

La garantie pour les défauts et la réfection de l'ouvrage

Une jurisprudence intéressante et inquiétante
(1^{ère} partie)

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 septembre 2002
(4C.258/2001/bre), publié en extraits in ATF 128 III 416

Pierre Tercier et Hubert Stöckli
Professeurs à l'Université de Fribourg¹

Publiert in : BR/DC 1/2003, S. 10 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Diese Besprechung gilt einem reichhaltigen Urteil des Bundesgerichts zur Nachbesserung im Werkvertrag. In der Amtlichen Sammlung wurde das Urteil nur zu einem geringen Teil publiziert. Zahlreiche weitere Erwägungen, die ihrer praktischen Bedeutung nach der publizierten Entscheidungsstelle in keiner Weise nachstehen, kommen nachfolgend (und in der nächsten Nummer des „Baurecht“) zur Sprache. Etwa geht die Besprechung der Frage nach, ob die Verjährung des Anspruchs auf Nachbesserung durch Schuldbetreibung unterbrochen werden könne.

[10] Dans le régime de la garantie pour les défauts applicable au contrat d'entreprise, tant le Code des obligations (le Code) que la Norme SIA-118 (la Norme) accordent au maître de l'ouvrage le droit d'exiger de l'entrepreneur qui a livré un ouvrage défectueux qu'il procède à sa réfection (die Nachbesserung); l'idée est que le maître de l'ouvrage puisse obtenir un ouvrage sans défaut, correspondant au résultat que celui-ci avait promis². L'institution soulève une série de questions pratiques que le Tribunal fédéral passe en revue et tranche dans un arrêt récent : Certains des choix qui s'y trouvent opérés sont nouveaux et intéressants; d'autres nous paraissent plus contestables, quand ce n'est pas franchement inquiétant.

L'arrêt est en réalité d'une richesse telle qu'il est exclu de vouloir en rendre compte en une fois. C'est pourquoi les auteurs n'en livrent ici qu'une première moisson (en français). Ils feront paraître la seconde dans le prochain cahier (en allemand); les lecteurs les plus impatients peuvent néanmoins d'ores et déjà prendre connaissance soit sur le site du Tribunal fédéral (4C.258/2001/bre), soit pour la partie publiée dans le Recueil officiel.

De quoi s'agit-il ? D'une histoire en trois actes :

- En janvier 1986, les sociétés Y et Z (les maîtres d'ouvrage) passent un contrat avec la société X (l'entrepreneur), en vue de la couverture avec le produit « Vatec Pur » d'une

¹ Nous tenons à remercier M. Pierre-Antoine HILDBRAND, assistant, pour l'aide qu'il nous a apportée dans la mise au point de ce texte.

² Sur cette action, cf. par exemple. P. GAUCH, *Werkvertrag*, 4^e éd., Zurich 1996, (*Werkvertrag*), n. 1698 ss; IDEM, *Le contrat d'entreprise*, adaptation française B. CARRON, Zurich 1999, n. 1698 ss; P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich 2003, (CS), n. 4173 ss; P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^e éd., Berne 2000, p. 451 s.; A. KOLLER, *Der Werkvertrag*, Art.363-366 OR, *Bkomm*, Berne 1998, n. 585., IDEM, *Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag*, 2^e éd., Zurich 1995, (*Nachbesserung*); IDEM, *Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag*, in *Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts*, St-Gall 1994, 1 ss.

halle industrielle en acier. Le contrat intègre la Norme SIA-118 et prévoit un prix total de 108'000 CHF. Les travaux sont achevés en automne 1986. En mai 1987, les maîtres signalent des défauts que l'entrepreneur tente en vain de réparer en 1987 et 1988.

