

Franz Werro / Pascal Pichonnaz
Editeurs

Colloque du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états
Sans le dommage corporel ni le tort moral



Stämpfli Editions

Colloque du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états

Sans le dommage corporel ni le tort moral

Edité par

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg et au
Georgetown University Law Center, Washington, DC

et

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg

Colloque
du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états
Sans le dommage corporel ni le tort moral

Vincent Brulhart
Blaise Carron
Benoît Chappuis
Yann Férolles
Alexandre Guyaz
Pascal Pichonnaz
Muriel Vautier Eigenmann
Franz Werro

Sous la direction de
Franz Werro et Pascal Pichonnaz



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Bern

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Réalisation intégrale:

Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN Print 978-3-7272-3035-6

ISBN Judocu 978-3-0354-1054-9

ISBN E-Book 978-3-7272-5810-7

© Stämpfli Editions SA Bern

Le dommage consécutif au défaut

Blaise Carron

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat, LL.M. (Harvard)

Yann Férolles

Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat

Introduction	71
I. La notion	72
A. <i>Une définition</i>	72
B. <i>Les éléments constitutifs</i>	72
1. Le dommage	73
a) La définition	73
b) Quelques distinctions	73
(i) Selon la nature du bien touché	73
(ii) Selon les composants du dommage	75
(iii) Selon la manière de calculer le dommage	76
(iv) Selon l'intensité du lien de causalité entre événement dommageable et dommage	77
2. Le défaut	77
a) Dans les contrats de vente, d'entreprise et de bail	78
(i) La définition	78
(ii) Quelques distinctions	81
b) Dans la LRFP	84
(i) La définition	84
(ii) Quelques distinctions	86
3. Le caractère consécutif	86
a) La chose défectueuse comme cause du dommage	87
b) Le dommage se développant en dehors de la chose défectueuse	89
II. La typologie des régimes applicables	92
A. <i>Quelques généralités et les régimes applicables</i>	92
1. Quelques généralités	92
2. Les régimes applicables	93
B. <i>Dans le contrat de vente</i>	94
1. Deux régimes parallèles pour la réparation du DCD	94
2. En cas de résolution du contrat	95
3. En cas de réduction du prix	98
4. En cas de remplacement de la chose défectueuse	99

5.	Le cas particulier du remplacement initié par le vendeur.....	100
6.	Le cas particulier de l'absence d'exercice d'un droit spécifique	101
<i>C.</i>	<i>Dans le contrat d'entreprise</i>	101
1.	Le régime unique pour la réparation du DCD	101
2.	En cas de résolution (résiliation) du contrat.....	102
3.	En cas de réduction du prix.....	103
4.	En cas de réfection de l'ouvrage	104
5.	Le cas particulier de l'absence d'exercice d'un droit spécifique	107
<i>D.</i>	<i>Dans le contrat de bail à loyer</i>	107
1.	Le régime en principe unique pour la réparation du DCD	107
2.	En cas de résiliation du contrat	108
3.	En cas d'action minutoire	109
4.	En cas de remise en état	110
5.	En cas de prise en charge du procès.....	111
6.	En cas de consignation du loyer.....	112
<i>E.</i>	<i>Dans la LRFP</i>	112
III.	Les régimes juridiques applicables	113
<i>A.</i>	<i>Le régime typique</i>	113
1.	Les conditions de fond	113
a)	Le défaut.....	114
b)	La position particulière du créancier	114
(i)	Dans le contrat de vente : un défaut ignoré et non accepté	114
(ii)	Dans le contrat d'entreprise : un défaut non imputable et non accepté	115
(iii)	Dans le contrat de bail : un défaut non imputable et non accepté	116
c)	Le dommage consécutif au défaut (DCD).....	117
d)	Le lien de causalité	118
e)	Le chef de responsabilité	118
(i)	La faute du vendeur	119
(ii)	La faute de l'entrepreneur	120
(iii)	La faute du bailleur.....	120
(iv)	La responsabilité pour le fait de l'auxiliaire	121
2.	Les conditions d'exercice.....	121
a)	Le respect des incombances	122
(i)	Le devoir de vérification	122
(ii)	Le devoir d'avis.....	123
b)	Le respect des délais de prescription	123
3.	Les effets du droit	126
a)	La fixation du dommage.....	126

b) La fixation de l'indemnité	129
c) Les intérêts compensatoires.....	129
<i>B. Les régimes particuliers</i>	130
1. Le régime de l'art. 208 CO	130
a) Les particularités de l'art. 208 al. 2 CO.....	130
b) Le DCD en tant que dommage direct au sens de l'art. 208 al. 2 2 ^{ème} phrase CO ?.....	131
(i) La jurisprudence du Tribunal fédéral	131
(ii) Les critiques doctrinales	135
(iii) Une prise de position et les conséquences pour le praticien.....	139
c) L'applicabilité de l'art. 208 al. 2 et 3 CO au-delà de la résolution du contrat ?	141
2. Le régime de la LRFP	143
a) Quelques généralités	143
b) Le sujet de la responsabilité	144
c) Les conditions de responsabilité.....	145
(i) Le dommage	145
(ii) Le produit	146
(iii) Le défaut.....	146
(iv) Le lien de causalité	147
(v) L'absence d'exceptions à la responsabilité du producteur.....	147
(vi) La prescription et la péremption.....	147
d) Les effets	148
e) La délimitation par rapport à la responsabilité contractuelle	148
Bibliographie	150

Introduction

Lors d'une présentation théorique du système de la garantie pour les défauts, le dommage consécutif au défaut est souvent « le parent pauvre » auquel on consacre quelques pages dans un manuel et, au plus, quelques minutes dans un cours. Paradoxalement, le dommage consécutif au défaut peut constituer la majeure partie de la créance d'un point de vue économique. Dans un des derniers arrêts publiés traitant de cette matière, la créance relative au droit de garantie invoqué représentait 0,5% de la valeur litigieuse, alors que le dommage consécutif au défaut constituait les

99,5% restants¹. Fort de ce constat, le choix de présenter ce thème durant ce colloque nous semble pleinement justifié. Nous présenterons la notion de dommage consécutif au défaut (I.) et établirons une typologie des régimes juridiques applicables (II.), avant de les présenter plus en détail (III.).

I. La notion

Le droit suisse ne définit ni ne mentionne expressément le concept de dommage consécutif au défaut. Le législateur s'est contenté de prévoir le régime applicable dans des dispositions consacrées aux contrats de vente, de bail à loyer, d'entreprise, ainsi que dans la LRFP². Afin de préciser cette *notion*, nous proposons une définition (A.), dont nous mettrons en évidence les éléments constitutifs (B.).

A. Une définition

Par *dommage consécutif au défaut* (ci-après : le DCD), on entend la diminution du patrimoine de l'acheteur, du locataire, du maître de l'ouvrage ou du consommateur d'un produit (ci-après : le créancier) qui trouve sa cause dans le défaut de la chose vendue ou louée, de l'ouvrage livré ou du produit (ci-après : la chose), mais qui ne se confond pas avec le défaut lui-même parce qu'il se développe en dehors de ce dernier³. Autrement dit, le DCD est un dommage qui ne concerne pas la chose défectueuse elle-même, mais d'autres éléments du patrimoine du créancier⁴.

B. Les éléments constitutifs

La définition proposée contient *trois éléments constitutifs* : un dommage (1.), un défaut (2.) et le caractère consécutif du dommage par rapport au défaut (3.).

¹ ATF 133 III 257, SJ 2007 I 461 (les montants étaient de CHF 4'800.- et CHF 2 millions).

² Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP ; RS 221.112.944). Nous ne traiterons toutefois pas du régime applicable à la vente internationale de marchandises.

³ TF, 4C.130/2006, c. 6.1 ; cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1855 et 1864 ; VENTURI, N 1591.

⁴ ATF 133 III 257, c. 2.5.1, SJ 2007 I 461.

1. Le dommage

a) La définition

La loi ne définit pas le dommage⁵. Il s'agit d'une *notion jurisprudentielle* fondée sur la théorie de la différence⁶. De manière constante, le Tribunal fédéral affirme : « [l]e dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il [...] correspond à la différence entre la situation actuelle de fortune et celle qui existerait si l'événement dommageable ne s'était pas produit »⁷.

b) Quelques distinctions

La notion de dommage autorise de nombreuses *distinctions*⁸. Elles ne se recoupent pas et, si l'on veut préciser le DCD réparable, il faut souvent les combiner⁹. En relation avec le DCD, on peut définir des catégories selon la nature du bien touché (i), selon les composants du dommage (ii), selon la manière de calculer le dommage (iii) ainsi que selon l'intensité du lien de causalité entre l'événement dommageable et le dommage (iv).

(i) Selon la nature du bien touché

En relation avec la nature du bien touché, on distingue le dommage corporel (1°), le dommage matériel (2°) et le dommage purement économique (3°)¹⁰.

1° Le dommage corporel (« *Körperschaden* ») est la perte patrimoniale résultant d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique du lésé¹¹. En cas de mort d'homme, ce dommage comprend les frais entraînés par le décès, le dommage survenu entre l'atteinte et le décès et la perte de

⁵ ATF 127 III 73, c. 4a, JdT 2001 I 495.

⁶ CHAPPUIS, Quelques dommages, N 45.

⁷ ATF 129 III 331, c. 2.1, JdT 2003 I 629, et les arrêts cités.

⁸ Pour une vue d'ensemble, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2846 ss.

⁹ Cf. VENTURI, N 1604 et les réf. citées.

¹⁰ Pour plus de précisions, cf. WERRO, Responsabilité civile, N 58 ss.

¹¹ DESCHENAUX/TERCIER, p. 48 ; CR-WERRO, N 18 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 25 ad art. 41 CO.

soutien¹². En cas de lésions corporelles, il comprend les pertes éprouvées (« *damnum emergens* », cf. *infra* § I.B.1.b) (ii), p.ex. les frais de traitement), ainsi que le gain manqué actuel et futur (« *lucrum cessans* », cf. *infra* § I.B.1.b) (ii), p.ex. l'incapacité de gain)¹³.

2° Le **dommage matériel** (« *Sachschaden* ») est la perte patrimoniale découlant d'une atteinte portée à la substance et, pour certains, à la fonction d'une chose¹⁴. Il découle de la destruction, de l'endommagement ou de la perte d'une chose¹⁵. En cas d'atteinte partielle, le dommage comprend les frais de réparation et la dépréciation subie par la chose¹⁶. En cas d'atteinte totale, le dommage équivaut à la valeur de remplacement¹⁷.

3° Le **dommage purement économique** (« *Vermögensschaden* » ou « *sonstiger Schaden* ») est la diminution du patrimoine du lésé sans qu'une personne ait été blessée ou tuée, ni qu'une chose ait été endommagée, détruite ou perdue¹⁸. Selon la jurisprudence, un tel dommage ne donne lieu à réparation que lorsque l'acte dommageable viole une norme ayant pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé¹⁹. Ces normes peuvent résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit privé, administratif ou pénal ; peu importe qu'elles soient écrites ou non écrites, de droit fédéral ou de droit cantonal²⁰.

En droit de la vente, de l'entreprise et du bail, il est indifférent que le *DCD* résulte d'un dommage corporel, matériel ou économique. Par contre, dans le cadre de la LRFP, la nature du bien touché joue un rôle important, puisque la loi ne permet pas la réparation de tous les dommages (cf. *infra* § III.B.2.c) (i)).

¹² Cf. art. 45 CO ; CR-WERRO, N 18 ad art. 41 CO.

¹³ Cf. art. 46 CO ; CR-WERRO, N 18 ad art. 41 CO ; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 11 ad art. 41 CO.

¹⁴ CR-WERRO, N 19 ad art. 41 CO ; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 12 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 28 ad art. 41 CO et les réf. citées.

¹⁵ CHK-MÜLLER, N 28 ad art. 41 CO.

¹⁶ CR-WERRO, N 19 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 28 ad art. 41 CO.

¹⁷ CR-WERRO, N 19 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 30 ad art. 41 CO.

¹⁸ CR-WERRO, N 20 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 25 ad art. 41 CO ; BK-BREHM, N 85 ad art. 41 CO.

¹⁹ ATF 133 III 323, c. 5.1.

²⁰ ATF 133 III 323, c. 5.1.

(ii) Selon les composants du dommage

En se fondant sur les composants du dommage, on oppose la perte éprouvée (1°) au gain manqué (2°)²¹.

1° La perte éprouvée (« *damnum emergens* » ; parfois appelée dommage positif²²) consiste dans la diminution de la fortune nette due soit à une diminution de l'actif (p.ex. la moins-value de la chose endommagée), soit à une augmentation du passif (p.ex. les frais de réparation de la chose endommagée)²³.

Un *DCD comme perte éprouvée* peut p.ex. prendre la forme de dommages matériels subis sur d'autres biens, d'une moins-value commerciale subsistant après réfection de la chose, de la location d'une chambre d'hôtel à la suite de l'inondation d'un appartement défectueux, des frais pour une expertise constatant la présence des dégâts, d'un vol d'objets de valeur découlant d'une installation de surveillance défectueuse²⁴.

2° Le gain manqué (« *lucrum cessans* ») consiste dans la non-augmentation de la fortune nette due soit à une non-augmentation de

²¹ ATF 129 III 331, c. 2.1, JdT 2003 I 269, selon lequel le dommage « [p]eut consister en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif [c'est-à-dire en une perte éprouvée] ou en un gain manqué ».

²² ATF 79 II 376, c. 3 ; cf. ég. SCHÖNLE, *Le dommage*, p. 29.

²³ CR-WERRO, N 12 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 2 ad art. 41 CO ; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 6 ad art. 41 CO.

²⁴ *Pour la vente* : ATF 133 III 257, c. 3.2 et les réf. doctrinales citées, SJ 2007 I 461. *Pour l'entreprise* : cf. ZK-BÜHLER, N 175 ss ad art. 368 CO ; PALLY p. 93 ss ; cf. ég. CR-CHAIX, N 59 ad art. 368 CO ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1873 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 70 ad art. 368 CO. Exemples : l'installation défectueuse d'un tuyau d'évacuation de fumée causant un incendie dans le bâtiment du maître (ATF 77 II 243, c. 3, JdT 1952 I 69), un étage supplémentaire conçu de manière défectueuse s'écroule et endommage les étages inférieurs (JdT 1954 I 585), l'accident du maître parce que sa sangle d'escalade a été réparée de façon défectueuse (ATF 64 II 254, c. 1, JdT 1939 I 42), l'effondrement d'un port suite à des sondages de reconnaissance et la réalisation d'une étude géotechnique en vue de la création d'un nouveau port (TF, 4A_182/2007, c. 4.1.2), un plan défectueux entraînant un défaut de la construction immobilière (ATF 130 III 362, c. 4.1 ; TF, 4A_90/2013, c. 4.2). *Pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 250 ; LACHAT, *Bail à loyer*, p. 263 et les réf. citées. Exemples : les lésions corporelles nécessitant un traitement médical ; les dégâts aux meubles non couverts par les assurances ; les dépenses faites pour diminuer les nuisances comme la pose d'une moquette pour atténuer les conséquences d'une mauvaise isolation phonique ; la différence de loyer jusqu'à l'échéance contractuelle, lorsque le locataire a dû déménager dans un logement plus cher (DB 1990 N 13).

l'actif, soit à une non-diminution du passif (p.ex. l'interruption de la production dans une entreprise en raison d'une machine défectueuse)²⁵.

Pour l'acheteur ou le maître, une perte locative ou une perte de production suite à un défaut constitue un *DCD sous forme de gain manqué*²⁶. Pour le locataire, il s'agit p.ex. de la perte de bénéfice de locaux commerciaux ou de la perte de revenus d'une sous-location autorisée²⁷.

(iii) Selon la manière de calculer le dommage

En responsabilité contractuelle, on oppose l'intérêt négatif (1°) à l'intérêt positif (2°) quant à la manière de calculer le dommage²⁸.

1° L'intérêt négatif (« *negatives Vertragsinteresse* ») correspond à l'intérêt qu'avait le créancier à ce que le contrat ne soit pas conclu : sa situation patrimoniale doit correspondre à celle qui aurait été la sienne si les parties n'avaient jamais conclu de contrat²⁹. Ce dommage comprend toutes les pertes éprouvées et les gains manqués en raison de la négociation et de la conclusion du contrat envisagé³⁰.

2° L'intérêt positif (« *positives Vertragsinteresse* ») correspond à l'intérêt qu'avait le créancier à ce que le contrat soit exécuté : sa situation patrimoniale doit correspondre à celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté³¹. Ce dommage comprend toutes les pertes éprouvées et les gains manqués y relatifs³².

²⁵ CR-WERRO, N 12 ad art. 41 CO et les réf. citées ; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 6 ad art. 41 CO.

²⁶ GAUCH, Werkvertrag, N 1870 ; CR-CHAIX, N 59 ad art. 368 CO.

²⁷ LCHAT, Bail à loyer, p. 263 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 251.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2897 ss.

²⁹ TERCIER/PICHONNAZ, N 1213.

³⁰ TERCIER/PICHONNAZ, N 1213.

³¹ TERCIER/PICHONNAZ, N 1214.

³² TERCIER/PICHONNAZ, N 1214.

- (iv) Selon l'intensité du lien de causalité entre événement dommageable et dommage

L'intensité du lien de causalité entre l'événement dommageable, d'une part, et le dommage en résultant, d'autre part, permet la distinction entre le dommage direct (1°) et le dommage indirect (2°)³³.

1° Le dommage **direct** (« *unmittelbarer Schaden* ») est celui qui découle directement de l'atteinte (p.ex. le défaut d'une machine à laver la vaisselle entraîne une fuite d'eau qui endommage le sol)³⁴.

2° Le dommage **indirect** (« *mittelbarer Schaden* ») au contraire est causé par le concours de causes supplémentaires, de sorte qu'il apparaît comme une conséquence plus éloignée du fait dommageable initial (p.ex. le défaut d'une machine à laver la vaisselle entraîne une fuite d'eau qui pénètre dans les installations électriques causant un court-circuit et un incendie)³⁵. Dès l'instant où le dommage dont l'élimination est demandée n'a pas été directement causé par la chose endommagée, mais par la survenance d'un événement intermédiaire (même s'il est lui-même en causalité naturelle et adéquate avec la chose défectueuse) tel un incendie, le dommage n'est plus direct, mais indirect³⁶.

Dans le cadre du DCD, cette distinction joue avant tout un rôle en relation avec l'art. 208 al. 2 et 3 CO. La définition mentionnée ci-dessus correspond à celle retenue par le Tribunal fédéral³⁷. Elle fait toutefois l'objet de controverses (cf. *infra* § III.B.1.b).

2. Le défaut

Le *second élément constitutif* du DCD est le défaut. En responsabilité contractuelle, en particulier dans les contrats de vente, d'entreprise et de bail (a), le défaut est un concept uniforme. Dans la LRFP (b), la notion de défaut est différente.

³³ CR-WERRO, N 13 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 26 ad art. 41 CO.

³⁴ ATF 133 III 257, c. 2.1/3.2, SJ 2007 I 461 ; CR-WERRO, N 13 ad art. 41 CO ; BSK-HEIERLI/SCHNYDER, N 7 ad art. 41 CO.

³⁵ ATF 133 III 257, c. 2.1, SJ 2007 I 461 ; KELLER/SIEHR, p. 90 ; CR-WERRO, N 13 ad art. 41 CO ; CHK-MÜLLER, N 26 ad art. 41 CO.

³⁶ GILLIÉRON, N 548.

³⁷ ATF 133 III 257, c. 2.5.1 ss, SJ 2007 I 461.

a) Dans les contrats de vente, d'entreprise et de bail

(i) La définition

Par défaut, on entend *l'absence d'une qualité promise ou attendue*. La chose n'est pas conforme à la convention, soit parce que le débiteur avait promis l'existence d'une qualité, soit parce que le créancier pouvait s'y attendre selon les règles de la bonne foi³⁸.

En relation avec les différents contrats nommés, on peut faire les commentaires suivants :

1° Le contrat de **vente** contient une définition du défaut à l'art. 197 al. 1 CO qui prévoit que « [l]e vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant en raison des qualités promises qu'en raison des défauts qui, matériellement ou juridiquement, enlèvent à la chose soit sa valeur, soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure ».

2° Le contrat d'**entreprise** ne définit pas expressément le défaut, même si l'art. 368 al. 1 CO évoque la non-conformité à la convention. La notion est la même que dans le contrat de vente avec les deux précisions suivantes³⁹. D'abord, les qualités attendues concernent d'une part celles qui sont nécessaires pour l'usage convenu de l'ouvrage et, d'autre part, les matières premières utilisées qui ne doivent pas être de qualité inférieure à la moyenne (quel que soit l'usage convenu)⁴⁰. Ensuite, il ne peut y avoir de défaut qu'en présence d'un ouvrage achevé et livré⁴¹, alors que, dans la vente, le défaut peut exister avant la livraison⁴².

3° Le droit du **bail** ne définit pas expressément le défaut. Il faut toutefois rapprocher cette notion de « [l']état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée », au sens de l'art. 256 al. 1 CO⁴³. Il s'agit d'une disposi-

³⁸ *Pour la vente* : TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 723 ; cf. ég. VENTURI, N 326. *Pour l'entreprise* : ATF 104 II 348, c. 3/bb ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4471 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1361 ss et N 1406 ss. *Pour le bail* : TF, 4A_408/2007, c. 4.1 ; AUBERT, CPra-Bail, N 20 ad art. 258 CO ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2096 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 216.

³⁹ TF, 4C.130/2006, c. 7.3.

⁴⁰ CR-CHAIX, N 5 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1411.

⁴¹ ATF 94 II 161, c. 3e, JdT 1969 I 650 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4481 ; MÜLLER/BOUVERAT, N 1565.

⁴² VENTURI, N 354 et les réf. citées.

⁴³ CR-LACHAT, N 1 ad art. 258 CO ; cf. ég. AUBERT, CPra-Bail, N 20 ss ad art. 258 CO.

tion semi-impérative (cf. art. 256 al. 2 CO) qui ne peut donc pas être modifiée conventionnellement au détriment du locataire⁴⁴. Les parties peuvent toutefois convenir d'un état des locaux inférieur à l'état usuel (mais conforme au contrat), moyennant un loyer réduit ou le paiement par le bailleur d'une pleine indemnité⁴⁵. Ainsi, la location de locaux « nus », qui ne sont pourtant pas appropriés à un usage immédiat et final, est licite⁴⁶.

Le « défaut » présente les caractéristiques communes suivantes, même si le contrat de bail présente certaines singularités : il s'agit (1°) d'une notion juridique à caractère (2°) relatif et (3°) qualitatif, dont (4°) le fardeau de la preuve repose sur le créancier.

1° Le défaut est une notion juridique. Un défaut résulte de la comparaison de deux états : d'une part, la chose telle que le créancier l'a reçue (l'état réel) et, d'autre part, la chose telle qu'il aurait dû la recevoir selon les termes du contrat (l'état convenu)⁴⁷. En droit de la vente et de l'entreprise, le défaut n'est pas nécessairement « un défaut au sens technique », qui suppose une imperfection objective, affectant les possibilités de fonctionnement ou d'utilisation de la chose⁴⁸. En effet, seule la conformité de la chose livrée avec la chose convenue par les parties est déterminante⁴⁹. Cette liberté est relativisée en droit du bail, qui exige un « état approprié à l'usage pour lequel [la chose] a été louée » (art. 256 al. 1 CO).

2° Le défaut a un caractère relatif. L'existence d'un défaut dépend avant tout du contenu du contrat et varie donc d'une situation à l'autre⁵⁰. En

⁴⁴ LACHAT, N 2 ad art. 258 CO.

⁴⁵ LACHAT, Bail à loyer, p. 220.

⁴⁶ LACHAT, Bail à loyer, p. 220 ; pour une présentation détaillée, cf. CARRON, Bail, p. 52 ss.

⁴⁷ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 724 ; MÜLLER/MADER, N 237.

⁴⁸ VENTURI, N 330 ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 729.

⁴⁹ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 2 ad art. 197 CO ; p.ex., il est possible qu'un ouvrage soit juridiquement défectueux sans l'être techniquement (p.ex. la voiture fonctionne parfaitement, mais elle a une autre couleur que celle qui était promise), ou, inversement, qu'il soit techniquement défectueux sans l'être juridiquement (p.ex. le maître accepte le défaut technique) (TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4477 ; MÜLLER/BOUVERAT, N 1569). *Pour le bail* : ZK-HIGI, N 17 ss ad art. 256 CO ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2098 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 217.

⁵⁰ *Pour la vente* : TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 726 ; MÜLLER/MADER, N 239. *Pour l'entreprise* : ATF 114 II 239, c. 5aa, JdT 1989 I 162 ; CR-CHAIX, N 6 ad art. 368 CO.

cela, la doctrine l'oppose généralement au défaut « objectif », qui ne résulte pas de la volonté des parties, mais des normes ou des principes légaux⁵¹. On relèvera néanmoins une « tendance à l'objectivation » dans le droit du bail par l'exigence de l'« état approprié à l'usage » (art. 256 al. 1 CO)⁵².

3° Le défaut a un **caractère qualitatif**. On entend par là « [l]'absence d'une propriété qui confère à la chose une certaine valeur ou une certaine utilité »⁵³. Dans la vente, on dit que le débiteur livre un « *pejus* » (« *Schlechtlieferung* »)⁵⁴. Dans le contrat d'entreprise, l'existence d'un défaut implique une diminution de la qualité de l'ouvrage livré⁵⁵. Le vice de qualité s'oppose au vice de quantité (« *minus* » ; « *Teillieferung* ») et au vice de nature (« *aliud* ») qui ne sont pas des défauts au sens de la garantie pour les défauts. De tels vices sont d'ailleurs sanctionnés par les règles générales sur l'inexécution⁵⁶, à moins qu'ils ne constituent en même temps un vice de qualité⁵⁷, ce qui est notamment le cas pour les baux à loyer d'habitation lorsque les parties ont expressément discuté de la surface⁵⁸ ou pour ceux de locaux commerciaux lorsque le loyer est proportionnel à la surface louée⁵⁹.

4° S'agissant du **fardeau de la preuve** (art. 8 CC), il incombe en principe au créancier (acheteur, maître ou locataire)⁶⁰. Le contrat de vente connaît

Pour le bail : AUBERT, CPra-Bail, N 21 ad art. 258 CO ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2098 ; LACHAT, Bail à loyer, p. 219.

