

Séminaire sur le droit du bail

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

19^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

19^e SEMINAIRE SUR LE DROIT DU BAIL

Edité par
François Bohnet et Blaise Carron

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3871-7

© 2016 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Séminaire sur le droit du bail, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

Le présent ouvrage est publié à l'occasion du 19^e Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel, organisé pour la première édition les 7 et 8 octobre 2016, pour la seconde les 21 et 22 octobre 2016.

L'ouvrage recueille six contributions touchant divers thèmes d'actualité en droit du bail.

Le Séminaire sur le droit du bail remercie les auteurs de leur contribution enrichissante à la pratique de la location immobilière, la maison d'édition Helbing Lichtenhahn, qui s'associe à la diffusion commerciale de l'ouvrage, ainsi que ses collaboratrices et collaborateurs ayant contribué à l'élaboration de l'ouvrage, en particulier Mme Sylvia Staehli, secrétaire.

François Bohnet et Blaise Carron
Codirecteurs du Séminaire sur le droit du bail
de l'Université de Neuchâtel

Neuchâtel, septembre 2016

Sommaire

FRANÇOIS BOHNET et PASCAL JEANNIN Le fardeau de la preuve en droit du bail	1
JEAN-MARC SIEGRIST Quelques loyers variables et variations de loyer	77
BLAISE CARRON Les spécificités du bail à ferme (art. 275 ss CO) - Une comparaison avec le bail à loyer (art. 253 ss CO)	121
PATRICIA DIETSCHY-MARTENET Les colocataires de baux d'habitations ou de locaux commerciaux	183
JEAN-LUC COLOMBINI Pratique récente en matière de résiliation de bail	221
DAVID LACHAT La résolution amiable des conflits locatifs (petit guide de la bonne transaction)	287

Abréviations

al.	alinéa(s)
AMSL	Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif du 30 juin 1972 (RO 1972 II 1531)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BaKomm	Basler Kommentar
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CACI	Cour d'appel civile
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (FF 2008 5291)
CdB	Cahiers du bail
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
Ch. App. GE	Chambre d'appel Genève
cit.	cité(e)(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations) (RS 220)
cons.	considérant(s)
Co-SVIT	Commentaire SVIT (Association suisse de l'économie immobilière)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPra Bail	Droit du bail à loyer, Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
CR-CO	Commentaire romand : Code des obligations
CREC	Chambre des recours civile

Abréviations

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DB	Droit du bail ; publication annuelle du séminaire sur le droit du bail, Université de Neuchâtel
éd.	Edition
édit.	Editeur
Eg./ég.	Egalement
et al.	Et alii (et autres)
FamPra	Die Praxis des Familienrechts
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
GE	Genève
ibid.	Ibidem
JB1	Juristische Blätter (Autriche)
JdT	Journal des Tribunaux
KUKO	Kurzkommentar
LBFA	Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole (RS 211.213.2)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre
LF	Loi fédérale
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	lettre(s)
LOJ GE	Loi genevoise sur l'organisation de la Justice
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (Loi sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110)
MP	Mietrechtspraxis
MRA	Mietrecht Aktuell
n.	note
N	numéro(s)

Abréviations

OBLF	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)
OCBD	Ordonnance du 31 janvier 1996 sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire (RS 221.213.151)
OFL	Office fédéral du logement
op. cit.	opus citatum (œuvre citée)
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
Praxis	Die Praxis
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois.
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/GE	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSV	Recueil systématique vaudois
RULV	Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud du 31 janvier 2008 (FF 2008 5297)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
SVIT	Schweizerischer Verband von Immobilienreuhänder
TA	Tribunal administratif
TBx	Tribunal des baux
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral

Abréviations

TG	Thurgovie
TI	Ticino
VD	Vaud
vol.	volume
VS	Valais
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Autriche)
wobl	Wohnrechtliche Blätter (Autriche)
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZH	Zurich
ZKomm	Commentaire zurichois (Zürcher Kommentar)
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZK	Zürcher Kommentar

Le fardeau de la preuve en droit du bail

par

François Bohnet
Professeur à l'Université, Neuchâtel, avocat

et

Pascal Jeannin
Doctorant à l'Université, Neuchâtel, avocat

I. Introduction.....	4
II. Droit de la preuve et fardeau de la preuve.....	4
A. Objet de la preuve	4
1. Faits pertinents et contestés.....	4
2. Usage, usage local, droit étranger	5
B. Conviction du tribunal (degré de preuve)	6
C. La situation de la pénurie de preuves (« non liquet »)	8
D. Les règles de répartition du fardeau de la preuve en droit suisse.....	9
1. Règle expresse de droit matériel	9
2. Règle générale et subsidiaire de l'art. 8 CC.....	10
a. Faits générateurs	12
b. Faits dirimants	13
c. Faits extinctifs.....	14
E. Exceptions et allègements	15
1. Renversement du fardeau de la preuve et les présomptions.....	15
2. Fictions.....	17
3. Réduction du degré de la preuve	18
4. Devoir de collaborer.....	19

III. Droit du bail et fardeau de la preuve	20
A. Fardeau de la preuve et fixation du loyer.....	20
1. La fixation du loyer en droit suisse	20
2. Contestation du loyer initial	21
a. Généralités	21
b. Faits générateurs	21
aa) <i>Conditions formelles</i>	21
bb) <i>Conditions matérielles</i>	23
cc) <i>Atténuation(s) du fardeau de la preuve</i>	26
c. Faits dirimants.....	28
d. Faits extinctifs.....	31
3. Contestation de l'augmentation du loyer	32
a. Généralités	32
b. Faits générateurs	33
aa) <i>Conditions formelles</i>	33
bb) <i>Conditions matérielles</i>	34
c. Faits dirimants.....	37
4. Diminution du loyer	38
a. Faits générateurs	39
aa) <i>Conditions formelles</i>	39
bb) <i>Conditions matérielles</i>	40
b. Faits dirimants	41
B. Fardeau de la preuve et défaut.....	42
1. Action en remise en état.....	43
a. Faits générateurs	43
b. Faits dirimants	46
c. Faits extinctifs.....	47
2. Action en réduction du loyer.....	50
a. Faits générateurs	50
b. Faits dirimants	51
c. Faits extinctifs.....	51

Le fardeau de la preuve en droit du bail

3. Action en dommage-intérêts	52
4. Action en validation de la consignation	52
a. Faits générateurs	53
b. Faits dirimants et extinctifs.....	55
C. Fardeau de la preuve et résiliation.....	56
1. Constatation de la nullité de la résiliation	56
a. Faits générateurs et dirimants	57
aa) <i>Conditions de recevabilité</i>	58
bb) <i>Conditions de droit de fond</i>	59
b. Faits extinctifs.....	60
2. Annulation du congé	60
a. Faits générateurs	61
b. Faits dirimants	64
c. Faits extinctifs.....	67
3. Prolongation du bail.....	67
a. Faits générateurs	68
b. Faits dirimants	70
c. Faits extinctifs.....	71
IV. Conclusions.....	72
Bibliographie.....	74

I. Introduction

1. La réglementation du droit de la preuve est centrale pour la consécration du droit matériel et la réalisation des droits subjectifs des parties. Qui doit apporter la preuve ? De quel élément ? Quelles sont les conséquences de l'absence de preuves ? La présente contribution se penche plus spécifiquement sur cette dernière question, celle du « fardeau de la preuve ».
2. Le fardeau de la preuve est régi par l'art. 8 CC. Cette disposition postule que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. A première vue, ce concept paraît évident et simple, mais lorsque l'on tente de l'appliquer, en particulier dans le domaine du droit du bail, l'on se rend vite compte des difficultés qu'il suscite.
3. Les développements qui suivent portent sur les bases dogmatiques du fardeau de la preuve et proposent une analyse de la répartition de ce fardeau dans les différentes actions de droit du bail.

II. Droit de la preuve et fardeau de la preuve

A. *Objet de la preuve*

1. Faits pertinents et contestés

4. Selon l'art. 150 al. 1 CPC, la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés. Est pertinent le fait « dont l'élucidation est de nature à exercer une influence sur la décision de fond ou de procédure »¹ ; autrement dit, un fait est pertinent si, en sa présence, le tribunal pouvait juger différemment qu'en son absence².

¹ Message CPC, FF 2006 6841, p. 6921.

² En substance, ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 150 CPC N 12 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 4 ; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts – Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e éd., Berne 1984, p. 122 ; SIEGRIST, p. 94.

5. Sont considérés comme contestés les faits allégués par une partie dont l'autre nie l'existence de façon explicite et claire ou implicitement, en alléguant des faits qui contredisent ceux allégués par la première partie. Si la partie ne conteste pas de façon explicite un fait, ce dernier est considéré comme contesté si on peut déduire du comportement de la partie dans la procédure qu'elle le conteste³. Si la partie adverse ne se manifeste pas, les faits en question sont considérés comme admis et lient le tribunal⁴. La simple manifestation par la partie adverse qu'elle n'admet pas un fait n'est cependant pas suffisante. Elle 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 (« *substantiiertes Bestreiten* »)⁵. Une prise de position claire sur la justesse d'une affirmation particulière et concrète est exigée⁶.

2. Usage, usage local, droit étranger

6. Selon l'art. 150 al. 2 CPC, la preuve peut également porter sur l'usage, les usages locaux et, dans les litiges patrimoniaux, le droit étranger.
7. Est considéré comme *usage*, respectivement *usage local*, une règle de conduite généralement reconnue et suivie dans certains domaines du commerce respectivement dans une région géographique donnée⁷. Les usages et les usages locaux sont de nature hybride, intermédiaire entre le fait et le droit⁸.
8. En principe, si une partie se base sur un usage ou un usage local, son existence doit être alléguée et prouvée (art. 150 al. 2 CPC). Un usage ou un usage local peut toutefois constituer un fait notoire qui ne nécessite ni

³ DOLGE, p. 20.

⁴ BOHNET/JEANNIN, p. 242.

⁵ ATF 117 II 113 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 6 ; BK ZGB I-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 13 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 150 CPC N 4. Pour un exemple frappant sous l'empire du CPC, voir TF du 29.07.2015, 4A_178/2015, cons. 5, SJ 2015 I 273.

⁶ ATF 141 III 433, RSPC 2016 33.

⁷ HASENBÖHLER, N 1.14. ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 20.

⁸ BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 20 ; Message CPC, FF 2006 6841, p. 6921.

allégation, ni preuve⁹. Lorsque la loi renvoie à l'usage ou l'usage local, ceux-ci perdent leur nature hybride et accèdent au statut de droit, ce qui signifie qu'ils n'ont pas besoin d'être prouvés¹⁰.

9. En tant qu'il porte sur la preuve du droit étranger, l'art. 150 al. 2 CPC doit être lu en parallèle avec l'art. 16 al. 1 LDIP selon lequel le contenu du droit étranger est établi d'office, mais que la collaboration des parties peut être requise à cet effet et que la preuve peut être mise à la charge des parties en matière patrimoniale. Même en matière patrimoniale, il ne s'agit pas d'une preuve au sens strict du terme. Il s'agit, en bref, d'indiquer au tribunal les sources du droit étranger, soit les textes légaux, la doctrine et la jurisprudence potentiellement applicables¹¹.

B. Conviction du tribunal (degré de preuve)

10. « Prouver » n'est autre que le processus par lequel se forge la conviction du tribunal quant à l'existence du fait allégué¹². Ce processus se fait, schématiquement, à l'aide de moyens de preuve que les parties soumettent au tribunal (lorsque la maxime des débats est applicable) ou que le tribunal découvre lui-même (en application de la maxime inquisitoire). La loi connaît trois « degrés de preuve », c'est-à-dire trois degrés d'intensité de la conviction du tribunal¹³.
11. En règle générale, la preuve est considérée comme apportée lorsque le tribunal est convaincu de l'exactitude d'un allégué¹⁴. Il ne saurait cependant s'agir d'une certitude absolue, et le fait que « ne conçoive plus de doute sérieux quant à l'existence du fait allégué, ou que les doutes subsistants apparaissent faibles » est suffisant à cet égard¹⁵. La *certitude* est

⁹ HASENBÖHLER, N 1.14. ; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, art. 150 CPC N 20.

¹⁰ HASENBÖHLER, N 1.14.

¹¹ Pour des développements, voir BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, art. 16 LDIP N 10 ; BSK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 112 ; ZK IPRG-GIRSBERGER/KELLER, art. 16 LDIP N 37 ss ; ATF 119 II 93, cons. 2a/bb, JdT 1994 I 45.

¹² En substance, HASENBÖHLER, N 0.2 et les réf. cit.

¹³ BOHNET, Procédure civile, N 1368 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 30 ; SUTTER-SOMM, N 897.

¹⁴ BOHNET, Procédure civile, N 1369.

¹⁵ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618 ; voir aussi : TF du 19.11.2013,

le degré de preuve ordinaire qui est requis à moins que la loi en prévoit un autre¹⁶.

12. Dans certaines hypothèses, la loi réduit en effet le degré de la preuve. Contrairement au renversement du fardeau de la preuve¹⁷, une réduction du degré de preuve peut également résulter de la jurisprudence¹⁸. Dans les cas où une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut raisonnablement être exigée, la loi ou la jurisprudence admettent la *vraisemblance prépondérante*¹⁹. La doctrine germanophone utilise à ce sujet le terme de « *Beweisnot* » (« état de nécessité en matière de preuve »)²⁰. Cela étant, les difficultés d'une partie à rapporter la preuve dans un cas d'espèce ne suffisent pas pour un allègement du degré de preuve exigé²¹.
13. Il y a vraisemblance prépondérante 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 n'entrent raisonnablement en considération »²².

Exemple. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le degré de preuve est celui de la vraisemblance prépondérante pour la preuve du lien de causalité naturelle dans les cas de responsabilité civile²³.

14. Certaines dispositions de la loi exigent qu'un fait soit rendu *vraisemblable*²⁴. Un fait est déjà établi comme vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si le tribunal

4A_310/2013, cons. 2 ; ATF 133 III 153, cons. 3.3 ; ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

¹⁶ BOHNET, Procédure civile, N 1371 ; SUTTER-SOMM, N 900.

¹⁷ Ci-après, N 36 s.

¹⁸ ATF 132 III 715, cons. 3.1.

¹⁹ BOHNET, Procédure civile, N 1372.

²⁰ SUTTER-SOMM, N 900 ; pour plus de développements, voir ci-dessous, N 45 ss.

²¹ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

²² ATF 133 III 81, cons. 4.2.2 ; ATF 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618 ; ATF 128 III 271, cons. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

²³ ATF 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618.

²⁴ P. ex. art. 261 CPC.

tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit²⁵. Ce degré est atteint si l'existence du fait considéré est plus vraisemblable que son inexistence²⁶.

15. Le degré de la preuve ne doit pas être confondu avec l'appréciation des preuves. Le tribunal apprécie librement les preuves (art. 157 CPC), c'est-à-dire qu'il détermine librement si un moyen de preuve emporte sa conviction quant à la survenance d'un fait donné. Seule la mesure nécessaire de sa conviction est déterminée par les règles concernant le degré de la preuve applicable²⁷.

C. La situation de la pénurie de preuves (« non liquet »)

16. Il se peut que la conviction du tribunal quant à la survenance ou la non-survenance d'un fait pertinent et contesté ne puisse être emportée par les moyens de preuve qui sont à sa disposition. Cette situation est désignée par le terme de « pénurie de preuve » ou, en latin, « non liquet » (littéralement : « pas liquide »). Elle ne doit pas être confondue avec l'« état de nécessité en matière de preuve » (« *Beweisnot* »), mentionné ci-dessus²⁸.
17. Il se pose la question de savoir ce qui se passe dans une telle situation. Alors qu'en droit romain, le juge qui ne pouvait pas se forger une conviction au sujet de l'état de fait pertinent pouvait refuser de statuer, cette possibilité n'est plus admise dans le droit actuel, puisqu'elle constituerait un déni de justice²⁹. 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 procès³⁰. Le procès doit forcément mener à une décision au fond, même si l'état de fait n'est pas clair. En outre, le tribunal ne saurait simplement considérer comme ne correspondant pas à la réalité un allégué dont il n'est pas convaincu³¹.

²⁵ ATF 130 III 321, cons. 3.3, JdT 2005 I 618 ; ATF 120 II 393, cons. 4c, JdT 1995 I 571 ; ATF 104 Ia 408, cons. 4 ; 88 I 11, cons. 5a, JdT 1962 I 590.

²⁶ SUTTER-SOMM, N 900.

²⁷ BOHNET, Procédure civile, N 1379 et 1380.

²⁸ N 14.

²⁹ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 28.

³⁰ ROSENBERG, p. 14 ; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 17^e éd., Munich 2010, p. 644 s.

³¹ ROSENBERG, p. 14.

18. C'est ici que l'on entre dans le domaine du fardeau de la preuve. 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 pertinent³². Il 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 emportée³³. Les règles au sujet du fardeau de la preuve doivent avoir comme but 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 cela paraît le moins injuste³⁴.

