



Révision du code des obligations (Défauts de construction) Rapport explicatif

du 19 août 2020

Condensé

Le Conseil fédéral, après avoir effectué un examen global des dispositions relatives à la responsabilité pour les défauts de construction, conclut que le droit contractuel de la construction est équilibré et fonctionne bien en pratique. Les maîtres d'ouvrage disposent d'instruments juridiques efficaces en cas de défauts de construction. De faible densité normative, les normes légales, de nature dispositive, sont souvent modifiées et complétées par le droit positif est souvent modifié et complété par des dispositions contractuelles qui ne désavantagent pas fondamentalement les maîtres d'ouvrage. Certains des points réglés dans ces dispositions contractuelles sont toutefois nettement en leur défaveur. L'avant-projet a pour but de remédier uniquement à ces problèmes ponctuels (pas de révision globale) pour améliorer la situation des propriétaires d'étages ou de maisons et des maîtres d'ouvrage professionnels, sans que les entrepreneurs et les artisans de la construction n'aient à en subir d'inconvénients notables. Il est compatible avec les normes SIA, qui font référence dans la pratique.

Contexte

Les contrats du domaine de la construction relèvent des dispositions sur le contrat d'entreprise, sur le contrat de vente d'immeubles et, le cas échéant, sur le droit du mandat. Ce sont donc les règles de garantie spécifiques à chaque type de contrat qui s'appliquent en cas de défauts. De nature dispositive, elles sont cependant souvent modifiées et complétées par contrat.

Diverses interventions parlementaires exigent l'examen et l'adaptation des règles de responsabilité pour les défauts de construction. De l'avis du Conseil fédéral, les dispositions relatives à l'avis des défauts sont particulièrement problématiques pour les maîtres d'ouvrage, qui doivent aviser l'entrepreneur « sans délai », c'est-à-dire dans les quelques jours qui suivent la découverte des défauts, au risque de voir leurs droits de garantie périmés s'ils ne se conforment pas à ce délai. Les délais courts et les conséquences de leur non-respect posent des problèmes en pratique pour les maîtres d'ouvrage, qu'ils soient des particuliers ou des professionnels, et ne se justifient pas matériellement.

Les clauses contractuelles exemptant entièrement le vendeur ou l'entreprise générale de sa responsabilité en cas de défauts et prévoyant la cession à l'acheteur des droits de garantie vis-à-vis des sous-traitants posent elles aussi de nombreux problèmes. Très courantes dans les contrats conclus avec les acheteurs ou les maîtres d'ouvrage privés, elles leurs sont très défavorables, souvent sans qu'ils s'en rendent compte au moment de la conclusion du contrat tant il est difficile de déterminer clairement à quel point elles sont contraignantes et quelle est leur portée juridique.

Une autre difficulté réside dans les sûretés à fournir pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier. Selon la jurisprudence, ces sûretés doivent couvrir les intérêts moratoires pour une durée illimitée, si bien que des garanties réelles sont en général insuffisantes et qu'il est difficile pour le propriétaire de l'immeuble d'obtenir des garanties bancaires équivalentes. Dans la pratique, les

maîtres d'ouvrage ne peuvent donc guère fournir de sûretés pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale ou pour la dissoudre.

Contenu de l'avant-projet

L'avant-projet comporte une nouvelle réglementation de l'avis des défauts, de l'exclusion du droit à la réfection et des exigences relatives aux sûretés pouvant remplacer l'hypothèque légale.

Il fixe un délai de 60 jours pour signaler les défauts de l'ouvrage immobilier, que les défauts soient apparents ou cachés. Ce nouveau délai s'appliquera aux contrats d'entreprise comme aux contrats de vente d'immeubles. Les règles prévues sont dispositives, si bien que les parties pourront y déroger par contrat.

L'avant-projet introduit une obligation de réparer les défauts découverts pour les bâtiments que le maître d'ouvrage ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille. Un tel droit à la réfection s'appliquera également aux contrats de vente d'immeubles comprenant des constructions neuves. On pourra de la sorte endiguer la pratique des clauses d'exemption de responsabilité et de la cession des droits de garantie défavorables aux propriétaires d'étages ou de maisons.

L'avant-projet prévoit enfin que les sûretés fournies pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier couvrent les intérêts moratoires pour une durée de dix ans et non plus pour une durée illimitée comme actuellement. Les propriétaires d'immeubles pourront de la sorte fournir plus facilement des garanties réelles, et surtout des garanties bancaires, au lieu de devoir inscrire une hypothèque légale au registre foncier.

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	6
1.1 Interventions parlementaires	6
1.1.1 Motion 02.3532	6
1.1.2 Motion 09.3392	6
1.1.3 Initiative parlementaire 12.502	7
1.1.4 Initiative parlementaire 14.453	7
1.1.5 Motion 17.4079	8
1.2 Objet de l'avant-projet : le droit contractuel de la construction	8
1.2.1 Introduction	8
1.2.2 Parties en présence	9
1.2.3 Qualification juridique des contrats du domaine de la construction	9
1.2.4 Contrats du domaine de la construction et droits de garantie 13	
1.2.5 La pratique contractuelle	18
1.3 Élaboration de l'avant-projet	21
1.4 Nécessité d'agir	22
2 Présentation du projet	23
2.1 Réglementation proposée	23
2.1.1 Délai d'avis	23
2.1.2 Droit à la réfection pour les acquéreurs de nouveaux logements pour leur propre usage	26
2.1.3 Droit à la constitution de sûretés en lieu et place de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs	30
2.2 Solutions rejetées	31
2.2.1 Révision totale du droit du contrat d'entreprise ou création d'un nouveau contrat nommé de construction	31
2.2.2 Réglementation concernant l'invocation de droits de garantie en cas de défauts frappant les parties communes d'une propriété par étages	32
2.2.3 Suppression de la déchéance en cas d'avis des défauts tardif 33	
2.2.4 Interdiction de céder les droits de garantie	33
2.2.5 Prolongation du délai de prescription pour les défauts de construction	33
2.3 Droit transitoire	34
3 Commentaire des dispositions	35
3.1 Code des obligations	35
3.2 Code civil	41
4 Conséquences	41

4.1	Conséquences pour la Confédération	41
4.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	42
4.3	Conséquences économiques	42
4.4	Conséquences sociales	42
5	Constitutionnalité et légalité	42
	Documents préparatoires	43
	Bibliographie	43

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Interventions parlementaires

La révision fait suite à une série d'interventions parlementaires concernant le droit contractuel de la construction. Outre les motions évoquées ci-dessous, le Parlement a donné suite à deux initiatives parlementaires qui ont des liens matériels étroits avec l'objet de l'avant-projet et qui seront également mises en œuvre par le biais de la révision.

1.1.1 Motion 02.3532¹

La motion 02.3532 charge le Conseil fédéral de regrouper sous un seul et même titre du code des obligations (CO)² toutes les dispositions concernant les prestations fournies dans les domaines de la construction et de l'architecture, de reformuler ces dispositions pour les rendre plus modernes et de les compléter en introduisant dans la loi des délais de réclamation et de garantie précis, en obligeant le mandataire à apporter la preuve de ses garanties bancaires ou garanties d'assurance dans le but de protéger les droits de garantie du mandant ainsi que son droit d'invoquer la responsabilité du mandataire, en réglant dans la loi le contrat d'entreprise générale, en obligeant le prestataire à éliminer les défauts après la fin des travaux et en prévoyant une responsabilité causale pour les prestations des architectes de la même façon que les prestations fournies dans le cadre d'un contrat d'entreprise.

Le Conseil national a transmis la motion sous forme de postulat le 13 décembre 2002 comme le proposait le Conseil fédéral.

1.1.2 Motion 09.3392³

La motion 09.3392 charge le Conseil fédéral d'étudier de manière approfondie comment améliorer la protection des maîtres d'ouvrage s'agissant de la réparation des vices de construction liés aux prestations de l'architecte ou du constructeur et, sur la base des résultats de cette étude, de soumettre au Parlement une proposition cohérente pour résoudre les problèmes décelés. Selon la motion, l'étude doit porter notamment sur la mise en place de contrats spécifiques pour l'architecture et la construction, de même que sur l'inclusion de toutes les prestations d'architecte dans la responsabilité causale. La motion exige de plus que les dispositions en vigueur concernant les délais

¹ Motion Fässler-Osterwalder 02.3532 du 2 octobre 2002 (« Dispositions du CO relatives au bâtiment. Protection du maître de l'ouvrage »)

² RS 220

³ Motion Fässler-Osterwalder 09.3392 du 29 avril 2009 (« Renforcer les droits du maître d'ouvrage en matière de réparation des vices de construction »)

de réclamation et de garantie et la responsabilité de l'entrepreneur pour les défauts cachés soient réexaminées.

La motion a été adoptée le 2 mars 2011 par le Conseil national et le 20 septembre 2011 par le Conseil des États.

1.1.3 Initiative parlementaire 12.502⁴

L'initiative parlementaire 12.502 vise une modification du droit du contrat d'entreprise à l'art. 370, al. 3, CO obligeant le maître d'ouvrage à signaler les défauts cachés à l'entrepreneur dans les 60 jours qui suivent le moment où il en a connaissance. Le développement de l'initiative indique que le droit en vigueur, selon lequel le maître d'ouvrage doit signaler les défauts aussitôt qu'il en a connaissance pour éviter que ses droits de garantie soient périmés, peut s'avérer problématique dans la pratique surtout lorsque le maître d'ouvrage est un particulier, mais aussi parfois lorsqu'il s'agit de professionnels du bâtiment.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national a donné suite à cette initiative parlementaire le 25 octobre 2013. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États a adhéré à cette décision le 3 juillet 2014.

1.1.4 Initiative parlementaire 14.453⁵

L'initiative parlementaire 14.453 vise une modification du droit du contrat de vente d'immeubles à l'art. 219, al. 4, CO de sorte à donner le droit irrévocable à l'acheteur d'une part de copropriété d'un immeuble qui comporte une construction dont la partie prépondérante a moins d'un an d'obliger le vendeur à remédier à ses frais aux défauts de la construction s'il est possible de le faire sans dépenses excessives. L'acheteur devrait alors signaler les défauts au vendeur dans les 60 jours qui suivent leur découverte. Les contrats d'acquisition d'appartements construits à neuf contiennent souvent une clause excluant la responsabilité du vendeur, qui cède en contrepartie à l'acheteur les droits qu'il détient envers l'entrepreneur en cas de défauts. Or l'acheteur en supporte souvent les inconvénients, car il ne peut pas conclure à la responsabilité de tel ou tel entrepreneur et exercer les droits qui lui ont été cédés. Malheureusement, il n'a souvent pas d'autre choix que d'accepter de telles clauses.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national a donné suite à cette initiative parlementaire le 12 novembre 2015. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États a adhéré à cette décision le 2 février 2016.

⁴ Initiative parlementaire Hutter 12.502 du 14 décembre 2012 (« Droit du contrat d'entreprise. Pour des délais de réclamation équitables »)

⁵ Initiative parlementaire Gössi 14.453 du 25 septembre 2014 (« Achat de nouveaux logements. Pour des règles contraignantes en matière de responsabilité »)

1.1.5 Motion 17.4079⁶

La motion 17.4079 charge le Conseil fédéral de préciser les dispositions sur l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs dans le cadre de la révision du droit contractuel de la construction afin que l'application du droit qu'a le propriétaire de fournir des sûretés suffisantes corresponde à nouveau à la volonté du législateur. Si les intérêts moratoires sont dus de manière illimitée dans le temps, il est impossible de déterminer à l'avance le montant des sûretés et difficile dans la pratique de recourir à des garanties bancaires ou réelles.

Le Conseil national a adopté la motion le 16 mars 2018, le Conseil des États le 19 septembre 2018.

1.2 Objet de l'avant-projet : le droit contractuel de la construction

1.2.1 Introduction

La motion 09.3392 et la motion 02.3532 transmise sous forme de postulat chargent le Conseil fédéral de réexaminer dans leur ensemble les dispositions concernant les prestations fournies dans les domaines de la construction et de l'architecture et d'étudier de manière approfondie comment améliorer la protection des maîtres d'ouvrage en ce qui concerne la réparation des défauts de construction. Elles ont pour objet les relations contractuelles entre les acteurs du domaine de la construction.

L'avant-projet n'a pour objet que les contrats de droit privé et vise principalement les relations entre acteurs du droit privé. Cela dit, les contrats avec les collectivités et établissements publics relèvent généralement aussi du droit privé, si bien que l'avant-projet revêt aussi de l'importance à cet égard.

Le droit contractuel de la construction, et partant son application, se caractérisent par leur complexité et leur technicité et sont en cela le reflet du domaine de la construction lui-même. Une construction met en général en présence de nombreux acteurs. Certains d'entre eux sont en même temps partie à plusieurs relations contractuelles. On a généralement affaire à toute une chaîne ou tout un réseau d'entreprises, de sous-traitants, de fournisseurs, d'architectes et de bureaux d'étude. Ces fournisseurs ou artisans de la construction sont souvent à la fois destinataires et prestataires de services. La plupart du temps, un investisseur professionnel assume la maîtrise d'ouvrage dans l'intention d'aliéner le fonds et la construction à l'utilisateur après voire pendant la réalisation. Après l'aliénation, le maître d'ouvrage initial devient vendeur ou entrepreneur. L'autre partie au contrat est un particulier qui n'agit pas à titre professionnel comme acheteur ou comme nouveau maître d'ouvrage. Dans le droit en vigueur, les relations contractuelles entre les parties sont régies par les règles applicables au type de contrat concerné et indépendamment des rôles que jouent les

⁶ Motion Burkart 17.4079 du 13 décembre 2017 (« Application de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Concrétisation de la possibilité qu'a le propriétaire de fournir des sûretés suffisantes »)

parties dans la chaîne et du fait qu'ils agissent à titre professionnel ou en tant que particuliers.

1.2.2 Parties en présence

Le *maître d'ouvrage* est à l'origine du projet de construction, il est l'auteur de la commande initiale, en allemand « *Erst-Besteller* »⁷. Il peut s'agir d'un professionnel qui veut réaliser un retour sur investissement ou qui espère vendre le fonds et la construction en réalisant une plus-value ou encore d'un particulier qui fait construire une maison pour y vivre.

Souvent, le maître d'ouvrage a en face de lui une *entreprise générale* qui porte l'entière responsabilité de la réalisation de la construction. Elle assure, en particulier, la coordination entre les sous-traitants et la surveillance de leurs travaux. Cela permet au maître d'ouvrage de ne pas conclure de contrat avec chacune des entreprises, mais uniquement avec l'entreprise générale, et ce pour la réalisation de toute la construction. Une *entreprise totale* assume quant à elle en plus les prestations d'un bureau d'étude, notamment l'élaboration du projet⁸.

Le *bureau d'étude* planifie la construction ; il se compose en règle générale d'architectes ou d'ingénieurs. La plupart du temps, il rend des comptes directement au maître d'ouvrage. Une entreprise totale peut assumer aussi la fonction de bureau d'étude.

Les *sous-traitants* sont des prestataires mandatés par l'entreprise principale, le plus souvent des artisans qui réalisent des travaux dont l'entreprise principale est tenue de s'acquitter en faveur du maître d'ouvrage. Le sous-traitant n'entretient pas de relation contractuelle avec celui-ci. Il y a souvent toute une chaîne de sous-traitance, les sous-traitants ayant leurs propres sous-traitants. Les *fournisseurs* sont dans une situation analogue à celle des sous-traitants ; ils ne font que livrer du matériel de construction et ne sont pas tenus de réaliser des travaux eux-mêmes. Ils entretiennent généralement une relation contractuelle avec une entreprise ou une entreprise générale, mais pas avec le maître d'ouvrage.

1.2.3 Qualification juridique des contrats du domaine de la construction

Contrat de construction

Le contrat de construction a pour objet l'exécution ou la modification d'un ouvrage de construction, c'est-à-dire d'un bâtiment entier ou de parties d'un bâtiment, par exemple d'installations électriques. Il peut aussi s'agir de travaux de génie civil, par exemple de travaux d'excavation, etc.⁹. Un tel contrat requiert toujours un résultat

⁷ Concernant cette notion, voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 208, et les références citées.

⁸ Concernant les notions d'entreprise générale et d'entreprise totale, voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 222 ss et 233 ss; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 3574 ss et 3581 ss.

