

# Le nouveau droit de la garantie pour les défauts

## Ce qui reste, ce qui change et la transition entre les deux

Le 1<sup>er</sup> janvier 2026 entrera en vigueur la modification du CO du 20 décembre 2024, intitulée « Défauts de construction » (RO 2025 270). Notre contribution a pour ambition de présenter la révision législative dans son contexte et d’en proposer une lecture critique. Du point de vue juridique, l’article présente en détail les principales modifications législatives en prenant soin de les intégrer dans la grille d’analyse plus large de la garantie pour les défauts. On retrouve donc tant les éléments qui restent que ceux qui changent, sans oublier la question de la transition entre les deux régimes. L’analyse critique identifie les principaux enjeux qui se présenteront dans l’interprétation du nouveau texte. Du point de vue politique, la révision législative poursuivait un certain nombre d’ambitions, avant tout la protection des acheteurs particuliers de logements. La contribution vérifie si ces ambitions initiales se concrétisent dans le texte finalement adopté.

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| I. Introduction                    | 172 |
| II. Généralités                    | 172 |
| III. Ce qui reste et ce qui change | 174 |
| IV. La transition entre les deux   | 185 |
| V. Conclusion                      | 186 |

### Citation :

BLAISE CARRON / ISAAC BERGMANN, Le nouveau droit de la garantie pour les défauts, Ce qui reste, ce qui change et la transition entre les deux, sui generis 2025, p. 171

Prof. Blaise Carron, LL.M. (Harvard), Professeur à l’Université de Neuchâtel et avocat spécialiste FSA droit de la construction et de l’immobilier, Berne (blaise.carron@unine.ch). Isaac Bergmann, MLaw (Neuchâtel/Lucerne), doctorant à l’Université de Neuchâtel et avocat à Berne (isaac.bergmann@unine.ch).

DOI : <https://doi.org/10.21257/sg.286>

Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution – Partage dans les mêmes conditions 4.0 International.

## I. Introduction

- 1 7 jours : c'est le délai dont dispose actuellement un acheteur d'une part de PPE pour aviser la vendeuse du défaut d'étanchéité qu'il constate. S'il laisse passer ce délai, ses droits se périment. Même s'il respecte ses incombances, il faut encore que le contrat n'exclue pas la garantie de la vendeuse. Enfin, même dans cette hypothèse, l'acheteur ne dispose en principe pas du droit à la réfection, car celui-ci n'appartient pas au régime légal de la vente<sup>1</sup>.
- 2 Pour remédier à ces difficultés, le législateur a modifié les règles du Code des obligations<sup>2</sup> sur le contrat de vente et le contrat d'entreprise concernant la garantie pour les défauts, dont la version révisée entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2026. La présente contribution vise à présenter cette modification législative<sup>3</sup>.
- 3 Après quelques généralités incluant un rappel de la notion et des sources du droit de la garantie pour les défauts ainsi qu'une vue d'ensemble de la révision, nous analysons le régime de la garantie pour les défauts en distinguant, pour chaque aspect, ce qui reste et ce qui change. Pour les aspects non concernés par la révision (« ce qui reste »), la présentation se limite aux éléments essentiels. Les points révisés (« ce qui change ») font l'objet de développements plus poussés. L'approche retenue se veut critique, nourrie par les questions se posant aux mondes académique et pratique<sup>4</sup>.

1 Pour des détails sur ces difficultés, cf. notamment BLAISE CARRON, Acquisition d'une part de propriété par étages (PPE) et garantie pour les défauts, in : Bohnet/Carron (édit.), PPE 2019, Bâle/Neuchâtel 2019, p. 1 ss ; BLAISE CARRON / ISAAC BERGMANN, La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie pour les défauts, in : Hug/Carron/Müller (édit.), La figure du consommateur vulnérable, Neuchâtel 2025, p. 227 ss, *passim* ; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung – noch immer umkämpft, in : Stöckli (édit.), Schweizerische Baurechtstagung 2017, Fribourg 2017, p. 149 ss ; ARNAUD NUSSBAUMER, Les droits de garantie et la PPE : Quelques problèmes récurrents, in : Pichonnaz/Werro (édit.), La pratique contractuelle 6 – Symposium en droit des contrats, Genève et al. 2018, p. 145 ss. Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_373/2024 du 17 septembre 2025, commenté in : BLAISE CARRON / ISAAC BERGMANN, La légitimation active pour la réparation d'une partie commune défectueuse d'une PPE : passé, présent, futur, Newsletter immodroit.ch novembre 2025 (cit. « Newsletter immodroit »).

2 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

3 Nous ne traiterons pas de la modification relative à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 839 al. 3 nCC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, version du 1<sup>er</sup> janvier 2026 [CC ; RS 210])) faisant partie de la même révision. À ce sujet, cf. p. ex. DANIEL GUIGNARD, Les garanties du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur dans la construction, not@lex 2025, p. 64 ss.

4 Cf. en particulier CARRON/BERGMANN, Newsletter immodroit (n. 1) ; BEAT FLACH, Neues Werkvertragsrecht – Überblick für Planende du 14 juillet 2025 ; PETER GAUCH, « Obligationenrecht (Baumängel) » – Ein Streifzug durch die partielle Revision des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts vom 20. Dezember 2024, SJZ 2025, p. 495 ss ; SHIRIN GRÜNG, Werkmängel: längere Rügefrist, aber nicht immer, Revue de l'avocat 2025, p. 412 ss ; PASCAL PICHONNAZ, La réparation de l'ouvrage défectueux, in : Zufferey (édit.), Journées

## II. Généralités

### 1. Le droit de la garantie pour les défauts

#### a) La notion

Par « garantie pour les défauts », on entend l'ensemble 4 des droits qui appartiennent à l'acquéreur lorsque le bien présente un défaut existant au moment du transfert des risques<sup>5</sup>. Il s'agit d'un cas particulier de responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO), qui se distingue du régime général non seulement par les droits spécifiques prévus, mais aussi par le fait qu'elle consacre un régime de responsabilité objective<sup>6</sup>.

L'institution est propre aux contrats de vente et d'entre- 5 prise (art. 184 ss et 363 ss CO). Vu la proximité des deux régimes (n°7) et l'impact identique de la révision sur ces deux contrats, cette contribution les aborde en commun. En ce sens, et par souci de simplification, elle privilégie une terminologie commune (bien, aliénatrice, acquéreur) et ne recourt aux termes spécifiques (chose, vendeuse, acheteur pour la vente ; ouvrage, entreprise et maître d'ouvrage pour le contrat d'entreprise) que si nécessaire.

#### b) Les sources

##### aa) Les sources légales

La garantie pour les défauts fait l'objet de trois régimes 6 légaux différents :

- 1° Pour la vente mobilière : art. 197 à 210 CO.
- 2° Pour la vente immobilière : art. 219 à 221 CO, ce dernier prévoyant l'application par analogie des règles sur la vente mobilière.
- 3° Pour l'entreprise : art. 367 à 371 CO.

Ces régimes sont les pendants l'un de l'autre et leurs règles 7 se ressemblent largement<sup>7</sup>. La principale différence réside dans le fait qu'en droit actuel, les dispositions sur la vente ne connaissent pas de droit à la réfection (art. 368 al. 1 CO) et que le droit au remplacement de la chose (art. 206 CO) ne figure que dans les dispositions sur la vente<sup>8</sup>.

suisse du droit de la construction 2025, p. 61 ss ; HUBERT STÖCKLI / PETER GAUCH, Neue Gesetzesregeln zur Mängelhaftung – Ideen, wie die SIA-Norm 118 anzupassen wäre, BR/DC 5/2025, p. 205 ss.

5 PIERRE TERCIER / BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 6<sup>ème</sup> éd., Genève/Zurich 2025, N 632 et N 3798 ; SILVIO VENTURI / MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2021, Intro. art. 197-210 N 2 ss (cit. CR CO I-AUTEUR-E).

6 ATF 133 III 335, consid. 2.4 ; CHRISTOPH MÜLLER, Contrats de droit suisse – Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Berne 2021, N 288 s. et N 2050 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. art. 197-210 N 2 ss.

7 ATF 100 II 30, consid. 2 ; ATF 131 III 145, consid. 7.2 ; CR CO I-CHAIX, art. 1 N 2 ; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6<sup>ème</sup> éd., Zurich 2019, N 1352 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 639 et N 3798 et réf.

8 BLAISE CARRON / ISAAC BERGMANN, La Norme SIA 118 et la cession des droits de garantie pour les défauts, en particulier dans la propriété par étages, Lugano 2024, N 76 ; HEINRICH HONSELL, in : Widmer

8 La plupart des règles sont de *nature dispositive*<sup>9</sup>. Selon le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2025, seul l'art. 199 CO (qui est impératif) et l'art. 210 al. 4 CO (qui est relativement impératif) font exception<sup>10</sup>.

9 Les *règles générales sur l'inexécution des obligations* (art. 97 ss CO) peuvent s'appliquer en concours avec les règles spéciales sur la garantie pour les défauts en matière de vente (art. 197 ss CO) si les conditions des deux régimes sont remplies<sup>11</sup>. Le concours est en revanche exclu en matière de contrat d'entreprise (art. 363 ss CO)<sup>12</sup>.

#### bb) Les sources privées

10 Outre le régime légal sur lequel porte principalement cette contribution, il faut signaler les dispositions de la *Norme SIA 118*<sup>13</sup>, incontournable pour les contrats de construction<sup>14</sup>.

11 La Norme SIA 118 contient des *conditions générales* et ne s'applique que si les parties l'ont valablement intégrée à leur contrat<sup>15</sup>. Elle régit principalement les contrats d'entreprise de construction et son contenu n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats de vente ou aux contrats d'entreprise ne portant pas sur un ouvrage de construction (art. 1 et 2 et préambule SIA 118)<sup>16</sup>.

12 Le régime de la garantie pour les défauts de la Norme SIA 118 *précise et complète celui des art. 367 ss CO*, applicable à titre supplétif<sup>17</sup>. Il s'en distingue notamment en conférant un caractère prioritaire au droit de réfection (art. 169 al. 1 SIA 118), en instaurant un délai de deux ans à compter du jour de la réception durant lequel l'avis des défauts peut intervenir en tout temps (art. 172 s. SIA 118)

Lüchinger/Oser (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7<sup>ème</sup> éd., Bâle 2020 (cit. BSK OR I-AUTEUR-E), art. 205 N 5 ss; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. art. 197-210 N 7 et art. 205 N 28 ss.

9 ATF 116 II 305, consid. 3a; ATF 118 II 142, consid. 1; GAUCH (n. 7), N 2580 ss; BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 N 4.

10 BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 N 4; TERCIER/CARRON (n. 5), N 646 s. et N 3807 et réf.

11 ATF 133 III 335, consid. 2.4.1; MÜLLER (n. 6), N 289 s.; TERCIER/CARRON (n. 5), N 649 ss.

12 ATF 136 III 273, consid. 2.2; ATF 100 II 30, consid. 2; GAUCH (n. 7), N 2327 ss.

13 Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction du 1<sup>er</sup> janvier 2013 (SIA 118).

14 Au sujet des particularités de la Norme SIA 118, cf. parmi d'autres : BLAISE CARRON, La « SIA 118 » pour les non-initiés, JDC 2007, p. 1 ss, *passim*.

15 Cf. le préambule de la Norme SIA 118; ég. GAUCH (n. 7), N 283 et N 2587.

16 CARRON (n. 14), p. 5; ROLAND HÜRLIMANN, in : Gauch/Stöckli (édit.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013), 2<sup>ème</sup> éd., Zurich et al. 2017, art. 1 N 1 ss.

