

Le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial

Avis de droit

Dr. Peter Burkhalter, auteur du Commentaire SVIT du droit du bail



Avis de droit

Date Berne, le 18 novembre 2011

A SVIT Romandie

cc

De Dr. Peter Burkhalter, auteur du commentaire SVIT du droit du bail

Re **Le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial**

Sommaire

I.	REMARQUE LIMINAIRE.....	2
II.	DISCUSSION JURIDIQUE.....	3
A.	Généralités.....	3
1.	Le loyer initial et son examen.....	3
2.	Les dispositions topiques.....	5
B.	La contestation du loyer initial.....	6
1.	Le fardeau de la preuve.....	6
2.	La méthode absolue et les loyers comparatifs.....	7
a.	La méthode absolue pour contester le loyer initial.....	7
b.	Le critère des loyers comparatifs et l'administration de la preuve.....	8
3.	L'usage de la formule officielle et la délimitation du cadre judiciaire.....	14
a.	L'usage de la formule officielle.....	14
b.	La délimitation du cadre du débat judiciaire.....	16
III.	RÉSUMÉ ET CONCLUSION.....	18
A.	Résumé à l'aune des décisions judiciaires vaudoises.....	18
B.	Conclusion.....	21

I. Remarque liminaire

L'avis de droit porte sur deux questions principales :

- Quelles sont les règles applicables en matière de fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial, en particulier lorsque le critère applicable (soit en raison de l'âge de l'immeuble, soit en raison de la définition qu'ont donnée les parties au cadre du litige) est celui des loyers comparatifs ?
- Le fait que l'usage de la formule officielle pour la communication du loyer initial ait été rendue obligatoire par les autorités cantonales compétentes a-t-il un impact sur la réponse à la première question posée ? Si oui, dans quelle mesure et pour quelle raison ?

La question du fardeau de la preuve dans la contestation du loyer initial est aujourd'hui une question qui fait débat en Suisse romande et particulièrement dans le canton de Vaud, notamment depuis que la Chambre des recours du Tribunal cantonal a rendu un arrêt en octobre 2008¹ dans lequel il attribuait le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial au locataire qui le contestait. Le Tribunal fédéral, saisi dans cette affaire, n'a malheureusement pas tranché la question mais s'est contenté d'admettre la possibilité de prendre comme loyer comparatif celui d'un appartement appartenant à un bailleur différent de celui de l'appartement litigieux mais administré par la même gérance². La Haute Cour a ainsi renvoyé la cause pour complément de l'état de fait et a annulé l'arrêt de la Chambre de recours du Tribunal cantonal. L'affaire est toujours pendante devant les tribunaux compétents.

La question du fardeau de la preuve sera analysée uniquement sous le critère des loyers comparatifs. Ainsi, différents arguments seront présentés afin d'étayer la thèse selon laquelle le fardeau de la preuve du loyer abusif incombe au locataire, le bailleur ne devant y collaborer que dans les cas où il est le seul à détenir certains éléments de preuves³.

¹ Arrêt du 1^{er} octobre 2008 du Tribunal cantonal vaudois, S c/C.M.S et M.S, 439/I.

² Arrêt 4A_573/2008, du 24 avril 2009.

³ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009.

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt susmentionné, n'a pas voulu trancher définitivement la question du fardeau de la preuve dans la contestation du loyer initial. Il ne manque toutefois aujourd'hui pas grand-chose pour aboutir à une jurisprudence commune sur cette question controversée et ainsi combler cette lacune juridique.

II. Discussion juridique

A. Généralités

1. Le loyer initial et son examen

Le loyer initial se définit comme le loyer convenu dans le cadre d'une nouvelle location, c'est-à-dire un bail conclu entre des contractants qui ne sont pas encore liés pour le logement ou le local commercial en question⁴. Le loyer initial est composé de l'ensemble des obligations financières du locataire convenues à la conclusion d'un bail en contrepartie de l'usage de la chose louée⁵. Pour apprécier le caractère abusif ou non du loyer initial, c'est au juge de se déterminer en se fondant sur les motifs invoqués par les parties.

Le locataire peut contester le loyer initial, d'une part, s'il a été contraint de conclure le contrat par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché immobilier local, ou d'autre part, le bailleur a augmenté le loyer par rapport au précédent loyer⁶. Lorsqu'une action est jugée recevable au sens de l'art. 270 CO, le loyer initial doit être apprécié à l'aune des art. 269 et 269a CO. Ces deux dispositions contiennent les critères matériels qui vont permettre de juger du caractère abusif du loyer initial⁷.

Outre le fait de distinguer les loyers fondés sur les coûts de ceux fondés sur les prix du marché, l'examen du loyer initial se fait en principe par la méthode absolue et à certaines conditions par la méthode relative. L'application de la méthode absolue conduit à examiner le caractère admissible ou abusif du loyer initial au regard du rendement net de la chose louée (art. 269 CO), de son rendement brut (art. 269a lit. c CO) ou en fonction des loyers usuels du quartier (art. 269a lit. a CO). Elle ne fait qu'examiner le loyer pour lui-même à une date déterminée à la lumière du

⁴ Fetter, La contestation du loyer initial, Berne 2005, n° 276, p. 127.

⁵ Burkhalter / Martinez – Favre, Le droit Suisse du bail à loyer, commentaire, 2011, n° 3, p. 586.

⁶ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°6, p. 588.

⁷ Fetter, op. cit., n° 448, p. 207.

rendement de la chose ou des loyers comparatifs, ceci sans prendre en considération les relations contractuelles antérieures⁸.

La méthode relative examine quant à elle le caractère abusif du loyer selon l'évolution des critères déterminants depuis sa dernière fixation. La hausse des coûts, les prestations supplémentaires du bailleur et la compensation du renchérissement constituent les facteurs relatifs de fixation du loyer.

Le caractère abusif d'un loyer peut ainsi s'examiner à l'aide des critères sur les coûts que la propriété et la location d'immeuble peuvent engendrer pour le bailleur. Le loyer fondé sur les coûts constitue un loyer permettant de couvrir les coûts et leurs possibles modifications, en veillant à offrir au bailleur un rendement sur son investissement personnel⁹. Le critère des prix du marché ne se reporte pas quant à lui aux coûts supportés par le bailleur, mais au marché. Le caractère abusif d'un loyer ne peut être évalué que sur la base des loyers pratiqués pour des objets correspondants dans la localité ou le quartier¹⁰.