⁹ À propos de l'objet du contrat de construction, voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 205 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 3565.

sous la forme d'un ouvrage (« *Werk* » en allemand), raison pour laquelle il est qualifié de contrat d'entreprise (« *Werkvertrag* » en allemand) au sens des art. 363 ss CO¹⁰. Souvent, le contrat de construction porte également sur l'obligation de livrer les matériaux. Il s'agit alors d'un contrat de livraison d'ouvrage, pour lequel le droit de la vente immobilière est applicable en matière de garantie (voir l'art. 365, al. 1, CO). Les parties en présence sont le maître d'ouvrage et l'entrepreneur. Mais le maître d'ouvrage peut aussi être un entrepreneur qui délègue des travaux à des sous-traitants. De même, l'entrepreneur peut être une entreprise principale qui délègue *tous* les travaux à des sous-traitants et qui s'acquitte uniquement de tâches de coordination. Dans ce cas, il reste néanmoins redevable au maître pour la réalisation de l'ouvrage.

Contrat d'entreprise générale et contrat d'entreprise totale

Le *contrat d'entreprise générale* est un contrat de construction, et donc un contrat d'entreprise au sens des art. 363 ss CO¹¹ et ce, que l'entreprise générale ait l'intention de faire réaliser les travaux par son propre personnel ou par des sous-traitants. Dans ce type de contrat, l'entreprise générale s'engage vis-à-vis du maître d'ouvrage à réaliser ou à faire réaliser un ouvrage de construction (obligation d'exécuter)¹².

Le *contrat d'entreprise totale* porte à la fois sur la réalisation de l'ouvrage et sur les travaux d'étude de projet. Il s'agit d'un contrat d'entreprise au sens des art. 363 ss CO¹³, que l'entreprise totale réalise un projet existant au moment de la conclusion du contrat ou qu'elle doive encore préparer le projet¹⁴.

Contrat d'architecte et d'ingénieur

Les architectes et ingénieurs indépendants assument des travaux divers et variés, si bien qu'il n'existe pas de contrat nommé au contenu toujours semblable¹⁵. Si le contrat porte sur des travaux d'étude de projet effectués à titre indépendant, il est en général qualifié de contrat d'entreprise¹⁶.

Contrat d'acquisition d'un immeuble comprenant une construction (neuve)

Le *principe de l'accession* implique qu'une personne ne peut être propriétaire d'une construction que si elle est propriétaire du fonds sur lequel elle est implantée¹⁷. Le droit de superficie au sens des art. 779 ss CC fait exception, puisqu'il permet que l'ouvrage ait un autre propriétaire que le fonds sur lequel il se trouve¹⁸. Le contrat d'acquisition du fonds sur lequel une construction est *déjà implantée* au moment de

¹⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 205 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 3508, 3527 ss ; pour un résumé concernant la notion d'ouvrage (« *Werk* »), voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 14 ss et TERCIER/BIERI/CARRON, n° 3510 ss.

¹¹ Voir l'ATF **114** II 53, consid. 2b.

¹² S'il n'y a pas d'obligation d'exécuter, on est en présence d'un contrat de direction des travaux, dans le cadre duquel l'entreprise ne fait qu'assumer des tâches de coordination pour le maître d'ouvrage. Il s'agit dans de nombreux cas d'un mandat. Le contrat de direction des travaux est rarement utilisé en Suisse. Voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 352 ss.

¹³ ATF **117** II 273, consid. 3a

¹⁴ ATF **114** II 53, consid. 2b

¹⁵ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 47

¹⁶ ATF **134** III 361, consid. 5.1 ; **130** II 351, consid. 4.1 ; **114** II 53, consid. 2b

¹⁷ Le principe de l'accession est énoncé à l'art. 667, al. 2, CC.

¹⁸ Voir les art. 675, al. 1, et 779, al. 1, CC.

la conclusion du contrat fait l'objet d'un contrat de vente d'immeubles au sens des art. 216 ss CO. Le fait qu'il s'agisse d'une construction neuve ou plus ancienne n'a pas d'incidence notable sur la qualification de l'acte juridique. Cependant, les questions qui se posent sont différentes lorsqu'il s'agit d'une construction neuve qui n'a jamais été utilisée selon sa finalité. Il n'est pas rare qu'elle présente des défauts qui n'étaient pas encore apparents au moment de la conclusion du contrat ou de l'acquisition de l'immeuble. Il arrive que ces défauts « cachés » n'apparaissent que bien plus tard¹⁹. Lorsqu'une construction est utilisée de longue date, les défauts graves ont déjà été éliminés ou, du moins, sont déjà devenus apparents. Le souci de l'acheteur est alors de pouvoir déterminer de manière fiable la valeur résiduelle du bâtiment²⁰. Bien que le contrat soit qualifié de contrat de vente d'immeubles, l'acheteur d'une construction neuve se trouve dans une situation similaire à celle du maître d'ouvrage lorsqu'il conclut un contrat de construction, similitude renforcée par le fait que le vendeur, à l'instar de l'entrepreneur, a souvent érigé ou fait ériger la construction lui-même et a pu suivre de relativement près le processus de construction.

Contrat d'acquisition d'un fonds sur lequel une construction est projetée

La situation est plus complexe lorsqu'il s'agit d'acquérir un fonds sur lequel une construction est *projetée*, mais encore inexistante au moment de la conclusion du contrat. Trois possibilités s'offrent alors aux parties²¹ : elles peuvent conclure *deux contrats distincts*, c'est-à-dire un contrat d'entreprise (art. 363 ss CO) et un contrat de vente d'immeubles (art. 216 ss CO), conclure *un contrat mixte* portant à la fois sur l'obligation du vendeur de livrer la chose vendue à l'acheteur et de lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à payer et sur l'obligation de réaliser l'ouvrage (contrat de vente d'immeuble avec obligation d'exécuter²²) ou encore concevoir la transaction comme la *vente d'une chose future*. L'arrangement que les parties ont voulu conclure se présume à l'interprétation du contrat en fonction des obligations qu'il statue s'agissant des prestations, les caractéristiques importantes étant l'influence de l'acquéreur sur le processus de construction, le moment où la propriété est transférée et la manière dont est conçue la rémunération. Si le contrat prévoit que l'aliénation doit avoir lieu immédiatement après la conclusion du contrat, les prestations restant à fournir en matière de construction ne peuvent plus être l'objet que d'un contrat d'entreprise, car l'acquisition de la propriété n'est plus nécessaire en vertu du principe de l'accession et qu'il n'est plus possible de conclure un contrat de vente d'immeubles²³. Par contre, si l'aliénation est repoussée dans le temps, on est en présence soit d'un contrat mixte si une *obligation d'exécuter* a été convenue (la

¹⁹ Il peut par ex. s'écouler plusieurs mois ou plusieurs années jusqu'à ce que les défauts d'étanchéité d'un mur ou de conception d'un toit plat soit apparents.

²⁰ Il est bien entendu qu'il peut y avoir des défauts cachés dans les constructions plus anciennes, parce que certains défauts dus au vieillissement ne sont pas encore devenus apparents ou parce que les mesures prises pour éliminer des défauts s'avèrent insuffisantes (par ex. taches d'humidité camouflées par un simple coup de peinture juste avant la vente). Mais dans l'ensemble, le défi pour l'acheteur consiste surtout à prendre en compte les signes de vieillissement et à évaluer de manière réaliste la valeur marchande du bâtiment.

²¹ Voir pour le principe l'ATF 117 II 259, consid. 2b.

²² Voir pour plus de détails GAUCH, Werkvertrag, n° 347 ss.

²³ Voir STÖCKLI, Stockwerkeigentum, p. 8.

possibilité pour l'acquéreur d'influencer le processus de construction par ex. en approuvant et modifiant les plans en est un indice), soit d'un contrat de vente d'immeuble si l'acquéreur n'a pas cette influence et que le vendeur aurait de toute manière réalisé et aliéné la construction sous cette forme²⁴. Une rémunération en régie ou en fonction des mètres pour la réalisation de la construction peut être l'indice qu'il s'agit d'un contrat mixte. De telles caractéristiques résultent parfois plus du hasard des circonstances que de l'expression d'intérêts spécifiques des parties. D'un autre côté, les parties peuvent influencer sciemment la qualification juridique du contrat par des accords spécifiques.

Contrat d'acquisition d'une propriété par étages

Les parts de copropriété d'un immeuble peuvent être constituées en propriété par étages, de manière à ce que chaque copropriétaire ait le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment (art. 712a, al. 1, du code civil [CC]²⁵). Ces parts sont également immeubles au sens de la loi (voir l'art. 655, al. 2, ch. 4, CC), si bien que l'acquisition de la propriété par étages d'un immeuble comprenant une construction *existante* constitue un *achat d'immeuble*²⁶.

La propriété par étages est constituée par inscription au registre foncier (art. 712d, al. 1, CC). Bien que la propriété par étages requière en principe l'existence d'un bâtiment constitué en locaux pouvant être l'objet du droit exclusif (voir l'art. 712b, al. 1, CC), il est possible à certaines conditions de constituer une propriété par étages *avant même que* le bâtiment soit érigé. Il faut pour ce faire joindre à la réquisition d'inscription de la propriété par étages au registre foncier le plan de répartition qui indique quelles parties du futur bâtiment seront l'objet du droit exclusif (art. 69, al. 1, de l'ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier [ORF]²⁷). Le transfert de la propriété par étages avant la construction du bâtiment, c'est-à-dire l'acquisition d'une propriété par étages sur plans, est également possible. La qualification du contrat dépend pour l'essentiel des mêmes critères que lors de l'acquisition d'un fonds sur lequel une construction est projetée (voir le point précédent)²⁸. Si l'aliénation a lieu directement après la conclusion du contrat et avant que l'essentiel du bâtiment ait été construit, l'immeuble et les parties du bâtiment déjà érigées feront l'objet d'un *contrat de vente d'immeuble*, tandis que les parties restant à construire feront l'objet d'un *contrat d'entreprise*. Si la propriété par étages n'est transférée à l'acquéreur qu'une fois les travaux essentiels réalisés, on peut être en présence d'un *contrat mixte* combinant des éléments du contrat de vente et du contrat d'entreprise ou d'un *pur contrat de vente*. Là aussi, ce qui permet d'en décider, c'est l'existence ou non d'une *obligation d'exécuter*.

²⁴ Concernant l'obligation d'exécuter, voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 127 et les références citées ; STÖCKLI, *Stockwerkeigentum*, p. 7 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 3538.

²⁵ Code civil ; RS 210

²⁶ Voir également KRAUSKOPF, p. 119 ; KRAUSKOPF/MÄRKI, p. 57.

²⁷ RS 211.432.1

²⁸ Voir l'arrêt du TF 4C.301/2002 du 22 janvier 2003, consid. 2 ; pour une vue d'ensemble, voir aussi KRAUSKOPF/MÄRKI, pp. 58 ss ; KRAUSKOPF, pp. 118 ss ; STÖCKLI, *Stockwerkeigentum*, pp. 11 ss.

1.2.4 Contrats du domaine de la construction et droits de garantie

Garantie en raison des défauts : dispositions applicables

Lorsqu'un contrat de vente (d'immeuble) a été conclu, ce sont les règles de garantie applicables à ce type de contrat (art. 197 ss CO) qui prévalent ; de même, s'il s'agit d'un contrat d'entreprise, il faut se référer aux règles de garantie applicables en la matière (art. 367 ss CO). La situation se complique lorsqu'il s'agit d'un contrat mixte combinant des éléments du contrat de vente et du contrat d'entreprise, comme c'est le cas lors d'une vente d'immeuble avec une obligation d'exécuter (voir le ch. 1.2.3). Dans ce cas, la garantie en raison des défauts de l'immeuble relève des dispositions sur le contrat de vente, tandis que la garantie pour les défauts de construction relève exclusivement de celles sur le contrat d'entreprise, même pour les parties du bâtiment qui avaient déjà été construites lors de la conclusion du contrat²⁹. L'application des règles de garantie du contrat de vente à ces parties serait trop complexe en pratique et n'est préconisée que si la réalisation du restant de la construction n'atteint pas à la substance ni ne consiste à y adjoindre un élément entièrement nouveau³⁰. En cas de vente d'une chose future (voir le ch. 1.2.3), ce sont les dispositions sur la garantie en raison des défauts du contrat de vente qui s'appliquent.

Droits de garantie

En cas de défauts matériels de l'ouvrage, le *maître* dispose du droit à la résolution du contrat, à la réfection de l'ouvrage ou à la réduction du prix, et à des dommages-intérêts (voir l'art. 368 CO). Les trois premiers droits cités sont alternatifs, c'est-à-dire que le maître peut choisir librement lequel il souhaite exercer, pour autant que les conditions d'exercice du droit en question soient remplies. Ces droits de garantie sont des droits formateurs³¹, que le maître exerce par une déclaration vis-à-vis de l'entrepreneur, sans passer par une procédure judiciaire. Le choix d'exercer un droit entraîne l'extinction des autres droits, tandis que le maître reste lié par ce choix. Ces droits de garantie remplacent le droit à la réalisation³² et ne présupposent pas de faute de l'entrepreneur³³.

S'agissant d'un *contrat de vente d'immeubles*, l'acheteur a le choix en cas de défauts matériels entre la résiliation de la vente (résolution du contrat) et la réduction du prix (art. 205, al. 1, CO) ; il peut aussi demander des dommages-intérêts (art. 208, al. 2 et 3 ; art. 97, al. 1, CO). La loi n'accorde pas à l'acheteur de droit à obtenir réparation de la chose³⁴. Les parties peuvent uniquement convenir d'un tel droit par contrat.

²⁹ ATF 118 II 144, consid. 1a ; arrêt du TF 4C.301.2002 du 22 janvier 2003, consid. 2.2

³⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 350

³¹ ATF 136 III 273, consid. 2.2

³² Arrêt du TF 4C.258/2001 du 5 septembre 2002, consid. 4.1.4

³³ Ces droits découlent directement des obligations primaires de l'entrepreneur ou les modifient. Ils n'impliquent pas cependant de responsabilité (causale) quant à l'exécution défectueuse. Cette distinction a son importance : bien que ces droits résultent d'un lien de causalité, il est *inutile* de tenir compte des conditions générales de la responsabilité causale (notamment l'existence d'un dommage, l'illicéité, le lien de causalité adéquate et les principes de fixation de la réparation), mais uniquement des conditions propres applicables à ces droits.

³⁴ ATF 95 II 119, consid. 6 ; arrêt du TF 4C.307/2000 du 22 février 2001, consid. 6

La *résolution du contrat* a pour effet l'extinction du droit à la réalisation et le remboursement des prestations déjà fournies. Il y a des limites à l'exercice de ce droit, en particulier pour les contrats de construction. Il faut que l'ouvrage soit si défectueux ou si peu conforme à la convention que le maître ne puisse en faire usage ou être équitablement contraint à l'accepter (art. 368, al. 1, CO). La résolution est exclue s'il s'agit d'ouvrages faits sur le fonds du maître et dont, à raison de leur nature, l'enlèvement présenterait des inconvénients excessifs (art. 368, al. 3, CO). Cette restriction n'est cependant pas à prendre en compte si l'ouvrage est parfaitement impropre à l'usage escompté³⁵. Les défauts de construction peuvent avoir des conséquences financières graves, mais l'ouvrage est généralement utilisable malgré tout ; la résolution du contrat de construction n'est donc pas en principe la première solution entrant en ligne de compte. Par ailleurs, si le maître peut exceptionnellement exercer son droit de résolution, il ne jouit pas du droit de faire enlever la construction défectueuse par l'entrepreneur ; il peut par contre l'enlever lui-même ou la faire enlever aux frais de l'entrepreneur³⁶. La possibilité de résolution existe aussi pour les contrats de vente d'un immeuble sur lequel est implantée une construction neuve, mais elle a aussi ses limites puisque le juge peut la transformer en réduction du prix s'il ne semble pas justifié d'annuler la vente³⁷.

La *réduction du prix* permet au maître d'abaisser le prix de l'ouvrage et à l'acheteur d'abaisser le prix de vente de l'immeuble sans annuler le contrat. Elle se fait selon une *méthode relative*, la valeur objective de la moins-value de l'ouvrage ou de l'immeuble étant mise en relation avec la valeur objective de l'ouvrage ou de l'immeuble en l'absence de défauts³⁸. Si la valeur objective en l'absence de défauts correspond au prix fixé par contrat, la réduction correspond à la moins-value. La moins-value est présumée de fait correspondre au coût de l'élimination des défauts³⁹. Il en découle que ce droit de garantie est très facile à manier pour le maître ou l'acheteur, puisqu'il peut déduire les frais de mise en état du prix de l'ouvrage ou du prix de vente. Financièrement, le maître sera au final tout aussi bien loti que s'il avait demandé la réfection de l'ouvrage. Toutefois, si l'entrepreneur est en mesure de prouver que la moins-value est inférieure au coût de la mise en état, la réduction du prix ne sera pas la solution la plus favorable pour le maître. La réfection de l'ouvrage est dès lors souvent le droit de garantie le plus adapté pour celui-ci. Il ne recourra en général à la réduction du prix que s'il a perdu toute confiance en l'entrepreneur.

