

N° 34/2022

Droit du bail

Publication annuelle
du Séminaire sur le droit du bail
Université de Neuchâtel

IMPRESSUM

Droit du bail

Publication annuelle du Séminaire sur le droit du bail
Université de Neuchâtel
N° 34/2022

Edition et administration

Séminaire sur le droit du bail
Université de Neuchâtel
Avenue du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel
Téléphone +41 32 718 12 60
Téléfax +41 32 718 12 61
Courriel: seminaire.bail@unine.ch
Internet: www.bail.ch
CCP 20-5711-2
Secrétaire: Sylvia STÄHLI

Parution

Dernier trimestre de chaque année. 1^{re} année: 1989

Abonnement

Fr. 35. par an. Sauf avis contraire avant le
15 septembre de chaque année, l'abonnement est
renouvelé sans formalité.

Manière de citer

[AUTEUR], [Titre], DB 2022 N 2

Reproduction

La reproduction de textes n'est admise qu'avec
l'autorisation expresse de l'éditeur et avec l'indication
exacte de la source.

Comité de rédaction

Présidence: François BOHNET, professeur et avocat spécialiste FSA
en droit du bail, Neuchâtel
Blaise CARRON, professeur, Neuchâtel, avocat spécialiste
FSA en droit du bail, Berne
Membres: Philippe CONOD, ancien professeur associé, Neuchâtel,
avocat, Lausanne
Patricia DIETSCHY-MARTENET, professeure, Lausanne et
Neuchâtel, juge suppléante au Tribunal cantonal vaudois
et avocate-conseil, Lausanne
Marie-Laure PERCASSI, doctorante, Neuchâtel, avocate,
Lausanne
Pierre WESSNER, professeur honoraire, Neuchâtel

Ont également collaboré à ce numéro:

Aurélien GANDOY, doctorante, Neuchâtel, avocate, Fribourg
Tatiana GURBANOV, avocate spécialiste FSA en droit du bail, Genève
Lino HÄNNI, docteur en droit, juge au Tribunal régional du Littoral
et du Val-de-Travers, chargé de cours, Neuchâtel
Pascal JEANNIN, docteur en droit et avocat, Neuchâtel, greffier-
rédacteur, Valais
Sylvain MARCHAND, professeur, Genève et Neuchâtel
Marino MONTINI, avocat, Neuchâtel
Sandra PEREIRA, avocate, Lausanne
Placidus PLATTNER, avocat, Zurich (traductions en allemand)
Giuditta RAPELLI-AIOLFI, avocate et notaire, Lugano (traductions
en italien)
Xavier RUBLI, avocat spécialiste FSA en droit du bail, Lausanne
Carole WAHLEN, avocate spécialiste FSA en droit du bail, Lausanne
Yan WOJCIK, doctorant et avocat, Neuchâtel

ISSN

1661-5409

Éditorial	2
Abréviations	3
Chapeaux d'arrêts	4
1. Dispositions générales	4
2. Protection contre les loyers abusifs	5
3. Protection contre les congés	7
4. Autorités et procédure	9
5. Divers	12
Bibliographie	14
Jurisprudence	16
1. Dispositions générales	16
2. Protection contre les loyers abusifs	31
3. Protection contre les congés	43
4. Autorités et procédure	59
5. Divers	85
Actualité jurisprudentielle	92

En 2022, le COVID-19 a encore occupé la justice dans le domaine du droit du bail. Plusieurs tribunaux cantonaux se sont prononcés sur la question de savoir si l'obligation de fermeture des établissements et des commerces constituait un défaut de l'objet loué pour les locataires commerciaux. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas encore eu l'occasion de statuer sur cette question et sa décision est attendue avec impatience.

Sur le plan parlementaire, Christian Dandrès a déposé une initiative le 17 mars 2022 intitulée « Contrats de bail de durée déterminée. Un mécanisme pour lutter contre la fraude en période de pénurie », Mattea Meyer a déposé une motion le 16 mars 2022 intitulée « Organisation d'une table ronde en vue de faire appliquer le droit du bail » et Samira Marti a déposé une motion le 16 juin 2022 avec comme objet « Hausse des prix de l'énergie. Préserver le pouvoir d'achat des ménages suisses ».

