

LES DEFAUTS DANS LA CONSTRUCTION

par

Alexis Overney

AVOCAT, RECHTSANWALT

L'Étude

Gillon • Perritaz • Esseiva • Overney

www.gillon.ch

mars 2003

SOMMAIRE

- I INTRODUCTION**

 - II QUELQUES GENERALITES SUR LE CONTRAT D'ENTREPRISE**
 - 1 Les sources**
 - 1.1 Le Code des obligations
 - 1.2 La Norme SIA 118
 - 2 La notion**
 - 2.1 Définition
 - 2.2 La notion de l'ouvrage
 - 2.3 Quelques exemples d'ouvrages
 - a Ouvrages matériels
 - b Ouvrages immatériels
 - 3 Quelques délimitations**
 - 3.1 Contrat de vente et contrat d'entreprise
 - 3.2 Contrat de travail et contrat d'entreprise
 - 4 Quelques espèces de contrats d'entreprise**
 - 4.1 Le contrat de construction
 - 4.2 L'entreprise générale
 - 4.3 L'entreprise totale
 - 4.4 La sous-traitance

 - III LA GARANTIE POUR LES DEFAUTS**
 - 1 Le défaut**
 - 1.1 La notion de défaut
 - a Absence d'une qualité convenue
 - b Absence d'une qualité promise
 - c Absence d'une qualité attendue
 - d Quelques remarques
 - 1.2 Un défaut non imputable au maître
 - 1.3 Un défaut non accepté par le maître
 - 2 Les incombances**
 - 2.1 La vérification de l'ouvrage
 - a En général
 - b Défauts apparents, cachés et dissimulés
 - 2.2 L'avis des défauts
 - 3 Le respect des délais de prescription**
 - 4 Les droits du maître résultant de la garantie**
 - 4.1 Le droit à la réfection de l'ouvrage
 - 4.2 Le droit à la réduction du prix
 - 4.3 Le droit à la résolution du contrat
 - 4.4 Le droit à la réparation du dommage
-

I INTRODUCTION

Le présent exposé a pour objet la garantie pour les défauts. Après avoir rappelé quelques notions relatives au contrat d'entreprise (chapitre II), j'aborderai le sujet proprement dit (chapitre III) en traitant successivement le défaut (section 1), les devoirs des parties (sections 2 et 3) et, enfin, les conséquences d'une telle garantie (section 4). Dans le temps limité qui est le mien, je me limiterai au système prévu par le Code des obligations, à l'exclusion des solutions adoptées par la Norme SIA 118.

On peut se référer aux ouvrages en langue française des Professeurs Peter Gauch (PETER GAUCH, Le contrat d'entreprise, Zurich 1999) Pierre Tercier (PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, Zurich 2003) et Pierre Engel (PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, Berne 2000). La référence en langue allemande est sans conteste le traité du Professeur Gauch (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 1996).

II QUELQUES GENERALITES SUR LE CONTRAT D'ENTREPRISE

1 Les sources

1.1 Le Code des obligations

Le contrat d'entreprise (der Werkvertrag) est régi avant tout par les articles 363 à 379 du Code des obligations (CO).

1.2 La Norme SIA 118

La Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) a rédigé un document d'une grande importance pratique, la Norme SIA 118, intitulée “ **Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction** ”. Ce texte n'est pas applicable à tout contrat d'entreprise, mais exclusivement à un contrat portant sur des travaux de construction. Il comprend 190 articles, traitant de tous les aspects du contrat. Les dispositions les plus spécifiques concernent la rémunération de l'entrepreneur, les modifications de commande ainsi que l'exécution proprement dite des travaux.

La Norme SIA 118 ne constitue que des **conditions générales**, qui ne s'appliquent que si elles ont été **intégrées au contrat**. En d'autres termes, il faut que les parties aient manifesté la volonté d'intégrer cette norme au contrat pour que l'on puisse appliquer les solutions qui y sont contenues.

2 La notion

2.1 Définition

Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un **ouvrage**, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer (article 363 CO).

Ainsi, le contrat met en scène deux parties :

- le **maître de l'ouvrage**, soit celui qui commande l'ouvrage ;
- l'**entrepreneur**, soit celui qui exécute l'ouvrage.

On ne confondra pas le maître de l'ouvrage avec

- le maître d'état (l'entrepreneur ou l'artisan) ;
- le maître d'œuvre (celui qui est responsable de la construction, la direction des travaux).

L'entrepreneur promet un **résultat** qu'il doit être en mesure de réaliser. C'est la raison pour laquelle on range le contrat d'entreprise dans la catégorie des contrats dits de résultat, par opposition aux contrats de services, dont le résultat ne dépend pas exclusivement de l'auteur. Alors qu'un médecin promet une activité en vue d'un certain résultat (**obligation de moyens**), l'entrepreneur garantit que son activité aboutira au résultat (**obligation de résultat**).