La *réfection de l'ouvrage* permet au maître d'exiger de l'entrepreneur qu'il procède à la mise en état gratuite de l'ouvrage afin qu'il soit conforme à ce qui avait été convenu par contrat. Le droit à la réfection est une autre forme du droit à la réalisation⁴⁰. Il y a

³⁵ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1575 ; voir également l'arrêt du TF 4C.347/2005 du 13 février 2006, consid. 4.

³⁶ ATF **98** II 123, consid. 4

³⁷ La résolution du contrat est par ex. justifiée lorsque les défauts de l'immeuble le rendent inutilisable ou que les frais de remise en état ou la moins-value sont élevés et que les défauts ne peuvent être entièrement éliminés. Toutefois, si l'on peut raisonnablement exiger que le contrat reste valable pour l'acheteur et qu'il n'est pas dans l'intérêt du vendeur de l'annuler, la seule solution reste la réduction du prix ; ATF **124** III 456, consid. 4d/aa.

³⁸ ATF **116** II 305, consid. 4a ; **111** II 162, consid. 3a ; **105** II 99, consid. 4a

³⁹ ATF **116** II 305, consid. 4a ; **111** II 162, consid. 3c

⁴⁰ HONSELL, p. 317

une restriction à l'exercice de ce droit puisque la réfection doit être possible sans occasionner de dépenses excessives au maître (art. 368, al. 2, CO), l'utilité générée par la réfection devant être dans une juste proportion par rapport à son coût⁴¹. Le maître doit fixer un délai convenable à l'entrepreneur pour s'exécuter. Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, le maître peut faire usage des possibilités figurant à l'art. 107, al. 2, CO, en tenant compte des particularités du contrat d'entreprise. Il a à nouveau le choix entre les droits de garantie de l'art. 368 CO et le droit de réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution⁴². Le maître peut aussi insister pour obtenir la réfection de l'ouvrage et, si l'entrepreneur n'a pas la volonté ou n'est pas en capacité de s'exécuter, faire réaliser les travaux par un tiers sans décision judiciaire et demander réparation à l'entrepreneur (par analogie à l'art. 366, al. 2, CO)⁴³. Il peut demander une avance correspondant aux coûts escomptés à l'entrepreneur⁴⁴. La réfection de l'ouvrage est avantageuse et simple pour le maître et revêt de l'importance dans la pratique. Elle n'est pas accessible à l'acheteur dans le droit en vigueur.

En plus des droits de garantie dont il dispose, le maître peut demander des *dommages-intérêts* (voir l'art. 368, al. 2, CO pour le contrat d'entreprise et l'art. 208, al. 2 et 3, CO pour le contrat de vente). Le maître ou l'acheteur n'est en droit de réclamer à l'entrepreneur fautif des dommages-intérêts que pour le préjudice patrimonial consécutif au défaut (*dommage consécutif au défaut*) ; pour les défauts de l'ouvrage ou de l'immeuble, il ne peut que passer par les droits de garantie exposés plus haut⁴⁵. L'action en dommages-intérêts suppose qu'il y ait faute de l'entrepreneur ; celle-ci est présumée (par analogie à l'art. 97, al. 1, CO)⁴⁶. Le vendeur a en outre une responsabilité indépendante de toute faute pour le dommage *direct* (art. 208, al. 2, CO)⁴⁷. La responsabilité pour les dommages qui ne sont pas liés aux défauts de l'ouvrage ou de la chose achetée relève de l'art. 97, al. 1, CO.

Vérification et avis

L'acheteur doit *vérifier* la chose et *aviser* le vendeur des défauts découverts (art. 201, al. 1, CO). Le maître doit en faire de même avec l'ouvrage en avisant l'entrepreneur (art. 367, al. 1, CO). L'étendue, l'intensité et la durée de la vérification dépendent de la nature de la chose ou de l'ouvrage et de l'*usage*⁴⁸. Les défauts apparents doivent être signalés aussitôt la vérification terminée, ceux qui ne l'étaient pas lors de la

⁴¹ ATF 111 II 173, consid. 5 ; voir également l'arrêt du TF 4C.346/2003 du 26 octobre 2004, consid. 4.2.1.

⁴² ATF 109 II 40, consid. 6a ; voir également l'ATF 136 III 273, consid. 2 et les références citées. GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1795 ss.

⁴³ ATF 107 II 50, consid. 3 ; arrêt du TF 4C.286/2001 du 22 janvier 2002, consid. 3d

⁴⁴ ATF 128 III 416, consid. 4.2.2

⁴⁵ ATF 126 III 388, consid. 10a ; 100 II 30, consid. 2

⁴⁶ ATF 107 II 439 ; 93 II 311, consid. 3a

⁴⁷ Le dommage direct n'est pas un dommage de la chose elle-même. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intensité du lien de causalité entre la livraison de marchandises défectueuses et le dommage permet la distinction entre le dommage direct et le dommage indirect ; le dommage direct est causé directement par la livraison de ces marchandises et non par le concours de causes supplémentaires ; voir l'ATF 133 III 257, consid. 2.

⁴⁸ ATF 76 II 221, consid. 2 ; GAUCH, *Werkvertrag*, n° 2112 ss ; HONSELL, p. 101 ; KOLLER, *Werkvertragsrecht*, n° 597 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 3805 ss

vérification (défauts cachés), *aussitôt* après leur découverte (avis sans délai)⁴⁹. Les défauts apparents qui étaient déjà manifestes au moment de la livraison peuvent même devoir être signalés *avant* la fin de la vérification⁵⁰. Pour déterminer si l'avis a été établi à temps, il faut tenir compte des circonstances du cas d'espèce et en particulier du type de défauts. Le Tribunal fédéral considère que l'avis sans délai doit se faire dans les *sept jours* et même dans un *délai plus court* si les défauts sont tels qu'ils pourraient occasionner un dommage plus important en cas d'attente⁵¹. Le délai commence à courir à la découverte du défaut. Un défaut est considéré comme découvert lorsque le maître en a une connaissance telle qu'il peut établir un avis suffisamment étayé. Outre la désignation précise de chaque défaut, il faut aussi que le maître exprime qu'il ne reconnaît pas l'ouvrage livré comme conforme au contrat et qu'il veut engager la responsabilité de l'entrepreneur⁵². Le maître ou l'acheteur porte le fardeau de la preuve s'agissant du respect du délai d'avis⁵³. Sans avis des défauts, l'ouvrage ou la chose sont tenus pour acceptés et le maître ou l'acheteur perdent tous leurs droits de garantie (voir les art. 201, al. 2, et 370, al. 1 et 2, CO). Cet avis revêt une grande importance pour les constructions neuves (voir le ch. 2.1.1).

Prescription

Les défauts de construction se prescrivent par cinq ans. Le délai commence à courir à la livraison de l'ouvrage (art. 371, al. 1, CO). Le délai est le même pour les défauts d'un bâtiment et il commence à courir au moment du transfert de propriété (art. 219, al. 3, CO). Pour les défauts cachés, les délais commencent à courir au même moment (voir l'art. 210, al. 1, CO s'agissant du contrat de vente et le renvoi à cet article figurant à l'art. 371, al. 3, CO s'agissant du contrat d'entreprise). Les droits de garantie peuvent donc être prescrits avant même que les défauts aient été découverts. Les prétentions en dommages-intérêts se prescrivent également selon les délais de ces dispositions⁵⁴.

Droits de garantie lors de l'acquisition d'une nouvelle propriété par étages

Comme indiqué au ch. 1.2.3, les dispositions sur le contrat de vente d'immeubles et/ou sur le contrat d'entreprise s'appliquent en cas d'acquisition d'une part de propriété par étages d'un immeuble comportant une construction neuve. Le lien contractuel unit alors l'acheteur, c'est-à-dire le propriétaire par étages, et le vendeur ou l'entrepreneur.

⁴⁹ Le principe de l'avis sans délai figure dans les dispositions sur le contrat de vente d'immeubles (voir l'art. 201, al. 1, CO). Il n'apparaît dans celles concernant le contrat d'entreprise qu'en rapport avec les défauts intentionnellement dissimulés (art. 370, al. 3, CO). Pourtant, il s'applique également pour les défauts apparents, voir par ex. l'arrêt du TF 4A_53/2012 du 31 juillet 2012, consid. 5.1, lequel renvoie à GAUCH, Werkvertrag, n° 2141 ss.

⁵⁰ Voir GAUCH, Werkvertrag, n° 2143 et les références citées.

⁵¹ Voir les ATF 118 II 142, consid. 3b ; 107 II 172, consid. 1a et b et les arrêts du TF 4A_53/2012 du 31 juillet 2012, consid. 6.2 ; 4A_82/2008 du 29 avril 2009, consid. 7.1 ; 4C.82/2004 du 3 mai 2004, consid. 2.3, et plus récemment 4A_399/2018 du 8 février 2019, consid. 3.2.

⁵² ATF 107 II 172, consid. 1a ; plus récemment, l'arrêt du TF 4A_293/2017 du 13 février 2018, consid. 2.2.2

⁵³ ATF 118 II 142, consid. 3a ; 107 II 172, consid. 1a

⁵⁴ Concernant le contrat d'entreprise, voir les ATF 113 II 264, consid. 2c ; 77 II 243, consid. 3.

Les droits de garantie découlent de ce lien contractuel, si bien que la communauté des propriétaires d'étages ne peut en règle générale pas exercer de prétentions en raison des défauts de construction⁵⁵. Il appartient à chaque propriétaire de faire valoir et d'exercer ses droits de garantie individuellement. L'exercice du droit à la résolution du contrat et à la réduction du prix n'ont jamais réellement posé problème, pas plus que l'action en dommages-intérêts⁵⁶. Par contre, jusqu'à récemment, l'exercice du droit à la réfection de l'ouvrage était fortement limité, puisque conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁷, les propriétaires par étages ne pouvaient faire valoir leur droit à la réfection des *parties communes* (par ex. toit, escaliers, façade, chauffage central) que proportionnellement à leur quote-part. Le propriétaire pouvait faire éliminer l'ensemble des défauts par l'entrepreneur, mais seuls les frais de réfection correspondant à sa quote-part n'étaient pas à sa charge. Il devait s'acquitter du reste des frais auprès de l'entrepreneur et convaincre les autres propriétaires par étages de prendre en charge le restant des coûts.

Le Tribunal fédéral a modifié récemment cette jurisprudence, fortement critiquée par la doctrine, et a abandonné le principe du droit à la réfection en fonction de la quote-part⁵⁸. Depuis, chaque propriétaire peut demander l'élimination de l'intégralité des défauts sans devoir s'acquitter d'une partie des frais auprès de l'entrepreneur. Le propriétaire qui requiert des travaux de réfection des parties communes doit cependant, comme précédemment, recueillir l'assentiment de la communauté des propriétaires d'étages conformément aux règles de la copropriété applicables aux travaux de construction (art. 712g, al. 1, en relation avec les art. 647c ss CC).

Nature dispositive des droits de garantie

Les droits de garantie sont de nature dispositive et peuvent être modifiés par accord entre les parties. En particulier, il est licite de restreindre voire d'exclure entièrement la responsabilité de l'entrepreneur ou du vendeur⁵⁹, dans les limites toutefois de l'art. 100 CO, qui dispose que toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave est nulle. Par contre, une convention préalable peut exclure entièrement la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires, par exemple des sous-traitants (art. 101, al. 2, CO). S'agissant du contrat de vente, l'art. 199 CO dispose que toute clause qui supprime ou restreint la garantie est nulle si le vendeur a frauduleusement dissimulé à l'acheteur les défauts de la chose. La situation n'est pas claire quant à l'applicabilité de l'art. 100 CO au

⁵⁵ S'agissant de la capacité d'être titulaire d'un droit, voir l'ATF **114** II 239, consid. 3 et 4 ; il n'y a pas, en particulier, de cession légale des droits, mais une délégation des prétentions en réalisation une fois exercé le droit choisi. La communauté des propriétaires d'étages peut en outre être titulaire du droit si c'est elle qui a souscrit le contrat avec l'entrepreneur, ce qui n'est en règle générale le cas que lorsqu'il s'agit d'un contrat portant sur des mesures architectoniques consécutives à la réalisation de la construction.

⁵⁶ Le droit à la résolution du contrat ne devrait cependant pas entrer en ligne de compte en raison de motifs liés à la proportionnalité tels qu'énoncés à l'art. 368, al. 3, CO ; voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1496a.

⁵⁷ Voir les arrêts de principe ATF **114** II 239 et **111** II 458.

⁵⁸ Voir l'ATF **145** III 8, consid. 3.5.

⁵⁹ ATF **118** II 142, consid. 1a ; **114** II 239, consid. 5a/aa ; **109** II 213, consid. 1a ; **91** II 344, consid. 2a

contrat de vente⁶⁰. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut en outre interpréter les clauses d'exclusion de la responsabilité des contrats de vente d'immeubles de manière restrictive : elles ne s'appliquent pas aux défauts qui sont totalement étrangers aux éventualités qu'un acheteur raisonnable doit prendre en compte⁶¹. Cette jurisprudence concerne essentiellement des cas où la chose était largement impropre à l'usage prévu⁶².

Cession des droits de garantie

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit à la résolution du contrat et celui à la réduction du prix ne peuvent, en tant que droits alternatifs, pas être cédés avant que soit effectué le choix du droit de garantie que l'on souhaite faire valoir. Seules les prétentions en remboursement total ou partiel nées du choix du droit de garantie peuvent être cédées. Les prétentions en réfection de l'ouvrage sont elles aussi cessibles⁶³, de mêmes que les prétentions en dommages-intérêts sous forme de créances pécuniaires. Contre l'avis du Tribunal fédéral, une partie de la doctrine⁶⁴ estime qu'il est licite de céder le lot entier de ses droits de garantie.

1.2.5 La pratique contractuelle

Réglementations du secteur privé et conditions générales

Les contrats du domaine de la construction se réfèrent souvent à des réglementations préformulées du secteur privé, notamment aux normes de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA). La norme SIA 118 « Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction », qui régit la conclusion de contrats de construction, le contenu des travaux et leur réalisation, revêt particulièrement d'importance. Exhaustive, elle complète le droit du contrat d'entreprise et le modifie en partie. Par ailleurs, les normes SIA 102 « Règlement concernant les prestations et honoraires des architectes » et SIA 103 « Règlement concernant les prestations et honoraires des ingénieurs et ingénieures civils » ont leur importance pour les contrats ayant trait à l'étude de projets et à la conduite de travaux.

On a souvent recours aussi dans la pratique aux contrats-types des notaires, qui permettent de choisir entre différentes clauses préformulées en fonction des intérêts des parties. Au surplus, les notaires se réfèrent également aux normes contractuelles SIA.

⁶⁰ Le Tribunal fédéral n'a jusque-là pas tranché cette question ; voir les ATF 126 III 59, consid. 4a ; 107 II 161, consid. 7b et l'arrêt du TF 4C.295/2004 du 12 novembre 2004, consid. 5.2.

⁶¹ ATF 130 III 686, consid. 4.3.1 ; 107 II 161, consid. 6c ; plus récemment, l'arrêt du TF 4A_444/2017 du 12 avril 2018, consid. 5.1

⁶² Dans l'arrêt 4A_444/2017 du 12 avril 2018, il s'agissait de défauts de fondations, dont l'élimination ne représentait que quelque 5 % du prix de vente, mais qui auraient pu causer l'instabilité du bâtiment. Le Tribunal fédéral a décidé que ces défauts étaient totalement étrangers aux éventualités que l'acheteur devait raisonnablement prendre en compte.

⁶³ ATF 114 II 239, consid. 5c/aa, bb, avec des références à GAUCH, *Werkvertrag*, 3^e éd., n° 1781 ss

⁶⁴ Notamment HONSELL, pp. 322 s. ; KOLLER, *Werkvertragsrecht*, n° 530

Lorsqu'ils concluent des contrats avec des particuliers, les entrepreneurs et vendeurs reprennent souvent des réglementations standard, qui ont alors valeur de conditions générales. On peut citer l'exemple des normes contractuelles SIA, qui, si elles sont reprises dans les contrats, revêtent le caractère de conditions générales, qui nécessitent l'acceptation des parties pour déployer des effets⁶⁵. Les contrats-types des notaires peuvent aussi dans certaines circonstances valoir comme conditions générales. Lors de l'achat d'une propriété par étages, plusieurs maîtres d'ouvrage (parfois nombreux) sont face à un seul vendeur ou entrepreneur. Il n'est pas rare alors qu'un notaire établisse les contrats pour toutes les parties à la demande du vendeur ou de l'entrepreneur. De l'avis de certains auteurs de doctrine, de tels contrats-types peuvent tout à fait avoir valeur de conditions générales⁶⁶.