⁵¹ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 726.

⁵² Cf. AUBERT, CPra-Bail, N 21 ss ad art. 258 CO ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2097.

⁵³ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 3 ad art. 197 CO ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 731.

⁵⁴ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 3 ad art. 197 CO ; BSK-HONSELL, N 2 ad art. 197 CO.

⁵⁵ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4483.

⁵⁶ *Pour la vente* : CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 3 ad art. 197 CO ; ATF 121 III 453, c. 4a, JdT 1997 I 199. *Pour l'entreprise* : GAUCH, Werkvertrag, N 1443 ss. *Pour le bail* : ATF 117 II 71, c. 4a ; AUBERT, CPra-Bail, N 6 ad art. 258 CO ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2086.

⁵⁷ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 3 ad art. 197 CO, donnant l'exemple d'un volume de construction insuffisant dans le cadre de la vente d'un immeuble (ATF 87 II 244, c. 1b, JdT 1962 I 98).

⁵⁸ AUBERT, CPra-Bail, N 38 ad art. 258 CO.

⁵⁹ AUBERT, CPra-Bail, N 38 ad art. 258 CO.

⁶⁰ *Pour la vente* : VENTURI, N 355 et les réf. citées. *Pour l'entreprise* : TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4486 et les réf. citées ; BK-KOLLER, N 379 ss ad art. 363 CO. *Pour le bail* : AUBERT, CPra-Bail, N 55 ad art. 258 CO et les réf. citées.

une exception : avant la livraison de la chose, il appartient au vendeur (et non à l'acheteur) de prouver que la chose n'a pas de défaut⁶¹.

(ii) Quelques distinctions

Les défauts se présentent sous diverses formes. On peut les classer notamment en fonction de leur nature (1°), de leur caractère reconnaissable (2°), de leur ampleur (3°) et des relations réciproques entre différents défauts (4°).

1° Selon *la nature du défaut*, on distingue les **défauts matériels** et **immatériels** de la chose. Le vice peut d'abord affecter une propriété physique de la chose (*défauts matériels*). Il s'agit des défauts au sens technique, mais aussi des vices concernant l'authenticité ou d'autres éléments intrinsèques de la chose (p.ex. la machine qui ne travaille pas avec la précision promise)⁶². Les *défauts immatériels* se composent des défauts économiques et des défauts juridiques. Lorsque le vice affecte le rendement et les revenus produits par la chose, il s'agit de *défauts économiques*⁶³. Il faut en principe que cette qualité économique ait fait l'objet d'une promesse expresse⁶⁴. Lorsque la chose ne correspond pas aux exigences juridiques ou ne permet pas à l'acheteur pour ce motif d'en tirer toutes les utilités, il s'agit d'un *défaut juridique*⁶⁵. C'est notamment le cas des objets non conformes aux prescriptions administratives, des terrains affectés de restrictions de bâtir ou de l'absence d'autorisation administrative⁶⁶.

2° Selon *le caractère reconnaissable du défaut*, on distingue les **défauts apparents** des **défauts cachés** de la chose. Le défaut apparent est celui

⁶¹ VENTURI, N 354 et les réf. citées.

⁶² *Pour la vente* : TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 738 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 4 ad art. 197 CO. *Pour l'entreprise* : GAUCH, Werkvertrag, N 1460 ss. *Pour le bail* : CR-LACHAT, N 3 ad art. 258 CO, et les exemples cités.

⁶³ *Pour la vente* : TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 740 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 6 ad art. 197 CO et les exemples cités. *Pour l'entreprise* : CR-CHAIX, N 7 ad art. 368 CO. *Pour le bail* : AUBERT, CPra-Bail, N 44 ad art. 258 CO et les réf. citées.

⁶⁴ BSK-HONSELL, N 2 ad art. 197 CO ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 6 ad art. 197 CO.

⁶⁵ *Pour la vente* : ATF 87 II 244, c. 1a, JdT 1962 I 98 ; dans le même sens, BSK-HONSELL, N 2 ad art. 197 CO ; VENTURI, N 335 ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 743 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 5 ad art. 197 CO. *Pour l'entreprise* : GAUCH, Werkvertrag, N 1460 ss.

⁶⁶ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 743, et les réf. arrêts cités ; CR-LACHAT, N 3 ad art. 258 CO, et les exemples cités.

qui peut être constaté lors de la vérification régulière ou usuelle de l'objet⁶⁷. Par opposition, un défaut caché n'apparaît pas lors d'une vérification. Savoir si le défaut pouvait être constaté légitimement dépend de l'ensemble des circonstances concrètes, notamment des compétences du créancier (p.ex. connaissances techniques), de la nature de la chose (p.ex. objet neuf ou d'occasion), du genre de défaut (p.ex. impossible à déceler), des possibilités de vérification⁶⁸. La nature apparente ou cachée du défaut influe sur le moment auquel le créancier est tenu de le signaler⁶⁹.

3° L'*ampleur* du défaut joue un rôle pour la garantie pour les défauts. En droit de la *vente*, l'art. 205 al. 2 CO prévoit que le juge peut imposer une réduction du prix s'il estime que l'action rédhibitoire n'est pas justifiée « par les circonstances ». La **gravité** du défaut est évidemment un critère important⁷⁰. Dans le contrat d'*entreprise*, on distingue également les défauts de l'ouvrage **graves** (art. 368 al. 1 CO) des défauts de **moindre importance** (art. 368 al. 2 et 3 CO)⁷¹. Seul un défaut grave permet au maître de résoudre le contrat⁷². Le droit du *bail* distingue trois catégories de défauts auxquels correspondent différents droits du locataire. Premièrement, les **menus** défauts n'affectent l'usage des locaux que dans une faible mesure, voire pas du tout⁷³. Ceux-ci peuvent être éliminés par de simples travaux de nettoyage ou de réparation (art. 259 CO) et, pendant le bail, le locataire doit y remédier lui-même (p.ex. les fusibles à changer)⁷⁴. S'il s'agit d'un défaut qui existait déjà lors de la livraison de la chose (défaut initial), le bailleur répond des menus défauts⁷⁵. Par contre, le locataire doit éliminer les menus défauts subséquents⁷⁶. Deuxièmement, les défauts de **moyenne importance** restreignent l'usage pour lequel la chose a été louée, sans toutefois l'exclure ni le restreindre considérablement (art. 258

⁶⁷ *Pour la vente* : CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 15 ad art. 201 CO ; cf. art. 201 al. 1 et al. 3 CO. *Pour l'entreprise* : CR-CHAIX, N 8 ad art. 370 CO ; cf. art. 370 al. 1 CO. *Pour le bail* : cf. 257g CO ; LACHAT, Bail à loyer, p. 224.

⁶⁸ *Pour la vente* : VENTURI, N 470.

⁶⁹ Cf. *infra* § III.A.2.a) (ii).

⁷⁰ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 12 ad art. 205 CO.

⁷¹ GAUCH, Werkvertrag, N 1468.

⁷² TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4610.

⁷³ ZK-HIGL, N 39 ad art. 258 CO.

⁷⁴ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 198 ; pour une casuistique, cf. LACHAT, Bail à loyer p. 226 s., et les exemples cités.

⁷⁵ ZK-HIGL, N 35 ad art. 258 CO ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2094.

⁷⁶ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2094 et 2097.

al. 3 let. a CO, 259b let. b et 259d CO)⁷⁷. Le locataire ne subit en règle générale qu'une diminution du confort (p.ex. entrée de l'immeuble et cour intérieure sale)⁷⁸. Troisièmement, les défauts sont **graves**, lorsqu'ils excluent ou entravent considérablement l'usage pour lequel la chose a été louée (art. 258 CO al. 1 et 259b let. a CO) et mettent notamment en danger le locataire (p.ex. un chalet de vacances à proximité d'un chantier)⁷⁹.

4° Selon *les relations réciproques entre différents défauts*, il peut y avoir des défauts **primaires** et des défauts **secondaires**⁸⁰. Les premiers existent au moment de la livraison de la chose (p.ex. un défaut des fondations en béton de la maison) ou au moment du transfert des risques (p.ex. une mauvaise arrivée d'huile existant déjà au moment de la vente entraînant un dégât au moteur du véhicule) ; ceux-ci constituent la cause des seconds (p.ex. des fissures murales dues aux mauvaises fondations) qui se produisent après la livraison⁸¹. Une caractéristique essentielle du défaut secondaire est qu'il trouve son origine dans un défaut qui existait déjà au moment de la livraison (ou du transfert des risques)⁸² : une détérioration de la chose qui ne se produit qu'après et qui n'a pas pour origine un défaut existant déjà à ce moment, n'est pas un défaut au sens juridique⁸³.

⁷⁷ LACHAT, Bail à loyer, p. 226.

⁷⁸ Pour une casuistique, cf. LACHAT, Bail à loyer, p. 226, et les exemples jurisprudentiels cités.

⁷⁹ Pour une casuistique, cf. CR-LACHAT, N 3 ad art. 258 CO et les exemples jurisprudentiels cités.

⁸⁰ *Pour la vente* : TF, 4C.321/2006, c. 4.4.1. *Pour l'entreprise* : GAUCH, Werkvertrag, N 1470.

⁸¹ GAUCH, Werkvertrag, N 1470.

⁸² GAUCH, Werkvertrag, N 1471.

⁸³ GAUCH, Werkvertrag, N 1471. *Pour la vente* : cf. TF, 4C.321/2006, c. 4.4.1 : selon le TF, « [i]l est admis que le défaut doit déjà exister, fût-ce en germe, au moment du transfert des risques, lequel intervient, sauf exceptions, dès la conclusion du contrat si la vente porte sur un corps certain (art. 185 al. 1 CO). Une détérioration de la chose qui se produit après le transfert des risques ne constitue pas un défaut, même si elle entraîne la disparition d'une qualité promise ou attendue, à moins que l'on ait affaire à un défaut (secondaire) trouvant son origine dans un défaut (primaire) qui existait déjà au moment de ce transfert ». Pour le contrat de bail, cette distinction n'est en principe pas pertinente, le bailleur devant réparer également un défaut (grave ou de moyenne importance) qui apparaît en cours de bail. Par contre, le bailleur ne doit réparer un menu défaut que s'il existait en début de bail (BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 249 s.)

b) Dans la LRFP

(i) La définition

La notion de *défait* au sens de la LRFP ne correspond pas à celle du défaut en matière de responsabilité contractuelle⁸⁴. Aux termes de l'art. 4 al. 1 LRFP, « [u]n produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances [...] ».

Par conséquent, le défaut d'un produit peut être défini comme l'*absence de sécurité raisonnable à laquelle on doit s'attendre, compte tenu des circonstances*⁸⁵. Parmi ces circonstances, il faut tenir notamment compte de la présentation du produit (1°), de l'usage qui peut raisonnablement en être attendu (2°), et du moment de sa mise en circulation (3°).

1° Le critère de la **présentation du produit** comprend notamment les instructions fournies par le producteur⁸⁶. Selon le Tribunal fédéral, « [l']attention du consommateur doit être clairement attirée sur les dangers prévisibles liés à l'utilisation du produit, ainsi que sur la manière de prévenir tout dommage [...] Ce devoir d'information ne constitue toutefois pas une alternative à l'obligation du producteur de concevoir et de fabriquer des produits sûrs [...] Ainsi, pour les produits d'usage courant dont le public attend une sécurité de base déterminée, le producteur ne pourra par avance se libérer de sa responsabilité en apposant sur le produit un avertissement sur un danger précis »⁸⁷.

2° Un autre critère que le juge doit appliquer est celui de l'**usage qui peut être raisonnablement attendu du produit**. Selon le Tribunal fédéral, « [c]ette notion recouvre non seulement l'utilisation conforme au but du produit, mais également un autre usage (« *Fehlgebrauch* »), avec lequel le producteur doit raisonnablement compter (p.ex. l'emploi d'une chaise comme un escabeau). En revanche, la responsabilité du fait des produits n'entre pas en ligne de compte en cas d'usage abusif (« *Missbrauch* » ; p.ex. le séchage d'un chien dans un four à micro-ondes) »⁸⁸.

⁸⁴ ATF 137 III 226, c. 3.2.

⁸⁵ ATF 133 III 81, c. 3.1 ; WERRO, Responsabilité civile, N 582 ; WERRO, Le défaut, p. 259.

⁸⁶ ATF 133 III 81, c. 3.1.

⁸⁷ ATF 133 III 81, c. 3.1.

⁸⁸ ATF 133 III 81, c. 3.1.

3° La troisième circonstance citée à l'art. 4 al. 1 LRFP est le moment de la **mise en circulation** du produit. Selon le Tribunal fédéral, « [s]i un produit défectueux a causé un dommage, la loi présume toutefois que le défaut existait déjà lors de la mise en circulation »⁸⁹.

Le défaut selon la LRFP est une notion juridique indéterminée (1°) à caractère objectif (2°) et qualitatif (3°) dont le fardeau de la preuve repose sur le lésé (4°).

1° L'absence de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre est « une notion **juridique indéterminée** »⁹⁰. Il appartient au tribunal de fixer, dans chaque cas particulier, le degré de sécurité qu'un produit doit offrir en fonction de toutes les circonstances⁹¹.

2° Selon le Tribunal fédéral, « [l]a sécurité attendue dans un cas donné s'apprécie de manière **objective**, en fonction des attentes du consommateur moyen »⁹². Contrairement au régime contractuel, le critère n'est pas fondé sur les qualités attendues ou sur les qualités promises, mais sur les attentes légitimes du consommateur moyen en matière de sécurité⁹³.

3° Le défaut du produit a un caractère **qualitatif**. Il s'agit de l'absence de sécurité raisonnable à laquelle on doit s'attendre, compte tenu des circonstances⁹⁴.

4° S'agissant du **fardeau de la preuve** (art. 8 CC), le lésé doit prouver le dommage et le défaut⁹⁵. Le Tribunal fédéral précise que, même si une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de la victime, il n'en découle pas un renversement du fardeau de la preuve au détriment du producteur⁹⁶.

⁸⁹ ATF 133 III 81, c. 3.1.

⁹⁰ ATF 133 III 81, c. 3.1 (mise en évidence par l'auteur).

⁹¹ ATF 133 III 81, c. 3.1.

⁹² ATF 133 III 81, c. 3.1 (mise en évidence par l'auteur).

⁹³ ATF 133 III 81, c. 3.1.

⁹⁴ ATF 133 III 81, c. 3.1 ; WERRO, Responsabilité civile, N 582.

⁹⁵ ATF 137 III 226, c. 3.2.

⁹⁶ ATF 137 III 226, c. 3.2.

(ii) Quelques distinctions

Alors que la LRFP ne fait elle-même aucune distinction, la pratique classe généralement les défauts selon leur origine en différenciant les défauts de fabrication (1°), de conception (2°) et de présentation (3°)⁹⁷.

1° Il y a **défaut de fabrication** (« *Fabrikationsfehler* ») lorsqu'une erreur intervient dans le processus de fabrication d'un produit en soi bien conçu⁹⁸. Tel est p.ex. le cas de la rupture d'un anneau de suspension inséré dans l'armature d'une dalle en béton préfabriquée, alors qu'une grande quantité de dalles identiques avait déjà été fabriquée et que les anneaux de suspension n'avaient jamais posé problème⁹⁹.

2° Le **défaut de conception** (« *Konstruktionsfehler* ») réside dans la façon dont le produit a été pensé¹⁰⁰. Tel est p.ex. le cas d'une chaise de dentiste qui a cédé sous le poids d'un patient parce que les rivets utilisés pour fixer les parties mobiles de la chaise étaient composés d'un métal n'offrant pas une résistance mécanique suffisante à l'usure¹⁰¹.

3° Le **défaut de présentation** (« *Instruktionsfehler* ») ne se matérialise pas dans le produit lui-même, mais résulte de la mauvaise information qui l'accompagne¹⁰².

3. *Le caractère consécutif*

Le DCD est une diminution du patrimoine du créancier qui est consécutive au défaut de la chose¹⁰³. Le *caractère consécutif* du dommage par rapport au défaut signifie que le dommage trouve sa cause dans la chose défectueuse (a) mais qu'il ne se recoupe pas avec la diminution du patrimoine correspondant au défaut parce qu'il se développe en dehors de ce dernier (b).

⁹⁷ ATF 133 III 81, c. 3.2 ; WERRO, Responsabilité civile, N 592.

⁹⁸ ATF 133 III 81, c. 3.2.

⁹⁹ WERRO, Responsabilité civile, N 592 s. ; ATF 110 II 456, c. 3, JdT 1985 I 378.

¹⁰⁰ WERRO, Responsabilité civile, N 594.

¹⁰¹ TF, C.564/1984 ; ég. ATF 133 III 81, c. 3.2.

¹⁰² WERRO, Responsabilité civile, N 596.

¹⁰³ Cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1855 ; VENTURI, N 1591.

a) La chose défectueuse comme cause du dommage

Le DCD a sa **cause** dans une chose défectueuse¹⁰⁴. Il faut donc établir un lien de causalité (naturelle) entre le DCD et le défaut¹⁰⁵.

Faute de lien de causalité suffisant avec une chose défectueuse ou un défaut, les dommages suivants *ne constituent pas des DCD*¹⁰⁶ :

- le dommage moratoire de l'art. 103 al. 1 CO. Ce dommage est la conséquence d'une livraison tardive de la chose¹⁰⁷. Le dommage moratoire peut consister p.ex. en une diminution des recettes résultant de pertes de marchés ou une chute de la production ou du rendement locatif¹⁰⁸ ;
- lors de travaux de réfection, le dommage résultant de l'endommagement fortuit de l'ouvrage dont l'entrepreneur chargé de la réfection doit répondre, par une application analogique de l'art. 103 CO¹⁰⁹ ;
- le dommage accessoire, qui est celui qui a lieu à l'occasion de l'exécution ou de la livraison de la chose¹¹⁰, p.ex. lorsqu'en travaillant, un peintre raye les vitres posées par un tiers¹¹¹ ;
- lors de travaux de réfection, le dommage résultant d'une violation contractuelle commise par l'entrepreneur¹¹² ou les frais accessoires à la réfection, en particulier les frais relatifs aux travaux préparatoires et

¹⁰⁴ *Pour la vente* : CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 3 ad art. 208 CO. *Pour l'entreprise* : ATF 64 II 254, c. 2, JdT 1939 I 43 ; TF, 4A_294/2009, c. 3.2 ; 4A_182/2007, c. 4.1.2 ; 4C.130/2006, c. 6.1 ; 4C.126/2002, c. 3.1 ; ZK-BÜHLER, N 172 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 57 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 69 ad art. 368 CO. *Pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 250 s.

¹⁰⁵ Pour que le DCD engendre une obligation d'indemniser, la cause doit être également adéquate ; toutefois, GAUCH mentionne avec raison que la causalité adéquate s'examine ultérieurement au stade de l'obligation d'indemniser (Werkvertrag, N 1863 ; cf. *infra* § III.A.1.d).

¹⁰⁶ Cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1856 ss et les réf. citées.

¹⁰⁷ Cf. CR-CHAIX, N 58 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1857 et les réf. citées ; GILLIÉRON N 550.

¹⁰⁸ GAUCH, Werkvertrag, N 665.

¹⁰⁹ GAUCH, Werkvertrag, N 1859 et les réf. citées.

¹¹⁰ Cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1858.

¹¹¹ ATF 89 II 232, c. 5, JdT 1964 I 245.

¹¹² GAUCH, Werkvertrag, N 1859 et les réf. citées.

de remise en état qui sont occasionnés par la réfection¹¹³. Ces frais découlent du contenu de l'obligation de réfection et n'ont aucun lien avec le DCD. Selon le Tribunal fédéral, il en va de même des frais de délogement et de relogement des habitants d'un immeuble d'habitation devant faire l'objet de travaux de réfection¹¹⁴ ;

- le dommage se produisant avant la livraison de l'ouvrage et découlant d'un défaut de l'ouvrage préexistant¹¹⁵, une telle violation de l'obligation de diligence de l'entrepreneur étant soumise aux art. 97 ss CO, et pas au régime de la garantie des défauts¹¹⁶. C'est le cas d'un radiateur non étanche qui occasionne un dégât d'eau avant la réception de l'installation de chauffage¹¹⁷ ;
- le dommage découlant de la violation du devoir de diligence, p.ex. d'un devoir d'information¹¹⁸. Il s'agit de devoirs accessoires dont la violation est soumise aux conditions générales de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)¹¹⁹ ;
- le tort moral que le créancier peut subir du fait du défaut de l'ouvrage n'est pas couvert par l'action en réparation du DCD¹²⁰. Il est réparé aux conditions ordinaires de l'art. 47 ou 49 CO, en vertu du renvoi de l'art. 99 al. 3 CO¹²¹.

¹¹³ CR-CHAIX, N 58 ad art. 368 CO ; ZK-BÜHLER, N 173 ad art. 368 CO ; cf. TF, 4C.297/2003, c. 4.4.2.

¹¹⁴ ATF 111 II 173, c. 5, JdT 1986 I 77 [rés.]. Critique, tout en ayant tempéré son point de vue avec le temps, GAUCH, Werkvertrag, N 1725.

¹¹⁵ GAUCH, Werkvertrag, N 1861 ; ZK-BÜHLER, N 173 ad art. 368 CO ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 70 ad art. 368 CO.

¹¹⁶ ATF 111 II 170, c. 2.

¹¹⁷ GAUCH, Werkvertrag, N 1861.

¹¹⁸ Cf. CR-CHAIX, N 58 ad art. 368 CO.

¹¹⁹ Cf. CR-CHAIX, N 8 ss ad art. 364 CO, N 58 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1862.

¹²⁰ *Pour l'entreprise* : TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4626 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1868. *Pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 251.

¹²¹ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4626 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1868 ; cf. par analogie, ATF 130 III 699, c. 5.1. *Pour le bail* : AUBERT, CPra-Bail, N 8 ss ad art. 259 CO ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 251, pour qui il ne sera pas facile au locataire de prouver le dommage « immatériel » et le lien de causalité avec le défaut de la chose louée.

b) Le dommage se développant en dehors de la chose défectueuse

Le DCD a certes sa source dans le défaut, mais il se développe *dans un autre élément du patrimoine* du créancier. Pour illustrer cela, un auteur utilise le concept de dommage extrinsèque¹²². On parle alors en allemand de « *Mangelfolgeschaden* ». Autrement dit, l'atteinte au patrimoine du créancier subsiste malgré l'exercice du droit de garantie choisi par le créancier¹²³.

Par *exemple*, un lave-linge ayant un joint défectueux peut entraîner un dégât d'eau dans la pièce où il est installé. Il en va de même de l'endommagement d'une partie de la construction en dehors de la prestation d'ouvrage fournie par l'entrepreneur en question, p.ex. lorsque l'isolation défectueuse d'une façade affecte la durée de vie de la façade en question réalisée par un autre entrepreneur¹²⁴. Un locataire (et sous-bailleur) peut subir des pertes locatives car le local sous-loué est défectueux.

Par contre, le DCD ne correspond pas au préjudice patrimonial résultant de la défectuosité même de la chose¹²⁵. Lorsque le bien affecté est la chose elle-même, mais en dehors de la partie défectueuse proprement dite, la terminologie allemande recourt alors à l'expression de « *Mangelschaden* », qui ne constitue pas un DCD¹²⁶. C'est le cas du joint défectueux d'un lave-linge qui entraîne un écoulement interne et qui provoque un court-circuit de la machine¹²⁷. Il s'agit d'un dommage intrinsèque¹²⁸.

Les *voies de droit* permettant de réparer le dommage extrinsèque ne sont pas toujours identiques à celles permettant la réparation du dommage intrinsèque. Ainsi, il est admis de manière unanime que le créancier aura

¹²² GILLIÉRON, N 435.

¹²³ ATF 136 III 273, c. 2.5 ; ZK-BÜHLER, N 172 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 57 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; PALLY, p. 40 s.

¹²⁴ GAUCH, Werkvertrag, N 1725 et 1865. Autres exemples dans la vente : ATF 133 III 257, c. 3.2, SJ 2007 I 461 ; DOERING, p. 92 ss. *Pour l'entreprise* : ATF 130 III 362, c. 4.1 ; ATF 116 II 305, c. 4a, JdT 1991 I 173 ; TF, 4C.126/2002, c. 3.1 ; pour un arrêt récent : TF, 4A_90/2013, c. 4.2 ; ZK-BÜHLER, N 172 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 57 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; PALLY, p. 40 s ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 69 ad art. 368 CO.

¹²⁵ VENTURI, N 1593.

¹²⁶ D'un avis différent : CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 3 ad art. 208 CO.

¹²⁷ Pour d'autres exemples liés à la vente, cf. BSK-HONSELL, N 5 ad art. 208 CO.

¹²⁸ GILLIÉRON, N 435.

toujours la possibilité d'ouvrir une action en dommages-intérêts s'il a subi un DCD¹²⁹. En revanche, l'invocation cumulative ou alternative des art. 97 ss CO et de la garantie pour les défauts pour indemniser les dommages intrinsèques diffère selon la nature du contrat¹³⁰.

A titres d'*exemples*, voici une liste de DCD qui ne se confondent pas avec le défaut :

- les pertes de loyers dues aux travaux de réfection pour éliminer un défaut dans un immeuble locatif¹³¹ ;
- la moins-value commerciale qui subsiste malgré une élimination irréprochable du défaut¹³² ;
- l'atteinte à la matière fournie par le maître lorsqu'elle résulte d'un défaut de l'ouvrage¹³³ ;
- les honoraires des experts que le maître a dû mandater pour la constatation des défauts ainsi que les frais d'avocat avant procès¹³⁴ ;
- l'atteinte au patrimoine de l'acheteur en cas de perte du bétail suite à la transmission d'une maladie par une vache achetée ;
- le dommage subi par l'acheteur lors de la transmission de vers à bois d'une pièce d'antiquité achetée (et défectueuse) à d'autres objets ;
- la diminution de la fortune nette due au défaut d'une machine à laver la vaisselle entraînant une fuite d'eau qui endommage le sol¹³⁵.

Par contre, ne constituent *pas de DCD*, parce qu'elles se confondent avec le défaut, les diminutions du patrimoine découlant :

¹²⁹ *Pour la vente* : TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 709 et N 830 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 18 ad Intro art. 197-210 CO. *Pour l'entreprise* : ATF 122 III 420, c. 2c ; TF, 4A_182/2007, c. 4.1.2 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1849 ss ; CR-CHAIX, N 4 et 56 ss ad art. 368 CO ; PALLY, p. 15. *Pour le bail* : TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2086 s. et N 2149.