Le Tribunal fédéral admet aujourd'hui une certaine hiérarchie entre les différents types d'abus énoncés aux articles 269 et 269a CO. Le rendement approprié représente ainsi la règle par rapport aux exceptions énumérées à l'art. 269a CO. Ainsi, dans les cas où le locataire vérifie le rendement net de l'immeuble, le bailleur peut tout d'abord faire valoir que le loyer se trouve dans les limites du rendement brut qui permet de couvrir les frais. Ceci toutefois seulement dans les cas où l'immeuble n'a pas été construit plus de dix ans auparavant¹¹. Le Tribunal fédéral a de plus reconnu au locataire le droit de prouver que le loyer procure un rendement excessif au bailleur, alors qu'il serait présumé se situer dans les limites des loyers usuels dans le quartier ou la localité.

Toutefois, d'après le SVIT commentaire¹², ni la loi, ni les travaux préparatoires ne prévoient une suprématie de l'art. 269 CO sur l'art. 269a CO¹³. Ce qui est usuel ne pouvant être abusif, il n'existe aucune hiérarchie entre les critères absolus en

⁸ Fetter, op. cit., n° 453, p. 208.

⁹ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°7, p. 459.

¹⁰ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°7, p. 459 / Peter Zihlmann, Das Mietrecht, Zurich 1995, p. 133.

¹¹ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°7, p. 459.

¹² Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°14, 462.

¹³ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°14, p. 462.

matière d'abus, que ce soit pour les immeubles récents ou acquis récemment ou pour les immeubles anciens¹⁴.

2. Les dispositions topiques

Il est utile de rappeler les dispositions topiques du Code des obligations¹⁵ sur lesquelles l'institution de la contestation du loyer initial peut se fonder.

L'art. 269 CO prévoit que

« les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré. »

L'art. 269a lit.a CO prévoit quant à lui

« que ne sont en règle générale pas abusifs les loyers qui, notamment, se situent dans les limites des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. »

L'art. 269d al. 1 CO concernant les augmentations de loyer prévoit

« que le bailleur peut en tout temps majorer le loyer pour le prochaine terme de résiliation. L'avis de majoration du loyer, avec indication des motifs, doit parvenir au locataire dix jours au moins avant le début du délai de résiliation et être effectué au moyen d'une formule agréée par le canton. »

L'alinéa 2 lit. a et b prévoit que

« les majorations de loyer sont nulles lorsqu'elles ne sont pas notifiées au moyen de la formule officielle ou que les motifs ne sont pas indiqués. »

L'art. 270 CO sur la contestation du loyer initial a la teneur suivante :

« ¹Lorsque le locataire estime que le montant du loyer est abusif au sens des 269 et 269a, il peut le contester devant l'autorité de conciliation dans les 30 jours qui suivent la réception de la chose et en demander la diminution :

¹⁴ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n° 15, p. 463.

¹⁵ Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220.

a. s'il a été contraint de conclure le bail par nécessité personnelle ou familiale ou en raison de la situation sur le marché local du logement et des locaux commerciaux ; ou

b. si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial pour la même chose par rapport au précédent loyer.

² *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 pour la conclusion de tout nouveau bail.»*

B. La contestation du loyer initial

1. Le fardeau de la preuve

Le fait que le fardeau de la preuve incombe au locataire dans le cadre de la contestation du loyer initial peut trouver son fondement dans l'art. 8 CC¹⁶.

Le but de cette disposition, qui énonce que chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit, est de déterminer qui perd le procès si certains faits ne peuvent être prouvés. Elle prévoit que chaque partie supporte le fardeau de la preuve des faits dont elle entend déduire un droit¹⁷. Dans le cadre de la contestation du loyer initial, le locataire entend obtenir une modification du loyer, c'est donc à lui-même d'apporter la preuve du caractère abusif du loyer initial.

Le Tribunal fédéral confirme cet avis dans un arrêt de 2009¹⁸. Selon lui, lors d'une contestation du loyer initial, le fardeau de la preuve incombe au locataire, ceci n'excluant toutefois pas que la partie adverse doive contribuer loyalement à l'administration des preuves. Selon les principes de la bonne foi, la partie qui n'a pas la charge de la preuve doit néanmoins collaborer loyalement à l'administration des preuves et fournir les éléments qu'elle seule peut détenir. Cette jurisprudence s'applique dans les cas où le bailleur détient effectivement lui seul les documents nécessaires au calcul du rendement, ce qui n'est en rien similaire à la contestation du loyer initial motivé par le critère des loyers comparatifs. Dans l'ATF 124 III 310, le Tribunal fédéral retient également que le locataire doit être admis à prouver que le loyer est abusif au sens de l'art. 269 CO¹⁹. L'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 1^{er} avril 2009 vient également confirmer cette thèse,

¹⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

¹⁷ Paul-Henri Steinauer, *Le Titre préliminaire du Code Civil*, Bâle 2009, n° 641, p. 246.

¹⁸ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009, c. 2.4 / Arrêt 4P_196/2005, du 10 février 2006.

¹⁹ ATF 124 III 310, c. 2a.

selon laquelle il appartient bien au locataire de démontrer le caractère abusif du loyer dès lors que le fardeau de la preuve lui incombe sur ce point²⁰.

Le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombe de manière générale au locataire²¹. La doctrine est majoritaire sur ce point.

L'art. 8 CC ne régit pas le fardeau de l'administration de la preuve²². Dès lors, il est aujourd'hui controversé de savoir jusqu'à quel point le bailleur devrait collaborer à la preuve²³. Le Tribunal fédéral a répondu à cette interrogation dans l'arrêt mentionné ci-dessus, toutefois pour le compte du calcul du rendement²⁴. Cette question sera donc analysée sous l'angle de l'administration de la preuve.

Le locataire est non seulement tenu d'apporter la preuve que les conditions de l'art. 270 al.1 lit. a ou b CO sont réunies, mais également que le loyer initial est abusif eu égard aux critères des art. 269 et 269a CO²⁵.

2. La méthode absolue et les loyers comparatifs

a. La méthode absolue pour contester le loyer initial

Comme déjà vu précédemment, il ne suffit pas que les conditions de l'art. 270 al. 1 lit. a ou b CO soient remplies pour pouvoir affirmer que le loyer initial est abusif. L'autorité appelée à statuer devra encore trancher cette question en appliquant, sauf accord entre les parties sur l'application de la méthode relative, la méthode absolue²⁶, telle que l'a retenu le Tribunal fédéral. Dans son arrêt²⁷, il reconnaît effectivement que la méthode absolue sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur, compte tenu des frais qu'il doit supporter et des prix du marché.