Or la qualification de dispositions contractuelles en tant que conditions générales a des conséquences juridiques. L'*acceptation* des conditions générales est subordonnée à leur mise à la disposition de l'autre partie avant la conclusion du contrat, faute de quoi elles ne peuvent pas devenir partie intégrante de celui-ci⁶⁷. Dans la pratique, il faut noter que les renvois aux normes contractuelles SIA sont fréquents, mais que le maître d'ouvrage connaît rarement leur contenu au moment de la conclusion du contrat. Il n'est d'ailleurs pas sûr que les normes puissent dans ce cas réellement devenir partie intégrante du contrat⁶⁸.

On peut présumer que la partie qui n'a pas proposé qu'on reprenne les conditions générales les a acceptées sans connaître leur contenu effectif (reprise globale), auquel cas la *règle de l'insolite* s'applique. Selon cette règle, les clauses qui sont si insolites que la partie qui reprend globalement les conditions générales ne pouvait s'y attendre ne produisent pas d'effet⁶⁹. S'agissant des normes contractuelles SIA et autres réglementations semblables, on présume la plupart du temps la reprise globale lorsqu'il s'agit de particulier sans expérience préalable, car il y a peu de chances qu'un non-spécialiste les lise et les comprenne intégralement. Lorsqu'il s'agit de contrats-types de notaires, on peut par contre douter que la règle de l'insolite s'applique, car les notaires ont un devoir d'information lorsqu'ils dressent l'acte authentique. La *règle de l'interprétation des clauses ambiguës* s'applique pour ce qui est du contenu des conditions générales. En cas de doute, les clauses qui ne sont pas claires doivent d'après cette règle être interprétées en défaveur de celui qui a intégré les conditions générales au contrat⁷⁰. En ce qui concerne les contrats conclus en la forme authentique, les notaires sont tenus à des formulations claires, ce qui relativise la portée de cette règle⁷¹. Le droit suisse ne prévoit pas de contrôle matériel des conditions générales. L'*art. 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)*⁷² dispose cependant pour les contrats de consommation

65 ATF 118 II 295, consid. 2a

66 Voir ERICH RÜEGG, in : Grundstückkauf, n° 139 ; SCHMID, pp. 56 ss ; STÖCKLI/AESCHIMANN, pp. 84 ss et 93.

67 ATF 100 II 200, consid. 5d

68 GAUCH, Werkvertrag, n° 286b, estime que ce n'est pas le cas lorsque des particuliers novices sont impliqués.

69 Voir l'ATF 138 III 411, consid. 3.1 et les références citées.

70 Voir l'ATF 133 III 607, consid. 2.2 et les références citées.

71 Voir par ex. les ATF 118 II 32, consid. 3d, et 90 II 274, consid. 6.

72 RS 241

que quiconque utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat agit de façon déloyale. En conséquence, les clauses concernées, voire le contrat dans son ensemble, sont nuls⁷³. La question de savoir si les maîtres d'ouvrage qui font construire une maison ou achètent un immeuble pour leurs propres besoins peuvent être qualifiés de consommateurs au sens de cette disposition n'est pas tranchée définitivement ; une telle interprétation est cependant envisageable et certains auteurs de doctrine défendent ce point de vue⁷⁴. Les réglementations du secteur privé et les contrats-types des notaires doivent eux aussi en principe être contrôlés sur le plan matériel pour repérer d'éventuelles clauses déloyales au sens de l'art. 8 LCD car la procédure de l'acte authentique n'empêche pas la conclusion d'un contrat déséquilibré⁷⁵.

Exclusion de la responsabilité en cas de défauts et cession des droits de garantie

Il est relativement fréquent que les contrats de vente de propriétés par étages neuves prévoient une limitation voire l'exclusion de la responsabilité du vendeur. Les contrats de construction contiennent aussi parfois une limitation de la responsabilité de l'entreprise générale, en principe en échange de la cession à l'acheteur des droits de garantie du vendeur ou de l'entrepreneur vis-à-vis de son ou de ses sous-traitants⁷⁶, dans l'idée que l'acheteur puisse se retourner contre le ou les sous-traitants en cas de défauts. Il existe néanmoins certaines restrictions quant aux effets juridiques de ces clauses. Les clauses d'exclusion de la responsabilité ne produisent pas d'effets en cas de faute intentionnelle ou par négligence grave de l'entreprise générale (voir le ch. 1.2.4). Elles sont interprétées de manière restrictive (voir le ch. 1.2.4), d'autant plus lorsque le vendeur est aussi le constructeur⁷⁷. De même, la cession des droits de garantie ne produit pas d'effets, à l'exception du droit à la réfection (voir le ch. 1.2.4). On tient compte en pratique des lacunes manifestes de telles clauses en indiquant par exemple que la cession ne porte que sur le droit à la réfection, tandis que la cession des autres droits est exclue. Il arrive aussi que le vendeur ou l'entrepreneur donne procuration à l'acheteur ou au maître d'ouvrage afin qu'il puisse exercer à sa place les droits de garantie dont il disposait vis-à-vis du ou des sous-traitants et profiter par exemple d'une réduction de prix au lieu de faire valoir ses propres droits de garantie. Il faut examiner au cas par cas les effets que produisent ces règles. À la question de la

⁷³ Voir le message LCD, p. 5568.

⁷⁴ La notion de consommateur de l'art. 8 LCD doit être interprétée de manière autonome et à l'appui de l'art. 3, par. 1, de la directive 93/13/CEE, mais non en conformité avec l'art. 32, al. 2, du code de procédure civile (RS 272) ni avec l'art. 7, al. 1, let. e, de la loi fédérale du 23 mars 2011 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1), si bien que le contrat de consommation peut avoir pour objet une prestation qui va bien au-delà de l'utilisation habituelle ; voir à ce sujet PROBST, n° 285 s. ad art. 8 avec des renvois aux documents préparatoires ; MARTENET/PICHONNAZ n° 124 ss ad art. 8, en particulier n° 131. En faveur de la qualification des maîtres d'ouvrage en tant que consommateurs, STÖCKLI/AESCHIMANN, pp. 92 s., avec d'autres références à la doctrine.

⁷⁵ Pour une réflexion de fond sur la question, STÖCKLI/AESCHIMANN ; voir également KRAUSKOPF/MÄRKLI, pp. 74 s. ; STÖCKLI, avis de droit, n° 29 et 47.

⁷⁶ À propos de cette pratique, voir KRAUSKOPF/MÄRKLI, pp. 69 s. et 79 ss et les références citées.

⁷⁷ Arrêt du TF 4A_444/2017 du 12 avril 2018, consid. 5.5

licité de l'exclusion de la responsabilité et de la cession des droits de garantie s'ajoutent les principes applicables aux conditions générales (voir ci-dessus « Réglementations du secteur privé et conditions générales »). Des questions se poseront à propos de certaines de ces clauses en rapport avec la règle de l'insolite et de la règle de l'interprétation des clauses ambiguës. Le Tribunal fédéral n'a pour l'heure rendu aucun arrêt indiquant si ces clauses sont contraires à l'art. 8 LCD⁷⁸. Bien que l'admissibilité de ces clauses en droit civil ne soit pas confirmée, elles figurent régulièrement dans les actes authentiques et dans les contrats-types de nombreux notaires⁷⁹.

1.3 Élaboration de l'avant-projet

En décembre 2012, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a mandaté l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg pour réaliser un avis de droit sur les questions soulevées dans la motion 09.3392 Fässler-Osterwalder. L'avis de droit a été élaboré par le Prof. Hubert Stöckli et livré en décembre 2013⁸⁰.

Le 23 février 2018, l'OFJ a organisé une séance d'information pour les milieux intéressés. À cette occasion, des représentants d'associations d'entrepreneurs, d'entrepreneurs généraux et de promoteurs, de propriétaires, de bureaux d'étude et de consommateurs ont été informés de l'avancement du projet et ont eu la possibilité de se prononcer sur celui-ci.

Entre décembre 2017 et octobre 2019, l'OFJ a réalisé plusieurs entretiens techniques avec les experts externes suivants :

- Hubert Stöckli, avocat, professeur ordinaire de droit civil et commercial à l'université de Fribourg, codirecteur de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction ;
- Thomas Siegenthaler, avocat spécialiste FSA en droit de la construction et de l'immobilier, chargé de cours à l'université de Fribourg ;
- Jörg Schmid, avocat et notaire, professeur ordinaire de droit privé et de droit privé comparé à l'université de Lucerne.

L'OFJ a par ailleurs consulté les experts externes ci-après :

- Peter Gauch, professeur émérite à l'université de Fribourg ;
- Hans Peter Walter, professeur émérite à l'université de Berne.

Il a élaboré l'avant-projet en se fondant sur ces entretiens et consultations.

⁷⁸ Voir au ch. 2.1.2 une critique détaillée de ces clauses pointant la protection juridique insuffisante offerte par l'art. 8 LCD.

⁷⁹ Pour des exemples, voir KRAUSKOPF/MÄRKI et plus particulièrement leurs nbp 96 et 114, et STÖCKLI, pp. 11 s.

⁸⁰ L'avis de droit peut être consulté à l'adresse <http://www3.unifr.ch/ius/baurecht/de/publikationen/bauvertragsrecht.html> ou https://issuu.com/baurechtdroitdelaconstruction/docs/stoekli_bauherrschaft_und_bauma en (uniquement en allemand ; dernière consultation le 1^{er} juillet 2020).

1.4 Nécessité d’agir

Fondamentalement, le droit en vigueur, en particulier le droit du contrat d’entreprise, contient des règles adéquates pour régir la relation juridique entre les entrepreneurs et les maîtres d’ouvrage dans le domaine de la construction. Grâce au niveau d’abstraction relativement élevé du CO, le contrat de construction peut être appréhendé par les règles générales du contrat d’entreprise (voir le ch. 1.2.3).

Toutefois, le désavantage du haut degré d’abstraction de la loi est qu’elle fournit rarement des réponses concrètes à des questions spécifiques. Alors qu’il est nécessaire de régler de nombreux détails dans un projet de construction, la densité normative de la loi est très faible⁸¹. Pour cette raison, les parties ont, en pratique, un fort besoin d’accords contractuels précis et adaptés à la situation. Cela est démontré notamment par l’utilisation fréquente de réglementations du secteur privé (voir à ce sujet le ch. 1.2.5). Il est vrai que les dispositions succinctes de la loi font aujourd’hui l’objet d’une riche jurisprudence. Néanmoins, pour les parties à un grand projet de construction, il se justifie d’utiliser des accords contractuels taillés sur mesure.

Bien qu’il soit fondamentalement adéquat, le droit en vigueur, qui est en grande partie dispositif, a aujourd’hui fortement perdu en importance à la faveur d’accords contractuels entre les parties ; par conséquent, dans un grand nombre de cas, il ne s’applique même plus. Par ailleurs, le droit du contrat de construction est devenu une matière s’adressant aux seuls experts. Ceci est sans doute principalement dû au caractère technique et complexe du domaine de la construction ainsi qu’aux pratiques contractuelles et commerciales complexes des parties impliquées, ce qui a aussi mené à une jurisprudence fournie.

L’examen a également porté sur l’équilibre de la loi, en particulier en ce qui concerne les droits de garantie. Aucune injustice *systématique* frappant les maîtres d’ouvrage n’a été constatée. La loi définit schématiquement les droits spécifiques, résultant d’une responsabilité objective et très importants dans la pratique, que sont le droit à la résolution du contrat, le droit à la réduction du prix et le droit à la réfection de l’ouvrage (voir en détail à ce sujet le ch. 1.2.4). Ils sont relativement aisés à exercer et n’impliquent pas l’intervention d’un tribunal. Comparés à l’obligation principale de base, ils ne sont par ailleurs soumis à aucune restriction importante ; ils ne présupposent en particulier pas de faute de l’entrepreneur ou du vendeur. *En principe*, le régime de la garantie pour les défauts est donc relativement favorable aux maîtres d’ouvrage. Cela dit, certaines conditions imposées à l’exercice des droits de garantie – en particulier l’avis des défauts – constituent un véritable piège en pratique, même pour les maîtres d’ouvrage professionnels⁸². De même, l’exercice des droits de garantie pour un défaut frappant les parties communes d’une propriété par étages était rendu particulièrement difficile jusqu’à récemment (voir en détail à ce sujet les ch. 1.2.4 et 2.2.2). En raison du caractère essentiellement dispositif des droits de garantie, les *accords contractuels* qui désavantagent fortement les maîtres d’ouvrage sont fréquents en pratique⁸³. Bien que cela ait des conséquences importantes sur la

⁸¹ STÖCKLI, avis de droit, n° 5 et 15

⁸² Voir STÖCKLI, avis de droit, n° 36 ss et 89.

⁸³ Voir STÖCKLI, avis de droit, n° 24 ss, 48 ss et 91.

position du maître d'ouvrage, il s'agit là d'un *phénomène ponctuel*, qui ne change rien au fait que la loi est fondamentalement équilibrée.

2 Présentation du projet

2.1 Réglementation proposée

Sur la base de l'examen approfondi des dispositions du droit contractuel de la construction qu'il a réalisé en exécution de la motion 09.3392 et de la motion 02.3532 transmise sous forme de postulat (voir le ch. 1.4), le Conseil fédéral propose de réviser la loi de manière ponctuelle, afin de cibler les points qui se sont avérés *particulièrement défavorables* aux maîtres d'ouvrage, à savoir le délai d'avis des défauts (voir le ch. 2.1.1) et la pratique contractuelle consistant pour le vendeur ou l'entreprise générale à se libérer de sa responsabilité en cédant les droits de garantie à l'acheteur ou au maître d'ouvrage (voir le ch. 2.1.2). Ces points sont également les plus prégnants identifiés par STÖCKLI dans son avis de droit⁸⁴ et ceux soulevés dans les initiatives parlementaires 12.502 et 14.453. L'avant-projet comporte par ailleurs une proposition de mise en œuvre de la motion 17.4079. Il est régi par l'idée d'apporter à ces points une solution aussi directe et efficace en pratique que possible, qui soit compréhensible pour les maîtres d'ouvrage et les acheteurs et qui, en même temps, ne cause pas de désavantages ou de restrictions notables aux entrepreneurs et vendeurs. Le Conseil fédéral renonce par contre à la fois à réviser totalement le droit du contrat d'entreprise et à créer un contrat nommé spécifique pour les constructions (voir le ch. 2.2.1).

2.1.1 Délai d'avis

Aujourd'hui, l'avis des défauts représente un problème majeur en pratique. Pour les particuliers sans expérience préalable, le droit en vigueur est presque *impossible à maîtriser* et par conséquent *insatisfaisant*⁸⁵ ; cependant, il cause aussi souvent des incertitudes et des surprises aux maîtres d'ouvrage professionnels⁸⁶.

Les problèmes résultent principalement de la conjonction du délai très bref pour l'avis des défauts (avis sans délai) et de la déchéance de tous les droits de garantie si l'avis des défauts est omis, tardif ou insuffisamment motivé (voir aussi le ch. 1.2.4). Le cas échéant, le maître d'ouvrage doit payer l'intégralité du prix et supporte lui-même les coûts de l'élimination des défauts, indépendamment de leur étendue.

En pratique, de nombreux maîtres d'ouvrage sont dépassés par ce délai très bref, car ils ne sont souvent pas en mesure de reconnaître la portée juridique d'un défaut

⁸⁴ Voir les passages de l'avis de droit STÖCKLI indiqués dans les nbp 84 et 85.

⁸⁵ STÖCKLI, avis de droit, n° 36, considère que le régime juridique actuel est véritablement choquant (« *geradezu stossend* »).

