

Le délai de grâce

854



ARNOLD F. RUSCH*

Le délai convenable pour s'exécuter au sens de l'article 107 CO est la source de multiples querelles. Quelle est la durée adéquate d'un « délai convenable » ? Le créancier doit fixer un délai, mais s'agit-il d'un délai pour commencer ou pour terminer l'exécution, ou encore pour exprimer sa volonté de s'exécuter ? Même la question de savoir si le délai doit mentionner une durée déterminée et s'il y a une prolongation automatique dans le cas d'un délai trop court n'est pas claire. Dans cette contribution, l'auteur désire clarifier ce sujet pour les praticiens, mais également analyser scientifiquement la ratio legis du délai.

Zur angemessenen Nachfrist gibt es viele offene Fragen. Wie lange und wie explizit muss eine Nachfrist bemessen sein? Genügt es, eine extrem kurze Nachfrist lediglich zur Erklärung über die Erfüllungsbereitschaft anzusetzen, oder muss die Nachfrist die ganze Erfüllungszeit abdecken? Muss der Schuldner bei zu kurzer Frist reklamieren oder verlängert sich diese automatisch? Die nachfolgenden Erwägungen widmen sich dem Sinn und Zweck der Nachfristsetzung im Verzug. In diesem Beitrag will der Autor Klarheit für die Praktiker, aber auch für die Lehre schaffen.

Plan

- I. Problème
- II. Les cinq possibilités
 - A. Délai pour l'exécution entière
 - B. Délai pour commencer l'exécution
 - C. Délai trop court
 - D. Interpellation de s'exécuter « immédiatement »
 - E. Délai pour s'exprimer
- III. Conclusion tabellaire

I. Problème

Après l'interpellation ou l'expiration du terme comminatoire, le débiteur est en demeure (art. 102 CO). Le créancier¹ doit fixer, après l'interpellation, simultanément ou parfois même d'avance², un délai de grâce pour

élargir ses possibilités, « *weil seine Interessen durch die allgemeinen Verzugsfolgen nicht ausreichend geschützt sind* »³. Les conséquences de la demeure *simple*, c'est-à-dire le droit de demander l'exécution et des dommages-intérêts pour cause de retard (art. 103 al. 1, 107 al. 2 CO), ne sont plus suffisantes. La demeure *qualifiée*⁴ après l'expiration du délai de grâce ouvre la voie à la renonciation à la prestation, soit selon les règles de l'inexécution du contrat (art. 107 al. 2 CO, intérêt positif), soit selon les règles de la résiliation du contrat (art. 107 al. 2, 109 CO, intérêt négatif). Le délai de grâce veut donc concilier *l'intérêt du créancier* de régler en vitesse le sort du contrat avec *l'intérêt du débiteur* d'éviter les conséquences sévères de l'inexécution⁵. C'est le conflit entre le principe de *pacta sunt servanda* et le droit de modifier ou de résilier le contrat⁶. Le délai de

* ARNOLD F. RUSCH, Dr. en droit, LL.M., avocat, professeur associé à l'Université de Fribourg/smart living lab.

L'auteur tient à remercier CHANTAL PANTILLON, ancienne collaboratrice scientifique auprès de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, pour ses conseils linguistiques.

¹ Il est possible de faire fixer un délai par le juge sommaire (art. 107 al. 1 CO, art. 250 lit. a ch. 5 CPC). Le débiteur recevra dans cette procédure l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit (art. 253 CPC).

² ATF 103 II 102 c. 1a : « Gewiss bedingt die Ansetzung einer Nachfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR in der Regel, dass die Leistung fällig ist und der Schuldner sich in Verzug befindet. Das hindert den Gläubiger jedoch nicht daran, die Fristansetzung mit der Mahnung zu verbinden. Das versteht sich schon deshalb, weil auch in der Fristansetzung eine Mahnung liegt und der Gläubiger den Schuldner im einen wie im andern Fall zur Erfüllung anhalten will, also den gleichen Zweck verfolgt. Die beiden Rechtsbehelfe können nicht bloss zeitlich zusammenfallen, sondern der Fälligkeit sogar vorausgehen, wenn deren Termin bereits feststeht [...] ». TF, 4C.216/2000, 11.12.2000, c. 2a ; ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in Marc Amstutz et al. (éds), Obligationenrecht, Allgemeine Be-

stimmungen, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK-FURRER/WEY), 3^e éd., Zurich 2016, art. 107 CO N 22.

³ FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, thèse Fribourg 1987, Fribourg 1988, N 450.

⁴ Cf. PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5^e éd., Genève 2012, N 1279, 1299.

⁵ SCHENKER (n. 3), N 451 ; ALBERT COMMENT, De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, thèse Berne, Berne 1924, 61 : « C'est pourquoi le législateur a estimé qu'il se justifiait de fournir une dernière fois à celui-ci l'occasion de s'exécuter et de prévenir des conséquences funestes pour lui et il a imposé au créancier l'obligation de fixer un dernier délai. » ; cf. CLAUDE RAMONI, Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, thèse Lausanne, Zurich 2002, N 52 ; cf. ROLF WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Berne 2000 (BK-WEBER), art. 107 CO N 55.

⁶ Cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB, in : Dietmar Baetge/Jan von Hein/

grâce prévient également la résiliation pour des causes indépendantes de la demeure⁷.

La fixation du délai de grâce doit être de nature ferme ; ce n'est pas une offre ou une prière⁸. Les considérations ci-dessous ne se consacrent qu'à la durée *abstraite* du délai de grâce. La durée *concrète* du délai sera le sujet des conclusions tabellaires à la fin de cet article.

II. Les cinq possibilités

A. Délai pour l'exécution entière

Le délai ne doit pas couvrir la durée de l'exécution entière. Le délai convenable ne permettra donc au débiteur que de *terminer l'exécution déjà commencée*⁹. Si le débi-

Michael von Hinden (éds), Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, 3 ss, 6 s., 11.

⁷ Cf. CANARIS (n. 6), 11.

⁸ Cf. BGH, VIII ZR 49/15, 13.7.2016, in : NJW 2016, p. 3654, N 28 : « Zwar darf der Gläubiger die Ernsthaftheit seines Nacherfüllungsverlangens nicht durch Relativierungen wie die Äusserung eines blossen Wunsches oder einer höflichen Bitte in Zweifel ziehen [...]. Ein solches Verhalten kann in entsprechend gelagerten Ausnahmefällen dazu führen, dass der Schuldner keine Veranlassung hat, mit Rechtsfolgen, wie einem Rücktritt oder Schadensersatzforderungen, zu rechnen [...] ». »

