

2. Privatrecht / Droit privé**2.7. Schuldrecht – allgemein /
Droit des obligations – en général****2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil –
allgemein / Droit des obligations –
Partie spéciale – en général****2.7.2.3. Miete, Pacht / Bail à loyer, bail à ferme****(2) Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial.**

Tribunal fédéral, I^{re} Cour de droit civil, 6 décembre 2012, 4A_491/2012 = ATF 139 III 13, *H. X. et F. X. c. Z. SA*.

**LAURENT BIERI**

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

I. Le résumé des faits

Les époux H.X. et F.X. (les locataires) ont conclu le 17 mars 2006 un contrat de bail portant sur un appartement de cinq pièces à Pully (Vaud) avec la société anonyme Z. SA (la bailleuse). Le loyer mensuel net se montait à 1900 francs, plus 220 francs d'acompte pour le chauffage, l'eau chaude et les frais accessoires.

Le 14 mars 2006, au moyen d'une formule officielle, la bailleuse a communiqué aux locataires que le locataire précédent payait un loyer mensuel net de 1323 francs, plus 220 francs d'acompte pour le chauffage, l'eau chaude et les frais accessoires. Pour motiver l'augmentation par rapport au précédent loyer, la bailleuse invoquait « l'adaptation aux loyers usuels de la localité ou du quartier (art. 269a litt. a du CO) ».

Les locataires ont contesté en temps utile ce loyer initial devant la Commission de conciliation compétente puis, après échec de la conciliation, devant le Tribunal des baux du canton de Vaud. En cours de procédure, la bailleuse a produit des fiches comparatives concernant sept appartements.

Par jugement du 4 juin 2007, le Tribunal des baux a considéré que la bailleuse n'avait pas réussi à apporter la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier au sens de l'art. 269a let. a CO. Se basant sur divers critères, le Tribunal des baux a considéré que le loyer mensuel initial devait être ramené à 1132 francs.

Saisie d'un recours de la bailleuse, qui souhaitait que le loyer mensuel initial soit fixé à 1900 francs, et d'un re-

cours des locataires, qui souhaitent que celui-ci soit fixé à 1015.35 francs, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a estimé, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2008, que la baillesse avait fourni un nombre suffisant de loyers comparatifs pertinents, et que le loyer initial convenu entre les parties n'était dès lors pas abusif.

Puis, dans un arrêt du 24 avril 2009 (TF 4A_573/2008), le Tribunal fédéral a partiellement admis un recours en matière civile déposé par les locataires. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas en mesure de se prononcer, car les autorités cantonales n'avaient pas procédé à une comparaison suffisamment précise du logement litigieux avec les logements de comparaison présentés par la baillesse.

Dans un jugement du 3 février 2011, le Tribunal des baux, qui avait repris l'instruction de l'affaire, a décidé que le loyer initial mensuel net devait être fixé à 1323 francs, soit le loyer dû par le locataire précédent. Le Tribunal des baux est arrivé à cette conclusion après avoir rejeté six des sept éléments de comparaison proposés par la baillesse, et laissé ouverte la question s'agissant du septième.

Suite à un appel de la baillesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a estimé, au contraire, que le loyer initial mensuel net devait être arrêté à 1900 francs, soit le montant prévu initialement dans le contrat. Selon la Cour d'appel civile, seuls deux des sept éléments de comparaison proposés par la baillesse peuvent être retenus, alors qu'une inspection globale serait nécessaire pour trois autres. Mais la Cour d'appel civile estime qu'une inspection locale n'est pas nécessaire puisque les locataires n'ont pas apporté d'éléments de comparaison, et qu'il appartient de toute façon à ceux-ci de supporter l'échec de la preuve.

Les locataires déposent alors à nouveau un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral.

II. Le résumé des considérants

Le Tribunal fédéral commence par constater que dans la formule officielle, le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la localité ou le quartier pour justifier l'augmentation du loyer, et confirme sa jurisprudence selon laquelle le bailleur est lié par les critères mentionnés dans la formule officielle.