2.2 La notion de l'ouvrage

L'ouvrage (das Werk) se définit comme le résultat d'un **travail** qui prend corps en une **forme déterminée**, ayant le caractère d'une chose nouvelle ou d'une modification d'un état de choses antérieur (PIERRE TERCIER, op. cit., note 3840 page 560).

2.3 Quelques exemples d'ouvrage

L'ouvrage peut être matériel ou immatériel. Voici quelques exemples :

a Ouvrages matériels

- construire une maison, une route ;
- exécuter un costume sur mesure ;
- exécuter une mosaïque sur la paroi d'un immeuble ;
- photographier quelqu'un ;
- dactylographier un manuscrit ;
- poser les planchers d'une villa ;
- réparer une voiture.

b Ouvrages immatériels

- exécuter une œuvre musicale sur un instrument ;
- fournir un spectacle ;
- tirer un feu d'artifice ;
- effectuer un relevé de géomètre ;
- établissement périodique de décomptes de salaires au moyen d'un ordinateur.

(cf. PIERRE ENGEL, op. cit., pages 434 et 435).

3 Quelques délimitations

Le contrat d'entreprise doit être délimité d'autres contrats qui présentent quelques similitudes. On citera le contrat de vente et le contrat de travail.

3.1 Contrat de vente et contrat d'entreprise

Dans la vente, l'élément **matériel** est prédominant, le travail est secondaire ; dans le contrat d'entreprise, c'est le contraire.

Exemple : J'achète un complet de confection qui nécessite quelques retouches ; le contrat reste un contrat de vente. Je commande un contrat sur mesure ; c'est un contrat d'entreprise.

La distinction joue un rôle en ce qui concerne la garantie pour les défauts (le vendeur n'a notamment pas l'obligation de réparer le défaut) et l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.

(cf. PIERRE ENGEL, op. cit., pages 435 et 436).

3.2 Contrat de travail et contrat d'entreprise

Comme le travailleur, l'entrepreneur s'engage à rendre un service en faveur d'une autre personne. Toutefois, le travailleur est rémunéré indépendamment du résultat de son travail, tandis que l'entrepreneur n'a exécuté son obligation qu'en livrant l'ouvrage. La responsabilité du travailleur suppose qu'il ait commis une faute (article 321e CO), alors que l'entrepreneur garanti les défauts de la chose, même sans faute de sa part (article 368 CO). C'est l'employeur qui supporte en principe les risques dans le contrat de travail (article 324a CO, alors que c'est en principe l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise (article 376 CO).

Le critère de distinction tient au **rapport de subordination** qui unit le travailleur à l'employeur, alors que l'entrepreneur garde une plus large indépendance dans les limites des instructions qui lui ont été données.

(cf. PIERRE TERCIER, op. cit., notes 3874 et 3875 pages 565 et 566).

4 Quelques espèces de contrats d'entreprise

(cf. PIERRE TERCIER, op. cit., notes 3891 et suivantes pages 568 et suivantes).

4.1 Le contrat de construction

Le contrat de construction est le contrat d'entreprise par lequel une personne s'engage à réaliser une construction immobilière. On pense à la construction d'une maison, d'une route, d'un ouvrage d'art, mais également à l'exécution des tâches partielles liées à ces objets (terrassement, peinture, installations sanitaires). Il est visé par la Norme SIA 118. Le maître d'ouvrage fait en principe appel à deux sortes de professionnels :

- les mandataires (architectes, ingénieurs) ;
- les entrepreneurs individuels (artisans, entreprises).

4.2 L'entreprise générale

L'entreprise générale est le contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'un ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. Il promet une maison, un lot d'autoroute, la réfection d'un ouvrage. Le maître n'aura de contact qu'avec l'entrepreneur général, qui fera appel à des sous-traitants.

4.3 L'entreprise totale

Dans les contrats d'entreprise totale, l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans.

4.4 La sous-traitance

Le contrat de sous-traitance est le contrat d'entreprise par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celui-ci s'est engagé à réaliser pour un maître (le maître principal). Le maître principal n'aura de relation qu'avec l'entrepreneur principal.

III LA GARANTIE POUR LES DEFAUTS

1 Le défaut

1.1 La notion de défaut

Le défaut de l'ouvrage est souvent renvoyé à la notion de défaut du contrat de vente. Le défaut tient à la **non-conformité de l'ouvrage par rapport au contrat**. Le défaut de l'ouvrage consiste dans le fait que l'ouvrage de l'entrepreneur ne présente pas telle ou telle qualité qu'il devrait avoir d'après le contenu du contrat. Il lui manque soit une qualité convenue, soit une qualité qui n'a pas été spécialement convenue, mais qui est néanmoins attendue (PETER GAUCH, Le contrat d'entreprise, note 1434).

En résumé, le défaut est l'absence d'une qualité convenue ou attendue.

a Qualité convenue

L'entrepreneur et le maître d'ouvrage conviennent dans le contrat d'entreprise des qualités que l'ouvrage devra présenter. L'absence d'une qualité convenue constitue toujours un défaut (PETER GAUCH, op. cit., note 1361).

