

Tribunal fédéral - 4A_557/2017 (destiné à la publication)

Ire Cour de droit civil

Arrêt du 21 février 2018

Résumé et analyse

Proposition de citation :

François Bohnet, Restriction de la possibilité d'alléguer en procédure sommaire (arrêt 4A_557/2017), Newsletter bail.ch avril 2018

Newsletter avril 2018

Procédure ; expulsion ; bail commercial

Second échange d'écritures en procédure sommaire et nova

Cas clair ; question préjudicielle de la validité du congé

Art. 229, 253, 257 CPC ; 29 Cst. ; 6 CEDH

unhe
UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

Séminaire sur
le droit du bail

Restriction de la possibilité d'alléguer en procédure sommaire

François Bohnet

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_557/2017, destiné à la publication au recueil officiel, porte sur la possibilité d'alléguer à une seconde occasion en procédure sommaire. Le Tribunal fédéral nie qu'il s'agisse d'un droit. La question d'éventuelles exceptions à ce principe n'a pas été tranchée.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. GmbH est locataire de locaux commerciaux à l'usage d'un centre de fitness selon contrat conclu les 13 novembre et 11 décembre 2015. La location débute le 1^{er} janvier 2016 pour se terminer au 31 décembre 2020. Le loyer brut s'élève à CHF 13'301.30 par mois payable le 1^{er} de chaque mois. Les parties ont convenu que le loyer est dû pour la première fois pour le mois d'avril 2016 et que le paiement du 50% du loyer pour avril à juin 2016 deviendrait exigible respectivement au 1^{er} janvier, 1^{er} février et 1^{er} mars 2017.

Le 19 septembre et le 5 novembre 2016, les parties ont conclu un nouvel accord d'après lequel la moitié des loyers de juillet à septembre 2016 ne serait dû que le 1^{er} janvier, le 1^{er} février et le 1^{er} mars 2018, en raison d'un dégât d'eau.

Par mise en demeure du 11 avril 2017, la bailleuse a exigé le paiement du loyer net échu le 1^{er} avril 2017 à hauteur de CHF 13'301.30, payable dans les 30 jours. La locataire a versé le 28 avril 2017 une somme de CHF 6'650.65.

La bailleuse a résilié le bail sur formule officielle pour cause de demeure le 30 mai 2017, pour le 30 juin 2017. La locataire a contesté le congé devant l'autorité de conciliation compétente en demandant qu'il soit constaté que la résiliation était inefficace, subsidiairement qu'elle devait être annulée.

Quant au bailleur, il a par requête de protection dans les cas clairs du 9 août 2017 agi en expulsion auprès du Tribunal de commerce du canton de Berne. Dans sa prise de position, la locataire a demandé que la requête en protection de cas clair soit déclarée irrecevable, subsidiairement qu'elle soit rejetée.

Le 29 août, le Tribunal de commerce a transmis pour information la prise de position du locataire à la bailleresse et informé les parties du prononcé prochain par écrit.

La bailleresse a ensuite déposé spontanément une « réplique » le 8 septembre 2017 et la locataire une « duplique » le 21 septembre 2017.

Par prononcé du 5 octobre 2017, le Tribunal de commerce du canton de Berne a admis la requête et ordonné le départ de la locataire. Le Tribunal de commerce n'a pas écarté du dossier les actes déposés spontanément par les parties dans la mesure où, à l'exception d'une affirmation concernant un défaut, ils ne contenaient pas de faits nouveaux. Par ailleurs, les réquisitions d'auditions de témoins et des parties ont été écartées par le tribunal. Le Tribunal de commerce n'a pas admis l'objection de la locataire selon laquelle la mise en demeure du 8 avril 2017 ne contenait pas de menaces de résiliation ni l'objection selon laquelle, en vertu d'un accord oral de mars 2017, seule la moitié du loyer aurait été due à partir de mars 2017 ni enfin l'argument selon lequel la bailleresse s'était comportée de manière contraire à la bonne foi.