La méthode relative sert à déterminer, en fonction du contrat et du principe de la confiance, si une adaptation du loyer intervenant en cours de bail est admissible ou

²⁰ Arrêt du 1er avril 2009 du Tribunal cantonal vaudois, 168/I, c. 4c.

²¹ Rolf Weber, Basler Kommentar, Bâle 2007, n° 8 ad 270 CO, p. 1537 / ATF 124 III 310, c. 2a / Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°47, p. 600 / David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 395 / Fetter, op. cit. n° 511, p. 234.

²² Steinauer, op. cit., n°679, p. 257.

²³ Isabelle Salomé Daïna, le caractère du loyer initial : qui doit prouver quoi ?, Cdb 4/2009, p. 99.

²⁴ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009, c. 2.4.

²⁵ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°47, p. 600.

²⁶ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°26, p. 593.

²⁷ ATF 120 II 240, c. 2.

non. Par la méthode absolue, c'est le loyer lui-même qui est contrôlé, sans égard aux stipulations contractuelles, tandis que par la méthode relative, il ne s'agit que d'examiner si une modification du loyer est compatible avec la volonté manifestée antérieurement par celui qui la réclame. Ainsi, la méthode de calcul absolue peut être utilisée dans le cas du loyer fixé conventionnellement (loyer initial) ainsi que dans le cas de la modification ou demande de modification unilatérale du contrat. La méthode relative n'est applicable quant à elle, sauf accord spécifique des parties, que dans l'hypothèse d'une modification ou demande de modification unilatérale du contrat.

Ainsi, comme le décrit avec raison Fetter, deux obstacles peuvent faire échec à l'application de la méthode relative en début de bail. Premièrement, l'absence de relations contractuelles antérieures entre les contractants empêche tant au locataire qu'au bailleur de se référer au précédent loyer et à sa dernière évolution. Deuxièmement, l'institution de la contestation du loyer initial a pour but précis d'éviter qu'un loyer abusif existant ne se perpétue au-delà du changement de locataire²⁸.

Toutefois, si l'augmentation du loyer initial par rapport au précédent loyer n'a été motivée, sur la formule officielle, que par des facteurs de hausse relatifs et que le locataire ne réclame pas l'application de la méthode absolue, l'examen du loyer initial doit être effectué à l'aide de la méthode relative²⁹.

b. Le critère des loyers comparatifs et l'administration de la preuve

aa. Les loyers comparatifs

Le critère des prix du marché ne se réfère pas aux coûts supportés par le bailleur, mais au marché existant. Le caractère abusif d'un loyer s'apprécie exclusivement en comparant les loyers pratiqués pour les objets semblables situés dans la localité ou le quartier³⁰.

Selon la jurisprudence, la notion de loyer usuel dans la localité ou le quartier relève du droit et qu'il convient dès lors d'indiquer exactement les critères de comparaison. Le juge doit procéder à des comparaisons concrètes, en tenant compte de l'évolution récente des loyers exigés pour les locaux retenus comme

²⁸ Fetter, op. cit., n° 481, p. 220.

²⁹ ATF 121 III 364, c. 4.

³⁰ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°7, p. 459.

éléments de comparaison. Afin de pouvoir tirer des conclusions suffisamment sûres quant à la détermination du prix d'un loyer, il faut disposer en règle générale, de cinq éléments de comparaison au moins, présentant pour l'essentiel les mêmes caractéristiques que le logement litigieux quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction³¹.

Eu égard à l'année de construction, la jurisprudence considère qu'à l'exception des immeubles construits dans les deux premières décennies du vingtième siècle, une différence de plus de vingt ans entre les dates de constructions de deux immeubles exclut qu'on les place dans la même période de construction³². En ce qui concerne la dimension, le nombre de pièces est en principe d'une importance primordiale, ce qui exclut donc en général toute comparaison entre des logements ne comprenant pas le même nombre de pièces. Cependant, la dimension du logement et la répartition des volumes constituent aussi des critères de comparaison déterminants³³. Comme mentionné en préambule, dans un arrêt du 24 avril 2009³⁴, le Tribunal fédéral a admis que des logements appartenant à un bailleur différent du bailleur du logement litigieux mais administrés par la même gérance puissent être considérés comme élément de comparaison.

La comparaison peut aussi se faire par rapport aux statistiques officielles des loyers. Selon les tribunaux, l'utilisation de statistiques présuppose des données chiffrées, suffisamment différenciées et dûment établies sur l'emplacement, l'équipement, l'état et l'année de construction de la chose louée³⁵. Un arrêt récent du Tribunal fédéral³⁶ a d'ailleurs admis le recours aux statistiques genevoises pour fixer le loyer, dans le cadre d'une contestation du loyer initial, à un montant inférieur au prix payé par le précédent locataire. Les statistiques genevoises étaient, avant cet arrêt, jugées trop imprécises pour être prises en compte dans la fixation du loyer. Finalement, à la différence du critère du rendement brut au sens de l'art. 269a lit. c CO qui ne s'applique qu'en cas de construction récente, le critère des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier n'est pas restreint uniquement aux anciennes constructions. Ainsi, il est possible de se fonder sur le critère des loyers usuels tant pour les anciennes que pour les nouvelles constructions³⁷.

³¹ ATF 123 III 317 c. 4a.

³² Arrêt 4C.40/2001, du 15 juin 2001.

³³ ATF 123 III 317 c. 4b/cc.

³⁴ Arrêt 4A_573/2008, du 24 avril 2009.

³⁵ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°30, p. 503.

³⁶ Arrêt 4A_3/2011, du 28 février 2011.

³⁷ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°6, p. 495.

En vertu des principes généraux de procédure, la partie qui invoque les loyers usuels dans la localité ou le quartier doit en fournir la preuve. Dans le cadre d'une augmentation de loyer, il s'agira du bailleur, alors que dans le cadre d'une contestation du loyer initial, le locataire supportera la charge de la preuve³⁸.