Il précise ensuite que le juge ne doit pas examiner l'admissibilité de l'augmentation de loyer sur la base d'autres critères que ceux figurant dans la formule officielle, à moins que le locataire ne le demande. En l'espèce, les locataires ne se sont pas prévalus d'un autre critère. Mais vu qu'il s'agit d'un immeuble ancien, soit d'un immeuble construit ou acquis il y a plusieurs décennies, le Tribunal fédéral rappelle que le critère des loyers usuels a de toute manière la priorité sur les autres critères. Le loyer initial

doit donc être examiné exclusivement sur la base du critère des loyers usuels.

Le Tribunal fédéral aborde ensuite la question centrale de l'arrêt, à savoir à qui incombe le fardeau de la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier. Il précise que la question n'a pas encore fait l'objet d'un arrêt de principe publié dans le Recueil officiel.

Après avoir rappelé la teneur de l'art. 8 CC, le Tribunal fédéral précise que selon la théorie des normes, qui doit être suivie, c'est le rapport existant entre les normes matérielles applicables qui est déterminant pour la répartition du fardeau de la preuve. C'est ce rapport qui permet de déterminer si le fait à prouver fait naître un droit (fait générateur), s'il éteint un droit (fait destructeur) ou s'il empêche la naissance ou l'extinction d'un droit (fait dirimant). Celui qui fait valoir une prétention doit établir les faits générateurs, alors que l'autre partie doit établir les faits destructeurs ou dirimants.

Le Tribunal fédéral affirme ensuite que la doctrine est partagée s'agissant du fardeau de la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier. Pour la doctrine largement majoritaire, c'est le locataire qui demande une diminution du loyer initial qui supporte la preuve des loyers usuels. Pour la doctrine minoritaire, il appartient au contraire au bailleur qui s'est prévalu de ce critère dans la formule officielle d'en apporter la preuve.

Le Tribunal fédéral ajoute également que selon le Message du Conseil fédéral du 27 mars 1985 concernant la révision du droit du bail (FF 1985 I 1473), le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombe au locataire.

Le Tribunal invoque ensuite le fait que l'abus de droit est un fait dirimant, dont le fardeau de la preuve incombe à la partie adverse du titulaire du droit, et que par conséquent le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombe au locataire, comme le soutient la doctrine majoritaire.

Mais après avoir énoncé ce principe, le Tribunal fédéral relève que l'on a en l'espèce affaire à une augmentation de plus de 43 % par rapport au précédent loyer, alors que le taux hypothécaire de référence a baissé depuis le 1^{er} février 2000, passant de 4.5 % à 2.25 % à compter du 2 juin 2012. Par ailleurs, depuis l'année 2001, l'indice suisse des prix à la consommation n'a que très peu augmenté ; le taux d'inflation était même négatif en 2009.

Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral estime que le loyer initial est « très certainement » abusif. Il appartient alors au bailleur de démontrer que, malgré les apparences, le loyer initial n'est pas abusif. Selon le Tribunal fédéral, cela découle du devoir du bailleur de collaborer loyalement à l'administration des preuves. Le Tribunal fédéral précise encore que ce devoir de collaboration « trouve tout son

sens » quand le nouveau loyer a augmenté de plus de 10% par rapport à l'ancien loyer.

Le Tribunal fédéral constate alors que la bailleuse n'a présenté qu'un logement de comparaison pertinent, voire trois si l'on admettait deux logements supplémentaires dont l'admission avait été laissée ouverte par l'autorité cantonale. Elle n'a donc pas été en mesure de fournir au moins cinq logements de comparaison présentant des caractéristiques semblables à la chose louée, ce qui signifie que le loyer initial doit être jugé abusif.

Enfin, considérant qu'il n'y a finalement pas d'éléments pour faire autre chose, le Tribunal fédéral affirme qu'il faut s'en tenir au loyer dû par le précédent locataire. Le bailleur doit par conséquent rembourser ce qui a été payé en trop. Quant aux sûretés, qui ne peuvent dépasser trois mois de loyer, elles doivent être réduites.