⁸⁶ Voir à ce propos les arrêts du Tribunal fédéral sur l'« affaire Sennhof », où une grande ville suisse qui agissait en tant que maître d'ouvrage n'a pas procédé à l'avis des défauts à temps et a ainsi été déchue de ses droits : arrêts du TF 4A_53/2012 et 4A_55/2012 du 31 juillet 2012.

lorsqu'il apparaît et de procéder à un avis des défauts dont le contenu satisfait aux exigences en la matière (s'agissant des exigences quant au contenu de l'avis des défauts, voir le ch. 1.2.4). Lorsqu'il est nécessaire d'obtenir au préalable un conseil juridique, il est impossible, en pratique, de respecter ce délai d'avis de quelques jours. Cette problématique concerne aussi bien les défauts apparents que les défauts cachés. En cas de défaut apparent, la brièveté du délai d'avis heurte le sentiment de justice, car l'entrepreneur ou le vendeur, en tant que spécialiste ou constructeur de l'immeuble, connaît en général mieux l'état de l'immeuble et les défauts apparents que le maître d'ouvrage⁸⁷. Les défauts cachés posent un problème supplémentaire, car les profanes ne sont souvent pas en mesure de reconnaître leur étendue et leur gravité. Pour les ouvrages techniquement complexes, la première apparition subreptice d'un défaut ne permet souvent pas encore de déterminer s'il s'agit d'un véritable défaut et s'il est reconnaissable au point qu'il peut et doit faire l'objet d'un avis dans les jours qui suivent. Par conséquent, à cet égard, le caractère urgent de l'avis des défauts heurte également le sentiment de justice.

Aucun motif impérieux ne justifie une réglementation aussi stricte pour les contrats de construction et le droit du contrat d'entreprise en général. Les règles topiques du droit du contrat d'entreprise ont été reprises du droit de la vente. Elles étaient à l'origine conçues pour la vente à distance commerciale, mais ont été érigées en règles générales par le législateur⁸⁸. Le Tribunal fédéral et la doctrine ont par la suite fourni diverses justifications à cette réglementation : la sécurité juridique impose de clarifier rapidement les circonstances factuelles et juridiques, raison pour laquelle le vendeur doit acquérir dès que possible la certitude que la marchandise a été acceptée⁸⁹. Le vendeur doit être informé des réclamations suffisamment tôt pour vérifier de lui-même le bien-fondé de l'avis des défauts et apprécier s'il doit répondre de ceux-ci⁹⁰. Le délai d'avis bref doit aussi empêcher l'acheteur d'exploiter de rapides changements dans la conjoncture aux dépens du vendeur, en attendant la chute des prix après l'achat et en exigeant ensuite la résolution de la vente afin de se procurer la chose ailleurs à moindre prix⁹¹. Ces arguments ne sont pas convaincants s'agissant de contrats immobiliers et ils peuvent aussi difficilement justifier un devoir d'avis sans délai pour les contrats d'entreprise en général. Dans les contrats d'entreprise, l'objet du contrat est un ouvrage réalisé spécialement pour le maître d'ouvrage et non une marchandise générique. La revente à un tiers à bref délai n'entre pas en ligne de compte. Occasionnellement, on avance que l'entrepreneur ou le vendeur doit être prémuni contre l'obligation de répondre des dommages causés par un défaut qui s'aggrave, qui

⁸⁷ Les dispositions des art. 370, al. 1, et 199 CO, selon lesquelles les défauts intentionnellement dissimulés par l'entrepreneur sont réputés comme non acceptés, s'appliquent très rarement, car la jurisprudence impose des exigences relativement strictes à l'état de fait de la dissimulation intentionnelle ou frauduleuse. Il est étonnant de constater que le maître d'ouvrage ou l'acheteur supporte une responsabilité plus importante en ce qui concerne la constatation des défauts que l'entrepreneur ou le vendeur ; dans le même sens, STÖCKLI, avis de droit, n° 41.

⁸⁸ Dans ce sens, THEODOR BÜHLER, n° 3 ss ad art. 367 CO

⁸⁹ ATF 91 II 216 ; 88 II 365 consid. 2 ; voir par ex. aussi les arrêts du TF 4A_53/2012 du 31 juillet 2017 consid. 6.2 et 4C.159/1999 du 28 juillet 2000, consid. 1b/bb.

⁹⁰ BECKER, n° 1 ad art. 201 CO

⁹¹ ATF 88 II 365 ; BECKER, n° 1 ad art. 201 CO ; OSER/SCHÖNENBERGER, n° 3 et 22 ad art. 201 CO

auraient pu être évités si l'avis était intervenu plus tôt. Les moyens techniques actuels permettent toutefois de mieux constater qu'autrefois quels dommages ont été causés par une attente inutile. Le devoir de minimiser le dommage oblige de toute manière le maître d'ouvrage à signaler immédiatement les défauts qui causent un dommage dont l'ampleur s'aggrave en cas d'attente⁹². Il n'est donc ni nécessaire, ni approprié de protéger l'entrepreneur par le biais d'un avis sans délai, dont le non-respect cause la déchéance de tous les droits de garantie du maître d'ouvrage⁹³. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a déclaré que les critiques de la doctrine, selon lesquelles aucune *ratio legis* liée à la protection du vendeur ou de l'entrepreneur ne justifie de limiter strictement le délai à une semaine, étaient justifiées⁹⁴. Dans un *obiter dictum*, il a souligné que le délai d'avis devait être mesuré d'après les circonstances du cas concret et a renvoyé à sa jurisprudence antérieure, qui considère aussi des délais nettement plus longs comme valables s'agissant de défauts qui ne s'aggravent pas ; il n'a toutefois pas explicitement remis en question la « règle de base » de sept jours ouvrables, raison pour laquelle il ne faut pour l'instant pas partir du principe qu'il y a eu un revirement de jurisprudence⁹⁵. Les règles des pays voisins de la Suisse ne sont de loin pas aussi strictes. Le droit italien prévoit un délai d'avis de 60 jours⁹⁶, tandis que les droits allemand, autrichien et français ne prévoient aucun délai d'avis pour les défauts qui apparaissent tant que court le délai de prescription⁹⁷.

Pour ces raisons, le Conseil fédéral propose de maintenir le principe du délai d'avis, mais de prévoir une prolongation à trois égards. Il suggère un *délai d'avis* de 60 jours pour les défauts découverts sur les *ouvrages immobiliers* (art. 367, al. 1, 2^e phrase, AP-CO). Le même délai s'appliquera en cas de *vente d'immeubles* (art. 219a, al. 1, 1^{re} phrase, AP-CO). De même, un délai de 60 jours sera imparti à l'acheteur et au maître pour signaler les défauts *découverts hors délai d'avis* (art. 219a, al. 1, 2^e phrase, et 370, al. 3, 2^e phrase, AP-CO).

Le délai d'avis plus long permettra aux maîtres d'ouvrage de bénéficier d'une situation plus favorable et d'éviter de nombreux différends inutiles. En même temps, la situation des entrepreneurs ne se dégradera pas grandement par rapport au droit actuel ; en particulier, leur responsabilité ne sera pas élargie. Le fait que la norme SIA 118 contienne un délai de deux ans à son art. 172, al. 1, soit un délai encore plus long que ce que prévoit l'avant-projet, démontre qu'il n'y a pas de quoi défavoriser injustement les entrepreneurs. Le nouveau délai sera par ailleurs de *nature dispositiva* (conformément au régime légal actuel). Il n'est pas nécessaire de créer du droit impératif, car cette modification de la loi ne vise pas à corriger une pratique

⁹² À propos du devoir de diminuer le dommage en particulier, voir le commentaire de l'art. 219a AP-CO au ch. 3.1.

⁹³ Voir également la critique détaillée de cette règle par THEODOR BÜHLER, n° 62 ss ad art. 367 CO ; d'après STÖCKLI, avis de droit, n° 36, aucun intérêt digne de protection de l'entrepreneur ne justifie de faire supporter au maître d'ouvrage la charge que représente le devoir d'avis.

⁹⁴ Arrêt du TF 4A_399/2018 du 8 février 2019, consid. 3.2

⁹⁵ Voir à ce sujet l'arrêt du TF 4A_399/2018 du 8 février 2019, consid. 3.2 et les références citées ; un revirement de jurisprudence n'a vraisemblablement pas été envisagé dans cette affaire, car elle concernait un délai d'avis de six jours ouvrables.

⁹⁶ Art. 1667, al. 2, du code civil italien

⁹⁷ Voir BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, ad art. 367 n° 36 avec des références à ALFRED BÜHLER, p. 331 et TRACHSEL, n° 149 et 156 ss

contractuelle abusive, mais plutôt à corriger une disposition légale inéquitable. Le droit dispositif doit contenir une solution juste et équilibrée pour toutes les parties, ce qui n'est pas le cas actuellement. Le fait que le nouveau délai relève du droit dispositif permettra également de laisser aux parties à un contrat la flexibilité de convenir d'un délai plus court ou plus long.

2.1.2 Droit à la réfection pour les acquéreurs de nouveaux logements pour leur propre usage

Droit inconditionnel à la réfection sans frais

Comme exposé ci-dessus (ch. 1.2.5), en pratique, les droits de garantie du maître d'ouvrage ou de l'acheteur sont souvent exclus lorsque le contrat porte sur une nouvelle construction. En contrepartie, les droits de garantie de l'entrepreneur ou du vendeur pour les défauts causés par ses sous-traitants sont souvent cédés au maître d'ouvrage ou à l'acheteur. Cette pratique est très fréquente lors de l'acquisition de propriétés par étages sur plans, mais aussi lors de l'acquisition de maisons mitoyennes et de maisons familiales conventionnelles. Comme il sera démontré ci-dessous, ces dispositions contractuelles peuvent fortement désavantager les maîtres d'ouvrage et les acheteurs. Aujourd'hui, il est douteux que ces clauses soient juridiquement valables. Selon les circonstances, ces dispositions contractuelles peuvent être abusives au sens de l'art. 8 LCD, parce que l'application de cette disposition est envisageable aussi pour les contrats de vente immobilière et pour les contrats de construction conclus avec des maîtres d'ouvrage sans expérience préalable (voir à ce propos le ch. 1.2.5). Toutefois, comme cette disposition de protection des consommateurs est soumise à des exigences relativement strictes, qu'elle est formulée de manière très ouverte et qu'aucun tribunal ne s'est encore penché sur les questions essentielles qu'elle pose, elle n'offre pas de protection efficace pour les consommateurs confrontés à des conditions générales inéquitables.

À première vue, ces dispositions contractuelles ne semblent pas particulièrement défavorables, mais en réalité, elles affaiblissent fortement la position du maître d'ouvrage pour des raisons diverses, d'où les critiques exprimées⁹⁸.

- En raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la cession du droit à la résolution du contrat et à la réduction du prix est inefficace (voir également à ce sujet le ch. 1.2.4). Par conséquent, seuls le droit à la réfection et, le cas échéant, le droit à la réparation du dommage consécutif au défaut que l'entrepreneur (ou l'entrepreneur général) a contre ses sous-traitants passent au maître d'ouvrage. Le maître d'ouvrage perd donc ses autres droits formateurs, souvent sans s'en rendre compte au moment de la conclusion du contrat. Pour cette raison, certains entrepreneurs et notaires tentent d'opter pour un mécanisme selon lequel le maître d'ouvrage est habilité à faire valoir, en tant que représentant de l'entrepreneur général, les droits à la réduction du prix que celui-ci a envers les sous-traitants.

⁹⁸ Voir en détail à ce ce propos STÖCKLI, avis de droit, n° 24 ss ; KRAUSKOPF/MÄRKLI, p. 69 s. et 79 ss et les références à d'autres auteurs critiques dans la nbp 95 de cette publication.

-
- La prestation à laquelle le sous-traitant s’oblige envers l’entrepreneur général n’est pas nécessairement identique à la prestation à laquelle l’entrepreneur général s’oblige envers le maître d’ouvrage. L’entrepreneur général peut se faire promettre une prestation moindre par rapport à celle qu’il a promise au maître d’ouvrage⁹⁹. Le cas échéant, le maître d’ouvrage ne peut exiger la réfection que dans la mesure où elle est nécessaire pour exécuter le contrat de sous-traitance.
 - La prétention en réduction du prix cédée est généralement évaluée sur une base inférieure à celle de la prétention en réduction du prix originale du maître d’ouvrage, car le prix que le maître d’ouvrage doit payer inclut encore une marge pour l’entrepreneur général (à propos du calcul de la prétention en réduction du prix, voir en détail le ch. 1.2.4). Sur la base de la prétention en réduction du prix qui lui a été cédée, ou qu’il fait valoir en tant que représentant, le maître d’ouvrage court donc le risque de recevoir moins que ce à quoi il aurait droit s’il se retournait contre l’entrepreneur général.
 - En cas de cession, l’invocation du dommage consécutif au défaut par le maître d’ouvrage présuppose que l’entrepreneur général ait bien subi un dommage. Celui-ci résulte généralement du fait que le maître d’ouvrage ou l’acheteur fait valoir la garantie pour les défauts envers l’entrepreneur général. Cependant, comme les droits de garantie du maître d’ouvrage ont été exclus, l’entrepreneur général ne subit souvent aucun dommage consécutif au défaut qui puisse passer au maître d’ouvrage.
 - En cas de cession des prétentions en réfection concernant des parties communes d’une propriété par étages, il faut déterminer quels propriétaires d’étage sont habilités à exercer le droit à la réfection cédé contractuellement. Un droit ne peut en principe être cédé qu’une fois et il n’est pas possible d’admettre systématiquement l’existence d’une solidarité entre les créanciers, car les cessions interviennent indépendamment l’une de l’autre dans le cadre de contrats individuels. Pour ces raisons, la validité et la portée juridique de ces dispositions contractuelles sont incertaines. Certains entrepreneurs et notaires ont reconnu ce problème et ont tenté d’intégrer à leurs contrats une cession « proportionnelle » conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui valait jusqu’à récemment. Ces clauses sont aussi fortement défavorables aux propriétaires d’étage individuels (voir à ce propos le ch. 2.2.2). Le changement de jurisprudence du Tribunal fédéral s’agissant du droit à la réfection des parties communes, qui n’est plus fonction de la quote-part de chaque propriétaire d’étage (voir le ch. 2.2.2), a aggravé le problème.
 - Quoi qu’il en soit, le *problème majeur* dans ce cadre est régulièrement purement pratique : très souvent, le maître d’ouvrage ne peut pas déterminer quel sous-traitant répond du défaut, faute de connaissances techniques. Il a reçu une liste des sous-traitants de la part de l’entrepreneur général en même temps que la cession des droits de garantie, et il est ensuite censé déterminer quel sous-traitant est responsable du défaut. Pour les défauts complexes en

⁹⁹ Par exemple lorsque l’entrepreneur général a promis des dalles plus chères que celles qu’il a commandées auprès du sous-traitant.

particulier, comme les infiltrations, les maîtres d'ouvrage sans connaissances techniques ne sont souvent pas en mesure de déterminer à quel entrepreneur ils doivent s'adresser sans réaliser au préalable une expertise à leurs frais¹⁰⁰.

Les dispositions évoquées sont donc *fortement défavorables* au maître d'ouvrage, voire même *dysfonctionnelles* : la cession des prétentions en garantie pour les défauts ne reflète pas les positions et les fonctions respectives de l'entrepreneur général et du maître d'ouvrage dans cette « chaîne contractuelle ». En soi, ce n'est pas la limitation des droits de garantie du maître d'ouvrage ou le fait que celui-ci doive se tourner vers les sous-traitants pour exercer la garantie qui rend ce régime inéquitable ; c'est plutôt le fait que le maître d'ouvrage ne reconnaisse pas les conséquences de ces accords au moment de les conclure et qu'il y consentira dans l'idée fautive qu'il devra s'adresser aux sous-traitants au lieu de s'adresser à l'entrepreneur général mais que ses droits restent les mêmes. En particulier, le maître ne se rendra pas compte du fait que l'entrepreneur général se défait ainsi de sa responsabilité caractéristique, qu'il ne sera pas en mesure de faire valoir la garantie pour les défauts faute de connaissances techniques et que, selon les circonstances, les prétentions cédées constituent des droits moindres ou autres que ceux qui découlent du droit dispositif. Comme les conséquences de cette pratique contractuelle ne sont pas reconnaissables pour un profane en matière juridique, la libre formation de la volonté n'est pas garantie au moment de la conclusion du contrat. Les clauses concernées ont souvent pour conséquence que le maître d'ouvrage se retrouve à supporter lui-même les défauts de construction. Ces clauses sont par conséquent *inéquitables* et *abusives*. Certes, comme indiqué en introduction, ces clauses peuvent, dans le cas d'espèce, s'avérer abusives au sens de l'art. 8 LCD. Il s'impose néanmoins de régler clairement ce point dans le code des obligations étant donné l'insécurité qui règne dans l'application de cette disposition.

