

DROIT DES OBLIGATIONS, PARTIE SPÉCIALE

Troisième semestre

Contrats nommés



Les plaintes se produisent donc surtout quand l'amitié dont on s'est réclamé au moment où l'on a passé contrat n'est plus celle dont on se réclame au moment où l'on s'en acquitte.

Aristote, Éthique à Nicomaque, IX De l'amitié, 1162 b, 25

Sylvain Marchand

Avant-propos.....	5
CONTRAT DE VENTE.....	6
I. Obligations caractéristiques.....	6
a. Éléments objectivement essentiels.....	6
b. Droit applicable	8
c. Typologie des ventes	9
II. Transfert des risques	11
a. Concept et enjeux.....	11
b. Moment du transfert des risques.....	12
III. Défaut de la chose vendue	14
a. Notion de défaut	14
b. Conditions générales des actions édiliciennes	16
c. Actions édiliciennes	18
d. Exceptions édiliciennes	21
e. Exceptions et objections du vendeur	22
f. Rapport entre les actions édiliciennes et les vices du consentement	25
IV. Éviction	26
a. Prétention d'un tiers	26
b. Cas d'éviction.....	27
c. Moyen de droit en cas d'éviction	28
d. Rapport avec l'invalidation pour vice de consentement.....	29
V. Demeure.....	29
a. Demeure du vendeur	29
b. Demeure de l'acheteur.....	31
VI. Spécificités de la vente immobilière.....	33
a. Systématique légale	33
b. Forme et conditions	33
c. Législation spécifique	36
d. Défauts	37
VII. Spécificités de la vente aux enchères volontaire	38
a. Conclusion du contrat	38
b. Conséquences de la vente.....	39
CONTRAT D'ENTREPRISE	41
I. Obligations caractéristiques	41
a. Exécution d'un ouvrage.....	41
b. Distinction avec la vente	43
c. Distinction avec le mandat	44
d. Sous-traitance.....	45
II. Convention sur les honoraires.....	46
a. Typologie	46
b. Valeur du travail	47
c. Prix fermes (forfait)	48
d. Devis	49
III. Résiliation du contrat d'entreprise.....	53
a. Résiliation ordinaire	53

b.	Résiliation extraordinaire	54
IV.	Défauts de l'ouvrage	57
a.	Similitude avec les actions édiliciennes de l'acheteur	57
b.	Spécificités du contrat d'entreprise	60
c.	Rapport avec d'autres moyens de droit	60
CONTRAT DE MANDAT		62
I.	Obligations caractéristiques	62
a.	Caractère résiduel des règles sur le mandat	62
b.	Distinction avec le contrat de travail	62
c.	Droit du mandataire à des honoraires	64
II.	Obligation de diligence du mandant	65
a.	Principe général	65
b.	Devoirs spécifiques	67
III.	Substitut	68
a.	Notion de substitut	68
b.	Responsabilité du mandataire pour le substitut	69
c.	Droit direct du mandant contre le substitut	70
IV.	Révocation du mandat	70
a.	Droit impératif	70
b.	Conséquences financières de la résiliation	71
V.	Mandat fiduciaire	72
a.	Dissociation des qualités d'ayant-droit économique et de propriétaire juridique	72
b.	Régime de la fiducie	72
CONTRATS D'INTERMÉDIAIRE		74
I.	Typologie	74
a.	Contrats de mise en relation	74
b.	Rapport avec le mandat	74
II.	contrat de courtage	75
a.	Rémunération au résultat	75
b.	Salaire excessif	78
c.	Responsabilité du courtier	78
d.	Courtage matrimonial	79
III.	Contrat d'agence	80
a.	Rôle de l'agent	80
b.	Rémunération de l'agent	82
c.	Indemnité de clientèle	83
d.	Durée du contrat d'agence	85
TROIS CONTRATS FINANCIERS : LE PRÊT, LE CAUTIONNEMENT, L'ASSIGNATION		87
I.	Financer : le prêt	87
a.	Typologie	87
b.	Prêt à usage	87
c.	Prêt de consommation	88
II.	Garantir : le cautionnement	93

a.	Typologie des garanties.....	93
b.	Régime juridique du cautionnement.....	97
c.	Accessoriété du cautionnement.....	98
III.	Payer : l'assignation.....	98
a.	Définitions	98
b.	Déroulement de l'assignation	99
c.	Abstraction de l'assignation	100
BAIL (QUESTIONS CHOISIES)		103
I.	Typologie	103
a.	Bail à loyer	103
b.	Bail à ferme.....	103
II.	Demeure du locataire.....	103
a.	Résiliation et restitution	103
b.	Contestation du congé	105
c.	Procédure d'évacuation	105
d.	Garanties de paiement.....	106
III.	Locataire de remplacement	106
a.	Libération anticipée du locataire.....	106
b.	Logement laissé vacant sans locataire de remplacement.....	108
IV.	Vente de l'immeuble	108
a.	Transfert du bail	108
b.	Résiliation anticipée par l'acquéreur.....	109
V.	Contestation du loyer	111
a.	Possibilités de contestation.....	111
b.	Critère du rendement net	111
c.	Méthode relative.....	113
d.	Autres critères de loyer abusif	113
e.	Loyers échelonnés et indexés.....	114
VI.	Contestation de la résiliation	115
a.	Résiliation ordinaire du bail.....	115
b.	Résiliation abusive	116
c.	Prolongation du bail	117
Conclusion.....		117

Pourquoy est-ce que nostre langage commun si aysé
à tout aultre usage, devient obscur et non intelligible
en contract et testament ?

Montaigne, Essais, III 13

Ce photocopié est juste un document de cours. Il n'est pas un ouvrage complet sur la partie spéciale du Code des obligations. Il poursuit un double et modeste objectif :

- D'abord éviter aux étudiants de s'abimer les yeux et l'esprit sur des photocopiés pirates à la fiabilité douteuse et au style approximatif.
- Ensuite inviter les étudiants à découvrir une jurisprudence abondante et souvent didactique, dont de nombreux extraits émaillent les chapitres de ce document. Nous avons en Suisse la chance d'avoir des juridictions qui prennent le temps de faire d'excellentes synthèses de la situation juridique. La lecture des arrêts remplace avantageusement les explications verbeuses de la doctrine. Comme disait Montaigne : « *Il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses. Nous ne faisons que nous entregloser* »¹.

Les trois grands contrats qui sont traités dans ce document sont le contrat de vente, le contrat d'entreprise, et le contrat de mandat. En lien avec le contrat de mandat, sont également traités les contrats d'intermédiaire, qui consistent à mettre le mandant en relation avec un tiers. Quelques contrats financiers sont ensuite examinés avant que le document ne s'achève avec des questions choisies en lien avec le contrat de bail, qui mériterait un cours à lui seul.

La partie spéciale du Code des obligations comporte son jargon, avec lequel tout juriste doit se familiariser. *Aliud, action minutoire, actions édiliciennes, éviction, droit de préemption ou de réméré, défaut de contenance, adjudication, maître de l'ouvrage, forfait et devis, prix fermes, prix unitaires, entreprise générale ou totale, reddition de compte, substitut, mandat fiduciaire, clause d'exclusivité du courtier, indemnité de clientèle, prêt à usage ou prêt de consommation, intérêts moratoires, conventionnels ou compensatoires, anatocisme, garantie autonome, garantie dépendante, cautionnement simple ou solidaire, certificateur de caution, arrière-caution, abstraction de l'assignation* sont autant de termes que ce document rendra familiers à ses lecteurs.

Peut-être évitera-t-il à ces derniers le désappointement de Panurge confronté à la langue juridique : « *Par la reine des Andouilles, toutes les hiéroglyphiques d'Egypte n'approchèrent jamais de ce jargon.* »²

¹ Montaigne, Essais, III, 13.

² Rabelais, Œuvres complètes, Des faits et dits héroïques du bon Pantagruel, Livre V ch. XV

Combien avaient raison les anciens qui n'avaient qu'un même Dieu pour les marchands et pour les voleurs ! Robes, cachemires, bijoux, se vendaient avec une rapidité incroyable.

Alexandre Dumas fils, La dame aux Camélia

I. OBLIGATIONS CARACTÉRISTIQUES

a. Éléments objectivement essentiels

1. Un contrat de vente est un contrat par lequel une partie s'engage à transférer la propriété d'une chose contre le paiement d'un prix (art. 184 CO).
2. L'obligation de transférer la propriété d'une chose est exécutée :
 - Soit par le *transfert de possession de la chose* s'il s'agit d'une chose mobilière. En droit suisse, le transfert de propriété d'une chose mobilière suppose une cause valable et un transfert de possession (art. 714 CC). La cause est le contrat de vente. Le transfert de possession correspond à la livraison de la chose.
 - Soit par *l'inscription de l'acheteur au registre foncier* si la chose est un immeuble au sens de l'art. 655 CC (art 656 et 657 CC). Le vendeur prend donc l'engagement de requérir l'inscription de l'acheteur comme propriétaire au registre foncier (art. 665 CC).
3. S'agissant d'un *contrat de vente mobilière*, les modalités de la livraison (c'est-à-dire le transfert de possession de la chose) dépendent de l'accord des parties :
 - Le vendeur peut s'engager à mettre la chose à la disposition de l'acheteur, dans les locaux du vendeur. Le vendeur doit informer l'acheteur de la disponibilité de la chose mais il appartient à l'acheteur d'aller la chercher. Il s'agit dans ce cas d'une *vente quérable*.
 - Le vendeur peut s'engager à remettre la chose à l'acheteur dans les locaux de l'acheteur. Si le vendeur recourt, pour exécuter cette obligation, aux services d'un transporteur, le transporteur est l'auxiliaire du vendeur (art. 101 CO). Il s'agit dans ce cas d'une *vente portable*.
 - Le vendeur peut s'engager à remettre la chose à un transporteur, en vue de sa livraison à l'acheteur. Dans ce cas le vendeur a rempli toutes ses obligations par la

remise de la chose au transporteur, mais n'assume pas la responsabilité du transport. Le transporteur n'est donc pas l'auxiliaire du vendeur. Il s'agit dans ce cas d'une *vente sujette à expédition*.

4. Le montant du prix peut être déterminé soit par le contrat, soit par le prix du cours moyen du jour et du lieu d'exécution (art. 211 al. 1 CO). La date d'exigibilité du prix est fixée par le contrat, soit par une date précise, soit par un délai après la livraison. A défaut de disposition contractuelle, le prix est exigible dès la prise de possession par l'acheteur (art. 213 al. 2 CO). La jurisprudence nuance ce principe, en considérant qu'il suffit que le vendeur offre sérieusement d'offrir sa prestation pour que le prix soit exigible.

« Dans le contrat de vente, en application de ces règles, le Tribunal fédéral retient que le vendeur n'est pas obligé de fournir sa prestation avant l'acheteur pour rendre le prix exigible. Il suffit qu'il offre sa prestation, en ce sens qu'il peut disposer de la chose et la remettre trait pour trait à l'acheteur moyennant le paiement du prix de vente (ATF 129 III 535 consid. 3.2.1; arrêt 4C.104/2004 du 2 juin 2004 consid. 6.2). En doctrine, des auteurs synthétisent ces principes en soulignant que l'art. 213 CO ne doit donc pas être compris de manière stricte. Il n'est pas nécessaire que l'acheteur soit " en possession " de la chose pour que le prix soit exigible (malgré les termes de la loi); il suffit que le vendeur offre sérieusement d'exécuter sa prestation, en tenant la chose à disposition de l'acheteur. Il importe dès lors peu que l'acheteur refuse la chose et se trouve en demeure du créancier; dès la mise à disposition de la chose - la consignation de la chose n'étant pas nécessaire -, le vendeur peut exiger le prix (VENTURI/ZEN-RUFFINEN, op. cit., n° 2 ad art. 213 CO; dans le même sens, cf. SCHRANER, op. cit., n° 59 ad art. 75 CO). »

(TF, 14.12.2021, 5A_367/2021)

5. La détermination du prix et de la chose sont des éléments objectivement essentiels du contrat, en l'absence desquels le contrat n'est pas conclu (art. 2 CO). Ainsi par exemple en matière immobilière, le contrat n'est conclu que si la forme et l'emplacement de la parcelle vendue sont connues des deux parties :

« Dans un contrat de vente, la détermination de l'objet vendu constitue l'un des éléments essentiels (ATF 103 II 190 consid. 1 p. 193; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., p. 117 note 28; GUHL/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 9e éd., p. 106 n. 8; KELLER/SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3e éd., p. 53; ENGEL, op. cit., p. 219; JÄGGI, Commentaire zurichois, n. 3 ad art. 2 CO). Dans le cas d'une vente immobilière, l'indication d'une surface ne suffit pas; il faut que soient déterminés la forme et l'emplacement de la parcelle (ATF 95 II 42 consid. 1; ATF 90 II 21 consid. 1). L'objet vendu doit être déterminé ou à tout le moins déterminable sur la base de l'accord des parties (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, p. 191). Si un élément essentiel fait défaut, l'art. 2 CO n'est pas applicable (KRAMER, ibid.). »

(ATF 127 III 248)

6. Le prix, s'il n'est pas celui du cours moyen du jour et du lieu d'exécution, doit être déterminé ou objectivement déterminable. Cela implique que l'acheteur soit en mesure de connaître, au moment de la conclusion du contrat soit le montant du prix, soit le mécanisme objectif de fixation du prix. Selon l'art. 184 al. 3 CO, le prix est suffisamment déterminé lorsqu'il peut l'être d'après les circonstances.

« Le prix de vente est suffisamment déterminé lorsqu'il peut l'être d'après les circonstances (art. 184 al. 3 CO). Il ne suffit pas que les parties conviennent d'échanger une chose contre un prix. Encore faut-il que ces prestations soient suffisamment déterminées, ou du moins suffisamment déterminables. C'est la règle exprimée par l'art. 184 al. 3 CO pour le prix; la disposition a en fait une portée plus générale et s'applique également à la chose. Il suffit que la prestation soit déterminable au moment de l'exécution, pour autant toutefois que les parties aient fixé les critères de détermination au moment de la conclusion du contrat (indice de prix, référence à un tiers par exemple) (VENTURI/ZEN-RUFFINEN, op. cit., n° 55 ad art. 184 CO). »

(Genève, Cour de justice, ACJC/653/2013 du 24.05.2013 cons. 3.1.2)

7. La chose peut être déterminée soit par un accord des parties sur une chose concrètement identifiée au moment de la conclusion du contrat, soit par un accord des parties sur des éléments de description de la chose. Dans le premier cas, la vente porte sur un *corps certain*. Dans le second cas, la chose porte sur une *chose déterminée par son genre*.
8. Dans le cas de la vente d'une chose déterminée par son genre, il appartient au vendeur de sélectionner une chose correspondant aux éléments de description du genre convenu et de la remettre à l'acheteur (art. 71 CO). Si un élément de description du genre manque, la chose ne correspond pas au contrat et il s'agit d'un cas d'inexécution (livraison d'un *aliud*). Dans le cas de la vente d'un corps certain, seule la livraison de la chose convenue libère le vendeur.
9. Il n'est pas nécessaire que le vendeur soit propriétaire de la chose au moment de la conclusion du contrat de vente : par le contrat, le vendeur prend l'engagement de transférer la propriété de la chose à l'acheteur, mais cela peut impliquer qu'il achète lui-même la chose auprès d'un fournisseur avant de la remettre à l'acheteur, ou même qu'il donne instruction à un fournisseur de livrer la chose à l'acheteur. Le contrat entre le vendeur et le fournisseur contient alors une stipulation pour autrui (art. 112 CO).

b. Droit applicable

10. Le contrat de vente mobilière est régi par le droit choisi par les parties (art. 116 LDIP, art. 2 CLH 1955 – RS 0.221.211.4), sauf s'il s'agit d'un contrat de vente avec un

consommateur (art. 120 al. 2 LDIP). Dans ce dernier cas le contrat est soumis au droit de l'Etat du domicile du consommateur dans les hypothèses de l'art. 120 LDIP, et au droit du domicile du vendeur dans les autres cas.

11. En l'absence d'élection de droit, le contrat de vente est régi par le droit du domicile du vendeur (art. 117 LDIP ; art. 3 al. 1 CLH 1955), sauf si la commande a été passée dans l'Etat de domicile de l'acheteur : art. 3 al. 1 CLH 1955 (droit du domicile de l'acheteur) ou s'il s'agit d'une vente en bourse ou d'une vente aux enchères : art. 3 al. 3 CLH 1955 (droit du lieu de la vente). Les incombances de l'acheteur sont régies par le droit du lieu de destination (art. 4 CHL 1955).
12. Lorsque le droit suisse est applicable à une vente mobilière, il peut s'agir soit des art. 184 ss CO, soit de la CVIM, si le contrat entre dans son champ d'application. Les parties peuvent exclure l'application de la CVIM (art. 6 CVIM).
13. Le contrat de vente immobilière est régi par le droit du lieu de situation de l'immeuble. Les parties peuvent choisir un autre droit mais la forme du contrat reste soumise au droit du lieu de situation de l'immeuble (art. 118 LDIP).

c. Typologie des ventes

14. Un *contrat de vente mobilière* est un contrat de vente portant sur une chose mobilière, c'est-à-dire un objet tangible pouvant se transporter d'un lieu à un autre, y compris les énergies (art. 713 CC). Un droit n'est pas une chose mobilière, sauf si ce droit est incorporé dans un papier valeur. Le transfert de droits ou valeurs intangibles se fait par des contrats de cession de créance ou de droit, ou des contrats de licence exclusive. Le contrat de vente mobilière est régi par les articles 184 à 215 CO (sauf si la CVIM est applicable).
15. Le contrat de vente mobilière est qualifié de *contrat de vente commerciale* lorsque l'acheteur achète la chose dans le but de la revendre. Les règles générales sur la demeure du vendeur sont modifiées par l'art. 190 CO. Les règles générales sur le calcul du dommage sont confirmées par l'art. 191 CO.
16. Un *contrat de vente immobilière* est un contrat portant sur une chose immobilière au sens de l'art. 655 CC, c'est-à-dire un bien-fonds, une part de copropriété ou de propriété par étages, un droit de superficie, ou une concession minière. Il est régi par les articles 184 CO et 216 à 221 ss CO et se caractérise par sa forme authentique impérative (art. 657 CC et 216 CO). L'art. 221 CO renvoie aux règles sur la vente mobilière, pour tout ce qui n'est pas spécialement régi par les art. 216 à 220 CO.
17. Le *contrat de vente à crédit* est un contrat par lequel le vendeur accepte d'être payés en plusieurs acomptes après la remise de la chose, ou offre d'autres facilités de paiement comme une carte client pouvant être remboursée par paiements partiels. Ces facilités

de paiement rendent applicable la loi sur le crédit à la consommation si l'acheteur conclut un contrat dans un but familial ou personnel et non professionnel (art. 3 LCC) et si le vendeur agit à titre professionnel (art. 2 LCC). La LCC contient notamment des règles de forme impératives (art. 9 et 10 LCC).

18. Le *contrat de vente sur échantillon* se caractérise par le fait qu'un échantillon de la chose est remise à l'acheteur au moment de la négociation de la chose. L'acheteur peut ensuite faire valoir que la chose vendue ne correspond pas à l'échantillon (cas d'inexécution : aliud) ou est de qualité inférieure à l'échantillon (cas de défaut de la chose vendue). La loi instaure la présomption réfragable selon laquelle l'échantillon présenté en justice par l'acheteur est bien celui qui lui a été remis par le vendeur (art. 222 CO).
19. La *vente à l'essai ou à l'examen* se caractérise par le fait que le transfert de possession de la chose a lieu avant la conclusion du contrat. Le contrat est conclu par l'agrément exprès ou implicite de l'acheteur (art. 223 et 224 CO). La propriété de la chose passe à l'acheteur dès l'agrément de l'acheteur.
20. La *vente aux enchères* se caractérise par le mode de conclusion du contrat, à savoir l'adjudication au plus offrant. Elle est *volontaire* si elle procède de la volonté du propriétaire actuel de la chose. Elle est *forcée* si elle résulte d'une mainmise de la justice sur la chose, dans le cadre des procédures d'exécution forcée. Elle est *privée* si elle s'adresse à un cercle déterminé d'acheteurs potentiels (par exemple une vente entre héritiers : art. 612 al. 3 CC) et *publique* lorsque le cercle des acheteurs potentiels n'est pas prédéfini. La vente aux enchères forcée est régie en particulier par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), et, en matière immobilière, par l'ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles (ORFI). Une des particularités de la vente aux enchères forcée est l'absence de garantie légale pour les défauts (art. 234 al. 1 CO).
21. La *vente à livraisons successives* se caractérise par l'obligation du vendeur de procéder à plusieurs livraisons de marchandises, sur une durée convenue. Les dates de livraison peuvent être convenues à l'avance selon un échéancier, ou laissée à la discrétion de l'acheteur, qui peut demander les livraisons quand il le souhaite. Il est même possible que l'acheteur ait le choix non seulement de la date de la livraison, mais également de la nature exacte de la marchandise qui devra être livrée, dans une sélection de produits prévue par le contrat. Dans ce cas, le Tribunal fédéral considère que l'acheteur qui ne procède pas aux commandes conformément à ce qui était convenu refuse en réalité d'en payer le prix, et peut donc être mis en demeure de débiteur.

« Les parties ont conclu un contrat de vente d'huile par livraisons successives, les livraisons partielles intervenant sur demande de l'acheteur (auf Abruf des Käufers) et avec réserve de spécification (Spezifikationskauf). Comme la vente porte sur plusieurs catégories d'huile au choix de l'acheteur, on se trouve dans

un cas d'obligation alternative, au sens de l'art. 72 CO, où le choix appartient, en vertu du contrat, au créancier de l'obligation de livrer.

Conformément à la jurisprudence et à l'avis de CAVIN, lorsque, comme en l'espèce, le non-accomplissement de l'acte préparatoire que constitue la spécification de la chose à livrer est lié au non-paiement du prix, on doit admettre que les règles sur la demeure du débiteur doivent trouver application. »

(ATF 110 II 148 cons.1)

II. TRANSFERT DES RISQUES

a. Concept et enjeux

22. Les risques liés à la chose (perte de la chose, destruction de la chose) passent du vendeur à l'acheteur à un moment précis, qui est celui du *transfert des risques*. Ce moment ne coïncide pas forcément avec celui du transfert de propriété ou avec celui du transfert de possession de la chose. Les parties sont libres de déterminer contractuellement le moment du transfert des risques. A défaut, le moment du transfert des risques est déterminé par l'art. 185 CO pour une vente mobilière soumise au droit suisse (sauf si la CVIM est applicable), et par l'art 220 CO pour une vente immobilière soumise au droit suisse.
23. Les enjeux du transfert des risques sont les suivants :
 - En cas de *perte de la chose*, avant la livraison, le vendeur ne peut plus exécuter le contrat. Il est cependant libéré par ce cas d'impossibilité objective subséquente d'exécution, si la perte de la chose est survenue sans sa faute (art. 119 al. 1 CO). L'acheteur est également libéré de son obligation de payer le prix (art. 119 al. 2 CO). Cependant, si la perte de la chose a eu lieu après le transfert des risques l'acheteur doit néanmoins payer le prix de la chose (art. 119 al. 3 CO).
 - Lorsque le contrat porte sur une chose *déterminée par son genre*, la perte de la chose ne rend pas l'exécution du contrat par le vendeur objectivement impossible, car la chose peut être remplacée. Cependant, Le vendeur est libéré de son obligation (art. 119 al. 1 CO) et l'acheteur doit payer le prix (art. 119 al. 3 CO) si la perte de la chose survient après le transfert des risques (CR CO I-Thévenoz, art. 119 N 6).
 - Si la chose est endommagée, l'acheteur ne peut se prévaloir du *défaut de la chose vendue* (art. 197 CO), et des actions édilitiennes qui en découlent (art. 205 à 208 CO), que si cet endommagement est survenu avant le transfert des risques. Ce principe n'est pas exprimé en droit suisse, mais résulte du concept même de transfert des risques. Il est exprimé plus clairement dans la CVIM (art. 66 CVIM : « *La perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur*

ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur ».)

b. Moment du transfert des risques

24. L'art. 185 CO distingue entre les ventes portant sur un corps certain et les ventes portant sur une chose déterminée par son genre. Bien que cette disposition soit placée dans les « dispositions générales » du titre VI, elle ne s'applique qu'aux ventes mobilières, car l'art. 220 CO y déroge en matière de vente immobilière.
25. En cas de vente mobilière portant sur un *corps certain*, le transfert des risques a lieu dès la conclusion du contrat (art. 185 al. 1 CO). Cette règle est critiquée en droit suisse, car elle paraît inéquitable pour l'acheteur, et contraire aux usages. Les tribunaux admettent donc assez facilement une dérogation contractuelle implicite à l'art. 185 al. 1 CO.
26. Même en l'absence de dérogation contractuelle implicite, le Tribunal fédéral a réduit le champ d'application de l'art. 185 al. 1 CO dans l'ATF 128 III 370: après une longue étude historique de la règle, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'art. 185 al. 1 CO ne doit s'appliquer que si la chose est remise immédiatement à l'acheteur au moment de la conclusion du contrat, ou gardée par le vendeur après la conclusion du contrat *dans l'intérêt de l'acheteur*. En revanche, lorsque la chose est gardée par le vendeur après la conclusion du contrat *dans l'intérêt du vendeur*, le transfert des risques n'a lieu qu'au moment de la remise de la chose à l'acheteur.
27. Bien qu'il ait l'avantage de réduire le champ d'application d'une règle dont chacun reconnaît qu'elle est inappropriée, cet arrêt ne règle pas définitivement la question. Dans de nombreuses situations, le décalage chronologique entre la conclusion du contrat et la remise de la chose à l'acheteur ne répond ni aux intérêts particuliers du vendeur, ni aux intérêts particuliers de l'acheteur, mais découle du fait qu'il s'agit d'une vente à distance impliquant un transport de la marchandise. Il est donc important dans de telles situations que l'acheteur négocie une dérogation à l'art. 185 al. 1 CO, par exemple par le choix d'un incoterm.
28. En cas de vente mobilière portant sur une *chose déterminée par son genre*, le moment du transfert des risques dépend des modalités convenues de livraison. Le texte peu clair de l'art. 185 al. 2 CO, dont le principe général est que le transfert des risques a lieu au moment de la livraison selon les termes prévus par les parties, a été précisé par la doctrine et la jurisprudence dans le sens suivant :
 - *Si la vente est quérable*, le transfert des risques a lieu dès que le vendeur a individualisé la chose comme étant celle qui doit revenir à l'acheteur, et a informé l'acheteur que la chose est à sa disposition dans la période convenue par les parties.

- *Si la vente est portable*, le transfert des risques a lieu dès la remise de la chose (transfert de possession) à l'acheteur. Cela signifie que le vendeur assume les risques liés au transport. Le fait du transporteur lui est imputable, car le vendeur a confié au transporteur l'exécution de son obligation de livrer. Le transporteur est donc son auxiliaire (art. 101 CO).
 - *Si la vente est sujette à expédition*, le transfert des risques a lieu dès que le vendeur a remis la chose au transporteur. Cela signifie que le vendeur est déchargé de toute responsabilité dès qu'il a remis la chose au transporteur, et que ce dernier n'est pas son auxiliaire.
29. Les parties peuvent prévoir une solution combinée :
- La vente est *portable jusqu'à un lieu convenu, et quérable à ce lieu*. Le transfert des risques a lieu dès que le vendeur a individualisé la chose comme étant celle qui doit revenir à l'acheteur, et a informé l'acheteur que la chose est à sa disposition dans la période convenue par les parties et au lieu convenu.
 - La vente est *portable jusqu'à un lieu convenu, et sujette à expédition à ce lieu* : le transfert des risques a lieu dès la remise de la chose au transporteur au lieu convenu.
 - La vente est *sujette à expédition jusqu'au lieu convenu, puis quérable à ce lieu* : le transfert des risques a lieu dès la remise de la chose au transporteur au domicile du vendeur.
30. Dans le cas d'une *vente immobilière*, qui porte nécessairement sur un corps certain, l'application de l'art. 185 a. 1 CO conduirait à un transfert des risques au moment de la conclusion du contrat. L'art. 220 CO déroge cependant à ce principe en prévoyant que lorsqu'une date de prise de possession de l'immeuble par l'acheteur a été convenue (ce qui est toujours le cas en pratique), c'est uniquement à cette date que le transfert des risques a lieu.
31. Les règles sur le transfert des risques sont de droit dispositif, et les parties peuvent y déroger librement. Le Choix de soumettre une vente mobilière à un *Incoterm* implique que le transfert des risques est déterminé selon l'Incoterm choisi, et non selon l'art. 185 CO. Les incoterms sont des ventes-types proposées par la Chambre de commerce internationale, identifiées par un sigle de trois lettres, et réglant diverses questions comme le choix et le paiement du transporteur, le choix et le paiement des assurances, les obligations de dédouanement, et le transfert des risques. Les dispositions de l'Incoterms que les parties ont choisi par la référence au sigle correspondant sont intégrées dans le contrat.
32. Lorsque la vente fait l'objet d'une condition suspensive (art. 151 CO), le transfert des risques ne peut avoir lieu avant l'avènement de la condition (art. 185 al. 3 CO). Cette

règle est une exception importante à l'art. 185 al. 1 CO. En revanche, elle a peu d'impact s'agissant de la vente d'une chose déterminée par son genre. En effet, l'avènement de la condition intervient en règle générale avant la livraison, et le transfert des risques n'a lieu qu'au moment de la livraison conformément à l'art. 185 al. 2 CO.

III. DÉFAUT DE LA CHOSE VENDUE

a. Notion de défaut

33. Le vendeur livre une chose défectueuse lorsque (i) la qualité de la chose est inférieure à la qualité moyenne que pouvait attendre l'acheteur de bonne foi, de sorte que la chose a notablement moins d'utilité ou de valeur que prévu, *ou* lorsque (ii) la chose ne correspond pas à des qualités promises par le vendeur à l'acheteur (art. 197 CO).

« Selon l'art. 197 CO, le 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 (al. 1). Il répond de ces défauts même s'il les ignorait (al. 2).

Il y a défaut au sens de l'art. 197 CO lorsque la chose livrée s'écarte de ce qu'elle devrait être en vertu du contrat de vente, parce qu'elle est dépourvue d'une qualité dont le vendeur avait promis l'existence ou d'une qualité à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi (ATF 114 II 239 consid. 5a/aa). »

(TF, 24.08.2021, 4A_627/2020, cons. 4.1)

34. La chose a notablement moins d'utilité ou de valeur que ce que l'acheteur pouvait prévoir de bonne foi lorsqu'il apparaît que l'acheteur n'aurait pas conclu le contrat aux mêmes conditions s'il avait connu la qualité effective de la chose.

« De manière générale, la perte de valeur ou d'utilité est notable lorsque l'acheteur n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à des conditions différentes s'il avait connu le vice (VENTURI/ZEN-RUFFINEN, op. cit., nos 17 et 20 ad art. 197 CO; ERICH RÜEGG, in Der Grundstückskauf, Alfred Koller éd., 3e éd. 2017, n° 76 p. 193/194; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., n° 691 p. 99; HANS GIGER, Berner Kommentar, 1979, n° 68 ad art. 197 CO). »

(TF, 24.08.2021, 4A_627/2020, cons. 4.1)

35. La livraison d'une chose défectueuse est une violation positive du contrat, qui permet à l'acheteur d'agir en dommages et intérêts (art. 97 CO, infra N 54, 55). Elle ouvre également à l'acheteur un certain nombre de prétentions spécifiques contre le vendeur, prévues aux art. 205 à 208 CO, et connues sous le nom *d'actions édiliciennes*. Cette violation du contrat n'est pas un cas d'inexécution : en cas de livraison d'une chose

défectueuse, le contrat a certes été mal exécuté, mais il a été exécuté. Les règles sur la demeure du débiteur (art. 102 ss CO) ne sont donc pas applicables.

36. En revanche, la livraison d'une chose différente de ce qui avait été convenu est un cas d'inexécution. Le vendeur n'exécute pas le contrat en livrant une autre chose que celle qui faisait l'objet du contrat. On parle dans ce cas de la *livraison d'un aliud*. Dès lors qu'il s'agit d'un cas d'inexécution, les règles sur la demeure sont applicables.
37. Lorsque le vendeur livre à l'acheteur une chose qui ne correspond pas aux attentes de l'acheteur, se pose donc la question d'une distinction entre la livraison d'une chose défectueuse (qui ouvre les actions édiliciennes) et la livraison d'un *aliud* (qui ouvre les voies de la demeure).
- La distinction est simple lorsque la vente porte sur un corps certains : soit le vendeur livre la chose qui avait été convenue par les parties, soit il en livre une autre. Dans le premier cas, si la chose a été endommagée ou ne répond pas aux qualités promises, l'acheteur peut se prévaloir d'un défaut. Dans le second cas, il s'agit d'un *aliud*.
 - En revanche, la distinction est plus délicate lorsqu'il s'agit de la vente d'une chose déterminée par son genre : le contrat désigne la chose par des éléments de description du genre (quantité, qualité, couleur, etc.). Si l'un de ces éléments de description du genre manque, la chose est un *aliud*. En pratique, il est cependant difficile de distinguer les éléments de description du genre et les qualités promises. Il est donc utile de préciser dans le contrat ce qui relève de la description de la chose, et ce qui relève des garanties promises. A défaut, plus la description de la chose comporte des éléments détaillés, plus le risque d'un *aliud* est grand.

« La chose de genre (art. 71 CO) est celle qui a des caractéristiques propres qui la placent dans un certain genre. La notion est relative, car elle dépend de la description concrète qu'en ont donné les parties (ATF 121 III 453 consid. 4a). De la précision de cette détermination dépendra la question de savoir s'il s'agit d'une exécution défectueuse ou d'une inexécution (sous la forme de la livraison d'un aliud). En effet, si les parties s'entendent sur une description détaillée de l'objet du contrat, l'absence d'un élément - au moins - du descriptif entraînera la qualification d'aliud (Schönle, Commentaire zurichois, n. 82 ad art. 185 CO; Venturi, Commentaire romand, n. 26 ad intro. art. 197-210 CO). La référence des parties à une chose de genre sans spécification particulière entraînera en revanche l'application des règles sur la garantie pour les défauts (art. 197 ss CO) si l'objet du contrat est d'une qualité inférieure à la moyenne (art. 71 al. 2 CO; Hohl, Commentaire romand, n. 6 ad art. 71 CO). »

(TF, 09.10.2003, 4C.204/2002, cons. 5.1)

b. Conditions générales des actions édiliciennes

38. Les moyens de droit de l'acheteur découlant du défaut de la chose vendue sont soumis aux conditions suivantes :

- Un défaut (art. 197 CO).
- Un défaut antérieur au transfert des risques (art. 185 CO).
- Un défaut inconnu de l'acheteur au moment de la conclusion du contrat (art 200 CO).
- Un avis de défaut (art. 201 CO).

39. La preuve des deux premières conditions incombe à l'acheteur.

40. L'acheteur ne peut se prévaloir d'un défaut si le vendeur prouve que l'acheteur connaissait le défaut au moment de la conclusion du contrat (art. 200 CO). En effet, dans un tel cas, la chose livrée correspond à ce qui était convenu, l'acheteur ayant accepté de se porter acquéreur de la chose malgré son défaut. Selon l'art. 200 al. 2 CO, la connaissance de l'acheteur est présumée lorsque le défaut était apparent au moment de la conclusion du contrat, sauf si le vendeur a affirmé que le défaut n'existait pas.

« La responsabilité du vendeur n'est pas engagée lorsque l'acheteur connaissait le défaut ou aurait pu et dû le connaître. Il appartient au vendeur de prouver que cette hypothèse est réalisée (art. 200 CO; (HEINRICH HONSELL, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd. 2020, n° 6 ad art. 200 CO; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., n° 695 p. 99). Dans la mesure où l'acheteur connaît le vice - ou devrait le connaître - et accepte sans réserve la chose, il n'y a pas de défaut, puisque la chose livrée correspond alors à ce que l'acheteur pouvait attendre conformément au contrat (VENTURI/ZEN-RUFFINEN, op. cit., n° 1 ad art. 200 CO; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., n° 695 p. 99). L'art. 200 al. 2 CO présume la connaissance du défaut lorsqu'il est reconnaissable pour une personne faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances; il s'agit d'un cas d'application de l'art. 3 al. 2 CC (VENTURI/ZEN-RUFFINEN, op. cit., n° 6 ad art. 200 CO). L'art. 200 al. 2 CO réserve le cas où le vendeur a affirmé à l'acheteur que le défaut n'existait pas. »

(TF, 24.08.2021, 4A_627/2020, cons. 4.1)

41. L'acheteur doit faire un avis des défauts au vendeur immédiatement dès la découverte des défauts (art. 201 CO). L'avis du défaut est une simple déclaration de l'acheteur au vendeur. Cette déclaration doit contenir :

- L'allégation de l'existence d'un défaut.

- L'allégation que l'acheteur tient le vendeur responsable de ce défaut.
- Une description du défaut suffisamment précise pour permettre au vendeur de l'identifier. En revanche, il n'appartient pas à l'acheteur d'en indiquer la cause.