III. Le commentaire

A. La théorie des normes

Les règles sur la répartition du fardeau de la preuve sont particulièrement importantes s'agissant des faits qui, comme les loyers usuels dans la localité ou le quartier, sont très difficiles à prouver ; s'agissant des faits qui sont faciles à prouver, ces règles sont en revanche moins importantes, puisque dès qu'un fait est prouvé, la question du fardeau de la preuve ne se pose plus (PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle 2009, n. 679, et les références citées).

L'art. 8 CC établit le principe d'une répartition du fardeau de la preuve des différents faits pertinents pour trancher le litige (STEINAUER, *op. cit.*, n. 693). Selon le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, c'est en principe le rapport existant entre les différentes normes applicables qui permet de déterminer quelle partie supporte le fardeau de la preuve d'un fait (ATF commenté, cons. 3.1.3.1 ; STEINAUER, *op. cit.*, n. 695, et les références citées). C'est ce qu'on appelle la théorie des normes.

Selon cette théorie, il faut distinguer si l'on a affaire à un fait générateur, soit un fait qui fait naître un droit, à un fait destructeur, soit un fait qui éteint un droit, ou à un fait dirimant, soit un fait qui empêche la naissance ou l'extinction d'un droit (ATF commenté, cons. 3.1.3.1 ; STEINAUER, *op. cit.*, n. 695, et les références citées). Celui qui prétend être titulaire d'un droit supporte le fardeau de la preuve des faits générateurs, alors que l'autre partie supporte le fardeau de la preuve des faits destructeurs et dirimants (ATF commenté, cons. 3.1.3.1 ; STEINAUER, *op. cit.*, n. 700, et les références citées).

Appliquant la théorie des normes, le Tribunal fédéral relève que « l'abus de droit est un fait dirimant, dont le fardeau de la preuve incombe à la partie adverse du titu-

laire du droit », et arrive à la conclusion, qui n'avait pas encore été clairement formulée dans un arrêt de principe, que le fardeau de la preuve des loyers usuels incombe au locataire (s'agissant des arrêts non publiés au Recueil officiel, le Tribunal fédéral relève que son arrêt du 28.8.2012, 4A_250/2012, se rapporte à un bail commercial, pour lequel l'usage de la formule officielle n'est pas requis ; voir également PATRICIA DIETSCHY, Art. 270 CO, in : François Bohnet/Marino Montini (édit.), *Commentaire pratique - Droit du bail à loyer*, Bâle 2010, n. 63, qui estime que le Tribunal fédéral a admis implicitement dans l'arrêt du 12.11.2007, 4A_214/2007, ainsi que dans l'arrêt du 24.4.2009, 4A_573/2008, rendu dans la même affaire que l'arrêt commenté, que le fardeau de la preuve des loyers usuels dans la localité ou le quartier incombe au bailleur). Cette conclusion me paraît conforme au système mis en place par le législateur. Si le locataire estime que le loyer initial est abusif, c'est à lui qu'il incombe de le prouver. On peut toutefois se demander si l'argumentation avancée est entièrement convaincante.