¹³⁰ GILLIÉRON, N 437.

¹³¹ GAUCH, Werkvertrag, N 1725.

¹³² GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 70 ad art. 368 CO.

¹³³ GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 70 ad art. 368 CO.

¹³⁴ ATF 126 III 388, c. 10b.

¹³⁵ Pour les trois derniers exemples, cf. ATF 133 III 257, c. 3.2 et les réf. doctrinales citées, SJ 2007 I 461.

- des frais accessoires au remplacement (p.ex. la location d'un objet de remplacement) ou le dommage résultant d'une violation contractuelle commise par le vendeur lors du remplacement d'une chose vendue¹³⁶ ;
- d'un défaut existant, p.ex. la moins-value d'une maison dont les étages n'ont pas la bonne hauteur¹³⁷ ;
- d'un défaut qui s'aggrave après la livraison de l'ouvrage¹³⁸, p.ex. une fissure déjà existante qui s'agrandit ;
- d'un défaut existant (au moins en germe) lors de la livraison mais qui ne devient perceptible qu'après celle-ci¹³⁹, p.ex. une façade en bois dont les planches se tordent¹⁴⁰.
- de la non-exécution d'une réfection promise par l'entrepreneur¹⁴¹ ;
- du fait que le maître a effectué lui-même la réfection¹⁴² ;
- du défaut secondaire¹⁴³. La moins-value que l'ouvrage de l'entrepreneur subit du fait du défaut secondaire ne constitue pas un DCD dont le maître répond en raison du défaut primaire¹⁴⁴. Au contraire, il constitue une cause juridique séparée de la garantie pour les défauts de l'entrepreneur : le maître dispose, pour le défaut secondaire, des droits de garantie découlant de l'art. 368 CO¹⁴⁵ ;
- du renchérissement des coûts de la réfection effectuée par le maître, si celui-ci a choisi la réduction du prix de l'ouvrage¹⁴⁶.

¹³⁶ Cf. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 5 ad art. 206 CO.

¹³⁷ GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; cf. ég. ATF 45 II 660 par analogie.

¹³⁸ GAUCH, Werkvertrag, N 1864.

¹³⁹ GAUCH, Werkvertrag, N 1864.

¹⁴⁰ ATF 118 II 142, c. 3, JdT 1993 I 300.

¹⁴¹ GAUCH, Werkvertrag, N 1864.

¹⁴² TF, 4C.126/2002, c. 3.2 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 70 ad art. 368 CO ; d'un autre avis : ATF 116 II 305, c. 4c, JdT JdT 1991 I 173 ; ZK-BÜHLER, N 172 ad art. 368 CO.

¹⁴³ Cf. *supra* § I.B.2.a) (ii).

¹⁴⁴ GAUCH, Werkvertrag, N 1465.

¹⁴⁵ GAUCH, Werkvertrag, N 1465.

¹⁴⁶ ATF 117 II 550, c. 4cc, JdT 1993 I 136.

II. La typologie des régimes applicables

Les droits spécifiques de la garantie pour les défauts sont en principe alternatifs : le créancier ne peut ainsi pas cumuler la réduction du prix, la résolution du contrat, le droit au remplacement de la chose ou encore le droit à la réparation. Exceptionnellement, en droit du bail, le locataire peut faire valoir simultanément certains droits conférés par les art. 259a ss CO¹⁴⁷. Le locataire peut p.ex. demander à la fois l'exécution de travaux de réparation, une réduction de loyer, des dommages-intérêts et la consignation du loyer¹⁴⁸. Au contraire, le régime de la réparation du DCD s'*applique cumulativement* aux instruments spécifiques de la garantie pour les défauts.

Pour établir une *typologie des régimes contractuels* applicables à la réparation du DCD, il faut se fonder sur les droits (alternatifs) spécifiques à la garantie pour les défauts auxquels l'action en réparation du DCD peut se cumuler. En effet, le régime juridique varie en fonction du droit retenu. Après quelques généralités (A.), nous traiterons successivement des droits spécifiques relatifs au contrat de vente (B.), d'entreprise (C.) et de bail (D.). Pour chacun d'eux, nous décrirons les bases légales et le régime juridique applicable à la réparation du DCD. Nous présenterons également le régime de la LRFP (E.).

A. Quelques généralités et les régimes applicables

1. Quelques généralités

Si l'on excepte le cas particulier de la LRFP (cf. *infra* § III.B.2), la responsabilité en cas de DCD est de nature contractuelle¹⁴⁹. Le régime appli-

¹⁴⁷ C'est-à-dire, la remise en état de la chose louée (art. 259b CO), la réduction, voire la suppression du loyer (art. 259d CO), des dommages-intérêts (art. 259e CO), la résiliation anticipée du bail (art. 258 et 259b CO), l'invitation du bailleur à prendre en charge le procès intenté contre un tiers (art. 259f CO) et la consignation du loyer (art. 259g CO). Ces différents moyens ne s'excluent pas, à l'exception de la résiliation immédiate du bail qui rend sans objet une demande d'exécution de travaux (LACHAT, Bail à loyer, p. 249).

¹⁴⁸ LACHAT, Bail à loyer, p. 249.

¹⁴⁹ GAUCH, Werkvertrag, N 1876. On pourrait également traiter la responsabilité selon l'art. 58 CO comme la réparation d'un DCD, nous y avons renoncé.

cable fait l'objet de *règles spécifiques*, plus ou moins détaillées, *contenues dans les dispositions de la garantie pour les défauts* du contrat de vente, de bail à loyer et d'entreprise.

Si l'on excepte l'art. 259e CO qui est de nature semi-impérative¹⁵⁰, les règles sur la garantie pour les défauts, y compris celle sur la réparation du DCD, sont de *nature dispositive* : elles peuvent être modifiées, voire supprimées par les parties¹⁵¹.

La réglementation spéciale n'est toutefois pas exhaustive et de nombreuses *dispositions de la partie générale du CO* la complètent¹⁵². Il s'agit notamment des règles concernant le fardeau de la preuve (art. 8 CC), le calcul de l'indemnité (art. 42 ss CO et 99 al. 3 CO), la détermination du dommage ne pouvant être établi précisément (art. 42 al. 2 et 99 al. 3 CO), le tort moral (art. 47, 49 et 99 al. 3 CO), la faute présumée (art. 97 al. 1 CO)¹⁵³, la responsabilité des auxiliaires (art. 101 CO), l'exclusion de responsabilité (art. 100 et 101 CO) et la causalité adéquate¹⁵⁴.

2. *Les régimes applicables*

Une analyse de la loi et de la jurisprudence permet d'identifier *quatre régimes juridiques* distincts applicables à la réparation du DCD :

1° L'*action générale pour inexécution*, fondée sur une violation fautive du contrat (art. 97 ss CO), à laquelle la jurisprudence a ajouté les conditions d'exercice de la garantie pour les défauts, c'est-à-dire le respect des incombances et du délai de prescription (REGIME I) ;

2° Une *action spéciale de la garantie pour les défauts*, fondamentalement soumise aux règles générales de l'action contractuelle en dommages-intérêts, auxquelles se rajoutent les éventuelles conditions spéciales

¹⁵⁰ On ne peut y déroger qu'en faveur du locataire (AUBERT, CPra-Bail, N 1 ad art. 259e CO. Cf. *infra* § II.D.1).

¹⁵¹ *Pour la vente* : ATF 94 II 26, c. 2a, JdT 1969 I 322. *Pour l'entreprise* : TF, 4C.371/2006, c. 4.

¹⁵² Cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1877.

¹⁵³ Sauf pour le dommage direct en cas de résolution du contrat de vente (cf. *infra* § III.B.1).

¹⁵⁴ GAUCH, Werkvertrag, N 1878 ss et les exemples cités ; ég. ATF 123 III 110, c. 2, JdT 1997 I 791 ; cf. *infra* § III.A.1.d).

d'exercice, c'est-à-dire le respect des incombances et du délai de prescription (REGIME II) ;

3° Une *action en responsabilité objective contractuelle* (REGIME III) ;

4° Une *action en responsabilité objective extracontractuelle* (REGIME IV).

Les développements suivants visent à établir une *typologie* des cas d'application de ces régimes en distinguant selon les contrats et, si nécessaire, selon les droits spécifiques de la garantie pour les défauts au sein d'un même contrat.

B. Dans le contrat de vente

La base légale et le régime applicables à la réparation du DCD dépendent du droit spécifique de la garantie pour les défauts invoqué par l'acheteur¹⁵⁵. Nous présenterons d'abord les deux régimes parallèles applicables (1.). Nous traiterons ensuite du régime applicable à la réparation du DCD en cas de résolution du contrat (2.), en cas de réduction du prix (3.) et en cas de remplacement de la chose défectueuse (4.). Nous développerons enfin deux cas particuliers : le remplacement initié par le vendeur (5.) et l'absence d'exercice d'un droit spécifique (6.).

1. Deux régimes parallèles pour la réparation du DCD

Une jurisprudence constante autorise l'acheteur à *faire valoir alternativement* les prétentions en garantie fondées sur les art. 197 ss CO et les prétentions en dommages-intérêts qui découlent de la réglementation générale applicable à la responsabilité pour exécution imparfaite au sens de l'art. 97 al. 1 CO¹⁵⁶. Ce choix est néanmoins restreint par le fait que

¹⁵⁵ Nous ne traiterons ici que les dispositions du CO, à l'exclusion de celles de la CVIM qui prévoit un régime plus simple. Si l'acheteur a subi un dommage, celui-ci peut, en sus de la résolution, actionner le vendeur en dommages-intérêts aux conditions des art. 74 ss CVIM (art. 45 al. 2 CVIM). La responsabilité du vendeur est objective et l'action permet la réparation de l'intérêt positif, pour autant que le préjudice ait été prévisible. A ce sujet, cf. TERCIER/FAVRE/PEDRAZZINI, N 1687 ss.

¹⁵⁶ ATF 133 III 335, c. 2.4.1, JdT 2010 I 223 ; cf. ég. ATF 114 II 131, c.1a, JdT 1988 I 508 ; ATF 107 II 419, c. 1, JdT 1982 I 380 ; ATF 90 II 86, c. 1, JdT 1964 I 560 ; ATF 63 II 401, c. 3 ; ATF 58 II 207, c. 1 et 2.

l'acheteur doit remplir, dans les deux cas, les devoirs de vérification et d'avis des défauts mentionnés à l'art. 201 CO, et respecter les délais de prescription prévus aux art. 210, respectivement 219 al. 3 CO¹⁵⁷. Ce choix se traduit par l'application, selon les cas, des REGIMES I, II ou III (cf. *supra* § II.A.2.).

Le *Tribunal fédéral* justifie sa position par le fait que les art. 197 ss CO ne régissent la prétention de l'acheteur en réparation du DCD qu'en relation avec la résolution de la vente (art. 208 al. 2 et 3 CO) et que cette disposition ne peut s'appliquer par analogie aux autres droits spécifiques de la garantie¹⁵⁸.

La *doctrine* est divisée. Un premier courant soutient la position du Tribunal fédéral¹⁵⁹. Un deuxième admet le concours d'actions mais refuse de soumettre l'action générale aux conditions d'exercice de la garantie pour les défauts¹⁶⁰. Un troisième groupe d'auteurs, auquel nous nous rattachons pour des raisons que nous expliciterons plus tard (cf. *infra* § III.B.1.c), est d'avis que l'action spéciale doit s'appliquer à l'exclusion de l'action générale¹⁶¹.

2. *En cas de résolution du contrat*

Selon l'art. 205 al. 1 CO, l'acheteur peut « faire résilier la vente ». Contrairement à la lettre de la loi, il s'agit d'un *droit de résolution du contrat* (« *Wandelungsrecht* »). En outre, malgré les expressions « faire résilier » et « action rédhibitoire » (en référence au droit romain), l'acheteur n'a pas besoin de s'adresser au juge : il dispose d'un droit formateur et une manifestation de volonté adressée au vendeur suffit¹⁶².

Outre les *conditions* générales de fond et d'exercice de la garantie pour les défauts¹⁶³, l'action résolutoire requiert la présence cumulative de deux

¹⁵⁷ ATF 133 III 335, c. 2.4, JdT 2010 I 223.

¹⁵⁸ ATF 133 III 335, c. 2.4, JdT 2010 I 223.

¹⁵⁹ BK-BECKER, N 27 ad art. 201 CO ; ZK-SCHÖNLE/HIGI, N 19a ad art. 197 CO.

¹⁶⁰ BK-GIGER, N 20 ss Vorbem. zu Art. 197-210 CO.

¹⁶¹ GILLIÉRON, N 437 ; TERCIER/FAVRE/VENTURI, N 708 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 17 ad Intro. art. 197-200 CO et les réf. citées ; WERRO, DC 2011, p. 77.

¹⁶² TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 833.

¹⁶³ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 836 ; cf. *infra* § III.A.1 et III.A.2.

conditions spéciales¹⁶⁴. Premièrement, en vertu de l'art. 205 al. 2 CO, l'acheteur ne peut résoudre le contrat que si la résolution est « justifiée par les circonstances », notamment si le défaut est si important que l'on ne peut exiger qu'il la conserve plutôt que de simplement réduire le prix¹⁶⁵. C'est le cas lorsque l'acheteur n'aurait pas conclu le contrat s'il avait été conscient du défaut¹⁶⁶. Secondement, en vertu de l'art. 207 al. 3 CO, l'acheteur ne peut pas résoudre le contrat s'il n'est plus en mesure de restituer la chose, parce qu'il l'a perdue fautivement, l'a vendue ou l'a transformée. En revanche, l'acheteur conserve son droit si la chose a péri par cas fortuit ou à cause du défaut qui l'affectait¹⁶⁷. Dans ce cas, l'art. 207 al. 2 CO prévoit que l'acheteur n'est tenu de restituer que ce qui lui reste et qu'il conserve son droit au remboursement du prix de vente¹⁶⁸.

Les *effets* du droit de résolution sont réglés à l'art. 208 CO¹⁶⁹. Les prestations non encore exécutées ne sont plus dues et les prestations déjà effectuées doivent être restituées¹⁷⁰. Les restitutions sont fondées sur des actions de nature personnelle et doivent être effectuées en principe trait pour trait (« *Zug um Zug* »)¹⁷¹. Selon l'art. 208 al. 1 CO, l'acheteur doit « [r]endre au vendeur la chose avec les profits qu'il en a retirés ». Cela veut dire que l'acheteur doit restituer la chose en l'état, avec son défaut, la moins-value affectant la chose elle-même étant supportée par le vendeur¹⁷². L'acheteur doit également restituer la chose avec les profits reti-

¹⁶⁴ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 836.

¹⁶⁵ Selon la jurisprudence du TF, « [l]a résolution du contrat est par exemple justifiée lorsque l'objet du contrat est inutilisable en raison du défaut ou les coûts de réparation, ou la moins-value, sont élevés et que le défaut ne peut de ce fait pas être complètement éliminé. Si en revanche on peut exiger de l'acheteur qu'il maintienne le contrat et que les intérêts du vendeur s'opposent à sa résolution, il faut admettre une simple réduction du prix » (ATF 124 III 456, c. 4d/aa, JdT 2000 I 172).

¹⁶⁶ RVJ 1998 240 ; dans ce sens, cf. MÜLLER/MADER, N 288 ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 837.

¹⁶⁷ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 843.

¹⁶⁸ MÜLLER/MADER, N 289.

¹⁶⁹ Cf. la note marginale « Effets de la résiliation ».

¹⁷⁰ PIOTET, DC 1984 11 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 9 ad art. 205 CO ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 844.

¹⁷¹ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 2 ad art. 208 CO ; ATF 109 II 26, c. 3a, JdT 1983 I 260.

¹⁷² ATF 133 III 257, c. 2.5.3, SJ 2007 I 461 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 5 ad art. 208 CO.

rés, comme l'indemnité pour utilisation d'un véhicule¹⁷³, les loyers perçus s'il a loué la chose à un tiers¹⁷⁴ ou encore ceux qu'il n'a pas retirés de manière fautive (art. 195 al. 1 CO)¹⁷⁵. Selon l'art. 208 al. 2 1^{ère} phrase CO, « [l]e vendeur doit restituer à l'acheteur le prix payé, avec intérêts ». Le vendeur doit également lui rembourser, comme en matière d'éviction totale, les frais de procès et les impenses (p.ex. les frais d'entretien de la chose, d'assurance)¹⁷⁶.

Pour la *réparation du DCD*, l'art. 208 CO distingue le dommage direct des autres dommages :

- *La réparation du dommage direct*. Selon l'art. 208 al. 2 2^{ème} phrase CO, le vendeur doit indemniser l'acheteur pour le dommage « [r]ésultant directement de la livraison des marchandises défectueuses ». Cette disposition institue une responsabilité objective : le vendeur doit réparer le DCD indépendamment de toute faute¹⁷⁷. Il s'agit du REGIME III (cf. *supra* § II.A.2.).
- *La réparation des autres dommages*. Selon l'art. 208 al. 3 CO, le vendeur est tenu d'indemniser l'acheteur pour « [t]out autre dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ». Cette expression inclut la réparation du DCD¹⁷⁸. Il s'agit d'un renvoi à l'action en responsabilité fondée sur la violation fautive du contrat (art. 97 ss CO), étant précisé que l'acheteur doit remplir les devoirs de vérification et d'avis des défauts mentionnés à l'art. 201 CO et respecter les délais de prescription prévus aux art. 210, respectivement 219 al. 3 CO¹⁷⁹. Il s'agit du REGIME II (cf. *supra* § II.A.2.).

¹⁷³ ATF 106 II 221, c. 1c, JdT 1981 I 59.

¹⁷⁴ TF, 4A_514/2007, c. 3.2.

¹⁷⁵ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 7 ad art. 208 CO ; cf. cep. BK-GIGER, N 20 ad art. 208 CO.

¹⁷⁶ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 8 ad art. 208 CO ; à noter que les frais de procès ne sont pas ceux issus du procès entre l'acheteur et le vendeur, mais entre l'acheteur et des tiers, notamment un acheteur ultérieur (ATF 79 II 376, c. 5). Certains auteurs considèrent avec raison que ces frais font déjà partie du DCD (KOLLER, Papageien-Fall, p. 3 s.), ce qui ne semble pas être le cas du TF (ATF 133 III 257, c. 2.5.3, SJ 2007 461).

¹⁷⁷ ATF 133 III 335, c. 2.4.1, JdT 2010 I 223 ; ATF 133 III 257, c. 2.5.2, SJ 2007 461.

¹⁷⁸ ATF 133 III 335, c. 2.4.1, JdT 2010 I 223.

¹⁷⁹ ATF 133 III 335, c. 2.4.1, JdT 2010 I 223 ; cf. ég. ATF 114 II 131, c.1a, JdT 1988 I 508 ; ATF 107 II 419, c. 1, JdT 1982 I 380 ; ATF 90 II 86, c. 1, JdT 1964 I 560 ; ATF 63 II 401, c. 3 ; ATF 58 II 207, c. 1 et 2.

La *distinction* entre « dommage direct » et « tout autre dommage » est source de controverses¹⁸⁰, sur lesquelles nous reviendrons (cf. *infra* § III.B.1.b). Il suffit de préciser ici que, selon le Tribunal fédéral, l'art. 208 al. 3 CO s'applique à tout dommage non couvert par l'art. 208 al. 2 CO, soit tout dommage indirect, qui ne résulte pas directement de la livraison de marchandises défectueuses mais qui est engendré par le concours de nouvelles causes, étant précisé que le dommage doit trouver sa cause (même indirectement) dans le défaut¹⁸¹.

3. *En cas de réduction du prix*

Selon l'art. 205 al. 1 CO, l'acheteur « [p]eut réclamer par l'action en réduction du prix une indemnité pour la moins-value ». Il s'agit d'un droit formateur de l'acheteur à la *réduction du prix* (« *Minderungsrecht* »). Cet instrument est souvent désigné par l'expression « action minutoire ou estimatoire » en référence au droit romain, alors qu'aucune action en justice n'est nécessaire, puisqu'il s'agit d'un droit formateur¹⁸².

Outre les *conditions* générales de fond et d'exercice de la garantie pour les défauts¹⁸³, l'action minutoire n'est admissible que si deux conditions (négatives) spécifiques sont remplies¹⁸⁴. Premièrement, l'art. 205 al. 1 CO exclut la réduction du prix si le défaut n'entraîne aucune moins-value, c'est-à-dire que la valeur (objective) de la chose défectueuse ne diffère pas de celle de la chose supposée sans défauts¹⁸⁵. Autrement dit, le dommage intrinsèque (cf. *supra* § I.B.3.b) est nul. Secondement, l'art. 205 al. 3 CO interdit la réduction du prix lorsque la moins-value, c'est-à-dire la différence entre la valeur (objective) de la chose supposée sans défauts et la valeur (objective) de la chose défectueuse, est égale ou supérieure au prix de vente. La loi vise à empêcher que l'acheteur puisse obtenir la réduction du prix entier tout en conservant la chose défectueuse¹⁸⁶.

¹⁸⁰ BSK-HONSELL, N 8 ad art. 208 CO.

¹⁸¹ ATF 133 III 257, c. 2.5.1, SJ 2007 461.

¹⁸² CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 15 ad art. 205 CO.

¹⁸³ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 867 ; cf. cf. *infra* § III.A.1 et III.A.2.

¹⁸⁴ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 868 ss.

¹⁸⁵ ATF 105 II 99, c. 4a, JdT 1980 I 590 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 17 ad art. 205 CO.

¹⁸⁶ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 18 ad art. 205 CO.

Les *effets* du droit de réduction du prix sont prévus à l'art. 205 al. 1 CO, selon lequel l'acheteur peut exiger une « indemnité pour la moins-value »¹⁸⁷, qui corrige le dommage intrinsèque mais pas le DCD. Le contrat est maintenu, l'acheteur conserve la chose défectueuse et il doit le prix réduit¹⁸⁸. Si l'acheteur s'est déjà acquitté du prix non réduit, il dispose d'une créance contractuelle en restitution fondée (pour la part du paiement dépassant le montant réduit)¹⁸⁹.

Pour la *réparation du DCD*, les art. 197 ss CO ne contiennent pas de solution expresse. Doctrine et jurisprudence sont unanimes sur la possibilité de l'acheteur d'agir en dommages-intérêts pour obtenir la réparation du DCD¹⁹⁰, les avis divergent sur le fondement légal. Nous reviendrons sur cette controverse (cf. *infra* § III.B.1.c). Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, il s'agit de l'action en inexécution de la partie générale (art. 97 ss CO), à laquelle s'ajoutent les conditions d'exercice de la garantie pour les défauts¹⁹¹. Le Tribunal fédéral rejette l'application de l'art. 208 al. 2 et 3 CO, limitée selon lui à la résolution du contrat¹⁹². Il s'agit donc du REGIME I (cf. *supra* § II.A.2.).

4. *En cas de remplacement de la chose défectueuse*

Selon l'art. 206 al. 1 CO, l'acheteur peut exiger du vendeur « [d]'autres choses recevables du même genre ». Il s'agit d'un droit formateur au rem-

¹⁸⁷ Selon le TF et la doctrine majoritaire, la réduction doit être calculée selon la méthode dite relative. Selon cette méthode, le prix convenu doit être réduit d'un montant proportionnel à la moins-value (TF, 4C.461/2004, c. 2 ; ATF 116 II 305, c. 4a, JdT 1991 I 173 ; ATF 111 II 162, c. 3a, JdT 1985 I 587 [rés.] ; BK-GIGER, N 17 ss ad art. 205 CO ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 21 ad art. 205 CO et les réf. citées).

¹⁸⁸ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 15 ad art. 205 CO ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 864.

¹⁸⁹ Il ne s'agit pas d'une créance fondée sur l'art. 62 CO (TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 866).

¹⁹⁰ Cf. p.ex. TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 886.

¹⁹¹ VENTURI, N 1609 ss ; ATF 63 II 401, c. 3, JdT 1938 I 306.

¹⁹² ATF 133 III 335, c. 2.4.1, JdT 2010 I 223 ; ATF 107 II 161, c. 7a, JdT 1981 I 582 ; ATF 63 II 401, c. 3, JdT 1938 I 306 ; dans ce sens, cf. ég. BK-BECKER, N 2 ad art. 205 CO ; SCHÖNLE, p. 484. *Contra*: BK-GIGER, N 55 s. ad art. 208 CO ; GILLIÉRON, N 437 ; CHAPPUIS, Le moment du dommage, N 688 ; CAVIN, p. 104 s. et 112 s. ; PETITPIERRE, p. 332 s. ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 887 ; VENTURI N 1613 ss ; VISCHER, Gewährleistungsrecht, p. 130. Pour une discussion critique, cf. *infra* § III.B.1.b) (i).

placement de la chose défectueuse (« *Ersatzleistungsrecht* ») par une chose non défectueuse du même genre¹⁹³.

L'acheteur peut exercer ce droit si les *conditions* générales de fond et d'exercice de la garantie pour les défauts sont remplies¹⁹⁴. Il n'y a pas à proprement dit de conditions spécifiques. Toutefois, par application analogique de l'art. 207 al. 3 CO, l'acheteur ne peut plus exiger le remplacement s'il a détruit la chose par sa faute, l'a transformée ou aliénée¹⁹⁵.

Les *effets* du droit de réduction du prix sont prévus à l'art. 206 al. 1 CO, selon lequel l'acheteur peut exiger du vendeur « [d]'autres choses recevables du même genre ». L'acheteur peut donc exiger la délivrance d'une nouvelle chose non défectueuse et dispose d'une exception d'inexécution l'autorisant à retenir le prix jusqu'à sa livraison¹⁹⁶.

La *réparation du DCD* en cas de remplacement de la chose défectueuse n'est pas prévue explicitement aux art. 197 ss CO. On applique le même régime que pour la réduction du prix¹⁹⁷. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit donc d'une prétention fondée sur la responsabilité contractuelle de la partie générale (art. 97 ss CO), à laquelle s'ajoutent les conditions d'exercice de la garantie pour les défauts¹⁹⁸. Il s'agit du REGIME I (cf. *supra* § II.A.2.).

5. *Le cas particulier du remplacement initié par le vendeur*

Selon l'art. 206 al. 2 CO « [l]e vendeur peut également, s'il ne s'agit pas de choses expédiées d'un autre lieu, se libérer de toute réclamation ultérieure de la part de l'acheteur en lui livrant sur-le-champ des choses recevables du même genre, et en l'indemnisant de tout le dommage éprouvé ».

