moment de la contestation du loyer, ce qui rend en principe une inspection inutile, étant donné que les juges ne peuvent pas constater directement p. ex. l'état d'un immeuble dans le passé. 1054

La plupart des faits pertinents pour le critère de la hausse des loyers par suite d'*amélioration créant des plus-values* peuvent être prouvés par titre. Toutefois, la preuve que des travaux exécutés constituent de l'entretien ou apportent de la plus-value à la chose louée – et le cas échéant, combien – doit en principe être 1055

apportée par une expertise, qui peut également être administrée d'office par le tribunal.

- 1056 La preuve par titre étant possible pour la plupart des faits pertinents, et celle-ci pouvant être considérée comme fiable et son administration aisée, le type de moyen de preuve susceptible de prouver les faits pertinents ne peut pas être considéré comme obstacle à la réalisation de l'intention du législateur concernant les procédures relatives à la fixation du loyer.

4.6. Devoir de collaborer

- 1057 Le locataire ne dispose généralement pas des informations au sujet du prix d'achat de l'immeuble payé par le bailleur, de la relation entre fonds propres investis par le bailleur et fonds étrangers, etc.
- 1058 Lorsque le locataire se prévaut du critère du *rendement excessif*, il n'a pas besoin de spécifier chaque document dont il requiert la production par le bailleur, mais peut se contenter de requérir la production « des documents relatifs au calcul du rendement net ».
- 1059 Pour ce qui est de l'établissement des *loyers usuels*, le bailleur autant que le locataire peuvent se trouver démunis de moyens de preuve en particulier pour prouver les caractéristiques des objets loués qu'ils considèrent comparables. À ce sujet, une importance particulière revient au devoir de collaborer de tiers, en l'occurrence de locataires ou propriétaires des objets considérés comme comparables. Toutefois, les parties peuvent certes demander la production de titres en lien avec un fait déterminé ou un groupe de faits liés à une période déterminée, mais pas requérir « au bol » des titres auprès de bailleurs ou des inspections d'autres objets loués dans le but de trouver des éléments comparatifs. La partie qui invoque les loyers usuels doit dès lors choisir à l'avance des objets potentiellement comparables ; à ce sujet, elle dépend de l'assistance de tiers (bailleurs ou locataires), pour lui fournir des informations concernant des objets dont ils sont locataires respectivement bailleurs. Même si le devoir de collaborer des tiers est une véritable obligation dont la violation peut être sanctionnée, elle n'est d'aucun secours lorsque la partie ne trouve pas de tiers qui collabore avec elle de plein gré et lui donne les informations nécessaires.
- 1060 Pour le critère de la *hausse des coûts et des prestations supplémentaires*, le devoir de collaborer du bailleur est important lorsque le locataire réclame une baisse du loyer suite à une baisse des charges. Dans cette situation, le locataire peut exiger du bailleur la production de tous les titres relatifs aux frais accessoires. Un devoir de collaborer incombe également au bailleur lorsqu'il souhaite

augmenter le loyer par suite d'importantes réparations et que le locataire s'apprête à renverser la présomption que 50 à 70 % des investissements constituent de la plus-value.

En ce qui concerne la preuve des *conditions de recevabilité* des différentes actions concernant la fixation du loyer, le locataire n'est généralement pas dépendant de moyens de preuve entre les mains du bailleur. 1061

Le devoir de collaborer à l'administration des preuves remplit dès lors une fonction importante dans la réalisation du but de protéger les locataires contre les loyers abusifs et constitue un outil important permettant au locataire de pallier sa position de faiblesse. 1062

4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

Toutes les procédures relatives à la fixation du loyer sont soumises à la procédure simplifiée et la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse. Que ce soit dans une action en contestation du loyer initial, de l'augmentation du loyer, en diminution du loyer ou en constatation de la nullité du loyer initial, les parties sont soumises à moins de contraintes de forme pour introduire les moyens de preuve qu'en application de la procédure ordinaire et de la maxime des débats. La partie demanderesse peut se contenter d'une description de l'objet du litige, soit d'un exposé succinct permettant d'identifier à quelle prétention correspond une conclusion, et n'a pas l'incombance de « découper » l'état de fait en allégués précis et d'indiquer, pour chaque allégué, un moyen de preuve ni d'offrir des moyens de preuve dans sa requête. Les faits peuvent être allégués, motivés et contestés lors de l'audience. 1063

Les parties ne sont pas limitées à deux occasions pour alléguer des faits et offrir des moyens de preuve, mais peuvent compléter leurs allégations et offres de preuve jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC). Vu la complexité de l'objet de la preuve dans les actions relatives à la fixation du loyer, cela offre un « coup de pouce » bienvenu, surtout aux parties qui agissent sans mandataire professionnellement qualifié. 1064

L'idée du législateur était qu'en procédure simplifiée, l'affaire puisse être liquidée en une seule et même audience: allégation, contestation, présentation des moyens de preuve, ordonnance de preuve, administration des preuves et jugement. En pratique, cela suppose toutefois que la situation juridique et l'état de fait soient simples et que l'état de fait litigieux ne nécessite pas l'administration de moyens de preuve autres que des titres et que les parties aient déposé une demande respectivement réponse au moins sommairement motivée et proposé des moyens de preuve avant l'audience. Ces conditions sont rarement réalisées 1065

pour les actions concernant la fixation du loyer, étant donnée la complexité de l'objet de la preuve.

4.8. Appréciation des preuves

- 1066 La question la plus délicate en matière d'appréciation des preuves dans le cadre de la fixation du loyer est celle des conséquences de la violation du devoir de collaborer par le bailleur. Rappelons que le refus injustifié d'une partie de collaborer à l'administration des preuves constitue un indice de l'exactitude des allégués de l'autre ; il peut convaincre le tribunal de la fausseté complète ou partielle des allégations de la partie violant son devoir de collaborer et l'amener à croire, dans le cadre de l'appréciation des preuves, les indications de l'autre partie. Le tribunal doit toutefois procéder à une appréciation globale des autres moyens de preuve disponibles et ne peut se contenter de retenir la version de la partie ayant requis la collaboration. L'on peut cependant observer que les tribunaux sont relativement généreux avec les locataires et considérablement plus stricts avec les bailleurs.
- 1067 Lorsque le critère du *rendement net* est applicable – peu importe l'action considérée – et que le bailleur ne dépose pas les moyens de preuve nécessaires pour le calcul du rendement net à sa disposition, le tribunal doit en particulier tenir compte des données statistiques cantonales ou communales disponibles et ne peut pas simplement conclure de la violation du devoir de collaborer du bailleur à l'exactitude des allégués du locataire.
- 1068 Concernant la preuve des *loyers usuels* en application du critère des loyers usuels, la jurisprudence applique sans restriction les exigences posées par l'art. 11 OBLF : elle n'accepte en principe que la preuve par cinq objets comparables à l'objet loué. Cette manière de voir constitue à notre sens une violation du principe de la libre appréciation des preuves. Il devrait être possible d'apporter la preuve des loyers usuels également par d'autres moyens, en particulier des expertises, ce que la jurisprudence admet au demeurant pour la preuve des loyers usuels dans le cadre de l'application du critère du prix d'achat manifestement exagéré. En pratique, la preuve des loyers usuels échoue généralement, ce qui touche autant les locataires que les bailleurs et rend de fait inapplicable ce critère. La preuve échoue la plupart du temps parce que le tribunal considère un ou plusieurs objets proposés comme pas comparables à l'objet loué, ce qui est en réalité une question d'interprétation de l'art. 11 OBLF et donc de droit. Toutefois, ce problème pourrait être évité en admettant d'autres méthodes pour prouver les loyers usuels.

4.9. Discussion

Un des plus grands problèmes dans les procédures relatives à la fixation du loyer constitue, comme nous venons de le voir, la complexité de la détermination du caractère abusif du loyer, également au niveau de la preuve. L'évaluation du rendement net suppose la preuve des nombreux critères nécessaires à son calcul avec des moyens de preuve qui sont la plupart du temps entre les mains du bailleur ; l'évaluation du loyer usuel suppose la preuve du loyer, de l'emplacement, de la dimension, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction de cinq objets comparables dans la même localité ou dans le même quartier, ce qui échoue régulièrement. 1069

La jurisprudence pourrait atténuer certains problèmes. Elle pourrait ainsi appliquer de manière plus « généreuse » la maxime inquisitoire sociale, en revenant à l'idée initiale de cette maxime, qui est de permettre à la partie considérée comme faible la consécration de ses prétentions en justice en réduisant le formalisme pour l'allégation de faits pertinents et la proposition de moyens de preuve. Cela permettrait en particulier au tribunal d'ordonner d'office l'administration de moyens de preuve qui n'ont pas été formellement requis par les parties, mais dont le tribunal a connaissance, et d'admettre la preuve de faits qui n'ont pas été allégués expressément par les parties. La jurisprudence pourrait également assouplir les exigences pour prouver les loyers usuels et permettre ainsi l'application de ce critère en pratique. Notons qu'il s'agit là de remèdes à des complications de la preuve que la jurisprudence a en partie elle-même introduites et dont le fondement dogmatique est très discutable. 1070

Toutefois, ces interventions ne résoudront pas le problème de la complexité de la détermination du caractère abusif du loyer. Il nous paraît dès lors indiqué de modifier la loi en ce qui concerne la détermination du loyer abusif. Il peut au demeurant être constaté que les interventions de la jurisprudence présentent, au vu de leur caractère souvent casuistique, l'inconvénient d'embrouiller le système et de le rendre encore plus complexe. 1071

De manière générale, il nous paraît indiqué que le législateur se pose la question de l'utilité d'un système censé protéger la partie faible pour des raisons sociales, et de prévoir des règles de procédure qui réduisent le formalisme inhérent à la procédure civile afin de faciliter la consécration des droits, mais dont la complexité est telle que les acteurs concernés ne comprennent pas leurs droits et ne peuvent pas les faire réaliser sans aide d'un conseil juridique. La meilleure protection au niveau procédural est dénuée d'utilité lorsque le droit de fond est hors de portée pour la partie censée être protégée. 1072

- 1073 La détermination du caractère abusif sur la base *de loyers comparatifs, fondés sur des statistiques officielles*, nous paraît une solution possible. Un tel système éviterait la preuve des nombreux faits pertinents pour le calcul du rendement net ou brut ainsi que toutes les problématiques qui y sont liées ; on pense notamment à la disponibilité de moyens de preuve et la répartition du fardeau de la preuve. Fondés sur des statistiques officielles et évalués selon une méthode scientifique, les loyers comparatifs éviteraient également les problématiques liées à la preuve des loyers usuels selon l'art. 269a let. a CO : la partie à qui incombe la preuve des loyers comparatifs n'aurait pas besoin de prouver le loyer, l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction de cinq objets comparables dans la même localité ou dans le même quartier. Rappelons que le Conseil fédéral a proposé une telle solution en 2009,²¹³⁶ mais que le projet a été rejeté par le Conseil national, ce qui nous paraît regrettable.

²¹³⁶ Cf. ci-dessus, N 436.

TITRE III : LA PREUVE ET LES DÉFAUTS

La loi met à disposition des locataires différents moyens de droit si l'objet loué est atteint d'un défaut. Il sera d'abord procédé à une présentation des généralités au sujet du régime des défauts de la chose louée en droit suisse (Chapitre 1), puis à une analyse des questions de preuve dans trois actions à disposition des locataires, soit celle de la remise en l'état (Chapitre 2), celle en réduction du loyer (Chapitre 3) et celle en constatation du droit de consigner le loyer (Chapitre 4). 1074

Chapitre 1 : Généralités

1.1. Notion et catégories de défauts

La loi ne définit pas la notion de « défaut »²¹³⁷. Cependant, selon l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur a l'obligation de remettre au locataire l'objet du bail dans *un état approprié à l'usage* pour lequel il a été loué, et de l'entretenir dans cet état. Il s'agit d'une obligation principale du bailleur²¹³⁸. Constitue un défaut tout ce qui s'écarte de cet état « approprié »²¹³⁹. La présence d'un défaut constitue une violation par le bailleur de ses obligations contractuelles²¹⁴⁰. L'état est approprié lorsque l'objet loué présente les qualités promises²¹⁴¹ par le bailleur ou 1075

²¹³⁷ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 256, N 1.1 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 20 intro. ad art. 258-259i CO ; AUBERT, N 2.

²¹³⁸ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 4 ad art. 256 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 94.

²¹³⁹ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 256, N 1.1 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, N 1 ad art. 256 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 94 ; AUBERT, N 2.

²¹⁴⁰ ZÜST, N 9.

²¹⁴¹ ATF 135 III 345, consid. 3.2 ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 257, N 1.2 ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 27 ad art. 258 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1749 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 94 ; AUBERT, N 2 ; TF, arrêt du 17.08.2001, 4C.168/2001, consid. 4a, MP 2003, p. 56.

celles auxquelles le locataire pouvait raisonnablement s'attendre au vu de l'usage pour lequel l'objet a été loué²¹⁴². La notion d'état approprié à l'usage est relative et dépendra des circonstances du cas particulier, notamment la destination de l'objet loué, son âge, son lieu de situation et du montant du loyer²¹⁴³.

- 1076 Pour déterminer si un objet est défectueux, il convient de comparer l'état réel de l'objet loué avec l'état approprié²¹⁴⁴. Savoir si l'objet loué présente un défaut dépend donc de l'usage convenu entre les parties, ou à défaut de l'usage que chacun ferait habituellement d'une chose du genre de celle de l'objet loué aux circonstances données²¹⁴⁵. L'objet doit être dans un état qui permet objectivement de servir à cet usage²¹⁴⁶.
- 1077 La loi distingue, en fonction de leur intensité, trois catégories de défauts. Il y a les défauts qui excluent ou entravent considérablement l'usage de l'objet loué (art. 258 al. 1 CO). La doctrine²¹⁴⁷ et la jurisprudence²¹⁴⁸ parlent à ce sujet de *défauts graves* (*schwere Mängel*). L'art. 259 CO règle les « défauts qui peuvent être éliminés par les menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose », soit *les menus défauts* (*ou défauts mineurs ; leichte Mängel*) : il s'agit de défauts qui n'affectent que très peu, voire pas du tout, l'usage convenu²¹⁴⁹. Tel est le cas lorsque le défaut peut être réparé sans dépenses excessives (la doctrine mentionne souvent un montant de l'ordre de CHF 150.- comme limite ; au-delà, la dépense doit être considérée comme excessive²¹⁵⁰) ou par le locataire lui-même²¹⁵¹. La loi connaît de plus des défauts qui « restreignent l'usage pour lequel elle a été louée, sans l'exclure ni l'entraver

²¹⁴² ATF 135 III 345, consid. 3.2 ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 258, N 1.4 ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 27 ad art. 258 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 94.

²¹⁴³ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 262, N 1.7 ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 28 ad art. 258 CO ; AUBERT, N 2.

²¹⁴⁴ ATF 135 III 345, consid. 3.2 ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 257, N 1.1 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 94 ; AUBERT, N 2.

²¹⁴⁵ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 23 ad art. 256 CO ; SVIT K.-TSCHUDI, N 20 ad art. 256 CO ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, N 31 ad art. 256 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 95.

²¹⁴⁶ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, N 35 ad art. 256 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 95.

²¹⁴⁷ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 272, N 4.13 ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 43 ad art. 258 CO ; CPra Bail-AUBERT, N 40 ad art. 258 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1733 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97 ; AUBERT, N 27 ; ZÜST, N 29.

²¹⁴⁸ TF, arrêt du 25.04.2017, 4A_581/2016, consid. 3.1 ; TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_576/2015, consid. 4.3.2.

²¹⁴⁹ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 274, N 4.15 ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 39 ad art. 258 CO ; CPra Bail-AUBERT, N 42 ad art. 258 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, § 1733 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97 ; AUBERT, N 29.

²¹⁵⁰ BSK OR I-WEBER, N 2 ad art. 259 CO ; CPra Bail-AUBERT, N 16a ad art. 259 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97 ; CR CO I-LACHAT, N 3 ad art. 259 CO.

²¹⁵¹ SVIT K.-TSCHUDI, N 15 ad art. 259 CO ; CPra Bail-AUBERT, N 8 ad art. 259 CO.

considérablement » (art. 258 al. 3 let. b CO). Il s'agit d'une catégorie « tampon » que la doctrine²¹⁵² et la jurisprudence²¹⁵³ appellent « défauts de moyenne importance » (*mittlere Mängel*). Le seuil du défaut de moyenne importance est atteint s'il engendre une diminution de la qualité de l'objet louée, quantifiable en argent²¹⁵⁴.

La loi prévoit une réglementation différenciée en fonction du moment de la survenance du défaut : le défaut est *initial* lorsqu'il existe au moment de la délivrance de l'objet loué²¹⁵⁵. Il est *subséquent* lorsqu'il intervient « en cours de bail », autrement dit qu'il prend naissance ultérieurement à la délivrance de la chose²¹⁵⁶. 1078

Il est également possible de distinguer entre différentes formes de défauts en fonction de leur type. Un défaut peut être *matériel* ou *immatériel*. Parmi les défauts immatériels, on peut identifier en particulier les défauts économiques et les défauts juridiques²¹⁵⁷. Comme exemple de défaut économique peut être citée la violation, par le bailleur, d'une clause d'exclusivité prévue dans un contrat de bail à loyer de locaux commerciaux dans un centre commercial²¹⁵⁸. Lorsque le défaut est juridique, la situation juridique empêche ou restreint l'utilisation de la chose louée conformément à son but²¹⁵⁹. Il en va ainsi lorsque l'utilisation pour laquelle le local a été loué n'est pas conforme à des prescriptions administratives²¹⁶⁰ ou qu'un tiers fait valoir un droit incompatible avec celui du locataire (art. 259f CO). Tous les types de défauts sont en principe soumis au même régime juridique, à l'exception du cas où un tiers fait valoir un droit incompatible avec celui du locataire²¹⁶¹. Dans ce cas, le bailleur est tenu de se charger du procès (art. 259f CO). 1079

²¹⁵² ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 40 ad art. 258 CO ; CPra Bail-AUBERT, N 41 ad art. 258 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97.

²¹⁵³ TF, arrêt du 25.04.2017, 4A_581/2016, consid. 3.1 ; TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_576/2015, consid. 4.3.2.

²¹⁵⁴ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 274, N 4.14 ; TF, arrêt du 17.03.2005, 4C.378/2004, consid. 2.1, CdB 2005, p. 87 ss.

²¹⁵⁵ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 271, N 4.8 ; AUBERT, N 14.

²¹⁵⁶ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 271, N 4.8 ; AUBERT, N 14.

²¹⁵⁷ AUBERT, N 15.

²¹⁵⁸ AUBERT, N 15 et les réf. à la note 32.

²¹⁵⁹ SVIT K.-TSCHUDI, N 52 intro. ad art. 258-259i CO.

²¹⁶⁰ AUBERT, N 15.

²¹⁶¹ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 268, N 4.1.

1.2. Droits du locataire en cas de défaut

- 1080 La présence d'un défaut à la chose louée donne naissance à plusieurs droits du locataire, prévus par les art. 258 et 259 ss CO. Ils varient en fonction du type, de l'intensité et du moment de la survenance du défaut. Ainsi, si l'objet loué présente *un défaut grave* (matériel ou immatériel) *au moment de la remise de l'objet loué*, le locataire peut agir selon les règles générales en cas d'inexécution d'un contrat bilatéral, prévue aux art. 107-109 CO (art. 258 al. 1 CO), ou agir selon les dispositions spéciales relatives au droit du bail (art. 258 al. 2 CO). Si le locataire veut agir selon les dispositions générales, il doit *refuser* la chose louée. À partir du moment où il accepte la chose louée, malgré les défauts graves, le locataire ne peut agir que selon les dispositions spéciales du droit du bail²¹⁶².

Selon les art. 107-109 CO, le locataire dispose de trois options : il peut maintenir le contrat et demander l'exécution parfaite du contrat ; il peut maintenir le contrat et demander des dommages-intérêts positifs (donc, demander à être remis dans la situation financière qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté correctement), ou se départir du contrat et demander des dommages-intérêts négatifs (donc, demander à être remis dans la situation financière qui serait la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat)²¹⁶³. Ces options générales ne feront pas l'objet d'un approfondissement dans la présente thèse.

- 1081 Si le locataire accepte la chose malgré des défauts graves, le locataire dispose du droit à la remise en état de la chose (art. 259a al. 1 let. a et 259b CO), à la réduction du loyer (art. 259 al. 1 let. b et 259d CO), aux dommages-intérêts (art. 259a al. 1 let. c et 259e CO) en cas de défaut autre que celui prévu à l'art. 259f CO. Si un tiers fait valoir des droits incompatibles avec ceux du locataire (défaut juridique), le locataire dispose du droit à ce que le bailleur prenne en charge le procès (art. 259a al. 1 let. d et 259f CO). S'il réclame la remise en l'état, le locataire peut en outre procéder, à certaines conditions, à la consignation des loyers à échoir tant et aussi longtemps que le bailleur n'a pas éliminé le défaut (art. 259g CO). Il s'agit d'un moyen de pression mis à disposition du locataire afin d'obtenir l'exécution de son droit à la réparation du défaut²¹⁶⁴, et cela sans tomber en demeure²¹⁶⁵.

²¹⁶² ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 59 ad art. 258 CO ; SVIT K.-TSCHUDI, N 33 ad art. 258 CO ; FF 1985 p. 1413 s.

²¹⁶³ CR CO I-THÉVENOZ, N 1 ad art. 107 CO ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 68 ss ad art. 258 CO.

²¹⁶⁴ ATF 124 III 201, consid. 2d, DB 1999 N 10 ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 335, N 7.1.3 ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 9 ad art. 259g CO ; CPra Bail-AUBERT, N 1 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 107.

²¹⁶⁵ CPra Bail-AUBERT, N 3 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 107 ; arrêt de la Cour d'Appel du Canton de Berne du 13.07.1993, RJB 1994, p. 92.

En cas de défaut (juridique ou non juridique) *moyen ou léger*, le locataire n'a pas le droit de se départir du contrat ; il dispose néanmoins des autres options précitées. De plus, en cas de défaut de moyenne importance, le locataire peut procéder lui-même à l'élimination du défaut aux frais du bailleur si ce dernier a connaissance d'un défaut et qu'il n'y a pas remédié dans un délai convenable (art. 259b let. b CO). 1082

Les mêmes droits prennent naissance lors de la survenance, *en cours de bail*, d'un défaut *moyen ou grave* (art. 259a ss CO). En revanche, en cours de bail, le locataire doit procéder lui-même à l'élimination des défauts légers (art. 259 CO). 1083

1.3. Actions spécifiques à la disposition du locataire

Afin de faire valoir ses droits prévus par les dispositions spéciales de droit du bail (art. 258 al. 2 et 259 ss CO), le locataire dispose de l'action en remise en l'état, de l'action en réduction du loyer ainsi que de l'action en dommage-intérêts ; les actions en remise en l'état et en dommage-intérêts sont condamnatoires (art. 84 CPC), celle en réduction du loyer formatrice (art. 87 CPC)²¹⁶⁶. Si le locataire procède à la consignation, il doit ouvrir, dans les 30 jours, une action en remise en l'état (art. 259g al. 1 CO). Dans ce cadre, il doit demander au tribunal la constatation de son droit de consigner²¹⁶⁷. Il s'agit d'une action en constat (art. 88 CPC)²¹⁶⁸. Si le locataire procède à la consignation, le bailleur dispose à son tour du droit de faire constater l'inexistence du droit de consigner et de demander la déconsignation (art. 259h al. 2 CO). Il s'agit là également d'une action en constat, mais négative²¹⁶⁹. 1084

Quant à la prétention du locataire en prise en charge du procès contre un tiers, celle-ci se réalisera par la voie de la dénonciation d'instance²¹⁷⁰, par laquelle le locataire peut forcer le bailleur à prendre parti au procès intenté contre le locataire par le tiers (art. 78-80 CPC). 1085

²¹⁶⁶ CPra Bail-BOHNET, § 70 N 9-11 ; *contra* : ZÜST, N 295, qui considère que le droit du locataire à la réduction du loyer constitue un droit formateur et que le tribunal ne pourrait que *constater* si le droit existe ou non, resp. s'il a été exercé par le locataire ou non ; dans ce sens aussi : ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 6 ad art. 259d CO ; la qualification de cette action est toujours contestée et le Tribunal fédéral n'a pas encore résolu la question : ATF 142 III 557, consid. 8.2 et 8.3.

²¹⁶⁷ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 342, N 7.5.2 ; CPra Bail-BOHNET, § 70 N 7.

²¹⁶⁸ CPra Bail-BOHNET, § 70 N 12.

²¹⁶⁹ SVIT K.-TSCHUDI, N 11 ad art. 259h CO ; CPra Bail-AUBERT, N 15 et 18 ad art. 259h-259i CO.

²¹⁷⁰ CPra Bail-BOHNET, § 70 N 6.

- 1086 Dans les lignes qui suivent seront abordées les questions de preuve qui se posent dans l'action en remise en état (Chapitre 2) ainsi qu'en réduction du loyer (Chapitre 3). Il sera également question de l'action en constatation du droit de consigner et de sa contrepartie pour le bailleur, à savoir l'action en constatation de l'inexistence du droit de consigner (Chapitre 4). L'action en dommages-intérêts, qui constitue en réalité un cas d'application de responsabilité contractuelle au sens de l'art. 97 CO et pose dès lors essentiellement des questions de responsabilité civile plutôt que de droit du bail, ne sera pas abordée. Sera également laissée de côté la prise en charge du procès par le bailleur. Son application est peu fréquente en pratique²¹⁷¹ et pose essentiellement des questions de procédure civile pure.

²¹⁷¹ SVIT K.-TSCHUDI, N 3 ad art. 259f CO ; CPra Bail-AUBERT, N 3 ad art. 259f CO.

Chapitre 2 : L'action en remise en état

2.1. Objet de la preuve

2.1.1. Faits pertinents

Il convient en premier lieu de s'interroger sur les faits pertinents qui permettent de conclure à l'existence d'un défaut (2.1.1.1). Les droits du locataire dépendent de l'intensité du défaut, raison pour laquelle les faits permettant de qualifier l'intensité du défaut sont pertinents (2.1.1.2). Pour que le droit du locataire à la remise en l'état prenne naissance, le bailleur doit être informé de l'existence du défaut (2.1.1.3). En outre, il convient de se poser la question de la pertinence de la faute du bailleur respectivement du locataire (2.1.1.4). 1087

2.1.1.1. Existence d'un défaut

Savoir si un certain état est défectueux ou non est une question de droit²¹⁷². Le défaut – nous l'avons vu²¹⁷³ – suppose que l'état de la chose louée s'écarte de celui promis ou auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre pour l'usage convenu ou habituel. 1088

Dès lors, est pertinent premièrement et dans tous les cas *l'état réel* de la chose que le locataire considère ne pas correspondre à l'état convenu ou auquel il peut raisonnablement s'attendre (p. ex. dans un logement, l'infiltration d'eau²¹⁷⁴, la présence de parasites²¹⁷⁵ ; pour un local commercial : la présence d'un concurrent dans le même immeuble, si le bailleur s'est engagé à ne pas louer à un concurrent du locataire²¹⁷⁶). 1089

²¹⁷² ATF 135 III 345, consid. 3.2 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97.

²¹⁷³ Cf. ci-dessus, N 1075.

²¹⁷⁴ Voir p. ex. TF, arrêt du 23.02.2016, 4D_54/2015.

²¹⁷⁵ Pour d'autres exemples, voir : LACHAT/RUBLI (Bail), p. 266 ss, N 3.

²¹⁷⁶ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 267, N 3.

- 1090 Est également pertinent, deuxièmement, l'état, respectivement l'usage convenu, qui découle en premier lieu de l'accord entre les parties²¹⁷⁷. Ces éléments sont à constater par l'interprétation des volontés des parties selon la méthode de l'art. 18 CO. Le fait pertinent à ce sujet constitue *la commune et réelle intention des parties au sujet de l'état, respectivement l'usage*, de l'objet loué²¹⁷⁸. Si la preuve de la commune et réelle intention des parties échoue, le tribunal examinera, sous l'angle de la bonne foi, comment chaque partie pouvait et devait raisonnablement interpréter les déclarations de l'autre (théorie de la confiance)²¹⁷⁹. L'application de la théorie de la confiance est une question de droit ; cependant, pour trancher cette question, le tribunal doit se fonder sur *le contenu de la manifestation de volonté* et sur *les circonstances*, dont la constatation constitue une question de fait²¹⁸⁰.
- 1091 Si aucun accord entre les parties au sujet de l'usage de l'objet loué ne peut être identifié, le locataire peut se fonder, afin de définir les qualités de l'objet loué auxquelles il peut raisonnablement s'attendre, sur *l'usage habituel* ; il convient de savoir si l'usage allégué correspond à celui que chacun ferait habituellement d'une chose du genre de celle de l'objet loué aux circonstances données²¹⁸¹. Savoir quel est l'usage que ferait habituellement le commun des mortels d'un objet loué du même type est *a priori* une question de fait. Ce point nécessite donc en principe une preuve. Notons à ce sujet que l'usage au sens de l'art. 256 CO (soit la manière dont le locataire utilisera le local loué) ne doit pas être confondu avec l'usage au sens de l'art. 150 CPC (soit un comportement généralement suivi dans une situation donnée²¹⁸²). Sans l'être nécessairement, l'usage habituel (au sens de l'art. 256 CO) peut cependant constituer un usage ou usage local (au sens de l'art. 150 CPC)²¹⁸³.
- 1092 À la lecture de l'art. 258 CO, on pourrait croire que l'on est uniquement en présence d'un défaut lorsque l'état réel prive le locataire de l'usage convenu ou auquel il pouvait raisonnablement s'attendre ou restreint cet usage ; constitueraient dès lors des faits pertinents la privation ou la restriction de l'usage ainsi que le lien de causalité entre l'état réel et la privation ou la restriction de l'usage. Une partie de la doctrine adopte d'ailleurs cette manière de lire

²¹⁷⁷ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 28 ad art. 258 CO ; TF, arrêt du 18.06.2014, 4A_159/2014, consid. 4.1.

²¹⁷⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97 ; TF, arrêt du 18.06.2014, 4A_159/2014, consid. 4.4.

²¹⁷⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97 ; TF, arrêt du 18.06.2014, 4A_159/2014, consid. 4.4.

²¹⁸⁰ ATF 135 III 410, consid. 3.2.

²¹⁸¹ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, art. 256 N 23 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, N 31 ad art. 256 CO.

²¹⁸² Cf. ci-dessus, N 116.

²¹⁸³ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 23 et 25 ad art. 256 CO.

l'art. 258 CO²¹⁸⁴. À l'instar de HIGI/WILDISEN²¹⁸⁵, nous sommes toutefois de l'avis que la restriction de l'usage convenu n'est pas une condition de l'existence d'un défaut. En effet, cette interprétation de l'art. 258 CO libèrerait de tout risque de sanction le bailleur qui promet certaines *qualités* de l'objet loué, que l'objet loué ne présente en réalité pas (p. ex. le caractère fraîchement rénové d'un local d'habitation : il est en effet également possible d'habiter dans un local pas rénové).

2.1.1.2. Qualification du défaut

Quoi qu'il en soit, la restriction de l'usage est dans tous les cas pertinente pour la qualification du défaut. Afin de procéder à la qualification d'un défaut, il convient de savoir si ce dernier exclut ou entrave considérablement l'usage de l'objet loué (défaut grave : art. 258 al. 1 CO), ou peut être éliminé par les menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose (menu défaut : art. 259 CO) ou s'il restreint l'usage pour lequel la chose a été louée, sans l'exclure ni l'entraver considérablement (art. 258 al. 3 let. a CO). Il s'agit là *a priori* d'éléments de fait qui doivent être allégués et prouvés. Ainsi, le locataire qui invoque un défaut grave et prouve la présence de poussière dans l'appartement loué doit prouver en plus que celle-ci met effectivement sa santé en danger, ce qui restreint gravement l'utilisation de l'appartement²¹⁸⁶. 1093

Que le défaut restreigne gravement l'utilisation du local loué, voire l'empêche, peut résulter d'une règle d'expérience, soit d'une règle formée par la somme de résultats observés de façon répétée au cours d'événements typiques²¹⁸⁷. En réalité, la règle d'expérience sera souvent généralement reconnue, correspondant à l'expérience générale de la vie, et dès lors exempte de preuve²¹⁸⁸. 1094

Rappelons que la distinction entre défaut grave et défaut de moyenne intensité n'est pertinente que si le locataire résilie le contrat avec effet immédiat (art. 258 al. 1 et 259 let. a CO). En revanche, la distinction entre menu défaut et défaut de moyenne intensité est pertinente à chaque fois que le locataire fait valoir un droit découlant des défauts en cours de bail (art. 258 al. 3 let. b et 259 CO).

²¹⁸⁴ BÄTTIG (Herabsetzung), p. 39 s.

²¹⁸⁵ ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 27 ad art. 258 CO.

²¹⁸⁶ Voir p. ex. OGer ZH, arrêt du 22.10.2015, NG150005, consid. 2 et 3.3, mp 2016 137 ; en l'occurrence, la présence de poussière n'était pas contestée, mais le fait que celle-ci est dangereuse pour la santé.

²¹⁸⁷ Cf. ci-dessus, N 111 ss.

²¹⁸⁸ Cf. ci-dessous, N 1112 ss.

2.1.1.3. Connaissance du défaut par le bailleur et délai raisonnable

- 1095 En outre, pour que le bailleur soit obligé de remettre en l'état l'objet loué, il doit avoir *connaissance* de l'existence du défaut. La naissance de la prétention du locataire en remise en l'état n'est pas soumise à la condition de la notification du défaut d'une quelconque manière, il suffit que le bailleur soit « au courant » de l'existence du défaut. Cela étant, pour des questions de preuve, le locataire a tout intérêt à notifier au bailleur par écrit (idéalement sous pli recommandé) la survenance d'un défaut²¹⁸⁹.
- 1096 Le locataire doit laisser au bailleur un *délai raisonnable* afin de procéder à la remise en l'état. Il n'a toutefois aucune incombance à lui fixer expressément un délai : dès que le bailleur a connaissance du défaut, il doit y remédier de sa propre initiative dans un délai raisonnable²¹⁹⁰. Si le locataire fixe un délai et que le bailleur le considère comme insuffisant, il doit protester et s'exécuter dans un délai qu'il estime raisonnable. Il ne peut pas refuser de procéder à la remise en l'état parce que le délai serait trop bref²¹⁹¹. Dès lors, le délai et son caractère raisonnable ne sont pas une condition à l'existence du droit du locataire à la remise en l'état. Le non-respect du délai peut au maximum servir au bailleur de moyen dilatoire.

La durée du délai convenable dépend des circonstances du cas d'espèce. Il convient de tenir compte de l'importance des travaux à exécuter, du degré d'urgence, du temps nécessaire pour obtenir d'éventuelles autorisations administratives ou des plans d'architecte, voire des devis comparatifs²¹⁹². Plus l'intérêt objectif du locataire à l'élimination du défaut est important et moins l'élimination du défaut est objectivement facile, plus le délai raisonnable sera court²¹⁹³. Le respect de la condition du délai raisonnable suppose dès lors la connaissance des faits suivants : le délai laissé par le locataire au bailleur, l'urgence de la remise en l'état et les travaux nécessaires à l'élimination du défaut.

²¹⁸⁹ CPra Bail-AUBERT, N 4 ad art. 259b CO.

²¹⁹⁰ CPra Bail-AUBERT, N 6 ad art. 259b CO ; TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_476/2015, consid. 4.4.2.

²¹⁹¹ ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 30 ad art. 259b CO ; CPra Bail-AUBERT, N 9 ad art. 259b CO.

²¹⁹² LACHAT/RUBLI (Bail), p. 308, N 2.6 ; CPra Bail-AUBERT, N 7 ad art. 259b CO.

²¹⁹³ ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 24 ad art. 259b CO ; CPra Bail-AUBERT, N 7 ad art. 259b CO.

2.1.1.4. Faute

La responsabilité du bailleur pour le défaut est de nature causale²¹⁹⁴. Il est obligé de réparer un défaut à l'objet loué même si aucune faute ne lui incombe. Autrement dit : les éléments de fait dont découlerait une faute du bailleur ne sont en principe pas pertinents. 1097

Si en revanche le défaut a été causé par le locataire (ou une personne des actes duquel le locataire répond, p. ex. en vertu des art. 333 CC et 101 CO, ou encore par un de ses animaux domestiques, en vertu de l'art. 56 CO), il en est en principe lui-même responsable (art. 259a al. 1 CO). Cela dit, dans cette situation, le locataire n'a pas le droit de réparer lui-même le défaut sans le consentement du bailleur ; il dispose cependant du droit à ce que le bailleur l'autorise à réparer le défaut ou à ce qu'il procède lui-même à l'élimination du défaut. Autrement dit, le locataire dispose néanmoins d'un droit à l'élimination du défaut, mais à *ses propres frais*²¹⁹⁵. Sont dès lors pertinents pour savoir si le droit à la remise en état existe le fait de savoir si le défaut a été causé par le locataire et, dans l'affirmative, si le bailleur a refusé la remise en l'état par le locataire. 1098

2.1.2. Usages et usages locaux

L'art. 256 CO utilise le terme « usage » pour décrire la manière dont le locataire utilisera le local loué. Cette notion n'est pas synonyme d'« usage ou usage local » au sens de l'art. 150 al. 2 CPC. Toutefois, l'usage habituel de l'objet loué – pertinent pour déterminer l'état auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre à défaut d'accord des parties sur l'usage à faire de l'objet loué – peut constituer un usage ou un usage local au sens de l'art. 150 al. 2 CPC, si p. ex. les acteurs sur le marché d'une certaine branche économique ou dans un certain rayon géographique utilisent les locaux du type de celui dont l'état fait l'objet du litige d'une certaine manière²¹⁹⁶. 1099

Par conséquent, « usage » au sens de l'art. 256 al. 1 CO ne signifiant pas automatiquement « usage ou usage local » au sens de l'art. 150 CPC, l'art. 256 CO ne saurait à notre sens être interprété comme un renvoi à un usage²¹⁹⁷, ce qui signifie que s'il existe un usage ou usage local au sujet de la manière d'utiliser l'objet loué, cet usage constitue néanmoins un objet de la preuve²¹⁹⁸. 1100

²¹⁹⁴ CPra Bail-AUBERT, N 29 ss ad art. 258 CO ; SVIT K.-TSCHUDI, N 79 intro. ad art. 258-259i CO ; ZÜST, N 62.

²¹⁹⁵ BSK OR I-WEBER, N 3a ad art. 259 CO.

²¹⁹⁶ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 23 et 25 ad art. 256 CO.

²¹⁹⁷ *Contra* : ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 15 et 26 ad art. 256 CO.

²¹⁹⁸ Cf. ci-dessus, N 123.

2.1.3. Allégation et contestation

- 1101 Contrairement aux actions concernant le loyer, celles concernant les défauts ne sont pas nommées à l'art. 243 al. 2 let. c CPC. Elles ne sont donc pas soumises automatiquement à la procédure simplifiée et à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC *a contrario*). Le type de procédure ainsi que la maxime applicables dépendent de la valeur litigieuse : si celle-ci ne dépasse pas CHF 30 000.-, la maxime inquisitoire sociale est applicable (art. 247 al. 2 let. b ch. 1 CPC) ; si elle dépasse ce montant, elle tombe dans le champ d'application de la maxime des débats.
- 1102 La donne est cependant différente lorsque le locataire agit en même temps – ce qui est très fréquent en pratique – en validation de la consignation. Cette action est soumise à la procédure simplifiée et à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c et 247 al. 2 let. a CPC). Lorsque le locataire la combine avec une autre action en lien avec les défauts, celle-ci sera également soumise à la maxime inquisitoire sociale²¹⁹⁹.
- 1103 A défaut, la question à laquelle il convient de répondre en premier lieu est dès lors celle de la manière de calculer la valeur litigieuse pour l'action en remise en l'état. Celle-ci correspond *aux coûts des travaux à exécuter pour la remise en l'état*²²⁰⁰.
- 1104 Lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable, les parties ne supportent pas formellement le fardeau de l'allégation, mais un devoir de collaborer dont les contours sont proches. Le tribunal peut cependant retenir des faits qui n'ont pas formellement été allégués, mais dont l'existence résulte du dossier²²⁰¹. Les parties peuvent en outre alléguer des faits nouveaux sans restriction jusqu'à la fin des débats (art. 229 al. 3 CPC).
- 1105 Le locataire devrait en tout état de cause alléguer l'état réel qu'il considère comme défectueux de la manière la plus précise que possible. Ainsi, il n'y a aucune violation de la maxime inquisitoire sociale lorsque le tribunal ne retient pas des nuisances dont les locataires n'ont allégué ni l'existence, ni la durée, ni l'intensité, même s'il s'agit de nuisances causées par des travaux qui, eux, ont été allégués²²⁰². Même en application de la maxime inquisitoire sociale, les défauts ne sont pas allégués de manière suffisante si le locataire présente simplement une liste de défauts et renvoie pour le surplus à l'échange de correspondances avec le bailleur à ce sujet²²⁰³. Selon une jurisprudence genevoise, il serait

²¹⁹⁹ ATF 146 III 63, consid. 4.4.5 ; TC VD, arrêt du 14.06.2017, JdT 2017 III 211, consid. 2.4.2.

²²⁰⁰ CPra Actions II-BOHNET, § 15 N 16 ; TF, arrêt du 17.03.2005, 4C.387/2004, consid. 1.1.

²²⁰¹ Cf. ci-dessus, N 152.

²²⁰² TF, arrêt du 21.01.2010, 4A_565/2009, consid. 3.4.3.

²²⁰³ TF, arrêt du 01.05.2006, 4C.11/2006, consid. 2.4.

toutefois suffisant que le locataire, même représenté, liste les défauts « sans donner la moindre explication » et requière une inspection, sans apporter d'autres preuves quant à l'existence des défauts ; dans ces conditions, le tribunal ne pourrait refuser l'administration de l'inspection requise²²⁰⁴. Au vu de la position actuelle du Tribunal fédéral, il est cependant douteux que cette jurisprudence soit encore d'actualité. En outre, des adjectifs respectivement adverbes tels que « chaud », « froid », « constamment », « insuffisant » ou « insupportable » ne permettent en principe pas de considérer qu'un défaut a été allégué précisément²²⁰⁵. Ainsi, en matière de température dans un local d'habitation, alléguer que « la température dans l'appartement est insuffisante » ne remplit pas les exigences du fardeau de l'allégation²²⁰⁶. Il convient d'indiquer des valeurs de température (considérés comme pas assez ou trop élevés) à plusieurs moments de la journée²²⁰⁷ (et non seulement la nuit et le week-end)²²⁰⁸. De même, alléguer que le voisin « cause des immissions de fumée depuis son balcon » ou qu'il « joue constamment d'un instrument de musique » ne suffit pas²²⁰⁹.

À notre sens, même en application de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral au sujet de la maxime inquisitoire sociale, qui se rapporte toutefois à l'allégation des faits pertinents pour le critère du loyer usuel, le tribunal devrait intervenir dans ce genre de situations et au moins inviter le locataire, par des questions adéquates, à préciser ses allégués²²¹⁰. Alors que la jurisprudence cantonale antérieure permettait une intervention même à l'égard d'une partie représentée par un mandataire professionnellement qualifié²²¹¹, le Tribunal fédéral semble considérer que le tribunal ne serait pas autorisé à intervenir dans ce cas et devait appliquer les mêmes exigences qu'en application de la maxime des débats²²¹².

1106

Si le locataire allègue que l'état réel ne correspond pas à la commune et réelle intention des parties et qu'un point subjectivement essentiel pour lui n'a pas été respecté, il doit alléguer que le bailleur était informé du caractère subjectivement essentiel de ce point ; ainsi, lorsqu'un locataire invoque qu'il est électro-sensible et que dès lors, la présence d'un champ électromagnétique constituerait

1107

²²⁰⁴ CJ GE, arrêt du 23.04.2013, ACJC/497/2013, consid. 6.

²²⁰⁵ BÄTTIG (Herabsetzung), p. 42 ; OGer ZH, arrêt du 02.11.2015, NG150006, consid. 5.4.

²²⁰⁶ REETZ/HAEFELI, p. 163.

²²⁰⁷ REETZ/HAEFELI, p. 163 ; OGer ZH, arrêt du 02.11.2015, NG150006, consid. 5.4.

²²⁰⁸ REETZ/HAEFELI, p. 163.

²²⁰⁹ REETZ/HAEFELI, p. 163.

²²¹⁰ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

²²¹¹ TC FR, arrêt du 06.01.2016, 102 2015 211, consid. 3c ; CJ GE, arrêt du 23.04.2013, ACJC/497/2013, consid. 6.

²²¹² ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

un défaut, il doit alléguer également que le bailleur avait eu connaissance de son électrosensibilité au moment de la conclusion du bail ; la maxime inquisitoire sociale n'oblige pas le tribunal à fouiller de sa propre initiative le dossier pour vérifier si le bailleur a eu connaissance de l'électrosensibilité du locataire²²¹³.

Lorsque la maxime des débats est applicable, le devoir d'allégation et de motivation suffisante implique que les faits soient allégués de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse motiver sa contestation ou faire administrer la preuve contraire²²¹⁴. En pratique, ce devoir va très loin, en particulier pour l'allégation du défaut. À titre d'illustration peut être cité un arrêt du Tribunal supérieur du Canton de Zurich du 2 novembre 2015. Les locataires avaient agi en remise en l'état et en réduction du loyer puisque, selon eux, la température dans leur appartement était trop élevée suite au caractère défectueux des stores. En somme, les locataires ont allégué que la température dans la chambre à coucher aurait « dépassé les 27°C durant l'été » et atteignait par moment même « les 39°C à 40°C à proximité des fenêtres ». Selon la Cour, ces allégués étaient insuffisants au regard du devoir d'allégation et de motivation suffisante : les locataires auraient dû alléguer « dans les grandes lignes » les oscillations de la température dans l'appartement sur toute la journée, en particulier préciser quelle est la température minimale à quel moment de la journée. De même, la délimitation temporelle de l'apparition du défaut n'a pas été alléguée de manière suffisante par l'indication « durant l'été », puisque cet allégué ne permettrait pas de délimiter à quels moments le défaut était présent, à quelle fréquence et pendant quelle durée il se manifestait. Au demeurant, le fait que la température dans un appartement dépasse un certain seuil n'est pas en soi constitutif d'un défaut ; il convient encore de la mettre en lien avec la température extérieure²²¹⁵.

Cet exemple démontre à notre sens qu'il est regrettable que le législateur ait renoncé à soumettre les litiges concernant les défauts à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse. L'allégation des faits nécessaires pour retenir un défaut peut s'avérer très complexe et dépasser les capacités d'une partie qui n'est pas représentée par un mandataire professionnel. En l'occurrence, la maxime inquisitoire sociale aurait permis au tribunal, même en l'application de la jurisprudence stricte du Tribunal fédéral, d'inviter les locataires à préciser leurs allégués afin de pouvoir administrer des moyens de preuve au sujet de la chaleur dans l'appartement, plutôt que de constater que ceux-ci n'ont pas allégué de manière suffisante le défaut.

- 1108 À l'inverse, le bailleur est soumis au fardeau de la contestation : s'il ne s'oppose pas à un allégué du locataire, l'allégué en question est en principe considéré comme admis. Cela étant, le bailleur ne saurait se contenter de dire qu'il « conteste ». Il lui incombe d'expliquer ses contestations de manière suffisamment précise pour permettre au locataire de déterminer, lesquels de ses allégués exactement sont contestés²²¹⁶.

²²¹³ TF, arrêt du 16.07.2019, 4A_477/2018, consid. 3.4.1 et 3.4.2.

²²¹⁴ Cf. ci-dessus, N 91.

²²¹⁵ OGer ZH, arrêt du 02.11.2015, NG150006, consid. 5.3 et 5.4.

²²¹⁶ Cf. ci-dessus, N 96 ss.

Ainsi, lorsque le locataire allègue que le bruit d'un chantier avoisinant est « constant et insupportable » et constitue dès lors un défaut, le bailleur est bien inspiré de ne pas répondre simplement en contestant le caractère constant ou insupportable du bruit, mais de constater que le locataire n'a pas expliqué en quoi le bruit du chantier était différent du bruit habituel ou moyen causé par un chantier du même type²²¹⁷.

L'influence de la maxime inquisitoire sociale sur l'étendue du fardeau de la contestation est sujette à débats : la doctrine majoritaire²²¹⁸ estime qu'un fait non contesté ne saurait lier le tribunal. La jurisprudence applique toutefois largement les exigences découlant de la maxime des débats²²¹⁹.

Rappelons encore que – indépendamment de la maxime applicable – le tribunal n'est pas lié par des allégués non contestés lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de sa véracité (art. 153 al. 2 CPC).

2.1.4. Faits ne nécessitant pas de preuve

2.1.4.1. Faits notoires

L'usage habituel constitue pour beaucoup de catégories d'objets loués un fait notoire. Ainsi, l'usage habituel d'un local d'habitation est l'habitation²²²⁰, celui de bureaux est « l'exercice d'activités essentiellement intellectuelles ou administratives, activités qui se manifestent par la création ou la modification de documents, la tenue de discussions ou l'usage des télécommunications »²²²¹ et celui d'un commerce est la vente²²²². Si l'usage habituel constitue un fait notoire, il ne forme pas l'objet d'une preuve²²²³.

2.1.4.2. Règles d'expérience généralement reconnues

Les règles d'expérience constituent des règles formées par la somme de résultats observés de façon répétée au cours d'événements typiques, et cela de manière suffisamment répétée, ou de manière suffisamment évidente, pour qu'on puisse les généraliser sans risque d'erreur significatif. Elles correspondent souvent à

²²¹⁷ BÄTTIG (Herabsetzung), p. 42.

²²¹⁸ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N 104 et 109 ; DIKE ZPO-LEU, N 64 ad art. 150 CPC ; MEIER (Thèse), N 75 ; BRÖNNIMANN (Thèse), p. 107 ss et 113.

²²¹⁹ P. ex. TF, arrêt du 03.08.2016, 4A_318/2016, consid. 3 ; TC FR, arrêt du 28.03.2017, 608 2015 114, consid. 4a) et 4b) ; TC FR, arrêt du 01.06.2015, 102 2014 259, consid. 2 et 3b).

²²²⁰ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 24 ad art. 256 CO ; sur cette notion, cf. ci-dessus, N 468.

²²²¹ ATF 132 III 109, consid. 3.

²²²² ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 24 ad art. 256 CO.

²²²³ Cf. ci-dessus, N 108.

l'expérience générale de la vie, au « gros bon sens ». Elles sont dès lors exemptes de preuve²²²⁴.

- 1113 De telles règles d'expérience généralement reconnues s'imposent souvent pour déterminer la gravité d'un défaut. Ainsi, si le locataire prouve que le balcon de l'appartement loué ne dispose pas de main-courante, il n'est pas nécessaire de prouver que l'usage du balcon mettrait en danger la santé du locataire. Il peut en effet être considéré comme règle d'expérience généralement reconnue que le locataire ou d'autres personnes se trouvant dans l'objet loué pourraient tomber et se blesser gravement, voire perdre leur vie, lors de l'utilisation d'un balcon sans main-courante.

2.2. Sujet de la preuve

- 1114 Lorsque la procédure est soumise à la maxime des débats, chaque partie doit proposer des moyens pour prouver les faits qu'elle allègue ; le tribunal ne peut en principe pas administrer des preuves d'office²²²⁵. Dès lors, afin de pouvoir administrer un certain moyen pour prouver p. ex. un fait pertinent permettant de conclure à la présence d'un défaut, il faut qu'une des parties ait (en plus d'avoir allégué le fait en question) proposé l'administration dudit moyen.
- 1115 Si la maxime inquisitoire sociale est applicable, le tribunal peut, dans une certaine mesure, administrer des moyens de preuve non formellement proposés par les parties : s'il a des motifs objectifs de soupçonner que les allégués et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, et qu'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de moyens de preuve pertinents, il n'est pas lié par l'offre de preuve de cette partie²²²⁶. L'étendue exacte de la possibilité du tribunal d'intervenir dépend de la situation concrète et est sujette à débats. Quoi qu'il en soit, s'il a des doutes, le tribunal devrait intervenir en interrogeant les parties pour s'assurer que leurs offres de preuves soient complètes²²²⁷. Ainsi, le tribunal est obligé d'intervenir p. ex. si le locataire invoque la présence de défauts, mais se contente de lister les défauts sans donner la moindre explication ni apporter la moindre preuve quant à leur existence et l'inviter « à produire un dossier photographique ou tout autre moyen de preuve, et [...] expliquer plus précisément la nature des défauts »²²²⁸. Rappelons toutefois que, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, les possibilités du tribunal d'intervenir se limiteraient à ce devoir d'interpellation accru ; il ne pourrait pas à proprement

²²²⁴ Cf. ci-dessus, N 111 ss

²²²⁵ Cf. ci-dessus, N 142 ss.

²²²⁶ TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_476/2015, consid. 3.

²²²⁷ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2 ; cf. aussi ci-dessus, N 159.

²²²⁸ CJ GE, arrêt du 23.04.2013, ACJC/497/2013, consid. 6.

parler administrer des preuves d'office ; et encore, ce devoir d'interpellation accru serait limité à des situations dans lesquelles le locataire n'est pas représenté par un mandataire professionnellement qualifié²²²⁹.

2.3. Fardeau de la preuve

2.3.1. Fardeau objectif

2.3.1.1. Faits générateurs

La naissance du droit du locataire à la réparation du défaut par le bailleur suppose en première ligne *l'existence d'un défaut*. Les faits dont découle l'existence d'un défaut constituent dès lors des faits générateurs. Le locataire supporte le fardeau de la preuve de ces faits²²³⁰. 1116

La « preuve du défaut » suppose la preuve de l'état réel de l'objet loué et, alternativement, de l'état convenu ou à défaut, de celui auquel le locataire pouvait raisonnablement s'attendre. L'état convenu résulte de la commune et réelle intention des parties ou, si celle-ci ne peut pas être constatée et que le tribunal doit procéder par l'application du principe de la bonne foi, des manifestations des volontés des parties et des circonstances entourant la conclusion du contrat. L'établissement de l'état auquel le locataire pouvait raisonnablement s'attendre suppose la preuve de l'usage que ferait habituellement le commun des mortels d'un objet loué du même type²²³¹.

Lorsque le locataire allègue qu'il n'y a pas eu de réelle et commune intention des parties et qu'il faut dès lors procéder par application du principe de la bonne foi, le fardeau de prouver que la déclaration de l'une des parties ne correspond pas à la réelle volonté de celle-ci²²³² lui incombe.

La naissance du droit du locataire à l'élimination du défaut suppose également que *le bailleur soit informé* de l'existence du défaut²²³³. Partant, il s'agit d'un fait générateur, dont le fardeau objectif de la preuve incombe au locataire²²³⁴. 1117

²²²⁹ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2 ; cf. aussi ci-dessus, N 159.

²²³⁰ CPra Actions II-BOHNET, § 15 N 28 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, N 55 ad art. 256 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97 ; TF, arrêt du 31.07.2009, 4A_281/2009, consid. 2.1 ; dans ce sens aussi : ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 42 ad art. 256 CO ; ZK ZGB-JUNGO, N 516 ad art. 8 CC.

²²³¹ Cf. ci-dessus, N 1089 s.

²²³² TF, arrêt du 19.05.2016, 4A_615/2015, consid. 5.4.

²²³³ Cf. ci-dessus, N 1095.

²²³⁴ CPra Bail-AUBERT, N 4 ad art. 259b CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97 ; dans ce sens aussi : ZK ZGB-JUNGO, N 516 ad art. 8 CC.

- 1118 Le locataire dispose, en cours de bail, uniquement d'un droit à l'élimination du défaut lorsque ce dernier est *grave* ou *de moyenne intensité*. Il est obligé d'éliminer lui-même les menus défauts, dans le cadre de son devoir d'entretien (art. 259 CO)²²³⁵. Il dispose en revanche du droit à l'élimination des menus défauts dont est atteint l'objet loué au moment de sa remise (art. 258 al. 3 CO). Dès lors, si le locataire demande la réparation d'un menu défaut, le fardeau de prouver que le défaut existait au moment de la remise de la chose lui incombe²²³⁶.

2.3.1.2. Faits dirimants

- 1119 Plusieurs faits font que le droit du locataire à la remise en l'état ne prend pas naissance. Tel est notamment le cas en présence d'une *impossibilité objective de la remise en l'état* de l'objet loué, p. ex. si la chose louée est détruite ou que le défaut consiste en des nuisances causées par un chantier sur lequel le bailleur n'a aucune influence²²³⁷. Le bailleur qui se prévaut de l'impossibilité de la remise en l'état supporte dès lors le fardeau de la preuve de ce fait.
- 1120 Une autre circonstance dirimante constitue *l'imputabilité du défaut au locataire* : l'art. 259a CO libère le bailleur de son obligation de remédier au défaut si ce dernier est imputable au locataire. Le régime des défauts en droit du bail constitue un cas spécial de responsabilité contractuelle du locataire aux conditions de l'art. 97 CO, soit la violation du contrat, le préjudice causé au bailleur ainsi que le lien de causalité entre ces deux éléments²²³⁸. Si le bailleur fait valoir que le défaut est imputable au locataire, cet élément est également une *exception à la règle*²²³⁹ ; les conditions de l'art. 97 CO constituent dans cette hypothèse des faits dirimants dont la preuve incombe au bailleur-défendeur²²⁴⁰. En pratique, le bailleur devra prouver *les faits dont on peut déduire la violation du contrat* (typiquement un usage par le locataire autre que celui prévu par le con-

²²³⁵ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 291 ss, N 4.3 ss ; CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 42.

²²³⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97.

²²³⁷ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 10 ad art. 259b CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 98 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 10 ad art. 259b CO.

²²³⁸ ZK ZGB-JUNGO, N 516 ad art. 8 CC ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 98 ; ZÜST, N 149.

²²³⁹ GRONER, p. 84 ; OGer BL, arrêt du 02.03.1999, mp 2000, p. 72 ss, consid. 3b.

²²⁴⁰ BSK OR I-WEBER, N 4 ad art. 259a CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98 ; OGer BL, arrêt du 02.03.1999, mp 2000, p. 71, consid. 3b.

trat) ainsi que *le lien de causalité naturel* entre la violation du contrat et le défaut²²⁴¹ ; le préjudice du bailleur correspond au défaut allégué par le locataire²²⁴².