D. Les règles de répartition du fardeau de la preuve en droit suisse

19. Quelles sont les règles que connaît le droit suisse à ce sujet ?

1. Règle expresse de droit matériel

20. Il se peut que le droit matériel contienne une disposition qui règle expressément la question³⁵. 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 suisse³⁶. Ces hypothèses seront abordées ci-après aux nos 36 ss.

³² ROSENBERG, p. 2.

³³ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 20 ; ZGB-WALTER, art. 8 CC N 28 ; BSK ZGB-LARDELLI, art. 8 CC N 4 ; BOHNET, Procédure civile, N 1168 ; SUTTER-SOMM, N 900 ; ATF 129 III 18, cons. 2.6 ; 127 III 519, cons. 2a.

³⁴ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 124 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 39.

³⁵ SUTTER-SOMM, N 850 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 126 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 362.

³⁶ 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-WALTER, art. 8 CC N 363.

2. Règle générale et subsidiaire de l'art. 8 CC

21. Pour les cas qui ne tombent pas sous l'une des hypothèses précitées, la loi pose une règle générale³⁷ : l'art. 8 CC. Cette disposition prévoit que chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Selon le TF, en absence de règle spéciale, cette disposition répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve³⁸.
22. La règle n'est pas suffisamment précise pour en déduire une conclusion pour chaque cas d'espèce³⁹. Il faut concrétiser cette règle en gardant à l'œil le but que doit avoir une règle de répartition du fardeau de la preuve, à savoir faire supporter le risque d'un jugement matériellement 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 l'égard de laquelle cela paraît le moins injuste⁴⁰. Dans cette démarche, il faut 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 procès⁴¹.
23. Cette concrétisation se fait à l'aide de la « théorie des normes » (*Normentheorie*), développée par le professeur allemand LEO ROSENBERG (« jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen »)⁴², et déjà reprise en Suisse par MAX GMÜR en 1910⁴³. Le point de départ du raisonnement est le suivant : le demandeur qui invoque une

³⁷ BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 38.

³⁸ ATF 139 III 7, cons. 2 ; 129 III 18, cons. 2.6 ; 127 III 519, cons. 2a.

³⁹ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 127 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 38.

⁴⁰ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 134 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 39.

⁴¹ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 30 et les réf.

⁴² Dans son fameux ouvrage, *Die Beweislast*, 5^e éd., Munich 1965, p. 98 s. ; à l'origine, il s'agissait de sa thèse de doctorat, publiée en 1900 (*Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche*) ; ROSENBERG avait alors 21 ans.

⁴³ *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, Band 1, 1^{ère} éd., Berne 1910, art. 8 CC N 3, 10 ss.

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 souhaite⁴⁴, autrement dit : le fardeau de la preuve pour un fait déterminé incombe à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable⁴⁵. Il s'agit d'une règle « ancienne et évidente »⁴⁶. Elle remonte en effet au droit romain⁴⁷.

24. 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 elles⁴⁸. 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 extinction⁴⁹.
25. 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 extinctifs⁵⁰. La règle générale peut donc être

⁴⁴ BOHNET, Procédure civile, N 1287 ; CPC-SCHWEIZER, art. 150 CPC N 9 ; EDGAR SIEGRIST, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, thèse, Berne 1938, p. 85 ; TF du 27.11.2014, 4A_195/2014, 4A_197/2014, cons. 7.3.2 (non publié in : ATF 140 III 602) ; TF du 19.07.2012, 4A_229/2012, cons. 4.

⁴⁵ ROSENBERG, p. 98 s.

⁴⁶ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 146.

⁴⁷ Dig. 22.3.2 : « 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 ».

⁴⁸ ROSENBERG, p. 99 ss ; SUTTER-SOMM, N 851.

⁴⁹ ROSENBERG, p. 105 s. ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 134 ss ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 38 ; SUTTER-SOMM, N 851.

⁵⁰ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 31 ; BOHNET, Procédure civile, N 1170 ss ; cela étant, les notions de « rechtsbegründende Tatsachen », « rechtshindernde Tatsachen » et « rechtsaufhebende Tatsachen » sont antérieures à ROSENBERG ; elles ont déjà été utilisées bien auparavant, p. ex. par OSKAR BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozessrecht, Vorlesung 1868/1869*, édité par Johann Braun, Tübingen 2003, p. 182. ROSENBERG est surtout parvenu à échafauder une théorie complète sur ce thème,

précisée dans le sens de dire que la partie demanderesse porte le fardeau de la preuve des faits générateurs et la partie défenderesse celui des faits extinctifs et dirimants⁵¹. La théorie des normes est suivie par la plupart des auteurs suisses⁵² et par le Tribunal fédéral⁵³.

a. Faits générateurs

26. Les faits générateurs représentent l'ensemble des faits qui sont, en règle générale, nécessaires à la naissance du droit invoqué⁵⁴.

Exemple. Le demandeur qui réclame la restitution de l'objet loué en application de l'art. 267 al. 1 CO doit prouver l'existence d'un contrat de bail entre les parties au sens de l'art. 253 CO, la remise des objets loués au locataire et la résiliation du contrat de bail, laquelle fonde l'obligation de restitution⁵⁵.

27. Il revient au demandeur de les alléguer et de les prouver. Le demandeur peut se contenter d'alléguer les faits qui établissent le droit dans des circonstances normales⁵⁶. Cette limitation est nécessaire puisqu'autrement,

voir pour des développements ULRIKE GRÄFE, *Leo Rosenberg – Leben und Wirken* (1879-1963), Berlin 2011, 141 s. Le Tribunal fédéral se réfère déjà à ces notions en 1892, voir ATF 18 295 c. 2, 299, en renvoyant au célèbre *Handbuch* de WACH. ANDREAS VON TUHR a également importé ces notions en Suisse : après avoir rédigé son commentaire de la partie générale du BGB (*Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. 1, Leipzig 1910, p. 288 et vol. 2, p. 10), il s'est attaqué à la partie générale du Code des obligations : *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, traduit par DE TORRENTÉ MAURICE/EMILE THILO, vol. I, Lausanne 1929, p. 22 ; à ce sujet, voir FRANÇOIS BOHNET, *Les exception en procédure civile suisse*, in : François Bohnet (édit.), *Procédure civile suisse – les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 141 ss, N 13, notes 16 et 29.

⁵¹ ROSENBERG, p. 106.

⁵² BOHNET, *Procédure civile*, N 1168 ss ; CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 31 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 129 ss ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 169 ; *contra* : ZK ZGB-EGGER, art. 8 CC N 9 ; SUTTER-SOMM, N 852 ss. Pour une critique en Allemagne, voir DIETER LEIPOLD, *Beweismass und Beweislast im Zivilprozess*, p. 17 ss.

⁵³ Pour des exemples récents, voir ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.1 ; 130 III 321, cons. 3.1 ; 128 III 271, cons. 2a.

⁵⁴ BOHNET, *Procédure civile*, N 1170.

⁵⁵ TF du 27.04.2011, 4A_41/2011, cons. 2.2.

⁵⁶ BOHNET, *Procédure civile*, N 1174.

le demandeur devrait prouver une infinité de faits positifs et négatifs⁵⁷, p. ex., en matière contractuelle, la capacité de discernement, l'absence d'erreur, de dol, de crainte fondée, etc. 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 n'a pas besoin de prouver que les faits qui fondent son droit existent toujours au moment où il l'exerce⁵⁸.

b. Faits dirimants

28. Les faits dirimants sont les faits qui empêchent ou retardent la naissance du droit découlant des faits générateurs⁵⁹. 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 naissance⁶⁰.

Exemples. En cas de légitime défense au sens de l'art. 52 CO, le droit de l'agresseur à des dommages-intérêts pour les dommages causés par l'agressé ne prend pas naissance, même si toutes les conditions de l'art. 41 CO sont remplies.

Le droit du locataire à la remise en l'état de l'objet défectueux selon les art. 259a al. 1 et 259b CO ne prend pas naissance si le bailleur démontre que la remise en l'état est objectivement impossible⁶¹.

29. Il en découle que les faits dirimants doivent survenir en même temps que les faits générateurs⁶² et qu'elles empêchent la naissance du droit *ab initio*.
30. En application de la maxime des débats, il incombe à la partie défenderesse d'invoquer et de prouver la survenance des faits dirimants⁶³. La solution

⁵⁷ BOHNET, Procédure civile, N 1169 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 165.

⁵⁸ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 156.

⁵⁹ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 164.

⁶⁰ ROSENBERG, p. 124 ; BOHNET, Procédure civile, N 1174 ; dans ce sens aussi : SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, p. 20.

⁶¹ Cf. ci-dessous, N 98.

⁶² ROSENBERG, p. 122.

⁶³ BOHNET, Procédure civile, N. 1174.

contraire mènerait, comme mentionné ci-dessus⁶⁴, à ce que le demandeur devrait prouver une infinité de faits positifs et négatifs.

31. 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 dirimants⁶⁵.

c. Faits extinctifs

32. Les faits extinctifs sont les faits dont la survenance entraîne l'extinction d'un droit. 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 extinction⁶⁶.

Exemple. La compensation entraîne l'extinction d'une dette à certaines conditions (art. 120 CO). Les faits qui permettent au débiteur de compenser sont des faits extinctifs.

33. 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 clairement⁶⁷. 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). Cela étant, la plupart du temps, une obligation s'éteint par son *exécution* (art. 68 ss CO)⁶⁸.
34. A 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

⁶⁴ N 27.

⁶⁵ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 166 ; ROSENBERG, p. 123.

⁶⁶ ROSENBERG, p. 119.

⁶⁷ ROSENBERG, p. 119 s.

⁶⁸ BSK OR I-LEU, intro art. 68-74 CO N 2 et les réf. cit.

n'est pas éteint⁶⁹. Au demeurant, en droit français et italien, cette règle est statuée expressément dans la loi⁷⁰.

35. La *prescription* constitue un cas particulier de règle extinctive, puisqu'elle ne met pas fin à la créance en soi, mais uniquement à la possibilité de faire valoir la créance contre la volonté du débiteur⁷¹. 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 (art. 130 ou 131 CO) et de la fin (art. 127 et 128 CO) du délai de prescription.

E. Exceptions et allègements

1. Renversement du fardeau de la preuve et les présomptions

36. Il a déjà été question des règles de droit matériel qui distribuent expressément le fardeau de la preuve⁷². Certaines d'entre elles renversent le fardeau de la preuve par rapport à la règle générale de l'art. 8 CC, c'est-à-dire que le fardeau de la preuve incombe à celle des parties qui, selon l'art. 8 CC, ne le supporterait pas et que celle à qui le fardeau incomberait selon l'art. 8 CC en est libérée⁷³.

Exemple. 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. Selon la règle générale, il incomberait au créancier de prouver que le débiteur est fautif.

37. Procéder à un renversement du fardeau de la preuve est réservé au législateur. Le tribunal n'y est pas autorisé⁷⁴.

⁶⁹ BOHNET, Procédure civile, N 1175.

⁷⁰ Art. 1315 al. 2 CCFr. et 2697 al. 2 CCIIt.

⁷¹ BOHNET, Procédure civile, N 582.

⁷² Ci-dessus, N 20.

⁷³ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 368.

⁷⁴ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 51 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 466 ; ATF 132 III 715, cons. 3.2.2, JdT 2009 I 138 ; ATF 80 II 338, cons. 2a.

38. Les *présomptions* sont les conséquences que la loi ou le tribunal font découler de la présence d'un fait connu (*factum probans* ; fait-indice ; prémisses) sur l'existence d'un fait inconnu (*factum probandum*)⁷⁵. Elles permettent de déduire un fait d'un autre fait⁷⁶. Si la loi introduit une présomption, elle force le juge à considérer comme avéré un fait directement pertinent si un autre fait, qui n'est pas directement pertinent, est avéré⁷⁷. Si la partie à qui incombe le fardeau de prouver le *factum probans* réussit à prouver ce dernier, le tribunal doit constater d'office la présence du *factum probandum*, à moins que la partie adverse ne prouve l'absence du *factum probandum*⁷⁸.
39. La présomption constitue la conséquence statué par la loi d'une vraisemblance qui résulte de l'expérience générale de la vie⁷⁹.
40. Dans certaines hypothèses, la loi attache à la présence d'un *factum probans* non pas seulement la présomption que le *factum probandum* s'est réalisé, mais également l'existence d'un droit ou d'un rapport juridique⁸⁰.

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 paternité⁸¹.

41. La doctrine majoritaire distingue entre le renversement du fardeau de la preuve et la présomption. Elle considère que le mode de fonctionnement des règles de répartition du fardeau de la preuve se distingue de celui des présomptions. Alors que la règle de répartition du fardeau de la preuve

⁷⁵ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 318 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 387 ; ROSENBERG, p. 203 ; voir également art. 2727 CC-It.

⁷⁶ BOHNET, Défenses, p. 311.

⁷⁷ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 318 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 387.

⁷⁸ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 319.

⁷⁹ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 387.

⁸⁰ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 41 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 324 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 404 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 68.

⁸¹ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 405.

indique la conséquence de la survenance d'un *non liquet*, la présomption empêche la survenance d'un *non liquet* au sujet du *factum probandum* (fait à prouver)⁸². Elle n'empêche cependant pas la survenance d'un *non liquet* au sujet du *factum probans* (fait-indice); les règles concernant la répartition du fardeau de la preuve s'appliquent à son sujet⁸³.

42. Toutefois, selon BOHNET et SCHWEIZER, toute inversion du fardeau de la preuve implique une présomption. Selon ces auteurs, si la preuve d'un fait générateur est apportée, l'absence de fait dirimant ou extinctif est présumée⁸⁴. 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 preuve⁸⁵.
43. La question est en réalité plutôt terminologique et n'a pas de portée pratique. En effet, la distinction entre renversement du fardeau de la preuve et présomption ne porte à aucune conséquence pour les plaideurs. Lorsqu'un fait est présumé, la partie adverse doit apporter la preuve que le fait présumé (*factum probandum*) n'existe pas, ce qui revient à dire que le fardeau de la preuve pour l'inexistence du fait présumé lui incombe.

2. Fictions

44. 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 fiction⁸⁶. La partie adverse peut donc uniquement empêcher la constatation du *factum probandum* en apportant la preuve que le *factum probans* n'existe pas⁸⁷, mais ne saurait se libérer en prouvant la non-survenance du *factum probandum*.

Exemple. Selon l'art. 970 al. 4 CC, nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier.

⁸² ROSENBERG, p. 203 ss.

⁸³ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 352 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 391.

⁸⁴ SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, p. 16 s. ; BOHNET, Défenses, p. 312.

⁸⁵ SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, p. 18.

⁸⁶ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 42 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 344 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 438 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 70.

⁸⁷ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 438.

Autrement dit : du fait qu'une certaine information est inscrite au registre foncier (*factum probans*), la loi déduit qu'elle est connue par tout sujet de droit (*factum probandum*).

3. Réduction du degré de la preuve

45. Comme mentionné ci-dessus⁸⁸, la preuve est en principe considérée comme apportée lorsque le tribunal est convaincu de l'exactitude d'un allégué. Il s'agit du degré de preuve ordinaire, applicable à moins que la loi n'en prévoie un autre. Cette règle est également déduite de l'art. 8 CC⁸⁹.
46. Il y a toutefois des situations dans lesquelles la partie à qui incombe le fardeau de la preuve ne pourra que très difficilement apporter la certitude d'un fait pertinent. Par moment une preuve stricte n'est pas possible par la nature même de l'affaire, ou n'est pas raisonnablement exigible, en particulier lorsque les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices⁹⁰. L'on parle à ce sujet d'« état de nécessité en matière de preuve » (« Beweisnot »). Maintenir le degré de preuve ordinaire sans exception reviendrait à faire échouer la mise en œuvre du droit dans certaines situations dans lesquelles des difficultés probatoires se présentent de façon typique⁹¹. Il est admissible de réduire le degré de la preuve et de n'exiger que la vraisemblance prépondérante⁹², pour éviter de faire échouer la mise en œuvre du droit dans ces cas⁹³.
47. La réduction du degré de la preuve ne constitue pas un renversement du fardeau de la preuve. Le fardeau incombe toujours à la même partie, mais les exigences quant à l'établissement d'un fait sont assouplies. En présence d'une réduction du degré de la preuve, un *non liquet* peut toujours se

⁸⁸ N 11.

⁸⁹ BOHNET, Procédure civile, N 1371 ; ATF 130 III 321, cons. 3.1-3.2, JdT 2005 I 618.

⁹⁰ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

⁹¹ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618 ; ATF 128 III 271, cons. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

⁹² Pour la notion de « vraisemblance prépondérante », cf. ci-dessus, N 13.

⁹³ ATF 130 III 321, cons. 3.2, JdT 2005 I 618.

produire, si l'existence d'un fait n'est pas rendue vraisemblable de façon prépondérante⁹⁴.

4. Devoir de collaborer

48. Le TF 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 détenir⁹⁵. 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 preuve⁹⁶. Le TF estime que ce devoir ressortit exclusivement de l'art. 2 CC et « ne touche pas au fardeau de la preuve et n'implique nullement un renversement de celui-ci »⁹⁷.
49. Ce devoir de collaborer s'applique en particulier pour la preuve de faits négatifs. Pendant longtemps, l'on estimait que la preuve de faits négatifs (donc de l'absence d'un certain fait) n'était pas possible et que partant, la partie qui invoquait un fait négatif ne supportait pas le fardeau pour la preuve de ce dernier⁹⁸. Toutefois, aujourd'hui, l'on considère que lorsqu'un fait déterminant est un fait négatif, le fardeau de la preuve n'est pas renversé⁹⁹, mais en application des règles de la bonne foi, le défendeur est obligé à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire, faute de quoi, au stade de l'appréciation des preuves, le tribunal pourra considérer l'absence de preuve du contraire comme un indice de l'exactitude de l'allégation avancée par le demandeur¹⁰⁰.