« La loi ne dit mot quant au contenu que doit revêtir l'avis des défauts. Selon la jurisprudence et la doctrine, il doit énoncer précisément les défauts, de façon à ce que le vendeur puisse en mesurer le genre et l'étendue et décider comment se comporter par rapport à la responsabilité mise en perspective. Il faut expliquer en quoi la chose vendue ne revêt pas les qualités promises ou attendues. L'acheteur doit faire comprendre qu'il tient la chose pour non conforme au contrat et tient le vendeur pour responsable. En revanche, il n'est pas tenu d'indiquer la cause du défaut, ni de spécifier lequel des droits à la garantie il entend exercer. Les circonstances concrètes sont déterminantes (arrêt 4C.395/2001 du 28 mai 2002 consid. 2.1.1; ALAIN BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, 2009, nos 110-111, 147 ss, spéc. 155-156; TERCIER ET ALII, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n° 719 s.; MARKUS MÜLLER-CHEN, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e éd. 2016, n° 17 ad art. 201 CO; en droit du contrat d'entreprise, cf. arrêts 4A_251/2018 du 11 septembre 2018 consid. 3.2 et les arrêts cités; 4C.130/2006 du 8 mai 2007 consid. 4.2.1; ATF 107 II 172 consid. 1a p. 175). »

(TF, 10.12.2020, 4A_261/2020)

42. La condition d'immédiateté de l'avis des défauts est réalisée dans deux hypothèses :
- *Au moment de la livraison*, l'acheteur a l'incombance de vérifier la qualité de la chose. L'avis des défauts doit donc intervenir dès la livraison si le défaut est apparent, c'est-à-dire qu'il pouvait raisonnablement être décelé au moment de l'examen de la chose par l'acheteur (art. 201 al. 1 CO).
 - *Après la livraison*, si un défaut qui ne pouvait être décelé au moment de la livraison se révèle, l'avis des défauts doit intervenir dès que l'acheteur a une connaissance suffisante de l'existence du défaut.
43. La connaissance du défaut par l'acheteur suppose que celui-ci soit en mesure d'en déterminer le genre et l'étendue. Un court délai de réflexion doit être laissé à l'acheteur.

« Il y a découverte d'un défaut dès que l'acheteur peut constater indubitablement son existence de manière à pouvoir formuler une réclamation suffisamment motivée; cela suppose que l'acheteur puisse en déterminer le genre et en mesurer l'étendue: tel n'est pas le cas dès l'apparition des premiers signes de défauts évolutifs dans leur étendue ou leur gravité, car cela amènerait l'acheteur à signaler n'importe quelle bagatelle pour éviter d'être déchu de ses droits (arrêt du 5 décembre 1985 [en matière

de contrat d'entreprise], consid. 7a, publié in SJ 1996 p. 353). Même si la loi (art. 201 al. 3 CO) ou, comme en l'espèce, la convention exige un avis "immédiat", on doit reconnaître à l'acheteur un court délai de réflexion lui permettant de prendre sa décision et de la communiquer au vendeur. La durée de ce délai n'est pas prévue par le code des obligations. Selon la jurisprudence, un avis des défauts communiqué deux ou trois jours ouvrables après la découverte de ceux-ci respecte la condition d'immédiateté prévue par la loi (ATF 98 II 191 consid. 4; 76 II 221 consid. 3); en revanche sont tardifs des avis transmis dix-sept ou vingt jours après la découverte des défauts (ATF 118 II 142 consid. 3b; 107 II 172 consid. 1c; 22 p. 129 consid. 3).»

(TF, 17.11.2003, 4C.205/2003, cons. 3.1)

44. L'absence d'avis des défauts immédiat conduit à la péremption des droits de l'acheteur, qui ne peut plus se prévaloir du défaut. La loi institue une fiction irréfragable d'acceptation de la chose avec son défaut. Cette fiction entraîne la péremption de tous les droits de garantie (arrêts 4C.152/2003 du 29 août 2003 consid. 3.1; 4C.205/2003 du 17 novembre 2003 consid. 3.3.2). Il appartient à l'acheteur d'alléguer l'avis des défauts, et au vendeur de prouver son éventuel caractère tardif.
45. La fiction d'acceptation de la chose avec son défaut en raison de l'absence d'avis des défauts immédiat conformément à l'art. 201 CO tombe lorsque le vendeur a dissuadé l'acheteur de vérifier la chose vendue et de faire l'avis des défauts, ou lorsque le vendeur, conscient du défaut, a trompé l'acheteur sur l'état de la chose (art. 203 CO).

« Dans un cas particulier, le vendeur perd le droit de se prévaloir de la tardiveté de l'avis des défauts. L'art. 203 CO - sous la note marginale "effets du dol du vendeur" - énonce que "le vendeur qui a induit l'acheteur en erreur intentionnellement ne peut se prévaloir du fait que l'avis des défauts n'aurait pas eu lieu en temps utile." Sont visées non seulement les situations où le vendeur a dissuadé l'acheteur de vérifier la chose vendue et de donner l'avis des défauts, mais aussi les hypothèses de tromperies sur les défauts ou les qualités attendues; la fiction d'acceptation de l'ouvrage est alors inapplicable (arrêt 4C.387/2005 du 30 janvier 2006 consid. 4.1; HONSELL, op. cit., n° 1 ad art. 203 CO). La notion de dol - commune aux art. 199, 203 et 210 al. 3 CO, nonobstant des appellations diverses (arrêt 4A_301/2010 du 7 septembre 2010 consid. 3.2) - implique que le vendeur ait connaissance du défaut (cf. arrêt 4A_196/2011 du 4 juillet 2011 consid. 3; ATF 66 II 132 consid. 6 p. 139; HONSELL, op. cit., n° 7 ad art. 199 CO).»

(TF, 10.12.2020, 4A_261/2020, cons. 7.2.2)

c. Actions édiliciennes

46. Si les conditions générales des actions édiliciennes sont remplies, l'acheteur peut envisager les actions suivantes :

- *Action rédhibitoire (art. 205 al. 1 et 208 CO)* : il s'agit de la résolution du contrat suivie d'une action en restitution du prix. Outre les conditions générales des actions édiliciennes, l'action rédhibitoire est soumise à la condition supplémentaire d'un défaut rédhibitoire. Le défaut est rédhibitoire s'il est suffisamment important pour justifier la résolution du contrat.
 - *Action minutoire (art. 205 al. 1 et 2 CO)*: il s'agit de la diminution du prix convenu. L'action minutoire peut être décidée par l'acheteur, ou imposée par le juge lorsque l'acheteur intente une action rédhibitoire pour un défaut qui n'est pas suffisamment important pour être qualifié de rédhibitoire.
 - *Action en remplacement de la chose vendue (art. 206 al. 1 CO)* : Il s'agit du remplacement par le vendeur de la chose vendue par une autre chose répondant aux éléments de description du genre et non-défectueuse. Outre les conditions générales des actions édiliciennes, cette action est soumise à la condition supplémentaire que la vente porte sur une chose déterminée par son genre.
 - *Action en dommages et intérêts (art. 97 CO)*. L'acheteur peut choisir de se prévaloir de la violation positive du contrat que constitue la livraison d'une chose défectueuse pour demander des dommages et intérêts au sens de l'art. 97 CO. Les articles 205ss CO ne mentionne pas cette possibilité, mais le Tribunal fédéral a confirmé que la règle générale de l'art. 97 CO reste applicable en cas de défaut. Elle est soumise au cumul des conditions générales des actions édiliciennes et des conditions de l'article 97 CO.
47. Les règles légales concernant les actions édiliciennes ne sont pas de droit impératif, et il arrive souvent que les parties y dérogent, soit en ajoutant d'autres actions découlant du défaut (par exemple une action en réparation qui n'est pas prévue par la loi) soit en excluant certains moyens de droit prévu par la loi. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une limitation de garantie (infra, lit. e).
48. *L'action rédhibitoire* suppose une résolution du contrat par l'acheteur, c'est-à-dire une déclaration de volonté de sa part adressée au vendeur. Cette résolution ouvre la voie de la liquidation des rapports contractuels, c'est-à-dire la restitution du prix à l'acheteur, moyennant restitution de la chose défectueuse au vendeur. Ces deux obligations de restitution sont dans un rapport de causalité, et l'acheteur perd le droit de demander la restitution du prix s'il n'offre pas la restitution de la chose défectueuse (art. 82 CO).
49. Dans certains cas cependant, la restitution de la chose n'est plus possible, car la chose a péri des suites du défaut ou par cas fortuit. L'acheteur garde dans ce cas le droit de demander la restitution du prix (art. 207 al. 1 CO) et de ne restituer que ce qui reste de la chose (art. 207 al. 2 CO). Si la perte ou la destruction de la chose lui est imputable, il ne peut plus demander que la réduction du prix, en fonction du défaut de la chose avant perte ou destruction (art. 207 al. 3 CO).

50. L'action rédhibitoire peut être complétée par une action en dommages et intérêts, pour le dommage causé par le défaut. La loi distingue le dommage direct dont la réparation est due à l'acheteur indépendamment de toute faute du vendeur (art. 208 al. 2 CO) et le dommage indirect qui est soumis au principe général de la responsabilité pour faute (art. 208 al. 3 CO). Cette distinction entre dommage direct et dommage indirect est inusuelle en droit suisse et a été précisée par le Tribunal fédéral dans les termes suivants : Le dommage direct est celui qui a été causé exclusivement par le défaut, et le dommage indirect celui qui a été causé par le défaut en conjonction avec d'autres causes (ATF 133 III 257).
51. L'action *minutoire* est une action en restitution d'une partie du prix. Une logique simpliste voudrait que la réduction du prix corresponde à la perte de valeur de la chose du fait du défaut. Cette approche ne tiendrait pas compte du fait que le prix n'a pas été fixé objectivement mais librement au terme d'une négociation entre les parties. On ne peut donc déduire d'un prix fixé subjectivement la valeur objective du défaut, sans mettre en cause la liberté du prix. Le Tribunal fédéral applique donc une méthode de calcul de la réduction du prix appelée méthode relative, et qui répond à l'équation suivante :

$$\text{Prix à payer après réduction} = (\text{prix convenu} \times \text{valeur objective de la chose avec défaut}) / \text{valeur objective de la chose sans défaut}$$

52. Cette méthode de calcul relative reporte dans le montant de la diminution du prix l'éventuel rabais que le vendeur a consenti à l'acheteur. Si le prix convenu était équivalent à la valeur objective de la chose sans défaut, cette équation revient à réduire le prix de la valeur du défaut. Si l'acheteur ne prouve pas une différence entre le prix convenu et la valeur objective de la chose, il existe une présomption que ces deux valeurs sont identiques.

« Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause, la réduction de prix, tant dans le contrat de vente (art. 205 CO) que dans le contrat d'entreprise (art. 368 CO), doit s'effectuer selon la méthode relative, c'est-à-dire que le rapport entre le prix réduit et le prix convenu correspond au rapport entre la valeur objective de la chose avec défaut et sa valeur objective sans défaut (ATF 88 II 414, ATF 81 II 210). Cette jurisprudence se fonde sur la considération que le prix convenu peut être inférieur ou supérieur à la valeur objective de la chose vendue et que, après la réduction du prix, il devrait subsister le même rapport entre les prestations réciproques des parties (ATF 81 II 210 et les références citées). Quant à l'application de cette règle, lorsqu'une différence entre le prix et la valeur objective de la chose n'est pas prouvée, le Tribunal fédéral admet qu'on peut se fonder sur la présomption que le prix correspond à la valeur de la chose (arrêts non publiés Wurlod c. de Haller, du 8 mai 1984, relatif à l'art. 205 CO, et Guggiari c. Bakker, du 5 mars 1984, concernant l'art. 368 CO, ce

dernier arrêt se référant à l'opinion de GAUCH, in Droit de la construction, 1980, p. 46; voir aussi PALANDT, BGB, 44e éd. n. 3e, p. 496). »

(ATF 111 II 162 cons. 3a et 3b)

53. *L'action en remplacement de la chose vendue* est une forme dérivée de l'action en exécution. Elle n'est possible que si le contrat portait sur une chose déterminée par son genre. Le vendeur est tenu de livrer une chose nouvelle correspondant aux éléments de description du genre convenu par les parties dans le contrat de vente. En contrepartie, l'acheteur doit restituer au vendeur la chose défectueuse, sous réserve de l'art. 207 CO. Parallèlement à l'action en remplacement de la chose, l'acheteur peut demander des dommages et intérêts de retard (art. 103 CO) pour le retard entre le moment convenu pour la livraison et le moment de la livraison de la chose de remplacement.
54. Enfin, l'acheteur peut intenter une action en dommages et intérêts basée sur l'art. 97 CO, pour la violation positive du contrat. L'art. 97 CO ne peut être appliqué en concours avec une action rédhibitoire, car dans ce cas une action en dommages et intérêts est exclusivement régie par les art. 208 al. 2 et al. 3 CO. En revanche, l'acheteur peut intenter une action en dommages et intérêts basée sur l'art. 97 CO à la place de toute action édilicienne, ou parallèlement à une action minutoire ou en remplacement de la chose vendue.
55. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, une action en dommages et intérêts au sens de l'art. 97 CO en cas de livraison d'une chose défectueuse n'est possible qu'aux conditions générales des actions édiliciennes, soit notamment si l'acheteur a fait un avis des défauts immédiat, et si l'action est intentée dans le délai de prescription propre aux actions édiliciennes.

„Zwar könnten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung neben diesen Ansprüchen konkurrierend auch Ansprüche wegen nicht gehöriger Erfüllung gemäss Art. 97 ff. OR geltend gemacht werden. Das Bundesgericht setze der Alternativität dieser Rechtsbehelfe jedoch Schranken, da es Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die der Käufer aus Mängeln der Kaufsache ableite, in Bezug auf seine Prüfungs- und Rügepflichten und die Verjährung den gleichen Vorschriften unterstelle. Diese Rechtsprechung sei zu billigen.“

(ATF 133 III 335, cons. 2.1)

d. Exceptions édiliciennes

56. Les moyens de droit de l'acheteur en cas de défaut de la chose vendue peuvent être intentés soit par voie d'action, soit par voie d'exception dans les cas où l'acheteur entend se prévaloir du défaut alors qu'il n'a pas encore payé le prix convenu.
 - *L'exception rédhibitoire* permet à l'acheteur de refuser de payer le prix convenu.

- *L'exception minutoire* permet à l'acheteur de refuser de payer une partie du prix convenu.
- *L'exception en remplacement de la chose vendue* permet à l'acheteur de refuser de payer le prix tant qu'il n'a pas reçu la chose de remplacement (art. 82 CO).

57. Les exceptions édiliciennes sont soumises aux mêmes conditions que les actions édiliciennes. Selon le principe de la perpétuité de l'exception, l'acheteur peut se prévaloir des exceptions édiliciennes même après l'échéance du délai de garantie, dès lors que l'avis des défauts a eu lieu à temps (art. 210 al. 5 CO).

e. Exceptions et objections du vendeur

58. Lorsque la vente portait sur une chose déterminée par son genre, le vendeur peut se libérer de toute prétention de l'acheteur en lui *remettant immédiatement une chose de même genre* (art. 206 al. 2 CO). L'immédiateté est relative au moment où l'acheteur se prévaut du défaut. L'usage de cette exception implique que le vendeur ait en stock des produits correspondant à celui de la vente, et c'est donc essentiellement dans le cadre de la consommation courante, typiquement lorsque l'acheteur rapporte un produit standard défectueux au magasin où il l'a acheté, que l'art. 206 al. 2 CO joue un rôle.

59. Les règles sur la garantie du vendeur ne sont pas de droit impératif, et le vendeur peut donc se prévaloir *d'une exclusion ou limitation contractuelle de garantie*. L'effectivité d'une telle clause contractuelle connaît cependant trois limites :

- Une exclusion ou limitation de garantie ne s'applique pas à un défaut totalement étranger aux éventualités d'un acheteur raisonnable doit prendre en compte. Cette jurisprudence du Tribunal fédéral crée à notre avis une insécurité juridique, car la limite entre les défauts « *ordinaires* » et les défauts « *extraordinaires* » est toujours très discutable d'autant que la jurisprudence lie cette condition au prix convenu.

« La jurisprudence concède en effet que le vendeur ne peut invoquer la clause d'exclusion de garantie lorsque le défaut est totalement étranger aux éventualités qu'un acheteur raisonnable doit prendre en compte (ATF 126 III 59 consid. 4a). Pour que la clause d'exclusion tombe, il faut que le défaut inattendu compromette sérieusement le but économique du contrat. Toute la question est de savoir si l'acheteur devait envisager le défaut d'un tel genre et d'une telle ampleur. Celui qui acquiert une maison d'habitation ancienne doit normalement s'attendre à des défauts dus à l'humidité, mais pas au point que ceux-ci rendent le logis inhabitable. Lorsqu'il s'agit d'apprécier si le but économique du contrat est compromis, on ne peut guère faire abstraction du rapport entre le prix de vente pour l'objet présumé sans défaut et les coûts d'élimination du défaut. Toutefois, lorsque le vendeur a fixé un prix bas en considérant l'ancienneté de l'immeuble et la clause d'exonération de

garantie, on peut s'accommoder de frais d'élimination relativement élevés au regard du prix de vente, sans que le but économique du contrat soit sérieusement compromis (ATF 130 III 686 consid. 4.3.1 spéc. p. 690 s.; arrêt 4A_226/2009 du 20 août 2009 consid. 3.2.2; pour un cas particulier dans lequel le coût d'élimination du défaut ne représentait que 5% du prix de vente, cf. arrêt 4A_444/2017 et 4A_448/2017 du 12 avril 2018 consid. 5.5). »

(TF, 10.12.2020, 4A_261/2020 cons. 7.1)

- Une exclusion ou limitation de garantie ne s'applique pas si le vendeur a frauduleusement dissimulé le défaut de la chose à l'acheteur (art. 199 CO). Cela suppose que le vendeur omette intentionnellement de signaler un défaut à l'acheteur, alors qu'il le connaît et qu'il ne pouvait pas de bonne foi considérer que l'acheteur en avait connaissance au moment de la conclusion du contrat.

« La "dissimulation frauduleuse" au sens de l'art. 199 CO couvre des comportements de dol, de tromperie intentionnelle (arrêt 4A_301/2010 du 7 septembre 2010 consid. 3.2, in SJ 2011 I 17; cf. ATF 81 II 138 consid. 3 p. 141; Venturi/Zen-Ruffinen, op. cit., n° 3 ad art. 199 CO; Franco Pedrazzini, La dissimulation des défauts, 1992, n° 40 ss, spéc. n° 85 s. et n° 486 ss; Giger, op. cit., n° 30 s. ad art. 199 CO). Elle est notamment réalisée lorsque le vendeur omet d'aviser son cocontractant d'un défaut alors qu'il a une obligation de renseigner, laquelle peut découler des règles de la bonne foi. Savoir s'il existe un devoir d'informer dépend des circonstances du cas concret. Le vendeur est tenu de détromper l'acheteur lorsqu'il sait - ou devrait savoir - que celui-ci est dans l'erreur sur les qualités de l'objet (Pedrazzini, op. cit., n° 438; Hans Merz, in Berner Kommentar, 1962, n° 271 ad art. 2 CC), ou lorsqu'il s'agit d'un défaut (notamment caché) auquel l'acheteur ne peut de bonne foi pas s'attendre, et qui revêt de l'importance pour celui-ci (cf. ATF 131 III 145 consid. 8.1; 66 II 132 consid. 6 p. 140; Pedrazzini, op. cit., n° 438; Giger, op. cit., nos 42 et 44 ad art. 199 CO). Le vendeur est dispensé d'informer l'acheteur lorsqu'il peut de bonne foi partir du principe que l'acheteur va s'informer lui-même, qu'il va découvrir le défaut sans autre, sans difficultés ("ohne weiteres", selon l'expression de Giger, op. cit., n° 43 ad art. 199 CO, cité à l'ATF 116 II 431 consid. 3a p. 434; arrêt 4A_70/2011 du 12 avril 2011 consid. 4.1, in RNR 2012 300; arrêt 4C.16/2005 du 13 juillet 2005 consid. 2.1, in RNR 2007 281; Pedrazzini, op. cit., n° 440; Thomas Lörtscher, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, 1977, p. 139 s.). La dissimulation doit être intentionnelle; le dol éventuel suffit (arrêt précité 4A_301/2010 consid. 3.2; arrêt C.294/1986 du 10 décembre 1986 consid. 2b, in SJ 1987 177). »

(TF, 2005.2014, 4A_619/2013, cons. 4.1)

- Une limitation de responsabilité qui consisterait à réduire le délai de garantie légal (ou de prescription : infra N 60) n'est pas valable si l'acheteur est un consommateur, c'est-

à-dire une personne qui achète la chose pour un motif personnel ou familial, et non pour un motif professionnel (art. 210 al. 4 CO)

60. Le vendeur peut enfin se prévaloir de la *prescription spécifique des actions édiliciennes*, plus connue sous le nom de *délai de garantie*, et qui est régie par les art. 210 et 219 CO. L'art. 210 CO n'est pas de droit impératif (sous réserve de l'art. 210 al. 4 CO qui interdit une réduction du délai lorsque l'acheteur est un consommateur). Il arrive souvent en pratique que les parties conviennent d'un autre délai de garantie, souvent plus favorable à l'acheteur et présenté par le vendeur comme un argument de vente.
- Le délai de garantie légale ordinaire est de deux ans de la livraison pour les ventes mobilières (art. 210 al. 1 CO), et de cinq ans dès le transfert de propriété pour les ventes immobilières (art. 219 al. 3 CO). Les actions édiliciennes doivent donc être introduites dans ce délai. S'agissant de l'action rédhibitoire, c'est l'action en remboursement du prix, et non seulement la déclaration de résolution, qui doit intervenir dans le délai de garantie. L'existence de défauts cachés n'empêche pas la prescription des actions.
 - Le délai de cinq ans des ventes immobilières s'applique également aux ventes portant sur des choses mobilières destinées à être intégrées dans un immeuble, par exemple des matériaux de construction (art. 210 al. 2 CO).
 - Lorsque la vente porte sur un bien culturel, c'est-à-dire un bien qui, à titre religieux ou profane, revêt de l'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, ou fait partie de l'une des catégories prévues à l'article 1 de la Convention de l'UNESCO de 1970, ou fait partie de l'une des catégories prévues à l'article 1, alinéa 1, lettre a, de la Convention de l'UNESCO de 2001, le délai de garantie est d'un an dès la découverte du défaut, mais au plus tard de trente ans dès la conclusion du contrat (art. 210 al. 3 CO).
 - Lorsque le contrat de vente est un contrat de consommation, les parties ne peuvent valablement convenir d'un délai plus court que deux ans pour la vente d'une chose neuve et un an pour la vente d'une chose d'occasion (art. 210 al. 4 CO).
 - Le principe de la perpétuité de l'exception implique que les exceptions édiliciennes, opposées à une action du vendeur contre l'acheteur en paiement du prix, ne se prescrivent pas (art. 210 al. 5 CO). L'exception reste opposable au vendeur tant que l'action du vendeur en paiement n'est pas elle-même prescrite.
 - En cas de dol du vendeur, c'est-à-dire en cas de dissimulation frauduleuse du défaut, le délai de garantie est de dix ans dès la livraison. Le texte de l'art. 210 al. 6 CO ne le précise pas mais en cas de dol du vendeur, les actions édiliciennes restent soumises au délai de prescription décennal de toute action contractuelle (art. 210 al. 6 CO).

« La prescription annale [actuellement de deux ans] n'est pas non plus applicable lorsque le vendeur a induit l'acheteur en erreur intentionnellement (art. 210 al. 3 CO [actuellement 210 al. 6 CO !]. Dans ce cas-là, les prétentions en garantie sont soumises à la prescription décennale de l'art. 127 CO, selon une jurisprudence constante (ATF 107 II 231 consid. 3b p. 232 s. et les arrêts cités sous consid. 3a p. 232; plus récemment, arrêt 4C.251/2003 du 26 novembre 2003 consid. 3.3). »

(TF, 07.09.2010, 4A_301/2010, cons. 3.2)

f. Rapport entre les actions édiliciennes et les vices du consentement

61. Lorsque la vente porte sur une *chose déterminée par son genre*, la chose n'était pas encore sélectionnée par le vendeur au moment de la conclusion du contrat. Ce n'est que dans le cadre de l'exécution du contrat que le vendeur a sélectionné une chose défectueuse (art. 71 CO). La conclusion du contrat n'était donc pas affectée d'un vice de consentement, et l'acheteur ne peut se prévaloir des règles sur l'erreur ou le dol, car une invalidation du contrat pour une erreur sur un fait futur (c'est-à-dire postérieur à la conclusion du contrat) n'est en règle générale pas un cas d'invalidation (Voir cependant TF, 4A_335/2018 du 09.05.2019 cons. 5.1.1 sur les cas d'invalidation pour une erreur sur un fait futur. Des attentes déçues ne sauraient permettre d'invalidier le contrat : ATF 109 II 105 cons. 4b/aa).
62. En revanche, lorsque la vente porte sur un *corps certain*, la chose vendue est déterminée au moment de la conclusion du contrat. Si elle est défectueuse et si l'acheteur l'ignore, ce dernier peut faire valoir qu'il a été victime d'une erreur (voir d'un dol) au moment de la conclusion du contrat. Dans un tel cas, l'acheteur peut choisir d'invalidier le contrat pour vice de consentement ou d'intenter une action édilicienne. Son choix est un acte juridique irrévocable. Si l'acheteur exerce les droits découlant du défaut, il ratifie par là-même le contrat. Si l'acheteur invalide le contrat, il ne peut plus s'en prévaloir pour exercer les actions édilicennes.

« Lorsque l'exécution du contrat de vente est défectueuse, l'acheteur a le choix entre l'invalidation du contrat pour vices du consentement et l'action en garantie des défauts (ATF 127 III 83 consid. 1b, 114 II 131 consid. 1a). Lorsqu'il opte pour l'action en garantie des défauts, l'acheteur ratifie implicitement le contrat; partant, l'action en garantie implique un contrat existant (ATF 127 III 83 consid. 1b). »

(TF, 06.05.2022, 4A_535/2021, cons. 7.1)

63. Si l'acheteur décide d'invalidier le contrat pour vice de consentement, se pose la question de l'étendue d'une éventuelle clause d'exclusion de garantie convenue par les parties. Le Tribunal fédéral résout cette question en relevant que l'acheteur qui admet une exclusion de garantie admet par ce fait même que la qualité de la chose n'est pas

un élément subjectivement essentiel pour lui. Dès lors, l'invalidation n'est pas possible car la condition du caractère subjectivement essentiel de l'erreur n'est pas remplie.

« En effet, l'exclusion conventionnelle de certaines qualités déterminées de la chose vendue, à supposer qu'elle soit admissible à la lumière de l'art. 199 CO, fait obstacle aux droits que l'acheteur peut déduire du régime légal de la garantie pour les défauts (art. 197 ss CO). En outre, selon une jurisprudence déjà ancienne (ATF 91 II 275 consid. 2b) approuvée par la doctrine (cf. HANS GIGER, Commentaire bernois, n. 25 ad art. 199 CO; HEINRICH HONSELL, Commentaire bâlois, n. 5 ad art. 199 CO), l'acheteur qui accepte de conclure la vente malgré la présence d'une clause de ce type assume le risque que soient absentes les qualités de la chose pour lesquelles il n'a pas obtenu de garantie, de sorte que la loyauté commerciale ne lui permet plus de considérer la présence de telles qualités comme un élément nécessaire du contrat et d'invoquer sur ce point l'erreur de base instaurée par l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO. »

(ATF 126 III 59, cons. 3)

64. La question est plus délicate s'il s'agit non pas d'une exclusion mais d'une limitation de garantie (par exemple par l'exclusion de certains moyens de droit). Il nous semble que la question relève de l'interprétation de la clause (art. 18 CO) et de la volonté des parties d'exclure également une invalidation du contrat pour vice de consentement. Logiquement, si l'acheteur a accepté de renoncer à l'action rédhibitoire au profit des seules prétentions en remplacement, en diminution du prix ou en dommages et intérêts, la volonté des parties doit être comprise comme impliquant un maintien du contrat même en cas de défaut, et donc une renonciation à l'invalidation.
65. Enfin en cas de dol du vendeur (art. 28 CO), l'invalidation du contrat n'est pas soumise à la condition d'une erreur subjectivement essentielle, mais le dol du vendeur correspondra le plus souvent à une dissimulation frauduleuse du défaut rendant inapplicable l'exclusion de garantie (art. 199 CO).

IV. ÉVICTION

a. Prétention d'un tiers

66. L'obligation de transférer la propriété de la chose est l'obligation principale du vendeur. La question se pose de savoir s'il l'a exécutée correctement lorsque :
- Un tiers revendique la propriété de la chose (*éviction totale*).
 - Un tiers fait valoir sur la chose un droit limitant l'usage ou la disposition de la chose par l'acheteur (droit réel limité, droit personnel annoté ou opposable à l'acquéreur, droit de propriété intellectuelle : *éviction partielle*).

67. La difficulté de cette situation tient au fait qu'une simple prétention d'un tiers ne suffit pas pour établir une responsabilité du vendeur, tant que la validité de cette prétention n'a pas été établie judiciairement. Les articles 193 à 196 CO règlent la gestion de la procédure entre l'acheteur et le tiers, et ses conséquences.
68. Une autre approche de la question, plus simple et pragmatique, consiste à considérer que la prétention du tiers constitue en tant que telle un trouble pour l'acheteur, dont le vendeur doit répondre s'il la connaissait au moment de la conclusion du contrat de vente. Cette approche est celle de la CVIM (art. 42 CVIM), mais n'a pas été adoptée en droit suisse interne.
69. En pratique, les règles sur l'éviction sont peu appliquées, pour deux raisons :
- Les règles du droit suisse sur la protection de l'acquéreur de bonne foi (art. 933ss CC) protègent en général l'acheteur et renvoient le tiers à une prétention en dommages et intérêts contre le vendeur, ou donnent à l'acheteur un droit au remboursement (art. 934 al. 2 CC).
 - L'acheteur a souvent intérêt à invalider la vente pour vice de consentement (infra N 77), plutôt que d'attendre l'issue de la procédure judiciaire intentée par le tiers.

b. Cas d'éviction

70. Un cas d'éviction (totale ou partielle) peut être retenu lorsque :
- L'acheteur a appelé en cause le vendeur et le juge a donné raison au tiers, sans qu'on puisse reprocher une faute grave ou un dol à l'acheteur dans la gestion de la procédure (art. 192 al. 2 CO).
 - L'acheteur a appelé en cause le vendeur et a conclu de bonne foi un compromis (transaction judiciaire ou extrajudiciaire) avec le tiers (art. 194 al. 1 CO).
 - L'acheteur n'a pas appelé en cause le vendeur, et le juge a donné raison au tiers. Le vendeur ne peut pas prouver que son intervention aurait changé l'issue du litige (art. 193 al. 2 CO).
 - L'acheteur n'a pas appelé en cause le vendeur et a conclu un compromis (transaction judiciaire ou extrajudiciaire) avec le tiers. Il peut prouver que la restitution de la chose au tiers était nécessaire (art. 194 al. 2 CO).
71. En revanche, il n'y a pas de cas d'éviction lorsque :
- Le juge déboute le tiers.

- L'acheteur a appelé le vendeur en cause et le juge a donné raison au tiers, en raison d'une faute ou d'un dol de l'acheteur dans la gestion de la procédure (art. 192 al. 2 CO).
 - L'acheteur a appelé le vendeur en cause et a conclu une transaction avec le tiers, mais il est de mauvaise foi (art. 194 al. 1 CO).
 - L'acheteur n'a pas appelé le vendeur en cause, et le juge a donné raison au tiers. Le vendeur peut prouver que son intervention aurait changé l'issue du litige (art. 193 al. 2 CO).
 - L'acheteur n'a pas appelé le vendeur en cause et a passé un compromis (transaction judiciaire ou extrajudiciaire) avec le tiers. Il n'est pas en mesure de prouver que la restitution de la chose au tiers était nécessaire (art. 194 al. 2 CO).
72. Comme pour le défaut de la chose vendue (art. 200 CO), l'acheteur ne peut se prévaloir d'un cas d'éviction s'il en connaissait le risque au moment de la conclusion du contrat de vente (art. 192 al. 2 CO). Cependant, si le vendeur lui a donné des garanties quant au fait que tiers ne ferait pas valoir son droit, ou serait débouté, l'acheteur retrouve les moyens de droit découlant de l'éviction. En d'autres termes, lorsque le vendeur et l'acheteur connaissaient le risque d'éviction, la question est de savoir comment ils se sont réparti ce risque.
- c. Moyen de droit en cas d'éviction**
73. En cas *d'éviction totale* la vente est réputée résiliée et l'acheteur peut agir en remboursement du prix et autres frais énumérés à l'art. 195 al. 1 CO, en particulier les frais de procès. Il peut également agir en réparation de son dommage (art. 195 al. 2 CO).
74. En cas *d'éviction partielle*, l'acheteur peut demander au vendeur la réparation du dommage résultant de l'éviction (art. 196 CO). Une résolution de la vente est possible dans le cas où il est vraisemblable que l'acheteur n'aurait pas conclu le contrat s'il avait connu le droit du tiers.
75. Les règles sur l'éviction ne sont pas de droit impératif et le vendeur peut le cas échéant se prévaloir d'une exclusion de la garantie pour éviction. Comme en cas d'exclusion de la garantie pour les défauts, la clause n'est pas applicable si le vendeur a commis un dol, c'est-à-dire s'il a frauduleusement dissimulé à l'acheteur le risque de la prétention du tiers (art. 192 al. 2 CO).
76. La prescription de ces moyens de droit n'est prévue que pour les biens culturels (art. 196a CO). Dans tous les autres cas, la prescription générale de l'art. 127 CO est

applicable. Le dies a quo de ce délai est le moment où le cas d'éviction se réalise, puisque les prétentions en découlant ne sont pas exigibles avant ce moment.

d. Rapport avec l'invalidation pour vice de consentement

77. Comme pour le cas de la livraison d'une chose défectueuse, la jurisprudence admet un concours alternatif entre les règles sur l'éviction et l'invalidation du contrat pour vice de consentement. Il est donc souvent plus avantageux pour l'acheteur d'invalidier le contrat lorsqu'il découvre la prétention du tiers, plutôt que de recourir aux moyens de droit de l'éviction qui ne sont disponibles qu'au terme de la procédure judiciaire intentée par le tiers contre l'acheteur.

« Il est de jurisprudence constante que l'acheteur, en cas de livraison d'une chose défectueuse, a le droit d'opter entre l'action en garantie des art. 197 ss CO et l'action en invalidation d'un contrat entaché d'un vice du consentement au sens des art. 23 ss CO (RO 108-II-104 c. 2a, JdT 1982 I 543; RO 107-II-421 c. 1, JdT 1982 I 381, rés; RO 98-II-20 c. 3, JdT 1972 I 552, et les réf. citées dans ces arrêts). L'option se justifie également en cas d'exécution juridiquement imparfaite au sens des art. 192 ss CO (Oser/Schönenberger n. 1 et Giger n. 11 ad art. 192 CO). Elle s'impose même, dans cette dernière éventualité: si l'acheteur - malgré le vice du consentement dont il est victime - ne disposait que de l'action en garantie, il devrait attendre d'être évincé par le propriétaire légitime et supporter pendant une durée indéterminée les inconvénients liés à cette attente. »

(TF, 25.10.1983 in JdT 1984 I p. 139 ss, 141)

V. DEMEURE

a. Demeure du vendeur

78. Si le vendeur ne livre pas la chose à la date prévue, les règles de la partie générale du Code des obligations sur la demeure du débiteur (art. 102 ss CO) sont applicables. Dans un premier temps, le vendeur est en retard et en supporte les conséquences (art. 103 CO). Dans un second temps, l'acheteur peut fixer un délai supplémentaire d'exécution au vendeur. Au terme du délai supplémentaire et si la livraison n'a toujours pas eu lieu, le cas n'est plus un cas de retard mais un cas d'inexécution. L'acheteur peut alors renoncer à la livraison et faire valoir les moyens de droit de l'art. 107 al. 2 CO (maintien du contrat et dommage et intérêts pour cause d'inexécution (intérêt positif), ou choisir la résolution du contrat et demander des dommages et intérêts résultant de la résolution (intérêt négatif, art. 109 al. 2 CO). Dans les cas prévus par l'art. 108 CO, un délai supplémentaire n'est pas nécessaire et l'acheteur peut se prévaloir des moyens de droit de l'art. 107 CO immédiatement si le vendeur ne livre pas à la date convenue.

79. La partie spéciale du Code des obligation ne déroge à ces règles que dans le cas des *ventes commerciales*, c'est-à-dire dans le cas où l'acheteur achète une marchandise pour la revendre. Dans ce cas, l'art. 190 al. 1 CO pose la présomption selon laquelle si la marchandise n'est pas livrée dans le délai convenu, l'acheteur renonce à l'exécution et demande des dommages et intérêts pour cause d'inexécution (intérêt positif).

« En vertu de l'art. 190 al. 1 CO, le vendeur est, à l'échéance du terme convenu, non seulement en demeure du débiteur, mais ipso jure en demeure "qualifiée" au sens de l'art. 107 CO, avec la particularité que l'art. 190 al. 1 CO crée une présomption légale en faveur de la renonciation à l'exécution et des dommages-intérêts pour cause d'inexécution. »

(ATF 116 II 436 cons. 1a)

80. Si l'acheteur ne souhaite pas bénéficier de cette présomption, il doit faire un avis immédiat (c'est-à-dire à la date où la livraison devait avoir lieu) au vendeur (art. 190 al. 2 CO). Les règles générales sur la demeure sont alors applicables. L'acheteur peut donc soit agir en exécution du contrat (art. 107 al. 1 CO), soit résoudre le contrat (art. 107 al. 2 CO et 109 CO). Si l'acheteur demande l'exécution du contrat, il lui est loisible par la suite d'y renoncer et de demander des dommages et intérêt pour cause d'inexécution (intérêt positif), mais cette fois-ci en suivant les règles générales en matière de demeure (art. 107 et 108 CO) (ATF 116 II 436).
81. L'intérêt positif de l'acheteur à l'exécution du contrat peut être calculé de deux façons (art. 191 CO):
- *Damage concret* : le dommage est la différence entre le prix convenu et le prix que l'acheteur a dû payer pour obtenir une marchandise de remplacement (achat de couverture).
 - *Damage abstrait* : le dommage est la différence entre le prix convenu et celui correspondant au cours de la marchandise au jour où la livraison était prévue (valeur de couverture).
82. Selon le texte légal, l'art. 191 CO s'applique aux ventes commerciales. Le Tribunal fédéral relève avec raison que ces principes ne font que concrétiser les règles générales en matière de calcul du dommage, et que l'art. 191 CO peut donc également s'appliquer à des ventes non commerciales.

