

**Tribunal fédéral – 4A\_295/2017 (destiné à la publication)**

**Ire Cour de droit civil  
Arrêt du 25 avril 2018**

**Résumé et analyse**

**Proposition de citation :**

François Bohnet, Cas clair, maxime des débats et faits (faussement) dirimants (arrêt 4A\_295/2017), Newsletter Bail.ch juillet 2018

**Newsletter juillet 2018**

Expulsion en cas clair ; question préjudicielle de la nullité du congé pour défaut de notification par formule officielle ; devoir du locataire d'alléguer ce fait ou de le contester en application de la maxime des débats

**Art. 11, 20, 257d, 266l, 266o, 267, 282, 298 CO ; 55, 57, 257 CPC**



## Cas clair, maxime des débats et faits (faussement) dirimants, Newsletter Bail.ch juillet 2018

**François Bohnet**

### **I. Objet de l'arrêt**

L'arrêt 4A\_295/2017, destiné à la publication, traite de la portée de la maxime des débats dans une procédure d'expulsion par la voie du cas clair. Il rappelle utilement que dans ce domaine également, en l'absence de contestation du défendeur, la preuve ne porte que sur les faits allégués qui ont été contestés. Le Tribunal fédéral considère que l'invalidité formelle d'une résiliation est un fait dirimant à alléguer et prouver par son destinataire.

### **II. Résumé de l'arrêt**

#### **A. Les faits**

Un bail à ferme portant sur des arcades en ville de Genève fait l'objet d'une mise en demeure par le bailleur le 18 mai 2016 sous menace d'une résiliation du bail. Considérant que le montant réclamé n'avait pas été intégralement payé dans le délai fixé, le bailleur a, par courriers recommandés du 27 juillet 2016 adressés aux fermiers, résilié le bail pour le 31 août 2016. Il y a indiqué que la formule officielle destinée à chaque fermier était jointe.

Les fermiers ont contesté le congé devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du canton de Genève le 23 août 2016.

De son côté, le bailleur a requis du Tribunal des baux et loyers du canton de Genève l'expulsion des fermiers des locaux loués, ainsi que des mesures d'exécution, par la procédure de protection dans les cas clairs (art. 257 CPC). A l'appui de sa requête, il a produit les copies du contrat de bail à ferme, des deux avenants, des courriers et des mises en demeure, ces dernières ne portant pas la signature du bailleur. Il n'a pas produit des copies des formules officielles de résiliation.

A l'audience du tribunal du 7 décembre 2016, le bailleur a allégué que le montant des loyers dus s'élevait désormais à CHF 89'026.-, le dernier versement de CHF 2'472.- ayant été effectué en date du 15 juillet 2016.

Les fermiers défendeurs ont conclu à l'irrecevabilité de la requête, faute de cas clair : il a été protocolé qu'ils considéraient que les pièces produites n'établissaient pas la créance du bailleur et qu'ils avaient déposé un chargé de pièces, notamment un décompte « locataire ».

Par jugement du même jour, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la requête en expulsion des fermiers, en bref parce que la situation de fait n'était pas suffisamment claire, puisque les mises en demeure et les courriers de résiliation n'étaient pas signés et que les formules officielles de résiliation n'avaient pas été produites.

En appel, le bailleur a à nouveau indiqué qu'il avait résilié le contrat de bail pour le 31 août 2016, par courriers recommandés du 27 juillet 2016 adressés aux fermiers, en annexant à chacun la formule officielle.

Dans leur réponse à l'appel, les fermiers ont expressément admis ce fait.