Ne serait-il pas préférable d'analyser la contestation du loyer initial comme une demande de baisse de loyer ? Même si le résultat serait le même, cette approche permettrait, à mon avis, de mieux comprendre la distinction avec le cas de la contestation d'une hausse de loyer *en cours de bail*. En cas de contestation en cours de bail, c'est en effet le bailleur qui a le fardeau de la preuve des motifs invoqués à l'appui de la hausse de loyer (ATF 127 III 411, cons. 5a ; voir en outre DIETSCHY, *op. cit.*, n. 63, qui considère qu'il ne faudrait pas faire de distinction entre les deux situations, et par conséquent admettre qu'en cas de contestation du loyer initial, il appartient au bailleur qui a indiqué ce motif dans la formule officielle, de prouver les loyers usuels dans la localité ou le quartier). Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral relève d'ailleurs que la doctrine majoritaire, à laquelle il se rallie, « prône que c'est au locataire qui requiert la *diminution initiale* du loyer initial d'en prouver le caractère abusif ». Les loyers usuels devraient alors être considérés comme des faits générateurs du droit du locataire à une baisse de loyer. Il est vrai qu'en l'espèce, le bailleur avait indiqué dans la formule officielle que l'augmentation du loyer par rapport au loyer dû par le précédent locataire était motivée par l'adaptation aux loyers usuels dans la localité ou le quartier, mais cela ne me paraît pas décisif. L'arrêt illustre en tout cas qu'il n'est pas toujours simple de distinguer les faits générateurs et les faits dirimants (voir notamment STEINAUER, *op. cit.*, n. 699, et les références citées).

B. Le devoir de collaboration du bailleur

Il est admis que les règles de la bonne foi peuvent imposer à une partie qui n'a pas le fardeau de la preuve de collaborer

à l'administration de la preuve (arrêt commenté, cons. 3.2). Le Tribunal fédéral relève qu'en l'espèce, ce devoir résultait également de l'application de la maxime inquisitoire sociale. Ce devoir de collaboration permet aux tribunaux de prendre en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire afin d'arriver à une solution équitable.

En l'espèce, le Tribunal fédéral estime que la bailleuse devait fournir au moins cinq éléments de comparaison présentant des caractéristiques semblables à la chose louée. Les circonstances avancées par le Tribunal fédéral sont l'augmentation par rapport au précédent loyer de plus de 43 %, combinée avec la baisse du taux hypothécaire de référence depuis le 1^{er} février 2000 jusqu'au 2 juin 2012, et la faible augmentation de l'indice suisse des prix à la consommation depuis l'année 2001, et même une diminution de cet indice en 2009. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral estime que la hausse de loyer est « très certainement abusive ».

L'argumentation développée par le Tribunal fédéral n'est pas absolument claire. Il paraît notamment étonnant d'invoquer l'évolution du taux hypothécaire de référence jusqu'en juin 2012, et de se référer à l'indice suisse des prix à la consommation de 2009, alors que le loyer initial a été stipulé dans un contrat conclu le 17 mars 2006. Des événements survenus après le 17 mars 2006, soit après la conclusion du contrat, ne semblent en effet pas pertinents pour se prononcer sur le caractère abusif du loyer initial.

Il n'est pas non plus évident de comprendre pourquoi le Tribunal fédéral ne précise pas quand le loyer dû par le précédent locataire a été fixé, et si ce loyer a fait l'objet d'adaptations. Il est en effet notoire que certains locataires qui restent longtemps dans leur logement peuvent parfois bénéficier d'un loyer particulièrement avantageux. L'arrêt ne précisant pas ce qu'il en est, il est difficile de savoir si une augmentation de plus de 43 % par rapport au précédent loyer est en l'espèce « très certainement abusive ». De plus, même si l'on connaissait l'évolution du loyer dû par le précédent locataire, on pourrait encore se demander dans quelles circonstances ce loyer a été fixé initialement.

Enfin, il est tout à fait possible que les loyers usuels d'une localité ou d'un quartier augmentent fortement, alors que les taux hypothécaires diminuent et que l'inflation est faible. Ainsi, si l'on reprend les dates mises en avant par le Tribunal fédéral, entre février 2000 et juin 2012, l'indice suisse des loyers publié par l'Office fédéral de la statistique a augmenté d'environ 21.6 % ($[(101.4 - 83.4)/83.4] \times 100\%$) (voir (dernière consultation le 3.9.2014) : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/05/06/blank/key/index.html>), alors que le taux hypothécaire de référence passait de 4.5 % à 2.25 %, et l'inflation restait modeste. Ces chiffres ne sont certes pas directement pertinents

pour l'affaire en question, dans la mesure où, comme déjà indiqué, la date de la dernière fixation du loyer précédent n'est pas mentionnée dans l'arrêt commenté, et le loyer initial a été fixé en 2006. Il est de plus très vraisemblable que les loyers usuels n'ont pas évolué exactement de la même façon dans toutes les localités et pour tous les types de locaux, et que certains loyers pris en compte dans l'indice des loyers sont abusifs. Ces chiffres montrent toutefois qu'il faut faire preuve d'une certaine prudence lorsque l'on met en parallèle, d'une part, l'évolution du taux hypothécaire et l'inflation, et d'autre part, l'évolution des loyers.

