

# ZBGR

Heft 2  
März/April  
2020  
Erscheint 6 x jährlich  
101. Jahrgang

Schweizerische Zeitschrift  
für Beurkundungs-  
und Grundbuchrecht

[www.zbgr.ch](http://www.zbgr.ch)

## RNRF

Revue Suisse du Notariat  
et du Registre foncier

[www.rnrf.ch](http://www.rnrf.ch)

**Redaktion:**

Peter Voser, a. Notar, Schlieren  
Prof. Dr. iur. Michel Mooser, notaire, Bulle  
Roman Sandmayr, Notar, Zollikon

**Freier Mitarbeiter:**

Jürg Schmid, a. Notariatsinspektor, Volketswil

**Redaktions-Adresse**

für Beiträge und Rezensionen:

Peter Voser  
Stationsstrasse 18  
8952 Schlieren  
Tel. 044 730 14 80  
E-Mail: [peter.voser@zbgr.ch](mailto:peter.voser@zbgr.ch)

**Im Abonnement inbegriffen:**

Archiv mit Volltext und Register auf  
[www.zbgr.ch](http://www.zbgr.ch)

**Inclus dans l'abonnement:**

Archives avec texte intégral et index  
sur le site [www.zbgr.ch](http://www.zbgr.ch)

**Bestellung von Abonnements**

Jahresabonnement Fr. 115.–  
Einzelhefte und Separatdrucke  
sowie Inserateaufträge:  
Stutz Medien AG  
Einsiedlerstrasse 29, 8820 Wädenswil  
Tel. 044 783 99 11, Fax 044 783 99 22  
E-Mail: [inserate@zbgr.ch](mailto:inserate@zbgr.ch)

ISSN 2296-6420

Verlag: Zürcher Notariatsverein



# Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

## Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände/Organe des associations suivantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV). Aargauische Notariatsgesellschaft. Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz. Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la photocopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

---

## Garantie pour les défauts affectant les parties communes d'une PPE

Les leçons à tirer de l'ATF 145 III 8 = RNR 100 p. 312

Par Blaise Carron, Professeur à l'Université de Neuchâtel<sup>1</sup>

### Bibliographie

*Berger Valentino/Galli Dario/Vischer Markus*, Ungeteiltes Leid ist halbes Leid, CJN 17 janvier 2019 (cité: *Berger/Galli/Vischer*, CJN); *Bohnet François*, Procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel/Bâle 2014 (cité: *Bohnet*, Procédure civile); *Bühler Theodor*, Der Werkvertrag (Art. 363–370 OR), V/2d, in: *Gauch Peter/Schmid Jörg* (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Zurich 1998 (cité: *Bühler*, ZKomm, art. X n. Y); *Carron Blaise*, Acquisition d'une part de propriété par étages (PPE) et garantie pour les défauts, in: *Bohnet François/Carron Blaise* (édit.), PPE 2019, Bâle/Neuchâtel 2019, p. 1–78 (cité: *Carron*, PPE 2019); *Carron Blaise/Férolles Yann*, Le dommage consécutif au défaut, in: *Werro Franz/Pichonnaz Pascal* (édit.), Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Berne 2013, p. 71–154 (cité: *Carron/Férolles*); *Gauch Peter*, Der Werkvertrag, 6<sup>e</sup> éd., Zurich 2019 (cité: *Gauch*, Werkvertrag); *Gauch Peter*, Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, BR 1984, p. 23–27 (cité: *Gauch*, Abtretung); *Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allge-

<sup>1</sup> Je remercie Me Aurélie Gandoy, avocate et assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de l'aide qu'elle m'a apportée pour la mise au point et la rédaction de ce texte. Je remercie également mon collègue de l'Université de Neuchâtel, le Prof. Amédéo Wermelinger, ainsi que Me Michel Mooser, professeur titulaire à l'Université de Fribourg, de leur relecture critique d'un projet de cette contribution et pour leurs suggestions avisées. Les opinions exprimées dans cette contribution n'engagent toutefois que l'auteur.

meiner Teil, T. I, 10<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité: *Gauch/Schluep/Schmid*, T. I); *Gauch Peter/Schluep Walter R./Emmenegger Susan*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, T. II, 10<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité: *Gauch/Schluep/Emmenegger*, T. II); *Geiser Thomas/Wolf Stephan* (édit.), Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, Bâle 2019 (cité: BSK ZGB II-*Auteur*, art. X n. Y); *Guignard Daniel*, La garantie pour les défauts, in: *Zufferey Jean-Baptiste* (édit.), JDC 2012, p. 1–24 (cité: Guignard, Garantie); *Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang* (édit.), Art. 1–529 OR, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité: BSK OR I-*Auteur*, art. X n. Y); *Huguenin Claire*, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2019; *Krauskopf Frédéric*, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes: Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, p. 115–142 (cité: *Krauskopf*, Erwerb); *Krauskopf Frédéric*, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung: noch immer umkämpft, in: BR 2017, p. 149–164 (cité: *Krauskopf*, Mängelhaftung); *Liver Peter*, Urteilsbesprechung (zu BGE 111 III 458 ff.), RJB 1989, p. 145 ss (cité: Liver, RJB); *Meier-Hayoz Arthur*, IV. Sachenrecht. 1. Das Eigentum. 1. Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, Berner Kommentar, Berne 1981 (cité: *Meier-Hayoz*, BKomm., art. X n. Y); *Meier-Hayoz Arthur/Rey Heinz*, IV. Sachenrecht. 1. Das Eigentum 5. Grundeigentum IV. Das Stockwerkeigentum, Art. 712a–712t ZGB, Berner Kommentar, Berne 1988 (cité: *Meier-Hayoz/Rey*, BKomm., art. X n. Y); *Nussbaumer Arnaud*, La cession des droits de garantie, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cité: *Nussbaumer*, thèse); *Nussbaumer Arnaud*, Les droits de garantie et la PPE: Quelques problèmes récurrents, in: *Pichonnaz Pascal/Werro Franz* (édit.), La pratique contractuelle 6 – symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 145–171 (cité: *Nussbaumer*, PPE); *Piccinin Valentin*, La propriété par étages en procès, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cité: *Piccinin*, thèse); *Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Piotet Denis* (édit.), Code civil II, art. 457–977 CC, art. 1–71 Tit. fin. CC, Commentaire romand, Bâle 2016 (cité: CR CC II-*Auteur*, art. X n. Y); *Raschein Urs*, Die Rechtsausübung der Stockwerkeigentümergeinschaft mit besonderer Berücksichtigung von Gewährleistungsansprüchen und des Sonderfalles Aparthotel, thèse, Entlebuch 1996; *Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina*, Gutachten zur Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs bei den Art. 712a ff. ZGB (Stockwerkeigentum) vom 20. August 2018 im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern, disponible à l'adresse suivante: [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/externe/gutachten-stockwerkeigentum-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/externe/gutachten-stockwerkeigentum-d.pdf) (consulté le 19.11.2019) (cité: *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rechtsgutachten); *Schumacher Rainer*, Die Mängelrechte des Käufers von Stockwerkeigentum – gesteigerte Komplexität, DC 1994, p. 3–10 (cité: *Schumacher*, Mängelrechte); *Schwery Nadja*, Zur Vermeidung der Kollision von Gewährleistungsrechten im

Stockwerkeigentum, BR 2018, p. 346–355 (cité: *Schwery*, Kollision); *Steinauer Paul-Henri*, Les droits réels, Tome I: Introduction à l'étude de droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 6<sup>e</sup> éd., Berne 2019 (cité: *Steinauer*, Droits réels I); *Steinauer Paul-Henri/Bieri Laurent*, Le Titre préliminaire du Code civil, in: *Tercier Pierre* (édit.), Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, Traité de droit privé suisse, II/1, Bâle 2009 (cité: *Steinauer/Bieri*, Titre préliminaire); *Stöckli Hubert*, Nachbesserungsrecht unabhängig von Wertquoten, BR 2018 p. 368–371 (cité: *Stöckli*, Nachbesserungsrecht); *Tercier Pierre/Bieri Laurent/Carron Blaise*, Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd., Genève 2016 (cité: *Tercier et al.*); *Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal*, Le droit des obligations, 6<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2019 (cité: *Tercier/Pichonnaz*); *Thévenoz Luc/Werro Franz* (édit.) Code des obligations I, art. 1–529 CO, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 (cité: CR CO I-Auteur, art. X n. Y); *Thurnherr Christoph*, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, Zurich 2010, p. 260–283 (cité: *Thurnherr*, Massnahmen); *Vischer Markus*, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, ZBGR 96/2015, p. 217–228 (cité: *Vischer*, Mängelrechte); *Weber Rolf H.*, Aktuelle Streitfragen des Stockwerkeigentums, Baurechtstagung 1989, p. 1–26 (cité: *Weber*, BRT); *Weber Rolf H.*, Gewährleistungsansprüche beim Stockwerkeigentum, DC 1985, p. 67–73 (cité: *Weber*, Gewährleistungsansprüche); *Weber Rolf H.*, Zur Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümerschaft, RSJ 1979 I, p. 117–126 (cité: *Weber*, Prozessfähigkeit); *Wermelinger Amédéo*, Das Stockwerkeigentum (art. 712a–712t ZGB), IV 1c, in: *Schmid Jörg* (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité: *Wermelinger*, ZKomm, art. X n. Y); *Wermelinger Amédéo*, La propriété par étages, Commentaire des articles 712a à 712t du Code civil suisse, 3<sup>e</sup> éd., Rothenburg 2015 (cité: *Wermelinger*, PPE, art. X n. Y); *Wermelinger Amédéo*, La vente d'une part-terrain – état des lieux, Not@lex 2010 p. 39–70 (cité: *Wermelinger*, Notalex); *Wermelinger Amédéo*, Réflexions de lege ferenda – La propriété par étages a-t-elle développé des maladies d'enfance, in: *Foëx Bénédicte* (édit.), La propriété par étages aujourd'hui – une alerte cinquantenaire, Zurich 2016, p. 163–185 (cité: *Wermelinger*, De lege ferenda); *Werro Franz/Hurni Béatrice*, La PPE sur le plan, Journée suisse du droit de la construction 2011, Fribourg 2011 p. 63–81 (cité: *Werro/Hurni*, PPE).

## Introduction

1. Depuis une décision de 1988 et pendant près de trois décennies, le droit à la réfection pour les défauts affectant une partie commune d'une PPE appartenait à chaque copropriétaire d'étages de façon proportionnelle à sa quote-part<sup>2</sup>. Le 18 septembre 2018, le Tribunal fédéral a renversé sa jurisprudence dans l'ATF 145 III 8 (= RNR 100 p. 312): le droit à la réfection ne dépend dorénavant plus d'une quote-part, mais il appartient indivisiblement à chaque copropriétaire<sup>3</sup>. Si ce revirement de jurisprudence supprime une incohérence dénoncée par de nombreux auteurs<sup>4</sup>, il ne résout pas toutes les difficultés en lien avec la garantie pour les défauts relative à l'acquisition d'une part de PPE sur plan. Le Tribunal fédéral en est lui-même conscient, au point qu'il le mentionne expressément dans un obiter dictum<sup>5</sup>.
2. Après le rappel de quelques fondements (I.), nous présenterons les aspects réglés par le nouvel ATF 145 III 8 (= RNR 100 p. 312) (II.) avant d'examiner de façon détaillée quelques questions spécifiques, non résolues par la dernière jurisprudence (III.).
3. La présente contribution – qui constitue une prolongation et un approfondissement de réflexions déjà amorcées dans un précédent article<sup>6</sup> – a pour *objectif* de mettre en évidence les enjeux de ce thème situé à l'intersection du droit des obligations et des droits réels et de proposer une solution originale, fondée dogmatiquement tout en étant adaptée aux besoins actuels de la pratique notariale.

## I. Fondements

### *A. Parties communes d'une PPE et acquisition d'une part de PPE sur plan*

4. Le bâtiment d'une PPE comprend des parties exclusives et des parties communes<sup>7</sup>. Les premières, également appelées parties privatives, font l'objet d'un droit exclusif d'un propriétaire d'étage (art. 712b al. 1 CC)<sup>8</sup>. Les secondes sont soustraites à la maîtrise in-

<sup>2</sup> ATF 114 II 239, consid. 5 = RNR 72 p. 110 consid. 5 = JdT 1989 I 162, confirmé encore in: TF du 05.10.2016, 4A\_242/2016, consid. 5; TF du 12.10.2009, 4A\_326/2009, consid. 4.

<sup>3</sup> ATF 145 III 8, regeste et consid. 3.2 à 3.6 = RNR 100 p. 312 regeste et consid. 3.2 à 3.6.

<sup>4</sup> Cf. les références mentionnées in: Carron, PPE 2019, n. 68.

<sup>5</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.5 = RNR 100 p. 312 regeste et consid. 3.5.

<sup>6</sup> Cf. Blaise Carron, Acquisition d'une part de propriété par étages (PPE) et garantie pour les défauts, in: François Bohnet/Blaise Carron (édit.), PPE 2019, Neuchâtel/Bâle 2019, p. 1 ss. Certains passages de la présente contribution font donc naturellement écho à ceux déjà contenus dans cet article.

<sup>7</sup> Wermelinger, ZKomm, art. 712b n. 2. Eg. Carron, PPE 2019, n. 2 ss et réf.

<sup>8</sup> ATF 132 III 9 consid. 3.1.1 et 3.1.2 = RNR 88 p. 36 consid. 3.1.1 et 3.1.2. Eg. Wermelinger, ZKomm, art. 712b n. 31.

dividuelle d'un seul propriétaire d'étage soit de par la loi, soit de par la volonté des copropriétaires d'étages (art. 712b al. 2 et 3 CC)<sup>9</sup>.