1° Les qualités convenues peuvent notamment porter sur des **caractéristiques générales**, comme l'emplacement, la forme, les dimensions, le mode d'exécution ou la couleur.

L'ouvrage est ainsi défectueux :

- si le devis descriptif (art. 8 SIA-118) prévoit un crépi de couleur grise et qu'un crépi de couleur brune est utilisé (Wussow, NJW 1967 953, arrêt allemand) ;
- lorsque les portes d'entrée d'une maison, au lieu d'être exécutées en " chêne massif " comme le prévoit le contrat, le sont en placage (PETER GAUCH, op. cit., note 1363) ;

- lorsqu'une cuisine ou une salle de bains est revêtue de catelles industrielles alors que la pose de catelles en marbre avaient été convenue (loc. cit.) ;
- lorsque des lignes électriques sont exécutées de façon apparente alors qu'elles devaient être dissimulées (loc. cit.);
- lorsqu'une piscine de sport n'a pas la longueur convenue (ATF 93 II 324ss = JdT 1969 I 150 ss) ;
- lorsqu'un appartement n'a pas la surface convenue ou qu'une maison n'a pas le volume convenue (SJ 1981 522 arrêt du TF du 3.3.81 = DC 1982 n°11) ;
- lorsqu'un espacement irrégulier des fenêtres affecte l'aspect d'une construction arrêté par le plan de l'architecte (cf. VersR 1971 187 arrêt allemand).

2° Les qualités convenues peuvent concerner des **caractéristiques particulières**. L'absence de telles caractéristiques constitue également un défaut.

Ainsi, un défaut a été reconnu lorsque l'ouvrage ne présentait pas les qualités convenues suivantes :

- l'étanchéité d'un toit (ATF 93 II 316 = JdT 1969 I 158);
- l'étanchéité du revêtement d'une piscine (Rep 1968 101) ;
- le bon fonctionnement d'une installation de chauffage par le plafond, la capacité de chauffage suffisante d'un chauffage central (ZR 37/1938, n° 95, p. 200) ;
- le fait qu'une façade en aluminium ne nécessite aucun entretien (PETER GAUCH, op. cit., note 1367) ;

- la résistance élevée d'un ouvrage, la capacité de charge déterminée d'un pont, l'isolation phonique déterminée d'un plafond, l'isolation thermique déterminée de cadres de fenêtres et de portes (BGHZ 96/ 111, p. 114) ;
- le niveau peu élevé des frais d'entretien, une quasi-absence d'entretien (PETER GAUCH, op. cit., note 1364).

La distinction entre les caractéristiques générales et particulières n'a en fait, au point de vue juridique, aucune importance.

b Absence d'une qualité promise

Les qualités convenues peuvent également l'être sous forme de **promesses** de la part de l'entrepreneur. Une qualité est promise lorsque l'entrepreneur donne au maître **l'assurance** que l'ouvrage présentera une certaine qualité ou qu'il ne présentera pas un certain défaut.

La promesse de qualité est unilatérale, précise et concrète. L'assurance de qualité est suffisante pour que l'entrepreneur soit tenu à garantie. Il n'est pas nécessaire que l'absence de qualité entraîne une diminution de la valeur ou de l'utilité de l'ouvrage.

Les promesses de qualités peuvent être de divers types, notamment (PETER GAUCH, op. cit., notes 11385 et suivantes) :

- garantie du **système** (harmonisation des matériaux, couleurs etc.) ;
- garantie de **longévité** (par cette promesse, l'entrepreneur promet un ouvrage d'une qualité (état) telle qu'il présentera et conservera la caractéristique promise pendant une période donnée ou pour un certain nombre d'utilisations, moyennant un usage et un entretien correct) ;

- garantie de **fiabilité** (surtout dans le domaine du chauffage et de la climatisation, l'entrepreneur assure que l'ouvrage ou certaines de ses parties a telle ou telle capacité de fonctionnement).

Ne sont par contre **pas des promesses de qualités** :

- les déclarations précontractuelles que l'entrepreneur a faites avant la conclusion du contrat. Il convient en revanche de souligner qu'une qualité vantée publicitairement est promise, si le maître qui conclut le contrat était en droit d'admettre, selon les règles de la bonne foi, que l'entrepreneur s'engageait à exécuter l'ouvrage avec la qualité vantée (ATF 115 II 477 = JdT 1990 I 218s.) ;
- les appréciations imprécises. Par exemple : “ *Votre maison vous procurera de la joie pendant de nombreuses années* ”. De telles affirmations, du fait de leur imprécision, ne sont pas contraignantes (par analogie ATF 88 II 416 = JdT 1963 I 471) ;
- les indications imprécises par lesquelles une qualité de l'ouvrage est présentée comme vraisemblable mais pas comme certaine (par exemple : “ *Votre machine fonctionnera probablement longtemps sans entretien* ”) ;
- les promesses de résultat indépendantes données par l'entrepreneur. A la différence de la promesse d'une qualité de l'ouvrage, la promesse de résultat fait référence à un résultat garanti, le plus souvent économique (par exemple le rendement d'un immeuble locatif). Cette garantie va au-delà de la conformité au contrat de l'ouvrage, dans la mesure où ce résultat dépend encore d'autres facteurs (PETER GAUCH, op. cit., note 1395).

c Absence de qualité attendue

Même si les parties n'ont rien convenu dans le contrat, le maître est **en droit d'attendre** de l'ouvrage certaines qualités légitimement attendues. Ces dernières constituent un **minimum standard de qualité** que l'entrepreneur devra respecter. A défaut, il sera tenu à garantie.

