

**Tribunal fédéral – 4A_183/2020, destiné
à la publication**

**Ire Cour de droit civil
Arrêt du 6 mai 2021**

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Pascal Jeannin, Fardeau de la preuve pour la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien (arrêt TF 4A_183/2020), Newsletter Bail.ch, juillet 2021

Newsletter juillet 2021

Loyer ; procédure

Contestation du loyer initial ;
loyers usuels dans la localité
ou dans le quartier ; fardeau
de la preuve

**Art. 269a let. a, 270 CO ;
11 OBLF**



Fardeau de la preuve pour la contestation du loyer initial d'un immeuble ancien

Pascal Jeannin

I. Objet de l'arrêt

Le présent arrêt précise la répartition du fardeau de la preuve lors de la contestation du loyer initial portant sur un « immeuble ancien ».

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Par contrat de bail du 30 mars respectivement 4 avril 2017, A. a donné à bail à B., à compter du 16 avril 2017, un appartement de 2-pièces au 4^e étage d'un immeuble situé en ville de Zurich. Le loyer net convenu était de CHF 1'060.- par mois, avec, en sus, un montant de CHF 55.- à titre de frais de chauffage et d'eau chaude ainsi que de CHF 110.- à titre de frais d'exploitation. Le 30 mars 2017, la bailleuse avait notifié à la locataire le formulaire de notification du loyer initial. Il en ressort que le loyer net du locataire précédent s'élevait à CHF 738.-, les montants des acomptes ayant été identiques. La bailleuse a indiqué comme motif de majoration du loyer une « adaptation aux loyers usuels de la localité et du quartier » (En fait, A.).

Le 2 mai 2017, la locataire a saisi l'autorité de conciliation du district de Zurich et a conclu à la constatation du caractère abusif du loyer initial. L'autorité a soumis aux parties une proposition de jugement, que la bailleuse a cependant contestée. Elle a dès lors agi le 14 septembre 2017 devant le Tribunal des baux du canton de Zurich et a conclu à la constatation du caractère non abusif du loyer net de CHF 1'060.- pour l'objet loué, subsidiairement à la fixation judiciaire du loyer, le tout avec suite de frais judiciaires et dépens. A l'appui de sa demande, la bailleuse a déposé une expertise privée du Prof. Dr. C. de la Haute-école de X. et a indiqué 23 appartements dont, selon elle, la situation, la taille, l'année de construction, l'équipement et l'état étaient comparables à l'objet loué. Le loyer net de tous ces objets était plus élevé. La locataire a contesté le caractère comparable des objets indiqués par la bailleuse. Par jugement du 26 août 2019, le tribunal des baux du canton de Zurich a déclaré abusif le loyer net de CHF 1'060.- et l'a réduit de manière rétroactive, à compter du début du bail, à CHF 855.- par mois. Par arrêt du 2 mars 2020, le Tribunal suprême du canton de Zurich a rejeté un appel interjeté par la bailleuse contre ce jugement (En fait, B.).

Par recours du 27 avril 2020, la bailleuse a saisi le Tribunal fédéral et a conclu à ce que le loyer initial net mensuel de CHF 1'060.- soit déclaré non abusif et subsidiairement à ce que l'arrêt contesté soit

annulé et l'affaire renvoyée à l'instance inférieure pour jugement au sens des considérants. La locataire a conclu au rejet du recours avec suite de frais judiciaires et dépens (En fait, C.)

B. Le droit

Après examen des conditions de recevabilité (consid. 1 et 2), le Tribunal fédéral constate que l'immeuble dans lequel se trouve l'objet loué a été construit en 1933 et acquis par la bailleuse en 1948. Sa qualification d'« immeuble ancien » ne fait donc aucun doute. Dès lors, en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier au sens de l'art. 269a let. a CO est applicable pour déterminer si le loyer initial est, en l'occurrence, abusif ou non. Selon l'art. 11 OBLF, le calcul des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier peut se faire de deux manières : soit en apportant le loyer de cinq logements comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction (al. 1), soit par statistiques officielles (al. 4), à condition que celles-ci prennent en compte les critères de l'emplacement, de la dimension, de l'équipement, de l'état et de l'année de construction. En l'occurrence, l'instance précédente a retenu qu'aucune des parties n'a invoqué l'existence de statistiques officielles au sens de l'art. 11 al. 4 OBLF pour la ville de Zurich. Il est donc admis que l'examen du caractère abusif du loyer initial se fera par la méthode des cinq objets comparatifs. Les parties sont en revanche en désaccord sur la répartition du fardeau objectif de la preuve pour ces cinq objets comparatifs (consid. 3.1).