5. Constituent notamment des *parties communes* les parties importantes pour l'existence, la disposition et la solidité du bâtiment et des locaux d'autres copropriétaires ou celles qui déterminent la forme extérieure et l'aspect du bâtiment (art. 712b al. 2 ch. 2 CC)<sup>10</sup>.
6. Selon les circonstances, l'*acquisition d'une part de PPE sur plan* peut faire l'objet d'un contrat de vente à terme immobilière, d'un contrat mixte combinant vente immobilière et entreprise, voire d'un contrat de vente (pour le bien-fonds) et d'un contrat d'entreprise distinct (pour le bâtiment)<sup>11</sup>.

### B. Défaut et garantie pour les défauts

7. Une partie commune est *défectueuse* lorsqu'elle est non conforme au contrat<sup>12</sup>. Il y a défaut en raison soit de l'absence d'une qualité convenue (c'est-à-dire expressément ou tacitement fixée dans le contrat), soit d'une qualité attendue (c'est-à-dire à laquelle l'acquéreur pouvait raisonnablement s'attendre en application des règles de la bonne foi)<sup>13</sup>. Pour établir un défaut, il faut comparer l'état dans lequel la partie commune aurait dû être livrée et l'état effectif de celle-ci<sup>14</sup>.
8. La *garantie pour les défauts* (d'une partie commune) est l'institution englobant l'ensemble des droits appartenant à l'acquéreur lorsque la partie commune présente un défaut<sup>15</sup>. Elle instaure une responsabilité objective<sup>16</sup>. Les règles légales sont dispositives<sup>17</sup>; on peut y déroger non seulement par la formulation d'une disposition

<sup>9</sup> *Wermelinger*, ZKomm, art. 712b n. 114. Les parties communes peuvent néanmoins faire l'objet d'un droit d'usage exclusif (*Sondernutzungsrecht*), cf. ATF 141 III 357, consid. 3.12 = RNRF 97 p. 360.

<sup>10</sup> *Wermelinger*, ZKomm, art. 712b n. 124 ss et 135 ss.

<sup>11</sup> Pour plus de développements sur la qualification du contrat d'acquisition d'une part de PPE et les critères de distinction, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 6 ss et 15 ss et réf. Eg. TF du 08.02.2019, 4A\_399/2018, consid. 2.2.

<sup>12</sup> Pour une définition du défaut, cf. ATF 114 II 239 = RNRF 72 p. 110 consid. 4 = JdT 1989 I 162; *Gauch*, Werkvertrag, n. 1356; *Huguenin*, n. 2597.

<sup>13</sup> Pour la vente: ATF 109 II 24, consid. 4; TF du 08.02.2010, 4A\_601/2009, consid. 3.2.2. Pour l'entreprise: TF du 21.05.2014, 4A\_109/2014, consid. 3.3.1. Cf. ég. *Tercier et al.*, n. 3768. Pour aller plus loin quant aux caractéristiques et délimitations du défaut, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 27 ss.

<sup>14</sup> *Gauch*, Werkvertrag, n. 1360 et 1433; *Tercier et al.*, n. 3768. Pour la vente: *Huguenin*, n. 2597 ss.

<sup>15</sup> Pour une définition de l'institution de la garantie pour les défauts, cf. *Huguenin*, n. 3155; *Tercier et al.*, n. 3755.

<sup>16</sup> CR CO I-Venturi/Zen-Ruffinen, Intro. art. 197–210 n. 4; *Guignard*, Garantie, p. 2.

<sup>17</sup> TF du 18.08.2005, 4C.34/2005, consid. 4.2.2; ATF 95 II 119, consid. 4; *Huguenin*, n. 3155; *Tercier et al.*, n. 3764.

- contractuelle dérogatoire mais aussi par l'intégration de conditions générales (p.ex. la Norme SIA 118<sup>18</sup>).
9. A défaut d'accord particulier, la qualification du contrat d'acquisition détermine les *sources* applicables à la garantie pour les défauts d'une partie commune<sup>19</sup>. S'il s'agit d'une vente immobilière, on applique les art. 197 à 210 CO par analogie en vertu de l'art. 221 CO<sup>20</sup>. Si l'on a affaire à un contrat d'entreprise ou un contrat mixte combinant vente immobilière et entreprise, ce sont les art. 367 à 371 CO, en tout cas pour les défauts affectant les parties communes<sup>21</sup>. Les art. 165 ss de la Norme SIA 118, qui dérogent partiellement au régime légal, trouvent toutefois souvent place dans les conventions des parties, peu importe la qualification du contrat d'acquisition<sup>22</sup>.
  10. Pour la suite de cette contribution, nous évoquerons principalement le régime du *contrat d'entreprise*, en raison de l'état de fait de l'arrêt à l'origine de cette contribution (ATF 145 III 8 = RNRF 100 p. 312). Vu les qualifications possibles d'un contrat d'acquisition d'une part de PPE sur plan, nous intégrerons également des aspects de la vente immobilière.

### *C. Conditions et droits de la garantie pour les défauts*

11. En cas de défaut d'une partie commune<sup>23</sup>, l'acquéreur dispose de droits spécifiques. Nous aborderons successivement les conditions générales (1.), le délai de prescription applicable (2.) et le contenu des différents droits à la garantie (3.).

#### **1. Conditions générales**

12. La protection offerte par la garantie pour les défauts dépend de la réalisation de *conditions générales* de fond et d'exercice<sup>24</sup>.
13. 1° Les *conditions de fond*. Cette catégorie comprend premièrement la livraison de l'ouvrage (ou le transfert des risques s'il s'agit d'une vente), deuxièmement l'existence d'un défaut de la partie commune, troisièmement la non-imputabilité de celui-ci au maître d'ouvrage

<sup>18</sup> Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction, SIA 118:2013 (SIA-118).

<sup>19</sup> Sur cette question, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 6 ss et réf.

<sup>20</sup> ATF 131 III 145, consid. 3 = RNRF 88 p. 289 consid. 3 = JdT 2007 I 261.

<sup>21</sup> TF du 22.01.2003, 4C.301/2002, consid. 2.2; ATF 118 II 142, consid. 1a = RNRF 75 p. 37 consid. 1a = JdT 1993 I 300. Eg. *Carron*, PPE 2019, n. 10 et réf.; *Krauskopf*, Erwerb, p. 132.

<sup>22</sup> P.ex. TF du 29.08.2005, 4C.151/2005, consid. A; ég. Modèle de contrat 625.1 de la MUSA des notaires bernois, art. V.5 qui s'inspire de la SIA 118 et contient de nombreux renvois à celle-ci.

<sup>23</sup> Pour une présentation générale comprenant également les défauts des parties privatives, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 1 ss.

<sup>24</sup> *Huguenin*, n. 3157; *Tercier et al.*, n. 3766. Pour la vente, *Huguenin*, n. 2596; *Tercier et al.*, n. 656.

(ou l'ignorance de l'acheteur), quatrième et enfin la non-acceptation du défaut par l'acquéreur<sup>25</sup>.

14. 2° Les *conditions d'exercice*. Outre les conditions de fond, l'acquéreur doit encore respecter certaines incombances: *il doit d'une part vérifier l'ouvrage (ou la chose vendue)*, aussitôt que possible d'après la marche habituelle des affaires; d'autre part, il doit effectuer l'avis des défauts sans délai<sup>26</sup>. Si la vérification ou l'avis n'a pas lieu à temps, les droits à la garantie des défauts se périment<sup>27</sup>.

## 2. Délais de prescription

15. L'acquéreur doit respecter les *délais de prescription* (art. 371 CO pour l'entreprise)<sup>28</sup>. Le délai de prescription applicable est de cinq ans et il court à partir de la réception de l'ouvrage<sup>29</sup>.
16. En cas de dol, on applique un délai de prescription décennal (art. 210 al. 6 CO par analogie, par renvoi de l'art. 371 al. 3 CO)<sup>30</sup>.

## 3. Conséquences: Droits à la garantie

17. L'acquéreur dispose de plusieurs *droits à la garantie alternatifs*<sup>31</sup>, si les conditions générales de fond (*supra* n. 13) et d'exercice (*supra* n. 14) ainsi que les conditions spécifiques à chaque droit sont remplies.
18. En matière de contrat d'entreprise uniquement, le maître dispose du droit à la réfection de la partie commune défectueuse (a)<sup>32</sup>. En revanche, les droits à la réduction du prix (b) ou à la résolution du contrat (c) sont communs aux contrats d'entreprise et de vente<sup>33</sup>. En sus des droits formateurs alternatifs spécifiques à la garantie pour les défauts<sup>34</sup>, l'acquéreur peut obtenir la réparation du dommage consécutif au défaut (d)<sup>35</sup>.

<sup>25</sup> Pour plus de détails, cf. *Tercier et al.*, n. 3766 ss. Pour la vente, cf. *Huguenin*, n. 2596 ss; *Tercier et al.*, n. 656 ss.

<sup>26</sup> ATF 107 II 172, consid. 1a = JdT 1981 I 598; *Gauch*, Werkvertrag, n. 2017. Pour la vente: ATF 76 II 221, consid. 2 = JdT 1951 I 398; *Huguenin*, n. 2596; *Tercier et al.*, n. 712.

<sup>27</sup> *Tercier et al.*, n. 3813. Pour la vente, *Tercier et al.*, n. 716.

<sup>28</sup> Valable également pour les créances en dommages-intérêts (ATF 133 III 335, consid. 2.4.4 = JdT 2010 I 223; ATF 113 II 264, consid. 2c = JdT 1988 I 13). Sur la durée des délais de prescription, cf. *Gauch*, Werkvertrag, n. 2212 ss; *Tercier et al.*, n. 3846 ss. Pour la vente immobilière, les art. 210 et 219 al. 3 CO s'appliquent (cf. ég. *Tercier et al.*, n. 745 ss et 1003).

<sup>29</sup> S'il s'agit d'une vente, le délai court à partir du transfert de propriété (art. 219 al. 3 CO).

<sup>30</sup> *Huguenin*, n. 3180d; *Tercier et al.*, n. 3857. Pour la vente, cf. *Huguenin*, n. 2636; *Tercier et al.*, n. 749.

<sup>31</sup> ATF 116 II 305 consid. 4a = JdT 1991 I 173.

<sup>32</sup> P.ex. Modèle de contrat 625.1 de la MUSA des notaires bernois, art. V.5.

<sup>33</sup> L'acheteur peut aussi demander le remplacement de la chose lorsque la vente porte sur une chose de genre (art. 206 CO). Une telle possibilité n'étant pas envisageable dans le cas d'un immeuble, nous ne la traiterons pas ci-après.

<sup>34</sup> ATF 136 III 273, consid. 2.2; 116 II 305, consid. 2c = JdT 1991 I 173. Eg. TF du 06.04.2017, 4A\_514/2016, consid. 3.2.1.

<sup>35</sup> ATF 122 III 420, consid. 2c. Sur la distinction de nature entre droits formateurs et créance en réparation du dommage, cf. *Gauch*, Abtretung, p. 23. Cf. toutefois *Nussbaumer*, PPE, p. 148 ss et réf., qui affirme que le droit à la réparation est une créance et non un droit formateur.

19. Contrairement au régime légal, la *Norme SIA 118* prévoit que le maître doit en principe prioritairement demander la réparation de la partie commune défectueuse, avant de pouvoir exercer un des droits alternatifs prévus à l'art. 169 al. 1 ch. 1 à 3 SIA 118<sup>36</sup>.

**a. Droit à la réfection de la partie commune défectueuse**

20. *Objet du droit.* Le droit formateur à la réfection permet au maître d'ouvrage d'«obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais» (art. 368 al. 2 CO). Le maître dispose d'une créance en suppression du défaut envers l'entrepreneur.
21. *Conditions spécifiques.* Outre le respect des conditions générales (*supra* n. 12 ss), la réfection d'une partie commune défectueuse n'est exigible que si, d'une part, l'exécution reste possible et, d'autre part, elle demeure raisonnable<sup>37</sup>.
22. *Effets.* Le maître peut exiger que l'entrepreneur livre (sans rémunération supplémentaire) la partie commune de la PPE sans défaut. Il faut distinguer deux hypothèses:
23. 1° L'entrepreneur s'exécute et effectue les réparations à ses frais. Si la partie commune n'est plus défectueuse, il est libéré de son obligation. Si le défaut subsiste, le maître peut soit exercer à nouveau son droit d'option de l'art. 368 CO, soit choisir de procéder conformément à l'art. 107 al. 2 CO<sup>38</sup>.
24. 2° L'entrepreneur n'effectue pas les réparations attendues. Après interpellation, le maître dispose des possibilités offertes par les règles sur la demeure qualifiée de l'art. 107 al. 2 CO<sup>39</sup>.
25. *Cessibilité.* Selon le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, ce droit est cessible à un tiers<sup>40</sup>.
26. *Particularités d'une partie commune défectueuse.* Selon l'ancienne jurisprudence, le droit à la réfection pour les défauts affectant les parties communes appartenait à chaque copropriétaire d'étage, en proportion de sa quote-part<sup>41</sup>. Par conséquent, le copropriétaire répondait des frais de réparation au-delà de celle-ci<sup>42</sup>. Dans l'arrêt à l'origine de la présente contribution (*infra* n. 47 ss), le Tribunal fédéral a considéré que le droit à la réfection d'une partie commune ne dépend pas de la quote-part mais appartient indivisiblement à chaque copropriétaire<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> TF du 11.09.2018, 4A\_251/2018, consid. 6.1.

<sup>37</sup> *Gauch*, Werkvertrag, n. 1745 ss; *Tercier et al.*, n. 3878 ss.