Dans un arrêt de 2001, le Tribunal fédéral expose que, d'une manière générale, le fardeau de la preuve des loyers usuels est supporté par la partie qui invoque ce critère. Il poursuit en précisant que le bailleur, en règle générale, supportera donc cette charge de la preuve. Cet arrêt de 2001 concerne toutefois un cas d'augmentation de loyer en cours de bail et non pas une contestation du loyer initial³⁹.

Effectivement, dans le cadre d'une majoration de loyer en cours de bail, le bailleur demande une prestation supplémentaire du locataire. C'est donc bien au bailleur de prouver les faits et les motifs qu'il invoque pour en déduire son droit. A contrario, en cas de contestation du loyer initial, le locataire demandant une réduction de son loyer en invoquant les loyers comparatifs aura à prouver les motifs qu'il allègue pour en déduire également son droit.

Une partie de la doctrine fait ainsi fausse route lorsqu'elle se fonde sur l'arrêt susmentionné⁴⁰ pour attribuer au bailleur le fardeau de la preuve dans la contestation du loyer initial. Effectivement, comme déjà exposé ci-dessus, il n'est pas possible de comparer la situation où le bailleur augmente le loyer à celle du locataire qui en demande sa réduction. L'ATF 127 III 411 est ainsi nullement pertinent dans le cadre de la contestation du loyer initial. Se fondant sur un arrêt du 12 novembre 2007⁴¹, Dietschy expose que dans le cas où le bailleur invoque, à l'appui de la hausse, les loyers usuels du quartier et que le locataire conteste le loyer initial, il revient au bailleur de fournir au moins 5 exemples d'éléments comparables. Elle ajoute que le Tribunal fédéral admet implicitement que le bailleur supporte la charge de la preuve⁴². Cet avis ne résiste pas à l'examen du fait qu'il se base sur un arrêt où le Tribunal fédéral se borne à vérifier la procédure de l'administration des preuves devant la cour d'appel sous l'angle de la maxime inquisitoire sociale. La Haute Cour ne fait ainsi aucun contrôle de la question de la

³⁸ Arrêt de la Cour Suprême du canton de Zurich du 23 août 1996, MRA1/97, p.1 ss.

³⁹ ATF 127 III 411, c. 5a.

⁴⁰ ATF 127 III 411.

⁴¹ Arrêt 4A_214/2007, du 12 novembre 2007.

⁴² Patricia Dietschy, Protection contre les loyers abusifs, n° 63, p. 960, dans François Bohnet / Marino Montini, Droit du bail à loyer, Bâle 2010.

charge de la preuve et n'admet nullement implicitement la charge de la preuve au bailleur.

Afin de fixer la charge de la preuve lors de la contestation du loyer initial, il est primordial de ne pas confondre l'obligation de motiver le loyer initial par le bailleur et la délimitation du débat judiciaire. Le fait pour le bailleur de motiver le loyer initial par les loyers comparatifs n'a pas pour objectif de fixer définitivement le cadre du débat judiciaire. Le locataire a toujours la possibilité de contester le loyer initial en invoquant les motifs à l'appui de sa contestation. Lorsque le locataire ne précise pas au début de la procédure judiciaire le motif qu'il va invoquer, il faut partir du principe que ce dernier conteste le loyer initial ainsi que les motifs invoqués sur la formule⁴³.

Fetter et Dietschy⁴⁴ exposent qu'il pourrait paraître choquant d'imposer au locataire d'apporter la preuve que le loyer initial ne correspond pas aux loyers du quartier alors que le bailleur a lui-même choisi ce motif pour motiver sa hausse. Cette remarque n'est pas pertinente pour la question du fardeau de la preuve, mais concerne uniquement la délimitation du débat judiciaire.

En effet, bien que le bailleur ait fondé son loyer initial sur les loyers usuels, le locataire n'est pas lié par ce motif. Il lui est loisible de contester le loyer initial sous un autre critère de la méthode absolue. Le bailleur est quant à lui lié par ses motifs invoqués. Ce n'est que si le locataire ne précise pas le motif qu'il veut invoquer à l'appui de sa contestation qu'il sera lié par les motifs invoqués par le bailleur⁴⁵.

Ainsi, bien malgré elle, lorsque Dietschy affirme que « lorsque le locataire invoque les loyers du quartier pour contester son loyer initial sans que le bailleur se soit fondé sur ce motif pour justifier ce montant du loyer, le fardeau de la preuve appartient au locataire »⁴⁶, elle confirme que le fardeau de la preuve dans le cadre des loyers comparatifs est supporté par le locataire.

On s'aperçoit bien qu'il y a là une confusion à ne pas faire entre la délimitation du débat judiciaire et le fardeau de la preuve. Tel qu'on le verra, la délimitation du débat judiciaire par les motifs invoqués et par l'usage de la formule officielle ne joue aucun rôle sur la question du fardeau de la preuve de la contestation du loyer initial.

⁴³ Fetter, op. cit., n° 472, p. 217.

⁴⁴ Dietschy, op. cit., n°63, p. 961, Fetter, op. cit., n°471, p. 217.

⁴⁵ Fetter, op. cit., n° 472, p. 217.

⁴⁶ Dietschy, op. cit., n°63, p. 961.

Le fait que le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombe au locataire a pu être démontré. Par contre, la question de savoir jusqu'à quel point le bailleur doit contribuer à la preuve est controversée et va être vu sous l'angle de l'administration de la preuve.

bb. L'administration de la preuve

Tel qu'exposé plus haut, le Tribunal fédéral a rappelé que la partie adverse doit contribuer loyalement à l'administration des preuves⁴⁷. Selon les principes de la bonne foi, la partie qui n'a pas la charge de la preuve doit néanmoins collaborer loyalement à l'administration des preuves et fournir les éléments qu'elle seule peut détenir⁴⁸. Cette jurisprudence concerne effectivement le fardeau de la preuve lorsque le critère d'examen du loyer est le rendement de l'immeuble. En effet, dans cette situation-là, le bailleur est le seul à détenir les informations nécessaires à l'établissement de la preuve⁴⁹.

Cette jurisprudence ne peut donc en aucun cas s'appliquer lorsque les critères d'examen du loyer initial sont les loyers comparatifs. Dans ce cas-là, l'établissement de la preuve incombe exclusivement au locataire car il ne s'agit pas d'un moyen de preuve que le bailleur serait le seul à détenir⁵⁰. L'idée selon laquelle il serait plus aisé pour un bailleur que pour un locataire de justifier un loyer au moyen des loyers comparatifs est dépassée. Tout bailleur n'est pas professionnel de l'immobilier ou implanté dans le réseau immobilier régional. Dans son arrêt du 1^{er} avril 2009, le Tribunal cantonal vaudois soutient également, au même titre que l'opinion dominante, que le fait d'être professionnel de l'immobilier n'implique pas une incombance de participer à la preuve du contraire⁵¹.

