

Le fardeau de l'allégation et de la preuve de l'avis des défauts : une solution toujours insatisfaisante

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence relative au fardeau de l'allégation et de la preuve de l'avis des défauts. Critiquée par une partie importante de la doctrine, la solution n'est toujours pas satisfaisante, comme le montre l'arrêt commenté.

In diesem Urteil hält das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung zur Beweislast hinsichtlich der Behauptung und des Beweises der Mängelrüge fest. Seine Lösung, die von einem bedeutenden Teil der Rechtslehre kritisiert wird, ist nach wie vor nicht befriedigend, wie gerade das vorliegende Urteil zeigt.

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, TF 4A_61/2025 du 15 décembre 2025

Pascal Pichonnaz, docteur en droit, professeur à l'Université de Fribourg*

Les faits

1. Le propriétaire d'un immeuble décide de surélever son bâtiment avec une structure en bois incluant un ascenseur, des

bureaux et un logement. Il confie l'établissement des plans et la direction des travaux à un architecte et mandate un entrepreneur pour la réalisation de la superstructure. L'ouvrage est livré à une date comprise entre décembre 2012 et juin 2013 (date correspondant à celle de la facturation finale des prestations de l'entrepreneur).

2. En février 2013, le maître d'ouvrage découvre que la cage d'ascenseur ne respecte pas les normes anti-feu F60, ce qui bloque l'installation de l'ascenseur et le chantier. Des experts interviennent pour évaluer la situation et mettre l'ouvrage en

* Je remercie M^e Camille de Salis, assistante à la Chaire de droit privé et de droit romain, pour la relecture critique de mon manuscrit.

conformité. Ces travaux sont achevés en 2015. En septembre 2015, le maître réclame à l'entrepreneur des sommes pour les expertises, ainsi que pour les travaux de mise en conformité. En substance, il allègue que l'entrepreneur avait violé son obligation de diligence fondée sur l'art. 364 al. 1 CO et son obligation d'information fondée sur l'art. 365 al. 3 CO. Il soutient que l'ouvrage livré comportait des défauts au sens de l'art. 368 CO et de l'art. 166 al. 2 SIA 118 découlant des carences de l'entrepreneur. Selon le maître d'ouvrage, le défaut avait fait l'objet d'un avis oral à l'entrepreneur dans le délai de garantie, mais il pouvait être aussi déduit implicitement du fait que la facture émise par l'entrepreneur pour des travaux complémentaires avait été retenue. L'entrepreneur avait en outre avoué ne pas savoir comment procéder techniquement à l'élimination du défaut affectant l'ouvrage de sorte qu'il était manifestement incapable de remédier au défaut.

3. L'entrepreneur a allégué que l'ouvrage avait été exécuté conformément aux instructions et plans de l'architecte, de sorte qu'il ne présentait pas de défaut. Si des défauts devaient néanmoins être retenus, aucun avis de ces défauts ne lui avait été communiqué, subsidiairement, les défauts étaient imputables au maître d'ouvrage, plus subsidiairement encore ce dernier ne lui avait jamais demandé de les réparer.

4. Le Tribunal de première instance, ainsi que la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève ont rejeté respectivement la demande et le recours du maître d'ouvrage.

L'arrêt

5. Le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence selon laquelle **le maître d'ouvrage** supporte le fardeau de la preuve de l'existence de l'avis des défauts, du fait qu'il a été émis en temps utile et de son contenu. Il indique en outre que déterminer le contenu des déclarations du maître relatives aux défauts constatés et le moment où elles ont été émises est une question de fait. En revanche, savoir si le maître d'ouvrage a agi en temps utile et exprimé clairement quels éléments de l'ouvrage il jugeait défectueux, et s'il a ainsi sauvegardé ses droits à la garantie, est une question de droit (cons. 3.1.2.2)¹.