Il faut que *les conditions* générales de fond et d'exercice de la garantie pour les défauts soient remplies¹⁹⁹. Toutefois, le droit du vendeur n'est admis que si deux conditions supplémentaires interprétées restrictivement

¹⁹³ ATF 121 III 453, c. 4a, JdT 1997 I 199 ; ATF 94 II 26, c. 4a, JdT 1969 I 322 ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 888.

¹⁹⁴ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 821 ; cf. *infra* § III.A.1 et III.A.2.

¹⁹⁵ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 7 ad art. 207 CO ; MÜLLER/BOUVERAT, N 306.

¹⁹⁶ GAUCH, Werkvertrag, N 2374.

¹⁹⁷ Cf. *supra* § II.B.3.

¹⁹⁸ ATF 133 III 335, c. 2.4.1, JdT 2010 I 223.

¹⁹⁹ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 821 ; cf. *infra* § III.A.1 et III.A.2.

sont réalisées²⁰⁰. Premièrement, l'art. 206 al. 2 CO ne s'applique que s'il s'agit d'une vente « sur place »²⁰¹. Secondement, le vendeur doit remplacer les choses défectueuses immédiatement et indemniser l'acheteur de tout le dommage éprouvé²⁰². Il s'agit du dommage causé par la livraison de la marchandise défectueuse (y compris le DCD), p.ex. les dépenses liées à la conservation de la marchandise, les frais de procès²⁰³.

Les *effets* du droit de l'art. 206 al. 2 CO accordent au vendeur un droit de remplacement, tout en l'obligeant à réparer le DCD²⁰⁴.

La *réparation du DCD* en cas de remplacement de la chose défectueuse par le vendeur est prévue explicitement. Il s'agit donc du REGIME II (cf. *supra* § II.A.2.).

6. *Le cas particulier de l'absence d'exercice d'un droit spécifique*

Si les conditions de fond et d'exercice d'un droit spécifique prévu par la garantie (art. 205 s. CO) sont remplies mais que l'acheteur choisit de ne pas l'exercer, il peut demander la réparation du DCD²⁰⁵.

Le régime applicable à la *réparation du DCD* varie alors selon le droit spécifique qui pourrait être invoqué. Il s'agit donc, selon les circonstances, des REGIMES I, II ou III (cf. *supra* § II.A.2.).

C. Dans le contrat d'entreprise

1. *Le régime unique pour la réparation du DCD*

En matière de garantie pour les défauts (art. 368 CO), le maître peut exercer alternativement les *droits spécifiques* suivants : la résolution du con-

²⁰⁰ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 9 ad art. 206 CO.

²⁰¹ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 9 ad art. 206 CO. Certains auteurs voudraient étendre le droit aux ventes à distance : BSK-HONSELL, N 1 ad art. 206 CO ; BK-GIGER, N 19 ad art. 206 CO.

²⁰² CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 9 ad art. 206 CO.

²⁰³ BK-GIGER, N 23, N 32 et N 40 ss ad art. 208 CO ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 9 ad art. 206 CO.

²⁰⁴ Cf. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 9 ad art. 206 CO ; cf. ég. BK-GIGER, N 23, N 32 et N 40 ss ad art. 208 CO.

²⁰⁵ Du même avis, *pour le contrat d'entreprise*, GAUCH, Werkvertrag, N 1851.

trat, la diminution du prix ou la réfection de l'ouvrage²⁰⁶. L'acte par lequel le maître choisit le droit spécifique est un acte formateur²⁰⁷.

En vertu de l'art. 368 al. 1 et 2 *in fine* CO, le maître dispose d'un droit à des dommages-intérêts qui complète les droits spécifiques de la garantie, dans la mesure où il tend à la *réparation du DCD*²⁰⁸. Il s'agit d'un droit de garantie supplémentaire²⁰⁹. Il peut être exercé cumulativement avec l'un des droits à la garantie précités²¹⁰. Le maître doit remplir les devoirs de vérification et d'avis des défauts mentionnés à l'art. 367 al. 1 CO et respecter les délais de prescription prévu à l'art. 371 CO²¹¹. Il s'agit donc du REGIME II.

Dans le contrat d'entreprise, et contrairement au contrat de vente (cf. *supra* § II.B), la garantie pour les défauts constitue une réglementation exhaustive : en tant que *lex specialis*, un concours avec les art. 97 ss CO est exclu²¹². Même si le régime applicable à la réparation du DCD dans le contrat d'entreprise n'exige pas de distinguer selon les droits de garantie, une brève présentation de chacun d'eux nous paraît opportune.

2. *En cas de résolution (résiliation) du contrat*

Le *droit à la résolution* du contrat, prévu par l'art. 368 al. 1 *in initio* et al. 3 CO, permet au maître de « refuser l'ouvrage »²¹³.

La *condition* pour résoudre le contrat est que l'ouvrage soit « [s]i défectueux ou si peu conforme à la convention que le maître ne puisse en faire usage ou être équitablement contraint de l'accepter » (art. 368 al. 1 CO).

²⁰⁶ ATF 116 II 305, c. 3a, JdT 1991 I 173 ; CR-CHAIX, N 4 et 56 ad art. 368 CO ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 7 ad art. 368 CO.

²⁰⁷ ATF 136 III 273, c. 2.2 ; CR-CHAIX, N 4 et 9 ad art. 368 CO ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4560 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1581.

²⁰⁸ GAUCH, Werkvertrag, N 1848 ; cf. ég. art. 171 du Règlement SIA 118 (2013).

²⁰⁹ GAUCH, Werkvertrag, N 1850 ; cf. le texte de l'art. 368 al. 1 et 2 CO : « et », « de plus ».

²¹⁰ ATF 122 III 420, c. 2c.

²¹¹ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4503 ss.

²¹² ATF 136 III 273, c. 2.2.

²¹³ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4608 ; cf. ég. art. 169 al. 1 ch. 3 du Règlement SIA 118 (2013) : « se départir du contrat ».

Les défauts doivent être graves, au point que l'on ne puisse plus raisonnablement attendre du maître qu'il accepte l'ouvrage livré²¹⁴.

L'*effet* juridique est une résolution entraînant l'extinction du rapport contractuel avec effet rétroactif²¹⁵. Le contrat se transforme en rapport de liquidation, duquel naissent des prétentions de nature contractuelle²¹⁶. L'entrepreneur doit restituer, avec intérêts, les montants qu'il a reçus d'avance, le maître doit rendre l'ouvrage à l'entrepreneur avec les profits qu'il peut en avoir retirés²¹⁷. Lorsque l'ouvrage a été érigé sur le fond du maître, l'entrepreneur a l'obligation de l'enlever²¹⁸. S'il ne le fait pas, le maître a le droit d'effectuer lui-même cette opération ou de le faire enlever par un tiers²¹⁹. Les frais occasionnés au maître sont mis à la charge de l'entrepreneur et ne constituent pas un DCD²²⁰. L'entrepreneur a l'obligation, lorsqu'il reprend l'ouvrage, de se séparer de la matière fournie par le maître²²¹; si cette opération occasionne des dépenses ou des dommages excessifs (art. 671 ss CC), l'entrepreneur doit une indemnité au maître de ce chef²²², qui ne constitue pas non plus un DCD.

Si les conditions sont remplies (cf. *supra* § II.C.1 et *infra* § III), le maître peut demander la réparation du DCD *cumulativement* à la résolution du contrat (REGIME II ; cf. *supra* § II.A.2)²²³.

3. *En cas de réduction du prix*

Selon l'art. 368 al. 2 CO²²⁴, le *droit à la réduction* du prix permet au maître de « [r]éduire le prix en proportion de la moins-value ».

²¹⁴ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4610 ; ZK-BÜHLER, N 43 ad art. 368 CO ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 14 ad art. 368 CO ; d'un autre avis, BK-GAUTSCHI, N 13c ad art. 368 CO.

²¹⁵ CR-CHAIX, N 23 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1531.

²¹⁶ ATF 130 III 504, c. 6.5.

²¹⁷ CR-CHAIX, N 25 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1535 et 1542.

²¹⁸ ATF 98 II 118, c. 4, JdT 1973 I 274.

²¹⁹ ATF 98 II 118, c. 4, JdT 1973 I 274.

²²⁰ GAUCH, Werkvertrag, N 1545.

²²¹ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4618 ; MÜLLER/BOUVERAT, N 1660.

²²² CR-CHAIX, N 25 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1542 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4618.

²²³ TF, 4C.130/2006, c. 6.1.

La *condition* pour une réduction du prix est que « les défauts de l'ouvrage ou les infractions au contrat [soient] de moindre importance » par rapport à ceux qui justifient une résolution du contrat²²⁵. Toutefois, en l'absence de diminution de valeur, p.ex. en cas de défauts d'importance mineure, le maître ne peut pas exiger la diminution du prix²²⁶.

Ce droit spécifique produit l'*effet* suivant : le maître conserve l'ouvrage (défectueux), mais il en réduit le prix pour l'adapter à sa valeur nouvelle²²⁷. La différence de valeur est appréciée au lieu et au moment de la livraison²²⁸. La jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent que cette réduction, comme dans la vente, doit se faire selon la méthode relative : la réduction correspond au rapport existant entre la valeur objective de l'ouvrage non défectueux et la valeur de l'ouvrage effectivement livré²²⁹.

Si les conditions sont remplies (cf. *supra* § II.C.1 et *infra* § III), le maître peut exiger des dommages-intérêts en vue de *réparer le DCD* cumulativement à la réduction du prix (REGIME II)²³⁰.

4. *En cas de réfection de l'ouvrage*

Le *droit à la réparation* de l'ouvrage permet au maître « [d']obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais » (art. 368 al. 2 CO)²³¹. Il s'agit d'une faculté accordée au maître, et non un droit de l'entrepreneur²³².

²²⁴ Cf. ég. art. 169 al. 1 du Règlement SIA 118 (2013).

²²⁵ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4597.

²²⁶ CR-CHAIX, N 30 ad art. 368 CO ; dans le même sens, cf. ATF 89 II 232, c. 4a, JdT 1964 I 245 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1469 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 38 ad art. 368 CO.

²²⁷ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4596.

²²⁸ ATF 117 II 550, c. 4b/cc, JdT 1993 I 136.

²²⁹ ATF 116 II 305, c. 4a, JdT 1991 I 173 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1670 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4601 et les réf. citées ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 43 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 35 ad art. 368 CO.

²³⁰ TF, 4C.130/2006, c. 6.1.

²³¹ Cf. ég. art. 169 al. 1 ch. 1 du Règlement SIA 118 (2013).

²³² TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4566 ; comp. l'art. 119 al. 1 du Règlement SIA 118 (2013) qui déroge à l'art. 368 al. 2 CO.

Le maître peut demander la réfection de l'ouvrage si deux *conditions* cumulatives sont remplies. Premièrement, la réparation de l'ouvrage est encore possible²³³. Secondement, la réfection doit être possible « sans dépenses excessives » (art. 368 al. 2 CO). Si les frais prévisibles de réparation sont disproportionnés par rapport à l'intérêt qu'a le maître à obtenir un ouvrage sans défaut, le droit à la réparation est exclu²³⁴. Tant que les frais de réparation ne dépassent pas la moins-value, l'exécution est raisonnable²³⁵. Des frais de réparation supérieurs à la moins-value n'entraînent pas d'entrée de cause une disproportion, mais le paiement de coûts deux fois supérieurs au prix de l'ouvrage sont disproportionnés²³⁶. Des garanties absolues données par l'entrepreneur s'opposent au caractère déraisonnable de la réparation²³⁷. Ne sont par contre pas pertinentes la faute de l'entrepreneur²³⁸ ou la proportion entre le prix convenu de l'ouvrage et le coût des réparations, sauf cas extrêmes²³⁹.

Pour les *effets*, il faut distinguer les deux situations suivantes :

- En cas de *réparation effectuée* par l'entrepreneur, le maître doit être placé dans la situation qui eût été la sienne si l'entrepreneur avait immédiatement livré un ouvrage sans défaut²⁴⁰. Cela implique que l'entrepreneur supporte tous les frais de réfection²⁴¹, à savoir les coûts d'élimination du défaut, mais également ceux des travaux préparatoires et de remise en état de l'ouvrage²⁴². Ces frais ne sont pas des DCD. De son côté, le maître doit payer à l'entrepreneur la totalité du prix, sous réserve de l'art. 82 CO qui lui permet de retenir une partie

²³³ ZK-BÜHLER, N 128 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1746 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4570 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 47 ad art. 368 CO.

²³⁴ ATF 111 II 173, c. 5, JdT 1986 I 77 [rés.] ; cf. ég. CR-CHAIX, N 41 ad art. 368 CO.

²³⁵ GAUCH, Werkvertrag, N 1759.

²³⁶ TF, 4C.130/2006, c. 5.1 ; ZK-BÜHLER, N 146 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1759 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4573.

²³⁷ P.ex. l'étanchéité absolue d'un toit (ATF 93 II 311, c. 3/b) ou la longueur de 25 m d'une piscine (ATF 93 II 317, c. 4).

²³⁸ GAUCH, Werkvertrag, N 1761.

²³⁹ CR-CHAIX, N 43 ad art. 368 CO ; dans ce sens, cf. ATF 111 II 173, c. 5, JdT 1986 I 77 [rés.].

²⁴⁰ GAUCH, Werkvertrag, N 1717 et N 1727 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 54 ad art. 368 CO.

²⁴¹ CR-CHAIX, N 47 ad art. 368 CO.

²⁴² GAUCH, Werkvertrag, N 1718 ss et N 1721 ss.

de la rémunération justifiée²⁴³. Le maître doit également supporter les « *Sowiesokosten* », c'est-à-dire ceux qu'il aurait tout de même dû prendre en charge si le contrat avait été correctement exécuté et qui ne représentent pas non plus des DCD²⁴⁴.

Le maître peut exiger la *réparation du DCD* cumulativement à la réfection de l'ouvrage (REGIME II ; cf. *supra* § II.A.2.)²⁴⁵. La distinction entre frais accessoires de la réfection et DCD est parfois délicate. GAUCH considère p.ex. que la perte de gain due aux travaux de réfection fait partie du DCD, alors que le Tribunal fédéral inclut les frais de délogement et de relogement des habitants d'une maison devant être réparée dans les frais de réfection²⁴⁶.

- Si l'entrepreneur *n'exécute pas son obligation*, tarde à le faire ou en paraît incapable, même après une mise en demeure, le maître peut premièrement faire exécuter les travaux par un tiers aux frais et risques de l'entrepreneur (art. 366 al. 2 CO)²⁴⁷. Dans cette hypothèse, le contrat est maintenu et la dette de l'entrepreneur se transforme en une dette pécuniaire, le maître ayant le droit de réclamer les frais d'intervention du tiers à titre de dommages-intérêts²⁴⁸. Le montant de ces frais ne constitue pas un DCD²⁴⁹.

Secondement, le maître peut résoudre le contrat²⁵⁰. Si le maître a eu des frais supplémentaires, notamment de surveillance des travaux de

²⁴³ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4576.

²⁴⁴ ZK-BÜHLER, N 141 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 49 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1728 s.

²⁴⁵ TF, 4C.130/2006, c. 6.1.

²⁴⁶ GAUCH, Werkvertrag, N 1725 et N 1860 et les réf. citées ; *contra* : ZK-BÜHLER, N 140 ad art. 368 CO ; ATF 111 II 173, c. 5, JdT 1986 I 77 [rés.].

²⁴⁷ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4581. Le maître n'a pas besoin de l'accord du juge pour confier les travaux à un tiers (ATF 107 II 50, c. 3, JdT 1981 I 269). Il peut même réclamer à l'entrepreneur une avance pour les frais de réparation (ATF 128 III 416, c. 4.2.2, JdT 2004 I 356). Cette réparation se fait aussi « aux risques de l'entrepreneur » qui subit les conséquences en cas d'une éventuelle mauvaise exécution par le tiers (MÜLLER/BOUVERAT, N 1638 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4588).

²⁴⁸ CR-CHAIX, N 53 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1809 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4584 s.

²⁴⁹ ATF 116 II 305, c. 4a, JdT 1991 I 173 ; cf. TF, 4A_90/2013, c. 4.4.2.

²⁵⁰ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4589.

réfection qui n'ont pas abouti, il peut en exiger *l'indemnisation au titre de DCD* (REGIME II ; cf. *supra* § II.A.2.)²⁵¹.

5. *Le cas particulier de l'absence d'exercice d'un droit spécifique*

Le droit à la réparation du DCD complète les droits spécifiques de la garantie et n'existe que si les conditions de fond et d'exercice de la garantie pour les défauts sont remplies. A notre avis, le maître n'est toutefois pas obligé d'exercer un des droits spécifiques – il lui suffit d'en être titulaire – pour pouvoir exiger la réparation du DCD en vertu de l'art. 368 CO²⁵².

D. Dans le contrat de bail à loyer

1. *Le régime en principe unique pour la réparation du DCD*

Le locataire a les *droits spécifiques* suivants en matière de garantie des défauts (art. 259a CO) : la remise en état (art. 259b-c CO), la réduction du loyer (art. 259d CO), la résiliation du contrat (art. 258 CO et 259b CO), la prise en charge du procès contre un tiers (art. 259f CO) et la consignation du loyer (art. 259g CO). Contrairement à l'acheteur et au maître, le locataire peut en principe cumuler les droits formateurs conférés par les art. 259a ss CO²⁵³.

En vertu de l'art. 259e CO, le bailleur est tenu de *réparer le DCD*²⁵⁴. Cette action en dommages-intérêts complète la palette des droits spécifiques du locataire et peut être exercée *cumulativement* à ceux-ci²⁵⁵.

En tant que *lex specialis*, l'art. 259e CO s'applique en lieu et place de la responsabilité contractuelle ordinaire (art. 97 ss CO)²⁵⁶. Les conditions

²⁵¹ GAUCH, Werkvertrag, N 1725 et N 1860 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4590.

²⁵² Du même avis, GAUCH, Werkvertrag, N 1851. *Contra* : CR-CHAIX, N 4 et 56 ad art. 368 CO, qui se fonde sur la lettre de la loi. Dans ce sens, cf. ég. TF, 4C.297/2003, c. 2.1, selon lequel le maître qui se borne à requérir des dommages-intérêts – sans exercer l'un des droits formateurs prévus par la loi – n'est pas est entièrement déchu de ses droits de garantie, puisque, dans une telle situation, il reste habilité à réclamer la réparation du dommage consécutif au défaut.

²⁵³ LACHAT, Bail à loyer, p. 249. Toutefois, la résiliation rend sans objet la demande d'exécution de travaux.

²⁵⁴ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2149.

²⁵⁵ AUBERT, CPra-Bail, N 1 ad art. 259e CO.

d'application de l'art. 259e CO sont cependant les mêmes que celle de l'art. 97 CO²⁵⁷. Au contraire de l'acheteur (cf. *supra* § II.B.1) et du maître (cf. *supra* § II.C.1), le locataire n'a pas à faire un avis des défauts ou à respecter un délai de prescription. Il s'agit du REGIME II (cf. *supra* § II.A.2.).

Même si le régime applicable à la *réparation du DCD* dans le contrat de bail n'exige pas de distinguer selon les droits de garantie, une brève présentation de ceux-ci paraît opportune.

2. *En cas de résiliation du contrat*

En vertu de l'art. 259b let. a CO, le locataire, qui a accepté la chose, a le droit de résilier le contrat de manière anticipée (« avec effet immédiat »)²⁵⁸.

Deux *conditions* spécifiques doivent être réunies. Premièrement, le défaut doit avoir une certaine importance²⁵⁹. Le défaut doit être grave pour un bail immobilier²⁶⁰ et de moyenne importance pour un bail mobilier²⁶¹. Secondement, le bailleur ne doit pas avoir remédié au défaut ni avoir réparé la chose défectueuse dans un délai convenable²⁶².

²⁵⁶ Pour la garantie générale, TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2086. Eg. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2149, qui précisent par contre qu'elle peut concourir avec une action délictuelle fondée sur l'art. 41 ou 58 CO. En outre, en début de bail, si les défauts sont tels que l'usage convenu de l'objet loué se révèle impossible ou s'en trouve considérablement entravé, le locataire peut se prévaloir des art. 107 à 109 CO concernant l'inexécution des contrats (art. 258 al. 1 CO). A ce sujet, cf. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2087.

²⁵⁷ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 249.

²⁵⁸ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2141 ; CR-LACHAT, N 2 ad art. 259b CO. Il faut distinguer cette situation de celle où la chose louée est affectée d'un défaut grave au début de bail : le locataire a alors un droit de résolution (art. 258 al. 1 CO renvoyant aux art. 107 à 109 CO).

²⁵⁹ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2143.

²⁶⁰ C'est-à-dire selon l'art. 259b let. a CO qui « [e]xclut l'usage ou l'entrave considérablement » ; pour une casuistique, cf. LACHAT, Bail à loyer, p. 225 s.

²⁶¹ C'est-à-dire un défaut qui « [r]estreint l'usage » selon l'art. 259b let. a CO.

²⁶² BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 226 s. Sur la notion de délai convenable, cf. ZKHIGI, N 23-25 ad art. 259b CO ; CR-LACHAT, N 3 ad art. 259b CO ; TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2145.

Le locataire d'un immeuble peut résilier son bail « avec *effet* immédiat » (art. 259b let. a CO)²⁶³. Il peut également demander une réduction de loyer jusqu'à son départ²⁶⁴.

Si les conditions sont remplies, le locataire peut en outre *demandeur la réparation du DCD* (REGIME II)²⁶⁵.

3. *En cas d'action minutoire*

Selon l'art. 259d CO, le locataire peut exiger « [u]ne réduction proportionnelle du loyer à partir du moment où le bailleur a eu connaissance du défaut et jusqu'à l'élimination de ce dernier ».

Le droit à la réduction du loyer n'existe qu'à la *condition* qu'un défaut « entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée » (art. 259d al. 1 CO). Le défaut peut être grave ou de moyenne importance²⁶⁶ ; s'il est mineur (p.ex. un défaut purement esthétique), il doit se prolonger dans le temps²⁶⁷.

L'*effet* est une réduction proportionnelle du loyer résultant d'une comparaison entre la valeur objective de la chose avec et sans défaut²⁶⁸. A la différence du contrat de vente, le point de départ de la comparaison n'est pas la valeur objective de la chose, mais bien sa valeur (son usage) telle que convenue par les parties²⁶⁹.

Si les conditions sont remplies, le locataire peut exiger la *réparation du DCD* (REGIME II ; cf. *supra* § II.A.2.).

²⁶³ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 228 (pour un bail immobilier), p. 231 (pour un bail mobilier) ; CR-LACHAT, N 4 ad art. 259b CO.

²⁶⁴ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 231.

²⁶⁵ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 231.

²⁶⁶ Cf. *supra* § I.B.2.a) (ii).

²⁶⁷ LACHAT, Bail à loyer, p. 255.

²⁶⁸ ATF 130 III 504, c. 4.1.

²⁶⁹ ATF 130 III 504, c. 4.1 ; dans ce sens, cf. ZK-HIGI, N 12 ad art. 259d CO ; CR-LACHAT, N 2 ad art. 259d CO et les exemples cités.

4. *En cas de remise en état*

Selon les art. 259b-c CO, le locataire peut exiger du bailleur qu'il remette en état la chose défectueuse²⁷⁰. La remise en état consiste dans l'exécution de travaux destinés à réparer des défauts graves ou de moyenne importance ou à en prévenir leur survenance²⁷¹.

La *condition* à la remise en état est uniquement la connaissance par le bailleur de l'existence d'un défaut qu'il doit réparer²⁷².

Ce droit a pour *effet* d'offrir un double choix au bailleur : soit il effectue les réparations (art. 259 al. 1 CO), soit il fournit une autre chose sans défaut (art. 259c CO), dans les deux cas dans un délai convenable²⁷³. Jusqu'à la réparation ou au remplacement de la chose, le locataire peut prétendre à la réduction du loyer (art. 259d CO)²⁷⁴. Si le bailleur ne s'exécute pas dans un délai raisonnable et que les défauts sont de moyenne importance, le locataire peut y remédier aux frais du bailleur, c'est-à-dire commander les travaux à un tiers sans l'autorisation du bailleur ou du juge et compenser sa créance avec le loyer (art. 257d CO)²⁷⁵. S'il s'agit de défauts graves, le locataire peut demander au juge d'ordonner au bailleur leur réparation, au besoin par le biais de mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC)²⁷⁶ ou résilier le contrat avec effet immédiat²⁷⁷.

Si les conditions sont remplies, le locataire peut exiger la *réparation du DCD* cumulativement au droit à la remise en état (REGIME II ; cf. *supra* § II.A.2.).

²⁷⁰ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2122.

²⁷¹ CR-LACHAT, N 6 ad art. 259b CO.

²⁷² AUBERT, CPra-Bail, N 3-4 ad art. 259b CO.

²⁷³ Sur la notion de délai convenable, cf *supra* § II.D.2 ; cf. ég. TF, 4C.164/1999, c. 2c.

²⁷⁴ CR-LACHAT, N 2 ad art. 259c CO.

²⁷⁵ Pour éviter de tomber en demeure, le locataire a intérêt à agir avec prudence en consignat la partie du loyer correspondant à sa créance. Cf. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2127 ; CR-LACHAT, N 7 ad art. 259b CO.

²⁷⁶ CR-LACHAT, N 7 ad art. 259b CO ; AUBERT, CPra-Bail, N 13-14 ad art. 259b CO.

²⁷⁷ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2130.

5. En cas de prise en charge du procès

Selon l'art. 259f CO, le locataire peut contraindre le bailleur à *se charger du procès intenté par un tiers*, au cours duquel ce dernier fait valoir sur la chose un droit incompatible avec celui du locataire. Cette disposition, d'application rare en pratique, offre au locataire une forme particulière de réparation en cas de défaut juridique affectant la chose louée²⁷⁸.

L'art. 259f CO subordonne la prise en charge du procès par le bailleur à quatre *conditions*²⁷⁹ : le tiers doit revendiquer son droit au cours du procès ; il s'agit d'un droit acquis antérieurement à la conclusion du contrat ; le droit est incompatible avec les droits du locataire, p.ex. un droit de nature réelle (art. 679 et 684 CC), mais pas un droit personnel qui oblige le bailleur à son égard (p.ex. en cas de double location) ; le tiers doit faire valoir son droit après délivrance de la chose²⁸⁰.