De plus, la récente jurisprudence du Tribunal fédéral⁵² admettant le recours aux statistiques genevoises pour fixer le loyer risque de créer une brèche dans les autres cantons qui pourraient également être amenés à accepter le recours aux statistiques. Ceci faciliterait le rayon d'action du locataire. Fetter⁵³ le constate également très bien. Il n'est pas rare de s'apercevoir que même les bailleurs ont

⁴⁷ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009, c. 2.4.

⁴⁸ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009, c. 2.4.

⁴⁹ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009, c. 2.4.

⁵⁰ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009, c. 2.4.

⁵¹ Arrêt du 1^{er} avril 2009 du Tribunal cantonal vaudois, 168/I, c. 4c.

⁵² Arrêt 4A_3/2011, du 28 février 2011.

⁵³ Fetter, op. cit., n° 520, p. 239.

certaines difficultés à apporter la preuve des loyers comparatifs, tant les exigences de la jurisprudence fédérale à cet égard sont strictes⁵⁴.

A cet égard, l'application de la maxime inquisitoire sociale par le juge permet encore de réduire l'écart, écart s'il y a, entre le locataire et le bailleur. Cette maxime permet d'assurer l'égalité entre les parties et d'accélérer la procédure. Elle ne modifie nullement le fardeau de la preuve. L'initiative du juge ne va pas au-delà d'inviter les parties à mentionner leurs preuves et à les présenter. Ceci n'autorisant aucunement le locataire à rester passif. Il est tenu d'indiquer au juge les faits qui doivent être établis et les moyens de preuve qu'il veut faire administrer⁵⁵.

De plus, comme on l'a vu, et au contraire de ce qu'affirme Lachat, le bailleur ne doit pas collaborer à la preuve et produire les documents en sa possession en communiquant au juge les éléments sur lesquels il a fondé le loyer initial⁵⁶. Le bailleur peut, s'il le souhaite, tout au plus, apporter une contre-preuve en citant des objets de comparaison⁵⁷, ceci ne renversant à aucun instant le fardeau de la preuve.

Tel qu'on a pu s'en apercevoir plus haut, une confusion peut facilement être faite entre la question du fardeau de la preuve et la fixation du cadre du débat judiciaire. Une autre confusion peut survenir entre l'obligation pour le bailleur de motiver le loyer initial sur la formule officielle et la charge de la preuve du caractère abusif du loyer initial⁵⁸. Il appartient au locataire, comme on va le voir, de déterminer les motifs sur lesquels il basera sa contestation du loyer initial, qui eux pourront délimiter le cadre du débat judiciaire⁵⁹.

Le Tribunal des baux vaudois a ainsi une pratique erronée par rapport à cette question. C'est à son avis le bailleur qui fixe définitivement le cadre de la contestation par les indications qu'il fait figurer sur la formule officielle lorsqu'elle est obligatoire en début de bail⁶⁰. Toujours d'après le Tribunal des baux, si le bailleur ne réussit pas à démontrer le caractère admissible du loyer initial selon ses critères

⁵⁴ ATF 123 III 317, c. 4a.

⁵⁵ Fetter, op. cit., n° 513, p. 234.

⁵⁶ David Lachat, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 394 / Arrêt 4A_576/2008 du 19 février 2009.

⁵⁷ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°47, p. 600.

⁵⁸ Salomé Daïna, op. cit., p. 100.

⁵⁹ Fetter, op. cit., n° 472, p. 217 / David Lachat, op. cit., p. 559.

⁶⁰ Fetter, op. cit., n° 464, p. 213 / Tribunaux des Baux vaudois, jugement XA03.2888 du 27 octobre 2003 cons. 3a/aa.

invoqués, le tribunal estime que le loyer est abusif et qu'il lui appartient donc d'en fixer lui-même le montant⁶¹.

Contrairement à la pratique vaudoise, le bailleur ne doit pas établir les motifs invoqués sur la formule officielle pour justifier le loyer initial, cette pratique résultant effectivement de la confusion entre l'obligation de motiver et l'obligation d'établir les motifs invoqués.

Pour appuyer ce qui précède, il est loisible de citer un arrêt de 2006⁶² dans lequel la Haute Cour expose que la partie qui n'est pas chargée du fardeau de la preuve ne peut pas se contenter de contester les faits allégués par la partie adverse, mais elle doit en vertu des règles de la bonne foi collaborer à l'administration des preuves. Ainsi en est-il lorsque celui qui prétend à un droit se trouve dans un état de nécessité quant à la preuve et que sa partie adverse est mieux à même de la rapporter.

Cette obligation de collaborer à l'administration de la preuve ne touche pas au fardeau de la preuve et n'est nullement un renversement de celui-ci⁶³. Dans cet arrêt, la Haute Cour mentionne l'obligation de collaborer à la preuve de la partie adverse lorsque celle-ci est mieux à même de la rapporter.

Tel qu'il a déjà été démontré, ceci ne peut s'adresser que dans les cas où la contestation se fonde sur les motifs du rendement car le bailleur est le seul à détenir les pièces nécessaires à la preuve. Il n'en est rien des loyers comparatifs.

3. L'usage de la formule officielle et la délimitation du cadre judiciaire

a. L'usage de la formule officielle

aa. Aucun usage de la formule officielle

Il y a deux situations à distinguer concernant les critères de l'examen du loyer initial. La première situation se trouve lorsque les cantons n'ont pas rendu obligatoire l'usage de la formule officielle pour la conclusion de tout nouveau bail selon l'art. 270 al. 2 CO. Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont pu s'accorder sur cette question. Il paraît toutefois juste de suivre l'avis de Richard selon lequel le

⁶¹ Fetter, op. cit., n° 464, p. 213 / Tribunaux des Baux vaudois, jugement XA03.2888 du 27 octobre 2003 cons. 3a/aa.

⁶² Arrêt 4P.196/2005, du 10.02.2006.

⁶³ Arrêt 4P.196/2005, du 10.02.2006.

bailleur n'a pas à circonscrire le débat judiciaire⁶⁴, laissant au locataire le soin d'invoquer, de motiver et d'établir ce qu'il conteste.