Qu'en est-il des faits dont découle la qualification d'un défaut en fonction de son intensité ? À ce sujet, le législateur n'a pas rédigé les dispositions d'une manière permettant d'identifier clairement une règle et une exception : selon l'art. 256 CO, le locataire a droit à la remise de l'objet dans un état approprié à l'usage, et au maintien dans cet état. Il s'agit là du principe de base. En même temps, l'art. 259 CO statue que le locataire doit pourvoir lui-même à l'élimination des menus défauts. Est-ce une exception au principe susmentionné ou est-ce un autre principe ? 1121

L'on peut considérer que le droit invoqué par le locataire dépend de l'intensité du défaut et que dès lors les faits permettant de qualifier le défaut selon son intensité sont des faits générateurs, dont la preuve incombe au locataire²²⁴³. À notre sens toutefois, une analyse de l'art. 259a CO permet de clarifier la situation, puisque cette disposition prévoit que le locataire dispose des droits découlant de la présence de défauts si ceux-ci ne lui sont pas imputables et qu'il n'est pas tenu d'y remédier à ses frais. Comme nous venons de le voir, l'imputabilité du défaut au locataire constitue un fait dirimant dont la preuve incombe au bailleur²²⁴⁴ ; or il n'existe aucune raison qu'il en aille différemment de la deuxième hypothèse prévue à l'art. 259a CO, à savoir que le locataire est obligé de remédier aux défauts à ses propres frais²²⁴⁵. 1122

2.3.1.3. Faits extinctifs

Si le bailleur reconnaît l'existence du défaut, il peut faire valoir que le défaut a été éliminé. Si le bailleur élimine le défaut, son obligation de remise en l'état est éteinte *par exécution*²²⁴⁶, fait extinctif typique²²⁴⁷. Le fardeau objectif de la preuve pour l'élimination du défaut incombe au bailleur²²⁴⁸. En vertu de 1123

²²⁴¹ Voir p. ex. OGer ZH, arrêt du 22.10.2015, NG150005, consid. 3.2, mp 2016 137 : dans cette affaire, les locataires avaient résilié le bail avec effet immédiat pour défauts graves et le bailleur s'y est opposé en invoquant l'imputabilité du défaut au locataire ; le bailleur a échoué dans la preuve du lien de causalité entre le comportement des locataires et le défaut.

²²⁴² BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁴³ Ainsi aussi : MGer ZH, arrêt du 19.12.2016, MB150006-L/U, consid. 3.2, ZMP 2016 N 7.

²²⁴⁴ Cf. ci-dessous, N 1120.

²²⁴⁵ Dans ce sens aussi : HULLIGER/HEINRICH, N 6 ad art. 259a CO.

²²⁴⁶ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 16 ad art. 259b CO CPra Bail-AUBERT, N 56 ad art. 258 CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98 .

²²⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 188.

²²⁴⁸ CPra Bail-AUBERT, N 56 ad art. 258 CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

l'art. 259b let. b CO le locataire dispose, pour les défauts de moyenne intensité, du droit d'éliminer lui-même le défaut. S'il procède ainsi, le droit à la remise en l'état s'éteint également, ce qui signifie que, dans cette hypothèse également, le fardeau de prouver l'élimination des défauts incombe au bailleur.

- 1124 Selon l'art. 259c CO, le locataire ne peut pas exiger la remise en l'état si le bailleur remplace la chose louée, dans un délai convenable, par une chose sans défaut. Si le locataire accepte l'objet de remplacement, il y a novation²²⁴⁹ ; celle-ci constitue une circonstance extinctive²²⁵⁰. Le fardeau de la preuve pour les faits dont résulte la novation incombe au bailleur²²⁵¹.
- 1125 Même si cela ne ressort pas expressément du texte français de la loi, l'objet de remplacement doit être exempt de défauts et en plus être équivalent²²⁵² : le texte allemand et italien de l'art. 259c CO nomme expressément cette condition (« *vollwertiger Ersatz* » ; « *cosa [...] equivalente* »). L'équivalence suppose que l'objet de remplacement soit comparable²²⁵³ en ce qui concerne le nombre de pièces, la surface, la situation géographique et fiscale, l'état d'entretien, la période de construction, commodités, etc.²²⁵⁴, et cela pour un loyer identique²²⁵⁵.

Alors que le remplacement de meubles de genre (p. ex. télévision, voiture, machine de chantier) ne pose que guère de problèmes, il s'avère plus problématique pour des immeubles : en pratique, l'application de cette disposition est uniquement envisageable lorsque le bailleur dispose d'un appartement dans le même immeuble ou le même groupe d'immeubles²²⁵⁶. En plus d'un appartement remplissant ces critères, l'équivalence suppose que le bailleur indemnise le locataire pour les frais de déménagement²²⁵⁷. Le délai convenable correspond à celui dont il aurait besoin pour remédier au défaut, soit celui de l'art. 259b CO²²⁵⁸.

Notons que le Conseil national a voulu restreindre le champ d'application de cette disposition aux seuls baux mobiliers²²⁵⁹. Le Conseil des États n'a pas suivi, en considérant qu'il n'était pas exclu, dans des cas particuliers, que le propriétaire d'immeubles dispose

²²⁴⁹ CPra Bail-AUBERT, N 13 ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵⁰ Cf. ci-dessus, N 188 s.

²²⁵¹ BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵² CPra Bail-AUBERT, N 3 ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵³ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 17 ad art. 259c CO ; SVIT K.-TSCHUDI, N 5 ad art. 259c CO.

²²⁵⁴ SVIT K.-TSCHUDI, N 5 ad art. 259c CO ; CPra Bail-AUBERT, N 7 ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵⁵ BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 259c CO ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 24 ad art. 259c CO ; CPra Bail-AUBERT, N 9 ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵⁶ SVIT K.-TSCHUDI, N 5 ad art. 259c CO ; CPra Bail-AUBERT, N 6 s. ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵⁷ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 22 ad art. 259c CO ; CPra Bail-AUBERT, N 9 ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵⁸ CPra Bail-AUBERT, N 10b ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁵⁹ BO CN 1989, p. 496.

d'objets équivalents²²⁶⁰. Le législateur était dès lors conscient que l'application de cette disposition serait exceptionnelle.

Le locataire a une incombance (mais non une obligation) d'accepter l'objet de remplacement qui remplit tous les critères prévus par la loi, c'est-à-dire que son droit à la remise en l'état *s'éteint* s'il refuse d'accepter l'objet de remplacement²²⁶¹. L'offre d'un objet de remplacement remplissant les critères de l'art. 259c CO constitue donc un *fait extinctif* : le droit du locataire à la remise en l'état a pris naissance, mais s'éteint par l'offre d'un objet de remplacement exempt de défauts et équivalent, dans un délai raisonnable²²⁶². 1126

La *fin du contrat* constitue une autre circonstance extinctive. En effet, si l'une des parties a mis valablement fin au contrat de bail – p. ex. le locataire, en cas de défaut grave, en conformité avec l'art. 259b let. a CO – et que ce dernier s'éteint entre le moment de la survenance du défaut et du dépôt de l'action en remise en l'état, le droit du locataire à l'élimination du défaut de l'objet loué s'éteint également. Par conséquent, le fardeau objectif de la preuve de la fin valable du contrat de bail incombe au bailleur²²⁶³. 1127

2.3.2. Fardeau subjectif

Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif. Il en est détaché lorsque la partie ne supportant pas le fardeau objectif de la preuve tente d'apporter une contre-preuve. Il n'existe que si la maxime des débats est applicable et, dans une forme atténuée, lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire sociale²²⁶⁴. 1128

En l'occurrence, le locataire supporte le fardeau subjectif de la preuve pour les faits générateurs²²⁶⁵ et le bailleur pour les faits dirimants²²⁶⁶ et extinctifs²²⁶⁷, sous la réserve des compétences du tribunal d'administrer des moyens de preuve d'office lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable. Toutefois, le bailleur peut tenter d'ébranler la conviction du tribunal de l'existence des faits constituant un défaut en apportant des preuves que ces faits – en particulier l'état réel de l'objet loué que le locataire considère comme défectueux – n'existent 1129

²²⁶⁰ JELMINI, BO CE 1989, p. 423.

²²⁶¹ BSK OR I-WEBER, N 4 ad art. 259c CO ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, art. 259c CO N 30 ; CPra Bail-AUBERT, N 16 ad art. 259c CO ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁶² BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁶³ BOHNET/JEANNIN (Maxime), N 98.

²²⁶⁴ Cf. ci-dessus, N 213 ss.

²²⁶⁵ Cf. ci-dessous, N 1116 ss.

²²⁶⁶ Cf. ci-dessous, N 1119 ss.

²²⁶⁷ Cf. ci-dessous, N 1123 ss.

pas. Dans ce cas, le fardeau subjectif de la preuve lui appartient alors qu'il n'en supporte pas le fardeau objectif. De même, le locataire peut tenter d'ébranler la conviction du tribunal quant à l'existence d'un fait dirimant ou extinctif.

2.4. Degré de la preuve

- 1130 Les faits pertinents doivent en principe être prouvés de manière stricte. Le degré peut être réduit par la jurisprudence à la vraisemblance prépondérante en présence d'une *Beweisnot*²²⁶⁸.
- 1131 La preuve de l'état réel de l'objet loué peut se faire sans autre de manière stricte. Une réduction du degré de la preuve ne se justifie pas²²⁶⁹. Il en va de même pour l'état convenu entre les parties : même si le tribunal doit procéder par l'application du principe de la confiance et établir la manière dont les parties ont interprété leurs déclarations respectives, les faits nécessaires pour procéder à une interprétation subjective (soit le contenu de la manifestation de volonté et les circonstances²²⁷⁰) doivent être établis de manière stricte²²⁷¹. Le fait que le bailleur ait connaissance du défaut peut également être prouvée sans problèmes particuliers par le locataire. La réduction du degré de la preuve ne se justifie pas.
- 1132 AUBERT²²⁷², se fondant sur un arrêt de la Cour de justice du canton de Genève datant de 2001²²⁷³, considère que le bailleur, invoquant que la réparation du défaut ne lui incombe pas, doit uniquement rendre vraisemblable les faits dirimants dont il découle que le défaut est survenu en dehors de sa sphère d'influence. Il n'y a toutefois, à notre sens, aucune justification de réduire le degré de la preuve pour l'élément en question : la preuve que le défaut a été causé par le locataire ou qu'il est impossible de l'éliminer n'est pas impossible ou difficile à l'excès. Il ne s'agit pas d'une situation dans laquelle des difficultés probatoires sont fréquentes à un point où la mise en œuvre du droit se voit entravée²²⁷⁴. Toutefois, lorsque le bailleur invoque que le dommage est imputable au locataire, il lui incombe de prouver la violation du contrat par le locataire ainsi que le lien de causalité entre la violation du contrat par le locataire et le défaut. Alors que la preuve d'un comportement contraire au contrat de bail ne devrait pas poser de problèmes particuliers, le degré pour la preuve du lien de causalité doit

²²⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 224.

²²⁶⁹ TF, arrêt du 16.11.2006, 4C.269/2005, consid. 6.2.3.

²²⁷⁰ ATF 135 III 410, consid. 3.2.

²²⁷¹ TF, arrêt du 29.05.2018, 4A_610/2017, consid. 4.2.2.

²²⁷² CPra Bail-AUBERT, N 18 ad art. 259g CO.

²²⁷³ CJ GE, arrêt du 23.04.2001, ACJ n° 382.

²²⁷⁴ Cf. ci-dessus, N 227.

être réduit, comme pour toute preuve du lien de causalité naturelle, à la vraisemblance prépondérante²²⁷⁵. En revanche, les faits dont il découle que le défaut est mineur et que la remise en l'état incombe au locataire devraient se prouver sans problèmes.

Il en va de même pour les faits extinctifs : apporter la preuve des faits nécessaires pour la remise en l'état de la chose, l'offre d'un local de remplacement équivalent et la fin du contrat ne représentent pas des types de situations dans lesquelles la mise en œuvre du droit se verrait entravée si la preuve stricte est exigée. 1133

2.5. Moyens de preuve

La preuve de *l'état réel de la chose louée* peut souvent être apportée par des titres (art. 177 ss CPC). L'on pense en particulier aux photographies, si le défaut allégué est matériel²²⁷⁶. Le témoignage (art. 169 ss CPC) peut également servir à prouver l'état réel de l'objet loué²²⁷⁷. 1134

Il en va de même de l'inspection par le tribunal : les juges peuvent en effet, au moyen de leurs sens, prendre directement connaissance, dans certaines situations, des faits pertinents. L'on peut notamment penser à la présence de moisissures dans l'objet loué²²⁷⁸ ou la température prétendument excessive²²⁷⁹. 1135

À ce sujet, il convient de se demander à quelles conditions le tribunal peut administrer une inspection d'office, en particulier lorsque la maxime des débats est applicable. Comme expliqué, nous considérons qu'à l'instar de ce qui prévaut pour l'admissibilité des faits prouvés non allégués, l'administration d'office d'une inspection est admissible si les faits que le tribunal suppose découvrir sont au moins sommairement couverts par les allégués des parties²²⁸⁰. Cela dit, le tribunal n'est bien entendu pas *obligé* de procéder à une inspection dans ce cas. Au demeurant, lorsque le locataire allègue un défaut, mais ne propose aucun moyen de preuve pour l'état prétendument défectueux de l'objet loué, il nous semble que le tribunal ne devrait pas administrer une inspection d'office, faute de

²²⁷⁵ Cf. ci-dessus, N 231.

²²⁷⁶ P. ex. TF, arrêt du 25.04.2017, 4A_577/2016 et 4A_581/2016, consid. 5 ; TC FR, arrêt du 20.03.2017, 102 2016 206, consid. 3b ; OGer ZH, arrêt du 21.10.2016, MD150006-L/U, consid. 4, ZMP 2016 N 5.

²²⁷⁷ P. ex. TF, arrêt du 25.04.2017, 4A_577/2016 et 4A_581/2016, consid. 3.1.1. et 4 ; TC FR, arrêt du 20.03.2017, 102 2016 206, consid. 4a-4c ; AppGer BS, arrêt du 08.08.2016, BEZ.2016.14, consid. 3.4 ; voir aussi : CPra Bail-AUBERT, N 57 ad art. 258 CO.

²²⁷⁸ P. ex. MGer ZH, arrêt du 21.10.2016, MD150006-L/U, consid. 4.1, ZMP 2016 N 5.

²²⁷⁹ P. ex. TF, arrêt du 25.04.2017, 4A_577/2016 et 4A_581/2016, consid. 3.2.

²²⁸⁰ Cf. ci-dessus, N 263.

quoi la maxime des débats serait vidée de son sens. En application de la maxime inquisitoire sociale, il devrait en tout cas rendre attentif le locataire à l'absence de proposition de moyen de preuve et l'inviter à en produire.

1136 *La réelle et commune intention des parties* au sujet de l'état, respectivement l'usage, de l'objet loué peut résulter du contrat de bail conclu par écrit, soit d'un titre. Toutefois, les baux sont souvent flous sur ce point ; le témoignage (p. ex. du gérant d'immeubles), respectivement les interrogatoires et dépositions des parties constituent alors fréquemment les seuls moyens de preuve disponibles.

1137 Lorsque le tribunal doit procéder par application de la théorie de la bonne foi, il convient d'analyser le contenu des manifestations de volonté et les circonstances entourant la conclusion du bail. Parfois, des titres susceptibles de prouver ces faits sont disponibles²²⁸¹. Toutefois, très souvent, les parties mènent les négociations par oral uniquement. Dans ce cas, il n'y a guère d'autre choix que de recourir au témoignage et à l'interrogatoire et/ou la déclaration des parties.

Rappelons sur ce point qu'en vertu du principe de l'égalité des armes, le tribunal doit procéder à l'interrogatoire des deux parties, respectivement doit les faire déposer, les deux sur le même état de fait, même si seul l'interrogatoire, respectivement la déposition d'une partie, est requise²²⁸². L'exemple des manifestations de volonté et des circonstances de la conclusion du contrat permet de démontrer le sens de cette règle. Il serait en effet insatisfaisant si une partie seule pouvait déposer au sujet de ses déclarations et son comportement lors des négociations contractuelles et la conclusion du contrat puisqu'elle n'a requis que son propre interrogatoire et non celui de la partie adverse.

1138 *Le caractère grave du défaut* peut résulter en particulier de la mise en danger de la santé du locataire. La preuve de la mise en danger nécessite souvent une expertise, car il s'agit d'une preuve nécessitant des connaissances spéciales dont le tribunal ne dispose pas de manière générale : peuvent être cités comme exemples les risques pour les locataires par une installation électrique défectueuse²²⁸³ ou de la présence de poussière²²⁸⁴.

Toutefois, le caractère grave du défaut résulte parfois d'une règle d'expérience généralement reconnue et ne nécessite pas de preuve : on pense notamment à un balcon sans main-courante²²⁸⁵.

1139 *La connaissance du défaut par le bailleur* peut être prouvée par la production du courrier (ou du courriel) par lequel le locataire a informé le bailleur de l'existence du défaut, moyen de preuve qui constitue également un titre. Le locataire

²²⁸¹ On pense notamment à des échanges de courriels entre les parties lors des négociations contractuelles ou des notes personnelles des parties.

²²⁸² Cf. ci-dessus, N 293.

²²⁸³ TF, arrêt du 26.03.2018, 4A_309/2017, consid. 2.3.1.

²²⁸⁴ OGer ZH, arrêt du 22.10.2015, NG150005, consid. 2 et 3.3, mp 2016 137.

²²⁸⁵ Cf. ci-dessus, N 1112 s.

doit être en mesure de prouver que le bailleur était informé du défaut, mais il n'a pas d'incombance de notifier le défaut au bailleur si le bailleur est au courant du défaut. Le locataire a néanmoins tout intérêt à signaler au bailleur la présence d'un défaut par écrit²²⁸⁶ : il disposera d'un titre. À défaut, il devra requérir son interrogatoire et/ou celui du bailleur, moyen dont la force probante est généralement inférieure à celui du titre²²⁸⁷.

À notre sens, il serait également imaginable d'établir l'*usage habituel* d'un certain type d'objet loué par des témoignages ; nous n'avons cependant trouvé aucun exemple à ce sujet, l'usage habituel constituant la plupart du temps un fait notoire non soumis à preuve. 1140

2.6. Devoir de collaborer

Le devoir de collaborer de la partie adverse et du tiers inclut le devoir de déposer de manière conforme à la vérité en qualité de partie ou de témoin (art. 160 al. 1 let. a CPC), celle de produire les titres requis (art. 160 al. 1 let. b CPC) et celle de tolérer une expertise médicale ou une inspection de ses biens (art. 160 al. 1 let. c CPC).

Le devoir des parties et des tiers de déclarer de manière conforme à la vérité n'appelle pas de remarques particulières en l'occurrence. 1141

En ce qui concerne le devoir de produire des titres, il apparaît que, comparé aux actions en lien avec la fixation du loyer, l'incombance de la partie adverse de déposer un titre est d'importance moindre en pratique. Afin d'apporter la preuve des faits pour lesquels le fardeau de la preuve leur incombe, un locataire n'a pas systématiquement besoin de documents en possession de son bailleur. Ainsi, le locataire est en général en mesure de prouver l'état réel de l'objet loué ainsi que les faits nécessaires à la qualification du défaut sans que la production de titres entre les mains du bailleur ne soit nécessaire. Une requête de production de titres est envisageable à notre sens pour prouver que le bailleur était informé du défaut, en particulier si le locataire n'a pas notifié le défaut par courrier au bailleur – ce qui suppose cependant que le locataire soit en mesure de spécifier le titre dont ce fait découle à son avis²²⁸⁸. 1142

Quant au devoir de se soumettre à une expertise, il pourrait toucher le locataire qui fait valoir qu'il a subi une atteinte à sa santé suite à un défaut (ce qui qualifierait le défaut en principe comme grave). Si le locataire invoque un défaut grave puisqu'un tiers (p. ex. un client lorsqu'il s'agit d'un local commercial, ou 1143

²²⁸⁶ CPra Bail-AUBERT, N 4 s. ad art. 259b CO.

²²⁸⁷ Cf. ci-dessus, N 368.

²²⁸⁸ Cf. ci-dessus, N 306.

un proche invité chez le locataire lorsqu'il s'agit d'un local d'habitation) a subi une atteinte à sa santé, le devoir de tolérer une inspection du corps, respectivement une expertise médicale, pourrait éventuellement toucher un tiers (p. ex. le client d'un local commercial ou l'invité chez un locataire d'un appartement qui tombe dans les escaliers, qui n'arrive pas à se rattraper puisque la main-courante est défectueuse et se blesse).

- 1144 Le devoir de tolérer une inspection de ses biens concerne en premier lieu le locataire. La plupart du temps, le locataire requerra lui-même l'inspection. Toutefois, elle peut également être ordonnée d'office par le tribunal (art. 181 al. 1 CPC) ou éventuellement proposée comme contre-preuve par le bailleur. Dans ce cas, le devoir du locataire de collaborer prend tout son sens, et il dispose du droit de s'opposer à l'inspection dans les cas prévus à l'art. 163 CPC. Rappelons que l'inspection d'un local loué touche uniquement le locataire, et non le propriétaire ; ce dernier ne dispose donc en principe d'aucun moyen de s'y opposer²²⁸⁹. Lorsque l'inspection de l'objet d'un tiers est requise et ordonnée, ce dernier a également l'obligation de collaborer. L'on peut penser à l'inspection d'un appartement voisin afin d'établir la gravité du défaut ou d'établir si le défaut a été causé par le locataire lui-même. De même, un expert pourrait avoir besoin de l'accès à un autre appartement que celui du demandeur pour établir un certain défaut.

2.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 1145 Si la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.-, l'action en remise en l'état est soumise à la maxime des débats (à moins qu'elle ne soit introduite en même temps qu'une action en constatation du droit de consigner) ainsi qu'à la procédure ordinaire. Le locataire devra donc déposer une demande respectant les conditions prévues à l'art. 221 CPC. Il doit en particulier proposer un ou plusieurs moyen(s) de preuve pour chaque allégué et joindre un bordereau des moyens de preuve proposés ou requis ainsi que les titres disponibles. Les moyens de preuve requis doivent être « liés » aux allégués de sorte qu'il soit clair, pour chaque moyen, quel(s) fait(s) il est censé prouver²²⁹⁰.
- 1146 La réponse est en principe soumise aux mêmes exigences de forme que la demande. Le bailleur devra indiquer, dans sa réponse, quels faits il conteste, alléguer les faits dirimants ou extinctifs dont il compte se prévaloir et proposer les moyens de preuve y relatifs, produire les titres invoqués ainsi qu'un bordereau des moyens de preuve proposés ou requis (art. 222 CPC).

²²⁸⁹ Cf. ci-dessus, N 308.

²²⁹⁰ Cf. ci-dessus, N 325.

Les parties doivent garder en tête que la maxime éventuelle est applicable : le tribunal ne prendra pas en compte les faits allégués ou les moyens de preuve proposés au-delà du moment de la « deuxième chance » (art. 229 CPC). 1147

Lorsque la maxime inquisitoire sociale et la procédure simplifiée sont applicables, le locataire peut déposer une requête non motivée ou même orale et il n'est pas obligé de respecter la maxime éventuelle ; des faits et des moyens de preuve – même si la loi suggère que les titres soient annexés à la requête (art. 244 al. 3 let. c CPC) – peuvent être proposés jusqu'à la fin des plaidoiries (art. 229 al. 3 CPC)²²⁹¹. 1148

Une fois les faits allégués et les moyens de preuve proposés, le tribunal rend une ordonnance de preuve (art. 154 CPC) par laquelle il statue quels faits doivent être prouvés, quels moyens de preuve sont admis, respectivement refusés, et à qui le fardeau de la preuve incombe²²⁹². Lorsque le tribunal a accompli le tri des moyens de preuve, il procède à l'administration des preuves, c'est-à-dire que, dans un premier temps, il prend les mesures pour intégrer les moyens de preuve dans le dossier – il convoque les témoins ou nomme des experts (*Beweisaufnahme*) –, puis, dans un deuxième temps, exploite les moyens de preuve (*Beweisabnahme*)²²⁹³. 1149

Le tribunal peut également être amené à administrer des moyens de preuve avant le dépôt d'une action. Une partie peut requérir l'administration de la preuve à futur entre autres si elle rend vraisemblable l'existence d'un moyen de preuve qui risque de disparaître (art. 158 al. 1 let. b CPC)²²⁹⁴. Contrairement aux actions relatives à la fixation du loyer, cette possibilité est fréquemment utilisée dans les actions de remise en l'état. Un risque de disparition d'un moyen de preuve peut en effet résulter du fait qu'un défaut doit être éliminé rapidement afin de rendre l'objet loué de nouveau utilisable et/ou pour éviter que le défaut entraîne des dommages consécutifs au défaut (p. ex. la présence de nuisibles ou de moisissures). L'état défectueux ne pourra en effet plus faire l'objet d'une inspection ou d'une expertise une fois le défaut réparé²²⁹⁵. Dans ce cas, le locataire requerra souvent en plus l'autorisation de procéder lui-même à l'élimination du défaut par des mesures provisionnelles²²⁹⁶. 1150

²²⁹¹ Cf. ci-dessus, N 353.

²²⁹² Cf. ci-dessus, N 338.

²²⁹³ Cf. ci-dessus, N 341.

²²⁹⁴ Cf. ci-dessus, N 349 s.

²²⁹⁵ FRESE/KOBEL, p. 97 et note 41.

²²⁹⁶ FRESE/KOBEL, p. 110.

2.8. Appréciation des preuves

- 1151 Nous avons vu que l'appréciation d'un refus de la partie touchée par l'incom-
bance de collaborer à l'administration des preuves était un sujet particulière-
ment sensible dans les actions relatives à la fixation du loyer, le locataire étant
souvent dépendant de moyens de preuve entre les mains du bailleur²²⁹⁷. En effet,
le tribunal apprécie si le refus d'une des parties de collaborer à l'administration
de la preuve permet de considérer l'allégué de la partie ayant requis la collabo-
ration comme avéré (art. 164 CPC). Toutefois, ce point ne pose guère de pro-
blème dans le cadre de l'action en remise en l'état, étant donné que le devoir de
collaborer n'a pas la même importance.
- 1152 Dans le cadre des actions en remise en l'état, c'est en particulier l'appréciation
des moyens de preuve par rapport à la température dans un local loué qui mérite
quelques développements.
- 1153 Dans un jugement du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 2 novembre
2015, les juges zurichois ont considéré que les photos montrant la valeur affi-
chée sur un thermomètre à un moment donné ne sont pas suffisantes pour fonder
une conviction concernant la température dans un appartement durant tout
l'été²²⁹⁸.
- 1154 Les juges du Tribunal des baux du canton de Vaud se sont déclarés convaincus,
sur la base de déclarations de témoins et de rapports d'intervention d'une entre-
prise mandatée par la bailleuse pour réparer le chauffage, que le radiateur du
salon d'un local d'habitation n'avait pas fonctionné durant de nombreux mois
et que cette défectuosité avait eu des conséquences importantes sur les tempé-
ratures ressenties dans l'appartement, soit, en l'occurrence, que la température
avait manifestement été inférieure à 16°C. En l'occurrence, le locataire n'était
pas en mesure de prouver directement quelles étaient les températures exactes
dans son appartement, car il n'avait pas procédé à des relevés à cet égard. Cette
appréciation des moyens de preuve par les juges de première instance a été con-
firmée par le Tribunal cantonal vaudois²²⁹⁹.
- 1155 Le Tribunal cantonal vaudois s'est déclaré convaincu du caractère trop bas de
la température dans un local d'habitation suite au témoignage de l'ami de la fille
des locataires et des photographies du compteur de la chaufferie prises réguliè-
rement durant différentes périodes entre le 10 novembre et 16 décembre de la
même année, qui attestent que durant ces périodes, aucune énergie n'a été con-

²²⁹⁷ Cf. ci-dessus, N 1066 ss.

²²⁹⁸ OGer ZH, arrêt du 02.11.2015, NG150006, consid. 4.4.2.

²²⁹⁹ TC VD, arrêt du 15.09.2014, HC/2014/937, consid. 3c.

sommée. Un employé de l'entreprise en charge du relevé des compteurs, interrogé à titre de témoin, a confirmé que les photographies attestaient bien du fait qu'aucune énergie n'a été consommée. Le Tribunal cantonal vaudois laisse entendre que ce sont plutôt les prises photographiques du compteur et la confirmation du témoin « neutre » qui l'ont convaincu, les déclarations de l'ami de la fille « sont [...] à retenir avec prudence, compte tenu de la proximité de l'intéressé avec ceux-ci »²³⁰⁰.

Il est intéressant d'observer que, dans le dernier arrêt, il n'est jamais question de la température exacte dans le local loué. Le Tribunal cantonal vaudois s'est contenté de constater que la température était « anormalement basse », respectivement qu'il existait une « fraîcheur » de la température, considérant apparemment comme évident que la température fut trop basse en cas de panne de chauffage. Nous avons pourtant relevé, dans le chapitre dédié au fardeau de l'allégation, qu'il incombe au locataire d'alléguer la température dans le local loué qu'il considère comme insuffisante ; alléguer que « la température dans l'appartement est insuffisante » ne remplit pas les exigences du fardeau de l'allégation²³⁰¹. Si l'échelle appliquée par la doctrine et, en particulier par le Tribunal supérieur du Canton de Zurich, nous paraît critiquable en raison de sa sévérité, il nous paraît également critiquable de constater le caractère défectueux d'un local loué, car la température y était « fraîche » sans disposer d'indication quelconque par rapport à la température effective, et encore plus, comme le tribunal l'a fait en l'occurrence, de fixer la quotité de la réduction du loyer par la suite.

1156

²³⁰⁰ TC VD, arrêt du 05.10.2016, HC/2016/752, consid. 5 et 6.3.

²³⁰¹ REETZ/HAEFELI, p. 163.

Chapitre 3 : L'action en réduction du loyer

3.1. Objet de la preuve

3.1.1. Faits pertinents

Si la chose louée est atteinte d'un défaut, la prestation du bailleur est en réalité réduite. Afin de permettre un rééquilibrage des prestations des parties, le législateur a accordé au locataire, en présence d'un défaut de la chose louée, le droit d'exiger la réduction du loyer²³⁰². L'idée est donc la même que pour l'action en réduction du prix dans le contrat de vente (art. 205 al. 1 CO) respectivement dans le contrat d'entreprise (art. 368 al. 2 CO)²³⁰³. 1157

À l'instar du droit à la remise en l'état, le droit à la réduction du loyer prend naissance si l'objet loué est atteint d'un défaut et que le bailleur en est informé (art. 259d CO). La réduction du loyer suppose que la restriction de l'usage de l'objet loué soit d'une certaine importance ; un menu défaut ne donne pas droit à la réduction²³⁰⁴, à moins qu'il ne se prolonge²³⁰⁵. 1158

Selon l'art. 259d CO, la réduction du loyer doit être « proportionnelle » à la réduction de l'usage causée par le défaut. La doctrine et la jurisprudence précisent généralement que, pour fixer la réduction à laquelle le locataire a droit, il convient de comparer la valeur objective de la chose sans défaut à la valeur 1159

²³⁰² BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 259d CO ; ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 5 ad art. 259d CO ; BK OR-GIGER, N 6 ad art. 259d CO ; ZÜST, N 315.

²³⁰³ BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 259d CO ; BK OR-GIGER, N 6 ad art. 259d CO ; ZÜST, N 315.

²³⁰⁴ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 312, N 3.2 ; CPra Bail-AUBERT, N 7 ad art. 259d CO ; BK OR-GIGER, N 17 ad art. 259d CO ; TF, arrêt du 28.10.2003, 4C.97/2003, consid. 3.3, CdB 2004, p. 33.

²³⁰⁵ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 312, N 3.2 ; BK OR-GIGER, N 6 ad art. 259d CO ; TF, arrêt du 28.10.2003, 4C.97/2003, consid. 3.3, CdB 2004, p. 33.

objective de la chose avec défaut et que le loyer est réduit dans la même proportion²³⁰⁶.

- 1160 Si cette position était suivie à la lettre, les valeurs objectives de l'objet loué avec défaut et sans défaut constitueraient des objets de la preuve. Les parties devraient ainsi requérir des expertises de spécialistes dans le domaine immobilier pour faire estimer ces deux valeurs. Si la différence de valeur équivalait p. ex. à 20 %, le loyer serait réduit de 20 %. Toutefois, en pratique, il est généralement procédé par estimation de la restriction de l'usage causé par le défaut, le loyer étant réduit dans la même proportion²³⁰⁷. La réduction du loyer se rapporte toujours au loyer net²³⁰⁸. Il existe aussi des défauts qui ne restreignent pas l'usage de la chose et qui ouvrent néanmoins le droit à la réduction du loyer. Ainsi, d'un côté, les défauts esthétiques – comme une cage d'escalier dans un état de délabrement avancé²³⁰⁹, une entrée et une cour intérieure excessivement sale²³¹⁰ ou des graffitis présents pendant trois ans sur la façade d'une agence de voyages²³¹¹ –, de l'autre, l'absence de qualité promise – telle qu'une certaine vue²³¹² –, peuvent justifier une réduction. Dans ce dernier cas, la réduction du loyer est à calculer en fonction *de l'atteinte aux intérêts du locataire*²³¹³.
- 1161 Le calcul proportionnel susmentionné n'est pas toujours aisé, notamment lorsque les défauts sont nombreux et affectent l'usage de l'objet loué pendant des périodes différentes se chevauchant en partie. Dans ce cas, une appréciation en équité (art. 4 CC), par référence à l'expérience générale de la vie, au bon sens et à la casuistique, est admise²³¹⁴. Pour une vue d'ensemble de la casuistique – abondante – il peut être renvoyé au Commentaire pratique du droit du bail²³¹⁵.

²³⁰⁶ ATF 130 III 504, consid. 4.1 ; BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 259d CO ; ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 12 ad art. 259d CO ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 315, N 3.7 ; CPra Bail-AUBERT, N 18 ad art. 259d CO ; BK OR-GIGER, N 24 ad art. 259d CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 100 ; TF, arrêt du 26.07.2018, 4A_130/2018, consid. 4 ; TF, arrêt du 21.01.2010, 4A_565/2009, consid. 3.2.

²³⁰⁷ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 14 ss ad art. 259d CO ; BK OR-GIGER, N 24 ad art. 259d CO ; ZÜST, N 331.

²³⁰⁸ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 13 ad art. 259d CO ; CPra Bail-AUBERT, N 18 ad art. 259d CO.

²³⁰⁹ TC VD, arrêt du 28.01.2010, CdB 2011 115.

²³¹⁰ TF, arrêt du 29.05.1997, 4C.527/1996, SJ 1997 661, consid. 3b.

²³¹¹ CJ GE, arrêt du 12.12.2005, mp 2006 116.

²³¹² SVIT K.-TSCHUDI, N 27 ad art. 259d CO.

²³¹³ SVIT K.-TSCHUDI, N 27 ad art. 259d CO.

²³¹⁴ ATF 130 III 504, consid. 4.1 ; BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 259d CO ; CPra Bail-AUBERT, N 19 ad art. 259d CO ; TF, arrêt du 21.01.2010, 4A_565/2009, consid. 3.2 ; TF, arrêt du 28.10.2003, 4C.97/2003, consid. 3.5 ; TF, arrêt du 29.05.1997, 4C.527/1996, consid. 4a et les réf., SJ 1997 p. 661.

²³¹⁵ CPra Bail-AUBERT, N 67 ad art. 259d CO.

Exemples. La présence, sur une parcelle voisine, d'un chantier pour construire un immeuble d'habitation de plusieurs étages, respectivement les inconvénients inhérents à ce genre d'entreprise, justifie généralement une réduction du loyer de l'ordre de 10 %²³¹⁶. Des chantiers d'envergure plus importante, et entraînant des conséquences supérieures à la moyenne, donnent en général droit à des réductions plus élevées²³¹⁷. Pour ce qui est des locaux commerciaux, l'impact peut, en fonction de l'usage qu'en fait le locataire, être plus important. Ainsi, une réduction de loyer de 35 % a été accordée à un cabinet d'avocats situé au centre-ville de Lausanne, puisque les immissions causées par le chantier du métro M2 ont sérieusement entravé, par moments, l'activité des avocats et des secrétaires²³¹⁸. Une réduction de 60 % a été accordée à une agence de placement, dont l'activité était essentiellement exercée par téléphone ou de vive voix : à cause des tremblements et des vibrations, les employés de la locataire devaient rencontrer les clients en dehors des locaux loués²³¹⁹.

Des pannes de chauffage ont donné lieu à des réductions de l'ordre de 5 à 30 % durant la saison froide (généralement d'octobre à avril)²³²⁰. Encore faut-il qu'il en résulte une température inférieure à 18°C dans un local d'habitation²³²¹.

Le droit à la réduction proportionnelle du loyer prend naissance au moment auquel le bailleur est informé de l'existence du défaut (art. 259d CO) et non au moment de la survenance du défaut²³²². Il prend fin au moment de l'élimination du défaut ou de la fin du bail²³²³. L'élimination du défaut peut résulter de l'intervention du bailleur ou arriver par elle-même, p. ex. par le déménagement du voisin bruyant ou la fin du chantier²³²⁴. 1162

Sont dès lors pertinents les faits suivants : 1163

- les faits dont découle la présence d'un défaut²³²⁵ ;
- les faits dont découle la qualification du défaut²³²⁶ ;
- la connaissance du défaut par le bailleur ;
- la date d'information du bailleur ;
- la date de la remise en l'état ;

²³¹⁶ CJ GE, arrêt du 12.11.2001, ACJ n° 1135 ; CJ GE, arrêt du 06.02.2006, ACJ n° 106 ; CJ GE, arrêt du 03.09.2007, ACJ n° 982.

²³¹⁷ P. ex. TC VD, arrêt du 28.06.2012, HC/2012/493 : 20 %, car envergure et durée – en l'occurrence deux ans – exceptionnelle ; TBx VD, arrêt du 03.10.2007 : 35 % : travaux de construction d'une usine d'incinération des déchets en zone urbaine, nécessitant entre autres des travaux de nuit.

²³¹⁸ TC VD, arrêt du 21.09.2011, AP/2011/130.

²³¹⁹ TF, arrêt du 24.10.2005, 4C.219/2005.

²³²⁰ P. ex. TF, arrêt du 08.07.2009, 4A_174/2009, consid. 4 ; TC VD, arrêt du 15.09.2014, HC/2014/937.

²³²¹ CJ GE, arrêt du 29.02.1988, DB 1989 N 8.

²³²² ATF 142 III 557, consid. 8.3.4 ; BK OR-GIGER, N 18 ad art. 259d CO.

²³²³ CPra Bail-AUBERT, N 15 ad art. 259d CO ; BOHNET/JEANNIN, N 100.

²³²⁴ CPra Bail-AUBERT, N 15 ad art. 259d CO.

²³²⁵ Cf. ci-dessus, N 1089 s.

²³²⁶ Cf. ci-dessus, N 1093.

- la réduction de l'usage causé par le défaut, respectivement l'atteinte aux intérêts du locataire.

1164 À l'instar de ce qui prévaut pour le droit à la remise en l'état, la faute du bailleur n'est pas exigée²³²⁷. Des faits dont découlerait la faute du bailleur ne sont donc pas pertinents. À l'inverse, le locataire ne peut pas prétendre à la réduction du loyer si une faute est imputable à lui-même ou un de ses auxiliaires²³²⁸.

3.1.2. Usages et usages locaux

1165 Comme expliqué, l'usage habituel de l'objet loué au sens de l'art. 256 CO – pertinent pour déterminer l'état auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre à défaut d'accord des parties sur l'usage à faire de l'objet loué – peut constituer un usage ou un usage local. Puisqu'il ne s'agit, à notre sens, pas d'un usage auquel renvoie la loi, cet élément constitue néanmoins un objet de la preuve²³²⁹.

3.1.3. Allégation et contestation

1166 L'action en réduction du loyer est en principe seulement soumise à la maxime inquisitoire sociale si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.-. Il convient dès lors de se demander comment la valeur litigieuse se détermine pour les actions en réduction du loyer. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral se rapportant à la valeur litigieuse pour pouvoir recourir devant lui, elle dépend du montant de la réduction demandée et de la durée probable des travaux à effectuer ou, si celle-ci est indéterminée, au montant annuel capitalisé de la réduction de loyer requise, multiplié par vingt²³³⁰. La durée des travaux peut p. ex. être indéterminée puisque l'exécution des travaux est soumise à une autorisation de construire, qui peut potentiellement être refusée, en particulier si le droit de la construction applicable connaît une clause d'esthétisme²³³¹. Notons toutefois que, lorsque le locataire agit en même temps en réduction du loyer pour défauts et en validation de la consignation intervenue pour les mêmes défauts, la procédure sera soumise à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse²³³².

²³²⁷ CPra Bail-AUBERT, N 14 ad art. 259d CO ; ZÜST, N 305.

²³²⁸ CPra Bail-AUBERT, N 7 ad art. 259d CO.

²³²⁹ Cf. ci-dessus, N 1099 s.

²³³⁰ CPra Actions II-BOHNET, § 15 N 16 ; AUBERT, N 107 ; TF, arrêt 4C.387/2004, consid. 1.2.

²³³¹ TF, arrêt 4C.387/2004, consid. 1.2.

²³³² ATF 146 III 63, consid. 4.4.5 ; TC VD, arrêt du 14.06.2017, JdT 2017 III 211, consid. 2.4.2.

- Le locataire devra alléguer les faits dont découle le caractère défectueux de l'objet loué, la qualification du défaut ainsi que la connaissance du défaut par le bailleur. À ce sujet, il peut être renvoyé aux considérations sur le fardeau de l'allégation dans le chapitre sur l'action en remise en l'état²³³³. Rappelons que les exigences posées par les tribunaux sont souvent strictes. 1167
- En plus du fait que le bailleur a connaissance du défaut, le locataire devra alléguer *le moment* auquel le bailleur a pris connaissance du défaut, car c'est à partir de ce moment-là que le locataire a droit à la réduction du loyer²³³⁴. 1168
- Le locataire doit en outre alléguer et motiver la *quotité* ainsi que la *durée* de la réduction. À ce sujet, l'incombance de la motivation suffisante est respectée par le locataire s'il explique quels défauts ont réduit durant combien de temps l'usage de l'objet loué de quelle manière et de quelle intensité était la restriction de l'usage. Ces exigences sont en principe également applicables si la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale²³³⁵. 1169
- Ainsi, si le locataire demande la réduction du loyer en invoquant être importuné par le bruit et la poussière provenant d'un chantier voisin, il ne saurait se borner à alléguer la « présence continue d'un chantier »²³³⁶ ou la présence « d'immissions insupportables provenant d'un chantier », mais il doit alléguer en quoi les immissions ont réduit l'usage de l'objet loué et quelle était l'ampleur de ces restrictions²³³⁷. Il devra plutôt procéder en faisant des allégues du type suivant : « pendant la journée, le bruit causé par les travaux ainsi que l'allée et la venue des camions (environ X camions par jour) rendent la tenue de conversations dans la chambre Y donnant sur la cour intérieure impossible entre env. 7h et midi ainsi qu'entre 13h et 17h. Le mois passé, l'utilisation du balcon fut impossible pendant sept jours (soit les ..., ..., ..., etc.). La remise en l'état nécessitait à chaque fois des travaux de nettoyage pendant une heure (au moyen du produit xx), soit un travail de X heures au total »²³³⁸. De même, alléguer que la cheminée était remplie d'eau, que des moisissures se sont formées autour des prises et que le crépissage s'est dissout suite à des problèmes d'humidité n'est pas suffisant, encore faut-il que le locataire indique le moment du début et de la fin de ces défauts et en quoi ils restreignaient l'usage de l'objet loué²³³⁹. Toutefois, concernant les immissions provenant d'un chantier, il serait excessif d'attendre 1170

²³³³ Cf. ci-dessus, N 1105 ss.

²³³⁴ Cf. ci-dessus, N 1162.

²³³⁵ TF, arrêt du 01.05.2006, 4C.11/2006, consid. 3.1 ; MGer ZH, arrêt du 26.07.2010, MD080006, consid. 2.2.4, MRA 2012, p. 92 ss.

²³³⁶ TF, arrêt du 01.05.2006, 4C.11/2006, consid. 2.4.

²³³⁷ BÄTTIG (Herabsetzung), p. 42.

²³³⁸ REETZ/HAEFELI, p. 163.

²³³⁹ TF, arrêt du 01.05.2006, 4C.11/2006, consid. 3.1.

du locataire qu'il protège en continu chaque immission pendant toute la durée du chantier. L'on ne saurait pas non plus attendre qu'il allègue exactement la source des différentes immissions (machines, véhicules, etc.)²³⁴⁰.

- 1171 Notons que ces exigences se rapportent à l'incombance de motivation suffisante, donc supposent que le bailleur ait contesté l'existence des défauts ou que ceux-ci restreignent l'usage de la chose louée. En effet, le bailleur est soumis au fardeau de contester les allégués du locataire et de motiver ses contestations, faute de quoi les allégués du locataire sont considérés comme admis²³⁴¹.

3.1.4. Faits ne nécessitant pas de preuve

- 1172 La constatation d'un défaut suppose parfois l'établissement de l'usage habituel de l'objet loué. Comme expliqué ci-dessus²³⁴², ce dernier constitue, pour beaucoup de catégories d'objets loués, un *fait notoire*.

3.2. Sujet de la preuve

- 1173 En vertu de la maxime des débats, il incombe aux parties d'indiquer, respectivement de requérir, les moyens nécessaires à la preuve de leurs allégués²³⁴³. Si la maxime inquisitoire sociale est applicable, le tribunal doit intervenir, à condition toutefois qu'il ait des motifs objectifs de soupçonner que les allégués et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, et qu'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de moyens de preuve pertinents²³⁴⁴. Les questions concernant le devoir d'interpellation du tribunal en application de la maxime inquisitoire sociale ont déjà été abordées dans le chapitre relatif à l'action en remise en l'état ; il peut y être renvoyé²³⁴⁵.

²³⁴⁰ MGer ZH, arrêt du 26.07.2010, MD080006, consid. 2.2.4, MRA 2012, p. 92 ss.

²³⁴¹ Cf. ci-dessus, N 96 ss.

²³⁴² Cf. ci-dessus, N 1111.

²³⁴³ Cf. ci-dessus, N 142 ss.

²³⁴⁴ TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_476/2015, consid. 3.

²³⁴⁵ Cf. ci-dessus, N 1114 s.

3.3. Fardeau de la preuve

3.3.1. Fardeau objectif

3.3.1.1. Faits générateurs

Constituent en premier lieu des faits générateurs les faits pertinents pour l'*existence d'un défaut*. Leur présence est une condition de la naissance du droit du locataire à la réduction du loyer. Le fardeau objectif de leur preuve incombe dès lors au locataire²³⁴⁶. 1174

Le locataire supporte également le fardeau de la preuve des conditions particulières par rapport à l'étendue de la réduction du loyer²³⁴⁷. Il s'agit en particulier de la *date d'information du bailleur* ainsi que *des faits dont découle l'intensité de la restriction de l'usage* de l'objet loué. 1175

3.3.1.2. Faits dirimants

Les faits dirimants que peut faire valoir le bailleur contre une demande de réduction du loyer sont identiques à ceux avec lesquels il peut s'opposer à une action en remise en l'état²³⁴⁸. En pratique, les bailleurs invoquent souvent que le défaut est imputable au locataire (p. ex. aération insuffisante lorsque le locataire se plaint de moisissures). Dans ce cas, la preuve des circonstances dont découle la faute du locataire incombe au bailleur²³⁴⁹. 1176

3.3.1.3. Faits extinctifs

En ce qui concerne les faits qui mettent fin au droit du locataire à une réduction du loyer, ceux-ci sont également identiques à ceux qui mettent fin au droit à la remise en l'état²³⁵⁰ : le droit à la réduction du bail prend fin lorsque le bail lui- 1177

²³⁴⁶ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 20 ad art. 259d CO ; BK OR-GIGER, N 33 ad art. 259d CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 100.

²³⁴⁷ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 20 ad art. 259d CO ; ZK ZGB-JUNGO, N 516 ad art. 8 CC ; BK OR-GIGER, N 33 ad art. 259d CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 100.

²³⁴⁸ Cf. ci-dessus, N 1119 ss.

²³⁴⁹ P. ex. MGer ZH, arrêt du 21.10.2016, MD150006-L/U, ZMP 2016, N 5 (preuve réussie) ; OGer BL du 02.03.1999, BJM 2000, p. 141 (échec de la preuve).

²³⁵⁰ Cf. ci-dessus, N 1123 ss.

même arrive à son terme, que le défaut cesse d'exister²³⁵¹ ou que le bailleur remplace la chose louée par une chose équivalente²³⁵². Toutefois, cela ne signifie pas qu'au-delà de cette date le locataire ne pourra plus demander une réduction rétroactive du montant du loyer pour la période durant laquelle l'objet loué était défectueux²³⁵³.

- 1178 Comme d'autres faits extinctifs, entrent également en compte les faits extinctifs de la partie générale du Code des obligations, en particulier la remise de dette (art. 115 CO), la compensation (art. 120 ss CO) ainsi que la prescription (art. 127-128 CO)²³⁵⁴.

3.3.2. Fardeau subjectif

- 1179 Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif. Il en est détaché lorsque la partie ne supportant pas le fardeau objectif de la preuve tente d'apporter une contre-preuve. Il n'existe que si la maxime des débats est applicable et, dans une forme atténuée, lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire sociale²³⁵⁵.
- 1180 En l'occurrence, c'est également le locataire qui supporte le fardeau subjectif de la preuve pour les faits générateurs²³⁵⁶ et le bailleur pour les faits dirimants²³⁵⁷ et extinctifs²³⁵⁸, sous la réserve des compétences du tribunal d'administrer des moyens de preuve d'office lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable. Si le tribunal est provisoirement convaincu d'un fait générateur allégué par le locataire, le bailleur peut tenter d'ébranler cette conviction en apportant des preuves que ce fait – p. ex. une certaine restriction de l'usage du local loué – n'existe pas. Dans ce cas, le fardeau subjectif de la preuve lui appartient alors qu'il n'en supporte pas le fardeau objectif.

²³⁵¹ ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 19 ad art. 259d CO ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 319 s., N 3.11 et note 150 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 100.

²³⁵² ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 19 ad art. 259d CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 102.

²³⁵³ ATF 130 III 504, consid. 5.1 : cela suppose néanmoins que le bailleur connaissait le défaut, car le droit à la réduction du loyer prend naissance uniquement à partir du moment où le bailleur apprend l'existence du défaut : BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 102.

²³⁵⁴ ATF 130 III 504, consid. 6 à 8 ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 321, N 3.13 ; en bail, la prescription quinquennale trouve en principe application (art. 128 CO), à moins que les parties aient convenu le versement d'un loyer unique, auquel cas la prescription est de dix ans (art. 127 CO) : BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 103.

²³⁵⁵ Cf. ci-dessus, N 213 ss.

²³⁵⁶ Cf. ci-dessus, N 1174 ss.

²³⁵⁷ Cf. ci-dessus, N 1176.

²³⁵⁸ Cf. ci-dessus, N 1177 ss.

3.4. Degrés de la preuve

Pour ce qui est du degré de la preuve des faits dont découle la présence d'un défaut, il peut être renvoyé aux considérations dans le chapitre dédié à l'action en remise en l'état²³⁵⁹. 1181

À notre sens, en ce qui concerne les conditions spécifiques de l'action en réduction du loyer, la preuve n'est pour aucune d'une difficulté telle qu'elle justifierait la réduction du degré de la preuve : apporter la preuve de la date à laquelle le bailleur a appris l'existence du défaut n'est pas difficile à un point où une preuve stricte empêcherait de fait la mise en œuvre du droit du locataire²³⁶⁰. 1182

De même, la restriction de l'utilisation causée par le défaut n'est pas une situation de « *Beweisnot* » : si le locataire allègue que le bruit d'un chantier voisin rend impossible la tenue de conversations dans son appartement, il pourra proposer le témoignage d'une personne avec laquelle il a essayé de parler ; de même, le locataire d'un local commercial qui invoque qu'il a perdu de la clientèle à cause d'une odeur nauséabonde pourra démontrer une perte du chiffre d'affaires. 1183

Si le bailleur invoque qu'il a réparé le défaut, il ne devrait pas avoir de problème particulier de prouver ce fait. La preuve stricte sera dès lors exigée. 1184

3.5. Moyens de preuve

La restriction de l'usage causée par le défaut sera le plus souvent prouvée par titre ou par témoignage. Ainsi, le locataire peut requérir le témoignage de voisins habitant le même immeuble et qui expliqueront que le bruit du chantier voisin les a empêchés de dormir et qu'à cause de la poussière et des odeurs, ils ne pouvaient pas ouvrir les fenêtres²³⁶¹ ou des invités qui expliquent qu'ils ont eu froid lors de plusieurs accueils dans l'appartement²³⁶². De même, si le locataire a annoncé par oral au bailleur, respectivement à son représentant, en présence de tierces personnes (p. ex. des voisins), l'existence d'un défaut, il pourra faire témoigner ces personnes tierces pour prouver le moment auquel le bailleur a été informé. 1185

La plupart du temps, la preuve des restrictions causées par le défaut ne nécessitera pas de connaissances scientifiques particulières. Une *expertise* ne sera donc souvent pas nécessaire. Il est toutefois possible que, dans des cas spéciaux 1186

²³⁵⁹ Cf. ci-dessus, N 1087 ss.

²³⁶⁰ Pour la définition de la « *Beweisnot* », cf. ci-dessus, N 227 ss.

²³⁶¹ P. ex. TC VD, arrêt du 26.01.2018, HC/2018/41, consid. 3d.

²³⁶² P. ex. TC VD, arrêt du 15.09.2014, HC/2014/937, en fait, C7.

(p. ex. bail pour un local dans lequel le locataire exploite des installations techniques très sophistiquées), la preuve des restrictions causées par le défaut et de leur ampleur nécessite des connaissances scientifiques.

- 1187 Pour la preuve du *moment auquel le bailleur a pris connaissance du défaut*, le locataire présentera souvent une preuve par titre : s'il a annoncé au bailleur le défaut par courrier recommandé, il sera en effet non seulement en mesure de prouver que le bailleur a été informé de l'existence du défaut, mais également le moment auquel l'annonce du défaut est entrée dans sa sphère d'influence. Le locataire a tout intérêt à procéder ainsi, plutôt que d'annoncer au bailleur l'existence du défaut par oral²³⁶³. Pour la preuve du moment de la prise de connaissance du bailleur, l'interrogatoire, respectivement la déposition des parties²³⁶⁴, est également imaginable. Si le locataire a annoncé au bailleur l'existence du défaut « entre quatre yeux », il n'aura guère d'autre choix.
- 1188 Pour ce qui est des faits également pertinents dans l'action en remise en l'état – en particulier la présence d'un défaut ainsi que son intensité – il peut être renvoyé aux considérations dans le chapitre dédié à cette action²³⁶⁵.

3.6. Devoir de collaborer

- 1189 À l'instar de ce qui prévaut pour l'action en remise en l'état, le devoir de produire des titres est d'importance moindre que dans le cadre des actions concernant les loyers. En effet, pour prouver la réduction de l'utilisation causée par le défaut, le locataire n'a pas systématiquement besoin de titres se trouvant entre les mains du bailleur. La réduction de l'utilisation le concerne directement, elle a lieu dans sa sphère d'influence. La preuve de ce fait ne nécessite donc en principe pas la collaboration du bailleur. Si le locataire informe le bailleur de l'existence d'un défaut par lettre recommandée, il est possible de prouver sans autre le moment de la notification par la production du suivi de l'envoi disponible sur le site internet de la poste suisse²³⁶⁶. À défaut, une preuve par titre du moment de la notification sera de toute manière difficile. De même, le bailleur qui souhaite prouver le moment de la réparation du défaut n'aura en principe pas besoin de titres entre les mains du locataire.
- 1190 Le degré de réduction de l'usage constitue souvent une question d'appréciation. Une inspection de l'objet loué peut servir au tribunal à trouver des éléments sur lesquels il peut fonder son appréciation. Si le tribunal décide de procéder ainsi

²³⁶³ CPra Bail-AUBERT, N 4 s. ad art. 259b CO.

²³⁶⁴ Cf. ci-dessus, N 288 ss.

²³⁶⁵ Cf. ci-dessus, N 1134 ss.

²³⁶⁶ TF, arrêt du 22.08.2016, 4A_415/2015, consid. 3.5.

(il peut en effet administrer une inspection d'office : art. 181 al. 1 CPC), le locataire doit, en vertu de son devoir de collaborer à l'administration de la preuve (art. 160 al. 1 let. c CPC), donner accès à l'objet loué. Étant donné que le locataire requerra souvent l'inspection lui-même, ce point ne cause que rarement de problèmes en pratique. En outre, il sera généralement difficile de distinguer entre l'inspection pour prouver le défaut et celle pour prouver la réduction de l'utilisation de l'objet loué causée par le défaut.

3.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

Comme la plupart des faits pertinents pour l'action en remise en état sont pareils, également pour l'action en réduction du loyer, on peut renvoyer au chapitre les concernant²³⁶⁷. 1191

Toutefois, les précisions suivantes s'imposent. À l'instar de ce qui prévaut pour l'action en réparation du dommage, le locataire pourra demander une preuve à futur avant l'introduction d'une action en réduction du loyer ou pendant une telle procédure si une des conditions de l'art. 158 CPC est réalisée²³⁶⁸. L'on pense en particulier à l'hypothèse d'un chantier voisin dont les immissions peuvent constituer un défaut de la chose louée. La présence et l'ampleur d'immissions peuvent faire l'objet d'une inspection par le tribunal, leurs causes ou conséquences possibles d'une expertise lors de laquelle l'expert peut également être amené à faire des investigations sur place (art. 186 al. 1 CPC). Or le chantier risque d'être terminé au moment où l'administration des moyens de preuve de l'action en réduction du loyer aura lieu, si bien qu'une inspection par le tribunal ou des investigations par un expert ne sont plus possibles²³⁶⁹. Dans ce type de situation, le locataire pourrait demander l'administration du moyen de preuve considéré par voie de preuve à futur pour mise en danger dudit moyen (art. 158 al. 1 let. b CPC). 1192

3.8. Appréciation des preuves

Pour ce qui est de l'appréciation des moyens de preuve par rapport à l'existence d'un défaut, il peut être renvoyé aux développements du chapitre relatif à l'action en remise en l'état²³⁷⁰. Dans le cadre des actions en réduction du loyer, les questions d'appréciation des preuves invoquées par le locataire pour démontrer 1193

²³⁶⁷ Cf. ci-dessus, N 1145 ss.