<sup>38</sup> ATF 136 II 273, consid. 2.3; *Tercier et al.*, n. 3884 ss.

<sup>39</sup> *Gauch*, Werkvertrag, n. 1793 ss; *Tercier et al.*, n. 3891 s.

<sup>40</sup> ATF 118 II 142, consid. 1b = RNRF 75 p. 37 consid. 1b = JdT 1993 I 300; 114 II 239, consid. 5c/b = RNRF 72 p. 110 = JdT 1989 I 162. Pour des références doctrinales et plus de détails, notamment sur les questions d'ordre pratique et théorique soulevées par une cession, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 195 ss, n. 200 ss et réf.

<sup>41</sup> ATF 114 II 239 = RNRF 72 p. 110 = JdT 1989 I 162.

<sup>42</sup> ATF 114 II 239, consid. 5c/bb = RNRF 72 p. 110 consid. 5c/bb = JdT 1989 I 162.

<sup>43</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.4 = RNRF 100 p. 312, consid. 3.4, confirmé dans les arrêts du TF du 22.11.2018 2C\_231/2017, consid. 3.3.1 et du 29.01.2019, 4A\_306/2018, consid. 3.3 = RNRF 101 p. 109. Sur ce point, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 69.

27. Si les contrats d'acquisition sont bien coordonnés, la suppression du défaut de la partie commune obtenue par un des propriétaires d'étages profite automatiquement aux autres. Bien qu'en vertu du droit des obligations, le copropriétaire d'étage puisse, voire doit requérir individuellement la réfection du défaut d'une partie commune, les règles des droits réels exigent toutefois qu'il obtienne une décision de la communauté des copropriétaires d'étages l'autorisant à (faire) effectuer des travaux, ce qui ne va pas sans poser des difficultés que nous approfondirons dans la troisième partie de cet article (*infra* n. 58 ss)<sup>44</sup>.

### **b. Droit à la réduction du prix de la part de PPE**

28. *Objet du droit.* Le droit formateur à la réduction du prix (art. 368 al. 2 CO) permet à l'acquéreur de diminuer sa dette pécuniaire proportionnellement à la moins-value causée par la partie commune défectueuse<sup>45</sup>.
29. *Conditions spécifiques.* En sus des conditions générales (*supra* n. 12 ss), l'acquéreur doit établir d'une part qu'il existe une moins-value<sup>46</sup> et, d'autre part, que le défaut est de moindre importance (art. 368 al. 2 CO). Il faut en outre que la moins-value soit inférieure au prix, faute de quoi l'acquéreur ne peut demander que la résolution (art. 205 al. 3 CO, applicable par analogie au contrat d'entreprise)<sup>47</sup>.
30. *Effets.* En exerçant ce droit, l'acquéreur provoque une réduction du prix proportionnelle à la moins-value de la part de PPE (art. 368 al. 2 CO)<sup>48</sup>. La moins-value correspond à la proportion entre la valeur objective de la part de PPE avec défaut et celle de la part de PPE sans défaut (méthode relative)<sup>49</sup>. Deux présomptions jurisprudentielles facilitent le calcul. D'une part, la valeur de la part de PPE sans défaut est égale au prix contractuel<sup>50</sup>. D'autre part, la moins-value correspond aux frais de réparation<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Pour une mention de situations exceptionnelles, cf. ATF 135 III 212, consid. 3.2 = JdT 2011 II 259.

<sup>45</sup> *Carron*, PPE 2019, n. 123 et réf. Pour la vente, ce droit figure à l'art. 205 al. 1 CO.

<sup>46</sup> ATF 105 II 99, consid. 4a = JdT 1980 I 590; CR CO I-*Chaix*, art. 368 n. 29; *Gauch*, Werkvertrag, n. 1627. Pour la vente: ATF 117 II 550, consid. 4b = RNR 76 p. 118 consid. 4b = JdT 1993 I 136; BSK OR I-*Honsell*, art. 205 n. 7; CR CO I-*Venturi/Zen-Ruffinen*, art. 205 n. 17.

<sup>47</sup> *Tercier et al.*, n. 3909 s. L'art. 205 al. 3 CO parle à tort de «résiliation» (*Tercier et al.*, n. 763 et 796). Pour la vente, cf. *Huguenin*, n. 2684.

<sup>48</sup> CR CO I-*Chaix*, art. 368 n. 33 ss. Pour la vente, cf. art. 205 al. 1 CO et CR CO I-*Venturi/Zen-Ruffinen*, art. 205 n. 20 ss.

<sup>49</sup> ATF 116 II 305, consid. 4a = JdT 1991 I 173; CR CO I-*Chaix*, art. 368 n. 35; *Gauch*, Werkvertrag, n. 1669 ss. Pour la vente: TF du 15.03.2005, 4C.461/2004, consid. 2; BSK OR I-*Honsell*, art. 205 n. 8; CR CO I-*Venturi/Zen-Ruffinen*, art. 205 n. 21 s.

<sup>50</sup> Pour l'entreprise: ATF 116 II 305, consid. 4a = JdT 1991 I 173. *Gauch*, Werkvertrag, n. 1677. Pour la vente: ATF 111 II 162, consid. 3b = RNR 68 p. 374 consid. 3b; ég. TF du 15.03.2005, 4C.461/2004, consid. 2.

<sup>51</sup> ATF 136 III 273, consid. 2.2; 116 II 305, consid. 4a = JdT 1991 I 173. *Gauch*, Werkvertrag, n. 1684. Pour une présentation des difficultés en lien avec cette seconde présomption, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 132 ss. Pour la vente: ATF 111 II 162, consid. 3c.

31. *Cessibilité*. Selon la jurisprudence constante, le droit à la réduction du prix est incessible<sup>52</sup>. La doctrine majoritaire approuve<sup>53</sup>.
32. *Particularités d'une partie commune défectueuse*. Le droit à la réduction du prix est de nature divisible et individuelle. Son exercice n'influence que le prix de la part de PPE acquise<sup>54</sup>, peu importe que le défaut affecte directement ou non les parties privatives<sup>55</sup>. En vertu de la seconde présomption jurisprudentielle (*supra* n. 30), la moins-value équivaut aux frais de réfection de la partie commune défectueuse, sans tenir compte de la quote-part du copropriétaire<sup>56</sup>. Cette seconde présomption soulève des questions que nous traitons dans la troisième partie (*infra* N 71 ss).
33. Un jugement de réduction du prix obtenu par un des copropriétaires d'étages n'influence pas les autres contrats. En revanche, des difficultés de coordination peuvent apparaître lorsque certains copropriétaires exigent la réparation du défaut d'une partie commune alors que d'autres réclament une réduction du prix pour le même défaut (*infra* n. 88).

#### ***c. Droit à la résolution du contrat d'acquisition de la part de PPE***

34. *Objet du droit*. Le droit formateur à la résolution du contrat permet à l'acquéreur de refuser l'ouvrage et de mettre fin unilatéralement au contrat (art. 368 al. 1 CO)<sup>57</sup>.
35. *Conditions spécifiques* Outre le respect des conditions générales (*supra* n. 12 ss), la résolution du contrat exige un défaut grave rendant l'ouvrage totalement et définitivement inutilisable (art. 368 al. 1 CO)<sup>58</sup>. Le défaut doit être rédhibitoire<sup>59</sup>.
36. *Effets*. En cas de résolution, il faut rétablir l'état antérieur à la conclusion: en vertu d'un rapport de liquidation contractuel, chaque partie dispose d'une créance (contractuelle) en restitution des prestations déjà effectuées et n'a pas à exécuter celles non encore effec-

<sup>52</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.2 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.2. Déjà ATF 114 II 239, consid. 5c/aa = RNRF 72 p. 110 consid. 5c/aa = JdT 1989 I 162.

<sup>53</sup> Cf. ég. CR CO I-*Chaix*, art. 368 n. 12; *Gauch*, *Werkvertrag*, n. 2439; *Tercier et al.*, n. 3951 et 3954 s.; *Krauskopf*, *Mängelhaftung*, p. 161; *Piccinin*, thèse, n. 329. Eg. *Carron*, PPE 2019, n. 206 ss et réf. Pour la vente, cf. *Tercier et al.*, n. 835.

<sup>54</sup> *Weber*, *Gewährleistungsansprüche*, p. 70.

<sup>55</sup> ATF 111 II 458, consid. 3c = RNRF 69 p. 336 consid. 3c = JdT 1986 I 485; TF du 12.10.2009, 4A\_326/2009, consid. 6. Eg. *Vischer*, *Mängelrechte*, p. 223.

<sup>56</sup> Cela serait contraire au caractère indivisible du droit à la réparation tel que confirmé dans l'ATF 145 III 8, regeste et consid. 3.5 = RNRF 100 p. 312 regeste et consid. 3.5 (*infra* n. 54). Dans le même sens, *Vischer*, *Mängelrechte*, p. 223.

<sup>57</sup> *Tercier et al.*, n. 3921 s. Pour la vente, cf. art. 205 al. 1 CO et *Huguenin*, n. 2653 ss.

<sup>58</sup> TF du 08.09.2014, 4A\_177/2014, consid. 4.1; CR CO-*Chaix*, art. 368 n. 13; *Gauch*, *Werkvertrag*, n. 1556 ss. Pour la vente, cf. art. 205 al. 1 et 2 CO; ATF 124 III 456, consid. 4d/aa = JdT 2000 I 172; CR CO I-*Venturi/Zen-Ruffinen*, art. 205 n. 12.

<sup>59</sup> TF du 02.10.2013, 4A\_252/2013, consid. 4; TF du 22.01.2003, 4C.301/2002, consid. 3.4.1. Cf. ég. CR CO-*Chaix*, art. 368 n. 13; *Gauch*, *Werkvertrag*, n. 1567 s.

tuées<sup>60</sup>. L'art. 208 CO, applicable par analogie au contrat d'entreprise, détermine l'étendue des restitutions<sup>61</sup>.

37. *Cessibilité*. Comme le droit à la réduction du prix, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral affirme que le droit à la résolution du contrat est incessible<sup>62</sup>. La doctrine majoritaire est du même avis<sup>63</sup>.
38. *Particularités d'une partie commune défectueuse*. Chaque acquéreur peut demander la résolution du contrat en raison d'un défaut d'une partie commune. Ce droit est individuel: si l'un des propriétaires d'étages résout son contrat, il restitue sa part de PPE, sans aucune influence sur les autres contrats. La résolution entraîne un changement de titulaire de la part de PPE et ne concurrence ni le droit à la réparation ni celui à la réduction du prix potentiellement exercé par un autre copropriétaire d'étage<sup>64</sup>.

#### *d. Créance en réparation du préjudice consécutif au défaut*

39. *Objet du droit*. L'acquéreur dispose d'une créance en réparation du préjudice consécutif au défaut (art. 368 al. 1 et 2 CO). Cette créance vise à replacer l'acquéreur dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne sans les atteintes patrimoniales dues à la partie commune défectueuse, mais qui se sont manifestées en dehors de l'ouvrage défectueux<sup>65</sup>. L'acquéreur peut faire valoir cette créance cumulativement à chacun des trois autres droits (alternatifs entre eux) de la garantie pour les défauts<sup>66</sup>.
40. *Conditions spécifiques*. Outre le respect des conditions générales (*supra* n. 12 ss), l'art. 368 CO requiert d'abord l'existence d'un préjudice consécutif au défaut, ensuite un chef de responsabilité et, enfin, un lien de causalité entre la partie commune défectueuse et le préjudice<sup>67</sup>.
41. *Effets*. L'acquéreur peut exiger le paiement d'une indemnité en vue d'obtenir la réparation de son préjudice<sup>68</sup>.
42. *Cessibilité*. Selon le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, cette créance est cessible à un tiers<sup>69</sup>.

<sup>60</sup> ATF 114 II 152, consid. 2c/b = RNRF 100 p. 312 = JdT 1988 I 523.

<sup>61</sup> *Tercier et al.*, n. 3927 ss.

<sup>62</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.2 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.2. Avant cela, cf. ATF 114 II 239, consid. 5c/aa = RNRF 72 p. 110 consid. 5c/aa = JdT 1989 I 162.

<sup>63</sup> Pour des références, cf. *Carron*, PPE 2019, n. 206 ss.

<sup>64</sup> *Weber*, Gewährleistungsansprüche, p. 70.

<sup>65</sup> *Carron/Férolles*, p. 72; *Huguenin*, n. 3177; *Tercier et al.*, n. 3932. Pour la vente, cf. art. 208 al. 2 et 3 CO; *Huguenin*, n. 2669 ss; *Tercier et al.*, n. 761.

<sup>66</sup> *Tercier et al.*, n. 3932 et réf. contenues.

<sup>67</sup> CR CO I-*Chaix*, art. 368 n. 56 ss; *Tercier et al.*, n. 3870 s. Pour la vente: *Huguenin*, n. 2669 et 2688; *Tercier et al.*, n. 761 s.

<sup>68</sup> ATF 116 II 454, consid. 3b = JdT 1991 I 362.

<sup>69</sup> ATF 118 II 142, consid. 1b = RNRF 75 p. 37 consid. 1b = JdT 1993 I 300; 114 II 239, consid. 5c/b = RNRF 72 p. 110 consid. 5c/b = JdT 1989 I 162. Pour des références doctrinales et plus de détails, notamment sur la question de l'utilité pratique de cette cession, *Carron*, PPE 2019, n. 195 ss, 204 s. et réf.

43. *Particularités d'une partie commune défectueuse.* Un propriétaire d'étage peut obtenir de son partenaire contractuel des dommages-intérêts pour un dommage consécutif au défaut d'une partie commune. Sa créance est individuelle et ne nécessite pas de coordination particulière.