Par *effet* de l'art. 259f CO, le locataire dispose de deux droits. Premièrement, il peut demander au bailleur de se charger du procès²⁸¹. Si le bailleur refuse, le locataire peut acquiescer aux conclusions du tiers et exiger ensuite la *réparation du DCD* (REGIME II ; cf. *supra* § II.A.2.)²⁸². Si le bailleur participe, le locataire peut demander au bailleur la réparation du *DCD* en cas de perte du procès (REGIME II)²⁸³. Par contre, les frais du procès, y compris les frais de procédure non couverts par l'indemnité allouée par le juge en cas de gain du procès, ne constituent *pas un DCD* mais font partie du droit spécifique de l'art. 259f²⁸⁴.

²⁷⁸ CR-LACHAT, N 1 ad art. 259f CO.

²⁷⁹ MÜLLER/FOLLONIER-AYALA, N 768.

²⁸⁰ LACHAT, Bail à loyer, p. 270 ; ATF 132 III 689, c. 2.2.1.

²⁸¹ Par une dénonciation d'instance selon les art. 78 à 80 CPC ou un appel en cause selon les art. 81 à 82 CPC.

²⁸² CR-LACHAT, N 4 ad art. 259f CO ; dans le même sens : AUBERT, CPra-Bail, N 18 ad art. 259f CO ; ZK-HIGI, N 22 ad art. 259f CO ; BSK-WEBER, N 4 ad art. 259f CO.

²⁸³ CR-LACHAT, N 5 ad art. 259f CO ; dans le même sens : AUBERT, CPra-Bail, N 21 ad art. 259f CO ; ZK-HIGI, N 19 ad art. 259f CO.

²⁸⁴ *Contra* : CR-LACHAT, N 5 ad art. 259f CO ; AUBERT, CPra-Bail, N 21 ad art. 259f CO (qui présume la faute du bailleur) ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 261 s. (qui exige la faute du bailleur).

6. En cas de consignation du loyer

En vertu des art. 259g-i CO, le locataire qui exige la réparation d'un immeuble peut *consigner les loyers à échoir*.

La consignation du loyer suppose le respect des trois *conditions* cumulatives suivantes : le bail porte sur un immeuble défectueux, le locataire a exigé la réparation en fixant par écrit un délai raisonnable au bailleur et le locataire doit avoir avisé le bailleur par écrit de sa volonté de consigner²⁸⁵.

La réunion de ces conditions a pour *effet* d'autoriser le locataire à consigner le loyer à échoir et les frais accessoires²⁸⁶, toutefois à l'exclusion du DCD.

Le locataire qui consigne son loyer peut invoquer la *réparation du DCD* (REGIME II ; cf. *supra* § II.A.2.)²⁸⁷.

E. Dans la LRFP

La LRFP ne s'intéresse *qu'à la réparation des DCD*. Elle ne couvre pas les dommages causés au produit défectueux lui-même (« *Mangelschaden* » ; art. 1 al. 2 LRFP)²⁸⁸.

Le régime juridique applicable à la LRFP fait l'objet de développements plus détaillés ci-après (cf. *supra* § III.B.2). A ce stade, il suffit d'indiquer qu'il s'agit d'une responsabilité objective simple, donc sans faute, fondée sur le seul défaut du produit (REGIME IV)²⁸⁹.

²⁸⁵ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2169.

²⁸⁶ ATF 124 III 201, c. 2d ; le locataire peut consigner la totalité du loyer dû (CR-LACHAT, N 7 ad art. 259g CO) ; si les conditions ne sont pas remplies, il s'expose à une résiliation anticipée de son contrat de bail (LACHAT, Bail à loyer, p. 278).

²⁸⁷ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 256.

²⁸⁸ Pour obtenir une réparation de ces dommages, la victime doit généralement se fonder sur la garantie pour les défauts du droit de la vente, exceptionnellement sur l'art. 41 CO. WERRO, Responsabilité civile, N 546.

²⁸⁹ ATF 133 III 81, c. 3 ; FELLMANN/KOTTMANN, N 1079 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 425.

III. Les régimes juridiques applicables

La troisième partie de cette étude présente les régimes juridiques applicables à la réparation d'un DCD en distinguant le régime typique (A.) des régimes particuliers (B.).

De façon liminaire, il faut souligner que le régime de la garantie pour les défauts, y compris celui qui a trait à la réparation du DCD est du *droit dispositif* (à l'exception du contrat de bail à loyer)²⁹⁰. Par conséquent, les parties peuvent convenir de modifier le régime de la garantie, tant dans son principe que dans ses conditions et ses effets.

A. Le régime typique

Le régime typique de la réparation du DCD correspond au REGIME II (cf. *supra* § II.A.2), dont on peut rapprocher le REGIME I (cf. *supra* § II.A.2), l'unique différence étant que le REGIME I ne repose pas sur une base légale expresse dans les dispositions relatives à la garantie pour les défauts mais est une création jurisprudentielle (cf. *infra* § III.A.2). Nous décrivons ci-après les conditions de fond (1.), les conditions d'exercice (2.) et les effets (3.) du régime typique.

1. Les conditions de fond

Dans les situations où la réparation du DCD est soumise aux REGIMES I ou II – c'est-à-dire en cas d'exercice d'un droit spécifique de la garantie, quel que soit le contrat, à l'exception de la résolution d'une vente en cas de dommage direct – le créancier doit établir l'existence de cinq conditions de fond : un défaut (a), une position particulière du créancier (b), un DCD (c), un lien de causalité entre le défaut et le DCD (d), et un chef de responsabilité (e).

²⁹⁰ *Pour la vente mobilière* : ATF 94 II 26, c. 2a, JdT 1969 I 322. *Pour la vente immobilière* : ATF 107 II 161, c. 6, JdT 1981 I 582 ; Cf. ég. WESSNER, p. 10 ss. *Pour l'entreprise* : TF, 4C.371/2006, c. 4. *Pour le bail* : l'art. 256 al. 2 CO est une disposition légale semi-impérative : on ne peut donc déroger aux art. 259b à 259i CO au détriment du locataire.

a) Le défaut

Le DCD doit avoir sa cause dans un *défaut* de la chose²⁹¹. Cette condition a fait l'objet de développements auxquels nous renvoyons (cf. *supra* § I.B.2).

On rappelle toutefois que, dans le *bail*, le locataire ne peut se prévaloir de l'art. 259e CO que si l'élimination du défaut incombe au bailleur. Lors de la délivrance de l'objet loué, cela ne pose aucun problème puisque la réparation de tous les défauts incombe au bailleur. Pendant le bail en revanche, les menus défauts ne peuvent fonder une prétention en réparation du DCD²⁹².

b) La position particulière du créancier

La position particulière du créancier varie en fonction des contrats de vente (i), d'entreprise (ii) et de bail (iii).

(i) Dans le contrat de vente : un défaut ignoré et non accepté

L'acheteur doit *ignorer le défaut*. Selon l'art. 200 al. 1 CO « [l]e vendeur ne répond pas des défauts que l'acheteur connaissait au moment de la vente ».

Ainsi, l'acheteur *perd* son droit à la réparation du DCD si le vendeur établit²⁹³ :

- qu'avant ou lors de la conclusion du contrat, l'acheteur connaissait effectivement le défaut, y compris sa gravité et ses conséquences pécuniaires (art. 200 al. 1 CO)²⁹⁴, ou

²⁹¹ Cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1855 ; VENTURI, N 1591 ; pour une définition du défaut dans le contrat de vente, de bail à loyer et d'entreprise, cf. *supra* § I.B.2.a) et les réf. citées.

²⁹² BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 249 s. ; LACHAT, *Bail à loyer*, p. 249 et 263. Pour distinguer selon la gravité du défaut, cf. *supra* § I.B.2.a) (ii).

²⁹³ Sur le fardeau de la preuve, cf. ATF 131 III 145, c. 6.2, JdT 2007 I 261.

²⁹⁴ ATF 66 II 132, c. 5, JdT 1940 I 554 ; cette opinion du TF est contestée par une partie de la doctrine qui estime que lorsque le défaut réside dans l'absence d'une qualité promise (par renvoi à l'art. 197 CO) on ne devrait pas exiger de l'acheteur qu'il constate autre chose que cette absence ; en revanche, s'agissant d'une qualité attendue, l'acheteur doit se rendre compte également de la diminution de valeur ou d'utilité de la

- qu'avant ou lors de la conclusion du contrat, il aurait dû s'apercevoir du défaut en « examinant la chose avec une attention suffisante » (art. 200 al. 2 CO)²⁹⁵. Dans cette hypothèse, il suffit que l'acheteur fasse preuve de la diligence habituelle²⁹⁶. Le vendeur répond toutefois en cas de promesse à l'acheteur de l'absence de défaut (art. 200 al. 2 *in fine* CO) ou lorsqu'il a dissimulé le défaut de mauvaise foi²⁹⁷. Dans ces deux hypothèses, l'acheteur conserve en principe son droit à la garantie, même lorsqu'il aurait pu ou dû s'apercevoir des défauts en examinant la chose avec la diligence habituelle²⁹⁸.

L'acheteur ne doit *pas avoir accepté le défaut* expressément ou tacitement²⁹⁹. L'acceptation est tacite si l'acheteur revend la chose à un tiers sans prendre la peine de la vérifier, sauf s'il s'agit de défauts cachés³⁰⁰.

- (ii) Dans le contrat d'entreprise : un défaut non imputable et non accepté

Selon l'art. 369 CO, « [l]e maître ne peut invoquer le [droit à la réparation du DCD] 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 »³⁰¹.

L'application de l'art. 369 CO est subordonnée à trois conditions³⁰² : le défaut doit être le fait du maître³⁰³, l'entrepreneur doit (en principe) avoir

chose (CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 5 ad art. 200 CO ; dans le même sens : BK-GIGER, N 7 ad art. 200 CO).

²⁹⁵ Cette vérification de la chose doit être distinguée de celle qui est prévue par l'art. 201 CO, laquelle intervient non à la conclusion du contrat, mais à la livraison de la chose (cf. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 7 ad art. 200 CO).

²⁹⁶ ATF 66 II 132, c. 5, JdT 1940 I 554.

²⁹⁷ ATF 66 II 132, c. 5, JdT 1940 I 554.

²⁹⁸ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 8 ad art. 200 CO.

²⁹⁹ ATF 95 II 119, c. 4, JdT 1970 I 238 ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 768.

³⁰⁰ TF, 4C.152/2003, c. 3.1 ; cf. ég. TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 769.

³⁰¹ Mise en évidence par l'auteur. Cf. ég. art. 166 ch. 4 du Règlement SIA 118 (2013).

³⁰² TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4490.

³⁰³ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4491 ; ZK-BÜHLER, N 8 ad art. 369 CO.

donné un avis formel³⁰⁴, et le fait imputé au maître doit être une cause adéquate du défaut de l'ouvrage³⁰⁵.

Selon l'art. 370 al. 1 CO, le maître perd ses droits à la garantie s'il *accepte* l'ouvrage³⁰⁶. L'acceptation est une déclaration de volonté du maître, expresse ou tacite, par laquelle il manifeste à l'entrepreneur qu'il considère que l'ouvrage livré a été exécuté conformément au contrat et qu'il renonce ainsi à invoquer les droits dérivant de la garantie pour les défauts³⁰⁷. Constitue une acceptation tacite le paiement de l'ouvrage effectué sans aucune réserve par le maître³⁰⁸ ou l'utilisation de l'ouvrage en le considérant comme terminé et propre à sa destination³⁰⁹.

(iii) Dans le contrat de bail : un défaut non imputable et non accepté

Le défaut ne doit *pas être imputable* au locataire. Selon l'art. 259a CO *contrario*, le bailleur ne répond pas des défauts de la chose dont le locataire est *lui-même responsable*, de son chef ou de celui d'une personne dont il répond³¹⁰.

³⁰⁴ Il faut (en principe) que l'entrepreneur ait donné un avis formel. En tant que spécialiste, l'entrepreneur doit vérifier les apports et instructions du maître et le rendre formellement attentif aux risques qui peuvent en découler (TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4495) ; cependant, lorsque le maître recourt aux services de spécialistes (architecte, ingénieur, géomètre), comme c'est devenu la règle en droit de la construction, la situation est différente : dans ce cas, l'entrepreneur ne doit pas (en principe) vérifier les instructions en vue d'un éventuel avis (ATF 93 II 311, c. 3 ; cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1975 ss et les exemples cités). En revanche, cela ne dispense pas ce dernier de signaler au maître les risques que peut entraîner l'application des ordres erronés qu'il reçoit et dont il peut s'apercevoir sans vérification (ATF 116 II 454, c. 2c/cc, JdT 1991 I 362 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1964 ss).

³⁰⁵ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4497 ; lorsque le défaut est causé à la fois par le comportement du maître et par celui de l'entrepreneur, les responsabilités sont partagées (MÜLLER/BOUVERAT, N 1578 ; cf. ég. ATF 116 II 454, c. 3b, JdT 1991 I 362).

³⁰⁶ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4498 ; BSK-ZINDEL/PULVER, N 21 ad art. 370 CO ; cf. ég. art. 163 du Règlement SIA 118 (2013).

³⁰⁷ ATF 115 II 456, c. 4, JdT 1990 I 308 ; CR-CHAIX, N 2 ad art. 370 CO.

³⁰⁸ TF, 4C.231/2004, c. 2.2.

³⁰⁹ ATF 113 II 264, c. 2/b, JdT 1988 I 14.

³¹⁰ Cf. ég. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2103.

En outre, si le locataire *accepte* expressément ou tacitement le défaut, il manifeste par là sa volonté de ne pas exercer ses droits à la garantie et en est en principe déchu³¹¹.

c) Le dommage consécutif au défaut (DCD)

Le dommage dont le créancier exige la réparation doit être *consécutif au défaut* au sens des développements figurant ci-dessus (cf. *supra* § I.B.3). On rappellera ici qu'il s'agit d'une notion juridique qui ne recouvre pas tous les dommages que peut subir le créancier du fait de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat³¹². Le dommage doit non seulement trouver sa cause dans le défaut de la chose, mais encore se développer en dehors de celle-ci³¹³. L'atteinte au patrimoine du créancier doit subsister malgré l'exercice du droit formateur choisi³¹⁴.

Sans que l'on se détermine déjà sur son caractère réparable (cf. *infra* § III.3.a), le DCD peut se présenter sous diverses formes. Premièrement, le dommage peut être corporel, matériel, ou économique³¹⁵. Deuxièmement, il peut s'agir d'un gain manqué (« *lucrum cessans* ») ou d'une perte éprouvée (« *damnum emergens* »)³¹⁶. Troisièmement, le DCD peut faire partie de l'intérêt négatif ou de l'intérêt positif. Quatrièmement, l'intensité du lien de causalité (dommage *direct* ou *indirect*) joue un rôle uniquement dans le cadre du contrat de vente, dans la mesure où l'art. 208 al. 2 CO prévoit une responsabilité objective (sans faute) pour le dommage direct ; nous y consacrerons des développements particuliers plus loin (cf. *infra* § III.B.1).

³¹¹ TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2104.

³¹² Cf. CR-CHAIX, N 57 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1866.

³¹³ Cf. ZK-BÜHLER, N 172 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 57 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1871.

³¹⁴ ZK-BÜHLER, N 172 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 57 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1864 ; PALLY, p. 40 s.

³¹⁵ Sur ces notions, cf. *supra* § I.B.1.b) (i).

³¹⁶ Sur ces notions, cf. *supra* § I.B.1.b) (ii).

d) Le lien de causalité

L'action en réparation du DCD requiert l'existence d'un dommage en lien de causalité naturelle (1°) et adéquate (2°) avec le défaut de la chose³¹⁷.

1° Le défaut doit être une *cause naturelle* du préjudice que le créancier a subi, c'est-à-dire que, sans ce défaut, le préjudice ne se serait pas produit (« *conditio sine qua non* »). Il s'agit d'un élément de fait que le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire³¹⁸.

2° Une causalité naturelle n'est toutefois retenue que si le lien de causalité est qualifié³¹⁹. Si l'on applique la formule de la *causalité adéquate* au DCD, la responsabilité du débiteur cesse là où cette relation normative entre le défaut et le DCD prend fin³²⁰. Le vendeur, le bailleur ou l'entrepreneur ne se voient donc imputer que les dommages pour lesquels le défaut constitue une cause adéquate en ce sens que, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, il était propre à entraîner un DCD du genre de celui qui s'est produit³²¹.

e) Le chef de responsabilité

Si l'on exclut la présence d'un auxiliaire, le débiteur n'est tenu d'indemniser le maître que si le défaut de la chose lui est imputable à *faute*. Cette faute est présumée³²². L'analyse de la faute, et en particulier celle de la diligence, diffère selon que le débiteur est un vendeur (i), un entrepreneur (ii) ou un bailleur (iii). Si le débiteur recourt à un tiers, la loi adopte à l'art. 101 CO une solution plus rigoureuse et impose une responsabilité aggravée au débiteur, appelée responsabilité pour le fait de l'auxiliaire (iv).

³¹⁷ TF, 4A_182/2007, c. 4.1.2.

³¹⁸ TERCIER/PICHONNAZ, N 1224.

³¹⁹ TERCIER/PICHONNAZ, N 1225.

³²⁰ ATF 123 III 110, c. 2, JdT 1997 I 791. Cf. GAUCH, Werkvertrag, N 1885.

³²¹ ATF 123 III 110, c. 2, JdT 1997 I 791 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1885 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4628 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 251.

³²² *Pour la vente* : ATF 133 III 257, c. 3.2 et les réf. citées, SJ 2007 I 461 ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 886. *Pour l'entreprise* : ATF 116 II 454, c. 2, JdT 1991 I 363 ; ATF 116 II 305, c. 2c, JdT 1991 I 175 ; GAUCH, Werkvertrag, N 1887 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4629 ss. *Pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 252 ; ZK-HIGI, N 17 ad art. 259e CO ; LCHAT, Bail à loyer, p. 264 s.

(i) La faute du vendeur

Le vendeur commet une *faute* « [l]orsqu'il connaissait ou aurait dû connaître l'existence du défaut et qu'il ne l'a pas révélé à l'acheteur »³²³. Objectivement, la faute suppose toujours une violation des devoirs contractuels ou précontractuels (de diligence) du vendeur, qui rassemblent des devoirs d'information et des devoirs de protection³²⁴. Subjectivement, il suffit que le vendeur soit capable de discernement.

La doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral affirment qu'il faut admettre une faute du vendeur lorsque celui-ci conclut le contrat de vente, bien qu'il sache ou qu'il eût dû savoir que les *défauts* existaient lors de la conclusion du contrat ou allaient exister lors du transfert des risques³²⁵.

La difficulté pour le vendeur est qu'il n'est souvent pas lui-même fabricant de la chose et n'a en principe pas de devoir de vérifier celle-ci³²⁶. Toutefois, de tels devoirs peuvent découler premièrement des *usages commerciaux* ou de la *bonne foi*³²⁷. Le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'un vendeur-importateur non fabricant du produit doit procéder à un examen des éléments apparents et aisément contrôlables de la chose, du moins si celui-ci émane d'un fabricant que le vendeur ne connaît pas ou dont il a des raisons de mettre en doute la qualité³²⁸. A défaut d'examiner toutes les circonstances à l'origine de son doute, le vendeur ne peut donc pas s'exonérer de sa responsabilité³²⁹. Deuxièmement, le vendeur commet également une faute lorsqu'il viole un devoir précontractuel ou contractuel d'informer l'acheteur³³⁰. Ainsi, dans un arrêt pénal isolé, le Tribunal

³²³ TF, 4A_472/2010, c. 3.2. Dans l'hypothèse envisagée, le TF a finalement retenu l'absence de faute du vendeur et a admis que celui-ci avait rempli correctement son devoir de vérification ; pour une critique de cet arrêt, cf. WERRO, DC 2011, p. 77 ss.

³²⁴ VISCHER, Gewährleistungsrecht, p. 131.

³²⁵ VISCHER, Gewährleistungsrecht, p. 132 et les réf. citées. Eg. ATF 108 II 161, c. 7b *in fine*, JdT 1981 I 582.

³²⁶ HONSELL, Papageienfall, p. 158 ; dans un arrêt du TF, 4A_472/2010, c. 3.2, le TF a retenu l'absence de faute du vendeur et a admis que celui-ci avait rempli correctement son devoir de vérification ; pour une critique de cet arrêt, cf. WERRO, DC 2011, p. 77 qui souligne que dans le cas d'espèce, « [l]e vendeur est libéré parce qu'il invoque l'art. 97 CO, norme de responsabilité générale, alors qu'il serait responsable en vertu de l'art. 197 CO, norme de responsabilité spécifique ».

³²⁷ HONSELL, Papageienfall, p. 158.

³²⁸ JdT 1986 I 571, c. 3c/d.

³²⁹ WERRO, DC 2011, p. 77.

³³⁰ CR-VENTURI/ZENRUFFINEN, N 17 ad art. 208 CO.

fédéral a décidé que le vendeur (non producteur) d'un produit dont l'usage peut être dangereux pour la vie ou la santé (en l'espèce un élévateur) viole son obligation de diligence, lorsqu'il ne procède pas à un contrôle approfondi de son fonctionnement, ni ne recherche d'éventuels défauts cachés³³¹. Cet arrêt a été critiqué à raison par une partie de la doctrine qui estime que cette obligation de vérification imposée au vendeur va trop loin³³².

(ii) La faute de l'entrepreneur

Si l'entrepreneur a *personnellement* commis une faute³³³, celle-ci s'analyse en fonction de la diligence que l'on peut attendre de sa part³³⁴. On peut lui reprocher aussi bien son intention que sa négligence.

L'entrepreneur doit respecter les règles de l'art et les normes techniques généralement reconnues³³⁵. Il s'agit de critères essentiellement objectifs et l'entrepreneur ne peut pas se libérer en invoquant le montant peu élevé de la rémunération convenue ou en se prévalant de sa propre incapacité à exécuter un ouvrage sans défaut³³⁶.

(iii) La faute du bailleur

En principe, le bailleur commet une faute lorsqu'il viole ses obligations (art. 256 CO). Ainsi, « [s]'il néglige d'entretenir la chose, il est responsable des dommages qui en résultent, et s'il s'abstient de remédier (à temps) à un défaut qu'il connaît, il répond du dommage consécutif à son retard ou à son inaction »³³⁷.

Il n'y a pas de faute si le bailleur peut démontrer n'avoir commis ni dol ni négligence³³⁸. Pour cela, il doit prouver avoir pris toutes les précautions

³³¹ ATF 121 IV 10, c. 3a.

³³² BK-GIGER, N 49 ss ad art. 208 CO ; BSK-HONSELL, N 9 ad art. 208 CO ; VISCHER, Gewährleistungsrecht, p. 133.

³³³ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4630 (la faute personnelle englobe celle des organes, art. 55 CC).

³³⁴ CR-CHAIX, N 62 ad art. 368 CO ; GAUCH, Werkvertrag, N 1887.

³³⁵ CR-CHAIX, N 62 ad art. 368 CO.

³³⁶ GAUCH, Werkvertrag, N 1891 ; CR-CHAIX, N 62 ad art. 368 CO.

³³⁷ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 253.

³³⁸ LACHAT, Bail à loyer, p. 264.

pour éviter un dommage ou pour y remédier³³⁹. Dès lors, si le bailleur a entretenu convenablement l'objet loué, s'il n'a pas connaissance du défaut et si le locataire ne lui en signale aucun (malgré son obligation d'aviser)³⁴⁰, on ne peut lui reprocher aucune faute³⁴¹.

(iv) La responsabilité pour le fait de l'auxiliaire

Si le DCD résulte de l'activité d'un *auxiliaire* du débiteur, comme un employé ou un sous-traitant (pour l'entrepreneur³⁴²), on applique la responsabilité contractuelle de l'art. 101 CO³⁴³. Le débiteur répond du DCD sans faute de sa part³⁴⁴. Le seul moyen de se libérer est de prouver que l'auxiliaire a effectivement agi avec une diligence identique à celle dont le débiteur aurait lui-même fait preuve s'il avait agi lui-même³⁴⁵.

2. *Les conditions d'exercice*

Lorsque les conditions de fond de la réparation du DCD sont réunies, le droit à la garantie existe³⁴⁶. Cependant si *l'acheteur* ou le *maître* (à l'exclusion du locataire) veulent conserver leurs droits, ils doivent respecter certaines incombances (a) et les délais de prescription (b). Ces condi-

³³⁹ LACHAT, Bail à loyer, p. 264.

³⁴⁰ Cf. *infra* § III.A.2.a) (ii).

³⁴¹ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 253.

³⁴² GAUCH, Werkvertrag, N 1893 s. ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4631 : en revanche, les fournisseurs de la matière ne sont pas des auxiliaires dont l'entrepreneur doit répondre selon l'art. 101 CO.

³⁴³ Pour le contrat d'entreprise, ATF 116 II 305, c. 2c, JdT 1991 I 173. *Pour le bail* : ATF 107 II 426, JdT 1982 I 278.

³⁴⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 1235 ss. Eg. GAUCH, Werkvertrag, N 1893 et les réf. citées.

³⁴⁵ TERCIER/PICHONNAZ, N 1247 ; ATF 130 III 591, c. 5.5.4, JdT 2006 I 131. *Pour l'entreprise* : GAUCH, Werkvertrag, N 1895 et les réf. citées ; toutefois CHAIX, pour qui cette formulation ne prend pas en compte le cas où l'auxiliaire est plus spécialisé que l'entrepreneur ; dans ce cas, il faudrait limiter « [l]a portée de la preuve libératoire à la situation où l'entrepreneur est en mesure de démontrer que l'auxiliaire a enfreint un devoir de diligence qui excédait celui que le maître pouvait attendre de l'entrepreneur » (CR-CHAIX, N 63 ad art. 368 CO).

³⁴⁶ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN N 771.

tions valent pour toutes les actions en garantie, y compris pour l'action en réparation du DCD³⁴⁷.