17 On relève au passage qu'à l'instar des art. 367 ss CO, le régime de la Norme SIA 118 exclut l'application cumulative des art. 97 ss CO (art. 171 al. 1 SIA 118); cf. ég. ATF 117 II 550, consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_373/2024 du 17 septembre 2025, consid. 7.1.

et le fardeau de la preuve du défaut est renversé (art. 174 al. 3 SIA 118), ainsi qu'en harmonisant le délai de prescription (5 ans) indépendamment du type – mobilier ou immobilier – d'ouvrage (art. 180 al. 1 SIA 118)<sup>18</sup>.

## 2. La révision du droit de la garantie pour les défauts

Le droit de la garantie pour les défauts, déjà adapté une première fois en 2012<sup>19</sup>, va vivre une *évolution importante* avec l'entrée en vigueur de la modification du CO, intitulée « Défauts de construction », votée par le Parlement le 20 décembre 2024 et entrant en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2026. Après avoir présenté l'objectif et la genèse de cette révision, nous traiterons de la portée de celle-ci.

### a) L'objectif et la genèse

La révision législative vise à *renforcer la protection des acquéreurs* en cas de défauts de construction<sup>20</sup>. Les modifications répondent à plusieurs démarches parlementaires (dont certaines remontent à plus de 20 ans) et aux critiques issues de la pratique<sup>21</sup>.

Parmi les problèmes visés figurent en particulier la *brièveté du délai d'avis des défauts* (n°34) et la pratique, courante dans les ventes de parts de PPE sur plans, de la *cession-exclusion des droits de garantie* (n°70)<sup>22</sup>.

Le 19 octobre 2022, le Conseil fédéral a publié un premier *projet de loi*<sup>23</sup>, accompagné d'un message<sup>24</sup>. La portée du message doit toutefois être considérablement relativisée dans l'interprétation de la version finale du texte<sup>25</sup>. Les chambres ont en effet profondément modifié le projet, au point que la *version finale* votée le 20 décembre 2024 s'en distingue sur de nombreux points, rendant les travaux

18 Pour des détails, cf. CARRON/BERGMANN (n. 8), N 79 ss et réf.; GAUCH (n. 7), N 2587 ss.

19 Code des obligations, Modification du 16 mars 2012 (RO 2012 5415); Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil concernant l'initiative parlementaire 06.490 du 21 janvier 2011 (FF 2011 2699), Avis du Conseil fédéral concernant l'initiative parlementaire 06.490 du 20 avril 2011 (FF 2011 3655).

20 Message concernant la modification du Code des obligations (Défauts de construction) du 19 octobre 2022 (FF 2022 2743), p. 6 et p. 12 ss; FLACH (n. 4); GUIGNARD (n. 3), p. 62.

21 Pour une vue d'ensemble des interventions parlementaires concernées, cf. Message défauts de construction (n. 20), p. 9 ss. Cf. ég. HUBERT STÖCKLI, Bauherrschaft und Baumängel, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz du décembre 2013.

22 Message défauts de construction (n. 20), p. 13 ss. À ce sujet, cf. CARRON (n. 1), N 156 ss; CARRON/BERGMANN (n. 1), N 45 ss et N 65 ss; ég. ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHAZAOUI, La cession des droits de garantie : l'état de la question, in : Pichonnaz/Werro (édit.), Les tiers et le contrat – La pratique contractuelle 8 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich 2024, p. 53 ss.

23 Code des obligations Projet (Défauts de construction) (FF 2022 2744).

24 Message concernant la modification du Code des obligations (n. 20).

25 En ce sens : GAUCH (n. 4), p. 503 s.

préparatoires en partie obsolètes<sup>26</sup>. Le Parlement a par exemple conféré un caractère «relativement impératif» au délai de 60 jours d'avis des défauts régi par l'art. 219a nCO<sup>27</sup>, alors que le projet ne le prévoyait pas (art. 219a P-CO). Il en va de même pour le caractère relativement impératif du droit de réfection dans le contrat d'entreprise pour les défauts concernant des constructions (art. 368 al. 2<sup>bis</sup> nCO), dont la portée se limitait à l'origine aux constructions réservées à un usage personnel ou familial (art. 368 al. 2<sup>bis</sup> P-CO)<sup>28</sup>.

## b) La portée de la révision

- 17 La révision du droit de la garantie est partielle. Les modifications portent en substance sur les *éléments* suivants.
  - 1° Les «*défauts de construction*». Ces termes ressortant du titre de la révision législative délimitent – certes imparfaitement – son champ d'application. Les nouvelles règles concernent principalement la vente d'immeubles récemment construits ou à construire ainsi que la construction d'ouvrages immobiliers, y compris les choses ou ouvrages mobiliers qui y sont rattachés. La révision couvre néanmoins aussi d'autres hypothèses<sup>29</sup>.
  - 2° La *durée et la nature du délai d'avis des défauts*. L'avis des défauts est une condition d'exercice du droit à la garantie (n°25 ss). Sa durée est nouvellement étendue à 60 jours pour les contrats de vente et d'entreprise relatifs à des objets immobiliers, y compris les choses ou ouvrages mobiliers qui y sont rattachés. En outre, sa nature est dorénavant relativement impérative.
  - 3° La *nature des délais de prescription de 5 ans*. La garantie pour les défauts connaît des délais de prescription qui varient entre 1 an et 30 ans (n°43). La révision prévoit que les délais de prescription de 5 ans ont dorénavant une nature relativement impérative, puisqu'ils ne peuvent plus être modifiés conventionnellement au détriment de l'acquéreur.
  - 4° Le *principe et la nature du droit à la réparation*. Ce droit est un effet de la garantie pour les défauts (n°53 ss). Alors qu'il n'existait pas pour le contrat de vente et qu'il était de nature dispositive, il apparaît nouvellement pour les ventes immobilières comprenant une construction à ériger ou récente. En outre, il devient relativement impératif tant dans la vente immobilière

26 Sept sessions de délibérations ont ainsi eu lieu entre le 25 septembre 2023 et le 19 décembre 2024 avant que les chambres ne s'entendent sur la version finale : Code des obligations (Défauts de construction). Modification.

27 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, version du 1<sup>er</sup> janvier 2026 (nCO; RS 220).

28 Sur la genèse de la révision, cf. SHIRIN GRÜNIG, in : Grünig/König (édit.), *Berner Kommentar, Der Werkvertrag*, Art. 363-379 OR, Berne 2024 (cit. BK OR-AUTEUR-E), art. 367 N 8 ss; PICHONNAZ (n. 4), p. 81 s.

29 Par exemple, l'avis des défauts de 60 jours concerne toutes les ventes immobilières (art. 219a al. 1 nCO).

que dans le contrat d'entreprise si le défaut concerne une construction.

En revanche, la révision ne modifie pas les éléments suivants du régime de la garantie pour les défauts :

- 1° La définition de l'*objet de la garantie* (la chose et l'ouvrage).
- 2° Les *conditions de fond*, en particulier la notion de défaut, ainsi que les *autres conditions d'exercice* du droit à la garantie, en particulier le devoir de vérification.
- 3° Les *autres effets* du droit à la garantie, tels que le droit à la réduction du prix, à la résolution du contrat ou la créance en dommages-intérêts en réparation d'un dommage consécutif au défaut.

## III. Ce qui reste et ce qui change

### 1. Les conditions de fond

#### a) Remarques générales

Outre le transfert des risques – qui correspond à la remise de la chose vendue ou à la réception de l'ouvrage – les droits de la garantie supposent la réalisation de *trois conditions de fond*<sup>30</sup>. On rappelle qu'il s'agit d'une responsabilité en principe objective, qui ne requiert pas d'établir une faute du débiteur (n°4).

#### b) L'existence d'un défaut (inchangé)

Par défaut, on entend l'*absence d'une qualité* dont l'aliénatrice avait *promis* l'existence ou à laquelle l'acquéreur *pouvait s'attendre* selon les règles de la bonne foi<sup>31</sup>. Pour déterminer s'il y a défaut, on examine si l'aliénatrice a pris des engagements sur des qualités de l'objet (qualités promises)<sup>32</sup>; si elle ne l'a pas fait, on se fonde sur les qualités que l'acquéreur pouvait raisonnablement attendre selon les règles de la bonne foi compte tenu de l'usage prévu ou auquel l'objet est normalement destiné<sup>33</sup>.

#### c) L'ignorance ou la non-imputabilité du défaut (inchangé)

Le défaut doit être *ignoré* de l'acheteur (art. 200 CO)<sup>34</sup>, ou *ne pas être imputable* au maître d'ouvrage (art. 369 CO)<sup>35</sup>.

30 En ce sens aussi : MÜLLER (n. 6), N 302 ss et N 2049 ss; TERCIER/CARRON (n. 5), N 661 et N 3809. Retenant 4 conditions : CARRON/BERGMANN (n. 8), N 84 et CARRON/BERGMANN (n. 1), N 15 ss. Retenant 3 conditions mais différentes : BK OR-GRÜNIG, art. 367 N 2 ss.

31 TERCIER/CARRON (n. 5), N 664, N 1754 et N 3811; cf. ég. ATF 100 II 30, consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_361/2022 du 25 avril 2023, consid. 4.

32 ATF 109 II 24, consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_535/2021 du 6 mai 2022, consid. 5.1; GAUCH (n. 7), N 1366.

33 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_428/2007 du 2 décembre 2008, consid. 3.1; TERCIER/CARRON (n. 5), N 696 ss et N 3816 ss.

34 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_619/2013 du 20 mai 2014, consid. 4.1; MÜLLER (n. 6), N 320 ss; TERCIER/CARRON (n. 5), N 700 ss.

35 GAUCH (n. 7), N 1912 ss; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3830 ss et réf.

- 22 En matière d'*entreprise* en particulier, l'imputabilité suppose le cumul des éléments suivants :
- 1° Le défaut est le *fait du maître* ou d'un de ses auxiliaires, par exemple en raison des matériaux choisis ou des instructions données<sup>36</sup>.
  - 2° L'entreprise a *avisé le maître*, sauf lorsque le maître ou ses auxiliaires sont manifestement plus qualifiés que l'entreprise<sup>37</sup>.
  - 3° Le fait du maître est en *corrélation* avec le défaut<sup>38</sup>.

#### d) La non-acceptation du défaut (inchangé)

- 23 L'obligation de garantie de l'aliénatrice tombe également si l'acquéreur accepte le défaut (art. 370 al. 1 CO), c'est-à-dire manifeste sa volonté – expressément ou tacitement – de *renoncer à invoquer sa garantie pour les défauts* qu'il a constatés (ou aurait pu constater)<sup>39</sup>.
- 24 Il ne faut *pas confondre* l'acceptation (au sens strict) du défaut avec la *réception du bien*. L'acquéreur peut réceptionner le bien sans en accepter les défauts et donc sans renoncer aux droits découlant de la garantie<sup>40</sup>.

## 2. Les conditions d'exercice et la prescription

### a) Remarques générales

- 25 Le régime légal introduit *deux conditions d'exercice ou incombances* : le devoir de vérification et l'avis des défauts. Si l'acquéreur ne les respecte pas, la loi prévoit une fiction d'acceptation de l'ouvrage défectueux (sauf si l'aliénatrice a dissimulé le défaut) et la péremption des droits de garantie<sup>41</sup>.
- 26 En plus des incombances, l'acquéreur doit vérifier le respect du *délai de prescription* applicable, pour déterminer si l'aliénatrice risque de lui opposer l'exception correspondante<sup>42</sup>.