6. En l'espèce, il constate que les instances précédentes ont considéré que l'ouvrage était conforme aux plans et au contrat et que les défauts allégués étaient imputables à l'architecte, qui assurait la direction des travaux pour le maître d'ouvrage. Le Tribunal fédéral a en outre considéré que le maître d'ouvrage n'avait pas prouvé avoir donné un avis des défauts à l'entrepreneur dans le délai légal et avec la précision requise (art. 367 CO et art. 172 SIA 118). Il a en outre retenu que c'était sans arbitraire que la Cour cantonale avait écarté la seule preuve en ce sens, à savoir le témoignage du représentant de la

recourante lors d'une réunion du 29 avril 2013 (cons. 3.3). Par tant, le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Le commentaire

7. Cet arrêt contient plusieurs éléments importants en matière de garantie pour les défauts, qu'il est utile de revoir.

8. **Le contenu de l'avis des défauts.** Le Tribunal fédéral rappelle d'abord sa jurisprudence relative à la question du contenu de l'avis des défauts (cons. 3.1.2.1). Il précise ainsi que « Dans son avis, le maître doit indiquer quels défauts sont découverts. Cette communication (< Anzeigepflicht >) n'est toutefois pas suffisante. Le maître doit également exprimer la volonté de ne pas reconnaître l'ouvrage comme conforme au contrat et de mettre en cause la responsabilité de l'entrepreneur (< Rügepflicht >)². Une certaine précision quant à la description du défaut est de mise, une déclaration toute générale exprimant le mécontentement n'étant pas suffisante³ » (cons. 3.1.2.1).

9. Le Tribunal fédéral précise que « [l]'entrepreneur doit comprendre sur quels points son ouvrage est contesté⁴ et pouvoir saisir la nature du défaut, son emplacement sur l'ouvrage et son étendue, de sorte à ce qu'il puisse reconnaître ce qui lui est reproché dans son ouvrage et le constater lui-même⁵ » (cons. 3.1.2.1).

10. L'arrêt relève utilement que lorsque **plusieurs défauts sont en cause**, il est insuffisant de mentionner uniquement les défauts principaux⁶. Le Tribunal fédéral précise toutefois que « le maître n'a toutefois pas à motiver plus longuement sa position ; en particulier, il n'a pas à préciser l'origine des défauts dénoncés, ni à spécifier quels droits il entend exercer⁷ » (cons. 3.1.2.1).

11. **Le fardeau de l'allégation et de la preuve de l'avis.** En dépit des critiques répétées⁸, le Tribunal fédéral maintient sa jurisprudence selon laquelle l'avis est un élément créateur de

² ATF 107 II 172, cons. 1a; arrêts 4A_251/2018 du 11 septembre 2018, cons. 3.2; 4A_667/2016 du 3 avril 2017, cons. 4.3.2.

³ Arrêts 4A_251/2018 du 11 septembre 2018, cons. 3.2; 4A_82/2008 du 29 avril 2009, cons. 6.1.

⁴ Arrêts 4A_251/2018 du 11 septembre 2018, cons. 3.2; 4A_293/2017 du 13 février 2018, cons. 2.2.2; 4A_643/2014 du 25 novembre 2015, cons. 3.2.

⁵ Arrêts 4A_51/2007 du 11 septembre 2007, cons. 4.5; 4C.231/2004 du 8 octobre 2004, cons. 2.3.1; 4C.395/2001 du 28 mai 2002, cons. 2.1.1; 4C.76/1991 du 10 juillet 1991, cons. 1a; P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6^e éd, Zurich 2019, N 2130; P. TERCIER / B. CARRON, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd, Genève/Zurich 2025, N 3858.

⁶ Arrêts 4A_251/2018 du 11 septembre 2018, cons. 3.2; 4A_53/2012 du 31 juillet 2012, cons. 6.2 et 6.4, 4A_252/2010 du 25 novembre 2010, cons. 6, 4D_25/2010 du 29 juin 2010, cons. 3.

⁷ ATF 98 II 118, cons. 2; arrêts 4A_251/2018 du 11 septembre 2018, cons. 3.2; 4A_293/2017 du 13 février 2018, cons. 2.2.2; 4A_82/2008 du 29 avril 2009, cons. 6.1; 4C.76/1991 du 10 juillet 1991, cons. 1a.