À cet effet, le Conseil fédéral propose qu'à l'avenir, le droit du maître d'ouvrage à la réfection sans frais soit irrévocable en cas de défauts concernant un bâtiment que le maître ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille. Cette règle ne s'appliquera pas aux bâtiments acquis dans un but professionnel ou commercial, ni aux autres ouvrages mobiliers ou immobiliers. Le droit à la réfection figurant dans le contrat d'entreprise demeurera donc de nature dispositif. S'agissant des maîtres d'ouvrage qui font construire des immeubles dans le cadre d'une activité commerciale, il est permis de présumer qu'ils disposent des connaissances techniques nécessaires ou qu'ils peuvent aisément se faire conseiller. Pour des motifs de proportionnalité, on renonce donc à déclarer impératifs les droits à la résolution du contrat et à la réduction du prix. Pour le maître d'ouvrage, la réfection sans frais est souvent plus utile en pratique que les autres droits formateurs, et pour l'entrepreneur, il s'agit souvent de la variante la plus avantageuse et donc la moins contraignante. Le fait que l'art. 169 de la norme SIA 118 accorde aussi un droit à la réfection sans frais

¹⁰⁰ Un dommage dû à l'humidité peut avoir des causes diverses, par exemple des problèmes d'étanchéité dans un raccordement mural, dans la couverture, dans la maçonnerie, dans les conduites d'eau ou encore de la condensation à l'intérieur du bâtiment. Il se peut aussi que plusieurs personnes répondent des défauts, par exemple lorsque plusieurs sous-traitants ont mal coordonné leurs travaux. Souvent, il n'est pas non plus possible de déterminer s'il s'agit d'un défaut de planification ou d'exécution.

au maître d'ouvrage montre qu'il s'agit d'une mesure acceptable pour les entrepreneurs. La disposition proposée va dans le sens de cette norme.

Droit à la réfection dans les contrats de vente d'immeubles

Comme exposé ci-dessus (ch. 1.2.3) la qualification de la transaction portant sur l'acquisition d'immeubles de contrat de vente, de contrat d'entreprise ou de contrat mixte mêlant les caractéristiques de ces deux types de contrats dépend dans une certaine mesure du hasard. Dans une certaine mesure, les parties peuvent aussi sciemment influencer cette qualification. Ces difficultés de qualification concernent notamment l'acquisition d'un logement et plus particulièrement l'acquisition d'unités d'étages nouvellement construites. Or les conséquences pratiques de ces qualifications variables peuvent être grandes, car la loi n'accorde pas de droit à la réfection à l'acheteur en cas de défauts de construction, contrairement au maître d'ouvrage (voir le ch. 1.2.4). De plus, la pratique consistant à exclure les droits de garantie du maître d'ouvrage envers l'entrepreneur général en échange de la cession des droits de garantie du maître d'ouvrage envers les sous-traitants est au moins aussi fréquente dans les actes qu'il faut juridiquement qualifier de contrats de vente. Pour cette raison, et pour prévenir les tentatives d'abus, l'avant-projet propose d'étendre le *droit à la réfection sans frais*, de nature dispositive, aux *contrats de vente d'immeubles*. Qu'il s'agisse de contrats de vente d'immeubles ou de contrats d'entreprise, le droit à la réfection sera irrévocable si les défauts concernent un bâtiment que *le maître destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille*. Le droit à la réfection ne vaudra toutefois qu'à l'achat d'un immeuble comprenant une construction neuve ou restant à ériger, car c'est le seul cas dans lequel la qualification en contrat de vente d'immeubles ou contrat d'entreprise peut dépendre de circonstances fortuites ou de l'orientation particulière que les parties donnent au contrat. C'est le seul cas où l'équivalence entre les types de contrats se justifie. De même, la problématique de la renonciation aux droits de garantie en échange de la cession des droits de garantie envers les sous-traitants ne peut survenir que sur de nouvelles constructions. Il n'y a en revanche pas de raison de mettre en place un droit général à la réfection dans les contrats de vente ni d'interdire toute exclusion de responsabilité, car même un profane en matière juridique peut évaluer les conséquences d'une telle exonération. À la différence du contrat d'entreprise, le droit à la réfection pourrait en théorie s'exercer sur n'importe quel type de construction, neuve ou ancienne. L'avant-projet prévoit de ce fait une limite temporelle, pour limiter ce droit aux nouvelles constructions. Le droit à la réfection ne vaudra que pour les logements qui ont été érigés *moins d'un an* avant l'acquisition ou qui doivent *encore être érigés*. Cela permettra de délimiter de manière fiable l'état de fait de l'acquisition définitive par un particulier. En pratique, les nouveaux logements sont généralement vendus nettement moins d'un an après la construction. Dans l'ensemble, cette limite temporelle apparaît donc comme une solution appropriée.

2.1.3

Droit à la constitution de sûretés en lieu et place de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

Selon le droit en vigueur, les artisans et entrepreneurs employés à la construction ou à d'autres ouvrages peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement (art. 837, al. 1, ch. 3, CC). C'est l'immeuble concerné qui est grevé, que son propriétaire soit le partenaire contractuel et débiteur des créances ou un tiers, par exemple un entrepreneur général. Par conséquent, les maîtres d'ouvrage courent le risque que l'entrepreneur général ne paie pas les sous-traitants pour leurs travaux et le matériel livré et monté par eux et que par conséquent, l'immeuble serve de gage à ces créances, avec un risque pour le maître de devoir payer les travaux deux fois¹⁰¹. Toutefois, la loi prévoit que le propriétaire peut éviter l'inscription de l'hypothèque légale au registre foncier s'il « fournit des sûretés suffisantes » pour couvrir la créance (art. 839, al. 3, CC). La prétention en inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est donc subsidiaire à la fourniture de sûretés. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les sûretés sont « suffisantes » lorsqu'elles offrent la même couverture que l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs du point de vue quantitatif et qualitatif¹⁰². Du point de vue quantitatif, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs garantit la créance en capital du créancier (art. 818, al. 1, ch. 1, CC) et les intérêts moratoires (art. 818, al. 1, ch. 2, CC) ainsi que, le cas échéant, les intérêts contractuels (art. 818, al. 1, ch. 3, CC)¹⁰³. Le Tribunal fédéral a aussi retenu que les intérêts moratoires étaient illimités dans le temps (art. 104 CO) et que, par conséquent, les sûretés fournies en lieu et place de l'hypothèque légale doivent offrir une couverture illimitée dans le temps ou du point de vue de son montant¹⁰⁴. Dans un arrêt assez récent, il a explicitement retenu qu'une garantie bancaire qui couvre le montant en capital mais pas les intérêts moratoires dus de manière illimitée dans le temps est insuffisante¹⁰⁵. Avec cet arrêt, le Tribunal fédéral a contredit la jurisprudence de différents tribunaux cantonaux, selon laquelle il suffisait que les sûretés fournies couvrent les intérêts moratoires pour une durée déterminée (assez longue)¹⁰⁶.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a pour conséquence que le montant des sûretés ne peut pas être déterminé à l'avance puisqu'il dépend des intérêts moratoires, qui en théorie ne sont pas limités dans le temps. Par conséquent, il est quasiment impossible, en pratique, de substituer une garantie bancaire ou une sûreté réelle à l'hypothèque légale. Il n'est souvent pas possible d'obtenir une garantie bancaire d'un montant

¹⁰¹ Faisant suite à la motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national 98.3362 « Modification de l'art. 839, al. 2, CC, hypothèques des artisans et des entrepreneurs » du 7 juillet 1998, le Conseil fédéral a proposé, dans son avant-projet de l'époque, de ne pas soumettre les sous-traitants au champ d'application de l'hypothèque légale et de leur accorder en contrepartie un droit de gage légal. Fortement critiquée en consultation, cette proposition a été abandonnée ; voir le message cédula hypothécaire, FF 2007 5015 5027 5028 5034. En rapport avec le risque de payer deux fois, voir également le postulat 19.4638 Caroni « Pour une hypothèque des artisans et entrepreneurs plus juste ».

¹⁰² ATF 142 III 738, consid. 4.4.2 ; 121 III 445, consid. 5a ; 110 II 34, consid. 1b

¹⁰³ Voir l'ATF 142 III 738, consid. 4.4.2.

¹⁰⁴ ATF 142 III 738, consid. 4.4.2 et 121 III 445, consid. 5a

¹⁰⁵ ATF 142 III 738, consid. 4.4.3

¹⁰⁶ C'est l'une de ces jurisprudences qui était à la base de l'ATF 142 III 738.

indéterminé pour des intérêts moratoires illimités, sinon à des conditions peu attrayantes. Une sûreté réelle ne suffit souvent pas non plus, car la créance dépasserait la valeur économique de la sûreté en raison des intérêts moratoires théoriquement illimités. Ceci a pour conséquence que les maîtres d'ouvrage (mais aussi les entrepreneurs généraux et les investisseurs) ne peuvent pas bénéficier des sûretés les plus répandues. En même temps, il y a un risque d'abus, car ce sont parfois des sûretés exorbitantes qui sont exigées pour se substituer à l'hypothèque légale.

Afin de redonner une portée pratique à cette disposition légale et d'améliorer la situation des propriétaires fonciers concernés, l'avant-projet prévoit de concrétiser les conditions de la fourniture de sûretés suffisantes ; il suffira que les sûretés comprennent *les intérêts moratoires pour une durée de dix ans en plus du montant de la créance*. Cela rend déterminable le montant des sûretés de substitution et permet donc de chiffrer concrètement le montant d'une garantie bancaire ou la valeur que doit avoir une sûreté réelle. À l'inverse, les intérêts des artisans et entrepreneurs seront à peine touchés : il est rare que les intérêts moratoires courent sur une durée plus longue, car en règle générale, les dix ans suffiront pour liquider les éventuelles procédures judiciaires portant sur les sûretés. Il faut aussi garder à l'esprit que l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné a été rendu en lien avec l'équivalence « quantitative », donc le montant des sûretés. Il ne dit rien sur la qualité économique des sûretés. En pratique, la question de l'équivalence « qualitative » est souvent nettement plus importante que la question de savoir si les sûretés peuvent être exigées pour couvrir les intérêts moratoires pour une durée de plus de dix ans. Économiquement, la garantie bancaire sera souvent plus attrayante. Par ailleurs, il est en règle générale plus simple et plus rapide de faire exécuter une garantie bancaire que de réaliser une hypothèque, ce qui donne un avantage pratique important au créancier. Faciliter l'obtention d'une garantie bancaire profite donc en définitive aussi aux créanciers.

2.2 Solutions rejetées

2.2.1 Révision totale du droit du contrat d'entreprise ou création d'un nouveau contrat nommé de construction

Comme le droit en vigueur est à la fois adéquat et équilibré (voir à ce propos le ch. 1.4), le Conseil fédéral renonce à réviser totalement le droit du contrat d'entreprise et à créer dans la loi un contrat nommé spécifique pour les ouvrages de construction. En outre, en pratique, les parties dérogent souvent au droit du contrat d'entreprise au profit de réglementations étoffées relevant de la liberté contractuelle (voir à ce propos les ch. 1.4 et 1.2.5), de sorte que le droit en vigueur a fortement perdu en importance pour les contrats du domaine de la construction. Toutefois, les règles en la matière revêtant presque exclusivement un caractère dispositif, elles ne font pas obstacle à la pratique contractuelle. Il est donc permis de douter qu'une réglementation plus spécifique apporte quelque chose de plus aux particuliers. En regard de la complexité du domaine de la construction, le droit contractuel de la construction resterait une matière destinée à des spécialistes et dont la révision totale impliquerait de nouvelles insécurités juridiques. Ceci se ferait principalement aux dépens des particuliers, qui

renonceraient à tenter de faire valoir leurs droits par crainte des procédures judiciaires que cela peut engendrer. Pour cette raison, il se justifie plutôt de réviser la loi de manière ponctuelle, afin de cibler les points qui se sont avérés *particulièrement défavorables* aux maîtres d'ouvrage aujourd'hui.

2.2.2 Réglementation concernant l'invocation de droits de garantie en cas de défauts frappant les parties communes d'une propriété par étages

L'ancienne jurisprudence relative aux prétentions en garantie du fait de défauts des parties communes de la propriété par étages était très défavorable aux propriétaires individuels : d'une part, la communauté des propriétaires d'étages n'a pas de droits de garantie propres, car elle n'est pas partie aux contrats de vente correspondants et le Tribunal fédéral a explicitement exclu une cession légale des droits de garantie à celle-ci. D'autre part, le droit du propriétaire d'étage individuel à la réfection était limité à sa quote-part, de sorte qu'il devait indemniser le vendeur pour la part des coûts de réfection qui dépassaient sa quote-part (voir en détail à propos de cette situation juridique le ch. 1.2.4). Ceci rendait l'exercice du droit à la réfection nettement plus difficile pour le propriétaire d'étage individuel. Par conséquent, le droit à la réfection, qui est le droit de garantie le plus important en pratique, n'était pas attrayant pour les propriétaires d'étages, ce qu'il s'agit de corriger. Dans un nouvel arrêt, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence et retenu que le droit à la réfection est indivisible et que chaque propriétaire d'étage individuel peut exercer entièrement ses droits contractuels à la réfection, si ces prétentions concernent les parties communes d'un immeuble divisé en propriété par étages¹⁰⁷. Ce revirement de jurisprudence a permis de désamorcer la problématique dans la mesure où il tient suffisamment compte des intérêts des propriétaires d'étages et où il leur permet d'exercer leur droit à la réfection en pratique. Le Conseil fédéral estime dès lors qu'il n'est plus nécessaire d'agir au niveau législatif, même si certaines questions n'ont pas été réglées : par exemple, que se passe-t-il si un propriétaire d'étage a déjà obtenu une réduction du prix pour des défauts aux parties communes et qu'un autre propriétaire d'étage demande ultérieurement la réfection¹⁰⁸ ? Une autre question qui n'est pas résolue est de savoir ce qui se passe lorsque les droits de garantie contractuels des propriétaires d'étages ne sont pas identiques parce qu'ils ont conclu des contrats aux contenus différents avec le vendeur. Dans l'arrêt évoqué, le Tribunal fédéral considère qu'il faudra coordonner la mise en œuvre du droit à la réfection fondé sur le contrat d'entreprise, invoqué par certains acquéreurs de propriétés par étages, avec les règles sur la prise de décision de la communauté des propriétaires d'étage¹⁰⁹ ; dans le cadre de la propriété par étages, cette coordination doit de toute façon avoir lieu en vertu des règles de la copropriété en matière de travaux de construction (art. 712g, al. 1, en relation avec les art. 647c ss CC). Toutefois, le Conseil fédéral estime que la résolution de ces incertitudes peut

¹⁰⁷ ATF 145 III 8, consid. 3.5

¹⁰⁸ Voir à ce propos notamment PICCININ, n° 327. Cette problématique est par ailleurs largement désamorcée lorsque la norme SIA 118 est intégrée au contrat, parce que l'art. 169 de cette norme prévoit la primauté du droit à la réfection.

¹⁰⁹ ATF 145 III 8, consid. 3.5

être laissée à la jurisprudence. En particulier, la cession légale des droits de garantie des propriétaires à la communauté, proposée par une partie de la doctrine, manquerait sa cible. Même si cela permettrait de régler plus clairement la compétence pour faire valoir des prétentions en garantie et assurer la coordination des différentes prétentions, la création d'une cession légale impliquerait des aléas et constituerait une restriction sévère des droits des propriétaires d'étage, sans leur procurer un avantage pratique clair par rapport à la situation actuelle.

2.2.3 Suppression de la déchéance en cas d'avis des défauts tardif

La déchéance des droits en cas d'avis tardif des défauts est incontestablement sévère pour les maîtres d'ouvrage et les acheteurs et trouve difficilement une justification objective. En principe, il serait donc cohérent d'y renoncer¹¹⁰. Toutefois, vu la prolongation importante du délai d'avis prévue par l'avant-projet, la rigueur de la réglementation actuelle sera tempérée, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'intervenir de manière plus incisive et de supprimer la déchéance. Les délais d'avis de 60 jours tels que proposés dans l'avant-projet sont acceptables pour les maîtres d'ouvrage et les acheteurs.

2.2.4 Interdiction de céder les droits de garantie

En soi, la cession du droit à la résolution et à la réduction du prix est déjà inopérante aujourd'hui (voir le ch. 1.2.4) ; dès lors, le Conseil fédéral estime qu'une interdiction légale n'est pas nécessaire. Le problème ne réside pas dans la cession des droits de garantie, mais dans l'exclusion de responsabilité de l'entrepreneur général ou du vendeur en échange de la cession des droits de garantie contre les sous-traitants. Par conséquent, l'introduction d'un droit à la réfection de nature impérative est plus adéquate pour les cas où la pratique actuelle apparaît particulièrement choquante (voir à ce propos le ch. 2.1.2).