⁹⁴ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 466.

⁹⁵ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 106 II 29, cons. 2, JdT 1980 I 354 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.2 ; TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; DAÏNA, p. 100.

⁹⁶ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa ; 98 II 231, cons. 5, JdT 1974 I 80.

⁹⁷ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa.

⁹⁸ ROSENBERG, p. 330 s.

⁹⁹ CR CC I-PIOTET, art. 8 CC N 53.

¹⁰⁰ ATF 119 II 305, cons. 1 b/aa, JdT 1995 II 125 ; 106 II 29, cons. 2, JdT 1980 I 354 ; à distinguer des faits négatifs déterminés, voir 4C.344/2006 c. 2.1.2, RSPC 2007 273.

III. Droit du bail et fardeau de la preuve

A. Fardeau de la preuve et fixation du loyer

1. La fixation du loyer en droit suisse

50. Le principe de la liberté contractuelle est applicable en droit du bail¹⁰¹. Le bailleur et le locataire fixent librement le montant du loyer. Toutefois, ce mécanisme ne fonctionne que lorsque les parties au contrat se trouvent dans un rapport de force égal. La pénurie chronique de logements et de locaux commerciaux renforce la position du bailleur et crée un déséquilibre¹⁰². Cette constatation n'est pas nouvelle, elle a en effet amené le législateur à intervenir déjà peu après l'entrée en vigueur du CO en 1912¹⁰³.
51. Sur la base du mandat constitutionnel adopté en 1972¹⁰⁴, le législateur a créé un système qui a pour but de combattre les abus dans le domaine du droit du bail, notamment les loyers abusifs. Le système vise à protéger le locataire, qui est considéré comme partie faible du contrat de bail¹⁰⁵, et lui met notamment à disposition des moyens pour attaquer un loyer qu'il considère comme abusif. Le locataire peut contester, à certaines conditions, le loyer initial de son bail (art. 270 CO) ; il peut également contester une augmentation du loyer (art. 270b CO) et demander une baisse de loyer lorsque, par suite de modification de certains facteurs, le loyer est devenu abusif (art. 270a CO). Ces possibilités sont ouvertes à tous les locataires de locaux commerciaux et de locaux d'habitation, sauf s'il s'agit d'appartements ou de maisons de luxe, comprenant six pièces ou plus (art. 253b al. 2 CO). Les dispositions s'appliquent également aux baux à ferme non agricoles et aux autres contrats qui visent principalement la

¹⁰¹ ZK OR-HIGI, intro art. 253-274g CO N 6 et intro art. 269-270e CO N 75 ; LACHAT, p. 371.

¹⁰² LACHAT, p. 371.

¹⁰³ ZK OR-HIGI, intro art. 253-274g CO N 25 : c'est uniquement entre 1912 et 1914 ainsi qu'entre 1926 à 1935 que la liberté contractuelle n'était pas limitée par des dispositions de droit public.

¹⁰⁴ Art. 34^{septies} aCst. féd. ; art. 109 Cst. féd.

¹⁰⁵ CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e CO N 2.

cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux (art. 253b al. 1 CO).

52. Lorsque le bailleur veut augmenter le loyer, il doit faire parvenir au locataire un avis de majoration du loyer, avec indication des motifs, sur la formule officielle, sous peine de nullité (art. 269d CO). En cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau bail (art. 270 al. 2 CO). A ce jour, cette mesure a été prise par les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel et Vaud ainsi que par Zoug, Nidwald et Zurich¹⁰⁶.

2. Contestation du loyer initial

a. Généralités

53. L'art. 270 CO permet au locataire d'attaquer le loyer initial s'il l'estime abusif au sens des art. 269 et 269a CO, dans les 30 jours dès la réception de la chose louée. Nous trouvons donc ici le locataire dans le rôle du demandeur et le bailleur dans celui du défendeur¹⁰⁷.
54. Le loyer est « initial » lorsque le bail a été conclu pour la première fois, autrement dit 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 objet¹⁰⁸.

b. Faits générateurs

aa) Conditions formelles

55. Pour que le locataire puisse attaquer le loyer initial, il faut, en plus du caractère abusif du loyer, qu'une des deux conditions suivantes soit réalisée :
- Le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché

¹⁰⁶ ZAHRADNIK, note 72.

¹⁰⁷ CPra Actions-BOHNET, § 73 N 17 ss.

¹⁰⁸ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 4 ss ; SCHWAAB, N 53.

local de logements ou locaux commerciaux (art. 270 al. 1 lit. a CO). La contrainte en raison de la situation familiale est une question d'appréciation et doit être interprétée largement, consistant à examiner dans quelle mesure on peut exiger du locataire qu'il renonce à signer le contrat parce qu'il estime le loyer trop élevé¹⁰⁹. Le critère de la contrainte suite à la situation sur le marché locatif vise l'hypothèse de la pénurie du logement, soit un taux de locaux vacants inférieur à 1.5%¹¹⁰. 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 que si l'usage de la formule officielle est obligatoire, il y a forcément pénurie de logements. Dans ce cas, la contrainte ne nécessite pas de preuve¹¹¹.

- Le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial par rapport au loyer dû par le locataire précédent (art. 270 al. 1 lit. b CO). L'augmentation est considérée comme sensible lorsqu'elle excède 10%¹¹².

56. Ces deux éléments constituent des faits générateurs (alternatifs). En effet, 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 locataire¹¹³. Cela étant, lorsque la pénurie est constatée par le gouvernement cantonal, sur la base d'une étude statistique sérieuse, le locataire n'a pas besoin de la prouver¹¹⁴. Dans cette hypothèse, la pénurie est un fait notoire. De plus, une fois que la pénurie est établie, le locataire n'a pas besoin de prouver une contrainte concrète¹¹⁵.

¹⁰⁹ CPra Actions-BOHNET, § 73 N 4 ; SCHWAAB, N 87 ; SVIT-K, art. 270 CO N 10.

¹¹⁰ CPra Actions-BOHNET, § 73 N 4 ; SCHWAAB, N 89 ss.

¹¹¹ Ci-dessous, N 56.

¹¹² ATF 136 III 82, cons. 3.4. ; cette position est critiquée par une partie de la doctrine, qui estime que le loyer précédent doit préalablement être adaptée aux bases de calcul : CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 46 ; 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).

¹¹³ ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 79.

¹¹⁴ ATF 136 III 82, cons. 2 ; CPra Actions-BOHNET, § 73 N 6.

¹¹⁵ TF du 18.05.16, 4A_691/2015, cons. 3.1.4 (destiné à la publication) ; BSK OR I-WEBER, art. 270 CO N 4 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 OR N 36 ; CR CO-LACHAT, art. 270 CO N 5 ; FETTER, N 381 ; LACHAT, p. 390 ; ZAHRADNIK, p. 277.

57. 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 péremption¹¹⁶. 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 générateur¹¹⁷. 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 suisse. Dans les faits, la preuve du respect du délai revient à prouver *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*¹¹⁸. Ces éléments constituent des faits générateurs, pour lesquels le fardeau de la preuve incombe au locataire. Le non-respect de ce délai doit être constaté d'office par le juge¹¹⁹, ce qui, toutefois, n'a aucune influence sur le fardeau de la preuve.

bb) Conditions matérielles

58. Les dispositions concernant la protection contre les loyers abusifs sont uniquement applicables *aux baux de locaux d'habitation* ou *de locaux commerciaux*¹²⁰. Sont considérés comme logements les locaux loués pour y habiter, soit accomplir les actes essentiels de la vie privée¹²¹ ; le local commercial constitue un local destiné à l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une activité lucrative¹²². Le fait que l'objet loué le soit à titre de local d'habitation ou commercial constitue à notre avis 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

¹¹⁶ ATF 131 III 566, cons. 3.2 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 51.

¹¹⁷ BK ZGB-WALTER, art. 8 CC N 624 ; BSK ZGB I-LARDELLI, art. 8 CC N 53.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ ATF 131 III 566, cons. 3.2 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 51.

¹²⁰ CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e N 4 ; BSK OR I-WEBER, art. 269 CO N 3.

¹²¹ LACHAT, p. 116.

¹²² LACHAT, p. 123.

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 critères¹²³.

59. En ce qui concerne *le caractère abusif du loyer*, celui-ci constitue également un *fait générateur*¹²⁴. Il revient en principe au locataire de prouver le caractère abusif de ce loyer¹²⁵ et il subit les conséquences de l'absence de preuve sur ce point. Il est à noter à ce stade que l'examen du caractère abusif du loyer initial se fait en principe selon la *méthode absolue*¹²⁶, soit selon les méthodes du rendement net de la chose louée (art. 269 CO), du rendement brut (art. 269a lit. c CO) ou des loyers usuels de la localité et du quartier (art. 269a lit. a CO)¹²⁷.
60. A l'instar de FETTER¹²⁸, nous sommes de l'avis que le caractère abusif du loyer 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 loyer¹²⁹; 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 générateurs. Le locataire invoquera le caractère excessif du rendement net ou le dépassement des loyers usuels de la localité ou du quartier. Le bailleur peut se défendre en contestant les arguments du locataire ou en invoquant une autre méthode de calcul, en observant la hiérarchie des critères¹³⁰; si l'utilisation de la formule est

¹²³ Cf. ci-dessus, N 26 ss.

¹²⁴ *Contra* : ATF 139 III 13, cons. 3.2.3.2, qui considère qu'il s'agit de faits dirimants ; voir ci-dessous, N 68.

¹²⁵ Message du 27 mars 1985 concernant la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme, FF 1985 I 1473 ; ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; LCHAT, p. 394 ; DAÏNA, p. 99 ; ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 79 ; BSK OR I-WEBER, art. 270 CO N 8.

¹²⁶ CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e CO N 14 ; FETTER, N 476 ; ZK OR-HIGI, art. 270 N 59 ; ATF 121 III 364, cons. 2b.

¹²⁷ FETTER, N 479.

¹²⁸ FETTER, N 484.

¹²⁹ Comme semble le faire LCHAT, p. 535 ss.

¹³⁰ Cf. ci-dessous N 72.

obligatoire¹³¹, le bailleur ne saurait se baser sur une méthode autre que celle indiquée dans la formule¹³².

61. Le *rendement net* constitue le rapport des fonds propres investis dans la chose remise à bail et le loyer, déduction faite des charges d'exploitation et des intérêts débiteurs sur les capitaux empruntés, garantis ou non par hypothèque ; il est abusif s'il est supérieur au taux d'intérêt hypothécaire de référence augmenté de 0,5 pour cent¹³³. Démontrer que le rendement net est abusif suppose donc la preuve des éléments suivants¹³⁴ :
- Le prix d'achat de l'objet loué, respectivement les frais de sa construction.
 - Le montant des fonds propres investis par le bailleur.
 - Le montant des fonds étrangers empruntés 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.
 - Le loyer.
62. La preuve de ces éléments incombe au locataire ; toutefois, ce dernier ne sera que rarement en mesure de tous les apporter, puisqu'il s'agit essentiellement d'informations détenues par le bailleur uniquement. Pour cette raison, la jurisprudence a atténué le fardeau de la preuve de ces éléments, il en sera question ci-dessous¹³⁵.
63. Le calcul suppose de plus la connaissance du taux hypothécaire de référence ainsi que de l'index suisse des prix à la consommation ; il s'agit là de faits notoires que le tribunal doit prendre en compte d'office¹³⁶.

¹³¹ Cf. ci-dessus, N 52.

¹³² ATF 139 III 13, cons. 3.1.2 ; LACHAT, p. 535 ; DAÏNA, p. 100.

¹³³ ATF 141 III 245, cons. 3.7 ; TF du 01.03.2016, 4A_465/2015, cons. 4.5 ; TF du 17.07.2016, 4A_198/2014, cons. 4.4 ; TF du 18.02.2010, 4A_470/2009, cons. 6.

¹³⁴ Pour une démonstration plus détaillée, voir CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 6 ss.

¹³⁵ N 66 ss.

¹³⁶ LACHAT, p. 418.

64. Pour ce qui est du *loyer usuel de la localité et du quartier* (art. 269a al. 1 lit. a CO), le locataire devra démontrer que le loyer attaqué le dépasse. Le loyer usuel est calculé sur la base des loyers des logements et des 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). Peuvent uniquement entrer en ligne de compte les objets qui sont comparables *sur tous les points*. Une pesée des avantages et des inconvénients est uniquement possible dans ce cadre¹³⁷. La partie qui se prévaut du loyer usuel devra donc prouver le loyer usuel en fournissant au minimum cinq¹³⁸ exemples d'immeubles ainsi que des détails nécessaires pour chacun d'eux s'agissant de l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction¹³⁹.
65. Si le locataire se prévaut de ce que le loyer initial dépasse le loyer usuel, il lui incombera donc de prouver le loyer usuel¹⁴⁰. Ici également, il se heurtera régulièrement à des problèmes pratiques, dès lors qu'il ne dispose souvent pas des données nécessaires. Il pourra également profiter des atténuations instituées par la jurisprudence dont il sera question ci-après¹⁴¹.

cc) Atténuation(s) du fardeau de la preuve

66. Le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer est quelque peu atténué par plusieurs éléments. Comme nous l'avons vu¹⁴², la jurisprudence a déduit du principe de la bonne foi un devoir du bailleur de collaborer à l'administration de la preuve, en particulier lorsqu'il est seul à détenir les pièces utiles¹⁴³. Ainsi, lorsque le locataire invoque un rendement excessif de la chose louée, le bailleur doit fournir les documents compatibles

¹³⁷ TF du 16.12.2015, 4A_179/2015, cons. 2.2.3.

¹³⁸ ATF 136 III 74, cons. 3.1, p. 80 ; 123 III 317, cons. 4a, p. 319 et cons. 4d, p. 325 ; TF du 16.12.2015, 4A_179/2015, cons. 2.2.1.

¹³⁹ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 26.

¹⁴⁰ TF du 28.01.2008, 4A_421/2007, cons. 4.

¹⁴¹ N 67.

¹⁴² Ci-dessus, N 48 ss.

¹⁴³ TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.2 ; TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; CPra Bail-DIETSCHY, art. 270 CO N 63 ; DAÏNA, p. 100.

nécessaires au calcul de rendement¹⁴⁴. Dès lors que le bailleur détient seul les documents permettant un calcul de rendement, on peut attendre de lui qu'il les produise¹⁴⁵. Si le bailleur refuse de produire les pièces nécessaires, le tribunal peut en déduire que le loyer est en réalité abusif¹⁴⁶. Formellement, ce correctif ne renverse pas le fardeau de la preuve¹⁴⁷, puisque c'est toujours le locataire qui perd le procès si la preuve échoue. Il intervient à un stade antérieur, à savoir au niveau de l'appréciation des preuves¹⁴⁸. Dans deux arrêts récents, le TF a précisé la conséquence de cette différence : si aucun document n'est remis au tribunal, ou si les pièces fournies sont insuffisantes pour établir le rendement net, le tribunal doit statuer en procédant à une appréciation globale des preuves à disposition ; à l'occasion de celle-ci, il doit en particulier tenir compte de l'attitude du bailleur dans la procédure et des éventuelles statistiques remises par les parties¹⁴⁹. Notons à ce sujet qu'en pratique, la plupart du temps uniquement le bailleur dispose des éléments nécessaires au calcul du loyer ; l'importance de cette jurisprudence ne doit donc pas être sous-estimée.

67. Le TF a jugé que ce devoir de collaborer est également applicable lorsque le litige porte sur le critère des loyers usuels, à partir du moment où le loyer *augmente de plus de 10%* par rapport au loyer précédent¹⁵⁰. Concrètement, la question se pose en premier lieu en présence d'un appartement « ancien » - soit un appartement qui a trente ans ou plus - pour lequel le calcul du rendement net ne l'emporte pas¹⁵¹.

¹⁴⁴ ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.2 ; TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25.

¹⁴⁵ TF du 27.05.2005, 4C.61/2005, publié in SJ 2006 I p. 34, cons. 4.3.2.

¹⁴⁶ TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; ATF 122 III 257, cons. 4b ; LACHAT, p. 428 ; FETTER, N 517 ; ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 86.

¹⁴⁷ Cf. ci-dessus, N 36 ss.

¹⁴⁸ TF du 19.02.2009, 4A_576/2008, cons. 2.4, DB 2009 N 25 ; ATF 122 III 257, cons. 4b ; LACHAT, p. 428 ; FETTER, N 517 ; ZK OR-HIGI, art. 270 CO N 86.

¹⁴⁹ TF du 01.03.2016, 4A_465/2015, cons. 4.5 ; TF du 15.02.2016, 4A_461/2015, cons. 3.3 ; à ce sujet, voir aussi : PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, Fixation du loyer initial admissible lorsque le bailleur ne fournit pas les pièces nécessaires au calcul de rendement net (arrêt 4A_461/2015), Newsletter Bail.ch avril 2016.