Statuant par arrêt du 24 avril 2017, la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel du bailleur et confirmé le jugement de première instance. La cour cantonale a commencé par écarter les pièces produites par le bailleur en appel (soit notamment la copie de la formule officielle de résiliation produite par les fermiers dans leur action en contestation du congé). Sur le fond, elle a considéré que le cas n'était pas clair dès lors que le bailleur n'avait pas prouvé, titres à l'appui, que la résiliation était clairement fondée : en effet, il n'a pas produit en procédure les formules officielles de résiliation du bail qu'il dit avoir annexées aux courriers de congé, documents qui sont indispensables pour juger de la validité, respectivement de la nullité des résiliations signifiées aux fermiers. Puis, la cour a jugé que les pièces produites et les faits allégués dans une procédure parallèle – en l'occurrence la formule officielle de résiliation produite par les fermiers dans l'action en contestation du congé – ne sont pas des faits notoires, car ils ne sont accessibles ni au public, ni au tribunal

Le recours en matière civile déposé par le bailleur le 29 mai 2017 a été admis par le Tribunal fédéral par arrêt du 25 avril 2018.

## B. Le droit

Après un rappel des exigences en matière de preuve dans la procédure de cas clair (**consid. 3.1**), le Tribunal fédéral s'intéresse à la portée de la maxime des débats dans ce contexte (**consid. 3.2**). La maxime des débats, relève-t-il, est applicable (art. 55 al. 1 CPC), sauf dans les deux cas prévus par l'art. 255 CPC (lequel est réservé par l'art. 55 al. 2 CPC), qui ne sont pas pertinents en l'espèce. Dans l'application de la maxime des débats, il y a toutefois lieu de tenir compte des spécificités de la procédure de protection dans les cas clairs, ainsi que de l'articulation des voies de droit (TF, 14.07.2017, 4A\_218/2017 consid. 3.1).

Le Tribunal fédéral reprend au **consid. 3.2.1** un précédent non publié (TF, 14.07.2017, 4A\_218/2017 consid. 3.1.1) selon lequel en première instance de cas clair, la requête doit en règle générale être formée par écrit (art. 252 al. 2 CPC). La réponse devrait aussi, en dérogation à l'art. 253 CPC, être formulée par écrit ; si, exceptionnellement, la partie défenderesse ne dépose pas de réponse écrite et communique oralement sa réponse à l'audience, le juge de première instance doit au moins protocoler les conclusions, contestations, objections et exceptions que cette partie fait valoir, afin qu'il puisse être établi qu'elle a été entendue (art. 235 al. 1 lit. d et al. 2 CPC par analogie). Lorsque la partie défenderesse ne comparait pas à l'audience, le juge doit, sous réserve de l'art. 153 al. 2 CPC, statuer sur la base des actes du demandeur et du dossier (art. 234 CPC par analogie).

Mentionnant les spécificités de la procédure d'expulsion par la voie du cas clair, le Tribunal fédéral relève (**consid. 3.3.1**) que l'action en contestation du congé formée par les locataires (ou fermiers) ne fait pas obstacle à l'action postérieure en expulsion selon l'art. 257 CPC, intentée par le bailleur (ATF 141 III 262 consid. 3). L'action en expulsion pour défaut de paiement du loyer au sens de l'art. 257d CO, comme celle pour défaut de paiement du fermage au sens de l'art. 282 CO, selon la procédure de protection dans les cas clairs (art. 257 CPC), présuppose que le bail ait valablement pris fin, puisque l'extinction du bail est une condition du droit à la restitution des locaux (art. 267 al. 1 CO, respectivement art. 299 al. 1 CO). Le tribunal doit donc trancher à titre préjudiciel la question de la

validité de la résiliation, laquelle ne doit être ni inefficace, ni nulle, ni annulable (une prolongation du bail n'entrant pas en ligne de compte lorsque la résiliation est signifiée pour demeure conformément aux art. 257d ou 282 CO). Les conditions de l'art. 257 al. 1 CPC s'appliquent également à cette question préjudicielle (ATF 141 III 262 consid. 3.2 *in fine* ; 142 III 515 consid. 2.2.4 *in fine*).