⁸ Cf. déjà notre commentaire, P. PICHONNAZ, *Le fardeau de la preuve dans l'avis des défauts*, BR/DC 2013, p. 123 ss et notre note P. PICHONNAZ, BR/DC 2019 p. 346 N 597 ad TF 4A_288/2018.

¹ Arrêts 4A_251/2018 du 11 septembre 2018, cons. 3.4; 4A_231/2016 du 12 juillet 2016, cons. 2.2.

droit, raison pour laquelle « l'entrepreneur supporte le fardeau de la preuve de l'existence de l'avis, du fait qu'il a été émis en temps utile, de son contenu, ainsi que du moment où il a eu connaissance du défaut » (cons. 3.1.2.3), suivant en cela l'opinion de FABIENNE HOHL⁹.

12. Dès lors que l'avis des défauts est une incombance, à savoir un devoir à exercer pour éviter un désavantage juridique, l'avis des défauts ne peut pas être qualifié de fait générateur de droit (*rechtsbegründende Tatsache*), mais **l'avis est un fait pour « conserver un droit » qui préexiste** (*rechtserhaltende Tatsache*); c'est donc bien son absence ou sa tardiveté qui constitue un fait destructeur de droit (*rechtsvernichtende Tatsache*), puisque celle-ci entraîne la péremption des droits. Or, c'est à celui qui invoque un fait destructeur à le démontrer; c'est pourquoi, selon une partie importante de la doctrine, c'est bien à l'entrepreneur qui veut invoquer le fait destructeur de droit de l'alléguer et de le prouver¹⁰.

13. Certes, compte tenu de la difficulté de prouver un fait négatif (l'absence d'avis), il est juste de **mettre à charge du**

⁹ F. HOHL, L'avis des défauts de l'ouvrage : Fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation, RFJ 1994, p. 235 ss, en part. p. 262; ég. CR CO I-CHAIX, Art. 367 CO N 34, Art. 370 CO N 29; ZK-BÜHLER, Art. 367 CO N 60; ZK-KUMMER, Art. 8 CC N 277.

¹⁰ Sur l'ensemble, GAUCH (n. 5), N 2166-2168; A. BIEGER, Die Mangelrüge im Vertragsrecht, th. Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 113 et 117.

maître la preuve de l'avis et du moment auquel il a été fait. Ces éléments suffisent à faire constater que l'incombance a été remplie et à maintenir le droit (*rechtserhaltende Tatsache*). Le maître ne devrait dès lors supporter que le fardeau de l'allégation objective, ce qui inclut évidemment de préciser le contenu de l'avis, comme le mentionne le Tribunal fédéral dans le présent arrêt. Ce devrait toutefois **être à l'entrepreneur d'alléguer le fait que l'avis est tardif, et d'en supporter le fardeau de la preuve.**

14. Cette position a déjà été défendue par EUGEN BUCHER en 1983¹¹, puis développée et renforcée notamment par une part importante de la doctrine¹².

15. À notre avis, il serait temps que le Tribunal fédéral analyse à nouveau la question en détail.

¹¹ E. BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, RDS 1983 II 251 ss, en part. p. 343 s.

¹² Notamment P. GAUCH, Le contrat d'entreprise, 1999 (première édition), adaptation française par B. CARRON, p. 587 ss, maintenu depuis lors (cf. 6^e édition [N 5] N 2169; A. RUMO-JUNGO, Beweislast bei der Mängelrüge, in: P. Tercier/F. Werro/P. Pichonnaz (éds), Gauchs Welt, Mélanges pour P. Gauch, Zurich 2004, p. 575 ss, en part. p. 584 ss; BIEGER (n. 10), N 336 ss; depuis aussi ZK-JUNGO, Art. 8 CC, N 254 et N 460 ss; PICHONNAZ, Le fardeau de la preuve dans l'avis des défauts (N 8), p. 123 ss; PICHONNAZ, Note BR/DC 2019 (N 8), p. 346 N 597; P. REETZ, Der Beweis im Bauprozess, BRT 2009, p. 149 ss; CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 370 CO N 5; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 201 CO N 28; BK-GRÜNIG, Art. 367 CO N 326; BSK-ANTOGNINI / FEY / ZINDEL / SCHOTT, Art. 370 CO N 27.