¹⁵⁰ ATF 139 III 13, cons. 3.2.

¹⁵¹ LACHAT, p. 537 ; FETTER, N 486.

68. Le TF a considéré que le caractère abusif du loyer constituait un *fait dirimant*. Il s'agit, selon le TF, d'une forme d'abus de droit. Le fardeau de la preuve d'un abus de droit incombe à la partie adverse du titulaire du droit dont l'abus est allégué, soit, dans le cadre de la contestation du loyer, au locataire¹⁵². Le raisonnement nous semble sur ce point dogmatiquement erroné puisque, dans la procédure en contestation du loyer initial, les faits générateurs ne doivent pas être prouvés par le bailleur. En effet, il convient de comprendre la requête en contestation du loyer initial comme une demande de baisse de loyer (et non comme une contestation de hausse de loyer¹⁵³). Dans ce cas, le caractère abusif du loyer ne constitue pas un fait dirimant, mais un fait générateur¹⁵⁴. Cette constatation ne change toutefois rien à la question du fardeau de la preuve : si le caractère abusif du loyer constitue un fait générateur, le fardeau de la preuve incombe également au locataire.
69. Il convient de préciser que, lorsque l'utilisation de la formule officielle selon l'art. 270 al. 2 CO est obligatoire, le bailleur doit informer le locataire d'une éventuelle augmentation du loyer par rapport au loyer précédent et indiquer ses motifs. Le bailleur est lié par les motifs indiqués¹⁵⁵. En cas de contestation du loyer initial, le bailleur ne peut pas se prévaloir d'autres arguments. Toutefois, la formule officielle n'a pas d'influence sur le fardeau de la preuve. Elle impose seulement au bailleur l'obligation de motiver une éventuelle augmentation du loyer initial par rapport au loyer précédent, non pas de prouver que l'augmentation ne rend pas le loyer abusif¹⁵⁶. Cette obligation ne relativise donc pas le fardeau de la preuve.

c. Faits dirimants

70. Quels éléments le bailleur pourra-t-il faire valoir lorsque le locataire conteste le loyer initial ? Il pourra invoquer que le bail dont le loyer est

¹⁵² ATF 139 III 13, cons. 3.1.3.2.

¹⁵³ Sur ce thème, voir ci-dessous, N 76 ss.

¹⁵⁴ Dans ce sens aussi : LAURENT BIERI, Tribunal fédéral, I^{er} Cour de droit civil, 6 décembre 2012, 4A_491/2012 = ATF 139 III 13, H. X. et F. X. c. Z. SA., PJA 2014 1398, p. 1400.

¹⁵⁵ ATF 139 III 13, cons. 3.1.2 ; LACHAT, p. 535 ; DAÏNA, p. 100.

¹⁵⁶ DAÏNA, p. 100.

litigieux n'entre pas dans le champ d'application des dispositions concernant la protection contre les loyers abusifs, donc que l'objet loué constitue un *objet de luxe* (art. 253b al. 2 CO). A notre sens, il s'agit d'un fait dirimant : 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 initial¹⁵⁷.

71. Le caractère luxueux du logement mérite quelques remarques. Selon l'art. 253b al. 2 CO constituent des objets de luxe les « appartements et de maisons familiales de luxe comprenant six pièces ou plus (cuisine non comprise) ». Le nombre minimum de pièces et le caractère luxueux de ces logements constituent des conditions cumulatives¹⁵⁸. Leurs loyers suivent les seules lois du marché¹⁵⁹. La notion de « luxe » du logement doit s'interpréter de manière restrictive ; elle suppose que la mesure habituelle du confort soit clairement dépassée, l'impression générale étant décisive à cet égard¹⁶⁰. Ainsi, constituent des indices de « luxe » la présence de marbre à l'entrée de l'immeuble, une piscine et/ou un sauna, des sanitaires en surnombre, une surface totale et des pièces particulièrement grandes, un jardin spacieux, un environnement très protégé. La présence d'un seul ou de quelques-uns seulement de ces indices ne suffit pas ; il faut que le luxe se dégage de l'ensemble¹⁶¹. Comme mentionné ci-dessus¹⁶², les éléments dont découle le caractère luxueux du logement constituent à notre sens des faits dirimants dont le fardeau de la preuve incombe au bailleur.

¹⁵⁷ Cf. ci-dessus, N 28 ss.

¹⁵⁸ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.1, SJ 2004 I 385, DB 2005 N 7 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 6 ; CR CO I-LACHAT, art. 253b CO N 5 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 66.

¹⁵⁹ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.1, SJ 2004 I 385, DB 2005 N 7 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 6 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 66.

¹⁶⁰ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.2, SJ 2004 I 385, DB 2005 N 7 ; BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 7 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 10 ; CR CO I-LACHAT art. 253b CO N 5 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 75.

¹⁶¹ TF du 11.01.2016, 4A_257/2015, cons. 3.1 ; TF du 16.03.2004, 4C.5/2004, cons. 4.2, SJ 2004 I 385 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 10 ; LACHAT, p. 80 ; ZK OR-HIGI, art. 253a-253b CO N 76.

¹⁶² N 70.

72. Les critères pour déterminer le caractère excessif ou non du loyer se trouvent entre eux dans une hiérarchie. En principe, le critère du rendement net est prépondérant¹⁶³. Si le locataire invoque que le rendement net est abusif, la seule solution pour le bailleur est en principe de le contester. Cette règle souffre toutefois de certaines exceptions. En effet, dans diverses hypothèses, le rendement net n'est pas prépondérant par rapport à d'autres critères, ce qui offre au bailleur la possibilité de faire valoir des faits dirimants pour contrer les arguments du locataire. Ainsi :

- 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 frais¹⁶⁴. Le rendement brut non abusif est donc, dans cette hypothèse, un fait dirimant, une objection qui s'oppose au droit du locataire à une baisse de loyer en présence d'un rendement qui excède d'un demi-pour cent le taux d'intérêt hypothécaire de référence. Pour le calcul du rendement brut, les éléments sont identiques aux éléments nécessaires pour le rendement net¹⁶⁵, à l'exception des charges financières ; celles-ci ne sont pas prises en compte dans le calcul du rendement brut, il s'agit précisément de l'élément qui distingue le rendement brut du rendement net¹⁶⁶.

Dès lors, le seul élément pour lequel le bailleur supporte effectivement le fardeau de la preuve dans cette situation est l'âge de l'immeuble. Le fardeau de la preuve pour les éléments du calcul de rendement incombe au locataire¹⁶⁷. Toutefois, en vertu du devoir de collaboration¹⁶⁸, 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

¹⁶³ ZHRADNIK, p. 282 ; ATF 124 III 310, cons. 2b ; TF du 11 octobre 2011, 4A_276/2011, cons. 5.4.

¹⁶⁴ FETTER, N 485.

¹⁶⁵ Voir ci-avant, N 61 ss.

¹⁶⁶ CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 5.

¹⁶⁷ Cf. ci-dessus, N 61.

¹⁶⁸ Cf. ci-dessus, N 66 ss.

quartier (art. 269a lit. a CO)¹⁶⁹. Le critère de l'immeuble âgé est applicable, selon la jurisprudence du TF, aux immeubles qui ont environ 30 ans¹⁷⁰. Dans cette hypothèse, si le locataire invoque le caractère excessif du rendement net, *l'âge de l'immeuble et les loyers usuels de la localité ou du quartier*¹⁷¹ sont les éléments dirimants que le bailleur devrait à notre avis invoquer et prouver.

73. Le locataire peut non seulement se fonder 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 insuffisant¹⁷². 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 bailleur.
74. Comme expliqué ci-dessus¹⁷³, dans les cantons qui ont rendu obligatoire l'utilisation de la formule officielle, le bailleur est lié par les motifs indiqués sur le formulaire officiel. Cela signifie à notre avis qu'il ne pourra invoquer comme faits dirimants que les motifs indiqués sur le formulaire¹⁷⁴.

d. Faits extinctifs

75. Les faits extinctifs entraînent l'extinction du droit créé par les faits générateurs. Ils surviennent postérieurement aux faits générateurs et dirimants¹⁷⁵. 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

¹⁶⁹ FETTER, N 485.

¹⁷⁰ TF du 08.07.2014, 4A_565/2013, cons. 3.1.2.

¹⁷¹ Pour la manière dont il convient de prouver le loyer usuel de la localité ou du quartier, cf. ci-dessus, N 64.

¹⁷² FETTER, N 486.

¹⁷³ N 69.

¹⁷⁴ Dans ce sens aussi : FETTER, N 484.

¹⁷⁵ Cf. ci-dessus, N 32 ss.

constitue un cas d'exécution¹⁷⁶. Le fardeau de la preuve pour la baisse de loyer incombe au bailleur.

3. Contestation de l'augmentation du loyer

a. Généralités

76. L'art. 269d 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 conditions. Le locataire peut contester la modification du bail à son détriment dans les 30 jours suivant la réception dudit avis auprès de l'autorité de conciliation, s'il estime que la modification du contrat rend le loyer abusif. Si les parties ne trouvent pas d'accord durant la conciliation, le bailleur qui maintient sa position recevra l'autorisation de procéder (art. 209 al. 1 lit. a CPC). *La charge du contentieux lui incombe et il doit intenter l'action au fond.* Au stade de la conciliation, le locataire est demandeur et le bailleur défendeur, durant la procédure au fond, les rôles sont inversés¹⁷⁷. Toutefois, l'autorité de conciliation dispose de la possibilité de rendre une proposition de jugement (art. 210 al. 1 lit. 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 lit. a CPC). Dès lors, si le locataire s'oppose à la proposition de jugement, il aura le rôle de demandeur dans la procédure au fond.
77. La distribution de la charge du contentieux n'a cependant aucune influence sur le fardeau de la preuve. Il incombe toujours au bailleur pour les faits dont il déduit son droit à augmenter le loyer¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cf. ci-dessus, N 33.

¹⁷⁷ CPra Actions-BOHNET, § 74 N 17.

¹⁷⁸ LACHAT, p. 409 ; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 56 s. ; CPra Actions-BOHNET, § 74 N 18.

b. Faits générateurs

aa) Conditions formelles

78. Selon l'art. 269d CO, le droit du bailleur d'augmenter le loyer, respectivement modifier autrement les prestations au détriment du locataire, suppose d'abord le respect de certaines conditions formelles, à savoir :
- La notification de l'augmentation sur formule officielle ; le contenu de cette formule officielle est précisé à l'art. 19 OBLF.
 - L'indication 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 lit. a ch. 4 OBLF).
 - Le respect de l'échéance contractuelle.
 - Le respect du délai de notification.
79. La violation de ces conditions de forme entraîne la nullité de la majoration du loyer (art. 269d al. 2 CO).
80. Ces éléments sont des faits générateurs. Ils constituent des conditions à la naissance du droit d'augmenter le loyer. Le bailleur supporte le fardeau de la preuve pour ces éléments. En particulier, il incombe au bailleur de prouver la date de réception du pli contenant la formule officielle par le locataire¹⁷⁹.
81. L'art. 269d CO permet au bailleur d'augmenter le loyer, mais il doit justifier la majoration. Les motifs qu'il indique sur la formule officielle doivent être clairs et véridiques¹⁸⁰. Ils lient le bailleur¹⁸¹.

¹⁷⁹ CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 29 ; TF du 09.05.2007, 4A_39/2007, cons. 4, DB 2008 N 6.

¹⁸⁰ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 84.

¹⁸¹ BSK OR I-WEBER, art. 269d CO N 3 ; LACHAT, p. 402 ; ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 94 s.

bb) Conditions matérielles

82. La condition matérielle qui doit être remplie en cas de majoration du loyer est que cette majoration ne doit pas mener à un loyer abusif, à savoir ne pas permettre au bailleur de réaliser un rendement excessif¹⁸².
83. Toutefois, pour pouvoir valablement augmenter le loyer, il faut qu'un contrat de bail entre les parties existe ; il faut de plus que l'objet du bail ait déjà été remis au locataire¹⁸³. Ces éléments sont des faits générateurs. En l'absence de contrat de bail, le « bailleur » ne peut pas exiger du « locataire » le versement d'un loyer et partant ne peut pas non plus augmenter ce dernier. Cela va de soi. L'art. 270 al. 1 CO prévoit que la contestation du loyer initial peut uniquement se faire à partir du moment de la remise de l'objet ; logiquement, l'augmentation « en cours de bail » ne saurait survenir auparavant¹⁸⁴.
84. Le bailleur doit en principe se fonder sur des *critères relatifs* et le tribunal fixera le loyer en application de la *méthode relative*¹⁸⁵, 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 contrat¹⁸⁶. Cela signifie qu'en plus des conditions formelles mentionnées ci-avant, le bailleur devra invoquer un des éléments suivants, pour lequel il supportera le fardeau de la preuve :
- *La hausse des coûts* (art. 269a lit. b CO), soit du taux hypothécaire ou des autres charges courantes et d'exploitation, par rapport au moment de la dernière fixation du loyer¹⁸⁷. Pour cette hypothèse, l'art. 20 OBLF précise que le locataire peut exiger que le bailleur motive l'augmentation du loyer en fournissant des chiffres précis (al. 1) et qu'au cours de la procédure de conciliation, le locataire peut exiger la présentation des pièces justificatives pour tous les motifs que le bailleur fait valoir (al. 2).

¹⁸² CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 2.

¹⁸³ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 65.

¹⁸⁴ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 65.

¹⁸⁵ LACHAT, p. 538 ; ZK OR-HIGI, art. 269 CO N 505 ss ; ATF 123 III 171, cons. 6a.

¹⁸⁶ LACHAT, p. 528 et 538.

¹⁸⁷ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 30 ss.

- *La fourniture de prestations supplémentaires par le bailleur* (art. 269a lit. b CO). Sont réputés prestations supplémentaires du bailleur les investissements qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values, l'agrandissement de la chose louée ainsi que les prestations accessoires supplémentaires (art. 14 al. 1 OBLF). La prestation est supplémentaire lorsqu'elle n'a pas été convenue entre les parties lors de la conclusion du bail¹⁸⁸. Pour cette hypothèse également, l'art. 20 OBLF précise que le locataire peut exiger que le bailleur motive l'augmentation du loyer en fournissant des chiffres précis (al. 1) et qu'au cours de la procédure de conciliation, le locataire peut exiger la présentation des pièces justificatives pour tous les motifs que le bailleur fait valoir (al. 2). La notion de « prestations supplémentaires » couvre les hypothèses suivantes :
 - *Les améliorations créant des plus-values* consistent en des travaux et des installations nouvelles qui accroissent la valeur de la chose louée en l'améliorent la qualité, l'adaptent au goût du jour¹⁸⁹. Il peut s'agir de remplacement d'équipements ou d'importantes réparations. Le simple remplacement d'un objet ou d'une installation ne constitue pas une prestation supplémentaire¹⁹⁰. Souvent le remplacement d'une installation devenue vétuste par une nouvelle, plus performante, crée néanmoins une plus-value partielle ; dans ce cas, il convient de considérer la plus-value comme étant la différence entre le prix effectivement payé par le bailleur et le prix du marché d'un équipement neuf de standard équivalant à l'ancienne installation¹⁹¹.

Si le bailleur procède à d'importants travaux de réparation, il est *présumé* que 50%-70% des frais qui en résultent sont des investissements créant une plus-value (art. 14 al. 1 *in fine* OBLF) qui peuvent donc être récupérés par une augmentation du loyer. La disposition a pour but de faciliter la preuve¹⁹² : le bailleur peut se limiter à prouver le montant total investi¹⁹³ (en fournissant des chiffres précis et des pièces justificatives : art. 20 OBLF), alors que, selon la règle de l'art. 8 CC, le fardeau de la preuve pour le taux lui incomberait et l'échec de cette preuve amènerait le tribunal à constater qu'il s'agit de simples travaux d'entretien au sens de l'art. 256 CO qui ne justifient pas l'augmentation du loyer. Le bailleur peut prouver qu'une part supérieure à 70% est affectée

188 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 62.

à des investissements créant des plus-values et le locataire que la part est inférieure à 50%. Il s'agit donc d'une présomption¹⁹⁴, non d'une fiction¹⁹⁵.

Si le locataire souhaite renverser la présomption, il doit prouver que les plus-values sont inférieures à 50% du montant investi¹⁹⁶. Il en supporte le fardeau. Le bailleur est obligé, en vertu du principe de la bonne foi¹⁹⁷, de fournir au locataire toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige¹⁹⁸. Toutefois, le mode de facturation (sommaire) appliqué par l'entrepreneur rend souvent impossible la preuve et le locataire échoue dans le renversement de la présomption¹⁹⁹. Dans cette situation, le locataire peut demander une expertise²⁰⁰. Cela étant, la preuve que le taux est inférieur est la plupart du temps difficile, voire impossible à rapporter²⁰¹.

- *L'agrandissement de la chose louée* : il s'agit d'une augmentation de la surface louée²⁰². A noter que, dans cette hypothèse, l'augmentation du loyer possible se calcule sur les investissements

189 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 64 ; LACHAT, p. 478 ; ZK OR-HIGI, art. 269a CO N 336 ss.