2.2.5 Prolongation du délai de prescription pour les défauts de construction

Le délai de prescription actuel pour les défauts de construction, nettement plus court que le délai général de 10 ans pour les créances contractuelles (art. 127 CO), peut être remis en question étant donné les moyens techniques disponibles à l'heure actuelle pour constater les défauts et les dommages en découlant. Le Conseil fédéral renonce toutefois à proposer une modification des délais de prescription dans l'avant-projet, car aucune solution susceptible de réunir une majorité ne se dessine. De l'avis du Conseil fédéral, la protection des maîtres d'ouvrage est mieux assurée par les

¹¹⁰ Comme le propose d'ailleurs STÖCKLI, avis de droit, n° 41 ss, p. 89.

modifications ponctuelles proposées, qui visent des règles nettement plus problématiques.

2.3 Droit transitoire

En l'absence de règle transitoire spéciale, ce sont les art. 1 à 4 tit. fin. CC qui s'appliquent en droit privé. L'art. 1 tit. fin. CC contient le principe de la non-rétroactivité d'une modification de la loi. Cette règle protège la confiance dans les droits créés par un acte juridique conformément à la loi¹¹¹. Les conventions contractuelles, expresses ou tacites, de même que toutes les autres clauses contractuelles conclues sous l'ancien droit, notamment relatives à l'obligation de garantie¹¹², sont appréciées à la lumière de l'ancien droit, qu'elles soient de nature dispositive ou impérative¹¹³. Les art. 2 et 3 tit. fin. CC indiquent dans quels cas une loi doit rétroagir par exception à la règle de base ; cela vaut en particulier pour les règles édictées dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs (art. 2, al. 1, tit. fin. CC). La rétroactivité présuppose donc que la norme appartienne aux *principes fondamentaux* de l'ordre juridique actuel, en d'autres termes qu'elle incarne des conceptions socio-politiques ou éthiques *fondamentales*¹¹⁴.

Par leur caractère impératif, les art. 219a, al. 2, et 368, al. 2^{bis}, AP-CO visent à empêcher une pratique contractuelle qui est aujourd'hui considérée comme choquante et abusive. Toutefois, les clauses visant à exclure la responsabilité de l'entrepreneur ne violent pas manifestement les principes fondamentaux de l'ordre juridique. Dès lors, il n'y a pas d'intérêt public justifiant un effet rétroactif¹¹⁵. Par conséquent, une exclusion de responsabilité conclue sous l'ancien droit sera aussi valable sous le nouveau droit. De même, les personnes qui ont acheté un immeuble sous l'ancien droit n'auront pas de droit à réfection au sens de l'art. 219a, al. 2, AP-CO, qu'une exclusion de responsabilité ait été conclue ou non.

Conformément à l'art. 1, al. 1 et 2, tit. fin. CC, le délai d'avis se détermine selon l'ancien droit s'agissant des contrats conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Pour ces contrats, l'avis des défauts devra être fait sans délai même après l'entrée en vigueur du nouveau droit, ce qui aura notamment son importance pour les défauts cachés (voir l'art. 367, al. 1, 2^e phrase, AP-CO).

¹¹¹ ATF 140 III 406 et 138 III 662

¹¹² MUTZNER, n° 65 ad art. 1

¹¹³ MUTZNER, n° 64 ad art. 1

¹¹⁴ ATF 133 III 105, consid. 2.1.3 ; 119 II 46, consid. 1a ; 100 II 105, consid. 2

¹¹⁵ Un intérêt public suffisant serait nécessaire également du point de vue du droit constitutionnel ; voir VISCHER, n° 3 ad art. 2 tit. fin. CC.

3

Commentaire des dispositions

3.1

Code des obligations

Art. 219, titre marginal et al. 3

L'al. 3 de la disposition, qui prévoit actuellement le délai de prescription pour les droits de garantie de l'acheteur d'immeuble, est déplacé dans un nouvel art. 219a, qui réglera à la fois la prescription des prétentions en garantie (art. 219a, al. 3, AP-CO), l'avis des défauts et le droit à réfection de l'acheteur.

À l'avenir, l'art. 219 AP-CO ne réglera plus que la thématique de la garantie pour la contenance, ce qui doit aussi se refléter dans le *titre marginal* ; pour le reste, la disposition existante n'est pas modifiée.

Art. 219a

L'objet de cette nouvelle disposition est *la garantie en cas de vente d'immeuble* et elle règle l'avis des défauts (al. 1), le droit de l'acheteur à réfection (al. 2) et la prescription des droits de garantie (al. 3).

L'al. 1, 1^{re} phrase, prévoit un *délai de 60 jours pour l'avis des défauts* dans le cadre de la vente d'immeuble. Cette règle vise à atténuer l'« avis sans délai », extraordinairement sévère, qui figure dans le droit du contrat d'entreprise et du contrat de vente, pour les maîtres d'ouvrage et pour les acheteurs d'un immeuble (voir à ce propos le ch. 2.1.1 ainsi que la règle parallèle dans le droit du contrat d'entreprise, art. 367, al. 1, 2^e phrase, AP-CO). Cette disposition vise aussi bien les contrats de vente portant sur des immeubles avec des constructions nouvelles que les immeubles avec des constructions existant depuis un certain temps, voire sans constructions. Ces deux derniers cas sont également couverts par cette règle, car le délai d'avis pose aussi problème pour ces objets.

Le délai d'avis de 60 jours vaudra aussi bien pour les défauts apparents que pour les défauts cachés. Ces délais d'avis sont des *délais de déchéance*¹¹⁶, qui ne peuvent en principe être ni interrompus ni suspendus¹¹⁷. Le délai d'avis commence à courir dès la fin du délai de vérification pour les défauts apparents. En ce qui concerne la vente d'immeubles, le délai de vérification commence quant à lui à courir au moment du transfert de propriété du vendeur à l'acheteur¹¹⁸. Il n'existe pas de durée uniforme pour l'ensemble de l'immeuble¹¹⁹. Par conséquent, le moment où le délai d'avis commence à courir n'est pas fixe. Le délai d'avis pour les défauts cachés commence lui à courir avec la découverte du défaut (al. 1, 2^e phrase)¹²⁰.

¹¹⁶ ATF 61 II 148, consid. 5c

¹¹⁷ ALFRED KOLLER, in : GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 38 n° 51

¹¹⁸ ATF 131 III 145, consid. 7.1

¹¹⁹ Voir ERICH RÜEGG, in : Grundstückkauf, n° 232, qui cite l'exemple de l'isolation thermique et du chauffage, pour lesquels le délai de vérification englobe une partie de la saison hivernale.

¹²⁰ S'agissant de la notion de découverte, nous renvoyons aux principes établis dans la jurisprudence pour le contrat d'entreprise (art. 370, al. 3, CO). Voir également le commentaire de l'art. 367, al. 1, 2^e phrase, AP-CO.

Compte tenu de l'allongement des délais, les acheteurs devront en particulier être attentifs à leur *devoir de diminuer le dommage*, qui peut, dans certaines circonstances, imposer un avis des défauts à plus bref délai. Il s'agit d'un principe juridique qui concrétise le devoir général selon lequel un droit doit être exercé avec ménagement (art. 2, al. 1, CC) et qui impose de prendre en compte la faute du lésé dans le calcul du dommage (voir l'art. 44, al. 1, CO, qui s'applique aussi à la responsabilité contractuelle en raison du renvoi à l'art. 99, al. 3, CO)¹²¹. Selon ce principe, le lésé doit supporter le dommage dans la mesure où il l'a causé lui-même par sa faute, de sorte qu'en cas de violation de ce principe, seul est réparable le dommage qui serait survenu même si le lésé avait respecté son incombance de diminuer le dommage¹²². Conformément à ce principe, l'acteur devra toujours procéder dans les meilleurs délais, conformément au principe de la bonne foi, à l'avis des défauts qui causent des dommages qui vont en s'aggravant ou pour lesquels il est reconnaissable qu'il sera plus difficile ou plus coûteux de les réparer plus tard¹²³. Si l'acheteur ne se plie pas à cette incombance, il ne perdra plus tous ses droits de garantie, mais seulement le droit à la réparation du dommage qui ne serait pas survenu si l'avis des défauts était intervenu plus rapidement.

Conformément au droit actuel, cette nouvelle réglementation sera de nature *dispositive*, ce qui signifie que les nouveaux délais d'avis pourront être modifiés par contrat. Concernant tous les autres aspects, la situation juridique restera la même, en particulier en ce qui concerne la déchéance des droits lorsque l'avis des défauts est tardif ou omis (art. 201, al 2 et 3, CO).

L'*al. 2* dispose que l'acheteur d'un immeuble pourra bénéficier à certaines conditions du même *droit à la réfection* que le maître d'ouvrage. Comme indiqué plus haut, la qualification de contrat d'entreprise ou de vente pour les constructions récemment érigées ou devant encore l'être dépend souvent de circonstances plus ou moins fortuites et peut aussi être orientée sciemment par les parties (voir le ch. 1.2.3). Il s'impose donc d'instaurer des règles parallèles pour les contrats d'entreprise et pour les contrats de vente, bien que le droit à la réfection semble constituer un corps étranger dans le contrat de vente et qu'il ne soit jusqu'à présent pas prévu dans la loi (voir le ch. 1.2.4). Pourtant, le droit à la réfection sera souvent l'instrument le plus satisfaisant pour l'acheteur, sans qu'il pèse excessivement sur le vendeur. Dans le domaine de la construction, il peut en principe être exigé des vendeurs qu'ils se soumettent à une telle obligation étrangère au contrat, car ce domaine est caractérisé la plupart du temps par l'intervention d'une chaîne de bureaux d'étude, d'entreprises générales et de sous-traitants, ce qui signifie que l'exécution du devoir de réfection ne dépend pas des connaissances personnelles ni des moyens de la personne tenue de réparer. Par ailleurs, les vendeurs apparaissent souvent eux-mêmes comme entrepreneurs (ou entrepreneurs généraux) dans d'autres contrats et sont

¹²¹ ATF 130 III 182, consid. 5.5.1 et les références citées ; voir également l'arrêt du TF 4C_37/2011 du 27 avril 2011, consid. 4.2 ; OFTINGER/STARK, § 6 n° 42 et § 7 n° 16.

¹²² Arrêts du TF 4C_37/2011 du 27 avril 2011, consid. 4.2 et 4C.83/2006 du 26 juin 2006, consid. 4.

¹²³ On peut par exemple se demander si l'acheteur d'un immeuble à l'état de gros œuvre qui constate des défauts du chauffage au sol et en fait l'avis après que des dalles ont été posées doit supporter lui-même les coûts de l'enlèvement et de la nouvelle pose des dalles afin de réparer le chauffage au sol.

potentiellement exposés à des prétentions en réfection. De plus, les contrats d'entreprise, mais encore davantage les contrats de vente portant sur des propriétés par étages ou des maisons mitoyennes, contiennent souvent une exclusion de responsabilité du vendeur assortie d'une cession à l'acheteur des droits de garantie du vendeur envers ses sous-traitants. Face à cette pratique contractuelle problématique, l'acheteur mérite une protection comparable à celle dont bénéficie le maître dans le cadre du contrat d'entreprise.

Dans le cas d'un achat d'immeuble, le droit à la réfection ne doit cependant exister qu'à deux *conditions*. *Premièrement*, l'objet du contrat doit être un immeuble avec une *construction*¹²⁴. La notion d'immeuble découle de l'art. 655 CC. Elle désigne les biens-fonds (al. 2, ch. 1), les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier (al. 2, ch. 2) et les parts de copropriété d'un immeuble (al. 2, ch. 4). L'art. 655 CC couvre par conséquent l'achat d'une construction avec un droit de superficie, pour autant que ce droit de superficie soit inscrit au registre foncier en tant que droit distinct et permanent (art. 779, al. 3, CC). La propriété par étages (art. 712a, al. 1, CC) tombe également sous le coup de l'art. 219a, al. 2, AP-CO. En application de l'art. 667, al. 2, CC, est réputée construction toute infrastructure ancrée au sol de manière fixe et durable. Les constructions mobilières (art. 677 CC) ne correspondent pas à cette définition, pas plus que le remodelage du sol¹²⁵. *Deuxièmement*, le droit à la réfection ne doit s'appliquer qu'aux immeubles sur lesquels une construction a été érigée moins d'un an avant la vente ou sur lequel une construction doit encore être érigée. Cela permettra de garantir que seule l'acquisition d'une construction neuve est visée par cette réglementation. Seuls les acheteurs d'une telle construction peuvent être traités comme des maîtres d'ouvrage. Pour les ouvrages existant depuis plus longtemps, il n'y a pas en règle générale d'exclusion de la responsabilité du vendeur en échange des droits de garantie contre ses sous-traitants¹²⁶. Le délai d'un an commencera à courir lorsque les travaux seront terminés et que l'ouvrage aura atteint pour l'essentiel l'état qui est promis dans le contrat de vente. Les travaux mineurs ou accessoires ainsi que les éventuels travaux de réfection n'influencent pas en principe le moment de la fin des travaux. Si l'état requis n'est pas encore atteint, les éléments de la disposition seront en tous les cas réunis puisque le logement devra « encore être érigé ». Il s'agira alors soit d'un contrat mixte, soit de l'achat d'une chose future (voir à ce propos le ch. 1.2.3). Dans les deux cas, l'avant-projet prévoit un droit à la réfection en ce qui concerne les parties de la construction qui doivent encore être réalisées. L'exercice du droit à la réfection n'est en outre pas lié au délai d'un an.

L'al. 2, 2^e phrase, indique que les conditions du droit à la réfection applicables au contrat de vente valent par analogie pour le contrat d'entreprise. Son exercice sera

¹²⁴ En vertu du principe de l'accession (voir à ce propos la nbp 19), l'objet du contrat de vente ne peut être que l'immeuble et non la construction elle-même, au contraire du contrat d'entreprise. Les constructions avec un droit de superficie font exception (voir le ch. 1.2.3).

¹²⁵ Voir l'ATF 98 II 191, consid. 2.

¹²⁶ Une exclusion de responsabilité étendue peut aussi être problématique pour l'acquéreur privé d'un immeuble sans expérience préalable ; celui-ci est toutefois mieux en mesure de reconnaître que la règle le désavantage, car il ne reçoit pas en échange la cession des prétentions contre les sous-traitants (voir le ch. 2.1.2). Par ailleurs, les interventions parlementaires citées exigent seulement un renforcement des droits des maîtres d'ouvrage, mais pas des acheteurs d'immeubles en général (voir le ch. 1.1).

donc soumis aux mêmes conditions que pour le contrat d'entreprise (c'est-à-dire que l'élimination des défauts devra être objectivement possible et que les coûts de réfection ne devront pas être excessifs)¹²⁷. La notion de défauts découlera quant à elle du contrat de vente. L'obligation de réfection portera donc sur le fait de mettre la construction dans l'état voulu. Le vendeur, de la même manière que l'entrepreneur dans la même situation, devra supporter les frais de préparation et de remise en état¹²⁸. Si le vendeur ne dispose pas des connaissances ni des compétences nécessaires pour mettre la construction dans l'état prescrit par contrat, il devra associer un tiers aux travaux¹²⁹.

Le droit à la réfection applicable au contrat de vente ne sera de nature impérative qu'aux conditions de l'art. 368, al. 2^{bis}, AP-CO.

L'*al. 3* correspond à l'actuel al. 3 de l'art. 219 CO. Le nouvel emplacement de la disposition relative à la prescription des prétentions en garantie est lié à des motifs de systématique. Le libellé de cet alinéa a par ailleurs été calqué sur la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'art. 219, al. 3, CO sur la prescription est applicable à tous les défauts et pas seulement aux défauts des bâtiments¹³⁰.

Art. 367, al. 1, 2^e phrase

Cette disposition comporte une nouvelle règle expresse concernant le délai d'avis pour les défauts apparents. Conformément au droit en vigueur, le délai d'avis pour les défauts cachés est réglé à l'art. 370, al. 3, AP-CO. La règle relative aux défauts apparents ne concerne que les « ouvrages immobiliers ». Cette notion figure déjà dans le droit en vigueur, notamment aux art. 371, al. 1 et 2, CO et 210, al. 2, CO. Elle suppose un ancrage fixe au sol¹³¹. Elle recouvre dès lors les ouvrages de construction ancrés de manière fixe au sol, les travaux dans un tel ouvrage, les installations ancrées de manière fixe au sol ou encore les travaux touchant le sol lui-même¹³².