⁹ Cf. BK-WEBER (n. 5), art. 107 CO N 64 : « Die Frist kann sich auf den Beginn der Erfüllungshandlung oder die Vollendung der Erfüllung beziehen [...]. » et N 69 : « Dem Schuldner muss aber nicht nochmals die ganze anfängliche Erfüllungsdauer eingeräumt werden, sondern es ist nur zu vermeiden, dass der fast erfüllungsbereite Schuldner durch einen unerwarteten Verzicht auf die Realleistung unbillig getroffen wird (BGE 43 II 173 ; VON TUHR/ESCHER 149 ; OSER/SCHÖNENBERGER N 14 ; BUCHER, OR AT, 368 ; MONOD 125 f ; COMMENT 67 ; SCHENKER N 469) ; der Gläubiger darf nämlich davon ausgehen, der Schuldner habe den Erfüllungsvorgang bereits eingeleitet, weshalb die Frist nicht so lange bemessen zu werden braucht, dass sie einem Schuldner, der noch nichts getan hat, die Möglichkeit der Erfüllung gibt (vgl. auch BGE 43 II 230 ; SJZ 1918/19, 314 ; BECKER N 22 ; VON BÜREN 374). » ; cf. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^e éd., Zurich 1988, 368 ; cf. ATF 43 II 170 c. 2 : « Die Ansetzung einer «Frist zur nachträglichen Erfüllung» des Art. 107 soll aber, wenigstens unter solchen Umständen, dem Schuldner nicht die Möglichkeit verschaffen, von neuem über die ganze anfänglich für die Lieferung bedogene Zeit zu verfügen, sondern will ihn nur dagegen schützen, dass ihm nicht, trotzdem er in Kürze die Erfüllungshandlung vorzunehmen vermöchte, deren Vornahme unbilligerweise durch einen unerwarteten vorherigen Verzicht auf die Realleistung vereitelt werde (vgl. BGE 29 II S. 266). » ; cf. ATF 29 II 260 c. 5 : « Die Ausführungen der Vorinstanz, dass die Speditionsfrist 12 Tage habe betragen müssen, treffen [...] nicht zu, da hier dem Schuldner zugemutet werden darf, mit Beschleunigung vorzugehen. » ; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3^e éd., Zurich 1974, 149 ; LUC THÉVENOZ, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Code des Obligations I, Commentaire Romand,

teur n'a pas encore commencé à s'exécuter, on se trouve probablement face à un cas de l'art. 108 ch. 1 CO dans lequel la fixation d'un délai pourrait être sans effet¹⁰. La durée adéquate dépend « *de la nature de la prestation et de l'intérêt du créancier à une prompte exécution. Plus cet intérêt est grand et plus la prestation est facile à fournir; plus le délai peut être bref, et inversement.* »¹¹ L'expiration du délai se définit de manière stricte ; même si le débiteur s'exécute peu de temps après l'expiration du délai, il est en retard¹². Le créancier peut renoncer à la présentation ou résilier le contrat *dès le moment de l'expiration du délai de grâce ; quand bien même le débiteur n'offre*

2^e éd., Bâle 2012 (CR CO I-auteur), art. 107 N 12 ; cf. DAGMAR KAISER, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Leistungsstörungen, Berlin 2014 (Staudinger-KAISER), N 26 : « Die Frist muss angemessen, also so lang bemessen sein, dass sie einen seit Fälligkeit leistungsbereiten und -fähigen Schuldner in die Lage versetzt, die bereits begonnene Leistung zu vollenden. Die Nachfrist ist deswegen in aller Regel (deutlich) kürzer als die vereinbarte Lieferfrist. » ; FRANK PETERS/FLORIAN JACOBY, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Eckpfeiler des Zivilrechts, Werkvertrag, Berlin 2014, N 147 : « Die Frist ist an sich zur vollständigen Durchführung der notwendigen Massnahmen zu setzen. Das ist im Bereich des Werkvertrages aber problematisch, weil die Frist dazu oft weiträumig bemessen sein müsste. Also wird der Besteller die Frist nur zur Arbeitsaufnahme oder gar nur zur Erklärung über die Leistungsbereitschaft setzen. Bleibt die Reaktion des Unternehmers aus, so kann darin eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liegen, bzw. dies begründet besondere Umstände, beides iSd §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2. » ; cf. BGH, VII ZR 227/83, 6.12.1984, c. 3, in : NJW 1985, 855.

¹⁰ TF, 4A_323/2012, 10.9.2012, c. 2 : « Dans l'arrêt de renvoi, il est relevé que l'art. 108 ch. 1 CO dispensait les recourants de fixer un délai à l'intim si ce dernier était de façon certaine, objectivement et réellement, incapable d'éliminer les défauts de l'ouvrage dans un délai convenable ; il s'agit là d'une formule semblable à celle de l'art. 366 al. 2 CO, qui évoque la possibilité de « prévoir avec certitude » une exécution défectueuse. Cette dernière disposition n'implique pas une certitude absolue, qui ne se conçoit d'ailleurs guère ; il est seulement exigé qu'il faille objectivement s'attendre à une exécution ou réfection défectueuse ; par contre, de simples appréhensions subjectives du maître ne sont pas suffisantes [...] » ; ATF 97 II 58 c. 6 : « Aux termes de l'art. 108 ch. 1 CO, la fixation du délai prévu par l'art. 107 al. 1 CO n'est pas nécessaire lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet. Le Tribunal cantonal a considéré à juste titre que cette condition était remplie en l'espèce, puisque l'obligation de la recourante ne pouvait plus être exécutée dans un délai acceptable par les intimes. » ; cf. CHK-FURRER/WEY (n. 2), art. 108 CO N 10.

¹¹ ATF 103 II 102 c. 1b : « Das entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung ab. Je grösser dieses Interesse und je leichter die Leistung zu erbringen ist, um so kürzer darf die Frist bemessen sein, und umgekehrt [...]. »

¹² ATF 51 II 323 c. 1 ; cf. la solution différente dans le contrat de bail (art. 257d al. 2, 271 CO), TF, 4A_585/2010, 2.2.2011, c. 4.1, et TF, 4A_634/2009, 3.3.2010, c. 2.2.3.

sa prestation qu'avec un léger retard, il n'y a pas de délai additionnel.

B. Délai pour commencer l'exécution

Lorsque l'exécution s'étend sur une durée considérable, le créancier – face à un délai normal, c'est-à-dire pour terminer l'exécution – serait bloqué. C'est pourquoi, dans un tel cas, on applique l'art. 366 al. 1 CO par analogie : « *Son but est d'éviter que le maître doive attendre la livraison de l'ouvrage pour faire valoir ses droits [...]* »¹³. Il est de jurisprudence constante que l'application de l'art. 366 CO doit être complétée avec les éléments des art. 102 ss CO¹⁴. Si le délai de grâce couvrait le délai pour terminer l'exécution entière, le maître attendrait jusqu'à la date de l'exécution – la règle aurait un effet contraire à son sens. L'idée, et la règle généralisée de l'art. 366 al. 1 CO, est qu'il suffit de fixer un délai pour commencer l'exécution dans un contrat où l'exécution ne s'effectue pas à un moment précis, mais pendant une durée assez longue¹⁵. Ce

¹³ CR CO I-CHAIX (n. 9), art. 366 N 1.