***D. Titularité des droits à la garantie relatifs à un défaut d'une partie commune***

44. En cas d'acquisition d'une part de PPE sur plan, *différents titulaires* peuvent faire valoir des droits de garantie relatifs à un défaut d'une partie commune.
45. En principe, chaque *propriétaire d'étage*, en tant que partie contractuelle ayant acquis une part d'étage, dispose individuellement des droits de garantie<sup>70</sup>.
46. Dans trois situations exceptionnelles, la *communauté de la PPE* peut être titulaire des droits de garantie pour les défauts<sup>71</sup>: premièrement – mais cela sera très rare en cas d'acquisition sur plan – lorsque la communauté est directement partie à un contrat qui lui confère ces droits<sup>72</sup>; deuxièmement, lorsque le cocontractant d'un propriétaire d'étage s'est directement engagé envers la communauté<sup>73</sup>; troisièmement, lorsque les droits d'un ou plusieurs copropriétaires d'étages ont fait l'objet d'une cession à la communauté<sup>74</sup>.

**II. L'arrêt (ATF 145 III 8 = RNRF 100 p. 312)**

***I. Les faits***

47. A. Sàrl, propriétaire d'un bien-fonds, a fondé une propriété par étages par acte notarié du 13 novembre 2007. A. Sàrl a vendu diverses parts de PPE sur plan. Ces ventes étaient combinées à un «contrat d'entreprise générale» conclu entre les mêmes parties.
48. Le 5 mai 2014, la communauté des propriétaires d'étages B. réclame à A. Sàrl le versement de 678 992 fr. 70 avec intérêt à 5 % l'an depuis le 22 novembre 2013, correspondant à une provision pour les frais nécessaires à la réparation des défauts affectant les parties communes.
49. Par jugement du 23 mai 2017, le Tribunal de première instance a largement donné raison à B. en ordonnant à A. Sàrl de lui payer la

<sup>70</sup> TF du 12.10.2009, 4A\_326/2009, consid. 4. Cf. ég. *Raschein*, p. 73; *Vischer*, Mängelrechte, p. 222; *Wermelinger*, PPE, art. 712a CC n. 95.

<sup>71</sup> *Carron*, PPE 2019, n. 61 ss.

<sup>72</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.1 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.1; 106 II 11, consid. 6 = RNRF 64 p. 171 consid. 6 = JdT 1981 I 15. Cf. ég. *Thurnherr*, Massnahmen, n. 566 ss. En pratique, cette hypothèse ne se présente quasiment jamais lors d'une acquisition sur plans d'une part d'étage.

<sup>73</sup> ATF 114 II 239, consid. 4a = RNRF 72 p. 110 consid. 4a = JdT 1989 I 162.

<sup>74</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.1 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.1; 114 II 239, consid. 4a = RNRF 72 p. 110 consid. 4a = JdT 1989 I 162; 109 II 423, consid. 1 = RNRF 67 p. 100 consid. 1 = JdT 1985 I 4. Cf. ég. *Wermelinger*, Notalex, n. 75.

somme de 625 860 fr. avec intérêts à 5 % l’an dès le 22 novembre 2013 à titre de provision pour les frais de réparations. La demanderesse devait établir un décompte après la réparation et restituer un éventuel surplus à la défenderesse. Les réparations devaient intervenir dans les deux ans après le versement de la provision, faute de quoi la demanderesse devait en restituer l’entier à la défenderesse. Le Tribunal cantonal a rejeté un recours de la défenderesse.

50. A. Sàrl a recouru au Tribunal fédéral contre cette décision, invoquant notamment le fait que quinze copropriétaires d’étages n’avaient pas cédé leur droit à la réparation à la communauté demanderesse, de sorte que le jugement attaqué violait les art. 712 ss CC, notamment l’art. 712I al. 2 CC et les art. 647 ss CC au regard de la jurisprudence établie par l’ATF 114 II 239 = RNRF 72 p. 110.

## 2. Le droit

51. Vu la position des *instances précédentes*, qui ont toutes plaidé en faveur d’une modification de la jurisprudence fédérale définie dans l’ATF 114 II 239 = RNRF 72 p. 110, le Tribunal fédéral examine si la prétention d’une communauté des propriétaires d’étages en réparation d’un défaut affectant une partie commune ne devrait plus être proportionnelle aux parts représentées<sup>75</sup>.
52. Selon l’*ancienne jurisprudence* (ATF 114 II 239 = RNRF 72 p. 110), confirmée à plusieurs reprises<sup>76</sup>, le droit à la réfection d’une partie commune défectueuse dépend de la quote-part de chaque propriétaire d’étage<sup>77</sup>. Bien que le droit à la réfection soit indivisible et que chaque propriétaire d’étage puisse s’en prévaloir, celui qui réclamait la réparation d’une partie commune défectueuse ne pouvait le faire, dans les rapports externes, qu’en proportion de sa quote-part. Cela avait pour conséquence que la part des frais de réparation correspondant à sa quote-part était gratuite, mais qu’il répondait des frais de réparation au-delà de cette quote-part. Selon le Tribunal fédéral, savoir si le propriétaire d’étage pouvait ensuite rechercher les autres propriétaires relevait des rapports internes. Il en allait de même pour la communauté qui se serait vu céder «une quote-part» du droit à la réfection par un propriétaire d’étage<sup>78</sup>.
53. Les auteurs ont *critiqué cette jurisprudence*<sup>79</sup>. Ils ont mis en avant l’incohérence existant entre le fait qu’un acquéreur puisse, d’une part, exiger une construction sans défaut mais, d’autre part, subisse des limitations dans la possibilité de mettre œuvre ses prétentions ou

<sup>75</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.

<sup>76</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.1 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2,1 qui cite les arrêts du TF du 05.10.2016, 4A\_242/2016, consid. 5; TF du 12.10.2009, 4A\_326/2009, consid. 4.

<sup>77</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2, qui cite l’ATF 114 II 239, consid. 5 = RNRF 72 p. 110 consid. 5 = JdT 1989 I 162.

<sup>78</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2, qui cite l’ATF 114 II 239, consid. 5c/bb = RNRF 72 p. 110 consid. 5/c/bb = JdT 1989 I 162.

<sup>79</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.3 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.3.

doive prendre en charge des frais supplémentaires en raison du fait que l'entrepreneur – qui n'a pas respecté ses obligations contractuelles – reste tenu d'exécuter ses prestations aussi envers d'autres copropriétaires d'étages. En outre, la mise en œuvre judiciaire du droit à la réfection – gratuite selon la loi – est rendue difficile, voire « illusoire et déraisonnable » puisqu'elle est subordonnée à l'avance des frais de réfection excédant la quote-part du propriétaire qui agit<sup>80</sup>.

54. Au contraire de l'opinion défendue dans l'ATF 114 II 239, le Tribunal fédéral considère dorénavant que le droit à la réfection concernant les parties communes d'un immeuble en PPE ne dépend pas de la quote-part de chaque copropriétaire, mais *appartient indivisiblement à chaque copropriétaire*<sup>81</sup>. Le Tribunal fédéral rappelle que l'ancienne jurisprudence insistait sur la faculté du créancier à choisir le droit qu'il voulait en cas de défauts. Dès le moment où l'équivalence entre ces droits n'est plus aussi décisive, la limitation du droit à la réparation en fonction de la quote-part détenue par le copropriétaire ne se justifie plus. En effet, le propriétaire d'étage ne profite de toute façon de la réfection que proportionnellement à la valeur de sa quote-part. On ne peut donc lui imposer de prendre en charge, dans les rapports externes avec l'entrepreneur, les frais de réfection dépassant sa quote-part<sup>82</sup>.
55. En conclusion, le Tribunal fédéral constate que l'assemblée des propriétaires d'étages a valablement décidé que l'administration devait exercer les droits de la garantie pour les défauts, que la communauté des copropriétaires d'étages a valablement acquis la prétention à la réfection des défauts communs puisque plusieurs d'entre eux lui ont cédé les droits correspondants et que la communauté dispose ainsi de la légitimation active pour faire valoir la prétention (indivisible) en réfection contre la défenderesse. Par conséquent, le Tribunal fédéral confirme la décision cantonale ordonnant l'avance de frais des travaux de réparation exécutés par substitution. Le Tribunal fédéral souligne encore que le cas d'espèce ne pose pas de questions de coordination, vu que les copropriétaires d'étages ont décidé de prendre les mesures nécessaires pour obtenir la suppression des défauts<sup>83</sup>.

### III. Questions spécifiques

56. Bien que l'ATF 145 III 8 et le changement de jurisprudence ainsi initié clarifient un certain nombre d'éléments, notamment le caractère indivisible du droit à la réfection inhérent au contrat d'entreprise, il demeure plusieurs *questions non résolues* concernant les

<sup>80</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.3 et réf. = RNRF 100 p. 312 consid. 3.3.

<sup>81</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.4 et regeste = RNRF 100 p. 312 consid. 3.4 et regeste, confirmé dans les arrêts du TF du 22.11.2018, 2C\_231/2017, consid. 3.3.1 et du 29.01.2019, 4A\_306/2018, consid. 3.3 = RNRF 101 p. 109 consid. 3.3.

<sup>82</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.4 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.4.

<sup>83</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.6. = RNRF 100 p. 312 consid. 3.6.

défauts des parties communes, ce dont le Tribunal fédéral semble d'ailleurs conscient<sup>84</sup>.

57. Il s'agit premièrement des difficultés de coordination résultant de l'application combinée des droits réels et du droit des obligations lorsque l'acquéreur réclame la réparation du défaut (A.), deuxièmement du caractère potentiellement inadapté des présomptions juridiques développées en lien avec la réduction du prix lorsqu'il s'agit de les appliquer en lien avec une PPE (B.), et, troisièmement, de la coordination entre les différents droits de garantie (C.).

#### ***A. Droit de réfection: tension entre droits réels et droit des obligations***

58. Lorsqu'un propriétaire d'ouvrage requiert la suppression du défaut d'une partie commune, il existe potentiellement une *tension* entre, d'une part, la titularité individuelle de la créance en réparation et, d'autre part, l'exigence d'une décision communautaire imposée pour les travaux de construction sur l'immeuble détenu en copropriété par étages. Cet enchevêtrement entre le régime du droit des obligations et celui des droits réels exige une coordination<sup>85</sup>.
59. *L'ATF 145 III 8 = RNRF 100 p. 312* précise que le droit à la réparation d'une partie commune défectueuse est, du point de vue du droit des obligations, une prétention indivisible qui appartient pleinement à chaque copropriétaire d'étage, et plus seulement proportionnellement à la quote-part de chacun<sup>86</sup>. En revanche, les juges n'ont pas eu besoin de se prononcer en détail sur les aspects de droits réels, sauf à constater qu'une décision des copropriétaires d'étages autorisait la demanderesse à exiger des mesures constructives pour supprimer les défauts<sup>87</sup>.
60. La loi et l'état actuel de la jurisprudence fournissent toutefois déjà certains éclaircissements<sup>88</sup>.
61. 1° L'art. 712a al. 2 CC prévoit déjà que le «copropriétaire a le pouvoir [...] d'aménager ses locaux dans la mesure où il [...] n'endommage pas les parties, ouvrages et installations communs du bâtiment, n'entrave pas leur utilisation et ou n'en modifie pas l'aspect extérieur». Ce *devoir d'abstention* s'applique aussi aux travaux de réfection des parties communes, même s'ils n'endommagent ni n'entravent leur utilisation<sup>89</sup>.
62. 2° Les art. 647c ss CC, qui relèvent des règles sur la copropriété ordinaire, s'appliquent aux travaux de construction concernant les

<sup>84</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.5 i.f. = RNRF 100 p. 312 consid. 3.5.

<sup>85</sup> Eg. *Schwery*, Kollision, p. 34; *Stöckli*, Nachbesserungsrecht, p. 370.

<sup>86</sup> ATF 145 III 8, regeste et consid. 3.5 = RNRF 100 p. 312 regeste et consid. 3.5.

<sup>87</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.6 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.6.

<sup>88</sup> *Carron*, PPE 2019, n. 113 ss.

<sup>89</sup> ATF 135 III 212, consid. 3.2 = JdT 2011 II 259. *Wermelinger*, ZKomm, art. 712a n. 89.

- parties communes d'une PPE (art. 712g al. 1 CC)<sup>90</sup>. Ces dispositions légales tiennent compte des intérêts des copropriétaires d'étages en prévoyant une gradation des majorités exigées au sein de l'assemblée des copropriétaires selon le type de travaux envisagés<sup>91</sup>.
63. 3° Il y a en tout cas trois situations où il n'est *pas nécessaire que la communauté des copropriétaires d'étages* autorise par une décision la suppression d'un défaut d'une partie commune: d'abord, lorsque les travaux de construction nécessaires correspondent à des actes d'administration courante (art. 647c i.f. CC); ensuite, lorsqu'il s'agit de mesures urgentes requises pour préserver la chose d'un dommage imminent ou s'aggravant (art. 647 al. 2 ch. 2 CC)<sup>92</sup>; enfin, lorsque le défaut affecte à la fois une partie commune et une partie privative et que la réparation sert à supprimer un vice déployant exclusivement ou principalement des effets sur la partie privative: on considère alors qu'il s'agit du défaut d'une partie privative, ce qui autorise le propriétaire d'étage à effectuer les travaux sans l'autorisation de la communauté<sup>93</sup>.
64. 4° Parce que la réparation d'une partie commune défectueuse tend à maintenir la valeur et l'utilité de la chose, elle tombe sous le coup de l'art. 647c CC, applicable aux «travaux de construction nécessaires»<sup>94</sup>. Par conséquent, la décision est prise à «la majorité de tous les copropriétaires» d'étages (art. 647c CC). Il s'agit en fait de la majorité des personnes présentes à l'assemblée: elle se calcule par tête, peu importent les éventuelles abstentions<sup>95</sup>.
65. Si les *copropriétaires acceptent* la réparation du défaut, le propriétaire d'étage peut y procéder. Il est alors équitable que les autres copropriétaires participent aux coûts supportés par celui qui a exigé la réfection (p.ex. ses frais judiciaires non couverts par l'indemnité de dépens)<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> Demeurent toutefois réservées les «dispositions différentes prévues dans l'acte constitutif ou adoptées à l'unanimité par tous les copropriétaires» (art. 712g al. 2 CC). A ce sujet, cf. CR CC II-*Amoos Pignet*, art. 712g n. 2; *Wermelinger*, ZKomm, art. 712g n. 4.

