

**Art. 267a CO ; art. 8 CC ; art. 55 al. 1, art. 150 ss CPC - RESPONSABILITE DU LOCATAIRE POUR
LES DEFAUTS A LA FIN DU BAIL – FARDEAUX DE L'ALLEGATION ET DE LA PREUVE DE L'AVIS
DES DEFAUTS AU LOCATAIRE**

TF 4A_537/2020 du 23.2.2021 c. 3.1, 3.3 et 3.4 - 3.5

(c. 3.1) A la fin du bail, le bailleur doit vérifier l'état de la chose lors de sa restitution et aviser immédiatement le locataire des défauts dont celui-ci répond (TF 4A_589/2012 du 21.11.2012 c. 2.1). (c. 3.3.1) Même s'il importe peu que les faits aient été allégués par le demandeur ou par le défendeur puisqu'il suffit que les faits fassent partie du cadre du procès pour que le juge puisse en tenir compte, le *demandeur*, qui *supporte en principe* le fardeau de l'allégation objectif et le fardeau de la preuve (art. 8 CC), en ce sens qu'il supporte *les conséquences de l'absence d'allégation* de ce fait (*fardeau de l'allégation objectif*), respectivement celles de l'absence de preuve de celui-ci, a évidemment toujours intérêt à l'alléguer lui-même, ainsi qu'à indiquer au juge les moyens propres à l'établir (ATF 143 III 1 c. 4.1 ; TF 4A_288/2018 du 29.1.2019 c. 3.1.2 et réf.). (c. 3.3.2) *L'entrepreneur (ou le vendeur) supporte le fardeau de l'allégation objectif de l'absence d'avis* des défauts ou de la tardiveté de celui-ci *et le maître de l'ouvrage (ou l'acheteur) supporte le fardeau de la preuve* de l'un ou l'autre de ces faits (TF 4A_288/2018 précité c. 6.1.2). Après avoir exprimé des doutes sur cette *"séparation inusuelle" des fardeaux de l'allégation (objectif) et de la preuve*, tout en laissant la question en suspens, le TF a finalement maintenu sa jurisprudence. (c. 3.4-3.5) En l'espèce, le premier juge a constaté que le bailleur n'avait pas allégué avoir donné *avis des défauts à la locataire* et que ce fait ne ressortait pas du dossier ; il a retenu qu'aucun avis des défauts n'avait été donné. Le bailleur plaide que ce constat viole les règles sur le *fardeau de l'allégation*, dès lors que la locataire [à qui ce fardeau incombe selon lui, v. c. 3.2] n'a pas allégué l'absence d'avis des défauts. (*Question laissée ouverte*, le bailleur n'étant pas admis, en vertu du principe de l'épuisement des griefs, à contester pour la première fois devant le TF un constat qu'il n'a pas critiqué en appel).

2021-N11 Séparation « inusuelle » des fardeaux de l'allégation et de la preuve de l'avis des défauts : *quid* à la fin d'un bail ?

Note F. Bastons Bulletti

1 A la suite de la résiliation du bail d'un logement, l'état des lieux est opéré en l'absence de la locataire par un huissier, qui constate divers dégâts. Le bailleur les fait réparer, puis introduit devant le tribunal des baux une demande contre la locataire, dans laquelle il réclame - notamment - le paiement des frais de réparation. La locataire conclut pour l'essentiel au rejet. Le tribunal des baux admet partiellement la demande ; pour la plupart des travaux de réparation réclamés, il retient que le bailleur n'a pas dûment avisé la locataire d'éventuels défauts dont il la tenait pour responsable. Le bailleur interjette appel, puis recourt au TF, en

vain.

2 Le bailleur ne conteste pas que comme le premier juge l'a retenu (c. 3.3.1 de l'arrêt), il n'a pas donné avis des défauts (art. 267a CO) à la locataire. Il soutient toutefois que celle-ci n'a pas allégué l'absence d'avis, alors que cette allégation lui incombait, et reproche ainsi au juge le constat d'un fait non allégué. Ce grief est irrecevable devant le TF, faute d'avoir été préalablement soulevé en appel (principe d'épuisement des griefs, cf. c. 3.5 de l'arrêt). La question de savoir qui, du bailleur ou du locataire, doit alléguer (l'omission de) l'avis des défauts à la fin du bail et qui, en cas de contestation, doit prouver ce fait, mérite néanmoins un examen.