Mentionnons également que trois projets de modification du Code des obligations ont été présentés. Le premier vise à autoriser la signature par moyen mécanique et à supprimer l'usage de la formule officielle pour l'augmentation de loyers échelonnés. Le deuxième a pour but d'assouplir les conditions permettant au bailleur de faire valoir son besoin propre de la chose louée suite à un changement de propriétaire. Enfin, le troisième vise à autoriser la sous-location uniquement si le bailleur a donné son consentement par écrit et prévoit un droit de résiliation extraordinaire si les conditions de la sous-location ne sont pas respectées.

Pour terminer, le 22^e séminaire sur le droit du bail a eu lieu les 30 septembre et 1^{er} octobre 2022 ainsi que les 14 et 15 octobre 2022. Il s'est tenu en présentiel et en ligne. Ces journées ont rencontré un beau succès et ont donné lieu à un ouvrage, édité par les Prof. Bohnet et Carron, réunissant six contributions écrites des exposés portant sur des thèmes d'actualité en droit du bail.

Pour le Comité de rédaction

François Bohnet

Blaise Carron

Marie-Laure Percassi

AG	= SA	LFOCL/VD	Loi sur l'utilisation d'une formule officielle au changement de locataire du 7 mars 1993 du canton de Vaud (RS/VD 221.315)
AG/BS al.	<i>Appellationsgericht</i> du canton de Bâle-Ville alinéa(s)	LOJV/VD	Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 du canton de Vaud (RS/VD 173.01)
alFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RO 2000 2355), désormais abrogée	LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
art.	article(s)	LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (recueil officiel)	m²	mètre(s) carré(s)
BJM	Basler juristische Mitteilungen	mp	Mietrechtspraxis
BK	Berner Kommentar	MRA	MietRecht Aktuell
BS	Bâle-Ville	N	numéro marginal (numéros marginaux)
BSK	Basler Kommentar	n°	numéro(s)
c.	considérant(s)	Newsletter	Newsletter du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, www.bail.ch
CADT	Commission d'architecture du Département du territoire du canton de Genève	bail.ch	notamment
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)	not.	Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221.213.11)
CdB	Cahiers du bail	OBLF	Office fédéral de la statistique
cf.	<i>confer</i>	OFS	<i>Obergericht</i> du canton de Zurich
ch.	chiffre(s)	OG/ZH	Ordonnance relative à la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 30 novembre 1981 (RS 843.1)
CHF	franc(s) suisse(s)	OLCAP	<i>opus citatum</i> (œuvre citée)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht	op. cit.	= CO
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)	OR	page(s)
comp.	comparer, comparaison	p.	par exemple
COVID-19	Coronavirus Disease	p. ex.	Petit commentaire CPC
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)	PC CPC	Pratique juridique actuelle
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)	PJA	Revue de droit suisse
CPra Bail	Commentaire pratique, Droit du bail à loyer et à ferme	RDS	référence(s) citée(s)
CPra Actions	Commentaire pratique, Actions civiles	réf. cit.	Revue de la Société des juristes bernois
CR	Commentaire romand	RJB	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)	RJN	Recueil officiel
DB	Droit du bail	RO	Recueil systématique du droit fédéral
DK	Dike Kommentar	RS	Recueil systématique du canton de Neuchâtel
éd.	édition	RS/NE	Recueil systématique du canton de Vaud
édit.	éditeur(s)	RS/VD	Recueil systématique du canton de Zurich
ég.	également	RS/ZH	Revue Suisse de Jurisprudence
etc.	<i>et caetera</i>	RSJ	Revue suisse de procédure civile et suivant(e)
FF	Feuille fédérale	RSPC	société anonyme
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess du 10 mai 2010 du canton de Zurich (RS/ZH 211.1)	s.	société à responsabilité limitée
JdT	Journal des Tribunaux	SA	Semaine judiciaire
KUKO	Kurzkomentar	Sàrl	Schulthess Kommentar
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (RS 831.10)	SJ	et suivant(e)s
LBFA	Loi fédérale sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985 (RS 221.213.2)	SK	SVIT Kommentar
LCAP	Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974 (RS 843)	ss	Tribunal cantonal du canton de Vaud
let.	lettre	SVITK	Tribunal fédéral
		TC/VD	volume
		TF	= CC
		vol.	Zurich
		ZGB	Zürcher Kommentar
		ZH	Zürcher Mietrechtspraxis
		ZK	= CPC
		ZMP	
		ZPO	

1. Dispositions générales

1

TF 4A_66/2021 (22.07.2021)

Blaise Carron

La détermination du montant du dommage en cas d'occupation illégitime à l'expiration d'un prêt à usage

Lorsqu'un logement présentant un certain nombre de singularités (taille, situation dans un immeuble de prestige) est occupé illégitimement à l'expiration d'un prêt à usage, il peut y avoir un état de nécessité quant à la preuve qui justifie l'application de l'art. 42 al. 2 CO tant pour établir l'existence du dommage que pour prouver le montant de celui-ci.