²³⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 1150.

²³⁶⁹ Dans ce sens aussi : REETZ/HAEFELI, p. 173, par rapport à l'action de droit du voisinage de l'art. 679 CC.

²³⁷⁰ Cf. ci-dessus, N 1151 ss.

le caractère insuffisant ou trop élevé des températures dans le local loué se posent également.

- 1194 En ce qui concerne les éléments spécifiques à prouver pour la réduction du loyer, on peut constater en pratique que la quotité de la réduction du loyer est la plupart du temps effectuée par appréciation en équité, par référence à l'expérience générale de la vie, au bon sens et (surtout) à la casuistique²³⁷¹. Dans ce cas, le tribunal ne procède pas à proprement parler à une appréciation des preuves sur ce point (p. ex. en se fondant sur une expertise *expertise* indiquant la valeur de l'objet loué avec défaut et sans défaut pour fixer la quotité de la réduction), mais apprécie *en équité* au sens de l'art. 4 CC.

²³⁷¹ P. ex. TC VD, arrêt du 09.10.2018, HC/2018/830, consid. 4.2.2.

Chapitre 4 : L'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner

4.1. Objets de la preuve

4.1.1. Faits pertinents

L'art. 259g CO accorde au locataire d'un immeuble le droit de consigner auprès d'un office désigné par le canton les loyers à échoir si le bailleur ne procède pas à l'enlèvement du défaut après un délai raisonnable. Ce moyen sert à garantir le droit à la réparation des défauts ; il s'agit d'un moyen de pression mis à disposition du locataire afin d'obtenir l'exécution de son droit à la réparation du défaut²³⁷², et cela sans tomber en demeure²³⁷³, les loyers consignés étant considérés comme payés (art. 259g al. 2 CO). Le locataire doit toutefois saisir l'autorité de conciliation, dans les 30 jours dès l'échéance du premier loyer versé sur le compte de consignation, d'une requête dans laquelle il fait valoir ses prétentions (art. 259h CO). 1195

Le droit à la consignation suppose en premier lieu l'existence d'un défaut²³⁷⁴. Son intensité n'importe en principe pas ; cependant, sa réparation doit incomber au bailleur, ce qui exclut les menus défauts survenant en cours de bail ainsi que les défauts causés par le locataire²³⁷⁵. Sont également exclus de la consignation les défauts que le bailleur ne peut éliminer lui-même, p. ex. des nuisances provenant d'un chantier voisin²³⁷⁶. 1196

²³⁷² ATF 124 III 201, consid. 2d, DB 1999 N 10 ; ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 9 ad art. 259g CO ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 335, N 7.1.3 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 1 ad art. 259g CO ; CPra Bail-AUBERT, N 1 et 3 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 107 ; ZÜST, N 472.

²³⁷³ CPra Bail-AUBERT, N 3 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 107 ; CA BE, arrêt du 13.07.1993, RJB 1994, p. 92.

²³⁷⁴ SVIT K.-TSCHUDI, N 7 ad art. 259g CO ; CPra Bail-AUBERT, N 14 ad art. 259g CO ; BK OR-GIGER, N 16 ad art. 259g CO ;

²³⁷⁵ CPra Bail-AUBERT, N 14 et 17 ad art. 259g CO ; a ce sujet, cf. ci-dessus, N 1120 ss.

²³⁷⁶ BSK OR I-WEBER, N 4 ad art. 259g CO ; SVIT K.-TSCHUDI, N 13 ad art. 259g CO ; BK OR-GIGER, N 17 ad art. 259g CO.

- 1197 Pour que son droit à la consignation prenne naissance, le locataire doit demander au bailleur la réparation du dommage²³⁷⁷. Une simple annonce du défaut ne suffit pas²³⁷⁸. De plus, la demande de réparation doit être assortie d'un délai pour éliminer le défaut allégué²³⁷⁹. La demande de réparation peut intervenir sous n'importe quelle forme, alors que la fixation du délai doit se faire par écrit²³⁸⁰.
- Selon le texte de la loi, le délai doit être « raisonnable ». Le caractère raisonnable du délai sera déterminé en fonction des circonstances du cas d'espèce ; les éléments entrant en ligne de compte sont notamment l'importance des travaux nécessaires pour remédier aux défauts, la gravité du défaut, le degré d'urgence et le temps nécessaire pour obtenir les éventuelles autorisations administratives²³⁸¹.
- 1198 Le locataire doit en plus menacer le bailleur de consigner le loyer pour le cas où il ne procède pas à la réparation du défaut dans le délai imparti²³⁸². Le locataire peut procéder en notifiant au bailleur une lettre dans laquelle il demande la remise en l'état, fixe un délai à cette fin et menace le bailleur de consigner en cas de non-respect du délai²³⁸³. Rien n'empêche toutefois le locataire de demander d'abord la remise en l'état, p. ex. oralement, et de fixer plus tard un délai par écrit²³⁸⁴.
- 1199 Une fois que le délai est échu, le locataire peut procéder à la consignation. Il doit en aviser le bailleur par écrit (art. 259g al. 1 *in fine* CO), soit peu avant d'y procéder. La jurisprudence²³⁸⁵ ainsi que la doctrine majoritaire²³⁸⁶ considèrent que cet avis de consignation ne constitue qu'une prescription d'ordre, dont le

²³⁷⁷ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 336, N 7.3.3 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 18 et 19 ad art. 259g CO ; CPra Bail-AUBERT, N 25 art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108 ; WEY, N 295 ss.

²³⁷⁸ ZÜST, N 481.

²³⁷⁹ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 337, N 7.3.4 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 20 ad art. 259g CO ; CPra Bail-AUBERT, N 25 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108 ; WEY, N 302.

²³⁸⁰ ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 25 ad art. 259g CO ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 337, N 7.3.4 et note 265 ; *contra* : BSK OR I-WEBER, N 5 ad art. 259g CO ; peu clair sur ce point : TF, arrêt du 03.12.2003, 4C.264/2003, consid. 3.1.

²³⁸¹ CPra Bail-AUBERT, N 31 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108.

²³⁸² LACHAT/RUBLI (Bail), p. 337, N 7.3.4 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 18 et 20 ad art. 259g CO ; CPra Bail-AUBERT, N 32 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108 ; ZK OR-HIGI, N 36 ad art. 259g CO.

²³⁸³ LACHAT/RUBLI (Bail), p. 337, N 7.3.4.

²³⁸⁴ ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 25 et 39 ad art. 259g CO.

²³⁸⁵ TF, arrêt du 03.12.2003, 4C.264/2003, consid. 3.1.

²³⁸⁶ ZK OR-HIGI/WILDISEN, N 40 ss ad art. 259g CO ; LACHAT/RUBLI (Bail), p. 339, N 7.3.6 ; SVIT K.-TSCHUDI, N 34 ad art. 259g CO ; BSK OR-WEBER, N 8 ad art. 259g CO ; ZÜST, N 492.

non-respect – contrairement aux conditions précitées – n’entraîne pas la perte du locataire de son droit de consigner.

WEY considère toutefois que l’avis de consignation constitue une condition de validité, étant donné son but de permettre au bailleur de demander à l’autorité de conciliation de lui verser les loyers qu’il considère consignés à tort (art. 259*h* al. 2 CO)²³⁸⁷.

Pour que l’action en validation de la consignation ait un objet, le locataire doit effectivement procéder à la consignation. Il s’agit là d’une question de logique : il ne peut pas demander la validation d’une consignation à laquelle il n’a pas procédé²³⁸⁸. 1200

Selon l’art. 259*h* al. 1 CO, les loyers consignés sont acquis au bailleur si le locataire ne fait pas valoir devant l’autorité de conciliation ses prétentions en remise en l’état. Partant, si le locataire omet cette démarche, son droit à la consignation s’éteint. Vérifier si cette condition est réalisée suppose que soient connues la date de l’échéance du loyer, élément qui découlera la plupart du temps du contrat de bail, ainsi que la date à laquelle il a saisi l’autorité de conciliation²³⁸⁹. 1201

Notons également que la consignation est uniquement possible si l’objet loué constitue un immeuble (art. 259*g* al. 1 CO). 1202

Constituent dès lors des faits pertinents²³⁹⁰ : 1203

- les faits pertinents pour l’action en remise en l’état²³⁹¹, en particulier l’existence d’un défaut ;
- la demande de réparation ;
- la fixation d’un délai ;
- la menace de consignation ;
- l’avis de consignation ;
- la consignation ;
- le respect du délai de 30 jours dès l’échéance du loyer consigné ;
- la qualification de l’objet loué : l’objet loué doit constituer un immeuble.

Le bailleur peut, à son tour, agir, dès qu’il a été avisé de la consignation, en libération des loyers consignés (art. 259*h* al. 2 CO). Afin de faire libérer les loyers consignés, il doit faire constater que le locataire n’avait pas le droit de consigner le loyer : il s’agit là d’une action en constatation négative²³⁹². Comme 1204

²³⁸⁷ WEY, N 344 s.

²³⁸⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108.

²³⁸⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108.

²³⁹⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108 et 111.

²³⁹¹ Cf. ci-dessus, N 1087 ss.

²³⁹² SVIT K.-TSCHUDI, N 11 ad art. 259*h* CO ; CPra Bail-AUBERT, N 15 et 18 ad art. 259*h*-259*i* CO.

pour l'action en constatation du droit de consigner, l'objet du litige est la question de savoir si le droit du locataire de consigner existe ou non, mais les rôles entre les parties sont inversés²³⁹³. Les objets de la preuve sont donc identiques. L'inversement des rôles reste également sans incidence sur les fardeaux de l'allégation et de la preuve²³⁹⁴. Sauf mention contraire, les considérations qui suivent sont dès lors également valables pour l'action en constatation de l'inexistence du droit de consigner.

4.1.2. Usages et usages locaux

- 1205 Pertinent pour déterminer l'état auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre à défaut d'accord des parties sur l'usage à faire de l'objet loué, l'usage habituel de l'objet loué au sens de l'art. 256 CO peut constituer un usage ou un usage local. Selon nous, il ne s'agit pas d'un usage auquel renvoie la loi. Cet élément constitue dès lors, à l'instar des faits, un objet de la preuve²³⁹⁵.

4.1.3. Allégation et contestation

- 1206 Les litiges concernant la consignation du loyer sont soumis à la maxime inquisitoire sociale, indépendamment de leur valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c CPC). Dès lors, les parties ne sont formellement pas soumises à une incombance d'allégation suffisante et de contestation, mais à un devoir de collaborer dont les contours sont largement identiques.
- 1207 En ce qui concerne l'allégation des faits pertinents pour l'action en remise en l'état, il peut être renvoyé aux considérations à ce sujet dans le chapitre dédié à l'action en remise en l'état²³⁹⁶. Rappelons en particulier que le locataire doit alléguer l'état réel qu'il considère comme défectueux de la manière la plus précise possible, même en application de la maxime inquisitoire sociale.
- 1208 Il doit en outre alléguer les autres faits pertinents énumérés ci-dessus²³⁹⁷. Les conditions étant formelles, leur allégation ne devrait pas poser de grands problèmes. Comme le tribunal peut se fonder sur des faits pertinents qui ressortent du dossier, même s'ils n'ont pas été formellement allégués, un oubli du locataire

²³⁹³ SVIT K.-TSCHUDI, N 11 ad art. 259h CO

²³⁹⁴ SVIT K.-TSCHUDI, N 11 ad art. 259h CO.

²³⁹⁵ Cf. ci-dessus, N 1099 s.

²³⁹⁶ Cf. ci-dessus, N 1101 ss.

²³⁹⁷ Cf. N 1203.

d'alléguer l'un ou l'autre des faits pertinents restera à notre sens sans conséquence s'il dépose les moyens de preuve dont il ressort que toutes les conditions pour la validité de la consignation sont réalisées.

4.1.4. Faits notoires

La constatation d'un défaut suppose parfois l'établissement de l'usage habituel de l'objet loué. Comme expliqué ci-dessus²³⁹⁸, ce dernier constitue un fait notoire pour beaucoup de catégories d'objets loués. 1209

4.2. Sujet de la preuve

Dans la mesure où la maxime inquisitoire sociale est applicable indépendamment de la valeur litigieuse, le tribunal n'est pas lié par l'offre de preuves des parties et a le devoir de rechercher lui-même des preuves s'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents²³⁹⁹. Le tribunal peut également inviter une partie à compléter ses moyens²⁴⁰⁰. 1210

Ainsi, si le locataire, non représenté par un avocat, explique, dans sa requête, qu'il a demandé la réparation d'un certain défaut et qu'il a imposé au bailleur un certain délai à cet effet, mais qu'il ne présente pas de moyen de preuve, le tribunal devra, en application de la maxime inquisitoire sociale, inviter le locataire à en présenter. Si le locataire mentionne des moyens de preuve (p. ex. un courrier qu'il aurait envoyé au bailleur), mais qu'il ne les présente pas, le tribunal doit, à notre sens, les faire administrer d'office²⁴⁰¹. 1211

Indépendamment de savoir si les parties sont représentées par un avocat ou non, elles peuvent toujours alléguer des faits nouveaux et présenter de nouveaux moyens de preuve jusqu'à la fin des plaidoiries (art. 229 al. 3 CPC)²⁴⁰². 1212

²³⁹⁸ Cf. ci-dessus, N 1111.

²³⁹⁹ TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 231 ; cf. ci-dessus, N 152.

²⁴⁰⁰ ATF 125 III 231, consid. 4a, JdT 2000 I 194 ; BOHNET/JEANNIN (Maxime), p. 231 ; TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4 ; cf. ci-dessus, N 152.

²⁴⁰¹ Cf. TF, arrêt du 08.12.2010, 4A_544/2010, consid. 2.4.

²⁴⁰² Cf. ci-dessus, N 353.

4.3. Fardeau de la preuve

4.3.1. Fardeau objectif

4.3.1.1. Faits générateurs

- 1213 La doctrine se contente de constater que le fardeau de la preuve pour la présence des conditions du droit à la consignation incombe au locataire²⁴⁰³. Plus concrètement, cela signifie qu'en tant que conditions formelles du droit du locataire à la consignation, la demande de réparation, la fixation d'un délai, la menace de consignation, l'avis de consignation, la consignation, le respect du délai de 30 jours dès l'échéance du loyer consigné ainsi que la qualification de l'objet loué constituent des faits générateurs. Partant, le fardeau de la preuve pour ces faits incombe au locataire.
- 1214 Le droit à la consignation supposant l'existence d'un droit à la remise en l'état, les faits générateurs de ce droit – présentés ci-dessus²⁴⁰⁴ – doivent également être prouvés. Le locataire supporte dès lors le fardeau de la preuve de ces faits.
- 1215 Le droit à l'élimination d'un menu défaut n'existant que si ce dernier était présent au début du bail, si le locataire demande la réparation d'un menu défaut, il lui incombe le fardeau de prouver que le défaut existait au moment de la remise de la chose²⁴⁰⁵.

4.3.1.2. Faits dirimants et extinctifs

- 1216 Selon l'art. 259g al. 1 CO, le locataire doit fixer, avant de consigner, un délai *raisonnable* au bailleur pour remédier aux défauts. À notre sens, la fixation du délai constitue un fait générateur, mais le caractère *déraisonnable* du délai un fait dirimant²⁴⁰⁶. En effet, il est largement admis que, si le bailleur estime que le délai est trop court pour procéder aux réparations demandées, il ne peut pas rester inactif. Il lui incombe de s'opposer auprès du locataire, faute de quoi le délai est considéré comme accepté²⁴⁰⁷. Il incombe ainsi au bailleur de démontrer

²⁴⁰³ BK OR-GIGER, N 25 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 111.

²⁴⁰⁴ N 1116 ss.

²⁴⁰⁵ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 97.

²⁴⁰⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 108.

²⁴⁰⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 29 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 111 ; BOHNET (Termes et délais), N 21 ; WEY, N 313 ; ZÜST, N 268 ; TF, arrêt du 21.01.2010, 4A_565/2009, consid. 4.2.

qu'il s'est opposé, et ceci à raison. Le caractère déraisonnable du délai – respectivement les faits dont il découle – ainsi que la manifestation de son opposition par le bailleur se rajoutent ainsi aux faits générateurs et empêchent la naissance du droit à la consignation. Il s'agit de faits dirimants.

Notons que l'opposition ne délie pas le bailleur de son obligation de procéder à l'enlèvement des défauts : il est néanmoins obligé d'entreprendre les travaux, mais non dans le délai imparti par le locataire, mais dans un délai pouvant être considéré comme raisonnable²⁴⁰⁸.

Le caractère raisonnable du délai sera déterminé en fonction des circonstances du cas d'espèce ; les éléments entrant en ligne de compte sont notamment l'importance des travaux nécessaires pour remédier aux défauts, la gravité du défaut, le degré d'urgence et le temps nécessaire pour obtenir les éventuelles autorisations administratives²⁴⁰⁹. La consignation est exclue lorsqu'il devait être reconnaissable pour le locataire que le délai imparti au bailleur était inapproprié pour remédier aux défauts²⁴¹⁰. 1217

Partant, *les éléments dont on peut déduire que le délai est trop court* constituent des faits dirimants que le bailleur devra démontrer (p. ex. la durée prévisible des travaux nécessaires pour enlever le défaut dépasse le délai fixé). Il lui incombe de plus de prouver *qu'il n'a pas accepté le délai*, respectivement qu'il était reconnaissable pour le locataire que le délai était inapproprié²⁴¹¹. 1218

Comme le droit à la consignation du loyer suppose le droit du locataire à la remise en l'état, le bailleur peut faire valoir les faits dirimants qui empêchent la naissance du droit du locataire à la remise en l'état²⁴¹², respectivement les faits extinctifs qui y mettent fin²⁴¹³. 1219

4.3.2. Fardeau subjectif

Le fardeau subjectif détermine en l'occurrence s'il incombe au locataire ou au bailleur de proposer des moyens de preuve pour un certain fait. Lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire sociale, comme c'est le cas pour l'action en constatation du droit de consigner, le fardeau subjectif n'existe que dans une 1220

²⁴⁰⁸ CPra Bail-AUBERT, N 29 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 111 ; BOHNET (Termes et délais), N 21 ; WEY, N 313 ; ZÜST, N 268 ; TF, arrêt du 21.01.2010, 4A_565/2009, consid. 4.2.

²⁴⁰⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 31 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 111.

²⁴¹⁰ BSK OR-WEBER, N 6 ad art. 259g CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 111 ; ZIHLMANN, p. 79 ; WEY, N 313 ; TF, arrêt du 21.01.2010, 4A_565/2009, consid. 4.2.

²⁴¹¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 112.

²⁴¹² Cf. ci-dessus, N 1119 ss.

²⁴¹³ Cf. ci-dessus, N 1123 ss.

forme atténuée, étant donné que le tribunal peut administrer, dans une certaine mesure, des moyens de preuve d'office²⁴¹⁴. Si le tribunal administre un moyen de preuve d'office, la question du fardeau subjectif de la preuve ne se pose pas.

- 1221 Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif ²⁴¹⁵. En l'occurrence, cela signifie que le locataire devra proposer des moyens de preuve pour la présence des conditions du droit à la consignation, qui constituent des faits générateurs, et le bailleur pour les faits dirimants et extinctifs, tels que, par exemple, la faute du locataire²⁴¹⁶.
- 1222 Le fardeau subjectif de la preuve est détaché du fardeau objectif lorsque la partie qui ne supporte pas le fardeau objectif de la preuve tente d'apporter une contre-preuve²⁴¹⁷. Ainsi, si le bailleur a réussi à convaincre le tribunal provisoirement de ce que le défaut est le résultat d'une faute du locataire, et que ce dernier tente d'apporter la contre-preuve que la faute incombe en réalité au bailleur, le tribunal ne se trouvera pas dans une situation de *non liquet*, au cas où la contre-preuve échoue, mais juge sur la base de la conviction obtenue en appréciant des moyens de preuve apportés par le bailleur.

4.4. Degré de la preuve

- 1223 Les conditions formelles pour la consignation du loyer (le respect du délai de 30 jours dès l'échéance du loyer consigné, la demande de réparation, la fixation d'un délai, la menace de consignation, l'avis de consignation ainsi que la consignation elle-même) ne posent pas de problème de preuve particulier. Ils devront dès lors être prouvés de manière stricte.
- 1224 Pour ce qui est des conditions matérielles, il peut être renvoyé aux considérations au sujet de l'action en remise en l'état²⁴¹⁸. Rappelons à ce sujet que le bailleur, invoquant que le dommage est imputable au locataire, supporte le fardeau de la preuve de la violation du contrat par le locataire ainsi que du lien de causalité entre cette violation et le défaut. Le degré pour la preuve du lien de causalité doit être réduit, comme pour toute preuve du lien de causalité naturelle, à la vraisemblance prépondérante²⁴¹⁹.

²⁴¹⁴ Cf. ci-dessus, N 213 ss.

²⁴¹⁵ Cf. ci-dessus, N 215.

²⁴¹⁶ Cf. ci-dessous, N 1213 ss.

²⁴¹⁷ Cf. ci-dessus, N 216.

²⁴¹⁸ Cf. ci-dessus, N 1130 ss.

²⁴¹⁹ Cf. ci-dessus, N 1132.

4.5. Moyens de preuve

C'est par les *titres* que l'on peut prouver la réalisation des conditions formelles le plus facilement. Le locataire doit de toute manière notifier au bailleur par écrit le délai pour éliminer le défaut, de même que l'avis de consignation. Il a tout intérêt à en faire de même pour la demande de réparation ainsi que la menace de consignation, même si la forme écrite n'est pas exigée par la loi. La consignation elle-même fera de toute manière l'objet de traces écrites auprès de l'office de consignation. Le respect du délai de 30 jours dès l'échéance du loyer consigné découlera de la date de notification de la requête de consignation. Celle-ci peut être déposée en la forme écrite ou intervenir par oral ; dans ce dernier cas, elle fera l'objet d'une consignation au procès-verbal (art. 244 CPC). 1225

Si le locataire renonce à notifier la demande de réparation ou la menace de consignation par écrit, une preuve par *témoignage* ou par *interrogatoire ou déposition des parties* est envisageable. L'*inspection* et l'*expertise* ne nous paraissent par contre pas utiles dans ce contexte. En effet, les faits susmentionnés ne peuvent pas être constatés directement par les sens des juges et la preuve de ces faits ne nécessite pas de connaissances particulières dont un juge ne disposerait pas. 1226

Pour ce qui est des moyens de preuve envisageables pour prouver les conditions matérielles, on peut renvoyer au chapitre dédié à l'action en remise en l'état²⁴²⁰. 1227

4.6. Devoir de collaborer

Le devoir de déposer de manière conforme à la vérité (art. 160 al. 1 let. a CPC) ne donne pas lieu à des remarques particulières. En ce qui concerne le devoir de produire des titres requis (art. 160 al. 1 let. b CPC), les parties disposeront de manière générale des titres nécessaires pour prouver les faits pour lesquels elles supportent le fardeau de la preuve. La preuve des conditions formelles se fait généralement à l'aide de courriers dont les locataires diligents conservent des copies. À notre sens, il est toutefois possible pour le locataire de demander la production du courrier contenant la demande de réparation, l'avis de consignation ou fixant le délai de réparation s'il n'en a pas gardé une copie. Le bailleur ne saurait se libérer du devoir de collaborer en invoquant que le locataire aurait pu conserver une copie de sa missive. 1228

Cela ne doit toutefois pas mener à un renversement du fardeau de la preuve permettant au locataire de requérir la déposition de courriers qu'il n'a en réalité jamais envoyés, puis de conclure que le bailleur a violé le devoir de collaborer en ne produisant pas lesdits

²⁴²⁰ Cf. ci-dessus, N 1134 ss.

courriers et que, par conséquent, le tribunal devra se déclarer convaincu de ses allégués (art. 164 CPC). Face à une telle argumentation, le tribunal devra garder en tête qu'il revient à lui d'apprécier si le « refus » du bailleur de produire le titre requis le convainc de la version du locataire ou non, mais que le fardeau de la preuve incombe à ce dernier.

- 1229 Dans la mesure où l'inspection ou l'expertise ne sont pas des moyens de preuve utiles, le devoir de tolérer une inspection ou une expertise n'a pas d'intérêt.
- 1230 En ce qui concerne les conditions matérielles de la consignation – en particulier l'existence d'un défaut – il peut être renvoyé aux considérations concernant le devoir de collaborer dans l'action en remise en l'état²⁴²¹.

4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 1231 Dans les litiges portant sur la consignation, la maxime inquisitoire sociale s'applique indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c CPC). Le locataire peut dès lors déposer une requête non motivée ou même orale et il n'est pas obligé de respecter la maxime éventuelle ; des faits et des moyens de preuve – même si la loi suggère que les titres soient annexés à la requête (art. 244 al. 3 let. c CPC) – peuvent être proposés jusqu'à la fin des plaidoiries (art. 229 al. 3 CPC)²⁴²².
- 1232 Une fois les faits allégués et les moyens de preuve proposés, le tribunal rend une ordonnance de preuve (art. 154 CPC) par laquelle il statue quels faits doivent être prouvés, quels moyens de preuve sont admis, respectivement refusés, et à qui le fardeau de la preuve incombe²⁴²³. Lorsque le tribunal a accompli le tri des moyens de preuve, il procède à l'administration des preuves, c'est-à-dire que, dans un premier temps, il prend les mesures pour intégrer les moyens de preuve dans le dossier – il convoque en particulier les témoins (*Beweisaufnahme*) –, puis, dans un deuxième temps, exploite les moyens de preuve (*Beweisabnahme*)²⁴²⁴.
- 1233 La preuve à futur afin de conserver des moyens de preuve n'a guère d'utilité en pratique, les hypothèses dans lesquelles un moyen de preuve pertinent risque de disparaître étant rares.

²⁴²¹ Cf. ci-dessus, N 2.6 ss.

²⁴²² Cf. ci-dessus, N 353.

²⁴²³ Cf. ci-dessus, N 338.

²⁴²⁴ Cf. ci-dessus, N 341.

4.8. Appréciation des preuves

Une fois qu'il a pris connaissance des moyens de preuve mis à sa disposition, le tribunal décide si ceux-ci suffisent à fonder sa conviction au sujet des faits allégués par une des parties. À ce sujet, le tribunal apprécie librement (art. 157 CPC). 1234

Il n'existe presque aucune jurisprudence au sujet de l'appréciation des preuves des éléments spécifiques à l'action en constatation du droit de consigner. La preuve desdits éléments étant relativement aisée, l'appréciation des moyens – p. ex. le courrier du locataire menaçant le bailleur de procéder à la consignation faute de réparation d'un certain défaut jusqu'à une certaine date – ne pose que guère de problèmes. Les situations dans lesquelles le caractère convaincant d'un moyen administré par le tribunal prête à discussions sont rares. 1235

Pour ce qui est des éléments se rapportant à l'action en remise en l'état, il en va différemment. Cette problématique a été abordée dans le chapitre sur l'action susmentionnée²⁴²⁵. 1236

²⁴²⁵ Cf. ci-dessus, N 1151 ss.

Chapitre 5 : Synthèse et discussion

5.1. Objet de la preuve

Toutes les actions relatives aux défauts supposent la preuve du « défaut », soit l'état réel de l'objet loué ainsi que de l'état convenu ou auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre. Si le défaut survient en cours de bail et non en début de bail, il doit être moyen ou grave. Il doit également être établi que le bailleur a été informé de l'existence du défaut. Lorsque le locataire réclame la réduction du loyer, il doit prouver, de plus, quels défauts ont réduit durant combien de temps l'usage de l'objet loué de quelle manière et de quelle intensité était la restriction de l'usage. Lorsqu'il agit en constatation de son droit de consigner, il doit démontrer qu'il a demandé la réparation au bailleur, qu'il a fixé un délai à cette fin et qu'il a menacé de procéder à la consignation.

Pratiquement, apporter la preuve de l'*état réel* est souvent assez aisé : le locataire est la plupart du temps en mesure de proposer les moyens nécessaires pour prouver l'état réel qu'il considère comme défectueux. L'*usage auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre* constitue souvent un fait notoire qu'il n'a pas besoin de prouver. L'objet de la preuve n'est pas d'une complexité telle que son apport paraît généralement constituer un problème. 1237

Toutefois, les exigences au niveau de l'*allégation* des faits pertinents nous paraissent problématiques. À ce sujet, il convient de prendre en compte ce qui suit. 1238

Le législateur a renoncé à soumettre les actions relatives aux défauts à la procédure simplifiée et à la maxime inquisitoire sociale de manière systématique (art. 243 al. 2 et 247 CPC *a contrario*). Comparés aux actions relatives à la fixation du loyer, les locataires disposent donc de moins d'avantages, également au niveau de l'apport de la preuve : le tribunal pourra moins souvent leur venir en aide que dans les litiges relatifs à la fixation du loyer et à la résiliation. 1239

Certes, si l'immeuble loué constitue une habitation ou un local commercial, la maxime inquisitoire sociale s'applique indépendamment de la valeur litigieuse à une action en constatation du droit de consigner (art. 243 al. 2 let. c et art. 247 al. 2 let. a CPC). De plus, lorsque le locataire la combine avec une autre action en lien avec les défauts, celle-ci sera également soumise à la maxime inquisitoire sociale. Le choix du législateur de ne pas soumettre tous les litiges relatifs 1240

aux défauts d'habitations et de locaux commerciaux à la maxime inquisitoire sociale a dès lors moins de conséquences qu'il n'y paraît à première vue. Ce choix est néanmoins regrettable²⁴²⁶.

- 1241 Le critère de distinction – le dépôt ou non d'une action en constatation du droit de consigner – n'est selon nous pas justifié. Il n'y a aucune raison objective de soumettre à la maxime inquisitoire sociale une procédure dans laquelle le locataire demande la réparation d'un défaut ou la réduction du loyer par suite de défaut si le locataire demande en même temps la constatation de son droit de consigner, alors qu'elle est soumise à la maxime des débats si le locataire n'agit pas en constatation de ce droit.
- 1242 La problématique que pose l'application de la maxime des débats pour les locataires peut être illustrée par l'hypothèse de la température insuffisante ou, au contraire, trop élevée dans le local loué, ou encore d'immissions excessives : pour ce qui est des températures, il convient que le locataire allègue des valeurs (considérées comme pas assez ou trop élevées) à plusieurs moments de la journée durant un certain laps de temps. En ce qui concerne les immissions, le locataire devra en principe alléguer de quelle manière, pendant combien de temps et durant quelle période de la journée les immissions ont réduit l'usage de l'objet loué, de quelle manière et quel était l'ampleur de ces restrictions.
- 1243 Ces exigences concernant l'allégation suffisante ne sont pas facilement intelligibles pour des personnes sans formation juridique. L'application de la maxime inquisitoire sociale permettrait au moins au tribunal de rendre attentif un locataire au caractère insuffisant de ses allégations et de l'inviter à les concrétiser. En particulier en ce qui concerne les températures et les immissions, il existe dès lors le risque que des locataires ne réussissent pas à réaliser leurs prétentions en enlèvement du défaut ou en réduction du loyer, car les exigences concernant l'allégation et la motivation suffisante sont trop élevées.
- 1244 On peut également observer que les exigences des tribunaux concernant l'allégation varient. Ainsi, certains tribunaux considéreront que le défaut n'est pas suffisamment allégué lorsque le locataire n'allègue pas la température exacte qu'il considère comme insuffisante, alors que pour d'autres, un allégué selon lequel la température est « anormalement basse » suffit. Il va sans dire que cela nuit à la sécurité juridique.

²⁴²⁶ Dans ce sens aussi : BOHNET (Mélanges Corboz), N 20.

5.2. Sujet de la preuve

Lorsque la *maxime des débats* est applicable, le tribunal ne peut administrer que les moyens de preuve proposés par les parties. Le locataire doit dès lors, en particulier, proposer des moyens de preuve pour démontrer l'état réel de l'objet loué. Le tribunal peut cependant, à certaines conditions, administrer d'office une inspection ou une expertise. 1245

Lorsque la procédure est soumise à la *maxime inquisitoire sociale*, le tribunal doit intervenir lorsqu'il a des motifs objectifs de soupçonner que les allégués et offres de preuves d'une partie sont lacunaires. Il doit en tout cas rendre les parties attentives à leur devoir de collaborer à l'établissement des faits, dont celui de proposer des moyens de preuve. 1246

Par rapport à la preuve du défaut de la chose louée, élément-clé de toutes les actions relatives aux défauts de la chose louée, le tribunal doit ainsi intervenir si le locataire invoque la présence de défauts, mais se contente de les lister sans donner la moindre explication ni apporter la moindre preuve quant à leur existence. En quoi consiste cette intervention est à ce stade discutée : selon le Tribunal fédéral, le tribunal peut uniquement intervenir par des questions adéquates aux parties et les inviter à préciser leurs allégations et offres de preuve ; il ne pourrait pas administrer à proprement parler des moyens de preuve d'office, même s'il a connaissance de leur existence. Lorsque les deux parties sont représentées par des mandataires professionnellement qualifiés, le tribunal devrait faire preuve de retenue comme dans une procédure ordinaire. 1247

Cette manière de voir est cependant contestée en doctrine, et nous ne la partageons pas. Nous considérons que le tribunal devrait pouvoir administrer d'office des moyens de preuve dont l'existence ressort du dossier, mais dont aucune partie n'a offert ou demandé la production, respectivement l'administration, et cela même si les parties sont représentées par des mandataires professionnellement qualifiés. 1248

5.3. Fardeau de la preuve

La répartition du fardeau de la preuve correspond très largement au principe de base, exprimé à l'art. 8 CC. Le législateur n'a pas prévu de répartition modifiée du fardeau de la preuve ou de présomptions. 1249

En effet, le *locataire* supporte le fardeau de la preuve des *faits pertinents pour le défaut*, qui constituent des faits générateurs de toutes les actions relatives aux défauts. Il supporte également le fardeau de la preuve du fait que le bailleur soit informé du défaut. S'il agit en réparation d'un menu défaut, il doit prouver que 1250

ce dernier était présent lors de la remise de la chose louée. S'il agit en réduction du loyer, il doit, en plus de la présence d'un défaut, prouver la date exacte de l'information du bailleur et les faits dont découle l'intensité de la restriction à l'usage de l'objet loué. Lorsqu'il agit en constatation de son droit de consigner, il supporte, en plus des conditions pour la naissance de son droit à la remise en l'état, le fardeau de la preuve des conditions spécifiques relatives à la consignation, qui sont essentiellement d'ordre formel.

- 1251 Pour se défendre, le *bailleur* peut, dans tous les cas, invoquer des *faits dirimants*. Il peut se prévaloir de ce que le défaut est imputable au locataire ; dans ce cas, il supporte le fardeau de la preuve pour un comportement du locataire violant le contrat ainsi que le lien de causalité entre ce comportement et le défaut. Lorsque le locataire agit en remise en l'état, le bailleur peut en outre prétendre que la remise en l'état est objectivement impossible ; il supporte le fardeau de la preuve pour ce fait dirimant. Il peut se défendre contre une action en constatation du droit de consigner en invoquant que le locataire lui a fixé un délai trop court pour remédier aux défauts ; encore faut-il qu'il se soit opposé au délai. Dans ce cas, il supporte le fardeau de la preuve de ces faits dirimants.
- 1252 Le bailleur peut également se prévaloir de certains *faits extinctifs* , notamment la réparation du défaut, l'offre d'un objet équivalent au locataire ainsi que la fin du contrat de bail. Il supporte également le fardeau de la preuve de ces faits.
- 1253 L'idée de base de la répartition du fardeau de la preuve – à savoir faire supporter le risque d'échec de la preuve à celles des parties à qui cela paraît le moins injuste – peut être considérée comme respectée en l'occurrence. C'est le locataire qui réclame l'intervention du bailleur pour modifier un état qu'il considère comme non conforme à l'usage prévu par le contrat qui supporte le risque pour cette preuve. Il dispose généralement des moyens nécessaires à la preuve des faits pertinents . Le bailleur quant à lui supporte le risque de la preuve que le défaut a été causé par le locataire. Cette répartition paraît en outre facile à comprendre, même pour quelqu'un qui ne dispose d'aucune formation juridique.

5.4. Degré de la preuve

- 1254 En principe, tous les faits pertinents doivent être prouvés de *manière stricte*. Nous avons toutefois pu observer qu'il existe une situation justifiant la réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante : lorsque le bailleur invoque que le dommage est imputable au locataire, il lui incombe de prouver entre autres le lien de causalité entre la violation du contrat par le locataire et le défaut. Le degré de la preuve du lien de causalité doit être réduit, comme pour toute preuve du lien de causalité naturelle.

La *réduction du degré de la preuve* n'est pas d'importance significative pour résoudre des problèmes de preuve dans les actions relatives aux défauts. Au demeurant, cet allègement n'a pas été conçu spécifiquement pour favoriser la mise en œuvre du droit du bail. Son utilisation découle d'un principe général. 1255

5.5. Moyens de preuve

Les *titres* et l'*inspection* sont les moyens de preuve les plus utiles pour la preuve des faits pertinents des actions relatives aux défauts : l'état réel de la chose peut souvent être prouvé par des photographies si le défaut est matériel. Il est également possible que le tribunal se déplace afin de le percevoir par ses propres sens. Ces moyens étant fiables et relativement aisés à obtenir, il n'y a ici aucun obstacle notable pour les parties. 1256

L'*expertise* peut également s'avérer importante, essentiellement pour apprécier le défaut et ses conséquences, en particulier lorsque le locataire allègue que le défaut est grave. Les risques pour le locataire sont ici plus élevés, étant donné qu'une expertise est assez complexe à mettre en place. 1257

5.6. Devoir de collaborer

Contrairement à ce qui prévaut pour les actions relatives à la fixation du loyer, le devoir du bailleur de collaborer en produisant des titres n'a que très peu d'importance dans les actions relatives aux défauts, car le locataire dispose généralement des titres dont il a besoin pour prouver les faits pertinents pour lesquels il supporte le fardeau. Le locataire qui requiert une inspection ou une expertise est obligé de collaborer à l'exécution de celle-ci ; il doit p. ex. permettre l'accès du tribunal à l'objet loué ou se rendre auprès de l'expert médical afin que ce dernier puisse examiner son état de santé. Étant donné que l'administration de ces moyens de preuve est généralement dans son intérêt, ce point ne posera que rarement de problème. 1258

5.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

Lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.-, et que le locataire ne demande pas une consignation, la *maxime des débats* est applicable et le litige soumis à la procédure ordinaire. Dans ce cas, les parties doivent proposer dans leurs écritures, pour chacun des allégués, un ou plusieurs moyens de preuve. La maxime éventuelle limite la possibilité des parties de proposer des moyens de 1259

preuve : elles ne disposent, dans la procédure, que de deux occasions d'en proposer. Le tribunal ne prendra pas en compte les faits allégués ou les moyens de preuve proposés au-delà du moment de la « deuxième chance ». Au-delà, les parties peuvent uniquement le faire aux conditions strictes se rapportant aux *nova* (art. 229 al. 1 CPC).

- 1260 Lorsque la *maxime inquisitoire sociale* est applicable – à savoir si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.- ou que le locataire demande la constatation de son droit à la consignation – et le litige soumis à la procédure simplifiée, les parties sont plus libres pour proposer des moyens de preuve. En effet, elles n'ont pas besoin de lier formellement chaque proposition de moyen de preuve à un allégué déterminé ; elles peuvent de plus proposer de nouveaux moyens de preuve sans restrictions jusqu'au dernier moment avant les délibérations du tribunal.
- 1261 Dans les actions relatives aux défauts, la possibilité de demander l'administration de moyens de preuve avant un procès, au moyen d'une preuve à futur, est particulièrement utile pour le locataire : cette institution procédurale lui permet p. ex. de demander l'administration rapide d'un moyen de preuve afin de conserver la preuve d'un défaut qui doit être éliminé rapidement afin de rendre l'objet loué de nouveau utilisable et/ou pour éviter que le défaut entraîne des dommages consécutifs au défaut, tels que la présence de nuisibles ou de moisissures, ou qui risque de disparaître, à l'instar d'immissions.

5.8. Appréciation des preuves

- 1262 Contrairement à ce qui prévaut pour les actions relatives à la fixation du loyer, l'appréciation du refus injustifié du bailleur de collaborer n'est pas d'importance en l'occurrence, étant donné que le locataire n'est généralement pas dépendant de moyens de preuve entre les mains du bailleur afin de prouver les faits pertinents.
- 1263 Il a cependant pu être observé que des problèmes d'appréciation des preuves se posent en particulier en ce qui concerne la preuve d'une certaine température dans un local loué, lorsque le locataire invoque que la température est trop basse ou, au contraire, trop élevée et donc l'objet loué défectueux.
- 1264 Les pratiques cantonales à ce sujet divergent de manière importante. Cette situation est regrettable, dans la mesure où elle nuit à la sécurité juridique.

5.9. Discussion

La preuve du « défaut » (plus précisément : des faits dont découle que l'objet loué est défectueux) peut s'avérer complexe. Les problématiques ne sont toutefois pas aussi importantes qu'en ce qui concerne la fixation du loyer. 1265

En l'occurrence, c'est un choix du législateur qui complique la tâche des locataires : le législateur a renoncé à soumettre les actions relatives aux défauts à la procédure simplifiée et à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse. Ce choix nous paraît regrettable, car, surtout lorsque le locataire se plaint d'immissions excessives ainsi que d'une température insuffisante ou trop élevée dans les locaux, les exigences concernant l'allégation suffisante ne sont pas facilement intelligibles pour des personnes sans formation juridique. 1266

Au vu des exigences conséquentes au niveau de l'allégation et de la proposition de moyens de preuve, il serait à notre sens souhaitable que le législateur soumette également à la maxime inquisitoire sociale tous les litiges portant sur des défauts de l'objet loué lorsque ce dernier constitue une habitation ou un local commercial, et cela indépendamment de la valeur litigieuse en jeu. L'application de la maxime inquisitoire sociale permettrait au moins au tribunal de rendre attentif un locataire au caractère insuffisant de ses allégations et de l'inviter à concrétiser ses allégués. Limiter l'application aux procédures dans lesquelles le locataire a procédé à la consignation ne relève d'aucune justification objective.

Comme expliqué en ce qui concerne la fixation du loyer, il serait également souhaitable que le Tribunal fédéral revoie sa jurisprudence au sujet de la maxime inquisitoire sociale et permette une intervention plus large des tribunaux dans l'établissement des faits. 1267

TITRE IV : LA PREUVE ET LA RÉSILIATION DU CONTRAT DE BAIL

Après une présentation des généralités en matière de résiliation des contrats de baux à loyer de locaux commerciaux et d'habitation (Chapitre 1), on procédera à l'analyse des questions de preuve qui se posent dans les différentes actions relatives à la résiliation, soit l'action en annulation du congé (Chapitre 2), l'action en prolongation du bail (Chapitre 3) ainsi que l'action en constatation de la nullité du congé (Chapitre 4). 1268

Chapitre 1 : Généralités

Les baux peuvent être conclus pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, le bail prend fin sans congé à l'expiration de la durée convenue sans résiliation (art. 266 CO). 1269

Lorsque le contrat de bail est conclu à durée indéterminée, les deux parties disposent en principe du droit de résilier le contrat pour un terme de résiliation prévu par le contrat ou par la loi (art. 266a al. 1 CO : congé ordinaire). Chaque partie peut demander l'annulation du congé ordinaire prononcé par l'autre si elle estime que le congé a été prononcé de mauvaise foi (1.1.). En cas de congé ordinaire, les locataires peuvent également demander, à certaines conditions, la prolongation du bail (1.2.). 1270

Ceci étant, la loi énumère des cas dans lesquels les parties peuvent résilier le bail même s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou, si le contrat est conclu à durée indéterminée, en dehors des termes (congé extraordinaire ; 1.3.). 1271

- 1272 La partie qui résilie le bail doit respecter un certain nombre de prescriptions formelles, qui varient en fonction des circonstances. Le non-respect de ces conditions formelles rend le congé nul (art. 266o CO). En principe, le congé extraordinaire pour lequel les conditions n'étaient pas réalisées est « inefficace », soit également nul (1.4.).

1.1. L'annulabilité du congé

- 1273 La résiliation *ordinaire* est *annulable* lorsqu'elle contrevient aux principes de la bonne foi (art. 271 CO) : chaque partie peut demander l'annulation du congé ordinaire prononcé par l'autre, devant l'autorité de conciliation, dans les 30 jours dès sa notification (art. 273 CO). Au-delà de ce délai, le congé, même s'il a été donné de mauvaise foi, devient définitif et ne pourra plus être contesté²⁴²⁷.

Il existe aussi des hypothèses dans lesquelles le congé extraordinaire peut (ou doit) être contesté par une action en annulation du congé. Tel est en particulier le cas du congé prononcé par le nouveau propriétaire pour besoin propre urgent (art. 261 al. 2 let. a CO)²⁴²⁸. De plus, dans des cas très exceptionnels, qui ne seront pas analysés en profondeur dans la présente thèse, un congé donné pour violation du devoir de diligence (art. 257f CO) peut s'avérer contraire à la bonne foi et donc être annulable²⁴²⁹.

- 1274 La contestation du congé n'est pas réservée au locataire : le bailleur peut également demander l'annulation d'un congé donné de façon contraire aux règles de la bonne foi par le locataire²⁴³⁰. Toutefois, cette opportunité n'est que rarement saisie par les bailleurs²⁴³¹. Dans les lignes qui suivent, le locataire est donc considéré comme partie demanderesse et le bailleur comme partie défenderesse.
- 1275 L'élément-clé de l'annulation constitue *le caractère contraire à la bonne foi* de la résiliation. La notion de « bonne foi » de l'art. 271 al. 1 CO correspond à celle de l'art. 2 al. 2 CC²⁴³² ; toutefois, contrairement à l'art. 2 al. 2 CC, l'abus de droit n'a pas besoin d'être *manifeste* pour permettre l'action en annulation du

²⁴²⁷ CPra Bail-CONOD, N 2 ad art. 271 CO.

²⁴²⁸ CPra Bail-MARCHAND, N 38 ad art. 261 CO.

²⁴²⁹ CPra Bail-WESSNER, N 48 ad art. 257f CO et les réf.

²⁴³⁰ LACHAT (Bail), p. 947, N 1.3 et 967, N 4.6 ; CPra Actions II-BOHNET, § 20 N 20 ; CPra Bail-CONOD, N 10 ad art. 271a CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 124.

²⁴³¹ CPra Bail-CONOD, N 10 ad art. 271a CO.

²⁴³² ATF 136 III 190, consid. 2 ; 133 III 175, consid. 3.3.2, JdT 2008 I 314 ; BSK OR I-WEBER, N 3 ad art. 271/271a CO ; LACHAT (Bail), p. 958 s., N 4.1.1 ; CPra Bail-CONOD, N 11 ad art. 271 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 124.

congé²⁴³³. La loi précise un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le bailleur est considéré se comporter de mauvaise foi (art. 271a al. 1 et 2 CO) et des comportements du locataire excluant la mauvaise foi du bailleur dans certaines de ces hypothèses (art. 271a al. 3 CO). La liste de l'art. 271a CO énumère des situations dans lesquelles le bailleur est *préssumé* se comporter de mauvaise foi (de manière réfragable ou irréfragable). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive²⁴³⁴ : une résiliation qui ne tombe pas dans une des hypothèses énumérées à l'art. 271a al. 1 ou 2 CO peut être annulée sur la base de l'art. 271 al. 1 CO si elle est contraire à la bonne foi²⁴³⁵.

Déterminer si le bailleur a agi de mauvaise foi suppose de connaître les motifs qui l'ont amené à résilier le bail. À cette fin, l'art. 271 al. 2 CO prévoit que la résiliation doit être motivée si l'autre partie le demande. Cette disposition est censée éviter que le locataire doive contester le congé « à l'aveugle »²⁴³⁶. Toutefois, la résiliation du bail pour le prochain terme ordinaire n'exige pas de motif particulier²⁴³⁷. Contrairement à ce qui prévaut pour la hausse du loyer, la *validité* du congé (ordinaire) ne dépend pas de la communication des motifs de résiliation²⁴³⁸. L'absence de motivation – ou son caractère peu clair – peut cependant constituer un indice permettant de conclure à la mauvaise foi du bailleur. La motivation (par des motifs compréhensibles) du congé constitue donc une *incombance* du bailleur²⁴³⁹. 1276

Le bailleur est lié par les motifs de congé qu'il indique au locataire²⁴⁴⁰ : il peut les compléter, mais invoquer ultérieurement des motifs de congé autres que ceux indiqués initialement est exclu²⁴⁴¹. Lorsque le bailleur a donné plusieurs motifs de résiliation, il suffit qu'un d'entre eux ne soit pas contraire à la bonne foi pour que le congé soit admissible²⁴⁴². Contrairement à la motivation d'une 1277

²⁴³³ ATF 136 III 190, consid. 2 ; 133 III 175, consid. 3.3.2, JdT 2008 I 314 ; BSK OR I-WEBER, N 3 ad art. 271/271a CO ; ZK OR-HIGI, N 11 ad art. 271 CO.

²⁴³⁴ BSK OR I-WEBER, N 9 ad art. 271/271a CO ; LACHAT (Bail), p. 967 s., N 5.1.1 et note 120 ; BARBEY (Protection), N 9 ad art. 271-271a CO ; peu clair : CPra Bail-CONOD, N 1 ad art. 271a CO.

²⁴³⁵ CPra Bail-CONOD, N 1 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 9 ad art. 271-271a CO.

²⁴³⁶ CPra Bail-CONOD, N 28 ad art. 271 CO.

²⁴³⁷ ATF 145 III 143, consid. 3.1, JdT 2019 II 384 ; 138 III 59, consid. 2.1, JdT 2014 II 418 ; COLOMBINI, N 112.

²⁴³⁸ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 62 ad art. 271 CO ; CPra Bail-CONOD, N 29 ad art. 271 CO ; BARBEY (Protection), N 267 ad art. 271-271a CO.

²⁴³⁹ ATF 143 III 344, consid. 5.3.4 ; BSK OR I-WEBER, N 32 ad art. 271/271a CO ; ZK OR-HIGI, N 160 ad art. 271 CO.

²⁴⁴⁰ LACHAT (Bail), p. 956, N 3.9 ; CPra Bail-CONOD, N 41 ad art. 271 CO ; ZK OR-HIGI, N 120 ad art. 270 CO.

²⁴⁴¹ CPra Bail-CONOD, N 41 ad art. 271 CO.

²⁴⁴² CPra Bail-CONOD, N 44 ad art. 271 CO ; COLOMBINI, N 121 et les réf.

majoration du loyer, la motivation du congé n'est pas soumise à une condition de forme et peut ainsi être donnée par oral²⁴⁴³.

- 1278 Pour faire annuler un congé abusif, le locataire dispose de l'*action en contestation du congé*. Il s'agit d'une action formatrice (art. 87 CPC) : s'il donne gain de cause au demandeur, le tribunal prononce l'*annulation* de la résiliation²⁴⁴⁴. Le locataire doit agir dans les 30 jours dès la notification du congé devant l'autorité de conciliation (art. 273 al. 2 CO) du lieu de situation de l'objet loué (art. 33 CPC). Les questions de preuve qui se posent dans cette action feront l'objet d'une analyse dans le chapitre 2 ci-après.

1.2. La prolongation du bail

- 1279 En plus de la possibilité de faire annuler les congés contraires à la bonne foi, les locataires de locaux commerciaux et d'habitation peuvent demander une *prolongation du bail* (art. 272 CO et 272a CO). À l'échéance de la durée de la prolongation, une deuxième prolongation du bail, à des conditions plus restrictives, est possible. La durée maximale de(s) prolongation(s) du bail est de quatre ans pour les locaux d'habitation et de six ans pour les locaux commerciaux (art. 272b CO)²⁴⁴⁵.
- 1280 Cette institution a pour but de remédier aux conséquences pénibles que la fin du bail aurait pour le locataire et les membres de sa famille²⁴⁴⁶. Elle permet de donner plus de temps au locataire pour trouver une solution de remplacement ou à tout le moins d'adoucir ainsi les circonstances pénibles résultant de la fin du contrat de bail selon les règles ordinaires²⁴⁴⁷. On ne saurait en conclure que toute prolongation est exclue lorsqu'il n'existe aucune perspective de trouver des locaux²⁴⁴⁸. En revanche, le but de la disposition n'est pas de faire profiter un locataire un maximum de temps d'un style de vie particulier ou de conditions particulièrement avantageuses²⁴⁴⁹.

²⁴⁴³ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 63 ad art. 271 CO ; ZK OR-HIGI, N 162 ad art. 270 CO.

²⁴⁴⁴ BSK OR I-WEBER, N 1a ad art. 271/271a CO ; CPra Actions II-BOHNET, § 20 N 6.

²⁴⁴⁵ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 131.

²⁴⁴⁶ LACHAT (Bail), p. 994, N 1.1 ; CPra Actions II-BOHNET, § 20 N 2 ; CPra Bail-CONOD, N 7 ad art. 272 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 131.

²⁴⁴⁷ ATF 142 III 336, consid. 5.3.1 ; 125 III 226, consid. 4b ; 116 II 446, consid. 3b ; LACHAT (Bail), p. 993, N 1.1 ; CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 7.

²⁴⁴⁸ ATF 116 II 446, consid. 3b.

²⁴⁴⁹ BSK OR I-WEBER, N 3 ad art. 272 CO ; SVIT K.-HULLIGER, N 12 ad art. 272 CO ; CPra Bail-CONOD, N 7 ad art. 272 CO ; LACHAT, (Bail), p. 1001, N 3.2 ; ZK OR-HIGI, N 19 ad art. 272 CO.

- La décision au sujet de la prolongation du bail suppose une pesée des intérêts par le tribunal. L'art. 272 al. 2 CO prévoit une liste non exhaustive de critères que l'autorité compétente prendra en considération dans cette pesée des intérêts. 1281
- Les tribunaux de première instance disposent d'un large pouvoir d'appréciation. Le Tribunal fédéral ne contrôle qu'avec réserve une décision prise dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation. Il intervient lorsque la juridiction cantonale s'écarte sans raison des règles établies en la matière par la doctrine et la jurisprudence, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération. En outre, le Tribunal fédéral revoit les décisions rendues en application d'un pouvoir d'appréciation uniquement lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante²⁴⁵⁰. 1282
- Pour demander la prolongation du bail, le locataire peut agir par *l'action en prolongation du bail*. Il doit agir dans les 30 jours dès la notification du congé s'agissant d'un contrat à durée indéterminée (art. 273 al. 2 let. a CO) ; lorsqu'il demande la prolongation d'un contrat à durée déterminée, il doit agir 60 jours précédant la fin du contrat (art. 273 al. 2 let. b CO). À l'instar de l'action en contestation du congé, il s'agit d'une action formatrice (art. 87 CPC)²⁴⁵¹ : si le locataire obtient gain de cause, le tribunal prolonge la durée du bail. 1283
- La question de la prolongation du bail peut même se poser alors que le locataire ne requiert pas expressément une telle prolongation : si le locataire demande l'annulation du congé et que l'autorité compétente (tribunal ou autorité de conciliation) la refuse, celle-ci doit examiner d'office si les conditions pour une prolongation du bail sont réalisées (art. 273 al. 5 CO). Il s'agit là d'une exception à la maxime de disposition²⁴⁵², puisqu'il est possible que le tribunal alloue au locataire d'office une chose (en l'occurrence : une prolongation du bail) qu'il n'a pas demandée. 1284
- Les questions de preuve qui se posent dans l'action en prolongation du bail feront l'objet d'une analyse dans le chapitre 3 ci-après. 1285

²⁴⁵⁰ ATF 135 III 121 consid. 2 ; TF, arrêt du 17.01.2017, 4A_346/2016, consid. 4 ; voir aussi : ATF 138 III 252 consid. 2.1 p. 254 ; 136 III 278 consid. 2.2.

²⁴⁵¹ CPra Actions II-BOHNET, § 20N 6.

²⁴⁵² Cf. ci-dessus, N 135.

1.3. Le congé extraordinaire

- 1286 Le bailleur peut prononcer un congé *extraordinaire* en cas de non-paiement du loyer (art. 257d CO), de la violation grave de l'obligation de diligence (art. 257f al. 3 et 4 CO), de besoin propre urgent en cas de changement de propriétaire (art. 261 al. 2 let. a CO), de justes motifs (art. 266g CO) ainsi que de la faillite du locataire (art. 266h CO). Quant au locataire, ce dernier peut résilier de manière anticipée le bail en cas de défaut de la chose louée (art. 259b let. a CO), également pour de justes motifs (art. 266g CO) et en cas de sursis concordataire (art. 297a LP)²⁴⁵³.

Savoir si ces articles règlent de manière exhaustive les hypothèses dans lesquelles le bailleur peut prononcer un congé extraordinaire ou non est toujours controversé. Le Tribunal fédéral considère que le bailleur peut, en dehors du champ d'application des dispositions sur le congé extraordinaire en bail, également résilier le bail de manière extraordinaire en application de l'art. 107 al. 2 CO, en particulier en cas de non-respect de clauses destinées à délimiter les activités qui seront admises dans des locaux commerciaux. À défaut de cette possibilité, une sanction de la violation de ces clauses ne pourrait intervenir qu'en vertu de l'art. 257f al. 3 CO, soit si la continuation du contrat devient objectivement insupportable pour le bailleur, ce qui, toutefois, en pratique, ne sera que rarement le cas²⁴⁵⁴. Cette jurisprudence est en particulier critiquée par LACHAT, qui considère que cette possibilité ouverte par le Tribunal fédéral permettrait au bailleur de résilier le bail pour la violation d'obligations secondaires, ce qui s'écarterait manifestement du sens de la loi²⁴⁵⁵.