- En janvier 1990, les maîtres agissent en garantie, concluant à la réparation du toit, subsidiairement à une indemnité de 120'000 CHF pour la moins-value de la halle. Par décision finale rendue en février 1994, les tribunaux saint-gallois rejettent la première conclusion en considérant que les coûts de la réparation seraient excessifs (pour un défaut jugé de nature exclusivement esthétique), mais admettent la réduction du prix à concurrence du montant réclamé.
- En juin 1996, les maîtres signalent de nouveaux défauts. Devant le refus de l'entrepreneur de procéder à leur réfection, ils ouvrent action en février 1998; ils concluent cette fois à pouvoir être autorisés à faire exécuter les travaux de réfection par un tiers, et demandent que l'entrepreneur soit condamné à leur verser une avance de 364'500 CHF. Les tribunaux saint-gallois admettent l'action à concurrence de 180'000 CHF.

Par arrêt rendu le 5 septembre 2002, la Première Cour du Tribunal fédéral rejette le recours en réforme formé par l'entrepreneur contre cette décision. La dernière partie de l'arrêt concernant l'avance des fonds est publiée au Recueil officiel (ATF 128 III 416), comme le fut d'ailleurs la partie de l'arrêt saint-gallois sur le même objet (cf. GVP-SG 2001 p. 132 ss = RSJ [SJZ] 99/2003 p. 71); on dira que c'est la partie visible de l'iceberg, celle que l'on peut considérer sans trop d'inquiétude. [11] Il n'en va malheureusement pas de même du reste de l'arrêt; c'est la partie cachée, qui éveille le plus de craintes, tant sont délicates les questions abordées et surtout inquiétantes certaines des solutions proposées. On commencera dans cet article par les questions plus générales relatives aux conditions de l'action, savoir la responsabilité du maître pour les défauts (ci-dessous ch. 1), le « délai de garantie » contractuel (ci-dessous ch. 2), les défauts visés par un avis (ci-dessous ch. 3), ainsi que l'interruption de la prescription du droit à la réfection de l'ouvrage (ci-dessous ch. 4). On traitera dans le prochain commentaire des questions plus spécifiques liées à l'action en réfection de l'ouvrage.

1. A propos de la responsabilité du maître pour les défauts

La première affirmation peut être résumée comme suit : *L'entrepreneur qui prétend que l'ouvrage est déjà défectueux au moment où il commence ses travaux doit en aviser le maître, faute de quoi il assume l'entière responsabilité des défauts* (cons. 2.1).

En principe, l'entrepreneur n'est pas responsable des défauts qui proviennent de la matière fournie ou du terrain désigné par le maître (art. 365 al. 3 CO; ég. art. 136 al. 2 et 3 et 166 al. 4 SIA-118); il en va de même pour toutes les causes antérieures à l'intervention de l'entrepreneur, notamment aux défauts provenant des prestations d'un entrepreneur antérieur (cf. art. 369 CO; ég. 166 al. 4 SIA-118). Néanmoins, le régime légal est très strict qui fait dans ce cas devoir à l'entrepreneur d'en donner immédiatement avis formel au maître, faute de quoi il assume également la responsabilité pour ces défauts (cf. art. 369 CO; ég. art. 30 al. 5, 136 al. 3 et 166 al. 4 SIA-118).

Or, en l'espèce, selon les constatations de fait des juges cantonaux, l'entrepreneur avait eu connaissance ou du moins aurait pu avoir connaissance dès sa première intervention de défauts antérieurs dont il prétend aujourd'hui qu'ils sont la cause de l'état du toit; comme il

n'a même pas prétendu les avoir signalés, les juges fédéraux s'estiment liés (art. 63 OJ) et rejettent sans autre forme de procès les reproches que le recourant fait à ce titre à la décision cantonale.

L'affirmation est brutale sous cette forme et aurait pu appeler quelques nuances importantes. Dès lors que les parties ont intégré la Norme SIA-118, le devoir d'avis de l'entrepreneur est modulé subtilement par l'art. 25³. Selon cette disposition, l'entrepreneur, qui devrait en principe vérifier l'ouvrage, en est dispensé si le maître est compétent ou assisté de personnes compétentes. L'arrêt ne fait nulle mention du problème et se satisfait de l'affirmation selon laquelle l'entrepreneur avait constaté ou aurait dû constater les défauts antérieurs. Il est exact que, selon le même art. 25 al. 3, l'entrepreneur, même dispensé du devoir de vérifier l'ouvrage, n'en reste pas moins tenu de signaler les « défauts qu'il constate, en exécutant le travail » et par analogie les défauts qu'il aurait dû constater. Toutefois il reste toujours possible à l'entrepreneur de prouver que le maître connaissait déjà le défaut (art. 25 al. 1 SIA-118), car l'invocation de l'absence d'avis serait dans ce cas abusive, parce que purement formelle⁴. On ne dispose pas d'éléments suffisants pour juger si ces conditions auraient pu en l'occurrence jouer un rôle, mais elles pourraient conduire selon les cas à une solution plus nuancée, voire différente.