3 Lorsque le procès est régi par la maxime des débats, l'allégation des faits, leur contestation et leur preuve incombent aux parties ; le juge ne peut en principe prendre en considération que les faits allégués et non contestés, ou les faits allégués, contestés et prouvés (art. 55 al. 1 CPC). Les fardeaux de l'allégation et de la preuve sont réglés par le droit matériel (art. 8 CC ; *infra* N 4) et comportent deux aspects. Les fardeaux *subjectifs* de l'allégation ou de la preuve correspondent au devoir d'alléguer un fait, respectivement de le prouver. Les **fardeaux objectifs de l'allégation, ou de la preuve**, impliquent, pour le plaideur qui en est chargé, qu'il doit supporter les **conséquences de l'absence ou de l'insuffisance d'allégation, respectivement de preuve**, d'un fait pertinent. Le fardeau objectif ne joue ainsi de rôle que si un fait n'est pas allégué, respectivement, s'il n'est pas prouvé. En effet, du moment qu'un fait est (régulièrement) allégué, la personne de l'alléguant importe peu : le juge peut en tenir compte, même si ce fait n'a pas été présenté par celui qui supporte le fardeau de l'allégation – étant relevé que ce dernier a néanmoins toujours intérêt à l'alléguer lui-même, précisément car il supporte les conséquences d'un défaut d'allégation (ATF 143 III 1 c. 4.1, cf. note sous art. 221al. 1 lit. d, 1.). De même, le fardeau de la preuve ne joue plus de rôle si le tribunal estime qu'un fait est prouvé ou infirmé, peu important quelle partie a présenté les preuves décisives (cf. notes sous art. 150 ss, A.2., part. ATF 141 III 241 c. 3.2 et réf. ; ég. ATF 118 II 142 c. 3a et réf.).

4 Selon l'**art. 8 CC**, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Ainsi, celui qui invoque un droit supporte le **fardeau de la preuve** des faits *générateurs* de ce droit, alors que celui qui invoque l'extinction d'un droit, ou qui en conteste la naissance, supporte le fardeau de la preuve des faits *extinctifs ou dirimants* (cf. notes sous art. 150 ss, A.1., not. ATF 141 III 241 c. 3.1). La question – parfois délicate - de savoir si un fait est générateur de droit ou s'il est dirimant relève elle aussi du droit matériel (TF 4A_365/2017 du 26.2.2018 c. 5.2, note *ibid.* et in newsletter du 3.5.2018). Dans la vente et le contrat d'entreprise, la jurisprudence admet que l'avis des défauts est un fait *générateur* de droit : la preuve en incombe ainsi à celui qui s'en prévaut (ATF 118 II 142 c. 3a, note sous art. 150 ss, A.1.).

5 En **principe, le fardeau de l'allégation suit celui de la preuve** (ATF 132 III 186 c. 4 ; cf. notes sous art. 221 al. 1 lit. d, 1.). **Toutefois**, selon la jurisprudence du TF relative aux **contrats d'entreprise et de vente**, les fardeaux de l'allégation et de la preuve de l'avis des défauts sont **séparés** : lorsque le maître d'ouvrage ou l'acheteur invoque une prétention résultant des défauts, c'est à l'entrepreneur ou au vendeur qui s'oppose à cette prétention qu'il incombe d'*alléguer* l'absence ou la tardiveté de l'avis des défauts ; le fardeau de la *preuve* de l'avis, ou

du fait qu'il a été donné à temps (i.e. immédiatement), incombe alors au maître d'ouvrage ou acheteur (ATF 107 II 50 c. 2a ; ATF 118 II 142 c. 3a, note sous art. 150 ss, A.2. ; ég. TF 4A_405/2017 du 30.11.2017 c. 3.3 – 3.4 ; TF 4A_288/2018 du 29.1.2019 c. 6.2.1). Ainsi, a contrario, il n'incombe au maître, ou à l'acheteur, ni d'alléguer qu'il a donné l'avis à temps (quand bien même il s'agit là d'un fait générateur de droit, dont il devrait en principe supporter le fardeau de l'allégation, cf. *supra* N 4 i.f.), ni, si la partie adverse néglige son devoir d'allégation, de supporter le fardeau de la preuve de l'avis (immédiat) ; dans ce dernier cas, faute d'allégation de l'*absence* d'avis, l'*existence* de l'avis ne peut être mise en question, même si le maître ou l'acheteur n'a pas allégué avoir réalisé cette condition de son droit à la garantie.