- 1287 L'analyse des questions de preuve au sujet de toutes ces causes dépasserait le cadre de la présente thèse. Nous nous limiterons dès lors à deux de ces causes, à savoir la violation grave de l'obligation de diligence (1.3.1.) et les justes motifs (1.3.2.). Les notions de « violation grave », d'« obligation de diligence » ainsi que de « justes motifs » étant indéterminées, l'application de ces causes de résiliation extraordinaire est plus problématique. Ces causes de résiliation extraordinaire méritent dès lors une analyse détaillée.

²⁴⁵³ LACHAT (Bail), p. 930, N 1.4 et note 1 ; cet auteur considère que le droit des héritiers de mettre fin au bail du de cuius (art. 266i CO) constituerait également un cas de résiliation extraordinaire ; toutefois, dans la mesure où les héritiers peuvent résilier le contrat « en observant le délai de congé légal pour le prochain terme légal », il ne s'agit à notre sens pas réellement d'un congé extraordinaire.

²⁴⁵⁴ ATF 132 III 109, consid. 5 ; TF, arrêt du 21.10.2016, 4A_344/2016, consid. 1.

²⁴⁵⁵ LACHAT (Bail), p. 864 s., N 1.3.

1.3.1. Violation du devoir de diligence

La violation persistante de l'obligation de diligence par le locataire donne au bailleur le droit de mettre fin au contrat de manière anticipée (art. 257f al. 3 CO). La résiliation pour violation du devoir de diligence suppose la réalisation des cinq conditions cumulatives suivantes²⁴⁵⁶: 1288

- une violation du devoir de diligence incombant au locataire ;
- un avertissement écrit préalable du bailleur ;
- la persistance du locataire à ne pas respecter son devoir en relation avec le manquement évoqué par le bailleur dans sa protestation ;
- le caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur ;
- le respect d'un préavis de trente jours pour la fin d'un mois.

Si le locataire cause volontairement un préjudice grave à l'objet loué, le bailleur peut résilier le contrat de bail avec effet immédiat et sans avertissement (art. 257f al. 4 CO) (p. ex. le locataire cause volontairement un incendie²⁴⁵⁷). 1289

Selon l'art. 257f al. 1 et 2 CO, le locataire doit user de la chose avec le soin nécessaire et avoir pour les personnes habitant la maison et les voisins les égards qui leur sont dus. En réalité, le libellé de ces dispositions est trop restrictif²⁴⁵⁸. Le devoir de diligence constitue une règle générale obligeant le locataire à ne pas endommager l'objet loué ou les installations y présentes, ni modifier l'objet loué sans le consentement du bailleur ni réduire la valeur de l'objet loué²⁴⁵⁹. 1290

Dans l'utilisation de la chose louée, le locataire doit respecter une multitude de règles légales et contractuelles ; ceux-ci définissent son obligation de diligence²⁴⁶⁰. Il doit en particulier respecter l'usage de la chose prévue dans le contrat²⁴⁶¹. Une résiliation anticipée sur la base de l'art. 257f al. 3 CO peut donc intervenir notamment lorsque le locataire affecte la chose à une utilisation incompatible avec la convention des parties²⁴⁶². Ainsi, un local loué pour l'habitation ne saurait être utilisé pour exercer la prostitution, qui constitue une activité lucrative²⁴⁶³. De même, un local loué comme café-restaurant ne saurait être 1291

²⁴⁵⁶ TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_476/2015, consid. 4.2 ; TF, arrêt du 04.02.2014, 4A_457/2013, consid. 2.

²⁴⁵⁷ CPra Bail-WESSNER, N 40 ad art. 257f CO.

²⁴⁵⁸ ATF 132 III 109, consid. 5 ; 123 III 124, consid. 2a.

²⁴⁵⁹ BK OR-GIGER, N 8 ad art. 257f CO ; WESSNER, N 1 ; critique à ce sujet : VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 315 ss et 949 ss.

²⁴⁶⁰ CPra Bail-WESSNER, N 2 ad art. 257f CO.

²⁴⁶¹ ATF 132 III 109, consid. 5 ; 123 III 124, consid. 2a.

²⁴⁶² ATF 132 III 109 consid. 2 ; 123 III 124 consid. 2a.

²⁴⁶³ TF, arrêt du 06.10.2010, 4A_429/2010, consid. 2.2.

affecté à l'exploitation d'un bar à champagne sans le consentement du bailleur²⁴⁶⁴. Constituent d'autres exemples de violation du devoir de diligence fréquentes en pratique la sous-location non consentie ou dont les conditions ne sont pas communiquées²⁴⁶⁵ ou encore des rénovations ou modifications de l'objet loué sans le consentement écrit du bailleur (art. 260a al. 1 CO)²⁴⁶⁶.

- 1292 En ce qui concerne les égards envers les voisins, sont en particulier visées les nuisances telles que le bruit, les odeurs, la poussière, etc. Sur ce point, il peut être renvoyé au droit du voisinage, en particulier à l'art. 684 CC²⁴⁶⁷. Les limites de la tolérance dépendent de l'*usage local*, de la situation, de la nature et de l'affectation de l'immeuble. À ce sujet, les règles de droit public fédéral régissant la protection de l'environnement ainsi que les règles de droit public cantonal en matière d'aménagement du territoire, de construction, d'urbanisme et de police peuvent servir de « source d'inspiration » aux tribunaux²⁴⁶⁸.
- 1293 Savoir si la violation persistante du devoir de diligence rend la poursuite du contrat insupportable se détermine de manière objective²⁴⁶⁹. Le caractère insupportable de la poursuite du bail se détermine en équité, au vu des circonstances concrètes du contrat, comme p. ex. la situation personnelle des parties, la nature de l'immeuble et l'affectation du voisinage²⁴⁷⁰. Cela étant, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le caractère objectivement insupportable de la poursuite du contrat est donné en soi si le locataire fait un usage contraire à celui prévu dans le contrat²⁴⁷¹ ou qu'il sous-loue le local malgré le fait que le bailleur aurait eu des raisons de s'y opposer (art. 262 al. 2 let. b et c CO)²⁴⁷².
- 1294 Pour ce qui est de l'art. 257f al. 4 CO, cette disposition est en réalité également rédigée de manière trop restrictive. Elle permet de sanctionner toute violation grave du contrat de bail, donc non seulement le préjudice grave causé à la chose, mais également le manque d'égards grave envers les voisins, p. ex. si le locataire s'en prend physiquement à eux ou détruit un élément de leur propriété²⁴⁷³.

²⁴⁶⁴ TF, arrêt du 02.06.2008, 4A_127/2008, consid. 4.3.

²⁴⁶⁵ CPra Bail-WESSNER, N 34 et 39 ad art. 257f CO ; voir p. ex. : ATF 134 III 446, consid. 2.2 ; 134 III 300, consid. 3 et 4.

²⁴⁶⁶ ZK OR-HIGI/WILDISSEN, N 31 ad art. 260a CO ; CPra Bail-AUBERT, N 18 ad art. 260a CO.

²⁴⁶⁷ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 35 ad art. 257f CO ; CPra Bail-WESSNER, N 26 ad art. 257f CO.

²⁴⁶⁸ CPra Bail-WESSNER, N 27 ad art. 257f CO ; BK OR-GIGER, N 58 s. ad art. 257f CO.

²⁴⁶⁹ CPra Bail-WESSNER, N 27 ad art. 257f CO ; BK OR-GIGER, N 71 ad art. 257f CO.

²⁴⁷⁰ LACHAT (Bail), p. 889, N 3.1.10 ; SVIT K.-REUDT, N 41 s. ad art. 257f CO ; CPra Bail-WESSNER, N 38 ad art. 257f CO ; BK OR-GIGER, N 75 ad art. 257f CO ; ZK OR-HIGI, N 59 s. ad art. 257f CO.

²⁴⁷¹ ATF 132 III 109 consid. 5.

²⁴⁷² ATF 134 III 446, consid. 2.2 ; 134 III 300, consid. 3 et 4.

²⁴⁷³ ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, N 78 ad art. 257f CO ; SVIT K.-REUDT, N 48 ad art. 257f CO ; CPra Bail-WESSNER, N 38 ad art. 257f CO ; BK OR-GIGER, N 83 ad art. 257f CO.

1.3.2. Justes motifs

Selon l'art. 266g al. 1 CO, une partie peut résilier le bail à n'importe quel moment si, pour de justes motifs, l'exécution du contrat devient intolérable pour elle. Elle doit toutefois observer le délai légal de congé (soit 3 mois pour des locaux d'habitation, de six mois pour les locaux commerciaux et de deux semaines pour des chambres meublées : art. 266c à 266e CO)²⁴⁷⁴. 1295

Contrairement à l'art. 257f CO, l'art. 266g CO ne vise pas des cas de violation du contrat, mais *de changements imprévisibles et extraordinaires* dans la situation générale ou dans la personne du cocontractant. Il s'agit ainsi d'un cas d'application de la *clausula rebus sic stantibus* et donc du principe de la bonne foi de l'art. 2 CC²⁴⁷⁵. 1296

Savoir si un certain changement est imprévisible et extraordinaire et rend intolérable la continuation de la relation contractuelle se détermine en fonction des circonstances concrètes et constitue une décision en équité (art. 4 CC)²⁴⁷⁶. Le caractère intolérable de la poursuite du contrat doit également se déterminer de manière objective²⁴⁷⁷. 1297

Peuvent entrer en ligne de compte comme changements imprévisibles des situations générales exceptionnelles telles qu'une guerre ou une grave crise économique²⁴⁷⁸. En pratique, ce ne sont cependant pas ces motifs-là pour lesquels les parties prononcent une résiliation au sens de l'art. 266g CO, mais des motifs résidant dans la situation personnelle ou économique d'une des parties ou des relations entre elles²⁴⁷⁹. 1298

Une résiliation pour justes motifs justifiée met fin au contrat, mais contrairement aux autres formes de résiliation, la partie qui prononce la résiliation est obligée d'indemniser l'autre (art. 266g al. 2 CO). Le tribunal apprécie en fonction des circonstances du cas d'espèce, mais dans le cadre des principes des art. 43 s. et 99 CO²⁴⁸⁰. Il se fondera donc sur l'intérêt – positif – à l'exécution du contrat²⁴⁸¹. Si le bailleur résilie pour de justes motifs, les postes du dommage 1299

²⁴⁷⁴ SVIT K.-MÜLLER, N 39 ad art. 266g CO ; CPra Bail-WESSNER, N 31 ad art. 266g CO.

²⁴⁷⁵ LACHAT (Bail), p. 911, N 5.1 ; BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 266g CO ; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 219 et 314 ; ZK OR-HIGI, N 6 ad art. 266g CO.

²⁴⁷⁶ LACHAT (Bail), p. 914, N 5.6 ; CPra Bail-WESSNER, N 17 ad art. 266g CO ; ZK OR-HIGI, N 30 ad art. 266g CO.

²⁴⁷⁷ ZK OR-HIGI, N 31 ad art. 266g CO.

²⁴⁷⁸ LACHAT (Bail), p. 913, N 5.5 ; SVIT K.-MÜLLER, N 21 ad art. 266g CO ; CPra Bail-WESSNER, N 17 ad art. 266g CO ; ZK OR-HIGI, N 45 ad art. 266g CO.

²⁴⁷⁹ CPra Bail-WESSNER, N 26 ss ad art. 266g CO ; ZK OR-HIGI, N 46 ss ad art. 266g CO.

²⁴⁸⁰ BSK OR I-WEBER, N 9 ad art. 266g CO ; CPra Bail-WESSNER, N 41 ad art. 266g CO ; SVIT K.-MÜLLER, N 43 ad art. 266g CO.

²⁴⁸¹ CPra Bail-WESSNER, N 42 ad art. 266g CO.

entrant en ligne de compte pour le locataire sont en particulier les frais de déménagement et un éventuel loyer plus élevé si le locataire n'arrive pas à trouver un local équivalent au même loyer²⁴⁸². Le locataire supporte le fardeau de la preuve pour le dommage dont il réclame l'indemnisation²⁴⁸³.

1.4. La nullité et l'inefficacité du congé

- 1300 Le congé – tant ordinaire qu'extraordinaire – est soumis à certaines conditions de forme (art. 266*l* à 266*n* CO), dont en particulier, pour le bailleur, l'incombeance d'utiliser la formule officielle (art. 266*l* al. 2 CO). Si ces conditions de forme ne sont pas réalisées, le congé est *nul* (art. 266*o* CO). Le tribunal peut constater d'office la nullité d'un congé²⁴⁸⁴.
- 1301 Le congé extraordinaire prononcé alors que les conditions ne sont pas réalisées est frappé d'*inefficacité*²⁴⁸⁵. Il s'agit d'une forme de nullité²⁴⁸⁶. Partant, dans les lignes qui suivent, le terme « nullité du congé » inclut son inefficacité. Notons que, de manière contraire à la logique du système, le congé anticipé en cas de besoin propre urgent du nouveau propriétaire (art. 261 al. 2 let. a CO) est *annulable*. Ainsi, lorsque les conditions pour procéder au congé anticipé ne sont pas réalisées (notamment que le bailleur ne dispose pas d'un besoin propre urgent), le congé n'est pas inefficace²⁴⁸⁷.
- 1302 En plus des motifs de nullité susmentionnés, d'autres motifs, non expressément nommés par la loi, sont envisageables, tels que le congé donné par un tiers, le congé d'une relation contractuelle qui n'a jamais existé ou qui a déjà pris ou le congé jamais notifié²⁴⁸⁸.
- 1303 La partie qui estime qu'un congé est nul peut agir par l'action en constatation de la nullité du congé. Il s'agit d'une action en constat au sens de l'art. 88 CPC²⁴⁸⁹, plus précisément une action en constatation négative, visant à faire déclarer que les conditions de la résiliation n'étaient pas réunies²⁴⁹⁰. Le

²⁴⁸² ZK OR-HIGI, N 82 ad art. 266*g* CO.

²⁴⁸³ ZK OR-HIGI, N 81 ad art. 266*g* CO.

²⁴⁸⁴ CPra Bail-MONTINI, N 6 ad art. 266*o* CO ; CPra Actions II-BOHNET, § 21 N 1 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 124.

²⁴⁸⁵ ATF 135 III 441, consid. 3.1 ; 121 III 156, consid. 1c ; LACHAT (Bail), p. 951, N 2.6.

²⁴⁸⁶ LACHAT (Bail), p. 951, N 2.6.

²⁴⁸⁷ ATF 142 III 336, consid. 5.2.4 ; BSK OR I-WEBER, N 11 ad art. 261 CO ; CPra Bail-MARCHAND, N 38 ad art. 261 CO ; *contra* : LACHAT (Bail), p. 904, N 4.2.7.

²⁴⁸⁸ Pour des hypothèses, voir CPra Bail-MONTINI, art. 266*o* CO N 29 ss.

²⁴⁸⁹ CPra Actions II-BOHNET, § 21 N 3.

²⁴⁹⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 117.

congé nul ou inefficace ne déploie aucun effet. Il est juridiquement inexistant²⁴⁹¹. Les intéressés peuvent s'adresser en tout temps au tribunal pour faire constater la nullité ou l'inefficacité du congé²⁴⁹². Dans certaines circonstances, non seulement les parties au contrat, mais également son conjoint ou partenaire enregistré dispose de la qualité pour agir²⁴⁹³. Les questions de preuve qui se posent dans l'action en constatation de la nullité du congé feront l'objet d'une analyse dans le chapitre 4 ci-après. À l'instar de ce qui prévaut pour l'action en annulation du congé²⁴⁹⁴, nous nous limiterons cependant à l'analyse de la situation dans laquelle le locataire agit en constatation de la nullité, cette hypothèse étant largement plus fréquente en pratique.

À l'instar des règles sur la fixation du loyer, le législateur poursuit, par les règles en matière de congé, un but de protection sociale : le locataire est considéré comme partie faible au contrat : le logement étant un besoin indispensable de l'individu et le local commercial nécessaire à l'acquisition des moyens de sa subsistance, un locataire dispose d'un pouvoir de négociation plus faible que son bailleur. De plus, les locataires disposent souvent de ressources financières plus limitées que les bailleurs et, en particulier pour les locaux d'habitation, sont rarement rompus aux affaires²⁴⁹⁵. Les règles permettent également de combattre les effets négatifs de la spéculation immobilière, en particulier les congés-ventes (qui constituent un cas de congé abusif selon l'art. 271a al. 1 let. c CO)²⁴⁹⁶.

1304

²⁴⁹¹ CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 114 ; ZK OR-HIGI, art. 266o CO N 6.

²⁴⁹² CPra Actions II-BOHNET, § 21 N 1 ; CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 114.

²⁴⁹³ ATF 136 III 431, consid. 3.1 ; 118 II 168, consid. 2 ; CPra Actions II-BOHNET, § 76 N 15.

²⁴⁹⁴ Cf. ci-dessus, N 1274.

²⁴⁹⁵ LACHAT (Bail), p. 947, N 1.2 ; ZK OR-HIGI, N 50 ss intro. ad art. 271-273c CO.

²⁴⁹⁶ LACHAT (Bail), p. 947, N 1.2.

Chapitre 2 : La contestation de la résiliation

2.1. Objet de la preuve

2.1.1. Faits pertinents

La loi fait dépendre le droit du locataire à l'annulation de la résiliation du bail de différentes conditions. L'annulation de la résiliation suppose la présence de deux conditions matérielles : le prononcé d'un *congé ordinaire* ainsi que la *mauvaise foi* du bailleur. Dans le cadre d'une action en contestation de la résiliation, sont dès lors pertinents les faits dont il découle qu'une résiliation ordinaire a été prononcée (2.1.1.1.) et que le bailleur l'a prononcée de mauvaise foi (2.1.1.2.). L'annulation de la résiliation suppose en outre que certaines conditions formelles soient réunies (2.1.1.3.). 1305

2.1.1.1. Congé ordinaire

Le but de l'action étant l'annulation de la résiliation (art. 271 al. 1 CO), le prononcé d'une *résiliation* est une condition *sine qua non* pour que prenne naissance le droit du demandeur à l'annulation de la résiliation²⁴⁹⁷. 1306

Il doit en principe s'agir d'une résiliation *ordinaire*, le congé extraordinaire entaché d'un vice étant inefficace et partant nul²⁴⁹⁸. Seul un contrat de durée indéterminée peut faire l'objet d'une résiliation ordinaire. La fin ordinaire d'un contrat de durée *déterminée* est l'expiration de la durée convenue (art. 255 al. 2 et 266 CO)²⁴⁹⁹. L'action en contestation du congé suppose par conséquent que le locataire et le bailleur soient liés par un *contrat de durée indéterminée*. 1307

La conclusion d'un contrat de durée déterminée peut constituer une fraude à la loi si le bailleur a en réalité l'intention de s'engager pour une durée indéterminée, mais que le choix de conclure un contrat de durée déterminée sert à contourner des règles impératives protégeant le locataire. Il en va ainsi lorsque plusieurs contrats de durée déterminée, portant sur le même objet, sont conclus de manière successive avec le même locataire. Toutefois, la conclusion de contrats « en chaîne » n'est pas interdite et il incombe au locataire

²⁴⁹⁷ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 12 ss ad art. 271 CO ; CPra Bail-CONOD, N 2 ad art. 271 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 124 ; ZK OR-HIGI, art. 271 CO N 36.

²⁴⁹⁸ Cf. ci-dessus, N 1301.

²⁴⁹⁹ Cf. ci-dessus, N 1269.

de prouver que le bailleur voulait éluder la loi²⁵⁰⁰. Si tel est le cas, les règles qui prévalent pour des contrats conclus pour une durée indéterminée, notamment la possibilité de contester une non-prolongation du contrat au même titre qu'une « résiliation ordinaire », sont applicables.

- 1308 De manière générale, une résiliation est la déclaration d'une des parties de mettre fin à un contrat de durée²⁵⁰¹. Lorsque le congé est donné par le bailleur, ce dernier doit utiliser la formule officielle agréée par le canton (art. 266/ al. 2 CO), faute de quoi le congé est nul (art. 266o CO). Si le congé attaqué est en réalité nul parce que le bailleur n'a pas utilisé la formule officielle, il est inexistant et l'action n'a plus d'objet²⁵⁰². Ceci vaut également pour d'autres résiliations nulles²⁵⁰³. Le constat de la nullité se fait à titre préalable par le tribunal²⁵⁰⁴.

À notre sens, la question de savoir si une certaine déclaration du bailleur – par hypothèse peu claire – exprime sa volonté de mettre fin au contrat et doit être interprétée comme une résiliation ne se pose dès lors pas. Soit le bailleur signe et envoie le formulaire officiel de résiliation, auquel cas il déclare résilier, soit il ne l'utilise pas, auquel cas aucune résiliation n'est prononcée.

- 1309 En pratique, l'action en constatation de la nullité du congé²⁵⁰⁵ et celle en annulation du congé sont souvent intentées en même temps²⁵⁰⁶.

2.1.1.2. Mauvaise foi du bailleur

- 1310 Le congé est annulable s'il contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO). Est contraire au principe de la bonne foi toute résiliation qui ne repose sur aucun intérêt digne de protection, qui consacre une attitude déloyale, qui résulte d'une disproportion manifeste entre les intérêts en présence ou dont le motif est manifestement un prétexte²⁵⁰⁷.
- 1311 Décider si un congé est contraire à la bonne foi suppose de connaître *l'ensemble des circonstances de la cause*²⁵⁰⁸. Celles-ci sont donc, en principe, pertinentes.

²⁵⁰⁰ ATF 139 III 145, consid. 4.2.4 et les réf. ; TF, arrêt du 12.04.2019, 4A_598/2018, consid. 4.1.4.

²⁵⁰¹ CALAMO, p. 116 s.

²⁵⁰² ZK OR-HIGI, art. 271 CO N 36.

²⁵⁰³ Concernant la nullité de la résiliation, cf. ci-dessous, N 1422 ss.

²⁵⁰⁴ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 14 ad art. 271 CO.

²⁵⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 1422 ss.

²⁵⁰⁶ Voir p. ex. CPra Actions II-BOHNET, § 21 N 21 s.

²⁵⁰⁷ LACHAT (Bail), p. 959 N 4.1.3 ; CPra Bail-CONOD, N 12 ad art. 271 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 124.

²⁵⁰⁸ LACHAT (Bail 2008), p. 738, N 4.8.

L'élément déterminant est le plus souvent le *motif du congé*²⁵⁰⁹ ; il suppose de connaître l'intention du bailleur²⁵¹⁰, élément qui, en principe, n'est pas susceptible de preuve directe et doit être prouvé par indices²⁵¹¹. L'absence de motivation du congé peut être un indice pour le caractère contraire à la bonne foi de la résiliation²⁵¹². Il convient également de tenir compte de l'historique des relations contractuelles²⁵¹³.

Comme mentionné ci-dessus²⁵¹⁴, le Code dresse, à l'art. 271a al. 1 CO, une liste de situations « typiques » de résiliations prononcées par le bailleur et contraires à la bonne foi. Dans ces hypothèses, la mauvaise foi du bailleur est *présumée*. Il s'agit du congé donné au locataire parce qu'il fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du bail (let. a), dans le but d'imposer une modification unilatérale du bail défavorable au locataire ou une adaptation de loyer (let. b), seulement dans le but d'amener le locataire à acheter l'appartement loué (let. c), pendant une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire en rapport avec le bail (let. d), dans les trois ans à compter de la fin d'une procédure de conciliation ou d'une procédure judiciaire au sujet du bail, à certaines conditions (let. e) ainsi qu'en raison de changements dans la situation familiale du locataire, sans qu'il en résulte des inconvénients majeurs pour le bailleur (let. f). Les motifs des lettres d et e dépassent cependant le cadre de la contrariété à la bonne foi²⁵¹⁵.

1312

Un congé peut également être annulable s'il ne rentre dans aucune des hypothèses prévues à l'art. 271a CO. À ce moment-là, l'annulabilité sera fondée sur l'art. 271 CO directement²⁵¹⁶. Peut être contraire au principe de la bonne foi, selon les circonstances, la résiliation motivée par le fait que le bailleur souhaite vendre l'objet loué et que la résiliation lui permet de réaliser un meilleur prix²⁵¹⁷. Il en va de même lorsque le bailleur résilie le bail parce qu'il pourrait obtenir un loyer plus élevé par un autre locataire²⁵¹⁸ ou parce qu'il souhaite procéder à la rénovation de l'objet loué²⁵¹⁹.

1313

²⁵⁰⁹ BARBEY (Protection), N 315 art. 271-271a CO.

²⁵¹⁰ BARBEY (Protection), N 12 art. 271-271a CO.

²⁵¹¹ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 50 ad art. 271 CO.

²⁵¹² ATF 145 III 143, consid. 3.1, JdT 2019 II 384 ; 143 III 344, consid. 5.3.4.

²⁵¹³ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 50 ss ad art. 271 CO.

²⁵¹⁴ Cf. ci-dessus, N 1275.

²⁵¹⁵ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 271/271a CO ; ZK OR-HIGI, N 9 ad art. 271a CO.

²⁵¹⁶ Cf. ci-dessus, N 1275.

²⁵¹⁷ Pour plus de précisions, cf. : CPra Bail-CONOD, N 19 ad art. 271 CO et les réf.

²⁵¹⁸ Pour plus de précisions, cf. : CPra Bail-CONOD, N 18 ad art. 271 CO et les réf.

²⁵¹⁹ À ce sujet, cf. ci-dessus, N 1318 ss.

1314 Traiter de toutes les hypothèses de contrariété à la bonne foi dépasserait le cadre de la présente thèse. L'analyse se concentrera dès lors sur trois hypothèses, dont deux prévues expressément à l'art. 271a CO et une découlant de la clause générale de l'art. 271 CO :

- Le *congé de représailles* (art. 271a al. 1 let. a CO) est le cas typique de congé contraire à la bonne foi : la résiliation est motivée par le désir du bailleur de se *venger*. Or la vengeance n'est pas un motif de résiliation conforme au principe de la bonne foi²⁵²⁰, la partie qui résilie par vengeance ne défendant aucun intérêt objectif et digne de protection. L'hypothèse visée par la loi est celle du bailleur souhaitant se venger pour le fait que locataire fasse valoir des droits découlant du bail²⁵²¹. Fréquente en pratique, il y a lieu de l'analyser dans la présente thèse (2.1.1.2.1.).
- Le *congé vente* (art. 271a al. 1 let. c CO) constitue une situation particulière de *pression* exercée par le bailleur sur le locataire, à savoir celle de résilier le bail afin de « pousser » le locataire à acheter l'objet loué. Introduit expressément pour combattre un problème particulièrement répandu en Suisse romande et supposant la preuve – particulièrement délicate – du lien entre une offre de vente et la résiliation, il y a lieu de procéder à une analyse plus profonde des questions de preuve au sujet de cette cause d'annulation de la résiliation (2.1.1.2.2.).
- Le *congé rénovation* constitue un cas d'application « direct » de l'art. 271 CO. Il s'agit du congé donné par le bailleur afin de rénover l'objet loué et de le louer ensuite à de meilleures conditions²⁵²². Il est *a priori* licite, mais uniquement à condition que certaines conditions, développées et précisées par la doctrine et la jurisprudence, soient réalisées (2.1.1.2.3.).

2.1.1.2.1. Congé de représailles

1315 Le législateur a introduit dans la loi une présomption que le congé est donné de mauvaise foi si le bailleur le prononce parce que le locataire fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du bail (art. 271a al. 1 let. a CO). On peut penser p. ex. à un locataire qui demande une réduction du loyer suite à un défaut de l'objet loué qui se voit, pour cette raison, résilier son bail par le bailleur. Ainsi, la règle sert à empêcher que les locataires renoncent à faire valoir leurs droits

²⁵²⁰ BSK OR I-WEBER, N 11 ad art. 271/271a CO.

²⁵²¹ ZK OR-HIGI, N 21 ad art. 271a CO.

²⁵²² CPra Bail-CONOD, N 21 ad art. 271 CO.

de crainte de voir leur bail résilié par le bailleur²⁵²³. Une disposition avec le même but figurait déjà à l'AMSL, mais en la forme d'une disposition pénale (art. 31 AMSL). Pour que la contrariété à la bonne foi de la résiliation soit présumée pour le motif prévu à l'art. 271a al. 1 let. a CO, les faits suivants sont pertinents :

- *la revendication par le locataire d'une prétention qui découle du bail* : L'art. 271a let. a CO vise à permettre au locataire d'exprimer librement ses prétentions sans avoir à craindre une résiliation du bail²⁵²⁴. Constitue une « prétention » toute réclamation extrajudiciaire du locataire ayant sa source dans le contrat de bail ou le droit du bail (art. 253 ss CO ; OBLF)²⁵²⁵. Il n'est pas nécessaire que la prétention ait un caractère directement ou indirectement pécuniaire²⁵²⁶ : il peut ainsi s'agir p. ex. de la demande en diminution du loyer²⁵²⁷ tout autant que de la demande du locataire de locaux d'habitation de détenir un animal domestique²⁵²⁸ ou de sous-louer les locaux loués²⁵²⁹, mais pas p. ex. d'une « prétention » en création d'une chatière, puisqu'une telle prétention ne trouve aucun fondement dans la loi, ni, en l'occurrence, dans le contrat de bail²⁵³⁰.
- *la bonne foi du locataire* : par « bonne foi », il convient d'entendre la bonne foi subjective (art. 3 CC, *guter Glaube*, alors même que le texte allemand de l'art. 271a let. a CO parle à ce sujet de *Treu und Glauben*, donc de la bonne foi objective selon l'art. 2 al. 2 CC)²⁵³¹. La prétention du locataire ne doit pas être objectivement fondée ; il ne saurait être privé

²⁵²³ ZK OR-HIGI, N 21 ad art. 271a CO.

²⁵²⁴ LACHAT (Bail), p. 968, N 5.2.1 ; TF, arrêt du 02.02.2010, 4A_536/2009, consid. 2.6.

²⁵²⁵ CPra Bail-CONOD, N 4 ad art. 271a CO.

²⁵²⁶ CPra Bail-CONOD, N 4 ad art. 271a CO ; SVIT K.-FUTTERLIEB, N 5 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 55 ad et 60 ss art. 271a CO.

²⁵²⁷ ZK OR-HIGI, N 24 ad art. 271a CO.

²⁵²⁸ LACHAT (Bail), p. 969, N 5.2.3 ; CPra Bail-CONOD, N 4 ad art. 271a CO.

²⁵²⁹ ZK OR-HIGI, N 24 ad art. 271a CO.

²⁵³⁰ AppGer BS, arrêt du 25.12.2017, ZB.2017.37, consid. 3.2.

²⁵³¹ CPra Bail-CONOD, N 10 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 71 art. 271-271a CO ; TF, arrêt du 02.02.2010, 4A_536/2009, consid. 2.6 ; pour HIGI, il s'agit toutefois de la bonne foi objective et il considère que la notion « bonne foi » doit être interprétée de la même manière que dans l'art. 271 al. 1 CO ; par conséquent, la violation de la bonne foi par le locataire n'a pas à être manifeste pour renverser la présomption : ZK OR-HIGI, N 39 ad art. 271a CO.

de la protection puisqu'il n'a pas obtenu gain de cause au sujet des prétentions invoquées²⁵³² (p. ex. faute de connaissances juridiques suffisantes ou parce qu'il ne dispose pas des documents nécessaires)²⁵³³. N'est en revanche pas protégé le locataire qui connaissait l'inanité de ses actions ou qui persiste, une fois appris le caractère infondé de ses prétentions²⁵³⁴.

- *le lien de causalité naturelle entre ces éléments et la résiliation*²⁵³⁵ : aux termes du législateur, le congé est annulable lorsque le bailleur l'a donné *parce que* le locataire a fait valoir une prétention découlant du contrat de bail ; la prétention du locataire doit donc constituer la cause ayant amené le bailleur à résilier²⁵³⁶. Lié à l'intention du bailleur, ce lien se démontrera par indices, tels que la proximité temporelle entre le moment où le locataire fait valoir sa prétention et le moment où le bailleur prononce la résiliation²⁵³⁷. Ces deux éléments seront dès lors généralement pertinents.

2.1.1.2.2. Congé-vente

- 1316 Selon l'art. 271a al. 1 let. c CO est annulable le congé prononcé seulement dans le but d'amener le locataire à acheter l'appartement loué. Cette disposition, rajoutée au cours des débats parlementaires²⁵³⁸, a été introduite pour freiner les congés donnés par le bailleur afin d'amener le locataire à acheter l'objet du bail, particulièrement fréquents en Suisse romande²⁵³⁹. Constituent des faits pertinents au sens de cette disposition :

- *l'objet loué doit être un appartement destiné à l'habitation* : la doctrine majoritaire estime que la disposition s'applique uniquement aux « appartements » (« *Wohnungen* ») – soit les locaux d'habitation se trouvant

²⁵³² BSK OR I-WEBER, N 11 ad art. 271/271a CO ; LACHAT (Bail), p. 970, N 5.2.5 ; CPra Bail-CONOD, N 11 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 71 art. 271-271a CO ; ZK OR-HIGI, N 46 ad art. 271a CO.

²⁵³³ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 14 ad art. 271a CO et les réf.

²⁵³⁴ ATF 114 II 79, consid. 3b ; CPra Bail-CONOD, N 11 ad art. 271a CO.

²⁵³⁵ BSK OR I-WEBER, N 12 ad art. 271/271a CO ; SVIT K.-FUTTERLIEB, N 4 ss ad art. 271a CO ; CPra Bail-CONOD, N 3 ad art. 271a CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 124 ; ZK OR-HIGI, N 20 ss ad art. 271a CO.

²⁵³⁶ BARBEY (Protection), N 76 art. 271a CO ; dans ce sens aussi : SVIT K.-FUTTERLIEB, N 15 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 55 ad art. 271a CO.

²⁵³⁷ LACHAT (Bail), p. 969, N 5.2.4 ; CPra Bail-CONOD, N 12 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 76 ad art. 271-271a CO.

²⁵³⁸ Pour les travaux préparatoires, voir : BARBEY (Protection), N 164 ad art. 271a CO.

²⁵³⁹ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 20.

sur un bien-fonds qui comprend au moins deux logements²⁵⁴⁰ – et non à tous les locaux d’habitation²⁵⁴¹. La disposition n’est pas applicable aux locaux commerciaux²⁵⁴². Toutefois, même si l’objet loué ne se trouve pas dans le champ d’application de l’art. 271a al. 1 let. c CO, un congé-vente n’est pas admissible pour autant : forcer le locataire à acheter le local loué en résiliant le bail constitue un congé prononcé dans le but d’imposer une modification unilatérale du bail défavorable au locataire (art. 271a al. 1 let. b CO) ; le congé est donc annulable à ce titre²⁵⁴³.

- *l’intention du bailleur d’amener le locataire à acheter l’objet loué* : la disposition vise à sanctionner le bailleur qui pose son locataire devant le choix d’acheter l’appartement pris à bail ou de le quitter²⁵⁴⁴. Est déterminant de savoir si, au vu de toutes les circonstances du cas d’espèce, il convient de considérer que le locataire se trouvait sous pression du bailleur d’acheter le local loué²⁵⁴⁵. Cette condition suppose *l’offre du bailleur soumis au locataire d’acheter l’objet du bail* avant, en même temps ou postérieurement à la résiliation²⁵⁴⁶ ainsi que le *lien de causalité* entre l’offre et la résiliation²⁵⁴⁷. Le fait que le bailleur offre également ou exclusivement l’objet loué à d’autres acheteurs potentiels exclut l’application de l’art. 271a al. 1 let. c CO, puisque, dans ce cas, l’intention du bailleur porte essentiellement sur le fait de vendre l’objet loué – ce qui n’est pas de mauvaise foi – et non de profiter de la situation économiquement plus faible du locataire²⁵⁴⁸. Il est également sans pertinence de savoir si l’appartement a été offert à un prix conforme au prix du marché ou non²⁵⁴⁹. Le caractère excessif du prix peut cependant constituer un

²⁵⁴⁰ BARBEY (Protection), N 165 ad art. 271a CO.

²⁵⁴¹ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 27 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 100 ss ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 165 ad art. 271-271a CO ; *contra* : LACHAT (Bail), p. 972 s., N 5.4.2 ; peu clair : CPra Bail-CONOD, N 20 ad art. 271a CO.

²⁵⁴² SVIT K.-FUTTERLIEB, N 27 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 101 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 166 ad art. 271a CO.

²⁵⁴³ BSK OR I-WEBER, N 17 ad art. 271/271a CO ; LACHAT (Bail), p. 972 s., N 5.4.2 ; dans ce sens aussi : ZK OR-HIGI, N 98 ad art. 271a CO.

²⁵⁴⁴ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 20 ; LACHAT (Bail), p. 970, N 5.2.5.

²⁵⁴⁵ ZK OR-HIGI, N 113 ad art. 271a CO.

²⁵⁴⁶ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 28 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 113 ad art. 271a CO.

²⁵⁴⁷ LACHAT (Bail), p. 973 s., N 5.4.5 ; SVIT K.-FUTTERLIEB, N 28 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 110 ad art. 271a CO.

²⁵⁴⁸ ZK OR-HIGI, N 115 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 168 art. 271-271a CO.

²⁵⁴⁹ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 28 ad art. 271a CO ; CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 20 ; BARBEY (Protection), N 168 ad art. 271-271a CO.

indice à prendre en considération pour déterminer s'il y a un lien de causalité entre la résiliation et l'offre de vente de l'appartement²⁵⁵⁰.

- 1317 Les cas d'application du congé-vente sont plutôt rares, et celles dans lesquels le locataire obtient gain de cause le sont encore davantage. Le champ d'application de la norme est en effet relativement restreint, dans la mesure où elle vise uniquement l'hypothèse dans laquelle le bailleur n'offre l'objet loué qu'au locataire²⁵⁵¹. Les locataires qui invoquent le congé de représailles échouent en effet souvent parce que le bailleur a offert le même logement à d'autres personnes également²⁵⁵².

2.1.1.2.3. Congé-rénovation

- 1318 Le Tribunal fédéral a fixé, dans sa jurisprudence, les conditions auxquelles le congé-rénovation est admissible, puisque le bailleur, lorsqu'il procède à de vastes travaux de rénovation qui entravent de manière considérable l'usage de l'objet loué, dispose d'un intérêt digne de protection de résilier le bail pour procéder plus rapidement et à moindre coût aux travaux plutôt que d'attendre que la rénovation s'étende sur une longue durée et au prix d'une réduction du loyer ; si ces conditions ne sont pas réalisées, le congé est contraire à la bonne foi et pourra être annulé (art. 271 al. 1 CO)²⁵⁵³. Cela étant, la ferme intention générale de transformer et rénover les immeubles ne saurait être considérée comme déterminante. Le projet doit présenter une réalité tangible²⁵⁵⁴. Pour être admissible, un congé-rénovation doit présenter les caractéristiques suivantes :

- il doit s'agir de *vastes travaux d'assainissement*, soit de travaux dans le cadre desquels il est p. ex. procédé au remplacement de toute la tuyauterie, des revêtements de sol et des murs et à la modification du plan des appartements ; ainsi, le simple remplacement des installations de la salle de bains et de la cuisine ne justifie pas une résiliation²⁵⁵⁵.
- leur *réalisation est uniquement possible si les locaux sont vides ou la présence du locataire entraîne des complications, des coûts supplémentaires ou prolonge la durée des travaux*²⁵⁵⁶ ;

²⁵⁵⁰ LACHAT (Bail), p. 973, note 158 ; ZK OR-HIGI, N 114 ad art. 271a CO.

²⁵⁵¹ CPra Bail-CONOD, N 23 ad art. 271a CO.

²⁵⁵² CJ GE, arrêts du 03.12.2018, ACJC/1676/2018, consid. 3.2, du 28.04.2014, ACJC/501/2014, consid. 4.4.1, ainsi que du 30.08.2013, ACJC/1022/2013, consid. 4.1.

²⁵⁵³ ATF 142 III 91, consid. 3.2.1, DB 2016 N 23, JdT 2017 II 220 ; 140 III 496, consid. 4.1 ; 135 III 112, consid. 4.2, JdT 2009 I 491 ; CPra Bail-CONOD, N 21 ad art. 271 CO.

²⁵⁵⁴ ATF 140 III 496, consid. 4.1 et 4.2.

²⁵⁵⁵ ATF 135 III 112, consid. 4.2, JdT 2009 I 491.

²⁵⁵⁶ ATF 142 III 91, consid. 3.2.1, DB 2016 N 23, JdT 2017 II 220 ; 140 III 496, consid. 4.1 ; 135 III 112, consid. 4.2, JdT 2009 I 491 ; CPra Bail-CONOD, N 22 ad art. 271 CO.

- le projet du bailleur présente une *réalité tangible* et n'apparaît *pas objectivement impossible*, notamment parce qu'il est de toute évidence incompatible avec les règles du droit public applicable et que le bailleur n'obtiendra ainsi pas les autorisations nécessaires ; la validité du congé ne suppose pas que le bailleur ait déjà obtenu les autorisations nécessaires, ni même qu'il ait déposé les documents dont elles dépendent²⁵⁵⁷.
- la motivation prévue par l'art. 271 al. 2 CO doit être *suffisamment précise* pour permettre au locataire de se faire une idée sur la réalité des intentions du bailleur et sur la gêne que sa présence entraînerait pour l'exécution²⁵⁵⁸.

Ces éléments doivent être réunis au moment où le bailleur prononce la résiliation²⁵⁵⁹. 1319

2.1.1.3. Conditions formelles

Selon l'art. 273 al. 1 CO, la partie qui veut contester le congé doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception du congé. Le moment de la réception se détermine selon la théorie de la réception relative²⁵⁶⁰, soit lorsque le bailleur envoie la résiliation par courrier recommandé, le moment où le locataire retire effectivement son courrier (et non celui de la remise de l'invitation à le retirer) ; s'il laisse échouer le délai de garde de sept jours, le septième jour du délai de garde est considéré comme date de la notification²⁵⁶¹. Constituent donc des faits pertinents *la date du retrait*, par le locataire, du pli contenant la résiliation, *le dernier jour du délai de garde ou le moment du dépôt du courrier* contenant la formule à la boîte aux lettres du locataire ainsi que *le moment du dépôt de la requête en conciliation* à la poste ou directement à l'autorité de conciliation²⁵⁶². 1320

2.1.2. Allégation et contestation

L'action en contestation du congé fait également partie des litiges soumis à la procédure simplifiée et à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la 1321

²⁵⁵⁷ ATF 142 III 91, consid. 3.2.1, DB 2016 N 23, JdT 2017 II 220 ; 140 III 496, consid. 4.1 ; 135 III 112, consid. 4.2, JdT 2009 I 491 ; CPra Bail-CONOD, N 22 ad art. 271 CO.

²⁵⁵⁸ ATF 140 III 496, consid. 4.2.2.

²⁵⁵⁹ ATF 145 III 143, consid. 3.1, JdT 2019 II 384, et les réf.

²⁵⁶⁰ BOHNET (Termes et délais), p. 26 s.

²⁵⁶¹ Cf. ci-dessus, N 868.

²⁵⁶² Cf. ci-dessus, N 869.

valeur litigieuse (art. 243 al. 1 let. c et art. 247 al. 2 let. a CPC)²⁵⁶³. La responsabilité de l'établissement des faits est partagée entre les parties et le tribunal. Le locataire qui conteste le congé ne porte donc formellement pas le fardeau de l'allégation des faits dont il déduit sa prétention, mais est soumis à un devoir de collaborer dont les contours sont largement identiques, à tout le moins lorsque les parties sont représentées par un avocat²⁵⁶⁴. Par conséquent, le locataire supporte néanmoins, dans les faits, le fardeau d'alléguer et de motiver les causes dont il déduit que le congé est intervenu de manière contraire à la bonne foi²⁵⁶⁵. Les parties sont bien inspirées d'alléguer le plus précisément possible les faits dont elles déduisent leurs prétentions, en particulier lorsqu'elles sont représentées par des mandataires professionnels²⁵⁶⁶.

1322 Ainsi, le locataire devra alléguer et préciser, en particulier, en quoi la résiliation du bailleur était de mauvaise foi. Pour le *congé de représailles*, il devra alléguer en principe la prétention réclamée ainsi que la raison pour laquelle il estime qu'il existe un lien de causalité avec la résiliation²⁵⁶⁷ et pour le *congé-vente*, l'offre du bailleur soumis au locataire d'acheter l'objet du bail ainsi que sur ce point également les raisons l'amenant à croire qu'il existe un lien de causalité avec le congé²⁵⁶⁸. Pour le *congé-rénovation*, le locataire doit expliquer, sur la base des motifs invoqués par le bailleur lors de la résiliation (art. 271 al. 2 CO), pour quelles raisons il estime que les travaux d'assainissement prévus ne sont pas « vastes », que la réalisation est possible en sa présence et cela sans conséquence sur les coûts et la durée des travaux, que le projet ne présente aucune réalité tangible ou est objectivement impossible. Le locataire est uniquement en mesure de procéder ainsi si le bailleur satisfait à son incombance de motiver le congé²⁵⁶⁹. Dans le cas contraire, le locataire alléguera que l'absence de motivation ou le caractère lacunaire de la motivation démontre que le bailleur n'a pas de projet tangible et que le congé est en réalité abusif²⁵⁷⁰.

1323 Toutefois, contrairement à ce qui prévaut en application de la maxime des débats, le tribunal devrait, à notre sens, retenir ces faits d'office, même si le locataire ne les a pas allégués, mais qu'ils ressortent de moyens de preuve introduits dans la procédure²⁵⁷¹. Il nous semble ainsi que le tribunal puisse retenir la proximité temporelle entre la revendication du locataire et la résiliation – indice du

²⁵⁶³ CPra Actions II-BOHNET, § 20 N 8 et 10.

²⁵⁶⁴ Cf. ci-dessus, N 94.

²⁵⁶⁵ Ainsi aussi: SVIT K.-FUTTERLIEB, N 56 ad art. 271 CO.

²⁵⁶⁶ A ce sujet, voir aussi : AELLEN, p. 111.

²⁵⁶⁷ Cf. ci-dessus, N 1315.

²⁵⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 1316.

²⁵⁶⁹ À ce sujet, cf. : ATF 140 III 496, consid. 4.2.2.

²⁵⁷⁰ Cf. ci-dessous, N 1367.

²⁵⁷¹ Cf. ci-dessus, N 93.

lien de causalité entre la revendication et la résiliation²⁵⁷² –, si ce fait ressort des documents au dossier, même si le locataire n'allègue pas expressément ce fait. Selon la jurisprudence actuelle de notre Haute Cour, le tribunal ne viendra toutefois pas « au secours » du locataire représenté par un mandataire professionnellement qualifié si ces conditions ne sont pas réalisées et lorsque le locataire agit seul, il pourra uniquement venir en aide au moyen de questions adéquates pour l'amener à compléter ses allégations²⁵⁷³.

Quant à l'incombance de la partie adverse de contester les faits allégués, celle-ci est formellement inexistante lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable, mais ce point semble être largement ignoré par les tribunaux, qui appliquent en réalité les concepts de la maxime des débats²⁵⁷⁴. La partie adverse doit donc contester les faits allégués de manière suffisamment précise pour permettre à la partie les ayant allégués de déterminer quels faits exactement sont contestés (*substanziertes Bestreiten*)²⁵⁷⁵. 1324

La jurisprudence qui se rapporte directement à l'allégation et la contestation des objets de preuve dans une procédure de contestation du congé est rare. Selon le tribunal d'appel de Bâle-Ville, si le bailleur modifie le projet d'assainissement après l'avoir présenté au locataire, il incombe au locataire de faire valoir que, suite à ces modifications, le projet ne remplit plus les critères pour justifier une résiliation, et de motiver ses allégués sur ce point. La maxime inquisitoire sociale ne signifie pas que le tribunal doive inviter d'office le bailleur à préciser les indications quant à son projet pour vérifier si les modifications apportées au projet d'assainissement sont telles que la résiliation est abusive²⁵⁷⁶. 1325

Cette jurisprudence se justifie à notre sens si les parties sont représentées par des mandataires professionnellement qualifiés. En revanche, si le locataire non représenté « passe à côté » du fait que le bailleur a modifié le projet d'assainissement et que le tribunal s'en rend compte, il nous semble que l'on se trouve dans une situation dans laquelle le tribunal devrait intervenir, car il a des motifs objectifs de douter du caractère complet des allégations du locataire et devrait au moins l'inviter à compléter ses allégués. S'il ressort des moyens de preuve à disposition du tribunal que les modifications du projet d'assainissement rendent le congé-rénovation (que le locataire a contesté) abusif, il devrait à notre sens pouvoir retenir d'office ce fait, même si le locataire ne l'a pas invoqué. 1326

²⁵⁷² Cf. ci-dessus, N 1315.

²⁵⁷³ ATF 141 III 569, consid. 2.3.

²⁵⁷⁴ Cf. ci-dessus, N 104 s.

²⁵⁷⁵ Cf. ci-dessus, N 100.

²⁵⁷⁶ AppGer BS, arrêt du 06.02.2017, ZB.2016.37, consid. 3.4.

2.2. Sujet de la preuve

- 1327 Pour savoir jusqu'à quel point le tribunal peut intervenir dans l'apport de la preuve pour les faits pertinents, la maxime inquisitoire sociale est déterminante : le tribunal doit rendre attentif les parties à leur devoir de collaborer à l'administration des preuves. Il n'est formellement pas lié par les moyens de preuve proposés par les parties et peut en administrer d'office, si des motifs objectifs le conduisent à soupçonner que les allégations et offres de preuve d'une partie sont lacunaires et qu'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents, à tout le moins lorsque la partie concernée n'est pas représentée par un mandataire professionnellement qualifié²⁵⁷⁷. Le Tribunal fédéral semble toutefois considérer désormais que le tribunal ne peut venir en aide que par des questions adéquates, mais ne pourrait pas administrer des moyens de preuve d'office, même s'il en connaît l'existence²⁵⁷⁸. Quoiqu'il en soit, lorsque les parties sont représentées par des mandataires professionnellement qualifiés, le tribunal ne devrait intervenir qu'avec beaucoup de retenue²⁵⁷⁹.
- 1328 À notre sens, concernant l'action en contestation de la résiliation, cela signifie donc que le tribunal devrait intervenir lorsqu'un locataire allègue p. ex. qu'il a fait valoir une certaine prétention ou que le bailleur lui a soumis une offre d'achat du logement, mais ne propose aucune preuve à l'appui de cet allégué, à tout le moins s'il n'était pas représenté par un mandataire professionnellement qualifié. Selon le Tribunal fédéral, le tribunal devrait, dans cette situation, amener le locataire, par des questions adéquates, à compléter ses offres de preuve. À notre sens, il pourrait administrer d'office des moyens de preuve à ce sujet si l'existence de ceux-ci ressort du dossier, position qui ne semble pas être partagée par le Tribunal fédéral²⁵⁸⁰.
- 1329 La jurisprudence qui porte sur l'application de la maxime inquisitoire sociale dans l'action en contestation du loyer permet le constat suivant : la violation de la maxime inquisitoire sociale est souvent invoquée dans des recours portant sur des actions en contestation de la résiliation, mais elle est rarement retenue. Ces recours échouent toutefois souvent pour des raisons qui ne portent pas à discussion. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la maxime inquisitoire sociale n'imposait pas au tribunal de prévenir le locataire assisté d'un avocat et qui a suffisamment allégué les faits pertinents pour contester le congé que les preuves administrées n'emportent pas sa conviction et qu'il est nécessaire d'en produire

²⁵⁷⁷ Cf. ci-dessus, N 152.

²⁵⁷⁸ ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; cf. aussi ci-dessus, N 157 ss.

²⁵⁷⁹ Cf. ci-dessus, N 157 ss.

²⁵⁸⁰ Cf. ci-dessus, N 157 ss.

d'autres²⁵⁸¹ – ce qui est à vrai dire une question d'appréciation anticipée des preuves – et encore moins d'administrer des moyens de preuve au sujet de faits qu'il qualifie de non pertinents pour juger de la contestation du congé²⁵⁸² – donc de faits qui, en réalité, ne forment pas l'objet d'une preuve. Il a également nié la violation de la maxime inquisitoire sociale pour un bailleur qui faisait valoir le besoin propre urgent pour un membre de sa famille – en l'occurrence sa mère – et qui s'est opposé à ce que celle-ci soit interrogée comme témoin. Dans ces circonstances, le tribunal n'avait pas l'obligation, en vertu de la maxime inquisitoire sociale, de l'auditionner néanmoins ou de faire administrer un autre moyen de preuve²⁵⁸³, ce qui paraît également évident, étant donné que le tribunal peut cesser son soutien aux parties si ceux-ci refusent de collaborer à l'administration des moyens de preuve²⁵⁸⁴.

2.3. Fardeau de la preuve

2.3.1. Fardeau objectif

2.3.1.1. Faits générateurs

Comme expliqué, le fait que le congé a été donné de manière contraire à la bonne foi est l'élément crucial de l'action. En son absence, le droit du demandeur à l'annulation du congé ne prend pas naissance. *Les faits dont découle la mauvaise foi du défendeur* constituent donc des faits générateurs ; le fardeau de la preuve de leur existence incombe au demandeur²⁵⁸⁵. 1330

Pour WEBER, il incomberait au bailleur de prouver les faits dont il découlerait que le droit de résilier le bail existe, et non au locataire de prouver le caractère abusif du congé. Le bailleur tirerait son droit à la résiliation du motif de résiliation ; il supporterait dès lors, conformément aux principes de l'art. 8 CC, le fardeau objectif de la preuve des faits dont il découle que son droit existe²⁵⁸⁶.

Nous ne partageons pas cette vision, pour les raisons suivantes : la validité du congé n'est pas subordonnée à un motif particulier et le bailleur est en droit de résilier le bail en respectant les délais et les termes légaux²⁵⁸⁷. Autrement dit : le législateur ne voulait pas

²⁵⁸¹ TF, arrêt du 08.05.2015, 4A_705/2014, consid. 3.3.

²⁵⁸² TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_476/2015, consid. 3.

²⁵⁸³ TF, arrêt du 11.01.2016, 4A_476/2015, consid. 5.2.2.

²⁵⁸⁴ Cf. ci-dessus, N 152.

²⁵⁸⁵ ZK ZGB I-JUNGO, N 525 ad art. 8 CC ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 126 ; ZK OR-HIGI, art. 271 CO N 165.

²⁵⁸⁶ BSK OR I-WEBER, N 30 ad art. 271/271a CO ; WEBER, p. 11.

²⁵⁸⁷ Cf. ci-dessus, N 1276.

d'un système dans lequel le bailleur peut uniquement résilier le bail dans certaines circonstances. Il revient au locataire d'ouvrir action en annulation du congé et non au bailleur d'ouvrir une action pour faire constater la validité du congé. Le locataire dispose d'une prétention en annulation du congé qui prend naissance lorsque certaines conditions sont réalisées ; il nous semble dès lors logique que la preuve des faits, dont il découle que les conditions sont réalisées, incombe au locataire. Cela n'empêche pas que le bailleur puisse être appelé à collaborer à l'administration des preuves nécessaires ou qu'il puisse apporter la contre-preuve.

- 1331 Pour le *congé-rénovation*, le caractère contraire à la bonne foi de la résiliation ne résulte pas à proprement parler de faits, mais de l'absence de faits : le congé-rénovation est annulable lorsqu'en réalité le projet ne prévoit *pas* de vastes travaux d'assainissement, que la présence du locataire ne gêne *pas* les travaux, ne les prolonge *pas* et n'augmente *pas* leurs coûts, que le projet ne présente *pas* de réalité tangible ou qu'il ne pourra *pas* obtenir d'autorisation de construire²⁵⁸⁸. Autrement dit : les faits générateurs sont des faits négatifs. Cela ne change toutefois rien au principe : le fardeau de la preuve pour ces faits incombe au locataire. Pour la preuve de faits négatifs, le fardeau de la preuve n'est pas renversé²⁵⁸⁹. Le Tribunal fédéral a au demeurant déjà considéré que le locataire supporte le fardeau de la preuve pour l'impossibilité objective d'obtenir une autorisation du construire²⁵⁹⁰. Nous ne voyons pas de raison qu'il en aille différemment en ce qui concerne les autres éléments qui doivent être réunis pour contester un « congé-rénovation ». Le bailleur supporte cependant un devoir de collaboration à l'administration de la preuve²⁵⁹¹.
- 1332 Constituent également des faits générateurs les faits dont découle que la réalisation des conditions de recevabilité de l'action et de l'instance, en particulier le délai de 30 jours pour contester le congé (art. 273 CO)²⁵⁹².

Constitue en outre un fait générateur la résiliation du bail par le bailleur : le droit à l'annulation du congé suppose le congé. Le fardeau objectif de la preuve qu'une résiliation est intervenue incombe par conséquent au locataire²⁵⁹³. En pratique, cet élément ne posera que rarement problème, puisque le bailleur ne contestera en général pas avoir notifié un congé au locataire. Lorsque le congé est entaché d'un vice formel, le tribunal pourra en constater la nullité d'office²⁵⁹⁴.

²⁵⁸⁸ Cf. ci-dessus, N 1318 ss.

²⁵⁸⁹ CR CC I-PIOTTET, N 53 ad art. 8 CC.

²⁵⁹⁰ ATF 140 III 496, consid. 4.1.

²⁵⁹¹ Cf. ci-dessus, N 1320.

²⁵⁹² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 126.

²⁵⁹³ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 126.

²⁵⁹⁴ Cf. ci-dessus, N 1300.