Le **consid. 3.3.2** se penche sur le fardeau de la preuve de la nullité du congé pour vice forme. La nullité pour inobservation de l'utilisation de la formule officielle (art. 266l al. 2 CO, respectivement art. 298 al. 2 CO), comme la nullité pour vice de forme du contrat en général (art. 11 al. 2 CO) et la nullité pour un vice touchant au contenu du contrat (art. 20 al. 1 CO), est une question de droit que le tribunal doit vérifier d'office (art. 57 CPC et 106 al. 1 LTF), pour autant que, puisque la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) est applicable dans la procédure de l'art. 257 CPC, les faits sur lesquels elle repose aient été allégués par les parties et prouvés (en cas de vice de forme, cf. ATF 90 II 34 consid. 3 ; en cas de contenu illicite ou contraire aux mœurs, cf. ATF 62 II 108 consid. 1 ; cf. aussi Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, n. 681 ; Poudret, Commentaire de la loi d'organisation judiciaire, Berne 1990, Vol. II, art. 63 OJ N 3.6.4). Ces faits sont des faits dirimants (*rechtshindernde Tatsachen*), dont le fardeau de la preuve (*Beweislast*) incombe à la partie adverse du titulaire du droit (TF, 01.09.2017, 4A\_639/2016 consid. 6.1 et les arrêts cités) ; il n'est pas nécessaire que le défendeur soulève formellement une exception (*Einrede*) (Kramer, Berner Kommentar, Obligationenrecht, 1991, art. 19-20 CO N 316). Le tribunal n'a donc pas à rechercher d'office ces faits (Kramer, op. cit., art. 19-20 CO N 317). La formule selon laquelle « la nullité peut être invoquée en tout temps devant toute autorité et doit être constatée d'office » ne s'applique pas dans le domaine des contrats et de leur résiliation lorsque la maxime des débats est applicable (cf. TF, 21.03.2011, 4A\_577/2010 consid. 4.2 et 4.3 ; pour la nullité absolue d'une décision administrative, cf. ATF 138 II 501 consid. 3.1 ; avec des réserves, pour la nullité d'une décision en matière d'arbitrage, cf. TF, 20.11.2017, 4A\_407/2017 consid. 2.2.2).

Il découle de ces principes qu'en première instance, le locataire (ou le fermier) doit contester avoir reçu la notification de la formule officielle que le bailleur allègue lui avoir adressée ; à défaut, le bailleur demandeur n'a pas à en apporter la preuve en produisant une copie de dite formule (art. 150 al. 1 *in fine* CPC).

Tant en appel que dans le recours en matière civile, le tribunal applique le droit d'office (art. 57 CPC, respectivement art. 106 al. 1 LTF), sur la base des faits allégués et prouvés.

Appliquées au cas d'espèce, ces considérations aboutissent au résultat suivant (**consid. 4**). La question de la nullité pour défaut de notification de la formule officielle de résiliation est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine d'office (art. 106 al. 1 LTF), mais uniquement sur la base des faits allégués, puisque la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) est applicable dans la procédure de l'art. 257 CPC, et prouvés.

Il a été retenu que le bailleur a allégué que, par courriers recommandés du 27 juillet 2016 adressés aux fermiers, il a résilié le bail pour le 31 août 2016, en indiquant que la formule officielle destinée à chaque locataire était jointe à ses envois. Il a produit des copies desdits courriers en procédure, mais pas les copies des formules officielles.

Les fermiers, qui au demeurant étaient assistés d'un avocat, n'ont pas contesté avoir reçu la formule officielle, ni par écrit, ni par oral lors de l'audience de première instance. Ils y ont uniquement invoqué que le cas n'était pas clair parce que les pièces versées à la procédure n'établissaient pas la créance du bailleur. D'ailleurs, en appel, alors que le bailleur avait réitéré dans son exposé des faits qu'il avait annexé la formule officielle aux courriers recommandés, les fermiers intimés ont formellement admis ce fait. Dans leur réponse au présent recours, les fermiers se bornent à affirmer que « peu importe qu'[ils] aient contesté ou non les faits puisque la procédure de protection dans les cas clairs requiert que le juge se prononce sur la base des pièces produites en sa possession ».