### b) Le devoir de vérification (inchangé)

- 27 Le devoir de vérification concerne les défauts apparents. L'acquéreur est *tenu de vérifier* le bien « aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires » (art. 201 et 367 al. 1 i.i. CO).

36 ATF 119 II 127, consid. 4 ; CR CO I-CHAIX, art. 369 N 7 ss.

37 ATF 116 II 454, consid. 2c ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_37/2019 du 30 avril 2019, consid. 3.4.2.

38 CR CO I-CHAIX, art. 369 N 6 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3839.

39 GAUCH (n. 7), N 2070 ss ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 704 ss et N 3840 ss.

40 ATF 115 II 456, consid. 4 ; MÜLLER (n. 6), N 321 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 706.

41 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_303/2023 du 26 mars 2024, consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_251/2018 du 11 septembre 2018, consid. 3.1 ; CR CO I-CHAIX, art. 367 N 2 et art. 370 N 22 ss ; BK OR-GRÜNIG, art. 367 N 264 ss ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 201 N 1 ss.

42 MÜLLER (n. 6), N 340 ss et N 2129 ss ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 707 s. et N 3844.

Le *moment de la vérification* varie en fonction de la nature du bien et du contexte<sup>43</sup>. En principe, on peut attendre de l'acquéreur qu'il vérifie le bien dans un délai de quelques jours à compter du moment où il en a la possession, respectivement en prend réception<sup>44</sup>. La vérification peut parfois n'avoir lieu que plusieurs mois plus tard, par exemple s'il faut attendre l'hiver et les premières neiges pour vérifier les qualités promises ou attendues d'un chasse-neige<sup>45</sup>.

Le *degré de vérification* est celui que l'on peut attendre d'un acquéreur moyen, mais rien n'empêche l'acquéreur d'aller au-delà. Il peut notamment recourir à un tiers (expert ou architecte)<sup>46</sup>.

### c) L'avis des défauts (modifié)

#### aa) Ce qui reste

#### Le contenu et la forme de l'avis

La jurisprudence a précisé le contenu de l'avis des défauts. L'acquéreur ne peut se contenter d'une critique générale<sup>47</sup> ; il doit décrire le défaut et faire comprendre à l'aliénatrice qu'il considère que le *bien n'est pas conforme* et qu'il en *tient l'aliénatrice pour responsable*<sup>48</sup>.

La loi n'impose *pas de forme spéciale*. En théorie, l'avis peut intervenir par oral ou par actes conclusants ; en pratique, les exigences de preuve font que l'acquéreur devrait privilégier la forme textuelle ou écrite<sup>49</sup>.

#### Le délai d'avis en général

S'agissant du délai d'avis des défauts, la loi connaît une *terminologie fluctuante et composée de notions juridiques indéterminées*. Les défauts cachés doivent être « signalés immédiatement » par l'acheteur (art. 201 al. 3 CO) et « aussitôt qu'il en a connaissance » par le maître d'ouvrage (art. 370 al. 3 CO). Pour les défauts apparents, la loi contient deux formulations dans la vente (l'acheteur doit « vérifier l'état de la chose reçue aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires » et « aviser sans délai »

43 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_392/2023 du 24 avril 2024, consid. 5.1.2 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 717 et N 5853. En détails sur ce point : BK OR-GRÜNIG, art. 365 N 121 ss et réf.

44 TERCIER/CARRON (n. 5), N 717 et réf. ; BSK OR I-HONSELL, art. 201 N 9. Cf. ég. CR CO I-CHAIX, art. 367 N 10 et GAUCH (n. 7), N 2118, qui préconisent une durée en règle générale plus large pour un contrat d'entreprise que pour un contrat de vente.

45 ATF 81 II 56, consid. 3b.

46 CR CO I-CHAIX, art. 367 N 11 ss ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 715 et N 3849 s. Cf. ég. en détails BK OR-GRÜNIG, art. 367 N 149 ss.

47 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_251/2018 du 11 septembre 2018, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.395/2001 du 28 mai 2002, consid. 2.1.1.

48 ATF 107 II 172, consid. 1a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_261/2020 du 10 décembre 2020, consid. 7.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_251/2018 du 11 septembre 2018, consid. 3.2. Cf. aussi BK OR-GRÜNIG, art. 365 N 210 ss et réf.

49 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_340/2020 du 10 septembre 2020, consid. 2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_82/2008 du 29 avril 2009, consid. 6.1 ; CR CO I-CHAIX, art. 367 N 28 ; MÜLLER (n. 6), N 333.

la vendeuse ; art. 201 al. 1 CO) et une seule dans le contrat d'entreprise (le maître d'ouvrage est tenu de « vérifier l'état aussitôt qu'il le peut [...] et en signaler les défauts à l'entrepreneur » ; art. 367 al. 1 CO).

- 33 La pratique a concrétisé ces notions, de sorte qu'elles sont synonymes et que l'on parle d'*avis « immédiat »*<sup>50</sup>. Le délai est bref et la jurisprudence sévère pour l'acquéreur, ce qu'admet le Tribunal fédéral depuis quelques années<sup>51</sup>.
- 34 La *durée du délai* dépend des circonstances et de la nature du défaut<sup>52</sup>. Le Tribunal fédéral a admis un avis intervenu dans un délai de sept jours<sup>53</sup>, voire de onze jours comprenant deux week-ends (et donc seulement six jours ouvrables)<sup>54</sup>. En revanche, un avis intervenu après quatorze<sup>55</sup> ou vingt jours<sup>56</sup> est tardif. Exceptionnellement, le délai approprié peut être encore plus court (p. ex. si le dommage risque de s'aggraver)<sup>57</sup> ou plus long (p. ex. si le défaut apparaît progressivement pendant l'hiver)<sup>58</sup>.
- 35 Le *point de départ* du délai d'avis correspond à la découverte des défauts, soit le moment où l'acquéreur dispose des éléments nécessaires pour pouvoir adresser à l'aliénatrice un avis conforme aux exigences<sup>59</sup>. Pour les défauts apparents, la découverte intervient lors de la vérification<sup>60</sup>. Le délai de vérification et le délai d'avis sont distincts : le premier débute aussitôt que l'acquéreur le peut d'après la marche habituelle des affaires ; le second après un court délai de réflexion suivant la découverte du défaut<sup>61</sup>. Si la vérification est tardive, l'avis des défauts sera

50 Cf. p. ex. CR CO I-CHAIX, art. 367 N 21 ss ; MÜLLER (n. 6), N 336 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 727 ss et N 3862 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_392/2023 du 24 avril 2024, consid. 5.1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_251/2018 du 11 septembre 2018, consid. 3.3.

51 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_399/2018 du 8 février 2019, consid. 3.2.

52 ATF 131 III 145, consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_303/2023 du 26 mars 2024, consid. 5.1. Pour tout ce paragraphe, cf. ég. TERCIER/CARRON (n. 5), N 3862 s. et les références citées.

53 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_53/2012 du 31 juillet 2012, consid. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_82/2008 du 29 avril 2009, consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_51/2007 du 11 septembre 2007, consid. 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.130/2006 du 8 mai 2007, consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.82/2004 du 3 mai 2004, consid. 2.3.

54 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_399/2018 du 8 février 2019, consid. 3.2.

55 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_336/2007 du 31 octobre 2007, consid. 4.4.

56 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.205/2003 du 17 novembre 2003, consid. 3.3.1.

57 ATF 118 II 142, consid. 3b.

58 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.130/2006 du 8 mai 2007, consid. 4.2 s.

59 ATF 131 III 145, consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_251/2018 du 11 septembre 2018, consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_392/2023 du 24 avril 2024, consid. 5.1.2.

60 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_303/2023 du 26 mars 2024, consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_82/2008 du 29 avril 2009, consid. 7.2 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 728 et N 3866. Cf. ég. BK OR-GRÜNIG, art. 367 N 247, qui préconise de faire débiter le délai d'avis à la fin du délai de vérification.

61 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_392/2023 du 24 avril 2024, consid. 5.1.2.

aussi tardif même s'il est donné immédiatement après la vérification<sup>62</sup>.

#### bb) Ce qui change

Le nouveau droit modifie la *durée* et la *nature* du délai d'avis des défauts touchant un immeuble ou un ouvrage immobilier.

#### La durée du délai d'avis en lien avec les biens immobiliers (étendue à 60 jours)

Le nouveau droit étend et précise la durée du délai d'avis qui n'est plus « immédiat » mais se monte dorénavant à *60 jours* dans les hypothèses suivantes :

- 1° Pour les défauts des *immeubles* (art. 219a al. 1 nCO) et des *ouvrages immobiliers* (art. 367 al. 1<sup>bis</sup> et 370 al. 4 nCO). Alors que le texte légal ne précise pas le point de départ du délai en cas de défaut apparent (n°42), il affirme qu'il s'agit du moment de la découverte effective s'il s'agit d'un défaut caché (art. 201 al. 4 et 370 al. 4 nCO).
- 2° Pour les défauts d'une *chose mobilière* ou d'un *ouvrage mobilier intégré à un ouvrage immobilier* (art. 201 al. 4, 367 al. 1<sup>bis</sup> let. a et 370 al. 4 let. a nCO), le délai de 60 jours ne s'applique qu'à une double condition : le bien mobilier doit être intégré dans un ouvrage immobilier et son défaut doit être à l'origine du défaut de l'ouvrage immobilier.
- 3° Pour les défauts des *ouvrages d'architectes et d'ingénieurs*, le délai de 60 jours s'applique si ces ouvrages (en règle générale des plans ou calculations<sup>63</sup>) servent « de base pour la construction d'un ouvrage immobilier » (art. 367 al. 1<sup>bis</sup> let. b et 370 al. 4 let. b nCO).

#### La nature du délai d'avis de 60 jours (désormais relativement impérative)

Le nouveau délai de 60 jours est de nature *relativement impérative*. Les parties peuvent conventionnellement le rallonger, mais en aucun cas le raccourcir<sup>64</sup>.

En résumé, *deux régimes* différents vont dorénavant cohabiter<sup>65</sup> :

- 1° Le *nouveau délai relativement impératif de 60 jours* est applicable aux défauts (cachés ou apparents) des immeubles (art. 219a al. 1 nCO), des ouvrages immobiliers (art. 367 al. 1<sup>bis</sup> et 370 al. 4 nCO), des biens mobiliers intégrés à un ouvrage immobilier si les défauts du bien mobilier ont causé ceux de l'ouvrage

62 TERCIER/CARRON (n. 5), N 728.

63 GAUCH (n. 4), p. 500 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3861.

64 Il est intéressant de constater que, lors des travaux parlementaires, une minorité avait proposé que le délai ne soit relativement impératif que pendant une durée de deux ans (cf. dépliant N3, ad art. 219a nCO et art. 367 al. 1<sup>bis</sup> nCO).

65 GAUCH (n. 4), p. 496, qui rappelle que le nouveau délai de 60 jours constituera une exception ; GRÜNIG (n. 4), p. 415.

immobilier (art. 201 al. 4, 367 al. 1<sup>bis</sup> let. a et 370 al. 4 let. a nCO), et des ouvrages d'architectes et d'ingénieurs s'ils servent de base pour la construction d'un ouvrage immobilier (art. 367 al. 1<sup>bis</sup> let. b et 370 al. 4 let. b nCO).

2° Le *délai actuel de droit dispositif* (« sans délai » ou « aussitôt ») reste applicable aux défauts frappant tous les autres objets, c'est-à-dire les autres choses mobilières (art. 201 al. 1 CO) et ouvrages mobiliers (art. 367 al. 1 et 370 al. 3 CO).