190 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 63 et 66 ; TF du 26.11.2008, 4A_413/2008, cons. 4.2.

191 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a N 66 ; ZK OR-HIGI, art. 269a CO N 363 ss.

192 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 92 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 480.

193 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 92.

194 Cf. ci-dessus, N 36 ss.

195 Cf. ci-dessus, N 44.

196 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 95.

197 Cf. ci-dessus, N 48 ss.

198 Dans ce sens aussi : CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 93.

199 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 95 ; voir p. ex. Tribunal du district de Meilen, arrêt du 21.12.2007, MA060007, MRA 2009, p. 66 ss.

200 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 95 ; pour un exemple d'expertise, voir Tribunal du district de Laupen, arrêt du 12.06.2006, Z 05 1051, MRA 2009, p. 57 ss.

201 HANS BÄTTIG, La répercussion des coûts de réparations importantes sur le loyer, MRA 2009, p. 1 ss, p. 36. ; voir aussi : Tribunal du district de Laupen, arrêt du 12.06.2006, Z 05 1051, MRA 2009, p. 57 ss.

202 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 74 ; ZK OR-HIGI, art. 269a N 353 ss.

nécessaires pour procéder à l'agrandissement et non par une augmentation proportionnelle à l'agrandissement de la surface²⁰³.

- *Les prestations accessoires supplémentaires* constituent des services nouveaux qui sont mis à disposition du locataire, tel l'engagement d'un concierge, d'un jardinier ou d'un service de nettoyage ou de déneigement²⁰⁴.
- L'art. 14 al. 2 OBLF précise que *les améliorations énergétiques* constituent également des prestations supplémentaires.
- *Le renchérissement pour le capital exposé aux risques* (art. 269a lit. e CO) ; une augmentation du loyer pour ce motif ne peut dépasser 40% de la hausse de l'indice suisse des prix à la consommation (art. 16 OBLF). L'indice suisse des prix à la consommation est un fait notoire qui n'a pas besoin d'être prouvé²⁰⁵.

c. Faits dirimants

85. Le locataire peut opposer au bailleur les arguments suivants :

- *La menace de résiliation donnée par le bailleur* : selon l'art. 269d al. 2 lit. c CO, une augmentation de loyer est nulle si elle est assortie d'une résiliation ou d'une menace de résiliation. Il s'agit de l'autre volet 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 ou une adaptation de loyer : l'art. 271a al. 2 lit. b CO déclare nuls de tels congés, l'art. 269d al. 2 lit. c CO l'augmentation de loyer obtenue au moyen de la menace de résiliation²⁰⁶, ce qui empêche que le droit du bailleur à l'augmentation du loyer prenne naissance.
- *Le fait que le contrat de bail a été conclu pour une durée déterminée* : les baux à durée déterminée ne peuvent pas être modifiés

²⁰³ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 74 ; BERNARD CORBOZ, Les travaux de transformation et de rénovation de la chose louée entrepris par le bailleur et leur repercussion sur le loyer, 12^e séminaire de droit du bail, Neuchâtel 2002, p.18.

²⁰⁴ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 75 ; LACHAT, p. 480 ; BERNARD CORBOZ, 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, p. 18.

²⁰⁵ CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 123.

²⁰⁶ CPra Bail-MARCHAND, art. 269d CO N 41.

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 parties²⁰⁷. La loi part du principe qu'un bail est conclu à durée indéterminée (art. 255 al. 3 CO)²⁰⁸. 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 locataire.

- *Une convention entre les parties qui supprime le droit du bailleur de majorer le loyer*²⁰⁹ : les parties au contrat peuvent convenir d'exclure le droit du bailleur d'augmenter le loyer²¹⁰. 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 loyer²¹¹.
- *Le rendement abusif selon la méthode absolue*²¹² : le locataire peut invoquer que le rendement net de la chose louée (art. 269 CO), le rendement brut (art. 269a lit. c CO) ou les loyers usuels de la localité et du quartier (art. 269a lit. a CO) permettent de constater que le loyer augmenté est abusif même si selon la méthode relative l'augmentation est admissible²¹³. Les éléments dont découle le caractère abusif du loyer doivent être prouvés par le locataire.

4. Diminution du loyer

86. 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.

²⁰⁷ LACHAT, p. 604.

²⁰⁸ CPra Bail BOHNET/DIETSCHY, art. 255 CO N 3.

²⁰⁹ ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 74.

²¹⁰ Pour des exemples, voir : ZK OR-HIGI, art. 269d CO N 75.

²¹¹ Pour les éléments à prouver pour démontrer la commune et réelle intention des parties voir ci-dessous, N 97.

²¹² CPra Bail-BOHNET, intro art. 269-270e CO N 14 ; ZK OR-HIGI, art. 269 CO N 480.

²¹³ Voir ci-dessus, N 58.

a. Faits générateurs

87. 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 bail²¹⁴ et implique que le locataire ne pourra en principe invoquer que des critères relatifs et donc que la méthode relative trouvera application²¹⁵, mais est sans portée matérielle propre²¹⁶. Le locataire supporte le fardeau de la preuve pour les motifs qu'il invoque à l'appui de sa demande de diminution du loyer²¹⁷.

aa) Conditions formelles

88. Selon l'art. 270a al. 2 CO, 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. 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 diminution de loyer²¹⁸. Il incombe au locataire 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 diminution. Il s'agit de faits générateurs

²¹⁴ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270a CO N 11 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a CO N 1b ; CR CO I-LACHAT, art. 270a CO N 1 ; ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 44.

²¹⁵ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270a CO N 15 ; TF du 09.07.2002, 4C.291/2001, cons. 2a, DB 2003 N 16 ; ATF 126 III 124, cons. 2a ; 124 III 67, cons. 3, JdT 1999 I 111 ; 121 III 163, cons. 2d/bb, JdT 1996 I 71.

²¹⁶ CPra Bail-DIETSCHY, art. 270a CO N 11 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a CO N 1b ; *contra* : ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 44.

²¹⁷ LACHAT, p. 418 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a CO N 1b ; ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 109.

²¹⁸ ATF 132 III 702, JdT 2007 I 47, DB 2007 N 16 ; CPa Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 9 ; BSK OR I-WEBER, art. 270a N 5b.

de droit puisqu'en leur absence le droit du locataire à la baisse de loyer ne prend pas naissance²¹⁹.

bb) Conditions matérielles

89. Comme mentionné, les dispositions portant sur la protection contre les loyers abusifs sont uniquement applicables aux baux de locaux d'habitation ou commerciaux. Le locataire devra dès lors prouver que tel est bien le cas pour le bail dont le loyer est litigieux²²⁰.
90. Le locataire devra en outre prouver que la modification notable des bases de calcul permet au bailleur de réaliser un rendement excessif. Il pourra se fonder sur des critères relatifs, soit :
- *La baisse des coûts* (art. 269a lit. b CO), soit du taux hypothécaire ou des autres charges courantes et d'exploitation, par rapport au moment de la dernière fixation du loyer²²¹. La baisse du taux hypothécaire est le cas d'application le plus fréquent. Elle est notable lorsqu'elle est de 0.25% au minimum²²² ; l'art. 13 al. 1 OBLF indique de combien de pour cent le loyer doit être réduit en cas de réduction du taux hypothécaire (art. 13 al. 1 2^e phrase OBLF). Il convient de noter que le taux hypothécaire de référence constitue un fait notoire dont le tribunal tiendra compte d'office et que le locataire n'aura pas besoin de prouver²²³. Pour ce qui est de la baisse des charges, le fardeau de la preuve incombe au locataire²²⁴. A cette fin, il aura souvent besoin de

219 Une partie de la doctrine considérait que les conditions de l'art. 270a CO n'étaient que des prescriptions d'ordre (p. ex. PETER NIDERÖST, Auf welchem Hypothekarzinsstand basiert der nicht oder nur teilweise gesenkte Mietzins ?, MP 1996 47, p. 48 s.) ; cet avis se fondait sur l'ATF 122 III 20, cons. 4c, JdT 1996 I 601, DB 1996 N 21 ; toutefois, dans l'ATF 132 III 702, précité, le TF a clairement précisé que la prise de contact préalable avec le bailleur était une condition nécessaire à la saisine de l'autorité de conciliation.

220 Cf. ci-dessus, N 58.

221 CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 13 ; BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 30 ss.

222 CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 15 ; LACHAT, p. 413 ; ZK OR-HIGI, art. 270a CO N 59.

223 LACHAT, p. 418.

224 CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 16.

documents en main du bailleur ; ce dernier devra les mettre à sa disposition dans le cadre de son devoir de collaboration²²⁵.

- *Le renchérissement négatif* : l'indice suisse des prix à la consommation est un fait notoire qui n'a pas besoin d'être prouvé²²⁶.
91. 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 loyer²²⁷. A notre avis, 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 loyer²²⁸.
92. Selon une partie de la doctrine, il est également possible que le locataire invoque la baisse du loyer usuel de la localité et du quartier pour justifier une baisse de loyer²²⁹. Ce point de vue n'est toutefois pas partagé par tous les auteurs²³⁰.

b. Faits dirimants

93. Le bailleur peut opposer au locataire les arguments suivants :
- *Le fait qu'il s'agit d'un logement de luxe* : à ce sujet, nous renvoyons à ce qui a été expliqué au sujet de la contestation du loyer initial²³¹.

225 CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 270a CO N 16 ; TF du 18 avril 1996, MP 1996 165, cons. 2b ; pour le devoir de collaboration, cf. ci-dessus, N 66 ss.

226 CPra Bail-BOHNET/BROQUET, art. 269a CO N 123.

227 Cf. ci-dessus, N 76 ss.

228 Pas clair : LACHAT, p. 412 ; PETER ZIHLMANN, Das Mietrecht, 2^e éd., Zurich 1995, p. 189.

229 LACHAT, p. 413.

230 Contra : SVIT-K., N 5 ad art. 270a CO.

231 Cf. ci-dessus, N 70 ss.

- *Le caractère non abusif du loyer sur la base de la méthode absolue*, soit en application des critères du rendement²³² (net ou brut) ou du loyer usuel de la localité ou du quartier²³³. Pour le rendement net ainsi que le loyer usuel, les éléments à démontrer ont été énumérés ci-dessus²³⁴ : il convient de les reprendre, mais cette fois-ci, il revient au bailleur de les prouver. Pour le calcul du rendement brut, les éléments sont identiques aux éléments nécessaires pour le rendement net, à l'exception des charges financières ; celles-ci ne sont pas prises en compte dans le calcul du rendement brut²³⁵ ; le bailleur devra prouver que son immeuble est « récent », soit qu'il a moins de dix ans²³⁶.
- *Le fait que le contrat de bail a été conclu pour une durée déterminée* : comme mentionné ci-dessus²³⁷, une modification unilatérale du loyer est uniquement possible pour un contrat conclu à durée indéterminée. Une action en diminution du loyer pour un bail conclu pour une durée déterminée est donc exclue²³⁸. La présence d'un bail à durée déterminée constitue à notre avis une exception ; il s'agit d'un fait dirimant pour lequel le fardeau de la preuve incombe au bailleur.

B. Fardeau de la preuve et défaut

94. 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 bailleur²³⁹. Constitue un défaut tout ce qui s'écarte de cet état « approprié »²⁴⁰. Pour déterminer si un objet est défectueux, il convient de

232 ATF 121 III 163, cons. 2d/bb, JdT 1996 I 71.

233 ATF 122 III 257, cons. 4a, JdT 1997 I 595.

234 N 61 ss pour le rendement net et N 64 ss pour le loyer usuel.

235 CPra Bail-BOHNET, art. 269 CO N 5.

236 Cf. ci-dessus, N 70.

237 N 85.

238 LACHAT, p. 414.

239 ZK-HIGI, art. 256 N 4.

240 CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 1 ; LACHAT, p. 216.

comparer l'état réel de cet objet avec l'état qui est convenu ou promis²⁴¹ ou auquel le locataire peut raisonnablement s'attendre²⁴².

95. La notion de défaut est relative²⁴³ : savoir si l'objet loué présente un défaut dépend 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 données²⁴⁴. L'objet doit être dans un état qui permet objectivement de servir à cet usage²⁴⁵.
96. Si tel n'est pas ou plus le cas, le bailleur viole une obligation principale du contrat. Dans ce cas, les art. 258 et 259 ss CO mettent à disposition du locataire plusieurs moyens, à savoir le droit à la remise en état de la chose (art. 259a al. 1 lit. a et 259b CO), la réduction du loyer (art. 259 al. 1 lit. b et 259d CO) et les dommages-intérêts (art. 259a al. 1 lit. c et 259e CO) en cas de défaut matériel ; de plus, le locataire dispose d'un droit à ce que le bailleur prenne en charge le procès si un tiers fait valoir des droits incompatibles avec ceux du locataire (défaut juridique ; art. 259a al. 1 lit. d et 259f CO).

1. Action en remise en état

a. Faits générateurs

97. Pour l'action en remise en état selon l'art. 259a al. 1 et 259b CO, les faits générateurs sont les suivants :
- *Conclusion d'un contrat de bail*²⁴⁶ : sans contrat de bail entre les parties sur l'objet prétendument défectueux, il ne peut y avoir de droit à l'élimination du défaut allégué.
 - *Les faits dont on peut déduire l'existence d'un défaut*²⁴⁷ : la « preuve du défaut » pose des questions épineuses de délimitation entre les faits

²⁴¹ LACHAT, p. 216 ; TF du 17.08.2001, 4C.168/2001, cons. 4a, MP 2003, p. 56.

²⁴² CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 20 ; LACHAT, p. 217 ; ZK-HIGI, art. 256 CO N 13.

²⁴³ LACHAT, p. 219 ; ZK-HIGI, art. 258 CO N 28.

²⁴⁴ ZK-HIGI, art. 256 CO N 23.

²⁴⁵ CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 35.

²⁴⁶ CPra Actions-BOHNET, § 70 N 28.

et le droit. Savoir si un certain état est défectueux ou non est une question de droit²⁴⁸. Le locataire ne porte dès lors pas à proprement parler « le fardeau de la preuve du défaut », mais bien *le fardeau de la preuve des faits dont on peut déduire l'existence d'un défaut*²⁴⁹. Quels sont donc ces faits ? Le défaut – nous l'avons vu²⁵⁰ – 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 et qu'il restreint l'utilisation de la chose louée. Dès lors, le locataire devra prouver les éléments suivants :

- Dans tous les cas, le locataire devra démontrer *l'état réel* de la chose qu'il considère ne pas correspondre à l'état convenu (p. ex. dans un logement, l'infiltration d'eau²⁵¹, ou la présence de parasites²⁵²).
- *L'état, respectivement l'usage convenu*, découle en premier lieu de l'accord des parties²⁵³. Ils sont à constater par l'interprétation des volontés des parties selon la méthode de l'art. 18 CO. Le locataire doit donc prouver *la commune et réelle intention* des parties au sujet de l'état, respectivement l'usage, de l'objet loué qu'il allègue²⁵⁴. Si la preuve de la commune 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)²⁵⁵. L'application de la théorie de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF) ; cependant, pour trancher cette question, il doit se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances,

247 TF du 31.07.2009, 4A_281/2009, cons. 2.1 ; CPra Actions-BOHNET, § 70 N 28 ; CPra Bail-MONTINI/BOUVERAT, art. 256 CO N 55 ; ZK OR-HIGI, art. 256 CO N 42.

248 ATF 135 III 345, cons. 3.2.

249 TF du 31.07.2009, 4A_281/2009, cons. 2.1.

250 Cf. ci-dessus, N 94 ss.

251 Voir p. ex. TF du 23.02.2016, 4D_54/2015.

252 Pour d'autres exemples, voir LACHAT, p. 225 ss.

253 TF du 18.06.2014, 4A_159/2014, cons. 4.1 ; ZK OR-HIGI, art. 258 N 28.

254 TF du 18.06.2014, 4A_159/2014, cons. 4.4.

255 TF du 18.06.2014, 4A_159/2014, cons. 4.4.

dont la constatation relève du fait²⁵⁶. Si le locataire se fonde sur l'*usage* (et non sur l'usage convenu), il devra en principe prouver que l'usage allégué correspond à celui que chacun ferait habituellement d'une chose du genre de celle de l'objet loué aux circonstances données²⁵⁷.

- *La restriction de l'usage* : le locataire devra démontrer que l'état réel le prive de l'usage convenu ou auquel il pouvait raisonnablement s'attendre ou restreint cet usage²⁵⁸. En fonction de ce critère, la loi distingue entre les défauts graves, les défauts de moyenne importance et les menus défauts, les premiers étant ceux qui excluent ou entravent considérablement l'usage de l'objet loué²⁵⁹, les derniers ceux qui n'affectent que très peu, voire pas du tout, l'usage convenu²⁶⁰. Il s'agit de situations dans lesquels 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 excessive²⁶¹) ou par le locataire lui-même²⁶². Le défaut de moyenne importance constitue une catégorie « tampon » entre les deux²⁶³. Le seuil du défaut de moyenne importance est atteint s'il engendre une diminution de la qualité de l'objet louée, quantifiable en argent²⁶⁴.