Pour déterminer ces qualités, le juge tiendra compte du **prix**, mais aussi des **usages et pratiques dans la branche considérée** ainsi que des **normes techniques** généralement appliquées au moment de l'exécution de l'ouvrage ("*les règles de l'art* " ; SJ 1989 309).

L'ouvrage doit avoir un état normal en ce sens qu'il doit être d'une qualité au moins égale à la moyenne. La qualité de l'ouvrage doit d'une certaine manière correspondre à son prix. L'entrepreneur doit fournir un travail sérieux et n'utiliser que des matériaux de bonne qualité (ATF 26 II 55). L'entrepreneur doit donc exécuter l'ouvrage dans les règles de l'art (ATF 20 1006).

Constituent des qualités attendues :

- l'isolation phonique d'un appartement normal, même dans un immeuble bruyant (DC 1987 n° 19) ;
- les tuiles d'un toit résistent au gel (Peter GAUCH, n. 1422) ;
- les planches d'une façade en bois ne doivent pas se déformer (ATF 118 II 143 = JdT 1993 I 300) ;
- des fenêtres ne doivent pas coincer (ZR 30 / 1931, n° 57, p. 108) ;
- une installation de chauffage doit fournir la chaleur minimale requise de façon uniforme dans toutes les pièces (SJ 1963 243 ; BGH BauR 1989 462ss) ;
- un projet d'un architecte (contrat d'entreprise et non mandat pour le projet uniquement) doit faire l'objet d'un permis de construire (Peter GAUCH n. 1422) ;

- l'ouvrage doit être esthétique, l'apparition de mousse sur une façade constitue un défaut de nature esthétique (DC 1999 n° 75) ;
- un ouvrage doit respecter les règles sur la police du feu, sinon défaut juridique (cas d'une cheminée ne respectant pas les prescriptions sur la police du feu, E 1988 16ss = DC 1990 n° 43). Il n'y a par contre pas de défaut si le maître a caché les charges à respecter et qu'il s'y était engagée contractuellement. Il n'y a pas non plus de défaut juridique si une autorisation ou une dérogation des prescriptions en vigueur est accordée ultérieurement.

d Quelques remarques

1° Défauts résultant de la matière fournie par l'entrepreneur (article 365 CO)

L'entrepreneur répond aussi selon les règles sur la garantie pour les défauts du contrat d'entreprise lorsque les défauts de l'ouvrage sont occasionnés par une matière impropre à la réalisation de l'ouvrage ou présentant des vices de qualité (ATF 117 II 428 = DC 1992 95 n° 157).

2° Ouvrage entièrement différent de celui convenu par contrat d'entreprise

Lorsque l'ouvrage est complètement différent de celui prévu par le contrat (par exemple une salle de gym au lieu d'une chapelle), il n'y a pas de défaut, mais un **aliud**. Ce ne sont pas les règles sur la garantie sur les défauts qui s'appliquent dans un tel cas d'espèce, mais les règles sur l'inexécution du contrat (art. 97 ss CO ; ATF 121 III 453 ; DC 1996 n° 241).

3° **Ouvrage achevé et livré**

Tant que l'ouvrage n'a pas été livré et achevé, il n'y a pas de défaut. Là encore, ce sont les règles sur l'inexécution et la demeure (le retard) qui s'appliquent. Tant qu'il n'y a pas eu réception, le maître ne peut agir qu'en exécution du contrat.

Il est parfois difficile de savoir s'il y a un défaut ou une inexécution. Exemple : un peintre a omis de mettre une couche de peinture spéciale sous la couche de couleur...

Si l'ouvrage peut être rattrapé sans autre, il y a inexécution, sinon, l'ouvrage est défectueux. Dans le cas du peintre, l'ouvrage est clairement défectueux.

4° **Les dépenses excessives**

Si le manque de diligence de l'entrepreneur a entraîné des dépenses excessives, ce problème ne peut pas être réglé par les dispositions relatives à la garantie pour les défauts, mais sur la base de celles relatives au montant de la rémunération due (ATF 96 II 60 s. = JdT 1971 I 276).

5° **La détérioration de l'ouvrage livré**

Si le défaut qui apparaît après la livraison a son origine dans un défaut caché au moment de la livraison, le maître peut se prévaloir des dispositions sur la garantie pour les défauts (PETER GAUCH, op. cit., note 1455).