La locataire a déposé un recours en matière civile contre ce prononcé demandant que celui-ci soit annulé et qu'il ne soit pas entré en matière sur la requête en protection dans les cas clairs. Elle faisait valoir en particulier que le Tribunal de commerce avait violé l'art. 229 al. 1 let. b CPC parce qu'il n'avait pas écarté la « réplique » de la bailleresse et qu'elle avait par ailleurs considéré à tort qu'elle était en retard dans le paiement des loyers, qu'il y avait eu une menace de résiliation insuffisante et que le congé n'était pas contraire au principe de la bonne foi. La locataire faisait également valoir que les conditions de l'art. 257 CPC n'étaient pas remplies dans la mesure où l'audition des parties et de témoins était nécessaire pour la résolution du litige.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours pour les motifs qui suivent.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral examine tout d'abord (consid. 2.1) l'argument de la locataire selon lequel la « réplique » aurait dû être écartée. Le Tribunal fédéral rappelle que l'art. 253 CPC prévoit que, en procédure sommaire, le tribunal donne la possibilité à l'adversaire de se prononcer par écrit ou par oral. Selon le message du Conseil fédéral, un second ou ultérieur échange d'écritures devrait être exclu, car des échanges écrits étendus seraient contraires à cette procédure. Le fait que l'on puisse tirer de l'interprétation historique de la loi que seul un échange d'écritures intervient dans cette procédure, n'exclut pas qu'un deuxième échange puisse être ordonné avec la retenue qui s'impose, lorsque les circonstances le justifient (ATF 138 III 252 consid. 2.1). Par ailleurs, la limite à un seul échange d'écritures ne remet pas en cause la possibilité pour les parties de se prononcer sur chaque acte du tribunal ou de la partie adverse en vertu de l'art. 6 ch.1 CEDH et 29 al. 1 et 2 Cst., cela indépendamment du fait que cette prise de position comprenne des éléments nouveaux et importants (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 I 484 consid. 2.4 ; 138 III 252 consid. 2.2, chacun avec des références). Ainsi, l'instance cantonale a manifestement pris en compte ce principe puisqu'elle n'a pas écarté la « réplique » ni même d'ailleurs la « duplique ».

Le Tribunal fédéral rappelle (consid. 2.2) qu'il a reconnu pour la *procédure ordinaire* que les parties ont deux occasions de se prononcer de manière non limitée alors qu'elles ne peuvent le faire ensuite qu'aux conditions posées par l'art. 229 al. 1 CPC (ATF 140 III 312 consid. 6.3.2 ; TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017 consid. 2, destiné à la publication). Le même principe vaut également en procédure simplifiée (voir art. 229 al. 2 CPC et ATF 140 III 450 consid. 3.2). En *procédure sommaire* en revanche, les parties ne peuvent partir du principe que le tribunal ordonnera après un premier échange un second échange d'écritures ou des débats principaux (TF 4A_273/2012 du 30 octobre 2012 consid. 3.2, non publié in : ATF 138 III 620). Il n'y a donc pas dans cette procédure un droit des parties à se prononcer deux fois. La règle est que les actes sont restreints après une prise de position (voir

LEUENBERGER, in : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM et al. [édit], 3^e éd. 2016, N 17 ad art. 229 CPC). Certains auteurs considèrent que cette règle vaut sans exception (voir RAPHAËL KLINGER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Thèse 2010, p. 204 ; DANIEL FÜLLEMANN, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, in : Innovatives Recht, 2013, p. 876 s.). D'autres auteurs font valoir avec des arguments convaincants que l'art. 229 CPC doit être appliqué par analogie lorsqu'après un premier échange d'écritures, une audience a lieu ou qu'exceptionnellement un deuxième échange est ordonné (voir WILLISEGGER, in : Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd. 2017, N 58 ad art. 229 ZPO ; KAUFMANN, in : Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], BRUNNER et al. [édit.], 2^e éd. 2016, N 36 ad art. 252 CPC ; voir aussi SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM et al. [édit.], 3^e éd. 2016, N 20 ss ad art. 257 CPC). En effet, dans un tel cas, la procédure sommaire ne se limite pas à un seul échange si bien qu'il faudrait admettre, par une application analogique de l'art. 229 CPC, l'introduction de faits nouveaux tant que le tribunal n'est pas entré en délibération (comparer pour la procédure de recours, ATF 142 III 413 consid. 2.2.5). Le Tribunal fédéral laisse cependant cette question ouverte, car en l'espèce l'instance cantonale n'a pas autorisé un nouvel échange, mais au contraire annoncé le prononcé d'une décision écrite le 29 août 2017.

Le Tribunal fédéral relève (consid. 2.3) qu'il n'y a donc pas eu de deuxième échange d'écritures, mais le dépôt d'une « réplique » spontanée de la bailleresse en vertu de son droit constitutionnel. L'instance cantonale a correctement retenu qu'il n'y avait dans un tel cas pas de possibilité de faire valoir des faits nouveaux et elle n'a dès lors pas tenu compte de défauts avancés par la bailleresse et qui ne l'avaient pas été au préalable. Elle a cependant tenu compte de cette écriture respectant ainsi le droit d'être entendu de la bailleresse. La partie adverse admet elle-même que cette écriture a été prise en compte puisqu'elle se plaint du fait que celle-ci aurait compris des faits nouveaux qui n'auraient pas dû être pris en compte. Or elle ne prétend pas que la bailleresse aurait introduit dans le procès un email qui ne l'aurait pas été auparavant, et elle n'apporte pas d'autres éléments qui permettraient de démontrer que des faits nouveaux ont été encore pris en compte par l'instance cantonale.