Quoi qu'il en soit, même s'il existe une certaine incertitude quant aux circonstances précises à prendre en considération, l'idée générale qui ressort de l'arrêt est que si les circonstances suggèrent que le loyer initial est abusif, le bailleur doit apporter cinq éléments de comparaison pertinents afin de montrer que le loyer initial ne dépasse pas les loyers usuels dans la localité ou le quartier.

Est-ce justifié ? Dans la mesure où il est extrêmement difficile d'apporter cinq éléments de comparaison pertinents, si l'on n'impose pas de devoir de collaboration au bailleur, celui-ci pourra augmenter assez facilement le loyer initial dans un immeuble ancien, dans des situations où cela n'est pas justifié. En effet, il suffirait au bailleur d'invoquer le critère des loyers usuels, qui a la priorité sur les autres critères en matière d'immeubles anciens, et le locataire se trouverait face à la tâche très difficile de présenter cinq éléments de comparaison démontrant que ce loyer dépasse les loyers usuels dans la localité ou le quartier (voir notamment PHILIPPE CONOD, *Contestation du loyer initial : fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels du quartier ou de la localité dans la formule officielle pour justifier la hausse de loyer*, Newsletter Bail.ch février 2013, p. 4 ; DIETSCHY, op. cit., n. 63 in fine).

Mais si l'on impose au bailleur de fournir cinq éléments de comparaison, il faut bien réaliser que celui-ci risque d'avoir des difficultés à augmenter le loyer initial par rapport au précédent loyer, dans les cas où les loyers usuels dans la localité ou le quartier ont fortement augmenté depuis la conclusion du bail précédent (voir CONOD op. cit., p. 4). Dans ces cas, vu qu'il est très difficile de fournir cinq éléments de comparaison, le bailleur risque de ne pas pouvoir augmenter le loyer par rapport au loyer précédent, alors que cela serait justifié.

L'étendue du devoir de collaboration du bailleur doit tenir compte de ces deux risques. Il me semble dès lors qu'une solution plus flexible que celle énoncée par le Tribunal fédéral serait préférable, et qu'il devrait pouvoir être admis, dans certains cas, que le bailleur a suffisamment collaboré à l'administration des preuves s'il a réussi à apporter un ou deux éléments de comparaison. L'arrêt commenté

aurait à mon avis dû être formulé de manière plus nuancée sur ce point (selon BEAT ROHRER, Urteil des Bundesgerichts 4A-491/2012, BGE 139 III 13 ff., MietRecht Aktuell 2/13, p. 15 ss, p. 29, l'arrêt commenté montre que le Tribunal fédéral devrait réduire ses exigences s'agissant de la preuve des loyers dans la localité ou le quartier).

C. La différence de surface de plus de 20%

Le Tribunal fédéral affirme par ailleurs que la cour cantonale a commis une erreur en retenant comme élément de comparaison un appartement de 90 m², alors que l'appartement litigieux a une surface de 110 m². Selon le Tribunal fédéral, cet appartement de 90 m² n'aurait pas dû être retenu en raison d'une différence de surface de plus de 22% entre les deux appartements, qui dépasse la limite de 20% fixée par la jurisprudence.