Le *locataire*, quant à lui, n'a pas à respecter d'incombances spécifiques. Ses droits à la garantie ne dépendent pas d'un devoir de vérification ou d'avis³⁴⁸. En effet, selon le Tribunal fédéral, le locataire omettant ou tardant d'aviser le bailleur de l'existence d'un défaut n'est pas déchu de son droit à la réparation du DCD, car l'avis immédiat des défauts n'est pas une condition *sine qua non* de l'action en garantie³⁴⁹. Toutefois, il doit signaler au bailleur les défauts, sous peine d'engager sa responsabilité (art. 257g CO). En outre, la prescription de l'action en dommages-intérêts prévue par l'art. 259e CO est celle de l'art. 127 CO (dix ans)³⁵⁰.

a) Le respect des incombances

(i) Le devoir de vérification

En vertu de l'art. 201 CO, l'*acheteur* a l'obligation de vérifier la chose, c'est-à-dire d'« [e]xaminer par les moyens appropriés si elle présente les qualités attendues ou promises »³⁵¹. Pour conserver son droit à la réparation du DCD, il ne doit procéder qu'aux « vérifications usuelles » (art. 201 al. 2 CO), en fonction notamment de la nature de la chose³⁵². L'acheteur doit examiner la chose « [a]ussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires » (art. 201 al. 1 CO)³⁵³.

Selon l'art. 367 al. 1 CO, après la livraison de l'ouvrage, le *maître* doit en vérifier l'état dès que possible d'après la marche habituelle des affaires. Cette disposition correspond à l'art. 201 CO de la vente³⁵⁴.

³⁴⁷ *Pour la vente* : ATF 107 II 419, c. 1, JdT 1982 I 380. *Pour l'entreprise* : TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4625.

³⁴⁸ ATF 107 II 426, c. 3a, JdT 1982 I 278 ; cf. ég. TERCIER/FAVRE/BUGNON, N 2107.

³⁴⁹ ATF 113 II 25, c. 2a ; LACHAT, Bail à loyer, p. 233.

³⁵⁰ ZK-HIGI, N 23 ad art. 259e CO.

³⁵¹ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN N 779.

³⁵² ATF 76 II 221, c. 1, JdT 1951 I 398.

³⁵³ Ce délai court dès le moment de la prise de possession et peut varier entre quelques jours et plusieurs mois (ATF 131 III 145, c. 7.1, JdT 2007 I 261).

³⁵⁴ Pour plus de précisions, cf. TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4506 ss.

(ii) Le devoir d'avis

Selon l'art. 201 al. 1 CO, l'*acheteur* doit aviser le vendeur « sans délai » des défauts constatés. La chose est tenue pour acceptée avec les défauts si l'acheteur omet cet avis³⁵⁵. L'acheteur est alors déchu de demander la réparation du DCD, à moins que le vendeur ne l'ait intentionnellement induit en erreur au sens de l'art. 203 CO³⁵⁶. L'avis n'est soumis à aucune forme³⁵⁷.

L'art. 367 al. 1 CO prévoit que les éventuels défauts de l'ouvrage doivent être signalés immédiatement à l'entrepreneur³⁵⁸. S'il omet de le faire, le *maître* perd le droit à la réparation du DCD³⁵⁹. L'avis des défauts n'est soumis à aucune forme³⁶⁰.

b) Le respect des délais de prescription

La prescription des créances en réparation du DCD est réglée aux art. 210, 219 al. 3 et 371 CO. Les art. 210 et 371 CO ont récemment fait l'objet de modifications, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2013³⁶¹. Ces dispositions créent un régime spécial par rapport à la prescription ordinaire des créances contractuelles de dix ans (art. 127 CO). Les délais prévus valent pour tous les droits (et toutes les actions) de la garantie que peut faire valoir le créancier, en particulier pour l'action en réparation du DCD³⁶².

Pour la *vente mobilière*, l'art. 210 CO impose une double distinction par rapport à la chose vendue :

³⁵⁵ ATF 133 III 335, c. 2.4.4, JdT 2010 I 223.

³⁵⁶ ATF 133 III 335, c. 2.4.4, JdT 2010 I 223 ; sur la distinction en cas de défauts apparents, cachés ou dissimulés, cf. MÜLLER/MADER, N 270 ss.

³⁵⁷ TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN N 792.

³⁵⁸ L'art. 172 du Règlement SIA 118 (2013) prévoit une modification importante : en dehors des défauts constatés lors de la vérification commune, le maître dispose d'un délai de deux ans pour signaler ceux qu'il constate.

³⁵⁹ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4514 ; sur la distinction en cas de défauts apparents, cachés ou dissimulés, cf. MÜLLER/BOUVERAT, N 1595 ss.

³⁶⁰ TF, SJ 1992 103, c. 1/a.

³⁶¹ FF 2012 3209 s. et FF 2012 5415 ss ; RO 2012 5415.

³⁶² *Pour la vente* : ATF 133 III 335, c. 2.4.4, JdT 2010 I 223 ; TF, 4C.200/2006, c. 3.1 ; cf. ég. TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 806. *Pour l'entreprise* : ATF 113 II 264, c. 2c, JdT 1988 I 14 ; cf. ég. TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4535.

- En principe, le délai de prescription est de deux ans dès la livraison de la chose (art. 210 al. 1 CO). Lorsque le défaut est découvert après les deux ans, le vendeur n'est plus tenu à réparer le DCD³⁶³.
- Pour une chose mobilière intégrée dans un ouvrage immobilier conformément à l'usage auquel elle est normalement destinée, le délai de prescription est de cinq ans dès la livraison de la chose (art. 210 al. 2 CO)³⁶⁴.

Prenons l'exemple d'un lave-vaisselle défectueux acheté et intégré à une construction immobilière. En cas d'action contre le vendeur de ce lave-vaisselle (p.ex. une fuite d'eau due à un joint défectueux), le délai de prescription sera de cinq ans si le préjudice concerne un DCD touchant l'immeuble dans lequel il a été intégré (p.ex. le parquet de l'immeuble en question), alors qu'il sera de deux ans dans les autres cas, notamment si la fuite a provoqué un DCD touchant un meuble (p.ex. la détérioration de la table située près du lave-vaisselle) ou un immeuble dans lequel le lave-vaisselle n'a pas été intégré (p.ex. un immeuble voisin).

Pour la *vente immobilière*, l'action en garantie pour les défauts se prescrit par cinq ans à compter du transfert de propriété (art. 219 al. 3 CO).

Pour le *contrat d'entreprise*, l'art. 371 CO impose une triple distinction par rapport à l'ouvrage³⁶⁵ :

- Pour un ouvrage mobilier, le délai de prescription est de deux ans, à compter de la réception de l'ouvrage (art. 371 al. 1 1^{ère} phrase CO). Il y a donc un doublement du délai de prescription par rapport à la version valable jusqu'au 31 décembre 2012.
- Pour un ouvrage immobilier, le délai de prescription des droits est de cinq ans à partir de la réception de l'ouvrage (art. 371 al. 2 CO). Le même délai vaut à l'encontre de l'architecte et de l'ingénieur mais uniquement pour les ouvrages immobiliers³⁶⁶.
- Pour un ouvrage mobilier intégré dans un ouvrage immobilier conformément à l'usage auquel il est normalement destiné, le délai de prescription des droits est de cinq ans (art. 371 al. 1 CO).

³⁶³ Cf. par analogie ATF 107 II 23, c. 3 (ancienne jurisprudence).

³⁶⁴ Dans ce sens, cf. GAUCH, Revidierten, p. 126.

³⁶⁵ PICHONNAZ, Le temps, p. 83 ; comp. l'art. 180 du Règlement SIA 118 (2013).

³⁶⁶ PICHONNAZ, Le temps, p. 83.

Cette dernière catégorie mérite quelques développements. L'action en réparation du DCD contre un vendeur ou un entrepreneur dont la chose ou l'ouvrage mobilier a été intégré à un ouvrage immobilier ne se prescrit en effet pas nécessairement selon le délai plus long de cinq ans³⁶⁷. Pour cela, il faut que deux éléments soient réunis :

- La condition d'une *intégration* « conforme à l'usage ». L'intégration doit être faite « [c]onformément à l'usage auquel [l'ouvrage mobilier ou la chose] est normalement destinée ». Autrement dit, il ne doit pas s'agir d'un outil (art. 364 al. 3 CO), car il doit y avoir une intégration, c'est-à-dire un élément qui devient partie intégrante de l'immeuble³⁶⁸.
- Un *défaut de l'ouvrage immobilier*. Le défaut de la chose ou de l'ouvrage mobilier intégré doit être ensuite « à l'origine des défauts de l'ouvrage » immobilier³⁶⁹. Compte tenu du but fixé par le législateur³⁷⁰, certains proposent d'interpréter cette expression comme « [s]ignifiant que le défaut de l'ouvrage mobilier intégré doit être suffisant, quand bien même il serait circonscrit au seul ouvrage mobilier intégré, pour que l'on puisse admettre qu'il y ait défaut de l'ouvrage immobilier »³⁷¹.

Prenons l'exemple d'une table faite sur mesure par un tailleur de pierre puis intégrée dans une construction immobilière. En cas d'action pour réparation du DCD contre le tailleur de pierre (p.ex. un morceau de la table s'est détaché), le délai de prescription sera de cinq ans si le préjudice concerne un DCD touchant l'immeuble dans lequel il a été intégré (p.ex. le morceau a endommagé le sol en marbre), alors qu'il sera de deux ans dans les autres cas, notamment si la chute a provoqué un DCD touchant un meuble (p.ex. le banc mobile glissé sous la table) ou un autre immeuble que celui dans lequel la table était intégrée (p.ex. un immeuble voisin).

³⁶⁷ PICHONNAZ, *Le temps*, p. 84.

³⁶⁸ PICHONNAZ, *Le temps*, p. 85 ; GAUCH, *Revidierten*, p. 131.

³⁶⁹ PICHONNAZ, *Le temps*, p. 85 et les réf. citées, qui souligne le caractère imprécis de cette expression à l'aide d'exemples.

³⁷⁰ L'idée de base visée par la nouvelle est de coordonner le régime de la prescription afin que les délais de prescription s'écoulent en même temps entre maître et entrepreneur général qu'entre entrepreneur général et sous-traitants (PICHONNAZ, *Le temps*, p. 84 et les réf. citées).

³⁷¹ PICHONNAZ, *Le temps*, p. 85.

Pour les cas où la chose vendue ou l'ouvrage mobilier est intégré dans un ouvrage immobilier conformément à l'usage auquel il est normalement destiné, le *début du délai de prescription* n'est pas réglé expressément. Le Conseil fédéral semble d'avis que le délai de prescription lié à la chose mobilière ou à l'ouvrage mobilier peut débuter à un autre moment que celui de l'ouvrage immobilier dans lequel ils sont intégrés³⁷². Certains auteurs sont d'un autre avis et affirment que, par souci de cohérence, le point de départ du délai de prescription des actions en garantie de l'ouvrage mobilier intégré débute au moment de la réception de l'ouvrage immobilier auquel il est intégré³⁷³.

3. *Les effets du droit*

Lorsque les conditions de fond et d'exercice de l'action en dommages-intérêts sont remplies, le créancier peut exiger du débiteur une *indemnité* destinée à réparer le DCD. On applique à cet égard les règles ordinaires, à savoir les art. 42 ss CO, auxquels renvoie l'art. 99 al. 3 CO³⁷⁴. Il en découle que l'on procédera en deux étapes : la fixation du dommage (a) et la fixation de l'indemnité (b). S'y ajoutent les intérêts compensatoires (c).

a) La fixation du dommage

Dans le cas typique (REGIMES I ou II)³⁷⁵, le DCD que le créancier peut faire valoir contre le débiteur consiste dans un gain manqué (*lucrum cessans*) ou dans une perte éprouvée (*damnum emergens*)³⁷⁶. Il faut néanmoins distinguer deux situations :

1° Si le créancier décide de **maintenir le contrat**, le DCD qu'il peut exiger correspond à l'*intérêt positif*. Celui-ci comprend les pertes éprouvées et les gains manqués du fait que le contrat n'a pas été parfaitement exécuté. Le créancier doit être placé dans la situation qui aurait été la sienne si

³⁷² PICHONNAZ, *Le temps*, p. 86 ; avis du CF, FF 2011 3657, qui affirme que « les points de départ des délais ne sont pas identiques ».

³⁷³ PICHONNAZ, *Le temps*, p. 86. *Contra* : GAUCH, *Revidierten*, p. 131.

³⁷⁴ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1897 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 255.

³⁷⁵ Sur la notion, cf. *supra* § II.A.2 ; pour une analyse des cas particuliers (REGIMES III et IV), cf. *infra* § III.B.

³⁷⁶ Cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1869 ; sur ces notions, cf. *supra* § I.B.1.b) (ii).

le contrat avait été correctement exécuté, c'est-à-dire s'il n'y avait pas eu de défaut et pas de dommage consécutif³⁷⁷.

2° Si le créancier décide de **mettre fin au contrat** en le résolvant ou en le résiliant, l'*intérêt négatif*, soit le montant permettant de replacer le créancier dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne s'il n'avait jamais conclu de contrat, est en tout cas réparable. L'intérêt négatif englobe notamment les pertes éprouvées, tels que les frais de conclusion du contrat, les frais de vérification de l'ouvrage devenus des dépenses inutiles³⁷⁸, voire des gains manqués si, en raison de la confiance placée dans le contrat désormais résolu, le créancier n'a pas conclu un autre contrat qui se révélerait plus lucratif que celui qu'il peut conclure au jour de la résolution³⁷⁹.

S'agissant d'une éventuelle réparation de l'*intérêt positif*, la doctrine est partagée. Certains auteurs jugent à raison que le dommage consécutif à la résolution ne comprend pas le gain que le créancier aurait réalisé en cas d'exécution parfaite du contrat. En effet, une créance tendant à l'indemnisation de l'intérêt positif (intérêt à l'exécution du contrat) est incompatible avec la résolution du contrat qui a pour but (à l'instar de la résiliation fondée sur l'art. 109 CO) de mettre fin au contrat avec effet rétroactif³⁸⁰.

Par *exemple*, si le maître résout le contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur chargé d'installer des panneaux solaires sur une maison que le maître louait par ailleurs à un tiers, le maître ne peut pas demander à l'entrepreneur le DCD correspondant à l'augmentation du loyer qu'il aurait pu exiger de son locataire en cas d'installation non défectueuse des panneaux solaires.

Notons que la réparation du DCD en droit du bail et de l'entreprise ne fait pas appel à la distinction entre dommages *directs* ou *indirects*³⁸¹. Selon le

³⁷⁷ Dans ce sens, cf. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 255 ; PALLY, p. 89.

³⁷⁸ ATF 34 II 701, c. 5.

³⁷⁹ TF, 4C.268/2000, c. 2b/aa.

³⁸⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1875 ; dans ce sens, cf. ZK-BÜHLER, N 196 ad art. 368 CO ; SCHÖNLE, p. 482 ; *contra* : *pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 255 ; *pour l'entreprise* : PALLY, p. 56 ss ; *pour la vente* : BK-GIGER, N 45 ad art. 208 (al. 3) CO ; KELLER/SIEHR, p. 91.

³⁸¹ *Pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 250. *Pour l'entreprise* : ATF 64 II 254, c. 2, JdT 1939 I 43 ; ZK-BÜHLER, N 187 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 60 ad art. 368 CO ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1890.

Tribunal fédéral, il en va de même dans la vente pour l'action minutoire et pour celle en remplacement de l'objet, alors qu'en cas de résolution du contrat de vente, il faut distinguer deux situations³⁸² :

- En l'absence de faute du débiteur, seul le DCD correspondant au *dommage direct* est réparable conformément à l'art. 208 al. 2 CO. Une partie de la doctrine conteste le fait que le DCD puisse appartenir à cette catégorie (pour une discussion détaillée, cf. *infra* § III.B.1.).
- En cas de faute, le *dommage direct* et *indirect* est réparable selon les art. 208 al. 2 et 3 CO.

Lorsque le DCD affecte des *biens matériels* du créancier, on peut se demander si celui-ci peut réclamer leur *valeur à neuf* ou doit se contenter de leur *valeur vénale*, c'est-à-dire amortie du coefficient de vétusté³⁸³. La doctrine refuse un tel amortissement lorsque les biens ont un caractère unique (p.ex. des œuvres d'art ou des antiquités) ou une valeur stable (p.ex. des vêtements ou des meubles ordinaires), mais l'admet lorsque la valeur des biens diminue dans le temps (p.ex. des machines ou des véhicules)³⁸⁴. Le Tribunal fédéral a adopté une position plus radicale en accordant en principe la valeur à neuf selon le principe « *neu für alt* », à moins que le créancier n'en ressorte clairement enrichi³⁸⁵.

Il appartient en principe au créancier de *prouver* le montant du dommage³⁸⁶. Lorsque le montant du DCD ne peut pas être établi exactement, le juge doit le déterminer de manière équitable conformément à l'art. 42 al. 2 CO, en prenant en considération le cours ordinaire des choses ; cela ne dispense toutefois pas le créancier, dans la mesure où cela est possible et peut raisonnablement être exigé de lui, d'alléguer et de prouver toutes les circonstances dont découle le dommage³⁸⁷. L'art. 42 al. 2 CO est également applicable lorsque l'existence d'un DCD n'est pas démontrée de

³⁸² ATF 133 III 257, c. 3.2, SJ 2007 I 461.

³⁸³ GILLIÉRON, N 394.

³⁸⁴ ROBERTO, pp. 165 et 168 ; cf. ég. GILLIÉRON, N 394.

³⁸⁵ TF, 4C.87/2007, c. 5.2. Eg. GILLIÉRON, N 394.

³⁸⁶ ATF 107 II 426, c. 3b, JdT 1982 I 278 ; cf. ég. TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4486 et les réf. citées ; VENTURI, N 355 et les réf. citées.

³⁸⁷ ATF 105 II 87, c. 1.2, JdT 1980 I 17 ; ATF 116 II 225, c. 3b, JdT 1991 I 226. Eg. GAUCH, Werkvertrag, N 1897.

manière stricte mais qu'il apparaît suffisamment vraisemblable au vu des circonstances³⁸⁸.

b) La fixation de l'indemnité

Sauf convention contraire, le créancier n'a pas droit à une indemnité supérieure au montant du DCD subi³⁸⁹. Le montant effectif de ce dommage constitue la *limite supérieure* de sa créance en dommages-intérêts³⁹⁰. On applique ensuite les art. 43 ss CO en vertu du renvoi de l'art. 99 al. 3 CO.

Selon l'*art. 43 al. 1 CO*, il appartient au juge de déterminer le montant de l'indemnité « d'après les circonstances et la gravité de la faute ». Ainsi, si le débiteur ne retire qu'un avantage minime qui est hors de proportion avec le DCD, cela justifie une réduction de l'indemnité³⁹¹. La gravité de la faute du débiteur peut aussi conduire à une réduction lorsque celui-ci n'a fait preuve que d'une négligence légère³⁹².

En pratique, la réduction de l'indemnité prévue par l'*art. 44 CO* intervient avant tout si l'on peut reprocher au créancier une faute concomitante (p.ex. de fausses instructions ou un avis tardif des défauts par le locataire) ou le fait d'un auxiliaire dont il répond³⁹³.

c) Les intérêts compensatoires

Sur le montant dû à titre d'indemnité pour le DCD, le débiteur doit verser des intérêts compensatoires (« *Schadenszins* »)³⁹⁴. L'intérêt court dès la

³⁸⁸ ATF 132 III 379, c. 3.1, JdT 2006 I 338. Cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1898.

³⁸⁹ Cf. TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4635 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 255.

³⁹⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1898.

³⁹¹ TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4636 ; ATF 92 II 234, c. 3c, JdT 1967 I 241.

³⁹² ATF 92 II 234, c. 3b, JdT 1967 I 241 ; BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 256 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1899 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4636.

³⁹³ Cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1900 ; LACHAT, *Bail à loyer*, p. 264 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4636 ; cf., p.ex., le cas d'un maître qui assume une faute propre dans le cadre d'un contrat d'entreprise (ATF 116 II 454, c. 3a, JdT 1991 I 362).

³⁹⁴ Cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1901 ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4635 ; pour un ex., cf. ATF 130 III 591, c. 3.1 ss, JdT 2006 I 131.

survenance du dommage³⁹⁵. Le taux de l'intérêt est fixé à 5% (art. 73 al. 1 CO)³⁹⁶.

B. Les régimes particuliers

La typologie des régimes applicables (cf. *supra* § II) a démontré qu'à côté du régime typique décrit ci-dessus, il existe au moins deux autres régimes potentiellement applicables : celui de l'art. 208 CO (1.) et celui de la LRF (2.).

1. Le régime de l'art. 208 CO

Après avoir présenté les particularités de l'art. 208 al. 2 CO (a), deux questions feront l'objet d'approfondissements. La première concerne la possibilité de qualifier le DCD de « dommage direct » au sens de cette disposition (b) et la seconde a trait à l'applicabilité de l'art. 208 al. 2 CO au-delà de la résolution du contrat de vente (c).

a) Les particularités de l'art. 208 al. 2 CO

Le droit du *bail* (art. 259e CO, cf. *supra* § II.D.) et celui du contrat d'*entreprise* (art. 368 CO, cf. *supra* § II.C.) appliquent le régime typique. En particulier, ils ne distinguent pas entre les dommages résultant directement ou non de la livraison de la chose défectueuse³⁹⁷ et rattachent toujours l'obligation de réparer le DCD à une faute du débiteur, y compris lorsque le créancier résout le contrat³⁹⁸.

Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral, le droit de la *vente* prévoit une approche différenciée. Le régime typique s'applique si l'acheteur demande la réduction du prix (cf. *supra* § II.B.3.) ou le rempla-

³⁹⁵ ATF 130 III 591, c. 4, JdT 2006 I 131.

³⁹⁶ CR-CHAIX, N 65 ad art. 368 CO ; pour d'autres solutions, cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1901.

³⁹⁷ *Pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 250. *Pour l'entreprise* : ATF 64 II 254, c. 2, JdT 1939 I 43 ; ZK-BÜHLER, N 187 ad art. 368 CO ; CR-CHAIX, N 60 ad art. 368 CO ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1890.

³⁹⁸ *Pour le bail* : BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, p. 252. *Pour l'entreprise* : GAUCH, *Werkvertrag*, N 1890.

nement de la chose défectueuse (cf. *supra* § II.B.4.). Par contre, en cas de résolution du contrat, l'art. 208 CO prévoit que le vendeur « indemnise [...] l'acheteur du dommage résultant *directement* de la livraison de marchandises défectueuses » (al. 2) et qu'il « est tenu d'indemniser aussi l'acheteur de *tout autre dommage*, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. » (al. 3)³⁹⁹. Il faut donc distinguer deux situations⁴⁰⁰ :

- En cas de *dommage direct*, le vendeur doit réparation même s'il n'est pas en faute (art. 208 al. 2 2^{ème} phrase CO). Il assume alors une responsabilité objective (REGIME III).
- En cas de *dommage indirect* (« tout autre dommage »), il n'y a pas de responsabilité objective. Le vendeur n'est tenu de réparer ce dommage qu'en cas de faute (art. 208 al. 3 CO) (REGIME II).

b) Le DCD en tant que dommage direct au sens de l'art. 208 al. 2 2^{ème} phrase CO ?

L'art. 208 al. 2 2^{ème} phrase CO est l'une des dispositions les plus controversées du CO, notamment en ce qui concerne la qualification du DCD en tant que dommage direct au sens de cette disposition⁴⁰¹. Une jurisprudence récente du Tribunal fédéral (i), qui a pourtant discuté la question en détail, a ravivé les critiques doctrinales (ii), que nous résumerons avant de présenter une position personnelle (iii).

(i) La jurisprudence du Tribunal fédéral

Deux arrêts publiés permettent de comprendre la position actuelle du Tribunal fédéral sur l'applicabilité du régime de l'art. 208 al. 2 2^{ème} phrase CO au DCD.

1^o ATF 79 III 376 (avant tout c. 3). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral explique en premier lieu que l'art. 208 al. 2 et 3 CO correspond aux art. 241 et 253 aCO de 1881, qui se référaient eux-mêmes à l'art. 116 aCO. Cette dernière disposition traitait du régime général des effets de l'inexécution et distinguait dommage direct et indirect en recourant au critère de la prévisibilité du dommage lors de la conclusion du contrat.

³⁹⁹ Mise en évidence par l'auteur.

⁴⁰⁰ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 4 ad Intro art. 197-210 CO.

⁴⁰¹ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 10 ad art. 208 CO.

Etait un dommage direct « [c]elui que le vendeur avait pu prévoir, selon le cours ordinaire des choses, comme conséquence directe d'une livraison défectueuse ». Le Tribunal fédéral poursuit en expliquant que, dans le (nouveau) CO de 1911, la notion de dommage direct fondée sur la prévisibilité a disparu et a été remplacée par la causalité adéquate, et que la jurisprudence ancienne se heurtait « à de sérieuses objections », car le critère de la prévisibilité manquait de précision et provoquait des distinctions excessivement subtiles, voire entraînait des inégalités. Par conséquent, le Tribunal fédéral renonce au critère de la prévisibilité.

Dans une seconde partie, le Tribunal fédéral constate d'abord que l'art. 208 al. 2 CO doit être interprété restrictivement, car il s'agit d'une prescription exceptionnelle, vu la responsabilité contractuelle générale fondée sur la faute contenue dans le (nouveau) CO. Le Tribunal fédéral affirme ensuite que l'acheteur « [n]e saurait demander plus que d'être replacé dans la situation qu'il aurait si le contrat n'avait pas été conclu »⁴⁰², ce qui correspond à son intérêt négatif, et que l'acheteur peut exiger uniquement les dépenses faites ainsi que la réparation du *damnum emergens* (perte éprouvée), sans pouvoir réclamer son gain manqué (*lucrum cessans*)⁴⁰³. La réclamation des dommages-intérêts pour la perte de gain, enjeu principal de cet arrêt, ne peut donc se fonder que sur l'art. 208 al. 3 CO.

On peut encore faire le double constat suivant. D'une part, le Tribunal fédéral ne décrit pas précisément le critère applicable à la distinction entre dommage direct et indirect, mais se contente d'affirmer que le dommage direct se limite à l'intérêt négatif et qu'il comprend la perte éprouvée mais pas le gain manqué. D'autre part, le jugement ne se prononce pas non plus sur l'appartenance du DCD à la catégorie des dommages directs.

Cette jurisprudence a été approuvée par une partie de la *doctrine*, mais a également fait l'objet de critiques. On peut distinguer cinq points de vue. Un premier groupe d'auteurs se range à l'avis du Tribunal fédéral et affirme que le dommage direct comprend les frais que la livraison défectueuse fait encourir à l'acheteur (*damnum emergens*), à l'exclusion de la

⁴⁰² ATF 79 II 376, c. 3.