Premier conseil : L'entrepreneur qui intervient sur un objet déjà construit ou partiellement aménagé par le maître ou d'autres entrepreneurs doit à tout prix dresser un état des lieux et signaler formellement tout ce qui pourrait se traduire sur la qualité de son propre travail, faute de quoi il risque d'endosser lui-même la responsabilité pour le tout.

2. A propos du « délai de garantie » contractuel

La deuxième affirmation peut être résumée comme suit : *Lorsqu'un contrat soumis à la Norme SIA 118 prévoit un « délai de garantie » de dix ans, le maître peut durant tout ce temps signaler les défauts qu'il constate, sans que l'entrepreneur puisse lui reprocher d'avoir agi tardivement (cons. 2.2).*

On sait que le régime de la garantie pour les défauts est soumis au respect par le maître de deux délais :

- Un (authentique) délai de prescription qui est de cinq ans pour les constructions immobilières, tant en vertu du Code (art. 371 al. 2) que la Norme (art. 180), en dehors du cas particulier où l'entrepreneur aurait intentionnellement dissimulé les défauts, une hypothèse qui n'était pas réalisée en l'espèce.
- Un délai d'avis durant lequel le maître doit impérativement signaler les défauts à l'entrepreneur, faute de quoi il est réputé avoir renoncé à la garantie (art. 370 al. 2 CO). Dans le système du Code, la particularité est qu'il n'y a en réalité pas de délai, le maître étant tenu de se manifester immédiatement (pour les défauts apparents : art. 367 al. 1 CO; pour les défauts cachés : art. 370 al. 1 et 3 CO). L'art. 172 SIA-118 consacre sur ce point un régime très différent puisqu'elle accorde au maître un délai d'avis de

³ Sur l'art. 25 cf. notamment GAUCH, *Werkvertrag*, n. 830, 1943 ss et 2673; TERCIER, *CS*, n. 4022, 4047 et 4114.

⁴ P. GAUCH, *Kommentar SIA-118 Art. 157-190*, Zurich 1991, p. 76 b; TERCIER, *CS*, n. 4114 et la jurisprudence citée : SJ 1989 309, DC 1989 92/110; ATF 116 II 454, JdT 1991 I 362, DC 1991 97/154; Rep. 1990 38/74; FJJ J/9/3, DC 1989 66/94; RVJ 1997 192, DC 1997 125/315.

deux ans, durant lequel celui-ci est en droit de signaler tout défaut sans courir le risque d'être privé de ses droits⁵.

En l'espèce, la question était de savoir quel délai était visé par les parties, lorsqu'elles ont porté à dix ans ce qu'elles ont appelé le « délai de garantie ». Sans le moindre état d'âme, les juges fédéraux considèrent que cette formule vise aussi bien la durée du délai de prescription, ce qui est incontestable, que celle du délai d'avis selon la Norme, ce qui est en revanche contestable: « Die Garantiefrist ist auch eine Rügefrist ». Et d'invoquer à l'appui de cette dernière affirmation le Professeur Gauch, dont le moins que l'on puisse dire est que l'opinion est plus nuancée⁶. Peu importe en conséquence, selon les [12] juges, quand le maître a constaté les défauts dès lors que le délai n'était de toute façon pas écoulé lorsqu'il les a signalés, soit près de dix ans après la livraison, en juin 1996.