¹⁴ Cf. BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, art. 366 N 13, in : Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Wolfgang Wiegand (éds), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2015 (BSK OR I-auteur) ; cf. CR CO I-CHAIX (n 9), art. 366 N 3, 15 ; cf. ATF 115 II 50 c. 2a : « L'art. 366 al. 1 CO, qui est un cas d'application des art. 107 à 109 CO, permet en effet au maître de l'ouvrage de se départir du contrat si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage ou en diffère l'exécution. Après avoir fixé à l'entrepreneur un délai d'exécution (art. 107 al. 1 CO), le maître de l'ouvrage peut se départir du contrat s'il en fait la déclaration immédiate (ATF 98 II 115 consid. 2). » ; l'existence d'un délai pour commencer l'exécution était douteuse dans l'arrêt du Kantonsgericht St. Gallen, BZ.2006.72, 3.4.2007, c. 5a : « Indessen fällt in Betracht, dass im Schreiben des früheren klägerischen Rechtsvertreters vom 12. August 2005 in erster Linie der Rechtsstandpunkt von A und ihren Eltern dargelegt wurde, wonach die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung den im Vertrag vom 22. Juni 2004 vereinbarten Kündigungsmodalitäten widerspreche und daher unzulässig sei, verbunden mit dem Hinweis, man gehe demgemäß davon aus, das zweite Studienjahr werde wie geplant beginnen, andernfalls die Beklagte schadenersatzpflichtig werde. Ob damit zugleich beabsichtigt war, der Beklagten eine Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR anzusetzen, ist indes fraglich. »

¹⁵ Cf. CR CO I-CHAIX (n. 9), art. 366 N 16 : « Le maître peut également fixer un programme d'exécution, ce qui lui permet, cas échéant, de se départir du contrat si l'un des délais intermédiaires n'est pas respecté. » ; cf. HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2^e éd., Berne 1945 (BK-BECKER), art. 107 CO N 21 ; cf. ZR 1913, 102 ss, 103 : « Das Gesetz spricht in Art. 122 einfach von Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung, und dem kann im gegebenen Fall auch damit Genüge geschehen, dass der Schuldner aufgefordert wird, bis zu einem gewissen Zeitpunkte spätestens mit der Erfüllung zu beginnen. » ; cf. l'opinion différente du BGH, VII ZR 84/05, 23.2.2006, N 20, in : NJW 2006, 2254 : « Diesen Anforderungen genügt die Erklärung des Bekl.

sera le cas dans le procès de l'édification d'un bâtiment ou lors d'une vente à exécution successive avec retard, c'est-à-dire qu'un grand volume de prestations reste encore à fournir¹⁶.

Malgré des similarités entre le délai *pour commencer l'exécution* et le délai *pour s'exprimer*, des différences existent (cf. ci-dessous II.E.) ; le délai pour s'exprimer ne sert qu'à provoquer la situation envisagée à l'art. 108 ch. 1 CO.

C. Délai trop court

Existe-t-il une incombance de protester si le délai est trop court ? La fixation du délai est une *incombaunce¹⁷ du créancier* et la protestation contre le délai trop court est une *incombaunce du débiteur*. Si le débiteur ne proteste pas, le délai trop court est réputé accepté¹⁸. S'il proteste,

nicht. Er hat lediglich eine Frist gesetzt, die Beseitigung der Mängel unverzüglich einzuleiten und dies durch Vorlage entsprechender Auftragserteilungen nachzuweisen. Der Besteller kann die gesetzlichen Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch nicht beliebig verändern, indem er die Ablehnung der Nachbesserung allein davon abhängig macht, dass ihm die Beauftragung einer Firma zur Mängelbeseitigung angezeigt wird. »

¹⁶ Cf. OGer ZH, II. Zivilkammer, 10.2.1981, c. 5a, in : ZR 1981, 212 ss, 218, mais le tribunal y propose un délai pour s'expliquer.

¹⁷ D'après CR CO I-THÉVENOZ (n. 9), art. 107 N 11.

¹⁸ Cf. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5^e éd., Zurich 2011, N 667 ; cf. PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10^e éd., Zurich 2014, N 2736 ; cf. BK-WEBER (n. 5), art. 107 CO N 78 : « Überwiegend wird ohnehin davon ausgegangen, dass ein Schuldner, der einer objektiv als zu kurz erscheinenden Frist nicht widerspricht (Verwahrung beim Gläubiger bzw. Ersuchen um Neuansetzung einer angemessenen Frist), diese Frist als angemessen gegen sich gelten lassen muss (BGE 116 II 436 ff, 440 f = Pra 1991 Nr. 41 S. 205 f [dazu HANS MERZ, ZBV 1992 211]; BGE 105 II 34 ; 46 II 251 ; VON TUHR/ESCHER 150 ; BECKER N 25 ; OSER/SCHÖNENBERGER N 15 ; ENGEL, Traité, 729 ; SCHWENZER N 66.17 ; zurückhaltender BUCHER, OR AT, 369 Ann. 157). Diese Deutung ist v.a. im Geschäftsverkehr gerechtfertigt, wenn auch mit der Einschränkung, dass ein Widerspruch nur zu erfolgen hat, sofern dem Schuldner angesichts der gegebenen Umstände ein solcher Widerspruch gemäss Treu und Glauben zumutbar ist. » ; cf. OTTO HEINRICH WENDT, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, Tübingen 1902, 1 ss, 193 : « Darin wird aber auch liegen, dass wer zu der Fristbestimmung schweigt und seine Interessen nicht sofort geltend macht, hintendrin nicht berechtigt sein kann, sich den Folgen der Unterlassung der Erklärung zu entziehen. Denn so wird sicherlich nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entscheiden sein. » et 193 s. : « [...] denn die unangemessene Kürze der Frist kann doch nicht dazu führen, das Verlangen nach einer Erklärung ganz zu unterdrücken, und es wäre doch gewiss strictum jus, wenn der zur Erklärung Aufgeforderte nun sagen dürfte : weil die Frist zu kurz ist, brauch ich mich überhaupt nicht zu erklären (resp. das zu thun, was innerhalb der Frist gethan werden sollte). » ; cf. TF, 4A_647/2015,

il faut en plus s'exécuter dans le délai convenable. Selon la doctrine minoritaire, il suffit d'exécuter la prestation dans un délai adéquat sans incombance de protestation¹⁹.