⁴⁰³ ATF 79 II 376, c. 3, où le TF utilise indifféremment les notions de *damnum emergens* et de dommage positif (qu'il ne faut pas confondre avec l'intérêt positif, cf. *supra* § I.B.1.b) (ii).

perte de gain (*lucrum cessans*)⁴⁰⁴. Un deuxième courant précise que le dommage direct n'est pas identique à la totalité de l'intérêt négatif, mais seulement à « [c]ette partie de l'intérêt négatif qui est exclusivement causée par le défaut de la chose vendue et son utilisation normale par l'acheteur dans le cadre de sa destination usuelle ou convenue »⁴⁰⁵. D'autres prétendent troisièmement que le dommage direct ne doit pas sortir du cadre de l'intérêt négatif, mais que l'exclusion du *lucrum cessans* n'est pas justifiée⁴⁰⁶. Un quatrième groupe limite le dommage direct à la partie du *damnum emergens* de l'intérêt positif⁴⁰⁷. Enfin, la doctrine majoritaire considère que la distinction entre dommage direct et dommage indirect dépend de l'intensité du lien de causalité entre le défaut et le dommage⁴⁰⁸.

2° ATF 133 III 257 (affaire des perroquets). Dans le cas d'espèce, un commerçant avait acheté six perroquets pour la somme de CHF 4'800.- à une personne qui les avait déjà placés en quarantaine pendant plusieurs mois. Vraisemblablement perturbés par leur changement de vie, les animaux vendus ont développé une maladie virale et ont contaminé tout l'élevage du commerçant. Le dommage consécutif à la perte des oiseaux s'est élevé à CHF 2'000'000.-. Le Tribunal fédéral a jugé que la perte d'un élevage de perroquets dans ces circonstances constitue un dommage direct au sens de l'art. 208 al. 2 CO, car la maladie des perroquets achetés s'était directement transmise au reste de l'élevage⁴⁰⁹. La nouvelle mise en élevage était forcément liée à l'achat et faisait partie de l'utilisation normale, laquelle ne peut être considérée comme constituant une nouvelle cause du dommage⁴¹⁰. Ce jugement tranche la controverse quant à la nature du dommage direct dans le sens de la doctrine majoritaire en recou-

⁴⁰⁴ BK-GIGER, N 38 ad art. 208 CO ; ENGEL, p. 43 ; CAVIN, Considérations, p. 330 ; KEHLER/SIEHR, p. 90 ; BALDI, p. 54.

⁴⁰⁵ SCHÖNLE, p. 484.

⁴⁰⁶ PETITPIERRE, p. 329 ss, qui recommande de limiter le dommage à l'intérêt négatif tout en y incluant certains postes du gain manqué.

⁴⁰⁷ BK-BECKER, N 5 ad art. 208 CO, qui propose de limiter le dommage aux opportunités manquées, en excluant le *lucrum cessans*.

⁴⁰⁸ BK-GIGER, N 36 ss ad art. 208 CO ; BSK-HONSELL, N 7 ad art. 208 CO ; SCHÖNLE, p. 484 ; ZK-SCHÖNLE/HIGL, N 65 s. et 78 ad art. 195 CO ; KELLER/SIEHR, p. 62 et 90 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 10 s. ad art. 208 CO.

⁴⁰⁹ ATF 133 III 257, c. 3.3, SJ 2007 I 461.

⁴¹⁰ ATF 133 III 257, c. 3.3, SJ 2007 I 461.

rant à une interprétation littérale, historique et systématique de l'art. 208 al. 2 CO. On peut en tirer les quatre enseignements suivants :

- La distinction entre dommage direct et indirect s'effectue selon la longueur ou l'intensité de la chaîne causale⁴¹¹. Le dommage direct est, au sein de la chaîne causale, une conséquence directe de l'événement dommageable, alors que le dommage indirect n'est engendré que par la survenance de nouvelles causes du dommage⁴¹².
- Le dommage direct ne se rapporte pas au dommage qui affecte la chose elle-même – c'est-à-dire la moins-value de la chose livrée (*Mangelschaden*) – car ce dommage est déjà supporté par le vendeur en cas de résolution du contrat, puisque celui-ci doit restituer à l'acheteur le prix de vente, avec intérêts (art. 208 al. 1 et 2 CO)⁴¹³.
- La responsabilité du vendeur pour les dommages directement causés à l'acheteur par la livraison de la marchandise défectueuse englobe les DCD, dans la mesure où ces dommages surviennent dans un rapport de causalité directe avec le défaut⁴¹⁴. Trois exemples illustrent ce propos : la perte du bétail de l'acheteur suite à la transmission de la maladie par une vache achetée, la transmission de vers à bois d'une pièce d'antiquité (achetée et défectueuse) à d'autres objets de l'acheteur, ou encore le défaut d'une machine à laver la vaisselle qui entraîne une fuite d'eau endommageant le sol⁴¹⁵. En revanche, le fait que l'eau s'écoule et pénètre dans les installations électriques causant un court-circuit constitue une conséquence résultant d'une nouvelle cause de dommage, auquel s'applique l'art. 208 al. 3 CO⁴¹⁶.
- La délimitation entre dommage direct et indirect relève du pouvoir d'appréciation du juge⁴¹⁷. Après avoir rappelé sa pleine cognition dans ce type d'affaires, le Tribunal fédéral souligne toutefois qu'il

⁴¹¹ ATF 133 III 257, c. 2.1 et 2.5.2, SJ 2007 I 461 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 10 ad art. 208 CO.

⁴¹² ATF 133 III 257, c. 2.1 et 2.5.2, SJ 2007 I 461.

⁴¹³ ATF 133 III 257, c. 2.5.3, SJ 2007 I 461.

⁴¹⁴ ATF 133 III 257, c. 2.5.1, SJ 2007 I 461.

⁴¹⁵ ATF 133 III 257, c. 3.2 et les réf. citées, SJ 2007 I 461.

⁴¹⁶ ATF 133 III 257, c. 3.2 et la réf. citée, SJ 2007 I 461.

⁴¹⁷ ATF 133 III 257, c. 3.2, SJ 2007 I 461.

n'intervient que lorsque les décisions des tribunaux précédents apparaissent manifestement injustifiées⁴¹⁸.

(ii) Les critiques doctrinales

Si une partie jusqu'ici discrète, voire silencieuse des auteurs semble soutenir le Tribunal fédéral⁴¹⁹, les *critiques doctrinales* sont nombreuses. Les auteurs affirment entre autres que le DCD ne doit pas être réparé sous l'égide de l'art. 208 al. 2 CO mais sous celle de l'art. 208 al. 3 CO, qui exige une faute du vendeur⁴²⁰. Voici un aperçu de ces critiques :

Premièrement, les auteurs contestent l'*interprétation littérale*⁴²¹ que le Tribunal fédéral propose de l'adverbe « directement » contenu dans l'art. 208 al. 2 CO. HONSELL mentionne que les juges se réfèrent dans un premier temps à la définition du Duden qui définit ce concept à l'aide d'une composante spatiale et temporelle⁴²², alors qu'ensuite ils n'en parlent plus et se fondent uniquement sur un nouveau critère : l'intensité et la longueur de la chaîne causale. Il souligne qu'en Allemagne, la doctrine considère le caractère spatial comme décisif et que seuls les dommages à la chose défectueuse elle-même, soit le *Mangelschaden*, sont compris dans le dommage direct, les autres relevant du dommage indirect⁴²³. En outre, même si on devait retenir la théorie de la chaîne causale, il faudrait qualifier le DCD de dommage indirect entrant dans le champ d'application de l'art. 208 al. 3 CO car, selon cette théorie, il n'est pas plus proche du dommage que ne l'est le gain manqué de l'acheteur qui, lui, appartient indubitablement au dommage indirect et ne peut être réparé qu'en cas de faute du vendeur⁴²⁴. Le critère de l'intensité du lien de causa-

⁴¹⁸ ATF 133 III 257, c. 3.2 et les arrêts cités, SJ 2007 I 461.

⁴¹⁹ CR-VENTURI/ZENRUFFINEN, N 11 s. ad art. 208 CO. Eg. ZELLWEGER-GUTKNECHT, pp. 765 et 777 s., qui se fonde sur l'*Annahmerisiko*, et est d'accord quant à l'applicabilité de l'art. 208 al. 2 CO au DCD, mais pas quant au raisonnement suivi par le TF.

⁴²⁰ COENDET, p. 15 ss ; HONSELL, Papageienfall, p. 155 ; KELLER, p. 780 ss ; KOLLER, Papageien-Fall, p. 7 s. ; cf. ég. CR-VENTURI/ZENRUFFINEN, N 14 ad art. 208 CO ; VISCHER, Gewährleistungsrecht, p. 129 ; WERRO, Vente, p. 6 s.

⁴²¹ ATF 133 III 257, c. 2.5.1, SJ 2007 I 461.

⁴²² Le terme « unmittelbar » signifie : « ohne zeitlichen oder zeitlichen Abstand, ohne vermittelndes Glied » (HONSELL, Papageienfall, p. 154).

⁴²³ HONSELL, Papageienfall, p. 155.

⁴²⁴ BK-GIGER, N 34 ad art. 195 CO ; HONSELL, Papageienfall, p. 155 s. ; KOLLER, Papageien-Fall, p. 10 ; CR-VENTURI/ZENRUFFINEN, N 12 ad art. 208 CO.

lité défendu par le Tribunal fédéral est inutilisable, car imprécis, ce qui conduit à une insécurité juridique⁴²⁵. Cet auteur conclut en disant qu'il serait plus simple d'admettre que le DCD tombe toujours sous le coup de la responsabilité pour faute de l'art. 208 al. 3 CO⁴²⁶. COENDET critique quant à lui les réflexions lexicales du Tribunal fédéral en soulignant leur caractère peu utile et le fait que la lettre de l'art. 208 al. 2 CO permet une interprétation très large⁴²⁷.

La critique porte deuxièmement sur l'*interprétation historique* proposée par le Tribunal fédéral⁴²⁸. PICHONNAZ relève que le Tribunal fédéral semble ignorer que l'exemple cité de Pothier n'est pas pertinent, dans la mesure où Pothier l'utilisait pour illustrer la réparation du dommage uniquement en cas de dol, ce qui justifiait une solution aussi sévère qui ne correspond pas à l'hypothèse de l'art. 208 al. 2 CO. Toujours selon PICHONNAZ, contrairement au droit commun, le Tribunal fédéral exige la réparation du DCD en faisant fi de la prévisibilité du dommage, mais en se fondant uniquement sur le transfert de l'objet du contrat⁴²⁹. PICHONNAZ invite le Tribunal fédéral à réexaminer sa jurisprudence, mais il ne se prononce pas définitivement sur l'applicabilité de l'art. 208 al. 2 CO au DCD. On peut rajouter une critique supplémentaire. Selon les juges, l'élément historique confirme que la distinction entre dommage direct et indirect s'opère selon la longueur de la chaîne causale, alors que, précisément, une partie non négligeable des étapes historiques mentionnées font appel à d'autres critères, tels que la prévisibilité du dommage au moment de la conclusion (p.ex. art. 1150 CCfr.) ou le rapport de la chose défectueuse avec d'autres biens patrimoniaux du créancier. COENDET souligne que l'historique proposé par le Tribunal fédéral ne permet pas d'identifier un sens précis à la distinction entre dommage direct et indirect puisque les juges se réfèrent à l'ancien droit d'une part tout en reconnaissant d'autre part que cet ancien droit connaissait des difficultés de délimitation⁴³⁰. KOLLER propose, quant à lui, une autre interprétation historique fondée sur l'art. 195 al. 1 CO auquel renvoie l'art. 208 al. 2 CO (« comme en

⁴²⁵ HONSELL, Papageienfall, p. 155.

⁴²⁶ BSK-HONSELL, N 9 ad art. 208 CO.

⁴²⁷ COENDET, p. 16.

⁴²⁸ ATF 133 III 257, c. 2.5.2, SJ 2007 I 461.

⁴²⁹ PICHONNAZ, L'obligation, p. 407 ss. Eg. PICHONNAZ, Defective Goods, p. 829 ss.

⁴³⁰ COENDET, p. 17.

matière d'éviction totale »⁴³¹). Il explique que, selon les travaux préparatoires, le dommage réparable selon l'art. 208 al. 2 CO correspond à l'intérêt négatif puisqu'à l'époque un projet (auquel on a ensuite préféré une autre version rédigée mais gardant le même sens) prévoyait un simple renvoi à l'art. 109 CO⁴³². KOLLER est en outre d'avis que l'intérêt négatif ne contient pas le DCD⁴³³.

Troisièmement, l'*interprétation systématique* du Tribunal fédéral ne convainc pas tout le monde⁴³⁴. Les juges se contentent d'affirmer que l'art. 208 al. 2 CO ne peut pas se rapporter uniquement au dommage affectant la chose défectueuse elle-même (*Mangelschaden*) et que, par conséquent, il couvre forcément le DCD. Si HONSELL admet que la réparation du *Mangelschaden* n'a pas sa place dans la réparation du dommage direct en cas de résolution du contrat⁴³⁵, il mentionne d'autres postes du dommage justifiant cet alinéa sans pour autant que l'on doive y inclure le DCD⁴³⁶ : il en est ainsi des frais de transport pour l'acquisition et la restitution de l'objet défectueux, des frais d'expert en vue d'identifier le défaut, du dommage souffert en raison d'une dépréciation de la monnaie dans laquelle le prix de vente est payé, qui constituent tous des postes du dommage direct réparables selon l'art. 208 al. 2 CO. Selon HONSELL, le dommage « résultant directement de la livraison de marchandises défectueuses » comprendrait le dommage à la chose elle-même (dans la mesure où il n'est pas déjà réparé par la résolution elle-même) ainsi que les coûts de transaction de la résolution.

En outre, en se référant à l'art. 253 aCO et en interprétant la structure de l'art. 208 al. 2 CO, en particulier l'expression « en outre », le Tribunal fédéral affirme que la réparation du dommage résultant directement de la livraison de la chose défectueuse est due en plus de celle des frais de pro-

⁴³¹ Ce renvoi à l'art. 195 al. 1 CO est encore plus clair dans le texte allemand où l'alinéa n'est pas séparé par un point-virgule mais où l'expression « *entsprechend den Vorschriften über die vollständigen Entwehrung* » s'applique aussi bien aux frais de procès, aux impenses qu'au dommage direct.

⁴³² KOLLER, *Bemerkungen*, p. 377.

⁴³³ KOLLER, *Bemerkungen*, p. 378 n. 12. Cela ne correspond pas au point de vue défendu dans cette contribution (cf. *supra* § III.A.3.a).

⁴³⁴ ATF 133 III 257, c. 2.5.3, SJ 2007 I 461. Pour une critique complémentaire de la systématique, cf. COENDET, p. 18.

⁴³⁵ COENDET, p. 17 n. 24.

⁴³⁶ HONSELL, *Papageienfall*, p. 156.

cès et des impenses⁴³⁷. KOLLER répond, en se fondant également sur l'art. 253 aCO, que le dommage direct mentionné à l'art. 208 al. 2 CO est plutôt un terme générique incluant les frais de procès et les impenses⁴³⁸.

Selon WERRO, on peut également se demander si l'interprétation du Tribunal fédéral est encore admissible au regard de la LRFP, qui prévoit une responsabilité extracontractuelle objective du fabricant (cf. *infra* § III.B.2.)⁴³⁹. Selon cette loi, le vendeur n'est responsable du défaut qu'à titre subsidiaire. La CJUE a tranché qu'un régime mettant sur pied d'égalité le vendeur et le fabricant était illicite⁴⁴⁰. En vertu du principe d'interprétation conforme applicable au droit suisse reprenant le contenu du droit européen⁴⁴¹, cette illicéité devrait se répercuter sur le régime de l'art. 208 al. 2 CO dans la mesure où il prévoit une responsabilité objective.

Un dernier argument systématique en faveur de l'application de l'art. 208 al. 3 CO (et non de l'art. 208 al. 2 CO) au DCD est mentionné par plusieurs auteurs : dans tous les autres contrats connaissant un régime de la garantie pour les défauts, à savoir l'entreprise et le bail, ainsi que dans le régime applicable aux autres droits de garantie de la vente, la réparation du DCD est fondée sur la faute⁴⁴². Si ce n'est la lettre (peu claire) de l'art. 208 CO, il n'existe aucune raison valable d'avoir un régime différencié entre ces divers contrats. Par conséquent, seule la responsabilité pour faute de l'art. 208 al. 3 CO doit s'appliquer à la réparation du DCD.

⁴³⁷ ATF 133 III 257, c. 2.5.3, SJ 2007 I 461.

⁴³⁸ KOLLER, *Bemerkungen*, p. 376.

⁴³⁹ WERRO, CJUE, p. 484 ss ; WERRO, *Vente*, p. 6 s.

⁴⁴⁰ Cf. notamment CJCE du 10 janvier 2006, aff. C-302/03, *Skov Aeg c. Bilka Lavprisvarehus A/S et Bilka Lavprisvarehus A/S c. Jette Mikkelsen et Michael Due Nielsen*, Rec. 2006 I-199, pts 31 ss.

⁴⁴¹ ATF 129 III 335, c. 6, JdT 2003 II 75. Dans un ATF 137 III 226, c. 3, le TF a précisé la portée de la jurisprudence européenne en droit suisse : « [a]u contraire de ce qui vaut dans d'autres matières (cf. ATF 134 III 218, c. 3.3 p. 221 s.), il n'existe toutefois aucune obligation pour les tribunaux suisses, lors de l'interprétation de la LRFP, de tenir compte de la jurisprudence européenne en matière de responsabilité du fait des produits. Cela étant, l'intention du législateur d'adapter le droit suisse au droit européen de manière autonome doit être prise en compte et il convient donc d'éviter de contrecarrer l'harmonisation voulue sans qu'il y ait pour cela un bon motif (cf. ATF 129 III 335, c. 6 p. 350 ; cf. également ATF 136 III 552, c. 3.3 p. 558 ; ATF 133 III 180, c. 3.5 p. 184 ; ATF 132 III 32, c. 4.1 p. 37) ».

⁴⁴² HONSELL, *Papageienfall*, p. 156.

Quatrièmement, HONSELL fait valoir un *argument économique*⁴⁴³. Le fait que le vendeur soit objectivement responsable à côté du fabricant du DCD va obliger tout vendeur à augmenter sa couverture d'assurance RC, ce qui entraînera inéluctablement une augmentation des coûts du produit, en principe reportée sur le client final.

(iii) Une prise de position et les conséquences pour le praticien

Une prise de position doctrinale détaillée sur les questions soulevées par l'art. 208 al. 2 CO dépasserait le but assigné à cette contribution. Toutefois, il nous semble opportun d'analyser de façon critique les dernières évolutions jurisprudentielles et doctrinales et de proposer quelques réflexions à l'attention du praticien.

Constatons d'abord que la *situation actuelle n'est pas aussi limpide* que ne pourrait le laisser paraître la publication aux ATF de l'arrêt des perroquets (ATF 133 III 257). D'une part, le Tribunal fédéral y a certes adopté une position tranchée en suivant l'avis de la doctrine majoritaire. Les juges ont ainsi retenu le critère de la longueur et de l'intensité de la chaîne causale pour distinguer un dommage direct d'un dommage indirect. Sur la base de ce critère, ils ont ensuite admis que le DCD appartenait au dommage direct s'il découlait de l'usage normal de la chose dans le cadre du but d'utilisation normal ou convenu. Ils ont même précisé dans le chapeau de l'arrêt que, « si le vendeur livre à l'acheteur des animaux malades, la perte du cheptel de l'acheteur causée par la transmission de la maladie constitue un dommage direct »⁴⁴⁴. D'autre part, suite à cet arrêt, le courant doctrinal majoritaire semble s'être inversé. On ne trouve aucune publication récente qui soutienne sans réserve la position du Tribunal fédéral, même si on ne peut exclure que le silence de certains soit synonyme d'approbation. Par contre, les contributions opposées au principe ou à la motivation de l'ATF 133 III 257 sont nombreuses ; les arguments, ci-dessus exposés, sont divers et souvent raisonnablement fondés. Plusieurs auteurs invitent le Tribunal fédéral à revoir sa jurisprudence et on ne peut exclure que ces appels soient entendus tôt ou tard par Mon-repos, notamment à la faveur d'une composition différente de la Cour compétente.

⁴⁴³ HONSELL, Papageienfall, p. 157.

⁴⁴⁴ ATF 133 III 257, SJ 2007 I 461.

Fort de ce constat, le praticien reste dans une *situation inconfortable*. Lorsqu'il conseille les clients, il peut certes leur décrire l'opinion actuelle du Tribunal fédéral publiée aux ATF 133 III 257. Il ne peut toutefois s'y appuyer inconditionnellement, vu la fronde doctrinale existante.

Face à ce dilemme compréhensible du praticien, on peut à notre avis esquisser *deux solutions* :

La première consisterait à *se tourner vers le législateur*. A long terme, c'est peut-être la solution à privilégier, tant la distinction entre dommage direct et indirect établie par l'art. 208 al. 2 et 3 CO semble étrangère à la pensée du CO de 1911 et tant elle reste, malgré la jurisprudence publiée récente, source d'incertitudes. Même si une telle démarche reste lourde et incertaine en raison des agendas politiques, elle ne sera pas nécessairement vouée à l'échec pour les raisons suivantes. Premièrement, l'intervention législative n'est pas complexe, en particulier s'il s'agit d'aligner la réparation du DCD en cas de résolution du contrat de vente au système prévalant pour les autres contrats : il suffirait en effet d'admettre une responsabilité fondée sur la faute dans tous les cas. Une telle adaptation nécessiterait le changement de quelques mots dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 208 CO. Deuxièmement, une affaire du type de celle des perroquets – un vendeur pas nécessairement professionnel s'est vu imposé une créance en dommages-intérêts deux cents fois plus élevée (!) que le prix de vente du bien vendu, ce qui a provoqué sa faillite – peut avoir une résonance médiatique et un impact économique susceptibles d'intéresser le législateur fédéral. Ce dernier est déjà intervenu ponctuellement ces dernières années pour modifier la partie spéciale du CO (p.ex. pour la prescription dans les contrats de vente et d'entreprise⁴⁴⁵).

La seconde solution consisterait à *exploiter la liberté contractuelle* que la loi accorde aux parties. Elle doit être privilégiée à court terme. Nous avons souligné à plusieurs reprises que les règles sur la garantie pour les défauts dans la vente, y compris celles concernant la réparation du DCD, étaient de droit dispositif. Dans certains types de transactions, les prati-

⁴⁴⁵ Cf. Initiative parlementaire sur le renforcement de la protection des consommateurs ; modification de l'article 210 CO et le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 21 janvier 2011 (FF 2011 2699), qui ont été à l'origine de la modification des art. 210 et 371 CO.

ciens dérogent régulièrement au système légal⁴⁴⁶. Vu l'insécurité juridique actuelle en matière de réparation du DCD dans la vente, il faut à notre avis généraliser cette démarche. En raison des difficultés relevées dans cette contribution, les praticiens doivent accorder une attention soutenue aux clauses qu'ils rédigent, en prenant soin de préciser, pour chaque hypothèse, si la faute est une condition de fond ou non des remèdes retenus en cas de défaut de la chose vendue et de DCD.

c) L'applicabilité de l'art. 208 CO au-delà de la résolution du contrat ?

Le Tribunal fédéral est d'avis que l'art. 208 al. 2 et 3 CO est une *lex specialis* ne s'appliquant qu'en combinaison avec la résolution du contrat ; il a confirmé sa position en rejetant, sans les discuter, les critiques doctrinales⁴⁴⁷. Par conséquent, le régime applicable à la réparation du DCD en combinaison avec la réduction du prix et le remplacement de la chose est celui des art. 97 ss CO, auquel se rajoutent les conditions d'exercice de la garantie pour les défauts (REGIME I)⁴⁴⁸.

La *motivation* du Tribunal fédéral se fonde principalement sur la note marginale de l'art. 208 CO (« effets de la résiliation »). Les deux justifications suivantes sont également avancées⁴⁴⁹. Premièrement, l'art. 208 al. 2 CO est une disposition à caractère exceptionnel dans le système de la responsabilité contractuelle, dans la mesure où elle prévoit une responsabilité objective du vendeur⁴⁵⁰. Secondement, les défauts qui entraînent la résolution du contrat constituent les cas les plus graves et justifient ce régime particulier⁴⁵¹. En cas de réduction de prix ou de remplacement de la chose, l'acheteur conserve la chose et serait suffisamment protégé, de

⁴⁴⁶ Dans ce sens, cf. VISCHER, *Gewährleistungsrecht*, p. 136 ss, qui précise qu'en matière de M&A, l'influence des droits anglo-saxons conduit souvent à ne prévoir que des dommages-intérêts (p. 137).

⁴⁴⁷ ATF 107 II 161, c. 7a, JdT 1981 I 582 ; ATF 63 II 401, c. 3, JdT 1938 I 306.

⁴⁴⁸ ATF 107 II 161, c. 7a, JdT 1981 I 582 ; ATF 63 II 401, c. 3, JdT 1938 I 306 ; cf. ég. BSK-HONSELL, N 6 ad art. 208 CO.

⁴⁴⁹ ATF 107 II 161, c. 7a, JdT 1981 I 582 ; ATF 63 II 401, c. 3, JdT 1938 I 306 ; cf. ég. VENTURI, N 1606 ss.

⁴⁵⁰ Cf. VENTURI, N 1607.

⁴⁵¹ ATF 63 II 401, c. 2 s., JdT 1938 I 306.

sorte qu'il ne saurait bénéficier du régime favorable de l'art. 208 al. 2 CO⁴⁵².

Certains auteurs partagent, quant au résultat, la position du Tribunal fédéral, mais leurs motivations divergent. KOLLER considère que le dommage réparable selon l'art. 208 al. 2 CO correspond à l'intérêt négatif et que, par conséquent, il ne peut s'agir que du dommage relatif à la résolution, par opposition à celui relatif au maintien du contrat⁴⁵³. HONSELL est d'avis que seul le dommage à la chose elle-même (*Mangelschaden*) est réparable sur la base de l'art. 208 al. 2 CO. Par conséquent, cette disposition ne concerne pas le DCD, quel que soit le droit spécifique de la garantie choisi. Cet auteur est toutefois d'avis que l'art. 208 al. 3 CO (et non l'art. 97 CO) s'applique à la réparation du DCD⁴⁵⁴.