Art. 42 al. 2, 269a let. a, 305 ss CO

1. Le propriétaire C. d'un appartement d'une surface de 280m² au 2^e étage de l'immeuble genevois U. y a vécu en compagnie de A. avec laquelle il a entretenu une relation intime. En juillet 2012, C., ses trois fils et la mère de ceux-ci, D., ont signé un pacte successoral, léguant l'appartement au fils B. qui s'engageait à laisser la jouissance gratuite du bien à A. pour une période de deux ans à compter du décès de son père. En mars 2013, A. a signé une déclaration, contresignée par C., par laquelle elle confirmait qu'elle quitterait les lieux au plus tard deux ans après le décès de C. et les restituerait alors « sans conditions » à B. En novembre 2013, B. et A. ont signé une déclaration, selon laquelle il était confirmé que la seconde pourrait rester dans l'appartement pendant une durée de deux ans après le décès de C., le premier assumant les frais de copropriété, sauf les frais de chauffage et téléphone. Le 15 avril 2014, le propriétaire C. est décédé, et B. est devenu propriétaire.
2. En mars 2016, B. (ci-après : le nouveau propriétaire) a introduit une action en revendication à l'encontre de A. (ci-après : l'occupante) et conclu à l'expulsion de l'intéressée. L'occupante a été condamnée tant en première qu'en seconde instance à évacuer l'appartement, ce qu'elle a fait le 10 décembre 2018.
3. En octobre 2016, le nouveau propriétaire a introduit une poursuite contre l'occupante pour un montant de CHF 130 000.- à titre d'occupation illicite du 15 avril au 31 octobre 2016. Il en a fait de même en janvier 2017 pour un montant de CHF 40 000.- pour l'occupation illicite du 1^{er} novembre au 31 décembre 2016. L'occupante a fait opposition.
4. Le 30 avril 2019, après l'échec de la conciliation, le nouveau propriétaire a ouvert action contre l'occupante, réclamant un montant de CHF 15 000.- par mois du 15 avril 2016 au 31 décembre 2019 (sic), soit un total de CHF 487 741.94, plus intérêts à 5 % ainsi que la mainlevée définitive des oppositions susmentionnées. Le nouveau propriétaire invoquait que le dommage subi en raison de l'occupation illicite s'élevait à CHF 20 000.- mensuels, qu'il réduisait à CHF 15 000.- et que l'occupante devait à tout le moins les charges qu'il avait dû assumer du 16 avril 2016 au 31 décembre 2018. L'occupante a conclu au déboutement du nouveau propriétaire de toutes ses conclusions. Les tribunaux cantonaux de première et deuxième instance ont condamné l'occupante à payer un montant de CHF 238 750.- avec intérêts à 5 % dès le 13 août 2017 et ont partiellement prononcé la mainlevée de l'opposition formée aux deux commandements de payer.
5. Les parties s'accordent sur le fait qu'elles sont liées par un contrat de prêt à usage (art. 305 ss CO) du 16 avril 2014 au 16 avril 2016. L'occupante avait l'usage gratuit de l'appartement, moyennant prise en charge des frais de chauffage et de téléphone. Dès le 17 avril 2016, l'occupation est devenue illégitime (TF, 08.04.2019, 4A_524/2018, c. 5.3), ce qui a justifié la condamnation à l'évacuation de l'occupante.
6. Le litige porte uniquement sur le principe et le montant de l'obligation pécuniaire découlant de l'occupation illégitime de l'appartement du 17 avril 2016 au 10 décembre 2018. Pour le principe, la Cour cantonale a relevé la parenté entre bail gratuit et prêt à usage, elle a appliqué par analogie les règles prévalant en matière de bail prévoyant que le locataire qui ne restitue pas les locaux à la fin du bail (art. 267 al. 1 CO) doit au bailleur une indemnité pour occupation illicite, déterminée selon le loyer convenu, sans que le bailleur n'ait à prouver qu'il aurait pu relouer immédiatement les locaux pour un loyer identique. Pour le montant, la Cour cantonale a constaté que le nouveau propriétaire avait produit certaines pièces (estimation par une régie immobilière établie à la demande du propriétaire et soumise aux aléas du marché ; autre appartement plus spacieux offert à la location pour le même prix avec charges et parking), que le nouveau propriétaire ne pouvait pas se prévaloir d'un loyer antérieur car l'appartement n'avait jamais été loué et que l'immeuble était à ce point exceptionnel qu'on ne pouvait le comparer à un autre dans le quartier. La Cour cantonale, à l'instar du premier juge, a fait application de l'art. 42 al. 2 CO et a entériné l'appréciation de celui-ci selon lequel le dommage se montait à CHF 7500.-/mois.