« Le vendeur qui n'exécute pas son obligation répond du dommage causé de ce chef à l'acheteur (art. 191 al. 1 CO). Cette disposition n'est qu'un rappel des règles générales sur l'inexécution des obligations contractuelles (art. 97 ss CO; ATF 105 II 87 consid. 2, ATF 104 II 198 consid. b; SCHÖNLE, n. 3 et 8 ad art. 191 CO). (...) Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'observer que le juge pouvait se fonder sur des critères analogues à ceux de l'art. 191 al. 2 et 3 CO

également dans le cas d'une vente civile (ATF 104 II 198 consid. b). En particulier, le droit fédéral ne prohibe pas tout calcul abstrait du dommage en-dehors des cas d'application de l'art. 191 al. 3 CO; ainsi, le préjudice peut être calculé par compensation ("échange") entre le prix convenu entre les parties et le prix - hypothétique - auquel l'acheteur aurait pu revendre la marchandise, évalué selon le cours ordinaire des choses, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (ATF 105 II 87 consid. 3). A cet égard, il importe peu de savoir si l'acheteur aurait revendu ou conservé la chose. »

(ATF 120 II 296 cons. 3b)

b. Demeure de l'acheteur

83. Si l'acheteur ne paie pas le prix à la date ou dans le délai convenu, les règles de la partie générale du Code des obligations sur la demeure du débiteur (art. 102ss CO) s'appliquent. Pratiquement, le vendeur a le choix entre trois voies :
- *S'il veut se faire payer* : le vendeur peut intenter une poursuite contre l'acheteur pour le paiement du prix, des intérêts moratoires et du dommage de retard (art. 104, 106 CO CO). Il s'agit de la traduction en termes d'exécution forcée de l'action en exécution (art. 107 al. 1 CO).
 - *S'il veut garder ou récupérer la chose* : le vendeur peut résoudre le contrat dans l'optique de garder ou récupérer la chose vendue (art. 107 al. 2 et 109 CO). Selon les règles de la partie générale, il lui faudrait dans ce cas fixer un délai supplémentaire de paiement à l'acheteur (art. 107 al. 2 CO avec les exceptions de l'art. 108 CO). Ce régime est modifié par la partie spéciale du Code des obligations.
 - *S'il n'a pas livré et veut se faire indemniser pour sa perte sur la revente* : le vendeur peut renoncer au paiement du prix et demander des dommages et intérêts pour cause d'inexécution (intérêt positif ; art. 107 al. 2 CO). S'il n'a pas livré la chose, il peut calculer la différence entre le dommage et la valeur de la prestation qu'il doit fournir. Ce calcul est précisé par l'art. 215 CO. Cette solution n'a de sens que si la chose a perdu de la valeur par rapport au prix convenu, et revient d'un point de vue économique à demander le paiement du prix moins la valeur de revente de la chose.
84. La partie spéciale du Code des obligations apporte en effet aux règles de la partie générale les modifications suivantes :
- Le paiement du prix porte *intérêts moratoires* même si aucune date de paiement n'a été convenue (art. 102 al. 2 CO) et indépendamment de toute interpellation (art. 102 al. 1 CO), si tel est l'usage ou si la chose a été livrée à l'acheteur, qui peut en retirer les profits (art. 213 CO).

- Dans le cas où *le prix devait être payé avant ou contre la livraison de la chose*, le vendeur peut résoudre le contrat (et donc ne pas livrer la chose) sans avoir à fixer un délai supplémentaire de paiement à l'acheteur (art. 214 al. 1 CO). Il suffit que le vendeur en informe l'acheteur immédiatement, c'est-à-dire à la date où le paiement était dû (art. 214 al. 2 CO). Si le vendeur ne fait pas cet avis immédiat, la résolution reste possible mais aux conditions de la partie générale du CO.

„Dieses Recht hat er verwirkt, weil er die sofortige Anzeige im Sinne von Art. 214 Abs. 2 OR unterliess. Damit hat er aber nicht auch das Recht verloren, nach Art. 107 ff. OR vorzugehen (BGE 49 II 32Erw. 3, insbesondere S. 34; BECKER N. 5 zu Art. 214 OR).“

(ATF 86 II 221 cons. 11)

- Dans le cas où *le prix devait être payé après la livraison de la chose*, le vendeur ne peut résoudre le contrat que si le contrat réservait expressément son droit à la résolution (art. 214 al. 3 CO). A défaut, le vendeur peut intenter une poursuite en paiement du prix et intérêts moratoire contre l'acheteur. La même règle vaut en matière de vente immobilière (art. 221 CO lorsque le prix devait être *payé après l'inscription de l'acheteur au registre foncier* (ATF 86 II 221).

85. Le vendeur qui renonce au paiement du prix et ne livre pas la chose vendue peut demander la réparation de son dommage pour cause d'inexécution (dommage positif), qui peut être calculé de deux façons :

- *Domage concret* : le dommage est la différence entre le prix convenu et le prix auquel le vendeur a pu revendre la chose de bonne foi (vente de couverture). Il n'existe de dommage que si la vente de couverture a été faite à un prix inférieur au prix convenu (art. 215 al. 1 CO).
- *Domage abstrait* : le dommage est la différence entre le prix convenu et la valeur de la chose à la date où elle aurait dû être livrée (valeur de couverture). Il n'existe de dommage que si la valeur de la chose à cette date est inférieure au prix convenu (art. 215 al. 2 CO).

86. Cette règle est une illustration du *principe de la différence*, qui permet au créancier, sans résoudre le contrat, de demander la différence entre son dommage positif et la valeur de la contreprestation.

VI. SPÉCIFICITÉS DE LA VENTE IMMOBILIÈRE

a. Systématique légale

87. Les règles sur la vente comprennent une partie générale, une partie consacrée à la vente mobilière, et une partie consacrée à la vente immobilière. Or cette dernière partie déroge à l'article 185 CO (art. 220 CO) et renvoie pour l'essentiel aux règles de la vente mobilière (art. 221 CO). De façon assez paradoxale, on peut donc considérer que la partie générale n'est pas si générale qu'elle le prétend, et la partie consacrée à la vente mobilière pas si spéciale qu'on pourrait le penser.
88. Le texte qui suit est donc consacré aux spécificités de la vente immobilière, étant entendu que les règles applicables en matière de vente mobilière s'appliquent à toute question qui n'est pas spécifiquement réglée dans le chapitre sur la vente immobilière (art. 221 CO).

b. Forme et conditions

89. Le contrat de vente immobilière est soumis à la condition de la forme authentique. Cette forme n'est pas régie par le droit fédéral, et dépend donc des législations cantonales. Dans les Cantons romands, la forme authentique est instrumentée par un notaire, selon les règles cantonales sur le notariat du lieu de situation de l'immeuble. La violation de ces règles entraîne la nullité du contrat (art. 11 al. 2 CO)
90. Tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat doivent être couverts par la forme authentique. Si le prix indiqué dans l'acte ne correspond pas au prix réel convenu, l'acte est simulé et donc nul.

« L'acte doit également énoncer toutes les contre-prestations promises en échange du bien immobilier, et le prix indiqué doit correspondre à celui réellement convenu; à défaut, l'acte est nul parce que simulé (ATF 135 III 295 consid. 3.2 p. 299 et les arrêts cités). »

(TF, 19.09.2017, 4A_573/2016, cons. 4.2.2)

91. L'accord sur l'objet du contrat implique une description suffisante de l'immeuble, et il est en général préférable de se référer au feuillet du registre foncier où l'immeuble est immatriculé. L'objet du contrat est en effet l'immeuble grevé de toutes les charges apparaissant au registre foncier à la date de la conclusion du contrat.
92. La forme authentique est également requise pour :

- *Une promesse de vente immobilière* : ce précontrat contient la promesse de conclure un contrat de vente immobilière, et engage les parties dès lors que le prix et l'objet du contrat sont déterminés ou déterminables (art. 22 CO).

«La promesse de vente (Vorvertrag ou Verkaufsversprechen) immobilière constitue un précontrat (art. 22 CO) portant sur la conclusion d'une vente immobilière (art. 216 CO) : une partie (promesse unilatérale) voire deux parties (promesse bilatérale) s'engagent à conclure ultérieurement un contrat de vente.

Il est de jurisprudence que la promesse (bilatérale) de vente qui contient déjà tous les éléments essentiels du contrat principal (la vente) doit être assimilée à ce contrat (ATF 129 III 264 consid. 3.2.1 p. 267; 118 II 32 consid. 3b et 3c et les références).

Comme la vente d'immeubles (art. 216 al. 1 CO), la promesse de vente immobilière doit être passée en la forme authentique (art. 216 al. 2 CO; ATF 135 III 295 consid. 3.2 p. 299 s.). Cette forme solennelle vise notamment à éviter aux parties des engagements irréflechis en s'assurant qu'elles comprennent la portée de leurs engagements et expriment leur volonté de façon claire et complète (ATF 118 II 32 consid. 3d p. 34). »

(TF, 19.09.2017, 4A_573/2016 cons. 4.1 ss)

- *Un pacte d'emption* : ce contrat confère à son bénéficiaire le droit (et non l'obligation) d'acheter un immeuble à un prix convenu, sans impliquer une obligation d'acheteur.
- *Un pacte de préemption* : ce contrat confère à son bénéficiaire le droit d'acheter l'immeuble en priorité sur d'autres d'acheteurs, à un prix convenu (*pacte de préemption fermé*) au cas où le vendeur souhaite le vendre. Les art. 216a à 216e CO déterminent la modalité de l'exercice du droit de préemption.
- *Un pacte de réméré* : ce contrat confère au vendeur d'un immeuble le droit de le racheter à un prix convenu pendant une période convenue.

« Le droit de réméré est un droit personnel en vertu duquel le vendeur peut, moyennant déclaration unilatérale de sa part, exiger de l'acheteur qu'il lui retransfère la chose. Le pacte de réméré confère ainsi au vendeur un droit d'emption sur la chose vendue; il institue en faveur du vendeur une faculté de rachat. Lorsqu'il porte sur un immeuble, il est susceptible d'être annoté au registre foncier (art. 683, 959 CC). Le droit de réméré est, comme tout droit d'emption, un droit d'acquisition conditionnel subordonné à une condition potestative, la déclaration d'exercice du droit. Lorsque le titulaire du droit de réméré a déclaré exercer son droit au propriétaire de la chose, la condition à laquelle la vente était subordonnée est avenue. »

(ATF 109 II 219 cons. 2b)

93. La loi prévoit une exception pour les *pactes de préemption ouverts*, qui confèrent à leur bénéficiaire le droit d'acheter l'immeuble en priorité sur d'autres acheteurs, au cas où le vendeur souhaite le vendre, et au prix pour lequel le vendeur a trouvé un acheteur de bonne foi. Pour un tel pacte, la forme écrite est suffisante. L'engagement du vendeur est moindre, puisqu'il peut vendre l'immeuble à son prix effectif sur le marché.
94. Il peut être abusif de la part d'une partie au contrat de se prévaloir de la nullité formelle de la vente (abus de droit : art. 2 al. 2 CC). Tel peut en particulier être le cas lorsque la vente a été entièrement ou pour une part essentielle exécutée volontairement par les parties, avant que l'exception de nullité formelle ne soit soulevée par l'une d'entre-elle

« La nullité pour vice de forme peut être tenue en échec lorsque le comportement de la partie qui s'en prévaut procède d'une attitude contradictoire en ce sens qu'elle a créé une attente légitime chez son cocontractant, ou à tout le moins placé celui-ci dans une situation digne de protection (ATF 138 III 401 consid. 2.2 p. 403 et l'arrêt cité).

5.2.1. Dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral attache une importance particulière, mais pas nécessairement décisive, à l'exécution volontaire et réciproque du contrat entaché d'un vice de forme. Si ces circonstances sont établies, l'abus de droit est généralement reconnu et, sur le plan des conséquences juridiques, l'exécution des prestations prévues dans le contrat ne pourra pas être remise en cause (ATF 115 II 331 consid. 5a p. 338 s. et les arrêts cités; 98 II 313 consid. 2 p. 316; 93 II 97 consid. 1 p. 105; 90 II 154 consid. 2a p. 157).

L'abus de droit est également admis lorsque, au moment où le vice de forme est invoqué, les parties n'ont exécuté que partiellement - mais pour l'essentiel ("in der Hauptsache") - leurs prestations, à condition toutefois que le début de l'exécution ait eu lieu volontairement. Comme en cas d'exécution complète, le contrat est alors maintenu et l'exécution du solde des prestations dues peut être exigée du débiteur (cf. ATF 140 III 200 consid. 4.2 p. 202; 115 II 331 consid. 5a p. 338; 112 II 107 consid. 3b p. 111 s.). »

(TF, 19.09.2017, 4A_573/2016 cons. 5.2 ss)

95. Si l'exception de nullité pour vice de forme ne constitue pas un abus de droit, elle peut impliquer une responsabilité précontractuelle de la partie tenue pour principalement responsable du vice de forme.

« Ainsi, en principe, la partie qui n'a pas - ou du moins pas pour l'essentiel - exécuté le contrat ne peut pas, si elle invoque la nullité pour vice de forme, être contrainte à s'exécuter par le cocontractant qui se prévaut de l'abus de droit. Elle pourra éventuellement être tenue, en application des règles sur la culpa in contrahendo (responsabilité pré-contractuelle), de réparer le dommage éventuel causé par le vice de forme (ATF 106 II 36 consid. 5 p. 42; cf. PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, in TDPS 2009, n. 598 p. 226; BAUMANN, op. cit., nos 277 ss ad art. 2 CC). »

96. Lorsque les parties souhaitent soumettre la vente à *condition suspensive* (art. 151 CO), une difficulté résulte du fait que l'inscription de l'acheteur au Registre foncier ne peut être conditionnelle (art. 47 al. 1 ORF). A défaut d'inscription, l'acheteur n'est pas suffisamment protégé, puisque le Registre foncier fait foi. Un tiers-acquéreur auquel le vendeur vendrait l'immeuble en violation de son engagement serait protégé dans sa bonne foi. Les parties contournent souvent cette difficulté en concluant une promesse de vente (en forme authentique, liant les deux parties) complété par un pacte d'emption conférant à l'acheteur le droit d'acheter au prix convenu. L'avantage de cette solution est que le pacte d'emption peut être annoté au registre foncier (art. 959 al. 1 CC) ce qui évite l'acquisition par un tiers de bonne foi.

c. Législation spécifique

97. La vente immobilière est conclue si les parties ont convenu des éléments objectivement essentiels (prix et objet) et des éventuels éléments subjectivement essentiels.
98. Un certain nombre de questions annexes résultant du statut complexe de l'immeuble doivent néanmoins être réglées en lien avec une vente immobilière.
- *Statut réel de l'immeuble.* L'acheteur acquiert l'immeuble grevé de toutes les charges inscrites ou annotées au registre foncier. Pour les droits de gage immobiliers, les parties doivent convenir soit d'une reprise des gages par l'acheteur (art. 832 al. 2 et 845 CC), soit d'un remboursement des créances garanties par le vendeur. Pour ce dernier point, il peut être donné instruction au notaire de prélever sur le montant du prix payé par l'acheteur en mains du notaire les montants nécessaires pour rembourser les hypothèques en cours.
 - *Hypothèques légales des artisans et entrepreneurs.* Si l'immeuble a subi des travaux de rénovation peu avant la vente, le risque de l'inscription, après la vente, d'une hypothèque légale par des artisans qui n'auraient pas été payés par le vendeur doit être géré. L'acheteur peut ainsi demander une attestation de tous les artisans et entrepreneurs selon laquelle ils ont été intégralement payés par le vendeur.
 - *Droit de préemption légaux.* Si l'immeuble est une part de copropriété, un droit de superficie, ou un bien-fonds grevé de droit de superficie, la vente de l'immeuble est soumise à la condition que les bénéficiaires des droits de préemption légaux renoncent à exercer leur droit (art. 682 CC). Cette renonciation doit être passée en forme authentique (art. 681b al. 1 CC) ou par écrit après le cas de préemption (art. 681b al. 2 CC). Le droit public cantonal prévoit également des droits de préemption légaux des entités de droit public dans le cadre de l'aménagement du territoire et de la protection des monuments et des sites.

- *Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des étrangers (LFAIE)*. La soumission de l'acheteur au régime d'autorisation de la LFAIE doit être vérifiée, sous peine de nullité de la vente (art. 26 LFAIE : nullité des actes juridiques accompli en contrariété avec les principes de la loi).
- *Statut locatif de l'immeuble*. Les baux sont transférés de par loi à l'acquéreur de l'immeuble, qu'ils aient été annotés ou non (art. 261 CO). Le vendeur peut le cas échéant résilier les contrats de bail avant la vente, mais ces résiliations peuvent être contestées (résiliation abusive ou prolongation). Lorsque les baux ne sont pas annotés, l'acquéreur de l'immeuble peut les résilier au prochain terme légal (quel que soit le terme contractuel) s'il fait valoir un besoin personnel ou familial urgent au sens de l'art. 261 al. 1 CO. Il peut s'engager à l'égard du vendeur à ne pas les résilier avant le terme contractuel, même si les conditions de l'art. l'art. 261 al. 1 CO sont réunies, pour ne pas exposer le vendeur au risque de l'art. 261 a. 3 CO.
- *Protection du logement de famille*. Si l'immeuble vendu est le logement de famille du vendeur, l'accord de son conjoint ou partenaire enregistré (art. 169 CC) doit être annexé à l'acte authentique, en des termes suffisamment spécifiques pour être rattachés à la vente en cours.
- *Droit foncier rural*. Si l'immeuble est une exploitation agricole, la LDFR prévoit des droits de préemption légaux en faveur des membres de la famille du propriétaire, et l'accord du conjoint. La renonciation des uns et le consentement de l'autre est donc une condition de la vente.
- *Statut fiscal*. Selon l'art. 172 LIFD, l'inscription de l'acheteur au registre foncier n'est possible qu'avec l'accord écrit de l'administration fiscale, qui vérifie ainsi que l'impôt sur les gains immobiliers est payé ou garanti.

d. Défauts

99. Les règles générales sur les défauts de la chose mobilière et les actions édiliennes qui en découlent (art. 197ss CO) sont applicables à la vente immobilière, mais les règles spécifiques à la vente immobilière y apportent quelques précisions ou modifications.
100. *Défaut de contenance*. Lorsque l'immeuble n'a pas les dimensions escomptées par l'acheteur, que ce soit en nombre de mètres carrés ou en nombre de mètres cubes, l'acheteur peut se prévaloir d'un défaut de contenance :
 - Si les dimensions réelles ne correspondent pas aux *indications du contrat* sauf si le contrat indique que ces indications ne lient pas le vendeur.
 - Si les dimensions réelles ne correspondent pas aux *indications du registre foncier*, à condition que le vendeur ait garanti l'exactitude d registre foncier.

101. *Délai d'avis des défauts.* L'AP (révision du droit contractuel de la construction)³ prévoit un délai de 60 jours dès la prise de possession pour signaler les défauts, et 60 jours dès leur découverte en cas de défauts cachés (art. 219 a al. 1 AP).
102. *Droit à la réparation.* L'art. 219a al. 2 CO de l'AP prévoit, en concours alternatif avec les autres moyens de droit de l'acheteur, un droit à la réparation de l'acheteur d'un immeuble contenant une construction récente ou à réaliser.
103. *Transfert des risques.* Si les parties ont convenu d'une date de prise de possession par l'acheteur (ce qui est en règle générale le cas), le transfert a lieu à cette date, et non à la date de la conclusion du contrat comme le prévoit l'art. 185 al. 1 CO.
104. *Délai de garantie.* La prescription des actions édiliciennes est de cinq ans dès le transfert de propriété (inscription de l'acheteur au registre foncier). Le texte trop étroit de l'art. 219 al. 3 CO, qui se réfère aux « défauts d'un bâtiment », ne doit pas être compris dans un sens restrictif. Le délai de cinq ans s'applique à tout défaut de l'immeuble. L'art. 219a al. 3 CO de l'AP répare cette imprécision.

« L'art. 219 al. 3 CO dispose il est vrai que l'action en garantie pour les défauts d'un bâtiment (Gebäude) se prescrit par cinq ans à compter du transfert de propriété. Selon l'opinion fondée des deux auteurs précités, bien que le texte légal ne traite que des défauts d'un "bâtiment", la prescription quinquennale de l'action en garantie doit être étendue à tous les défauts, y compris le défaut de contenance, et aux qualités promises, même si elles sont relatives à un terrain non bâti. Une interprétation littérale, s'en tenant strictement au texte, doit être écartée, car rien ne justifie des prescriptions différentes selon l'objet des défauts (CAVIN, loc.cit.). »

(ATF 104 II 265 cons. 3)

VII. SPÉCIFICITÉS DE LA VENTE AUX ENCHÈRES VOLONTAIRE

a. Conclusion du contrat

105. La vente aux enchères se caractérise par un mode de conclusion du contrat permettant de conclure avec le plus offrant, que ce soit dans un cercle ouvert (vente aux enchères publique) ou restreint (vente aux enchères privée) d'enchérisseurs (art. 229 al. 1 et 2 CO). La vente a lieu par adjudication au plus offrant, quelle que soit son offre, sauf si le vendeur a prévu un *prix de réserve* (prix minimal en dessous duquel le préposé aux enchères a reçu instruction de ne pas adjuger) (art. 229 al. 3 CO).

³ <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/62401.pdf>

106. La conclusion du contrat se fait par l'adjudication (art. 229 al. 2 CO). Lors que la vente porte sur un immeuble, le procès-verbal de vente remplace d'acte authentique (art. 235 al. 2 CO). L'offre de l'enchérisseur ne peut le lier au-delà des enchères (232 al. 2 CO) sauf dans le cas des enchères forcée (art. 129 LP), ou dans le cas où la ratification de la vente par une autorité est nécessaire. Le contrat comprend les termes des conditions de vente dûment publiées (art. 231 al. 1 CO).
107. Lorsque le résultat des enchères a été altéré par des manœuvres illicites ou contraires aux mœurs, une action en nullité du contrat peut être intentée par tout intéressé dans les dix jours (art. 230 CO). Tel est notamment le cas si le vendeur participe lui-même aux enchères, même s'il n'est pas prouvé que sa stratégie a causé un dommage à l'acheteur par un prix surfait.

« Il [l'acheteur] faisait valoir que Kempf, propriétaire des objets mis en vente, avait lui-même enchéri. Le résultat des enchères avait donc été altéré par des manœuvres illicites ou contraires aux mœurs. (...) Aux termes de l'art. 230 al. 1er CO, les enchères dont le résultat a été altéré par des manœuvres illicites ou contraires aux mœurs peuvent être attaquées, dans les dix jours, par tout intéressé. En l'espèce, les manœuvres incriminées ne sont pas illicites. Sont-elles contraires aux mœurs? L'économie de la vente aux enchères repose sur le jeu de la concurrence entre les enchérisseurs (Cavin, Traité de droit privé suisse, VII/1, p. 159). La concurrence sera libre et loyale. A cet égard, la jurisprudence et la doctrine condamnent notamment le pactum de non licitando et le pactum de licitando. En enchérissant, Kempf risquait tout au plus, selon son contrat avec la Galerie, de devoir payer une commission à l'organisatrice de la vente. Ses interventions n'ont pas été portées -- comme telles - à la connaissance des autres enchérisseurs. Comme un pactum de licitando, elles constituaient des manœuvres contraires aux mœurs. Elles ont altéré le résultat des enchères. Enfin, quoi qu'en dise la défenderesse, l'art. 230 al. 1er CO n'impose pas au demandeur en nullité la preuve, souvent impossible, d'un dommage. »

(TF, 12.07.1983 in JdT 1984 I p. 319 ss, 319 s.)

b. Conséquences de la vente

108. Les règles générales sur la vente sont applicables, dans la mesure où les articles 229ss CO n'y dérogent pas. Si le vendeur souhaite déroger aux dispositions légales dispositives, par exemple en limitant la garantie pour les défauts, il peut le faire par des conditions de vente dûment publiées (art. 234 al. 3 CO).
109. Le *transfert de propriété* de la chose a lieu par l'adjudication (et non le transfert de possession) pour les choses mobilières, et par l'inscription de l'acheteur au registre foncier pour immeubles (art. 235 al. 1 CO).

110. Le *transfert des risques* a lieu selon les règles générales (art. 185 et 220 CO). La vente porte nécessairement sur un corps certain, ce qui implique le transfert des risques à l'adjudication pour les choses mobilières (art. 185 al. 2 et 229 al. 2 CO). Le transfert des risques a lieu au moment convenu de la prise de possession pour les immeubles (art. 220 CO).
111. La *garantie pour les défauts et pour l'éviction* est soumise aux règles générales, auxquelles le vendeur peut déroger dans les conditions générales de vente (art. 234 al. 3 CO). Une particularité de la vente aux enchères forcée est l'absence de garantie légale (sauf dol), ce qui explique les prix souvent bas obtenus dans de telles enchères.
112. Les règles sur la *demeure de l'acheteur* sont inapplicables, car un paiement comptant est prévu à l'art. 233 al. 1 CO, sanctionné par un droit du vendeur de révoquer le contrat (art. 233 al. 2 CO).

Les travaux d'en face étaient un continuel tourment qui avivait leur malchance. Même lorsqu'ils avaient une heure d'espoir, une joie inattendue, il suffisait du fracas d'un tombereau de briques, de la scie d'un tailleur de pierres ou du simple appel d'un maçon, pour la leur gâter aussitôt. Tout le quartier, d'ailleurs, en était secoué.

Zola, Au bonheur des dames

I. OBLIGATIONS CARACTÉRISTIQUES

a. Exécution d'un ouvrage

113. Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage à exécuter un ouvrage, et le maître de l'ouvrage à payer des honoraires. La notion d'ouvrage n'est pas définie par la loi, mais relève, selon la jurisprudence du *résultat d'un travail*. Ce résultat peut être matériel ou immatériel.

« L'ouvrage se définit comme le résultat d'une activité. La nature de l'activité n'intervient pas dans la définition. Elle peut être intellectuelle ou physique, humaine ou mécanique, durable ou non, difficile ou non. Il est sans pertinence que l'entrepreneur doive ou non fournir des matériaux, qu'il soit ou non propriétaire de l'ouvrage jusqu'à sa livraison. En revanche, il est nécessaire, pour qu'il y ait ouvrage, que l'activité produise un résultat qui sera fourni au maître (CORBOZ, Contrat d'entreprise, Généralités, in FJS 458 p. 9). Depuis l'ATF 109 II 34 - après un changement temporaire de jurisprudence - le Tribunal fédéral considère que l'ouvrage au sens des art. 363 ss CO peut revêtir une forme aussi bien matérielle qu'immatérielle et consister, par exemple, dans l'organisation d'un spectacle (ATF 127 III 328 consid. 2a et les arrêts cités). »

(ATF 130 III 458 cons. 4)

114. Un ouvrage n'est pas nécessairement la création d'une chose nouvelle. La réparation ou le nettoyage d'une chose appartenant au maître de l'ouvrage peut ainsi être qualifiée d'ouvrage.

« L'ouvrage peut consister non seulement à créer une chose nouvelle, mais encore, le point n'est pas contesté, à transformer une chose existante, à l'agrandir, l'améliorer, la rénover, lui conférer des propriétés nouvelles (CORBOZ, op. cit., p. 9 et 11). Entrent également dans la notion d'"exécution d'ouvrage" les travaux de montage, de réparation, de nettoyage, de vérification (ATF 116 II 454 ; ATF 113 II 421 consid. 1; ATF 92 II 328 ; GAUCH, Le contrat d'entreprise, n. 28 et 29). »

(ATF 130 III 458 cons. 4)

115. La réalisation de l'ouvrage implique donc des obligations de l'entrepreneurs attachées à ce double aspect du travail (obligations de diligence) et du résultat (obligations de résultat).
- *Obligations de diligence* : l'entrepreneur s'engage à faire preuve de la diligence requise dans la réalisation de l'ouvrage. Il doit suivre les instructions du maître de l'ouvrage et collaborer avec le maître ou avec d'autres entrepreneurs pendant toute la durée du chantier. Son obligation de diligence s'apparente à celle d'un travailleur (art. 364 CO).
 - *Obligations de résultat* : l'entrepreneur s'engage à remettre au maître de l'ouvrage un ouvrage conforme aux spécification convenue, sans défaut et dans le délai convenu (art. 368 CO). Si ce résultat n'est pas atteint, le maître de l'ouvrage dispose de moyens de droit indépendant de la faute de l'entrepreneur.
116. Selon le contrat, les *matériaux nécessaires à l'exécution de l'ouvrage* sont fournis par l'entrepreneur ou par le maître de l'ouvrage. Dans le premier cas, l'entrepreneur répond de leur qualité, et du son droit de disposer de ces matériaux (art. 365 al. 1 et 2 CO). Dans le second cas, l'entrepreneur doit utiliser les matériaux fournis par le maître avec soin, les garder en lieu sûr, et vérifier qu'ils conviennent à l'exécution de l'ouvrage. Si tel n'est pas le cas, l'entrepreneur doit en aviser le maître de l'ouvrage, au risque pour lui de répondre du défaut découlant du caractère inapproprié des matériaux (art. 365 al. 3 CO).
117. Contrairement au prix dans un contrat de vente, le montant des honoraires de l'entrepreneur n'est pas un élément objectivement essentiel du contrat en ce sens que les parties peuvent s'engager sans que le maître ne connaisse le montant exact qu'il aura à payer. Cela s'explique par le fait que l'exécution de l'ouvrage s'inscrit dans la durée, et qu'il est souvent difficile d'en estimer le coût exact à l'avance. En revanche, la gratuité exclut la qualification de contrat d'entreprise.

« Il résulte de la définition légale qu'il ne peut y avoir contrat d'entreprise que si l'une des parties s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie s'engage à lui payer (art. 363 CO). L'obligation de rémunérer l'entrepreneur est un élément essentiel de ce contrat, sans lequel la qualification de contrat d'entreprise ne peut pas être retenue (ATF 122 III 10 consid. 3). Si une personne s'engage à livrer gratuitement un ouvrage, il résulte clairement de l'art. 363 CO que la qualification de contrat d'entreprise est exclue; la doctrine actuelle considère qu'il s'agit alors d'un contrat innommé (GAUCH, op. cit., n. 115, p. 35; TERCIER, op. cit., n. 3643, p. 447; BÜHLER, op. cit., n. 68 ad art. 363 CO; ZINDEL/PULVER, op. cit., n. 6 ad art. 363 CO; KOLLER, Commentaire bernois, n. 51 ad art. 363 CO). »

(ATF 127 III 519 cons. 2 b)

118. Les éléments objectivement essentiels sont donc la description de l'ouvrage, la garantie de résultat, et le principe (mais non le montant) d'une rémunération. La durée d'exécution est souvent un élément subjectivement essentiel.

„Zu den Essentialia des Werkvertrages gehört die Herstellung des Werkes, des Arbeitserfolges, durch den Unternehmer sowie die Leistung einer Vergütung durch den Besteller.“

(Zurich, Obergericht, 25.03.2013, HG120224, cons. 4.1)

b. Distinction avec la vente

119. La proximité du contrat d'entreprise et du contrat de vente rend parfois la distinction difficile, dès lors que l'entrepreneur doit, à l'instar du vendeur, transférer la propriété d'une chose (l'ouvrage). Les critères en faveur du contrat d'entreprise sont l'accent mis par les parties sur la fabrication de la chose, son caractère spécialement adapté aux besoins de celui qui la commande, et le pouvoir du maître de l'ouvrage d'influencer l'exécution par ses instructions.

« (...) Aux termes de l'art. 363 CO, le contrat d'entreprise est un contrat par lequel l'une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer. L'ouvrage se définit comme le résultat d'un travail ou d'une activité qui prend corps en une forme déterminée (cf. Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n. 3510). Les points de contact avec le contrat de vente sont nombreux. Comme le vendeur, l'entrepreneur s'oblige en effet à livrer une chose. Dans la vente, l'obligation du vendeur concerne toutefois uniquement la livraison et non pas son exécution (cf. Chaix, in CR CO I, 2e éd. 2012, art. 363 n. 18). L'élément décisif est que l'entrepreneur s'oblige envers le maître à réaliser la chose, et non seulement à la livrer. Pour distinguer le contrat d'entreprise du contrat de vente, il faut se fonder sur la volonté des parties; on admettra qu'on se trouve en présence d'un contrat d'entreprise lorsque le maître a le droit d'influencer l'exécution, notamment par l'approbation des plans ou les ordres qu'il donne, lorsque la chose à produire a un caractère personnel marqué, ou qu'elle est spécialement créée pour les besoins de celui qui la commande (cf. Tercier/Bieri/Carron, n. 3538). »

(TC Fribourg, 01.02. 2018, 101 2017 266, cons. 2)

120. En revanche, lorsque l'adaptation de la chose aux besoins spécifiques de celui qui la commande est de faible valeur ajoutée, le contrat doit être qualifié de vente, avec des obligations accessoires de montage ou d'adaptation.

« La cour cantonale - contrairement aux premiers juges qui ont soumis " les prestations d'individualisation du logiciel " au contrat d'entreprise (art. 363

ss CO) - a retenu qu'il s'agissait d'un contrat de vente avec obligation de montage (l'installation du logiciel ne nécessitant pas d'importantes prestations d'adaptation et d'individualisation) et que le défaut affectait l'objet de la vente (le logiciel). »

(TF, 03.03.2016, 4A_446/2015, (qualification de la cour cantonale non remise en cause)

c. Distinction avec le mandat

121. Le fait que l'entrepreneur soit tenu de fournir des obligations de service rend également difficile la distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de mandat (infra N 162ss). Le critère essentiel en faveur du contrat d'entreprise est celui de savoir si on attend du prestataire un résultat pouvant être évalué objectivement et pour lequel le prestataire peut raisonnablement donner une garantie de résultat.

« Dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur s'oblige à exécuter un ouvrage (art. 363 al. 1 CO) et donc promet un résultat, que celui-ci soit matériel ou immatériel (ATF 130 III 458 consid. 4). Il doit produire par son travail un résultat, lequel doit être susceptible d'être vérifié selon des critères objectifs et d'être qualifié de juste ou d'erroné (ATF 127 III 328 consid. 2c).

Dans le contrat de mandat, le mandataire s'oblige à rendre des services dans l'intérêt de son mandat, certes en vue d'un certain résultat, mais sans promettre celui-ci; il promet une bonne et fidèle exécution du mandat, en d'autres termes le respect de ses obligations de diligence et de fidélité (Sorgfalts- und Treuepflichten); les honoraires convenus ou usuels sont en principe indépendants du résultat de l'activité déployée par le mandataire (arrêt 4A_269/2017 du 20 décembre 2017 consid. 3.1.2 et les arrêts cités). Si l'intéressé ne peut promettre l'exactitude objective du résultat de son travail en tant qu'ouvrage, mais peut seulement promettre d'agir avec diligence dans l'intérêt de son cocontractant et en vue d'un certain résultat sans qu'il puisse le garantir, le contrat doit être qualifié de mandat (ATF 127 III 328 consid. 2c). Le fait que le contrat soit conclu pour plusieurs années ne s'oppose pas à la qualification de mandat (arrêts 4C.447/2004 du 31 mars 2005 consid. 5.2 in fine, publié in SJ 2005 I p. 417; 4P.28/2002 du 10 avril 2002 consid. 3c/bb), la durée étant un élément d'appréciation lorsque le juge doit décider si la résiliation a eu lieu en temps inopportun (cf. TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd., Zurich, n. 4624 p. 664). »

(TF, 11.06.2016, 4A_129/2017, cons. 4.1)

122. Ainsi par exemple, le contrat d'un architecte avec son client relève soit du mandat soit du contrat d'entreprise, suivant que l'on attend de lui un service subjectif (conseil esthétique) ou une prestation objective (plans, calculs précis, etc.).

« Selon la jurisprudence, il s'agit d'un contrat mixte, qui est soumis, selon les prestations à fournir par l'architecte, aux règles du mandat ou à celles du contrat d'entreprise (ATF 134 III 361 consid. 5.1 et 6.2.2; 127 III 543 consid. 2a p. 545; cf. en matière de contrats d'architecte ou d'ingénieur, les arrêts 4A_252/2010 du 25 novembre 2010 consid. 4.1; 4A_55/2012 du 31 juillet 2012 consid. 4.4; 4A_90/2013 du 10 juin 2013 consid. 3; 4A_230/2013 du 17 septembre 2013 consid. 2; 4A_210/2015 du 2 octobre 2015 consid. 4, ainsi que plusieurs arrêts antérieurs cités dans l'arrêt 4A_55/2012 déjà cité, consid. 4.5). Cette qualification de contrat mixte soumet la prétention litigieuse aux règles permettant de trouver la solution la plus appropriée aux circonstances (arrêt 4A_514/2016 du 6 avril 2017 consid. 3.1.1). »

(TF, 02.10.2017, 4A_89/2917)

123. De la même façon, le contrat d'expertise est qualifié de contrat d'entreprise si on attend de l'expert un résultat pouvant être évalué objectivement, mais pas un conseil qui relève d'une estimation personnelle de l'expert.

« La Haute Cour, après avoir passé en revue les opinions doctrinales qui précèdent, a finalement retenu que rien ne s'opposait à l'application des règles du contrat d'entreprise lorsque l'exactitude du résultat de l'expertise pouvait être appréciée de manière objective; en revanche, lorsque les critères objectifs faisaient défaut, l'expert ne s'engageait pas à fournir un résultat, mais seulement à déployer une activité, de sorte que le contrat d'expertise remplissait alors les caractéristiques du mandat (cf. arrêt 4C.28/2001 du 11 mai 2001 consid. 2a et les réf.; pour la doctrine actuelle, cf. not. Weber, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, n. 2 ad art. 394 CO). »

(TC Valais, 30.04.2015, RVJ 2016 p. 193)

d. Sous-traitance

124. Il arrive fréquemment que l'entrepreneur sous-traite la réalisation de l'ouvrage en tout ou en partie. Le contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant est lui-même un contrat d'entreprise, puisque le sous-traitant doit exécuter un ouvrage pour l'entrepreneur. Dans le cadre de cette relation particulière, l'entrepreneur est le maître et le sous-traitant l'entrepreneur.
125. *L'entrepreneur général* est un entrepreneur qui s'engage à l'égard du maître d'ouvrage à réaliser un ouvrage en gérant les différents sous-traitants qui interviennent sur le chantier. L'avantage de cette construction juridique est de permettre au maître de n'avoir qu'un seul interlocuteur, plutôt que de devoir s'adresser à chaque sous-traitant séparément. *L'entrepreneur total* assume en outre de l'établissement des études de projets et des plans.