2.3.1.2. Faits dirimants

Pour l'action en contestation de la résiliation, il n'est pas évident de trouver des faits dirimants. En l'occurrence, constitueraient de tels faits, ceux qui empêchent la naissance du droit à l'annulation de la résiliation *malgré la mauvaise foi du bailleur*. Or, en pratique, le bailleur tentera en général de contester que la résiliation est intervenue de mauvaise foi ; il contestera les faits allégués par le locataire, alléguera des faits et proposera des moyens de preuve pour démontrer qu'il a agi de bonne foi. Il s'agit là de contre-preuves et non de faits dirimants. 1333

Pourrait néanmoins entrer en ligne de compte comme circonstance dirimante l'abus de droit du locataire. L'abus de droit d'une partie – plus précisément : les faits dont découle l'abus de droit – constitue un fait dirimant²⁵⁹⁵. En l'occurrence, l'abus de droit doit être manifeste, puisqu'il s'agit d'un cas d'application de l'art. 2 al. 2 CC. Entrent en ligne de compte comme situations d'abus de droit l'exercice d'un droit sans intérêt ou dans un cas de disproportion grossière entre les intérêts des parties, l'exercice d'un droit de manière contraire à son but et le comportement contradictoire (*venire contra factum proprium*)²⁵⁹⁶. En pratique, des cas dans lesquels le locataire invoque de manière abusive l'abusivité du congé donné par le locataire devraient s'avérer rares. L'on peut éventuellement penser à des situations dans lesquelles le locataire est la partie économiquement plus forte, comme p. ex. une grande entreprise qui loue un local commercial auprès d'un particulier, et qu'elle s'oppose à un congé-rénovation ne remplissant pas toutes les conditions alors qu'elle avait assuré au bailleur vouloir quitter le local. 1334

Cette hypothèse doit être distinguée de celle dans laquelle le locataire fait valoir de mauvaise foi des prétentions découlant du bail. À notre sens, les faits dont il peut être déduit que le locataire fait valoir de manière contraire à la bonne foi une prétention découlant du bail (art. 271a al. 1 let. a CO) ne constituent *a priori* pas des faits dirimants, mais des faits qui détruisent la présomption d'abusivité du congé donné par le bailleur en cas de congé-vengeance²⁵⁹⁷.

Il convient en effet de ne pas confondre la prétention invoquée de mauvaise foi avec la contestation de la résiliation de mauvaise foi, même si la combinaison est en pratique fréquente. Ainsi, si le locataire invoque des prétentions infondées dans le but de faire annuler la résiliation, sa contestation sera également entachée de mauvaise foi. En revanche, si le bailleur, suite à une résiliation pour prétention abusive, propose au locataire un bail avec un loyer doublé, la contestation de cette résiliation ne sera pas de mauvaise foi, puisque ce congé est potentiellement annulable par le biais de l'art. 271a al. 1 let. b CO.

²⁵⁹⁵ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 177 ad art. 8 CC.

²⁵⁹⁶ BK ZGB (2012)-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 206 ss ad art. 2 CC.

²⁵⁹⁷ Cf. ci-dessous, N 1340.

2.3.1.3. Faits extinctifs

- 1335 La conclusion d'un nouveau contrat aux mêmes conditions que celui résilié et dont la résiliation a été attaquée met fin au droit du locataire d'attaquer cette résiliation, puisqu'il ne dispose plus d'intérêt digne de protection à faire annuler la résiliation²⁵⁹⁸. L'intérêt digne de protection est une condition de la recevabilité de l'action (art. 59 al. 1 let. a CPC)²⁵⁹⁹. La résiliation est un acte formateur qui ne saurait en principe être révoqué. Cependant, rien n'empêche les parties de conclure un nouveau contrat aux mêmes conditions²⁶⁰⁰.
- 1336 Dès lors, les faits dont on peut déduire la conclusion d'un nouveau contrat, c'est-à-dire *la réelle et commune intention des parties de conclure un nouveau contrat aux mêmes conditions* (art. 18 CO), constituent à notre sens des faits extinctifs. Pour mettre fin au droit du locataire à l'annulation de la résiliation, le bailleur devra donc prouver ces faits²⁶⁰¹.
- 1337 Constitue une autre circonstance extinctive la réalisation d'un motif de congé extraordinaire : si, après la contestation du congé par le locataire, un motif de congé extraordinaire se réalise (art. 257d, 257f al. 3 et 4, 261, 266g et 266h CO), le bailleur peut résilier le bail de manière anticipée. Le fardeau de prouver les faits pertinents pour un congé extraordinaire incombe au bailleur.

2.3.1.4. Exceptions

- 1338 Par l'art. 271a CO, le législateur a introduit une série de présomptions au sujet de la mauvaise foi du bailleur : en présence de certains faits-indices définis par la loi, la mauvaise foi du bailleur est présumée. Les hypothèses de l'art. 271a al. 1 let. a, d, e et f constituent des *présomptions réfragables*²⁶⁰², alors que celles de l'art. 271a al. 1 let. b et c CO sont des *présomptions irréfragables* (fictions)²⁶⁰³.

²⁵⁹⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 127.

²⁵⁹⁹ CR CPC-BOHNET, N 88 ss ad art. 59 CPC.

²⁶⁰⁰ BSK OR I-WEBER, N 1 ad art. 266a CO ; SVIT K.-MÜLLER, N 18 intro. ad art. 266-266o CO ; ZK OR-HIGI, N 44 intro. ad art. 266-266o CO ; TF, arrêt du 04.02.2014, 4A_499/2013, consid. 3.2.

²⁶⁰¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 127.

²⁶⁰² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 126 ; ZK OR-HIGI, N 19 ad art. 271a CO ; voir aussi p. ex. ATF 142 III 336, consid. 5.2.1 ; TF, arrêt du 09.06.2015, 4A_52/2015, consid. 2.2 ; TF, arrêt du 27.03.2006, 4C.17/2006, consid. 3.1.

²⁶⁰³ ZK OR-HIGI, N 15 et 16 ad art. 271a CO, qui considère toutefois que les let. a et f constituent également des fictions ; cela étant, les let. a et f permettent au bailleur de détruire la présomption.

Une partie de la doctrine est de l'avis que les hypothèses prévues par l'art. 271a CO ne constituent pas des présomptions, mais de simples définitions de certains congés annulables²⁶⁰⁴. Toutefois, il s'agit en réalité d'« hypothèses types » de congés contraires à la bonne foi²⁶⁰⁵. En présence de ces hypothèses, il est parti du principe que le congé a été donné de mauvaise foi, *peu importe que tel ait été concrètement le cas ou non* ; les autres circonstances concrètes du congé ne sont dans ce cas pas à prouver par le locataire, mais le bailleur peut les invoquer pour certaines hypothèses (présomptions réfragables), de manière limitée.

Pour le congé de représailles (art. 271a al. 1 let. a CO), les faits-indices constituent : la résiliation du bail par le bailleur, la revendication par le locataire d'une prétention qui découle du bail ainsi que le lien de causalité naturelle entre ces éléments et la résiliation²⁶⁰⁶. Le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire²⁶⁰⁷. La mauvaise foi du bailleur est *présumée* en présence de ces conditions énumérées par la loi ; le locataire n'a dès lors pas besoin de prouver la mauvaise foi du bailleur. Ce dernier, quant à lui, peut apporter la *preuve du contraire*, à savoir que le congé n'est pas de mauvaise foi alors même que les faits-indices ont été prouvés²⁶⁰⁸. 1339

En l'occurrence, le bailleur peut s'opposer en invoquant certains motifs également énumérés par la loi. Dans le cas du congé pression, il s'agit de la *mauvaise foi du locataire* : pour que le locataire puisse faire annuler la résiliation, la loi exige qu'il ait fait valoir ses prétentions « de bonne foi » (art. 271a al. 1 let. a CO). Toutefois, il n'incombe pas au locataire de prouver sa bonne foi – celle-ci est « *présumée* » (art. 3 al. 1 CC) – mais au bailleur de prouver que le locataire a agi de mauvaise foi²⁶⁰⁹. Rappelons qu'est p. ex. de mauvaise foi le locataire qui sait ses prétentions injustifiées et qui les émet uniquement pour se prévaloir ultérieurement de l'annulabilité du congé²⁶¹⁰. 1340

En réalité, la question de la preuve du contraire est surtout d'importance pour les présomptions réfragables des let. d (résiliation pendant une procédure en rapport avec le bail) ou e (résiliation pendant les trois ans suivant la fin d'une procédure au sujet du bail), qui ne font toutefois pas l'objet de développements plus approfondis dans la présente thèse : le bailleur peut s'opposer, dans ces 1341

²⁶⁰⁴ BSK OR I-WEBER, N 9a ad art. 271/271a CO et les réf.

²⁶⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 1275.

²⁶⁰⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 126.

²⁶⁰⁷ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 16 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 66 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 80 ad art. 271-271a CO.

²⁶⁰⁸ Cf. ci-dessus, N 208.

²⁶⁰⁹ ATF 114 II 79, consid. 3a ; BSK OR I-WEBER, N 11 ad art. 271/271a CO ; LACHAT (Bail), p. 970, N 5.2.5 ; SVIT K.-FUTTERLIEB, N 16 ad art. 271a CO ; CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 11 ; ZK OR-HIGI, N 67 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 80 ad art. 271-271a CO ; TF, arrêt du 02.02.2010, 4A_536/2009, consid. 2.6.

²⁶¹⁰ Cf. ci-dessus, N 1315.

hypothèses, en invoquant le besoin propre urgent pour lui-même ou un de ses proches parents ou alliés (art. 271a al. 3 let. a CO) ou un motif de congé extraordinaire (art. 271a al. 3 let. b à f CO) ayant existé au moment du prononcé du congé. Le fardeau pour la preuve des faits pertinents incombe au bailleur.

La survenance de motifs de congé extraordinaire constitue, comme il a été expliqué²⁶¹¹ une circonstance extinctive, à condition qu'elle ait lieu *après* le prononcé du congé. Cela ne change toutefois rien à la répartition du fardeau de la preuve, qui incombe également au bailleur dans ce cas-là.

- 1342 Pour le congé-vente, les faits-indices pertinents sont la résiliation du bail par le bailleur, le fait que l'objet loué soit un appartement destiné à l'habitation, l'offre du bailleur soumis au locataire d'acheter l'objet du bail avant, en même temps ou postérieurement à la résiliation, ainsi que le lien de causalité entre l'offre du bailleur et la résiliation²⁶¹². Le fardeau de la preuve pour ces faits incombe également au locataire²⁶¹³. Ainsi, à l'instar des hypothèses précitées (art. 271a al. 1 let. a, d, e et f) qui constituent des présomptions réfragables, la mauvaise foi du bailleur ne doit pas être prouvée directement. Elle constitue le *factum probandum* qui est considéré comme établi si les faits-indices précités sont établis. Toutefois, le bailleur ne peut pas prouver qu'il est néanmoins de bonne foi, autrement dit : il ne peut pas apporter la preuve du contraire²⁶¹⁴.

2.3.2. Fardeau subjectif

- 1343 Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif²⁶¹⁵. En l'occurrence, cela signifie que le fardeau subjectif de prouver les faits dont découle la mauvaise foi du bailleur incombe au locataire ; le bailleur devra apporter les preuves des faits dirimants ou extinctifs qu'il oppose au locataire.
- 1344 Les fardeaux de la preuve objectif et subjectif sont dissociés pour la contre-preuve : lorsque le bailleur apporte des éléments objectifs pour ébranler la conviction « provisoire » que le tribunal s'est forgée sur la base de la preuve apportée par le locataire, le fardeau subjectif pour cette contre-preuve lui incombe, alors qu'il ne supporte pas le fardeau objectif.

²⁶¹¹ Cf. ci-dessus, N 1337.

²⁶¹² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 126.

²⁶¹³ SVIT K.-FUTTERLIEB, N 29 ad art. 271a CO ; CPra Bail-CONOD, N 22 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 119 ad art. 271a CO.

²⁶¹⁴ Cf. ci-dessus, N 175.

²⁶¹⁵ Cf. ci-dessus, N 213 ss.

Constitue à notre sens une contre-preuve pour le bailleur de démontrer qu'il a soumis à des tiers une offre d'achat pour l'appartement lorsque le tribunal a acquis la conviction « provisoire » que le bailleur a tenté un congé-vente. 1345

Le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'une contre-preuve lorsque le locataire s'oppose à un congé en invoquant qu'il s'agit d'un congé de représailles et motive le lien de causalité entre sa prétention et la résiliation en prouvant une proximité temporelle et que le bailleur prouve le bien-fondé de ses motifs de résiliation²⁶¹⁶. À notre sens, il s'agit là cependant d'une preuve du contraire : en prouvant que sa résiliation est intervenue pour un autre motif que la prétention du locataire, le bailleur détruit la présomption de mauvaise foi instituée par l'art. 271a al. 1 let. a CO. 1346

2.4. Degré de la preuve

Faute d'autre degré prévu par la loi, le degré de la preuve applicable pour les éléments constitutifs est en principe celui de la preuve stricte²⁶¹⁷. Ainsi, en ce qui concerne le « congé de représailles », le locataire doit rapporter la preuve stricte de la résiliation du bail par le bailleur et de la revendication par le locataire d'une prétention qui découle du bail²⁶¹⁸. En revanche, pour le lien de causalité entre la prétention du locataire et la résiliation par le bailleur pour le congé de représailles, le degré est réduit : il suffit que le lien de causalité résulte d'une « grande vraisemblance » (« *grosse Wahrscheinlichkeit* »)²⁶¹⁹. Par « haute vraisemblance », il convient à notre sens d'entendre le degré de la *vraisemblance prépondérante*. 1347

Vu le *numerus clausus* de degrés de preuve²⁶²⁰, il ne saurait s'agir d'un degré de preuve autre que la preuve stricte, la vraisemblance prépondérante ou la vraisemblance simple. Comme BERGER-STEINER l'a démontré dans sa thèse sur les degrés de preuve en droit suisse, la clarté de la terminologie utilisée par la jurisprudence laisse à désirer sur ce point ; la jurisprudence utilise par moment des formulations telles que « *hohe Wahrscheinlichkeit* » (« haute vraisemblance »), « *erhebliche Wahrscheinlichkeit* » (« vraisemblance considérable ») ou encore « *höherer Grad der Wahrscheinlichkeit* » (« degré plus élevé de la vraisemblance »)²⁶²¹. Vu la proximité des termes utilisés, nous considérons que le terme de « *hohe Wahrscheinlichkeit* » que le Tribunal fédéral utilise

²⁶¹⁶ COLOMBINI, N 179 et les réf.

²⁶¹⁷ Cf. ci-dessus, N 226.

²⁶¹⁸ ZK OR-HIGI, N 66 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 80 ad art. 271-271a CO.

²⁶¹⁹ ATF 115 II 484, consid. 2b ; CPra Bail-CONOD, N 12 ad art. 271a CO ; ZK OR-HIGI, N 66 ad art. 271a CO ; BARBEY (Protection), N 80 ad art. 271-271a CO.

²⁶²⁰ Cf. ci-dessus, N 220 s.

²⁶²¹ BERGER-STEINER (Thèse), N 03.93 ss et N 06.83.

afin de désigner le degré de la preuve pour le lien de causalité entre la prétention du locataire et la résiliation par le bailleur²⁶²² correspond à la vraisemblance prépondérante.

1348 Il s'agit en effet d'un cas de *Beweisnot* : le lien de causalité doit de toute manière être prouvé par indices la plupart du temps, la preuve stricte ne saurait raisonnablement être exigée sans que la mise en œuvre du droit se voie entravée par des difficultés probatoires qui se présentent fréquemment dans un certain type de situations²⁶²³.

1349 Pour le congé-vente, le locataire doit également rapporter la preuve stricte des faits générateurs²⁶²⁴, à l'exception du lien de causalité entre l'offre du bailleur et la résiliation : à l'instar du lien de causalité entre la prétention du locataire et la résiliation du bailleur, il s'agit d'une situation de *Beweisnot*, qui justifie la réduction du degré de la preuve.

Alors que pour le lien de causalité entre la résiliation du bailleur et la prétention du locataire, la doctrine unanime admet la réduction du degré de la preuve – encore que le degré exact peut prêter à discussion, puisque la notion de « grande vraisemblance » n'est pas développée –, les auteurs se prononcent moins clairement au sujet du degré de la preuve du lien de causalité entre l'offre du bailleur de vendre l'objet loué au locataire et la résiliation. Ainsi, CONOD se contente de constater que le locataire doit apporter la preuve « de l'existence d'une proposition d'achat combinée avec un congé donné dans le seul but de faire pression » et que « [c]ette preuve peut résulter d'écrits ou d'indices [...] »²⁶²⁵.

Un des rares auteurs qui développe la question est HIGI, pour qui le lien de causalité naturel doit être prouvé de manière stricte, mais les faits dont découle le caractère adéquat du lien de causalité pourraient être prouvés avec un degré réduit. Cet auteur définit toutefois différemment le lien de causalité. Selon lui, il doit exister un lien de causalité naturel entre la résiliation et la pression qu'elle crée sur le locataire en vue d'acheter l'objet loué²⁶²⁶ ; ce lien de causalité serait adéquat lorsque l'intention du bailleur était uniquement d'amener le locataire à acheter l'objet du bail ; puisque l'adéquation résulte de l'intention du bailleur, qui est uniquement susceptible de preuve par indice, il y a lieu de se contenter de la vraisemblance²⁶²⁷. Le lien de causalité, tel que nous l'avons défini²⁶²⁸, forme un aspect de l'intention du bailleur au moment de donner la résiliation : sur ce point, notre définition du lien de causalité rejoint celle de la causalité adéquate selon HIGI. Comme l'intention du bailleur est par nature difficile à prouver directement, une réduction du degré de la preuve se justifie .

²⁶²² ATF 115 II 484, consid. 2b.

²⁶²³ Cf. ci-dessus, N 227 ; pour un des rares exemples où une preuve stricte était possible, voir : TC NE, arrêt du 04.02.2000, consid. 4b, RJN 2000, p. 177.

²⁶²⁴ ZK OR-HIGI, N 119 ad art. 271a CO.

²⁶²⁵ CPra Bail-CONOD, N 22 ad art. 271a CO.

²⁶²⁶ ZK OR-HIGI, N 111 ad art. 271a CO.

²⁶²⁷ ZK OR-HIGI, N 114 et 119 ad art. 271a CO.

²⁶²⁸ Cf. ci-dessus, N 1316.

2.5. Moyens de preuve

La preuve de la résiliation ordinaire doit de toute manière intervenir par écrit et moyennant un formulaire officiel (art. 266*l* CO), sous peine de nullité (art. 266*o* CO). Elle pourra donc sans autre faire l'objet d'une preuve par titre. 1350

Pour le *congé de représailles*, la revendication par le locataire d'une prétention découlant du bail peut généralement être prouvée par titre : le locataire pourra prouver qu'il avait fait valoir une prétention découlant du bail en déposant le courrier (ou le courriel) par lequel il est intervenu auprès du bailleur, respectivement de son représentant. La forme écrite n'est pas exigée²⁶²⁹, mais le locataire a tout intérêt à procéder ainsi pour faciliter la preuve. Il lui incombe de plus de prouver que le bailleur a effectivement reçu le courrier, d'où l'utilité de l'envoyer par courrier recommandé²⁶³⁰. Parfois, le caractère contraire à la bonne foi de la résiliation du bailleur peut découler de courriers échangés entre lui et un tiers²⁶³¹. Lorsqu'il fait valoir sa prétention par oral, p. ex. en appelant le bailleur directement ou la régie immobilière mandatée par le bailleur, une preuve par interrogatoire ou déposition des parties ou par témoignage (p. ex. du collaborateur de la régie immobilière) peut être envisagée. 1351

La preuve du lien de causalité se fait généralement par l'indice de la proximité temporelle entre l'invocation de la prétention par le locataire et la notification du congé par le bailleur²⁶³². La preuve du moment où le locataire a fait valoir sa prétention peut généralement être apportée par production du courrier envoyé par la régie (qui sera généralement muni d'une date) ou, à défaut, par l'interrogatoire des parties ou de témoins. Le congé devant être notifié par écrit, une preuve du moment de sa notification par titre ne devrait pas poser de problème en pratique. 1352

Pour ce qui est du *congé-vente*, dont les cas d'application sont toutefois rares, les principes sont les mêmes : l'offre d'achat soumis au locataire peut être produite en tant que titre dans la procédure, si le bailleur la soumet par écrit. Autrement, elle doit être prouvée par témoignage ou interrogatoire des parties. Sa proximité temporelle avec la résiliation, qui peut constituer un indice pour le lien de causalité entre l'offre de vente et la résiliation, peut également résulter de titres. 1353

²⁶²⁹ ZK OR-HIGI, N 35 ad art. 271*a* CO.

²⁶³⁰ ZK OR-HIGI, N 35 ad art. 271*a* CO.

²⁶³¹ SVIT-K., 3^e éd., N 39 ad art. 271 CO et réf.

²⁶³² Cf. ci-dessus, N 1315.

- 1354 En cas de *congé-rénovation*, la réalité tangible suppose en principe l'existence de plans, la seule intention du bailleur de procéder aux travaux n'étant d'emblée pas suffisante²⁶³³. Le locataire pourra donc se fonder sur ces plans – soit des titres – pour démontrer que les travaux ne sont pas vastes, que le projet ne présente pas de réalité tangible ou est objectivement impossible, tout comme l'absence de gêne s'il reste dans les locaux. L'appréciation correcte de ces plans peut éventuellement nécessiter une expertise, étant donné que le tribunal ne dispose pas nécessairement des compétences nécessaires afin de déterminer sur la base du plan si la présence des locataires gênerait l'avancement des travaux. Pour la preuve de la faisabilité d'un projet de rénovation – respectivement son impossibilité – des renseignements écrits par des autorités compétentes en matière d'aménagement de territoire, de droit de la construction ou de protection du patrimoine peuvent s'avérer utiles.

2.6. Devoir de collaborer

- 1355 À l'instar de la contestation du loyer, le locataire qui conteste la résiliation ne dispose souvent pas des moyens de preuve nécessaires pour prouver les faits dont il découle que la résiliation est annulable, en particulier le motif de résiliation. Lui imposer le fardeau de la preuve sans restriction pour tous les faits dont découle le caractère abusif de la résiliation entraînerait un échec presque systématique des actions en contestation de la résiliation. Il y a donc lieu d'imposer au bailleur un devoir de collaborer à l'administration des moyens de preuve que lui seul détient²⁶³⁴ : le Tribunal fédéral a déduit du principe de la bonne foi un devoir général du défendeur de collaborer loyalement à l'administration des preuves et de fournir les éléments qu'il est seul à détenir²⁶³⁵, principe que le législateur a repris expressément dans le droit du bail et considéré comme partie de la maxime inquisitoire sociale (ancien art. 274d al. 3 CO). Il se trouve désormais ancré aux art. 160 ss CPC²⁶³⁶.
- 1356 Les considérations de la jurisprudence et de la doctrine sur ce point peuvent prêter à confusion. Ainsi, on peut lire fréquemment que le bailleur supporte le fardeau de la preuve des motifs de résiliation, si le locataire les conteste²⁶³⁷ et le Tribunal fédéral considère dans certains arrêts que : « le bailleur doit contribuer à la manifestation de la vérité, en donnant les raisons de cette mesure et en

²⁶³³ ATF 140 III 496, consid. 4.2.2.

²⁶³⁴ ATF 120 II 105, consid. 3c ; CPra Bail-CONOD, N 39 ad art. 271 CO ; BARBEY (Protection), N 202 ad art. 271-271a CO.

²⁶³⁵ ATF 119 II 305, consid. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 106 II 29, consid. 2, JdT 1980 I 354 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 48.

²⁶³⁶ Cf. ci-dessus, N 300 ss.

²⁶³⁷ BSK OR I-WEBER, N 30 ad art. 271/271a CO ; ZK OR-HIGI, N 163 ad art. 271 CO.

les rendant au moins vraisemblables »²⁶³⁸. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé, dans un arrêt du 8 janvier 2008, qu'il ne convient pas d'interpréter ce passage comme renversement du fardeau de la preuve, mais que, si le bailleur refuse la collaboration ou n'indique pas de motif de résiliation, le tribunal peut en déduire, au stade de l'appréciation des preuves, que la résiliation était abusive faute de motif de résiliation²⁶³⁹. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral est plus clair : l'auteur du congé doit collaborer à la manifestation de la vérité en fournissant tous les éléments en sa possession nécessaires à la vérification du motif invoqué, s'il est contesté²⁶⁴⁰.

Il incombe ainsi en particulier au bailleur de mettre à disposition du locataire des documents au sujet du projet de travaux d'assainissement en cas de congé-rénovation²⁶⁴¹. 1357

Le devoir de collaborer peut toucher non seulement la partie adverse, mais également des tiers. En particulier, un tiers peut être obligé de témoigner (art. 160 al. 1 let. a CPC). Les témoins convoqués dans des procédures de contestation du congé sont parfois des personnes proches d'une des parties, en particulier le conjoint ou une autre personne vivant en communauté avec le locataire qui conteste le congé et que le bail n'est pas au nom des deux. Dans ce cas, la question du droit de refuser de témoigner (art. 165 CPC) peut se poser, à tout le moins en théorie. Toutefois, en général, cette personne sera d'accord de témoigner si son témoignage a été proposé par le locataire ; si le locataire sait le témoignage défavorable à sa cause, il ne le proposera pas. Le témoin risque de refuser le témoignage s'il a été requis par le bailleur, car ce dernier le proposera s'il estime qu'il en ressort un avantage à sa position dans le procès, ce qui amènera le témoin en question en général à invoquer son droit de refuser de témoigner puisqu'il porterait préjudice à la position de son proche, conflit d'intérêts que l'art. 165 CPC prévoit précisément d'éviter. 1358

Un tiers peut également être amené à produire des titres en sa possession (art. 160 al. 1 let. b CPC). Des cas d'application nous paraissent toutefois rares, puisqu'ils supposent que le tiers uniquement dispose du titre requis²⁶⁴². Pour le devoir du tiers de tolérer un examen de leur personne ou une inspection de leurs biens (art. 160 al. 1 let. c CPC), il nous paraît également de peu d'utilité pour la preuve des faits pertinents de l'action en contestation de la résiliation. 1359

²⁶³⁸ Voir p. ex. : TF, arrêt du 27.05.2005, 4C.461/2005, consid. ; 4.3.2 ; TF, arrêt du 27.08.2004, 4C.170/2004, consid. 2.1.

²⁶³⁹ TF, arrêt du 08.01.2008, 4A_345/2007, consid. 2.4.3.

²⁶⁴⁰ TF, arrêt du 04.05.2017, 4A_694/2016, consid. 4.2.

²⁶⁴¹ SVIT-K., 3^e éd., N 40a ad art. 271 CO.

²⁶⁴² ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 13 ad art. 160 CPC.

2.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 1360 La contestation du congé est soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c CPC)²⁶⁴³. Les exigences de forme pour la requête sont limitées : le locataire peut déposer une demande non motivée (art. 244 al. 2 CPC), voire même orale (art. 244 al. 1 CPC). Il peut se contenter d'une description de l'objet du litige (art. 244 al. 1 let. c CPC), soit d'un exposé succinct permettant d'identifier, à quelle prétention correspond une conclusion.
- 1361 Il n'a pas l'incombance de « découper » l'état de fait en allégués précis et d'indiquer, pour chaque allégué, un moyen de preuve ni d'offrir des moyens de preuve dans sa requête. Les faits peuvent être allégués et motivés lors de l'audience. Si le locataire ne produit pas les moyens de preuve avec sa requête, il ne subira pas de conséquences : les faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être introduits jusqu'à la fin des plaidoiries (art. 229 al. 3 CPC).
- 1362 En principe, le locataire joindra à sa requête les titres disponibles nécessaires afin de prouver les faits pertinents (art. 244 al. 3 let. c CPC). Même si la loi ne l'y contraint pas, il aura tout intérêt à proposer tous les moyens de preuve afin de prouver les faits dont il supporte le fardeau.
- 1363 Si les propositions de moyens de preuve sont lacunaires, le tribunal devra, en application de la maxime inquisitoire sociale, intervenir par des questions adéquates afin que des moyens de preuve soient précisément énumérés. Le locataire ne présentant aucun moyen de preuve risque de se voir débouter de ses conclusions : la maxime inquisitoire sociale n'oblige pas le tribunal à rechercher lui-même des moyens de preuve afin d'établir les faits fondant la prétention de l'une des parties²⁶⁴⁴.
- 1364 Les moyens de preuve nécessaires n'étant pas particulièrement susceptibles de mise en danger, la preuve à futur dans le but de conserver les moyens de preuve (art. 158 al. 1 let. b CPC) n'est que de peu d'importance pour l'action en contestation du congé.

2.8. Appréciation des preuves

- 1365 Le tribunal apprécie librement si les moyens de preuve à sa disposition emportent sa conviction quant à la survenance (ou la non-survenance) d'un fait pertinent (art. 157 CPC) .

²⁶⁴³ CPra Bail-BOHNET, § 75 N 8.

²⁶⁴⁴ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

Des questions d'appréciation se posent en particulier lorsque le bailleur n'a pas respecté son devoir de collaborer, car dans ce cas le tribunal peut en déduire que l'auteur du congé n'a pas de motif admissible et que le congé est abusif²⁶⁴⁵. 1366

À ce sujet, la *motivation du congé* peut prendre une place considérable dans le cadre de l'appréciation des preuves, alors même que d'un point de vue du droit, il s'agit simplement d'une incombance de la partie qui résilie²⁶⁴⁶. Le refus de donner le motif du congé peut le cas échéant conduire à la conclusion que le bailleur n'a en réalité pas de motif admissible et que le congé est contraire à la bonne foi²⁶⁴⁷. Ainsi, dans le cadre de travaux de rénovation, si la partie baille-resse a un projet suffisamment mûr au moment de résilier, elle peut facilement justifier le congé, afin que le locataire puisse juger si sa présence est possible ou non pendant les travaux. Le tribunal peut déduire du fait que le bailleur indique comme motif uniquement de manière sommaire « des travaux de rénovation ou de transformation » qu'il n'existe en réalité pas d'intérêt à la résilia-tion²⁶⁴⁸. 1367

²⁶⁴⁵ TF, arrêt du 04.05.2017, 4A_694/2016, consid. 4.2 ; TF, arrêt du 08.01.2008, 4A_345/2007, consid. 2.4.3.

²⁶⁴⁶ TF, arrêt du 24.04.2017, 4A_703/2016, consid. 5.3.4 (non publié in : ATF 143 III 344), DB 2017 N 15.

²⁶⁴⁷ TF, arrêt du 04.05.2017, 4A_694/2016, consid. 4.2 ; TF, arrêt du 08.01.2008, 4A_345/2007, consid. 2.4.3.

²⁶⁴⁸ TF, arrêt du 24.04.2017, 4A_703/2016, consid. 5.3.4 (non publié in : ATF 143 III 344), DB 2017 N 15.

Chapitre 3 : L'action en prolongation du bail

3.1. Objet de la preuve

3.1.1. Faits pertinents

La prolongation est accordée lorsque deux conditions principales sont réalisées, à savoir que le congé cause des conséquences pénibles pour le locataire ou sa famille (3.1.1.1) et que le bailleur ne dispose pas d'un intérêt prépondérant à la résiliation (3.1.1.2). Les efforts entrepris par le locataire pour trouver un objet de remplacement (3.1.1.3) ainsi que les conditions formelles devant être respectées (3.1.1.4) seront également abordés. 1368

La prolongation du bail suppose qu'il a été mis valablement un terme au bail²⁶⁴⁹. Cette condition fera l'objet de plus amples explications dans le chapitre au sujet de l'action en nullité du congé ci-après²⁶⁵⁰. 1369

3.1.1.1. Les conséquences pénibles

Aux termes de l'art. 272 al. 1 CO, le locataire peut demander la prolongation de son bail lorsque « la fin du contrat aurait pour lui ou sa famille des conséquences pénibles ». Si l'on prend le texte légal à la lettre, les conséquences de la résiliation et leur caractère pénible pour le locataire et/ou sa famille seraient pertinents et partant soumises à preuve. La doctrine définit cependant les conséquences pénibles comme « toute *difficulté* particulière qui rend impossible ou difficile la recherche de locaux de remplacement dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail »²⁶⁵¹. 1370

²⁶⁴⁹ ZK OR-HIGI, N 52 ss ad art. 272 CO.

²⁶⁵⁰ Cf. ci-dessous, N 1422.

²⁶⁵¹ LACHAT, (Bail), p. 1000, N 3.2 ; ainsi aussi : BSK OR I-WEBER, N 3 ss ad art. 272 CO ; CPra Bail-CONOD, N 8 ad art. 272 CO ; ZK OR-HIGI, N 83 ad art. 272 CO.

- 1371 Par « conséquences pénibles de la résiliation », il convient à notre sens d'entendre le fait que le locataire se trouvera vraisemblablement sans appartement ou local commercial, suite à la présence de circonstances qui le défavorisent dans la recherche d'un local de remplacement. Il s'agit d'un fait futur, qui ne peut pas être prouvé directement. Il doit être rendu vraisemblable par la preuve de faits dont on peut déduire, par une règle d'expérience, qu'il se produira vraisemblablement dans l'avenir²⁶⁵². La preuve se fait moyennant *des indices* dont le fait futur peut être déduit²⁶⁵³. En l'occurrence, ces indices sont les circonstances particulières précitées, qui font que, selon une règle d'expérience, le locataire ne trouvera pas de local équivalent dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail.
- 1372 Sont ainsi indirectement pertinents *les faits dont on peut déduire que la recherche de locaux de remplacement dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail est difficile ou impossible pour le locataire*.
- 1373 Le tribunal appelé à statuer dispose d'un large pouvoir d'appréciation (qui n'est contrôlé qu'avec beaucoup de retenue par le Tribunal fédéral, ce qui ne va pas sans poser quelques problèmes²⁶⁵⁴). Il n'existe pas de liste de circonstances qui impliqueraient automatiquement la prolongation du bail²⁶⁵⁵. Parmi les circonstances rendant pénibles le congé pour le locataire de locaux d'habitation et sa famille figurent notamment l'âge avancé ou l'invalidité du locataire²⁶⁵⁶. Peut également constituer une situation rendant pénible la recherche le fait qu'un objet de remplacement adapté n'est pas disponible dans le quartier ou la localité et que le déménagement dans un autre quartier ou une autre localité entraînerait un changement d'école pour les enfants du locataire²⁶⁵⁷. Ne constitue en principe pas de « circonstance pénible » la durée particulièrement longue du bail ; toutefois, il peut résulter d'un long séjour dans un appartement un « enracinement » du locataire ou de sa famille dans la localité ou le quartier, si le locataire ou des membres de sa famille exercent p. ex. une activité sociale ou politique dans ladite localité ou ledit quartier²⁶⁵⁸.

Pour définir la notion de « famille », le Tribunal fédéral a recours à l'art. 331 CC : il s'agit de toutes les personnes vivant sous l'autorité domestique du chef de famille, soit le conjoint et les enfants, mais également tous ceux qui font ménage commun en qualité

²⁶⁵² BK ZGB (1966)-KUMMER, N 90 ad art. 8 CC ; voir aussi BK ZGB (2012)-WALTER, N 94 ad art. 8 CC.

²⁶⁵³ Pour les faits hypothétiques, cf. ci-dessus, N 81.

²⁶⁵⁴ BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 272 CO.

²⁶⁵⁵ CPra Bail-CONOD, N 10 ad art. 272 CO ; ZK OR-HIGI, N 89 ad art. 272 CO.

²⁶⁵⁶ BSK OR I-WEBER, N 3 ad art. 272 CO ; plus nuancé : ROHRER (Erstreckung), p. 188.

²⁶⁵⁷ OGer ZH, arrêt du 22.06.2017, NG170008, consid. 2.1 ; *contra* : ROHRER (Erstreckung), p. 187.

²⁶⁵⁸ ROHRER (Erstreckung), p. 187.

de parents ou d'alliés, ou aux termes d'un contrat individuel de travail en qualité de travailleurs ou dans une qualité analogue²⁶⁵⁹. Même si la jurisprudence – ancienne – exclut expressément le concubin non-partie au contrat de cette notion, il convient, au vu de l'évolution des mœurs, de prendre en compte également les intérêts du concubin, s'il vit, dans le cadre d'une communauté de vie comparable à celle du mariage, au vu et au su du bailleur²⁶⁶⁰.

Pour les locaux commerciaux, l'on se trouve en présence de « circonstances pénibles » lorsque l'existence de l'entreprise qui les exploite est mise en péril ou que l'exploitation de l'entreprise dans d'autres locaux ne saurait continuer sans nouvelle autorisation administrative difficile à obtenir ou nécessite des travaux longs à réaliser²⁶⁶¹. Constituent également des « circonstances pénibles » le fait qu'il est presque impossible de trouver un local de remplacement équivalent sur le marché et que le locataire sera dès lors contraint d'adapter son concept d'affaires en fonction des locaux disponibles²⁶⁶². 1374

3.1.1.2. L'absence d'intérêt prépondérant du bailleur

Constitue le deuxième élément pertinent selon l'art. 272 al. 1 CO l'absence d'intérêt prépondérant du bailleur. Le tribunal décide en procédant à une pesée entre les intérêts du locataire touché par des conséquences pénibles et les intérêts du bailleur²⁶⁶³. Les critères qu'il prendra en compte sont énumérés à l'art. 272 al. 2 CO. Il s'agit : 1375

- des *circonstances de la conclusion du bail et le contenu du contrat* (let. a) : il convient de prendre en compte le but de la location et des motifs éventuellement prévus pour son extinction²⁶⁶⁴. Ainsi, lorsque le bail a été conclu à durée déterminée, le tribunal sera plutôt restrictif dans l'admission d'une prolongation, étant donné que le locataire connaissait dès le premier jour la date de la fin du bail et pouvait dès lors s'organiser en fonction²⁶⁶⁵. À l'inverse, lorsque le bailleur a autorisé le locataire à procéder à des travaux nécessitant de gros investissements, on présumera

²⁶⁵⁹ ATF 105 II 197, consid. 3c ; LACHAT (Bail), p. 1001, N 3.3 ; ZK OR-HIGI, N 94 ad art. 272 CO.

²⁶⁶⁰ LACHAT (Bail), p. 1001, N 3.3.

²⁶⁶¹ BSK OR I-WEBER, N 3a ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1002, N 3.4.

²⁶⁶² TF, arrêt du 07.04.2015, 4A_699/2014, consid. 3.6.4.

²⁶⁶³ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 133.

²⁶⁶⁴ BSK OR I-WEBER, N 7 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1003, N 3.5 ; CPra Bail-CONOD, N 16 ad art. 272 CO ; ZK OR-HIGI, N 141 ad art. 272 CO.

²⁶⁶⁵ BSK OR I-WEBER, N 7 et 14 ad art. 272 CO ; SVIT K.-HULLIGER, N 14 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1003, N 3.5 ; TF, arrêt du 01.02.2009, 4A_552/2010, consid. 2.5.

la volonté de conclure un contrat de longue durée et une prolongation sera plus facilement accordée²⁶⁶⁶.

- de la *durée du bail* (let. b) : en principe, plus la durée du bail aura été longue, plus facilement une prolongation sera accordée²⁶⁶⁷ ; une prolongation peut également être justifiée si le contrat est déjà résilié après une très courte durée²⁶⁶⁸.
- de la *situation personnelle, familiale et financière des parties* ainsi que *leur comportement* (let. c) : une prolongation sera plus facilement accordée lorsque le locataire d'un local d'habitation ou un membre de sa famille souffre d'une grave maladie ou d'un handicap, qu'il ait des enfants ou que ses revenus sont modestes²⁶⁶⁹. À l'inverse, si le locataire viole les obligations découlant du bail (p. ex. en causant volontairement un dommage au local loué²⁶⁷⁰), la durée de la prolongation sera réduite ou la prolongation refusée²⁶⁷¹. La violation des obligations doit toutefois relever d'une certaine gravité ; la détention d'un petit chien inoffensif malgré l'interdiction prévue dans le contrat de détention d'animaux domestiques ne pourra pas être pris en compte²⁶⁷². Pour le locataire d'un local commercial, le fait que le commerce exploité sert de source principale de revenu pour une famille fera que les intérêts du locataire pèseront plus lourds²⁶⁷³.

Du côté du bailleur est à prendre en considération s'il s'agit d'une personne privée disposant d'un petit nombre de biens immobiliers ou s'il s'agit d'un professionnel de l'immobilier faisant métier de la location ; dans le premier cas, ses intérêts pèseront plus lourds que dans le deuxième²⁶⁷⁴. Cela étant, sa situation personnelle et familiale est en général englobée dans le critère du besoin propre (let. d).

- du *besoin que le bailleur* ou ses proches parents ou alliés peuvent avoir d'utiliser eux-mêmes les locaux ainsi que *l'urgence de ce besoin* (let. d) :

²⁶⁶⁶ BSK OR I-WEBER, N 7 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1003, N 3.5 ; CPra Bail-CONOD, N 16 ad art. 272 CO.

²⁶⁶⁷ LACHAT (Bail), p. 1004, N 3.6 ; CPra Bail-CONOD, N 20 ad art. 272 CO ; *contra* : SVIT K.-HULLIGER, N 22 ad art. 272 CO.

²⁶⁶⁸ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1004, N 3.6.

²⁶⁶⁹ LACHAT (Bail), p. 1005, N 3.7 ; CPra Bail-CONOD, N 21 ss ad art. 272 CO.

²⁶⁷⁰ TF, arrêt du 16.10.2002, 4C.224/2002, consid. 2.2.

²⁶⁷¹ BSK OR I-WEBER, N 10 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1006, N 3.8 ; CPra Bail-CONOD, N 25 ss ad art. 272 CO.

²⁶⁷² BSK OR I-WEBER, N 10 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1006, N 3.8 ; SVIT K.-HULLIGER, N 33 ad art. 272 CO ; TF, arrêt du 06.02.2001, 4C.226/2000, mp 2001, p. 215 ss.

²⁶⁷³ SVIT K.-HULLIGER, N 48 ad art. 272 CO.

²⁶⁷⁴ LACHAT (Bail), p. 1006, N 3.7.

si ce besoin est sérieux (il ne doit pas s'agir d'un prétexte), concret (reposant sur des faits réels et concrets) et actuel, il l'emporte généralement sur les intérêts du locataire²⁶⁷⁵. Contrairement à ce qui prévaut pour le besoin propre et urgent lors du transfert du bail (art. 261 al. 2 let. a et 271a al. 3 let. a CO), qui influe directement sur la validité de la résiliation et ne suppose pas de pesée entre les intérêts du nouveau bailleur et du locataire, le besoin propre du bailleur n'exclut pas la prolongation, mais ne constitue qu'un critère à prendre en considération dans la pesée des intérêts (art. 272 al. 2 let. d CO)²⁶⁷⁶.

- de la *situation sur le marché local* du logement et des locaux commerciaux (let. e) : plus la situation sur le marché local est tendue, plus les intérêts du locataire pèsent lourds²⁶⁷⁷. Il convient de prendre en compte la situation sur le marché de la localité où se trouve le local loué, voire sur celui de la région, selon les circonstances²⁶⁷⁸. À notre sens, il suffit, pour procéder à la pesée des intérêts, que le tribunal prenne en compte les statistiques officielles ; le locataire devra cependant prouver concrètement ses problèmes sur le marché s'il fonde le caractère pénible de la résiliation sur ce critère²⁶⁷⁹.

En réalité, il est difficile de séparer les circonstances rendant pénibles le congé de celles qui sont prises en compte pour la pesée des intérêts²⁶⁸⁰. Ainsi, l'on peut observer que les tribunaux examinent la situation personnelle, familiale et financière du locataire ou la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux pour déterminer si la résiliation entraîne des conséquences pénibles pour le locataire²⁶⁸¹. L'art. 272 al. 2 CO ne constitue ainsi pas uniquement une liste exemplative des critères à prendre en compte pour la pesée des intérêts, mais également de circonstances pouvant entraîner des conséquences pénibles pour le locataire²⁶⁸².

1376

²⁶⁷⁵ BSK OR I-WEBER, N 11 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1008, N 3.9.

²⁶⁷⁶ ATF 142 III 336, consid. 5.2.1.

²⁶⁷⁷ CPra Bail-CONOD, N 27 ad art. 272 CO.

²⁶⁷⁸ LACHAT (Bail), p. 1009 s., N 3.10 ; CPra Bail-CONOD, N 27 ad art. 272 CO.

²⁶⁷⁹ A ce sujet, voir ci-après, 3.1.1.3.

²⁶⁸⁰ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 133.

²⁶⁸¹ Ainsi p. ex : AppGer BS, arrêt du 25.12.2017, ZB.2017.37, consid. 3 ; BezGer ZH, arrêt du 18.01.2017, ZMP 2017 N 5, consid. 3.3.

²⁶⁸² ROHRER (Erstreckung), p. 186 s. ; ZK OR-HIGI, N 140 ss ad 272 CO.

3.1.1.3. Efforts du locataire de trouver un local de remplacement

1377 Selon l'art. 272 al. 3 CO, lorsque le locataire demande *une deuxième prolongation du bail*, l'autorité compétente examine en outre si le locataire a entrepris toutes les démarches qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui afin de remédier aux conséquences pénibles du congé. Toutefois, selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, le tribunal prendra en compte les efforts du locataire pour trouver un local de remplacement déjà lorsqu'il statue pour la première fois sur la prolongation²⁶⁸³. Si les efforts présentent un caractère insuffisant ou que le locataire a purement et simplement renoncé à rechercher un local de remplacement, le tribunal peut réduire la durée de la prolongation²⁶⁸⁴, voire la refuser²⁶⁸⁵.

Il est toujours contesté de savoir si l'absence d'efforts devrait entraîner le refus de la prolongation ou uniquement une réduction de celle-ci. ROHRER²⁶⁸⁶ considère qu'en l'absence d'efforts pour trouver un local de remplacement, une prolongation devrait en principe être refusée. La doctrine majoritaire est toutefois de l'avis que les recherches d'un local de remplacement ne constituent pas une condition à la prolongation²⁶⁸⁷. L'on peut constater que si les efforts du locataire étaient insuffisants ou inexistant, les tribunaux réduisent en général la durée de la prolongation²⁶⁸⁸ ; les refus de prolongations sont exceptionnels, et ne semblent avoir concerné, jusque-là, que des baux de locaux commerciaux²⁶⁸⁹.

La question se pose également pour la deuxième prolongation. Certains auteurs considèrent que l'absence ou l'insuffisance des démarches devrait entraîner une réduction de la durée de la première prolongation, mais le refus pur et simple de la deuxième²⁶⁹⁰. La doctrine majoritaire considère cependant que, à l'instar de la première prolongation, les démarches et leur caractère suffisant ne constituent pas une condition, mais un critère à prendre en considération lorsque le tribunal statue sur la question de la deuxième prolongation et de sa durée²⁶⁹¹. Cela étant, les exigences à poser quant au caractère suffisant des démarches sont plus élevées pour la deuxième prolongation : le locataire doit procéder à des recherches durant toute la première prolongation, de manière systématique et répétée,

²⁶⁸³ ATF 116 II 446, consid. 3a ; BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 272 CO ; SVIT K.-HULLIGER, N 48 ad art. 272 CO ; CPra Bail-CONOD, N 33 ad art. 272 CO ; ROHRER (Erstreckung), p. 190 s. ; TF, arrêt du 01.03.2018, 4A_560/2017, consid. 4.3.

²⁶⁸⁴ ATF 125 III 226, consid. 4c ; TF, arrêt du 26.05.2008, 4A_130/2008, consid. 3.2.

²⁶⁸⁵ TF, arrêts du 18.02.2009, 4A_568/2008, consid. 5, et du 03.11.2003, 4C.155/2003, consid. 4.

²⁶⁸⁶ ROHRER (Erstreckung), p. 189 s. et 194.

²⁶⁸⁷ BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 272 CO ; LACHAT (Bail), p. 1011 s., N 3.12 ; SVIT K.-HULLIGER, N 42 ad art. 272 CO ; CPra Bail-CONOD, N 33 ad art. 272 CO.

²⁶⁸⁸ ATF 125 III 226, consid. 4 ; TF, arrêt du 26.08.2008, 4A_130/2008, consid. 3.2.

²⁶⁸⁹ TF, arrêts du 18.02.2009, 4A_568/2008, consid. 5, et du 03.11.2003, 4C.155/2003, consid. 4.

²⁶⁹⁰ SVIT K.-HULLIGER, N 42 et 75 ad art. 272 CO ; CPra Bail-CONOD, N 33 et 47 ad art. 272 CO ; dans ce sens aussi : TF, arrêt du 18.08.1991, DB 1992 N 26.

²⁶⁹¹ ZK OR-HIGI, N 246 ad art. 272 CO ; dans ce sens aussi : LACHAT (Bail), p. 1015 s., N 4.6 ; OGer ZH, arrêt du 23.08.2000, consid. 3, MRA 2000, p. 381 ss.

à des intervalles réguliers²⁶⁹² ; il devra réduire les exigences concernant un éventuel objet de remplacement²⁶⁹³.

Le locataire ne peut pas se contenter de renvoyer à la situation tendue sur le marché locatif ; il doit démontrer ses efforts pour trouver un local de remplacement même lorsque la situation sur le marché locatif est difficile²⁶⁹⁴. Autrement dit, sont pertinentes *les recherches individuelles entreprises par le locataire et les éventuels refus essuyés* et non le fait notoire de la pénurie de logements ou de locaux commerciaux dans une certaine région. 1378

Savoir si les efforts du locataire sont suffisants se détermine en fonction des *circonstances individuelles*, soit, pour les locaux d'habitation, en particulier de *l'âge, de la formation, de la situation familiale* et des *ressources financières*²⁶⁹⁵. Ces éléments constituent dès lors des faits pertinents. Pour les locaux commerciaux, les critères analogues doivent trouver application, mais l'échelle doit être plus stricte, étant donné que le locataire est en général rompu aux affaires et ses relations commerciales devraient lui faciliter la recherche d'un local de remplacement²⁶⁹⁶. 1379

Le locataire qui requiert une première prolongation peut se restreindre à la recherche d'objets équivalents en ce qui concerne le loyer, la situation géographique, la surface ainsi que l'état d'entretien et d'aménagement²⁶⁹⁷. Equivalent ne signifie toutefois pas que tous les critères doivent être identiques, mais que les potentiels objets de remplacement ne présentent « en tout cas [...] pas avec [le local dont le bail a été résilié] une différence telle qu'on ne saurait raisonnablement contraindre le locataire à l'accepter »²⁶⁹⁸. 1380

Lorsque le locataire conteste le congé et demande subsidiairement une prolongation, il convient également de prendre en considération *les chances de succès de la contestation du congé* : en principe, le fait que le locataire conteste la validité du congé ne saurait le libérer de l'incombance de rechercher un local de remplacement, puisque le locataire ne saurait partir du principe que l'autorité de conciliation respectivement le tribunal partageront son point de vue²⁶⁹⁹. Tou- 1381

²⁶⁹² LACHAT (Bail), p. 1015 s., N 4.6 ; SVIT K.-HULLIGER, N 77 ad art. 272 CO.

²⁶⁹³ BSK OR I-WEBER, N 17 ad art. 272 CO ; ZK OR-HIGI, N 242 ad art. 272 CO.

²⁶⁹⁴ SVIT K.-HULLIGER, N 43 ad art. 272 CO.

²⁶⁹⁵ CPra Bail-CONOD, N 34 ad art. 272 CO.

²⁶⁹⁶ SVIT K.-HULLIGER, N 44 ad art. 272 CO.

²⁶⁹⁷ ATF 116 II 446, consid. 3a ; BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 272 CO ; ZK OR-HIGI, N 102 ad art. 272 CO.

²⁶⁹⁸ ATF 116 II 446, consid. 3b ; pour un exemple, voir : TF, arrêt du 07.04.2015, 4A_699/2014, consid. 3.6.

²⁶⁹⁹ SVIT K.-HULLIGER, N 41 ad art. 272 CO ; CPra Bail-CONOD, N 34 ad art. 272 CO ; ZK OR-HIGI, N 96 ad art. 271 CO ; TF, arrêt du 26.08.2008, 4A_130/2008, consid. 3.2.

tefois, lorsque la requête en contestation du congé n'est pas dénuée de fondement, il convient d'être moins stricte en ce qui concerne les recherches²⁷⁰⁰. Le contraire forcerait le locataire à mener des négociations contractuelles sans avoir la réelle intention de conclure un bail²⁷⁰¹. Ainsi, le fait que l'autorité de conciliation, dans une proposition de jugement, ait annulé la résiliation peut dissuader le locataire de procéder à de plus amples recherches de locaux de remplacement²⁷⁰².

- 1382 À notre sens, les recherches vaines du locataire constituent un autre indice dont il peut être déduit que la résiliation aura des conséquences pénibles pour lui²⁷⁰³. La preuve d'un lien de causalité avec les circonstances rendant le congé pénible n'est toutefois pas exigée. Il suffit que le critère allégué par le locataire rend, selon l'expérience générale de la vie, difficile la recherche de locaux de remplacement.

3.1.1.4. Conditions formelles

- 1383 Les conditions formelles pour l'action en prolongation du bail sont réglées à l'art. 273 al. 2 CO : lorsque le bailleur souhaite demander une prolongation d'un bail de durée indéterminée, il doit saisir l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception du congé (let. a), lorsqu'il s'agit d'un bail de durée déterminée, au plus tard 60 jours avant l'expiration du contrat (let. b).
- 1384 À l'instar de ce qui prévaut pour la contestation de la résiliation, le moment de la réception du congé se détermine selon la théorie de la réception relative²⁷⁰⁴. Constituent donc des faits pertinents *la date du retrait, par le locataire, du pli contenant la résiliation, le dernier jour du délai de garde ou le moment du dépôt du courrier contenant la formule à la boîte aux lettres du locataire ainsi que le moment du dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation*²⁷⁰⁵.
- 1385 Pour ce qui est de la demande de prolongation d'un bail à durée indéterminée, les faits pertinents sont *l'expiration du contrat* ainsi que *le moment du dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation*.

²⁷⁰⁰ BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 272 CO ; SVIT K.-HULLIGER, N 41 ad art. 272 CO ; CPra Bail-CONOD, N 34 ad art. 272 CO ; TF, arrêt du 03.11.2003, 4C.155/2003, consid. 4.2 ;

²⁷⁰¹ BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 272 CO.

²⁷⁰² CPra Bail-CONOD, N 34 ad art. 272 CO ; MGer ZH, arrêt du 18.01.2017, ZMP 2017 N 5, consid. III.3.2.

²⁷⁰³ Dans ce sens aussi : BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 272 CO.

²⁷⁰⁴ BOHNET (Termes et délais), p. 26 s.

²⁷⁰⁵ Cf. ci-dessus, N 869 et 1320.

3.1.2. Allégation et contestation

L'action en prolongation du bail fait également partie des litiges relatifs à la protection contre les congés au sens de l'art. 243 al. 2 let. c CPC. Elle est soumise à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC)²⁷⁰⁶. Partant, la responsabilité de l'établissement des faits est partagée entre les parties et le tribunal. Les parties ne sont formellement pas soumises au fardeau de l'allégation et de la contestation, mais à un devoir de collaborer dont l'étendue varie en fonction du cas concret, en particulier de la complexité de l'affaire et du degré d'inégalité entre les parties. Le tribunal peut se fonder sur tous les faits pertinents établis lors des débats, même si aucune des parties ne les a invoqués²⁷⁰⁷. 1386

Aux termes du Tribunal fédéral, « pour qu'un tribunal procède à l'appréciation d'un moyen de preuve, des allégations correspondantes des parties sont nécessaires. Lorsqu'une partie est représentée par un avocat, ce principe vaut, en principe, également [...] dans le champ d'application de la maxime inquisitoire sociale »²⁷⁰⁸. En ce qui concerne l'action en prolongation du bail, si le locataire représenté par un avocat n'allègue pas que la résiliation causerait des conséquences pénibles pour lui-même ou sa famille, le tribunal ne pourra pas examiner ce point d'office et une prolongation du bail ne saurait être accordée²⁷⁰⁹. Lorsque la partie n'est pas représentée par un mandataire professionnellement qualifié, le tribunal devrait toutefois à notre sens retenir d'office d'éventuelles circonstances rendant le congé pénible si leur existence ressort du dossier, même si aucune des parties ne les a formellement allégués²⁷¹⁰. 1387

ROHRER considère que le locataire doit alléguer et préciser pour quelle raison il estime que le congé entraîne pour lui ou sa famille des conséquences pénibles, p. ex. l'âge avancé ou l'état de santé du locataire ou d'un membre de sa famille, et en quoi la prolongation du bail pourrait remédier à cette situation. De même, il doit alléguer et préciser quelles démarches il a entrepris afin de trouver un objet de remplacement et qu'il existe un lien de causalité entre la circonstance rendant pénible le congé et les refus essuyés²⁷¹¹. 1388

²⁷⁰⁶ CPra Actions II-BOHNET, § 20 N 10.

²⁷⁰⁷ Cf. ci-dessus, N 94.

²⁷⁰⁸ « *Bevor ein Gericht Beweismittel würdigt, bedarf es entsprechender Behauptungen der Parteien. Wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist, gilt dies [...] im Grundsatz auch im Anwendungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime* » : TF, arrêts du 23.03.2017, 4A_702/2016, consid. 3.2 et du 24.05.2017, 4A_703/2016, consid. 7 (non publié in : ATF 143 III 344).

²⁷⁰⁹ TF, arrêt du 24.05.2017, 4A_703/2016, consid. 7 (non publié in : ATF 143 III 344).

²⁷¹⁰ Cf. ci-dessus, N 157 ss ; dans ce sens aussi : TF, arrêt du 28.03.2011, 4A_685/2010, consid. 2.5.

²⁷¹¹ ROHRER (Erstreckung), p. 188 et les réf.

- 1389 Nous estimons toutefois qu'il devrait être suffisant que le locataire allègue les circonstances rendant pénibles le congé, les mesures qu'il a entreprises pour trouver un logement de remplacement ainsi que les raisons pour lesquelles il estime que son intérêt à rester dans les locaux pendant plus de temps est prépondérant à celui du bailleur de récupérer la pleine disposition de sa propriété. En effet, le lien de causalité n'a, à notre sens, pas besoin d'être prouvé ni allégué : il suffit que le critère allégué par le locataire rende difficile, selon l'expérience générale de la vie, la recherche de locaux de remplacement.
- 1390 À notre sens, le fait que le tribunal doive examiner d'office la prolongation du bail s'il rejette une requête en annulation du congé (art. 273 al. 5 CO) ne change rien au fardeau de l'allégation et de la contestation. Il s'agit là d'une exception à la *maxime de disposition*²⁷¹² : le tribunal peut accorder au locataire quelque chose qu'il n'a formellement pas requis. Le tribunal peut donc accorder la prolongation du bail même si le locataire n'a pas pris de conclusion dans ce sens. Le législateur n'a cependant pas imposé la maxime inquisitoire pure pour cette hypothèse : si le locataire n'allègue aucun fait justifiant une prolongation et que le tribunal ne dispose d'aucune preuve que des conditions relatives à la prolongation sont réunies, le tribunal ne peut, à notre sens, pas chercher d'office des moyens de preuve pour vérifier si, éventuellement, il y aurait lieu à prolonger le bail. Toutefois, le tribunal doit retenir les faits pertinents pour une prolongation de bail d'office, même si le locataire non représenté a omis de les alléguer, tant que ces faits sont prouvés.