7. Le Tribunal fédéral critique ensuite le raisonnement de la Cour cantonale qui a procédé par analogie avec les règles en matière de bail, lorsque le locataire ne restitue pas les locaux. En effet, contrairement à la jurisprudence existante (*TF, 22.11.1996, 4C.183/1996, c. 3c, cf. ATF 75 II 38, c. 4*), les parties n'ont, dans l'affaire en cause, jamais eu d'accord quant au montant du loyer, puisque l'usage de l'appartement s'est toujours fait à titre gratuit. On ne peut donc appliquer la solution retenue par la jurisprudence lorsqu'un locataire continue d'occuper les locaux après l'expiration du bail, mais il faut raisonner sur la base de l'art. 97 CO et de ses quatre conditions (violation du contrat, dommage, lien de causalité naturelle et adéquate entre les deux et faute qui est présumée). En l'espèce, l'occupante a violé ses obligations contractuelles découlant du contrat de prêt en demeurant dans l'appartement.
8. S'agissant du dommage, le Tribunal fédéral rappelle d'abord la notion, le principe de la preuve certaine de son existence et de son montant (art. 42 al. 1 CO) et l'exception de la preuve facilitée (art. 42 al. 2 CO) tant pour le montant que pour l'existence du dommage. Le Tribunal fédéral distingue ensuite les questions de fait et de droit. Sont des questions de droit la notion de dommage ainsi que la détermination du degré de la preuve (vraisemblance prépondérante) nécessaire pour admettre un dommage en vertu de l'art. 42 al. 2 CO. En revanche, savoir si, dans le cas particulier, ce degré est réalisé ou non relève de l'appréciation des preuves, question qui ne peut être revue que sous l'angle de l'arbitraire.
9. L'occupante affirme que le nouveau propriétaire aurait dû, d'une part, alléguer expressément l'état de nécessité quant à la preuve – ce que le Tribunal fédéral nie car il s'agit d'une affaire d'appréciation – et, d'autre part, invoquer spécifiquement l'art. 42 al. 2 CO, ce que le Tribunal fédéral nie également car le juge applique le droit d'office.
10. **S'agissant de l'existence du dommage**, l'occupante affirme que le dommage est inexistant en raison de la volonté du nouveau propriétaire, car l'appartement serait encore vide deux ans après avoir été vidé. Le Tribunal fédéral confirme que la Cour cantonale a fait correctement application de l'art. 42 al. 2 CO, ce qui n'est pas critiquable si l'on se réfère à l'expérience de la vie qui veut que des locaux de ce standing ne soient guère laissés inoccupés ; l'occupante ne peut critiquer le laps de temps nécessaire pour la relocation vu que le nouveau propriétaire était otage de la situation et que, par son départ tardif, elle n'a pas permis au nouveau propriétaire de planifier des travaux à brève échéance.
11. **S'agissant du montant du dommage**, l'occupante affirme que les conditions d'application de l'art. 42

al. 2 CO quant au montant du dommage ne sont pas remplies, car la preuve stricte n'était pas impossible ou très difficile à rapporter. Le Tribunal fédéral n'est pas de cet avis : il rappelle que le gain manqué correspond au loyer que le nouveau propriétaire aurait pu obtenir durant la période d'occupation illégitime de l'appartement. Il affirme d'abord qu'on ne pouvait pas exiger du nouveau propriétaire une preuve stricte fondée sur l'art. 269a let. a CO qui se réfère au critère des loyers usuels de la localité ou du quartier, soit en fournissant cinq objets de comparaison soit au moyen de statistiques officielles. En effet, outre le fait que l'application des art. 269 ss CO est douteuse au regard du fait qu'il s'agissait d'un appartement de luxe comprenant six pièces ou plus (art. 253b al. 2 CO), la dimension et sa situation dans un immeuble de prestige unique rendait impossible la fourniture d'éléments de comparaison ou l'utilisation de statistiques. Par conséquent, le nouveau propriétaire était dans un état de nécessité, bénéficiant de la preuve facilitée de l'art. 42 al. 2 CO. Il considère ensuite que les éléments produits par le nouveau propriétaire (estimation de loyer d'une agence immobilière et document concernant un autre appartement du même immeuble plus spacieux) sont suffisants dans les circonstances d'espèce ; il ajoute que l'audition de témoins disposés à louer le bien n'était pas possible vu l'occupation de l'appartement et que l'expertise de la valeur locative aurait certainement conduit à un montant supérieur à celui retenu par la cour cantonale. Il n'existe donc aucune violation de l'art. 42 al. 2 CO.