L'obligation de vérification déjà contenue à l'al. 1 demeurera inchangée. Comme sous le droit actuel, la vérification devra intervenir aussitôt que possible d'après la marche habituelle des affaires (à propos de la vérification, voir en détail le ch. 1.2.4). Le délai d'avis passera à 60 jours. Les défauts apparents sont réputés découverts dès la vérification terminée, ceux qui sont très manifestes le cas échéant même avant. Le délai commence donc à courir dès la vérification terminée. En raison du *devoir de diminuer le dommage*, un avis des défauts pourra s'imposer, dans le cas d'espèce, dans un délai plus bref (voir à ce propos les explications relatives à l'art. 219a, al. 1, AP-CO). La conséquence juridique qui survient lorsque l'avis est tardif ou qu'il est omis reste réglée à l'art. 370, al. 2, CO.

La disposition demeurera *de nature dispositive*, si bien que la modification du délai d'avis sera possible par contrat.

¹²⁷ Voir en détail à propos des conditions du droit à la réfection GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1745 ss.

¹²⁸ Voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1720.

¹²⁹ Voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 1715.

¹³⁰ ATF **104** II 265, consid. 3

¹³¹ GAUCH, *Werkvertrag*, n° 2239

¹³² Voir GAUCH, *Werkvertrag*, n° 2244 ss.

Art. 368, al. 2^{bis}

L'art. 368 règle les droits de garantie du maître dans le cas d'un contrat d'entreprise.

Un nouvel al. 2^{bis} déclare nulle toute clause tendant à limiter ou à exclure d'avance le droit à ce que l'entrepreneur ou le vendeur répare à ses frais les défauts découverts *si ceux-ci concernent une construction que le maître destine à un usage personnel ou familial*. Cette mesure permettra d'endiguer la pratique consistant à exclure dans leur ensemble les droits de garantie du maître vis-à-vis de l'entreprise générale (voir le ch. 2.1.2). L'exclusion des droits de garantie que sont le droit à la résolution, à la réduction du prix ou à des dommages-intérêts restera admissible dans le cadre des limites générales (voir le ch. 1.2.4).

Étant donné son emplacement dans la systématique de la loi, l'al. 2^{bis} porte aussi bien sur le droit à la réfection applicable au contrat d'entreprise au sens de l'al. 2 que sur celui construit par analogie applicable au contrat de vente d'immeubles au sens de l'art. 219a, al. 2, AP-CO.

Le droit à la réfection ne sera toutefois impératif qu'à certaines conditions. Il le sera d'une part si les défauts sont découverts sur une construction, et pas sur un immeuble en général (s'agissant de la notion de construction, voir le commentaire de l'art. 219a, al. 2, AP-CO), élément qui a son importance surtout pour les contrats de vente, mais qui n'est pas négligeable non plus pour les contrats d'entreprise, par exemple lorsqu'il faut remodeler le terrain. La disposition vise principalement les contrats conclus avec des entreprises générales ou totales, raison pour laquelle elle ne porte pas sur tous les ouvrages immobiliers. Il faudra d'autre part que le maître destine la construction à *un usage personnel ou familial*. Cette formulation correspond à celles utilisées à l'art. 40a CO et à l'art. 32, al. 2, du code de procédure civile (CPC)¹³³. Elle permet de ne viser que les constructions qui servent *directement* des buts privés¹³⁴. Cette disposition ne sera pas applicable si la construction ou l'acquisition d'un bâtiment intervient dans un but de revente ou de location commerciale. Le but de l'acquisition peut être déduit de la déclaration expresse ou tacite de l'acquéreur ou du maître et, à défaut, de l'usage auquel on peut habituellement ou raisonnablement s'attendre en application du principe de la bonne foi¹³⁵. De manière générale, l'entrepreneur ou le vendeur pourra déterminer le but de l'acquisition en fonction des circonstances d'ensemble, et notamment en fonction de la finalité du bâtiment et de la personne de l'acquéreur. Si un usage mixte - tant professionnel que privé - est prévu, c'est le but de protection qui déterminera si la disposition s'applique ou non. La question déterminante consistera à savoir si l'acquéreur ou le maître est en mesure de reconnaître la portée de la clause d'exclusion de responsabilité combinée à la cession des prétentions de l'entrepreneur vis-à-vis de ses sous-traitants (voir les explications ci-dessus et le ch. 2.1.2). Il ne sera en général pas en mesure de le faire si l'usage privé revêt plus qu'une simple importance secondaire. La disposition sera alors applicable.

Conformément au libellé de la disposition, toute *limitation* ou *exclusion* du droit à la réfection est nulle. Même *une exclusion ou une limitation partielle* sera considérée comme telle. Il ne pourra être question de prévoir par contrat que la réfection n'aura

¹³³ RS 272. Le CPC utilise les termes de « besoins personnels ou familiaux ».

¹³⁴ KOLLER-TUMLER, art. 40a, n° 3

¹³⁵ Voir KUT, n° 31 ad art. 40a à 40g, et les références citées.

lieu que jusqu'à un certain montant (des frais de réfection ou de la moins-value) ou jusqu'à une certaine proportion (en fonction de la quote-part de la propriété par étages). En revanche, les autres accords qui rendent plus difficile l'exercice du droit à la réfection, comme une réduction du délai d'avis, ne seront pas touchés par cette disposition. La *conséquence juridique* d'une exclusion du droit à la réfection sera la nullité de l'accord correspondant. La règle concernant le droit à la réfection s'appliquera à la place de la clause d'exclusion frappée de nullité. Conformément au principe du maintien partiel du contrat¹³⁶, celui-ci demeurera valable à l'exception de la clause viciée. Il en sera ainsi même si une partie objecte qu'elle n'aurait pas conclu le contrat en l'absence de cette clause¹³⁷. Au demeurant, ces clauses ne seront entachées de nullité que si elles ont été conclues *à l'avance*. Une partie pourra renoncer à ses prétentions si son droit à la réfection est déjà né. Les litiges relatifs à la réfection pourront être réglés par voie transactionnelle comme c'est le cas actuellement.

Art. 370, al. 3, 2^e phrase

Cette disposition porte sur le délai d'avis applicable en cas de défauts cachés *d'un ouvrage immobilier*. Il sera de 60 jours, comme pour les défauts apparents (art. 367, al. 1, 2^e phrase, AP-CO). S'agissant du moment où le délai commence à courir, il faut noter qu'il n'existe pas d'obligation de vérification en ce qui concerne les défauts cachés¹³⁸ ; dès lors, le délai d'avis ne commence pas à courir du seul fait que le défaut est objectivement reconnaissable. La constatation effective de premières traces de défauts ne suffit pas plus à faire démarrer le délai, dans la mesure où le maître est en droit de croire, en toute bonne foi, qu'il s'agit de manifestations habituelles et non de violations du contrat. Un défaut n'est réputé découvert qu'une fois qu'il a été indubitablement constaté¹³⁹. Ce moment peut être retenu seulement lorsque le sérieux de la situation est manifeste et que le maître d'ouvrage peut comprendre l'importance et la portée du défaut¹⁴⁰, ce qui implique parfois aussi un délai d'observation approprié¹⁴¹.

¹³⁶ Voir les ATF **134** III 438, consid. 2.3 ; **131** III 467, consid. 1.3 ; **123** III 292, consid. 2e/aa.

¹³⁷ Si une clause contractuelle viole une norme impérative du droit privé, la règle fixée dans la loi s'applique en lieu et place de cette clause viciée ; l'art. 20, al. 2, CO ne s'applique alors pas et il n'est pas nécessaire de sonder la volonté hypothétique des parties de maintenir ou non le restant de l'acte juridique ou d'adopter une autre convention. Voir l'ATF **123** III 292, consid. 2e/aa, l'arrêt du TF 4A_404/2008 du 18 décembre 2008, consid. 5.6.2 et GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n° 708 ss et notamment n° 712a et les références citées.

¹³⁸ À propos de la vente d'immeubles, voir l'arrêt du TF 4C.152/2003 du 29 août 2003, consid. 3.1.

¹³⁹ ATF **117** II 425, consid. 2, et **107** II 172, consid. 1a

¹⁴⁰ ATF **118** II 142, consid. 3b, et **131** III 145, consid. 7.2

¹⁴¹ Voir l'arrêt du TF 4C.159/1999 du 28 juillet 2000, consid. 1b.bb.

3.2

Code civil

Art. 839, al. 3

La modification proposée des règles de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs met en œuvre la motion 17.4079 et définit d'un point de vue quantitatif les exigences auxquelles doivent répondre les sûretés fournies pour être considérées comme suffisantes. À la différence de la situation juridique actuelle, la sûreté ne devra plus garantir les intérêts moratoires pour une durée indéterminée, mais seulement pour dix ans, ce qui est déjà conséquent (voir également à ce propos le ch. 2.1.3). À cet effet, le libellé actuel est complété par la précision « intérêts moratoires pour une durée de dix ans compris ». Cette règle ne vaudra que pour autant que des intérêts moratoires soient dus dans le cas concret pendant cette période ; le montant des intérêts moratoires est déterminé d'après le taux applicable, qui peut résulter de la loi (art. 104, al. 1, CO), du contrat (voir l'art. 104, al. 2, CO) ou du droit étranger. Comme jusqu'à présent, il faudra également tenir compte des autres exigences qualitatives et quantitatives pour déterminer si des sûretés sont « *suffisantes* », cette question restant soumise aux mêmes règles que sous le droit actuel. Par conséquent, les sûretés fournies en lieu et place de l'hypothèque légale doivent avoir au moins la qualité économique d'un gage immobilier et, le cas échéant, couvrir également les frais de poursuite et les intérêts contractuels (voir l'art. 818, al. 1, ch. 2 et 3, CC)¹⁴².

4

Conséquences

4.1

Conséquences pour la Confédération

L'avant-projet n'a pas de conséquences particulières pour la Confédération, et notamment pas de conséquences en termes de personnel.

Il n'en a pas pour les marchés publics de construction de la Confédération. Les contrats-type de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics déclarent la norme SIA 118 applicable s'agissant des nouveaux points réglés dans l'avant-projet. Or l'avant-projet est compatible avec cette norme¹⁴³. Si le code des obligations venait quand même à s'appliquer (voir le ch. 1.2.1), l'avant-projet aurait les mêmes conséquences qu'entre des parties privées.

¹⁴² À propos des exigences qualitatives et quantitatives auxquelles doivent répondre les sûretés, voir en détail les ATF **142** III 738, consid. 4.4.2, et **121** III 445, consid. 5a, ainsi que les explications correspondantes au ch. 2.1.3.

¹⁴³ Voir le ch. 2.1 des modèles de contrats n° 34 « contrat d'entreprise », 36 « contrat-cadre pour travaux de construction », 38 « contrat d'entreprise générale (bâtiment) », 39 « contrat d'entreprise totale (bâtiment) » et 40 « contrat d'entreprise totale (génie civil) », consultables à l'adresse www.kbob.admin.ch > Publications / Recommandations / Modèles de contrats > Documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres / contrats-type (dernière consultation le 29 février 2020).

4.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

L'avant-projet n'a pas de conséquences particulières pour les cantons et les communes. S'agissant de leurs marchés publics de construction, on pourra se référer aux explications données à propos des conséquences pour la Confédération (voir le ch. 4.1).

4.3 Conséquences économiques

Les modifications proposées ne devraient pas avoir de conséquences économiques significatives. La probabilité d'être mis en cause en cas de défauts augmentera légèrement surtout pour les vendeurs de biens immobiliers et les entrepreneurs qui recourent aujourd'hui à des clauses contractuelles inéquitables combinant une exclusion de responsabilité et la cession des droits de garantie. C'est justement là le but de l'avant-projet. Il n'y aura par contre pas de conséquences notables pour les autres vendeurs et entrepreneurs, en particulier ceux qui appliquent régulièrement la norme SIA 118. Il n'y a pas non plus à craindre de hausse tangible des prix sur le marché immobilier, car d'autres facteurs influencent beaucoup plus fortement les activités de construction et les prix de l'immobilier (notamment le niveau général des taux d'intérêt, les autres possibilités de placement et les prescriptions qu'appliquent les banques commerciales en matière de fonds propres et de risque lorsqu'il s'agit d'accorder des hypothèques).

4.4 Conséquences sociales

Les modifications proposées auront des conséquences sociales positives. Elles permettront d'éviter que des maîtres d'ouvrage soient confrontés à des difficultés financières en raison de défauts de construction restant à leur charge. Il faut noter aussi que la révision permettra de ne plus prendre à la lettre, sans que cela soit matériellement justifié, la disposition légale qui exige que l'avis des défauts intervienne sans délai. Elle mettra fin à la pratique contractuelle qui consiste, en toute opacité, à combiner l'exclusion de la responsabilité et la cession des droits de garantie. L'avant-projet clarifie donc la situation, la rend plus équitable et, partant, renforce la confiance dans le système juridique.

5 Constitutionnalité et légalité

L'avant-projet se fonde sur l'art. 122, al. 1, de la Constitution, lequel attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile.

Documents préparatoires

Message du 27 juin 2007 concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), FF 2007 5015 (cit. message cédule hypothécaire).

Message du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5539 (cit. message LCD).

Bibliographie

BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Die einzelnen Vertragsverhältnisse : Art. 184–551 OR, Berne 1934.

BÜHLER ALFRED, Von der Beweislast im Bauprozess, in : Koller Alfred (éd.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, 1. St. Galler Baurechtstagung 1994, St-Gall 1994, pp. 289 ss

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar, Art. 363-379 OR. Der Werkvertrag, 3^e éd. Zurich 1998.

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2019 (cit. GAUCH, Werkvertrag).

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 3^e éd. Zurich 1985 (cit. GAUCH, Werkvertrag, 3^e éd.).

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10^e éd. Zurich 2014.

GUHL THEO / KOLLER ALFRED / SCHNYDER ANTON K. / DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2000.

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10^e éd. Berne 2017.

KOLLER ALFRED (éd.), Der Grundstückkauf, 3^e éd. Berne 2017 (cit. AUTEUR, in : Grundstückkauf).

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zurich/St-Gall 2015 (cit. KOLLER, Werkvertragsrecht).

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes – Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, in : Aebi-Müller Regina E. / Pfaffinger Monika / Wermelinger Amédéo (éd.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, Berne 2011, pp. 115 ss.

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC / MÄRKI RAPHAEL, Erwerb einer Stockwerkeinheit ab Plan, in : Wolf Stephan (éd.), Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats, INR vol. 21, 2017, pp. 49 à 89.

KUT AHMET, Kommentar zu Art. 1-40g OR, in : Furrer Andreas / Schnyder Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2016.

MARTENET VINCENT / PICHONNAZ PASCAL, Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale, Bâle 2017.

MUTZNER PAUL, Berner Kommentar, titre final, section I, 2 édition Berne 1926.

OFTINGER KARL / STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I : Allgemeiner Teil, 5^e éd. Zurich/Bâle/Genève 1995.

OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V/2, 2^e éd. Zurich 1936.

PICCININ VALENTIN, La propriété par étages en procès, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2015.

PROBST THOMAS, Kommentierung zu Art. 8 UWG (Allgemeine Geschäftsbedingungen), in : Jung Peter / Spitz Philippe (éd.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2^e éd. Berne 2016.

SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen bei Grundstückverkäufen und Art. 8 UWG, in : Pierre Tercier / Roland Hürlimann (éd.), In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Fribourg 1989, pp. 47 ss.

STÖCKLI HUBERT, Bauherrschaft und Baumängel, 2013 (cit. STÖCKLI, avis de droit), consultable sous www3.unifr.ch/ius/baurecht/de/publikationen/bauvertragsrecht.html ou https://issuu.com/baurechtdroitdelaconstruction/docs/stoeckli__bauherrschaft_und_baumaen (dernière consultation le 29 février 2020).

STÖCKLI HUBERT, Stockwerkeigentum ab Plan, in : Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (éd.), Schweizerische Baurechtstagung 2009, Fribourg 2008, pp. 1 ss (cit. STÖCKLI, Stockwerkeigentum).

STÖCKLI HUBERT / AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung in : ZBGR 95/2014, pp. 73 ss, 84 ss et 93.

TERCIER PIERRE / BIERI LAURENT / CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd. Genève/Zurich/Bâle 2016.

TRACHSEL HERIBERT, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln, die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung, thèse St-Gall, Berne/Stuttgart/Vienne 2000.

VISCHER MARKUS, Kommentar zu Art. 1–4 SchlT ZGB in: Geiser Thomas / Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6^e éd. Bâle 2019.

ZINDEL GAUDENZ G., PULVER URS, SCHOTT BERTRAND G., Kommentar zu Art. 363–379 OR in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (éd.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7^e éd. Bâle 2019.