« Il n'est pas contesté que les parties ont conclu un contrat d'entreprise totale soumis aux règles du contrat d'entreprise au sens de l'art. 363 CO, comme l'avait jugé le Tribunal fédéral au considérant 4.6 in fine de l'arrêt 4A_471/2010 du 2 décembre 2010.

La notion juridique d'entrepreneur total a sa source dans celle d'entrepreneur général. Ce dernier s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage en prenant la place des différents entrepreneurs partiels qui sont chargés de prestations spécifiques. L'entrepreneur total se charge, en plus des tâches de l'entrepreneur général, de l'établissement des études de projets et des plans (ATF 114 II 53 consid. 2a et les références; arrêts 4A_653/2015 du 11 juillet 2016 consid. 2; 4A_99/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.1, in Plaidoyer 2015/5 p. 54). »

(TF, 08.05.2017, 4A_632 cons. 2.1)

II. CONVENTION SUR LES HONORAIRES

a. Typologie

126. Les honoraires de l'entrepreneur sont dus soit à la livraison de l'ouvrage, soit par tranche, au fur et à mesure de la réalisation de l'ouvrage (art. 372 CO). Le montant de ces honoraires peut être déterminé de trois façons :

- *D'après la valeur du travail* : les parties peuvent ne pas convenir à l'avance du montant des honoraires de l'entrepreneur, et s'en remettre à un calcul *a posteriori* du coût effectif de la main-d'œuvre et des matériaux (art. 374 CO). La règle légale peut être complétée par des accords sur le tarif horaire, et la marge de l'entrepreneur.
- *Selon un devis*. Le devis est une estimation *a priori* du montant des honoraires. Cela n'empêche pas que l'entrepreneur doive calculer ses honoraires d'après la valeur du travail, mais permet le cas échéant au maître de l'ouvrage de se prévaloir du fait que le résultat de ce calcul correspond à un dépassement excessif du devis.
- *Selon un forfait*. Les parties peuvent convenir à l'avance du montant des honoraires de l'entrepreneur, qui sont donc déconnectés de la valeur réelle du travail et du matériel.

127. Les parties ne sont cependant pas liées par ces trois solutions légales, et peuvent combiner forfait et valeur réelle du travail, en prévoyant par exemple un montant forfaitaire minimum (lorsque la valeur réelle du travail est inférieure à ce montant) et maximum (lorsque la valeur du travail est supérieure à ce montant).

« A teneur de l'art. 373 CO, lorsque le prix a été fixé à forfait, l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage pour la somme fixée, et il ne peut réclamer aucune augmentation, même si l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu (al. 1). A l'inverse, le maître est tenu de

payer le prix intégral, même si l'ouvrage a exigé moins de travail que ce qui avait été prévu (al. 3). En ce sens, on admet que le prix forfaitaire ou prix ferme fixe une limite à la fois maximale et minimale pour la rémunération de l'entrepreneur (arrêt 4A_458/2016 du 29 mars 2017 consid. 6.1 et les références citées). »

(TF, 29.01.2018, 4A_433/2017 cons. 3.1.2)

128. Il est également possible de combiner forfait et devis, selon les différentes parties de l'ouvrage.

« Le contrat d'entreprise peut prévoir une rémunération à prix fermes (prix forfaitaire ou prix unitaire) pour une partie de l'ouvrage et une rémunération d'après la dépense (prix en régie) pour une autre partie ou pour une prestation individuelle déterminée de l'entrepreneur. Il est alors question de "forfaits partiels" (Teilpauschalen) (GAUCH, op. cit., ch. 1033 p. 416). »

(TF, 29.03.2017, 4A_458/2016)

129. Le maître de l'ouvrage a la charge de prouver l'existence d'un forfait ou d'un devis. A défaut, le calcul selon la valeur du travail s'applique.

« La partie qui prétend à l'existence d'un prix forfaitaire a la charge de la preuve (Droit de la Construction 2/2001, p. 80, n° 261). Si elle n'y parvient pas, le prix de l'ouvrage doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur (art. 374 CO; Gauch, op. cit., n. 1014, p. 297). Il en va de même lorsque le prix a fait l'objet d'un devis approximatif (art. 374 CO). »

(TF, 18.08. 2005, 4P.99/2005)

b. Valeur du travail

130. Le calcul des honoraires de l'entrepreneur selon la valeur du travail se fait par un examen *a posteriori* du temps passé par l'entrepreneur et ses employés, du coût réel des matériaux utilisés sur le chantier et de tous les autres coûts de l'entrepreneur (transport, énergie etc.).
131. Les parties peuvent convenir des modalités du calcul de la valeur du travail (par exemple par un tarif horaire, par une marge sur la vente des matériaux etc). La norme SIA, qui devient contractuelle si les parties s'y sont référées, renvoie aux tarifs de régie des associations professionnelles en vigueur au moment et au lieu d'exécution des travaux.

« Aux termes de l'art. 374 CO, si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur. L'art. 374 CO est de droit dispositif. Les parties peuvent ainsi convenir d'une méthode différente de fixation des prix

effectifs. Tel est le cas des prix de régie et des normes professionnelles fixant des prix. Dans le domaine de la construction SIA 118 les art. 44 à 57 traitent des prix effectifs, sous la rubrique «travaux de régie» (Chaix, Commentaire romand - Code des obligations I, art. 1-529 CO, art. 374, n. 12). La norme SIA 118 déroge à la méthode légale de calcul figurant à l'art. 374 CO. Toutefois, elle ne contient aucune liste de taux de régie mais prescrit à son art. 49 d'appliquer des tarifs de régie des associations professionnelles en vigueur au moment et au lieu d'exécution des travaux et, à défaut, les tarifs en usage au lieu d'exécution et au moment considérée, dans le mesure où le contrat ne contient pas de taux de régie (art. 49 al. 2) qu'il fixe lui-même (art. 49 al. 1) (Gauch, Der Werkvertrag, 5e éd., 2011, 969 ss). »

(TC Fribourg, 13.03. 2017, 101 2016 58)

c. Prix fermes (forfait)

132. L'art. 373 CO s'applique aux prix fermes en général.

133. Le prix ferme peut être un *prix forfaitaire* global (pour l'ouvrage), ou un *prix unitaire* (fixé en fonction d'unités telles que le mètre, le kilo, la pièce). Le prix unitaire suppose un relevé des quantités utilisées soit sur l'ouvrage (métrés effectifs) soit sur les plans et documents techniques (métrés théoriques). Si les parties n'ont rien convenu, la méthode des métrés effectifs s'applique.

« Le prix unitaire est un mode de rémunération ferme qui consiste à fixer le montant dû en fonction d'unités telles que le mètre, le kilo, la pièce, etc. Par rapport au prix total, le risque assumé est moindre puisque les quantités effectives sont déterminantes (ou du moins les quantités nécessaires à l'exécution diligente de l'ouvrage); il n'en demeure pas moins que le prix unitaire dépend des quantités prévisibles et qu'un risque existe à ce niveau-là (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5e éd. 2011, nos 928 s. et 1057 in fine; TERCIER ET ALII, op. cit., nos 3986-3989). Le nombre d'unités déterminant pour la rémunération est constaté soit au moyen des métrés effectifs, soit au moyen des métrés théoriques (arrêt 4C.88/2005 du 8 juillet 2005 consid. 2). »

(TF, 24.04.2019, 4A_156/2018, cons. 4.1)

134. En cas d'accord sur un prix ferme, l'entrepreneur ne peut en principe demander aucune rémunération supplémentaire lorsque le travail a coûté plus cher que prévu, par exemple en raison d'une augmentation du prix des matériaux, ou de circonstances imprévues. Est néanmoins réservée l'exception de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*), qui relève de la théorie générale du droit des contrats, mais trouve une consécration législative à l'art. 373 al. 2 CO.

« Lorsque l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat.

Il faut que des circonstances extraordinaires se manifestant après la conclusion du contrat aggravent à l'excès le fardeau de l'exécution du contrat pour l'entrepreneur, en lui occasionnant des frais supplémentaires excessifs. Ces circonstances "renchérissantes" peuvent prendre diverses formes; elles entravent parfois l'exécution de l'ouvrage en tant que telle, mais pas nécessairement. L'entrepreneur doit par exemple fournir un supplément de travail, d'instruments de travail ou de matériel, ou encore affronter des variations monétaires qui renchérissent les matériaux achetés à l'étranger. La disproportion entre la prestation de l'entrepreneur et la rémunération convenue est si manifeste que les règles de la bonne foi imposent de corriger le contrat pour atténuer le déséquilibre induit par ces circonstances nouvelles (ATF 104 II 314; cf. aussi 58 II 422 spéc. p. 423; TERCIER ET ALII, op. cit., nos 4013 ss; GAUCH, op. cit., nos 1047 et 1053 ss. »

(TF, 4A_156/2018, 24.04.2019, cons. 4.2.2)

135. Une autre exception au prix ferme est une *modification de commande*, c'est-à-dire le fait que le maître de l'ouvrage donne à l'entrepreneur des instructions nouvelles impliquant des travaux qui n'entraient pas dans le forfait convenu. Les honoraires de l'entrepreneur pour la modification se calculent alors selon la valeur du travail supplémentaire, sauf convention contraire.

« (...) Les modifications de commande donnent droit à une augmentation du prix dans la mesure où elles ont nécessité des prestations supplémentaires de l'entrepreneur; sauf convention spéciale, cette rémunération se calcule sur la base de l'art. 374 CO, c'est-à-dire d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur (ATF 113 II 513 consid. 3b; arrêt 4D_63/2013 du 18 février 2014 consid. 2.2). »

(TF, 29.01.2018, 4A_433/2017, cons. 3.1.2)

d. Devis

136. Un devis est une estimation du prix des travaux. Il est souvent réalisé par l'architecte, qui en est responsable à l'égard de son client.

« La responsabilité de l'architecte pour le dépassement de devis est un cas de responsabilité au sens de l'art. 398 al. 1-2 CO. Le devis est une estimation (ou une évaluation, un pronostic) que l'architecte est tenu d'élaborer avec diligence, vu l'influence que l'information qu'il fournit aura sur les décisions successives du mandant (ATF 134 III 361 consid. 6.2.3 p. 365; arrêt 4A_210/2015 précité consid. 4.1). »

(TF, 02.10.2017, 4A_89/2917, cons. 5.1)

137. L'existence d'un devis ne dispense pas l'entrepreneur d'un calcul et d'une justification de ses honoraires d'après la valeur du travail (selon l'art. 374 CO, complété par les principes contractuels de calcul de cette valeur).
- Si cette valeur s'avère inférieure au montant du devis, le maître de l'ouvrage n'est redevable que de la valeur du travail.
 - Si cette valeur s'avère supérieure au montant du devis, le maître de l'ouvrage doit payer la valeur du travail, sauf en cas de dépassement excessif du devis.
138. Comme un devis n'est qu'une estimation, un dépassement de devis reste en soi admissible. En règle générale, la jurisprudence admet une tolérance de 10 % du montant du devis mais peut adapter cette tolérance aux circonstances concrètes, notamment le fait que le maître de l'ouvrage devait s'attendre à un dépassement important. Un dépassement excessif de devis est un dépassement qui dépasse la marge de tolérance, d'une façon qui semble contraire à la loyauté commerciale et aux attentes raisonnables du maître de l'ouvrage.

« Selon une norme empirique (Faustregel) dégagée par la doctrine et la jurisprudence, un dépassement du devis est excessif au-delà d'une marge de tolérance d'environ 10 %. Cette règle n'est toutefois pas absolue et l'appréciation du juge dépendra toujours des particularités du cas d'espèce; ainsi, le Tribunal fédéral a admis une marge de tolérance de 20 % dans une affaire où les maîtres ne pouvaient guère compter sur un devis très exact dès lors que celui-ci ne reposait pas sur un état détaillé du coût des travaux (ATF 115 II 460 consid. 3b et c). Le critère déterminant pour fixer le dépassement admissible dans un cas particulier est la loyauté commerciale déduite de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO. Dans la mesure où il a été provoqué par le comportement du maître - une modification de commande par exemple -, un dépassement de devis ne sera pas pris en compte (CHAIX, op. cit., n° 8 ss ad art. 375 CO; GAUCH, op. cit., n° 985 et n° 988, p. 289/290). »

(TF, 31.03.2009, 4A_577/2008, cons. 3.1)

139. Dans le calcul du dépassement de devis, il ne faut pas tenir compte des surcoûts dus à de nouvelles commandes de la part du maître. Ces nouvelles commandes, qui ne faisaient pas l'objet du devis, doivent être payées selon la méthode de la valeur du travail, sauf convention contraire conclue au moment où le maître a passé la nouvelle commande.

« De même, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure un devis a été dépassé, les modifications de commande demandées - ou à tout le moins acceptées - par le maître ne sont pas prises en compte; elles doivent être

rémunérées normalement (Tercier et alii, op. cit., n° 4737, à propos de l'art. 375 CO). »

[TF, 18.02.2014, 4D_63/2013, cons. 2.2)

140. En cas de dépassement excessif de devis, le maître de l'ouvrage peut (art. 375 CO) :

- *Résoudre le contrat.* Cette solution peut être adaptée dans le cas d'un ouvrage mobilier, qui est refusé par celui qui l'a commandé en raison de son coût trop élevé. Le maître de l'ouvrage ne peut choisir cette option lorsque l'ouvrage a été bâti sur son fond, ou lorsqu'il consiste en une intervention (réparation nettoyage, vérification etc.) sur un bien qui lui appartient.
- *Résilier le contrat, c'est-à-dire y mettre fin sans effet rétroactif, en payant la partie de l'ouvrage réalisée.* Cette solution n'est envisageable que si le maître de l'ouvrage est informé du dépassement de devis en cours de réalisation. Son choix peut consister à faire terminer l'ouvrage par un autre entrepreneur, à moindre coûts.
- *Demander une réduction des honoraires de l'entrepreneur.* Dans ce cas, la part du dépassement excessif doit être répartie équitablement entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage. La loi ne prévoit cette solution que lorsque l'ouvrage est bâti sur le fond du maître, mais la jurisprudence a élargi cette solution à tous les cas de dépassement excessif de devis. La répartition de la part de dépassement excessif entre le maître et l'entrepreneur s'explique par le fait que ce montant correspond à des montants effectivement réalisés, au coût justifié par l'entrepreneur selon la méthode de la valeur du travail, et qui profiteront au maître de l'ouvrage. L'examen en équité repose sur les critères de la plus-value apportée à l'ouvrage, et des motifs du dépassement excessif de devis.

141. Le droit à la réduction, comme la résolution ou la résiliation du contrat, s'exercent par une déclaration du maître de l'ouvrage à l'entrepreneur. Cette déclaration doit être reçue par l'entrepreneur avant la péremption du droit qui est soumise à l'art. 31 al. 1 et 2 CO applicable par analogie (un an dès la découverte du dépassement excessif de devis). En effet, le maître de l'ouvrage se prévaut du fait que le devis qui lui a été présenté au moment de la conclusion du contrat l'a mis dans l'erreur.

« Il en va de même lorsque le prix a fait l'objet d'un devis approximatif (art. 374 CO). Dans ce cas-là, le maître dispose toutefois, lors d'un dépassement excessif, des droits formateurs prévus à l'art. 375 al. 1 et 2 CO (résolution du contrat; réduction du prix); il doit alors faire valoir son droit dans le délai d'un an, calculé à partir du moment où le dépassement excessif se dessine pour lui avec suffisamment de certitude (Chaix, op. cit., n. 38 ad art. 375 CO; Zindel/Pulver, op. cit., n. 19 ad art. 375 CO; Gauch, op. cit., n. 1004 et 1005, p. 294). »

(TF, 18.08.2005, 4P.99/2005 cons. 3.2)

142. Le maître de l'ouvrage perd le droit de se prévaloir d'un dépassement excessif de devis qu'il a ratifié (art. 31 al. 2 CO). Tel est notamment le cas si le maître de l'ouvrage a payé le montant correspondant au dépassement excessif en toute connaissance de cause.

« Par ailleurs, le maître ne peut pas se prévaloir d'un dépassement excessif de devis d'une manière contraire aux règles de la bonne foi. Ainsi, l'acceptation du dépassement de devis prive le maître des droits déduits de l'art. 375 CO; en particulier, il y a acceptation tacite lorsque, en connaissance du dépassement, le maître paie sans réserve des factures au-delà de la limite de tolérance, généralement fixée à 10 % (Chaix, op. cit., n° 9 ad art. 375 CO; Gauch, op. cit., n° 990 p. 403; Theodor Bühler, Zürcher Kommentar, 3e éd. 1998, nos 17 et 18 ad art. 375 CO). »

(TF, 06.02.2015, 4A_302/2014)

143. Tel est également le cas si, conformément à son devoir de diligence, l'entrepreneur informe le maître du dépassement de devis approximatif au fur et à mesure que les travaux avancent, sans que le maître ne réagisse, au moins en réservant son droit à la réduction ou à la résolution en cas de dépassement excessif.

« En vertu de son devoir de diligence déduit de l'art. 364 al. 1 CO, l'entrepreneur a en principe l'obligation d'informer sans retard le maître du dépassement excessif du devis approximatif (arrêt 4A_302/2014 du 6 février 2015, ibidem). Dans le cas présent, pendant tout le cours de l'exécution des travaux de rénovation, la demanderesse a remis à la défenderesse, par l'intermédiaire de son administrateur, des rapports journaliers (bons de régie), qui décrivaient en particulier précisément le nombre d'heures de travail consacrées chaque jour par ses ouvriers aux travaux opérés sur les façades des immeubles. Il suit de là que l'entreprise a informé régulièrement la défenderesse que l'estimation des travaux sur les fers à béton allait être dépassée. Celle-ci, faute d'avoir réagi au reçu des rapports journaliers qui indiquaient en particulier les heures consacrées pour assainir les fers à béton, a ratifié le dépassement du devis estimatif, comme l'a admis la cour cantonale. »

(TF, 29.03.2017, 4A_458/2016 cons. 7.3.2)

III. RÉSILIATION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

a. Résiliation ordinaire

144. Le contrat d'entreprise est un contrat de durée, car l'exécution de l'ouvrage s'inscrit dans la durée. Comme pour tous les contrats de durée, se pose la question de la résiliation du contrat (fin du contrat), et pour tous les contrats de durée, il convient de distinguer la résiliation ordinaire du contrat (résiliation indépendante de toute violation du contrat) et la résiliation extraordinaire du contrat (résiliation comme moyen de droit en cas de violation du contrat).

145. La résiliation ordinaire du contrat a lieu :

- Par la réalisation du but du contrat, à savoir la remise de l'ouvrage au maître de l'ouvrage et le paiement des honoraires de l'entrepreneur.
- En tout temps, par une déclaration unilatérale du maître de l'ouvrage (art. 377 CO). Cette résiliation peut avoir lieu sans aucun motif. Le maître de l'ouvrage doit cependant dans ce cas indemniser l'entrepreneur en lui payant :
 - La valeur du travail pour la partie réalisée de l'ouvrage, plus le gain manqué de l'entrepreneur sur le contrat, de façon à remettre l'entrepreneur dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté jusqu'à son terme (méthode positive), ou :
 - Si le contrat prévoyait un forfait, le montant du forfait moins toutes les économies réalisées par l'entrepreneur du fait de la résiliation (méthode négative).

« L'"indemnité complète" due par le maître en vertu de l'art. 377 CO consiste en des dommages-intérêts positifs qui correspondent à l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution complète du contrat; elle comprend conséquemment le gain manqué (ATF 96 II 192 consid. 5 p. 196). Deux méthodes peuvent être appliquées pour calculer cette indemnité: la méthode de la déduction (Abzugsmethode) dans laquelle sont soustraits du prix de l'ouvrage l'économie réalisée par l'entrepreneur ainsi que le gain qu'il s'est procuré ailleurs ou qu'il a délibérément renoncé à se procurer; la méthode dite positive (Additionsmethode) consiste à établir le total des dépenses de l'entrepreneur pour la partie de l'ouvrage qu'il a déjà exécutée et d'y ajouter le bénéfice brut manqué pour l'entier de l'ouvrage (ATF 96 II 192 consid. 5a et 5b p. 196/197). Le Tribunal fédéral a laissé indécise la question de savoir laquelle de ces deux méthodes est préférable, étant donné qu'elles aboutissent pratiquement au même résultat et que le choix de l'une d'entre elles dépendra des circonstances d'espèce (ATF 96 II 192 consid. 5b p. 197). »

est soutenu en doctrine que seule la méthode dite positive est conforme à l'art. 377 CO (cf. à ce propos Zindel/Pulver, op. cit., n° 17 ad art. 377 CO et les références). Le montant de l'indemnité due à l'entrepreneur ne saurait cependant dépasser le prix de l'ouvrage (Chaix, op. cit., n° 12 ad art. 377 CO; Zindel/Pulver, op. cit., n° 15 ad art. 377 CO). »

(TF, 02.09.2014, 4A_96/2014, cons. 4.1)

146. Cette indemnité peut, comme toute indemnité être réduite en cas de faute concomitante de l'entrepreneur (art. 44 CO) même si cette faute ne justifie pas en elle-même la résiliation.

« Cette indemnité peut être réduite ou supprimée si l'entrepreneur, par son comportement fautif, a contribué dans une mesure importante à l'événement qui a poussé le maître à se départir du contrat. La perte de confiance du maître en l'entrepreneur ne saurait à elle seule constituer un motif suffisant pour permettre au premier de résilier le contrat sans devoir indemniser le second (arrêts 4A_96/2014 déjà cité consid. 4.1; 4D_8/2008 du 31 mars 2008 consid. 3.4.1; 4C.281/2005 du 15 décembre 2005 consid. 3.6, publié in SJ 2006 I p. 174, et les références). »

(TF, 11.06.2018, 4A_129/2017)

b. Résiliation extraordinaire

147. En cas de faute de l'entrepreneur suffisamment grave pour rendre la continuation du contrat insupportable, le maître de l'ouvrage peut faire valoir un juste motif de résiliation, qui lui permet de résilier le contrat sans devoir payer aucune indemnité, comme pour tous les contrats de durée (résiliation extraordinaire). Un tel juste motif, qui a pour effet d'exclure l'indemnité due à l'entrepreneur, ne doit pas être admise à la légère.

„ (...) Das Vorliegen eines wichtigen Grundes, das unter Umständen zu einem Wegfall der Entschädigungspflicht führen kann (vgl. hinten, E. 3.4.3), ist aber nicht leichthin anzunehmen. Insbesondere liegt nicht in jeder Veranlassung durch den Vertragspartner ein wichtiger Grund (vgl. Gauch, a.a.O., Rz 573 ff.; s.a. Stöckli, a.a.O., Rz 538).“

(OG Zürich, 19.01.2018, PP 170026, cons. 3.2.4)

148. Outre la résiliation pour justes motifs, qui relève de la théorie générale des contrats de durée en droit suisse, une résiliation extraordinaire du contrat d'entreprise peut intervenir en cours de contrat :

- En cas de retards prévisibles (art. 366 al. 1 CO).
- En cas de défauts prévisibles (art. 366 al. 2 CO).

- En cas de dépassement excessif de devis prévisible (art. 375 CO).

149. Le *retard prévisible* peut consister soit en un retard dans le commencement de l'exécution, soit en un retard dans le rythme d'exécution, soit enfin dans le non-respect de termes de livraison arrêté entre parties. Dans ces situations, le maître de l'ouvrage peut fixer à l'entrepreneur un délai supplémentaire convenable pour rattraper son retard de façon à livrer à temps l'ouvrage, ou dans un délai raisonnable après la date contractuelle prévue (art. 107 al. 1 CO). La fixation d'un tel délai n'étant pas nécessaire dans les cas prévus par l'art. 108 CO. Au terme du délai supplémentaire, ou immédiatement dès la constatation du retard prévisible, le maître de l'ouvrage peut se départir du contrat de manière anticipée s'il en fait la déclaration immédiate et exercer le droit d'option que lui confère l'art. 107 al. 2 CO (ATF 126 III 230 cons. 7a/bb ; TF 4A_96/2014 du 02.09.2014, cons. 3.1).
150. Lorsque l'ouvrage est une construction sur le fond du maître, ou une intervention sur un bien appartenant au maître, et que l'entrepreneur a déjà commencé son travail, une résolution (avec effet rétroactif) n'est pas appropriée, et le maître doit donc résilier le contrat en payant et conservant la partie de l'ouvrage déjà réalisée, dans la mesure où elle lui est utile.
151. Il y a *défauts prévisibles* lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude, pendant le cours des travaux, que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention. Dans ce cas, le maître peut fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur. Cette disposition régit un cas d'exécution par substitution (art. 98 CO) sans qu'il soit nécessaire de devoir requérir au préalable une autorisation du juge (ATF 126 III 230 cons. 7a, TF 4A_96/2014 du 02.09.2014, cons. 3.1).
152. La substitution se fait aux frais du premier entrepreneur, ce qui implique le maître puisse lui demander le paiement de la différence entre les honoraires qui auraient été dus au premier entrepreneur pour la réalisation de l'ouvrage, et ceux du second. En l'absence de prix ferme, cette différence se calcule selon la valeur du travail.

« L'art. 366 al. 2 CO suppose que l'on détermine le prix de l'ouvrage dans le cadre du premier contrat pour le confronter à celui de l'ouvrage substitué. Or, dans le cas d'espèce, le prix n'avait pas été fixé. Le prix doit donc être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur (art. 374 CO). »

(TC Neuchâtel, 18.01.2013 in BR DC online 2013 Nr. 541, cons. 2)

153. Les deux moyens de droit de l'art. 366 CO sont des *lex specialis* par rapport à la règle générale de la résiliation pour justes motifs. Le maître de l'ouvrage ne peut donc résilier le contrat pour un juste motif qui serait constitué par un retard prévisible ou des défauts prévisibles, sans suivre les procédures prévues par l'art. 366 CO. Il ne peut non plus résilier au sens de l'art. 377 CO et faire valoir une faute concomitante constituée par un retard prévisible ou des défauts prévisibles pour obtenir une réduction de l'indemnité due.

« Un motif susceptible de permettre la réduction, voire la suppression, de l'indemnité prévue par l'art. 377 CO ne peut pas résider dans la mauvaise exécution ou dans les retards imputables à l'entrepreneur survenant en cours de travaux, dès l'instant où de telles éventualités tombent sous le coup des règles spéciales de l'art. 366 CO. En d'autres termes, si le maître a la possibilité de résilier le contrat en vertu de l'art. 366 CO, en respectant les modalités prévues par cette disposition, et qu'il ne le fait pas, mais se départit du contrat selon l'art. 377 CO, il ne peut pas se libérer des conséquences légales de cette dernière norme - soit de l'obligation d'indemniser pleinement l'entrepreneur - même en cas de justes motifs (arrêts 4D_8/2008 du 31 mars 2008 consid. 3.4.1; 4C.393/2006 du 27 avril 2007 consid. 3.3.3 in fine; cf. Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, 4e éd. 2009, ch. 4810 p. 721; Gauch, Der Werkvertrag, 5e éd. 2011, ch. 579 p. 229; Gauch, Le contrat d'entreprise, op. cit., ch. 579 p. 175; Chaix, op. cit., n° 18 ad art. 377 CO). »

(TF, 02.09.2014, 4A_96/2014, cons. 4.1)

154. A l'inverse, lorsque le maître de l'ouvrage résilie le contrat en se prévalant de l'art. 366 CO, sans pouvoir établir un retard prévisible ou des défauts prévisibles, ou sans respecter les procédures prévues par ces dispositions (soit notamment la fixation d'un délai supplémentaire) la jurisprudence convertit son acte juridique en résiliation au sens de l'art. 377 CO, ce qui implique le paiement d'une pleine indemnité à l'entrepreneur.

« En l'espèce, il résulte du courrier que le recourant a adressé le 19 juillet 2008 à la société qui assurait en sous-traitance la direction des travaux qu'il a résilié le contrat d'entreprise qui le liait à l'intimée alors que l'ouvrage confié à celle-ci n'était pas terminé - en raison de l'exécution défectueuse des travaux par l'entrepreneur ainsi que des retards qui lui étaient imputables. Or ces deux motifs de résiliation (défauts et retard) donnaient la faculté au recourant de mettre un terme au contrat d'entreprise par application de la norme spécifique ancrée à l'art. 366 CO. Comme on l'a vu au considérant 3 ci-dessus, il n'a pas respecté les incombances de cette disposition. Le recourant n'invoque pas d'autres motifs pouvant justifier à eux seuls qu'il se départisse prématurément dudit contrat. Partant, au vu des principes jurisprudentiels et doctrinaux susrappelés, le recourant ne peut pas se prévaloir des défauts d'exécution et des retards de livraison comme motifs permettant de réduire, voire de supprimer, l'indemnité instaurée par l'art. 377 CO. Il ne lui est donc plus possible d'échapper à l'obligation d'indemniser complètement l'entrepreneur que prévoit cette norme. »

(TF, 02.09.2014, 4A_96/2014, cons. 4.2)

155. Enfin, lorsque l'entrepreneur informe le maître de l'ouvrage en cours de travaux qu'il est prévisible que le devis sera dépassé de façon excessive, c'est-à-dire au-delà de la marge de tolérance admise, le maître peut résilier le contrat en payant à l'entrepreneur le montant des travaux réalisés au coût de la valeur du travail (supra II d).

IV. DÉFAUTS DE L'OUVRAGE

a. Similitude avec les actions édiliciennes de l'acheteur

156. Le régime des défauts de l'ouvrage est similaire à celui des défauts de la chose vendue sur plusieurs points.

- La notion de défaut, qui est également reprise dans la norme SIA.

« La notion de défaut est la même en matière de contrat de vente et de contrat d'entreprise (ATF 100 II 30 consid. 2). »

(TF, 08.05.2007, 4C.130/2006 cons. 7.3)

« L'art. 166 SIA-118 donne du défaut une définition qui coïncide sur le principe avec celle développée par la jurisprudence en relation avec l'art. 368 CO (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5e éd. 2011, nos 2648-2650; Annette Lenzlinger Gadiant, Mängel und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, 1994, p. 247). L'ouvrage livré est entaché d'un défaut lorsqu'il n'est pas conforme à ce qui avait été contractuellement prévu. Le défaut peut résider dans l'absence d'une qualité convenue expressément ou tacitement par les parties, ou l'absence d'une qualité à laquelle le maître pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi (ATF 114 II 239 consid. 5a/aa p. 244). Pour déterminer quelles qualités sont dues conventionnellement, il faut interpréter le contrat selon les règles habituelles (Gauch, op. cit., n° 1366). »

(TF, 29.08.2013, 4A_94/2013, cons. 3.2]

- La nécessité d'une vérification de l'ouvrage et d'un avis des défauts. La procédure de réception de l'ouvrage est prévue par l'art. 370 CO.

« La loi institue une fiction d'acceptation tacite de l'ouvrage lorsque le maître donne pas l'avis des défauts aussitôt qu'il a connaissance de ceux-ci. L'entrepreneur est libéré de toute responsabilité en relation avec les défauts qui ont été annoncés tardivement (cf. art. 370 al. 1 CO); parallèlement, les droits du maître découlant de la garantie des défauts sont frappés de péremption (arrêt 4A_251/2018 du 11 septembre 2018 consid. 3.1; arrêt 4A_231/2016 du 12 juillet 2016 consid. 2.2, rés. in SJ 2017 I 56). »

(TF, 29.01.2019, 4A_288/2018, cons. 6.1.1)

- La prescription (deux ans pour les ouvrages mobiliers, cinq ans pour les ouvrages immobiliers – art. 371 CO). Comme en matière de vente, il faut distinguer le délai pour l’avis des défauts et le délai de prescription.

« Sous l'angle de la prescription, il importe peu que le maître de l'ouvrage n'ait pas connaissance du défaut (ATF 89 II 405 consid. 2a), de sorte qu'il peut arriver que les droits de garantie du maître soient prescrits avant même que celui-ci ne découvre le défaut (BÜHLER, Commentaire zurichois, n. 29 ad art. 371 CO p. 323; ZINDEL/PULVER, op. cit., n. 12 et 15 ad art. 371 CO; GAUCH, op. cit., no 2254). »

(TF, 23.02.2004, ATF 130 III 362)

L’art. 371 al. 3 CO renvoie d’ailleurs à l’art. 210 CO, notamment à l’art. 210 al. 6 CO (dol du vendeur).

« Pour que le défaut soit intentionnellement dissimulé au sens de l’art. 210 al. 3 aCO (actuel art. 210 al. 6 CO) applicable au contrat d’entreprise en vertu de l’art. 371 al. 1 aCO (actuel art. 371 al. 3 CO), il faut que l’entrepreneur (au sens de l’art. 363 CO) puisse se voir reprocher un comportement dolosif. Il doit avoir une connaissance effective du défaut. Une négligence, même grave, ne suffit pas. Si l’entrepreneur refuse sciemment de prendre connaissance du défaut, il doit être traité comme s’il dissimulait délibérément le défaut. La dissimulation doit être intentionnelle; le dol éventuel suffit. L’auteur doit non seulement connaître l’existence du défaut (élément cognitif), mais aussi avoir la volonté de dissimuler le défaut au maître ou à son représentant (élément volitif). »

(TF, 26.06.2014 in BR DC online 2014 Nr. 624, cons. 2)

- L’action rédhibitoire et minutoire (art. 368 al. 1 et 2 CO). Comme en matière de vente, l’action minutoire implique une réduction des honoraires de l’entrepreneur calculés selon la méthode relative.

„Der Besteller kann einen Abzug nur im Umfang des Minderwerts des Werks machen (Art. 368 Abs. 2 OR). Die Berechnung des Minderungsbetrages erfolgt nach der sog. relativen Berechnungsmethode (BGE 116 II 305 E. 4a S. 313; Zindel/Pulver/Schott, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 43 zu Art. 368 OR). Der Wert des mangelhaften Werkes berechnet sich dabei ausgehend von der vereinbarten Vergütung, welche nach dem Verhältnis des mangelhaften zum mängelfreien objektiven Wert des Werks zu kürzen ist (Gauch, a.a.O., N 1664; Zindel/Pulver/Schott, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., N. 43 zu Art. 368 OR).“

(HG Zürich, 19.01.2017, HG 140260, cons. 4.4.6.1)

- L'action en dommages et intérêts. Comme en matière de vente, le maître de l'ouvrage peut demander des dommages et intérêts en cas de résolution ou en cas de maintien du contrat (art. 368 al. 1 et 2 CO). L'art. 368 al 1 CO, contrairement à l'art. 208 CO, ne prévoit cependant pas de distinction entre dommage direct et indirect.
- Les effets d'une dissimulation frauduleuse du défaut par l'entrepreneur. Une dissimulation frauduleuse du défaut exclut, comme en matière de vente, que l'entrepreneur puisse se prévaloir d'une acceptation tacite de l'ouvrage (art. 370 CO). Le principe est repris dans la norme SIA.

« L'expression "intentionnellement dissimulé" employée à l'art. 180 SIA-118 doit recevoir le même sens qu'en droit des obligations, où elle apparaît à l'art. 370 CO (Gauch, op. cit., n° 2731; Lenzlinger Gadiant, op. cit., p. 95 note 150; Franco Pedrazzini, La dissimulation des défauts, 1992, n° 590). Il serait plus adéquat de parler de dissimulation frauduleuse, comme à l'art. 199 CO. En effet, l'entrepreneur n'a pas un devoir général de collaborer à la découverte des défauts; il faut une certaine astuce ou fraude de sa part (Gauch, op. cit., n° 2090; Lenzlinger Gadiant, ibidem), un comportement dolosif (cf. arrêt 4A_301/2010 du 7 septembre 2010 consid. 3.2, in SJ 2011 I 17; Pedrazzini, op. cit., n°s 40 ss, 86 s. et 1167). Il y a dissimulation frauduleuse lorsque l'entrepreneur - ou le vendeur - n'avise pas son cocontractant d'un défaut alors qu'il a une obligation de renseigner, laquelle peut découler des règles de la bonne foi (Gauch, op. cit., n°s 2093 et 2731; Pedrazzini, op. cit., n°s 421 et 435 ss; cf. ATF 116 II 431 consid. 3a p. 434). Une telle obligation existe dès que l'entrepreneur doit partir du principe que le maître ignore le défaut, ne va pas le découvrir et voudrait exercer ses droits à la garantie si ce défaut était porté à sa connaissance (Gauch, op. cit., n° 2093, qui se réfère à l'ATF 66 II 132 consid. 6). Une exécution imparfaite n'implique pas nécessairement une telle dissimulation; encore faut-il que l'entrepreneur connaisse les défauts et qu'il les taise volontairement (ATF 89 II 405 consid. 2b). La négligence même grave ne suffit en principe pas. La doctrine réserve le cas où l'entrepreneur évite volontairement d'être mieux informé (Gauch, op. cit., n° 2092). »

(TF, 29.08.2013, 4A_94/2013, cons. 3.2)

- Le délai de 60 jours pour l'avis des défauts en matière immobilière, prévue par l'AP (révision du droit contractuel de la construction) (art. 367 al. 1 et 370 al. 3 CO).

157. Les règles sur le contrat d'entreprise ne comprennent pas de disposition équivalente à l'art. 199 CO s'agissant des exclusions ou limitations de garanties. Cependant le principe général des art. 100 et 101 CO s'applique, avec pour conséquence que la clause d'exclusion ou de limitation de garantie ne s'applique pas en cas de faute grave ou dol de l'entrepreneur.