Le Tribunal fédéral commence par un rappel de sa jurisprudence concernant la répartition du fardeau de la preuve dans la contestation du loyer initial. L'abus de droit constitue un fait dirimant ; le fardeau de la preuve incombe donc à la partie qui s'oppose à l'exercice du droit en invoquant son abus. Il en résulte que le fardeau de la preuve pour le caractère abusif du loyer initial incombe au locataire. Il incombe donc, en principe, au locataire d'apporter la preuve de cinq objets comparatifs au sens de l'art. 11 OBLF.

Dans l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral a cependant atténué ce principe en faveur du locataire en cas d'augmentations massives par rapport au loyer précédent. Partant du constat qu'une augmentation de 43.61% ne se justifiait pas au vu de l'évolution du taux hypothécaire de référence et de l'IPC les douze années précédant le changement de locataire, la bailleuse aurait eu le devoir d'apporter des contre-preuves et de démontrer que, malgré les apparences, il s'agit d'un cas exceptionnel et que le loyer initial n'est pas abusif. Selon les principes généraux tirés des règles de la bonne foi, le bailleur qui n'a pas la charge de la preuve doit collaborer loyalement à l'administration des preuves en fournissant tous les éléments en sa possession, qui sont nécessaires à la vérification du motif qu'il a allégué dans la formule officielle. La bailleuse aurait dès lors été tenue de participer à l'administration des preuves en fournissant au moins cinq éléments de comparaison présentant des caractéristiques semblables à la chose louée. Le Tribunal fédéral a par la suite repris ces considérants dans différents arrêts ultérieurs, sans pour autant appliquer ces principes au cas d'espèce (consid. 3.2).

La portée de cette jurisprudence est contestée en doctrine, et cela en lien avec deux aspects : premièrement, la doctrine discute son impact au niveau du droit de la preuve. La jurisprudence n'est en effet pas limpide à ce sujet, puisqu'elle évoque à la fois le devoir de collaborer du bailleur à l'administration de la preuve, mais parle en même temps de contre-preuve.

Notre Haute Cour précise la manière dont il faut comprendre sa jurisprudence sur ce point : dans l'arrêt 4A_400/2017, consid. 2.2.2 (non publ. in ATF 144 III 514), elle a considéré que le loyer convenu était « présumé abusif » et que dès lors « il incombe au bailleur d'apporter des contre-preuves fondées sur des éléments comparatifs ». Il convient d'en déduire – et donc d'interpréter la jurisprudence dans le sens – que le Tribunal fédéral a introduit une *présomption de fait* et qu'il ne s'agit pas d'une question de devoir de collaborer.

Deuxièmement, il n'est pas clair ce qu'il faut entendre par « augmentation massive ». A ce sujet, le Tribunal fédéral a considéré dans l'ATF 139 III 13 précité que « [c]e devoir du bailleur de collaborer à

l'administration des preuves trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier, comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10% par rapport à l'ancien loyer ». La doctrine majoritaire en a déduit que la présomption précitée devait s'appliquer dès que l'augmentation du loyer dépasse 10%. BEAT ROHRER (Das schweizerische Mietrecht, 4^e éd., 2018, Art. 270 N 54) rejette cette interprétation, puisque cela signifierait que cet allègement de preuve s'appliquerait de fait dans l'énorme majorité des cas, étant donné que l'augmentation de plus de 10% est une condition de recevabilité de l'action en contestation du loyer initial selon l'art. 270 al. 1 let. b CO. Le Tribunal fédéral estime que l'avis de ROHRER est convaincant sur ce point et considère donc que la présomption de fait ne saurait s'appliquer déjà lorsque le loyer est majoré de plus de 10%. Il ne fixe cependant pas de limite, se contentant de considérer que lorsque la majoration était, comme en l'espèce, de 44%, cette condition était à l'évidence réalisée (consid. 3.3).