La pratique zurichoise va également et avec raison dans ce sens-là. La conduite de l'instruction suivrait en premier lieu les motifs invoqués par le locataire pour démontrer le caractère abusif du loyer⁶⁵. Selon cette pratique, c'est au locataire de prouver ce caractère abusif du loyer initial, le bailleur étant sommé d'apporter les calculs de rendement durant la procédure si le locataire s'est basé sur ce critère pour fonder sa demande.

Dans le cadre des loyers usuels, le locataire est amené à présenter des objets de comparaison en vue de prouver le caractère abusif du loyer convenu par rapport à ceux du quartier. En cas d'échec de la preuve, la contestation du loyer initial est rejetée⁶⁶. C'est donc au locataire qui demande la diminution du loyer initial d'en prouver le caractère abusif. Par ses motifs, il détermine le cadre du débat judiciaire. Le bailleur pouvant se contenter d'apporter la contre-preuve.

bb. Usage obligatoire de la formule officielle

Qu'en est-il lorsque les cantons ont rendu obligatoire sur tout ou seulement partie de leur territoire, l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour les baux d'habitations, au regard de l'article 270 al. 2 CO ? Le but de cette formule officielle est d'informer le nouveau locataire du montant payé par l'ancien locataire pour le même objet et de son droit de contester le loyer initial⁶⁷. Les cantons de Zoug, Fribourg, Genève, Vaud et Neuchâtel ont fait usage de cette possibilité. Le canton de Zurich l'a fait provisoirement⁶⁸.

Sur la formule doivent figurer entre autres le montant de l'ancien loyer et l'ancien état des charges, le montant du nouveau loyer et le nouvel état des charges ainsi que les motifs justifiant la fixation du loyer initial. L'avis de fixation du loyer doit contenir une motivation suffisamment claire et précise. Ainsi, lorsque l'avis contient simultanément des critères reposant sur les notions de loyers fondés sur les coûts et de ceux fondés sur les prix du marché, la motivation n'est pas valable.

⁶⁴ Philippe Richard, Le point sur la méthode absolue, Cahier du Bail 1998, p. 65.

⁶⁵ Fetter, op. cit., n° 465, p. 214 / Mietgericht Zurich, jugement MA960007 du 18 décembre 1996.

⁶⁶ Fetter, op. cit., n° 465, p. 214 / Obergericht Zurich, 23 août 1996 dans MRA 1997 1,2,4.

⁶⁷ Lachat, op. cit., p. 395.

⁶⁸ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°36, p. 597.

A tort d'après le SVIT commentaire⁶⁹, le Tribunal fédéral accepte en revanche qu'une motivation soit fondée principalement sur les loyers usuels, et subsidiairement sur le calcul du rendement⁷⁰.

Lorsque le locataire a pris la décision de contester le loyer initial en se basant sur les motifs invoqués par le bailleur sur la formule officielle, il faut encore que le bailleur soit effectivement lié par ces motifs⁷¹. La mention de l'ancien loyer et la motivation contenues dans la formule doivent permettre au locataire de saisir la portée et la justification du nouveau loyer afin qu'il puisse décider en toute connaissance de cause de contester le nouveau loyer ou de s'en accommoder⁷².

Comme l'affirme le Tribunal fédéral, cet objectif ne saurait être atteint si le bailleur n'était pas lié par les motifs invoqués à l'appui d'une majoration de loyer. Le locataire qui contesterait judiciairement la fixation du loyer initial risquerait de succomber du seul fait que le bailleur aurait invoqué devant le juge un motif valable qu'il s'était gardé de mentionner jusque-là⁷³. Le bailleur ne peut donc se prévaloir durant la procédure de contestation d'autres motifs de hausse que ceux qui figurent sur la formule officielle⁷⁴.

Les motifs invoqués par le bailleur étant immuables, il convient dès lors de se demander si l'usage de la formule officielle a également un impact sur le locataire et sur le fardeau de la preuve. D'après nous, l'introduction de la formule officielle ne modifie en rien la répartition du fardeau de la preuve. Elle n'a qu'un but informatif et n'exige pas du bailleur qu'il supporte le fardeau de la preuve en devant prouver le caractère admissible du loyer⁷⁵. Par contre, l'usage de la formule officielle peut avoir un impact au niveau de la fixation du cadre du débat judiciaire.

b. La délimitation du cadre du débat judiciaire

Comme on l'a vu, sans l'usage obligatoire de la formule officielle, c'est au locataire de soumettre les motifs qu'il invoque à l'appui de sa contestation.

⁶⁹ Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°14, p. 462.

⁷⁰ Fetter, op. cit., n° 191, p. 88.

⁷¹ Fetter, op. cit., n° 193, p. 90.

⁷² ATF 121 III 364, c. 4.

⁷³ ATF 121 III 364, c. 4.

⁷⁴ Fetter, op. cit., n° 193, p. 90.

⁷⁵ Fetter, op. cit., n° 512, p. 234.

En revanche, lorsque le canton a rendu obligatoire l'usage de la formule officielle, les indications du bailleur fournies sur la formule fixent a priori le cadre du débat judiciaire, le locataire ayant toutefois le choix de porter l'examen du loyer initial sur d'autres motifs que ceux invoqués par le bailleur⁷⁶. Ce n'est que dans ce cas-là que le locataire délimiterait le débat judiciaire. Le rôle de la formule officielle est de permettre au locataire de décider s'il désire contester en connaissant le terrain judiciaire sur lequel il pourrait s'aventurer⁷⁷.

Pratiquement, et de par l'immutabilité des motifs invoqués, le bailleur doit donc se laisser opposer ses motifs, ceux-ci fixant le cadre du débat judiciaire⁷⁸. Dès lors, si le locataire ne précise pas en début de la procédure judiciaire les motifs qu'il entend faire valoir, il faut partir du principe qu'il conteste le loyer initial sous l'angle des motifs invoqués par le bailleur sur la formule officielle⁷⁹.