158. *L'AP (révision du droit contractuel de la construction) prévoit en outre qu'une clause excluant ou limitant le droit à la réparation est nulle de plein droit si l'ouvrage est une construction immobilière que le maître destine à un usage personnel ou familial.*

b. Spécificités du contrat d'entreprise

159. Les règles sur les défauts de l'ouvrage ont quelques particularités qui les différencient des règles sur le défaut de la chose vendue :

- L'art. 368 CO prévoit un droit à la réparation qui n'est pas prévu dans le cas de la vente. Le motif en est que le vendeur peut être un simple intermédiaire, alors que l'entrepreneur a par définition les compétences requises pour la réparation. Le droit à la réparation suppose que cette réparation soit possible sans dépenses excessives.
- L'art. 368 CO ne prévoit pas de droit au remplacement de l'ouvrage.
- L'art. 369 CO tient compte de la participation du maître de l'ouvrage dans la réalisation de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage peut en effet donner des instructions (art. 364 CO), fournir des informations ou des plans, fournir les matériaux nécessaires à l'exécution de l'ouvrage (art. 365 CO). Le maître ne peut se prévaloir d'un défaut lorsque ce défaut lui est imputable.

c. Rapport avec d'autres moyens de droit

160. Dans le contrat d'entreprise, le défaut apparaît pendant l'exécution de l'ouvrage, et donc après la conclusion du contrat. Il n'y a donc pas de raison d'envisager un concours avec un vice de consentement.

161. En revanche, la livraison d'un ouvrage défectueux peut, le cas échéant, correspondre à un acte illicite, notamment lorsque le défaut de l'ouvrage endommage la propriété d'autres biens appartenant au maître, ou son intégrité corporelle. Le maître peut dans un tel cas choisir d'agir sur la base d'une responsabilité délictuelle du maître de l'ouvrage. Tout défaut de l'ouvrage ne constitue cependant pas un acte illicite.

« Le maître de l'ouvrage, auquel l'entrepreneur a livré un ouvrage défectueux, peut exercer, en concours avec l'action contractuelle en garantie des défauts, l'action délictuelle de l'art. 41 CO pour autant évidemment que les conditions de cette action soient remplies; il faut en particulier que la création du défaut constitue simultanément un acte illicite (cf. ATF 117 II 259 consid. 3 p. 269 s.; GAUDENZ G. ZINDEL ET AL., in Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6e éd. 2015, n° 81 ad art. 368 CO; FRANÇOIS CHAIX, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 68 ad art. 368 CO; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5e éd. 2011, ch. 2342 p. 846; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e éd. 2009, ch. 4464 p. 673). (...) »

4.3 (...) *En doctrine, il est soutenu que la défectuosité de l'ouvrage livré, compris comme le résultat concret du travail de l'entrepreneur, ne constitue pas une violation du droit de propriété du maître, susceptible de créer une prétention délictuelle en faveur de celui-ci (GAUCH, op. cit., ch. 2345 p. 847 s.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9e éd. 2010, p. 301). Cette opinion doit être suivie. Elle est de fait en harmonie avec la théorie objective de l'illicéité. »*

(TF, 30.10.2015, 4A_261/2015, cons. 4.1)

Mais le prix que j'attends de mon entier dévouement
n'est-il pas pour elle un gage de réussite ?

Balzac, Le cousin Pons

I. OBLIGATIONS CARACTÉRISTIQUES

a. Caractère résiduel des règles sur le mandat

162. Les règles sur le contrat de mandat s'appliquent à tout contrat entre un mandant (client) et un mandataire (prestataire), dont la prestation caractéristique est une prestation de service, dans la mesure où :

- Le service fourni ne fait pas l'objet de règles spécifiques. Tel est le cas pour les services du courtier, de l'agent, du dépositaire, du commissionnaire, du transporteur.
- Le contrat ne peut pas être qualifié de contrat de travail.

163. Le caractère résiduel des dispositions sur le contrat de mandat est exprimé à l'art. 394 al. 2 CO. Ces dispositions recouvrent dès lors des contrats très variés, qui n'ont pour point commun que d'être des contrats de service. Les activités de l'avocats, du gestionnaire de fortune, du médecin, du conseiller artistique (TF, 11.06.2018, 4A_129/2017) pour être très différentes, ne se retrouvent-elles pas moins dans leur qualification de mandat.

b. Distinction avec le contrat de travail

164. La distinction entre mandat et travail est délicate et importante tant sur le plan administratif (régime d'AVS et imposition fiscale) que sur le plan du droit privé (application des règles impératives de protection des travailleurs). Cette distinction est parfois délicate, compte tenu des formes variées du travail, de son organisation, et des modes de rémunération du travailleur. L'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas à eux seuls déterminants (TF, 4A_64/2020, cons. 6.4)

165. Les critères retenus par la jurisprudence en faveur d'un contrat de travail et au détriment du contrat de mandat sont :

- Le *rapport de subordination* du travailleur, qui implique que ce dernier soit soumis à la surveillance et aux instructions de l'employeur concernant l'organisation du travail

(lieu, horaires, manière d'organiser la tâche). Par opposition, le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais reste libre de s'organiser comme il le souhaite.

« Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination (ATF 125 III 78 consid. 4; 121 I 259 consid. 3a; 112 II 41 consid. 1a; arrêt 4A_64/2020 précité consid. 6.2 et les arrêts cités), qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique (ATF 121 I 259 consid. 3a; arrêt 4A_64/2020 précité consid. 6.2 et les arrêts cités). Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêts 4A_64/2020 précité consid. 6.3.1; 4A_10/2017 précité consid. 3.1; 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et les arrêts cités).

En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat (arrêts 4A_64/2020 précité consid. 6.3.1 et les arrêts cités). »

(TF, 21.09.2021, 4A_53/2021, cons. 5.1.3.1)

- Le *risque économique* de l'activité, qui est supporté par l'employeur dans le contrat de travail, alors qu'il est supporté par la mandataire dans le contrat de mandat.

« Constituent ainsi des éléments typiques du contrat de travail le remboursement des frais encourus par le travailleur (arrêt 4A_64/2020 précité consid. 6.3.3 et les arrêts cités) et le fait que l'employeur supporte le risque économique et que le travailleur abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêt 4A_64/2020 précité consid. 6.3.5 et les arrêts cités). »

(TF, 21.09.2021, 4A_53/2021, cons. 5.1.3.2)

- La *dépendance économique* du travailleur par rapport à son employeur. Le travailleur a le plus souvent un unique employeur, contrairement au mandataire qui a en général de nombreux mandants.

« La dépendance économique du travailleur est également un aspect typique du contrat de travail. Est déterminant le fait que, dans le contexte de la prestation que le travailleur doit exécuter, d'autres sources de revenus sont exclues et qu'il ne puisse pas, par ses décisions entrepreneuriales, influencer sur son revenu. Un indice pour une telle dépendance réside dans le fait qu'une personne travaille pour une seule société. Cet indice est renforcé lorsque les parties conviennent d'une interdiction d'exercer toute activité économique similaire (arrêt 4A_64/2020 précité consid. 6.3.6 et les arrêts cités). »

c. Droit du mandataire à des honoraires

166. La rémunération du mandataire n'est pas un élément objectivement essentiel du contrat de mandat. Au contraire, cette rémunération n'est due que si l'usage ou le contrat en prévoit une (art. 394 al. 3 CO). Un mandat gratuit est donc rare mais possible.
167. En pratique, tous les mandats de nature professionnelle sont réputés onéreux selon l'usage. Les modes de rémunération du mandataire varient cependant d'un mandat à l'autre, et il est donc important que cette question soit réglée par le contrat, si elle ne fait pas l'objet d'un tarif professionnel usuel.
168. La rémunération du mandataire est la contrepartie de sa diligence. La jurisprudence en déduit que le mandataire non diligent perd en tout ou en partie le droit à ses honoraires. Une prétention en diminution des honoraires vient donc s'inscrire en concours avec une prétention en dommages et intérêts pour la mauvaise exécution du contrat.

« En cas de violation du mandat, il peut y avoir cumul entre le droit du mandant à la réparation du dommage causé par cette mauvaise exécution (art. 398 al. 1-2 CO) et le droit du mandant à la réduction des honoraires du mandataire (art. 394 al. 3 CO) (ATF 124 III 423 consid. 3c; arrêts 4A_89/2017 du 2 octobre 2017 consid. 5.2.2; 4A_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 14.1).

La rémunération du mandataire est due en vertu de l'art. 394 al. 3 CO. En cas de violation du mandat, la jurisprudence distingue entre la totale inexécution et l'exécution défectueuse de celui-ci.

En cas d'inexécution totale, soit lorsque le mandataire demeure inactif ou que ses prestations se révèlent inutiles ou inutilisables (vollständig unbrauchbar), celui-ci perd son droit à la rémunération (ATF 124 III 423 consid. 4a; arrêt 4A_89/2017 précité consid. 5.2.3).

En revanche, même en cas d'exécution défectueuse, le droit du mandataire à des honoraires subsiste, mais le montant des honoraires convenus (Honorarforderung) peut être réduit pour rétablir l'équilibre des prestations contractuelles. En effet, la rémunération due au mandataire représente une contre-prestation pour l'activité diligente qu'il exerce dans l'affaire dont il est chargé et s'il n'agit pas avec le soin requis, il ne peut prétendre, au titre de l'art. 394 al. 3 CO et de la convention des parties, à l'entier des honoraires convenus, c'est-à-dire à la rémunération qui serait équitablement due à un mandataire diligent (ATF 124 III 423 consid. 3b, rappelant un principe généralement admis dans la jurisprudence antérieure; arrêts 4A_89/2017 précité consid. 5.2.2; 4A_287/2015 du 22 juillet 2015 consid. 2.1). Le droit du mandant à la réduction existe même lorsque les honoraires ont été fixés de manière forfaitaire (arrêt 4A_287/2015 précité consid. 2.1 in fine). »

(TF, 21.04.2020, 4A_444/2019 cons. 3.1 ss)

169. Outre d'éventuels honoraires, le mandataire a droit au remboursement de toutes ses impenses nécessaires, et à la réparation du dommage causé par l'exécution du mandat (art. 402 CO).

« Le mandant doit également rembourser au mandataire les frais que celui-ci a faits pour l'exécution régulière du mandat (art. 402 al. 1 CO). Il faut comprendre l'expression "exécution régulière du mandat" en ce sens que, pour être remboursable, il faut que ces impenses, faites volontairement en faveur du mandant, aient été objectivement rendues nécessaires pour l'exécution du contrat (ATF 110 II 283, in JdT 1985 I 16) ou qu'elles correspondent aux instructions du mandant (ATF 108 II 197, in JdT 1982 I 548). »

(Genève, Cour de justice, ACJC/765/2022 du 31.05.2022 cons. 5.1.1)

II. OBLIGATION DE DILIGENCE DU MANDANT

a. Principe général

170. Le mandataire n'est pas tenu par une obligation de résultat, mais par une obligation de diligence : l'avocat ne garantit pas la réussite du procès, mais la défense diligente des intérêts de son client. Le médecin ne garantit pas la guérison, mais des soins appropriés. Le principe de l'obligation de diligence est prévue à l'art. 398 al. 1 CO, et sa sanction, à savoir la responsabilité du mandataire, à l'art. 398 al. 2 CO. Le niveau de diligence due se détermine selon les règles de l'art, les usages, les règles déontologiques de chaque profession, et les caractéristiques professionnelles du mandataire connues du mandant (comme une spécialisation dans un domaine précis).

« En sa qualité de mandataire, l'avocat est tenu à la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). Il répond à l'endroit de son mandant s'il lui cause un dommage en violant ses obligations de diligence et de fidélité (ATF 127 III 357 consid. 1b et les références). S'il n'est pas tenu à une obligation de résultat, il doit accomplir son activité selon les règles de l'art. Mais il ne répond pas des risques spécifiques qui sont liés à la formation et à la reconnaissance d'une opinion juridique déterminée. Sous cet angle, il exerce une tâche à risque, dont il sied de tenir compte en droit de la responsabilité civile. En particulier, il ne saurait voir engager sa responsabilité pour chaque mesure ou omission qui se révèle a posteriori comme ayant provoqué le dommage ou qui aurait pu éviter sa survenance. C'est aux parties de supporter les risques du procès; elles ne peuvent pas les transférer sur les épaules de leur conseil (ATF 127 III 357 ibidem; ATF 117 II 563 consid. 2a). Le degré de diligence qui incombe au mandataire ne doit pas se déterminer une fois pour toutes, mais en fonction des capacités, des connaissances

techniques et des aptitudes propres de ce dernier que le mandant connaît ou aurait dû connaître. Ce sont les circonstances concrètes de l'affaire qui importent à cet égard. Savoir si la manière d'agir d'un avocat doit être qualifiée de conforme ou non à son devoir de diligence résulte d'une pesée appréciative entre, d'une part, le risque engendré par le métier d'avocat et, d'autre part, l'autorité renforcée dont il est revêtu à l'égard de son client (ATF 127 III 357 consid. 1c). »

(ATF 134 III 534 cons 3.2.2)

171. Le Tribunal fédéral s'est ainsi interrogé sur le devoir de diligence d'un avocat, concernant sa connaissance de la jurisprudence. Il est arrivé à la conclusion qu'on ne peut attendre d'un avocat que la connaissance des arrêts publiés. La multiplication des accès informatiques à la jurisprudence non publiée risque de rendre cette jurisprudence rapidement obsolète.

« Sous l'angle de la responsabilité du mandataire, on ne peut pas exiger d'un avocat qu'il prenne connaissance de tous les arrêts du Tribunal fédéral accessibles par internet ou de tous les arrêts et articles publiés dans les nombreuses revues juridiques existant en Suisse. Le Tribunal fédéral publie ses arrêts de principe au Recueil officiel (art. 58 al. 1 du règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 [RS 173.110.131], pris en application de l'art. 27 al. 3 LTF; sous l'empire de l'OJ, cf. art. 18 du règlement du Tribunal fédéral du 14 décembre 1978 [RO 1979 p. 52]). C'est donc la publication dans ce recueil qui, en règle générale, est déterminante pour dire à partir de quel moment un avocat devrait avoir connaissance d'une nouvelle jurisprudence. »

(ATF 134 III 534 cons 3.2.3.3)

172. La responsabilité du mandataire répond aux critères généraux de l'art. 97 CO avec cette particularité que la violation positive du contrat est la violation d'une obligation de diligence. La violation du contrat se confond donc avec la condition de la faute, définie comme un manquement à la diligence due. La faute est présumée de façon générale en matière contractuelle, mais dans le cas du mandat, il appartient au mandant qui agit en dommages et intérêts de prouver la violation de l'obligation de diligence du mandataire. Le Tribunal fédéral en reste à l'énoncé des quatre conditions classiques de toute responsabilité, sans s'arrêter à la confusion de fait entre la violation du contrat et la faute.

« Sa responsabilité est donc subordonnée aux quatre conditions suivantes, conformément au régime général de l'art. 97 CO (arrêt 4A_588/2011 du 3 mai 2012 consid. 2.2.2) : (1) une violation des obligations qui lui incombent en vertu du contrat, notamment la violation de ses obligations de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO; ATF 134 III 534 consid. 3.2.2; 127 III 357 consid. 1); (2) un dommage; (3) un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre

la violation du contrat et le dommage; et (4) une faute. Le client mandant supporte le fardeau de l'allégation objectif (objektive Behauptungslast) et de la preuve (Beweislast) des trois premières conditions conformément à l'art. 8 CC (arrêt 4A_588/2011 précité consid. 2.2.2); il incombe en revanche à l'avocat mandataire de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable (" à moins qu'il ne prouve... ").»

(TF, 19.11.2018, 4A_175/2018)

b. Devoirs spécifiques

173. L'obligation de diligence est concrétisée par un certain nombre de devoirs spécifiques du mandataire :

- *Obligation de suivre les instructions du mandant (art 397 CO). Si ces instructions sont inopportunes, le mandataire doit en aviser le mandant, le cas échéant, révoquer le mandat.*

« Conformément à l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, le premier devoir du mandataire est de veiller diligemment et fidèlement aux intérêts du mandant, d'agir au profit de ce dernier et non à son détriment. S'il a reçu des instructions inopportunes ou irréalisables, il s'en ouvrira au mandant et lui demandera de prendre position. Dès le moment où il se sera rendu compte que des instructions sont inopportunes ou inobservables, il ne poursuivra pas l'exécution du mandat sans égard à ces instructions. S'il a seulement des raisons de supposer que les instructions pourraient être inopportunes ou irréalisables, il s'efforcera immédiatement de tirer la question au clair, conformément à son devoir de diligence; si ses suppositions se vérifient, il en fera part au mandant, sans délai. Il ne poursuivra son travail que dans la mesure indispensable pour tenir un délai d'exécution. »

(Cour de Justice Genève, C/7351/2016, ACJC/672/2019 du 04.04.2019 cons. 2.1.2)

- *Obligation de reddition de compte (art. 400 CO). A la demande du mandant, le mandataire doit rendre compte de sa gestion.*

« Les parties sont liées par un mandat. Sous le titre général "reddition de compte", l'art. 400 al. 1 CO met à la charge du mandataire l'obligation, envers le mandant, de lui rendre compte de sa gestion (Rechenschaftspflicht) et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef (Ablieferungs- ou Herausgabepflicht). L'obligation de rendre compte comprend l'obligation de renseigner (Informationspflicht) (ROLF H. WEBER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 6 e éd. 2015, N os 2 ss ad art. 400 CO; FRANZ WERRO, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2 e éd. 2012,

n° 4 ad art. 400 CO). Le droit à l'information doit permettre au mandant de vérifier si les activités du mandataire correspondent à une bonne et fidèle exécution du mandat (ATF 139 III 49 consid. 4.1.2 p. 54; ATF 110 II 181 consid. 2 p. 182) et, le cas échéant, de réclamer des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité du mandataire (ATF 110 II 181 consid. 2 p. 182; cf. également ATF 138 III 425 consid. 6.4 p. 435). Grâce à l'information obtenue, le mandant connaîtra également l'objet de l'obligation de restitution (ATF 139 III 49 consid. 4.1.2 p. 54; ATF 110 II 181 consid. 2 p. 182). Le devoir de renseigner peut porter sur la teneur de documents internes pour autant qu'elle soit pertinente pour contrôler les activités du mandataire (ATF 139 III 49 consid. 4.1.3 p. 56). »

(ATF 141 III 564 cons. 4.2.1)

- *Obligation de restitution* de tout ce qui a été reçu par le mandataire dans le cadre de l'exécution du mandat (art. 400 CO).

« En vertu de l'art. 400 al. 1 CO, le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit.

L'idée à la base de cette disposition est que le mandataire, en dehors du versement de ses honoraires, ne doit pas s'enrichir, ni subir de perte du fait de l'exécution du mandat (ATF 138 III 755 consid. 4.2; arrêt 4C.125/2002 du 27 septembre 2002 consid. 3.1). Le devoir de rendre compte, comme le devoir de restituer, ont pour but de garantir le respect de l'obligation de diligence et de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO) et de sauvegarder les intérêts du mandant. Ce sont des éléments centraux de l'objet du mandat, qui est de rendre service à autrui (ATF 139 III 49 consid. 4.1.2; ATF 138 III 755 consid. 5.3). »

(ATF 143 III 348 cons. 5.1.1)

- *Obligation de fidélité*, impliquant notamment d'éviter tout conflit d'intérêts. Les règles déontologiques complètent ce principe, notamment pour les avocats (art. 12 let.c LLCA ; art. 5 des us et coutumes 2021 de OAG).
- *Obligation d'exécution personnelle* (art. 398 al. 3 CO), sauf si le recours à un substitut est autorisé par le contrat.

III. SUBSTITUT

a. Notion de substitut

174. Lorsqu'il y est autorisé par le mandat, le mandataire peut sous-traiter l'exécution du mandat en tout ou en partie à un tiers, qui exercera ce mandat de manière indépendante et sous sa propre responsabilité. La loi parle de substitut, pour

différencier la situation de celle d'un simple auxiliaire, qui peut être un employé du débiteur.

« Selon l'art. 398 al. 3 CO, le mandataire est tenu d'exécuter personnellement le mandat, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs.

Plutôt que d'exécuter lui-même le contrat, le mandataire peut, en son nom mais pour le compte du mandant, en confier tout ou partie de la réalisation à un tiers (substitut ou sous-mandataire), lequel l'exécutera de manière indépendante, sous sa propre responsabilité; on parle de substitution (cf. TERCIER ET ALII, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, nos 4414 s.; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 1992 [cité ci-après FELLMANN, Berner Kommentar], nos 543, 561 et 592 ad art. 398 CO). Le mandataire conclut un (sous-) contrat - généralement un (sous-) mandat - avec le substitut. Comme (sous-) mandant, il doit payer d'éventuels honoraires au sous-mandataire, peut lui donner des instructions et exiger de lui une exécution diligente et fidèle de l'obligation ainsi "sous-traitée" (TERCIER ET ALII, op. cit., n° 4428; FELLMANN, Berner Kommentar, nos 562 et 592 s. ad art. 398 CO).

Entre le mandant principal et le substitut, il n'y a en soi aucune relation contractuelle directe. Le substitut ne peut faire valoir ses prétentions - en particulier son droit à la rémunération (arrêt 4C.378/2002 du 1er avril 2003 consid. 5.2) - que contre le mandataire, à l'exclusion du mandant principal. »

(TF, 12.11.2020, 4A_512/2019, cons. 3.2)

b. Responsabilité du mandataire pour le substitut

175. En dérogation à l'art. 101 CO, l'art. 399 al. 2 CO prévoit que, dès lors que le recours à un substitut était autorisé par le contrat, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le substitut, et des instructions qu'il lui a données.
176. Le Tribunal fédéral a cependant réduit le champ d'application de l'art. 399 al. 2 CO en revenant au régime ordinaire de l'art. 101 CO lorsque le mandataire a eu recours au service d'un substitut dans son intérêt propre, et non dans l'intérêt du mandant. Ainsi un avocat qui envoie un confrère à l'audience car il est trop occupé pour y aller lui-même est responsable du fait de ce dernier, alors que l'avocat qui fait intervenir un confrère spécialisé dans le domaine du dossier pour assurer une meilleure défense du mandant ne répond que de la façon dont il a choisi ce confrère, et des instructions qu'il lui a données.
177. Toute autre est la situation où le recours à un substitut n'était pas autorisé par le contrat de mandat. Dans ce cas, quel que soit le motif pour lequel le mandataire a eu recours au substitut, il répond des actes de ce dernier comme s'il les avait commis lui-même (art. 399 al 1 CO) , ce qui correspond au régime de l'art. 101 CO.

c. Droit direct du mandant contre le substitut

178. En dérogation au principe de la relativité des contrats, la loi prévoit que le mandant, qui n'est pas partie au contrat avec le substitut, peut exercer à l'égard du substitut les droits du mandataire. Il peut ainsi lui donner des instructions, ou exiger une reddition de compte.

« Ce dernier [le mandant] dispose en revanche d'une action directe contre le substitut, l'art. 399 al. 3 CO l'habilitant à "faire valoir directement (...) les droits" dont le mandataire dispose envers la personne qu'il s'est substituée. Le mandant principal peut notamment donner des instructions au substitut (ATF 121 III 310 consid. 4a in fine p. 315; 110 II 183 consid. 2b p. 187) ou exiger une reddition de compte selon l'art. 400 CO (TERCIER ET ALII, op. cit., nos 4429 s.; FELLMANN, Berner Kommentar, nos 610-614 ad art. 398 CO, nos 92-95 et 101 ad art. 399 CO; OSER/WEBER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd. 2020 [ci-après: Basler Kommentar OR I], nos 6 s. ad art. 399 CO; JOHAN DROZ, La substitution dans le contrat de mandat, 2008, n. 602 ss; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht VII/6, 2000, p. 98 et sous-note 39). »

(TF, 12.11.2020, 4A_512/2019, cons. 3.2)

179. Le cas échéant, le mandant peut agir en dommages intérêts contre le substitut, pour la mauvaise exécution par le substitut de son contrat avec le mandataire. Au sens strict de la loi, il ne peut faire valoir que le dommage du mandataire (*« exercer directement les droits du mandataire »*), mais ce dommage correspond à celui du mandant, dont le mandataire répond en vertu du contrat de mandat principal.

IV. RÉVOCATION DU MANDAT

a. Droit impératif

180. Selon l'art. 404 CO, le mandat peut être révoqué en tout temps par les deux parties. Cette disposition fait écho à l'art 34 al. 1 et 2 CO et le Tribunal fédéral considère qu'elle est de droit impératif. Cette opinion a été beaucoup critiquée en doctrine, en raison de la précarité qu'elle implique pour tous les contrats de service soumis au droit suisse. D'un autre côté, on peut comprendre qu'un client soit libre de changer d'avocats ou de médecin s'il le désire, même s'il n'existe pas de motif objectif de résiliation.

« D'après l'art. 404 al. 1 CO, le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. Le droit de mettre fin au contrat est impératif; il ne peut pas être exclu ni limité par des clauses contractuelles. La résiliation en tout temps existe également lorsque le mandat a été conclu pour une durée fixe ou lorsque le mandat est atypique (cf. ATF 104 II 108 consid. 4 p.115 ss; arrêt 4A_284/2013 du 13 février 2014 consid. 3.5.1). Malgré les critiques de la doctrine, le

Tribunal fédéral a maintenu cette jurisprudence (ATF 115 II 464 consid. 2a p.466 s.; arrêts 4A_284/2013 du 13 février 2014 précité, ibidem; 4A_141/2011 du 6 juillet 2011 consid. 2.2 et 2.3 et les références). »

(TF, 12.07.2017, 4A_680/2016, cons. 3.1)

181. Le terme de révocation utilisé à l'art. 404 CO est trompeur, car ce terme est également utilisé en droit suisse pour désigner le droit de rétractation d'un consommateur (art. 40b CO). Il s'agit en réalité d'une résiliation, mettant fin au contrat de mandat sans effet rétroactif.

b. Conséquences financières de la résiliation

182. Le mandant qui résilie le contrat doit donc payer les honoraires du mandataire selon les modalités convenues jusqu'à la date de résiliation.
183. Par ailleurs, selon l'art. 404 al. 2 CO, le mandant doit indemniser le mandataire pour le dommage (intérêt négatif) subi par le mandataire, si la résiliation intervient en temps inopportun. Tel est le cas si elle ne trouve aucune justification objective, et cause au mandataire un dommage autre que son gain manqué sur la continuation du contrat. L'indemnité due consiste à remettre le mandataire dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, notamment en l'indemnisant pour toutes les mesures qu'il a prises en vue de l'exécution du mandat.

« Aux termes de l'art. 404 al. 2 CO, la partie qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause. Selon la jurisprudence, il y a résiliation en temps inopportun lorsqu'elle intervient sans motif sérieux, c'est-à-dire si l'on ne discerne pas de circonstances qui soient de nature, d'un point de vue objectif, à rendre insupportable la continuation du contrat, en particulier à rompre le rapport de confiance avec le cocontractant (cf. ATF 134 II 297 consid. 5.2 p. 306; arrêts 4A_601/2015 du 19 avril 2016 consid. 1.2.1; 4A_36/2013 du 4 juin 2013 consid. 2.5). Si la résiliation est fondée sur un juste motif, elle n'oblige pas à réparation (arrêt 4A_237/2008 du 29 juillet 2008 consid. 3.2 et les arrêts cités). Le dommage à indemniser est celui que la partie subit du fait du moment où la résiliation est intervenue et en raison des dispositions qu'elle avait prises pour l'exécution du mandat (ATF 110 II 380 consid. 3b; 109 II 462 consid. 4c p. 469 s.; arrêt 4A_36/2013 déjà cité consid. 2.5). Il s'agit de l'intérêt que cette partie avait à ne pas conclure le contrat (intérêt négatif). Elle n'a certes pas droit à être indemnisée de l'intérêt qu'elle avait à la poursuite du contrat (intérêt positif; arrêt 4A_284/2013 du 13 février 2014 consid. 3.6.1), mais lorsque le mandat a été conclu pour une certaine durée et qu'il est établi que la partie dont le contrat est résilié a pris des dispositions pour exécuter ce mandat et, par là, a renoncé à d'autres sources de revenus, ces éléments sont constitutifs de son intérêt négatif. »

V. MANDAT FIDUCIAIRE

a. Dissociation des qualités d'ayant-droit économique et de propriétaire juridique

184. Le mandat fiduciaire est un mandat par lequel le mandataire (fiduciaire) rend au mandant (fiduciant) le service d'être le propriétaire d'un patrimoine (patrimoine fiduciaire) tout en le gérant pour le compte et selon les instructions du fiduciant. Le fiduciaire est propriétaire du patrimoine fiduciaire, mais compte tenu du mandat fiduciaire, le fiduciant en est l'ayant-droit économique.

185. La dissociation entre les qualités de propriétaire juridique et d'ayant-droit économique n'est pas une simulation (art. 18 CO), car elle est voulue pour les deux parties.

« Les actes juridiques dont est chargé le fiduciaire se distinguent des actes simulés, donc nuls, en ce que les parties entendent bien faire les actes en question, et non d'autres actes présentés sous une apparence trompeuse. Lorsque le fiduciant entend se servir d'un homme de paille au lieu d'agir personnellement, on est en présence d'actes juridiques "per interpositam personam" ou convention de prête-nom.

Les rapports fiduciaires réalisent des buts variés; ils sont en principe licites quels que soient leurs mobiles, qui peuvent toutefois entraîner des sanctions. L'acte fiduciaire devient nul, en vertu de l'art. 20 CO, s'il a pour but d'éluder une disposition légale impérative. Pour en juger, il faut rechercher si la loi interdit absolument le résultat économique que les intéressés veulent atteindre, ou ne l'autorise que dans certaines limites qui échappent au droit de disposition des parties, ou si au contraire elle permet d'obtenir ce résultat par la voie suivie en l'espèce. »

(ATF 98 V 191 cons. 2)

b. Régime de la fiducie

186. Le contrat de fiducie est d'abord un contrat de mandat, soumis aux règles générales sur les contrats de mandat. Le législateur n'a réglé à l'art. 401 CO que deux aspects de la fiducie, et laissé le reste à la *lex contractus*.

- *Cession légale de créance.* Lorsque le contrat fiduciaire prend fin, toutes les créances acquises par le fiduciaire en son nom mais pour le compte du fiduciant sont transférées au fiduciant (art. 401 al. 1 CO). Une cession écrite de créance (art. 165 CO) n'est pas nécessaire. Cela dit, pour pouvoir se légitimer à l'égard du tiers-débiteur, le fiduciant doit être en mesure de produire le contrat fiduciaire et d'établir que la créance a bien été acquise par le fiduciaire pour le compte du fiduciant. Cette cession légale de créance est opposable à la masse en faillite du fiduciaire (art. 401 al. 2 CO), ce qui

implique que les créances du fiduciaire contre des tiers débiteurs ne tombent pas dans la masse active de la faillite du fiduciaire.

- *Droit de distraction dans la faillite du fiduciaire.* En cas de faillite du fiduciaire, tous les biens qui lui appartiennent tombent dans la masse active de la faillite (art. 197 LP). Cela vaut aussi pour le patrimoine fiduciaire, puisqu'il appartient au fiduciaire. Le fiduciant peut néanmoins aller rechercher dans la masse active du fiduciaire les biens mobiliers acquis par le fiduciaire en son nom mais pour le compte du fiduciant (art. 401 al. 3 CO).

187. Qu'il s'agisse des créances contre des tiers-débiteur ou des biens mobiliers du patrimoine fiduciaire, le fiduciant ne bénéficie des effets de l'art. 401 CO que si ces biens ou valeurs ont été individualisés, c'est-à-dire qu'ils étaient détenus par le fiduciaire d'une façon qui permettait de les distinguer d'autres biens appartenant au fiduciaire. La question est notamment délicate pour les sommes d'argents perçues par le fiduciaire avant la faillite.

« En vertu de l'art. 197 LP, les biens propriété du débiteur lors de la déclaration de faillite tombent dans la masse et sont affectés au paiement des créanciers. L'art. 401 CO institue une exception en faveur du mandant. Selon cette règle, le mandant qui a satisfait à ses obligations est légalement subrogé aux droits du mandataire, qui a acquis en son propre nom, mais pour le compte du mandant, des créances contre des tiers ou des choses mobilières. Il peut revendiquer dans la faillite du mandataire lesdites créances et les biens meubles acquis pour son compte (ATF 102 II 103 consid. 1 p. 106, 297 consid. 2c p. 301). En règle générale, l'art. 401 CO ne s'applique pas à une somme d'argent encaissée par le mandataire avant la faillite. Pour que cette disposition trouve néanmoins application, il faut que l'argent perçu par le mandataire soit individualisé. Les sommes qui lui sont versées doivent être créditées sur un compte spécial, distinct du patrimoine du mandataire, dont celui-ci ne peut plus disposer librement (cf. ATF 102 II 103 consid. 5 p. 110; 102 II 297 consid. 3b p. 303 s.; PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 4e éd. 2009, n. 5180 p. 778). Le compte spécial doit en outre être établi au nom du mandant seul (arrêt B.116/1990 du 20 juillet 1990, publié dans la SJ 1990 p. 637; cf. ATF 102 II 297 consid. 3b p. 303 s.; entre autres auteurs: TERCIER, op. cit., avec les références citées). »

(TF. 23.06.20094A_202/2009, cons. 2.2.3)

188. Il ressort de l'art. 401 al. 3 CO *a contrario* que les biens mobiliers remis par le fiduciant au fiduciaire ou les biens immobiliers acquis par le fiduciaire pour le compte du fiduciant ne peuvent être récupérés par le fiduciant, et restent dans la masse active de la faillite. Le fiduciant a une créance en restitution de ces biens contre le fiduciaire. Il peut produire dans la faillite cette créance, qui doit être convertie en créance pécuniaire de valeur équivalente (art. 211 LP).

Doué de l'éloquence d'un robinet d'eau chaude que l'on tourne à volonté, ne peut-il pas également arrêter et reprendre sans erreur sa collection de phrases préparées qui coulent sans arrêt et produisent sur sa victime l'effet d'une douche morale ?

Balzac, La comédie humaine, L'illustre Gaudissart

I. TYPOLOGIE

a. Contrats de mise en relation

189. L'activité humaine est faite de relations, et le service consistant à mettre le mandant en relation avec un tiers est un service essentiel, qui peut être encadré par diverses constructions contractuelles.

- Le *contrat de courtage* consiste pour le mandataire à rechercher un cocontractant pour le mandant, dans le but de permettre au mandant et au cocontractant de conclure une transaction spécifique. Le rôle du courtier est soit d'indiquer au mandant l'occasion de conclure la transaction (courtage d'indication) soit de négocier cette transaction (courtage de négociation). Le courtier est rémunéré par une commission sur la valeur de cette transaction.
- Le *contrat d'agence* consiste pour l'agent à créer et ou développer une clientèle pour les produits du mandant, dans une région définie. Le cas échéant, il est le représentant direct du mandant. L'agent est rémunéré par une commission sur chaque affaire qu'il a apportée au mandant.
- Le *contrat de commission* consiste à ce que le commissionnaire acquiert et vende des objets mobiliers ou papiers-valeurs du mandant, en son propre nom, mais pour le compte du mandant (commettant). Le commissionnaire remet alors le montant du prix de vente au commettant, après déduction de sa commission.
- Le *contrat de distribution exclusive* n'est pas un contrat nommé. Il consiste à conférer au distributeur le droit d'acheter des produits du mandant, et de les vendre en son propre nom et pour son propre compte, mais en suivant une ligne commerciale définie par le contrat. Le distributeur est rémunéré par la différence entre le prix auquel il achète les produits au mandant, et le prix auquel il les revend aux consommateurs.

b. Rapport avec le mandat

190. Les contrats d'intermédiaire sont des contrats de service, plus ou moins proches du contrat de mandat :

- Le contrat de courtage est soumis à titre supplétif aux règles sur le contrat de mandat (art. 412 al. 2 CO). L'art. 404 CO lui est applicable.
- Le contrat d'agence est soumis à titre supplétif aux règles sur le contrat de courtage si l'agent n'a le droit que de négocier les contrats (*agent négociateur*) et au contrat de commission si l'agent a le droit de représenter le mandant pour conclure les contrats (*agent stipulateur*) (art. 418b CO). Contrairement au contrat de mandat, le contrat d'agence est un contrat de durée qui n'est donc pas soumis à l'art. 404 CO.
- Le contrat de commission est soumis à titre supplétif aux règles sur le contrat de mandat (art. 425 al. 2 CO).
- Le contrat de distribution n'est pas un contrat nommé. Il est parfois désigné en pratique par l'appellation « *contrat de représentation exclusive* », qui est trompeuse car le distributeur n'est pas un représentant du mandant. Les juges appliquent par analogie les règles sur la vente à la vente des produits par le mandant au distributeur, et les règles sur le contrat d'agence à la durée du contrat, à la diligence du distributeur, et à l'indemnité de clientèle. Le contrat de distribution, à l'instar du contrat d'agence, est un contrat de durée qui n'est donc pas soumis à l'art. 404 CO

II. CONTRAT DE COURTAGE

a. Rémunération au résultat

191. Une des spécificités du contrat de courtage, qui le différencie du contrat de mandat, est que le courtier n'a droit à sa rémunération que s'il obtient le résultat espéré, à savoir la conclusion de l'affaire pour laquelle le contrat de courtage a été conclu.

« La rémunération du courtier au sens de l'art. 413 al. 1 CO a ainsi un caractère aléatoire, puisqu'elle dépend de la conclusion effective de l'affaire visée, sans égard aux efforts que le courtier a déployés et au temps qu'il a consacré à celle-ci (ATF 138 III 669 consid. 3.1; arrêts 4A_307/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.1; 4A_309/2016 du 31 août 2016 consid. 2.1; 4C.93/2006 du 14 juillet 2006 consid. 2.1; 4C.228/2005 du 25 octobre 2005 consid. 3). »

(TF, 16.04.2020, 4A_449/2019, cons. 5.1)

192. A défaut, le courtier n'a droit qu'au remboursement de ses frais et impenses, et encore à condition qu'il ait été prévu expressément dans le contrat que le courtier aurait droit au remboursement de ses frais indépendamment de sa commission (art. 413 al. 3 CO).

193. Pour la rémunération du courtier à proprement parler, la loi parle de « *salaire du courtier* ». La terminologie légale est rarement reprise en pratique, les parties utilisant en général le terme de « *commission* ».

194. La rémunération du courtier est due à la double condition que (i) l'affaire envisagée a été conclue par le mandant et (ii) ce résultat trouve sa cause dans l'activité du courtier (art. 413 al. 1 CO). La condition de la causalité entre l'activité du courtier et le résultat obtenu fait l'objet d'une abondante jurisprudence.