L'affirmation est à nouveau brutale, sans véritable argumentation et la solution laisse songeur. Il s'agit en réalité d'un problème d'interprétation du contrat auquel on ne peut donner de réponse absolue⁷; pour le cas d'espèce, l'arrêt ne fournit aucun élément. Le Code ne parle nulle part d'un « délai de garantie »; la Norme en revanche baptisait ainsi le délai d'avis, ce qui peut être effectivement un indice en faveur de la solution retenue (cf. art. 172 SIA-118). Mais, de l'avis général, cette expression était malheureuse, au point que la SIA elle-même a jugé opportun de la modifier en 1991..., précisément parce que le délai de garantie n'est pas un délai d'avis⁸. La formule « délai de garantie » paraît en réalité vouloir limiter la durée du temps durant lequel l'entrepreneur doit assumer sa garantie; or ce délai est à l'évidence celui de la prescription puisque ce n'est qu'à son expiration que l'entrepreneur sera en droit de refuser sa garantie. Le fait qu'il soit ici porté de cinq ans (comme le voudrait le Code et la Norme) à dix ans (comme toutes les créances, cf. art. 127 CO) n'a rien d'extraordinaire et correspond à une solution fréquente en pratique. Le délai d'avis a une tout autre portée et ne sert qu'à éviter durant un certain temps les discussions touchant le moment de l'avis. Et cet objectif est pleinement atteint par un délai de deux ans. Admettre le contraire, comme le fait l'arrêt, et l'assimiler au délai de prescription revient en définitive à renoncer purement et simplement aux devoirs de vérification et d'avis, puisqu'il suffit au maître d'agir dans le délai de dix ans, en signalant (au plus tard) à ce moment le défaut allégué. Les parties peuvent sans doute aussi modifier la durée du délai d'avis, mais il y faudrait une volonté claire. Dans le doute, s'il devait y en avoir un, la formule devrait être à notre avis plutôt être interprétée dans le sens qui déroge le moins à la loi, à l'avantage du débiteur. Les juges n'en font pas le moindre cas, tombant dans le piège - pourtant si souvent signalé⁹ - de la terminologie ambiguë de la Norme.

Deuxième conseil : Les parties qui conviennent de prévoir dans leur contrat un « délai de garantie » seront bien inspirées pour éviter toute difficulté de préciser entre parenthèses ou par une formule équivalente qu'elles visent le délai de prescription et non le délai d'avis.

⁵ Sur ce délai, cf. GAUCH, *Werkvertrag*, n. 2676 ss; TERCIER CS, n. 4141, 4155 s.

⁶ GAUCH, *Werkvertrag*, n. 2694.

⁷ GAUCH, *Werkvertrag*, n. 2518 s.

⁸ L'édition 1977/1991 a ajouté entre parenthèse après le terme « délai de garantie/Garantiefrist » l'expression « délai de dénonciations des défauts/Rügefrist »; voir à ce sujet P. GAUCH, Zur SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991, in DC 1992 46.

⁹ TERCIER, CS, n. 4141; GAUCH, *Werkvertrag*, n. 2694 et la jurisprudence citée : ATF 116 II 312 / JdT 1991 I 180; Pra. 1989 802 / DC 1990 101/134; inexact cep. ATF 97 II 354 s.; RSJ 69/1973 381, n° 174.

3. A propos des défauts visés par un avis

La troisième affirmation peut être résumée comme suit : *Ce n'est pas parce que certains défauts ont déjà fait l'objet d'une première garantie que le maître est privé du droit d'en invoquer de nouveaux sur le même objet s'ils sont d'une autre nature* (cons. 4.1.1).

Si le maître a signalé certains défauts et que l'entrepreneur a assumé pour eux la garantie qu'il devait, il ne peut en principe plus les invoquer à nouveau. Cela ne le prive pas du droit d'invoquer d'autres défauts :

- Il peut s'agir d'abord de défauts affectant les réparations auxquelles a procédé l'entrepreneur et que le maître peut invoquer dès lors que l'entrepreneur répond aussi de la qualité des réparations faites.
- Il peut s'agir ensuite d'autres défauts, indépendants des premiers, que le maître ne pouvait constater plus tôt.