D'après Fetter, outre le fait que le bailleur est de toute manière lié par les motifs invoqués sur la formule officielle, locataire et bailleur ne peuvent plus faire valoir de nouveaux motifs une fois qu'ils se sont déterminés devant l'autorité judiciaire⁸⁰. Le locataire n'est pas lié par les motifs invoqués préalablement auprès du bailleur, il le devient par contre une fois qu'il introduit la procédure devant l'autorité judiciaire⁸¹ et pour toute la procédure. Le locataire est lié aussitôt que débute la procédure proprement dite devant le juge. Si la procédure de conciliation échoue et que le locataire saisit le juge compétent, il supporte le fardeau de la preuve pour les motifs qu'il invoque. Le cadre du débat est ainsi fixé⁸² et le choix des armes est attribué au locataire.

Si le locataire conteste le loyer par un critère absolu, il fixe le débat à ce critère. S'il omet de demander un critère particulier, c'est le critère motivé par le bailleur au moyen de la formule officielle qui délimitera le débat judiciaire.

⁷⁶ Lachat, op. cit., p. 394.

⁷⁷ Lachat, op. cit., p. 394.

⁷⁸ Lachat, op. cit., p. 402.

⁷⁹ Fetter, op. cit., n° 472, p. 217.

⁸⁰ Fetter, op. cit., n° 473, p. 217.

⁸¹ Fetter, op. cit., n° 466, p. 214.

⁸² Lachat, op. cit., p. 418.

III. Résumé et conclusion

A. Résumé à l'aune des décisions judiciaires vaudoises

Dans un jugement du mois de juin 2007⁸³, le Tribunal des baux vaudois fait erreur lorsqu'il attribue le fardeau de la preuve du caractère non abusif du loyer initial au bailleur. En effet, il se base de manière erronée sur la jurisprudence relative à la hausse unilatérale de loyer pour arriver à la conclusion que le bailleur doit prouver les motifs invoqués sur la formule officielle⁸⁴. Comme on a pu auparavant le démontrer, la hausse unilatérale du loyer n'est en aucun cas assimilable à la fixation du loyer initial contesté par le locataire. Du fait de l'usage de cette pratique, le Tribunal des baux vaudois arrive à des décisions qui ne sont simplement pas soutenables⁸⁵.

Fort heureusement pour la pratique, un arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 1^{er} octobre 2008⁸⁶ faisait preuve de clairvoyance dans le domaine du fardeau de la preuve. Dans cet arrêt, les juges cantonaux motivent avec raison qu'il appartient au locataire de démontrer le caractère abusif du loyer et que dès lors le fardeau de la preuve lui incombe sur ce point. Les juges poursuivent en affirmant que le bailleur est lié par le motif mentionné dans la formule officielle qu'il a remise au locataire et que ce principe n'oblige pas pour autant le bailleur à démontrer l'absence d'abus. Les motifs de majoration invoqués par le bailleur ne limitent pas les moyens de contestation du locataire⁸⁷.

Finalement, les juges cantonaux vaudois déclarent que le bailleur doit contribuer à la contre-preuve pour l'allégation du caractère abusif du loyer, lorsque celle-ci incombe au locataire. Cette contre-preuve aboutissant déjà si la preuve principale en est affaiblie⁸⁸.

Cette solution n'est toutefois pas optimale eu égard aux éléments exposés auparavant. Comme on l'a vu, un devoir de collaborer à l'administration des preuves par le bailleur peut être admis dans le cas où cette partie a une connaissance précise des faits ou qu'elle est seule à disposer des moyens de

⁸³ Jugement du 4 juin 2007 du tribunal des baux vaudois XA06.035035.

⁸⁴ Arrêt du 1^{er} octobre 2008 p.10 / ATF 114 II 361, c.3, JdT 1989 I 78 / ATF 127 III 411.

⁸⁵ Jugement du 4 juin 2007 du tribunal des baux vaudois XA06.035035.

⁸⁶ Arrêt du 1^{er} octobre 2008, p.10.

⁸⁷ Arrêt du 1^{er} octobre 2008, p.11.

⁸⁸ Arrêt du 1^{er} octobre 2008, p.11.

preuve⁸⁹. Dans le cas contraire, le bailleur peut tout au plus, s'il le désire, apporter la contre-preuve. Outre la question de l'administration des preuves, cette décision du Tribunal cantonal était très satisfaisante. Elle n'a toutefois pas été confirmée par le Tribunal fédéral, qui, comme le dit bien Salomé-Daïna⁹⁰, était forcément conscient de l'enjeu et n'a pas osé trancher cette question.

L'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois rendu quelque temps après celui du 1^{er} octobre 2008⁹¹ n'est qu'anecdotique à notre sens tant sa solution est insoutenable. Effectivement, les juges se basent sur une jurisprudence du Tribunal fédéral dans un cas de contestation de hausse de loyer⁹², et non de contestation de loyer initial, pour arriver à la conclusion que le bailleur supporte le fardeau de la preuve.

L'arrêt du Tribunal cantonal du 7 octobre 2009 vient confirmer notre avis selon lequel l'arrêt rendu le 29 octobre 2008 ne peut pas être pris en compte dans le cadre de cette étude et en général dans le cadre de la contestation du loyer initial. En effet, les juges cantonaux y relèvent que le principe fixé dans l'arrêt précité de 2008⁹³ selon lequel le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial incombe au locataire n'a pas été expressément infirmé par le Tribunal fédéral. Ils y mentionnent également que « même si la contre-preuve devait échouer sur les logements comparatifs, pour deux d'entre eux au moins, les locataires n'auraient pas pour autant prouvé le caractère abusif du loyer initial litigieux. Il faudrait, pour que leur contestation aboutisse, qu'ils apportent eux-mêmes suffisamment d'éléments comparatifs pertinents avec des loyers inférieurs pour que tel soit le cas. »⁹⁴

Le bailleur qui notifie une augmentation de loyer est tenu de la motiver en indiquant les critères sur lesquels il s'est basé et auxquels il sera lié par la suite. Si le bailleur justifie son augmentation en cours de bail par les loyers comparatifs, il supportera le fardeau de la preuve⁹⁵.

Dans le même ordre d'idée, le locataire qui souhaite obtenir une adaptation du loyer à la baisse au cours du bail doit indiquer les critères de fixation du loyer qu'il

⁸⁹ Fetter, op. cit., n° 520, p. 238 / Arrêt 5A_576/2008, du 19 février 2009 / Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°47, p. 600.

⁹⁰ Salomé Daïna, op. cit., p. 97.

⁹¹ Arrêt du 29 octobre 2008.

⁹² ATF 123 III 317.

⁹³ Arrêt du 1^{er} octobre 2008.