40 Le caractère relativement impératif du délai de 60 jours a les implications suivantes pour les contrats intégrant la *Norme SIA 118*<sup>66</sup> :

1° Les art. 172 al. 2 et 173 al. 1 SIA 118 – qui instaurent un *délai de deux ans* à compter de la réception de l'ouvrage pour aviser des défauts cachés en tout temps – restent en principe valables tant qu'ils favorisent le maître d'ouvrage et ne contreviennent ainsi pas à la nature relativement impérative du délai des art. 367 al. 1<sup>bis</sup> et 370 al. 4 nCO<sup>67</sup>. Il faut toutefois réserver la situation particulière de la découverte d'un défaut dans les 60 derniers jours précédant l'expiration du délai de deux ans<sup>68</sup>. Dans cette hypothèse, l'art. 178 al. 1 SIA 118 – qui exige que tout défaut déjà découvert avant l'expiration du délai de deux ans soit signalé dans le cadre de ce même délai – viole l'art. 370 al. 4 nCO qui prévoit un délai minimum de 60 jours après la découverte. Si un défaut apparaît quelques jours avant l'expiration du délai de deux ans mentionné ci-dessus, le maître disposera donc impérativement du délai légal de 60 jours pour faire l'avis.

2° L'art. 179 al. 2 SIA 118 – qui prévoit qu'*au-delà de ces deux ans* le maître doit signaler les défauts cachés « aussitôt après leur découverte » (art. 179 al. 2 SIA 118) – n'est plus compatible avec l'art. 370 al. 4 nCO<sup>69</sup>. Par conséquent, les contrats concernant des ouvrages immobiliers soumis au nouveau droit et intégrant la norme SIA 118 contiendront une clause illicite (art. 179 al. 2 SIA 118), ce qui entraînera une nullité partielle modifiée du contrat<sup>70</sup>. Si un défaut caché apparaît après le délai de deux ans mentionné ci-dessus, le maître disposera donc du délai légal de 60 jours pour faire l'avis des défauts.

3° La validité de l'art. 163 SIA 118 fait l'objet d'un débat doctrinal. Cette disposition prévoit que l'ouvrage est accepté avec le défaut connu lorsque le maître (représenté par la direction des travaux) renonce expressément ou tacitement à invoquer un défaut constaté lors de la vérification commune. Son al. 2 contient des présomptions de renoncement à invoquer les défauts connus. Alors qu'une partie de la doctrine considère que l'art. 163 SIA 118 contrevient à l'art. 367 al. 1<sup>bis</sup> nCO<sup>71</sup>, nous sommes d'avis, après réflexion, que ce n'est pas le cas<sup>72</sup>. En effet, l'art. 163 SIA 118 et ses présomptions (même irréfragables) ne concernent pas la condition d'exercice de l'avis des défauts (n°30 ss) mais la condition de fond de la non-acceptation du défaut (n°23)<sup>73</sup>. Or, le maître qui accepte l'ouvrage avec son défaut perd ses droits à la garantie (art. 370 al. 1 CO), sans qu'il faille examiner le respect du délai d'avis des défauts.

### Une appréciation critique et quelques questions non encore résolues

La modification législative du 20 décembre 2024 apporte 41 notamment les *améliorations suivantes* :

1° L'*extension de la durée* du délai d'avis protège mieux les acquéreurs. D'abord, elle évite que les droits à la garantie se périment après quelques jours déjà<sup>74</sup>. Ensuite, le délai plus long devrait permettre de formuler un avis plus complet, précis et ciblé, alors que le droit actuel forçait parfois l'acquéreur à communiquer à la hâte. Le nouveau droit ne récompense néanmoins pas la paresse : l'acquéreur demeure incité à se manifester le plus tôt possible, puisqu'il répond du dommage résultant de l'omission d'aviser plus tôt l'aliénatrice.

2° L'introduction d'une *durée précise* (60 jours) améliore la sécurité du droit. L'échéance du délai se détermine en effet plus facilement qu'avec la formulation indéterminée actuelle (« sans délai », « immédiatement » ou « aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires »).

Ces améliorations ne parviennent toutefois pas à occulter 42 certaines faiblesses, déjà existantes ou nouvellement apparues :

66 À ce sujet, cf. FLACH (n. 4) ; STÖCKLI/GAUCH, (n. 4).

67 Du même avis : FLACH (n. 4) ; GRÜNIG (n. 4), p. 413 s. ; GUIGNARD (n. 3), p. 63.

68 Message défauts de construction (n. 20), p. 36.

69 Du même avis : GRÜNIG (n. 4), p. 413 s. ; STÖCKLI/GAUCH (n. 4), p. 208. Ég. FLACH (n. 4), qui se réfère toutefois à l'art. 367 al. 1<sup>bis</sup> nCO.

70 Sur la nullité partielle modifiée en cas de vice de l'objet, cf. BLAISE CARRON / PIERRE WESSNER, *Le droit des obligations – Partie générale*, Vol. II : la formation du contrat – les conditions générales d'affaires – l'interprétation du contrat – l'exécution, Berne 2024, N 2797 ss.

71 GRÜNIG (n. 4), p. 413 s. ; ég. GUIGNARD (n. 3), p. 63, pour qui le système de l'art. 163 SIA 118 revient à instaurer un délai plus court que le délai d'avis des défauts de 60 jours de l'art. 367 al. 1<sup>bis</sup> nCO.

72 Dans le même sens, STÖCKLI/GAUCH (n. 4), p. 206, qui ajoutent que l'art. 163 SIA 118 s'applique avant la réception de l'ouvrage, alors que l'art. 367 al. 1<sup>bis</sup> nCO concerne la période relative à l'avis des défauts qui a lieu après la réception. Ég. CARRON/BERGMANN (n. 1), N 136 en cas d'acceptation expresse. Ne se prononce pas : FLACH (n. 4).

73 D'un avis encore différent pour les présomptions de l'art. 163 al. 2 SIA 118, CARRON/BERGMANN (n. 1), N 136 i.i.

74 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 107.

- 1° Le *champ d'application* du délai d'avis étendu *ne convainc pas*. La réforme aurait pu porter sur tous les biens, mobiliers ou immobiliers. Le législateur ne fournit aucun argument convaincant pour justifier sa décision d'exclure les biens mobiliers, si ce n'est peut-être le titre attribué à la révision législative (« Défauts de construction »)<sup>75</sup>. Dorénavant, la diversité des régimes applicables entraîne un risque de confusion accru : on ne peut exclure que les parties inexpérimentées s'imagineront à tort que le nouveau délai de 60 jours s'applique désormais à toutes les situations. En protégeant mieux les acquéreurs dans les transactions immobilières, le législateur pourrait n'avoir fait que déplacer le problème en fragilisant ces mêmes acquéreurs lorsqu'ils concluent un contrat pour un bien mobilier<sup>76</sup>.
- 2° La réforme aurait pu être l'occasion de *préciser le dies a quo* du délai et d'uniformiser les formulations légales. Le texte révisé ne mentionne pas le point de départ du délai d'avis pour les défauts apparents (art. 201 al. 4 i.i. et 367 al. 1<sup>bis</sup> nCO). A notre avis, il s'agit du moment auquel l'acquéreur qui respecte son devoir de vérification a découvert le défaut (ou aurait dû le découvrir s'il avait respecté son devoir de vérification)<sup>77</sup>.
- 3° L'*augmentation* de la durée du délai *reste modeste*, en particulier pour les défauts découverts lors de la vérification ou peu après. Avec un délai de 60 jours, le texte légal révisé reste loin de ce que prévoit la Norme SIA 118 (n°12), déjà largement utilisée dans le secteur de la construction<sup>78</sup>. Durant les délibérations parlementaires, le Conseil national s'était pourtant inspiré de ce modèle et du régime prévalant en droit du bail (art. 257g al. 2 CO) et avait prévu un avis des défauts possible en tout temps pendant le délai de prescription, l'acheteur supportant le dommage supplémentaire qu'une réparation immédiate aurait permis d'éviter<sup>79</sup>. Cette proposition a finalement disparu dans la version finale.
- 4° Pour les défauts d'une *chose mobilière* ou d'un *ouvrage mobilier intégré à un ouvrage immobilier* (art. 201 al. 4, 367 al. 1<sup>bis</sup> let. a et 370 al. 4 let. a nCO), la double condition de l'intégration du bien mobilier à un ouvrage immobilier et du fait que le défaut du bien mobilier doit être à l'origine du défaut de l'ouvrage immobilier pose au moins les *deux difficultés* suivantes :
  - a° Elle *limite considérablement la portée pratique* de la règle surtout en cas de *défait apparent* du bien

mobilier. En effet, les art. 201 al. 1 et 367 al. 1 CO demeurent applicables et exigent de l'acquéreur d'un bien mobilier de le vérifier « aussitôt qu'il le peut », c'est-à-dire avant son intégration dans l'ouvrage immobilier, et de procéder à l'avis des défauts « sans délai ». Pour que le nouveau délai de 60 jours s'applique, il faudra donc que, simultanément, le bien mobilier soit livré, intégré dans un ouvrage immobilier et y provoque un défaut ; à défaut, le délai d'avis immédiat aura commencé à courir<sup>80</sup>. Cette situation devrait être plutôt rare en pratique. À titre d'exemple, on peut imaginer un escalier métallique non conforme aux plans, intégré dans un ouvrage immobilier le même jour qu'il est livré et qui entraîne un défaut de l'ouvrage immobilier : dans un tel cas, le maître d'ouvrage qui a commandé l'escalier disposera d'un délai de 60 jours pour aviser l'entreprise ayant livré l'escalier du défaut.

Dans le cas où le bien mobilier présente un *défait caché*, les art. 201 al. 3 et 370 al. 3 CO sont applicables et exigent également un avis immédiatement après la découverte du défaut. Au titre de (rare) exemple d'application du délai étendu, on peut penser à un lave-vaisselle (bien mobilier) acheté et intégré par un cuisiniste dans une construction (ouvrage immobilier) et dont le défaut ne se manifeste qu'une fois l'appareil branché et raccordé aux canalisations (p. ex. parce qu'il n'est pas étanche et endommage les éléments en bois du bloc-cuisine) : dans un tel cas, le cuisiniste dispose de 60 jours pour faire l'avis du défaut caché à l'attention de la vendeuse du lave-vaisselle.

- b° L'*étendue subjective* de la règle demeure sujette à caution. S'il semble clair que l'acquéreur direct du bien mobilier dispose du délai étendu de 60 jours pour aviser son cocontractant du défaut, on peut se demander si les autres acteurs de la chaîne de distribution du bien mobilier disposent du même délai<sup>81</sup>. Selon nous, le délai d'avis étendu ne s'applique qu'au dernier maillon de la chaîne avant l'intégration du bien mobilier, à l'exclusion des échelons précédents. Cette conclusion s'impose en dépit du fait que la formulation des art. 201 al. 4, 367 al. 1<sup>bis</sup> let. a et 370 al. 4 let. a nCO s'inspire directement des règles sur la prescription (art. 210 al. 2 et art. 371 al. 1 2<sup>ème</sup> phr. CO) et que le délai de prescription de 5 ans s'applique à tous les maillons de la chaîne et pas seulement au dernier<sup>82</sup>. En effet, le besoin de protection n'est pas le même

75 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 109 ; GRÜNIG (n. 4), p. 415.

76 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 113 ss.

77 Dans le même sens : Message défauts de construction (n. 20), p. 34 ; ég. GRÜNIG (n. 4), p. 414. Sur la pratique actuelle, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_392/2023 du 24 avril 2024, consid. 5.1.2.