12. Enfin, le Tribunal fédéral ne constate aucune violation du rapport de causalité naturelle et adéquate, car l'omission de l'occupante de quitter les lieux et le fait d'y être resté deux ans et demi supplémentaires ont empêché le nouveau propriétaire de louer l'appartement à un tiers.

■ Note

13. L'arrêt commenté ne concerne pas un contrat de bail, mais de prêt à usage (art. 305 ss CO) ; il traite plus précisément du principe et du montant de l'obligation pécuniaire découlant de l'occupation illégitime de cet appartement survenue à l'expiration du prêt à usage. Après avoir rapporté le raisonnement de la Cour cantonale – qui a appliqué par analogie la solution consacrée pour un locataire qui ne restitue pas ses locaux à la fin du bail – le Tribunal fédéral souligne que « ce parallèle n'est pourtant pas si évident dans le cas d'espèce », que « [c]onstruire [...] un bail de fait n'est guère évident » et qu'« il ne peut raisonnablement être question de libérer le propriétaire de son obligation de prouver le dommage » (c. 5.2). Par conséquent, le Tribunal fédéral applique un raisonnement propre au contrat de prêt

- à usage qui ne connaît pas de règle spéciale pour la responsabilité de l'emprunteur qui ne rend pas à temps la chose prêtée. On applique donc l'art. 97 CO.
14. La solution du Tribunal fédéral consacrée à l'occupation illégitime se produisant à l'expiration d'un contrat de prêt fera l'objet de commentaires spécifiques (infra N 17 ss). Vu le cercle des lecteurs de cette revue, rappelons toutefois, dans un premier temps, la solution retenue en bail, finalement écartée par le Tribunal fédéral dans le cas présent. Ce raisonnement a déjà été explicité dans un commentaire de la newsletter bail (*cf. Carron, L'indemnité pour occupation illicite : rapport contractuel de fait comme fondement, principes de fixation et application de l'art. 42 al. 2 CO [arrêt 4A_276/2018], Newsletter bail.ch octobre 2019*).
 15. Si un locataire continue d'occuper les locaux loués à l'expiration du bail contre la volonté du bailleur, il le fait de manière illégitime, en vertu de l'art. 267 al. 1 CO. Il s'agit d'une violation fautive du contrat de bail (ATF 121 III 408, c. 4c ; 117 II 65, c. 2b ; *une partie de la doctrine évoque également l'art. 97 CO*). La solution consiste à admettre l'existence d'un rapport contractuel de fait, construction inspirée du droit allemand, pour la période postérieure à la fin du bail (ATF 119 II 437, c. 3.b/bb ; *ég. TF, 08.04.2019, 4A_524/2018, c. 4.1*). Rappelons que si l'utilisation de l'objet loué après le bail n'a pas lieu contre la volonté du bailleur, p. ex. parce que celui-ci est convaincu à tort que le bail n'est pas terminé, on applique les règles sur la restitution de l'enrichissement illégitime (ATF 119 II 437 ; *ég. TF, 22.07.2019, 4A_276/2018, c. 3.1 ; pour une liste des différences entre les deux régimes : Carron, op. cit., N 2*). Si l'on a affaire à un rapport contractuel de fait, le locataire doit au bailleur une indemnité pour occupation illicite, fondée sur le loyer convenu, sans que le bailleur ne doive établir qu'il aurait reloué immédiatement les locaux pour un loyer identique (TF, 22.07.2019, 4A_276/2018, c. 3.1 ; *sur les modalités de cette présomption d'équivalence : Carron, op. cit., N 3*). Les tribunaux justifient ce choix par le fait qu'il serait injuste que le bailleur forcé de laisser l'usage de la chose à l'occupant contre sa volonté, se retrouve moins bien placé que celui qui autorise cet usage pendant les rapports de bail (ATF 63 II 368, c. 3).
 16. En l'espèce, la non-application par le Tribunal fédéral de la solution retenue pour le contrat de bail est convaincante, dans la mesure où aucun accord n'avait jamais existé sur le montant d'un loyer, ce qui empêchait de retenir un montant mensuel pour l'indemnité pour occupation illicite. Le Tribunal fédéral fait référence à l'arrêt 4C.183/1996 qui présenterait un état de fait différent ; vu que cette décision n'est pas accessible au public, on peut regretter que l'arrêt commenté ne fournisse pas plus de détails sur cette autre affaire.