<sup>91</sup> ATF 141 III 357, consid. 3.2 = RNRF 97 p. 360 consid. 3.2 = JdT 2016 II 402; 136 III 261, regeste et consid. 2 = RNRF 92 p. 244 regeste et consid. 2 = JdT 2010 I 415.

<sup>92</sup> BSK ZGB II-*Brunner/Wichtermann*, art. 647 n. 56 ss; *Steinauer*, Droits réels I, n. 1752 et 1758.

<sup>93</sup> *Vischer*, Mängelrechte, p. 223; *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rechtsgutachten, p. 78. Dans ce sens ég., TF du 29.08.2005, 4C.151/2005, consid. 4.2.3., qui, selon nous et contrairement aux auteurs susnommés, ne tranche le problème que du point de vue du droit des obligations (légitimation active dans le cadre de la garantie pour les défauts) mais pas de celui des droits réels (art. 647 ss CC en lien avec l'art. 712g CC).

<sup>94</sup> ATF 107 II 141, consid. 2 = RNRF 65 p. 256 consid. 2 = JdT 1982 I 207.

<sup>95</sup> *Steinauer*, Droits réels I, n. 1811 et 1805 et réf.

<sup>96</sup> CR CC II-*Perruchoud*, art. 646 n. 8, qui mentionne l'art. 649 CC; ég. *Meier-Hayoz*, BKomm., art. 646 n. 103. Dans ce sens, ATF 114 II 239, consid. 5c/bb = RNRF 72 p. 110 consid. 5c/bb.

66. Si les *copropriétaires refusent* la réparation du défaut<sup>97</sup>, celui qui a intenté l'action en réfection peut exceptionnellement passer outre une décision négative de la communauté au moyen d'une *décision judiciaire* (art. 647 al. 2 ch. 1 CC), s'il prouve que les travaux sont indispensables au maintien de la valeur et de l'utilité des parties communes<sup>98</sup>.
67. Par conséquent, un copropriétaire d'étage, qui a pourtant valablement exigé et obtenu la réfection des défauts de la partie commune du point de vue du droit des obligations, peut *être empêché de (faire) exécuter les travaux* en raison des règles de droits réels.
68. L'entrepreneur – qui a livré la partie commune défectueuse et qui est disposé à procéder aux travaux de réfection – peut alors invoquer une *demeure du créancier* à l'encontre du copropriétaire d'étage en question<sup>99</sup>: en effet, le propriétaire d'étage sera incapable de mettre à disposition la construction défectueuse pour que l'entrepreneur la répare. L'art. 95 CO, applicable le cas échéant par analogie, permet à celui-ci de se départir de son obligation de réparer la partie commune défectueuse<sup>100</sup> et, plus largement, de rejeter toute autre prétention découlant de la garantie pour les défauts vis-à-vis du propriétaire d'étage en question.
69. Par *exemple*, un refus de l'assemblée et du juge peut se produire lorsque, pour un défaut esthétique, la majorité des copropriétaires d'étages préfère obtenir une réduction du prix ou ne rien faire du tout, alors que le premier à avoir exercé le droit à la garantie a exigé la réparation. Plus concrètement, si la couleur de la façade du bâtiment n'est pas exactement celle qui a été promise, il n'est pas exclu que la majorité des propriétaires d'étages – réunis en assemblée pour décider s'il faut exiger les travaux visant à corriger la couleur – s'oppose à celui qui souhaite la réparation, parce qu'ils préfèrent laisser les choses en l'état ou demander une réduction du prix plutôt que de devoir subir la présence d'un échafaudage pendant de longues semaines. Dans ce cas, l'entreprise de peinture ne pourra pas avoir accès à la façade défectueuse et sera en mesure d'invoquer la *demeure du créancier* pour, d'une part, se départir de l'obligation de réparer le défaut et, d'autre part, rejeter toute autre prétention en

<sup>97</sup> Le copropriétaire doit avoir consulté l'assemblée avant d'ouvrir action (TC GR du 16.03.2011 = RNRF 2004, p. 393 ss, p. 397. Eg. BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, art. 647 n. 54; CR CC II-Perruchoud, art. 647 n. 5).

<sup>98</sup> ATF 141 III 357, consid. 3.2 = RNRF 97 p. 360 consid. 3.2 = JdT 2016 II 402. Selon certains (Werro/Hurni, PPE, p. 79), la présence de défauts dans les parties communes remplit déjà les conditions de l'art. 647 al. 2 ch. 1 CC; pour une critique de ce point de vue, Carron, PPE 2019, n. 121 n. 169.

<sup>99</sup> Gauch, Werkvertrag, n. 1712; Gauch/Schluép/Schmid, T. I, n. 2431; Vischer, Mängelrechte, p. 224. Cf. ég. CJ GE, SJ 1978, p. 133 consid. B/d, bien que cet arrêt ne traite pas d'un cas spécifique de PPE.

<sup>100</sup> Vischer, Mängelrechte, p. 224 et p. 222 nbp. 39; pour un commentaire de l'art. 95 CO, cf. CR CO I-Loertscher, art. 95 CO n. 1 ss, en particulier n. 4.

garantie (p.ex. une réduction du prix) venant du propriétaire d'étage en question.

70. On notera enfin qu'en vertu de la *nature relative d'une créance* découlant du droit des obligations<sup>101</sup>, l'entrepreneur ne peut invoquer la demeure du créancier que vis-à-vis du ou des copropriétaires d'étages qui ont exigé la réfection de l'ouvrage et qui ont été empêchés de (faire) procéder aux travaux sur les parties communes en vertu des règles de droits réels. Si d'autres copropriétaires exigent la réduction du prix, voire redemandent par la suite la réfection en se prévalant cette fois-ci de l'accord de la communauté des copropriétaires d'étages, l'entrepreneur doit accorder une réduction du prix de la part de PPE, voire supprimer le défaut de la partie commune. Cette situation met en évidence l'avantage de voir les copropriétaires d'étages se coordonner quant au droit à exercer et quant à l'autorisation d'effectuer les éventuels travaux de réfection en découlant (à ce sujet, cf. *infra* n. 82 ss).

### ***B. Réduction du prix: méthode de calcul et caractère inadapté des présomptions jurisprudentielles***

71. Comme déjà écrit (*supra* n. 32), en vertu de la relativité des conventions, l'acquéreur ne peut exiger que la *moins-value affectant effectivement sa part de PPE*, peu importe que le défaut de la partie commune affecte directement ou indirectement ses parties privatives<sup>102</sup>.
72. Par conséquent, si plusieurs copropriétaires d'étages réclament une réduction du prix, la *méthode de calcul* de la réduction doit être précisée<sup>103</sup>. Alors que d'anciens arrêts laissaient entendre que les quotes-parts pouvaient être déterminantes pour répartir la moins-value de l'immeuble<sup>104</sup> – ce qui a entraîné des critiques auxquelles nous adhérons<sup>105</sup> – des décisions plus récentes admettent à juste titre qu'un «vice affectant les parties communes d'une propriété par étages peut, selon le lot vendu, constituer un défaut déployant des effets essentiellement sur une des parts de copropriété»<sup>106</sup>. La créance du propriétaire d'étage qui agit en réduction concerne uniquement le

<sup>101</sup> Sur ce principe, ATF 114 II 91, consid. 4a/aa = JdT 1988 I 310. *Gauch/Schluep/Schmid*, T. I, n. 64.

<sup>102</sup> ATF 111 II 458, consid. 3c = RNRF 69 p. 336 consid. 3c = JdT 1986 I 485; *Vischer*, Mängelrechte, p. 223. Cf. ég. TF du 12.10.2009, 4A\_326/2009, consid. 6, qui confirme à raison que l'imputation de la créance en diminution du prix se fait sur le prix de vente de la part de PPE, tout en laissant à notre avis entendre à tort que ce type de calcul se ferait parce que les défauts «déployaient essentiellement des effets sur les unités d'étages des intimés».

<sup>103</sup> Cf. déjà *Carron*, PPE 2019, n. 137.

<sup>104</sup> ATF 111 II 458, consid. 3c = RNRF 69 p. 336 consid. 3c = JdT 1986 I 480: «[L]es actions en [...] réduction du prix [...] sont individuelles; chaque copropriétaire dispose de son action sur la base de son contrat avec le vendeur et en proportion de sa part (art. 712e CC)».

<sup>105</sup> *Nussbaumer*, PPE, p. 162.

<sup>106</sup> TF du 29.08.2005, 4C.151/2005, consid. 4.2.3 *i.f.*

prix de sa part de PPE; le montant de la réduction est proportionnel au rapport entre, d'une part, la valeur objective de la part de PPE sans le défaut de la partie commune et, d'autre part, la valeur effective de cette même part affectée par le défaut de la partie commune (*supra* n. 30)<sup>107</sup>. Afin de tenir compte de la situation de l'entrepreneur, le total de l'ensemble des créances en réduction du prix des différents propriétaires d'étages pour le même défaut ne peut pas dépasser la moins-value causée par ce défaut à l'immeuble en propriété par étages<sup>108</sup>.

73. En outre, la seconde *présomption jurisprudentielle* – selon laquelle la moins-value de la chose vendue ou de l'ouvrage livré est présumée équivalente aux frais de réparation (*supra* n. 30) – est *inadaptée* à deux points de vue au moins<sup>109</sup>:
74. 1° Les frais de réparation peuvent *dépasser la moins-value effective de la part de PPE*. Si la part de PPE n'est que très indirectement touchée par le défaut de la partie commune, l'effet de celui-ci sur la valeur de celle-là pourra être minime, voire nulle. Par conséquent, dans cette hypothèse qui devrait se produire souvent en pratique, la présomption d'équivalence entre frais de réparation et moins-value n'est pas pertinente.
75. Par *exemple*, si le défaut concerne des aspects esthétiques d'une installation électrique dans les étages supérieurs d'une cage d'escalier et que sa suppression coûte 10 000 fr., on peut imaginer qu'il n'affecte (quasiment) pas la valeur d'une part de PPE comprenant un appartement au rez-de-chaussée.
76. Vu que chaque copropriétaire a la qualité pour agir pour tenter une action en réduction du prix relative à une partie commune de l'immeuble, l'application servile de la présomption jurisprudentielle pourrait provoquer un *enrichissement du demandeur*, qui bénéficierait d'une réduction de prix dépassant la moins-value effective de sa part.
77. Le Tribunal fédéral a reconnu l'existence d'un risque<sup>110</sup>. A notre avis toutefois, la nature réfragable de la présomption le rend suffisamment maîtrisable. En effet, l'entrepreneur sera incité à éviter l'enrichissement de l'acquéreur<sup>111</sup>; pour ce faire, il pourra établir que, dans le cas concret, la moins-value effective de la part de PPE est inférieure aux frais de réparation du défaut de la partie commune<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Dans ce sens, *Nussbaumer*, PPE, p. 162, qui utilise l'expression plus ambiguë de valeur de l'«immeuble».

<sup>108</sup> *Nussbaumer*, thèse, N 1079; *Piccinin*, thèse, n. 304 et 318.

<sup>109</sup> Cf. déjà *Carron*, PPE 2019, n. 130 ss.

<sup>110</sup> TF du 29.08.2005, 4C.151/2005, consid. 4.2.4, qui écarte ce risque théorique en l'espèce, car le défaut de la partie commune (charpente défectueuse) avait une influence directe sur la partie privative (située dans les combles) et sur la valeur de la part de PPE.

<sup>111</sup> Car celui-ci entraînera leur appauvrissement.

<sup>112</sup> Pour la possibilité de renverser la présomption, *Tercier et al.*, n. 805 (vente) et n. 3915 (entreprise) et réf. contenues.

78. 2° *Les frais de réparation dépassent le prix (total) de la part de PPE.* Dans cette hypothèse, plus extraordinaire, la seconde présomption jurisprudentielle aurait pour conséquence qu'une des conditions du droit à la réduction du prix – l'existence d'une moins-value inférieure au prix de vente ou d'un défaut de moindre importance (*supra* n. 29) – ne serait plus remplie. Il faudrait par conséquent refuser à l'acquéreur le droit de réclamer la réduction du prix<sup>113</sup>.
79. Par *exemple*, si le défaut concerne un élément important des parties communes, p.ex. le non-respect du matériau de construction pour une cage d'escalier qui doit être entièrement refaite, il n'est pas impossible d'imaginer que les frais de réparation (p.ex. 500 000 fr.) dépasseront largement le prix d'une part de PPE (p.ex. un studio vendu pour 450 000 fr.).
80. Dans ce cas, la solution pratique est la même et passe par un *renversement de la présomption* jurisprudentielle. L'acquéreur qui veut exercer son droit à la réduction, à l'exclusion de celui à la résolution du contrat, doit établir que la moins-value effective subie par sa part de PPE ne correspond pas aux travaux de suppression du défaut de la partie commune et n'absorbe pas complètement le prix de la part de PPE<sup>114</sup>.
81. En guise de *conclusion* intermédiaire, il apparaît que les présomptions développées par la jurisprudence pour faciliter le calcul de la créance en réduction du prix (*supra* n. 30) ne sont pas adaptées au cas d'un défaut d'une partie commune. Ce résultat n'est pas vraiment surprenant, dans la mesure où ces présomptions sont apparues dans des contextes très différents, où l'acquéreur profitait seul de la chose achetée ou de l'ouvrage livré et subissait donc directement et pleinement la moins-value due au défaut<sup>115</sup>. Cela dit, vu la nature réfragable des présomptions, nous sommes d'avis que la méthode relative reste applicable (au besoin après avoir renversé les présomptions) pour déterminer le montant de la réduction du prix fondée sur le défaut d'une partie commune.