En l'espèce, la position finalement retenue n'est pas claire. Il ne peut que difficilement s'agir des premiers défauts, puisque l'entrepreneur n'a pas été obligé de les réparer, les juges « se contentant » de le condamner au paiement d'une indemnité pour la moins-value de la halle (et non de l'ouvrage !). Il devrait donc s'agir de nouveaux défauts. C'est ce qu'affirment les juges : les premiers défauts visés (en 1987) n'avaient qu'un caractère esthétique et ne mettaient pas en cause la fonction de l'ouvrage, alors que ceux qui ont été invoqués par la suite (en 1996) concernaient en plus l'étanchéité du toit ; il ne s'agit donc plus des mêmes défauts.

Pas question pour nous d'entrer ici dans une discussion d'experts sur la nature des défauts liés à l'étanchéité du toit ; l'affirmation est en revanche intéressante au plan juridique, par la complexité des problèmes qu'elle soulève. Dans un cas comme dans l'autre, le défaut tient à la nature du produit utilisé et à son application ; ceux-ci ne correspondent pas, au moment de la livraison, à ce qui avait été convenu. Ce qui a changé, ce n'est donc pas la cause, mais les conséquences qui en découlent. Or, tout le problème est précisément de distinguer parmi ces conséquences : une anomalie (la cause), une fois signalée, peut avoir avec le temps d'autres effets que ceux qui sont déjà apparus et ont été (par hypothèse) réparés ; le maître doit aussi pouvoir les invoquer, s'ils sont effectivement différents. La difficulté est dès lors de distinguer clairement les conséquences que peut avoir une même cause, en particulier si celles qui apparaissent ultérieurement sont bien une manifestation qualitativement différente des premières. La construction se complique - apparemment du moins - dans la mesure où les juges admettent dans un passage ultérieur de l'arrêt que l'entrepreneur avait reconnu en 1987 l'existence des « défauts » que le maître n'a pu faire valoir qu'en 1996, et que cette reconnaissance interrompait le délai de prescription pour les défauts dont la garantie était alors demandée. C'est considérer que la reconnaissance de dette au sens de l'art. 135 ch. 1 CO vise la cause et donc implicitement toutes les créances (en garantie) qui pourraient en découler, alors que le texte de la loi paraît plus restrictif qui exige du débiteur qu'il « reconnaisse la dette ».

Troisième conseil : Les parties et les juristes qui règlent un cas de garantie veilleront à définir clairement le défaut (les conséquences) qu'ils visent, par sa nature et les conséquences qu'il provoque ou pourrait provoquer.

4. [13] A propos de l'interruption de la prescription du droit à la réfection

La quatrième affirmation est la suivante : *Il n'est pas possible d'interrompre la prescription du droit à la réfection de l'ouvrage par un simple commandement de payer.*

Les droits à la garantie sont soumis au respect d'un délai de prescription, qui est pour les constructions immobilières de cinq ans (art. 371 al. 2 CO), mais dont on a vu que les parties l'avaient en l'occurrence porté à dix ans. Ce délai obéit aux règles générales (art. 127 ss CO); il peut donc être interrompu, soit par une reconnaissance de dette du débiteur (art. 135 ch. 1 CO), soit par un acte qualifié d'exécution (art. 135 ch. 2 CO)¹⁰.

Lorsque le débiteur refuse de reconnaître sa dette ou de renoncer à la prescription, le créancier qui veut sauvegarder son droit n'a pas d'autre choix que de prendre des mesures officielles; il peut certes ouvrir action, mais il est en général plus simple de faire adresser au débiteur un commandement de payer. La solution, plus que courante en pratique, vaut donc aussi en principe pour les droits à la garantie¹¹. Or, l'arrêt affirme, il est vrai de manière incidente, que cette voie ne peut pas être utilisée par le maître qui entend exiger de l'entrepreneur la réfection de l'ouvrage. L'assertion est brève, pratiquement dépourvue de toute argumentation, uniquement fondée sur la citation de deux auteurs¹². Si l'on avait voulu en ce domaine se contenter d'un argument d'autorité (« la doctrine éprouvée »), on aurait pu en appeler au Professeur Gauch, mais celui-ci dit implicitement le contraire¹³. On aurait pu surtout développer un brin d'argumentation.