- Lorsque le courtier est un courtier négociateur, le Tribunal fédéral a créé l'insaisissable critère du « *lien psychologique* » entre l'activité du courtier et la décision du tiers de conclure l'affaire envisagée avec le mandant.

« Dans le courtage de négociation, la jurisprudence se contente d'un lien psychologique entre les efforts du courtier et la décision du tiers (ATF 84 II 542 consid. 5; 72 II 84 consid. 2 p. 89; plus récents, arrêts 4A_307/2018 précité consid. 4.1; 4A_562/2017 du 7 mai 2018 consid. 3.1; 4A_479/2016 du 21 avril 2017 consid. 4.1). A cet égard, il importe peu qu'un autre (nouveau) courtier ait également été mis en oeuvre. En pareil cas, la condition suspensive de l'art. 413 al. 1 CO n'est défailante que si l'activité du premier courtier n'a abouti à aucun résultat, que les pourparlers consécutifs à cette activité ont été définitivement rompus et que l'affaire est finalement conclue, avec le contractant que le premier courtier avait présenté, sur des bases toutes nouvelles (arrêts 4A_153/2017 précité consid. 2.3.1; 4A_479/2016 du 21 avril 2017 consid. 4.1 et les arrêts cités). »

(TF, 20.03.2019, 4A_334/2018, cons. 4.1.2)

- Lorsque le courtier est un courtier indicateur, le critère est de savoir si le courtier a été le premier à indiquer cette occasion de conclure l'affaire au mandant.

« Dans le courtage d'indication, l'exigence d'un lien psychologique entre les efforts du courtier et la décision du tiers n'a pas véritablement de sens, puisque le courtier se limite à communiquer au mandant le nom de personnes intéressées à conclure et n'exerce pas d'influence sur la volonté de celles-ci (arrêts 4A_153/2017 précité consid. 2.3.1; 4A_479/2016 précité consid. 4.1 et les arrêts cités; arrêt 4C.136/2004 du 13 juillet 2004 consid. 3.2.1). Il incombe alors au courtier, s'il entend recevoir une rémunération, d'indiquer à son mandant une occasion de conclure qui lui était inconnue jusque-là (arrêts 4A_153/2017 précité consid. 2.3.2; 4C.136/2004 déjà cité consid. 3.2.1 et l'arrêt cité). Ainsi, la conclusion du contrat principal est dans un rapport de causalité avec l'activité de courtage si le courtier prouve qu'il a été le premier à désigner, comme s'intéressant à l'affaire, la personne qui a acheté par la suite et que c'est précisément sur la base de cette indication que les parties sont entrées en relation et ont conclu le marché (arrêts 4A_153/2017 précité consid. 2.3.2; 4A_479/2016 déjà cité consid. 4.1;

4C.136/2004 du 13 juillet 2004 consid. 3.3.2). Il en va de même lorsque le contrat principal est conclu avec un tiers se trouvant dans une relation économique ou personnelle particulièrement étroite avec la personne indiquée (arrêts 4A_200/2010 du 26 juillet 2010, consid. 7.1 et 8.3; 4A_155/2008 du 24 avril 2008 consid. 3.1; Tercier/Bieri/Carron, *Les contrats spéciaux*, 5e éd. 2016, n. 4993). »

(TF, 20.03.2019, 4A_334/2018, cons. 4.1.2)

195. La difficulté de prouver cette causalité pousse les courtiers à déroger à l'art. 413 CO, qui n'est pas de droit impératif (ATF 131 III 268 cons. 5.1.2 et les références citées). De nombreuses clauses dérogatoires ont été créées par la pratique, et validées par la jurisprudence.

« Dans la pratique, au vu des cas tranchés par la jurisprudence et recensés par la doctrine (FRANÇOIS RAYROUX, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 38 ss ad art. 412 CO), on rencontre différentes clauses particulières, qui peuvent aussi être combinées entre elles. Ainsi, les parties peuvent convenir :

1) d'une clause de renonciation au rapport de causalité: le mandant renonce au lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion de l'affaire, ce dernier ayant droit à son salaire alors même que son activité est sans rapport avec la conclusion de l'affaire par le mandant (ATF 100 II 361 consid. 3c);

2) d'une clause d'exclusivité: le mandant s'oblige à ne pas conclure avec des tiers des contrats de courtage portant sur l'affaire (ATF 100 II 361 consid. 3a); selon la volonté des parties, la violation de cette clause peut entraîner pour le courtier, soit le droit à des dommages-intérêts (violation de l'obligation contractuelle au sens de l'art. 97 al. 1 CO), soit le paiement de la commission convenue (même arrêt consid. 4);

3) d'une clause d'exclusivité par laquelle le mandant s'interdit non seulement de recourir à un autre courtier, mais aussi de rechercher ou négocier lui-même (ATF 100 II 361 consid. 3b);

4) d'une clause de garantie d'une commission (Provisionsgarantie) : le mandant garantit au courtier tout ou partie de sa rémunération même si l'affaire est conclue par l'intermédiaire d'un tiers; ou

5) d'une clause de garantie d'une commission réduite même si l'affaire n'aboutit pas (ATF 131 III 268 consid. 5.1.2; arrêt 4A_309/2016 précité consid. 2.1). »

(TF, 16.04.2020, 4A_449/2019, cons. 5.3)

196. Ces clauses posent le problème de leur compatibilité avec l'art. 404 CO, applicable au contrat de courtage par le renvoi de l'art. 412 al. 2 CO : dès lors que le courtier a droit à sa rémunération indépendamment de tout lien de causalité entre son activité et la conclusion de l'affaire envisagée, faut-il considérer qu'il y a droit même si ce résultat intervient après une révocation du courtage ? Le Tribunal fédéral répond positivement à cette question, sans y voir une contradiction avec le droit impératif de révoquer le contrat au sens de l'art. 404 CO.

« En effet, contrairement à l'opinion de GAUTSCHI, la clause d'exclusivité ne restreint nullement, comme telle, la faculté de révoquer le contrat fondé sur l'art. 404 CO. Seule une convention spécifique excluant la révocation du mandat donné au courtier pourrait être dépourvue de validité, le contrat de courtage exclusif conservant au surplus tous ses effets juridiques. »

(ATF 100 II 361 cons. 3.d)

b. Salaire excessif

197. La rémunération du courtier est en général convenue par les parties en pourcentage de la valeur de l'affaire conclue par le mandant avec le tiers trouvé par le courtier. Cette rémunération peut être réduite par le juge si elle est excessive.

« Le juge effectuera une comparaison avec les commissions versées habituellement (ATF 117 II 286 consid. 5b p. 290 et les arrêts cités) dans la région considérée (ATF 112 II 459 consid. 3 p. 460; ATF 111 II 366 consid. 3c p. 370). En matière immobilière, la commission correspond en règle générale à un pourcentage du prix de vente obtenu. Le taux usuel peut varier en fonction du prix qui sert de référence; il diminue alors au fur et à mesure que le prix de vente augmente. Une commission peut dépasser légèrement le tarif ou le taux habituel sans pour autant être excessive (THÉVENOZ/PEYROT, Le contrat de courtage immobilier, in Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier, Foëx/Hottelier [éd.], 2007, p. 136). En effet, dans la mesure où il limite la liberté contractuelle des parties, l'art. 417 CO doit être interprété de manière restrictive (ATF 106 II 56 consid. 2a p. 57). »

(ATF 138 III 669 cons. 3.1)

198. Les taux généralement admis en matière immobilière tournent autour de 3 % de la valeur de la transaction conclue par le mandant avec le tiers (ATF 117 II 286)

c. Responsabilité du courtier

199. Le courtier est un mandataire. Il est donc soumis aux obligations de diligence de tout mandataire.

« 3. (...) Le courtier n'a en principe pas d'obligation d'agir. Dans la mesure toutefois où il agit pour le mandant, il est responsable de la bonne et fidèle exécution du contrat (art. 398 al. 2 CO applicable par renvoi de l'art. 412 al. 2 CO). L'art. 398 al. 1 CO renvoie aux règles régissant la responsabilité du travailleur dans les rapports de travail, soit à l'art. 321e CO.

4.2. Le courtier agissant en faveur de son mandant doit veiller aux intérêts de ce dernier et rechercher les meilleures conditions possibles pour celui-ci et l'informer de toutes les circonstances qui peuvent l'intéresser (ATF 110 II 276, consid. 2a). Le devoir d'information dont est tenu le courtier à l'égard du mandant découle de son obligation générale de diligence et de fidélité. Le courtier doit en outre éviter tout conflit d'intérêts (TERCIER/BIERI/CARRON, *op. cit.*, n° 4959). »

(TF, 05.05.2021, 4A_229/2020 cons. 3 et 4.2)

200. En revanche, le courtier ne garantit pas le résultat de son activité, et n'est donc pas responsable à l'égard du mandant du simple fait que l'affaire envisagée n'est finalement pas conclue.

d. Courtage matrimonial

201. Le courtage peut couvrir toute sorte d'affaires visée par le mandant. Le contrat prend une connotation plus personnelle lorsque l'affaire en question consiste à trouver pour le mandant un conjoint ou un partenaire. Telle est l'activité des agences matrimoniales soumise de façon générale aux règles sur le mandat (art. 406a al. 2 CO).
202. Le terme de « *courtage matrimonial* », utilisé dans les premiers codes, a été jugé péjoratif par le législateur, qui lui a préféré l'expression moins commerciale mais plus prolixe de « *mandat tendant à la conclusion d'un mariage ou d'un partenariat* », depuis le 1er janvier 2000 (chapitre I bis du titre treizième).
203. Le but principal de cette législation est celui de la protection du consommateur contre les abus éventuels des agences matrimoniales. Cette protection passe par des mécanismes classiques de protection du consommateur :
- Une règle de *forme et de contenu minimal du contrat* : le contrat doit être passé par écrit et contenir des informations minimales pour le consommateur (art. 406d CO).
 - Un *droit de rétractation*, permettant au consommateur de revenir sur sa décision, sans motif, dans les quatorze jours qui suivent la conclusion du contrat (art. 406e CO). Le législateur utilise à cet égard le terme de révocation ce qui crée une confusion avec l'art. 404 CO, qui reste applicable (art. 406d ch. 7 CO).

- La soumission de l'agence matrimoniale à *surveillance et autorisation* lorsque son activité implique de faire venir des personnes de l'étranger (art. 406c CO). Le but de la disposition, plus que la protection du consommateur, est l'intérêt public consistant à éviter que les agences matrimoniales deviennent des filières d'immigration incontrôlées.
- Une garantie de *discrétion et protection des données* du consommateur (art. 406g CO).

204. Pour le reste, le contrat reste dans la logique du contrat de courtage, et le principe de l'art. 417 CO (réduction du salaire excessif) est repris à l'art 406h CO. En revanche, l'art. 413 CO n'est pas repris, et la rémunération de l'agence matrimoniale n'est pas liée au succès du service fourni.

III. CONTRAT D'AGENCE

a. Rôle de l'agent

205. L'agent, comme le courtier, recherche et négocie avec des tiers en vue de la conclusion de contrats de ces tiers avec le mandant, mais contrairement au courtage, l'affaire visée n'est pas une affaire spécifique mais le plus grand nombre de transactions possibles sur une durée définie, et dans un territoire convenu. En d'autres termes, le but de l'agent est d'accroître la clientèle du mandant.
206. Le rôle de l'agent est donc assez proche de celui d'un voyageur de commerce (art. 347 CO). La distinction tient dans l'indépendance de l'agent.

« En effet, l'agent et le voyageur de commerce exercent une fonction économique identique : tous deux sont des représentants qui doivent établir ou maintenir la liaison entre l'entreprise qu'ils représentent et la clientèle. Seule leur situation juridique diffère. Le critère essentiel de distinction réside dans le fait que l'agent exerce sa profession à titre indépendant, tandis que le voyageur de commerce se trouve dans un rapport juridique de subordination à l'égard de son employeur (ATF 99 II 313 s. et les références citées). Parmi les éléments impliquant un lien de subordination, on peut mentionner les limitations imposées au voyageur de commerce d'organiser son travail comme il l'entend et de disposer de son temps à sa guise, alors que l'agent jouit d'une grande liberté à cet égard; à la différence de l'agent, le voyageur de commerce est lié aux instructions et directives de son employeur. »

(ATF 129 III 664 cons. 3.2)

207. L'agent est *stipulateur* lorsqu'il a le pouvoir de représenter le mandant pour conclure des contrats avec les clients qu'il a trouvés. L'agent stipulateur est un représentant direct (art. 32 ss CO) du mandant, et signe les contrats au nom et pour le compte du

mandant. Il se peut que l'agent n'aie pas un tel pouvoir, auquel cas son rôle se limite à négocier les contrats, avant de présenter les clients au mandant (*agent négociateur*).

208. Le contrat d'agence peut contenir diverses clauses d'exclusivité :

- a. *Exclusivité en faveur de l'agent*. Par une telle clause, le mandant garantit à l'agent qu'il ne recourra pas aux services d'autres agents dans le territoire convenu. C'est dans ce cas que le contrat d'agence est réputé être un contrat d'agence exclusif.
- b. *Exclusivité en faveur du mandant*. Par une telle clause, l'agent s'engage à ne pas représenter les concurrents du mandant dans le territoire convenu. Une telle clause n'est valable que si elle est convenue par écrit (art. 418c al. 2 CO). Certains auteurs, suivis par le Tribunal fédéral (TF, 10.10.2013, 4A_212/2013), considèrent que l'exclusivité en faveur du mandant résulte du devoir de fidélité de l'agent. C'est un point de vue qui nous semble erroné d'abord parce qu'il contredit le texte légal, et ensuite parce que l'indépendance de l'agent implique qu'il puisse avoir, dans la règle, plusieurs mandants.
- c. *Prohibition de concurrence post-contractuelle*. Enfin, l'agent peut s'engager à ne pas faire concurrence au mandant après la fin du contrat d'agence. En effet, l'agent pourrait être tenté de garder la clientèle qu'il a constituée, plutôt que de la transmettre au mandant. Les clauses de prohibition de concurrence post-contractuelle sont soumises aux conditions et effets du droit du travail. Une telle prohibition contractuelle vient compléter les obligations post-contractuelles légales de l'agent sur le respect des secrets d'affaires du mandant (art. 418d al. 1 CO).

« (...) A teneur de l'art. 418d al. 1 CO, l'agent ne peut, même après la fin du contrat, utiliser ou révéler les secrets d'affaires du mandant qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance en raison du contrat.

Les dispositions sur le contrat de travail sont applicables par analogie à l'obligation contractuelle de ne pas faire concurrence (art. 418d al. 2 CO). La prohibition de faire concurrence doit ainsi être limitée quant au lieu, au temps et au genre d'affaires (art. 340a al. 1 CO). »

(Cour de Justice Genève, 08.06.2021, C/19759/2020, ACJC/733/2021, cons. 2.2.1)

b. Rémunération de l'agent

209. Comme pour le courtage, la rémunération de l'agent est liée à son résultat, en ce sens que l'agent a droit à la commission convenue pour chaque contrat conclus par le mandant avec un client (contrat cible) en lien avec son activité.
210. Les circonstances justifiant le droit de l'agent au paiement de sa provision sont les suivantes :
- a. Le contrat cible a été négocié par l'agent, et conclu par le mandant, que ce soit avant ou après la fin du contrat d'agence (art. 418g al. 1 première phrase CO).
 - b. Le contrat cible a été conclu par l'intermédiaire de l'agent agissant comme représentant direct du mandant, pendant la durée du contrat d'agence (art. 418g al. 1 première phrase CO).
 - c. Le contrat cible a été conclu par le mandant avec un client trouvé par l'agent, pendant la durée du contrat d'agence (art. 418g al. 1 deuxième phrase CO).
 - d. Le contrat cible a été conclu par le mandant dans le territoire concédé à l'agent, en violation d'une clause d'exclusivité en faveur de l'agent, pendant la durée du contrat d'agence (art. 418g al. 2 CO).
 - e. Un contrat cible qui avait été conclu par l'intermédiaire de l'agent pendant la durée du contrat d'agence fait l'objet d'une nouvelle commande pendant la durée du contrat d'agence (art. 418t al. 1 CO).
 - f. Un contrat cible qui avait été conclu par l'intermédiaire de l'agent pendant la durée du contrat d'agence fait l'objet d'une nouvelle commande par le client après la fin du contrat d'agence, si le contrat contient une clause prévoyant que l'agent a droit à sa provision pour toute nouvelle commande (art. 418t al. 3 CO).
211. Dans tous ces cas, la date d'exigibilité du droit de l'agent à la provision correspond à la fin d'un semestre de l'année où le contrat cible a été conclu (art. 418i CO). Le Tribunal fédéral en fait la synthèse suivante :

„Vorbehältlich abweichender schriftlicher Vereinbarung entsteht der Provisionsanspruch des Agenten, wenn das Geschäft zwischen dem Auftraggeber und dem Kunden rechtsgültig abgeschlossen worden ist (Art. 418g Abs. 3 OR). Der Vermittlungsagent muss während des Vertragsverhältnisses entweder das konkrete Geschäft vermittelt oder den Dritten als Kunden für Geschäfte dieser Art geworben haben (Art. 418g Abs. 1 OR); unabhängig davon hat ein Agent, dem ein bestimmtes Gebiet oder ein bestimmter Kundenkreis ausschliesslich zugewiesen ist, Anspruch auf die

Provision für alle Geschäfte, die während der Vertragsdauer mit Kunden dieses Gebietes oder Kundenkreises geschlossen werden (Art. 418g Abs. 2 OR). Gemäss Art. 418i OR wird die Provision mangels anderer Abrede oder Übung auf das Ende des Kalenderjahres fällig, in dem das Geschäft abgeschlossen wurde.

Bei Beendigung des Agenturverhältnisses werden laut Art. 418t Abs. 2 OR sämtliche Ansprüche des Agenten auf Provision und Ersatz fällig. Es tritt eine Vorverschiebung der Fälligkeit aller Provisionsansprüche des Agenten ein, die vor der Wirksamkeit des Beendigungsgrundes wenigstens entstanden sind (GAUTSCHI, Berner Kommentar, N. 3b zu Art. 418t OR). Mit der Beendigung des Agenturverhältnisses entstehen keine neuen Provisionsansprüche mehr, ausser jene für vorher vermittelte Geschäfte oder eingelaufene Nachbestellungen, deren rechtsgültiger Abschluss zwischen Kunden und Auftraggeber erst später, nach Vertragsbeendigung erfolgt; hier fällt die Fälligkeit mit dem Geschäftsabschluss zusammen (OR-WETTENSCHWILER, N. 2 Art. 418t OR).“

(ATF 121 III 414, cons. 1a)

212. L'hypothèse de l'art. 418g al. 2 CO (provision due pour tout contrat conclu en violation d'une clause d'exclusivité) déconnecte l'activité de l'agent et son droit à une provision. Il serait cependant abusif de la part de l'agent de ne strictement rien faire, en attendant que tombent les provisions liées à des contrats trouvés et négociés par le mandant. Le Tribunal fédéral a donc posé le principe selon lequel l'inactivité complète de l'agent rend abusif une demande de provision (TF in SJ 2002 I 410).

c. Indemnité de clientèle

213. A la fin du contrat d'agence, l'agent a droit à une indemnité de clientèle destinée à compenser le fait que le mandant profitera de la clientèle constituée par l'agent. Cette indemnité de clientèle est de droit impératif.

« L'art. 418u CO prévoit que l'agent a droit, à moins que ce ne soit inéquitable, à une indemnité convenable qui ne peut lui être supprimée par convention lorsque, par son activité, il a augmenté sensiblement le nombre des clients du mandant et que ce dernier ou son ayant cause tire un profit effectif de ses relations d'affaires avec ces clients même après la fin du contrat. »

(ATF 110 II 280 cons. 3a)

214. L'indemnité de clientèle est due si trois conditions sont réunies : (1) l'agent a augmenté sensiblement le nombre de clients du mandant (2) le mandant retirera un profit effectif de cette clientèle et (3) cette indemnité n'apparaît pas inéquitable. Le montant de l'indemnité, fixée en équité par le juge, est plafonné par la loi au gain annuel moyen de l'agent.

« Les trois conditions, à la réalisation desquelles la loi subordonne l'octroi d'une indemnité pour la clientèle - augmentation sensible du nombre des clients, profit effectif en résultant pour le mandant ou son ayant cause et caractère non inéquitable d'une telle attribution (au sujet de ces conditions, cf. arrêt 4C.218/2005 du 3 avril 2006, consid. 4 à 6, avec de nombreuses références) -, sont cumulatives (arrêt 4C.236/1993 du 23 août 1994, consid. 2 et la jurisprudence citée). Il appartient à l'agent d'établir la réalisation des deux premières, même s'il est vrai que la preuve du profit effectif tiré par le mandant ne doit pas être soumise à des exigences trop sévères (ATF 103 II 277 consid. 2 p. 281). En revanche, c'est au mandant qu'il incombe de prouver que l'indemnité est inéquitable ou qu'elle doit être réduite par rapport au gain annuel de l'agent (SUZANNE WETTENSCHWILER, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 4e éd., n. 15 ad art. 418u CO; DOMINIQUE DREYER, Commentaire romand, n. 15 ad art. 418u CO).

Le montant de l'indemnité convenable, au sens de l'art. 418u al. 1 CO, est fixé équitablement par le juge (art. 4 CC), compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas concret (ATF 84 II 529 consid. 2 et 8; PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 3e éd., n. 5210; pour une énumération des critères entrant en ligne de compte, cf. WETTENSCHWILER, op. cit., n. 13 ad art. 418u CO). Il est toutefois plafonné ex lege au gain annuel net résultant du contrat et calculé d'après la moyenne des cinq dernières années lorsque le contrat a atteint ou dépassé cette durée (cf. art. 418u al. 2 CO). Par gain annuel net, il faut entendre le gain réalisé par l'agent après déduction de tous les frais qu'il a engagés à cet effet. Lorsque ceux-ci sont égaux ou supérieurs aux provisions touchées par l'agent, ce gain est nul et toute indemnité refusée à l'agent (ATF 84 II 164 consid. 5 in fine). »

(ATF 134 III 497, cons. 4.1)

215. L'indemnité de clientèle n'est pas due à l'agent lorsque le contrat d'agence est résilié par le mandant pour justes motifs (art. 418 al. 3 CO et 418r CO). Le Tribunal fédéral applique cette règle avec réserve, au motif que les conditions générales d'attribution de l'indemnité supposent déjà que celle-ci n'apparaissent pas inéquitable.

« Quant à la suppression de l'indemnité selon l'art. 418u al. 3, seconde caution, elle ne doit être admise que de manière restrictive, dès lors que les conditions de l'al. 1 sont réunies et que l'octroi d'une indemnité correspond à l'équité. L'agent ne perd son droit à une indemnité que s'il répond de la résiliation, sinon en raison d'une faute - comme pourrait le laisser penser le terme français "imputable" -, du moins parce qu'il résilie le contrat sans motif justifié, ou qu'il donne au mandant un motif justifié de résilier le contrat. Cette notion de motif justifié n'est pas identique à celle de juste motif de résiliation immédiate, au sens de l'art. 337 CO (cf. ATF 92 II 35 s. consid. 3, rendu sous l'empire de l'ancien droit). »

(ATF 110 II 280, cons. 3c)

216. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 418u CO est également applicable aux contrats de distribution (ATF 134 III 497). Quels que soient les mérites logiques de cette jurisprudence, on ne peut que constater le fait qu'elle rend le droit suisse moins attractif pour des contrats de distribution dont la nature le plus souvent internationale laisse aux parties la liberté de choisir le droit applicable.

d. Durée du contrat d'agence

217. Le contrat d'agence peut être conclu pour une durée déterminée (art. 418 p CO ou indéterminée (art. 418 q CO). L'art 404 CO ne lui est pas applicable.

218. Le contrat à durée déterminée prend fin par l'expiration de la durée convenue, sauf prolongation implicite qui implique un renouvellement d'une année (art. 418 p al. 2 CO). Le contrat à durée indéterminée peut être résilié moyennant un délai de résiliation d'un ou deux mois selon la durée du contrat (art. 418 q al. 1 et 2 CO). Ces règles peuvent être modifiées par le contrat, mais le délai de résiliation doit rester le même pour le mandant et pour l'agent (art. 418 q al. 3 CO).

219. En tout état et comme pour tous les contrats de durée du droit suisse, le contrat d'agence peut être résilié pour justes motifs, dans des circonstances qui impliquent une rupture irrémédiable du lien de confiance entre les parties et qui rendent la continuation du contrat insupportable pour une partie (art. 418r CO). Ce principe s'applique également aux contrats de distribution.

« Selon un principe général, les contrats de durée peuvent être résiliés de façon anticipée par une partie lorsque de justes motifs rendent l'exécution du contrat intolérable pour elle (ATF 138 III 304 consid. 7 p. 319; 133 III 360 consid. 8.1; 128 III 428 consid. 3 p. 429 s.). Cette faculté vaut en particulier pour les contrats de distribution exclusive (arrêt 4A_484/2014 du 3 février 2015 consid. 3.2 et 3.3; arrêt 4C.121/2004 du 8 septembre 2004 consid. 3; cf. aussi ATF 99 II 308 consid. 5a et 89 II 30 consid. 2, qui invoquent l'art. 418r CO).

Il existe de justes motifs lorsqu'on ne peut raisonnablement plus exiger d'une partie cocontractante, selon les règles de la bonne foi, la continuation des rapports contractuels jusqu'au terme convenu ou jusqu'au prochain terme ordinaire de résiliation. Les justes motifs peuvent consister dans l'inobservation ou la violation de clauses contractuelles par une partie, mais aussi être d'une autre nature (ATF 138 III 304 consid. 7 p. 319; 128 III 248 consid. 3c p. 432; arrêt précité 4A_484/2014 consid. 3.2; cf. aussi TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., n° 7295 s., avec une casuistique, ainsi que KAVEH MIRFAKHRAEI, Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive, 2014, n° 784). Des violations contractuelles spécialement graves fournissent généralement un juste motif de résiliation. Des violations moins graves peuvent aussi rendre la continuation des rapports de travail intolérable, lorsqu'elles se sont répétées

nonobstant des avertissements ou sommations et que de nouveaux avertissements paraissent vains (ATF 138 III 304 consid. 7 p. 319; arrêt précité 4A_484/2014 consid. 3.2).

La notion de justes motifs est une notion juridique indéterminée qui, comme telle, relève de l'appréciation du juge. Le juge apprécie librement, au regard des principes du droit et de l'équité déterminants selon l'art. 4 CC, s'il existe des justes motifs. A cette fin, il prend en considération tous les éléments concrets du cas particulier (ATF 132 III 109 consid. 2; 128 III 428 consid. 4 p. 432). »

(TF, 31.08.2018, 4A_241/2017, cons. 4.1)

220. Le principe de la résiliation pour justes motifs exprimé à l'art. 418r CO (mais qui est également codifié en droit du travail et en droit du bail), a été érigé par le Tribunal fédéral comme une règle impérative du droit suisse applicable à tous les contrats de durée (ATF 138 III 304 cons. 7; ATF 133 III 360 cons. 8.1; ATF 128 III 428 cons. 3).

Et, à cette heure où il faisait son examen de conscience, il se disait qu'il était peut-être trop passionné pour cette bataille de l'argent, qui demandait tant de sang-froid.

Zola, L'argent

I. FINANCER : LE PRÊT

a. Typologie

222. Les dispositions sur le contrat de prêt couvrent deux types d'accords très différents :

- Le *prêt à usage* est un contrat par lequel le prêteur transfère gratuitement l'usage d'une chose à l'emprunteur. Le prêt à usage n'a rien d'un contrat financier, et c'est le prêt de consommation qui justifie le titre générique de ce chapitre.
- Le *prêt de consommation* est un contrat par lequel le prêteur transfère l'usage d'une chose fongible à l'emprunteur, qui devra restituer une chose de même genre, avec le cas échéant des intérêts qui rémunèrent le prêt (intérêts conventionnels). Le cas le plus fréquent, pour ne pas dire unique, de contrat de prêt de consommation est le prêt d'argent.

223. Le prêt de consommation doit être distingué du *prêt (ou crédit) à la consommation*, qui est un crédit de moins de CHF 80 000.- et plus de CHF 500.- destiné à l'acquisition d'un service ou d'un bien par un consommateur pour son usage personnel ou familial, et qui est encadrée par les dispositions de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC). Le prêt de consommation peut être un crédit à la consommation selon son montant et son but. Dans ce cas, le contrat est soumis à la LCC. Tout crédit à la consommation n'est pas un prêt de consommation (La LCC réglemente également les contrats de leasing, les ventes avec paiement par acomptes, et divers types de cartes de crédit).

b. Prêt à usage

224. Le prêt à usage est un contrat, qui se distingue d'un simple acte de complaisance par la volonté des parties de se situer sur le plan du droit. Il se distingue de l'usufruit par la volonté des parties de ne pas conférer à l'emprunteur un droit absolu sur la chose. Il se distingue du bail par sa gratuité.

225. L'emprunteur est soumis à certaines obligations, dont la violation implique sa responsabilité contractuelle (art. 97 CO). Tout dommage à la chose prêtée est également un dommage à la propriété du prêteur, susceptible d'engager la

responsabilité délictuelle de l'emprunteur (art. 41 CO). L'emprunteur assume les obligations suivantes :

- Usage personnel et conforme à la convention (art. 306 CO) ;
- Entretien ordinaire à ses frais (art. 307 CO) ;
- Solidarité en cas d'emprunt conjoint (art. 308 CO).

226. L'obligation principale de l'emprunteur est celle de la restitution de la chose, qui est exigible à la fin du contrat de prêt, que ce soit par épuisement de l'usage ou de la durée convenus (art. 309 CO), demande de restitution du prêteur en cas de durée indéterminée (art. 310 CO), ou mort de l'emprunteur (art. 311 CO). Dans ce dernier cas, l'obligation de restitution est à la charge de la succession.

227. Le contrat de prêt à usage est nécessairement limité dans la durée et le prêteur doit pouvoir y mettre fin après un certain temps, même sans motif de résiliation.

« Si l'on devait suivre l'opinion des parties, il en résulterait que l'emprunteur - qui est une personne morale dont le but statutaire n'est pas limité dans le temps - pourrait conserver l'usage de la chose indéfiniment, sauf s'il viole le contrat ou si le prêteur peut invoquer un besoin qui est à la fois urgent et imprévu (cf. art. 309 al. 2 CO).

L'usage de la chose étant un attribut essentiel du droit de propriété, on ne peut déjà guère imaginer que le propriétaire s'en défasse contractuellement pour l'éternité. Au demeurant, le droit suisse n'admet pas la conclusion de contrats «éternels» (cf. ATF 114 II 159 consid. 2a p. 161 et les références). »

(ATF 125 III 363, cons. 2d)

228. Si la durée du prêt ne peut être déterminé ni par la convention des parties, ni par l'usage convenu, le prêteur peut demander la restitution de la chose en tout temps.

« Les art. 309 et 310 CO doivent donc être interprétés de la manière suivante. Si la durée du prêt a été déterminée, par un terme, une durée ou l'usage convenu, les parties sont liées par cet accord et le prêteur ne peut réclamer sa chose de façon anticipée qu'aux conditions de l'art. 309 al. 2 CO. Si la durée du prêt ne peut pas être déterminée, ni par la convention des parties ni par l'usage convenu, le prêteur peut réclamer la chose en tout temps (art. 310 CO). »

(ATF 125 III 363, cons. 2h)

c. Prêt de consommation

229. Le prêt de consommation est défini comme le prêt d'une chose fongible dont l'emprunteur ne devra restituer au prêteur que l'équivalent. Pratiquement, le prêt de consommation vise le prêt d'argent. L'élément caractéristique de ce contrat, par rapport

à une donation, est l'obligation de remboursement. En cas de transfert d'une somme d'argent sans motif clair, il est parfois difficile de déterminer si la volonté des parties était un prêt (soumis à remboursement) ou une donation (non soumis à remboursement). Il s'agit alors d'interpréter la volonté des parties en tenant compte de toutes les circonstances.

« L'obligation de restitution de l'emprunteur est un élément essentiel du contrat. Elle résulte non pas du paiement fait par le prêteur, mais de la promesse de restitution qu'implique le contrat de prêt. La remise de l'argent par le prêteur n'est qu'une condition de l'obligation de restituer (ATF 83 II 209 consid. 2 p. 210). En réalité, le juge doit déterminer, en appliquant les règles d'interprétation des contrats (cf. infra consid. 5.2), si les parties sont convenues d'une obligation de restitution; pour ce faire, il se base sur toutes les circonstances concrètes de l'espèce, qu'il incombe au prêteur d'établir (art. 8 CC). Dans certaines circonstances exceptionnelles, le seul fait de recevoir une somme d'argent peut constituer un élément suffisant pour admettre l'existence d'une obligation de restituer et, partant, d'un contrat de prêt (ATF 83 II 209 consid. 2 p. 210). Il doit toutefois en résulter clairement que la remise de la somme ne peut s'expliquer raisonnablement que par la conclusion d'un prêt (ATF 28 I 674 consid. 2 et 3 p. 686 cité in ATF 83 II 209).»

(ATF 144 III 93)

230. Contrairement au prêt à usage, le prêt de consommation n'est pas gratuit : la rémunération du prêt est *l'intérêt conventionnel* dont le principe est présumé en matière de prêt commercial, et doit être prévu par le contrat si le prêt est civil (art. 313 CO).
231. Le montant des intérêts conventionnels peut être librement déterminé par les parties dans les limites de l'usure. Il n'existe pas de taux usuraire légal en droit suisse en matière commerciale, mais la pratique admet en général des taux jusqu'à 18 %, par référence à un ancien concordat intercantonal abrogé depuis 2001. Le droit fédéral ne prévoit de taux maximum, fixé à 15 % que pour les crédits à la consommation (art. 14 LCC).

« Le taux d'intérêt d'une dette en argent est fixé librement par les parties puisqu'il s'agit d'une question relevant du droit dispositif (art. 73 al. 1 CO; Leu, Basler Kommentar, 2011, n. 4 ad art. 73 CO). La question d'un taux maximal pour les intérêts conventionnels peut cependant être réglée, soit par le droit public cantonal (art. 73 al. 2 CO), soit par la législation fédérale de droit privé (art. 14 LCC), soit par l'application de principes généraux tels que la contrariété aux mœurs (art. 20 al. 1 CO) ou la lésion (art. 21 CO).

La Loi sur le crédit à la consommation ne s'applique pas aux contrats de crédit portant sur un montant inférieur à 500 fr. ou supérieur à 80'000 fr. (art. 7 al. 1 let. e LCC).

Concernant le taux maximal des intérêts conventionnels, l'abrogation du Concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêts

conventionnels en 2005, a créé une lacune pour tous les contrats qui ne sont pas soumis à la loi sur le crédit à la consommation (cf. Marchand, Intérêts et conversion dans l'action en paiement, in Quelques actions en paiement, Neuchâtel, CEMAJ, 2009 p. 73). »

(Cour de justice Genève, TC/13784/2013, ACJC/309/2014, 14.03.2014 sur JTPI/13267/2013 cons. 4.4.1)

232. A défaut de convention, les intérêts conventionnels sont fixés selon l'usage et, à défaut d'usage, au taux légal de 5 % de l'art. 73 CO.

« D'après l'art. 73 al. 1 CO, celui qui doit des intérêts dont le taux n'est fixé ni par la convention, ni par la loi ou l'usage, les acquitte au taux annuel de 5 %. Quant à l'art. 314 al. 1 CO, qui concerne le prêt de consommation, il dispose que si le contrat n'a pas fixé le taux de l'intérêt, le prêt est censé fait au taux usuel pour les prêts de même nature, à l'époque et dans le lieu où l'objet du prêt a été délivré.

Dans le cas présent, il est constant que les parties sont convenues d'un taux d'intérêt qui devait être fixé, pour chaque semestre, selon le taux LIBOR applicable aux dépôts en ECU à six mois, majoré de 1 %. Dès lors que les parties contractantes ont déterminé le taux d'intérêt applicable au prêt, il faut appliquer le taux convenu et non le taux légal de 5 %. Ce taux ne peut entrer en ligne de compte, comme cela ressort du libellé des normes précitées, que si aucun taux n'a été convenu. »

(ATF 134 III 224 cons. 7.1 et 7.2)

233. S'agissant des intérêts, il convient de distinguer :

- *L'intérêt conventionnel*, qui correspond à la rémunération connue d'un prêt de consommation.
- *L'intérêt moratoire*, qui est la sanction du retard du débiteur dans le paiement d'une somme d'argent. Intérêts moratoires et conventionnels sont cependant liés par la règle de l'art. 104 al. 2 CO, selon lequel le taux des intérêts moratoires est fixé selon l'intérêt conventionnel s'il est supérieur à 5%.

« Il ne faut pas confondre le taux conventionnel de l'intérêt moratoire (i.e. en cas de demeure) avec le taux d'intérêt conventionnel dû indépendamment de toute demeure, que l'art. 104 al. 2 CO déclare applicable s'il est supérieur à 5%. Selon la jurisprudence, si la dette portait déjà intérêt avant la demeure à un taux supérieur au taux légal, c'est ce taux conventionnel qui s'applique à titre de taux de l'intérêt moratoire, car le débiteur ne doit pas pouvoir profiter de conditions plus favorables que celles qu'il a acceptées en concluant le contrat, du seul fait qu'il est en demeure (ATF 137 III 453 consid. 5.1; 130 III 312 consid. 7.1 p. 319; arrêt 4A_204/2009 du 10 septembre 2009 consid. 2).

Il incombe au créancier d'établir ce taux conventionnel supérieur (Tercier/Pichonnaz, Le droit des obligations, 5e éd. 2012, n. 1296). »

(TF, 12.02.2019, 4A_69/2018, cons.1.1)

- *L'intérêt compensatoire*, qui est un poste du dommage, consistant à tenir compte du temps écoulé entre le moment de survenance du dommage et le moment du jugement condamnant le responsable à réparation.