3.2. Sujet de la preuve

- 1391 En vertu de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC), la responsabilité pour l'apport des moyens de preuve dans le procès est partagée entre le tribunal et les parties. Il incombe en principe aux parties de proposer et le cas échéant de produire des moyens de preuve à l'appui de leurs allégations.
- 1392 Concernant les faits pertinents pour la prolongation du bail, le locataire devra en particulier proposer des moyens de preuve à l'appui des circonstances qu'il allègue et dont il déduit qu'une résiliation entraînerait pour lui des conséquences pénibles ainsi que pour les efforts de trouver un local de remplacement dont il

²⁷¹² SVIT K.-POLIVKA, N 26 ad art. 273 CO ; CPra Bail-CONOD, N 16 ad art. 273 CO ; selon POLIVKA, il s'agit également d'une dérogation à la maxime éventuelle ; cependant, la maxime inquisitoire sociale, qui est applicable aux procédures relatives à la contestation de la résiliation du bail et à la prolongation du bail indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c et art. 247 al. 2 let. a CPC), déroge déjà à la maxime éventuelle : les parties peuvent alléguer des faits et présenter ou requérir des moyens de preuve jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).

se prévaut. Le bailleur, quant à lui, devra proposer en particulier des moyens de preuve relatifs aux faits dont il déduit que ses intérêts sont prépondérants²⁷¹³.

Le tribunal doit donc intervenir auprès du locataire ou du bailleur non représenté qui a allégué les faits pertinents susmentionnés, mais sans proposer de preuves à leur appui. Il doit les amener, par des questions adéquates, à compléter leurs offres de preuve. À notre sens, le tribunal peut dans ce cas administrer d'office des moyens de preuve pertinents dont l'existence ressort du dossier²⁷¹⁴. Le Tribunal fédéral semble toutefois considérer désormais que l'intervention du tribunal devrait se limiter à une interpellation des parties, sans possibilité d'administrer d'office des moyens de preuve²⁷¹⁵. 1393

Le fait que le tribunal doive examiner d'office si une prolongation du bail peut être accordée (art. 273 al. 5 CO) ne change pas les possibilités du tribunal d'intervenir dans l'administration des moyens de preuve. Comme expliqué²⁷¹⁶, le législateur a imposé la maxime d'office, mais non la maxime inquisitoire pure : le tribunal ne procédera donc pas à l'administration de preuves d'office pour vérifier s'il y a éventuellement un motif de prolonger le bail. 1394

3.3. Fardeau de la preuve

3.3.1. Fardeau objectif

3.3.1.1. Faits générateurs

Le droit du locataire à la prolongation du bail est soumis à la condition que la résiliation entraîne pour lui des conséquences pénibles. Il supporte dès lors le fardeau de la preuve pour les conditions pénibles que la résiliation entraînera. Il devra rapporter la preuve par indices, ce qui signifie qu'il supporte également le fardeau de la preuve pour les indices, soit : *les circonstances qui rendent difficile la recherche de locaux de remplacement*²⁷¹⁷ ainsi que *les efforts entrepris afin de trouver un local de remplacement*²⁷¹⁸. 1395

²⁷¹³ Cf. ci-dessus, N 1370 ss.

²⁷¹⁴ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

²⁷¹⁵ ATF 141 III 569, consid. 2.3 ; cf. aussi ci-dessus, N 157 ss.

²⁷¹⁶ Cf. ci-dessus, N 1390.

²⁷¹⁷ BSK OR I-WEBER, N 13 ad art. 272 CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 133 ; ZK OR-HIGI, N 251 ad art. 272 CO.

²⁷¹⁸ CPra Bail-CONOD, N 22 ad art. 272 CO ; ZK OR-HIGI, N 251 ad art. 272 CO.

- 1396 Constituent également des faits générateurs *les faits dont le locataire déduit que la pesée des intérêts doit aller dans son sens*²⁷¹⁹ ; entrent en ligne de compte à ce sujet en particulier les critères nommés à l'art. 272 al. 2 let. a à c et e CO. Le locataire supporte le fardeau objectif de la preuve de ces faits.
- 1397 Constitue également un fait générateur la *fin valable du bail* : sans résiliation ou terme valable du bail, le droit du locataire à une prolongation du bail ne prend pas naissance. Le locataire supporte dès lors le fardeau objectif de la preuve pour les faits dont il résulte que le bail prendra valablement fin²⁷²⁰.

3.3.1.2. Faits dirimants

- 1398 Pour s'opposer à la prolongation, le bailleur dispose de deux possibilités principales : il peut invoquer qu'il dispose d'intérêts prépondérants qui justifient de ne pas accorder de prolongation malgré la présence de circonstances pénibles pour le locataire ou il peut invoquer la présence d'une cause excluant la prolongation selon l'art. 272a CO²⁷²¹. En ce qui concerne ses intérêts (potentiellement) prépondérants, l'on pense en particulier au besoin propre (art. 272 al. 2 let. d CO)²⁷²².
- 1399 En vertu de l'art. 272a CO, le bailleur peut, pour s'opposer à la prolongation du bail, invoquer les éléments suivants :
- *Des causes de résiliation extraordinaire* (art. 272a al. 1 let. a à c CO) ; trois des cinq causes excluent la prolongation : la demeure du locataire, la violation de son devoir de diligence ainsi que la faillite du locataire. *A contrario*, il en résulte que la prolongation est possible en cas de résiliation pour justes motifs (art. 266g CO) ainsi qu'en cas de résiliation pour changement de propriétaire (art. 261 CO).
 - Si, en prévision d'une transformation ou d'une démolition, le contrat de bail *a expressément été conclu pour une période expirant au début des travaux* ou à la réception de l'autorisation requise (art. 272a al. 1 let. d CO). Par cette disposition, le législateur vise des situations dans lesquelles un bail prend fin à un moment déterminé (début des travaux ou réception de l'autorisation), mais non encore connu, en vue d'un projet de transformation ou de démolition²⁷²³. Accorder une prolongation dans ce cas serait contraire à la bonne foi et empêcherait la réalisation

²⁷¹⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 133.

²⁷²⁰ ZK OR-HIGI, N 250 ad art. 272 CO.

²⁷²¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 134.

²⁷²² Cf. ci-dessus, N 1375.

²⁷²³ CPra Bail-CONOD, N 4 ad art. 272a CO.

du projet²⁷²⁴. Cette cause de refus de prolongation est soumise à des conditions au moment de la conclusion du bail contenant une telle clause, soit que le bailleur dispose *d'un projet concret et sérieux nécessitant une autorisation de construire* (respectivement de démolir)²⁷²⁵ et que *le locataire doit être au courant du projet*²⁷²⁶, et, au moment d'annoncer la date de la fin du bail²⁷²⁷, *le début effectif des travaux respectivement la délivrance de l'autorisation de construire*²⁷²⁸. Le bailleur supporte le fardeau objectif de la preuve de ces faits²⁷²⁹.

- *L'offre d'un local de remplacement équivalent (art. 272a al. 2 CO)* : pour être équivalent, le local doit disposer des mêmes caractéristiques que le local résilié²⁷³⁰. L'équivalence suppose que *l'objet de remplacement* soit adapté à l'usage prévu par le contrat de bail²⁷³¹ et comparable²⁷³² en ce qui concerne *le nombre de pièces, la surface, la situation géographique, équipement et le montant du loyer*²⁷³³. L'offre n'exclut cependant pas la prolongation dans tous les cas ; le locataire peut faire valoir des circonstances particulières rendant objectivement compréhensible sa décision de refuser l'offre²⁷³⁴. Il supporte le fardeau de la preuve pour ces circonstances²⁷³⁵.

²⁷²⁴ ZK OR-HIGI, N 29 ad art. 272a CO.

²⁷²⁵ BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 272a CO ; LACHAT (Bail), p. 997, N 2.1 ; ZK OR-HIGI, N 36 ad art. 272a CO.

²⁷²⁶ LACHAT (Bail), p. 997, N 2.1 ; ZK OR-HIGI, N 33 ad art. 272a CO ; *contra* : CPra Bail-CO-NOD, N 6 ad art. 272a CO.

²⁷²⁷ Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, il s'agit d'un contrat conclu à durée déterminée qui prend fin à un moment déterminée mais non encore connu : ATF 121 III 260 consid. 5a-5b, mp 1996, p. 59 ss et les réf. ; LACHAT (Bail), p. 997, N 2.1 ; SVIT K.-Hulliger, N 17 ad art. 272a CO ; CPra Bail-CO-NOD, N 4 ad art. 272a CO. Une partie de la doctrine considère toutefois que le bailleur doit mettre fin au bail par résiliation : BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 272a CO ; ZK OR-HIGI, N 61 ad art. 272a CO.

²⁷²⁸ BSK OR I-WEBER, N 6 ad art. 272a CO ; ZK OR-HIGI, N 44 ss et 47 ss ad art. 272a CO.

²⁷²⁹ ZK OR-HIGI, N 65 ad art. 272a CO.

²⁷³⁰ BSK OR I-WEBER, N 7 ad art. 272a CO ; CPra Bail-CO-NOD, N 11 ad art. 272a CO ; ZK OR-HIGI, N 70 ad art. 272a CO.

²⁷³¹ BSK OR I-WEBER, N 7 ad art. 272a CO ; ZK OR-HIGI, N 70 ad art. 272a CO.

²⁷³² ZK OR-HIGI, N 71 ad art. 272a CO.

²⁷³³ BSK OR I-WEBER, N 7 ad art. 272a CO ; LACHAT (Bail), p. 998, N 2.1 ; CPra Bail-CO-NOD, N 11 ad art. 272a CO.

²⁷³⁴ ZK OR-HIGI, N 82 s ad art. 272a CO.

²⁷³⁵ ZK OR-HIGI, N 90 ad art. 272a CO ; ZK ZGB-JUNGO, N 526 ad art. 8 CC.

- 1400 Il s'agit de circonstances qui empêchent que le droit du locataire à la prolongation du bail prenne naissance, ce sont donc des faits dirimants²⁷³⁶. Le bailleur en supporte le fardeau objectif de la preuve²⁷³⁷.

3.3.1.3. Faits extinctifs

- 1401 Le droit à la prolongation du bail prend fin lorsque le locataire peut emménager dans un local équivalent. En effet, à partir de ce moment-là, son droit à la prolongation s'éteint, puisque le locataire ne dispose plus d'un intérêt à la prolongation du bail existant²⁷³⁸.

3.3.2. Fardeau subjectif

- 1402 La répartition du fardeau subjectif de la preuve suit en principe celle du fardeau objectif²⁷³⁹. Il pourra donc être renvoyé aux considérations au sujet de la répartition du fardeau objectif de la preuve ci-avant.
- 1403 Rappelons à ce stade que le locataire doit en principe proposer des moyens de preuve pour les faits dont on peut déduire que la recherche d'un local de remplacement dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail est difficile ou impossible pour lui et pour les recherches auxquelles il a procédé sans succès pour trouver un local de remplacement ; à l'inverse, le bailleur devra proposer des moyens de preuve pour les circonstances dont il déduit que ses intérêts sont prépondérants par rapport à ceux du locataire, dont par exemple son besoin ou celui de ses proches parents ou alliés d'utiliser eux-mêmes les locaux et l'urgence de ce besoin²⁷⁴⁰.
- 1404 Constituerait une contre-preuve²⁷⁴¹, pour le bailleur, de prouver, par exemple, qu'une des circonstances invoquées par le locataire, et dont on peut déduire que la recherche d'un local de remplacement est difficile ou impossible, n'existe pas ou que le locataire n'a en réalité pas procédé aux recherches qu'il invoque ; dans

²⁷³⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 137 ; ZK OR-HIGI, N 61 ad art. 272 CO, N 6 et N 90 ad art. 272a CO.

²⁷³⁷ BSK OR I-WEBER, N 10 ad art. 272a CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 137 ; ZK OR-HIGI, N 90 ad art. 272a CO ; GIGER, p. 85 ; MENGE, p. 190 s.

²⁷³⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 138.

²⁷³⁹ Cf. ci-dessus, N 215.

²⁷⁴⁰ Cf. ci-dessus, N 1395 ss.

²⁷⁴¹ Cf. ci-dessus, N 216.

ce cas, il incombe au bailleur de proposer des moyens de preuve pour « détruire » la preuve du locataire, mais le fardeau objectif de la preuve pour les faits en question incombe au locataire.

3.4. Degré de la preuve

Selon la doctrine, la ou les raisons rendant le congé pénible ainsi que les raisons qui font que les intérêts du locataire sont prépondérants doivent être prouvés de manière stricte²⁷⁴². En effet, les faits dont on peut déduire que la recherche de locaux est difficile ou impossible ainsi que les critères permettant la pesée des intérêts ne posent pas de problèmes particuliers de preuve. Une réduction du degré de preuve n'est ainsi pas indiquée. 1405

Selon HIGI, le degré de la preuve est réduit à la vraisemblance prépondérante pour la preuve des efforts suffisants²⁷⁴³. Nous ne partageons toutefois pas cet avis. Le locataire n'aura à notre sens aucun problème de prouver les recherches individuelles entreprises et les éventuels refus essuyés. Il ne s'agit pas d'une situation dans laquelle l'exigence de prouver strictement le fait pertinent entraînerait l'application du droit de manière quasi systématique²⁷⁴⁴. Une réduction du degré de la preuve ne semble dès lors pas indiqué. Le caractère suffisant des recherches est une question de droit ; pour cet élément, la question ne se pose dès lors de toute manière pas. 1406

Les considérations qui précèdent se rapportent en réalité aux faits indirectement pertinents, donc aux indices. Le fait directement pertinent est que le locataire se trouvera, suite à la résiliation, sans logement ou local commercial. Vu qu'il s'agit d'un fait futur, sa preuve directe n'est pas possible. Il résulte de toute circonstance particulière qui rend impossible ou difficile la recherche de locaux de remplacement dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail, ainsi que les efforts (infructueux) du locataire de trouver un local de remplacement. Ces indices doivent être prouvés de manière stricte, mais pour la conséquence à en tirer, à savoir que le locataire se trouvera sans logement ou local commercial après la fin du bail, le degré de la vraisemblance prépondérante est suffisant²⁷⁴⁵. 1407

²⁷⁴² ZK OR-HIGI, N 249 ad art. 272 CO.

²⁷⁴³ ZK OR-HIGI, N 249 ad art. 272 CO.

²⁷⁴⁴ Cf. ci-dessus, N 224 s.

²⁷⁴⁵ Cf. ci-dessus, N 224 s.

3.5. Moyens de preuve

- 1408 Comme mentionné, il sera difficile, en pratique, de distinguer entre les circonstances rendant pénible la résiliation et celles qui permettent de considérer les intérêts du locataire comme prépondérants : la plupart du temps, les circonstances, qui rendent pénible le congé, sont celles qui font peser la balance, dans la pesée des intérêts, en faveur du locataire²⁷⁴⁶. Nous analyserons dès lors, dans les lignes qui suivent, les moyens de preuve susceptibles de prouver les critères prévus à l'art. 272 al. 2 CO.
- 1409 Les *circonstances de la conclusion du bail* (art. 272 al. 2 let. a CO, première hypothèse) peuvent être prouvées par des témoignages, des titres, ou des interrogatoires respectivement la déposition de parties. Des traces écrites de la phase de négociations (p. ex. notes personnelles, échange de courriels) pourront constituer des titres utiles. Lorsque des tierces personnes interviennent (p. ex. une régie immobilière du côté du bailleur ou un employé du côté du locataire de locaux commerciaux), il est possible de prouver les circonstances de la conclusion du contrat par des témoignages. En revanche, lorsque le contrat est négocié entre les parties directement et oralement, les « circonstances » n'ont été perçues que par les parties elles-mêmes et ne peuvent pas être prouvées par un autre moyen que les interrogatoires et les dépositions de parties.
- 1410 Le *contenu du contrat de bail* (art. 272 al. 2 let. a CO, deuxième hypothèse) ainsi que la *durée du bail* (art. 272 al. 2 let. b CO) peuvent être prouvés par la production du contrat de bail, soit par titre.
- 1411 La preuve de la *situation personnelle et familiale du locataire* (art. 272a let. c CO) est souvent possible par titre : la situation financière peut être prouvée par des documents tels que des fiches de paie ou la déclaration d'impôts, respectivement la décision de taxation ; une éventuelle situation de handicap p. ex. par des certificats médicaux ou une décision de l'assurance-invalidité. Le locataire peut également proposer des témoignages. On pense en particulier aux personnes de son entourage. Les interrogatoires et dépositions des parties peuvent également permettre au locataire de démontrer lui-même sa situation personnelle : le législateur n'a effectivement pas interdit, comme l'avaient fait certains cantons auparavant, à une partie de requérir son propre interrogatoire afin de soutenir sa cause²⁷⁴⁷.

À bien comprendre la doctrine²⁷⁴⁸, le tribunal devra, dans cette situation, en vertu du principe de l'égalité des armes, également interroger d'office le bailleur. Il va sans dire

²⁷⁴⁶ Cf. ci-dessus, N 1376.

²⁷⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 292.

²⁷⁴⁸ BK ZPO II-BÜHLER, N 59 ad art. 191-192 CPC ; ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, N 10 et 12 ad art. 191-192 CPC.

que, la plupart du temps, l'interrogatoire du bailleur au sujet de la situation personnelle du locataire n'apportera que peu d'informations utiles. Quoi qu'il en soit, le locataire sera bien inspiré de présenter également d'autres moyens de preuve afin de prouver sa situation personnelle, car le tribunal risque de considérer, dans le cadre de l'appréciation des preuves, son interrogatoire comme insuffisant²⁷⁴⁹.

Afin de prouver le besoin que lui-même ou ses proches parents ou alliés peuvent avoir d'utiliser eux-mêmes les locaux ainsi que l'urgence de ce besoin, le *bailleur* pourra proposer des témoins²⁷⁵⁰. 1412

La manière la plus facile de prouver les *efforts du locataire de trouver un local de remplacement* est par titres : on peut penser par exemple à la production de copies des demandes de location envoyées ainsi que des refus essuyés. 1413

Concernant les faits dirimants, le bailleur prouvera par titre les faits dont découle la présence des causes de résiliation extraordinaires. Une inspection peut à notre sens entrer en ligne de compte en particulier lorsque le caractère équivalent d'un objet de remplacement offert par le bailleur est litigieux. Le tribunal peut en effet prendre personnellement connaissance des caractéristiques déterminantes en procédant à une inspection de l'objet loué résilié ainsi que de l'objet de remplacement offert. 1414

3.6. Devoir de collaborer

Pour la preuve des faits pertinents pour la prolongation du bail, le devoir de collaborer de la partie adverse, en particulier le devoir du bailleur de déposer des titres en sa possession, ne nous semble que de peu d'utilité. En effet, le locataire devrait être en mesure de prouver sans l'aide du bailleur les faits pour lesquels il supporte le fardeau de la preuve, puisqu'il s'agit en l'occurrence de faits qui surviennent en principe dans sa sphère d'influence. 1415

Les tiers peuvent en particulier être appelés à témoigner (art. 160 al. 1 let. a CPC). En dehors de ce cas, le recours au devoir de collaborer d'un tiers ne nous semble que rarement utile pour la preuve des faits pertinents dans l'action en prolongation du bail. 1416

²⁷⁴⁹ Cf. ci-dessus, N 294.

²⁷⁵⁰ Voir p. ex. BezGer ZH, ZMP 2017 N 5, consid. 2.5.2.

3.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 1417 La requête en prolongation du bail est soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. c CPC)²⁷⁵¹. Les parties peuvent donc se contenter, au moment de déposer leurs actes, de la description de l'objet du litige et n'ont pas besoin de présenter des allégués au sens formel du terme (art. 244 al. 1 let. c CPC), ni d'offrir ou de produire des moyens de preuve²⁷⁵². Comme la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale, des faits et des moyens de preuve peuvent être allégués jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).
- 1418 Cela étant, même si la loi ne l'y contraint pas, le locataire aura tout intérêt à proposer tous les moyens de preuve afin de prouver les faits dont il supporte le fardeau. Pour la prolongation du bail, il s'agira en particulier de titres et de témoignages permettant de prouver des indices dont il résulte que le locataire ne trouvera pas d'objet locatif de remplacement dans le temps qui lui reste jusqu'à la fin du bail et des recherches de titres prouvant ses démarches – infructueuses – de trouver un objet de remplacement équivalent²⁷⁵³.
- 1419 Quant à la preuve à futur dans le but de protéger des moyens de preuve menacés de disparition, cette institution procédurale ne sera utile que dans des situations exceptionnelles.

3.8. Appréciation des preuves

- 1420 Les conséquences pénibles pour le locataire résultant de la résiliation constituent l'élément central dans l'action en prolongation du bail. Dans la preuve de cet élément, le tribunal apprécie à deux stades : d'abord, il apprécie si les moyens de preuve administrés le convainquent de l'existence des faits indirectement pertinents allégués par le locataire ; ensuite, il apprécie si ces faits indirectement pertinents démontrent avec une vraisemblance prépondérante que la résiliation du bail entraîne les conséquences pénibles allégués par le locataire. Le tribunal apprécie ces points librement (art. 157 CPC).
- 1421 Le tribunal apprécie également de manière libre si les moyens de preuve à sa disposition emportent sa conviction de l'existence des faits allégués par chacune des parties pour la pesée des intérêts. Par la suite, le tribunal procède librement à la pesée des intérêts en fonction des faits retenus : dans cette démarche, il doit prendre en considération tous les éléments du cas particulier et tenir compte du but de la prolongation, consistant à donner du temps au locataire pour trouver

²⁷⁵¹ CPra Bail-BOHNET, § 75 N 8.

²⁷⁵² Cf. ci-dessus, N 330.

²⁷⁵³ Cf. ci-dessus, N 1408 ss.

des locaux de remplacement. Sur cette base, le tribunal apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité, s'il y a lieu de prolonger le bail et, dans l'affirmative, pour quelle durée²⁷⁵⁴. Cela étant, si le tribunal considère que les intérêts du locataire sont prépondérants, il doit accorder une prolongation²⁷⁵⁵. L'appréciation dans la pesée des intérêts constitue l'exercice d'un pouvoir d'appréciation accordé au tribunal par le législateur dans *l'application de la loi* au sens de l'art. 4 CC et non une appréciation des preuves²⁷⁵⁶.

²⁷⁵⁴ ATF 136 III 190, consid. 6 ; 125 III 226, consid. 4b ; TF, arrêt du 07.06.2016, 4A_67/2016, consid. 7.1.

²⁷⁵⁵ ZK OR-HIGI, N 31 ad art. 272 CO.

²⁷⁵⁶ HAUSHEER/JAUN, N 6 ad art. 4 CC.

Chapitre 4 : L'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation

4.1. Objet de la preuve

4.1.1. Faits pertinents

Le Code prévoit expressément trois causes de nullité de la résiliation aux art. 266l et 266n CO : 1422

- *Non-respect des prescriptions de forme pour le congé* : selon l'art. 266l CO, le congé des baux d'habitations et de locaux commerciaux doit être donné par écrit (al. 1) ; le bailleur doit donner le congé en utilisant une formule agréée par le canton et qui indique au locataire la manière dont il doit procéder s'il entend contester le congé ou demander la prolongation du bail (al. 2). L'art. 9 al. 1 OBLF précise le contenu de ce formulaire officiel.
- *Absence de notification de la résiliation ou de la menace de résiliation au conjoint ou partenaire enregistré pour la résiliation d'un logement de famille* : 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 doivent être communiqués séparément au locataire et à son conjoint ou à son partenaire enregistré. Un logement remplit le critère de « logement de famille » s'il s'agit d'un local d'habitation dans lequel les époux ou partenaires enregistrés vivent en commun avec leurs éventuels enfants et où ils ont choisi d'établir durablement leur communauté conjugale²⁷⁵⁷.
- *Absence de consentement de l'époux ou du partenaire enregistré* : selon l'art. 266m CO, un époux ou partenaire enregistré ne peut résilier le bail sans le consentement exprès de son conjoint lorsque la chose louée sert de logement à la famille. Cette disposition permet au bailleur ainsi qu'au

²⁷⁵⁷ LACHAT (Bail), p. 139, N 4.2.9 ; CPra Bail-BARRELET, N 4 ad art. 266m CO ; dans ce sens aussi : ZK OR-HIGI, N 128 intro. ad art. 253-274g CO.

conjoint ou partenaire enregistré de faire constater la nullité d'une résiliation du logement de famille prononcée par le locataire sans le consentement de son conjoint ou partenaire enregistré.

- 1423 Si le locataire se fonde sur l'art. 266l CO, les faits pertinents sont *la notification du formulaire officiel* ainsi que *son contenu*. S'il se fonde sur l'art. 266n CO, *le caractère de logement de famille* ainsi que *la notification du formulaire officiel ou de la menace au conjoint ou partenaire enregistré* constituent les faits pertinents. Pour l'art. 266m CO, *le caractère de logement de famille* est également déterminant, au même titre que *le consentement du conjoint ou du partenaire enregistré*.
- 1424 Sont *inefficaces* les résiliations extraordinaires prononcées alors que les conditions n'étaient pas réalisées. La résiliation extraordinaire est possible en cas de non-paiement du loyer (art. 257d CO), de violation grave de l'obligation de diligence (art. 257f CO), de présence de justes motifs (art. 266g CO) ainsi que de faillite du locataire (art. 266h CO). Est à chaque fois pertinent de savoir si les conditions pour recourir à la résiliation extraordinaire sont réalisées. La résiliation suite à un changement de propriétaire est en revanche annulable si l'acquéreur ne dispose pas d'un besoin propre urgent²⁷⁵⁸. Cette hypothèse de congé extraordinaire ne sera pas traitée dans le présent chapitre.
- 1425 Pour le non-paiement du loyer (art. 257d CO), les faits pertinents peuvent être identifiés sans autre dans le texte légal ; il s'agit :
- du retard dans le paiement du loyer après la délivrance de l'objet loué ;
 - de la fixation par écrit d'un délai de paiement de 30 jours au moins ; celui-ci doit contenir un avertissement qu'à défaut de paiement dans ce délai le bail sera résilié sans respecter les délais et termes de résiliation extraordinaire²⁷⁵⁹ ; la somme en suspens doit être chiffrée ou aisément déterminable²⁷⁶⁰ ;
 - du non-respect par le locataire de ce délai ;
- 1426 La violation du devoir de diligence (art. 257f CO) a fait l'objet de quelques remarques dans la partie introductive du présent chapitre²⁷⁶¹. Constituent à notre sens des faits pertinents pour déterminer s'il existe un motif de résiliation extraordinaire:
- le comportement dont le bailleur prétend qu'il constitue une violation du devoir de diligence incombant au locataire ;

²⁷⁵⁸ CPra Bail-MARCHAND, N 38 ad art. 261 CO.

²⁷⁵⁹ ATF 119 II 147, consid. 3a.

²⁷⁶⁰ TF, arrêt du 02.02.2011, 4A_585/2010, consid. 2.1.

²⁷⁶¹ N 1288 ss.

- l'accord des parties sur l'obligation prétendument violée, si le devoir de diligence ne résulte pas directement de la loi ;
- un avertissement écrit préalable du bailleur ;
- la persistance du locataire à ne pas respecter son devoir en relation avec le manquement évoqué par le bailleur dans sa protestation ;
- le respect d'un préavis de trente jours pour la fin d'un mois.

La résiliation pour justes motifs (art. 266g CO) a également fait l'objet d'une présentation dans la partie introductive ci-dessus²⁷⁶². Sont pertinents : 1427

- la présence de circonstances extraordinaires ;
- le caractère objectivement intolérable de l'exécution du contrat suite à la présence desdites circonstances.

Pour ce qui est de la faillite du locataire (art. 266h CO), la résiliation prononcée par le bailleur est valable à condition : 1428

- que le locataire soit tombé en faillite après la délivrance de l'objet loué ; si le locataire tombe en faillite entre le moment de la conclusion du contrat et la délivrance de la chose, ce n'est pas l'art. 266h CO, mais l'art. 83 CO qui s'applique²⁷⁶³ ;
- que le bailleur ait requis par écrit auprès de l'administration de la faillite et du locataire la délivrance de sûretés pour les loyers à échoir et fixé un délai convenable à cet effet ; les sûretés ne sauraient dépasser le montant des loyers et frais accessoires à échoir jusqu'au prochain terme de résiliation respectivement, si le contrat est conclu à durée déterminée, jusqu'à l'échéance du contrat²⁷⁶⁴ ; ne sauraient entrer en ligne de compte des loyers déjà échus au moment de la notification de la demande de sûretés, et encore moins les loyers échus avant la mise en faillite²⁷⁶⁵ ;
- que des sûretés ne lui soient pas fournies dans le délai fixé.

L'hypothèse de l'art. 257f al. 4 CO mise à part, les parties doivent toujours respecter des termes et délais de résiliation. Le non-respect de ces délais n'entraîne cependant pas la nullité ou l'inefficacité du congé, mais son report au prochain terme légal. L'art. 266a al. 2 CO s'applique tant aux congés ordinaires qu'extraordinaires²⁷⁶⁶. 1429

²⁷⁶² Cf. ci-dessus, N 1295 ss.

²⁷⁶³ SVIT K.-MÜLLER, N 10 s. ad art. 266h CO ; CPra Bail-BISE/PLANAS, N 8 ad art. 266h CO.

²⁷⁶⁴ SVIT K.-MÜLLER, N 22 ad art. 266h CO ; CPra Bail-BISE/PLANAS, N 18 ad art. 266h CO.

²⁷⁶⁵ CPra Bail-BISE/PLANAS, N 18 ad art. 266h CO ; ZK OR-HIGI, N 60 ad art. 266h CO.

²⁷⁶⁶ LACHAT (Bail), p. 858, N 4.7 ; SVIT K.-MÜLLER., N 17 ad art. 266a ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, N 45 ad art. 266a CO ; ZK OR-HIGI, N 48 ss ad art. 266a CO.

4.1.2. Allégation et contestation

- 1430 Pour déterminer les contours du fardeau de l'allégation et de la contestation, il convient en premier lieu de savoir si la prétention en constatation de la nullité est soumise à la maxime inquisitoire sociale ou non, autrement dit de savoir si la notion de « protection contre les congés » (art. 243 al. 2 let. c CPC) couvre également l'action en constatation de la nullité. Le Tribunal fédéral, après avoir laissé la question ouverte dans deux arrêts²⁷⁶⁷, a tranché en faveur d'une interprétation large de cette notion, qui englobe notamment les litiges portant sur la nullité et l'inefficacité du congé²⁷⁶⁸.

La question était auparavant débattue en doctrine ; une partie des auteurs estimait notamment que la notion de « protection contre les congés » employée à l'art. 243 al. 2 let. c CPC ne regroupait que les litiges relevant des art. 271 à 273c CO, puisque le chapitre III du titre huitième du Code des obligations, dans lequel se trouvent lesdits articles, est intitulé « protection contre les congés »²⁷⁶⁹. Dès lors, la procédure simplifiée et la maxime inquisitoire sociale ne s'appliqueraient aux actions en constatation de la nullité ou de l'inefficacité du congé que si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.- (art. 247 al. 2 let. b ch. 1 CPC). Ce courant doctrinal critique la jurisprudence récente du Tribunal fédéral sur ce point²⁷⁷⁰. Une autre partie de la doctrine estimait que cette vision menait à un résultat contraire au but du législateur de protéger les locataires, puisqu'ainsi des locataires sont soustraits à la procédure simple et rapide et à la maxime inquisitoire sociale s'ils se prévalent de la nullité ou de l'inefficacité du congé ; en plus, la différence de traitement entre la nullité et l'annulabilité de la résiliation serait contraire à la sécurité du droit et l'unité de l'ordre juridique²⁷⁷¹.

Quant au Tribunal fédéral, ce dernier s'était d'abord contenté de considérer que la protection contre les congés couvrait *les questions préjudicielles de droit civil* qui présentent un lien avec le congé, telles que la nullité ou l'inefficacité de celui-ci, ce qui implique que l'autorité de conciliation, respectivement le tribunal puisse aussi statuer sur l'inefficacité ou la nullité du congé dans ce cadre²⁷⁷². Jusqu'à l'ATF 142 III 402, le Tribunal fédéral a toutefois laissée ouverte la question de savoir si la procédure simplifiée et avec elle la maxime inquisitoire sociale était également applicable lorsque le locataire agit uniquement en constatation de la nullité, respectivement de l'inefficacité du congé²⁷⁷³.

- 1431 Le locataire qui demande la constatation de la nullité ne porte dès lors pas formellement le fardeau de l'allégation et de la motivation suffisante, mais, dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale, un devoir de collaboration dont les

²⁷⁶⁷ ATF 142 III 278, consid. 4.1, DB 2016 N 25 ; 139 III 457, consid. 5, DB 2014 N 22.

²⁷⁶⁸ ATF 142 III 402, consid. 2.5.4.

²⁷⁶⁹ LACHAT (Procédure), p. 199, N 2.2.3 ; CPra Bail-BOHNET, N 7 ad art. 243-247 CPC ; DIETSCHY-MARTENET (Proposition de jugement), p. 101 ; BOHNET (16^e séminaire), N 112.

²⁷⁷⁰ CPra Bail-BOHNET, N 7 ad art. 243-247 CPC.

²⁷⁷¹ KORAK-DISLER, N 212 ; LEUTENEGGER, p. 235.

²⁷⁷² ATF 142 III 278, consid. 4.1, DB 2016 N 25 ; 139 III 457, consid. 5, DB 2014 N 22 ; voir aussi : ATF 132 III 65, consid. 3.2 et 3.4, JdT 2007 I 269.

²⁷⁷³ ATF 139 III 457, consid. 5.3, DB 2014 N 22.

contours sont quasi identiques²⁷⁷⁴. Quoi qu'il en soit, dans la procédure en constatation de la nullité du congé, la situation est particulière : la nullité ou l'inefficacité du congé résulte en principe de *l'absence* de certains faits : le congé est nul s'il n'a pas été notifié sur une formule agréée par le canton (art. 266l al. 2 CO), qu'il n'a pas été notifié au conjoint ou partenaire enregistré (art. 266n CO) ou que le locataire n'a pas violé son devoir de diligence (art. 257f CO). A notre sens, les exigences quant à la motivation de l'absence de faits ne sauraient être élevées.

Il nous semble néanmoins indispensable que le locataire qui requiert la constatation de la nullité ou de l'inefficacité du congé allègue, pour quelle raison il estime que le congé est, selon lui, nul ou inefficace. Le tribunal peut certes retenir la nullité si le locataire ne s'en prévaut pas²⁷⁷⁵ ; à notre sens, cela ne signifie toutefois pas que le locataire qui demande la constatation de la nullité puisse se contenter d'alléguer que le congé est nul. 1432

S'il se prévaut du fait que le local loué constitue un logement de famille – ou que son conjoint ou partenaire enregistré conteste le congé faute d'avoir donné son accord – le locataire doit alléguer les faits desquels découle la qualification comme logement de famille. À ce sujet, il est suffisant que le locataire allègue qu'il est marié ou en partenariat enregistré et qu'il fasse ménage commun avec son conjoint ou partenaire enregistré dans le local loué²⁷⁷⁶. 1433

À l'inverse, il incombera au bailleur d'alléguer les faits pertinents pour un congé valable. Il devra alléguer que le congé a été notifié sur formule officielle (art. 266l al. 2 CO), que le locataire n'a pas payé l'arriéré de loyer malgré la notification de l'avertissement écrit (art. 257d CO), que ni le locataire ni l'administration de la faillite n'ont livré des sûretés malgré une injonction (art. 266h CO), etc. 1434

Pour la violation du devoir de diligence en particulier, le bailleur devra, à notre sens, alléguer qu'il fonde la résiliation sur une violation des devoirs du locataire et motiver, en quoi consiste cette violation ; il devra ainsi alléguer l'utilisation faite par le locataire et celle prévue dans le contrat, s'il se prévaut de l'usage contraire à celui prévu par le contrat, et alléguer les dommages causés à l'objet loué, s'il se prévaut de ce que le bailleur a endommagé le local, etc. S'il n'est pas représenté par un mandataire professionnel et qu'il ne respecte pas cette incombance (p. ex. : il se contente d'alléguer que le locataire a violé le contrat), le tribunal peut intervenir ; il peut l'amener à compléter ses allégués par des 1435

²⁷⁷⁴ Cf. ci-dessus, N 93 ss.

²⁷⁷⁵ ATF 140 III 244, consid. 4.1 ; CPra Bail-MONTINI, N 6 ad art. 266o CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 118.

²⁷⁷⁶ TF, arrêt du 23.03.2007, 4C_441/2006, consid. 4.3.1, DB 2008 N 24.

questions appropriées²⁷⁷⁷. Le bailleur devra en plus alléguer qu'il a averti le locataire par écrit et que ce dernier n'a pas changé de comportement par la suite. S'il procède par résiliation immédiate pour violation grave et intentionnelle (art. 257f al. 4 CO), le bailleur devra de plus alléguer et préciser, en quoi consiste le préjudice grave²⁷⁷⁸.

- 1436 Lorsque le bailleur se fonde sur de justes motifs, il devra alléguer et motiver, en quoi ceux-ci consistent.
- 1437 Étant donné que la maxime inquisitoire sociale est applicable, lorsqu'un fait pertinent ressort des moyens de preuve à sa disposition, le tribunal peut, à notre sens, néanmoins le considérer comme établi même si le bailleur ne respecte pas les incombances précitées et n'allègue pas, ou pas de manière suffisamment précise, ledit fait²⁷⁷⁹. Ainsi, lorsque le bailleur qui a notifié au locataire le congé pour retard de paiement n'allègue pas avoir mis en demeure le locataire par écrit, mais joint à sa requête une copie de la mise en demeure, le tribunal ne pourra pas écarter le motif de résiliation du bailleur pour défaut d'allégation des faits pertinents : le bailleur a allégué l'état de fait de manière lacunaire, mais le tribunal a connaissance de moyens de preuves pertinents²⁷⁸⁰. Sur ce point, le Tribunal fédéral semble être plus restrictif : à bien comprendre sa jurisprudence, le tribunal pourra uniquement inviter le bailleur à compléter ses allégations, mais non retenir un fait non allégué. De plus, l'on ne saurait attendre du tribunal qu'il « fouille » le dossier pour tomber sur le moyen de preuve pertinent. En tout étant de cause, le tribunal n'interviendra pas lorsque le bailleur est représenté par un mandataire professionnellement qualifié²⁷⁸¹.
- 1438 Le locataire qui se prévaut de la nullité du congé devra contester les faits allégués par le bailleur : la jurisprudence applique en général sans autre les règles au sujet du fardeau de la contestation tirées de la maxime des débats par analogie²⁷⁸². Cela signifierait que la non-contestation par le locataire des conditions de la validité du congé (p. ex. de la notification du congé sur formule officielle) ou des motifs de congé extraordinaire allégués par le bailleur entraîneraient *ipso facto* le tribunal à considérer ces faits comme admis et non sujets à preuve²⁷⁸³.
- 1439 Nous ne partageons pas cette manière de voir. En effet, en application de la maxime inquisitoire sociale, tout fait pertinent est à considérer comme contesté

²⁷⁷⁷ Cf. ci-dessus, N 157 ss.

²⁷⁷⁸ TF, arrêt du 10.01.1995, consid. 2b, mp 1996, p. 7 ss.

²⁷⁷⁹ Cf. ci-dessus, N 95.

²⁷⁸⁰ Cf. ci-dessus, N 152.

²⁷⁸¹ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

²⁷⁸² Cf. ci-dessus, N 105.

²⁷⁸³ ATF 144 III 462, consid. 3.3.2.

et doit être prouvé²⁷⁸⁴. Si le bailleur allègue un fait dont il découlerait que le congé est valable, mais sans présenter de moyen de preuve, le tribunal devrait l'inviter à en présenter, même si le locataire ne conteste pas le fait en question. De même, le tribunal devrait inviter le locataire (ou son conjoint ou partenaire enregistré) qui allègue que l'objet loué constitue un local familial à prouver cet allégué, même si le bailleur omet de le contester. Toutefois, dans un arrêt non publié de 2005, le Tribunal fédéral a considéré que la maxime inquisitoire sociale ne signifiait pas que des faits admis n'ont pas besoin d'être prouvés²⁷⁸⁵.

Rappelons également que le tribunal doit prendre en compte d'office la nullité du congé²⁷⁸⁶. Dès lors, une fois qu'il estime, sur la base des moyens de preuve à sa disposition, que le congé est nul, il pourra constater cette nullité, même si le locataire ne s'en prévaut pas. Par voie de conséquence, le locataire n'a pas besoin de contester formellement les faits dont découlerait la validité du congé pour que le tribunal puisse retenir la nullité. 1440

4.1.3. Faits notoires

Des inscriptions au registre du commerce constituent des faits notoires au sens de l'art. 151 CPC²⁷⁸⁷. La faillite d'une personne morale inscrite au registre du commerce devant elle-même faire l'objet d'une inscription au registre du commerce (art. 174 LP et 19 ORC), ce fait est notoire et ne nécessite en principe ni allégation ni preuve²⁷⁸⁸. 1441

4.2. Sujet de la preuve

En vertu de la maxime inquisitoire sociale, il incombe en principe aux parties de proposer et le cas échéant de produire des moyens de preuve à l'appui de leurs allégations. Le tribunal doit dès lors intervenir si une partie a allégué un certain fait, mais sans proposer de preuve. À notre sens, le tribunal pourrait administrer d'office des moyens de preuve dont l'existence ressort des éléments réunis devant le tribunal²⁷⁸⁹. Dans sa jurisprudence publiée, le Tribunal fédéral 1442

²⁷⁸⁴ Cf. ci-dessus, N 104 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 33 N 104 et 109 ; DIKE ZPO-LEU, N 64 ad art. 150 CPC ; MEIER (Thèse), N 75 ; BRÖNNIMANN (Thèse), p. 107 ss et 113.

²⁷⁸⁵ TF, arrêt du 22.11.2005, 4C.273/2005, consid. 3.2.1.

²⁷⁸⁶ ATF 140 III 244, consid. 4.1 ; CPra Bail-MONTINI, N 6 ad art. 266o CO ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 118.

²⁷⁸⁷ TF, arrêt du 27.11.2014, 4A_195/2014, consid. 7.3.1, non publié in : ATF 140 III 602.

²⁷⁸⁸ ATF 135 III 88, consid. 4.1.

²⁷⁸⁹ Cf. ci-dessus, N 152 ss.

estime toutefois que le rôle du tribunal se limite à l'information des parties de leur devoir de coopérer à l'administration des preuves. Le tribunal doit interroger les parties pour s'assurer que leurs offres de preuves sont complètes s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point, mais rien de plus. De tels motifs n'existent en principe pas lorsque la partie est représentée par un avocat, le tribunal devant faire, dans ce cas, preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire²⁷⁹⁰.

1443 Le tribunal devrait dès lors en particulier intervenir lorsque le bailleur inexpérimenté et non représenté par un mandataire professionnellement qualifié se prévaut de motifs de résiliation extraordinaires, p. ex. la violation du devoir de diligence par le locataire – mais ne propose pas de moyens de preuve à leur appui. À notre sens, le tribunal pourrait dans ce cas administrer d'office des moyens de preuve dont l'existence ressort du dossier ; selon le Tribunal fédéral, il pourrait uniquement inviter le bailleur par des questions adéquates à compléter ses offres de preuve.

1444 Le Tribunal fédéral a retenu que lorsque le locataire requiert l'annulation du congé en invoquant que le bail portait sur un logement de famille et que le bailleur aurait dû notifier le congé à son épouse, mais se contente d'indiquer que son épouse vivait avec lui dans l'appartement loué, et ce dès la conclusion du mariage, sans proposer de preuve, le tribunal doit à tout le moins attirer son attention sur le fait qu'il n'entend pas se satisfaire de ces allégations – contestées par la partie adverse et non prouvées par les titres produits – et, partant, lui permettre d'apporter des preuves à ce sujet²⁷⁹¹. Notons que dans cette affaire – antérieure à l'ATF 141 III 569 –, le locataire était représenté par une avocate ; au vu de la jurisprudence récente, le Tribunal fédéral jugerait probablement cette affaire de manière différente.

4.3. Fardeau de la preuve

4.3.1. Fardeau objectif

1445 L'action en constatation de la nullité de la résiliation est une action en constatation négative, visant à faire déclarer que les conditions de la résiliation n'étaient pas réunies²⁷⁹². Comme les règles habituelles en matière de fardeau de

²⁷⁹⁰ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2.

²⁷⁹¹ TF, arrêt du 23.03.2007, 4C_441/2006, consid. 4.3.1.

²⁷⁹² BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 117 ; cf. ci-dessus, N 1303.

la preuve s'appliquent indépendamment du rôle procédural des parties²⁷⁹³, il incombera au bailleur de prouver les faits générateurs, même s'il se trouve dans le rôle du défendeur. Il incombe en revanche au locataire de prouver les conditions de recevabilité de l'action en constatation de la nullité, puisque le fardeau de la preuve de ces conditions incombe néanmoins au demandeur²⁷⁹⁴. Dans l'hypothèse où un congé donné par le locataire est contesté par le bailleur, le bailleur supportera le fardeau de la preuve pour les conditions de recevabilité de l'action et le locataire celui des faits dont on peut déduire que sa résiliation est valable²⁷⁹⁵.

Afin d'améliorer sa lisibilité, nous avons décidé de structurer différemment le présent sous-chapitre par rapport aux autres sous-chapitres concernant la répartition du fardeau de la preuve : les faits générateurs, dirimants et extinctifs seront présentés ensemble pour les conditions de recevabilité de l'action (4.3.1.1), les conditions de validité formelle du congé (4.3.1.2) ainsi que les conditions de la validité matérielle du congé extraordinaire (4.3.1.3). 1446

4.3.1.1. Conditions de recevabilité de l'action en constatation de la nullité

Toute action suppose un *intérêt digne de protection* (art. 59 al. 2 let. a CPC) ; cette condition se révèle souvent problématique pour une action en constat²⁷⁹⁶. L'intérêt du demandeur à la constatation de droit doit être important et immédiat, ce qui est en principe le cas si le demandeur est menacé par l'incertitude concernant ses droits ou ceux d'un tiers et que la constatation judiciaire pouvait éliminer celle-ci et qu'une action condamnatoire n'est pas possible. Il faut de plus qu'en se prolongeant, cette incertitude entrave la liberté d'action du demandeur et lui soit insupportable²⁷⁹⁷. Tous ces éléments doivent être prouvés par le demandeur qui dépose une action en constatation de la nullité du congé. En leur absence, le droit du demandeur à faire constater la nullité ou l'inefficacité du congé ne prend pas naissance. Cela étant, si le demandeur et le défendeur sont effectivement liés par un contrat de bail, et qu'il existe une controverse sur la poursuite du bail, cette condition est généralement remplie²⁷⁹⁸. 1447

²⁷⁹³ ATF 118 II 521, consid. 3b ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 215 ad art. 8 CC ; TF, arrêt du 08.12.2011, 4A_569/2015, consid. 1.

²⁷⁹⁴ BK ZGB (1966)-KUMMER, N 216 ad art. 8 CC.

²⁷⁹⁵ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 117.

²⁷⁹⁶ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 119 ; TF, arrêt du 26.05.2003, 4C.7/2003, consid. 5.

²⁷⁹⁷ ATF 131 III 319, consid. 3.5, SJ 2005 I 449 ; 123 III 414, consid. 7b, JdT 1999 I 251 ; 120 II 20, consid. 3a, JdT 1995 I 30 ; CR CPC-BOHNET, N 6 ad art. 88 CPC.

²⁷⁹⁸ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 119.

4.3.1.2. Conditions de validité formelle du congé

- 1448 Les faits générateurs (à prouver par le bailleur) et dirimants (à prouver par le locataire) varient en fonction de la *cause de nullité invoquée par le locataire* (4.3.1.2.1-4.3.1.2.3). Certains faits dirimants et extinctifs peuvent toutefois être invoqués, quelle que soit l'erreur de forme invoquée (4.3.1.2.4).

4.3.1.2.1. Faits générateurs et dirimants relatifs au motif de l'art. 266I CO

- 1449 Si le locataire introduit l'action, le bailleur supportera le fardeau de la preuve pour la notification du congé²⁷⁹⁹ et de l'utilisation de la formule officielle²⁸⁰⁰. Sur le dernier point, le Tribunal fédéral est toutefois d'un autre avis : il considère que la non-utilisation de la formule est un fait dirimant à prouver par le locataire²⁸⁰¹.

À notre sens, la position du Tribunal fédéral sur ce point ne saurait être suivie. Dans l'arrêt en question, notre Haute Cour ne prend pas en compte la doctrine majoritaire, qui considère que la validité formelle (contrairement aux vices matériels) d'un contrat ou d'un droit formateur est un fait générateur. La validité formelle est, le cas échéant, alléguée implicitement par celui qui affirme un droit. Il faut donc retenir que celui qui veut tirer un droit d'un contrat doit alléguer l'existence de celui-ci et, au moins implicitement, qu'il n'est pas vicié formellement²⁸⁰². En outre, il n'est pas logique de considérer que la non-utilisation de la formule constitue un fait dirimant à prouver par locataire alors que la notification de la résiliation constitue un fait générateur à prouver par le bailleur²⁸⁰³.

- 1450 Si le bailleur intente l'action, le locataire supportera le fardeau de la preuve de la notification du congé par écrit²⁸⁰⁴. Si le congé est envoyé par courrier recommandé, la notification intervient lorsque le destinataire pourrait retirer le pli au guichet postal ; il lui incomberait le cas échéant d'alléguer qu'il n'a jamais reçu l'avis de retrait²⁸⁰⁵.

²⁷⁹⁹ ATF 137 III 208, consid. 3.2 ; LACHAT (Bail), p. 841, N 7.9 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 121 ; ZK OR-HIGI, N 42 intro. ad art. 266-266o CO.

²⁸⁰⁰ LACHAT (Bail), p. 827 s., N 2.2 ; BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 121.

²⁸⁰¹ ATF 144 III 462, consid. 3.3.2.

²⁸⁰² BK OR-WALTER, N 499 ad art. 8 CC ; BOHNET/SCHWEIZER, p. 450 les réf. à la note 50 ; BK OR-KUMMER, N 238 ad art. 8 CC ; ROSENBERG, p. 115 et 253.

²⁸⁰³ BOHNET (Commentaire arrêt 4A_295/2017), p. 342.

²⁸⁰⁴ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 121.

²⁸⁰⁵ ATF 137 III 208, consid. 3.2.

4.3.1.2.2. Faits générateurs et dirimants relatifs au motif de l'art. 266n CO

La constatation de la nullité du congé fondée sur cette disposition suppose deux éléments : le caractère de logement familial ainsi que la non-notification de la résiliation ou de la menace de résiliation au conjoint ou partenaire enregistré du locataire. 1451

Le fardeau de la preuve de la notification du congé ou de la menace de résiliation incombe, en conformité avec les règles au sujet de la notification de manifestations de volonté²⁸⁰⁶, au bailleur²⁸⁰⁷ ; il s'agit d'un fait générateur. En revanche, le fardeau de la preuve que le logement doit être qualifié de logement familial incombe au locataire ; l'art. 266l CO exprime le principe général et l'hypothèse d'un logement familial constitue une exception²⁸⁰⁸ ; il s'agit dès lors d'un fait dirimant. 1452

4.3.1.2.3. Faits générateurs et dirimants relatifs au motif de l'art. 266m CO

Cette disposition permet au bailleur ainsi qu'au conjoint ou partenaire enregistré de faire constater la nullité d'une résiliation du logement de famille prononcée par le locataire sans le consentement de son conjoint ou partenaire enregistré. Dans cette situation, il incombe au défendeur (qui est dans tous les cas le locataire) de prouver que son conjoint ou partenaire enregistré a donné le consentement à la résiliation (fait générateur) ; il revient au demandeur de prouver qu'il s'agit d'un logement de famille (fait dirimant)²⁸⁰⁹. 1453

4.3.1.2.4. Faits dirimants et extinctifs entrant en ligne de compte pour tous les motifs liés à la forme du congé

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le locataire peut uniquement exciper d'un vice de forme s'il n'est pas de mauvaise foi. En effet, le principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 al. 1 CC s'applique à l'ensemble des domaines du droit. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC)²⁸¹⁰. Dès lors, le bailleur pourra invoquer que le locataire commet un 1454

²⁸⁰⁶ À ce sujet, voir p. ex. ATF 137 III 208, consid. 3.1.2 ; 118 II 42, consid. 3b.

²⁸⁰⁷ Ainsi CPra Bail-BARRELET, N 7 ad art. 266n CO ; ZK OR-HIGI, N 35 ad art. 266m-266n CO.

²⁸⁰⁸ ATF 139 III 7, consid. 2.2 ; ZK ZGB-JUNGO, N 521 ad art. 8 CC ; CPra Bail-BARRELET, N 4 ad art. 266n CO.

²⁸⁰⁹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 122.

²⁸¹⁰ ATF 137 III 208, consid. 2.5.

abus de droit en essayant d'exciper de la nullité du congé. Il supporte le fardeau de prouver *les circonstances dont il déduit la mauvaise foi du demandeur*. Il s'agit de faits dirimants²⁸¹¹.

- 1455 Comme fait extinctif, entre en considération la résiliation ultérieure non affectée de motifs de nullité. Il faut toutefois que la « réparation » intervienne dans le délai légal pour procéder à l'acte concerné (soit la résiliation), et surtout avant que le locataire ne saisisse l'autorité de conciliation en déclaration de la nullité de la résiliation. En effet, une fois la procédure en cours, une nouvelle résiliation est annulable en vertu de l'art. 271a al. 1 let. d CO²⁸¹².

4.3.1.3. Conditions de validité matérielle du congé extraordinaire

4.3.1.3.1. En général

- 1456 Lorsque le bailleur résilie de manière extraordinaire le bail, il supporte le fardeau de la preuve des motifs de résiliation²⁸¹³. Il s'agit de faits générateurs de son droit de résilier de manière extraordinaire.

4.3.1.3.2. En particulier pour le non-paiement du loyer

- 1457 En cas de non-paiement du loyer ou des frais accessoires, le bailleur supporte le fardeau de la preuve pour la notification de l'avis comminatoire de l'art. 257d al. 2 CO²⁸¹⁴ : il s'agit d'une condition à l'existence de son droit à la résiliation anticipée. En revanche, le non-paiement de la dette ne constitue à notre sens pas un fait générateur. Le fait générateur correspondant est en réalité *l'existence de la dette*, qui suppose en particulier l'existence d'un contrat de bail entre les deux parties. Le locataire peut opposer comme faits *extinctifs* les motifs prévus aux art. 114 ss CO, en particulier le paiement, la remise conventionnelle (art. 115 CO)²⁸¹⁵ ainsi que la compensation (art. 120 ss CO)²⁸¹⁶. En vertu de la théorie des normes, il supporte le fardeau de la preuve pour l'existence des faits dont il découle que la dette est en réalité éteinte.

Au sujet du paiement, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque le bailleur remet au locataire un bulletin de versement de la poste suisse, le délai de paiement est respecté lorsque le

²⁸¹¹ BOHNET/JEANNIN (Fardeau), N 122 ; BK ZGB (1966)-KUMMER, N 177 ad art. 8 CC.

²⁸¹² ATF 131 III 33, consid. 3.

²⁸¹³ BSK OR I-WEBER, N 8 ad art. 257f CO ; HENSCH, p. 991.

²⁸¹⁴ BSK OR I-WEBER, N 5 ad art. 257d CO ; BK OR-GIGER, N 51 ad art. 257d CO ;

²⁸¹⁵ TF, arrêt du 10.05.2017, 4A_616/2016, consid. 6.

²⁸¹⁶ TF, arrêt du 06.08.2014, 4A_140/2014, consid. 5.

locataire procède au paiement du montant en souffrance à un guichet de la poste suisse le dernier jour du délai comminatoire, à moins que le bailleur n'indique expressément et de manière très claire le contraire dans sa commination²⁸¹⁷. La dette est donc en principe expédiable et non quérable²⁸¹⁸. Quant à la compensation, il est à noter que le locataire doit procéder à la déclaration de compensation *avant* l'échéance du délai de grâce ; son intention de compenser doit ressortir de sa déclaration sans équivoque ; de même, il doit en ressortir clairement avec quelle dette du bailleur il souhaite compenser²⁸¹⁹.

4.3.1.3.3. En particulier pour la violation du devoir de diligence

Lorsque le bailleur résilie le bail pour violation des devoirs de diligence (art. 257f al. 3 CO), il supporte le fardeau de la preuve du comportement du locataire qu'il estime contraire à ses devoirs de diligence²⁸²⁰. Ainsi, s'il motive la résiliation anticipée par le fait que le locataire a sous-loué l'objet loué sans intention de le réintégrer, le bailleur supporte le fardeau de la preuve de l'intention du bailleur de ne plus retourner vivre dans l'objet loué²⁸²¹. S'il résilie de manière immédiate selon l'art. 257f al. 4 CO pour préjudice grave, il supportera en plus le fardeau de la preuve du préjudice grave ainsi que du lien de causalité entre la violation et le préjudice²⁸²². Il s'agit dans les deux cas de faits générateurs de son droit de résilier de manière anticipée.

Qu'en est-il lorsque le bailleur motive la résiliation par la sous-location ou la rénovation ou modification non autorisée de l'objet loué ? Le locataire ne peut procéder à la sous-location ou la modification de l'objet loué qu'avec le consentement du bailleur (art. 260a al. 1 et 262 al. 1 CO). Toutefois, pour la sous-location, le bailleur ne peut refuser son consentement que si une des conditions de l'art. 262 al. 2 CO est réalisée, alors que le consentement aux modifications et rénovations est à bien plaire²⁸²³. Dès lors, à notre sens, le bailleur qui résilie pour motif de sous-location non autorisée doit prouver qu'il aurait été autorisé à refuser son consentement²⁸²⁴. Il s'agit d'un fait générateur de son droit de résilier de manière anticipée le bail. En revanche, l'accord du bailleur constitue un fait dirimant, respectivement – si le consentement est donné *a posteriori* –

²⁸¹⁷ ATF 124 III 145, consid. 2, JdT 2000 I 220.