Force est ainsi de constater que non seulement les fermiers n'ont pas allégué le défaut de notification de la formule officielle (fait dirimant), mais qu'ils n'ont pas contesté, ni en première

instance, ni en procédure d'appel, l'allégué du demandeur selon lequel il avait joint la formule officielle à chacun de ses courriers recommandés de résiliation. La maxime des débats étant applicable à la procédure de protection dans les cas clairs, ce fait non contesté est ainsi un fait prouvé. C'est donc à raison que le bailleur recourant soutient que la notification de la formule litigieuse est un fait non litigieux et donc que la première condition de l'art. 257 al. 1 lit. a CPC est à cet égard réalisée.

Lorsque la cour cantonale considère que la formule officielle de résiliation aurait dû être produite par le bailleur à l'appui de sa requête en expulsion – pour qu'elle puisse examiner la question de la nullité de la résiliation –, elle méconnaît que la procédure de protection dans les cas clairs est soumise à la maxime des débats et que, faute de contestation de la notification de la formule officielle par les défendeurs, celle-ci est censée prouvée. Lorsque les fermiers intimés font valoir devant le Tribunal fédéral que « peu importe qu'[ils] aient contesté ou non les faits puisque la procédure de protection dans les cas clairs requiert que le juge se prononce sur la base des pièces produites en sa possession », ils méconnaissent également les principes découlant de la maxime des débats et confondent celle-ci avec la règle régissant les moyens de preuve généralement admissibles en procédure sommaire (art. 254 al. 1 CPC).

Il s'ensuit que le recours doit être admis et l'arrêt attaqué annulé.

### III. Analyse

L'arrêt 4A\_295/2017, destiné à la publication, clarifie utilement la portée du pouvoir d'examen du tribunal de première instance en matière de validité du congé fondant une requête d'expulsion par la voie du cas clair.

L'expulsion suppose que le bail ait pris fin et que le congé allégué soit formellement valable, question qui est examinée à titre préjudiciel (consid. 3.3.1). Cependant, dans la mesure où la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) s'applique en procédure de cas clair, cet examen ne peut porter que sur les faits allégués et contestés (consid. 3.3.2).

Conformément à la théorie des normes développée au début du 19<sup>e</sup> siècle en Allemagne par LEO ROSENBERG<sup>1</sup> et adoptée par la doctrine et la jurisprudence suisses<sup>2</sup>, les faits générateurs du droit doivent, sauf disposition spéciale, être allégués et prouvés par le titulaire du droit, alors que les faits extinctifs et les faits dirimants doivent l'être par l'obligé du droit. En application de la maxime des débats, il incombe ainsi à l'obligé du droit d'alléguer et de prouver la survenance des faits dirimants<sup>3</sup>, étant précisé que la répartition du fardeau de la preuve est indépendante du rôle procédural des parties<sup>4</sup>.

La validité formelle (respectivement la nullité pour vice de forme) d'un contrat ou d'un droit formateur est-elle un fait générateur ou un fait dirimant? Le Tribunal fédéral considère (consid. 3.3.2) que toute nullité de forme ou de fond est un fait dirimant. Aucune doctrine ou jurisprudence ne vient, dans l'arrêt, conforter cette appréciation. Les références données concernent soit la notion de fait générateur, dirimant ou extinctif, ou la prise en compte de la nullité sur la base des allégués et des preuves lorsque s'applique la maxime des débats. Les auteurs qui s'expriment à ce sujet<sup>5</sup> considèrent que la validité formelle (il en va différemment des vices matériels) d'un

<sup>1</sup> Pour des développements : BOHNET/JEANNIN, Le fardeau de la preuve en droit du bail, 19<sup>e</sup> séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, p. 10 ss, N 23 ss.