Dès lors, l'argument selon lequel l'instance cantonale avait pris en compte des faits nouveaux tardifs doit être écarté (consid. 2.4).

Aux consid. 3 à 6, le Tribunal fédéral examine les arguments de la recourante concernant l'existence d'un accord relatif à une réduction du loyer, au caractère insuffisant de la mise en demeure et à l'absence d'abus de droit de la bailleresse. Il écarte l'ensemble de ses arguments. On se contentera de relever ici que le Tribunal fédéral considère qu'il ressort des échanges des emails entre les parties et de leur comportement qu'il n'y avait pas d'accord quant à une réduction du loyer pour avril 2017, si bien que l'affirmation d'un accord oral et la demande d'audition des parties et de témoins pour le démontrer pouvaient être sans arbitraire écartées par une appréciation anticipée des preuves par le Tribunal de commerce. Quant au fait que la résiliation était intervenue trois semaines après l'échéance du délai de paiement au 15 mai 2017, il ne pouvait pas être considéré comme abusif de droit dans la mesure où les discussions avaient continué après le 15 mai 2017, et que la bailleresse avait toujours maintenu sa demande de paiement du demi-mois en souffrance.

Compte tenu de ce qui précède, le recours a été entièrement rejeté.

III. Analyse

La jurisprudence du Tribunal fédéral est stricte en matière d'apport des faits et des preuves en procédure ordinaire et simplifiée. Chaque partie dispose de deux possibilités d'alléguer et de proposer des preuves, et le juge ne peut pas sortir de ce cadre en autorisant par exemple une partie à proposer des preuves alors qu'elle a déjà eu deux occasions de le faire (voir TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017). Si la possibilité d'alléguer de nouveaux faits et de proposer de nouvelles preuves a été donnée à des débats d'instruction, il n'est plus alors possible d'obtenir un second échange ou de les avancer

au début des débats principaux (ATF 140 III 312)¹. Le Tribunal fédéral va d'ailleurs jusqu'à considérer que ces faits nouveaux ou nouvelles propositions de preuves – qui doivent intervenir au début des débats principaux lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ou d'audience d'instruction permettant de les avancer, – doivent être formulés avant les premières plaidoiries (TF 4A_338/2017 précité). Ces exigences sont sévères. La volonté du Tribunal fédéral est d'éviter que le juge puisse avoir une emprise sur la possibilité des parties d'alléguer de nouveaux faits et de proposer de nouvelles preuves afin de garantir un déroulement du procès bien ordonné et prévisible pour celles-ci (ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3 *in fine*). A noter encore que, si une partie renonce au dépôt d'une réplique alors que le juge lui avait donné la possibilité de déposer un tel acte, elle ne peut alléguer de nouveaux faits à une autre occasion, par exemple à une audience d'instruction (voir TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018). Il faut bien distinguer la possibilité d'avancer de nouveaux faits et de nouvelles preuves du droit inconditionnel de répliquer au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH et 29 al. 1 et 2 Cst. qui ne permet que de se déterminer sur l'écriture de l'adversaire mais non d'apporter de nouveaux faits ou de nouvelles preuves, à moins de *novas* ou *pseudo-novas* au sens de l'art. 229 al. 1 CPC, comme le rappelle le Tribunal fédéral au consid. 2.3 de l'arrêt commenté.

De manière un peu surprenante, le Tribunal fédéral semble prêt à admettre qu'en procédure sommaire une éventuelle deuxième possibilité d'alléguer et de proposer des preuves puisse dépendre de la marche du procès décidée par le juge, ce qui contredit la solution retenue en procédure ordinaire et simplifiée. Faut-il dès lors exclure toute exception à la règle posée – le droit à une seule possibilité d'alléguer et de proposer des preuves, soit par écrit, soit par oral pour le défendeur –, ou plutôt reconnaître le droit à deux prises de position, comme en procédure ordinaire et simplifiée ? Comme le droit de réplique spontané doit être garanti, autoriser en plus la présentation de nouveaux faits et la proposition de nouvelles preuves à une occasion supplémentaire ne semblerait pas remettre en cause le principe de célérité qui caractérise la procédure sommaire. La possibilité d'alléguer jusqu'aux délibérations existe du reste sans restriction en procédure sommaire dès l'instant où la maxime inquisitoire ou la maxime inquisitoire sociale s'applique (art. 229 al. 3 CPC).

¹ Voir sur cette question MEINRAD VETTER/ANDREAS SCHNEUWLY, *Instruktionsverhandlung und Aktenschluss*, RSJ 2018 157.