La bailleuse invoque que la présomption (réfragable) ne saurait s'appliquer lorsque le loyer précédent était de « longue durée ». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le bailleur peut en effet motiver une adaptation du loyer aux loyers usuels de la localité et du quartier en cours de bail lorsque le laps de temps écoulé depuis la dernière fixation du loyer suffit pour constater, de manière statistiquement fiable, une éventuelle modification du niveau correspondant des loyers. Une durée de bail de 20 ans, comme en l'occurrence, est largement suffisante sous cet angle. Étant donné que la bailleuse aurait donc pu adapter le loyer en cours du bail précédent aux loyers usuels (ce qu'elle n'a pas fait), une augmentation de 43% lors de la conclusion d'un nouveau bail, même en présence d'une réduction du taux hypothécaire de référence et d'une augmentation très modeste de l'IPC ces dernières années, ne saurait démontrer un abus.

Selon le Tribunal fédéral, même si cela paraît vraisemblable, le simple fait que le loyer était de longue durée ne signifie pas automatiquement que la bailleuse aurait pu augmenter le loyer sur la base des loyers usuels. Encore faut-il, pour qu'une telle augmentation eût été possible, que les loyers usuels dans la localité ou dans le quartier aient effectivement augmenté. Ne pas appliquer la présomption de fait du caractère abusif du loyer initial en cas d'augmentation massive par rapport au loyer précédent désavantagerait outre mesure le locataire. Étant donné la difficulté notoire de prouver les loyers usuels de la localité ou du quartier, une telle solution priverait de fait le locataire de la possibilité de contester le loyer initial d'immeubles anciens, même en cas d'augmentation massive, ce qui contreviendrait au but de la loi de protéger la partie faible. Toutefois, le fait que le loyer ait été de longue durée constitue un indice permettant de *renverser* la présomption. Dans ce contexte, un bail précédent d'une durée de l'ordre de 15 à 20 ans constitue un « bail de longue durée ». En l'occurrence, vu la durée du bail précédent de 20 ans, ce dernier remplit ce critère (consid. 3.5).

Le Tribunal fédéral précise par la suite ce qu'il faut entendre par une présomption de fait et en quoi celle-ci se distingue en particulier du renversement de la preuve : une présomption de fait constitue une conclusion tirée de l'expérience générale de la vie. Elle ne renverse pas le fardeau de la preuve, mais constitue uniquement un allègement du fardeau subjectif de la preuve. La partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve principale peut apporter cette preuve au moyen de la présomption de fait. La partie adverse peut se contenter de la renverser en apportant la contre-preuve, soit de mettre en doute la présence des faits-indices ou de la conséquence à en tirer. Si la partie adverse réussit, la preuve principale a échoué. Il y a absence de preuve et la décision se fait par répartition du fardeau de la preuve (consid. 4.1).

Le Tribunal fédéral reconnaît que la formulation dans l'ATF 139 III 13, consid. 3.3 et 3.4, selon laquelle « la bailleuse a échoué dans la preuve que le loyer contesté ne dépassait pas les loyers usuels de la localité ou du quartier », peut prêter à confusion. Contrairement à ce qu'on pourrait en déduire, l'on ne saurait attendre de la bailleuse qu'elle apporte la preuve pleine pour le caractère non abusif du loyer contesté. Cela correspondrait en effet à un renversement du fardeau de la preuve, qui ne serait cependant pas dans l'idée du législateur, qui a expressément considéré, dans le message relatif à la révision du droit du bail en 1985, que le fardeau de la preuve pour le caractère abusif du loyer initial incomberait au locataire. Il convient donc de préciser l'ATF 139 III 13 dans le sens qu'il est suffisant

que la bailleresse soulève des doutes justifiés au sujet de la présomption de fait du caractère abusif du loyer initial (consid. 4.2).

La bailleresse peut renverser la présomption par exemple en apportant des statistiques, même lorsqu'elles ne respectent pas les conditions de l'art. 11 al. 4 OBLF, ou seulement 3 ou 4 objets de comparaison remplissant les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF, complétés par des statistiques ou d'autres éléments qui permettent de conclure au caractère usuel du loyer dans la localité ou le quartier. De même, il ne convient pas d'appliquer avec la même rigueur les critères de l'art. 11 al. 1 OBLF que lorsqu'il s'agit d'apporter la preuve pleine. Une expertise privée peut éventuellement être utile à ce sujet. Dans ce contexte, il convient aussi de prendre en compte le fait que le bail précédent était de longue durée. Il revient au juge cantonal d'apprécier les indices apportés par la bailleresse en conformité avec l'expérience générale de la vie et ses connaissances du marché local. Si, sur cette base, il arrive à la conclusion que la bailleresse a créé des doutes fondés concernant le caractère abusif du loyer initial, il incombe au locataire d'apporter la preuve pleine du caractère abusif du loyer au moyen de cinq objets comparatifs ou de statistiques officielles. Si elle ne parvient pas à renverser la présomption, la bailleresse peut toujours apporter la preuve du contraire, soit prouver pleinement le caractère non abusif du loyer, en apportant cinq objets comparatifs ou des statistiques officielles (consid. 4.3). Un revirement de jurisprudence, tel que réclamé entre autres par ROHRER, n'est cependant pas justifié (consid. 4.4).