234. L'anatocisme consiste à faire entrer le montant des intérêts dans le capital et à faire porter des intérêts sur le tout. *L'interdiction de l'anatocisme* en matière d'intérêts conventionnels est prévue à l'art. 314 al. 2 CO, mais souffre de l'exception notable du compte-courant.

« L'interdiction de l'anatocisme n'est pas applicable aux contrats de compte courant (art. 314 al. 3 CO; cf. SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 314 CO, selon qui cette interdiction n'est pas applicable "im laufenden Kontokorrentverhältnis"). Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que les intérêts ne sont susceptibles de rapporter eux-mêmes des intérêts que si, par novation, ils sont devenus des éléments du capital. A défaut de reconnaissance du solde, les intérêts ne peuvent donc pas porter intérêts (ATF 53 II 336 consid. 2 p. 341; arrêt 4C.200/2001 du 31 octobre 2001, consid. 3; cf. aussi AEPLI, Zürcher Kommentar, n. 60 ad art. 117 CO avec les références; LAURENT ETTER, Le contrat de compte courant, thèse Lausanne 1992, p. 51, estime même que l'art. 314 al. 3 CO est superflu puisque le principe du compte courant consiste précisément à faire naître, avec la reconnaissance du solde, une nouvelle créance). Les commissions perçues régulièrement sur le capital mis à disposition sont traitées comme des intérêts (BERNHARD CHRIST, Schweizerisches Privatrecht, vol. II/2, p. 266; R.H. WEBER, Mélanges pour Max Keller, Gedanken zur Verzugsschadensregelung bei Geldschulden, p. 326 s.); elles ne peuvent donc également devenir capital que par novation. La fin du contrat de compte courant transforme en solde la position du compte existant à ce moment-là (ETTER, op. cit., p. 239). »

(ATF 130 III 694, cons. 2.2.3)

235. L'interdiction de l'anatocisme s'applique aussi aux intérêts moratoires (art. 105 al. 3 CO). Les parties peuvent cependant convenir d'éteindre en premier lieu la dette de capital. Une fois le capital remboursé, les parties peuvent convenir que l'intérêt moratoire échu se transforme en un capital sur lequel l'intérêt moratoire convenu est dû.

« La doctrine considère, au sujet de l'art. 105 al. 3 CO (interdiction de l'anatocisme en matière d'intérêts moratoires), que les parties peuvent convenir que les paiements partiels effectués par le débiteur éteignent tout d'abord la créance principale avant d'éteindre la dette en intérêts moratoires;

dans ce cas, une fois la dette principale éteinte, l'intérêt moratoire échu se transforme par novation en un montant en capital, sur lequel l'intérêt moratoire convenu est dû (SPAHR, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, in RVJ 1990 p. 372; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol I, 8e éd., n. 2996). Il doit toutefois y avoir entente des parties à cet égard; une simple comptabilisation en compte courant n'est pas suffisante (SPAHR, loc. cit.; R.H. WEBER, op. cit., p. 326). »

(ATF 130 III 694, cons. 2.2.3)

236. Le retard dans le paiement d'intérêts conventionnels fait courir des intérêts moratoires. Ce n'est pas contraire au principe de l'interdiction de l'anatocisme, car il s'agit dans ce cas de sanctionner le retard du débiteur à s'acquitter de son obligation de rémunérer le prêt selon la convention. L'art. 105 al. 1 CO prévoit cependant que les intérêts conventionnels ne commencent à porter intérêts moratoires que dès la date de la poursuite ou de la demande en justice introduite par le créancier. La règle n'est pas impérative, mais une convention contraire s'analyse comme une clause pénale, qui peut être réduite si elle est excessive (art. 104 al. 3 CO et 163 al. 3 CO).
237. L'obligation de remboursement du prêt par l'emprunteur est exigible selon le contrat, qui peut prévoir une date de remboursement, un échéancier de remboursement, ou un délai de remboursement dès la réclamation du prêteur. A défaut de convention, l'art 318 CO prévoit que le remboursement est exigible dans les six semaines dès la première réclamation du prêteur.
238. Cette obligation de remboursement se prescrit selon le délai ordinaire en matière contractuelle (10 ans, art. 127 CO). Le *dies a quo* de la prescription est le jour où le remboursement était exigible (art. 130 al. 1 CO). Lorsque cette exigibilité dépend d'une réclamation du prêteur, le *dies a quo* de la prescription est l'échéance du délai de remboursement après réclamation, calculé depuis le premier jour où cette réclamation était possible (art. 130 al. 2 CO). Dans les cas d'application de l'art. 318 CO, la prescription est donc de dix ans plus six semaines après délivrance des fonds, puisque la réclamation du prêteur peut avoir lieu en tout temps.

« En instance fédérale, il n'est plus mis en doute que A. et R. se soient liés par un contrat de prêt de consommation, aux termes de l'art. 312 CO, sans intérêts, ni que l'emprunteur se soit obligé à rembourser la somme prêtée conformément à l'art. 318 in fine CO, c'est-à-dire dans un délai de six semaines dès la première réclamation de l'autre partie. L'obligation de rembourser le prêt était soumise au délai de prescription de dix ans prévu par l'art. 127 CO. Ce délai a couru dès le moment prescrit par l'art. 130 CO. A bon droit, conformément à la jurisprudence, la Cour d'appel retient que le contrat pouvait être résilié dès sa conclusion et que la prescription a donc couru, par l'effet de l'art. 130 al. 2 CO, dès l'expiration du délai de six semaines à compter

de l'octroi du prêt (ATF 91 II 442 consid. 5b p. 451/452; arrêt 4A_699/2011 du 22 décembre 2011, consid. 3 et 4). »

(TF, 10.09.2912, 4A_181/2012)

239. La prescription de la créance en remboursement, ne doit pas être confondue avec la prescription de la créance en *délivrance des fonds*, qui est le délai dans lequel l'emprunteur doit agir si, après la conclusion du contrat de prêt, le prêteur ne délivre pas les fonds convenus. La loi prévoit pour cette créance une prescription courte de six mois dès la demeure (art. 315 CO)
240. Les intérêts moratoires ou conventionnels ne sont plus exigibles dès que la créance est éteinte, même s'ils courent pour la période antérieure à l'extinction de la créance (art. 114 al. 2 CO). Sinon, tant que la créance est exigible, les intérêts moratoires se prescrivent par le même délai que la créance principale depuis la date de leur exigibilité (ATF 129 V 345, c. 4.2.2) et les intérêts conventionnels par cinq ans (art. 128 ch. 1 CO).

II. GARANTIR : LE CAUTIONNEMENT

a. Typologie des garanties

241. Le terme de garantie est polysémique puisqu'il désigne parfois une obligation contractuelle d'une partie à l'égard de l'autre (garantie contre les défauts) et parfois un mécanisme de sécurisation d'une créance.
242. Les garanties dont le but est de sécuriser une créance peuvent être :
- *Des garanties réelles.* Les garanties réelles confèrent au créancier le droit de faire réaliser une chose mobilière ou immobilière en cas d'inexécution d'une créance. Il s'agit en droit suisse des hypothèques et cédulas hypothécaires (garanties réelles immobilières) et des nantissements et droits de rétention (garanties réelles mobilières). L'existence d'une telle garantie permet au créancier d'intenter une poursuite en réalisation du gage (art. 151 ss LP) et lui confère un privilège en cas de faillite du débiteur (art. 219 al. 1 LP).
 - *Des garanties personnelles.* Une garantie personnelle est un engagement pris par un tiers de payer si le débiteur principal fait défaut. Le créancier dispose donc d'une créance contre le débiteur principal et d'une créance subsidiaire contre le garant. Cette subsidiarité permet de distinguer les garanties personnelles des situations de solidarité (art. 143 ss CO).
243. La pratique a développé d'autres formes de garanties en utilisant des instruments juridiques qui n'étaient pas prévus pour cela :

- La *reprise cumulative de dette*. Il s'agit d'une alternative à une garantie personnelle, construite à partir d'une reprise de dette et d'une déclaration de solidarité. Les parties conviennent que le débiteur initial ne sera pas libéré par la reprise de dette (dérogation à l'art. 176 al. 1 CO), mais restera solidairement débiteur (art. 143 ss CO) avec le reprenant.
- Le *transfert fiduciaire aux fins de garantie*. Il s'agit d'une alternative à une garantie réelle, construite à partir du mandat fiduciaire (art. 401 CO). Le créancier devient propriétaire d'une chose appartenant au débiteur, mais s'engage à la restituer lorsque la dette aura été payée.

244. Les garanties personnelles peuvent être autonomes ou dépendantes.

- Les *garanties autonomes* sont des garanties dont la validité ne dépend pas de celle de la créance principale. Le créancier peut agir contre le garant si le débiteur principal ne paie pas, quel qu'en soit le motif. Le garant ne peut opposer au créancier les exceptions et objections du débiteur principal. Un exemple de garantie autonome prévue par le Code des obligations est le porte-fort (art. 111 CO). D'autres formes de garanties autonomes sont admises en pratique.
- Les *garanties dépendantes* sont des garanties dont la validité dépend de celle de la créance principale. Le créancier ne peut agir contre le garant que dans la mesure où il peut agir contre le débiteur principal. Le garant peut opposer au créancier les exceptions et objections du débiteur principal. Le cautionnement, prévu par la partie spéciale du Code des obligations, est une garantie dépendante. Dans le cautionnement, le garant (également appelé caution – der Bürge) ne s'engage à payer le créancier que si le débiteur principal a l'obligation de le faire.

„Mit der Bürgschaft übernimmt der Bürge gegenüber dem Gläubiger die Pflicht, für die Erfüllung der Schuld eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Die Bürgschaftsverpflichtung setzt den Bestand einer anderen (der sicherzustellenden) Verpflichtung voraus. Sie ist dieser beigeordnet und hängt in Bestand und Inhalt notwendigerweise von ihr ab; die Bürgschaft ist akzessorisch. Sie sichert die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages (BGE 129 III 702 E. 2.1 S. 704 mit Hinweisen; 125 III 305 E. 2b S. 307 f.; Urteile 4A_624/2017 vom 8. Mai 2018 E. 3.1.2 und 4A_59/2017 vom 28. Juni 2017 E. 2.4.1).

Der gemeinhin unter Art. 111 OR subsumierte Garantievertrag weist verschiedene Erscheinungsformen auf. Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jedwelchem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Daneben umfasst der Begriff der Garantie auch diejenigen Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis beziehen, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt (sogenannte bürgschaftsähnliche Garantie oder Garantie im engeren Sinn). Mit ihnen soll diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie

tatsächlich geschuldet ist; die Verpflichtung gilt damit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist. Der Promittent verspricht dem Promissar Schadenersatz für den Fall, dass der Dritte sich nicht erwartungsgemäss verhält (BGE 125 III 305 E. 2b S. 307; 113 II 434 E. 2a S. 436 f.; zit. Urteil 4A_59/2017 E. 2.4.2).

Als Abgrenzungskriterium zwischen der bürgschaftsähnlichen Garantie und der Bürgschaft steht die Akzessorietät im Vordergrund. Diese bedeutet, dass die Sicherheit das Schicksal der Hauptschuld teilt, indem die akzessorische Verpflichtung von der Hauptschuld abhängig ist und dieser als Nebenrecht folgt (BGE 125 III 305 E. 2b S. 308; 113 II 434 E. 2b S. 437; 111 II 276 E. 2b S. 279; zit. Urteil 4A_59/2017 E. 2.4.2).“

(TF, 26.05.2020, 4A_24/2020, cons. 4.2.1)

245. La distinction entre garantie autonome et cautionnement est d'autant plus importante que les règles sur le cautionnement comportent des conditions de forme strictes, ce qui n'est pas le cas des garanties autonomes. Il peut donc arriver qu'une garantie soit nulle d'un point de vue formel si elle est qualifiée de cautionnement, alors qu'elle serait valable si elle était qualifiée de garantie autonome. Le Tribunal fédéral justifie ces différents régimes juridiques par le fait que les cautionnements sont en général émis dans un contexte familial, la caution voulant rendre service au débiteur principal et n'ayant pas d'intérêt personnel à la transaction de base, alors que les garanties autonomes sont en général utilisées dans un contexte plus commercial.

„Bei der akzessorischen Bürgschaft fehlt in der Regel ein Eigeninteresse des Bürgen am zu sichernden Geschäft. Sie wird typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen, und darin liegt denn auch der Grund, dass sie besonderen Formvorschriften unterstellt wurde (BGE 129 III 702 E. 2.3 S. 705 ff. und E. 2.6. S. 710 f.; zit. Urteil 4A_624/2017 E. 3.1.3; je mit Hinweisen).“

(TF, 26. 05.2020, 4A_24/2020, cons. 4.2.1)

246. Les critères de distinction entre un cautionnement et une garantie autonome sont les suivants :

- Le texte du contrat ne suffit pas à la qualification, car sinon il suffirait que les parties utilisent le terme « *autonome* » ou « *porte-fort* » pour s'affranchir des règles de forme propres au cautionnement. La présence dans le contrat de garantie d'une clause d'abstraction (renonciation du créancier aux exceptions et objections du débiteur principal) ou d'une clause « *à première demande* » ou « *à première réquisition* », est un indice de la volonté des parties de conclure une garantie autonome mais le Tribunal fédéral est réticent à une interprétation littérale du texte.

« En effet, la qualification juridique dépend du sens et du but d'un contrat et l'art. 18 al. 1 CO prescrit clairement qu'il ne faut pas s'arrêter aux

dénominations peut-être inexactes que les parties ont employées. La règle protectrice de l'art. 493 CO serait trop facilement éludée s'il suffisait d'insérer le mot «porte-fort» dans la formule soumise à la signature de la caution, alors que cette dernière en ignore souvent le sens. Une interprétation littérale stricte ne se justifie qu'à l'égard de personnes qui sont rompues à l'usage de ces termes, par exemple des instituts bancaires suisses (arrêt non publié du 9 juillet 1998 précité, ibidem). »

(ATF 125 III 305 cons. 2b)

- Le contexte économique de la transaction est un indice en faveur d'une garantie autonome, lorsque le caractère familial de la garantie est plutôt un indice en faveur du cautionnement.
- L'intérêt personnel distinct du garant à l'exécution de l'obligation et le fait que le montant dû par le garant ne correspond pas à celui qui est dû par le débiteur principal ou n'est pas défini par référence à celui-ci sont des critères en faveur d'une garantie autonome. Dans un cautionnement au contraire, le garant s'engage à prêter à la place du débiteur principal (et donc à faire la même prestation), sans y avoir d'intérêt propre.
- Le fait que l'engagement est pris à un moment où l'on sait que le débiteur ne pourra pas s'exécuter est un indice en faveur d'une garantie autonome.

« La jurisprudence voit un indice en faveur du porte-fort lorsque l'obligation du garant est définie de manière indépendante et que la garantie est donnée à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra probablement pas s'exécuter (arrêt du 25 juillet 1988 dans la cause 4C.19/1988 consid. 1c/aa, publié in: SJ 1988 p. 553). Elle voit plutôt un indice en faveur du cautionnement lorsque l'obligation du garant correspond exactement à celle du débiteur principal et qu'elle est définie entièrement par référence à celle-ci (ATF 113 II 434 consid. 3b et c).

L'existence d'un intérêt personnel du garant, distinct de celui du débiteur principal, est plutôt un indice en faveur du porte-fort, mais il ne revêt pas de caractère déterminant (ATF 111 II 276 consid. 2b et c). La renonciation à invoquer les exceptions du débiteur principal ou à exercer un recours contre lui n'ont pas non plus un caractère décisif (ATF 113 II 434 consid. 3d et e). »

(ATF 125 III 305 cons. 2b)

247. Lorsque la garantie est un cautionnement, reste à déterminer le type de cautionnement choisi par les parties. Une première distinction peut être faite selon les conditions d'appel à la garantie :

- Un *cautionnement simple*, est une garantie à laquelle le créancier ne peut faire appel qu'après avoir poursuivi en vain le débiteur principal, ou en cas de faillite du débiteur, en cas d'ouverture d'une procédure concordataire, ou en cas de changement de

domicile du débiteur à l'étranger rendant l'encaissement difficile à l'excès (art. 495 CO).

- Un *cautionnement solidaire* est une garantie à laquelle le créancier peut faire appel après avoir interpellé sans succès le débiteur principal, ou en cas d'insolvabilité notoire de celui-ci (art. 496 CO).
- Un *cautionnement pour le découvert* est une garantie à laquelle le créancier ne peut faire appel que s'il dispose d'un acte de défaut de biens contre le débiteur principal (art. 495 al. 3 CO).

248. Une seconde distinction peut être faite selon la créance garantie :

- Un *certificateur de caution* est une garantie de la créance du créancier contre un premier garant. Le certificateur de caution s'engage à payer le créancier si un premier garant fait défaut (art. 498 al. 1 CO).
- Une *arrière-caution* est une garantie du droit de recours du garant. L'arrière-caution s'engage à payer le garant si ce dernier échoue à se faire rembourser par le débiteur principal (art. 498 al. 2 CO).

b. Régime juridique du cautionnement

249. Le régime juridique du cautionnement est en grande partie de droit impératif (art. 492 al. 4 CO). Il s'agit d'une réglementation technique, dont seuls les principes essentiels seront rappelés ici :

- *Règles de forme du cautionnement* (art. 493, 494 CO). Le cautionnement est soumis à la forme authentique si le garant est une personne physique. L'accord de son conjoint est requis. Si le garant est une personne morale, la forme écrite suffit. Dans les deux cas, le montant maximal de l'exposition du garant (risque de devoir payer) doit être indiqué dans l'acte.
- *Réduction légale de la garantie* (art. 500 CO). Le montant couvert par le cautionnement émis par une personne physique est réduit de 3% chaque année. La loi prévoit également une réduction proportionnelle à la dette (si la créance est de 1000 et le cautionnement est de 500, lorsque le débiteur paie 500 la caution est réduite à 250).
- *Opposabilité des exceptions et des objections du débiteur principal* (art. 502 CO). Le garant peut opposer au créancier toutes les exceptions et objections du débiteur principal. S'il omet de le faire, il compromet son droit de recours contre le débiteur principal.

- *Droit de recours du garant contre le débiteur principal* (art. 507 CO). Le garant qui a payé le créancier est subrogé aux droits de ce dernier contre le débiteur principal.
- *Priorité des gages* (495 al. 2 et 496 al. 2 CO). Si la créance est également garantie par des gages mobiliers ou immobiliers, le créancier doit commencer par agir en réalisation du gage avant de faire appel à la garantie pour le solde non couvert. La règle ne vaut que pour les gages mobiliers si la caution est solidaire.
- *Incombances de célérité du créancier*. Le créancier assume diverses incombances nécessaires pour conserver ses droits contre le garant, en particulier la célérité dans la poursuite du débiteur principal (art. 510 al. 3 CO : quatre semaines après l'expiration de la durée (déterminée) du cautionnement, et poursuite sans interruption notable ; art. 511 al. 1 CO : quatre semaines dès demande du garant en cas de cautionnement à durée indéterminée).

c. Accessoriété du cautionnement

250. Outre son caractère dépendant, le cautionnement a la caractéristique d'être un accessoire de la créance principale. Cette accessoriété a les conséquences suivantes :

- Art. 114 CO : L'extinction de l'obligation du débiteur principal conduit pas à l'extinction du cautionnement.
- Art. 170 CO : en cas de cession de la créance principale, le cessionnaire bénéficie du cautionnement.
- Art. 178 al. 2 CO : en cas de reprise de la dette du débiteur principal, le garant est libéré s'il n'a pas consenti à la reprise de dette.
- Art. 133 CO : la prescription de la créance principale entraîne celle du cautionnement.
- Art. 136 CO : La prescription interrompue contre le débiteur principal l'est également contre la caution, si l'interruption découle d'un acte du créancier. La prescription interrompue contre la caution ne l'est point contre le débiteur principal.

III. PAYER : L'ASSIGNATION

a. Définitions

251. Contrairement à ce qu'indique le texte légal, l'assignation n'est pas un contrat, mais une instruction donnée par une personne (*l'assignant*) à une autre (*l'assigné*) de payer une somme d'argent à un tiers (*l'assignataire*).
252. Les motifs justifiant que l'assignant puisse donner des instructions à l'assigné, et que l'assigné les respecte, dépendent du rapport juridique entre l'assignant et l'assigné. Dans les règles sur l'assignation, ce rapport est désigné de façon générique comme le « *rapport de provision* ». Il est souvent un mandat préexistant, ou un contrat de giro-bancaire.
253. Les motifs justifiant que l'assignant souhaite payer l'assignataire dépendent du rapport entre l'assignant et l'assignataire. Dans les règles sur l'assignation, ce rapport est désigné comme le « *rapport de valeur* » (parfois également appelé « rapport de base »). Ce rapport peut être de n'importe quelle nature (par exemple une vente, justifiant que l'assignant, acheteur paie le prix à l'assignataire, vendeur).
254. Si aucun rapport préexistant entre l'assigné et l'assignataire n'est requis, un tel rapport se crée dès que l'assigné accepte l'assignation et notifie son acceptation à l'assignataire. Le rapport ainsi créé est le « *rapport d'assignation* ».

b. Déroulement de l'assignation

255. *Offre de paiement par ce moyen.* L'assignation est un moyen de paiement. Lorsque l'assignataire accepte ce moyen de paiement, cela suspend ses droits contre l'assignant (art. 467 al. 2 CO). L'assignant ne peut plus révoquer l'assignation à l'égard de l'assignataire s'il avait une dette envers lui, en ce sens qu'il a pris l'engagement irrévocable vis-à-vis de l'assignataire de s'acquitter de sa dette par l'assignation (art. 470 al. 1 CO).
256. *Instruction donnée à l'assigné.* L'instruction donnée par l'assignant à l'assigné ne peut être refusée si l'assigné est le débiteur de l'assignant (art. 468 al.2 CO). Le respect de l'assignation est un moyen pour l'assigné de se libérer de sa dette à l'égard de l'assignant. L'assignant peut pour sa part révoquer son instruction, tant que l'assigné n'a pas notifié son acceptation à l'assignataire (art. 470 al. 2 CO) (sur le cas du paiement par l'assigné malgré une révocation voir ATF 121 III 109).
257. *Acceptation par l'assignataire.* Lorsque l'assigné notifie sans réserve son acceptation de l'assignation à l'assignataire, il devient son débiteur (art. 468 al. 1 CO). Il faut distinguer l'acceptation de l'assignation par l'assigné notifié à l'assignant (improprement qualifiée de « *contrat d'assignation* » par le Tribunal fédéral) et la notification de cette acceptation à l'assignataire qui est un acte juridique unilatéral de l'assigné, qui le rend débiteur de l'assignataire. Cet acte juridique n'est soumis à aucune forme et peut être accompli par actes concludants.

« Le litige se concentre donc sur la première assignation. Il faut rappeler que dans celle-ci les vendeurs sont les assignants, le notaire est l'assigné et le recourant est l'assignataire. Le recourant, en sa qualité d'assignataire, prétend avoir une créance à l'encontre du notaire, qui est l'assigné. Dans une assignation, il n'y a précisément pas de rapport juridique entre l'assigné et l'assignataire, aussi longtemps que l'assigné n'a pas notifié son acceptation à l'assignataire (art. 468 al. 1 CO). Il faut donc examiner si le notaire a notifié au recourant son acceptation de l'assignation. Il ne faut pas confondre l'acceptation à l'égard de l'assignant (cf. art. 467 al. 3 CO) et l'acceptation à l'égard de l'assignataire (art. 468 al. 1 CO). Lorsque l'assigné manifeste son acceptation à l'égard de l'assignant pour l'ordre que celui-ci lui donne, il conclut avec lui le contrat d'assignation; l'assigné ne devient cependant débiteur de l'assignataire que si, en plus d'accepter l'assignation, il lui notifie son acceptation de l'ordre sans faire de réserve, ce qui le rend directement débiteur à l'égard de l'assignataire, la dette étant alors considérée comme abstraite (ATF 127 III 553 consid. 2e/bb p. 557). La notification de l'acceptation au sens de l'art. 468 al. 1 CO est une manifestation de volonté que l'assigné adresse à l'assignataire; elle n'a pas besoin de revêtir une forme spéciale et peut résulter d'actes concluants (ATF 127 III 553 consid. 2e/bb p. 557; ATF 122 III 237 consid. 3b p. 242; ATF 121 III 109 consid. 3a p. 112). Il faut cependant que l'assignataire puisse croire de bonne foi, en se fondant sur la manifestation de volonté, que l'assigné a l'intention de s'engager à son égard (ATF 127 III 553 consid. 2e/bb p. 557; ATF 122 III 237 consid. 3b p. 242 et les arrêts cités). Que l'assigné envoie à l'assignataire une copie d'un ordre de paiement, dans un souci de transparence, ne permet pas encore de déduire qu'il a l'intention de s'engager personnellement à l'égard de l'assignataire (ATF 127 III 553 consid. 2e/bb p. 557 s.). »

(ATF 135 III 562, cons. 3.4)

c. Abstraction de l'assignation

258. La notification par l'assigné à l'assignataire de son acceptation sans réserve de l'assignation crée un *rapport d'assignation abstrait*, en ce sens qu'il ne dépend plus des rapports de provision et valeur (art. 468 al. 1 CO). L'assigné ne peut plus opposer à l'assignataire que les exceptions ou objections résultant de leur rapport personnels (par exemple une situation de compensation) ou du contenu de l'assignation (par exemple les conditions du paiement prévues dans l'assignation).

« L'acceptation a pour effet de créer une dette nouvelle, qualifiée d'"abstraite" et fondée sur le rapport d'assignation ou de prestation (*Leistungsverhältnis*) liant directement l'assigné et l'assignataire. Dans ce cas, l'assigné ne peut plus opposer à l'assignataire les exceptions dérivant des rapports de provision (*Deckungsverhältnis*) ou de valeur (*Valutaverhältnis*), conformément à l'art. 468 al. 1 CO (TERCIER, *op.cit.*, n. 4599 et 4600; OR-TH. KOLLER, n. 5 et 6 ad art. 470). »

(ATF 121 III 109 cons. 3a)

259. L'abstraction de l'assignation trouve sa limite dans l'abus de droit, qui permet exceptionnellement à l'assignant de bloquer le paiement ou à l'assigné de refuser de payer si le rapport de valeur est vicié.

« Il découle des règles de l'assignation applicables au crédit documentaire (cf. supra consid. 5.1) que, dès l'acceptation sans réserve de l'assignation, la banque assignée est obligée d'effectuer le versement, sans pouvoir faire valoir des exceptions tirées du rapport de provision ou du rapport de valeur (art. 468 al. 1 CO; cf. ATF 127 III 553 consid. 2e/bb p. 557; ATF 124 III 253 consid. 3b p. 256). Il s'agit de la concrétisation du principe de l'abstraction, qui est une règle essentielle du crédit documentaire (DE GOTTRAU, thèse, op. cit., p. 191; KOLLER, op. cit., n. 16 ad Anhang zum 18. Titel). Seule l'existence d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) permet à la banque assignée de ne pas fournir sa prestation (ATF 115 II 67 consid. 2b p. 71 s.; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4C.344/2002 du 12 novembre 2003, consid. 5.1).

La jurisprudence se montre toutefois très restrictive et n'admet la faculté pour l'assigné de se prévaloir d'un abus de droit du fait d'un vice affectant le rapport de valeur que dans des cas particulièrement graves (arrêt du Tribunal fédéral 4C.172/2001 du 28 mars 2001, publié in PJA 2002 p. 464 ss, consid. 4b; en ce sens également ATF 100 II 145 consid. 4b p. 151). Il faut que l'illicéité ou la contrariété aux mœurs de la créance de base soit évidente; le vice doit être patent sur le plan juridique et sa démonstration doit pouvoir être apportée de façon immédiate en fait; le moment déterminant pour juger de la réalisation de ces conditions est celui où l'assignataire réclame l'exécution de l'assignation; on admet que l'assignataire abuse de son droit lorsqu'il sait ou doit savoir qu'il ne dispose d'aucun droit actuel ou futur en vertu du rapport de valeur, sur la base de preuves immédiatement disponibles (arrêt du 28 mars 2001 précité, publié in PJA 2002 p. 467 ss, consid. 4c; confirmé in arrêt du 12 novembre 2003 précité, consid. 5.1). Tel est en particulier le cas s'agissant d'un crédit documentaire en présence de machinations frauduleuses (ATF 100 II 145 consid. 4b p. 151), par exemple lorsqu'il est établi que la vente à la base de l'accréditif porte sur des marchandises inexistantes ou d'une valeur bien moindre que le montant que la banque s'est engagée à verser à l'assignataire (KOLLER, Bemerkungen, PJA 2002 p. 464 ss, 469; DE GOTTRAU, thèse, op. cit., p. 113; DOHM, FJS n° 315 p. 15; SCHÜTZE, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr, 5e éd., Heidelberg 1999, p. 176). »

(ATF 130 III 462 cons. 6.1)

260. L'assignation est une structure de base pour de nombreuses constructions juridiques, en particulier les crédits documentaires par lesquels un acheteur (assignant) donne l'ordre à sa banque (assignée) de prendre un engagement à l'égard du vendeur (assignataire) de payer sur présentation des documents de transport de la marchandise

(connaissance). Le vendeur qui remet la marchandise au transporteur obtient les documents qui lui permettent de tirer sur le crédit documentaire. La banque débite le compte de l'acheteur, mais celui-ci est sûr de recevoir la marchandise puisqu'elle a été remise au transporteur, ainsi qu'en attestent les documents de transport.

Elle possédait derrière la butte Montmartre toute une cité, la Cité de Naples, un vaste terrain planté de huttes branlantes qu'elle louait au mois ; un coin d'épouvantable misère, des meurt-de-faim en tas dans l'ordure, des trous à pourceau qu'on se disputait et dont elle balayait sans pitié les locataires avec leur fumier, dès qu'ils ne payaient plus.

Zola, L'argent

I. TYPOLOGIE

a. Bail à loyer

261. Le contrat de bail à loyer est un contrat de transfert de l'usage d'une chose moyennant le paiement d'un loyer (art. 253 CO). Le transfert de l'usage d'un droit fait l'objet du contrat de licence.
262. Des dispositions spécifiques sont consacrées aux baux à loyer portant sur des locaux d'habitations ou locaux commerciaux, en particulier le chapitre sur la protection contre les loyers abusifs (ch. II) et celui sur la protection contre les congés abusifs (ch. III).

b. Bail à ferme

263. Le contrat de bail à ferme est un contrat de transfert de l'usage et de la jouissance d'un bien ou d'un droit productif, moyennant le paiement d'un fermage (art. 275 CO). Le but du contrat est de permettre au locataire d'exploiter la chose.
264. La législation sur les baux à ferme est complétée par la loi fédérale sur les baux à ferme agricole (LBFA) lorsque la chose affermée est une exploitation agricole.
265. Les règles sur la protection contre les congés abusifs en matière de baux à loyers s'appliquent par le renvoi de l'art. 300 CO.

II. DEMEURE DU LOCATAIRE

a. Résiliation et restitution

266. L'art. 257d CO modifie le principe général de l'art. 107 CO de la façon suivante :
- Le délai supplémentaire de paiement doit être fixé par écrit et doit être d'une durée de 10 jours en général, et 30 jours pour les baux d'habitation ou

commerciaux. Cet avis doit comprendre une menace de résiliation. Le cas échéant, il doit être également notifié au conjoint du locataire (art. 266n CO).

- En cas de défaut de paiement dans le délai supplémentaire, le bailleur peut résilier (et non résoudre comme à l'art. 107 CO) le bail avec effet immédiat, ou, pour les baux d'habitation ou les baux commerciaux, moyennant un délai de congé de trente jours pour la fin d'un mois. Cela implique que le délai de 30 jours commence à courir dès la fin du délai supplémentaire fixé par le bailleur, et s'il s'achève au milieu du mois, il faut attendre la fin du même mois pour que le bail prenne fin. Le bailleur doit utiliser la formule officielle prévue à l'art. 266 l al. 2 CO et procéder le cas échéant à une notification au conjoint selon l'art. 266n CO.

267. Lorsque le contrat est résilié, le bailleur a le droit de récupérer les locaux. Si le locataire ne les restitue pas volontairement, le bailleur doit intenter une action en restitution basée sur l'art. 267 CO. Le jugement peut ensuite faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée, dans le but d'expulsion du locataire. Le bailleur bénéficie en général de la procédure de protection dans les cas clairs (art. 257 CPC). Il doit établir que la procédure de l'art 257d CO a bien été suivie.

« Lorsque le bailleur intente une action en expulsion pour défaut de paiement du loyer au sens de l'art. 257d CO, comme celle pour défaut de paiement du fermage au sens de l'art. 282 CO, selon la procédure de protection dans les cas clairs (art. 257 CPC), le tribunal doit trancher à titre préjudiciel la question de la validité de la résiliation, laquelle ne doit être ni inefficace, ni nulle, ni annulable (une prolongation du bail n'entrant pas en ligne de compte lorsque la résiliation est signifiée pour demeure conformément aux art. 257d ou 282 CO). En effet, l'expulsion du locataire présuppose que le bail ait valablement pris fin, puisque l'extinction du bail est une condition du droit à la restitution des locaux (art. 267 al. 1 CO, respectivement art. 299 al. 1 CO). Les conditions de l'art. 257 al. 1 CPC s'appliquent également à cette question préjudicielle, soit notamment aux conditions de l'art. 257d al. 1 CO (ATF 144 III 462 consid. 3.3.1; 141 III 262 consid. 3.2 in fine; 142 III 515 consid. 2.2.4 in fine).

Il incombe au bailleur, conformément à l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les conditions de l'art. 257d CO (faits générateurs de droit; rechtserhebende Tatsachen). Il appartient, en revanche, au locataire d'invoquer les faits dirimants (rechtshindernde Tatsachen) ou destructeurs (rechtsvernichtende Tatsachen), en invoquant des objections ou des exceptions (Einwendungen oder Einreden), comme l'extinction de sa dette ou la compensation avec une contre-créance. »

(TF, 07.01.2022, 4A_376/2021, cons. 4.2.1)

b. Contestation du congé

268. En principe, le locataire ne peut pas contester la résiliation découlant de sa demeure au motif que le congé serait abusif (art. 271 CO, voir art. 271a al. 3 let. d CO), ni demander la prolongation du bail (art. 272a al. 1 let. a CO). La jurisprudence admet cependant quelques exceptions relatives au caractère abusif du congé.

« Le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO).

La jurisprudence admet que le congé prononcé conformément à l'art. 257d CO peut, à titre très exceptionnel, contrevenir aux règles de la bonne foi; la notion doit être interprétée très restrictivement, afin de ne pas mettre en question le droit du bailleur à recevoir le loyer à l'échéance (ATF 140 III 591 consid. 1). L'annulation entre en considération notamment dans les cas suivants: le bailleur réclame au locataire, avec menace de résiliation du bail, une somme largement supérieure à celle en souffrance, alors qu'il n'est pas certain du montant effectivement dû et invite son locataire à vérifier le montant réclamé; il contrevient aux règles de la bonne foi s'il maintient cette menace après avoir réduit sensiblement ses prétentions à la suite d'une contestation du locataire relative au montant réclamé (ATF 120 II 31 consid. 4b; arrêt 4A_330/2017 précité consid. 3.1); ou encore, l'arriéré est insignifiant, ou a été réglé très peu de temps après l'expiration du délai comminatoire, alors que le locataire s'était jusque-là toujours acquitté du loyer à temps; ou enfin, le bailleur ne résilie le contrat que longtemps après l'expiration de ce même délai. Le fardeau de la preuve d'une résiliation contraire à la bonne foi incombe au locataire (ATF 140 III 591 consid. 1 et les références citées; arrêts précités 4A_436/2018 consid. 5.1 et 4A_571/2018 consid. 9). »

(TF, 29.04.2021, 4A_550/2020, Cons. 8.2)

c. Procédure d'évacuation

269. A Genève, la procédure d'évacuation est régie par l'art. 30 LACC.

« Art. 30

Procédure en cas d'évacuation d'un logement

1. Lorsqu'il connaît d'une requête en évacuation d'un locataire, le Tribunal des baux et loyers ordonne, dans les limites de l'article 254 CPC, la comparution personnelle des parties. Il entreprend toute démarche utile de conciliation, notamment pour favoriser la conclusion d'accords de rattrapage de l'arriéré et de mise à l'épreuve du locataire en vue du retrait du congé.

2. Il peut, avec l'accord des parties, les reconvoquer en présence de représentants du département chargé du logement et de représentants des services sociaux.

3. Lorsqu'il est appelé à statuer sur l'exécution d'un jugement d'évacuation d'un logement, il siège en présence de ces représentants.
4. Après leur audition et l'audition des parties, il peut, pour des motifs humanitaires, surseoir à l'exécution du jugement d'évacuation dans la mesure nécessaire pour permettre le relogement du locataire ou du fermier.
5. Dans ce dernier cas, la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 24 février 1989, est applicable. Est réservé le recours de l'Etat contre le locataire ou le fermier à raison des sommes qu'il a payées. »

d. Garanties de paiement

270. Pour le loyer impayé et jusqu'à la date de résiliation, le bailleur peut poursuivre le débiteur à concurrence des sommes dues. Il peut le cas échéant bénéficier de diverses garanties :

- *Sûretés fournies par le locataire.* Au moment de la conclusion du bail, le bailleur peut demander au locataire le dépôt sur un compte bloqué d'un montant maximal de trois mois de loyer (art. 257e al. 2 CO). Il s'agit d'un gage (ATF 129 III 360), qui permet au bailleur d'agir en réalisation du gage (art. 151 ss LP). En l'absence d'opposition du locataire, ou sur la base d'un jugement exécutoire, le bailleur peut demander que les sûretés lui soient remises par la banque de consignation.
- *Cautionnement.* D'autres modes de garanties sont admissibles, notamment le cautionnement par un tiers. Dans ce cas, le bailleur peut faire appel à la garantie selon le texte du cautionnement.
- *Droit de rétention :* lorsque le bail porte sur des locaux commerciaux, le bailleur a un droit de rétention sur tous les biens mobiliers qui se trouvent dans les locaux, soit en particulier sur le stock du commerçant (art. 268 CO).