78 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 110.

79 Dépliant S22, ad art. 201 al. 4, art. 219a al. 1 et art. 370 al. 4 nCO.

80 GAUCH (n. 4), p. 496 s. et p. 500.

81 GAUCH (n. 4), p. 496.

82 BK OR-BERGAMIN, art. 371 N 75 ss ; PETER GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, p. 124 ss, p. 129 et p. 132, qui s'appuie sur la formulation de la loi et le but secondaire du nouveau droit.

pour l'avis des défauts que pour la prescription. En cas de défaut caché, l'acteur situé en amont dans la chaîne de distribution bénéficiera toujours d'un délai d'avis qui court dès la découverte effective du défaut, c'est-à-dire depuis le moment où lui-même en a une connaissance suffisante pour pouvoir adresser à son cocontractant une réclamation suffisamment motivée<sup>83</sup>. Par exemple, si l'acquéreur d'une part de PPE achète auprès d'une détaillante un lave-vaisselle se révélant défectueux une fois raccordé et intégré dans le bloc-cuisine et provoquant un défaut de la cuisine, l'acquéreur dispose alors de 60 jours pour aviser la détaillante du défaut (art. 201 al. 4 nCO). En revanche, la détaillante ne disposera pas de 60 jours pour aviser le distributeur ou le fabricant de lave-vaisselle, mais devra le faire « immédiatement », à savoir dans un délai de 7 jours après qu'elle dispose des éléments nécessaires pour pouvoir adresser à son cocontractant un avis conforme aux exigences (art. 201 al. 3 CO).

- 5° Pour les *plans défectueux d'architecte ou d'ingénieur qui ne se matérialisent pas dans un défaut de l'ouvrage immobilier* parce qu'ils sont découverts avant l'exécution de celui-ci, le Tribunal fédéral considère que le défaut doit faire l'objet d'un avis immédiat, de sorte qu'un avis effectué un mois après sa découverte est tardif (affaire « Sennhof »)<sup>84</sup>. Le nouveau texte légal, qui exige toutefois que les défauts de plans soient « à l'origine des défauts d'un ouvrage immobilier » (art. 367 al. 1<sup>bis</sup> et 370 al. 4 nCO), ne permettrait pas de corriger cette jurisprudence sévère, alors que c'était apparemment l'un des buts initiaux de la révision<sup>85</sup>.

#### d) Le respect des délais de prescription (modifié)

##### aa) Ce qui reste

##### La durée des délais

- 43 Le régime légal prévoit des *durées variables* (un an, deux ans, cinq ans, dix ans et trente ans) selon les situations et les types de biens concernés (art. 210, 219 al. 3 et 371 CO). Pour les biens immobiliers et les biens intégrés à des ouvrages immobiliers concernés par la présente révision, le délai est de cinq ans (art. 210 al. 2, 219 al. 3, 371 al. 1 i.f. et al. 2 CO).
- 44 La révision *ne modifie pas la durée* des délais, étant précisé que la proposition du Conseil national d'étendre les délais de cinq à dix ans n'a pas été retenue<sup>86</sup>.

83 ATF 131 III 145, consid. 7; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_392/2023 du 24 avril 2024, consid. 5.1.2; TERCIER/CARRON (n. 5), N 729 et N 3871 et réf.

84 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_53/2012 et arrêt du Tribunal fédéral 4A\_55/2012 du 31 juillet 2012.

85 Message défauts de construction (n. 20), p. 23.

86 Dépliant N5, ad art. 219a et art. 371 nCO.

#### Le point de départ des délais

Les délais de prescription commencent à courir avec la *livraison de la chose* (art. 210 al. 1 CO) ou la *réception de l'ouvrage* (art. 371 al. 1 et al. 2 CO)<sup>87</sup>. Le point de départ ne dépend donc pas du moment de la découverte effective du défaut<sup>88</sup>.

On recense deux *cas particuliers*:

- 1° Pour les *défauts des biens mobiliers intégrés à un ouvrage immobilier* (art. 210 al. 2 et 371 al. 2 CO), le délai commence à courir à partir de la réception du bien mobilier, indépendamment de la réception de l'ouvrage immobilier auquel il est intégré<sup>89</sup>.
- 2° Pour les *défauts d'un ouvrage immobilier résultant d'un plan défectueux* (art. 371 al. 2 CO), le délai ne commence à courir qu'à partir de la livraison de la partie de l'ouvrage immobilier concernée par le plan défectueux<sup>90</sup>.

##### bb) Ce qui change

Le nouveau droit *modifie la nature de certains délais* de cinq ans, qui deviennent relativement impératifs.

#### La nature des délais de cinq ans (désormais relativement impérative)

La révision porte sur la nature des délais de prescription de cinq ans applicables aux biens immobiliers ou aux biens mobiliers qui y sont intégrés. Ces délais sont désormais *relativement impératifs*. Il est donc impossible d'y déroger au détriment de l'acquéreur en les raccourcissant.

Pour le *contrat de vente immobilière*, la nature relativement impérative découle de l'art. 219a al. 3 i.f. nCO, qui remplace l'ancien art. 219 al. 3 CO désormais abrogé et prévoit que le « délai de prescription ne peut pas être modifié au détriment de l'acheteur ». Le législateur a en outre substitué la notion de « bâtiment » par celle d'« immeuble », concrétisant une jurisprudence ancienne<sup>91</sup>.

Pour le *contrat d'entreprise*, le caractère relativement impératif concerne tous les délais de prescription de cinq ans (art. 371 al. 3 1<sup>ère</sup> phr. nCO), à savoir :

- 1° Le délai applicable aux défauts d'un *ouvrage immobilier* (art. 371 al. 2 i.i. nCO).
- 2° Le délai applicable aux défauts d'un *ouvrage mobilier intégré à un ouvrage immobilier* conformément

87 BK OR-BERGAMIN, art. 371 N 132 ss; BSK OR I-HONSELL, art. 210 N 2.

88 ATF 107 II 231, consid. 3; TERCIER/CARRON (n. 5), N 750 et N 3891 ss.

89 Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil concernant l'initiative parlementaire 06.490 (n. 19), p. 2707; BK OR-BERGAMIN, art. 371 N 139; TERCIER/CARRON (n. 5), N 753 et N 3896.

90 ATF 130 III 362, consid. 4.2; BK OR-BERGAMIN, art. 371 N 140; GAUCH (n. 7), N 2302.

91 ATF 104 II 265, consid. 3.

à l'usage auquel il est normalement destiné, si les défauts de l'ouvrage mobilier sont à l'origine de l'ouvrage immobilier (art. 371 al. 1 nCO)<sup>92</sup>.

- 3° Le délai applicable aux défauts d'un *ouvrage immobilier envers l'architecte et l'ingénieur* qui ont collaboré à l'exécution de l'ouvrage immobilier (art. 371 al. 2 i.f. nCO). Le délai et sa nature relativement impérative s'appliquent, quel que soit le fondement de la créance, contrat d'entreprise (art. 363 ss CO) ou de mandat (art. 394 ss CO)<sup>93</sup>.

### Une appréciation critique et quelques questions non encore résolues

- 51 La modification législative du 20 décembre 2024 *améliore la situation* des acquéreurs en prohibant un raccourcissement conventionnel des délais de prescription. Tolérer des délais conventionnels de prescription d'une durée de quelques jours ou de quelques semaines réduirait en effet à néant les protections introduites par les autres aspects de la révision.
- 52 Cela dit, la nature relativement impérative des délais de cinq ans ne va pas sans poser *quelques difficultés* :
- 1° D'un point de vue légistique, on peut *regretter la formulation de l'art. 371 al. 3 nCO*. En effet, le nouveau texte figure au début de l'al. 3 existant, qui contenait déjà un renvoi aux règles de la vente. Or ce renvoi, qui figure dorénavant dans la seconde phrase de l'al. 3, concerne tous les délais de prescription du contrat d'entreprise, et pas seulement ceux d'une durée de cinq ans. Par conséquent, le législateur aurait été mieux inspiré de déplacer le contenu existant de l'al. 3 vers un nouvel al. 4 ou d'insérer sa modification dans un al. 2<sup>bis</sup>. Une rédaction systématique plus propre aurait permis d'éviter un quiproquo et de conserver des champs d'application clairs et délimités pour chaque affirmation<sup>94</sup>.
- 2° D'un point de vue de politique juridique et de durabilité, le caractère relativement impératif du délai de cinq ans pose *problème en lien avec le réemploi de matériaux* dans les nouvelles constructions. En règle générale, ces matériaux sont vendus sans garantie (ou avec une garantie réduite) aux entreprises qui les réutilisent ; celles-ci excluent ou réduisent à leur tour leur garantie à ce sujet envers l'acquéreur final. Or le délai relativement impératif de cinq ans s'applique tant aux ouvrages immobiliers qu'aux matériaux qui les composent<sup>95</sup>. Par conséquent, le constructeur qui intègre des matériaux de réemploi dans un ouvrage

immobilier ne pourra plus réduire ni exclure la garantie de cinq ans pour ces matériaux (art. 371 al. 2 nCO). Faute d'exception prévue pour cette catégorie de biens, le risque est réel que la révision législative freine l'utilisation de matériaux de réemploi dans les nouvelles constructions. On ose espérer que la révision en cours relative à la durabilité dans le contrat de vente apportera une réponse circonstanciée<sup>96</sup>.

- 3° Du point de vue du champ d'application, le texte révisé modifie la nature de tous les délais de prescription de cinq ans, à l'exception de celui de l'*art. 210 al. 2 CO* qui concerne les défauts d'une chose mobilière intégrée dans un ouvrage immobilier conformément à l'usage auquel elle est normalement destinée, si les défauts sont à l'origine des défauts de l'ouvrage. Il s'agit à notre avis d'un *oubli du législateur* qu'il faut combler, puisque la disposition jumelle dans le contrat d'entreprise (art. 371 al. 1 i.f. nCO) est devenue relativement impérative. Cette question devra être clarifiée par la jurisprudence. Dans le doute, les vendeuses d'objets mobiliers destinés à être intégrés à des ouvrages immobiliers ne devraient ni exclure le droit à la garantie, ni réduire le délai de prescription de cinq ans.

### 3. Les effets

#### a) Remarques générales

Si les conditions générales (n°19 ss) sont réunies, l'acquéreur a le *choix entre plusieurs prétentions*, soumises à des conditions spécifiques :

- 1° *Les droits de garantie*, alternatifs entre eux. En matière de vente mobilière (et immobilière par renvoi de l'art. 221 CO), l'acheteur peut opter pour le droit à la résolution (art. 205 al. 1 CO), le droit à la réduction du prix (art. 205 al. 1 et al. 2 CO) et le droit au remplacement de la chose (art. 206 CO)<sup>97</sup>. En matière d'entreprise, le maître d'ouvrage dispose du droit à la résolution du contrat (art. 368 al. 1 CO), du droit à la réduction du prix (art. 368 al. 2 CO) et du droit à la réfection de l'ouvrage (art. 368 al. 2 CO)<sup>98</sup>.
- 2° *La créance en indemnisation du dommage consécutif au défaut*, qui peut être réclamée cumulativement à l'un des droits de garantie s'il existe un chef de responsabilité justifiant l'obligation de l'aliénatrice<sup>99</sup>.

92 Sur la notion d'intégration, cf. BK OR-BERGAMIN, art. 371 N 84 ss ; CR CO I-CHAIX, art. 371 N 30a ss.

93 À ce sujet, cf. BK OR-BERGAMIN, art. 371 N 110 ss.