Notons que 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)²⁶⁵. Il

²⁵⁶ ATF 135 III 410, cons. 3.2.

²⁵⁷ ZK OR-HIGI, art. 256 N 24 et 26.

²⁵⁸ P. ex. TF du 31.05.2002, 4C.65/2002, cons. 3 a-c : dans ce cas, le bruit de la chaudière a troublé le sommeil du locataire.

²⁵⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 40 ; LACHAT, p. 225 ; ZK OR-HIGI, art. 258 CO N 43.

²⁶⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 42 ; LACHAT, p. 226 s. ; ZK OR-HIGI, art. 258 CO N 39.

²⁶¹ BSK OR I-WEBER, art. 259 CO N 2 ; CR CO I-LACHAT, art. 259 CO N 3.

²⁶² CPra Bail-AUBERT, art. 259 CO N 8.

²⁶³ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 41 ; ZK OR-HIGI, art. 258 CO N 40.

²⁶⁴ LACHAT, p. 226 ; TF du 17.03.2005, cons. 2.1, CdB 2005, p. 87 ss.

²⁶⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 42 ; LACHAT, p. 240 ss.

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). Dans ce cas, il incombe à notre sens au locataire le fardeau de prouver que le défaut existait au moment de la remise de la chose.

- *Connaissance du défaut par le bailleur* : pour que le bailleur soit obligé de remettre en l'état l'objet loué, il doit avoir connaissance de l'existence du défaut²⁶⁶. Il incombe au locataire le fardeau de prouver que le bailleur est informé du défaut²⁶⁷.

b. Faits dirimants

98. En présence des faits générateurs présentés ci-avant, le bailleur peut démontrer l'inexistence du droit du locataire à la remise en l'état en invoquant et démontrant les éléments suivants :

- *Impossibilité objective de la remise en l'état* : lorsque la remise en état de l'objet loué est objectivement impossible (p. ex. si la chose louée est détruite ou que le défaut constitue en des nuisances causées par un chantier sur lequel le bailleur n'a aucune influence), l'obligation de remise en état ne prend pas naissance²⁶⁸.
- *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. Il s'agit d'un cas 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 éléments. Si les conditions sont réalisées, la faute du locataire est présumée²⁶⁹. La violation du contrat la plus fréquente est l'usage autre que celui pour lequel le bail a été conclu²⁷⁰.

Si le bailleur fait valoir que le défaut est imputable au locataire, cet élément est également une *exception à la règle* ; les conditions de l'art. 97 CO constituent dans cette hypothèse des faits dirimants dont

²⁶⁶ CPra Actions-BOHNET, § 70 N 28 ; CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 4.

²⁶⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 259b CO N 4.

²⁶⁸ ZK OR-HIGI, art. 259b CO N 10 ; SVIT-K., art. 259g CO N 8b.

²⁶⁹ ZÜST, N 149.

²⁷⁰ ZÜST, N 70.

la preuve incombe au bailleur-défendeur²⁷¹. 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 contrat) ainsi que *le lien de causalité naturel* entre la violation du contrat et le défaut²⁷² ; le préjudice du bailleur correspond au défaut allégué par le locataire.

- *Existence d'une convention spéciale* : En principe, le locataire peut renoncer à ses droits en cas de défaut par convention spéciale avec le bailleur. Toutefois, pour protéger le locataire – partie faible au contrat – le législateur a restreint cette possibilité ; elle est nulle lorsqu'elle est prévue dans des conditions générales préimprimées ou qu'elle concerne un contrat de bail de locaux commerciaux ou d'habitations (art. 256 al. 2 CO).

En dehors de ces hypothèses, une renonciation du locataire lors de la conclusion du contrat de bail fait que son droit à la remise en l'état ne prend jamais naissance. Il s'agit donc d'un fait dirimant. Le fardeau de la preuve pour l'existence d'une telle convention spéciale, c'est-à-dire pour l'existence d'une réelle et commune intention des parties sur ce point²⁷³, incombe au bailleur.

c. Faits extinctifs

99. Les éléments suivants permettent au bailleur de faire éteindre le droit du locataire à la remise en l'état :
- *Elimination du défaut* : 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*, fait

²⁷¹ BSK OR I-WEBER, art. 259a CO N 4 ; Tribunal supérieur du canton de Bâle-Campagne, BJM 2000, p. 141 ss, cons. 3b.

²⁷² Voir p. ex. Tribunal supérieur du Canton de Zurich, arrêt du 22.10.2015, NG150005, cons. 3.2 : 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.

²⁷³ Pour les éléments à prouver pour démontrer la conclusion d'un contrat, cf. ci-dessus, N 98.

extinctif typique²⁷⁴. Le fardeau de la preuve pour l'élimination du défaut incombe au bailleur²⁷⁵.

- *Fin du contrat de bail* : si l'une des parties a mis valablement fin au contrat de bail 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. La fin du contrat constitue donc un fait extinctif, puisque le droit a existé, mais n'existe plus au moment où le demandeur le fait valoir²⁷⁶. Comme mentionné²⁷⁷, il revient au défendeur d'invoquer et de prouver les faits qui entraînent l'extinction d'un droit et non au demandeur de prouver que son droit n'est pas éteint. Par conséquent, le fardeau de la preuve de la fin du contrat de bail incombe au bailleur.
- *Remplacement de la chose* : 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. 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 *équivalent*²⁷⁸ : le texte allemand et italien de l'art. 259c CO nomme expressément cette condition (« vollwertiger Ersatz » ; « cosa equivalente »). La disposition a été conçue pour les baux d'objets mobiliers, son champ d'application a été étendu aux baux immobiliers par le parlement²⁷⁹. Alors que le remplacement de meubles de genre (p. ex. télévision, voiture) ne pose que guère de problèmes, la disposition s'applique à des baux immobiliers²⁸⁰ : l'équivalence suppose que l'objet de remplacement soit comparable²⁸¹ en ce qui concerne le nombre de pièces, la surface, la situation géographique et fiscale, l'état d'entretien, la période de construction, les commodités,

274 Cf. ci-dessus, N 33.

275 CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO N 56.

276 Cf. ci-dessus, N 32.

277 Ci-dessus, N 33.

278 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 3.

279 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 1 ; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 7.

280 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 6 s.

281 ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 17.

etc.²⁸², et cela pour un loyer identique²⁸³. 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'immeubles²⁸⁴. En plus d'un appartement remplissant ces critères, l'équivalence suppose que le bailleur indemnise le locataire pour les frais de déménagement²⁸⁵. Le délai convenable correspond à celui dont il aurait besoin pour remédier au défaut, soit celui de l'art. 259b CO²⁸⁶.

La mise à disposition par le bailleur d'un objet de remplacement sans défauts et équivalent constitue un fait extinctif. Si le locataire accepte l'objet de remplacement, il y a novation²⁸⁷; celle-ci constitue un fait extinctif²⁸⁸ pour lequel le fardeau de la preuve incombe au bailleur²⁸⁹. Cela étant, il suffit que le bailleur prouve qu'il a offert un objet exempt de défauts et équivalent; il doit également prouver le délai dans lequel il a soumis l'offre. 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* dans cette hypothèse²⁹⁰. L'offre d'un objet de remplacement remplissant les critères de l'art. 259c CO constitue donc un *fait extinctif*²⁹¹: le droit du locataire à la remise en l'état a pris naissance, mais s'éteint par l'offre d'un objet de remplacement.

282 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 7.

283 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 9; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 21.

284 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 7.

285 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 9; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 21-22.

286 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 19.

287 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 12.

288 FRANÇOIS BOHNET, YVAN JEANNERET, 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 2016, p. 67 ss, p. 81.

289 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 4; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 35.

290 CPra Bail-AUBERT, art. 259c CO N 16; ZK OR-HIGI, art. 259c CO N 30.

291 Voir ci-dessus, N 32.

2. Action en réduction du loyer

a. Faits générateurs

100. Selon l'art. 259d CO, le locataire peut exiger du bailleur une réduction proportionnelle du loyer à partir du moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et jusqu'à l'élimination de ce dernier, à condition que le défaut entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée. Dès lors, si le locataire agit en réduction du loyer, il devra démontrer :

- Tous les éléments mentionnés au N 97 ci-dessus.
- *Proportion de la réduction du loyer* : pour déterminer la réduction à laquelle le locataire a droit, il convient de comparer la valeur objective de la chose sans défaut à la valeur objective de la chose défectueuse. Le loyer est réduit dans la même proportion²⁹². En principe, le locataire devrait donc apporter la preuve de ces deux éléments. Cependant, ce calcul proportionnel 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 admise²⁹³.
- *Date d'information du bailleur* : comme mentionné ci-dessus²⁹⁴, les droits du locataire en cas de défauts de la chose louée prennent naissance uniquement à condition que le bailleur soit informé de l'existence du défaut. Contrairement au droit à la remise en l'état, le moment de l'information du bailleur a une influence sur *la durée* du droit du locataire à la réduction du bail : celui-ci dure du moment de l'information du bailleur jusqu'au moment de l'élimination du défaut ou la fin du bail²⁹⁵. Dès lors, il incombe au locataire non seulement de

²⁹² CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 18 ; BSK OR I-WEBER, art. 259d N 6 ; LACHAT, p. 257 ; ATF 130 III 504, cons. 4.1 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 3.2.

²⁹³ CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 19 ; BSK OR I-WEBER, art. 259d N 6 ; ATF 130 III 504, cons. 4.1 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 3.2 ; TF du 29.05.1997, 4C.527/1996, cons. 4a et les réf. cit., SJ 1997 p. 661 ; TF du 28.10.2003, 4C.97/2003, cons. 3.5.

²⁹⁴ N 97.

²⁹⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 259d CO N 15.

prouver que le bailleur a connaissance du défaut, mais également le moment auquel le bailleur a été informé.

b. Faits dirimants

101. 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'état²⁹⁶.

c. Faits extinctifs

102. Pour 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'état²⁹⁷. En effet, le droit à la réduction du bail prend fin lorsque le bail lui-même arrive à son terme, que le défaut cesse d'exister²⁹⁸ ou que le bailleur remplace la chose louée par une chose équivalente²⁹⁹. 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 défectueux³⁰⁰.
103. Comme autres faits extinctifs entrent également en compte les faits extinctifs de la partie générale du CO, en particulier la remise de dette (art. 115 CO), l'impossibilité objective subséquente de l'élimination du défaut (art. 119 CO), la compensation (art. 120 ss CO) ainsi que la prescription (art. 127-128 CO)³⁰¹.

²⁹⁶ Cf. ci-dessus, N 98.

²⁹⁷ N 99.

²⁹⁸ LACHAT, p. 260 ; ZK OR-HIGI, art. 259d CO N 19.

²⁹⁹ ZK OR-HIGI, art. 259d CO N 19.

³⁰⁰ ATF 130 III 504, cons. 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 : cf. ci-dessus, N 100.

³⁰¹ LACHAT, p. 262 et note 116 ainsi que réf. cit. : en l'occurrence, la prescription quinquennale trouve en principe application : art. 128 CO, à moins que les parties ont convenu le versement d'un loyer unique, auquel cas la prescription est de dix ans : art. 127 CO.

3. Action en dommage-intérêts

104. L'art. 259e CO prévoit que le locataire qui a subi un dommage suite à un défaut peut attaquer le bailleur en dommage-intérêts. Il s'agit en fait d'une action en dommage-intérêts au sens des art. 97 et 101 CO qui ne contient aucun élément spécifique au droit du bail³⁰².
105. Pour attaquer avec succès le bailleur en dommage-intérêts, le locataire devra démontrer les éléments suivants :
- *Les faits générateurs de l'action en remise en état*³⁰³, soit la conclusion d'un contrat de bail, les faits dont découle l'existence d'un défaut ainsi que la connaissance du défaut par le bailleur.
 - L'existence d'un préjudice³⁰⁴.
 - L'existence d'un lien de causalité entre le défaut et le préjudice³⁰⁵.
106. La faute est présumée respectivement constitue un fait dirimant³⁰⁶ ; il incombera donc au bailleur de prouver qu'il n'en a pas commis. Mise à part la notion du défaut, développée ci-dessus³⁰⁷, l'action ne pose pas de problèmes spécifiques au droit du bail. Nous nous permettons dès lors de renvoyer à la doctrine – abondante – au sujet de la responsabilité contractuelle³⁰⁸.

4. Action en validation de la consignation

107. 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

³⁰² CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3.

³⁰³ Cf. ci-dessus, N 97.

³⁰⁴ CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3.

³⁰⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 259e CO N 3.

³⁰⁶ Pour la question de la différence entre le renversement du fardeau de la preuve et la présomption, cf. ci-dessus, N 36 ss.

³⁰⁷ N 94 ss.

³⁰⁸ P. ex. BSK OR I-WIEGAND, ad art. 97 ss CO ; BK OR-WEBER, ad art. 97 ss CO ; CR CO I-THÉVENOZ, ad. art. 97 ss CO ; CLAIRE HUGUENIN, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner und besonderer Teil, 2^e éd., Zurich 2014, N 857 ss.

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 défaut³⁰⁹, et cela sans tomber en demeure³¹⁰. Le locataire doit toutefois saisir, dans les 30 jours dès l'échéance du premier loyer versé sur le compte de consignation, l'autorité de conciliation d'une requête dans laquelle il fait valoir ses prétentions (art. 259h CO).

a. Faits générateurs

108. Pour pouvoir demander la constatation de la validité de la consignation, le locataire devra prouver que les conditions pour procéder à la consignation sont remplies, à savoir :
- *La demande de réparation* : le locataire doit avoir demandé au bailleur la réparation du dommage, et cela par écrit³¹¹.
 - *La fixation d'un délai* : la demande de réparation doit être assortie d'un délai pour éliminer le défaut allégué³¹². Selon le texte de la loi, le délai doit être raisonnable ; toutefois, nous considérons que le caractère déraisonnable d'un délai doit être invoqué par le bailleur³¹³ ; ainsi, à notre avis, la fixation du délai constitue un fait générateur, alors que son caractère déraisonnable constitue un fait dirimant.
 - *La menace de consignation* : il incombe au locataire de démontrer qu'il a menacé le bailleur de consigner le loyer faute de réparation dans le délai imparti³¹⁴.
 - *L'avis de consignation* : le locataire devra démontrer qu'à l'échéance du délai, il a annoncé au bailleur qu'il procèdera à la consignation³¹⁵.

³⁰⁹ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 1 ; LACHAT, p. 273 ; ZK OR-HIGI, art. 259g CO N 9 ; ATF 124 III 201, cons. 2d, DB 1999 N 10.

³¹⁰ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 3 ; arrêt de la Cour d'Appel du Canton de Berne du 13.07.1993, RJB 1994, p. 92.

³¹¹ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 25 ; WEY, N 295 ss.

³¹² CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 25 ; WEY, N 302.

³¹³ Cf. ci-dessous, N 111.

³¹⁴ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 32 ; WEY, n 320 ss.

³¹⁵ WEY, N 333 ss, en particulier N 337.

- *La consignation* du loyer auprès d'un établissement désigné par le canton de situation de l'immeuble à cet effet. Cette condition n'est pas nommée expressément par la doctrine, mais il s'agit d'une évidence : le locataire ne peut pas demander la validation d'une consignation à laquelle il n'a pas procédé.
 - *Le respect du délai de 30 jours dès l'échéance du loyer consigné* : le locataire devra démontrer qu'il a saisi l'autorité de conciliation dans les 30 jours dès l'échéance du loyer qu'il a consigné³¹⁶. Cela signifie que le locataire devra démontrer 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 conciliation.
 - *Qualification de l'objet loué* : le locataire devra prouver que l'objet loué constitue un immeuble³¹⁷.
109. Lorsqu'il apparaît à l'évidence que les démarches du locataire seront sans effet, ce dernier peut se dispenser d'impartir au bailleur un délai raisonnable pour réparer le défaut et de le menacer de consigner le loyer ; il s'agit d'un cas d'application par analogie de l'art. 108 ch. 1 CO³¹⁸. La mise en demeure apparaît superflue lorsque le bailleur a clairement manifesté, par son comportement, sa ferme intention de ne pas accomplir son obligation³¹⁹. Il faut que le refus du bailleur de s'exécuter apparaisse clair et définitif³²⁰. Le locataire qui entend faire l'économie des démarches formelles prescrites par l'art. 259g al. 1 CO devra donc démontrer ces éléments, pour lesquels il supporte le fardeau de la preuve³²¹.
110. En plus des conditions précitées, le locataire devra prouver les faits dont découle sa prétention au fond, soit la remise en l'état de la chose et la

³¹⁶ CPra Bail-AUBERT, art. 259h-259i CO N 34.

³¹⁷ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 4.

³¹⁸ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 30 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; TF du 03.12.2003, 4C.264/2003, cons. 3.1.

³¹⁹ TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; ATF 94 II 32.

³²⁰ TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; ATF 110 II 144.