²⁸¹⁸ CPra Bail-WESSNER, N 25 ad art. 257d CO.

²⁸¹⁹ ATF 119 II 241, consid. 6b ; SVIT K.-REUDT, N 20 ad art. 257d CO ; BK OR-GIGER, N 27 ad art. 257d CO ; TF, arrêt du 06.08.2014, 4A_140/2014, consid. 5.

²⁸²⁰ ZK ZGB-JUNGO, N 523 ad art. 8 CC.

²⁸²¹ COLOMBINI, N 62 ; TF, arrêt du 16.12.2014, 4A_209/2014, consid. 4.1 ; TF, arrêt du 04.10.2010, 4A_367/2010, consid. 2.2.

²⁸²² TF, arrêt du 10.01.1995, consid. 2a, mp 1996, p. 7 ss ; notons que, selon la doctrine actuelle, le préjudice grave n'est pas une condition à la résiliation immédiate ; une violation particulièrement grave du devoir de diligence est suffisante : ci-dessus, N 1294.

²⁸²³ CPra Bail-AUBERT, N 11 ad art. 260a CO.

²⁸²⁴ Dans ce sens aussi : BSK OR I-WEBER, N 5 ad art. 262 CO ; HEINRICH, p. 131.

extinctif dont le fardeau de la preuve incombe au locataire lorsque le bailleur allègue comme violation du devoir de diligence des modifications ou rénovations sans son consentement.

4.3.1.3.4. En particulier pour la résiliation pour justes motifs et la faillite du locataire

- 1460 En ce qui concerne la résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 266g CO, il incombe également à la partie qui résilie le bail pour ce motif de prouver les faits desquels elle déduit la présence de justes motifs. De même, lorsque le bailleur prononce une résiliation pour faillite du locataire (art. 266h CO), le bailleur supporte le fardeau de la preuve de la faillite du locataire²⁸²⁵, de même que de la notification de l'avis comminatoire au locataire et à l'administration de la faillite. À notre sens, il convient de comprendre le droit du bailleur de résilier le bail en cas de faillite du locataire comme principe. Ce droit ne prend exceptionnellement pas naissance lorsque le locataire ou l'administration de la faillite décident de fournir des sûretés²⁸²⁶. Par conséquent, la fourniture de sûretés constitue un fait dirimant dont le fardeau de la preuve incombe au locataire.

4.3.2. Fardeau subjectif

- 1461 Le fardeau subjectif de la preuve suit en principe le fardeau objectif²⁸²⁷. Il peut donc être renvoyé aux considérations au sujet de la répartition du fardeau objectif de la preuve²⁸²⁸. Comme nous venons de le voir, la répartition du fardeau objectif est complexe ; en résumé, le locataire supporte le fardeau de la preuve – subjectif et objectif – pour les conditions de recevabilité de son action en constatation de la nullité, mais le bailleur supporte le fardeau pour la preuve des conditions de validité formelle et matérielle du congé.
- 1462 Les fardeaux de la preuve subjectif et objectif sont dissociés en cas de contre-preuve²⁸²⁹. En l'occurrence, une contre-preuve consisterait en une preuve du bailleur que les conditions de recevabilité de l'action du locataire n'existent pas et celle du locataire qu'une condition de validité formelle ou matérielle invoquée par le bailleur n'existe pas. Ainsi, dans le deuxième cas, le bailleur supporterait toujours le fardeau objectif de la preuve de la condition formelle ou matérielle dont il se prévaut – en cas d'absence de toute preuve, le bailleur en

²⁸²⁵ SCHMID/SCHMID, p. 674 s.

²⁸²⁶ Dans ce sens aussi : ZK OR-HIGI, N 78 ad art. 266h CO.

²⁸²⁷ Cf. ci-dessus, N 215.

²⁸²⁸ Cf. ci-dessus, N 1445 ss.

²⁸²⁹ Cf. ci-dessus, N 216.

supporte les conséquences – mais le fardeau subjectif pour apporter des moyens de contre-preuve incombe au locataire.

4.4. Degré de la preuve

Le degré de la preuve est en principe celui de la preuve stricte²⁸³⁰. À notre sens, il n'y a pas de situation, dans le cadre de l'action en nullité du congé, qui justifierait la réduction au degré de la vraisemblance prépondérante suite à une *Beweisnot*. Il n'existe, dans ce cadre, à notre connaissance, aucune situation dans laquelle, par la nature même du fait à établir, une preuve certaine est objectivement impossible à apporter ou ne peut pas être raisonnablement exigée²⁸³¹. 1463

Ainsi, la notification du congé ou de l'avis comminatoire doit être prouvée de manière stricte. Il n'y a aucune raison de renoncer à exiger que la communication de la formule officielle soit établie avec certitude, puisqu'il est très facile pour le bailleur de s'assurer de la possibilité de prouver sa remise²⁸³². Toutefois, si le tribunal considère comme établi la notification de l'avis comminatoire lorsque le bailleur prouve l'envoi d'un pli recommandé et dépose une copie de l'avis, le tribunal procède à une appréciation des preuves. Il s'agit d'une preuve par indice et non d'une réduction du degré de la preuve²⁸³³. 1464

4.5. Moyens de preuve

Le *titre* reste le moyen de preuve de premier choix pour beaucoup de faits pertinents, en particulier la notification du congé au locataire et le cas échéant à son conjoint ou partenaire enregistré (art. 266*l* et 266*m* CO), de l'avis comminatoire (art. 257*d* CO) ou de l'avertissement (art. 257*f* CO). Dans la mesure où ces actes doivent être faits en la forme écrite, la preuve par titre devrait en principe toujours être possible²⁸³⁴. De même, le locataire pourra le plus facilement prouver le paiement du loyer respectivement le dépôt de sûretés par titre. 1465

Le *témoignage* est le plus utile pour la preuve d'éléments qui sont difficiles à prouver par titre tel le fait que les époux ou partenaires enregistrés font vie com- 1466

²⁸³⁰ Cf. ci-dessus, N 226.

²⁸³¹ Cf. ci-dessus, N 227 ss.

²⁸³² TF, arrêt du 04.07.2016, 4A_607/2015, consid. 3.2.2.1.

²⁸³³ TF, arrêt du 15.10.2008, 4A_344/2008, consid. 3.2.

²⁸³⁴ Dans ce sens aussi : TF, arrêt du 15.10.2008, 4A_344/2008, consid. 3.2.

mune dans l'objet du bail ; de plus, peuvent être particulièrement utiles des témoignages de voisins pour prouver le comportement du locataire que le bailleur estime contraire au devoir de diligence (p. ex. immissions excessives²⁸³⁵).

- 1467 Les situations dans lesquelles une *inspection* est utile nous paraissent plutôt rares. L'on peut toutefois y songer pour la preuve de comportements contraires au devoir de diligence. Le tribunal pourrait en particulier se rendre sur place et inspecter l'objet loué pour constater son usage lorsque le bailleur allègue que le locataire fait un usage contraire à celui convenu dans le bail.
- 1468 À notre sens, la constatation ou l'appréciation correcte des faits pertinents que nous avons identifiés ci-dessus²⁸³⁶ ne nécessitent pas des connaissances spéciales dépassant celles d'un tribunal²⁸³⁷. Des situations dans lesquelles une *expertise judiciaire* pourrait s'avérer utile nous semblent dès lors difficilement imaginables.
- 1469 Des *renseignements écrits* (art. 190 CPC) sont en particulier utiles lorsque le bailleur a prononcé le congé suite à une violation du devoir de diligence qui constitue en même temps un délit pénal ; l'autorité compétente pour traiter de l'action en contestation du congé pourra demander des renseignements écrits à l'autorité pénale, p. ex. sur l'état d'avancement de la procédure pénale²⁸³⁸. De même, le tribunal statuant sur l'action en constatation de la nullité du congé donné par suite de faillite du locataire pourra demander des renseignements écrits auprès du tribunal de la faillite.
- 1470 Quant à la *déclaration* ou à l'*interrogatoire des parties* (art. 191 et 192 CPC), ces moyens sont surtout utiles à défaut d'autres moyens de preuve. Cette situation peut à notre sens se présenter p. ex. lorsque le locataire et le bailleur habitent dans le même immeuble et que le bailleur résilie le bail par suite de comportements du locataire qu'il a constatés personnellement et qui constituent une violation du devoir de diligence. De même, lorsque le bailleur allègue que le locataire ayant sous-loué l'objet loué n'a pas l'intention de le réintégrer, il se peut qu'il requière l'interrogatoire ou la déposition du locataire sur ce point.

²⁸³⁵ TF, arrêt du 23.07.2015, 4A_317/2015, consid. 4 ; TF, arrêt du 29.05.2015, 4A_681/2014, consid. 2.2.

²⁸³⁶ N 1422 ss.

²⁸³⁷ Cf. ci-dessus, N 265.

²⁸³⁸ P. ex. KGer BL, arrêt du 14.06.2016, 400 16 29.

4.6. Devoir de collaborer

Dans le cadre de l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité du congé, le devoir de collaborer est d'une importance particulière dans la situation où le bailleur résilie le bail de manière anticipée puisqu'il considère que le locataire a sous-loué l'objet du bail sans intention de le réintégrer (ce qui constitue une violation du devoir de diligence selon l'art. 257f al. 1 CO). 1471

En effet, dans ce cas, il incombe au bailleur de prouver que le locataire n'a pas l'intention de réutiliser lui-même l'objet loué dans un avenir prévisible. Apporter la preuve de ce fait interne peut être très difficile, voire impossible pour le bailleur. Dès lors, selon le Tribunal fédéral, le locataire est soumis à un devoir de collaborer à l'administration de la preuve portant sur son intention de réintégrer l'objet loué²⁸³⁹. 1472

Le Tribunal fédéral ne déduit pas ce devoir de l'art. 160 CPC, mais du principe de la bonne foi²⁸⁴⁰. Il nous semble toutefois que l'art. 160 CPC, qui vise toute forme de participation à l'administration de la preuve²⁸⁴¹, couvre également cette situation.

Le locataire pourra notamment être appelé à produire des titres requis par le bailleur et relatifs à ses intentions de réintégrer ou non l'objet loué (art. 160 al. 1 let. b CPC). 1473

Rappelons sur ce point que le Code de procédure civile ne permet pas de *fishing expedition*, soit de réquisition de titres permettant à la partie requérante de justifier *a posteriori* sa position. Une réquisition de titre doit porter sur un titre identifié ou identifiable²⁸⁴². Il est également possible de désigner de manière générique les documents requis, à condition qu'il soit possible de distinguer objectivement les titres visées de celles qui ne le sont pas. La partie demanderesse peut donc demander la production de titres en lien avec un fait déterminé, sans devoir spécifier plus précisément les documents requis²⁸⁴³. 1474

L'on peut ainsi envisager que le bailleur requière du locataire la production de son contrat de travail, prétendument à durée indéterminée, pour un emploi se situant à une distance importante de l'appartement sous-loué. Par contre, il serait à notre sens inadmissible qu'un bailleur procède par une réquisition du type « tout moyen utile à prouver l'intention du locataire de ne plus réintégrer l'objet du bail » : une telle réquisition n'est pas assez précise. L'intention du locataire doit être prouvée par indices et le bailleur devrait alléguer, de quel(s) fait(s) indirectement pertinent(s) il déduit l'intention du locataire. Il pour-

²⁸³⁹ COLOMBINI, N 62 ; TF, arrêt du 14.02.2014, 4A_430/2013, consid. 4.2.

²⁸⁴⁰ TF, arrêt du 14.02.2014, 4A_430/2013, consid. 4.2.

²⁸⁴¹ Cf. ci-dessus, N 300.

²⁸⁴² Cf. ci-dessus, N 301.

²⁸⁴³ Cf. ci-dessus, N 306.

rait ainsi requérir des titres – même de manière générique – par rapport à un fait indirectement pertinent, pour autant qu'une identification des titres requis soit objectivement possible pour le locataire.

- 1475 Rappelons également que la maxime inquisitoire sociale permet au tribunal d'ordonner à une partie la production de titres qui n'ont pas été requis formellement par l'autre, mais uniquement à condition que le tribunal ait connaissance de l'existence de ces moyens de preuve pertinents²⁸⁴⁴. En ce qui concerne la production des titres nécessaires au calcul du rendement net, la jurisprudence est assez souple²⁸⁴⁵. Pareille souplesse ne saurait cependant s'appliquer au bailleur alléguant l'absence de l'intention du locataire de réintégrer l'objet loué : le Tribunal fédéral motive sa position par le fait que l'on peut sans autre attendre du bailleur qu'il dispose des titres nécessaires pour procéder au calcul du rendement net²⁸⁴⁶. Il n'en va toutefois pas de même pour le locataire qui sous-loue.
- 1476 Le bailleur peut également requérir l'interrogatoire ou la déposition du locataire sur son intention de réintégrer ou non l'objet loué. Le locataire devra répondre de manière conforme à la vérité (art. 160 al. 1 let. b CPC). De même, le locataire devra donner accès à l'objet loué si le tribunal ordonne – d'office ou sur requête – l'inspection de l'objet loué (art. 160 al. 1 let. c CPC).

4.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

- 1477 La notion de « protection contre les congés » couvrant également l'action en constatation de la nullité, celle-ci est soumise à la procédure simplifiée indépendamment de la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. c CPC)²⁸⁴⁷. Par conséquent, les parties peuvent se limiter, au moment de déposer leurs actes, à la description de l'objet du litige et n'ont pas besoin de présenter des allégués au sens formel du terme (art. 244 al. 1 let. c CPC), ni d'offrir ou de produire des moyens de preuve au moment de dépôt de leur acte²⁸⁴⁸. Comme la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale, les parties ne sont pas soumises aux contraintes concernant le moment de l'introduction des moyens de preuve : des faits et des moyens de preuve peuvent être allégués respectivement déposés jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).
- 1478 Afin de favoriser le bon déroulement de la procédure, les parties ont tout intérêt à alléguer de manière précise les faits pertinents et à offrir, requérir et/ou produire les moyens nécessaires à la preuve de ces faits le plus tôt possible, de

²⁸⁴⁴ Cf. ci-dessus, N 157.

²⁸⁴⁵ TF, arrêt du 28.02.2011, 4A_3/2011, consid. 4.

²⁸⁴⁶ TF, arrêt du 28.02.2011, 4A_3/2011, consid. 4.

²⁸⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 1430.

²⁸⁴⁸ Cf. ci-dessus, N 330.

préférence dans la requête respectivement la réponse. Cela permettrait éventuellement la liquidation de l'affaire lors de la première audience, comme le législateur se l'est imaginé²⁸⁴⁹.

Avant de procéder à l'administration des preuves, le tribunal doit décider, quels faits doivent être prouvés, quels moyens de preuve il est nécessaire d'administrer et quel partie ou tiers est obligé de collaborer. Il doit communiquer sa décision aux parties par une ordonnance de preuves (art. 154 CPC)²⁸⁵⁰. 1479

La preuve à futur dans le but de protéger des moyens de preuve menacés de disparition ne sera utile que dans des situations exceptionnelles. Elle est en général utile lorsque les faits pertinents doivent être prouvés par expertise ou inspection et que la situation factuelle risque d'évoluer de sorte que l'administration de ces moyens de preuve devienne inutile. Or en l'occurrence, une expertise n'est que rarement nécessaire et une inspection n'est que rarement utile. 1480

4.8. Appréciation des preuves

Sous réserve d'arbitraire, le tribunal est libre de déterminer si un moyen de preuve à sa disposition le convainc de la véracité d'un fait allégué ou non (art. 157 CPC). Dans le cadre des actions en nullité du congé, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur différentes situations. 1481

Ainsi, dans le cadre de l'appréciation des preuves, le tribunal peut considérer comme prouvée la notification de l'avis comminatoire (art. 257d al. 2 CO) ou de la résiliation si le bailleur prouve l'envoi d'un pli recommandé et dépose une copie de l'avis ; il n'est pas nécessaire que le bailleur prouve que l'avis se trouvait effectivement dans le pli (autrement dit : il existe une présomption d'expérience dans ce sens²⁸⁵¹). Le locataire peut apporter la contre-preuve²⁸⁵². 1482

Par rapport à la qualification d'un logement comme logement de famille, le Tribunal fédéral a jugé qu'il existait une présomption d'expérience selon laquelle les époux vivent sous le même toit. Au demeurant, l'absence du nom de l'épouse sur la porte d'entrée de l'appartement et sur la boîte aux lettres ne constitue pas, à elle seule, une circonstance décisive pour infirmer cette présomption, à tout le moins si la résiliation est notifiée peu après le mariage²⁸⁵³. 1483

²⁸⁴⁹ CR CPC-TAPPY, N 3 ad art. 246 CPC.

²⁸⁵⁰ Cf. ci-dessus, N 340.

²⁸⁵¹ Sur les présomptions d'expérience, cf. ci-dessus, N 210 ss.

²⁸⁵² TF, arrêt du 15.10.2008, 4A_344/2008, consid. 3.2.

²⁸⁵³ TF, arrêt du 23.03.2007, 4C_441/2006, consid. 4.3.1.

1484 Pour un exemple d'appréciation de témoignages pour déterminer si le locataire a perdu l'intention de reprendre l'objet sous-loué, il peut être renvoyé à un arrêt du Tribunal fédéral du 16 décembre 2014²⁸⁵⁴. Dans le cadre de l'appréciation des preuves, le tribunal prendra également en considération un éventuel refus injustifié du locataire de collaborer à l'établissement de son intention de réintégrer l'objet loué (art. 164 CPC). Contrairement aux litiges concernant la fixation du loyer, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé spécifiquement sur cette question en ce qui concerne l'établissement de l'intention du locataire. Cela étant, une violation injustifiée du devoir de collaborer ne saurait être admise à la légère²⁸⁵⁵. Il convient à notre sens de procéder à une interprétation restreinte de la notion de refus injustifié : l'on peut sans autre attendre du bailleur qu'il conserve les titres nécessaires pour procéder au calcul du rendement net²⁸⁵⁶, mais pas du locataire qui sous-loue qu'il conserve – si tant est qu'ils existent – des titres permettant d'établir son intention de réintégrer l'objet sous-loué. Lorsque le locataire refuse de déposer ou de faire inspecter l'objet loué sans justification ou qu'il procède à de fausses déclarations lors d'un interrogatoire ou d'une déposition de parties, le tribunal pourra cependant se déclarer plus facilement convaincu des faits allégués par le bailleur. En tout état de cause, même en cas de refus injustifié, le tribunal doit procéder à une appréciation globale des preuves²⁸⁵⁷.

²⁸⁵⁴ TF, arrêt du 16.12.2014, 4A_209/2014, consid. 3.2.

²⁸⁵⁵ BK ZPO-WALTER, N 318 s. ad art. 8 CC.

²⁸⁵⁶ TF, arrêt du 28.02.2011, 4A_3/2011, consid. 4.

²⁸⁵⁷ ATF 142 III 568, consid. 2.1, DB 2016 N 19 ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, N 6 ad art. 164 CPC.

Chapitre 5 : Synthèse et discussion

Le législateur souhaite protéger les locataires d'habitations et de locaux commerciaux contre des résiliations abusives ainsi que contre les conséquences pénibles d'une résiliation, même valable. Le locataire peut en demander l'annulation. Le bailleur dispose néanmoins, dans certaines hypothèses bien définies, du droit de mettre fin de manière anticipée au contrat de bail. Lorsque le congé aura des conséquences particulièrement graves pour le locataire, ce dernier peut cependant demander la prolongation du bail après un congé ordinaire ou extraordinaire. La résiliation des baux est soumise à des conditions formelles strictes, dont le non-respect entraîne la nullité du congé, nullité que le locataire peut faire constater par une action en justice.

1485

5.1. Objet de la preuve

L'annulation du congé suppose essentiellement la preuve du fait que le bailleur a prononcé le congé de mauvaise foi, soit que le congé ne repose sur aucun intérêt digne de protection, qu'il consacre une attitude déloyale, qu'il résulte d'une disproportion manifeste entre les intérêts en présence ou que son motif est manifestement un prétexte. Cette preuve est *a priori* très difficile à apporter, car elle suppose la connaissance de l'intention du bailleur, qui est un fait qui a lieu dans le for intérieur du bailleur et qui ne saurait dès lors être prouvé directement.

1486

Le législateur est intervenu sur ce point et a prévu des présomptions, qui sont tantôt réfragables, tantôt irréfragables ; celles-ci évitent au locataire la preuve de la mauvaise foi du bailleur dans ces situations. Les présomptions couvrent la plupart des situations récurrentes dans lesquelles le bailleur pourrait être tenté d'abuser de sa position dominante et de prononcer une résiliation abusive et constituent à notre sens un soulagement probatoire important permettant au locataire de consacrer ses prétentions. Ils facilitent l'identification de l'objet de la preuve et renversent le fardeau de la preuve en faveur du locataire. Il en va ainsi p. ex. lorsque le locataire reçoit le congé alors qu'il demande la réparation d'un défaut ou qu'il conteste le loyer. À côté, il existe toujours une multitude d'autres

1487

hypothèses qui ne sont pas couvertes par les présomptions de l'art. 271a CO. Il s'agit p. ex. de l'hypothèse du congé-rénovation.

- 1488 Ainsi, pour le congé de représailles, constituent des faits pertinents : la résiliation, la prétention réclamée par le locataire ainsi que le lien de causalité entre la résiliation et la prétention ; pour le congé-vente, l'offre du bailleur soumise au locataire d'acheter l'objet du bail ainsi que, sur ce point également, un lien de causalité avec le congé. En présence de ces indices, le caractère contraire à la bonne foi de la résiliation est présumé. La mauvaise foi du bailleur en tant que telle ne constitue pas l'objet d'une preuve.
- 1489 Lorsque le locataire agit en *prolongation du bail*, constituent des faits pertinents les circonstances dont on peut déduire qu'elles compliquent la recherche d'un nouveau logement ou local commercial pour le locataire et les efforts de recherches entrepris par ce dernier pour trouver un nouveau logement ou un nouveau local commercial, sans succès. De plus, le tribunal procédera à une pesée entre les intérêts des parties en fonction des critères prévues à l'art. 272 al. 2 CO, dont notamment les circonstances de la conclusion du bail, sa durée ainsi que la situation personnelle, familiale et financière des parties ; sont donc pertinents les faits prévus dans cette disposition pour la pesée des intérêts. Ces faits ne sont pas particulièrement complexes. Cependant, ce qui complique l'application de cette mesure destinée à protéger le locataire est le large pouvoir d'appréciation du tribunal pour savoir si une certaine situation concrète et prouvée justifie la prolongation du bail. Les parties doivent alléguer et prouver une multitude de faits qui sont potentiellement pertinents pour l'appréciation par le tribunal des « conséquences pénibles », respectivement la pesée des intérêts.
- 1490 Lorsque le locataire demande la *constatation de la nullité du congé*, sont pertinents le non-respect, par le bailleur, d'une condition formelle de la résiliation ou l'absence de raison de congé extraordinaire.
- 1491 Toutes les procédures relatives à la contestation du congé et à la prolongation du bail sont soumises à la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse. Les parties ne sont donc formellement pas soumises au devoir d'allégation, de motivation et de contestation ; toutefois, les contours exacts de cette maxime inquisitoire sociale sont flous à ce stade.
- 1492 Pour le congé de représailles, le locataire devra alléguer la prétention réclamée ainsi que la raison pour laquelle il estime qu'il existe un lien de causalité avec la résiliation et pour le congé-vente (en particulier : la proximité temporelle), l'offre du bailleur soumis au locataire d'acheter l'objet du bail ainsi que, sur ce point également les raisons l'amenant à croire qu'il existe un lien de causalité avec le congé. Pour le congé-rénovation, le locataire doit expliquer, sur la base des motifs invoqués par le bailleur lors de la résiliation, pour quelles raisons il

estime que les travaux d'assainissement prévus ne sont pas « vastes », que la réalisation est possible en sa présence et cela sans conséquence sur les coûts et la durée des travaux, que le projet ne présente aucune réalité tangible ou est objectivement impossible.

Pour la prolongation du bail, le locataire devra alléguer les circonstances rendant pénibles le congé, les mesures qu'il a entreprises pour trouver un logement de remplacement ainsi que les raisons pour lesquelles il estime que son intérêt à rester dans les locaux pendant plus de temps est prépondérant à celui du bailleur de récupérer la pleine disposition de sa propriété. Lorsque le locataire n'est pas représenté par un mandataire professionnellement qualifié, le tribunal devrait toutefois à notre sens retenir d'office d'éventuelles circonstances rendant le congé pénible si leur existence ressort du dossier, même si aucune des parties ne les a formellement alléguées. En revanche, si le locataire représenté par un mandataire professionnellement qualifié n'allègue pas que la résiliation causerait des conséquences pénibles pour lui-même ou sa famille, le tribunal ne pourra pas examiner ce point d'office et une prolongation du bail ne saurait être accordée. 1493

En ce qui concerne la constatation de la nullité du congé, à notre sens, le tribunal doit retenir d'office tous les faits pertinents qui sont prouvés, même s'ils n'ont pas été allégués. Tout fait pertinent est à considérer comme contesté et doit être prouvé. La maxime inquisitoire sociale devrait avoir comme conséquence que le tribunal doive faire administrer des moyens de preuve même si le locataire ne conteste pas un fait allégué par le bailleur, p. ex. la notification du congé sur formule officielle. 1494

5.2. Sujet de la preuve

Toutes les procédures relatives à la contestation de la résiliation sont soumises à la maxime inquisitoire sociale. Le tribunal peut donc intervenir plus largement dans l'établissement des faits. Les exigences quant à la proposition de moyens de preuve sont en principe réduites et le tribunal dispose de certaines possibilités d'intervenir et de soutenir la partie faible dans l'allégation et l'apport des moyens de preuve. 1495

Selon le Tribunal fédéral, le juge devrait, si le locataire allègue des faits, mais ne présente aucun moyen de preuve, amener le locataire, par des questions adéquates, à compléter ses offres de preuve. Les contours des possibilités et des obligations du tribunal d'intervenir sont cependant passablement flous en l'état actuel de la jurisprudence, ce qui est regrettable. À notre sens, lorsque les parties agissent sans mandataire professionnellement qualifié, le tribunal pourrait administrer d'office des moyens de preuve dont l'existence résulte du dossier ; 1496

nous estimons que le tribunal est obligé à prendre en compte les faits prouvés, même s'ils n'ont pas été allégués correctement, et inviter les parties à apporter des moyens de preuves pour des faits allégués, mais pour lesquels elles ne proposent pas de moyen de preuve.

- 1497 Ainsi, en ce qui concerne la *contestation du congé*, le tribunal devrait intervenir lorsqu'un locataire non représenté allègue p. ex. qu'il a fait valoir une certaine prétention ou que le bailleur lui a soumis une offre d'achat du logement, mais ne propose aucune preuve à l'appui de cet allégué. De même, si le locataire allègue que le congé cause des conséquences pénibles et qu'il a procédé à des recherches d'un logement de remplacement, mais qu'il ne présente aucun moyen de preuve à l'appui de ces allégués, le tribunal devra le rendre attentif à cette omission et l'inviter, par des questions adéquates, à proposer des moyens de preuve. Dans l'action en *constatation de la nullité du congé*, le tribunal devrait, en particulier, intervenir lorsque le bailleur inexpérimenté et non représenté par un mandataire professionnellement qualifié se prévaut de motifs de résiliation extraordinaire sans proposer de moyens de preuve à leur appui.

5.3. Fardeau de la preuve

- 1498 Pour l'action en *contestation du congé*, les faits dont découle la mauvaise foi du bailleur constituent des faits générateurs et le fardeau de la preuve incombe au locataire. S'agissant en particulier du congé-rénovation, le locataire supporte le fardeau de la preuve que les conditions pour un congé-rénovation ne sont pas réalisées. Juste d'un point de vue dogmatique, cette répartition fait supporter au locataire – considérée comme partie faible par le législateur – le fardeau de la preuve pour des éléments qui ont lieu dans la sphère du bailleur et qui, en ce qui concerne le congé-rénovation en particulier – dont il n'est souvent pas en mesure de comprendre la portée. Mesurée à l'échelle de l'idée de base de la répartition du fardeau de la preuve – à savoir faire supporter le risque d'un jugement erroné suite à la constatation incomplète de l'état de fait pertinent, due à l'absence de preuve le concernant, à celle des parties à qui ceci paraît le moins injuste – la solution ne saurait être considérée comme satisfaisante.
- 1499 Le législateur est cependant intervenu par l'introduction de présomptions : dans les hypothèses prévues à l'art. 271a CO, le locataire supporte le fardeau de la preuve pour les faits-indices qui y sont prévus et dont il se prévaut, donc en particulier de la revendication par le locataire d'une prétention qui découle du bail pour le *congé de représailles* et de l'offre du bailleur soumis au locataire d'acheter l'objet du bail avant, en même temps ou postérieurement à la résiliation pour le *congé-vente*. Le bailleur peut cependant s'opposer aux présomptions de l'art. 271a CO par la preuve du contraire, pour laquelle il supporte le

fardeau. Comme circonstances extinctives dont les faits sont à prouver par le bailleur, entre en ligne de compte la conclusion d'un nouveau contrat de bail entre les parties aux mêmes conditions, ainsi que la survenance, après la résiliation, d'un motif de résiliation extraordinaire du bail.

Les présomptions introduites par le législateur ne nous paraissent que partiellement efficaces. Elles sont très adaptées pour la situation du congé-vengeance ; en revanche, pour la deuxième hypothèse analysée, à savoir le congé-rénovation, une appréciation est difficile : les conditions sont strictes, supposant que le bailleur ne soumette l'offre d'achat de l'appartement qu'au locataire. Toutefois, un élargissement du champ d'application empiéterait de manière importante sur le droit de propriété du bailleur, car le résultat serait une impossibilité de fait du bailleur de résilier un contrat de bail après avoir soumis à différentes personnes, dont le locataire, une offre d'achat de l'appartement loué. 1500

Pour l'action en *prolongation du bail*, le locataire supporte le fardeau de la preuve pour les circonstances qui rendent difficile la recherche de locaux de remplacement, les efforts entrepris pour trouver un local de remplacement ainsi que les faits pertinents pour la pesée des intérêts dans son sens. Il s'agit des faits générateurs de son droit à la prolongation. Le bailleur, quant à lui, peut opposer comme faits dirimants ses propres intérêts ainsi que les circonstances prévues à l'art. 272a CO : causes de résiliation extraordinaire, bail conclu expressément pour une durée expirant au début de travaux de transformation ou de démolition et l'offre d'un local de remplacement équivalent. 1501

Lorsque le locataire considère que le bailleur a violé une condition de forme du congé ou une condition matérielle pour un congé anticipé, il peut demander la *constatation de la nullité du congé*. En ce qui concerne les questions de preuve, la situation du locataire dans cette action est particulière : même si le locataire est la partie demanderesse et le bailleur la partie défenderesse, l'allégation et la preuve des éléments-clé, à savoir des conditions de la validité du congé, incombent en principe au bailleur, l'objet de la procédure étant l'inexistence du droit du bailleur à la résiliation du bail et les conditions à son existence étant des faits générateurs. Le locataire doit uniquement prouver les conditions de *recevabilité* de sa requête. 1502

5.4. Degré de la preuve

En principe, tous les faits pertinents sont à prouver selon le degré de la preuve stricte. Une réduction du degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante est prévue pour démontrer le lien de causalité entre le fait-indice (p. ex. le fait que le locataire fasse valoir une prétention découlant du contrat de bail) et la résiliation prononcée par le bailleur. 1503

- 1504 De même, dans le cadre de l'action en prolongation du bail, le locataire doit apporter de manière stricte la preuve des faits dont il découle que la recherche d'un local de remplacement durant la période jusqu'à la fin du bail sera difficile, voire impossible. En revanche, la conséquence à en tirer, à savoir que le locataire se trouvera sans logement ou local commercial après la fin du bail, constitue un fait futur dont une preuve directe est impossible ; le degré de la preuve est ainsi limité à la vraisemblance prépondérante.
- 1505 Ces allègements nous paraissent justifiés et utiles. Il convient de noter que, pour la première hypothèse, il s'agit d'un « allègement dans l'allègement ». Toutefois, sans la réduction du degré de la preuve pour le lien de causalité, les présomptions risquent d'échouer systématiquement.

5.5. Moyens de preuve

- 1506 Les éléments centraux pour les actions en relation avec la résiliation peuvent être prouvés par titre à disposition du locataire : pour l'action en annulation du congé, la résiliation doit de toute manière intervenir par écrit et moyennant un formulaire officiel (art. 266*l* CO), sous peine de nullité (art. 266*o* CO). Souvent, le locataire fait valoir sa prétention découlant du bail par écrit ; en cas de congé-rénovation, le projet de travaux d'assainissement doit présenter une réalité tangible, faute de quoi le congé sera considéré comme contraire à la bonne foi ; cela suppose en principe l'existence de plans. Pour la demande en prolongation, la situation personnelle et familiale du locataire ainsi que les efforts du locataire de trouver un local de remplacement sont susceptibles de preuve par titre. En ce qui concerne la nullité du congé, le titre constitue également le moyen de preuve de premier choix pour beaucoup de faits pertinents, en particulier la notification du congé au locataire et le cas échéant à son conjoint ou partenaire enregistré (art. 266*l* et 266*m* CO), de l'avis comminatoire (art. 257*d* CO) ou de l'avertissement (art. 257*f* CO). Dans la mesure où ces actes doivent être faits en la forme écrite, la preuve par titre devrait en principe toujours être possible²⁸⁵⁸. De même, le locataire pourra le plus facilement prouver le paiement du loyer respectivement le dépôt de sûretés par titre.

5.6. Devoir de collaborer

- 1507 Pour l'action en contestation de la résiliation, le locataire est souvent dépendant, afin de prouver les faits pour lesquels il supporte le fardeau de la preuve, dont en particulier la mauvaise foi du bailleur, de moyens de preuve qui se trouvent

²⁸⁵⁸ Dans ce sens aussi : TF, arrêt du 15.10.2008, 4A_344/2008, consid. 3.2.

entre les mains du bailleur : il incombe en particulier au bailleur de mettre à disposition du locataire des documents au sujet du projet de travaux d'assainissement en cas de congé-rénovation.

En revanche, pour prouver le caractère pénible du congé – condition pour obtenir une prolongation du bail –, le locataire ne dépendra que rarement de la collaboration du bailleur : il dispose en principe des moyens de preuve pour prouver les faits pertinents . 1508

Pour l'action en constatation de la nullité du congé, le bailleur peut être dépendant de la collaboration du locataire : le devoir de collaborer est d'une importance particulière dans la situation où le bailleur résilie le bail de manière anticipée puisqu'il considère que le locataire a sous-loué l'objet du bail sans intention de le réintégrer ce qui constitue une violation du devoir de diligence selon l'art. 257f al. 1 CO. 1509

5.7. Introduction des moyens de preuve dans la procédure

Les trois procédures analysées sont soumises à la procédure simplifiée et la maxime inquisitoire sociale indépendamment de la valeur litigieuse. Dès lors, les parties n'ont pas besoin de lier formellement chaque proposition de moyen de preuve à un allégué déterminée ; elles peuvent de plus proposer de nouveaux moyens de preuve sans restrictions jusqu'au dernier moment avant les délibérations du tribunal. Cet allègement nous paraît utile et bienvenu pour favoriser la consécration des prétentions des locataires en protection contre des congés abusifs. 1510

5.8. Appréciation des preuves

Étant donné que le devoir de collaborer à l'administration des preuves est important dans certaines situations dans les actions en contestation du congé ainsi qu'en constatation de la nullité du congé, le tribunal doit apprécier, en cas de violation de ce devoir par la partie concernée, s'il convient d'en déduire que la version de la partie ayant demandé la collaboration peut être considérée comme avérée. La jurisprudence considère en particulier que, lorsque le bailleur n'a pas collaboré à l'établissement de son motif de congé, le tribunal peut en déduire qu'il n'a pas de motif admissible et que le congé est abusif. De même, lorsque le locataire refuse de collaborer à l'établissement de son intention de réintégrer le local loué après l'avoir sous-loué, le tribunal peut en déduire qu'il n'a pas l'intention de réintégrer le local et que le bailleur était dès lors en droit de résilier le bail pour violation du devoir de diligence. 1511

5.9. Discussion

- 1512 En résumé, on peut dès lors constater que, dans le cadre des actions relatives à la résiliation du bail, la preuve est relativement peu problématique et que le but du législateur de faciliter la preuve du locataire par l'introduction de présomptions est largement atteint. Toutefois, ici également, le caractère flou de la jurisprudence au sujet de la maxime inquisitoire sociale peut poser le locataire juridiquement inexpérimenté devant des problèmes, car il n'est pas clair jusqu'à quel point le tribunal peut corriger des manquements en matière d'allégation, de contestation et de proposition de moyens de preuve.
- 1513 La problématique du grand pouvoir d'appréciation du tribunal – et de l'insécurité juridique pour les parties y liée – n'est pas à proprement parler un problème de preuve : même si le locataire prouve toutes les circonstances prévues par la loi, le tribunal conservera une marge de manœuvre importante et devra prendre en compte les intérêts allégués et prouvés par le bailleur. Il s'agit ici non d'une question d'appréciation des moyens de preuve, mais d'une question d'appréciation dans l'application de la loi. Toutefois, ce pouvoir d'appréciation du tribunal implique que les parties allèguent et prouvent un nombre important de faits dont elles ignorent s'ils ont réellement une influence sur la décision que prendra le tribunal.

CONCLUSIONS

La présente thèse nous a permis d'examiner les questions de preuve qui se posent dans les principales procédures de droit du bail à loyer d'habitation et de locaux commerciaux et les réponses apportées par la loi, la jurisprudence ainsi que la doctrine. Selon les procédures, les réponses sont plus ou moins satisfaisantes. Certains éléments sont acceptables, mais beaucoup de points problématiques subsistent ; nous avons pu identifier quatre éléments importants. 1514

Complexité des faits pertinents

La complexité de la réglementation du droit du bail à loyer d'habitations et des locaux commerciaux rejaillit sur la question probatoire. Elle se traduit par la *difficulté d'identifier correctement les faits pertinents* d'une part et par *un nombre particulièrement élevé d'éléments à prouver* d'autre part. Lorsqu'il est difficile d'identifier les faits pertinents, les parties risquent d'alléguer et de prouver des faits qui ne sont en réalité pas pertinents – ce qui signifie qu'elles entreprennent des efforts et compliquent la procédure en vain – ou alors elles n'allèguent ni ne prouvent des éléments qui seraient en réalité pertinents, ce qui, même dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire sociale, peut leur faire perdre leur procès. Lorsque le nombre d'éléments à prouver est élevé, le risque pour la partie à qui incombe le fardeau de la preuve d'échouer dans la preuve d'un fait pertinent augmente naturellement. 1515

La complexité susmentionnée résulte essentiellement de deux éléments : l'introduction d'un *système de « cascade »* de règles, d'exceptions, d'exceptions aux exceptions, etc., ainsi que l'*utilisation de notions juridiques indéterminées*. Elle s'explique principalement par le fait que les solutions adoptées par le législateur constituent un compromis censé prendre en compte à la fois les intérêts des locataires et ceux des bailleurs. Le législateur tente d'atteindre ce but en définissant un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles un comportement du bailleur ou du locataire est considéré comme abusif ou non abusif – donc en définissant abstraitement ce qui est abusif ou ce qui ne l'est pas – ou en accordant une marge d'appréciation considérable aux tribunaux par des notions juri- 1516

diques indéterminées ou des pesées des intérêts en permettant ainsi aux tribunaux de définir le caractère abusif ou admissible d'un comportement dans un cas donné individuellement, en fonction des circonstances. Dans ce cas, les parties doivent cependant alléguer et prouver une multitude de faits qui peuvent potentiellement entrer en compte pour l'appréciation, respectivement la pesée des intérêts par le tribunal.

- 1517 Ce premier problème est particulièrement prononcé en ce qui concerne la protection des locataires contre les loyers abusifs. Le législateur a prévu un système fondé sur non moins de huit critères pour vérifier le caractère abusif d'un loyer, dans le cadre de trois procédures différentes, qui devrait à la fois assurer la protection du locataire contre des loyers abusifs et assurer au bailleur de réaliser un rendement suffisant afin de maintenir l'attractivité de l'investissement dans le parc immobilier. Les différents critères se trouvent dans des relations « règle-exception », mais savoir quel critère constitue la règle afin de déterminer si un loyer est abusif ou non et quel critère est l'exception dépend de la situation. Il existe dès lors un assez grand risque, en particulier pour des locataires inexpérimentés et agissant seuls, mais aussi pour de « petits bailleurs » sans appui juridique, de « se tromper d'argument ». Les critères eux-mêmes – rendement net, loyer usuel, etc. – sont compliqués d'application et supposent la preuve d'une multitude de faits. Y voir clair est un grand défi.
- 1518 La problématique du pouvoir d'appréciation peut être illustrée par l'art. 272 CO. Le législateur a subordonné le droit du locataire à la prolongation du bail à la condition que la fin du bail entraîne pour lui ou sa famille des « conséquences pénibles sans que les intérêts du bailleur le justifient ». L'art. 272 al. 2 CO indique quels critères devraient être pris en compte dans cette pesée entre les intérêts du locataire et du bailleur, mais sans être exhaustive. Les parties ne savent ainsi pas d'avance quels faits seront réellement pertinents ; ils doivent alléguer et prouver tous les faits sur lesquels le tribunal pourrait se fonder pour procéder à cette pesée des intérêts.
- 1519 Les parties profitent néanmoins de quelques allègements. Ainsi, le taux hypothécaire de référence est un élément très important pour certains critères de fixation du loyer. Il s'agit d'un fait notoire que les parties n'ont ni besoin d'alléguer ni de prouver. Même si la partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve n'allègue pas ce fait, même si elle ne se rend même pas compte de sa pertinence, le tribunal pourra néanmoins le retenir. L'application de la maxime inquisitoire sociale devrait de plus avantager la partie faible et faciliter l'allégation des faits pertinents, en permettant une intervention du tribunal si la partie n'allègue pas correctement un fait pertinent ou ne propose aucun moyen de preuve à son appui. Comme nous l'avons vu – et nous y reviendrons ci-après – l'application de

la maxime inquisitoire sociale ne permet cependant que de manière très limitée d'aider la partie faible.

Il nous semble que le législateur devrait se poser la question de l'utilité d'un système censé protéger la partie faible pour des raisons sociales, et de prévoir des règles de procédure qui réduisent le formalisme inhérent à la procédure civile afin de faciliter la consécration des droits, mais dont la complexité est telle que les acteurs concernés ne comprennent pas leurs droits et ne peuvent pas les faire réaliser sans aide d'un conseil juridique. La meilleure protection au niveau procédural est dénuée d'utilité lorsque le droit de fond est hors de portée pour la partie censée être protégée. En ce qui concerne la détermination du caractère abusif du loyer, un système basé sur des loyers comparatifs qui sont déterminés à l'aide de statistiques officielles nous paraît prometteur. 1520

Maxime inquisitoire sociale partiellement vidée de son sens

Afin d'améliorer la position de la partie faible pour certaines procédures de droit privé social, le *législateur* est intervenu dans la répartition des tâches entre le tribunal et les parties. Il a ainsi introduit la maxime inquisitoire sociale qui réduit – à tout le moins théoriquement – les exigences posées aux parties en matière d'allégation et assouplit quelques règles en matière d'apport de moyens de preuve. Le tribunal pourrait intervenir de manière plus large dans l'établissement des faits que lorsque la maxime des débats est applicable : il peut en principe retenir des faits non allégués s'ils sont prouvés et administrer d'office des preuves pour des faits allégués, mais non prouvés. Ceci devrait permettre entre autres à la partie faible – soit généralement le locataire dans les procédures relatives aux baux d'habitation et de locaux commerciaux – d'obtenir plus facilement la consécration de ses droits. 1521

La *jurisprudence* a cependant restreint la portée de cette maxime à deux égards. Premièrement, la maxime inquisitoire sociale se limiterait à un devoir d'interpellation du tribunal. Ce dernier doit donc uniquement communiquer aux parties qu'il considère que les faits étaient insuffisamment allégués ou qu'aucun moyen de preuve ne permet de retenir un certain fait. Il ne peut cependant pas retenir des faits prouvés, mais non allégués ni administrer des preuves d'office pour des faits allégués. En procédure simplifiée, la maxime inquisitoire sociale ne se distinguerait ainsi guère de la maxime des débats. Or, même si ce choix est critiquable, le législateur a consciemment choisi d'introduire une distinction, dans le cadre de la procédure simplifiée, entre la « maxime des débats avec devoir d'interpellation renforcé » et la maxime inquisitoire sociale. 1522

- 1523 Deuxièmement, la maxime inquisitoire ne s'applique en réalité pas, selon le Tribunal fédéral, lorsque les parties sont représentées par des mandataires professionnels.
- 1524 Le seul assouplissement qui a « survécu » à la jurisprudence est l'inapplicabilité de la maxime éventuelle : la possibilité des parties d'alléguer de faits nouveaux ou d'apporter de moyens de preuve nouveaux n'est pas limité au-delà du deuxième tour de parole comme c'est le cas en application de la maxime des débats. Cet assouplissement est prévu de manière claire par la loi (art. 229 al. 3 CPC), une restriction par la jurisprudence s'avérerait dès lors très difficile.
- 1525 Ainsi, la maxime inquisitoire sociale ne peut que partiellement atteindre ses buts. Le locataire peut toujours se voir débouté de ses conclusions faute d'avoir allégué un fait de manière suffisamment précise. La jurisprudence n'est, de plus, pas constante ; la question de la maxime inquisitoire sociale fait l'objet d'une insécurité juridique regrettable, qui, dans certains cas, peut empêcher la consécration des droits du locataire prévus pourtant par le droit matériel.
- 1526 A notre sens, il serait souhaitable que la jurisprudence permette une intervention plus large du tribunal dans l'établissement des faits. Ce dernier devrait, selon nous, être autorisé à administrer d'office des moyens de preuve dont il connaît l'existence, même si aucune des parties ne les a requis. De même, il devrait être en mesure de retenir des faits qui ressortent de moyens de preuve déposés par les parties mais qu'aucune d'entre elles n'a allégués.

Désavantage de fait du locataire dans la répartition du fardeau de la preuve

- 1527 Nous avons vu que les objets de la preuve sont particulièrement complexes par moment et qu'il est difficile d'identifier quels sont les faits pertinents. Il apparaît également qu'identifier quelle partie supporte le fardeau de la preuve de quels faits est tout sauf évident. Le système introduit par le législateur implique en effet une répartition complexe du fardeau de la preuve. Il comporte le risque qu'une partie omette d'alléguer ou de proposer un moyen de preuve partant du principe qu'il convient à l'autre partie de le faire. Dans des situations complexes, les locataires se trouvent généralement désavantagés par rapport aux bailleurs, qui disposent souvent de plus de ressources juridiques et financières. En outre, il existe beaucoup de situations dans lesquelles le locataire supporte le fardeau de la preuve pour un fait se déroulant dans la sphère du bailleur.
- 1528 Ainsi, en matière de fixation du loyer, le législateur a créé un système compliqué de règles et d'exceptions, et parfois d'exceptions aux exceptions. La même

règle peut dès lors se présenter sous forme de règle génératrice dans une procédure et sous forme de règle dirimante dans une autre : le fardeau de la preuve d'un seul et même fait peut ainsi incomber à l'une ou l'autre des parties en fonction des hypothèses considérées. Identifier qui supporte le fardeau de la preuve de quel fait pertinent est dès lors tout sauf évident.

En outre, c'est la plupart du temps le bailleur qui dispose des informations et moyens de preuve nécessaires pour l'application des critères déterminants, en particulier le rendement. Appliquée de façon stricte, la répartition entraînerait donc l'échec du locataire dans la preuve des faits lui incombant lorsqu'il se prévaut d'un certain critère pour contester le loyer ou son augmentation, ou en demande la diminution. 1529

Selon la théorie des normes, le locataire supporte également le fardeau de la preuve de la mauvaise foi du bailleur en cas de contestation de son congé. Or les circonstances qui indiquent un comportement de mauvaise foi du bailleur ont généralement lieu dans la sphère de ce dernier et les moyens de preuve pouvant en attester se trouvent souvent entre ses mains ; le locataire supporterait dès lors le fardeau pour une preuve dont les éléments sont hors de sa portée. 1530

Sur ces points, législateur et jurisprudence sont intervenus de différentes manières. 1531

De manière générale, la problématique est atténuée par le devoir de collaborer à l'administration de la preuve de la partie adverse (art. 160 CPC), en particulier celui de produire les documents (art. 160 al. 1 let. b CPC), ainsi que la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC). La maxime inquisitoire – en tout cas en théorie – réduit les exigences pour les parties en ce qui concerne l'allégation et la proposition et la production des moyens de preuve et devrait permettre au tribunal de retenir d'office des faits pertinents et d'administrer d'office des moyens de preuve pertinents, même en l'absence d'allégation et de proposition expresse de moyen de preuve par une partie. Le devoir de collaborer permet au locataire de forcer le bailleur à produire des titres que ce dernier détient. Toutefois, nous avons vu que dans la pratique, la maxime inquisitoire sociale ne se distingue guère de la maxime des débats, la jurisprudence étant très restrictive sur ce point. Nous verrons également que le devoir de collaborer n'est pas toujours efficace.

Le législateur a également fait appel, à différentes reprises, à des présomptions, dans des situations dans lesquelles il estime que la preuve du fait directement pertinent est difficile à rapporter pour la partie qui en supporte le fardeau, mais que la présence de faits, en principe non directement pertinents, permet de conclure en règle générale, ou du moins fréquemment, à la présence d'un fait pertinent. Le bilan de l'utilisation de ce moyen est également mitigé. 1532

- 1533 Il y a en particulier eu recours pour l'action en contestation du congé, en prévoyant certaines situations dans lesquelles le bailleur est présumé avoir prononcé le congé de mauvaise foi. Le locataire peut donc se contenter de prouver ces situations, sans avoir à prouver réellement la mauvaise foi du bailleur. Le législateur a prévu six hypothèses ; nous avons pu observer que certaines sont bien ciblées et facilitent au locataire la consécration de ses droits, alors que d'autres sont moins efficaces.
- 1534 Sur certains points, la jurisprudence est également intervenue. Le Tribunal fédéral a considéré en particulier, dans l'arrêt hautement controversé ATF 139 III 13, que le bailleur doit apporter des preuves qui justifient que le loyer initial n'est pas abusif s'il l'augmente « massivement » par rapport au loyer précédent. Notre Haute Cour semble avoir initialement fondé sa jurisprudence sur le devoir de collaborer du bailleur ; toutefois, elle a précisé – selon nous à raison – dans l'ATF 147 III 13 qu'il s'agit en réalité d'une présomption d'expérience. Compréhensible d'un point de vue pratique, cette jurisprudence pose cependant plus de problèmes qu'elle n'en résout. Le Tribunal fédéral n'a toujours pas défini à partir de quand l'augmentation du loyer initial par rapport au loyer payé par le locataire précédent était « massive » au sens de sa jurisprudence ; il se contente de considérer qu'une augmentation de 44% remplissait cette condition. Il a de plus introduit une subtilité supplémentaire dans un système déjà excessivement complexe.
- 1535 Selon nous, pour ce qui est de la fixation du loyer, le problème réside en réalité dans la complexité même de la réglementation. Le désavantage de fait du locataire en est une conséquence et les solutions trouvées par le législateur et la jurisprudence pour y remédier constituent en grande partie plus une lutte contre les symptômes qu'une véritable solution au problème. Sur ce point, il convient à notre sens et comme déjà mentionné, de repenser le système et de trouver une définition plus simple de ce que constitue un loyer abusif, p. ex. à l'aide d'un système de loyers comparatifs fondés sur des statistiques officielles.
- 1536 Pour ce qui est de la contestation du congé, le concept choisi par le législateur, à savoir la définition de « cas-type » de résiliation abusive au moyen de présomptions en soi fonctionne. Cependant, le caractère restrictif et peu clair de la jurisprudence concernant la maxime inquisitoire sociale se relève également problématique sur ce point. Une modification de la jurisprudence dans le sens déjà décrit ci-avant pourrait améliorer la position des locataires dans ce domaine également.

Efficacité du devoir de collaborer à l'administration des preuves

En ce qui concerne la fixation du loyer ainsi que la contestation du congé, le locataire est souvent dépendant de moyens de preuve qui se trouvent entre les mains du bailleur. 1537

Le locataire peut cependant recourir au devoir de collaborer du bailleur et demander que ce dernier produise certains titres qu'il détient (art. 160 al. 1 let. b CPC). Ce mécanisme permet au locataire de « contrebalancer » sa position de faiblesse dans une certaine mesure. Afin d'obtenir la production d'un document entre les mains de la partie adverse, une partie doit désigner au moins de manière générique les documents de telle manière qu'il soit possible de distinguer objectivement les titres visés de ceux qui ne le sont pas. La partie demanderesse peut donc demander la production de titres en lien avec un fait déterminé ou un groupe de faits liés à une période déterminée, sans avoir à spécifier chaque titre. Ainsi, lorsque le locataire se prévaut p. ex. du critère du rendement net, il n'a pas besoin de spécifier chaque document dont il requiert la production par le bailleur, mais peut se contenter de requérir la production « des documents relatifs au calcul du rendement net ». De même, en ce qui concerne le motif du congé, dont le locataire doit prouver l'inexistence en cas de contestation du congé, le bailleur doit collaborer en fournissant tous les éléments en sa possession nécessaires à la vérification du motif invoqué si le locataire le conteste. L'allègement pour le locataire est ainsi considérable. 1538

Lorsque le bailleur refuse de manière injustifiée de collaborer, le tribunal en tiendra compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). À ce sujet, la jurisprudence admet en réalité assez facilement que la version du locataire peut être retenue si le bailleur ne produit pas les preuves requises. 1539

Le mécanisme du devoir de collaborer de la partie adverse avec sanction de son non-respect au niveau de l'appréciation des preuves par le tribunal, bien que pas institué directement dans ce but, s'avère dès lors un élément efficace dans la réalisation du but du législateur de protéger les locataires. 1540

Observations finales

De manière générale, il peut être constaté que la preuve des éléments pertinents dans les procédures relatives aux baux à loyer d'habitations et de locaux commerciaux est souvent difficile à apporter pour les parties. 1541

Le législateur a introduit certains mécanismes, tant en droit matériel qu'en droit procédural, qui devraient atténuer les problématiques. L'efficacité de ces mécanismes varie cependant considérablement. En particulier, elles ne permettent 1542

pas de résoudre le nœud du problème en ce qui concerne la fixation du loyer, à savoir la complexité de la détermination du caractère abusif du loyer.

- 1543 La jurisprudence tente de corriger, par des interventions au niveau du droit de la preuve, des défauts du droit de fond afin de faire respecter l'intention du législateur de protéger le locataire contre des abus. Toutefois, cette même jurisprudence obstrue le chemin du locataire vers la consécration de son droit et rend inefficaces certains concepts du législateur visant à favoriser la position de la partie faible : il en va ainsi de la jurisprudence au sujet de la maxime inquisitoire sociale, introduite par le législateur afin de faciliter la position du locataire en procédure, mais dont l'efficacité est grandement réduite par la jurisprudence, mais également de la jurisprudence très stricte au sujet des loyers usuels.
- 1544 À notre sens, une clarification de la jurisprudence au sujet de la maxime inquisitoire sociale, qui devrait aller vers une admission plus large de l'intervention du tribunal dans l'établissement des faits, pourrait atténuer certains problèmes et favoriser la consécration des droits des parties. Elle est donc souhaitable.
- 1545 À l'occasion d'une future réforme du droit du bail – en discussion plus ou moins depuis l'introduction du « nouveau » droit du bail en 1990 – le législateur devrait procéder, selon nous, à une réduction de la complexité des normes applicables en matière de la protection contre les loyers abusifs en particulier. Dans ce domaine, le recours à un système de loyers comparatifs fondé sur des statistiques officielles et réduisant ainsi la complexité de la preuve à apporter pour contester le loyer nous paraît souhaitable.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Abus de droit

- ...et congé abusif..... 440
- comme fait dirimant... 298, 465, 468
- du locataire à invoquer un vice de forme 356, 508
- loyer abusif comme abus de droit 298, 321

Accord

- des parties 2
- des parties au sujet de l'usage de l'objet loué 384, 387, 410, 422
- des parties d'appliquer un usage ou usage local..... 44
- des parties sur l'obligation prétendument violée 499
- des parties sur les éléments constitutifs du bail .. 177, 178, 179, 189, 199, 310, 322
- du bailleur comme fait dirimant. 509
- du conjoint ou partenaire enregistré 501
- du tribunal que l'expert mène des investigations..... 103
- tâche de l'autorité de conciliation de trouver un 139, 140, 189

Acte authentique

- valeur probante 95, 148
- vente immobilière..... 220, 222, 365

Action en constatation de la nullité du

- loyer 344
- appréciation des preuves 362, 374
- degré(s) de preuve.....360
- devoir de collaborer à l'administration des preuves 361
- différence avec l'action en contestation du loyer initial 345
- fait(s) dirimant(s) 354, 356, 357
- fait(s) générateur(s).....353
- fait(s) pertinent(s) 346
- fardeau de l'allégation et de la contestation.....350
- fardeau objectif de la preuve 353
- fardeau subjectif de la preuve 360
- formule officielle de notification du loyer initial ..344, 346, 353 s., 357, 360, 362 s.
- introduction des moyens de preuve dans la procédure 362, 373
- maxime inquisitoire sociale .. 350 s., 353, 373
- moyen(s) de preuve.....360
- objet(s) de la preuve.....345
- preuve à futur 362
- sujet(s) de la preuve 352

Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation du bail

- 497
- appréciation des preuves 515
- conditions de recevabilité..505, 510, 521

- degré(s) de preuve.....511
- devoir de collaborer à
 - l'administration des preuves
 - 513 ss, 523
- expertise judiciaire.....512
- fait(s) dirimant(s) 506 s., 509 s.
- fait(s) extinctif(s) 506 ss, 510
- fait(s) générateur(s).....505 ss
- fait(s) notoire(s) 503
- fait(s) pertinent(s).....497 ss, 513 ss, 518 s., 522
- fardeau de l'allégation et de la contestation 500, 502, 518
- fardeau objectif de la preuve 504
- fardeau subjectif de la preuve.....510
- formule officielle de notification de la résiliation . 501 s., 506, 511, 519
- inspection 512, 514 s.
- interrogatoire et déposition des parties 512, 514, 516
- introduction des moyens de preuve 514, 523
- maxime inquisitoire sociale.....500, 502 s., 514, 518 s., 523
- objet(s) de la preuve 497 ss, 518
- présomption(s) 515
- preuve à futur 515
- renseignements écrits 512
- sujet(s) de la preuve 503 s.
- témoignage 511, 516
- titres 504, 511, 513 ss., 522
- Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner 419 ss
- appréciation des preuves 429, 436
- degré(s) de preuve 426, 434
- devoir de collaborer à
 - l'administration des preuves
 - 427 ss.
- expertise judiciaire 427 s., 433
- fait(s) dirimant(s) 424 ss, 434
- fait(s) extinctif(s) 424 ss, 434
- fait(s) générateur(s).....424 ss, 433
- fait(s) notoire(s) 423, 431
- fait(s) pertinent(s) 419 ss, 434 ss
- fardeau de l'allégation et de la contestation 422 s., 426, 431
- fardeau objectif de la preuve 422, 424 ss, 434
- fardeau subjectif de la preuve ... 422, 425 s., 434
- inspection 427 s., 433
- interrogatoire et déposition des parties..... 427
- introduction des moyens de preuve 428, 436
- maxime éventuelle..... 428
- maxime inquisitoire sociale ...422 s., 425, 428, 431, 436
- objet(s) de la preuve 419 ss, 422, 431
- preuve à futur 428, 436
- sujet(s) de la preuve..... 423 ss, 433
- témoignage 427 s.
- titre 427 s., 435
- usage et usage locaux 422
- Action en contestation de
 - l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat 310 ss
 - appréciation des preuves.... 329, 330
 - conditions de recevabilité 313, 316 s.
 - critères de fixation du loyer applicables..... 314 ss, 319 ss, 327
 - degré(s) de preuve 326 s.
 - devoir de collaborer à
 - l'administration des preuves... 321, 327 s., 330
 - expertise judiciaire 327
 - fait(s) dirimant(s).. 318, 319 ss, 325, 328
 - fait(s) extinctif(s) 322, 323
 - fait(s) générateur(s) 317 ss, 323, 325
 - fait(s) notoire(s)..... 329
 - fait(s) pertinent(s) 311 ss, 327 ss
 - fardeau de l'allégation et de la contestation 315 s., 326, 328 s.