94 GAUCH (n. 4), p. 503.

95 ATF 117 II 425, consid. 3 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3879.

96 Cf. en particulier Conseil fédéral, Modernisation du droit de la garantie de la chose vendue, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 18.3248 Marchand-Balet du 15 mars 2018 du 16 juin 2023.

97 ATF 122 III 420, consid. 2.c ; MÜLLER (n. 6), N 347 ss ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 759 s. et réf. ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 1 ss.

98 ATF 136 III 273, consid. 2.2 ; MÜLLER (n. 6), N 2158 ss ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3905 et réf. ; BSK OR-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 1 ss.

99 ATF 122 III 420, consid. 2.c ; ATF 116 II 454, consid. 2a ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 766 s. et N 3911 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 8 ; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 68.

54 L'acte par lequel l'acquéreur choisit un droit de garantie est un *acte formateur*, exercé par simple déclaration (sans qu'un tribunal ne doive être saisi) et ne pouvant être en principe ni révoqué ni soumis à condition<sup>100</sup>. Le droit à la réduction du prix ou à la résolution du contrat sont incessibles, alors que le droit à la réparation peut être cédé à un tiers<sup>101</sup>.

#### b) Le droit à la réduction du prix (inchangé)

55 Le droit à la réduction du prix (art. 205 al. 1 et 368 al. 2 CO) permet à l'acquéreur de *diminuer le prix du bien en proportion de la moins-value* provoquée par le défaut<sup>102</sup>. Le contrat est maintenu et l'acquéreur conserve le bien avec son défaut; seule la créance en paiement du prix change<sup>103</sup>.

56 La réduction du prix suppose que *deux conditions spécifiques* soient réalisées<sup>104</sup>:

- 1° L'existence d'une *moins-value* (art. 205 al. 1 et art. 368 al. 2 CO).
- 2° Le fait que le défaut soit de *moindre importance* (art. 368 al. 2 CO) et la moins-value inférieure au prix (art. 205 al. 3 CO).

57 Pour déterminer le *montant de la moins-value*, on applique la méthode relative (multiplication du prix par le ratio entre la valeur objective du bien avec et sans le défaut)<sup>105</sup>.

58 Dans ce contexte, deux *présomptions* jurisprudentielles s'appliquent<sup>106</sup>:

- 1° La *valeur du bien* est présumée correspondre au prix convenu par les parties.
- 2° La *moins-value* est présumée équivalente aux frais de réparation.

#### c) Le droit à la résolution (inchangé)

59 Le droit à la résolution du contrat (art. 205 al. 1 et 368 al. 1 CO) permet à l'acquéreur de *refuser la prestation de l'aliénateur* et de *résoudre le contrat*. Son exercice entraîne

un rapport de liquidation contractuel (art. 208 CO): les prestations encore dues disparaissent; l'acquéreur a une créance en restitution des montants payés d'avance ainsi que des impenses; l'aliénatrice a une créance en restitution du bien ou de la matière fournie<sup>107</sup>.

Le droit à la résolution du prix suppose qu'une *condition spécifique* soit réalisée: il faut un *défait rédhibitoire*, autrement dit suffisamment grave pour que le bien devienne inutilisable et que l'on ne puisse pas attendre de l'acquéreur qu'il l'accepte (art. 205 al. 2 et 368 al. 1 CO)<sup>108</sup>.

#### d) Le droit à la réfection (modifié)

##### aa) Ce qui reste

##### Les conditions

Le droit à la réfection de l'ouvrage n'existe actuellement que pour le contrat d'entreprise (art. 368 al. 2 CO) et suppose la réalisation de deux *conditions spécifiques*<sup>109</sup>:

- 1° L'exécution de la réfection doit être *possible*: les travaux de réfection doivent permettre de supprimer effectivement le défaut<sup>110</sup>.
- 2° L'exécution de la réfection doit être *raisonnable*: les travaux de réfection ne doivent pas entraîner de dépenses excessives<sup>111</sup>.

##### L'effet

L'exercice du droit fait naître une obligation de l'entrepreneur de *supprimer le défaut*<sup>112</sup>. Le maître d'ouvrage n'a en principe pas droit à l'exécution d'un nouvel ouvrage, sauf si c'est le seul moyen pour parvenir à un ouvrage conforme au contrat<sup>113</sup>. La suppression du défaut doit intervenir sans frais pour l'acquéreur: l'aliénatrice doit prendre à sa charge non seulement les coûts de personnel mais aussi des matériaux, ainsi que les frais de préparation et de remise en état exigés par l'élimination des défauts<sup>114</sup>.

100 ATF 136 III 273, consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_274/2024 du 20 août 2024, consid. 3.2 et 3.4; TERCIER/CARRON (n. 5), N 763 et N 3908. Sur la notion d'acte formateur: BLAISE CARRON / PIERRE WESSNER, Le droit des obligations Partie générale, Vol. I: les concepts généraux et la représentation – l'enrichissement illégitime – la relation précontractuelle, Berne 2022, N 554 ss.

101 ATF 145 III 8, consid. 3.2.2; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3996 s.

102 ATF 116 II 305, consid. 4; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 15 ss; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 40 ss.

103 TERCIER/CARRON (n. 5), N 795 et N 3950; GAUCH (n. 7), N 1609 ss.

104 ATF 117 II 550, consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_303/2023 du 26 mars 2024, consid. 6.1.1; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 17 ss; CR CO I-CHAIX, art. 368 N 29 ss.

105 ATF 116 II 305, consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.461/2004 du 15 mars 2005, consid. 2.

106 ATF 111 II 162, consid. 3b; ATF 116 II 305, consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_303/2023 du 26 mars 2024, consid. 6.1.1. À ce sujet, cf. CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 23 s. et réf.

107 ATF 137 III 243, consid. 4.4.7; ATF 114 II 152, consid. 2c/bb; MÜLLER (n. 6), N 353 s. et N 2218 ss; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 11; TERCIER/CARRON (n. 5), N 768 ss et N 3964 ss. Ég. en détails: BK OR-SCHWERY, art. 368 N 81 ss.

108 ATF 124 III 456, consid. 4d; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_177/2014 du 8 septembre 2014, consid. 4.1; CR CO I-CHAIX, art. 368 N 13 ss; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 12; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 14 ss.

109 CR CO I-CHAIX, art. 368 N 39 ss; BK OR-SCHWERY, art. 368 N 308 ss; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 47 ss.

110 GAUCH (n. 7), N 1775 ss; CR CO I-CHAIX, art. 368 N 39; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 47.

111 ATF 111 II 173, consid. 5; TERCIER/CARRON (n. 5), N 2921 et réf. À ce sujet, voir en détails ROGER KÖNIG, Nachbesserung – frische Einsichten zu einem vertrauten Behelf, in: Stöckli (édit.), Schweizerische Baurechtstagung 2025, Fribourg 2025, p. 229 ss.

112 ATF 122 III 420, consid. 2c; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_337/2021 du 23 novembre 2021, consid. 7.1; à ce sujet, cf. en détails: BK OR-SCHWERY, art. 368 N 378 ss.

113 TERCIER/CARRON (n. 5), N 3922; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 57.

114 ATF 111 II 173, consid. 5; PICHONNAZ (n. 4), p. 65 ss; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3927.

63 Si le défaut n'est pas éliminé, l'acquéreur peut soit exercer à nouveau son droit formateur et choisir un droit à la garantie, soit procéder selon l'art. 107 al. 2 CO<sup>115</sup>.

*bb) Ce qui change*

64 Le nouveau droit introduit un droit à la réparation dans certaines situations nouvelles et modifie la nature de celui-ci.

**L'introduction du droit de réfection en matière de vente immobilière**

65 Alors que la loi actuelle ne prévoit un droit de réfection que pour le contrat d'entreprise, le nouveau droit accorde à l'acheteur d'un immeuble comprenant une construction future ou récente (sur cette notion, cf. n°67 ss) le droit d'exiger la réparation des défauts aux frais de la vendeuse<sup>116</sup>.

66 Les conditions et les effets du droit à la réfection correspondent à ceux de l'art. 368 al. 2 CO, applicable en vertu du renvoi contenu à l'art. 219a al. 2 nCO. L'obligation de réfection consiste pour la vendeuse à réparer elle-même les défauts, ou à organiser et payer les travaux effectués par ses auxiliaires si elle n'est pas techniquement en mesure de le faire, ou encore à prendre en charge les frais et risques de l'exécution par substitution diligente par l'acheteur<sup>117</sup>.

67 La portée du droit à la réfection nouvellement introduit est limitée aux «immeubles comportant une construction devant encore être érigée ou ayant été érigée deux ans avant la vente» (art. 219a al. 2 nCO). On peut apporter à ce sujet les précisions suivantes :

1° La notion de «construction» correspond à celle des droits réels (art. 667 al. 2 CC<sup>118</sup>) : elle désigne «toute infrastructure ancrée au sol de manière fixe et durable, à l'exclusion des constructions mobilières ou des travaux de terrassement»<sup>119</sup>. Le droit de réfection légal s'applique donc à la vente d'immeubles incluant des choses unies au fonds par les moyens de la technique, au-dessus ou au-dessous du sol (p. ex. ponts, conduites, caves ou garages souterrains), mais pas à celle d'un immeuble non construit, tel une forêt défectueuse (p. ex. infestation de bostryches) ou un bien-fonds comportant des constructions mobilières (art. 677 CC) ou des travaux de terrassement<sup>120</sup>.

115 ATF 136 II 273, consid. 2.3 ; GAUCH (n. 7), N 1793 ss ; BK OR-GRÜNIC, art. 368 N 414 ss.

116 Critique sur l'introduction d'un droit de réparation en droit du contrat de vente : GAUCH (n. 4), p. 498.

117 GAUCH (n. 7), N 1715 ; BK OR-GRÜNIC, art. 368 N 405 ss.

118 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

119 Message défauts de construction (n. 20), p. 32 ; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3916. Critique quant à l'utilisation du concept «infrastructure», GAUCH (n. 4), p. 499.

120 Ég. GAUCH (n. 4), p. 499. Ne se prononce pas : PICHONNAZ (n. 4), p. 84. Sur la notion de construction, cf. ATF 98 II 191, consid. 2 ; ATF 150 III 103, consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 5D\_77/2017 du 25 octobre 2017, consid. 3.3 s. ; ég. SYLVAIN MARCHAND, in : Pichonnaz/

Le fait que l'immeuble doive «comport[er] une construction» sous-entend qu'il doit s'agir d'une *entité constructive nouvelle*. Le droit de réfection légal en matière de vente est exclu en cas d'«importantes rénovations», cette expression ayant disparu du texte légal en cours de délibérations parlementaires<sup>121</sup>.

2° L'adjectif «érigé», même s'il signifie littéralement «dressé, élevé en position verticale»<sup>122</sup>, n'exclut pas les constructions effectuées sous la surface du sol (p. ex. caves ou garages souterrains). Ce qualificatif vise à introduire la période pertinente («érigée moins de deux ans avant la vente»). La version italienne, qui utilise l'adjectif «*realizzata*», vient confirmer cette interprétation<sup>123</sup>.

3° L'expression «devant encore être érigée» couvre la situation de la vente sur plans d'une future construction immobilière. Dans un tel cas, la vendeuse ne peut pas exclure conventionnellement son obligation de réparer, même si elle cède à l'acheteur ses propres droits contre les entrepreneurs chargés d'ériger la construction. En revanche, la vendeuse d'un immeuble ancien peut toujours exclure sa garantie, en particulier son obligation de réparer un défaut<sup>124</sup>.