<sup>2</sup> TF, 01.09.2017, 4A\_639/2016, consid. 6.1 et les réf, RSPC 2018 12.

<sup>3</sup> BOHNET, Procédure civile, Neuchâtel/ 2014, N 1174.

<sup>4</sup> ATF 118 II 521, consid. 3b ; KUMMER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Band I, art. 8 CC N 215 ; TF, 12.11.2015, 4A\_569/2015, consid. 1.

<sup>5</sup> KUMMER, op. cit., art. 8 CC N 238 ; WALTER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Band I, art. 8 CC N 499 ; DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse, Tome II, I, Fribourg 1969, p. 239 ; BOHNET/SCHWEIZER, Le traitement procédural des

engagement ou d'un droit formateur est un fait générateur, validité formelle qui est, le cas échéant, alléguée implicitement par celui qui affirme un droit. Il faut donc retenir que celui qui veut tirer un droit d'un contrat doit alléguer l'existence de celui-ci et, au moins implicitement, qu'il n'est pas vicié formellement. Il ne bénéficie pas d'une présomption de validité formelle de l'acte. Dès lors, en soulevant la nullité de forme, le défendeur conteste les faits allégués par le demandeur, et il revient à celui-ci de prouver que l'acte est valide en la forme. Ainsi, la validité formelle de la résiliation du bail doit, si elle est contestée par le locataire, être démontrée par le bailleur<sup>6</sup>. Il paraît en effet logique que celui-ci supporte l'absence de preuve de la validité formelle de l'acte. Si le locataire prétend que la résiliation n'a pas été notifiée sur formule officielle, il revient au bailleur de produire une copie de la formule et une preuve de l'envoi. Il convient d'ailleurs de rappeler que, dans l'ATF 137 III 208, le Tribunal fédéral avait considéré que le fardeau de la preuve pour la notification de la formule officielle de résiliation incombait au bailleur<sup>7</sup>. Or il n'y a aucune raison de traiter différemment la non-notification de la non-utilisation de la formule officielle : il s'agit dans les deux cas d'un motif de nullité selon les art. 266/ al. 2 et 266n CO.

Le Tribunal fédéral relève d'ailleurs en fin de consid. 3.3.2 qu'en vertu de la maxime des débats, le locataire (ou le fermier) doit *contester* avoir reçu la notification de la formule officielle que le bailleur allègue lui avoir adressée. Cela revient en fait à admettre qu'il s'agit de la contestation d'un fait générateur et non l'objection d'un fait dirimant. Qu'en est-il si le bailleur allègue simplement avoir résilié le contrat, sans préciser s'il l'a fait par formule officielle ? L'allégation implicite du respect de la forme suppose à tout le moins que le bailleur allègue avoir résilié le bail conformément à la loi. S'il indique qu'il a résilié par « courrier du 13 juin 2017 », on doit en revanche retenir, faute d'indication supplémentaire, l'absence d'allégation de l'utilisation de la formule officielle et donc l'absence d'un fait générateur.

En l'espèce, le Tribunal fédéral retient que l'utilisation de la formule officielle avait été alléguée par le bailleur. Faute de contestation du locataire, qui avait au surplus admis ce fait en procédure d'appel, il est juste de retenir que le fait n'était pas contesté – il est constant – et n'avait pas à être prouvé<sup>8</sup>.

---

défenses au fond en procédure civile, PJA 1998 446 ss, 450 n. 50. Voir également en Allemagne : LÉO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 5<sup>e</sup> éd., Munich 1965, p. 115, 253.

<sup>6</sup> BOHNET/JEANNIN, op. cit., N 121.

<sup>7</sup> ATF 137 III 208, consid. 3.2.

<sup>8</sup> Le Tribunal fédéral déclare (consid. 4), sous forme de raccourci, que le fait est « prouvé ».