- fardeau objectif de la preuve. 317 ss, 321 s., 324 ss, 330
- fardeau subjectif de la preuve. 325 s.
- formule officielle 312 s., 316 s., 320, 326 s., 329
- inspection..... 327 s.
- interrogatoire et déposition des parties 327
- introduction des moyens de preuve dans la procédure..... 328 s.
- maxime inquisitoire sociale .. 315 ss, 328
- objet(s) de la preuve 311 ss, 326
- présomption(s)..... 318, 324 ss
- preuve à futur..... 329
- sujet(s) de la preuve 316
- titre 327 ss
- Action en contestation de la résiliation du bail 451 ss
 - administration des preuves 523
 - appréciation des preuves... 463, 473, 474 s.
 - conditions de recevabilité 464
 - degré(s) de preuve 469 s.
 - devoir de collaborer à l'administration des preuves..... 472 s., 523
 - expertise judiciaire..... 472
 - fait(s) dirimant(s)..... 465, 468
 - fait(s) extinctif(s) 466, 468
 - fait(s) générateur(s)..... 463 s., 520
 - fait(s) pertinent(s) 451 s., 455 s., 459, 462, 466, 468, 473 s., 518
 - fardeau de l'allégation et de la contestation 459 s.
 - fardeau objectif de la preuve.. 463 s., 466 ss, 472 ss, 520 ss
 - fardeau subjectif de la preuve. 468 s.
 - formule officielle de notification de la résiliation..... 452
 - inspection..... 473
 - interrogatoire et déposition des parties 471
 - introduction des moyens de preuve dans la procédure 474, 523
 - maxime inquisitoire sociale 459, 461 ss, 472, 474, 518 s., 523 s.
 - objet(s) de la preuve..... 451 ss
 - présomption(s) .. 454, 465 ss, 517 s., 520 ss, 524
 - preuve à futur 474
 - renseignements écrits 472
 - sujet(s) de preuve 462 ss, 519
 - témoignage..... 463, 471, 473
 - titre..... 471 ss, 522
- Action en contestation du loyer initial 283
 - appréciation des preuves 308 s.
 - conditions de recevabilité..... 291, 293 ss 306, 308
 - critères de fixation du loyer applicables 294, 298 s., 304, 307
 - degré(s) de preuve..... 304
 - devoir de collaborer à l'administration des preuves 300 s., 305 ss, 370
 - expertise judiciaire 305
 - fait(s) dirimant(s) 299 ss, 304
 - fait(s) extinctif(s) 301, 304
 - fait(s) générateur(s)..... 297 ss, 301
 - fait(s) notoires(s)..... 288, 294
 - fait(s) pertinent(s) 286 ss, 296 ss, 304 s., 307 s.
 - fardeau de l'allégation et de la contestation..... 292 ss, 295 s., 307, 309, 365 s., 375
 - fardeau objectif de la preuve. 296 ss, 308, 368, 376
 - fardeau subjectif de la preuve 304
 - formule officielle de notification du loyer initial 285, 289, 294, 298, 305
 - inspection 305
 - interrogatoire et déposition des parties 305
 - introduction des moyens de preuve dans la procédure 307 s., 373

- logements de luxe.....299
- maxime inquisitoire sociale...292 ss, 307, 367 s., 373, 375
- objet(s) de la preuve... 285 ss, 365 s.
- présomption(s) 303
- preuve à futur 308
- respect du délai de saisine de
 - l'autorité de conciliation 290
- sujet(s) de la preuve 295 ss, 367
- témoignage.....295, 305
- titre 305
- usages et usages locaux.....309
- Action en diminution du loyer 331 ss
 - appréciation des preuves 343 s., 374
 - conditions de recevabilité...332, 334, 336
 - critères de fixation du loyer
 - applicables 332, 334 s., 338 s., 340, 342
 - degré(s) de preuve.....342
 - devoir de collaborer à
 - l'administration des preuves 342
 - fait(s) dirimant(s) 339, 340, 341
 - fait(s) extinctif(s) 341
 - fait(s) générateur(s).....338, 341
 - fait(s) notoire(s) 337, 339, 341
 - fait(s) pertinent(s).....332 ss, 340
 - fardeau de l'allégation et de la contestation 336, 339, 343
 - fardeau objectif de la preuve .338 ss, 343
 - fardeau subjectif de la preuve.....341
 - introduction des moyens de preuve dans la procédure 343, 373
 - logements de luxe.....340
 - maxime éventuelle 343
 - maxime inquisitoire sociale... 336 s., 341, 343, 373
 - objet(s) de la preuve 332 ss
 - preuve à futur 343
 - saisine de l'autorité de conciliation 331 ss
 - sujet(s) de la preuve 337 ss
 - titre 342 ss
- Action en prolongation du bail 477 ss
 - appréciation des preuves... 485, 493, 494 s.
 - degré(s) de preuve 491
 - devoir de collaborer à
 - l'administration des preuves... 493, 523
 - fait(s) dirimant(s)..... 488, 493, 521
 - fait(s) extinctif(s)..... 490
 - fait(s) générateur(s) 487 s., 521
 - fait(s) notoire(s)..... 483
 - fait(s) pertinent(s) . 477 ss, 487, 491, 493 s., 518, 521
 - fardeau de l'allégation et de la contestation 485 ss, 494, 518 s.
 - fardeau objectif de la preuve 487 ss, 493, 494, 521
 - fardeau subjectif de la preuve 490
 - inspection 493
 - interrogatoire et déposition des parties.....492 s.
 - introduction des moyens de preuve dans la procédure 494, 523
 - maxime d'office 443, 487
 - maxime inquisitoire sociale ...485 s., 494, 518 s., 523
 - objet(s) de la preuve 477 ss, 518
 - pouvoir d'appréciation du tribunal 416, 478, 495, 524
 - preuve à futur 494
 - saisine de l'autorité de conciliation 484
 - sujet(s) de la preuve..... 486 ss, 519
 - témoignage 492 ss
 - titre 492 ss, 522
- Action en réduction du loyer 407 ss
 - appréciation des preuves.417 s., 436
 - degré(s) de preuve 415, 434
 - devoir de collaborer à
 - l'administration des preuves..... 416 s., 435
 - expertise judiciaire 408, 415, 417 s., 433, 435
 - fait(s) dirimant(s).....413 s., 434

- fait(s) extinctif(s) 413 s., 434
- fait(s) générateur(s).....413 s., 433
- fait(s) notoire(s) 412
- fait(s) pertinent(s) 407 ss, 413, 416 s., 435
- fardeau de l'allégation et de la contestation 410 ss, 431
- fardeau objectif de la preuve..... 413, 433 s.
- fardeau subjectif de la preuve 414
- inspection.....416 s., 433, 435
- interrogatoire et déposition des parties 416
- introduction des moyens de preuve dans la procédure..... 417, 436
- maxime des débats..... 414, 432
- maxime inquisitoire sociale 410, 412, 414, 431, 433, 437
- objet(s) de la preuve 407 ss, 431
- pouvoir d'appréciation du tribunal 408
- preuve à futur..... 417
- sujet(s) de la preuve 412, 433
- témoignage 415
- titre 415 s., 435
- usages et usages locaux 410
- Action en remise en l'état 383 ss
 - appréciation des preuves.... 404, 436
 - degré(s) de preuve 398
 - devoir de collaborer à l'administration des preuves..... 401 s., 435
 - expertise judiciaire..... 400 ss, 433
 - fait(s) dirimant(s)..... 394 s., 397 s., 402, 434
 - fait(s) extinctif(s) 395 s., 397 ss, 402, 434
 - fait(s) générateur(s)..... 393 s., 395, 397, 433
 - fait(s) notoire(s) 391, 401
 - fait(s) pertinent(s) 383 ss, 398 s.
 - fardeau de l'allégation et de la contestation 384 s. 388 ss, 395, 399, 402, 404 s., 431
 - fardeau objectif de la preuve .393 ss, 398, 401, 403, 433
 - fardeau subjectif de la preuve 397 s.
 - inspection..... 389, 399, 401, 433
 - interrogatoire et déposition des parties 400 s.
 - introduction des moyens de preuve dans la procédure 402, 436
 - maxime des débats 388 ss, 397, 399, 402, 432
 - maxime éventuelle 403
 - maxime inquisitoire sociale 388, 390 ss, 397, 400, 403, 431
 - objet(s) de la preuve.....383 ss, 431
 - preuve à futur 403, 417
 - sujet(s) de la preuve 392 ss, 433
 - témoignage.....399 ss, 403 ss
 - titre.....399 ss, 435
 - usages et usages locaux.....384, 387
- Action en restitution du loyer trop perçu 344 ss
 - appréciation des preuves 362, 374
 - degré(s) de preuve.....360
 - devoir de collaborer à l'administration des preuves 361
 - fait(s) dirimant(s) 356
 - fait(s) extinctif(s) 357
 - fait(s) générateur(s).....353 ss
 - fait(s) pertinent(s) 348 ss
 - fardeau de l'allégation et de la contestation.....350 ss
 - fardeau objectif de la preuve 353
 - fardeau subjectif de la preuve 360
 - formule officielle de notification du loyer initial ..349, 352, 355, 358 s., 363
 - interrogatoire et déposition des parties 361
 - introduction des moyens de preuve dans la procédure 362, 373
 - maxime inquisitoire sociale 350, 352 s., 373
 - objet(s) de la preuve.....345 ss
 - présomption(s) 349, 358

- preuve à futur 362
- règle(s) d'expérience généralement reconnue(s) 352, 358
- sujet(s) de la preuve 352 ss
- titre 361
- Administration des moyens de preuve *cf.*
Introduction des moyens de preuve dans la procédure
- Agrandissement de la chose louée*cf.*
Prestations supplémentaires du bailleur
- Allégation*cf. Fardeau de l'allégation*
- Améliorations créant des plus-values
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du bail 315, 318, 323
 - définition 266
 - degré(s) de preuve 370
 - délimitation par rapport à l'entretien 266
 - fait(s) pertinent(s).....266 ss
 - fardeau de l'allégation et de la contestation 270
 - financées par des aides publiques 265, 267, 269, 323
 - lors d'importantes réparations....269
 - maxime inquisitoire sociale.....368
 - présomption(s) 369
 - répartition si elles concernent plusieurs objets loués 267
 - répercussion sur les loyers 264
 - sujet(s) de la preuve 368
 - titre comme moyen de preuve pour les établir 371
- Améliorations énergétiques
 - conditions auxquelles une augmentation du loyer fondées sur elles n'est pas abusive.....268
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du bail 318
 - définition 268
 - fait(s) pertinent(s) 266 ss
 - financées par des aides publiques 265
 - AMSL.....167 ss, 250, 284, 331, 455
 - Appréciation des preuves 143 ss
 - ...et fardeau objectif de la preuve.....143
 - ...et présomptions.....75
 - ...et témoignage par ouï-dire.....91
 - ...et violation du devoir de collaborer à l'administration des preuves 117
 - anticipée 59, 150
 - dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation.....*cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
 - dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
 - dans l'action en contestation du loyer initial*cf. Action en contestation du loyer initial*
 - dans l'action en diminution du loyer ..*cf. Action en diminution du loyer*
 - dans l'action en prolongation du bail ..*cf. Action en prolongation du bail*
 - dans l'action en réduction du loyer*cf. Action en réduction du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état ..*cf. Action en remise en l'état*

- dans l'action en restitution du loyer trop perçu .cf. *Action en restitution du loyer trop perçu*
 - dans l'établissement des règles d'expériences..... 41
 - dans la fixation judiciaire du loyer cf. *Fixation judiciaire du loyer*
 - dans la preuve par indices.. 149, 159
 - définition 143
 - en cas d'empêchement frauduleux de la preuve 73
 - interdiction de la prise en compte de certains moyens de preuve 147
 - pour l'action en constatation de la nullité du loyer cf. *Action en constatation de la nullité du loyer*
 - preuve légale et libre appréciation des preuves 144
 - principe de la libre appréciation des preuves . 16, 19, 84, 85, 89, 95, 96, 110, 112, 146, 148
 - règles la limitant 148
 - rôle des règles d'expériences dans l'appréciation des preuves 40
 - valeur probante d'un interrogatoire ou d'une déposition des parties .cf. *Interrogatoire et déposition des parties*
 - valeur probante d'un témoignage cf. *Témoignage*
 - valeur probante d'un titre.... cf. *Titre*
 - valeur probante d'une expertise... cf. *Expertise judiciaire*
 - valeur probante d'une inspection .cf. *Inspection*
 - ...et preuve à futur 137
- Autorité de conciliation**
- appréciation des preuves par l'autorité de conciliation..... 138
 - compétence de l'autorité de conciliation de rendre une proposition de jugement 311

- devoir des parties de présenter les moyens de preuve devant l'autorité de conciliation 229
- rôle 189
- saisine de l'autorité de conciliation dans l'action en diminution du loyer.....331 ss
- saisine de l'autorité de conciliation dans l'action en prolongation du bail 484

B

Bail

- conclu à durée déterminée. 180, 439, 451
- conclu à durée indéterminée 180, 439, 451
- conclu expressément pour une période expirant au début des travaux 488
- définition..... 177
- droit du..... cf. *Droit du bail*
- éléments essentiels 177
- fin du. 170, 180, 189, 397, 399, 409, 434, 439, 442 s., 445, 447 s., 451, 477 ss. 488 ss, 494, 517, 522, 526
- objet(s) cf. *Objet(s) du bail*
- prolongation du .cf. *Prolongation du bail*
- résiliation du cf. *Résiliation Beweisinterlokut* 127, 136
- Beweisnot*..... cf. *Degré(s) de preuve*
- Beweisurteil* cf. *Beweisinterlokut*

C

Cession de l'usage de l'objet loué

- comme élément essentiel du contrat de bail 177
- Chambre(s) meublée(s)..... 183, 185, 447**
- Charges financières**
- comme objet de la preuve dans la détermination du caractère

manifestement exagéré du prix d'achat 235

- comme objet de la preuve pour déterminer le rendement excessif 205 s.
- dans la détermination du rendement brut.....277
- définition 200
- moyens de preuve pour démontrer les charges financières 225

Charges immobilières 198, 224, 328

Consignation du loyer*cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*

Contestation de la résiliation... *cf. Action en contestation de la résiliation*

Contrat-cadre romand 176

Contre-preuve*cf. Fardeau subjectif de la preuve*

Critères de fixation du loyer

- ...dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- ...dans l'action en contestation du loyer initial.....*cf. Action en contestation du loyer initial*
- ...dans l'action en diminution du loyer.....*cf. Action en diminution du loyer*
- absolus 192 ss, 216
- hausse des coûts*cf. Hausse des coûts*
- limites recommandées par un contrat cadre*cf. Limites recommandées par un contrat cadre*
- loyers usuels.....*cf. Loyers usuels*
- plan des hausses*cf. Plan des hausses*

- prestations supplémentaires du bailleur *cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
- prix d'achat manifestement exagéré*cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
- relatifs..... 192 ss, 216
- renchérissement pour le capital exposé aux risques *cf. Renchérissement pour le capital exposé aux risques*
- rendement brut.....*cf. Rendement brut*
- rendement net *cf. Rendement net*

D

Degré(s) de preuve 81 ss

- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat *cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer .. *cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail ..*cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*

- dans l'action en remise en l'état ... *cf.*
Action en remise en l'état
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu .*cf.* *Action en restitution du loyer trop perçu*
- dans l'établissement des loyers usuels.....*cf.* *Loyers usuels*
- dans la preuve à futur..... 138
- dans la preuve par indices..... 84
- définition 11, 81, 155
- ordinaire..... 84, 155
- pour établir le prix d'achat manifestement exagéré *cf.* *Prix d'achat manifestement exagéré*
- pour établir le rendement brut..... *cf.* *Rendement brut*
- pour établir le rendement excessif *cf.* *Rendement excessif*
- pour établir les hausses des coûts *cf.* *Hausse des coûts*
- pour établir les prestations supplémentaires du bailleur *cf.* *Prestations supplémentaires du bailleur*
- pour l'action en constatation de la nullité du loyer *cf.* *Action en constatation de la nullité du loyer*
- pour la fixation judiciaire du loyer *cf.* *Fixation judiciaire du loyer*
- preuve stricte 83 ss, 155
- vraisemblance prépondérante 75, 85, 155
- vraisemblance simple .. 87, 138, 155
- Devoir d'interpellation renforcé *cf.* *Maxime des débats*
- Devoir de collaborer
 - pour établir les hausses des coûts *cf.* *Hausse des coûts*
- Devoir de collaborer à l'administration des preuves..... 115 ss
 - ...et maxime inquisitoire 118
 - conséquences d'une violation injustifiée..... *cf.* *Administration des preuves*
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*cf.* *Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*cf.* *Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat.....*cf.* *Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail*cf.* *Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial*cf.* *Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer ...*cf.* *Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail .. *cf.* *Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer*cf.* *Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état...*cf.* *Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu..*cf.* *Action en restitution du loyer trop perçu*
- dans l'établissement des loyers usuels..... *cf.* *Loyers usuels*
- degré de spécification du titre requis 119, 157
- des autorités 108
- devoir de produire des documents 118 s., 157

- devoir de tolérer une expertise ..119, 157
- devoir de tolérer une inspection ..97, 119, 157
- droit de refuser 18, 120 ss, 147
- fondé sur le droit matériel 123
- obligation de déposer de manière conforme à la vérité 118, 157
- pour établir le prix d'achat manifestement exagéré cf. *Prix d'achat manifestement exagéré*
- pour établir le rendement brut cf. *Rendement brut*
- pour établir le rendement excessif cf. *Rendement excessif*
- pour établir les prestations supplémentaires du bailleur cf. *Prestations supplémentaires du bailleur*
- pour l'action en constatation de la nullité du loyer.....cf. *Action en constatation de la nullité du loyer*
- pour la fixation judiciaire du loyer cf. *Fixation judiciaire du loyer*
- Devoir de collaborer à l'établissement d'un usage ou usage local.....44
- Devoir de collaborer à la procédure cf. *Maxime inquisitoire sociale*
- Devoir de collaborer des parties à l'établissement du droit étranger 46
- Diminution du loyer cf. *Action en diminution du loyer*
- Droit de nécessité 165, 168
- Droit du bail
 - historique 165
 - révision de 1990.....169
 - révisions après 1990.....171
 - sources 175 ss
- Droit privé social..... 168, 527
- Durée
 - comme élément essentiel du contrat de bail 180

E

- Enrichissement illégitime ... cf. *Action en restitution du loyer trop perçu*
- Expert(s)..... cf. *Expertise*
- Expertise judiciaire..... 100 ss
 - ...et *numerus clausus* de moyens de preuve..... 89, 156
 - administration..... 102, 134
 - admissibilité 100
 - comme moyen de preuve pour établir le prix d'achat manifestement exagéré.....cf. *Prix d'achat manifestement exagéré*
 - comme moyen de preuve pour établir le rendement excessif cf. *Rendement excessif*
 - comme moyen de preuve pour établir les loyers usuels ..cf. *Loyers usuels*
 - comme moyen de preuve pour établir les prestations supplémentaires du bailleur..... cf. *Prestations supplémentaires du bailleur*
 - comme moyen de preuve pour établir une hausse des coûts cf. *Hausse des coûts*
 - comme preuve pour des règles d'expérience généralement reconnues 40
 - comme preuve pour le contenu d'une règle coutumière..... 46
 - dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation cf. *Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat cf. *Action en contestation de l'augmentation du*

loyer et des autres modifications unilatérales du contrat

- dans l'action en contestation de la résiliation du bail..... *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état .. *cf. Action en remise en l'état*
- définition 100
- délimitation de l'objet de l'expertise par rapport à l'objet de l'inspection..... 94
- délimitation par rapport aux renseignements écrits 106
- en tant que moyen de preuve pouvant être administré d'office par le tribunal 62
- faits prouvés non allégués en résultant..... 57
- obligation des parties et des tiers de la tolérer 119
- possibilité d'en administrer devant l'autorité de conciliation..... 140
- pour prouver les fonds propres *cf. Fonds propres*
- valeur probante... 93, 100, 105, 148, 156

Expertise privée..... 101

F

Fait(s) *cf. Objet(s) de la preuve*

Fait(s) allégué(s)..... *cf. Fardeau de l'allégation et de la contestation*

Fait(s) dirimant(s)..... 68

- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf. Action en*

constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation

- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat..... *cf. l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer ... *cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail.. *cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état... *cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu.. *cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
- pour l'action en constatation de la nullité du loyer..... *cf. Action en constatation de la nullité du loyer*
- pour la fixation judiciaire du loyer *cf. Fixation judiciaire du loyer*
- qualification d'un fait générateur comme fait dirimant..... 74

Fait(s) extinctif(s) 69

- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en*

- constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail*cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial.....*cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en prolongation du bail..*cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer*cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état...*cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu. *cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
- dans l'action en diminution du loyer ...*cf. Action en diminution du loyer*
- Fait(s) générateur(s) 67 s.
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner.....*cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail..... *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer .. *cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail ..*cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état .. *cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu .*cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
- pour l'action en constatation de la nullité du loyer *cf. Action en constatation de la nullité du loyer*
- pour la fixation judiciaire du loyer*cf. Fixation judiciaire du loyer*
- qualification d'un fait générateur comme fait dirimant 74
- Fait(s) notoire(s)..... 38
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat *cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*

- loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
 - dans l'action en diminution du loyer .. *cf. Action en diminution du loyer*
 - dans l'action en prolongation du bail... *cf. Action en prolongation du bail*
 - dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état .. *cf. Action en remise en l'état*
 - dans l'établissement des loyers usuels..... 254
 - pour établir le prix d'achat manifestement exagéré *cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
 - pour établir le rendement brut..... *cf. Rendement brut*
 - pour établir le rendement excessif *cf. Rendement excessif*
 - pour établir une hausse des coûts. *cf. Hausse des coûts*
- Fait(s) notoirement connu(s)..... 39
- dans l'établissement du rendement excessif..... *cf. Rendement excessif*
- Fait(s) pertinent(s) 29 ss
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
 - dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat..... *cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
 - dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
 - dans l'action en diminution du loyer ... *cf. Action en diminution du loyer*
 - dans l'action en prolongation du bail.. *cf. Action en prolongation du bail*
 - dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état... *cf. Action en remise en l'état*
 - dans l'action en restitution du loyer trop perçu.. *cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
 - dans l'établissement des loyers usuels *cf. Loyers usuels*
 - directement 30
 - indices 29 ss, 39, 41, 149
 - indirectement 29 ss, 39, 41, 149
 - pour établir le prix d'achat manifestement exagéré *cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
 - pour établir le prix de revient de l'immeuble..... *cf. Prix de revient*
 - pour établir le rendement brut *cf. Rendement brut*
 - pour établir le rendement excessif *cf. Rendement excessif*
 - pour établir une hausse des coûts. *cf. Hausse des coûts*
 - pour la fixation judiciaire du loyer *cf. Fixation judiciaire du loyer*
- Fardeau de l'allégation et de la contestation 31 s.
- dans l'action en constatation de la nullité du loyer..... *cf. Action en constatation de la nullité du loyer*

- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner.....*cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail*cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial.....*cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en prolongation du bail..*cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer*cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état...*cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu. *cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
- dans l'établissement des loyers usuels *cf. Loyers usuels*
- dans la fixation judiciaire du loyer *cf. Fixation judiciaire du loyer*
- pour établir le prix d'achat manifestement exagéré*cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
- pour établir le rendement brut*cf. Rendement brut*
- pour établir le rendement excessif *cf. Rendement excessif*
- pour établir les améliorations créant des plus-values... *cf. Améliorations créant des plus-values*
- pour établir les prestations supplémentaires du bailleur*cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
- Fardeau objectif de la preuve 65 ss
- ...et degré(s) de preuve 82
- Beweisinterlokut..... *cf. Beweisinterlokut*
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation du bail.....*cf. on en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation du bail*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail..... *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat *cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer .. *cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail ..*cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*

- dans l'action en remise en l'état .. *cf.*
Action en remise en l'état
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu . *cf.* *Action en restitution du loyer trop perçu*
- définition 66
- délimitation par rapport à
l'appréciation des preuves 143
- délimitation par rapport au fardeau
subjectif de la preuve..... 78
- différence par rapport à la pénurie
de preuves 65
- en droit suisse actuel..... 70
- exceptions..... 71, 154
- fait(s) dirimant(s)..... *cf.* *Fait(s) dirimant(s)*
- fait(s) extinctif(s) *cf.* *Fait(s) extinctif(s)*
- fait(s) générateur(s)..... *cf.* *Fait(s) générateur(s)*
- historique 65
- pour l'action en constatation de la nullité du loyer *cf.* *Action en constatation de la nullité du loyer*
- pour la fixation judiciaire du loyer
..... *cf.* *Fixation judiciaire du loyer*
- principe..... 70
- qualification d'un fait générateur
comme fait dirimant 74, 154
- renversement 71, 73, 427, 473
- théorie des normes 66, 154, 529
- Fardeau subjectif de la preuve 78
 - ...et maxime des débats 78
 - ...et maxime inquisitoire 78
 - ...et maxime inquisitoire sociale .. 78
 - contre-preuve..... 79
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf.* *Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf.* *Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail *cf.* *Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat..... *cf.* *Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf.* *Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer ... *cf.* *Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail.. *cf.* *Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer *cf.* *Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état... *cf.* *Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu.. *cf.* *Action en restitution du loyer trop perçu*
- délimitation par rapport au fardeau objectif de la preuve 78
- pour l'action en constatation de la nullité du loyer..... *cf.* *Action en constatation de la nullité du loyer*
- pour la fixation judiciaire du loyer
..... *cf.* *Fixation judiciaire du loyer*
- répartition..... 79, 155
- Fiction.. *cf.* *Présomption(s) irréfragables*
- Fixation judiciaire du loyer 344 ss
 - appréciation des preuves 362, 374
 - degré(s) de preuve..... 360
 - devoir de collaborer à
l'administration des preuves 361
 - fait(s) dirimant(s) 356
 - fait(s) générateur(s)..... 353 s.

- fait(s) pertinent(s).....347
- fardeau de l'allégation et de la contestation 350
- fardeau objectif de la preuve 353
- fardeau subjectif de la preuve.....360
- introduction des moyens de preuve dans la procédure 362, 373
- maxime inquisitoire sociale.....350, 352 s., 373
- objet(s) de la preuve 345
- preuve à futur 362
- sujet(s) de la preuve 352
- Fonds propres
 - augmentation en cas de travaux à plus-value.....205
 - comme objet de la preuve pour établir le caractère excessif du rendement net 200, 202 s.
 - dans l'établissement du critère du renchérissement pour le capital exposé aux risques 281
 - dans la détermination des améliorations créant des plus values.....266
 - dans la détermination du caractère manifestement exagéré du prix d'achat 235, 366
 - dans la détermination du rendement brut admissible.....278
 - définition 198, 202
 - détermination des 203
 - expertise judiciaire comme moyen de preuve pour les établir.....224
 - impossibilité de les établir.. 194, 347
 - moyens de preuve pour les établir 223
 - réévaluation en fonction de l'IPC 198, 215 s.
 - rendement brut des *cf. Rendement brut*
 - rendement net des *cf. Rendement net*
 - renseignements écrits comme moyen de preuve pour les établir 224
 - titre comme moyen de preuve pour les établir..... 223
 - variation..... 198, 203
- Formule officielle de majoration du loyer
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat *cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- Formule officielle de notification de la résiliation
 - dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation du bail..... *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation du bail*
 - dans l'action en contestation de la résiliation du bail..... *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- Formule officielle de notification du loyer initial
 - dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
 - pour l'action en constatation de la nullité du loyer *cf. Action en constatation de la nullité du loyer*
- Frais d'exploitation et d'entretien
 - ...et prix de revient.....204 s.
 - comme objet de la preuve pour établir le caractère excessif du rendement net..... 204
 - définition des frais d'entretien... 204
 - définition des frais d'exploitation 204
 - expertise judiciaire comme moyen de preuve pour les établir 225
 - inspection comme moyen de preuve pour les établir..... 225

- interrogatoire et déposition des parties comme moyen de preuve pour les établir..... 225
- moyen(s) de preuve pour les établir 224
- témoignage comme moyen de preuve pour les établir 225
- titre comme moyen de preuve pour les établir 225

H

Habitation(s)

- définition 184
- logement(s) de famille *cf. Logement(s) de famille*
- logement(s) subventionné(s)..... *cf. Logement(s) subventionné(s)*
- logements de luxe . *cf. Logements de luxe*

Hausse des coûts..... 263 ss

- application de la maxime inquisitoire sociale pour l'établir 270, 271, 272, 273
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat..... 314, 316
- définition 263
- degré(s) de preuve pour l'établir 273
- devoir de collaborer à l'administration des preuves... 275, 372
- expertise judiciaire pour l'établir 272 ss
- fait(s) notoire(s) 271
- fait(s) pertinent(s) pour l'établir 265
- objet(s) de la preuve 265 ss, 366
- règles d'expérience généralement reconnues dans pour les établir 272
- répercussion de la variation des charges courantes sur le loyer.. 264
- répercussion de la variation des frais d'entretien sur le loyer..... 264

- répercussion de la variation du taux hypothécaire de référence sur les loyers 263
- sujet(s) de la preuve pour l'établir 272
- titre pour l'établir 274 s.

I

Indices.....*cf. Fait(s) pertinent(s)*

Inefficacité de la résiliation du bail

- action en constatation... *cf. action en constatation de la nullité et de l'inefficacité de la résiliation du bail*
- définition..... 498

Inspection..... 96 ss

- ...et *numerus clausus* de moyens de preuve 89, 156
- administration 97, 134
- admissibilité..... 96
- comme moyen de preuve pour établir le caractère excessif du rendement .. *cf. Rendement excessif*
- comme moyen de preuve pour établir le prix d'achat manifestement exagéré *cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
- comme moyen de preuve pour établir les loyers usuels .. *cf. Loyers usuels*
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales

- du contrat cf. *Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation du loyer initial.....cf. *Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en prolongation du bail .. cf. *Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer cf. *Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état ...cf. *Action en remise en l'état*
- dans la procédure de conciliation 139
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail Cf. *Action en contestation de la résiliation du bail*
- définition 96
- délimitation de l'objet de l'inspection par rapport à l'objet de l'expertise.....94
- délimitation de l'objet de l'inspection par rapport au titre..94
- en tant que moyen de preuve pouvant être administré d'office par le tribunal.....62, 104
- obligation des parties et des tiers de la tolérer..... 103, 117, 119, 157
- valeur probante.....93, 100, 149, 156
- Interrogatoire et déposition de parties*
 - dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation.....cf. *Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- Interrogatoire et déposition des parties* 109 ss
 - ...et *numerus clausus* de moyens de preuve 89, 156
 - administration 97, 112
 - administration par l'autorité de conciliation..... 140
 - admissibilité 109
 - comme moyen de preuve pour établir le prix d'achat manifestement exagéré.....cf. *Prix d'achat manifestement exagéré*
 - comme moyen de preuve pour établir le rendement excessif cf. *Rendement excessif*
 - comme moyen de preuve pour établir les loyers usuels ..cf. *Loyers usuels*
 - dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner cf. *Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat cf. *Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
 - dans l'action en contestation de la résiliation du bail..... cf. *Action en contestation de la résiliation du bail*
 - dans l'action en contestation du loyer initial cf. *Action en contestation du loyer initial*
 - dans l'action en prolongation du bail ..cf. *Action en prolongation du bail*
 - dans l'action en réduction du loyer cf. *Action en réduction du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état .. cf. *Action en remise en l'état*
 - dans l'action en restitution du trop perçu..... cf. *Action en restitution du trop perçu*
 - définition 109

- délimitation par rapport au témoignage 90
 - obligation des parties de répondre de manière conforme à la réalité 118
 - valeur probante 96, 113, 149, 156
 - Introduction des moyens de preuve dans la procédure 125 ss
 - administration des preuves 125, 134
 - dans l'action en constatation de la nullité du loyer cf. *Action en constatation de la nullité du loyer*
 - dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... cf. *Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
 - dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner cf. *Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat..... cf. *Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
 - dans l'action en contestation de la résiliation du bail..... Cf. *Action en contestation de la résiliation du bail*
 - dans l'action en contestation du loyer initial cf. *Action en contestation du loyer initial*
 - dans l'action en diminution du loyer ..cf. *Action en diminution du loyer*
 - dans l'action en prolongation du bail...cf. *Action en prolongation du bail*
 - dans l'action en réduction du loyer cf. *Action en réduction du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état...cf. *Action en remise en l'état*
 - dans l'action en restitution du loyer trop perçu...cf. *Action en restitution du loyer trop perçu*
 - désignation des objets de la preuve 125, 132
 - ordonnance de preuve 132
 - phases.....125
 - pour la fixation judiciaire du loyer cf. *Fixation judiciaire du loyer*
 - preuve à futur..... cf. *Preuve à futur*
 - proposition et production des moyens de preuve 125, 128
 - répartition du fardeau subjectif de la preuve 125, 132
 - temps-limite pour proposer, requérir ou déposer des moyens de preuve 126
 - IPC
 - comme fait notoire 216, 337, 339, 341
 - et loyer indexé.....195
 - généralités 216
 - pour le renchérissement pour le capital exposé aux risques 281
 - pour réévaluer les fonds propres198, 216
- ## L
- Limites recommandées par un contrat cadre.....282
 - Local commercial
 - définition..... 187
 - Logement(s) de famille
 - absence de consentement du conjoint ou partenaire enregistré comme cause de nullité du congé 497
 - absence de notification du congé au conjoint ou partenaire enregistré comme cause de nullité.....497
 - définition..... 184

Logement(s) subventionné(s)

- ...et rendement excessif.....187
- dans l'AMSL.....167
- définition.....186

Logements de luxe

- conséquence de la qualification d'un logement comme logement de luxe 185 s.
- dans l'action en contestation du loyer initial.....*cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer ...*cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'AMSL.....167
- définition..... 185 s.

Loyer

- abusif.....191
- comme élément essentiel du contrat de bail 179
- critères de fixation du *cf. Critères de fixation du loyer*
- échelonné 195
- indexé.....195
- méthode(s) d'analyse du*cf. méthode(s) d'analyse du loyer*
- non-paiement.....444, 498, 508

Loyers usuels 244

- application de la maxime inquisitoire sociale pour les établir 237 s., 252 s., 255 s.
- comme critère de fixation du loyer admissible pour les immeubles anciens 194, 300
- comme critère de la fixation du loyer admissible..... 192 s.
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat 315, 319 s., 325, 328, 330
- dans l'action en contestation du loyer initial.....292, 298, 300, 304, 309

- dans l'action en diminution du loyer 335, 339
- dans la fixation judiciaire du loyer 347
- degré(s) de preuve 239, 256, 257, 370
- devoir de collaborer à l'administration des preuves.... 372
- devoir de collaborer à l'administration des preuves pour les établir..... 243, 260
- en tant que critère absolu de la fixation du loyer 245
- et loyers du marché..... 244
- expertise judiciaire comme moyen de preuve pour l'établir 371
- expertise judiciaire comme moyen de preuve pour les établir 259, 260
- fait(s) pertinent(s) pour les établir 250
- faits notoires 254
- faits pertinents pour les établir.. 247, 256
- fardeau de l'allégation et de la contestation 252, 253, 254
- inspection comme moyen de preuve pour l'établir..... 371
- inspection comme moyen de preuve pour les établir..... 256, 258 s., 262
- interrogatoire et déposition des parties comme moyen de preuve pour les établir..... 258
- lorsqu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché 245
- manière de les déterminer.....245 s.
- maxime inquisitoire sociale 367
- objet(s) de la preuve .. 240, 247, 366
- pour déterminer le caractère manifestement exagéré du prix d'achat..... 232 ss
- présomptions dans leur établissement..... 261
- preuve par statistiques officielles 245

- renseignements écrits comme moyen de preuve pour les établir 255
- sujet(s) de la preuve 255, 367
- témoignage comme moyen de preuve pour les établir 258
- titre comme moyen de preuve pour les établir .. 256, 258 s., 261 s., 371
- usages et usages locaux 236

M

- Maxime d'office 50
- ...et maxime inquisitoire 56
 - ...et moyens de preuve admissibles 90
 - dans l'action en prolongation du bail...*cf. Action en prolongation du bail*
- Maxime des débats 52 ss
- ...et fardeau subjectif de la preuve ... 78
 - ...et interrogatoire et déposition des parties 112
 - ...et maxime éventuelle 63
 - ...et vérité formelle..... 17
 - administration de renseignements écrits en son application 108
 - allégation de faits en son application 32
 - allègements 62, 98 s., 104
 - champ d'application 61
 - conséquences de son application . 54
 - contenu 52, 153
 - contestation de faits en son application 34
 - dans l'action en remise en l'état .. *cf. Action en remise en l'état*
 - délimitation par rapport à la maxime inquisitoire 55
 - devant l'autorité de conciliation 141
 - devoir d'interpellation renforcé .. 62, 130
 - historique 49 ss

- justification de son application 53
- Maxime éventuelle
- ... et maxime inquisitoire sociale.. 58
 - comme conséquence de l'application de la maxime inquisitoire..... 56
 - dans l'action en diminution du loyer ...*cf. Action en diminution du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état...*cf. Action en remise en l'état*
 - dans la procédure ordinaire 128
 - dans la procédure simplifiée 131
 - dans le Code de procédure civile suisse 63, 126
 - historique 127
- Maxime inquisitoire 55
- ...et fardeau subjectif de la preuve 78
 - ...et vérité matérielle..... 18, 55
 - ...et devoir de collaborer à l'administration des preuves 118
 - ...et moyens de preuve admissibles 90
 - champ d'application..... 63
 - conséquences de son application.. 56
 - contenu..... 55, 153
 - délimitation par rapport à la maxime des débats 55
 - différence par rapport à la maxime inquisitoire sociale 52, 57, 58
 - historique 50 s.
 - justification de son application 55
- Maxime inquisitoire sociale 57 ss
- ...et fardeau subjectif de la preuve.... 78
 - ...et ordonnance de preuves 133
 - administration d'office d'une inspection en son application..... 99
 - allégation de faits en son application 33, 152
 - champ d'application..... 63
 - conséquences de son application.. 59
 - contenu..... 57, 153
 - contestation de faits en son application 36, 152

- dans l'action en constatation de la nullité du loyer.....*cf. Action en constatation de la nullité du loyer*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail*cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation du loyer initial.....*cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer ...*cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail... *cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer*cf. Action en réduction du loyer, cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état ...*cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu. *cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
- dans l'établissement des loyers usuels *cf. Loyers usuels*
- dans la fixation judiciaire du loyer*cf. Fixation judiciaire du loyer*
- dans les procédures de droit du bail 63, 172
- définition.....57
- dernier moment pour proposer et produire des moyens de preuve 131, 158
- devant l'autorité de conciliation.140
- différence par rapport à la maxime inquisitoire 52, 57, 58
- historique 51, 170

- jurisprudence récente du Tribunal fédéral à son sujet..... 59
- justification de son application 58
- pour établir le prix d'achat manifestement exagéré.....*cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
- pour établir le rendement brut *cf. Rendement brut*
- pour établir le rendement excessif *cf. Rendement excessif*
- pour établir les hausses des coûts *cf. Hausse des coûts*
- pour établir les prestations supplémentaires du bailleur..... *cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
- proposition et production des moyens de preuve en son application..... 131
- Méthode(s) d'analyse du loyer
 - absolue.....192 ss.,195
 - absolue relativisée 194
 - relative..... 192, 194
- Moyen(s) de preuve..... 89 ss, 156
 - définition 12
 - expertise judiciaire *cf. Expertise judiciaire*
 - inspection *cf. Inspection*
 - interrogatoire et déposition des parties.....*cf. Interrogatoire et déposition des parties*
 - renseignements écrits..... *cf. Renseignements écrits*
 - témoignage *cf. Témoignage*
 - titre*cf. Titre*

N

Nullité

- de la résiliation du bail *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- du loyer.....*cf. Action en constatation de la nullité du loyer*

O

Objet(s) de la preuve 27 ss, 151

- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner *cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat..... *cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail..... *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer .. *cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail... *cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état .. *cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu . *cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
- dans la détermination de loyers usuels..... *cf. Loyers usuels*
- désignation par le tribunal *cf. Introduction des moyens de preuve dans la procédure*

- droit.....44
- fait(s) futur(s).....29
- fait(s) hypothétique(s).....29
- fait(s) pertinent(s) *cf. Fait(s) pertinent(s)*
- faits 28
- faits ne nécessitant pas de preuve. *cf. Fait(s) notoire(s) ; Fait(s) notoirement connu(s) ; Règles d'expérience*
- pour établir la hausse des coûts *cf. Hausse des coûts*
- pour établir le prix d'achat manifestement exagéré *cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
- pour établir le rendement brut *cf. Rendement brut*
- pour établir le rendement excessif *cf. Rendement excessif*
- pour établir les prestations supplémentaires du bailleur *cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
- pour l'action en constatation de la nullité du loyer..... *cf. Action en constatation de la nullité du loyer*
- pour la fixation judiciaire du loyer *cf. Fixation judiciaire du loyer*
- usages et usages locaux *cf. Usages et usages locaux*

Objet(s) du bail

- choses mobilières.....183
- immeubles.....181
- local commercial..... *cf. Local commercial*
- locaux d'habitation *cf. Habitation(s)*

Ordonnance de preuve ... *cf. Introduction des moyens de preuve dans la procédure*

P

Pénurie de preuves *cf. Beweisnot*
 Plan des hausses.....280

- Présomption(s) 75
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
 - dans l'action en contestation de la résiliation du bail*cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
 - dans l'action en restitution du loyer trop perçu. *cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
 - dans l'établissement du rendement excessif*cf. Rendement excessif*
 - de fait 77
 - définition 75
 - différence par rapport à la preuve par indices 77
 - irréfragables 77, 155
 - légales 75
 - pour établir les prestations supplémentaires du bailleur*cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
 - que les intérêts sont dus dans un prêt commercial 226
 - réfragables 76, 154
- Prestations supplémentaires du bailleur 263
- application de la maxime inquisitoire sociale pour les établir 270 ss
 - clé de répartition des investissements si différents objets loués en profitent 264
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat 314, 316, 321, 323
 - dans l'action en diminution du loyer 340
 - définition 263
 - degré(s) de preuve pour les établir 273
 - devoir de collaborer à l'administration des preuves... 275, 372
 - expertise judiciaire comme moyen de preuve pour les établir 272 ss
 - fait(s) pertinent(s) pour les établir *cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
 - fardeau de l'allégation et de la contestation 270
 - objet(s) de la preuve 265, 366
 - présomption(s) pour les établir .267, 273 ss
 - règles d'expérience généralement reconnues pour les établir 272
 - renseignements écrits comme moyen de preuve pour les établir 275
 - répercussion sur les loyers 264
 - sujet(s) de la preuve pour les établir 272
 - titre comme moyen de preuve pour les établir 274 ss
- Preuve à futur 135
- cas prévus par le droit matériel.. 137
 - dans l'action en constatation de la nullité du loyer *cf. Action en constatation de la nullité du loyer*
 - dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat *cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
 - dans l'action en contestation de la résiliation du bail *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*

- dans l'action en contestation du loyer initial *cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution du loyer .. *cf. Action en diminution du loyer*
- dans l'action en prolongation du bail...*cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer *cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en remise en l'état .. *cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du loyer trop perçu .*cf. Action en restitution du loyer trop perçu*
- dans la fixation judiciaire du loyer *cf. Fixation judiciaire du loyer*
- degré de la preuve applicable..... 138
- en cas d'intérêt digne de protection 138, 159
- en cas de mise en danger d'un moyen de preuve 138, 159
- généralités..... 135
- Preuve stricte*cf. Degré(s) de preuve*
- Preuve testimoniale*cf. Témoignage*
- Preuve(s)
 - définition(s) 9
 - droit de la..... 21
 - fonction..... 13
 - moyen(s) de .*cf. Moyen(s) de preuve*
- Prix d'achat manifestement exagéré . 232
 - application de la maxime inquisitoire sociale pour l'établir 237, 242
 - dans l'action en contestation du loyer initial 291, 298
 - définition 232
 - degré(s) de preuve pour l'établir 238, 370
 - devoir de collaborer à l'administration des preuves pour l'établir..... 242
 - expertise judiciaire comme moyen de preuve pour l'établir 240 s.
 - fait(s) notoire(s) 237
 - faits pertinents pour l'établir 234
 - fardeau de l'allégation et de la contestation pour l'établir 237, 238, 243
 - inspection comme moyen de preuve pour l'établir 240, 241, 244, 371
 - interrogatoire et déposition des parties comme moyen de preuve pour l'établir 240
 - objet(s) de la preuve..... 234, 366
 - sujet(s) de la preuve 237
 - témoignage comme moyen de preuve pour l'établir 240 s.
 - titre comme moyen de preuve pour l'établir 239 s., 243 s.
- Prix de revient
 - ...et contestation du loyer initial . 298
 - ...et fonds propres..... 203
 - ...et frais d'exploitation et d'entretien..... 204 s.
 - ...et prix d'achat manifestement exagéré..... 232 ss
 - ...et rendement brut 277 ss
 - comme objet de la preuve pour établir le caractère excessif du rendement net 209
 - compensation du renchérissement 216
 - fait(s) pertinent(s) pour l'établir 201, 209 s.
 - titre comme moyen de preuve pour l'établir 220
- Prix de revient de l'immeuble
 - comme objet de la preuve pour établir le caractère excessif du rendement net 200
- Prolongation du bail *cf. Action en prolongation du bail*

R

Réduction du loyer

- par suite de défaut cf. *Action en réduction du loyer*
- par suite de modification de facteurs de calcul du loyer cf. *Action en diminution du loyer*
- Règles d'expérience généralement reconnues 39
- pour établir des prestations supplémentaires du bailleur cf. *Prestations supplémentaires du bailleur*
- pour établir une hausse des coûts .cf. *Hausse des coûts*
- Renchérissement pour le capital exposé aux risques 281
- Rendement brut 276
- application de la maxime inquisitoire sociale pour l'établir 278 s.
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du bail 320
- dans l'action en contestation du loyer initial 298, 300
- définition 276
- degré(s) la preuve pour l'établir .279
- devoir de collaborer à l'administration des preuves pour l'établir 280
- fait(s) notoire(s) 279
- fait(s) pertinent(s) 277
- fardeau de l'allégation et de la contestation pour l'établir 278
- moyens de preuve pour l'établir .280
- objet(s) de la preuve 277
- sujet(s) de la preuve 279
- Rendement excessif 197 ss
- ...et logements subventionnés 187
- application de la maxime inquisitoire sociale pour l'établir 212 s., 217, 229 ss
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat 314, 325, 328, 330
- dans l'action en contestation du loyer initial 291, 300
- dans l'action en diminution du loyer 331 s., 334, 336, 338
- dans la fixation judiciaire du loyer 347
- définition 169, 191, 198
- degré(s) de preuve pour l'établir 197, 219, 370
- devoir de collaborer à l'administration des preuves pour l'établir 197, 210 s., 218 s., 229 ss, 367, 372
- expertise judiciaire comme moyen de preuve pour l'établir 221 s., 224 s., 227, 371
- fait(s) notoire(s) 214
- fait(s) notoirement connu(s) 216
- fait(s) pertinent(s) pour l'établir 218 s.
- fait(s) pertinents pour l'établir... 201
- fardeau de l'allégation et de la contestation pour l'établir 212
- inspection comme moyen de preuve pour l'établir 222, 224 ss, 231
- interrogatoire et déposition des parties comme moyen de preuve pour l'établir 222, 224 s.
- maxime inquisitoire sociale 367
- objet(s) de la preuve . 197, 199, 220, 222, 365
- présomptions dans son établissement 226
- renseignements écrits comme moyen de preuve pour l'établir 222, 224, 226 s.
- sujet(s) de la preuve... 217, 219, 367
- témoignage comme moyen de preuve pour l'établir 222, 224 ss
- titre comme moyen de preuve pour l'établir 220 ss, 225, 227 s., 230, 371

Rendement net..... *cf. Rendement excessif*

Renseignements écrits 106 ss

- ...et *numerus clausus* de moyens de preuve..... 89, 156
- administration 107
- admissibilité..... 106
- auprès des personnes privées 107, 108
- auprès des services officiels..... 107
- comme moyen de preuve pour établir les loyers usuels.. *cf. Loyers usuels*
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation..... *cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail *cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'établissement du rendement excessif..... *cf. Rendement excessif*
- définition 106
- délimitation par rapport à l'expertise judiciaire..... 106
- délimitation par rapport au témoignage 106, 109
- délimitation par rapport au titre . 106
- importance pratique 109
- possibilité d'en administrer devant l'autorité de conciliation..... 140
- pour établir les prestations supplémentaires du bailleur..... *cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
- pour prouver les fonds propres *cf. Fonds propres*
- valeur probante 109

Résiliation du bail

- contestation de la *cf. Action en contestation de la résiliation*
- extraordinaire..... 439, 444

- inefficacité de la.....*cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- nullité de la*cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- ordinaire.....439

S

Secret bancaire..... 123, 224, 226

Secret d'avocat et de notaire 121, 157, 361

Secret médical..... 121

Sous-location

- non consentie par le bailleur 446, 509
- retrait de l'autorisation.....310
- sans intention du locataire de réintégrer l'objet loué . 509, 512 s., 516, 523

Sujet(s) de la preuve 49 ss

- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail*cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*

- dans l'action en contestation du
loyer initial.....*cf. Action en
contestatation du loyer initial*
 - dans l'action en diminution du loyer
...*cf. Action en diminution du loyer*
 - dans l'action en prolongation du
bail .. *cf. Action en prolongation du
bail*
 - dans l'action en réduction du loyer
.....*cf. Action en réduction du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état ...*cf.
Action en remise en l'état*
 - dans l'action en restitution du loyer
trop perçu. *cf. Action en restitution
du loyer trop perçu*
 - dans l'établissement du caractère
excessif du rendement.....*cf.
Rendement excessif*
 - pour établir le prix d'achat
manifestement exagéré*cf. Prix
d'achat manifestement exagéré*
 - pour établir le rendement brut*cf.
Rendement brut*
 - pour établir les hausses des coûts .*cf.
Hausse des coûts*
 - pour établir les prestations
supplémentaires du bailleur*cf.
Prestations supplémentaires du
bailleur*
 - pour l'action en constatation de la
nullité du loyer.....*cf. Action en
constatation de la nullité du loyer*
 - pour la fixation judiciaire du loyer
.....*cf. Fixation judiciaire du loyer*
 - Syllogisme juridique 13, 15, 27, 139
- T**
- Taux hypothécaire de référence 214
 - comme fait notoire 214, 271, 279,
337, 526
 - répercussion de sa variation sur les
loyers*cf. Hausse des coûts*
 - Témoignage 90
 - ...et *numerus clausus* de moyens de
preuve..... 89, 156
 - administration..... 91, 134
 - admissibilité 90
 - comme moyen de preuve pour
établir le caractère excessif du
rendement...*cf. Rendement excessif*
 - comme moyen de preuve pour
établir le prix d'achat
manifestement exagéré.....*cf. Prix
d'achat manifestement exagéré*
 - comme moyen de preuve pour
établir les loyers usuels ..*cf. Loyers
usuels*
 - dans l'action en constatation de la
nullité ou de l'inefficacité de la
résiliation..... *cf. Action en
constatation de la nullité ou de
l'inefficacité de la résiliation*
 - dans l'action en constatation du
droit et de l'inexistence du droit de
consigner *cf. Action en
constatation du droit et de
l'inexistence du droit de consigner*
 - dans l'action en contestation de la
résiliation du bail..... *cf. Action en
contestatation de la résiliation du
bail*
 - dans l'action en contestation du
loyer initial *cf. Action en
contestatation du loyer initial*
 - dans l'action en prolongation du
bail ..*cf. Action en prolongation du
bail*
 - dans l'action en réduction du loyer
.... *cf. Action en réduction du loyer*
 - dans l'action en remise en l'état .. *cf.
Action en remise en l'état*
 - définition 90
 - délimitation par rapport à
l'interrogatoire et la déposition des
parties..... 90
 - délimitation par rapport aux
renseignements écrits 106, 109

- limite d'âge pour témoigner..... 91
- obligation de déclarer de manière conforme à la vérité..... 118
- obligation de témoigner 116, 118, 123
- par écrit..... 107
- par ouï-dire 90, 148
- possibilité d'en administrer devant l'autorité de conciliation..... 140
- présence des témoins à une inspection 97
- preuve à futur..... 136
- valeur probante .. 91 ss, 96, 148, 156
- valeur probante selon la procédure coutumière neuchâteloise 144
- Témoignage.....*cf. Témoignage*
- Théorie des normes..*cf. Fardeau objectif des preuves*
- Titre..... 93 ss
 - ...et *numerus clausus* de moyens de preuve..... 89, 156
 - administration 95, 135
 - admissibilité..... 93
 - authentique 94 s.
 - comme moyen de preuve dans l'établissement du caractère excessif du rendement *cf. Rendement excessif*
 - comme moyen de preuve pour établir le prix d'achat manifestement exagéré *cf. Prix d'achat manifestement exagéré*
 - comme moyen de preuve pour établir les loyers usuels.. *cf. Loyers usuels*
 - comme moyen de preuve pour établir les prestations supplémentaires du bailleur..... *cf. Prestations supplémentaires du bailleur*
 - comme moyen de preuve pour établir une hausse des coûts..... *cf. Hausse des coûts*
- dans l'action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*cf. Action en constatation de la nullité ou de l'inefficacité de la résiliation*
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*cf. Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat.....*cf. Action en contestation de l'augmentation du loyer et des autres modifications unilatérales du contrat*
- dans l'action en contestation de la résiliation du bail*cf. Action en contestation de la résiliation du bail*
- dans l'action en contestation du loyer initial*cf. Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en diminution.....*cf. Action en diminution*
- dans l'action en prolongation du bail.. *cf. Action en prolongation du bail*
- dans l'action en réduction du loyer*cf. Action en réduction du loyer*
- dans l'action en remise en l'état...*cf. Action en remise en l'état*
- dans l'action en restitution du trop perçu*cf. Action en restitution du trop perçu*
- définition..... 90, 93
- délimitation par rapport à l'objet d'une inspection..... 96
- délimitation par rapport aux renseignements écrits..... 106
- déposition par les parties avec leurs écritures 128 ss, 158
- expertise privée 101

- nécessaires à l'expert pour conduire l'expertise 103
- obligation de le produire ...115, 118, 157
- possibilité d'en administrer devant l'autorité de conciliation 140
- pour prouver les fonds propres.....cf. *Fonds propres*
- sous seing privé.....94
- valeur probante.. 93, 95 s., 100, 105, 112, 148, 156

U

- Usages et usages locaux.....41
- dans l'action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner.....cf. *Action en constatation du droit et de l'inexistence du droit de consigner*
- dans l'action en contestation du loyer initial.....cf. *Action en contestation du loyer initial*
- dans l'action en réduction du loyer cf. *Action en réduction du loyer*

- dans l'action en remise en l'état .. cf. *Action en remise en l'état*

V

Ventilation des comptes

- comme objet de la preuve pour déterminer le rendement brut .. 278
- comme objet de la preuve pour déterminer le rendement excessif 206
- critères admissibles..... 207
- définition 199
- lors de prestations supplémentaires du bailleur 264
- moyen(s) de preuve 227
- objet(s) de la preuve 206

Vérité..... 15

- formelle 17, 37
- matérielle..... 17, 37, 49, 55

Vraisemblance prépondérante cf.

Degré(s) de preuve

Vraisemblance simple cf. *Degré(s) de preuve*