Le droit de réfection légal ne concerne que l'hypothèse où la vendeuse érige elle-même la construction ou en confie l'érection à un auxiliaire. Il n'y a pas de place pour un tel droit si la construction est érigée séparément, sous la responsabilité de l'acheteur et sur la base d'un contrat indépendant conclu avec un tiers. Une telle situation se présente notamment en cas de vente de type «quote-part terrain», lorsque l'acheteur devient propriétaire d'une part de terrain au début du chantier et conclut simultanément un contrat d'entreprise séparé, même si l'acheteur ne peut souvent pas (intégralement) choisir l'ouvrage, qui est fonctionnellement lié à ceux des autres copropriétaires et déjà déterminé au moment de la vente<sup>125</sup>.

4° Le législateur a introduit l'expression «ayant été érigée deux ans avant la vente» pour éviter des abus. En effet, la limitation du droit légal de réfection aux seules constructions futures aurait pu inciter certaines vendeuses à ériger une construction, à la conserver

Foëx/Piotet (édit.), Commentaire romand Code civil II, 1<sup>ère</sup> éd., Bâle 2016, art. 667 N 20 et réf. ; HEINZ REY / LORENZ STREBEL, in : Geiser/Wolf (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 7<sup>ème</sup> éd., Bâle 2023 (cit. BSK ZGB II-AUTEUR-E), art. 667 N 11 et réf.

121 Conseil des Etats 22.066, Décision du Conseil National du 25 septembre 2023, rejetée par le Conseil des États le 12 juin 2024.

122 Définition donnée par le dictionnaire Larousse de la langue française en ligne.

123 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 93. Plus nuancé : GAUCH (n. 4), p. 499.

124 Dans ce sens, Message défauts de construction (n. 20), p. 32.

125 AMÉDÉO WERMELINGER, La vente d'une part-terrain, not@lex 2010, p. 39 ss, N 44 s. Au sujet de la notion d'acquisition «par quote-part terrain», cf. LOIC SAUVAIN, Achat «clefs en mains» ou en «quote-part terrain»?, Le journal de l'immobilier du 17 avril 2024, p. 27.

quelques mois sans qu'elle soit habitée puis à la vendre en excluant leur devoir de réfection. Le législateur a donc étendu la protection aux immeubles comprenant une construction récente<sup>126</sup>. La durée a fait l'objet de discussions durant les débats parlementaires : le délai d'un an figurant dans le projet (art. 219a al. 2 P-CO) a finalement été remplacé par un délai de deux ans<sup>127</sup>.

Le point de départ du délai de deux ans est « la vente ». Ce moment correspond à notre avis au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire à la date de l'instrumentation de l'acte authentique, à l'exclusion du moment de l'inscription du transfert de propriété au registre foncier<sup>128</sup>.

La loi exige que la construction ait « été érigée » moins de deux ans avant la vente, sans précision additionnelle. Il s'agit d'un nouveau concept que la jurisprudence devra concrétiser<sup>129</sup>. La consultation des travaux parlementaires enseigne que le projet législatif contenait l'expression « réceptionnée moins de deux ans avant la vente »<sup>130</sup>. L'abandon de cette formulation laisse penser que le Parlement n'a pas voulu retenir le moment de la réception, certainement parce qu'il s'agit d'un concept relevant plutôt du contrat d'entreprise et dont les modalités peuvent faire l'objet d'une convention<sup>131</sup>, ce qui aurait pu faciliter les abus. Le législateur a donc préféré retenir une réalité physique tangible, celle de la construction érigée. A notre avis, il s'agit du moment de l'achèvement de tous les travaux de construction pertinents, à l'exclusion des prestations tout à fait accessoires ou de peu d'importance ainsi que de simples travaux de mise au point ou de retouche<sup>132</sup>. Le message va dans le même sens<sup>133</sup>.

### La nature (désormais relativement impérative) du droit de réfection

68 Le nouveau droit prévoit la nullité de « toute clause convenue à l'avance qui restreint ou exclut le droit à la réparation des défauts [...] si le défaut concerne une construction »

126 Message défauts de construction (n. 20), p. 27; CARRON/BERGMANN (n. 1), N 117.

127 Dépliant N11, ad art. 219a nCO.

128 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 119.

129 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 119 et réf.

130 Dépliant N33, ad art. 219a nCO.

131 TERCIER/CARRON (n. 5), N 3758.

132 Cette formulation s'inspire de la jurisprudence applicable à la détermination de la date d'achèvement des travaux en lien avec l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (art. 839 al. 2 CC; ATF 101 II 253).

133 Message défauts de construction (n. 20), p. 32: « le délai [...] commence à courir lorsque les travaux seront terminés et que l'ouvrage sera pour l'essentiel en l'état 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 ».

(art. 368 al. 2<sup>bis</sup> nCO, auquel renvoie l'art. 219a al. 2 i.f. nCO).

Cette disposition confère au droit de réfection un *caractère relativement impératif*, au sujet duquel on peut formuler les commentaires suivants :

- 1° Le caractère relativement impératif du droit de réfection ne s'applique qu'aux défauts concernant une « construction ». Comme le précise le message du Conseil fédéral, la limitation du caractère impératif aux « constructions » vise à assurer un certain parallélisme entre les règles sur la vente immobilière et celles portant sur le contrat d'entreprise<sup>134</sup>. Le caractère relativement impératif du droit de réfection demeure donc limité aux constructions immobilières dans les deux contrats<sup>135</sup>.
- 2° Dans la vente immobilière, le droit de réparation légal (et son caractère relativement impératif) est limité aux constructions *encore à ériger ou récemment érigées* (art. 219a al. 2 nCO ; n°67 s.). Dans le contrat d'entreprise, le droit de réparation légal s'applique à tous les types d'ouvrages (art. 368 al. 2 CO) mais présente une nature relativement impérative uniquement « si le défaut concerne une construction » (art. 368 al. 2<sup>bis</sup> nCO), sans que le texte légal ne contienne d'autres précisions.
- 3° L'exclusion ou la restriction du droit de garantie n'est interdite que si elle est « convenue à l'avance ». Cela signifie qu'une partie pourra y renoncer si son droit à la réfection est déjà né ; des règlements par voie transactionnelle restent donc possibles<sup>136</sup>.

### Une appréciation critique et quelques questions non encore résolues

La modification législative du 20 décembre 2024 apporte 70 notamment les *améliorations suivantes* pour les acquéreurs :

- 1° Le caractère désormais relativement impératif du droit de réfection va probablement mettre fin à la pratique des aliénatrices consistant à *exclure leur garantie et à céder les droits* qu'elles détiennent contre les entreprises de construction. Du fait de cette pratique, l'acquéreur doit actuellement faire valoir des droits de garantie pas forcément équivalents à ceux qu'il détiendrait contre l'aliénatrice (p. ex. le délai de prescription peut avoir débuté plus tôt). En outre, il passe d'une seule interlocutrice connue à plusieurs entreprises souvent difficiles à identifier<sup>137</sup>. Enfin, même s'il parvient à les déterminer, il se trouve

134 Message défauts de construction (n. 20), p. 31 et p. 35.

135 Dans le même sens, parlant d'un « ouvrage de construction immobilier » (« unbewegliches Bauwerk ») : GAUCH (n. 4), p. 501 s.

136 Message défauts de construction (n. 20), p. 35.

137 À ce sujet, parmi d'autres, CARRON/BERGMANN (n. 1), N 65 ss et réf.

confronté parfois à des entités économiquement fragiles alors qu'il avait pu s'assurer de la solidité financière de l'aliénatrice.

- 2° Le nouveau droit améliore également la situation de l'acquéreur lorsque l'aliénatrice *cède ses droits* contre les entreprises *sans exclure sa propre garantie*. Dans cette hypothèse et si le contrat d'acquisition ne prévoit rien, la jurisprudence actuelle exige que l'acquéreur fournisse des efforts raisonnablement exigibles pour faire valoir en priorité ses droits contre les entreprises cédées, avant de pouvoir se retourner contre l'aliénatrice<sup>138</sup>. A notre avis, la nouvelle nature relativement impérative du droit à la réfection modifie cette jurisprudence : l'acquéreur peut désormais poursuivre directement l'aliénatrice.

71 Cela dit, l'introduction du droit relativement impératif à la réfection des défauts concernant une construction ne va pas sans poser *quelques difficultés* :

- 1° *Seul le droit à la réfection* devient relativement impératif ; les autres droits à la garantie demeurent de nature dispositive. Le risque existe que les aliénatrices, ne pouvant plus exclure la réfection, excluent conventionnellement les autres droits de garantie. L'acquéreur, bien que bénéficiant d'un droit impératif à la réfection, pourrait alors voir ses options réduites, notamment s'il est empêché d'exercer le droit à la réparation car celle-ci entraînerait des dépenses excessives (n°61).
- 2° Le choix du législateur de limiter le droit relativement impératif à la réfection aux « *construction[s]* » défectueuses est sujet à caution. Le message suggère certes que, pour éviter des problèmes de délimitation, le législateur a renoncé à la notion d'« ouvrage immobilier », propre au contrat d'entreprise et étrangère à la vente<sup>139</sup>. Cet argument n'est toutefois pas totalement convaincant : non seulement la notion d'ouvrage immobilier figure déjà dans le contrat de vente (art. 201 al. 4 nCO et 210 al. 2 CO), mais l'introduction du nouveau concept de « construction » entraîne également des incertitudes indésirables<sup>140</sup>.

Ainsi, dans le contrat d'entreprise, la jurisprudence devra concrétiser la notion de « construction » pour définir le champ d'application de l'art. 368 al. 2<sup>bis</sup> nCO (n°69). À notre avis, on peut se fonder sur le message<sup>141</sup> pour conclure que le caractère relative-

ment impératif devrait concerner *uniquement des constructions neuves*, à l'exclusion de tout autre type d'ouvrage (p. ex. des travaux de rénovation réalisés sur une construction existante)<sup>142</sup>.

- 3° Dans le contrat de vente, l'extension du droit relativement impératif à la réfection à des constructions ayant été érigées moins de deux ans avant la vente (n°67) pourrait entraîner des difficultés non anticipées par le législateur. Ainsi, en cas de *revente non planifiée d'un immeuble dans les deux ans après sa construction* (p. ex. suite à un divorce), l'acquéreuse-revendeuse devra admettre le droit du nouvel acquéreur à la réfection des défauts, sans disposer elle-même des compétences pour effectuer ou organiser ces travaux. Si le nouveau droit n'avait retenu que les futures constructions ou une période d'une année, comme le prévoyait le projet du Conseil fédéral<sup>143</sup>, cela aurait limité le nombre de « victimes collatérales »<sup>144</sup>. Cet effet est d'autant plus regrettable que le projet du Conseil fédéral visait initialement à protéger ces acquéreurs vulnérables, en instituant un droit de réfection impératif uniquement pour les constructions destinées à un usage personnel ou familial<sup>145</sup>.
- 4° L'art. 368 al. 2<sup>bis</sup> nCO prévoit que « *toute limitation ou exclusion du droit à la réfection est nulle* ». Le message précise que la nullité affecte même une exclusion partielle, par exemple limitée à un certain montant<sup>146</sup> ou à un défaut fautivement causé. Cette disposition légale, destinée dans le projet à ne protéger que l'acquéreur d'une construction destinée à un usage personnel et familial<sup>147</sup>, s'applique dorénavant à tous les défauts concernant une construction. Or la limitation et l'exclusion du droit à la réfection sont courantes et ne posent pas de problème spécifique lorsqu'elles interviennent entre professionnels de la construction. On peut dès lors se demander si le législateur, peut-être un peu trop focalisé sur les difficultés soulevées par les acquisitions de parts de PPE, n'a pas été trop loin en imposant une telle limitation, quelles que soient les parties à la transaction et la construction concernée.
- 5° L'interdiction d'exclure conventionnellement le droit à la réfection (n°70) est susceptible de mettre également *fin à la pratique voyant l'aliénatrice céder à l'acquéreur son droit à la réfection* contre les entre-

ce dernier ne concernerait que des ouvrages neufs (« [...] puisqu'il n'est pas garanti par définition, contrairement au contrat d'entreprise, qu'il s'agit d'un ouvrage neuf ») et p. 34 s.