11.8.2016, c. 5.2.3 ; cf. TF, 4A_232/2014, 30.3.2015, c. 12.2.2 ; cf. TF, 4A_603/2009, 9.6.2010, c. 2.3 ; cf. TF, 4A_306/2008, 9.9.2008, c. 4.2 : « Selon la jurisprudence, l'interpellation peut déjà contenir la fixation du délai de grâce exigé par l'art. 107 al. 1 CO (ATF 103 II 102 consid. 1a p. 105). Par ailleurs, si le délai imparti est objectivement trop court, le juge n'en déduira pas nécessairement que le créancier ne dispose pas des droits accordés par l'art. 107 al. 2 CO. Dans ce cas, il appartient en effet au débiteur de protester et de demander une prolongation à son cocontractant, faute de quoi il est censé accepter le délai fixé (ATF 116 II 436 consid. 2a p. 440 et l'arrêt cité). » ; cf. TF, 4C.216/2000, 11.12.2000, c. 4a ; cf. TF, 4C.1/2000, 27.3.2000, c. 3b : « N'ayant pas réagi à ce courrier, la défenderesse est censée avoir accepté le délai fixé au 15 mai 1997 [...]. » ; cf. ATF 116 II 436 c. 2a : « Lorsque le délai imparti est objectivement trop court, le débiteur n'a pas le droit de l'ignorer purement et simplement. Il doit protester et demander une prolongation à son cocontractant. S'il s'en abstient, il est censé agréer le délai fixé [...]. En outre, la conversion d'un délai trop court en un délai convenable n'a de sens que si le débiteur s'exécute dans le délai jugé convenable ou, en tout cas, s'il offre sérieusement de le faire dans un laps de temps pouvant être considéré comme convenable [...]. » ; cf. ATF 105 II 28 c. 3b : « Auch wenn einzuräumen ist, dass der Beklagten nicht mehr viel Zeit zur Verfügung stand, um die 10 Millionen Dollar gegebenenfalls selber aufzutreiben, sind umgekehrt keine Umstände ersichtlich, dass ihr das nicht möglich gewesen wäre, wenn sie der BCI nicht doch eine etwas längere Frist gesetzt hätte. Aus diesen Gegebenheiten ergibt sich, dass die angesetzte Frist an sich zu kurz bemessen war. Allein, das heisst nicht, dass die BCI sie schlechthin nicht zu beachten hatte. Nach Rechtsprechung und Lehre hat sich der Schuldner, dem eine zu kurze Frist angesetzt wird, hiergegen beim Vertragsgegner zu verwahren und ihn um eine Verlängerung der Frist anzugehen ; tut er das nicht, so ist anzunehmen, er sei mit der ihm gesetzten Frist einverstanden [...]. Unbehelflich ist es, wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang auf den einen gegenteiligen Standpunkt einnehmenden BGE 32 II 726 verweist, setzt sich doch dieses Urteil mit dem älteren BGE 15, 868 nicht auseinander und ist es zudem durch die spätere Rechtsprechung überholt. » ; ATF 15, 862 c. 4 : « Wenn der Kläger die ihm gesetzte Frist zu kurz fand, so war es seine Sache, dagegen Einwendungen zu erheben und Verlängerung derselben zu verlangen ; er hat dies nicht gethan, vielmehr die Fristansetzung ohne weiteres hingenommen und kann daher nicht nachträglich wegen zu knapper Bemessung der Frist sich beschweren. »

¹⁹ Cf. COMMENT (n. 5), 68 : « Qu'en est-il de l'assignation d'un délai trop court ? La jurisprudence zurichoise l'a longtemps méconnue et ignorée. Mais l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence admet – avec raison – que si le délai fixé est trop court, le débiteur n'est pas dispensé de s'exécuter. Il doit le faire dans un délai qui paraît convenable ou immédiatement protester contre la fixation du délai trop court, mais ne pas attendre les bras croisés jusqu'au moment où le créancier lui fixera un délai convenable. » ; cf. BUCHER, (n. 9), S. 369, N 157 ; ATF 91 II 344 c. 3b : « Eine zu kurze Nachfrist ist nämlich nach Lehre und Rechtsprechung nicht völlig unwirksam ; sie ist in eine angemessene Frist umzudeuten, innerhalb welcher der Schuldner noch mit befreiender Wirkung erfüllen kann (BECKER, 2. A., N. 23, und OSER/SCHÖNENBERGER, N. 15 zu Art. 107 OR ; BGE 29 II 251). Von praktischer Bedeutung

Quelle est la solution correcte ? Il s'agit de définir quelle partie doit porter le risque d'un délai trop court. Si le délai trop court se prolonge automatiquement, *le débiteur et le créancier* courront un grand risque : le créancier ne sait pas avec certitude à quel moment il peut choisir la possibilité favorable de l'art. 107 al. 2 CO. En même temps, le débiteur ne sait pas avec certitude si son exécution hors du délai fixé interviendra à temps. Les deux parties souffrent donc d'un grave inconvenient. La sécurité juridique et la prise en considération de la finalité du délai – c'est-à-dire la conciliation du principe *pacta sunt servanda* et du droit du créancier de renoncer à la prestation et de résilier le contrat²⁰ – requièrent donc une réaction de la part du débiteur, faute de quoi le délai trop court sera réputé accepté. Pour que la situation soit claire, il faut que le débiteur proteste, réclame une prolongation ou bien définisse un délai convenable et s'exécute dans celui-ci²¹.

L'incombance de protestation est justifiée par la demeure du débiteur et le fait qu'un délai trop long ne se raccourcit pas automatiquement²². Le fondement de l'acceptation du délai trop court, c'est l'application de l'art. 6 CO par analogie. La situation est surtout similaire à celle de la lettre de confirmation. Selon le principe de la confiance et le principe de la bonne foi, le débiteur n'est tenu de réa-

ist das Erfordernis der Angemessenheit der Nachfrist somit bloss in jenen Fällen, in denen der Schuldner innert einer angemessenen Nachfrist noch erfüllt hat (BECKER a.a.O. ; ZBJV 41 S. 215). » ; cf. la jurisprudence constante, mais différente en Allemagne, BGH, V ZR 134/84, 21.6.1985, c. II.1.a, in : NJW 1985, 2640 : « Von seinem Standpunkt aus hätte das BerGer. berücksichtigen müssen, dass durch eine zu knapp bemessene Nachfrist in der Regel eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird (st. Rspr. ; [...]). Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Gläubiger die Nachfrist nur zum Schein gesetzt oder zu erkennen gegeben hat, dass er die Leistung keinesfalls annehmen werde, selbst wenn sie innerhalb einer angemessenen Frist erbracht werden sollte [...]. Einen solchen Ausnahmetatbestand hat das BerGer. nicht festgestellt. »

²⁰ Cf. ELENA DUBOVITSKAYA, Fristsetzung im Schuldrecht : Neue Obliegenheit für den säumigen Schuldner ?, JZ 2012, 328 ss, 329 : « Damit erfülle die Nachfrist eine < Doppelfunktion > : Sie diene einerseits dem Interesse des Gläubigers an der Lösung von einem nichterfüllten oder schlecht erfüllten Vertrag, andererseits dem Interesse des Schuldners an der Vertragsaufrechterhaltung. Durch die Fristsetzung werde ein fairer Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen erreicht. » ; cf. CANARIS (n. 6), 10 s.

²¹ ATF 116 II 436 c. 2a ; cf. ATF 105 II 28 c. 3b ; cf. ATF 46 II 248 c. 3 ; cf. ATF 15, 862 c. 4.

²² Cf. BK-WEBER (n. 5), art. 107 CO N 77 : « Ist die angesetzte Nachfrist – objektiv betrachtet – zu lang, muss sich der Gläubiger darauf befreien lassen (unabhängig davon, ob er die Nachfrist aus spekulativen Gründen oder unbewusst zu lang angesetzt hat ; a.A. BECKER N 24) ; der Schutz des darauf vertraulenden Schuldners gebietet, dass der Gläubiger erst nach Ablauf der angesetzten Nachfrist auf die Realerfüllung verzichten kann (VON TUHR/ESCHER 150 ; BECKER N 24 ; BUCHER, OR AT, 368 ; OR-WIEGAND N 10). »

gir que si le délai fixé est en partie raisonnable ou sérieux, c'est-à-dire si le créancier pouvait réellement s'attendre à une exécution dans le délai fixé²³. On arrive au même résultat en déclarant la fixation d'un délai clairement trop court comme abusif²⁴. À l'inverse, le créancier n'est pas tenu de fixer un délai dans le cas où il ressort que cette mesure sera sans effet (art. 108 ch. 1 CO).