Par contre, si un défaut résulte d'une absence d'un **service d'entretien** que l'entrepreneur avait pourtant promis au maître, les dispositions sur la garantie pour les défauts sont inapplicables. En effet, l'entrepreneur viole ainsi une obligation accessoire et ce sont les dispositions sur l'inexécution d'un contrat qui s'appliquent (PETER GAUCH, op. cit., note 1456).

6° La charge hypothécaire

L'hypothèque légale, en faveur d'un sous-traitant, grevant l'immeuble sur lequel l'entrepreneur a construit n'est pas un défaut de l'ouvrage (RJB 116/1980 152 s.). Pourtant, en cas de faute de l'entrepreneur (ATF 104 II 355), le Tribunal fédéral la traite comme un défaut juridique et octroie une réduction du prix en faveur de l'entrepreneur (ATF 116 II 537 = DC 1992 n° 182 ; ATF 104 II 355).

7° La preuve du défaut

Il appartient au **maître** d'apporter à la preuve du défaut. Il peut pour cela recourir à un expert.

1.2 Un défaut non imputable au maître

Selon l'article 369 CO, le maître ne peut invoquer les droits résultant pour lui des défauts de l'ouvrage, lorsque l'exécution défectueuse lui est personnellement imputable, soit à raison des ordres qu'il a donnés contrairement aux avis formels de l'entrepreneur, soit pour toute autre cause.

En d'autres termes, si le défaut est personnellement imputable au maître d'ouvrage, l'entrepreneur est entièrement exonéré de sa garantie pour ce défaut. Le fardeau de la preuve incombe à l'entrepreneur qui s'en prévaut pour contester sa responsabilité.

La jurisprudence admet depuis peu que le maître peut également se voir imputer une responsabilité partielle (ATF 116 II 454).

L'application de la règle suppose la réunion de trois conditions :

- 1° Le défaut doit être **le fait du maître**. On y assimile naturellement le fait des auxiliaires du maître, qu'il s'agisse d'un architecte ou d'un ingénieur. L'hypothèse la plus fréquente en droit de la construction est celle des instructions données par l'auteur du projet ou le directeur des travaux. Par ces ordres, le maître arrête de façon obligatoire la manière dont l'entrepreneur doit exécuter l'ouvrage à tel ou tel égard. Ses ordres peuvent se rapporter à la conception (ATF 116 II 456 = JdT 1991 I 364), aux méthodes de travail, à la chronologie des travaux, à la matière à employer, etc.
- 2° Pour que l'entrepreneur puisse s'exonérer de la garantie, il doit avoir **donné un avis formel** au maître d'ouvrage qu'il dégage sa responsabilité pour le cas où un défaut résulterait de l'apport ou des instructions que le maître maintiendrait (PIERRE TERCIER, op. cit., note 4113).
- 3° Le fait imputé doit être une **cause adéquate** du défaut de l'ouvrage.

Ne constituent par contre **pas** des ordres du maître :

- les propositions, suggestions, souhaits, conseils ou descriptions du maître dénués de caractère contraignant qui laissent l'entrepreneur libre de faire d'autres choix (PETER GAUCH, op. cit., note 1929) ;
- les prescriptions légales ou les directives des autorités auxquelles le maître enjoint l'entrepreneur de se référer (PETER GAUCH, op. cit., note 1930) ;
- les conventions sur la manière d'exécuter l'ouvrage dont l'entrepreneur a pris lui-même l'initiative (PETER GAUCH, op. cit., note 1931).

Un défaut imputable au maître peut aussi résulter du fait de la **matière ou du terrain** mis à disposition par ce dernier en vue de l'ouvrage convenue (DC 1986 n° 9 ; E 1990 43). Le maître peut cependant opposer **deux exceptions** :

1° Absence d'information sur la défectuosité décelée

Si l'entrepreneur a des doutes fondés sur le caractère approprié du terrain et de la matière il doit en informer immédiatement le maître. S'il ne l'a pas fait, l'entrepreneur répond des défauts de l'ouvrage.

Exemple :

Même s'il n'est chargé que de livrer un radier brut, l'entrepreneur qui connaissait l'utilisation ultérieure que le maître ferait des locaux “ *ne pouvait se désintéresser de ce qui serait aménagé sur son ouvrage, compte tenu du risque de condensation évident au moment de la pose du second œuvre en raison de la conception choisie* ”. Il devait donc en informer le maître et a engagé sa responsabilité pour ne pas l'avoir fait (DC 1994 n. 218).

2° Méconnaissance fautive de la défectuosité

Si l'entrepreneur n'a pas décelé la défectuosité alors qu'il aurait dû la déceler, il ne peut s'exonérer de la responsabilité de la garantie pour les défauts.

Exemple :

Un architecte-paysagiste est à même de se rendre compte de l'instabilité que provoquerait la mise en place d'un mur et de la terre végétale sur un ancien mur de pierres sèche. Il doit examiner le terrain et aviser le maître des éventuels risques de dommages (DC 1992 94 n° 155).