 17. Dans le cas présent, le Tribunal fédéral a retenu l'art. 97 CO comme fondement de l'indemnité pour occupation illicite à l'expiration du contrat de prêt : cette disposition requiert une violation du contrat, un dommage, un lien de causalité et une faute (présumée). Pour établir le dommage, le Tribunal fédéral a admis l'application de l'art. 42 al. 2 CO (c. 5.3, en particulier 5.3.4). A ce sujet, rappelons qu'en principe le lésé doit prouver, au degré de la certitude, tant l'existence que le montant du dommage (art. 42 al. 1 CO). Exceptionnellement, l'art. 42 al. 2 CO permet de diminuer le degré de la preuve à la vraisemblance prépondérante si le lésé se trouve dans un état de nécessité en matière de preuve (*Beweisnot*), c'est-à-dire s'il est objectivement impossible ou s'il ne peut être raisonnablement exigé du lésé qu'il apporte une preuve certaine (ATF 122 III 219, c. 3a, *JdT 1997 I 246 ; ég. ATF 144 III 155, c. 2.3, JdT 2018 II 287*). Dans ce cas, le tribunal peut déterminer le dommage en équité en tenant compte des circonstances du cas d'espèce et du cours ordinaire des choses.
 18. L'arrêt apporte quelques précisions au sujet de l'art. 42 al. 2 CO. D'abord, l'état de nécessité quant à la preuve, c'est-à-dire savoir si la preuve est excessivement difficile à rapporter, est affaire d'appréciation et ne constitue pas un fait qui doit être allégué (c. 5.3.2). De même, l'art. 42 al. 2 CO n'a pas besoin d'être spécifiquement allégué par la partie qui en bénéficie, car il s'agit de l'application du droit, effectuée d'office par le tribunal (c. 5.3.2). Ensuite, l'art. 42 al. 2 CO facilite non seulement la preuve de l'existence, mais aussi celle du montant du préjudice (c. 5.3.1).
 19. S'agissant de l'établissement du montant du préjudice, le Tribunal fédéral admet l'existence d'un état de nécessité quant à la preuve, justifiant l'application de la preuve facilitée de l'art. 42 al. 2 CO (c. 5.3.4). Après avoir rappelé que la preuve des loyers usuels fondée sur l'art. 269a let. a CO et l'art. 11 OBLF peut être apportée soit au moyen d'exemples concrets de comparaison soit en recourant aux statistiques officielles (ATF 147 III 14, c. 4.1.2.1 et 4.1.2.2) au degré de la preuve strict, le Tribunal fédéral souligne – à juste titre – que l'application des art. 269 ss CO faite par la Cour cantonale à l'appartement en jeu est douteuse car il s'agit d'un appartement de luxe (art. 253b al. 2 CO). A notre avis, un autre argument, non mentionné par le Tribunal fédéral, vient conforter ce point de vue. Les art. 269 ss CO et les règles strictes de preuve développées par la jurisprudence dans ce contexte (ATF 147 III 14, c. 4.1.2.1 et *réf. cit.*) se justifient par leur emploi dans le cadre précis de la lutte contre les loyers abusifs : il est pertinent qu'elles s'appliquent au bailleur voulant justifier que le loyer fixé n'est pas abusif, en se fondant sur les loyers usuels. En revanche, dans le cadre d'un contrat de prêt, il nous semblerait

critiquable d'imposer les mêmes exigences de preuve lorsqu'il s'agit d'évaluer le montant du préjudice dans le cadre d'une prétention fondée sur l'art. 97 CO. Le prêteur pourrait tout à fait requérir la mise en œuvre d'une expertise judiciaire visant à établir son dommage, ou faire administrer un autre moyen de preuve susceptible de convaincre le juge du montant du loyer qu'il aurait pu obtenir pendant la période d'occupation illicite à la fin du contrat de prêt. En se fondant sur ce point de vue, il n'est pas interdit, dans le cas présent, de douter de l'existence d'un état de nécessité quant à la preuve et, par conséquent, de la pertinence de recourir à l'art. 42 al. 2 CO...