D. Interpellation de s'exécuter « immédiatement »

Les interpellations de s'exécuter « *immédiatement* » ou dans un « *délai adéquat* », sont-elles suffisantes ? Dans

²³ TF, 4A_647/2015, 11.8.2016, c. 5.2.3 : « Zur angemessenen Frist im Sinne von Art. 83 Abs. 2 OR, Art. 107 Abs. 1 OR und Art. 259g Abs. 1 OR äusserte sich das Bundesgericht dahingehend, dass sich der Schuldner, dem eine zu kurze Frist gesetzt wird, hiergegen zu verwahren und eine längere Frist zu verlangen hat; sonst ist anzunehmen, er sei mit der ihm gesetzten Frist einverstanden (BGE 116 II 436 E. 2a S. 440 ; 105 II 28 E. 3b S. 34 ; Urteil 4A_565/2009 vom 21. Januar 2010 E. 4.2 mit der Präzisierung, dies gelte nicht, wenn für den Mieter von vornherein erkennbar war, dass die von ihm gesetzte Frist unzureichend ist.) » ; TF, 4A_565/2009, 21.1.2010, c. 4.2 : « Si le bailleur estime le délai trop court pour remédier aux défauts, il lui incombe alors de l'indiquer au locataire et d'entreprendre les travaux dans un délai considéré comme raisonnable [...]. La consignation est cependant exclue lorsqu'il devait être reconnaissable pour le locataire que le délai imparti au bailleur était inapproprié pour remédier aux défauts [...] » ; dans TF, 4A_232/2014, 30.3.2015, c. 12.2.2, le TF a laissé cette question indéciise ; cf. TF, 4A_231/2010, 10.8.2010, c. 2.4.1 : « Une autre exception a été admise, entre commerçants en relation d'affaires, lorsque l'un d'eux déclare confirmer un accord intervenu verbalement et que l'autre, destinataire de la communication, garde le silence ; dans certains arrêts, on parle d'un renversement du fardeau de la preuve et dans d'autres d'un effet constitutif du silence ; dans tous les cas, la jurisprudence insiste sur l'analyse des circonstances concrètes en application du principe de la bonne foi [...] » ; cf. TF, 4C.16/2000, 24.1.2001, c. 3b.bb : « Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann einem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben jedenfalls im kaufmännischen Verkehr rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung zukommen. Diese ergibt sich aus dem Vertrauensgrundsatz, welcher eine Bindung des Empfängers zur Folge haben kann, wenn er schweigt, obwohl er an sich allen Anlass hätte, dem Schreiben zu widersprechen. Unabhängig von der dogmatischen Begründung für die bindende Wirkung des unwidersprochenen Bestätigungsschreibens [...] ist unbestritten, dass der Absender dann nicht von einer vertraglichen Bindung ausgehen darf, wenn sein Schreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf [...] » ; cf. BK-WEBER (n. 5), art. 107 CO N 78 : « Diese Deutung ist v.a. im Geschäftsverkehr gerechtfertigt, wenn auch mit der Einschränkung, dass ein Widerspruch nur zu erfolgen hat, sofern dem Schuldner angesichts der gegebenen Umstände ein solcher Widerspruch gemäss Treu und Glauben zumutbar ist. » ; cf. WOLFGANG ERNST, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 7^e éd., Munich 2016, § 323 BGB N 80.

²⁴ Cf. TF, 4A_232/2014, 30.3.2015, c. 12.2.3.

ces sommations, il n'y a pas de délai en tant que tel – en vérité, cette sommation correspond à une interpellation normale au sens de l'art. 102 CO. En Allemagne, la jurisprudence et la doctrine considèrent que c'est suffisant, car la durée est suffisamment déterminable ou limitée²⁵, mais les allemands connaissent également la prolongation automatique d'un délai trop court²⁶. Ce parallélisme est justifié²⁷, mais la version suisse du parallélisme avec l'incombance de protester est la meilleure. Les parties se trouvent face à une incertitude similaire à celle d'un délai trop court, mais la fiction automatique d'un délai adéquat *sans incombance de protestation* augmente l'incertitude. Dans cette situation, aucune partie, pas même le créancier, ne connaît la durée du délai²⁸. Le silence ne peut pas non plus clarifier la situation – on ne connaît pas la durée du délai tacitement « accepté ». Voilà pourquoi l'interpellation de s'exécuter *immédiatement* ou *dans un délai adéquat* ne sont pas considérés comme délai de grâce²⁹.

²⁵ Cf. CHRISTIAN GRÜNEBERG, in : Otto Palandt (éd.), Bürgerliches Gesetzbuch, 76^e éd., Munich 2017 (Palandt-GRÜNEBERG), § 281 BGB N 9, et BGH, VIII ZR 254/08, 12.8.2009, N 10 s., in : NJW 2009, 3153 ; BGH, VIII ZR 176/14, 18.3.2015, N 11 ss, in : NJW 2015, 2564 (« Entweder wird das Pferd ausgetauscht oder wir gehen rechtlich gegen Euch vor. » ; selon le BGH, cette phrase équivaut à un délai de grâce) ; BGH, VIII ZR 49/15, 13.7.2016, N 25, in : NJW 2016, 3654 ; contra : STAUDINGER-KAISER (n 9), N 26 : « Entgegen dem BGH genügt es hingegen nicht, dass der Gläubiger den Schuldner auffordert, « sofort », « unverzüglich » oder « umgehend » zu leisten : Damit wird dem Schuldner überhaupt kein, auch kein begrenzter Zeitraum zur Leistung oder Nacherfüllung eingeräumt, sondern wird das Nachfristertfordernis im Ergebnis ganz aufgegeben und die Grenze zur Mahnung nach § 286 Abs 1 verwischt. »

²⁶ Cf. BGH, VIII ZR 254/08, 12.8.2009, N 11, in : NJW 2009, 3153.

²⁷ Cf. DUBOVITSKAYA (n. 20), JZ 2012, 329 : « Eine solche konkrete Angabe sei auch im Hinblick auf den Zweck der Fristsetzung – dem Schuldner vor Augen zu führen, dass er eine beschränkte Zeit für die Nachholung des Versäumten habe – nicht erforderlich. Dieser Zweck werde bereits durch Formulierungen wie « angemessene Frist », « unverzüglich » oder « umgehend » erreicht. Die dabei entstehende Ungewissheit schade nicht, da sie auch bei Angabe einer bestimmten, aber zu kurzen Frist bestehe : Eine zu kurze Frist setze nach ständiger Rechtsprechung, die auch nach der Schuldrechtsreform gelten sollte, eine angemessene Frist in Gang. » ; cf. CLEMENS HÖPFNER, Anforderungen an die Fristsetzung – Bestimmtheitsgebot und Angemessenheit der Frist, NJW 2016, 3633 ss, 3636.

²⁸ Cf. RAPHAEL KOCH, Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein ? Was bleibt noch vom Fristsetzungserfordernis ?, NJW 2010, 1636 ss, 1638 : « Durch den Verzicht auf die Angabe eines konkreten Zeitpunkts würde keineswegs Rechtsicherheit gewährt. Vielmehr besteht sodann für beide Parteien Unsicherheit. » ; HÖPFNER (n. 27), NJW 2016, 3636.

²⁹ Cf. BK-WEBER (n. 5), art. 107 CO N 63 : « Der Hinweis in der Leistungsaufforderung, der Schuldner sei für den Schaden aus der Verzögerung verantwortlich (BGE 26 II 125) oder dem Schuldner stehe eine angemessene Nachfrist zur Verfügung, ist nicht ausreichend (VON TUHR/ESCHER 149 ; BECKER N 21 ; BUCHER,

Si l'autre partie proteste et définit un délai, c'est celui-ci qui compte.