1.3 Un défaut non accepté par le maître

Le maître perd ses droits à la garantie s'il accepte l'ouvrage (article 370 alinéa 1 CO). Il ne faut pas confondre réception de l'ouvrage et acceptation de celui-ci (avec les défauts).

L'ouvrage est **reçu ou livré** lorsque l'entrepreneur le remet ou communique son achèvement au maître qui, de son côté, le considère comme terminé. **L'acceptation** a quant à elle trait à l'excellence de l'ouvrage livré et à sa vérification(ATF 89 II 409 et 97 II 353).

La **réception** suppose un ouvrage terminé (avec ou sans défaut, peu importe) : l'entrepreneur aura exécuté tous les travaux convenus. Du point de vue de l'entrepreneur, la réception correspond à la livraison. Celle-ci se fait par tradition ou par un avis ad hoc. La réception sera tacite lorsque l'ouvrage est utilisé conformément à sa destination (ATF 113 II 267, JdT 1988 I 16). Il n'est pas nécessaire que le maître ou son représentant ait la volonté de recevoir. **La réception se distingue nettement de l'acceptation par laquelle le maître manifeste à l'entrepreneur la volonté de considérer l'ouvrage livré comme exécuté conformément au contrat** (ATF 115 II 456 = JdT 1990 p. 308).

Dès lors pour que le maître ait accepté l'ouvrage, **il ne suffit pas qu'il ait procédé à la réception** (DC 1981 n° 8), il doit encore manifester son acceptation.

L'acceptation peut être **expresse ou tacite**.

Elle est **expresse**, si après la réception et la vérification régulière de l'ouvrage, le maître donne décharge à l'entrepreneur ou renonce à invoquer les défauts constatés (reconnaissance négative de dette ; Pierre TERCIER, Les Contrats spéciaux, Zurich 2003, n. 4118).

Elle est **tacite** avant tout si le maître néglige certains devoirs (incombances) que lui impose la loi (DC 1996 243).

2 Les incombances

Le maître a le devoir de vérifier l'état de l'ouvrage et, s'il constate des défauts, d'en aviser immédiatement l'entrepreneur (article 367 alinéa 1 CO). Le maître qui omet les devoirs que lui impose la loi est censé accepter tacitement l'ouvrage (article 370 alinéa 2 CO).

2.1 La vérification de l'ouvrage

a En général

Le maître doit procéder à la vérification de l'ouvrage aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires (article 367 alinéa 1 CO), après la livraison.

Il peut y procéder lui-même ou faire appel à des tiers-experts, à ses frais. La vérification s'effectuera, sauf convention contraire, comme dans le cadre du contrat de vente, au lieu de livraison. Le devoir de vérification et d'avis du maître est une incombeance : si le maître ne l'accomplit pas, il perd ses propres droits attachés à la garantie (DC 1997 n° 133).

b Défauts apparents, cachés et dissimulés

Sont des défauts **apparents** ceux qui ont été ou pouvaient être constatés lors de la vérification régulière et diligente de l'ouvrage (RFJ 2000 275 + réf. citées).

Sont des défauts **cachés** ceux qui ne se manifestent que plus tard parce qu'ils n'ont pas été et ne pouvaient pas être constatés lors de la vérification régulière et diligente de l'ouvrage (ATF 117 II 425). Ainsi, les défauts de l'isolation thermique, qui ne peut être contrôlée pendant la saison d'été ou l'isolation phonique, qui ne peut être constatée apparemment avant que les logements voisins ne soient occupés, sont des défauts cachés (RFJ 2000 275 + réf. citée). Par contre, si le maître découvre par hasard un défaut caché avant l'échéance de vérification, celui-ci doit être considéré comme apparent sous l'angle de la garantie pour les défauts (P. GAUCH, n. 2184).

Les défauts **dissimulés** par l'entrepreneur peuvent être invoqués par le maître en tout temps (article 370 al. 1 CO), même s'il n'a pas donné avis à temps. Sont des défauts dissimulés ceux que l'entrepreneur a intentionnellement tus ou cachés (ATF 89 II 405, JdT 1964 I 25).

1.2 L'avis des défauts

Selon l'article 367 alinéa 1 CO, le maître qui constate l'existence d'un défaut est tenu de le **signaler** immédiatement à l'entrepreneur. S'il omet de le faire, il perd les droits attachés à la garantie.

L'avis des défauts n'est soumis à **aucune forme particulière**. La prudence commande qu'il le soit par pli recommandé.

L'avis doit cependant être **motivé** en fait et, à tout le moins, indiquer exactement les défauts incriminés ; il doit, en outre, y figurer l'idée que le maître ne tient pas l'ouvrage pour conforme et s'en prend à l'entrepreneur (RFJ 2000 275 ; ATF 107 II 172/JdT 1981 I 598, consid. 1a et les références). Une déclaration toute générale est insuffisante (*“ La maison a des défauts importants. Veuillez les réparer ”*).