En l'occurrence, l'instance inférieure a constaté que l'augmentation massive de 44% ne se justifiait ni par le développement du taux hypothécaire de référence, ni par celui de l'IPC, ni par la durée du bail précédent et que le loyer était donc présumé abusif. Elle n'a cependant pas examiné s'il y a des doutes fondés susceptibles de renverser cette présomption. Le Tribunal fédéral admet dès lors partiellement le recours et renvoie l'affaire à l'instance inférieure pour nouveau jugement au sens des considérants (consid. 4.5 et 5).

III. Analyse

Le présent arrêt apporte quatre précisions importantes concernant la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de *contestation du loyer initial* s'agissant d'un objet loué dans un *immeuble ancien*, donc d'un immeuble que le propriétaire a acquis il y a plus de 30 ans :

1. Il existe une présomption de fait que le nouveau loyer est abusif s'il y a eu une « augmentation massive » du loyer par rapport au loyer précédent.
2. Une augmentation de 10% par rapport au loyer précédent n'est pas « massive » dans ce sens, mais une augmentation de 44% remplit cette condition.
3. Le fait que le bail précédent ait été de longue durée ne permet pas de rendre d'emblée inapplicable la présomption, mais il s'agit d'un indice qui peut contribuer à la renverser.
4. Constitue un bail de longue durée un bail de 15 à 20 ans au moins.

Les deux premières précisions ont été nécessaires puisque les considérations de notre Haute Cour dans l'ATF 139 III 13 ont prêté à confusion. A la lecture de cet arrêt, il n'était pas limpide si l'allègement de la preuve en faveur du locataire d'un immeuble ancien face à une augmentation massive par rapport au loyer précédent introduit par le Tribunal fédéral constituait un renversement du fardeau de la preuve, une présomption ou devait être rattaché au devoir de collaborer du bailleur.

L'arrêt permet d'illustrer la différence entre un renversement du fardeau de la preuve et la présomption ainsi que les conséquences qui en découlent pour les parties.

Le fardeau objectif de la preuve désigne quelle partie supporte les conséquences en cas d'échec de la preuve d'un fait pertinent. En vertu de la théorie des normes, développée par le professeur allemand LEO ROSENBERG et applicable en droit suisse pour concrétiser l'art. 8 CC, le fardeau de la preuve d'un fait déterminé incombe à celle des parties à laquelle la présence du fait est favorable

(FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN, Le fardeau de la preuve en droit du bail, in : Bohnet/Carron [édits], 19^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, N 21 ss et les réf.). En cas de contestation du loyer initial, le caractère abusif du loyer est favorable au locataire ; c'est dès lors ce dernier qui supporte le fardeau de la preuve des faits dont résulte le caractère abusif du loyer initial. Le Tribunal fédéral considère qu'étant donné que le loyer abusif constitue une forme d'abus de droit, il s'agit d'un fait dirimant. A l'instar d'une partie de la doctrine (notamment LAURENT BIERI, Fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial, PJA 2014, p. 1398 ss, p. 1400 et SEBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, thèse, Berne 2005, N 484), nous sommes de l'avis qu'il s'agit d'un fait générateur donnant naissance au droit du locataire à une baisse de loyer (BOHNET/JEANNIN, op. cit., N 59). Ce débat est cependant sans conséquence dans la mesure où, dans les deux cas, le fardeau de la preuve incombe au locataire.

La doctrine n'est pas unanime sur la définition de la notion de « renversement du fardeau de la preuve ». On peut toutefois considérer qu'il y a renversement du fardeau (objectif) de la preuve lorsque l'échec de la preuve d'un fait n'est pas supporté par la partie désignée par la règle générale de l'art. 8 CC, mais par la partie adverse (ainsi p. ex. FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome I, 2^e éd., Berne 2016, N 2117).