138 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 6 ; BLAISE CARRON, PPE, défaut des parties communes et cession des droits de garantie : un besoin de réforme législative ?, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_152/2021, Newsletter immodroit.ch février 2023.

139 Message défauts de construction (n. 20), p. 32.

140 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 106. Dans le même sens : GAUCH (n. 4), p. 498.

141 Message défauts de construction (n. 20), p. 27, qui oppose contrat de vente d'immeubles et contrat d'entreprise en sous-entendant que

142 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 97, parlant de « constructions neuves ».

143 Cf. art. 219a al. 2 P-CO.

144 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 117.

145 Cf. art. 368 al. 2<sup>bis</sup> P-CO ; Message défauts de construction (n. 20), p. 34.

146 Message défauts de construction (n. 20), p. 35.

147 Code des obligations Projet (Défauts de construction) (FF 2022 2744), p. 2.

prises<sup>148</sup>. En effet, celle-là souhaitera conserver elle-même la possibilité de se retourner contre celles-ci pour le cas où l'acquéreur exigerait la réfection. Sans être nécessairement négatif dans l'absolu, cet effet compliquera, d'une part, la tâche des acquéreurs souhaitant obtenir la réfection directement de la part des entreprises ayant réalisé le projet et, d'autre part, la tâche des entreprises souhaitant prendre en compte les préoccupations des acquéreurs finaux lors des travaux de réparation.

Le maintien d'un *lien direct entre entreprises de construction et utilisateurs finaux* pourrait toutefois découler de la solution conventionnelle suivante : la vendeuse cède à l'acheteur ses droits de garantie contre les entreprises à la condition (suspensive) que l'acheteur renonce à faire valoir à son encontre le droit à la réparation *après* que celui-ci est né. Une telle solution serait conforme à la novelle, qui n'interdit l'exclusion ou la restriction qu'*avant* la naissance du droit à la réfection (art. 368 al. 2<sup>bis</sup> nCO).

- 6° On ne peut pas exclure que l'introduction du droit relativement impératif à la réfection favorisera la pratique des promoteurs immobiliers consistant à créer une *entité juridique ad hoc pour chaque construction immobilière*, chargée de mener à bien le projet avant d'être liquidée. Dans un tel cas, la société entretemps liquidée ne sera pas en mesure d'honorer son obligation de réfection, et le caractère relativement impératif du droit correspondant n'y changera rien. En outre, les organes de cette société invoqueront qu'ils ne sont pas personnellement débiteurs si l'acquéreur se tourne vers eux. Une telle construction juridique pourrait constituer une fraude à la loi (art. 2 al. 2 CC). Une solution pourrait consister à prévoir, dans les contrats d'aliénation, une cession des droits de garantie à l'acquéreur, soumise à la condition suspensive de la liquidation de la société aliénatrice.

#### e) La créance en indemnisation du dommage consécutif au défaut (inchangé)

- 72 La créance en indemnisation du préjudice consécutif au défaut permet à l'acquéreur d'exiger des *dommages-intérêts* à l'aliénatrice. Il s'agit d'une forme spéciale de l'action générale en inexécution contractuelle (art. 97 ss CO)<sup>149</sup>, qui peut être exercée en concours avec l'un des droits à la garantie, alternatifs entre eux (n°53 ss).
- 73 Outre les conditions générales du droit à la garantie (n°19 ss), la créance en indemnisation du dommage consécutif au défaut requiert la réunion des *conditions spécifiques* suivantes :

<sup>148</sup> GUIGNARD (n. 3), p. 63.

<sup>149</sup> TERCIER/CARRON (n. 5), N 765 ss et N 3975 ss et réf.

- 1° Un *préjudice* causé par le défaut mais qui ne se confond pas avec le défaut lui-même (p. ex. des loyers perdus ou les honoraires d'experts mandatés pour constater des défauts)<sup>150</sup>.
- 2° Un *chef de responsabilité*, soit la faute (présumée) de l'aliénateur, soit la responsabilité pour un auxiliaire<sup>151</sup>.
- 3° Un *lien de causalité* entre le défaut et le préjudice<sup>152</sup>.

## IV. La transition entre les deux

### 1. Le droit transitoire

La révision ne contient *pas de disposition relative au droit transitoire*. Par conséquent, il faut appliquer les art. 1 à 4 Tit. fin. CC<sup>153</sup>.

En l'occurrence, le *principe de non-rétroactivité* (art. 1 Tit. fin. CC) s'applique. Les nouvelles dispositions – y compris celles qui sont relativement impératives – corrigent des pratiques parfois « choquantes et abusives »<sup>154</sup>, mais qui ne violent pas manifestement les principes fondamentaux de l'ordre juridique. Par conséquent, les exceptions justifiant l'application rétroactive du nouveau droit (art. 2-4 Tit. fin. CC) ne sont pas réalisées<sup>155</sup>.

Le nouveau droit s'applique donc aux conventions conclues *dès le 1<sup>er</sup> janvier 2026*, tandis que les contrats passés sous l'ancien droit sont régis par l'ancien droit, à moins que les parties conviennent expressément de l'application du nouveau droit<sup>156</sup>.

### 2. Quelques applications concrètes

Un contrat de *vente à terme d'une part de PPE conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2026* reste soumis à l'ancien droit même si le projet de construction débute fin 2026, que la construction s'achève en 2027 et que les défauts sont découverts début 2028. L'acquéreur ne dispose pas du droit légal à la réfection, la vendeuse peut valablement exclure sa

<sup>150</sup> Sur ce sujet, cf. BLAISE CARRON / YANN FÉROLLES, Le dommage consécutif au défaut, in : Werro/Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états – sans le dommage corporel ni le tort moral, Zurich 2013, p. 69 ss, *passim*; TERCIER/CARRON (n. 5), N 3982.

<sup>151</sup> ATF 107 II 438 ; ATF 116 II 305, consid. 2c. La faute n'est toutefois pas nécessaire en cas de dommage consécutif au défaut direct au sens de l'art. 208 al. 2 CO ; BSK OR I-HONSELL, art. 205 N 5 ss ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 9 s.

<sup>152</sup> ATF 112 II 439, consid. 1d ; ATF 108 II 51, consid. 3.

<sup>153</sup> Message défauts de construction (n. 20), p. 29 ; CARRON/BERGMANN (n. 1), N 82 ; PICHONNAZ (n. 4), p. 85.

<sup>154</sup> Message défauts de construction (n. 20), p. 29.

<sup>155</sup> PICHONNAZ (n. 4), p. 85 et réf. ; BSK ZGB-VISCHER, art. 2 Tit. fin. N 3.

<sup>156</sup> Message défauts de construction (n. 20), p. 29 ; PICHONNAZ (n. 4), p. 85 et réf.

garantie pour les défauts<sup>157</sup> et les défauts doivent faire l'objet d'un avis « sans délai ».

- 78 La même logique s'applique si un *délai d'avis débute juste avant l'entrée en vigueur du nouveau droit* et expire après celle-ci. Par exemple, si un défaut est découvert le 27 décembre 2025, le droit actuel sera applicable et l'avis des défauts devra intervenir au plus tard au début janvier 2026, car le contrat a été conclu en 2025<sup>158</sup>.
- 79 En revanche, le nouveau droit s'applique si une *promesse de vente est conclue en 2025* mais donne lieu à la conclusion d'un acte de vente notarié avec transfert de propriété après le 1<sup>er</sup> janvier 2026. La vendeuse ne pourra donc pas exclure son obligation de réparer les défauts envers l'acquéreur de la part de PPE sur plans, qui disposera d'un avis des défauts d'une durée relativement impérative de 60 jours et qui pourra faire valoir ses prétentions découlant de la garantie des défauts dans le délai de prescription relativement impératif de cinq ans<sup>159</sup>.

157 Message défauts de construction (n. 20), p. 29 ; CARRON/BERGMANN (n. 1), N 83.

158 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 83 ; GRÜNIG (n. 4), p. 414.

159 CARRON/BERGMANN (n. 1), N 83. Pour d'autres exemples, cf. FLACH (n. 4) ; GRÜNIG (n. 4), p. 414.

## V. Conclusion

La révision du 20 décembre 2024 (Défauts de construction) vise à modifier des règles et à juguler des pratiques jugées défavorables à l'acquéreur immobilier<sup>160</sup>. Elle a ainsi introduit plusieurs *dispositions impératives* dans un domaine traditionnellement de droit dispositif<sup>161</sup>.

Même s'il faudra attendre quelques années pour en juger définitivement, la révision semble *avoir atteint plusieurs de ses objectifs*, notamment en remédiant au problème posé par le délai d'avis trop bref et en empêchant l'exclusion du droit à la réfection avant la naissance du droit.

En dépit de ces effets positifs, *plusieurs faiblesses et lacunes* demeurent. Premièrement, le champ d'application de la modification n'est pas toujours convaincant, en particulier s'agissant du délai d'avis des défauts et du délai de prescription. Deuxièmement, la volonté du législateur de protéger l'acquéreur vulnérable risque d'être parfois difficile à concrétiser, car certaines modifications ont été assorties de conditions difficilement réalisables. On pense notamment au délai d'avis de 60 jours concernant les défauts de biens mobiliers intégrés dans un ouvrage immobilier et étant à l'origine des défauts de cet ouvrage (n°42 ss). Enfin, la révision législative multiplie les régimes applicables et introduit de nouvelles notions (p. ex. « construction », n°67 ss, 71 ss ; « érection », n°67), ce qui est source d'insécurité juridique et risque de fragiliser les acquéreurs non professionnels que l'on voulait protéger en premier lieu.

160 En ce sens, cf. Message défauts de construction (n. 20), p. 16 ss (discutant de la qualification en tant que consommateurs des acquéreurs à des fins privées et des règles de protection des consommateurs) et p. 35 (mentionnant l'art. 40a CO).

161 Cf. GAUCH (n. 4), p. 503.

### Abstract

Am 1. Januar 2026 tritt die Änderung des OR vom 20. Dezember 2024 mit dem Titel « Baumängel » (AS 2025 270) in Kraft. Unser Beitrag hat zum Ziel, die Gesetzesrevision in ihrem Kontext vorzustellen und eine kritische Lesart anzubieten. Aus rechtlicher Sicht werden in dieser Abhandlung die wichtigsten Gesetzesänderungen detailliert vorgestellt und in den grösseren Analyse Rahmen der Mängelhaftung eingebettet. Dabei werden sowohl die unveränderten als auch die geän-

derten Elemente behandelt, ohne dabei die Frage des Übergangs zwischen den beiden Regelungen zu vergessen. Die kritische Analyse identifiziert die wichtigsten Herausforderungen, die sich bei der Auslegung des neuen Textes stellen werden. Aus politischer Sicht verfolgte die Gesetzesrevision eine Reihe von Zielen, vor allem den Schutz privater Käufer von Wohnimmobilien. Der Beitrag prüft, ob diese Ziele im schlussendlich verabschiedeten Text umgesetzt wurden.