### ***C. Coordination des droits à choix: tensions lorsque des copropriétaires font valoir des droits incompatibles ou différents***

82. L'ATF 145 III 8 = RNRF 100 p. 312 ne règle pas la situation où des copropriétaires d'étages font valoir simultanément des *prétentions distinctes*<sup>116</sup>. On peut envisager au moins les deux cas de figure suivants: d'une part, celui où deux copropriétaires d'étages font valoir

<sup>113</sup> *Gauch*, Werkvertrag, n. 1639 ss (entreprise); *Tercier et al.*, n. 796 (vente) et n. 3910 (entreprise). D'un avis différent, CR CO-*Chaix*, art. 368 n. 30.

<sup>114</sup> *Bühler*, ZKomm, art. 368 n. 106.

<sup>115</sup> Pour la vente: ATF 111 II 162, consid. A, 2b et 3c = RNRF 68 p. 374 consid. A, 2b et 3c. Pour l'entreprise: ATF 116 II 305, consid. A et 4a = JdT 1991 I 173.

<sup>116</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.5 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.5, qui renvoie à l'ATF 114 II 239, consid. 5a/aa = RNRF 72 p. 110 consid. 5a/aa = JdT 1989 I 192. Cf. ég. *Stöckli*, Nachbesserungsrecht, p. 370.

des prétentions en réparation incompatibles les unes avec les autres (1.) et, d'autre part, celui où l'un fait valoir une prétention en réparation alors que l'autre exige une réduction du prix (2.).

## 1. Incompatibilité des prétentions en réparation

### a. Tension

83. Vu que le défaut a un *caractère subjectif* (*supra* n. 7), «savoir si les parties communes sont défectueuses doit être examiné pour chaque copropriétaire selon son contrat de vente ou d'entreprise, les mêmes qualités des parties communes n'ayant pas nécessairement été promises à tous les acquéreurs de parts de PPE; ce qui est un défaut pour un copropriétaire peut ne pas être un défaut pour un autre copropriétaire»<sup>117</sup>.
84. Si les contrats d'acquisition prévoient des qualités différentes, cela pose des *problèmes de coordination*<sup>118</sup>. Même si tous les propriétaires d'étages font valoir le droit à la réparation, ils vont formuler des prétentions présentant un contenu différent.
85. En effet, si les caractéristiques sont irréconciliables, l'exécution sera inévitablement *défectueuse pour l'un des contrats* et le vendeur/l'entrepreneur ne pourra satisfaire l'un des acquéreurs. Pour le contrat en question, il devra subir les conséquences d'une inexécution fautive de l'obligation de réparer le défaut (réparation du préjudice fondée sur les art. 97 ss CO)<sup>119</sup>. Une coordination des droits à la réfection des acquéreurs n'est pas possible, en raison de la contradiction immanente entre les qualités contractuelles promises dans les divers contrats.
86. Par *exemple*, si le vendeur ou l'entrepreneur promet à un premier acquéreur un certain type d'équipement de la cage d'escalier de l'immeuble, et à un second une solution différente et incompatible, l'exécution finale des escaliers sera forcément défectueuse pour l'un des deux. Aucune mesure de réparation ne permettra de résoudre le dilemme.

### b. Solution pratique

87. La solution pratique réside dans une *rédaction attentive et cohérente* des divers contrats d'acquisition de parts de PPE, en particulier en ce qui concerne les qualités promises et les autres caractéris-

<sup>117</sup> TF du 12.10.2009, 4A\_326/2009, consid. 6. Notons que les conditions d'exercice d'un droit de garantie (p.ex. l'avis des défauts) ou les délais de prescription convenus peuvent aussi différer d'un contrat à l'autre. A ce sujet, cf. ég. *Schumacher*, Mängelrechte, p. 5; *Vischer*, Mängelrechte, p. 226.

<sup>118</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.5 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.5; ATF 114 II 239, consid. 5f = RNRF 72 p. 110 consid. 5f; d'un avis encore contraire, ATF 114 II 239, consid. 5c/bb = RNRF 72 p. 110 consid. 5c/bb.

<sup>119</sup> *Vischer*, Mängelrechte, p. 226, qui mentionne aussi les art. 190 s. CO pour la vente.

tiques des parties communes. Un tel soin est tout particulièrement recommandé lorsque le vendeur de la part de PPE fait construire le bâtiment par des entrepreneurs puis cède les droits de garantie qu'il a contre ceux-ci à l'acquéreur de la part de PPE.

## 2. Tensions entre droits de garantie différents pour un même défaut

### a. Tension

88. Un deuxième cas de figure exigeant une coordination est celui où plusieurs propriétaires d'étages exercent des *droits de garantie différents* en lien avec le même défaut d'une partie commune. Vu le caractère alternatif des droits de garantie (*supra* n. 17), chaque copropriétaire est en principe libre de choisir celui qu'il veut exercer.
89. Prenons *l'exemple* d'une cage d'escalier comprenant une installation défectueuse. On peut imaginer qu'un des copropriétaires d'étages exige une réduction du prix, alors qu'un autre demande la réparation du défaut.
90. On notera qu'une telle situation n'est susceptible de se produire que si le contrat n'établit pas un ordre de priorité entre les droits de la garantie (p.ex. art. 169 SIA-118 qui impose prioritairement la réfection, *supra* n. 19).

### b. Caractère insatisfaisant des solutions pratiques en cours de procédure judiciaire

91. Le vendeur/entrepreneur qui se défend de façon idoine en procédure tentera d'éviter d'être débiteur à la fois d'une créance en réparation et d'une autre en diminution du prix pour le même défaut d'une partie commune<sup>120</sup>. A cette fin, il peut recourir aux *moyens de procédure*, en particulier la dénonciation d'instance (art. 78 CPC), la suspension d'instance (art. 126 CPC) et/ou, si des tribunaux différents sont saisis, le renvoi pour cause de connexité (art. 127 CPC)<sup>121</sup>.
92. Ces institutions procédurales n'interviennent qu'après l'ouverture d'action, alors que les droits (formateurs) de garantie produisent déjà leurs effets sans qu'une instance doive être introduite. En outre, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour la suspension d'instance et le renvoi pour cause de connexité, de telle sorte que le défendeur ne peut pas imposer un traitement procédural coordonné. Il faut distinguer les hypothèses suivantes<sup>122</sup>:
93. 1° Si les travaux de réfection suppriment le défaut avant que le procès en réduction du prix ne soit suffisamment avancé, il s'agit de

<sup>120</sup> Krauskopf, Erwerb, p. 136.

<sup>121</sup> Cf. ATF 114 II 239, consid. 5f = RNRF 72 p. 110 consid. 5f = JdT 1989 I 162, qui fait encore référence aux outils de la procédure cantonale. Pour la dénonciation d'instance, cf. Piccinin, thèse, N 328.

<sup>122</sup> Dans ce sens, cf. Vischer, Mängelrechte, p. 227.

*nova* proprement dits dans le procès en réduction du prix. Le juge devra en tenir compte et rejeter les conclusions de l'acquéreur, faute de diminution de la valeur de la part de PPE découlant du défaut (désormais réparé). Cela dit, les *nova* proprement dits ne sont jamais acceptés après l'entrée en délibération (art. 229 CPC)<sup>123</sup>: une double condamnation en raison de la mauvaise coordination entre deux procédures n'est donc pas exclue.

94. 2° Si les travaux de réfection ne sont ordonnés qu'après que la réduction du prix a été accordée dans un jugement définitif, le vendeur/entrepreneur dispose, à l'encontre de l'acquéreur ayant obtenu la réduction du prix, d'une *créance en paiement* fondée sur l'indemnité due en cas d'utilisation de matériaux sur le fonds d'autrui (art. 672 CC) ou sur les règles de restitution de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)<sup>124</sup>. Dans ce cas également, l'entrepreneur n'est pas assuré de recouvrer exactement le montant dont il a été privé dans la procédure en réduction de prix.
95. Faute de solution pratique pleinement satisfaisante en cours de procédure judiciaire, il faut envisager de *régler le problème en amont*.

### *c. Solutions proposées par les auteurs*

96. Plusieurs *auteurs* ont proposé des solutions en vue de résoudre la question du conflit entre droits à la réfection et à la réduction du prix.
97. Après avoir d'abord esquissé une solution consistant à combler une lacune improprement dite de la loi par une cession légale des droits de garantie en faveur de la communauté<sup>125</sup> – solution rejetée par le TF dans un arrêt subséquent<sup>126</sup> – *Weber* a par la suite affirmé que, vu que la prestation indivisible (en réparation du défaut) et les prestations divisibles (en réduction de prix) s'excluent mutuellement, il convenait de les «canaliser chronologiquement»<sup>127</sup>. Selon cette proposition, un propriétaire d'étage ne peut faire valoir une prétention en réduction du prix que lorsque tous les propriétaires d'étages ont perdu leur prétention en réparation ou lorsque la communauté a refusé d'exiger la réparation<sup>128</sup>. Dans l'hypothèse contraire, la prétention en réduction du prix (admissible en soi) d'un propriétaire

<sup>123</sup> Sur cette notion, ATF 138 III 788, consid. 4.2; *Bohnet*, Procédure civile, n. 1138.

<sup>124</sup> *Vischer*, Mängelrechte, p. 227. Eg. *Piccinin*, thèse, N 327, qui met en évidence un caractère partiellement insatisfaisant de cette solution.

<sup>125</sup> *Weber*, Prozessfähigkeit, p. 117 ss, cité in: ATF 111 II 458, consid. 2 = RNRF 69 p. 336 consid. 2 = JdT 1986 I 485.

<sup>126</sup> ATF 111 II 458, consid. 3b = RNRF 69 p. 336 consid. 3b = JdT 1986 I 485. Pour une critique de cet arrêt, cf. *Liver*, RJB, p. 147 s.

<sup>127</sup> *Weber*, BRT, p. 20; *Weber*, Gewährleistungsansprüche, p. 70.

<sup>128</sup> *Weber*, BRT, p. 20; *Weber*, Gewährleistungsansprüche, p. 70, qui précise que, vu que l'exercice du droit formateur à la réparation ne dépend pas du résultat obtenu, il convient que le choix du droit à la garantie soit exercé collectivement par la communauté pour éviter un double devoir de l'entrepreneur.

- d'étage isolé est dépassée («überholt») par la réparation exigée par les autres propriétaires d'étages réunis en communauté<sup>129</sup>.
98. *Raschein*<sup>130</sup> considère que seule la communauté est titulaire du droit à la réparation et que les copropriétaires d'étages restent titulaires du droit à la réduction du prix. En cas de défaut d'une partie commune, il est d'avis que l'intérêt commun de ne pas avoir de défaut, et donc le droit à la réparation, prime sur l'intérêt individuel et financier des copropriétaires<sup>131</sup>. Par conséquent, les copropriétaires d'étages doivent attendre la décision de la communauté avant d'exercer leur droit à la réduction du prix. Le point de vue défendu par *Raschein* ne peut pas conduire à une solution défendable aujourd'hui, puisqu'il est au moins partiellement contraire à la jurisprudence, selon laquelle seuls les copropriétaires d'étages, à l'exclusion de la communauté, sont titulaires du droit à la réparation<sup>132</sup>.
99. *Krauskopf*<sup>133</sup> est d'avis que le droit allemand fournit une piste intéressante pour résoudre le conflit entre droits formateurs à la réparation et à la réduction du prix, tout en concédant que le BGB – au contraire du droit suisse – prévoit légalement la priorité du droit à la réparation sur les autres droits à la garantie<sup>134</sup>. Selon cette solution, le droit à la réduction du prix appartient certes en principe à chaque propriétaire d'étage, mais il ne peut être exercé qu'en commun: par conséquent, seule la communauté peut décider d'exiger une réduction du prix. En cas de défaut d'une partie commune, chaque propriétaire ne peut réclamer seul que la réparation. Cela change uniquement lorsque la communauté décide de faire valoir le droit à la réduction du prix: chaque propriétaire d'étage doit alors s'y plier et les droits potentiellement concurrents de chacun à la réparation du défaut s'effacent devant le droit à la réduction du prix exercé par la communauté<sup>135</sup>.
100. Même si une solution inspirée du droit allemand semble à première vue séduisante, elle ne correspond à notre avis ni à la structure du droit suisse qui n'accorde pas de priorité légale au droit à la réparation, ni à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui prévoit que le droit à la diminution du prix est de nature individuelle. A cela s'ajoute le fait, d'une part, que la communauté, sauf dans la situation exceptionnelle où elle acquiert elle-même une part d'étage<sup>136</sup>, ne peut pas être titulaire du droit à la réduction du prix, même en cas de défaut d'une partie commune et, d'autre part, que ce droit qui

<sup>129</sup> *Weber*, BRT, p. 20.

<sup>130</sup> *Raschein*, p. 73 ss.

<sup>131</sup> *Raschein*, p. 76.