Une partie de la doctrine a estimé qu'avec l'ATF 139 III 13, le Tribunal fédéral aurait introduit un tel renversement du fardeau de la preuve (ainsi : PHILIPPE CONOD, Contestation du loyer initial : fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle, Newsletter bail.ch, février 2013, p. 3 s. ; BEAT ROHRER, Anfechtung des Anfangsmietzinses, MRA 2/2013, p. 15 ss, p. 24 ss).

En l'occurrence, un renversement du fardeau de la preuve aurait signifié qu'en présence d'une augmentation massive du loyer initial, le bailleur aurait supporté le fardeau de la preuve que ce loyer n'était pas abusif, soit qu'il correspondait aux loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. S'agissant d'une preuve principale, le bailleur aurait dû apporter la *preuve pleine* que ce loyer n'est pas abusif, en vertu du critère des loyers usuels de la localité ou du quartier, qui, comme le Tribunal fédéral le constate lui-même, est notoirement difficile. En cas d'échec de cette preuve, le tribunal aurait dû considérer que le loyer est abusif.

Une lecture attentive de l'ATF 139 III 13 permet de constater qu'il ne s'agissait pas véritablement d'une question de fardeau de la preuve, puisque le tribunal a considéré, dans cet arrêt, que le caractère abusif du loyer a été prouvé (consid. 3.1.4) ; il n'y a donc pas eu d'échec de la preuve. Notons en passant que la jurisprudence ne saurait modifier la répartition du fardeau de la preuve ; cette compétence est réservée au législateur (BK ZGB-WALTER, art. 8 N 466).

Les présomptions sont en principe les conséquences que la loi attache à la présence d'un fait connu (prémisse ; fait-indice) dans la recherche d'un fait inconnu (BOHNET/JEANNIN, op. cit., N 38 et les réf.). Toutefois, contrairement à un renversement du fardeau de la preuve, une présomption ne doit pas nécessairement découler de la loi ; elle peut être introduite par la jurisprudence. L'on parle à ce sujet de présomption d'expérience ou de présomption de fait. Sur la base d'un fait *a priori* non pertinent est déduite la présence d'un fait pertinent, en application de l'expérience générale de la vie. La présomption de fait ne modifie en réalité pas la répartition du fardeau de la preuve, mais facilite l'apport de la preuve pour la partie supportant ce fardeau : elle peut apporter la preuve du fait pertinent en prouvant un autre fait, plus facile à prouver, mais dont la présence permet de conclure, selon l'expérience générale de la vie, à la présence du fait pertinent (BK ZGB-WALTER, art. 8 N 473 ss).

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a introduit par l'ATF 139 III 13 une présomption de fait, ce qu'il a confirmé et précisé dans l'arrêt commenté ici : le fait que le loyer ait augmenté massivement par rapport au loyer précédent pour un immeuble ancien fait présumer de fait, sur la base de l'expérience générale de la vie, le caractère abusif du loyer initial. Le bailleur peut cependant renverser cette présomption en apportant la contre-preuve.

La différence pratique réside dans le fait qu'un renversement du fardeau de la preuve aurait supposé que le bailleur apporte la preuve *pleine* du caractère non abusif du loyer initial, au moyen des cinq objets comparatifs ou, éventuellement, des statistiques officielles. Avec la solution trouvée, il peut cependant se contenter de renverser la présomption en apportant la contre-preuve, soit en détruisant la conviction « provisoire » du tribunal que le loyer est abusif, fondé sur l'augmentation massive du loyer initial par rapport au loyer précédent.

Si le souhait du Tribunal fédéral de trouver une solution permettant à la fois de respecter les intérêts des locataires et des bailleurs est louable, l'allègement de preuve qu'il introduit constitue en fait une solution à un problème qu'il a en partie créé lui-même par sa jurisprudence. L'allègement de preuve est nécessaire puisque, dans les faits, la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier est quasiment impossible à apporter. Les exigences strictes posées par la jurisprudence, en particulier en ce qui concerne le caractère comparable des objets, mènent à l'inapplicabilité de fait de ce critère (PHILIPPE CONOD, in : DB 2016 N 12, § 8 ; MONIKA SOMMER, Kündigung zur Erzielung eines höheren Mietzinses MRA 2011, p. 77 ss). Ainsi, ROGER WEBER (BSK OR I, art. 269a N 5) parle à ce sujet même de preuve « véritablement diabolique ». Plutôt que de s'efforcer à trouver une manière « équitable » de répartir le fardeau de cette preuve quasiment impossible à apporter, le Tribunal fédéral devrait à notre sens se demander comment ces exigences pourraient, de manière générale, être assouplies.