³²¹ TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; TF du 03.12.2003, 4C.264/2003, cons. 3.2.1.

réduction du loyer³²². On pense bien évidemment en première ligne aux *faits dont découle l'existence d'un défaut*.

b. Faits dirimants et extinctifs

111. Comme mentionné ci-dessus³²³, le bailleur peut s'opposer à l'action en constatation de la validité de la consignation en invoquant le caractère déraisonnable du délai. 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, le temps nécessaire pour obtenir les éventuelles autorisations administratives³²⁴. Si le bailleur estime le délai trop court, il lui incombe alors de l'indiquer au locataire et d'entreprendre les travaux dans un délai considéré comme raisonnable³²⁵. Toutefois, la consignation est exclue lorsqu'il devait être reconnaissable pour le locataire que le délai imparti au bailleur était inapproprié pour remédier aux défauts³²⁶.
112. Partant, *les éléments dont on peut déduire que le délai est trop court* (p. ex. le fait que les travaux nécessaires pour enlever le défaut prennent beaucoup de temps) constituent à notre sens des faits dirimants que le bailleur devra démontrer. 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 inapproprié.
113. De plus, 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

³²² Cf. ci-dessus N 97 et 100.

³²³ N 108.

³²⁴ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 31.

³²⁵ CPra Bail-AUBERT, art. 259g CO N 29 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2 ; WEY, N 313 ; ZÜST, N 268.

³²⁶ BSK OR-WEBER, art. 259g CO N 6 et les réf. cit. ; ZK OR-HIGI, art. 259g CO N 28 ; PETER ZIHLMANN, *Das Mietrecht*, 2^e éd., Bâle 1995, p. 79 ; WEY, N 313 ; TF du 21.01.2010, 4A_565/2009, cons. 4.2.

qui empêchent la naissance du droit du locataire à la remise en l'état³²⁷, respectivement les faits extinctifs qui y mettent fin³²⁸.

C. Fardeau de la preuve et résiliation

1. Constatation de la nullité de la résiliation

114. Le Code prévoit aux art. 266l à 266n CO un certain nombre de prescriptions de forme et de fond qui doivent être respectées pour résilier un contrat de bail. L'art. 266o CO statue que le congé qui ne satisfait pas à ces conditions est nul. Le congé nul ou inefficace³²⁹ ne déploie aucun effet. Il est juridiquement inexistant³³⁰. Les intéressés peuvent s'adresser en tout temps au juge pour faire constater la nullité ou l'inefficacité du congé³³¹.
115. Le Code prévoit expressément trois causes de nullité aux art. 266l et 266n CO :
- *Le 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. L'application de cette règle suppose donc que le bail (pseudo-)résilié porte sur un local commercial ou d'habitation.
 - Non-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

³²⁷ Cf. ci-dessus, N 98.

³²⁸ Cf. ci-dessus, N 99 et 103.

³²⁹ Pour la différence entre nullité et inefficacité, voir LACHAT, p. 729 ; retenons ici que l'inefficacité est une forme de nullité.

³³⁰ Dans ce sens : CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6 ; ZK OR-HIGI, art. 266o CO N 6.

³³¹ Dans ce sens : CPra Actions-BOHNET, § 76 N 1 ; CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6.

« logement de famille » s'il s'agit d'un local d'habitation dans lequel les époux vivent en commun avec leurs éventuels enfants et où ils ont choisi d'établir durablement leur communauté conjugale³³².

- *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 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.

116. 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 fin ou le congé jamais notifié³³³.

a. Faits générateurs et dirimants

117. A notre avis, l'action en constatation de la nullité de la résiliation est une action en constatation négative (comme par exemple l'action visant à faire constater l'inexistence d'une créance en argent), visant à faire déclarer que les conditions de la résiliation n'étaient pas réunies. Comme les règles habituelles en matière de fardeau de la preuve s'appliquent indépendamment du rôle procédural des parties³³⁴, il incombera au bailleur de prouver les faits générateurs, même s'il se trouve dans le rôle du défendeur. Il incombera 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 demandeur³³⁵. 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

³³² CPra Bail-BARRELET, art. 266m CO N 4 ; LACHAT, p. 121 ; dans ce sens aussi : ZK OR-HIGI, art. 253-274g CO N 128.

³³³ Pour des hypothèses, voir CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 29 ss.

³³⁴ TF du 08.12.2011, 4A_569/2015, cons. 1 ; ATF 118 II 521, cons. 3b ; BK ZGB-KUMMER art. 8 CC N 215.

³³⁵ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 216.

recevabilité de l'action et le locataire celui des faits dont on peut déduire que sa résiliation est valable.

118. Il est à noter que la nullité est constatée d'office par le tribunal³³⁶, ce qui n'a toutefois aucune incidence sur le fardeau de la preuve³³⁷.

aa) Conditions de recevabilité

119. L'action en constatation de la nullité est une action en constat au sens de l'art. 88 CPC³³⁸. Toute action suppose un *intérêt digne de protection* (art. 59 al. 2 let. a CPC), mais cette condition se révèle souvent problématique pour une action en constat³³⁹. 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 insupportable³⁴⁰. Tous ces éléments doivent être invoqués et 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 remplie.
120. De plus, le demandeur devra alléguer et prouver qu'une (pseudo-)résiliation lui a été notifiée, faute de quoi l'action est sans objet.

³³⁶ CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6 ; LACHAT, p. 727 ; TF du 04.01.1994, DB 1995 N 9.

³³⁷ BOHNET/JEANNIN, p. 244 et 245 ; SABINE ASPRION STÖCKLIN, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, thèse, Bâle 2008, p. 1.

³³⁸ CPra Actions-BOHNET, § 76 N 3.

³³⁹ CPC-BOHNET, art. 88 CPC N 5 ; TF du 26.05.2003, 4C.7/2003, cons. 5.

³⁴⁰ CPC-BOHNET, art. 88 CPC N 6 ; ATF 131 III 319, cons. 3.5, SJ 2005 I 449 ; 123 III 414, cons. 7b, JdT 1999 I 251 ; 120 II 20, cons. 3a, JdT 1995 I 30.

bb) Conditions de droit de fond

121. Les faits générateurs (à prouver par le défendeur) et dirimants (à prouver par le demandeur) varient en fonction de la cause de nullité invoquée par le demandeur :

- *Motif de l'art. 266l CO* : si le locataire introduit l'action, le bailleur portera le fardeau de la preuve pour la notification du congé sur la formule officielle ; si le bailleur intente l'action, le locataire portera le fardeau de la preuve de la notification du congé par écrit.

L'art. 266l CO est uniquement applicable si *l'objet loué constitue un local commercial ou d'habitation*³⁴¹. Il s'agit de faits dirimant à prouver par le demandeur.

- *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.

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 volonté³⁴², au bailleur³⁴³ ; 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 locataire³⁴⁴ ; il s'agit d'un fait dirimant.

122. 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 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 à notre sens 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

³⁴¹ CPra Actions-BOHNET, § 75 N 19 ; pour les notions de « local commercial » et « local d'habitation », cf. ci-dessus, N 58.

³⁴² A ce sujet, voir p. ex. ATF 137 III 208, cons. 3.1.2 ; 118 II 42, cons. 3b.

³⁴³ Ainsi CPra Bail-BARRELET, art. 266n CO N 7 ; ZK OR-HIGI, art. 266m-266n CO N 35.

³⁴⁴ CPra Bail-BARRELET, art. 266n CO N 4.

prouver qu'il s'agit d'un logement de famille (fait dirimant). Selon la jurisprudence du TF, 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)³⁴⁵. Dès lors, le défendeur pourra invoquer que le demandeur commet un abus de droit en essayant d'exciper de la nullité du congé. Il lui incombe le fardeau de prouver *les circonstances dont il déduit la mauvaise foi du demandeur*. Il s'agit de faits dirimants³⁴⁶.

b. Faits extinctifs

123. 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 CO³⁴⁷.

2. Annulation du congé

124. Selon l'art. 271 al. 1 CO, le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi. L'art. 271a al. 1 et 2 CO contient une liste d'hypothèses dans lesquels le congé prononcé par le bailleur est considéré comme étant contraire à la bonne foi et partant annulable³⁴⁸. L'art. 271a al. 3 CO prévoit des exceptions dans lesquelles un congé présumé contraire à la bonne foi selon l'art. 271a al. 1 ou 2 CO est néanmoins admissible³⁴⁹. Cela étant, l'annulation du bail n'est pas réservée au locataire : le bailleur peut également demander l'annulation d'un congé donné de façon contraire

³⁴⁵ ATF 137 III 208, cons. 2.5.

³⁴⁶ BK ZGB-KUMMER, art. 8 CC N 177.

³⁴⁷ ATF 131 III 33, cons. 3.

³⁴⁸ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 1 ; LACHAT, p. 739.

³⁴⁹ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 60.

aux règles de la bonne foi par le locataire³⁵⁰. Cette possibilité est toutefois théorique et, pour les développements qui suivent, nous supposons que le locataire attaque un congé donné par le bailleur.

125. Il est possible de demander autant l'annulation d'un congé donnée pour l'échéance contractuelle que d'un congé anticipé³⁵¹.

a. Faits générateurs

126. Pour pouvoir demander l'annulation d'une résiliation, le locataire devra démontrer les éléments suivants :

- *Existence d'un contrat de bail portant sur un local commercial ou d'habitation* : les dispositions des art. 271 ss CO ne s'appliquent qu'aux baux de locaux commerciaux et d'habitations : cela ressort du titre du chapitre III du titre huitième du CO et non des dispositions légales elles-mêmes³⁵². Le fait que l'objet loué constitue un local commercial ou d'habitation constitue une condition à la naissance du droit du locataire à l'annulation de la résiliation ; il s'agit d'un fait générateur ; il incombe donc au locataire de prouver que le contrat porte sur un tel local³⁵³.
- *Résiliation par le défendeur* : le but de l'action est l'annulation du congé ; la prononciation d'une résiliation est une condition *sine qua non* pour que prenne naissance le droit du demandeur à l'annulation de la résiliation³⁵⁴. Partant, il incombe au demandeur de démontrer que le défendeur lui a effectivement notifié la résiliation du bail.

Il convient de préciser que le tribunal peut constater d'office la nullité d'un congé³⁵⁵ ; si le congé attaqué est en réalité nul et, partant, inexistant, le constat de nullité se fait à titre préalable par le juge. En

³⁵⁰ CPra Actions-BOHNET, § 75 N 20 ; CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 5 ; LACHAT, p. 724.

³⁵¹ LACHAT, p. 725.

³⁵² ZK OR-HIGI, intro art. 271-273c CO N 3.

³⁵³ Voir p. ex. TF du 12.06.2006, 4C.128/2006, cons. 2.

³⁵⁴ Dans ce sens : ZK OR-HIGI, art. 271 CO N 34.

³⁵⁵ CPra Actions-BOHNET, § 76 N 1 ; CPra Bail-MONTINI, art. 266o CO N 6.

pratique, l'action en constatation de la nullité du congé³⁵⁶ et celle en annulation du congé sont souvent intentées en même temps.

- *Saisine de l'autorité de conciliation dans les 30 jours* : 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. Comme mentionné ci-dessus³⁵⁷, lorsque la loi prévoit qu'un droit peut uniquement s'exercer durant un certain délai, le respect de ce délai constitue un fait générateur ; le locataire devra prouver *le moment de la réception du congé* ainsi que *le moment du dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation*³⁵⁸. Le respect ou le non-respect du délai doit être constaté d'office par l'autorité³⁵⁹.
- *Violation du principe de la bonne foi* : la notion de « bonne foi » de l'art. 271 al. 1 CO correspond à celle de l'art. 2 al. 2 CC (dont l'art. 271 al. 1 CO exclut l'application)³⁶⁰ ; 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 congé³⁶¹.

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 prétexte³⁶².

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 demandeur³⁶³.

Il ressort de la liste de l'art. 271a al. 1 et 2 CO que le législateur considère comme abusifs les « congé-vengeance », « congé-pression »

356 Cf. ci-dessus, N 114 ss.

357 N 57.

358 Cour suprême du Canton de Berne, décision du 05.11.2012, ZK 12 268.

359 CPra Actions-CONOD, art. 273 CO N 9 ; BSK OR I-WEBER, art. 273 CO N 3.

360 ATF 133 III 175, cons. 3.3.4, JdT 2008 I 314.

361 BSK OR I-WEBER, art. 271/271a CO N 3.

362 LCHAT, p. 733 s. ; CPra Actions-CONOD, art. 273 CO N 9.

363 ZK OR-HIGI, art. 271 CO N 165.

et « congé-modification »³⁶⁴. La disposition légale précitée dresse une liste des comportements du bailleur dont on peut déduire, selon l'avis du législateur, que le motif de congé est abusif³⁶⁵. Pour ce qui est des hypothèses de l'art. 271a al. 1 let. b et c CO, il s'agit de *fiction*s³⁶⁶. La mauvaise foi du bailleur constitue le *factum probandum* qui est considéré comme établi si les faits-indices de l'une des hypothèses sont établis, sans que le bailleur puisse prouver qu'il est néanmoins de bonne foi. Quant aux hypothèses de l'art. 271a al. 1 let. a, d, e et f, celles-ci fondent des *présomptions réfragables*³⁶⁷ : si le locataire prouve les éléments y prévus, le bailleur peut s'opposer en invoquant certains motifs nommés par la loi³⁶⁸.

- Pour la let. a constituent des faits générateurs : une prétention du locataire qui découle du bail, la revendication de cette prétention par le locataire ainsi que le lien de causalité naturelle entre ces éléments et la résiliation³⁶⁹ ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire³⁷⁰.
- Les faits générateurs selon la let. b sont *la modification unilatérale du contrat par le bailleur, au détriment du locataire*, ainsi *qu'un lien de causalité naturelle* entre ces éléments et la résiliation³⁷¹ ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe également au locataire³⁷².
- En ce qui concerne la let. c, les faits générateurs sont *l'intention du bailleur d'amener le locataire à acheter l'objet loué*, le fait que *l'objet loué soit un local d'habitation* et le *lien de causalité* entre

³⁶⁴ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 12.

³⁶⁵ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 13.

³⁶⁶ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 15 et 16, qui considère toutefois que les let. a et f constituent également des fictions ; toutefois, les let. a et f permettent au bailleur de détruire la présomption ; cf. ci-dessus, N 44.

³⁶⁷ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 19 ; voir aussi p. ex. TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.1 ; TF du 27.03.2006, 4C.17/2006, cons. 3.1 ; TF du 09.06.2015, 4A_52/2015, cons. 2.2.

³⁶⁸ Cf ci-dessous, N 127.

³⁶⁹ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 20 ss.

³⁷⁰ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 66.

³⁷¹ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 74 ss.

³⁷² ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 90.

l'intention du bailleur et la résiliation ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe également au locataire³⁷³.

- Pour les let. d et e, ainsi que l'art. 271a al. 2 CO, les éléments constitutifs sont *un différend entre le locataire et le bailleur*, que ce différend se trouve *en rapport avec le bail* ainsi que *le moment de la résiliation* (durant le différend pour la let. d, dans les trois ans suivant le différend dans la let. e resp. 1^{er} al. 2)³⁷⁴. Le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire³⁷⁵.
- Pour la let. f, les faits générateurs sont *la situation familiale du locataire, sa modification*, ainsi qu'*un lien de causalité naturelle* entre ces deux éléments et la résiliation³⁷⁶. Le locataire supporte le fardeau de la preuve pour ces éléments³⁷⁷.

Il convient de noter que, pour la preuve du lien de causalité naturelle, uniquement le degré de la vraisemblance prépondérante est exigé³⁷⁸.

b. Faits dirimants

127. Le bailleur peut s'opposer aux motifs d'annulation du congé avancés par le locataire par différents arguments ; ceux-ci varient en fonction des motifs avancés par le locataire.

- Si le locataire invoque le motif de l'art. 271a al. 1 let. a : *la mauvaise foi du locataire*³⁷⁹ : le simple fait que les prétentions invoquées par le locataire soient infondées ne suffit pas ; en revanche, est de mauvaise foi le locataire qui sait ses prétentions injustifiées et qui les émet uniquement pour se prévaloir ultérieurement de l'annulabilité du congé³⁸⁰. Les faits dont on peut déduire un comportement contraire à la bonne foi par le locataire sont des faits dirimants qui s'opposent à

³⁷³ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 20 ss ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 100 ss.

³⁷⁴ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 180.

³⁷⁵ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 263.

³⁷⁶ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 127 ss.

³⁷⁷ ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 173 ; voir aussi : CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 59.

³⁷⁸ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 67 ; pour les différents degrés de preuve, cf. ci-dessus, N 10 ss.

³⁷⁹ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 11.

³⁸⁰ LACHAT, p. 741 ; ATF 114 II 79, cons. 3a.

la naissance du droit à l'annulation du congé par le locataire ; le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au bailleur³⁸¹.