L'avis des défauts doit être objectivement matérialisé, les défauts doivent être signalés un à un, et exactement délimités dans leur nature et leur étendue.

L'avis doit être donné **immédiatement** après que le maître les a découverts (DC 1997 n° 133). Si le maître a recours à un expert, pour obtenir la confirmation qu'il y a un défaut, il doit immédiatement informer l'entrepreneur avant de connaître le résultat de l'expertise. Si c'est par cette expertise qu'il apprend que l'ouvrage a un défaut, il peut encore en aviser l'entrepreneur.

La communication de l'expertise à l'entrepreneur suffit en tant qu'avis des défauts, s'il en ressort que le maître considère l'ouvrage non conforme et si elle décrit clairement les défauts dont l'entrepreneur serait responsable (DC 1996 n° 243)

L'avis donné par le maître lors de l'état des lieux auquel la direction des travaux procède en présence des parties est donné à temps (DC 1997 n° 315).

Exemples:

- si le maître découvre des défauts d'étanchéité à la mi-octobre, l'avis donné par écrit le 10 novembre ou même par oral le 4 novembre, est tardif, quand bien même il aurait été décidé de procéder à une expertise en commun à cette dernière date (ATF 118 II 148 = JdT 1993 I 305) ;
- un avis donné 5 semaines après la découverte d'un défaut affectant la façade d'un bâtiment est tardif (ATF 118 II 148) ;
- si des défauts cachés apparaissent peu à peu, ils ne sont pas déjà découverts au moment où les premières traces apparaissent, mais uniquement lorsque le maître en a saisi la signification et la portée, parce qu'il s'est rendu compte du caractère sérieux de la situation (ATF 117 II 427 = JdT 1992 I 608 ; ATF 118 II 149 = JdT 1993 I 305 ; par exemple des fissures murales : ZR 74/1975, n° 75, p. 231).

Il appartient au maître de prouver qu'il a donné avis, correctement et à temps.

3 Le respect des délais de prescription

Il ne faut pas confondre **prescription** et **déchéance**.

Je rappelle que le maître est **déchu** de ses droits s'il manque aux règles relatives à la vérification de l'ouvrage et à l'avis des défauts, respectivement s'il accepte l'ouvrage avec ses défauts.

Les droits du maître sont en revanche **prescrits** s'il n'agit pas dans les délais prévus par l'article 371 CO.

Le délai de prescription est **d'un an** à compter de la livraison, même si le maître n'a découvert les défauts que plus tard (sauf si l'entrepreneur a promis une garantie pour un délai plus long).

Le délai est porté à **cinq ans** pour les **constructions immobilières**. Sont des constructions immobilières celles qui sont rattachées au sol de manière durable et dont les défauts ne peuvent pas être constatés en l'espace d'une année, notamment en raison des conditions géologiques et atmosphériques (ATF 93 II 242).

4 Les droits du maître résultant de la garantie

En cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage, la garantie ouvre au maître en principe quatre voies (cf. article 368 CO) :

- 1° le droit d'exiger la **réparation** de l'ouvrage aux frais de l'entrepreneur ;
- 2° le droit de **réduire le prix** ;
- 3° le droit de **refuser l'ouvrage**.

Ces droits sont **alternatifs** : le maître peut choisir quelle voie il entend emprunter mais, une fois ce choix opéré et communiqué, il est définitif et le maître ne peut le modifier sans l'accord de l'entrepreneur.

- 4° Le maître conserve, en sus, le droit de demander des dommages-intérêts. Ce droit est **cumulatif**, en ce sens qu'il s'ajoute aux autres droits évoqués ci-dessus.

4.1 Le droit à la réfection de l'ouvrage

Le droit à la réfection de l'ouvrage permet au maître d'obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais. C'est une faculté accordée au maître, et non d'un droit de l'entrepreneur. S'il le préfère, le maître peut renoncer à la réparation de l'ouvrage et se contenter de la réduction du prix.

Il faut que l'exécution soit

- **possible**, en ce sens qu'il faut que l'entrepreneur soit à même de supprimer effectivement le défaut par les travaux supplémentaires qu'il réalisera sur l'ouvrage ;
- **raisonnable**, autrement dit que la réfection soit possible sans dépenses excessives (article 368 alinéa 2 CO). La réfection est exclue lorsque les frais que l'entrepreneur doit prendre en charge sont disproportionnés par rapport à l'intérêt qu'a le maître à obtenir un ouvrage sans défaut. En cas de disproportion, le maître ne peut exiger que la réduction du prix ou la résolution du contrat.

Si l'entrepreneur **exécute son obligation**, le maître doit lui payer la totalité du prix convenu. Il peut refuser de payer tant que l'entrepreneur ne s'est pas exécuté (article 82 CO) . Deux situations sont alors envisageables : si le défaut est supprimé, l'entrepreneur a exécuté la prestation qu'il avait promise, savoir livrer un ouvrage sans défaut. Un nouveau délai d'avis et de prescription commencent à courir dès la nouvelle livraison de 'ouvrage réparé, mais uniquement pour la partie visée par la réparation. Si, en revanche, le défaut n'est pas supprimé, le maître est replacé dans la situation de départ et peut choisir l'un des droits que lui reconnaît l'article 368 CO.