On peut mieux comprendre la jurisprudence allemande en analysant les exigences de la directive européenne no 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Selon cette directive, « *le consommateur peut exiger une réduction adéquate du prix ou la résolution du contrat : [...] si le vendeur n'a pas mis en œuvre le mode de dédommagement dans un délai raisonnable* » (art. 3 n° 5). La directive elle-même donc dispense le consommateur de fixer un délai : le délai court automatiquement³⁰.

E. Délai pour s'exprimer

Le délai convenable sera très court s'il s'agit seulement pour le débiteur de s'exprimer quant à sa disposition à s'exécuter. Le Tribunal fédéral l'a accepté dans le sens

OR AT, 368), weil es damit an der Bestimmtheit der letztmöglichen Leistungserbringung fehlt (vgl. auch Art. 102 N 66 ff zur Mahnung). Vielmehr ist das Ende der angesetzten Nachfrist durch einen Termin oder eine Frist bzw. einen Zeitraum, innert welcher(m) die Leistung zu erbringen ist, festzulegen (OR-WIEGAND N 7; GUHL/MERZ/KOLLER 236; GAUCH/SCHLUEP/REY N 2181 f). Wird die Bestimmung der Angemessenheit der Frist dem Schuldner überlassen, hat der Gläubiger sofort zu widersprechen, wenn er mit dem Vorschlag des Schuldners nicht einverstanden ist (vgl. auch ZR 1947 Nr. 122). » ; cf. VON TUHR/ESCHER (n. 9), 149 ; cf. BK-BECKER (n. 15), art. 107 CO N 23 : « Das Gesetz will offenbar nicht, dass der Schuldner das Risiko der genau zutreffenden Bemessung der Nachfrist tragen soll (daher ist auch die Aufforderung, binnen « angemessener Frist » zu erfüllen, ungenügend). » ; COMMENT (n. 5), 66 : « Ce délai doit être bien déterminé, c'est-à-dire comporter un nombre de jours précis. Le créancier ne saurait se contenter d'expressions vagues, telles que : « Je vous impartis un délai convenable » ; « je vous fixe un délai d'environ six semaines ». » ; SCHENKER (n. 3), N 456, 458.

³⁰ STEPHAN LORENZ, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG, 7^e éd., Munich 2016, avant § 474 BGB N 21a : « Im Wege richtlinienkonformer Auslegung der Regelung ist damit anzunehmen, dass der Verbraucher, der den Unternehmer zwar zur Nacherfüllung aufgefordert hat, ihm aber keine Frist gesetzt hat, ohne erneute Fristsetzung vom Kaufvertrag zurücktreten bzw. den Kaufpreis nach § 441 Abs. 1 mindern kann, wenn die Nacherfüllung nicht innerhalb angemessener Frist erfolgt. Spielraum für diese Auslegung bietet die Ausnahmeregelung des § 323 Abs. 2 Nr. 3 : Ist trotz eines Nacherfüllungsverlangens des Verbrauchers die Nacherfüllung innerhalb einer (vom Verbraucher nicht gesetzten) Frist nicht erfolgt, ist eine nunmehrige Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 entbehrlich, weil es dem Verbraucher in dieser Situation nicht zumutbar ist, erneut eine Frist zu setzen. Damit wird im Ergebnis weder ein Nacherfüllungsverlangen seitens des Verbrauchers noch der Ablauf einer angemessenen Frist, sondern lediglich die Fristsetzung durch den Verbraucher entbehrlich. »

d'une *mesure moins contraignante*³¹. Ce concept est douteux. La doctrine n'accepte un délai pour s'exprimer que dans les contrats de durée avec un grand volume des prestations à fournir³². À mon avis, il s'agit plutôt d'une

³¹ Cf. TF, 4C.433/2005, 20.4.2006, c. 2.2.2 : « Einerseits haben die Beklagten der Klägerin mit Schreiben vom 25. Januar 2001 eine Frist bis zum 29. Januar 2001 angesetzt, um sich zur umstrittenen Hinterfüllung und Entwässerung zu äussern. Damit wurde zwar nicht eine Frist zur Mängelbehebung, sondern – im Sinne einer mildernden Massnahme – eine Frist zur Erklärung der Leistungsbereitschaft angesetzt. Wenn sich die Klägerin innert Frist nicht bereit erklärt, ein mängelfreies und vertragskonformes Werk abzuliefern, darf ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie auch nicht zur – an sich geschuldeten – Mängelbehebung innert angemessener Frist bereit gewesen wäre. » ; cf. THOMAS SIEGENTHALER, in : Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli (éds), Präjudizienbuch OR, 9^e éd., Zurich 2016, art. 366 CO N 2 : « Im Sinne einer mildernden Massnahme kann es auch genügen, den Unternehmer aufzufordern, innert einer Frist eine Erklärung der Leistungsbereitschaft abzugeben 4C.433/2005 [...]. »

³² BK-WEBER (n. 5), art. 107 CO N 65 : « Klar muss überdies sein, auf welche Leistung (bei mehreren Leistungspflichten) sich die Nachfristansetzung bezieht (vgl. auch Art. 102 N 69 ff), welcher Leistungsteil gegebenenfalls betroffen ist (z.B. Vornahme des Abrufs : SJZ 1940/41 249 ; VON TUHR/ESCHER 48 Anm. 40 m. Verw.), in welcher Währung zu bezahlen ist (EGV SZ 1976 57 f) und welche Modalitäten bei der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind (Bundesgericht, SemJud 1964 72). Hingegen kann mit der Fristansetzung nicht die inhaltliche Abgabe einer Erklärung der Leistungsbereitschaft oder die Stellungnahme zu Meinungsverschiedenheiten verlangt werden (ZBJV 1966 105 ; BECKER N 18), außer in Sonderfällen bei Dauerschuldverhältnissen, wenn z.B. in einem Sukzessivlieferungsvertrag bereits grosse Rückstände eingetreten sind und die künftige Staffelung der Leistung zur Diskussion steht (ZR 1981 Nr. 89 S. 218). Schliesslich verlangt das Gesetz die Angemessenheit der Nachfrist [...]. » ; cf. OGer ZH, II. Zivilkammer, 10.2.1981, c. 5a, in : ZR 1981, 212 ss, 2018 : « Wird ein Sukzessivlieferungsvertrag von erheblichem Ausmass jahrelang nicht erfüllt, ohne dass der Gläubiger ernsthafte Schritte unternimmt, um seine Erfüllung zu erzwingen, so wird die Lieferungsrestanz sehr gross. Der Gläubiger, der diesen Zustand mit seinem Zögern mitverursacht hat, kann nicht einfach die Abnahme des ganzen restanzlichen Quantums innert einer relativ kurzen Frist verlangen. Das würde nicht nur gegen eine vernünftige und korrekte Auslegung von Art. 107 OR, sondern auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, der auch für solche Fristansetzungen gilt. Anderseits geht es nicht an, dem Lieferanten sowohl die Ansetzung einer Frist zu verweigern – weil die Restanz gar nicht auf einmal abgenommen werden kann – und ihm anderseits auch die Möglichkeit zu nehmen, die Frist in einer Form anzusetzen, welche den Gegebenheiten Rechnung trägt. Die Lösung besteht darin, dass dem säumigen Bezüger eine Frist angesetzt wird, um seine grundsätzliche Bereitschaft zu erklären, die Restanz abzunehmen und Vorschläge für einen gestaffelten Bezug zu machen. In diesem Sinne ist die Zuschrift der Klägerin vom 17. Januar 1978 nicht zu beanstanden. Sie trägt den objektiven Verhältnissen Rechnung. Der Beklagte hat sie in seiner Zuschrift vom 27. Januar 1978 zurückgewiesen und sich nur ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bereit erklärt, ein lächerlich kleines, bloss symbolisches Bierquantum (fünf Harasse) abzunehmen. Er hat damit der Fristansetzung der Klägerin, die nicht zu beanstanden ist, nicht