Pour arriver à ce résultat, le Tribunal fédéral est parti de l'idée que ce qui est pertinent est de savoir de quel pourcentage la surface du logement litigieux dépasse la surface du logement de comparaison ($[(110 - 90)/90] \times 100\% = 22.22\% > 20\%$). La cour cantonale, qui estimait que la limite de 20% n'était pas atteinte, est en revanche probablement partie de l'idée que ce qui est déterminant est de savoir dans quelle mesure la surface du logement de comparaison est inférieure à celle du logement litigieux ($[(110 - 90)/110] \times 100\% = 18.18\% < 20\%$). Il est regrettable que le Tribunal fédéral n'ait pas expliqué plus clairement de quelle manière il fallait procéder, surtout que dans un arrêt non publié du 22 mars 2000, qui est d'ailleurs cité par la cour cantonale (voir Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, arrêt du 15.5.2002, HC/2012/ 362, cons. 7.7), il avait semblé affirmer qu'il fallait suivre l'approche de la cour cantonale (voir TF, arrêt du 22.3.2000, 4C.5/2000, cons. 2c : « En l'espèce, l'appartement qui se rapproche le plus de celui loué par les intimés est néanmoins plus petit de plus de 20%, de sorte que la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en écartant ces trois éléments de comparaison »).

L'avantage de l'approche qui semble être celle du Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté, et qui consiste à toujours prendre comme point de référence le logement le plus petit, qu'il s'agisse du logement litigieux ou du logement de comparaison, est que l'admission de la comparaison entre deux logements ne dépend pas de savoir lequel est le logement litigieux, et lequel est le logement de comparaison. En effet, selon cette approche, un appartement de 90 m² et un appartement de 110 m² ne seraient jamais comparables. Cet avantage existerait bien sûr aussi si l'on prenait toujours comme point de référence le logement le plus grand : un appartement de 90 m² et un appartement de 110 m² seraient

alors toujours comparables. Mais si l'on prend toujours comme point de référence le logement litigieux, ce qui était probablement l'idée de la cour cantonale, le logement de 90 m² pourrait servir d'élément de comparaison si le logement de 110 m² est litigieux, comme en l'espèce, alors que le logement de 110 m² ne pourrait pas servir de point de comparaison si c'est le logement de 90 m² qui est litigieux.

D. La limite de 10 % par rapport au loyer précédent

Après avoir relevé qu'en l'espèce le loyer initial, qui dépassait de plus de 43% le loyer dû par le précédent locataire, était « très certainement » abusif, et que la bailleuse devait dès lors fournir cinq éléments de comparaison pertinents, le Tribunal fédéral relève que « ce 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 portée de cette considération faite en passant (*obiter dictum*) n'est pas absolument claire. Faut-il comprendre que dès que le loyer initial dépasse de plus de 10% le loyer dû par le précédent locataire il appartient au bailleur d'apporter cinq éléments de comparaison ? Faut-il comprendre que si le bailleur augmente le loyer de moins que 10%, il appartient alors toujours au locataire d'amener les cinq éléments de comparaison ? On peut se demander si une limite fixée à 10% ne manque pas de flexibilité, dans la mesure où une augmentation de 10% peut apparaître ou ne pas apparaître abusive en fonction des circonstances. On peut aussi se demander si ce schématisme ne va pas inciter certains bailleurs à augmenter le loyer dû par le précédent locataire, afin que l'augmentation par rapport au précédent loyer soit inférieure à 10%.

E. La fixation du loyer initial

Ayant constaté que ni le locataire ni le bailleur n'a fourni cinq éléments de comparaison pertinents, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que, faute de mieux, il va fixer le loyer initial au montant dû par le précédent locataire. En l'espèce, la question de la fixation du loyer initial en dessous du loyer dû par le précédent locataire n'avait pas été requise par les nouveaux locataires. C'était en revanche le cas dans un arrêt rendu le même jour, mais pas publié au Recueil officiel. Le Tribunal fédéral a précisé que dans ce cas, il appartient au locataire d'apporter les cinq éléments de comparaison justifiant de fixer le loyer initial en dessous du loyer dû par le précédent locataire (TF, arrêt du 6.12.2012, 4A_475/2012, cons. 2.4.3 ; CONOD op. cit., p. 4).