III. LOCATAIRE DE REMPLACEMENT

a. Libération anticipée du locataire

271. Quelle que soit la durée du bail (durée limitée ou illimitée), le locataire peut se libérer du contrat en présentant au bailleur un locataire de remplacement acceptable (art. 264 CO). Le locataire de remplacement doit être solvable et prêt à reprendre le bail en l'état.

« Aux termes de l'art. 264 al. 1 CO, le locataire qui restitue la chose de manière anticipée n'est libéré de ses obligations contractuelles que s'il présente un locataire de remplacement qui soit solvable et que le bailleur ne puisse raisonnablement refuser; le candidat proposé doit en outre être disposé à reprendre le bail aux mêmes conditions. Le bailleur doit se trouver dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le bail s'était poursuivi avec le même locataire (cf. ATF 117 II 156 consid. 3b; arrêts

4A_332/2016 du 20 septembre 2016 consid. 3.2.2 et 3.2.3; 4A_504/2009 du 6 janvier 2010 consid. 2.4). La solvabilité au sens de l'art. 264 al. 1 CO est une notion juridique propre au contrat de bail (cf. arrêt 4C.444/1996 du 18 juin 1997 consid. 2b), qui doit être déterminée en fonction des circonstances du cas d'espèce (ATF 119 II 36 consid. 3d; arrêts 4A_332/2016 précité consid. 3.4.1; 4C.15/2001 du 22 mai 2001 consid. 3a). Le bailleur ne doit pas se laisser imposer, par celui qui souhaite se délier du contrat avant l'échéance convenue, un locataire de remplacement dont la solvabilité n'est en rien comparable à celle du locataire actuel. Mais il est tout aussi erroné de vouloir attacher une importance démesurée à la seule proportion existant entre le montant du loyer et les revenus du locataire de remplacement dans le but de fixer une limite rigide au-delà de laquelle le bailleur ne pourrait plus être tenu d'accepter la candidature qui lui est soumise (ATF 119 II 36 consid. 3d). Le candidat doit être en mesure de payer ponctuellement le loyer et les frais accessoires. Peu importe que ses revenus soient inférieurs à ceux du locataire sortant. Il suffit qu'ils soient réguliers et permettent d'honorer le loyer (DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, 2019, n° 5.3.4 p. 810). »

(TF, 05.08.2020, 4A_239/2020, cons. 10.1)

272. L'acceptabilité du locataire de remplacement n'implique pas son acceptation : le bailleur reste libre de relouer ou non, et au locataire de son choix. Le critère d'acceptabilité est donc uniquement un critère de libération du locataire actuel.
273. Le bailleur doit collaborer à ce processus, notamment en informant immédiatement le locataire sortant qu'il considère que le locataire de remplacement n'est pas acceptable, en en indiquant le motif. Les dispositions paritaires romandes règlent la procédure.

« A teneur de l'art. 35 RULV (*Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud*) et de l'art. 9 du contrat-cadre romand de baux à loyer - ici applicables -, si le bailleur a des objections fondées concernant le candidat proposé, il doit sans délai indiquer au locataire sortant les motifs de son refus (cf. aussi PHILIPPE CONOD/FRANÇOIS BOHNET, *Droit du bail*, 2014, n° 637; MICHEL BISE/AURÉLIE PLANAS, in *Droit du bail à loyer et à ferme*, 2e éd. 2017, n° 90 ad art. 264 CO). Avant de se prononcer, le bailleur doit recevoir tous les renseignements utiles sur le candidat et disposer ensuite d'un délai de réflexion suffisant. C'est au locataire sortant qu'il incombe de fournir au bailleur tous les renseignements concernant les candidats de remplacement (arrêt 4A_373/2008 du 11 novembre 2008 consid. 3.1; BISE/PLANAS, op. cit., n° 38 ad art. 264 CO), le bailleur devant pour sa part vérifier la solvabilité du locataire de remplacement (LACHAT, op. cit., n° 5.3.4 p. 811; CONOD/BOHNET, op. cit., n° 624). Outre l'extrait du registre des poursuites, le bailleur peut demander à propos du candidat des attestations ou des décomptes de salaire, un extrait de compte bancaire ou une taxation fiscale. Toutefois, il ne saurait être question à cet égard de fixer un cadre rigide quant aux documents exigibles (arrêt 4A_332/2016 précité consid. 3.4.1). Si des documents manquent au dossier

du candidat présenté, c'est également au bailleur qu'il appartient de le signaler au locataire sortant dans les plus brefs délais. Dans l'hypothèse où le bailleur ne sollicite pas à cet effet le locataire sortant, il ne peut en principe pas refuser la candidature proposée en invoquant précisément l'absence de certains documents nécessaires qu'il n'a pas requis (BISE/PLANAS, op. cit., n° 93 ad art. 264 CO). »

(TF, 05.08.2020, 4A_239/2020, cons. 10.2)

b. Logement laissé vacant sans locataire de remplacement

274. Si le locataire sortant ne présente pas de locataire de remplacement acceptable, il reste tenu de payer le loyer jusqu'à la fin du bail. Le bailleur doit cependant procéder aux déductions prévues à l'art., 264 al. 3 CO., concernant les impenses épargnées (frais économisés du fait du départ du locataire) des profits retiré d'un autre usage (dans l'hypothèse où le bailleur reloue les locaux) et des profits auxquels le bailleur a intentionnellement renoncé. Dans les Cantons où le marché locatif est comprimé, le bailleur qui ne recherche pas lui-même un locataire de remplacement pour un logement laissé vacant est réputé renoncer à des profits qu'il pouvait retirer de l'usage de la chose. Le bailleur ne peut donc se contenter de constater qu'aucun locataire de remplacement admissible ne lui a été présenté pour demander le paiement du loyer au locataire précédent, sans procéder lui-même à une recherche de nouveau locataire.

« Cela étant, le bailleur a l'obligation d'entreprendre ce qui est raisonnablement exigible pour réduire son dommage (cf. art. 264 al. 3 let. b CO). En cas de défaillance du locataire, il pourra être amené à le sommer d'agir et, si cette sommation reste sans effet ou qu'elle paraît d'emblée inutile, se mettre lui-même à la recherche d'un nouveau locataire. Il ne faut cependant pas inverser les rôles, en ce sens que c'est au locataire qui entend se libérer prématurément de faire en sorte que son cocontractant en subisse le moins possible les conséquences (arrêt 4C.387/1997 du 29 septembre 1998 consid. 2a, in Praxis 1999 p. 315 s.; cf. aussi arrêts 4C.171/2005 du 31 août 2005 consid. 4.1; 4C.118/2002 du 19 août 2002 consid. 3.1, in Praxis 2003 p. 589; ATF 119 II 36 consid. 3c). »

(TF, 20.09.2016, 4A_332/2016, cons. 3.2.4)

IV. VENTE DE L'IMMEUBLE

a. Transfert du bail

275. En cas de vente ou de réalisation forcée de l'immeuble, le bail passe à l'acquéreur de par la loi (art. 261 CO). Ce transfert légal est une dérogation au principe de la relativité du contrat. Le bail est repris en l'état, avec tous les droits et obligations qui en découlent.

« L'acquéreur reprend de plein droit le contrat de bail avec tous les droits et obligations qui en découlent (ATF 127 III 273 consid. 4c/aa). Dans une procédure en cours, l'acquéreur se substitue à l'ancien bailleur, pour autant que celle-ci ait une incidence sur les relations postérieures au transfert du bail (ATF 127 III 273 consid. 4c/aa; arrêt 4A_582/2012 du 28 juin 2013 consid. 1.2). »

(TF, 22.08.2022, 4A_275/2022 cons. 5.1.2)

276. L'acquéreur de l'immeuble ne peut donc résilier le contrat qui lui a été transféré qu'à son prochain terme contractuel, et conformément aux conditions d'un congé de bonne foi, sous réserve du cas de résiliation anticipée prévu par la loi.

b. Résiliation anticipée par l'acquéreur

277. Lorsque le bail n'a pas été annoté au Registre Foncier (voir art. 261b CO), l'acquéreur de l'immeuble peut résilier le bail au prochain terme légal (art. 266 a ss CO, infra, N 292) sans respecter le terme contractuel, aux conditions de l'art. 261 al. 2 CO. Pour les baux d'habitation ou les baux commerciaux, la condition est que l'acquéreur ait un besoin personnel ou familial urgent des locaux. La jurisprudence définit ce critère de la façon suivante :

« Le besoin du nouveau propriétaire doit être propre, c'est-à-dire que l'utilisation des locaux doit lui être nécessaire pour lui-même ou pour l'un de ses proches parents ou alliés (ATF 132 III 737 consid. 3.4.3 p. 745). Un motif simulé, invoqué abusivement, n'est évidemment pas suffisant (ATF 118 II 50 consid. 3c p. 54). »

(ATF 142 III 336, cons. 5.2)

278. Pour les locaux d'habitation, le besoin doit être personnel, ou concerner un proche parent ou allié. La question de savoir si les besoins personnels des actionnaires de l'acquéreur doivent être pris en compte dépend des circonstances, soit notamment du caractère dominant de cet actionnaire.

« S'agissant d'habitations, il s'agit du besoin propre pour la personne physique de pouvoir utiliser le logement, qu'il s'agisse de l'acquéreur lui-même ou de l'un de ses proches parents ou alliés. Lorsqu'une personne morale acquiert l'habitation, le besoin propre est celui qui la concerne elle-même et ne se confond pas avec celui de l'un de ses actionnaires, puisque la personne morale est une personne juridique distincte (ATF 115 II 181 consid. 2a p. 185). La jurisprudence a toutefois admis que, lorsqu'un actionnaire domine économiquement la société acquéresse, le

besoin de celui-ci puisse avoir une incidence sur l'admissibilité de la résiliation (et de la durée de la prolongation) (ATF 132 III 737 consid. 3 p. 743 ss). »

(ATF 142 III 336, cons 5.2.2.1)

279. Pour les locaux commerciaux, le critère est de savoir si l'acquéreur souhaite reprendre lui-même une activité économique dans les locaux loués que ce soit à titre personnel ou à travers une société.

« S'agissant de locaux commerciaux, la personne physique qui en acquiert la propriété ne peut justifier d'un besoin propre que si elle a la volonté de reprendre elle-même l'exploitation d'un commerce dans les locaux, à ses risques et profits, les modalités selon lesquelles elle entend le faire étant sans importance; à propos de l'exploitation d'un bar-discothèque par l'acquéreur, il a été jugé qu'il importait peu que celui-ci doive engager du personnel à cet effet, y compris un gérant (avec patente) pour exploiter l'établissement, pourvu qu'il le fasse à ses propres risques et profits (arrêt 4A_23/2009 du 24 mars 2009 consid. 3.3.1 et 3.3.3). Il a aussi été admis - dans le cadre d'un litige portant sur la prolongation du bail - que la personne physique puisse faire valoir son intérêt à exercer son activité professionnelle dans les locaux (en l'occurrence en tant qu'opticien) sous la forme d'une société (en l'occurrence à responsabilité limitée) (arrêt 4C.139/2000 du 10 juillet 2000 consid. 2b). Lorsque l'acquéreur de locaux commerciaux est une personne morale, son intérêt se concentre dans la réalisation de son but social, à l'exclusion de celui de ses actionnaires (arrêt 4C.139/2000 précité consid. 2b). Celle-ci justifie en tout cas d'un besoin propre si elle entend utiliser elle-même les locaux pour son activité économique à ses risques et profits, conformément à son but social (cf. ATF 115 II 181 consid. 2a in fine p. 185; cf. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 2e éd. 2014, n. 2977). Il importe peu que cette utilisation personnelle par la personne morale nécessite préalablement la transformation du bâtiment, voire la démolition de celui-ci et la construction d'un nouveau bâtiment (cf. ATF 135 III 121, dans lequel un besoin propre a été admis alors que le propriétaire entendait démolir le bâtiment - abritant un atelier de carrosserie et de réparation d'automobiles - pour réaliser un projet de nouvelles infrastructures - en l'occurrence ferroviaires). Il importe peu également que son besoin propre s'étende à l'ensemble du (nouveau) bâtiment ou seulement à une partie de celui-ci. »

(ATF 142 III 336, cons 5.2.2.2)

280. Il appartient à l'acquéreur de prouver son besoin personnel ou familial urgent. A défaut, la résiliation est annulable.

« Le nouveau propriétaire supporte le fardeau de la preuve de son besoin propre et urgent (art. 8 CC; arrêts 4A_85/2008 du 12 juin 2008 consid. 3.1; 4C.17/2006 précité et les références à la doctrine).

La résiliation anticipée qui ne remplit pas ces conditions est annulable conformément aux art. 271 s. CO (ATF 118 II 51; cf. HIGI, op. cit., n° 44 ad art. 261 CO; ROGER WEBER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 6e éd. 2015, n° 11 ad art. 261 CO; SYLVAIN MARCHAND, in Droit du bail à loyer, Bohnet/Montini [éd.], 2010, n° 38 ad art. 261 CO; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9e éd. 2010, p. 226; contra: pour la nullité, DAVID LACHAT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2e éd. 2012, n° 8 ad art. 261 CO; le même, Le bail à loyer, nouvelle éd. 2008, p. 692). Elle ne peut pas être convertie en une résiliation ordinaire (ATF 135 III 441 consid. 3.3).

En revanche, lorsque la résiliation anticipée remplit ces conditions, le locataire ne peut pas objecter que le congé est annulable en raison d'un litige pendant ou ayant opposé le vendeur au locataire dans les trois années qui ont précédé (art. 271a al. 3 let. d CO).

L'action en annulation de la résiliation anticipée de l'art. 261 al. 2 CO est soumise à la procédure de l'art. 273 CO (MARCHAND, op. cit., n° 38 ad art. 261 CO). »

(ATF 142 III 336, cons. 5.2.4)

281. La résiliation anticipée du bail confère au locataire une prétention en dommages et intérêts contre le bailleur antérieur (art. 261 al. 3 CO).

V. CONTESTATION DU LOYER

a. Possibilités de contestation

282. Le locataire peut contester le loyer dans trois situations :

- *Contestation du loyer initial.* Dans le délai de 30 jours depuis la réception de la chose, le locataire peut contester le montant du bail (art. 270 CO). Cette contestation suppose soit une contrainte, soit une augmentation sensible (plus de 10 % : ATF 136 III 82 cons. 3.4) par rapport au loyer précédent.
- *Contestation en cours de bail.* Le locataire peut en toute temps contester le montant du bail s'il considère que les bases de calcul du rendement, en particulier une baisse des frais ou du taux hypothécaire de référence, implique que la chose louée confère au bailleur un rendement excessif (art. 270a CO).
- *Contestation d'une augmentation de loyer.* Le locataire peut contester une majoration de loyer dans les 30 jours qui suivent l'avis de majoration (art. 270b CO)

b. Critère du rendement net

283. Le loyer peut être contesté s'il confère au bailleur un rendement excessif par rapport au taux hypothécaire de référence. Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche publie le taux de référence chaque trimestre (art. 12a OBLF).

« Le calcul du rendement net relève de la méthode absolue, où le loyer est contrôlé sur la base de la situation financière de l'immeuble à un moment donné, sans égard aux accords antérieurs (ATF 123 III 171 consid. 6a p. 173 i.f. et s.). Globalement, il implique de déterminer les coûts d'investissement financés par les fonds propres (principalement le prix d'acquisition de l'immeuble) et d'appliquer à ces investissements un taux de rendement admissible, qui se définit par le taux d'intérêt hypothécaire de référence augmenté de 0,5 pour cent (cf. ATF 122 III 257 consid. 3a). Il convient d'y ajouter les charges immobilières annuelles, soit les charges financières (en particulier les intérêts hypothécaires dus sur les emprunts), les charges courantes (impôt, prime d'assurance, etc.) et les charges d'entretien. »

(ATF 141 III 245 cons. 6.3)

284. La démarche se fait en sept étapes.

« Il découle de la jurisprudence qu'il y a lieu de procéder en sept étapes pour déterminer le rendement net (arrêt 4A_239/2018 précité consid. 5.2.2):
1° Il faut déterminer tous les coûts d'investissement effectifs (ou le prix de revient) de l'immeuble.
2° Il faut en déduire les fonds empruntés (fonds étrangers), ce qui permet d'obtenir le montant des fonds propres investis.
3° Le montant des fonds propres doit être réévalué pour tenir compte du renchérissement (art. 269a let. e CO). L'adaptation au renchérissement, selon l'indice suisse des prix à la consommation, de seulement 40 % des fonds propres, règle fixée en 1994 par l' ATF 120 II 100 , est critiquée par la recourante et sera examinée au consid. 8.3.
4° Il y a lieu d'appliquer à ces fonds propres investis réévalués le taux de rendement admissible. Le taux de 0,5 % en sus du taux hypothécaire de référence est critiqué par la recourante et sera examiné au consid 8.4.
5° Au rendement admissible des fonds propres ainsi obtenu, il faut ajouter les charges immobilières.
6° Il s'agit ensuite de ventiler ce résultat appartement par appartement pour obtenir le loyer admissible de la chose louée.
7° Il faut enfin comparer le loyer admissible pour la chose louée ainsi obtenu avec le loyer actuel, ce qui permettra de déterminer si une majoration du loyer est possible ou non (pour plus de détails sur les étapes non thématiques dans le présent arrêt, cf. l'arrêt 4A_239/2018 précité consid. 5.2.2 et les références citées). »

(ATF 147 III 14, cons. 7.1)

285. Dans cet arrêt de 2020, le Tribunal fédéral a changé sa jurisprudence en modifiant deux paramètres du calcul du rendement net : l'adaptation des fonds au renchérissement est intégrale et non plus limitée à 40 % (étape 3) ; le taux de rendement admissible (étape 4) est porté à 2 % tant que le taux hypothécaire de référence est inférieur à 2%.

*« Communiqué de presse du Tribunal fédéral
Arrêt du 26 octobre 2020 (4A_554/2019)*

Contestation du loyer initial : changement de jurisprudence dans le calcul du rendement net Le Tribunal fédéral modifie deux paramètres servant à déterminer le loyer initial admissible des baux d'habitations et des locaux commerciaux selon le critère du rendement net. Dorénavant, les fonds propres investis seront intégralement revalorisés en fonction du renchérissement des prix. Est par ailleurs considéré comme admissible le taux de 2 pour cent en sus du taux hypothécaire de référence lorsque celui-ci s'élève à 2 pour cent ou moins. »

c. Méthode relative

286. Dans le cas d'une contestation en cours de bail ou d'une augmentation de loyer, le Tribunal applique cependant une méthode relative, qui évite que le locataire qui n'a pas respecté le délai de l'art. 270 CO profite de ces occasions pour remettre en cause le loyer initial. Seules les modifications des critères de fixation du loyer survenues depuis la conclusion du bail (taux hypothécaire de référence, indice des prix à la consommation) peuvent être prises en considération.

« Deux méthodes de calcul sont applicables pour déterminer si le loyer est admissible. Une première méthode, dite absolue, vise à examiner, sur la base des prix du marché et des coûts supportés par le bailleur, mais sans égard aux stipulations antérieures des parties, si le loyer est en soi abusif, respectivement s'il procure un rendement excessif. La deuxième méthode, dite relative, consiste à contrôler si une adaptation du loyer en cours de bail est admissible en fonction des rapports contractuels entre les parties et de la confiance éveillée auprès de la partie adverse; pour ce faire, le juge examine en particulier l'évolution des critères de fixation du loyer entre le moment de la fixation du précédent loyer et celui de la fixation du loyer contesté (ATF 120 II 240 consid. 2). Le principe de la confiance implique que la partie qui ne conteste pas une adaptation de loyer ne peut pas ensuite se prévaloir du fait qu'elle était abusive ou insuffisante (ATF 124 III 67 consid. 3 p. 68); une modification de loyer n'est donc en principe admissible que si les circonstances ont changé depuis la dernière adaptation. »

(ATF 142 III 568 cons. 1.2)

d. Autres critères de loyer abusif

287. D'autres critères peuvent être pris en considération (art. 269a CO), notamment les loyers usuels dans la localité. Il s'agit de critères subsidiaires à celui du rendement excessif selon l'art. 269 CO.

« Depuis l'ATF 124 III 310 consid. 2, qui reprend la jurisprudence rendue sous l'empire de l'AMSL et dont la portée avait encore été étendue en ce sens que le moyen de défense du locataire fondé sur le rendement exagéré de la chose louée devait pouvoir être invoqué sans qu'il ait à démontrer la présence d'indices d'abus (ATF 121 III 163, p. 168 et 123 III 76 consid. 4c p. 83), le Tribunal fédéral a adopté le principe de la priorité du critère absolu du rendement net (art. 269 CO) sur celui des loyers usuels de la localité ou du quartier (art. 269a let. a CO), en ce sens que le locataire peut toujours tenter de prouver que le loyer permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'il résulte du texte même de l'art. 269a CO que cette disposition pose des présomptions. Les exceptions qui y sont prévues ne sont que subsidiaires, en ce sens qu'elles ne déploient leurs effets que si le demandeur ne parvient pas à renverser la présomption légale, en l'occurrence de la let. a en prouvant que le loyer est abusif au sens de l'art. 269 CO, soit selon le critère du rendement net. Ce n'est donc qu'en cas d'échec du renversement de la présomption ou en cas de difficulté ou d'impossibilité de déterminer le caractère excessif du rendement net, notamment lorsqu'il s'agit d'immeubles anciens, qu'il pourra être fait application du critère des loyers usuels de la localité ou du quartier. Cette jurisprudence n'a ensuite plus varié (cf. les nombreux arrêts cités dans l'arrêt 4A_276/2011 cité ci-après au consid. 5.2.1 in fine). »

(TF, 13.01.2021, 4A_28/2020 cons. 4.2)

e. Loyers échelonnés et indexés

288. Les parties peuvent convenir d'une indexation du loyer, en respectant les conditions de l'art. 269b CO : une indexation sur l'indice suisse des prix à la consommation pour une durée minimale de cinq ans.
289. Un loyer indexé peut faire l'objet d'une contestation initiale du loyer (art. 270 CO et 210c CO). Par la suite, seule une contestation de l'indexation est possible.

Au début du bail à loyers indexés, le locataire a la possibilité d'ouvrir action en contestation du loyer initial aux conditions de l'art. 270 CO, cette action étant expressément réservée par l'art. 270c CO.

3.3. Durant la durée initiale du bail - d'au moins cinq ans -, le loyer ne peut, par avis de majoration de loyer au sens de l'art. 269d CO, être adapté qu'au renchérissement selon l'ISPC, à l'exclusion de tout autre facteur de hausse (art. 17 al. 3 de l'ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux [RS 221.213.11; OBLF]), et aux conditions prévues par le contrat. Le locataire peut seulement rétorquer que

l'augmentation n'est justifiée par aucune variation correspondante de cet indice (art. 270c CO).

De son côté, le locataire peut demander une diminution de loyer en cas de baisse de cet indice (art. 270a CO et art. 17 al. 2 OBLF). Le bailleur peut uniquement objecter que la diminution de loyer demandée par le locataire ne correspond à aucune variation de cet indice (art. 270c CO).

(TF, 05.01.2021, 4A_86/2020, cons. 3.2 et 3.3)

290. En revanche, au terme de la durée initiale de cinq ans, et si le bail est renouvelé, le locataire peut demander une diminution du loyer en cours bail au sens de l'art. 270a CO

« À l'expiration de la durée initiale du bail - d'au moins cinq ans -, que le bail prévoit une reconduction tacite pour une nouvelle durée de cinq ans ou pour une durée inférieure, chaque partie peut, en respectant le délai de résiliation, solliciter une modification du loyer (art. 269 et 270a CO). »

(TF, 05.01.2021, 4A_86/2020, cons. 3.4)

291. Les parties peuvent également convenir d'un échelonnement du loyer aux conditions de l'art. 269c CO, l'augmentation du loyer pouvant être prévue à l'avance, par année, sur une période minimale de trois ans. Seule une contestation du loyer initial (art. 270 CO et 270d CO) est possible, dans les 30 jours dès la remise de la chose.

« De lege lata, l'art. 270d CO restreint cette faculté au "loyer initial". Lorsque l'échelonnement résulte du contrat de bail, le locataire a le droit de le contester dans les trente jours suivant la délivrance de la chose louée, conformément à l'art. 270 CO, en s'en prenant soit au principe même de l'échelonnement, soit à l'échelon initial ou encore aux échelons subséquents (LACHAT/MICHEL, op.cit., p. 255, n. 3.5). Si le principe de l'échelonnement est acquis, le juge doit fixer le montant des échelons en fonction de l'évolution probable des facteurs de hausse, à partir de l'entrée en vigueur du premier échelon (LACHAT/MICHEL, op.cit., p. 254, note 20; COMMENTAIRE DE L'USPI, n. 5 ad art. 270d CO). »

(ATF 121 III 397, cons. 2b, qui exclut la contestation d'un échelonnement prévu par une transaction judiciaire.)

VI. CONTESTATION DE LA RÉSILIATION

a. Résiliation ordinaire du bail

292. Le bail à durée déterminée prend fin à l'expiration de la durée convenue (art. 266 CO). Le bail à durée indéterminée prend fin par une déclaration de résiliation (congé), dans le respect du délai de congé et du terme légal.

- Le *délai de congé* est de trois mois pour les baux d'habitation (art. 266c CO) et de six mois pour les baux commerciaux (art. 266d CO). Le délai de congé est compté à partir de la déclaration de résiliation. Une fois ce délai passé, le contrat prend fin au prochain terme légal.
- Le *terme légal* n'est pas fixé par la loi mais dépend des cantons. Certains cantons prévoient des dates fixes dans l'année, d'autre, comme Genève, des termes légaux correspondant à des trimestres de bail. Le but du terme légal est d'organiser la rotation des locataires.

293. La déclaration de résiliations (congé) doit respecter les formes prévues par l'art. 266l CO (forme écrite pour la résiliation par le locataire, formule officielle cantonale pour la résiliation par le bailleur) et le cas échéant être notifié au conjoint du débiteur (art. 266n CO).

294. Les baux sont présumés être conclus pour une durée indéterminée (art. 255 al. 3 CO). La conclusion d'un bail à durée déterminée fait perdre au locataire la protection liée au congé abusif puisqu'il n'y plus de congé. Le Tribunal fédéral considère que la conclusion d'un tel bail est une fraude à la loi lorsque son but est uniquement d'écarter ces règles de protection du locataire. Tel est notamment le cas lorsque des baux à durée déterminée se succèdent avec le même locataire.

« Il découle de ce qui précède que la conclusion successive de baux à durée limitée peut permettre au bailleur d'échapper à des règles impératives conférant des droits au locataire, telles que les règles contre les loyers abusifs ou contre les congés abusifs. Elle est donc susceptible de constituer une fraude à la loi lorsque le bailleur qui, en soi, a l'intention de s'engager pour une durée indéfinie opte pour un système de baux à durée déterminée aux seules fins de mettre en échec des règles impératives (ATF 139 III 145 consid. 4.2.4). »

(TF, 12, 04.2019, 14A_598/2018, cons. 4.1.4)

b. Résiliation abusive

295. Le respect des délais et termes de résiliation ordinaire ne suffisent pas à la validité d'une résiliation, qui doit encore être conforme aux règles de la bonne foi (art. 271 al. 1 CO). La partie qui résilie doit motiver le congé, à la demande de son cocontractant (art. 272 al. 2 CO).

« Chaque partie est en principe libre de résilier un bail de durée indéterminée pour la prochaine échéance convenue en respectant le délai de congé prévu. La résiliation ordinaire du bail ne suppose pas l'existence d'un motif de résiliation particulier (cf. art. 266a al. 1 CO; ATF 145 III 143 consid. 3.1; 142 III 91 consid. 3.2.1; 140 III 496 consid. 4.1).

Lorsque le bail porte sur une habitation ou un local commercial, la seule limite à la liberté contractuelle des parties réside dans les règles de la bonne foi: le congé qui y contrevient est alors annulable (art. 271 al. 1 CO; cf. également art. 271a CO). De manière générale, un congé est contraire aux règles de la bonne foi lorsqu'il ne répond à aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection et qu'il apparaît ainsi purement chicanier ou consacrant une disproportion crasse entre l'intérêt du locataire au maintien du contrat et celui du bailleur à y mettre fin (ATF 145 III 143 consid. 3.1; 142 III 91 consid. 3.2.1; 140 III 496 consid. 4.1). Il ne suffit pas que la résiliation entraîne des conséquences pénibles pour le locataire (ATF 142 III 91 consid. 3.2.1) ou que l'intérêt du locataire au maintien du bail paraisse plus important que celui du bailleur à ce qu'il prenne fin (arrêt 4A_200/2017 du 29 août 2017 consid. 3.1.2 et les références citées). »

(TF, 31.08.2021, 4A_143/2021, cons. 7.1)

296. La loi prévoit une liste non exhaustive de situations dans lesquels le congé donné par le bailleur est contraire aux règles de la bonne foi (art. 271a al. 1 CO). Sans reprendre ici la casuistique de cette disposition légale, on peut mentionner trois situations importantes en pratique :

- Le *congé-sanction* est le congé donné par le bailleur pour sanctionner le fait que le locataire a exercé ses droits (art. 271a al. 1 let. a CO). Le congé qui intervient dans les trois ans après une procédure ayant opposé le bailleur et le locataire, et qui n'a pas conduit à ce que le locataire soit débouté, est présumé de façon irréfragable être un congé-sanction (art. 271a al. 1 let. e CO).
- Le *congé-modification* est un congé donné par le bailleur pour imposer une modification unilatérale du bail défavorable au locataire (art. 271a al. 1 let. b CO).
- Le *congé-vente* est le congé donné par le bailleur pour tenter de forcer le locataire à acheter l'appartement (art. 271a let. c CO).

297. Ces cas de congés réputés abusifs ne sont pas applicables dans certaines situations, prévues par l'art. 271 al. 2 et 3 CO. Le cas du congé-sanction n'est par exemple plus invocable par le locataire, si la résiliation résulte de sa demeure (art. 271 al. 3 let. b CO).

c. Prolongation du bail

298. Même si le congé n'est pas abusif, il peut mettre le locataire dans une situation difficile. La loi le protège en l'autorisant à demander une prolongation du bail (art. 272 CO), dans les 30 jours qui suivent la réception du congé (art. 273 al. 2 .et. a CO), ou dans les 60 jours qui suivent la fin d'un bail à durée déterminée (art. 273 al. 2 let b CO). La prolongation peut être accordée pour une durée maximale de quatre ans pour les locaux

d'habitation, et de six ans pour les locaux commerciaux (art. 272b CO). Le juge procède alors à une pesée des intérêts respectifs du locataire et du bailleur.

« Lorsqu'il doit se prononcer sur une prolongation du bail, le juge apprécie librement, selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), s'il y a lieu de prolonger le bail et, dans l'affirmative, pour quelle durée. Il doit procéder à la pesée des intérêts en présence et tenir compte du but de la prolongation, consistant à donner du temps au locataire pour trouver des locaux de remplacement (ATF 125 III 226 consid. 4b p. 230) ou à tout le moins pour adoucir les conséquences pénibles résultant d'une extinction du contrat (ATF 116 II 446 consid. 3b p. 448 s.; arrêt 4C.139/2000 du 10 juillet 2000 consid. 2a). Il lui incombe de prendre en considération tous les éléments du cas particulier, tels que la durée du bail, la situation personnelle et financière de chaque partie, leur comportement, de même que la situation sur le marché locatif local (ATF 136 III 190 consid. 6 p. 195 et les arrêts cités; 125 III 226 consid. 4b p. 230). Il peut tenir compte du délai qui s'est écoulé entre le moment de la résiliation et celui où elle devait prendre effet, comme de la durée de la procédure judiciaire qui prolonge en fait le bail (arrêts 4A_639/2018 précité consid. 6.1; 4A_545/2013 du 28 novembre 2013 consid. 3.1), ainsi que du fait que le locataire n'a pas entrepris de démarches sérieuses pour trouver une solution de remplacement (cf. ATF 125 III 226 consid. 4c p. 230 s.; arrêt 4C.425/2004 du 9 mars 2005 consid. 3.4). Le choix entre une ou deux prolongations doit permettre au juge de retenir la solution la plus adaptée aux circonstances (arrêts 4A_386/2014 du 11 novembre 2014 consid. 4.3.1; 4A_105/2009 du 5 juin 2009 consid. 3.1 et la référence au Message du Conseil fédéral); il peut donc, dans la pesée des intérêts des deux parties, décider d'accorder une première prolongation du bail ou une prolongation définitive et, cas échéant, en fixer la durée. Il n'y a pas de priorité de l'une de ces solutions par rapport à l'autre (arrêts 4A_386/2014 précité consid. 4.3.1; 4A_105/2009 précité consid. 3.2). »

(TF, 15.12.2020, 4A_459/2020, cons. 4.1)

299. Le locataire perd cette possibilité dans les situations visées par l'art. 272a CO, soit notamment lorsqu'il est en demeure (art. 272a al. 1 CO).

"Bartleby! quick, I am waiting." I heard a slow scrape of his chair legs on the uncarpeted floor, and soon he appeared standing at the entrance of his hermitage. "What is wanted?" said he mildly. "The copies, the copies," said I hurriedly. "We are going to examine them. There"—and I held towards him the fourth quadruplicate. "I would prefer not to," he said, and gently disappeared behind the screen.

Herman Melville, *Bartleby, the Scrivener: a Story of Wall Street*.

Faut-il étudier la partie spéciale du Code des obligations ?

Contrairement à la partie générale du Code des obligations qui pose les principes fondamentaux régissant l'accord des parties, le champ de la partie spéciale est limité, modeste, presque anecdotique.

D'abord, l'application de ces règles suppose l'exercice préalable d'une qualification du contrat. Les dispositions de chacun des chapitres de la partie spéciale ne s'appliquent qu'aux accords dont les caractéristiques permettent qu'ils y soient rattachés. L'exercice préalable de la qualification est un exercice délicat, qui repose sur le contenu du contrat, et non sur le choix des parties.

« La qualification juridique d'un contrat se base sur le contenu de celui-ci (ATF 144 III 43 consid. 3.3). Dans une première étape, il s'agit de déterminer le contenu du contrat en recherchant la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO). Si une telle intention ne peut être constatée, le contenu du contrat doit être interprété selon le principe de la confiance (ATF 145 III 365 consid. 3.2.1; 144 III 43 consid. 3.3; 140 III 134 consid. 3.2).

Une fois le contenu du contrat déterminé, il s'agit, dans une seconde étape et sur cette base, de catégoriser juridiquement la convention (arrêt 4A_64/2020 du 6 août 2020 consid. 5 et les références citées). La qualification juridique d'un contrat est une question de droit. Le juge applique le droit d'office (art. 57 CPC) et détermine d'office les règles légales applicables à la convention des parties. Il n'est lié ni par la qualification effectuée par les parties ni par les expressions ou dénominations inexactes dont les parties ont pu se servir soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (" falsa demonstratio non nocet ") (art. 18 al. 1 CO; ATF 131 III 217 consid. 3; 129 III 664 consid. 3.1; arrêt 4A_64/2020 précité consid. 5 et les références citées). »

(TF, 21.09.2021, 4A_53/2021, cons. 5.1.1)

Par ailleurs, les règles de la partie spéciale du Code des obligations sont pour la plupart de droit dispositif et ne s'appliquent qu'à un nombre limité de contrats. Elles s'inclinent devant les volumineux contrats préparés par des grandes Etudes d'avocats et recopiés à l'infini par les services juridiques des entreprises.

Bref, l'étudiant en droit qui se voit proposer l'étude de la partie spéciale du Code des obligations ne pourrait-il pas se contenter, l'instar d'un Bartleby devant la paperasse d'un notaire, d'un « *I would prefer not to* » ?

Qu'il nous soit permis d'expliquer ici pourquoi ces quelques semaines d'étude, et la lecture plus ou moins approfondie de ce polycopié d'une centaine de pages, n'ont pas été une perte de temps.

- D'abord, le mythe du contrat exhaustif est trompeur. L'abondante jurisprudence relative à la partie spéciale du Code des obligations, dont les lecteurs trouveront de nombreux extraits dans ce polycopié, démontre que pour être dispositives, ces règles ne font pas moins l'objet d'une intense activité jurisprudentielle.
- Ensuite, pour déroger aux règles de la partie spéciale du Code des obligations, encore faut-il les connaître. Après tout, les solutions légales sont souvent satisfaisantes, et il est superfétatoire de contractualiser des solutions qui découlent du droit dispositif.
- Enfin, au-delà des règles elles-mêmes, ce sont les thématiques qu'elles abordent qui sont intéressantes. On peut voir dans la partie spéciale du code des obligations, *a minima*, un index des questions que les parties doivent envisager au moment de conclure un contrat.

Bien sûr, il y a le champ immense des contrats innommés, dont on pourrait penser qu'il relativise l'importance de ces quelques contrats nommés. En réalité, la plupart des contrats innommés ne sont que des combinaisons de contrats nommés, et les règles de la partie spéciale du Code des obligations leurs sont applicables au moins par analogie. La règle dépend alors de la question, avant que la réponse ne dépende de la règle.

« Lorsqu'on se trouve confronté à un contrat mixte ou composé comprenant des éléments de différents types de contrat, il faut examiner précisément quelle est la question juridique posée pour déterminer quels sont les dispositions légales ou les principes juridiques auxquels il y a lieu de recourir pour la trancher (ATF 131 III 528 consid. 7.1; 118 II 157 consid. 2c et les références citées). Cela signifie que les différentes questions à résoudre doivent être régies par les normes légales ou les principes juridiques qui sont adaptés à chacune d'elles. »

(TF, 05.07.2007, 4C_84/2007, cons. 3.1.3)

Bref, connaître les actions édiliciennes, avoir le réflexe de l'avis des défauts, distinguer entre l'obligation de résultat et l'obligation de diligence, ressentir la fragilité du mandat, s'initier aux mystères du congé abusif et aux incertitudes de la provision du courtier, sont des éléments aussi indispensables à la culture juridique que la connaissance des concepts de la partie générale du Code des obligations.

Le révolutionnaire « *I would prefer not to* » de Bartleby a un charme mystérieux, mais nous suggérons plutôt à tout futur juriste : « *You would be better off* ».