Il est exact que la réfection de l'ouvrage n'est pas en soi une prestation pécuniaire, à l'exécution de laquelle les règles de la poursuite pour dettes sont directement applicables; de ce point strictement procédural, l'argument a tout son poids. Mais c'est oublier d'autres aspects : (1°) En plus de son rôle technique, le commandement de payer joue dans le système du Code un rôle spécial, puisqu'il constitue le seul moyen simple et pratique pour interrompre la prescription; à vouloir l'en priver, on force le créancier à introduire une action, alors qu'il ne s'agit pour lui à ce stade que de sauvegarder ses droits. On peut d'ailleurs noter – non sans quelque cynisme – que, selon le même Tribunal fédéral, une réquisition de poursuite produit son effet interruptif de prescription même si le commandement de payer est par la suite annulé, par exemple pour vice de forme¹⁴ ! (2°) Le système du commandement de payer peut en soi s'appliquer dès que la prestation peut être exprimée en argent; or la réfection de l'ouvrage a bien un prix, correspondant dans le pire des cas à l'avance pour celui que réclame le tiers auquel le maître est en droit de s'adresser, comme ce fut d'ailleurs le cas en l'espèce. Il n'est dès lors nullement artificiel de donner pour les besoins de la cause une valeur pécuniaire à l'action. (3°) Le système de la garantie forme un tout qui devrait permettre au maître de faire valoir n'importe lequel de ses droits selon un mécanisme simple et uniforme. La réfection de l'ouvrage, qu'elle soit exigée du débiteur lui-même ou réalisée par le recours à un tiers, n'en est qu'une modalité; il paraît curieux de vouloir la soumettre à un régime totalement différent. D'autant que le créancier y joindra souvent une prétention

¹⁰ Sur l'interruption de la prescription, cf. p.ex. P. TERCIER, *Précis de droit des obligations*, 2^e éd., Zurich 1999, n. 1223; P. ENGEL, *Traité de droit des obligations en droit suisse*, 2^e éd. Berne 1997, p. 815.

¹¹ P.ex. TERCIER, CS, 4154; GAUCH, *Werkvertrag*, n. 2256 ss.

¹² KOLLER, *Nachbesserung*, p. 146; K. TSCHÜTSCHER, *Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken*, th., St-Gall 1996, p. 70 s.

¹³ GAUCH, *Werkvertrag*, n. 2269; IDEM, *Kommentar SIA-118 Art. 157-190*, Zurich 1991, p. 131.

¹⁴ ATF 74 II 193 ss, JdT 1949 I 322.

complémentaire en dommages-intérêts, dont la prescription peut être interrompue par un commandement de payer. (4°) La solution proposée est enfin totalement contraire aux besoins (et habitudes) de la pratique puisqu'elle revient à forcer les deux parties à jouer avec l'aide d'avocats le jeu, lourd et complexe, d'un procès, alors que ni l'une ni l'autre des parties n'est à ce stade décidée de le mener, par exemple en raison des discussions qui sont encore en cours.

Le choix du Tribunal fédéral pourrait avoir une importance pratique considérable et l'on peut regretter qu'il ne soit ni plus clairement justifié, ni surtout plus largement communiqué. Cela tient peut-être au fait que les juges n'en tirent en définitive aucun argument pour la solution dès lors que, selon eux, la prescription avait de toute façon été interrompue par la reconnaissance de l'entrepreneur... On est sérieusement en droit de se demander s'il était dans ces conditions opportun de trancher, et surtout aussi rapidement. En dépit de nos remarques, le risque demeure.

Quatrième conseil : En l'état actuel de la jurisprudence, il est risqué pour le maître de l'ouvrage de se contenter d'un commandement de payer pour interrompre la prescription de l'action en réfection de l'ouvrage.

Et comme on dit dans les feuillets: la suite au prochain numéro (de la revue)...