version hybride entre les art. 107 et 108 CO³³. Si le débiteur refuse de promettre une prompte exécution, il sera inutile de fixer un délai de grâce (art. 108 ch. 2 CO). S'il promet une prompte exécution, le créancier devra quand même fixer un délai de grâce pour l'exécution. Le délai pour s'exprimer vise donc plutôt à éviter la fixation d'un *vrai délai* pour s'exécuter³⁴. Quelques auteurs n'acceptent

Rechnung getragen. Die Klägerin hat daher – nachdem der Beklagte die Vorbereitungshandlung für die Erfüllung seiner Schuldspflicht verweigert hat – zu Recht Verzicht auf die Lieferung erklärt, und zwar rechtzeitig (31. Januar 1978). Die Erklärung galt sinngemäß auch für die zukünftigen Leistungen. Die Klägerin ist daher berechtigt, Schadenersatz geltend zu machen. » ; BK-BECKER (n. 15), art. 107 CO N 18, n'accepte pas le délai pour s'exprimer, en se fondant sur HGer ZH, 6.4.1906, c. 2, in : ZR 1906, 326.

³³ Cf. BGH, VII ZR 456–98, 16.9.1999, c. 2.a (3), in : NJW 1999, 3710 : « Dem Erfordernis einer klaren und unmissverständlichen Aufforderung zur Mängelbeseitigung innerhalb der gesetzten Frist mit einer Ablehnungsandrohung genügt die Aufforderung des Bekl. nicht, der Kl. möge sich zu seiner Erfüllungsbereitschaft äußern. Die Reaktion des Unternehmers auf ein derartiges Aufforderungsschreiben ist [...] unerheblich, sie ist lediglich von Bedeutung für die Frage, ob der Unternehmer die Nachbesserung i.S. des § 634 Absatz II BGB nachhaltig verweigert hat [...]. » ; cf. OLG Düsseldorf, 1 U 38/06, 19.6.2006, in : NJW 2006, 2858 : « Dem Anwalts schreiben [...] ist lediglich zu entnehmen, dass die Bekl. innerhalb der gesetzten Frist [...] ihre Bereitschaft erklären sollte, das Fahrzeug kostenlos nachzubessern. Ob dies als Fristsetzung i.S. des § 323 Absatz I BGB genügt, kann dahingestellt bleiben. Denn durch die ernsthafte und endgültige Verweigerung einer kostenlosen Nachbesserung in Verbindung mit dem nachhaltigen Leugnen eines Sachmangels ist eine Fristsetzung jedenfalls entbehrlich geworden (§ 323 Absatz II Nr. 1 BGB). » ; cf. ALFRED KOLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Berne 1998 (BK-KOLLER), art. 366 CO N 256 : « Gegenstand der Nachfrist bildet die verzögerte Leistung, beim Totalverzug also der Arbeitsbeginn, beim Teilverzug die Leistung, auf welche sich der Rückstand bezieht, z.B. die Dachdeckerarbeiten, welche bis zum 31. März (Zwischentermin) hätten fertig sein sollen, aber nicht fertig sind [...]. Es genügt somit nicht, wenn dem Unternehmer Frist gesetzt wird, um sich über seine Leistungsbereitschaft zu erklären. Ausnahmsweise mag allerdings der Unternehmer verpflichtet sein, einer solchen Aufforderung nachzukommen [...]. Kommt er ihr pflichtwidrig nicht nach, so kann der Besteller auf die Leistung ohne weitere Nachfristansetzung verzichten (vgl. BGH, NJW-RR 1988, S. 716 E. 4 r.Sp.). Der Leistungsverzicht leitet sich diesfalls jedoch nicht aus Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 1 OR, sondern i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR, ab. Es ist also nicht zu argumentieren, der Leistungsverzicht sei zufolge fruchtlosen Ablaufs einer Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR zulässig gewesen, sondern, der Verzicht sei ohne Nachfristansetzung zulässig gewesen, weil eine solche sich angesichts des Verhaltens des Unternehmers erübriggt habe. »

³⁴ Cf. Palandt-GRÜNEBERG (n. 25), § 323 BGB N 13 ; cf. OLG Düsseldorf, 22 U 120–98, 15.1.1999, c. I, in : NJW-RR 1999, 1396 : « Soweit die Kl. den Bekl. darüber hinaus aufgefordert hat, bis zum 31.10.1996 mitzuteilen, dass er die nach dem Gutachten erforderlichen Arbeiten fachgerecht erbringen werde, genügte dies den Anforderungen [...] nicht. Die mit einer Fristsetzung verbun-

pas la conséquence mentionnée ci-dessus parce qu'il n'y a aucun devoir de répondre³⁵. Ils y voient un conflit avec l'art. 6 CO si l'absence de réponse mène à la perte des droits du débiteur. On leur répondra que ni la fixation d'un délai, ni l'absence d'une réponse ne sont des manifestations de volonté. Même si l'art. 6 CO s'applique³⁶, la métaphore de la *mesure moins contraignante* démontre bien que le délai pour s'exprimer est une générosité, car la réponse sera plus facile à donner que l'exécution entière. En plus, le débiteur promettant une prompte exécution bénéficiera quand même d'un *vrai délai de grâce* subséquent pour s'exécuter. Il serait donc légitime de parler d'une nature *spéciale et favorable* de l'affaire au sens de l'art. 6 CO.

dene Aufforderung an den Schuldner, seine Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären, ist dem Verlangen, die Mängel innerhalb der Frist zu beseitigen, nicht gleichzusetzen [...]. » ; cf. BGH, VII ZR 456–98, 16.9.1999, c. 2.a) (3), in : NJW 1999, 3710 (cf. n 33).