6 Cette **séparation des fardeaux de l'allégation et de la preuve** se trouve aussi, notamment, dans le **cas d'une présomption légale** : celui qui se prévaut d'une telle présomption doit certes alléguer et prouver les faits qui sont à la base de celle-ci, et *alléguer* le fait présumé (la conséquence), mais il n'a pas à prouver celui-ci ; le fardeau de la *preuve* du contraire incombe à la partie adverse (cf. notes sous art. 150 ss, B.). Les fardeaux de l'allégation et de la preuve sont également dissociés **en matière d'inexécution d'un contrat** (*exceptio non adimpleti contractus*, art. 82 CO) : le débiteur a la charge d'alléguer l'absence d'exécution, mais la preuve de l'exécution (ou de l'offre d'exécution) incombe au créancier, qui supporte ainsi le fardeau objectif de la preuve (cf. TF 4A_68/2010 du 12.10.2010 c. 3.2.3 et réf. ; ég. ATF 145 III 20 c. 4.3.2 et 4.3.3, note *ibid.* et note M. Heinzmann, newsletter du 06.12.2018, concernant la procédure de mainlevée : le débiteur supporte le fardeau de l'*allégation* de l'inexécution du contrat par le créancier, mais peut se limiter à cette allégation ; le fardeau de la *preuve* incombe au poursuivant, dès lors que l'exécution est un fait générateur de droit). De même, **en procédure de protection des cas clairs** (art. 257 CPC), le défendeur doit alléguer – et ce, de manière motivée et convaincante – les faits qui s'opposent à la prétention du demandeur (cf. ATF 144 III 462 c. 3.3.2, note *ibid.* et sous art. 257, C.a.a., concernant une procédure de protection des cas clairs dans laquelle le TF a qualifié de fait dirimant, dont l'*allégation* incombe au locataire défendeur, l'inobservation d'une condition de forme entraînant la nullité du congé), mais c'est le demandeur, qui doit établir que l'état de fait est clair, qui supporte alors le fardeau de la *preuve* de la non-existence de ces faits (ATF 138 III 620 c. 6.2, notes *ibid.*). En d'autres termes, dans cette procédure particulière, celui qui prétend un droit supporte également, en dérogation au principe général, le fardeau de la preuve (mais non de l'allégation) de la non-existence des faits dirimants.

7 Dans le présent arrêt, le TF n'a pas pu examiner si la jurisprudence précitée, relative à l'avis des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, est également applicable à **l'avis des défauts que doit donner le bailleur au locataire à la fin du bail** (art. 267a CO ; *supra* N 2). Il nous semble néanmoins correct de retenir, comme l'a fait implicitement le premier juge, que c'est le bailleur qui supporte non seulement le fardeau de la preuve, mais aussi le fardeau de l'allégation de l'avis – et non le locataire qui doit alléguer l'absence d'avis. Certes, on ne peut nier une similitude entre la réglementation des défauts à la fin du bail et celle des défauts dans la vente ou le contrat d'entreprise. Cependant, d'une part, la règle – jurisprudentielle – qui prévaut en matière de vente ou d'entreprise est « inusuelle », comme le TF le reconnaît (il n'en a pas moins confirmé cette jurisprudence, comme il le rappelle dans le présent arrêt [cf. c. 3.3.2 et réf., not. ATF 118 et TF 4A_405/2017 précités, *supra* N 5], toutefois sans exposer les motifs de son choix, alors même que la question est largement controversée en doctrine :