Si, en revanche, l'entrepreneur **refuse, tarde ou paraît incapable** de réparer le défaut, le maître de l'ouvrage a deux possibilités :

- il peut faire exécuter les travaux par un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur (article 366 alinéa 2 CO ; **exécution par substitution**). Il n'est pas nécessaire de faire appel au juge, mais le maître prendra la précaution de solliciter son accord avant de se lancer dans une telle opération.
- il peut **résilier le contrat**.

4.2 Le droit à la réduction du prix

On parle **d'action minutoire**.

L'article 368 alinéa 2 CO permet au maître de réduire le prix en proportion de la moins-value. Le maître peut choisir cette voie chaque fois qu'il existe une **différence entre la valeur objective de l'ouvrage sans défaut et la valeur de ce même ouvrage avec défaut**. Ce n'est donc pas le prix convenu qui est déterminant. Ainsi, le maître peut exiger une réduction, même si la valeur de l'ouvrage avec le défaut atteint ou dépasse le prix convenu (cf. PIERRE TERCIER, op. cit., notes 4205 et suivantes pages 612 et suivante). En revanche, si la moins-value égale le prix de l'ouvrage, le maître ne peut demander la réduction : il doit exercer la réhabilitation (résolution du contrat).

Exemples :

Prix convenu : 100'000
Valeur de l'ouvrage avec défaut : 110'000
Réduction du prix possible

Prix convenu : : 100'000
Moins-value : 100'000
Pas de réduction de prix.

Pour le calcul de la réduction, on procède selon la méthode dite relative : on détermine la valeur objective de l'ouvrage supposé conforme dont on déduit la valeur objective de l'ouvrage défectueux pour obtenir le montant de la réduction.

Exemple :

Prix convenu : 125'000
Valeur de l'ouvrage conforme : 100'000
Valeur de l'ouvrage avec défaut : 80'000
Réduction : 20%
Prix dû : 100'000

(c f. PIERRE ENGEL, op. cit., page 451).

4.3 Le droit à la résolution du contrat

On parle d'**action réhibitoire**.

Ce droit n'existe que si l'ouvrage est inutilisable ou que le maître ne peut **raisonnablement** être tenu de l'accepter (cf. article 368 alinéa 1 CO). Cependant, selon l'article 368 alinéa 3 CO, le maître ne peut résoudre le contrat dans l'hypothèse d'ouvrages faits sur le fonds du maître et dont, à raison de leur nature, l'enlèvement présenterait des inconvénients excessifs. Il n'a alors droit qu'à l'action en réduction ou en réparation.

La résolution est **également exclue** si

- le maître a transformé ou aliéné l'ouvrage ;
- le maître en a poursuivi l'utilisation en connaissance de cause et la résolution constituerait en ce cas un abus de droit ;
- l'ouvrage a été détruit par la faute du maître.

(c f. PIERRE ENGEL, op. cit., page 450).

Si les conditions sont données, le maître peut, par une déclaration unilatérale, refuser l'ouvrage, autrement dit résoudre le contrat avec effet rétroactif. Cela signifie que

- l'entrepreneur doit **restituer** avec intérêts les montants qu'il a reçus du maître à titre d'avance ;
- le maître doit **rendre** l'ouvrage à l'entrepreneur ;
- lorsque l'ouvrage a été élevé sur le fonds du maître, l'entrepreneur a le droit et l'obligation de **l'enlever**, à défaut de quoi le maître peut faire procéder à son enlèvement aux frais de l'entrepreneur ;
- en reprenant l'ouvrage, l'entrepreneur doit, si cela n'entraîne pas de dépenses ou de dommages excessifs (auquel cas son obligation est convertie en dommages-intérêts), **séparer** la matière fournie par le maître.

(cf. PIERRE TERCIER, op. cit., notes 4222 et suivantes page 615).

4.4 Le droit à la réparation du dommage.

L'article 368 alinéa 1 et 2 CO permet au maître de demander des dommages-intérêts lorsque l'entrepreneur est **en faute**.

Il faut que le maître ait subi un dommage, qu'il existe un lien de causalité entre ce dommage et le défaut de l'ouvrage et que l'entrepreneur ait (personnellement ou par un de ses auxiliaires) commis une faute.

Si ces conditions sont réunies, le maître peut exiger une indemnité destinée à réparer le dommage.

Exemples :

- le montage défectueux d'une grue a engendré un chômage technique, d'où une perte de gain pour le maître ;
- le feu d'artifice mal mis en place a dû être retardé de plusieurs heures et le maître a dû rembourser des billets, d'où une perte.

(c f. PIERRE ENGEL, op. cit., pages 452 et suivante).