<sup>132</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.1 i.f. = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.1, qui renvoie à ATF 114 II 239, consid. 5a = RNRF 72 p. 100 consid. 5a = JdT 1989 I 162 et à d'autres arrêts non publiés aux ATF.

<sup>133</sup> *Krauskopf*, Erwerb, p. 136 ss; *Krauskopf*, Mängelhaftung, p. 160 s.

<sup>134</sup> §§ 437 ss et 634 ss BGB, cités par *Krauskopf*, Mängelhaftung, p. 160.

<sup>135</sup> *Krauskopf*, Erwerb, p. 137.

<sup>136</sup> A ce sujet, cf. *Wermelinger*, ZKomm, art. 7121 n. 52 ss et 68.

appartient à chaque copropriétaire d'étages est incessible<sup>137</sup>. La solution allemande ne nous semble donc pas transposable en droit suisse sans modifier en profondeur le régime légal de la garantie pour les défauts; elle doit donc être écartée pour cette raison<sup>138</sup>.

101. *Stöckli*<sup>139</sup> propose une solution où les copropriétaires d'étages cèdent leur droit à la réfection à la communauté en renonçant, durablement ou pour un délai déterminé, à exercer les autres droits de garantie (diminution du prix ou résolution) afin de permettre à la communauté de faire exécuter sans obstacle la réfection. Faute de point d'ancrage dans la loi suisse, *Stöckli* s'appuie sur le droit autrichien qui prévoit que les copropriétaires peuvent céder leurs prétentions en garantie à la communauté, qui les acquiert et les fait valoir en son propre nom<sup>140</sup>. *Stöckli* mentionne également la solution du droit allemand, qui prévoit que la communauté des propriétaires d'étages est habilitée à faire exécuter les prétentions (sans devenir titulaire de celles-ci) en garantie pour les défauts et à exercer les droits des copropriétaires relatifs aux parties communes, dans la mesure où ils peuvent être invoqués collectivement<sup>141</sup>.
102. Les pistes développées par *Stöckli* vont dans le bon sens. Il ne détaille toutefois pas les solutions conventionnelles qu'il propose et omet de souligner que ses propositions de modifications législatives nécessiteront un long processus parlementaire.
103. *Schwery*<sup>142</sup> critique la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en considérant qu'elle ne fournit plus de moyen de coordination. Du point de vue des droits réels, cette auteure se fonde sur l'art. 648 al. 1 i.f. CC pour souligner que les propriétaires d'étages doivent accepter des restrictions immanentes à leur statut de copropriétaires. Du point de vue du droit des obligations, elle invoque d'une part le droit des personnes et les limitations de leur droit de propriété induites par le statut de membre devant respecter les règles de la communauté des copropriétaires. D'autre part, le droit contractuel entraîne aussi des restrictions dans la mesure où, dès qu'un droit de garantie est exercé par un propriétaire d'étage, les autres droits tombent. Toutes ces restrictions exigent une coordination qu'elle suggère d'organiser de la manière suivante. Dans un premier temps, les propriétaires d'étages doivent se réunir en assemblée afin de décider s'ils exercent (ou non) le droit à la réparation, qui est une prestation indivisible. S'ils prennent une décision en ce sens, ils doivent ensuite décider collectivement des modalités pertinentes (qui fait valoir le droit, quel délai fixe-t-on à l'entrepreneur, etc...).

<sup>137</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.2 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.2. Eg. *supra* N 31.

<sup>138</sup> Pour une autre critique, cf. *Schwery*, Kollision, p. 345 s.

<sup>139</sup> *Stöckli*, Nachbesserungsrecht, p. 370.

<sup>140</sup> § 18 al. 2 WEG/Autriche, cité in: *Stöckli*, Nachbesserungsrecht, p. 370.

<sup>141</sup> § 10 al. 2 phr. 3 WoEigG/Allemagne, cité in: *Stöckli*, Nachbesserungsrecht, p. 370.

<sup>142</sup> *Schwery*, Kollision, p. 352 ss et réf. contenues.

Si, en revanche, l'assemblée refuse d'exercer le droit à la réparation, les propriétaires d'étages déterminent alors individuellement s'ils veulent faire valoir leur droit à la diminution du prix ou à la résolution du contrat, car il s'agit de prestations divisibles.

104. La solution proposée par *Schwery* a ceci de positif qu'elle permet une coordination entre titulaires des droits à la garantie. En imposant une prise de décision collective lors d'une assemblée pour le droit à la réparation (sans dire toutefois comment une telle obligation est imposable aux copropriétaires d'étages), elle contredit néanmoins un principe figurant dans l'ATF 145 III 8, qui affirme que chaque propriétaire d'étage peut exercer de manière indivisible ses droits à la réparation contre l'entrepreneur, même lorsque ces prétentions concernent des parties communes d'une PPE. Or, cette dernière affirmation jurisprudentielle a peu de chance d'être remise en doute prochainement, vu les conditions strictes posées par le Tribunal fédéral pour un changement de jurisprudence d'un arrêt publié au recueil officiel<sup>143</sup>. Il faut donc, à notre avis, développer plus en détail une solution conventionnelle imposant cette coordination entre les parties.
105. *Nussbaumer* part de l'hypothèse que le droit à la réparation n'est pas un droit formateur, mais une créance que l'entrepreneur est en mesure d'exécuter en dépit du fait qu'un premier propriétaire d'étage pourrait avoir réclamé la réduction du prix<sup>144</sup>. Par conséquent, l'entrepreneur est débiteur de deux obligations alternatives de garantie: il doit à la fois réduire le prix pour le premier propriétaire mais reste autorisé à réparer le défaut de la partie commune (même si, par hypothèse, aucun autre propriétaire n'a exigé cette réparation). Par conséquent, si l'entrepreneur répare le défaut, il doit être mis ensuite au bénéfice d'une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime contre le premier propriétaire, car la cause ayant justifié la réduction du prix a disparu. Cette solution privilégie l'intérêt au non-appauvrissement de l'entrepreneur face à celui du propriétaire d'étage à avoir un libre choix entre ses droits alternatifs à la garantie.
106. La proposition de *Nussbaumer* nécessiterait une requalification du droit à la réparation (passant de droit formateur à une créance contractuelle), en contradiction avec la jurisprudence claire et la doctrine quasi-unanime<sup>145</sup>. A notre avis, une telle solution va à l'encontre de la lettre de l'art. 368 al. 2 CO qui prévoit des droits formateurs alternatifs du maître, qui s'excluent les uns les autres et qui n'appartiennent qu'au maître<sup>146</sup>. De surcroît, elle donnerait à l'entre-

<sup>143</sup> ATF 138 III 207, consid. 2.2.2; 122 I 57, consid. 3c; *Steinauer/Bieri*, Titre préliminaire, n. 456.

<sup>144</sup> *Nussbaumer*, PPE, p. 163 ss, en particulier p. 165 s.

<sup>145</sup> TF du 20.02.2004, 4C\_297/2003, consid. 2.1; *Gauch*, *Werkvertrag*, n. 2439 et 2443; *Tercier et al.*, n. 3865.

<sup>146</sup> ATF 136 III 273, consid. 2.2.

preneur la faculté de ré-intervenir sur l'ouvrage alors qu'il l'a livré au maître et n'a donc plus la maîtrise de celui-ci<sup>147</sup>.

107. *Berger/Galli/Vischer* soulignent l'existence de tensions découlant de prétentions en réfection non parfaitement identiques ou de l'exercice de droits de garantie différents par divers acquéreurs. Ces auteurs préconisent la résorption de ces tensions par des règles concernant la prise de décision au sein de la communauté des propriétaires d'étages, sans les décrire plus avant<sup>148</sup>.
108. *Schmid/Hürlimann-Kaup*<sup>149</sup> soulignent le caractère actuellement insatisfaisant et sollicitent l'intervention du législateur en envisageant deux scénarios très différents. D'une part, ils proposent que le droit à la réparation devienne une prérogative de la communauté en évoquant plusieurs solutions pouvant d'ailleurs être combinées: cession légale, priorité du droit à la réfection sur le droit à la réduction du prix, retour du droit à la réparation si la communauté ne prend pas de décision dans un certain délai. D'autre part, ils envisagent que le droit à la réparation demeure en main de chaque copropriétaire d'étage mais qu'il ne dépende plus de la quote-part de celui qui l'exerce (ce qui correspond au revirement de jurisprudence de l'ATF 145 III 8 = RNR 100 p. 312) et que le quorum pour les travaux de construction soit allégé. Ces solutions sont intéressantes mais elles requièrent une modification législative qui n'aura pas lieu dans un futur suffisamment proche pour que la pratique patiente.

#### *d. Propre proposition*

109. Si l'on veut coordonner de manière satisfaisante droit des obligations et droits réels sans attendre l'hypothétique révision législative appelée par certains de leurs vœux<sup>150</sup>, il faut, à notre avis, mettre sur pied une *solution* combinant cession conventionnelle du droit à la réfection des défauts des parties communes (i) et clause particulière dans le règlement d'administration et d'utilisation de la PPE (ii).

#### **Premier volet: cession du droit à la réfection à la communauté des propriétaires d'étages**

110. Le premier volet de la solution consiste à prévoir une cession conventionnelle du droit à la réfection des défauts des parties communes. On peut concrétiser cette proposition en faisant les *commentaires* suivants:
111. 1° La solution consiste à conclure, simultanément à (ou immédiatement après) la constitution de la PPE, une convention séparée qui a

<sup>147</sup> La garantie pour les défauts ne peut être exercée qu'une fois que l'entrepreneur a livré l'ouvrage au maître (cf. art. 367 al. 1 CO: «après la livraison de l'ouvrage»).

<sup>148</sup> *Berger/Galli/Vischer*, CJN, n. 13.

<sup>149</sup> *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rechtsgutachten p. 59 ss, en particulier p. 60 s.

<sup>150</sup> Dans ce sens, *Wermelinger*, De lege ferenda, p. 178.

- pour *objet* la cession à titre gratuit du droit à la réfection des parties communes de la PPE, à laquelle les art. 164 ss CO s'appliquent par analogie<sup>151</sup>.
112. 2° Les *parties* à cette convention sont, d'une part, le ou les fondateurs de la PPE et, d'autre part, la communauté des propriétaires d'étages. Celle-ci a la capacité d'ester en justice et la qualité pour agir (art. 712l al. 2 CC) notamment lorsqu'il s'agit de l'entretien, de la réparation ou de la rénovation de parties communes, ainsi que de (faire) supprimer des défauts à ces mêmes parties<sup>152</sup>. Elle peut donc valablement devenir cessionnaire conventionnelle du droit à la réfection des défauts des parties communes<sup>153</sup>. Cela découle notamment de l'ATF 145 III 8 = RNRF 100 p. 312 et de décisions plus anciennes<sup>154</sup>. Précisons que la cession d'un droit ne requiert pas l'accord de celui qui pourrait devenir le débiteur de la créance en réparation<sup>155</sup>. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le fondateur de la PPE obtienne à l'avance l'accord des (futurs) débiteurs cédés pour que la cession soit valable et produise ses effets.
113. 3° La cession n'est valable que si elle revêt la *forme écrite* (art. 165 al. 1 CO par analogie). En vertu de l'art. 13 al. 1 CO, l'acte de disposition (le contrat de cession) doit porter uniquement la signature du cédant<sup>156</sup>, c'est-à-dire de celui qui a commandé les travaux (en principe le ou les fondateurs de la PPE).
114. 4° Par analogie avec la cession de créances<sup>157</sup>, la cession d'un *droit futur*, par exemple si tous les contrats de construction n'ont pas encore été conclus, est valable dans la mesure où les droits cédés sont déterminés ou suffisamment déterminables<sup>158</sup>.
115. 5° La cession produit notamment les *effets* décrits ci-après.
116. – Le droit à la réfection des défauts des parties communes est *définitivement et exclusivement transféré* à la communauté des propriétaires d'étages. Le cédant perd son droit à la réfection dirigé contre l'entrepreneur. Ce transfert produit donc des effets pour tout acquéreur futur d'une part de PPE, pour tout ayant cause d'un copropriétaire ainsi que pour tout acquéreur d'un droit réel sur une part de copropriété: le droit à la réfection ne leur sera pas transmis et restera en main de la communauté de copropriétaires, car un propriétaire d'étage ne peut pas transférer plus de droits qu'il n'en a déjà.

<sup>151</sup> *Gauch*, Werkvertrag, n. 2443.

<sup>152</sup> Dans ce sens, *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rechtsgutachten, p. 55.

<sup>153</sup> *Meier-Hayoz/Rey*, BKomm., art. 712l CC n. 26 s.

<sup>154</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.2.1 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.2.1, qui renvoie à l'ATF 106 II 11, consid. 6 = RNRF 64 p. 171 consid. 6 = JdT 1981 I 6.

<sup>155</sup> *Gauch/Schluép/Emmenegger*, T. II, n. 3408; *Tercier/Pichonnaz*, n. 1805 *in fine*.

<sup>156</sup> *Gauch/Schluép/Emmenegger*, T. II, n. 3415 s.; *Tercier/Pichonnaz*, n. 1819.

<sup>157</sup> *Huguenin*, n. 1368 ss.

<sup>158</sup> *Gauch*, Werkvertrag, n. 2450.

Par conséquent, on ne peut que conseiller au fondateur de la PPE désireux d'éviter une action en responsabilité d'informer de cette situation toute personne acquérant une part de PPE subséquentement à la cession du droit à la réfection.