⁹⁴ Arrêt du Tribunal cantonal du 7 octobre 2009, 507/I.

⁹⁵ ATF 127 III 411.

entend faire valoir à l'appui de sa demande. Le fardeau de la preuve appartient à ce moment-là à la partie qui souhaite obtenir la modification du loyer⁹⁶. Dans le cadre de la contestation du loyer initial, le locataire demande une adaptation de loyer, il convient donc logiquement de lui faire porter le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer initial.

Dans un jugement du tribunal des baux vaudois de septembre 2010, le tribunal attribue une nouvelle fois le fardeau de la preuve du caractère non abusif du loyer au bailleur. Il se base pour cela sur un arrêt du Tribunal fédéral⁹⁷ concernant une hausse de loyer en cours de bail. Les arrêts de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du 1^{er} octobre 2008, du 1^{er} avril 2009 et du 7 octobre 2009 ne peuvent que contredire le jugement du Tribunal des baux vaudois de septembre 2010. Il y est effectivement et explicitement exposé que le fait d'admettre une incombance au bailleur de participer à la contre-preuve ne permettrait en aucun cas d'aligner la position du bailleur sur celle valant lors d'une hausse unilatérale. La Chambre des recours précise de plus qu'une pratique contraire du Tribunal des baux n'est pas conforme au droit fédéral⁹⁸. Dans ce jugement de septembre 2010, le Tribunal des baux semble toutefois admettre implicitement que le fardeau de la preuve doit être supporté par le locataire lorsque celui-ci ne demande pas l'examen du loyer sous l'angle du rendement, mais sous l'angle des loyers comparatifs.

Cette décision ne peut à nouveau que nous confirmer le fait que l'attribution du fardeau de la preuve au bailleur n'est basée que sur une jurisprudence fédérale dans le cadre de majoration de loyer en cours de bail. Elle confirme également la confusion qui peut être faite entre la fixation du cadre des débats, l'obligation de motiver par le bailleur et la charge du fardeau de la preuve. Finalement cette décision peut démontrer tout l'entêtement qu'a le Tribunal des baux vaudois à rester sur sa position, alors que plusieurs décisions du Tribunal cantonal vaudois semblent mener vers un changement obligé de pratique.

⁹⁶ Fetter, op. cit., n° 466, p. 215 / ATF 127 III 411.

⁹⁷ Arrêt 4C.323/2001, du 9 avril 2002.

⁹⁸ Arrêt du 1er avril 2009 du Tribunal cantonal vaudois, 168/I, c. 4c.

B. Conclusion

Ces différentes considérations judiciaires confirment notre exposé précédent et nous amènent à résumer la situation telle que voici :

1. En vertu des principes généraux de procédure, la partie qui invoque les loyers usuels dans la localité ou le quartier doit en fournir la preuve. Dans le cadre d'une augmentation de loyer, il s'agira du bailleur, alors que dans le cadre d'une contestation du loyer initial, le locataire supportera la charge de la preuve⁹⁹.
2. La charge du fardeau de la preuve est supportée par la partie qui allègue un fait dont elle veut en déduire son droit. Dans le cas de la demande de réduction de loyer en procédure de contestation du loyer initial, le locataire supporte le fardeau de la preuve¹⁰⁰, ceci indépendamment de l'âge de l'immeuble ou du cadre du litige donné par les parties.
3. Admettre le contraire (bailleur supportant chaque fois le fardeau de la preuve seulement en raison de l'âge de l'immeuble) conduirait à une inégalité crasse entre bailleurs. Effectivement, cela reviendrait à dire que tout bailleur d'immeuble ancien dont le calcul du rendement ne peut être demandé supporte le fardeau de la preuve du caractère admissible du loyer initial, et que tout bailleur dont le calcul du rendement peut être demandé ne devrait que participer à l'administration de la preuve.
4. Le locataire supportant le fardeau de la preuve des loyers comparatifs supporte également le fardeau de l'administration de la preuve, pour autant que les éléments nécessaires à la preuve ne soient pas détenus uniquement pas le bailleur¹⁰¹. Le bailleur est tenu de fournir les éléments qu'il est seul à détenir, tel que les calculs de rendement, conformément aux principes généraux tirés des règles de la bonne foi. Le bailleur est toutefois autorisé à apporter la contre-preuve qui peut aboutir si elle affaiblit la preuve principale¹⁰².

⁹⁹ Arrêt de la Cour Suprême du canton de Zurich du 23 août 1996, MRA1/97, p.1 ss.

¹⁰⁰ Weber, op.cit., n°8, ad art. 270 CO / Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°47, p. 600 / Lachat, op. cit., p. 394 / Fetter, op. cit., n° 511, p. 234 / ATF 124 III 310 / Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009.

¹⁰¹ Arrêt 4A_576/2008, du 19 février 2009.

¹⁰² Burkhalter / Martinez – Favre, op. cit., n°47, p. 600.

5. L'usage de la formule officielle pour la communication du loyer initial n'a pas d'impact sur la question du fardeau de la preuve. Lorsque le locataire veut contester son loyer initial, il le fait selon les motifs qu'il invoque et est lié par ses motifs dès la saisine de l'autorité judiciaire.¹⁰³ Dans le cas où le locataire ne mentionne pas les motifs sur lesquels il veut contester son loyer initial, le cadre du débat judiciaire est déterminé par les motifs invoqués par le bailleur sur la formule officielle¹⁰⁴. Le bailleur est lié par ses motifs¹⁰⁵.

Notre position sur le sujet est ainsi claire. Le locataire supporte la charge du fardeau de la preuve dans le cadre de la contestation du loyer initial.

Il ne manque aujourd'hui plus qu'une décision qui établisse que l'institution de la contestation du loyer initial par le locataire selon l'art. 270 CO et celle de la contestation de l'augmentation du loyer par le bailleur en cours de bail ne sont pas comparables car elles suivent des règles différentes en matière du fardeau de la preuve, les allégations et revendications provenant de deux entités différentes.

A cet égard, il n'est donc pas possible de se fonder sur l'une de ces deux institutions pour traiter le fardeau de la preuve de l'autre institution. La balle se trouve aujourd'hui dans le camp des tribunaux.

¹⁰³ Lachat, op. cit., p.394.

¹⁰⁴ Fetter, op. cit., n° 193, p. 90.

¹⁰⁵ Fetter, op. cit., n° 472, p. 217.