- Si le locataire invoque le motif de l'art. 271a al. 1 let. d et e, respectivement de l'art. 271a al. 2 CO, le bailleur peut se défendre en invoquant que le congé a été donné pour l'une des raisons indiquées à l'art. 271a al. 3 CO. Alors que les let. a et d de l'art. 271a al. 3 CO parlent du besoin propre urgent, les let. b, c, e et f de cette disposition nomment les motifs de résiliation extraordinaires. Ainsi, les motifs que le bailleur peut invoquer sont :

- *Besoin urgent pour lui-même ou sa famille* : ce motif est à disposition du bailleur lorsqu'il est propriétaire de l'objet loué depuis un certain temps (art. 271a al. 3 let. a CO) ou lorsqu'il vient d'en acquérir la propriété (art. 271a al. 3 let d et art. 261 al. 2 CO). Le besoin du propriétaire doit être propre, c'est-à-dire que l'utilisation des locaux doit lui être nécessaire pour lui-même ou pour l'un de ses proches parents ou alliés³⁸². Ce besoin personnel sera toujours considéré comme acquis lorsqu'on ne peut exiger du bailleur qu'il renonce – pour des raisons économiques ou pour d'autres raisons – à utiliser le logement ou la maison loué, autrement dit lorsqu'on ne peut exiger de lui qu'il attende l'échéance contractuelle pour résilier le bail, tout en respectant le délai de congé contractuel. Le besoin urgent doit être immédiat (*unmittelbar*), réel (*tatsächlich*) et actuel (*aktuell*)³⁸³. Les motifs invoqués doivent revêtir objectivement une certaine importance³⁸⁴.

Savoir si le bailleur a un besoin propre urgent pour lui-même ou sa famille est une question d'appréciation³⁸⁵. Il incombe au bailleur de démontrer le besoin propre urgent³⁸⁶. Il devra donc invoquer les circonstances dont, selon lui, on peut déduire un besoin propre urgent pour lui-même ou un membre de sa famille. Il supporte le fardeau de la preuve pour ces éléments³⁸⁷.

- *Causes de résiliation extraordinaire* : les motifs nommés à l'art. 271a al. 3 let. b, c, d et f CO correspondent aux causes permettant au bailleur de mettre fin au bail de manière anticipée (257d, 257f al. 3 et 4, 266g et 266h CO). Dans la mesure où il s'agit de motifs qui permettent au bailleur de résilier le bail de

³⁸¹ CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 11 ; LACHAT, p. 741 ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 67 ; ATF 114 II 79, cons. 3a.

façon anticipée, il est logique que le locataire ne puisse pas bénéficier de la période de protection³⁸⁸. Cela étant, le bailleur peut, en présence de ces éléments, résilier le bail pour l'échéance contractuelle ; une résiliation immédiate n'est pas exigée³⁸⁹.

En général, lorsque le bailleur invoque un motif de résiliation, il en supporte le fardeau de la preuve³⁹⁰ ; en l'occurrence, cela signifie que le bailleur devra prouver les éléments factuels sur lesquels il se fonde pour justifier son congé extraordinaire.

- Si le locataire invoque l'art. 271a al. 1 let. f CO : *les inconvénients majeurs*. Il s'agit de circonstances dans lesquels la résiliation est compréhensible pour toute personne raisonnable³⁹¹. L'on pense en particulier à la situation de la mise en cause de l'intérêt financier du bailleur, notamment lorsque la solvabilité du locataire est atteinte, p. ex. par un divorce³⁹². Des hypothèses souvent citées sont également la sur- ou sous-occupation importante des locaux loués³⁹³.

Savoir si une certaine situation constitue un inconvénient majeur pour le bailleur au sens de l'art. 271a al. 1 let. f CO est une question d'appréciation. Le fardeau de la preuve pour les éléments dont le bailleur déduit son inconvénient majeur incombe au bailleur³⁹⁴.

382 ATF 132 III 737, cons. 3.4.3 ; TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.2.
383 ATF 132 III 737, cons. 3.4.3 ; ATF 118 II 50, cons. 3d, JdT 1993 I 290 ; TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.3.
384 ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 197.
385 ZK OR-HIGI, art. 271a N 204 ; ATF 118 II 50, cons. 3d, JdT 1993 I 290.
386 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 64 ; TF du 12.06.2008, 4A_85/2008, cons. 3.1 ; TF du 27.03.2006, 4A_17/2006, cons. 3.1.
387 ZK OR-HIGI, art. 271a N 204.
388 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 67.
389 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 66 ; LACHAT, p. 747.
390 ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 229.
391 ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 155.
392 CPra Bail-CONOD, art. 271a CO N 57 ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 161.
393 BSK OR I-WEBER, art. 271-271a CO N 23 ; CPra Bail-CONOD, art. 271a N 58 ; ZK OR-HIGI, art. 271a CO N 161.
394 SVIT-K., art. 271a CO N 66 ; ZK OR-HIGI, art. 271a N 173 s.

128. Les éléments cités constituent des faits dirimants : leur présence empêche la naissance du droit du locataire à l'annulation du loyer.

c. Faits extinctifs

129. A notre avis, 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 résiliation. L'intérêt digne de protection est une condition de la recevabilité de l'action (art. 59 al. 1 let. a CPC)³⁹⁵. Notons que 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 conditions³⁹⁶.
130. 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 faits, en vertu des principes expliqués ci-dessus³⁹⁷.

3. Prolongation du bail

131. Si le contrat de durée déterminée arrive à échéance ou que le bailleur résilie le contrat de durée indéterminée et que la résiliation n'est pas annulée, le locataire peut, en vertu des art. 272 CO, demander la prolongation du bail, à moins qu'une des conditions de l'art. 272a CO soit remplie. A l'échéance de la durée de la prolongation, le locataire peut demander, à des conditions plus restrictives, une deuxième prolongation du bail. Toutefois, la durée maximale de la prolongation du bail est de quatre ans pour les locaux d'habitation et de six ans pour les locaux commerciaux (art. 272b CO).

³⁹⁵ CPC-BOHNET, art. 59 CPC N 88 ss.

³⁹⁶ TF du 04.02.2014, 4A_499/2013, cons. 3.2 ; BSK OR I-WEBER, art. 266a N 1 ; LACHAT, p. 641 ; SVIT-K., intro art. 266-266o CO N 9 ; ZK OR-HIGI, intro art. 266-266o CO N 44.

³⁹⁷ N 32 ss.

132. Cette institution a pour but de remédier aux conséquences pénibles que la fin du bail aurait pour le locataire et les membres de sa famille³⁹⁸.

a. Faits générateurs

133. Le tribunal peut accorder au locataire la prolongation de son bail aux conditions suivantes :

- *Contrat de bail de locaux commerciaux ou d'habitations* : comme pour les dispositions concernant l'annulation du congé, celles au sujet de la prolongation du bail se trouvent dans le chapitre III du titre huitième, qui s'applique uniquement aux baux de locaux commerciaux et d'habitations³⁹⁹.
- *Fin du contrat de bail* : la prétention du locataire en prolongation du bail prend uniquement naissance lorsque le contrat a pris fin soit par résiliation (valable) du bailleur, soit si le contrat de durée indéterminée arrive à échéance⁴⁰⁰.
- *Le dépôt d'une demande dans les délais* : selon l'art. 273 al. 2 CO, le demandeur qui souhaite demander la prolongation du bail doit déposer une requête devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours dès la réception de la résiliation respectivement dans les 60 jours avant l'expiration de la durée fixe du contrat. Comme mentionné ci-dessus⁴⁰¹, 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 générateur, le fardeau de la preuve pour cet élément incombe au locataire ; l'objet de la preuve est en fait le moment du dépôt de l'acte à la poste ou directement à l'autorité de conciliation.
- *Conséquences pénibles et caractère non prépondérant des intérêts du bailleur* : constituent des conséquences pénibles les circonstances qui rendent impossibles ou difficiles la recherche de locaux de

³⁹⁸ CPra Actions-BOHNET, § 75 N 2 ; CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 20 ; LACHAT, p. 765.

³⁹⁹ ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 3 ; voir aussi : CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 2 ss ; cf. ci-dessus, N 126.

⁴⁰⁰ TF du 14.04.2016, 4A_270/2015, cons. 4.2 destiné à la publication ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 53 s.

⁴⁰¹ N 57 et 126.

remplacement dans le temps disponible jusqu'à la fin du bail⁴⁰². Toutefois, le tribunal appelé à statuer dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il n'existe dès lors pas de liste de conséquences pénibles qui impliqueraient automatiquement la prolongation du bail⁴⁰³. Parmi les circonstances susceptibles d'être considérées comme pénibles figurent notamment l'âge avancé ou l'invalidité du locataire lorsqu'il s'agit de locaux d'habitation⁴⁰⁴; 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 péril⁴⁰⁵.

En plus des circonstances pénibles, il faut que les intérêts du bailleur ne soient pas prépondérants. Le tribunal décide en procédant à une pesée entre les intérêts du locataire touché par des circonstances pénibles et les intérêts du bailleur. L'art. 272 al. 2 CO indique au tribunal des circonstances qui devraient être prises en considération afin de procéder à la pesée des intérêts. En réalité, il est difficile de séparer les circonstances qui sont « pénibles » de celles qui sont prises en compte pour la pesée des intérêts.

Le locataire porte le fardeau de la preuve *pour les circonstances qui rendent, selon lui, difficile la recherche de locaux de remplacement*⁴⁰⁶. Pour le locataire, entrent en compte en particulier les critères nommés à l'art. 272 al. 2 let. a à c et e CO. Le locataire devra en plus démontrer les efforts entrepris pour trouver un local de remplacement⁴⁰⁷.

- Si le locataire demande une deuxième prolongation : *toutes les démarches qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui afin de remédier aux conséquences pénibles du congé*. Le locataire doit procéder à des recherches systématiques et régulières dès la réception du congé et en particulier durant la première prolongation. On peut attendre de lui qu'il s'inscrive par écrit auprès de gérances de la place, qu'il consulte régulièrement les annonces et réponde aux annonces

402 CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 8 ; BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 3 ss ; LACHAT, p. 771 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 83.

403 CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 10 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 89.

404 BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 3.

405 BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 3a ; LACHAT, p. 773.

406 BSK OR I-WEBER, art. 272 CO N 13 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 251.

407 CPra Bail-CONOD, art. 272 CO N 22.

intéressantes, s'inscrive auprès de services de location de sa localité ou de son canton⁴⁰⁸, voire qu'il fasse paraître lui-même des annonces⁴⁰⁹.

Le fardeau de la preuve pour ces éléments incombe au locataire. Il en apportera la preuve en déposant les copies de ses démarches⁴¹⁰. Si le locataire n'a pas procédé ainsi, le tribunal refuse en règle générale la prolongation ; si les démarches sont insuffisantes, il en réduira en principe la durée⁴¹¹.

b. Faits dirimants

134. 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 CO.
135. En ce qui concerne ses intérêts (potentiellement) prépondérants, l'on pense en particulier au besoin urgent propre (art. 272 al. 2 let. d CO). La notion correspond à celle de l'art. 271a al. 3 let. a CO⁴¹². Le besoin propre et urgent lors du transfert du bail (art. 261 al. 2 let. a et 271a al. 3 let. a CO) influe directement sur la validité de la résiliation et ne suppose pas de pesée entre les intérêts du nouveau bailleur et du locataire, comme c'est le cas pour statuer sur la prolongation du bail (art. 272 al. 2 let. d CO)⁴¹³.
136. En vertu de l'art. 272a CO, le bailleur peut, pour s'opposer à la prolongation du bail, invoquer les éléments suivants :

⁴⁰⁸ BSK OR I-WEBER, art. 272 N 17 ; LACHAT, p. 785.

⁴⁰⁹ LACHAT, p. 785 ; SVIT-K., art. 272 CO N 61 ; ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 244 ;
contra : BSK OR I-WEBER, art. 272 N 17.

⁴¹⁰ LACHAT, p. 785.

⁴¹¹ BSK OR I-WEBER, art. 272 N 17 ; LACHAT, p. 786.

⁴¹² Cf. ci-dessus, N 127.

⁴¹³ TF du 31.03.2016, 4A_447/2015, cons. 5.2.1.

- *Des causes de résiliation extraordinaire* (art. 272a al. 1 lit. a à c CO) : à l'instar de l'annulation de la résiliation du bail⁴¹⁴, la présence de ces éléments exclut également la prolongation.
 - 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 lit. d CO).
 - *L'offre d'un local de remplacement équivalent* : pour être équivalent, le local doit disposer des mêmes caractéristiques que le local résilié. Pour l'équivalence, il peut être renvoyé aux développements au sujet de l'art. 259c CO⁴¹⁵. L'offre n'exclut cependant pas la prolongation dans tous les cas ; le locataire peut faire valoir des circonstances particulières rendant objectivement intelligible sa décision de refuser l'offre⁴¹⁶. Il supporte le fardeau de la preuve pour ces circonstances⁴¹⁷.
137. Il s'agit de circonstances qui empêchent que le droit du locataire à la prolongation du bail prenne naissance⁴¹⁸ ; ce sont donc de faits dirimants⁴¹⁹. Le bailleur en supporte le fardeau de la preuve⁴²⁰.

c. Faits extinctifs

138. Le droit à la prolongation du bail prend fin lorsque le locataire peut emménager dans un local équivalent⁴²¹. 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 existant.

414 Cf. ci-dessus, N 99.

415 Cf. ci-dessus, N 99.

416 ZK OR-HIGI, art. 272a CO N 82 s.

417 ZK OR-HIGI, art. 272a CO N 90.

418 ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 61 et art. 272a CO N 90.

419 Cf. ci-dessus, N 28 ss.

420 ZK OR-HIGI, art. 272 CO N 254 s.

421 Au sujet du critère de l'équivalence, cf. ci-dessus, N 98.

IV. Conclusions

139. La répartition du fardeau de la preuve en droit du bail est complexe. Cela est principalement dû à deux éléments : premièrement, le législateur a créé un système compliqué de règles et d'exceptions, et parfois d'exceptions aux exceptions, notamment en matière de fixation du loyer. La même règle peut se présenter sous forme de règle génératrice dans une situation et sous forme de règle dirimante dans une autre. Ainsi, le locataire peut opposer au bailleur la méthode absolue lorsque le bailleur 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 bailleur.
140. Cette solution ne saurait correspondre au but principal des règles de la répartition du fardeau de la preuve. Elles visent à 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 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 seul le bailleur 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).
141. Peu fondée du point de vue dogmatique, la solution se révèle également insatisfaisante en pratique, puisque, appliquée de façon stricte, elle entraînerait systématiquement l'échec du locataire. Le TF tente d'équilibrer les positions respectives des parties par sa jurisprudence consacrée au devoir de collaboration du bailleur, déduit du principe de la bonne foi. Elle impose au bailleur de mettre à disposition du locataire les éléments nécessaires à la preuve des faits nécessaires à la défense de ses droits et permet de prendre en considération un refus du bailleur au stade de l'appréciation des preuves. Le TF ne manque cependant aucune occasion de souligner que cette jurisprudence n'a aucune influence sur le fardeau de la preuve.
142. Le deuxième élément qui rend complexe la répartition du fardeau de la preuve en bail est l'étendue du pouvoir d'appréciation fréquemment

attribué au tribunal. Qu'il s'agisse de « défaut de la chose louée », de « chose de remplacement équivalent » ou de « besoin urgent », ces notions juridiques indéterminées ont en commun que l'objet de la preuve est difficile à définir précisément. La partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve devra prouver les faits dont on peut déduire que la situation dans le cas d'espèce correspond à celle que le législateur voulait régler par la norme en question. Or savoir si les faits allégués et prouvés remplissent effectivement cette condition est largement dans le pouvoir d'appréciation du tribunal.

Bibliographie

- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel 2014 (cité : Procédure civile)
- BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile, RDS 2009 II, p. 185 ss (cité : Défenses)
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 134 I, p. 223 ss
- BOHNET FRANÇOIS/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer, commentaire pratique, Bâle 2010 (cité : CPra-AUTEUR)
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité : CPC-AUTEUR)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN C., art. 150 ZPO, in : Alvarez Cipriano et al., Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung II, Berne 2012 (cité : BK ZPO II-BRÖNNIMANN)
- DAÏNA SALOMÉ ISABELLE, Le caractère abusif du loyer initial : qui doit prouver quoi ?, Cahiers du Bail 2009, p. 97 ss
- DOLGE ANNETTE, Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme, Zurich 2013
- FETTER SÉBASTIEN, La contestation du loyer initial, thèse, Berne 2005
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Berne 1979
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1 : Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zurich 2015
- HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Teilband V2b, Die Miete, 4 Lieferungen, Zürich 1994-1998
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5^e éd., Bâle 2014 (Cité : BSK ZGB I-AUTEUR)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (édit.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK IPRG-AUTEUR)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6^e éd., Bâle 2015 (Cité : BSK OR I-AUTEUR)

JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse, in : Jusletter du 16 novembre 2015

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-KUMMER)

LACHAT DAVID, Le droit du bail à loyer, 9^e éd., Lausanne 2008

ROSENBERG LEO, Die Beweislast, 6^e éd., Munich 1965

SCHWAAB JEAN JACQUES, La fixation et la contestation du loyer initial, in : 15^e séminaire du droit du bail, Neuchâtel 2008, p. 1 ss

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

SIEGRIST EDGAR, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, thèse, Berne 1938

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht - Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts. 2^e éd., Berne 2013

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Bâle 2011

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-WALTER)

WEBER ROLF H., Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, in : Heinz Hausheer (édit.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI : Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Teilband 5 : Allgemeine Bestimmungen, Berne 2000 (cité : BK OR-WEBER)

WEY RENATE, La consignation du loyer – étude des art. 259*g-i* CO, thèse, Lausanne 1995

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

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