³⁵ Cf. BK-KOLLER (n. 33), art. 366 CO N 257 : « Im allgemeinen ist der Unternehmer ebensowenig wie ein anderer Schuldner gehalten, einer Aufforderung zur Erklärung über seine Leistungsbereitschaft Folge zu leisten. Schweigen auf eine solche Aufforderung lässt sich normalerweise nicht als Erfüllungsverweigerung werten. Aus besonderen Umständen kann sich jedoch anderes ergeben (vgl. Art. 6 OR). Gegebenenfalls braucht nur eine ganz kurze Frist gesetzt zu werden. »

³⁶ Selon la majorité de la doctrine, la fixation du délai de grâce n'est pas une manifestation de volonté, cf. BK-KOLLER (n. 33), art. 366 CO N 263 : « Jedenfalls für das schweizerische Recht ist die letztere Ansicht [rechtsgeschäftsähnliche Handlung] zutreffend. Denn die Nachfristansetzung ist ja nur eine qualifizierte Mahnung, die Mahnung aber ist kein Rechtsgeschäft, sondern nur geschäftsähnlich [...]. » ; cf. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1–183 OR, 2^e éd., Zurich 1929 (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER), art. 107 CO N 10 : « Die Fristsetzung ist, wie die Mahnung [...], als deren Verstärkung sie erscheint, eine rechtsgeschäftliche, empfangsbedürftige Erklärung, deren Wirkung von Gesetzes wegen, abgesehen vom Inhalt der Erklärung, eintritt » et N 11 : « Als Gestaltungsgeschäft, das einseitig auf fremde Rechte einwirkt, muss die Fristsetzung unzweideutig zum Ausdruck kommen, erträgt also eine Bedingung so wenig wie die Mahnung [...]. » ; cf. Staudinger-KAISER (n. 9), N 24 : « Die Nachfrist beinhaltet damit ein Leistungsverlangen des Gläubigers, hingegen genügt es nicht, den Schuldner aufzufordern, er möge sich darüber erklären, ob er leistungsbereit sei. Die Fristsetzung ist keine Willenserklärung, sondern eine geschäftsähnliche Handlung, weil die Rechtsfolgen (Minderungsrecht, Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch) nicht kraft Gläubigerwillens, sondern kraft Gesetzes entstehen. Die Regelungen über Willenserklärungen sind aber entsprechend anzuwenden. » ; cf. VON TUHR/ESCHER (n. 9), 149 : « Sie ist eine rechtsgeschäftsähnliche, empfangsbedürftige Willensäußerung, deren Wirkungen sich nicht aus dem Willen des Gläubigers, sondern aus der Vorschrift des Gesetzes ergeben. »

III. Conclusion tabellaire

Jours	Prestation	Référence	Remarques
6	20 tonnes de fil de fer 9-10 mm.	ATF 43 II 170 c. 2	Plusieurs sommations, débiteur en demeure depuis longtemps.
2	Mettre en service deux machines à sous et déclarer sa disposition à s'exécuter dans le futur.	ATF 103 II 102 c. 1b	La fixation du délai de grâce est possible même avant que la demeure ait commencé.
8	600 kilos de laine.	ATF 29 II 260 c. 5	Fixation du délai antérieur au début de la demeure (délai de 14 jours, dont huit après le début de la demeure).
7	50 tonnes de plomb.	ATF 51 II 323 c. 1	Le délai est écoulé même si le débiteur s'exécute peu de temps après.
10	Intérêt du prêt.	ATF 100 II 345 c. 3	
11	Prix de vente.	ATF 86 II 221 c. 11c	Deuxième fixation du délai de grâce.
15	Prix de vente.	ATF 86 II 221 c. 11c	Première fixation du délai de grâce.
15	Délai de 15 jours pour rattraper le retard de 15 jours dans la réalisation d'une étape de la construction d'une maison.	TF, 4A_232/2014, c. 12.2.2	Sans protestation, le délai est réputé accepté, même s'il est trop court.
20	Réparation d'un bateau avec 40 défauts.	TF, 4A_290/2010, c. 1	
4	Acomptes n° 9 et 10 (les deux excédant 2.5 Mio. CHF, prix total 26.5 Mio. CHF).	TF, 4A_606/2012, c. 9.2	
4	Délai pour s'exprimer quant à sa disposition à s'exécuter.	TF, 4C.433/2005, c. 2.2.2	Délai pour s'exprimer sur sa disponibilité comme mesure moins dure.
3	Délai pour commencer la livraison et le montage des jalousettes.	ZR 1913, 102 ss, 103	Le délai de grâce commence vendredi et s'écoule lundi ; c'est suffisant, parce qu'il s'agit d'un délai pour commencer l'exécution.
10	Sommation de recommencer à fréquenter l'école dès que le semestre commence.	Kantonsgericht St. Gallen, BZ.2006.72, 3.4.2007, c. 5a	Le tribunal estime que la validité du délai est douteuse.
55	Réparation d'un appartement qui produit trop de poussière.	TF, 4A_647/2015, c. 5.2.1	
8	Délai trop court pour recouvrer le retard de paiements de six ans.	ATF 48 II 452 c. 3	
1	Délai trop court pour fournir des sûretés avec une valeur de 10 Mio. CHF.	ATF 105 II 28 c. 3b	Délai de 4.5h ; c'est suffisant, car le débiteur l'a accepté tacitement.
20	Délai trop court pour transformer une écurie en salle de restaurant et une grange en salles.	ATF 32 II 720 c. 2	Bien que le débiteur n'ait pas protesté, le délai trop court n'est pas censé accepté. Le TF et le tribunal de première instance pensent qu'un délai de 20 mois serait convenable. Le TF rejette cette décision dans son arrêt ATF 105 II 28 c. 3b.
10	Délai trop court pour une entreprise menée par des collaborateurs auxiliaires pour un paiement pendant les vacances scolaires.	Obergericht Basel-Landschaft, 5.6.1984, in : SJZ 1985, 341	

Jours	Prestation	Référence	Remarques
30	Délai trop court pour remédier à tous les défauts (« pas moins de quinze défauts ») d'un appartement.	TF, 4A_565/2009, c. 4.3	
1	Trouver un jet pour un transport du matériel médical humanitaire (19.4.2011, 19h01, jusqu'au 20.4.2011, 09h00).	TF, 4A_201/2016, c. 5.2	Délai de 14h (« [...] ce délai de quelques heures doit exceptionnellement être considéré comme convenable dans un pareil contexte de tension extrême. »).
	Le délai de grâce ne doit pas couvrir le temps d'exécution entier.	ATF 43 II 170 c. 2 ; 29 II 260 c. 5	
	La fixation du délai de grâce est possible avant que la demeure commence.	ATF 103 II 102 c. 1a ; 29 II 260 c. 5	
	Sans protestation, le délai trop court est réputé accepté.	TF, 4A_232/2014, c. 12.2.2 ; 4A_306/2008, c. 4.2 ; 4C.216/2000, c. 4a ; 4C.1/2000, c. 3b ; ATF 116 II 436 c. 2a ; ATF 105 II 28 c. 3b ; ATF 46 II 248 c. 3 ; ATF 15, 862 c. 4	
	Si le délai est évidemment trop court, il ne faut pas protester.	TF, 4A_647/2015, c. 5.2.3, et 4A_565/2009, c. 4.2	Dans TF, 4A_232/2014, c. 12.2.2, le TF laisse la question ouverte de savoir s'il faut une protestation même dans les cas d'un délai évidemment trop court.
	Le délai de grâce est inutile s'il y a un retard impossible à recouvrer.	ATF 97 II 58 c. 6	
	Délai pour s'exprimer quant à sa disposition à s'exécuter.	ZR 1981, 212 ss, 218 s. ; TF, 4C.433/2005, c. 2.2.2	
	Délai pour commencer l'exécution.	ZR 1981, 212 ss, 218 ; ZR 1913, 102 ss, 103	
	Délais spéciaux.	art. 257d al. 1 CO (>10/30 jours) ; art. 282 al. 1 CO (>60 jours) ; art. 20 al. 1 LCA (14 jours)	