La *majorité de la doctrine* ne partage pas l'avis du Tribunal fédéral et estime que l'art. 208 al. 2 2^{ème} phrase CO doit s'appliquer par analogie à la réduction du prix et au droit de remplacement de la chose⁴⁵⁵, notamment pour les raisons suivantes. D'une part, l'acheteur peut aussi exercer ses autres droits en cas de défauts importants⁴⁵⁶. D'autre part, l'art. 208 al. 2 CO ne répare pas le défaut, mais le dommage consécutif. Or, l'importance du défaut ne correspond pas nécessairement à celle du dommage⁴⁵⁷. En effet, un défaut qui ne justifie qu'une réduction du prix au sens de l'art. 205 al. 2 CO peut très bien provoquer un dommage important⁴⁵⁸.

Dans l'hypothèse où l'art. 208 al. 2 CO devait s'appliquer à la réparation du DCD, les arguments développés par la doctrine dominante prévalent à *notre avis*. La réparation du DCD en droit de la vente mérite un traitement uniforme, que l'acheteur agisse en remplacement de la chose, en réduction

⁴⁵² ATF 63 II 401, c. 2 s., JdT 1938 I 306.

⁴⁵³ KOLLER, *Bemerkungen*, p. 377.

⁴⁵⁴ BSK-HONSELL, N 6 ad art. 208 CO.

⁴⁵⁵ BK-GIGER, N 55 s. ad art. 208 CO ; CHAPPUIS, *Le moment du dommage*, N 688 ; CAVIN, pp. 104 s. et 112 s. ; GILLIÉRON, N 542 ; PETITPIERRE, p. 332 s. ; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, N 887 ; VENTURI, N 1613 ss ; VISCHER, *Gewährleistungsrecht*, p. 130.

⁴⁵⁶ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 13 ad art. 208 CO.

⁴⁵⁷ Dans ce sens, cf. PETITPIERRE, p. 332 ; CAVIN, *Considérations*, p. 336, VENTURI, N 1617.

⁴⁵⁸ VENTURI, N 1617.

du prix ou en résolution du contrat⁴⁵⁹. Cette solution correspondrait d'ailleurs à celle du contrat d'entreprise et du contrat de bail à loyer⁴⁶⁰. Refuser une telle application peut conduire à des résultats pratiques insoutenables pour l'acheteur. En effet, en cas de défaut grave et en l'absence de faute du vendeur, l'acheteur doit nécessairement choisir de se défaire du contrat (art. 208 al. 2 CO) pour obtenir réparation au détriment du maintien du contrat⁴⁶¹. *A contrario*, en cas de défaut de moyenne importance et en l'absence de faute du vendeur, l'acheteur n'a aucun moyen légal pour obtenir la réparation du dommage consécutif au défaut puisqu'il ne peut même pas exiger la résolution du contrat⁴⁶². Dans cette situation, l'acheteur risque de se voir imposer par le juge la réduction du prix en application de l'art. 205 al. 2 CO, et de ne pouvoir obtenir la réparation d'un dommage consécutif au défaut qui peut être important⁴⁶³.

2. *Le régime de la LRF*

a) Quelques généralités

La responsabilité du fait des produits (« *Produkthaftpflicht* ») est la responsabilité du producteur pour le préjudice que le défaut d'un produit cause à des personnes ou à des choses⁴⁶⁴.

Les nouveaux risques découlant du progrès technique dans la production ont révélé le besoin d'une meilleure protection juridique des consommateurs⁴⁶⁵. Dans cette optique, la communauté européenne a édicté en 1985 la Directive en matière de responsabilité du fait des produits défectueux⁴⁶⁶ : « [p]réparée dans la perspective de l'entrée de la Suisse dans l'Espace Economique Européen (EEE), la LRF a été adoptée malgré le rejet de l'Accord sur l'EEE en votation populaire. Dans ce contexte,

⁴⁵⁹ Dans ce sens, cf. CAVIN, p. 102 s. ; BK-GIGER, N 55 s. ad art. 208 CO ; PETITPIERRE, p. 332 s. ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 13 ad art. 208 CO ; VENTURI, N 1613 ss ; VISCHER, Gewährleistungsrecht, p. 130.

⁴⁶⁰ ATF 100 II 30, c. 2, JdT 1975 I 73.

⁴⁶¹ VENTURI, N 1615 et les réf. citées ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 13 ad art. 208 CO.

⁴⁶² VENTURI, N 1616 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 13 ad art. 208 CO.

⁴⁶³ CAVIN, p.103.

⁴⁶⁴ MÜLLER, Responsabilité civile, N 423 ; REY, N 1167.

⁴⁶⁵ MÜLLER, Responsabilité civile, N 424.

⁴⁶⁶ JO L 210 du 7 août 1985 p. 29 ss.

la LRFP a été largement inspirée par la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux »⁴⁶⁷.

La responsabilité du fait des produits selon la LRFP est une responsabilité objective simple⁴⁶⁸. En effet, il s'agit d'une responsabilité sans faute, fondée sur le seul défaut du produit⁴⁶⁹.

b) Le sujet de la responsabilité

Le *sujet* de la responsabilité est avant tout le producteur réel (art. 2 al. 1 let. a LRFP)⁴⁷⁰, soit le fabricant d'un produit fini⁴⁷¹, le producteur d'une matière première⁴⁷² ou le fabricant d'une partie composante⁴⁷³ qui agit à titre professionnel. La LRFP assimile au producteur celui qui a l'apparence du producteur (producteur apparent ; art. 2 al. 1 let. b LRFP)⁴⁷⁴ et l'importateur (art. 2 al. 1 let. c LRFP). Au cas où le producteur ne peut pas être identifié, le fournisseur, c'est-à-dire toute personne qui distribue le produit sans en être le producteur (art. 2 al. 2 LRFP)⁴⁷⁵, répond en outre à titre subsidiaire⁴⁷⁶.

En prévoyant plusieurs défendeurs possibles, la LRFP minimise ainsi les risques liés à l'insolvabilité de l'un d'entre eux⁴⁷⁷. En outre, en permettant

⁴⁶⁷ ATF 137 III 226, c. 3 ; cf. ég. ATF 133 III 81, c. 3.

⁴⁶⁸ ATF 133 III 81, c. 3 ; FELLMANN/KOTTMANN, N 1079 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 425.

⁴⁶⁹ ATF 133 III 81, c. 3.

⁴⁷⁰ WERRO, Responsabilité civile, N 556.

⁴⁷¹ Est la personne (physique ou morale) qui fabrique le produit tel qu'il arrive chez le consommateur (FELLMANN/KOTTMANN, N 1086 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 429).

⁴⁷² Est la personne (physique ou morale) qui fabrique des matériaux ou des matières premières desquels sont ensuite fabriqués des produits finis ou des parties composantes (FELLMANN/KOTTMANN, N 1093 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 429).

⁴⁷³ Est la personne (physique ou morale) qui fabrique un produit utilisé comme partie composante d'un autre produit et qui n'est pas destiné à l'usage direct par le consommateur (FELLMANN/KOTTMANN, N 1090 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 429).

⁴⁷⁴ FELLMANN/KOTTMANN, N 1095 ss.

⁴⁷⁵ REY, N 1024.

⁴⁷⁶ WERRO, Responsabilité civile, N 554.

⁴⁷⁷ WERRO, Responsabilité civile, N 556.

de rechercher l'importateur, elle évite à la victime de devoir rechercher le producteur étranger et les éventuelles complications relatives à une procédure menée hors des frontières suisses⁴⁷⁸.

c) Les conditions de responsabilité

La responsabilité du producteur selon la LRFP suppose un dommage (i.), un produit (ii.) défectueux (iii.), un rapport de causalité naturel et adéquat entre le défaut et le dommage (iv.) et l'absence d'exceptions à la responsabilité du producteur (v.). Lorsque les conditions de fond sont remplies, la partie lésée doit encore respecter les délais de prescription et de péremption des prétentions en dommages-intérêts prévues par la LRFP (vi.).

(i) Le dommage

On rappelle que la LRFP ne couvre pas les dommages causés au produit défectueux lui-même (art. 1 al. 2 RFP), mais uniquement le DCD⁴⁷⁹. L'art. 1 LRFP permet donc la réparation des DCD suivants⁴⁸⁰ :

- Le *dommage corporel* (al. 1 let. a). Cette notion correspond à celle de droit commun que nous avons déjà définie plus haut et à laquelle nous renvoyons⁴⁸¹. En matière de dommage corporel, il est indifférent selon la LRFP que le produit ait été utilisé dans le cadre d'une activité privée ou professionnelle⁴⁸².
- Certains *dommages matériels* (al. 1 let. b). Le dommage matériel correspond à la notion de droit commun, avec les limitations suivantes⁴⁸³. Premièrement, le producteur ne répond que si la chose endommagée ou détruite est « [d]'un type qui la destine habituellement à l'usage ou à la consommation privés et qui a été principalement utilisée à des fins privées par la victime » (art. 1 al. 1 let. b LRFP). Si le parquet

⁴⁷⁸ WERRO, Responsabilité civile, N 559.

⁴⁷⁹ WERRO, Responsabilité civile, N 546 ; cf. ég. art. 1 al. 2 LRFP qui exclut expressément de son champ d'application la réparation du dommage « causé au produit défectueux ».

⁴⁸⁰ Pour la réparation du tort moral, cf. FELLMANN/KOTTMANN, N 1124 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 438 ; REY, N 1180 ; WERRO, Responsabilité civile, N 551, qui précise que la faute constitue une condition de responsabilité.

⁴⁸¹ WERRO, Responsabilité civile, N 548 ; cf. *supra* § I.B.1.b) (i).

⁴⁸² WERRO, Responsabilité civile, N 550.

⁴⁸³ MÜLLER, Responsabilité civile, N 437.

d'une villa est endommagé à la suite d'une isolation défectueuse des fenêtres, celui-ci n'est réparable en vertu de la LRFP que s'il se trouve dans une villa individuelle⁴⁸⁴. Deuxièmement, la LRFP prévoit que « [l]e dommage [matériel] causé à une ou à plusieurs choses doit être supporté par la victime jusqu'à concurrence de 900 francs » (art. 6 al. 1 LRFP). Cette franchise « [s]'applique une seule fois par accident et par victime, même si plusieurs choses ont été endommagées ou détruites »⁴⁸⁵.

- Pas le *dommage purement économique*. La réparation de ce dommage est exclue⁴⁸⁶.

(ii) Le produit

Selon l'art. 3 LRFP, un produit est « [t]oute chose mobilière, même si elle est incorporée dans une autre chose mobilière ou immobilière ainsi que [...] l'électricité ».

La notion de chose mobilière ne correspond pas tout à fait à celle des droits réels (art. 713 CC)⁴⁸⁷. En effet, une chose mobilière incorporée dans une chose immobilière garde sa qualité de produit (p.ex. béton, fenêtre), en dérogation au principe de l'accession⁴⁸⁸. Toutefois, les choses immobilières, tels que les immeubles (art. 655 CC), les routes, les ponts et les tunnels, sont exclus du champ d'application de la loi⁴⁸⁹.

(iii) Le défaut

Le défaut est défini à l'art. 4 LRFP et a déjà fait l'objet de développements auxquels nous renvoyons (cf. *supra* § I.B.2.b).

⁴⁸⁴ WERRO, Responsabilité civile, N 542.

⁴⁸⁵ MÜLLER, Responsabilité civile, N 438 ; pour une critique : WERRO, Responsabilité civile, N 545.

⁴⁸⁶ MÜLLER, Responsabilité civile, N 435.

⁴⁸⁷ MÜLLER, Responsabilité civile, N 440.

⁴⁸⁸ MÜLLER, Responsabilité civile, N 440 et les réf. citées.

⁴⁸⁹ Pour le cas des produits intellectuels se matérialisant dans une chose mobilière, cf. les avis pas toujours concordants chez WERRO, Responsabilité civile, N 577 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 442 ; dans ce sens, cf. REY, N 1186b ; FELLMANN/KOTTMANN, N 1128.

(iv) Le lien de causalité

La responsabilité du producteur suppose l'existence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre le défaut du produit et le DCD. L'existence de ce lien de causalité s'apprécie de la même manière que dans le régime typique auquel nous renvoyons (cf. *supra* § III.A.1.d).

(v) L'absence d'exceptions à la responsabilité du producteur

L'art. 5 LRFP énumère *six situations* dans lesquelles le producteur ne répond pas, même si son produit est défectueux au sens de l'art. 4 LRFP. Ces exceptions concernent les cas où le producteur n'a pas mis le produit en circulation (1), le défaut n'existait pas lors de la mise en circulation du produit (2), le produit a été fabriqué à des fins privées (3), le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics (4), l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut (5) ou le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la matière première ou la partie composante est incorporée, ou aux instructions données par le fabricant du produit (6)⁴⁹⁰.

Le *fardeau de la preuve* est sur les épaules du producteur, qui doit prouver l'existence d'une des exceptions précitées au sens de l'art. 5 LRFP.

(vi) La prescription et la péremption

Selon l'art. 9 LRFP, les prétentions en dommages-intérêts *se prescrivent* par trois ans à compter de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur. Le délai de prescription de trois ans est plus avantageux que celui d'un an prévu par le régime ordinaire de l'art. 60 al. 1 CO. En revanche, le fait que le délai de prescription commence à courir également dès la date où la victime aurait dû avoir connaissance du dommage représente un désavantage par rapport à ce régime⁴⁹¹.

Selon l'art. 10 LRFP, qui prévoit un *délai de péremption*, « [l]es prétentions en dommages-intérêts prévues par la présente loi s'éteignent à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la date à laquelle le pro-

⁴⁹⁰ Pour plus de précision, cf. MÜLLER, Responsabilité civile, N 626 ss.

⁴⁹¹ WERRO, Responsabilité civile, N 683.

ducteur a mis en circulation le produit qui a causé le dommage ». Cette disposition repose sur l'idée que les produits s'usent et que les connaissances scientifiques progressent avec le temps, ce qui justifie l'imposition d'une limite temporelle⁴⁹².

d) Les effets

Si les six conditions cumulatives sont remplies, la victime peut rechercher directement le producteur ou l'importateur pour le DCD du produit, qu'il s'agisse d'un préjudice corporel ou matériel.

e) La délimitation par rapport à la responsabilité contractuelle

Pour la réparation du DCD, la responsabilité prévue dans la LRFP peut concourir principalement avec celle découlant de deux contrats :

1° Avec le **contrat de vente**. Dans le cas d'une vente d'un produit défectueux que le vendeur a lui-même produit ou importé, les dispositions de la LRFP peuvent entrer en concours avec celles de l'action en réparation du DCD prévue à l'art. 208 CO ou à l'art. 97 CO (auquel la jurisprudence a ajouté les conditions d'exercice de la garantie pour les défauts)⁴⁹³.

Le Tribunal fédéral admet en principe le concours des prétentions contractuelles et délictuelles⁴⁹⁴. L'acheteur peut alors fonder ses prétentions sur la LRFP sans avoir à respecter les conditions d'exercice prévues aux art. 201 et 210 CO⁴⁹⁵. Dans la mesure où l'acheteur peut bénéficier de cette protection spéciale et où le dommage est réparable en vertu de la LRFP, l'action contractuelle de l'art. 208 CO contre le vendeur perd donc de son intérêt⁴⁹⁶.

On rappelle ici que WERRO mentionne, de façon convaincante, que l'art. 208 al. 2 CO et son système de responsabilité causale pour le DCD

⁴⁹² FELLMANN/KOTTMANN, N 1216 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 476.

⁴⁹³ Dans ce sens, cf. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 22 ad Intro art. 197-210 CO.

⁴⁹⁴ ATF 120 II 58, c. 3, JdT 1994 I 754.

⁴⁹⁵ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 22 ad Intro art. 197-210 CO ; WERRO, Responsabilité civile, N 696.

⁴⁹⁶ CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 19 ad art. 208 CO.

n'est peut-être plus compatible avec la LRFP en raison des développements en droit européen (cf. *supra* § III.B.1.b) (ii)⁴⁹⁷.

2° Avec le contrat d'entreprise. Selon l'art. 2 LRFP, l'entrepreneur entre dans la catégorie (large) du producteur, notamment en qualité de fabricant de produit fini⁴⁹⁸. Compte tenu de la notion (elle aussi large) du produit, qui englobe également la fabrication de pièces, le « producteur » peut engager sa responsabilité en application des règles du contrat d'entreprise. La créance en dommages-intérêts délictuelle du maître découlant de la LRFP peut alors concourir avec une prétention contractuelle en réparation du DCD⁴⁹⁹. Si le maître procède selon la LRFP, sa créance en dommages-intérêts se prescrit selon l'art. 9 LRFP et se périmé selon l'art. 10 LRFP⁵⁰⁰. Les dispositions du contrat d'entreprise relatives à l'acceptation de l'ouvrage (art. 370 CO) et la prescription des droits de la garantie (art. 371 CO) ne s'appliquent pas⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ WERRO, *Vente*, p. 6.

⁴⁹⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 2354 ss ; TERCIER/FAVRE/B. CARRON, N 4179.

⁴⁹⁹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 2361.

⁵⁰⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 2361.

⁵⁰¹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 2361 et les réf. citées.

Bibliographie

- AUBERT Carole, in F. Bohnet/M. Montini (édit.), *Commentaire pratique du droit du bail à loyer*, Bâle 2010, art. 257g-260a et 267-267a CO (cité : AUBERT, CPra-Bail).
- BALDI Peter, *Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft*, thèse, Zurich 1975.
- BECKER Hermann, *Commentaire ad art. 184-551 CO*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI/2, Berne 1934 (cité : BK-BECKER).
- BREHM Roland, *Commentaire ad art. 41-61 CO*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI/1/3/1, 3^{ème} éd., Berne 2006 (cité : BK-BREHM).
- BÜHLER Theodor, *Commentaire ad art. 363 à 379 CO*, Zürcher Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich 1998 (cité : ZK-BÜHLER).
- BURKHALTER Peter/MARTINEZ-FAVRE Emmanuelle, *Commentaire SVIT du droit du bail*, Lausanne 2011.
- CARRON Blaise, *Bail et travaux de construction : aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux*, in F. Bohnet (édit.), 17^{ème} séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, p. 48 ss (cité : CARRON, Bail).
- CAVIN Pierre, *La vente, l'échange, la donation*, Traité de droit privé suisse, VII/1, Fribourg 1978.
- CAVIN Pierre, *Considération sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue*, SJ 1969 329 ss (cité : CAVIN, Considérations).
- CHAIX François, *Commentaire ad art. 363-379 CO*, in L. Thévenoz/F. Werro (édit.), *Commentaire Romand CO I*, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CR-CHAIX).
- CHAPPUIS Benoît, *Le moment du dommage : analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, thèse Fribourg, Zurich 2007 (cité : CHAPPUIS, Le moment du dommage).
- CHAPPUIS Benoît, *Quelques dommages dits irréparables – réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine*, SJ 2010 II 165 (cité : CHAPPUIS, Quelques dommages).

- COENDET Thomas, *Schadenzurechnung im Kaufrecht*, recht 2008 15 ss.
- DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 1982.
- DOERIG Rolf, *Ersatz sogennater « Mangelfolgeschäden » aus Kaufvertrag (art. 208 OR)*, thèse, Zurich 1995.
- ENGEL Pierre, *Contrats de droit Suisse*, Berne 2000.
- FELLMANN Walter/KOTTMANN Andrea, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. I, Berne 2012.
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter/SCHMID Jörg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 9^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 5^{ème} éd., Zurich 2011 (cité : GAUCH, Werkvertrag).
- GAUCH Peter, *Die revidierten Art. 210 und 371 OR*, recht 2012 124 ss.
- GAUTSCHI Georg, *Commentaire ad art. 363-379 CO*, Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, VI, 2^{ème} éd., Berne 1967 (cité : BK-GAUTSCHI).
- GIGER Hans, *Commentaire ad art. 184-215 CO*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI/2/1/1, 2^{ème} éd., Berne 1980.
- GILLIÉRON Philippe, *Les dommages-intérêts contractuels*, thèse d'habilitation Fribourg, Lausanne 2011.
- HEIERLI Christian/SCHNYDER Anton K., *Commentaire ad art. 41-59a CO*, in H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (édit.), Basler Kommentar OR I, 5^{ème} éd., Bâle 2011 (cité : BSK-HEIERLI/SCHNYDER).
- HIGI Peter, *Commentaire ad art. 253-265 CO*, Zürcher Kommentar, Zurich 1994 (cité : ZK-HIGI).
- HONSELL Heinrich, *Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – Der Papageienfall des Bundesgerichts*, recht 2007 154 ss (cité : HONSELL, Papageienfall).
- HONSELL Heinrich, *Commentaire ad art. 192-210 CO*, in H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (édit.), Basler Kommentar OR I, 5^{ème} éd., Bâle 2011 (cité : BSK-HONSELL).
- KELLER Max/SIEHR Kurt, *Kaufrecht*, 3^{ème} éd., Zurich 1995.
- KELLER Roland, *Abrenzung unmittelbarer und mittelbarer Schaden nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR*, PJA 2007 780 ss.

- KOLLER Alfred, *Commentaire ad art. 363-366 CO*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI/2, 2^{ème} éd., Berne 1998 (cité : BK-KOLLER).
- KOLLER Alfred, *Der Papageien-Fall – Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257*, in A. Koller (édit.), *Leistungstörungen – Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen*, Saint-Gall 2008, p. 1 ss (cité : KOLLER, Papageien-Fall).
- KOLLER Alfred, *Bemerkungen zur Haftung nach Art. 208 Abs. 2 OR*, in W. Wiegand/A. Koller/H. P. Walter (édit.), *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Berne 2009, p. 375 ss (cité : KOLLER, Bemerkungen).
- LACHAT David, *Le Bail à loyer*, 2^{ème} éd., Lausanne 2008 (cité : LACHAT, Bail à loyer).
- LACHAT David, *Commentaire ad art. 253-273c OR*, in L. Thévenoz/F. Werro (édit.), *Commentaire Romand CO I*, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CR-LACHAT).
- MÜLLER Christoph, *Commentaire ad art. 41-49 CO*, in A. Furrer/A. K. Schnyder (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 2^{ème} éd., Zurich 2012 (cité : CHK-MÜLLER).
- MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012 (cité : MÜLLER/AUTEUR).
- MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, Responsabilité civile).
- PALLY Duri, *Mangelfolgeschaden im Werkvertragsrecht : Begriff und Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen*, thèse, Saint-Gall 1996.
- PETITPIERRE Gilles, *L'acheteur-revendeur et la responsabilité de l'art. 208 al. 2 du Code des obligations*, in Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg (édit.), *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 465 ss.
- PICHONNAZ Pascal, *L'obligation de réparer issue du contrat : réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO*, in J.-B. Zufferey/J. Dubey/A. Previtali (édit.), *L'homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg 2011, p. 399 ss (cité : PICHONNAZ, L'obligation).

- PICHONNAZ Pascal, *Defective Goods and Consequential Losses – A Swiss Case and Some Reflexions on Limitation of Damages*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 76 (2012), p. 819 ss (cité : PICHONNAZ, *Defective Goods*).
- PICHONNAZ Pascal, *Le temps qui passe en droit privé de la construction*, JDC 2013 63 ss (cité : PICHONNAZ, *Le temps*).
- PIOTET Paul, *La restitution après résolution du contrat*, DC 1984 10 ss.
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^{ème} éd., Zurich 2008.
- ROBERTO Vito, *Schadensrecht*, thèse d'habilitation, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997.
- TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2009 (cité : TERCIER/FAVRE/AUTEUR).
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2012.
- SCHÖNLE Herbert, *Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO*, SJ 1977 465 ss.
- SCHÖNLE Herbert, *Le dommage direct. Interprétation théologique et musicologique de l'art. 208 CO*, in P. Gauch/P. Pichonnaz (édit.), *Figures juridiques, Mélanges juridiques – Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son 60^{ème} anniversaire*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 23 ss (cité : SCHÖNLE, *Le dommage direct*).
- SCHÖNLE Herbert/HIGI Peter, *Commentaire ad art. 192-204 CO*, Zürcher Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich 2005.
- VENTURI Silvio, *La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de merchandise*, thèse, Fribourg 1994 (cité : VENTURI).
- VENTURI Silvio, *Commentaire ad art. 184-215 CO*, in L. Thévenoz/F. Werro (édit.), *Commentaire Romand CO I*, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité : CR-VENTURI).
- VENTURI Silvio/ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, in L. Thévenoz/F. Werro (édit.), *Commentaire Romand CO I*, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN).

- VISCHER Markus, *Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf*, RSJ 2009 129 ss (cité : VISCHER, Gewährleistungsrecht).
- WEBER Roger, *Commentaire ad art. 253-274 CO*, in H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (édit.), *Basler Kommentar OR I*, 5^{ème} éd., Bâle 2011 (cité : BSK-WEBER).
- WERRO Franz, *Le défaut du produit, ses catégories, sa preuve et les instructions du fabricant*, RSJ 2008 257 ss (cité : WERRO, Défaut du produit).
- WERRO Franz, *La vente dans la jurisprudence récente*, in P. Pichonnaz/F. Werro (édit.), *La pratique contractuelle : actualité et perspectives – Symposium en droit des contrats*, Genève 2009, p. 1 ss (cité : WERRO, Vente).
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 2011 (cité : WERRO, Responsabilité civile).
- WERRO Franz, *Commentaire de l'arrêt du TF 4A_472/2010 du 26 novembre 2010*, DC 2011 77 ss (cité : WERRO, DC 2011).
- WERRO Franz, *Commentaire ad art. 41-61 CO*, in L. Thévenoz/F. Werro (édit.), *Commentaire Romand CO I*, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CR-WERRO).
- WERRO Franz, *La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 CO*, in S. Fuhrer/C. Chappuis (édit.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2012, p. 471 ss (cité : WERRO, CJUE).
- WESSNER Pierre, *La clause d'exclusion de la garantie en raison des défauts dans la vente immobilière*, DC 1987 10 ss.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT Corinne, *Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung*, RJB 2007 763 ss.
- ZINDEL Gaudenz G./PULVER Urs, *Commentaire ad art. 363-379 CO*, in H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (édit.), *Basler Kommentar zum OR I*, 5^{ème} éd., Bâle 2011 (cité : BSK-ZINDEL/PULVER).