cf. F. Hohl, L'avis des défauts de l'ouvrage : fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation, RFJ 2004, 235 ss, 256 ss). Or, dans le doute, la règle générale, selon laquelle le fardeau de la preuve et celui de l'allégation vont de pair, doit prévaloir sur l'exception. Dès lors que l'avis (régulier) des défauts est un fait générateur de droit (càd. générateur du droit du bailleur à la réparation des défauts ; cf. pour l'acheteur ou le maître d'ouvrage, ATF 118 précité, *supra* N 4 i.f. ; ég. Hohl, op.cit., 260 ss), et non un fait dirimant, le bailleur doit en supporter le fardeau de la preuve, et dès lors aussi, selon la règle générale, celui de l'allégation (ég. Hohl, op. cit., 267 ss). On ne voit en outre pas de motifs de déroger à cette règle ; au contraire, à supposer que la répartition des fardeaux de l'allégation et de la preuve ne résulte pas clairement de la loi, des considérations d'équité doivent aussi être prises en considération : or, le locataire n'est souvent pas à même de vérifier si le bailleur a ou non tardé à donner l'avis des défauts, particulièrement lorsqu'il s'agit de défauts cachés découverts après l'état des lieux et communiqués ultérieurement. On peut d'autant moins lui imposer d'alléguer ce retard du bailleur que la réglementation du droit du bail présente (aussi dans le CPC, cf. art. 243 ss) un caractère social, qui ne se retrouve pas en matière de vente ou d'entreprise, le locataire étant considéré de manière générale comme une partie faible. Or, lui imposer le fardeau de l'allégation de l'absence d'avis (immédiat et régulier) des défauts est d'autant moins justifié que le locataire ignore souvent, à tout le moins, les exigences – précises – que la jurisprudence pose à cet avis (cf. à ce sujet TF 4A_589/2012 du 21.11.2012 c. 2.1, cité au c. 3.1 de l'arrêt ; ég. TF 4A_162/2020 du 25.6.2020 c. 5), de sorte qu'il peut omettre d'alléguer des faits dont il ignore la pertinence. Le devoir d'interpellation du juge (art. 56 CPC), voire la maxime sociale (applicable lorsqu'en raison de sa valeur litigieuse, la cause est soumise à la procédure simplifiée, cf. art. 243 al. 1 cum 247 al. 2 lit. b ch. 1 CPC), ne permettent en outre pas au juge d'intervenir en sa faveur pour lui suggérer des arguments (cf. notes sous art. 56, B., en part. ATF 142 III 462 c. 4.3 ; ég. ATF 141 III 569 c. 2.3 et 3.1, notes sous art. 247 al. 2). En revanche le bailleur, souvent représenté par un professionnel, n'ignore généralement ni son devoir d'avis, ni le moment et les circonstances dans lesquels il l'a lui-même donné, de sorte qu'il est mieux à même d'alléguer chacun des faits pertinents – dont il supporte de toute manière le fardeau de la preuve.

8 Si l'on retient que c'est le bailleur qui supporte le fardeau de l'allégation comme de la preuve de l'avis régulier, s'il omet d'alléguer ce fait régulièrement et à temps, le juge, en vertu de la maxime des débats applicable au procès (art. 55 al. 1 CPC), ne peut que constater que l'une des conditions du droit fait défaut et rejeter la demande. Cependant, aussi longtemps que la **question** du fardeau de l'allégation de l'(absence d') avis n'est **pas tranchée**, le locataire sera bien avisé d'alléguer lui-même l'absence d'avis (immédiat et suffisant) des défauts, respectivement l'acceptation par le bailleur de l'objet restitué. S'il l'omet, le bailleur ne peut cependant escompter que le fardeau objectif de l'allégation sera imputé au locataire et que l'existence d'un avis régulier, condition de son droit à la réparation des défauts, sera tenue pour établie : il dès lors intérêt à alléguer lui-même avoir donné un avis immédiat au locataire, quitte à se heurter à une contestation de celui-ci, qui le contraindra à offrir et administrer la preuve de l'avis et à courir le risque de l'échec de cette preuve.

Proposition de citation :

F. Bastons Bulletti in newsletter CPC Online 2021-N11, n°...



Code annoté
www.zpo-cpc.ch

Qu'est-ce que le CPC Online ?

Le CPC Online est un Code de procédure civile annoté et en ligne. Destiné au praticien, il est mis à jour en continu avec la dernière jurisprudence fédérale et cantonale en la matière. Une simple recherche vous permet de trouver rapidement les réponses à vos questions de procédure civile. Pour le tester, rendez-vous sur www.ZPO-CPC.ch/test-gratuit