117. – Le cédant doit fournir à l'acquéreur les *moyens de preuve* existants et les *renseignements* nécessaires pour faire valoir le droit à la réfection (art. 170 al. 2 CO par analogie)<sup>159</sup>. Par conséquent, le fondateur doit fournir à la communauté des copropriétaires la liste de tous les entrepreneurs, vendeurs ou fournisseurs cédés ainsi que les informations pertinentes pour exercer efficacement les droits de garantie. La proposition ci-dessous prévoit une information immédiate lors de la cession du droit à la réfection; on peut toutefois imaginer que la transmission de leur identité ne se fasse qu'au moment où la communauté souhaite exercer effectivement ledit droit. Si le fondateur de la PPE (cédant) ne fournit pas les moyens de preuve ou les renseignements requis, la communauté (cessionnaire) peut alors exercer ses droits directement contre le cédant, par application analogue de l'art. 467 al. 2 CO<sup>160</sup>, voire exiger la réparation de son dommage en raison de la violation par le cédant de ses devoirs en vertu de l'art. 97 CO<sup>161</sup>.
118. – Le cédant doit *s'abstenir de tout ce qui peut porter atteinte* aux fondements de ce droit, par exemple l'exercice du droit à la réduction du prix<sup>162</sup>.
119. – La cession présente l'avantage que tant la titularité des droits de garantie (aspects de droit des obligations) que la prise de décision relative aux travaux de construction (aspects de droits réels) se trouvent *réunies au sein de la communauté* des propriétaires d'étages, ce qui permet de répondre efficacement au besoin de coordination identifié ci-dessus (*supra* n. 88).
120. – La décision de la communauté des propriétaires consistant à ouvrir action contre un entrepreneur en réfection du défaut constitue un *acte d'administration* plus important au sens de l'art. 647b CC et nécessite la double majorité des copropriétaires et des parts<sup>163</sup>.
121. 6° On pourrait craindre qu'un fondateur qui domine l'assemblée – par exemple en conservant la majorité des parts alors que le règlement prévoit le principe du vote en fonction des parts et non par tête – puisse décider seul de l'exercice de la garantie pour les défauts. Ce

<sup>159</sup> *Gauch*, Werkvertrag, N 2454, qui se fonde sur l'ATF 84 II 355, consid. 5 = JdT 1959 I 198. Eg. *Carron*, PPE 2019, N 198.

<sup>160</sup> ATF 118 II 142, consid. 1c = RNRF 75 p. 37 consid. 1c = JdT 1993 I 300.

<sup>161</sup> Ce sera notamment le cas si le fondateur de la PPE a exclu ses droits de garantie (*Nussbaumer*, thèse, n. 981).

<sup>162</sup> *Gauch*, Werkvertrag, N 2454, qui se fonde sur l'ATF 84 II 355, consid. 5 = JdT 1959 I 198. Eg. *Carron*, PPE 2019, N 198.

<sup>163</sup> Dans ce sens, *Schmid/Hürlimann-Kaup*, Rechtsgutachten, p. 56. D'un autre avis, *Meier-Hayoz/Rey*, BKomm., art. 712t CC n. 44.

danger, même s'il ne peut être totalement exclu, doit être relativisé. D'abord, cette situation ne devrait pas se présenter trop souvent en pratique, dans la mesure où le fondateur (p.ex. un promoteur) a en principe pour but économique de céder les parts de PPE et ne domine ainsi pas les votes de la communauté<sup>164</sup>. Ensuite, si la construction est défectueuse, le fondateur de la PPE peut avoir intérêt lui-même à obtenir la réfection de l'immeuble en question<sup>165</sup>. Enfin, même si c'est le cas, les propriétaires d'étages demeurent titulaires individuels des autres droits à la garantie, notamment celui à la réduction du prix, qu'ils peuvent exercer en respectant les modalités précisées ci-dessous (*infra* n. 123 ss).

122. La *clause de cession* pourrait dans ce contexte avoir la formulation suivante<sup>166</sup>:

«Le fondateur de la PPE transfère définitivement et exclusivement à la communauté des copropriétaires d'étages le droit à la réparation des éventuels défauts des parties communes de la PPE (art. 368 al. 2 CO) qu'il a ou aura contre les débiteurs cédés sur la base des contrats suivants, à savoir [faire la liste des entrepreneurs/vendeurs/fournisseurs cédés et des contrats pertinents].»

## ii) Second volet: clause de coordination des droits de garantie dans le règlement d'administration et d'utilisation

123. Après avoir organisé la cession conventionnelle du droit à la réfection des défauts des parties communes, la solution consiste à introduire une *clause dans le règlement d'administration et d'utilisation* – que l'on aura pris soin de faire mentionner au registre foncier (art. 54 al. 1 ORF) – visant à coordonner les droits de garantie<sup>167</sup>.
124. On peut concrétiser cette proposition en faisant les *commentaires* suivants:
125. 1° Une clause de coordination des droits de garantie peut *valablement figurer* dans le règlement d'administration et d'utilisation. Un tel règlement n'a certes pas vocation à étendre ou à limiter les droits et obligations des propriétaires d'étages, mais il peut servir à décrire et préciser de manière concrète la position juridique, les droits et les obligations de chacun d'eux au sein de la communauté<sup>168</sup>. La

<sup>164</sup> Si l'on sait dès le départ que le fondateur, p.ex. un architecte indépendant qui réalise la PPE, a l'intention de rester propriétaire de la majorité des parts de PPE et de louer certaines unités pour des motifs de prévoyance professionnelle, une telle cession est plutôt déconseillée.

<sup>165</sup> Dans l'exemple figurant à la note précédente, l'architecte peut avoir intérêt, comme les autres copropriétaires d'étages, à exiger la réparation des défauts.

<sup>166</sup> Elle peut être rédigée au pluriel s'il y a plusieurs fondateurs.

<sup>167</sup> Plaidant en faveur d'un mécanisme de coordination sans le décrire, ATF 145 III 8, consid. 3.5 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.5, qui renvoie à l'ATF 141 III 357, consid. 2 = RNRF 97 p. 360 consid. 2 = JdT 2016 II 402.

<sup>168</sup> CR CC II-Amoos *Piguet*, art. 712g n. 10 et réf.

jurisprudence actuelle retient une interprétation extensive du concept d'«administration commune» (art. 712l al. 2 CC). Le TF a admis que ce concept incluait le fait pour la communauté d'intenter une action en respect d'une servitude (*actio confessoria*) pourtant au bénéfice de l'immeuble de base<sup>169</sup>. En se fondant sur cette interprétation jurisprudentielle extensive<sup>170</sup>, la clause visant à coordonner les droits de garantie répartis entre la communauté (droit à la réparation) et les propriétaires d'étages individuels (droit à la diminution du prix) peut valablement trouver place dans le règlement d'administration et d'utilisation.

126. 2° La clause de coordination doit avoir le *contenu* suivant. D'abord, il est utile qu'elle rappelle que le droit à la réfection des éventuels défauts affectant les parties communes a déjà été transféré par les fondateurs de la PPE à la communauté des propriétaires d'étages lors de la constitution de la PPE.

Ensuite, pour faire écho aux exigences imposées au cédant en vertu de l'art. 170 al. 2 CO par analogie (*supra* n. 115 ss), la clause réglementaire doit imposer à chaque propriétaire d'étage l'obligation de fournir à la communauté des propriétaires d'étages (cessionnaire du droit à la réparation) les moyens de preuve existants et les renseignements nécessaires pour faire valoir le droit à la réfection, à commencer par le fait de les informer de l'existence d'un défaut.

Enfin, la clause doit préciser que chaque propriétaire d'étage a l'obligation de s'abstenir de tout ce qui pourrait porter atteinte aux fondements du droit à la réparation cédé<sup>171</sup>, notamment d'exercer son droit à la réduction du prix avant qu'une décision de la communauté des propriétaires d'étages au sujet du droit à la réfection n'ait été prise.

127. 3° La présence d'une clause de coordination dans le règlement d'administration et d'utilisation aura pour *effet* de rendre le contenu de la clause opposable à tout copropriétaire d'étage, à tout ayant cause d'un copropriétaire ainsi qu'à tout acquéreur d'un droit réel sur une part de copropriété (art. 649a CC)<sup>172</sup>. De plus, le fait que le règlement soit mentionné, en vertu de l'art. 649a al. 2 CC, au registre foncier (art. 54 al. 1 ORF) aura un effet d'information renforcé pour tout nouveau copropriétaire.
128. 4° La clause et ses effets se justifient pour les *motifs* suivants. D'abord, le rappel de la cession du droit à la réfection empêche un propriétaire d'étage n'y ayant pas participé d'affirmer qu'il n'a pas connaissance de cette cession. On souligne qu'un acquéreur d'une

<sup>169</sup> ATF 142 III 551, consid. 2.2 et 2.4 = RNRF 98 p. 426 consid. 2.2 et 2.4 = JdT 2017 II p. 400.

<sup>170</sup> Plaidant déjà pour une telle interprétation, *Weber*, Gewährleistungsansprüche, p. 68.

<sup>171</sup> *Gauch*, Werkvertrag, n. 2454.

<sup>172</sup> *Steinauer*, Droits réels I, n. 1788 ss et 1819.

part de PPE postérieurement à sa constitution ne peut de toute façon pas devenir titulaire du droit à la réfection contre les entrepreneurs, car ce droit appartient à la communauté des propriétaires d'étages depuis la fondation de la PPE et l'acquéreur de la part de PPE ne peut pas obtenir plus de droits que n'en avait celui qui lui a cédé ladite part. Ensuite, la clause inspirée des devoirs tirés de l'art. 170 al. 2 CO se justifie car cette disposition légale du droit des obligations n'impose que des devoirs personnels à ceux qui ont cédé le droit à la réfection – les fondateurs de la PPE – mais pas aux acquéreurs ultérieurs des parts de PPE. Seule une disposition du règlement d'administration et d'utilisation donne un effet réel à ces devoirs et les rend obligatoires pour tout propriétaire d'étage. Il en va enfin de même de l'obligation pour les propriétaires d'étages d'attendre que la communauté perde ou renonce à faire valoir le droit à la réparation d'un défaut (droit indivisible et devenu collectif en raison de la cession) avant d'invoquer leur droit à la diminution du prix (droit divisible et individuel), ce qui permet de répondre efficacement au second besoin de coordination identifié plus haut (*supra* n. 82).

129. La clause du règlement d'administration et d'utilisation pourrait avoir la formulation suivante<sup>173</sup>:

*«Lors de la constitution de la PPE, le fondateur de la PPE a, en vertu des art. 164 ss CO, cédé à la communauté des copropriétaires d'étages, le droit à la réparation des éventuels défauts des parties communes (art. 368 al. 2 CO) contre les personnes ayant participé à la construction de la PPE. Conformément aux principes généraux applicables (art. 170 al. 2 CO par analogie), chaque propriétaire d'étage s'engage à fournir à la communauté des propriétaires d'étages ou à son représentant les moyens de preuve existants et les renseignements nécessaires pour que la communauté des propriétaires d'étages puisse faire valoir le droit à la réfection, notamment à informer la communauté des propriétaires d'étages ou son représentant de l'existence d'un défaut d'une partie commune. Chaque propriétaire d'étage s'engage en outre à s'abstenir de tout ce qui pourrait porter atteinte aux fondements du droit à la réparation cédé, notamment à ne pas exercer son droit à la réduction du prix tant que la communauté des propriétaires d'étages n'a pas perdu son droit à la réfection ou n'a pas renoncé à l'exercer soit de manière expresse soit en ne réagissant pas dans un délai raisonnable à une interpellation du propriétaire d'étage.»*

<sup>173</sup> Elle peut être rédigée au pluriel s'il y a plusieurs fondateurs.

### Conclusion

130. En tenant pleinement compte de l'indivisibilité du droit à la réparation et en rejetant l'ancienne approche fondée sur les quote-parts des copropriétaires d'étages, le changement de jurisprudence effectué dans l'ATF 145 III 8 = RNRF 100 p. 312 est le bienvenu. Ce revirement ne résout toutefois pas toutes les embûches découlant de l'application d'une institution du droit des obligations – la garantie pour les défauts – à une institution des droits réels, la PPE et plus particulièrement les défauts affectant les parties communes de celle-ci. Ce point n'a d'ailleurs pas échappé au Tribunal fédéral qui souligne expressément qu'il ne faut pas sous-estimer les difficultés subsistantes<sup>174</sup>.
131. Fort de ce constat, nous avons mis en évidence trois situations délicates en lien avec des défauts affectant les parties communes lors d'une acquisition sur plan d'une part de PPE. Nous avons d'abord évoqué le cas où un copropriétaire d'étage exige la réfection d'une partie commune: nous avons démontré qu'il était crucial de coordonner ce droit contractuel avec les règles des droits réels relatives à la prise de décision au sein de la communauté des propriétaires d'étages. Nous avons ensuite démontré que les présomptions jurisprudentielles développées pour le droit à la réduction du prix sont peu adaptées au défaut d'une partie commune de PPE, mais que le système n'était pas fondamentalement mis en cause en raison du caractère réfragable desdites présomptions. Enfin, nous avons traité des tensions pouvant naître lorsque des copropriétaires d'étages, confrontés à une partie commune défectueuse, font valoir des droits à la garantie incompatibles ou différents. Après avoir décrit les difficultés relatives à une coordination en cours de procédure et mis en évidence les lacunes ou les faiblesses des solutions déjà avancées par la doctrine, nous avons formulé une proposition originale qui repose, d'une part, sur une cession du droit à la réfection des défauts par le fondateur de la PPE en faveur de la communauté des copropriétaires d'étages, et, d'autre part, sur une clause de coordination des droits de garantie dans le règlement d'administration et d'utilisation de la PPE.

<sup>174</sup> ATF 145 III 8, consid. 3.5 = RNRF 100 p. 312 consid. 3.5.