



Master en génie civil

# DROIT DE LA CONSTRUCTION POUR INGÉNIEURS



**Auteurs :**

Olivier Müller, chargé de cours EPFL

Domenico Di Cicco, Docteur en droit, avocat

Jean-Baptiste Zufferey, Professeur à l'Université de Fribourg

Septembre 2024

## Tables de matières

0 Préambule .....	11
1 Principes juridiques de base et sources du droit de la construction.....	12
1.1    Le droit.....	12
1.1.1    Quelques définitions.....	12
1.1.2    Les notions du droit.....	13
1.1.3    Les types de droit.....	14
1.1.4    Les grands principes .....	16
1.1.5    Les critères de distinction entre droit privé et le droit public.....	20
1.2    La hiérarchie des normes.....	20
1.2.1    Le droit international.....	21
1.2.2    La Constitution fédérale .....	21
1.2.3    Les lois fédérales .....	21
1.2.4    Les ordonnances fédérales .....	21
1.2.5    Actes des cantons et communes.....	22
1.3    Les sources du droit privé de la construction .....	22
1.3.1    Le Code des obligations.....	22
1.3.2    Le code civil .....	23
1.3.3    Les autres sources.....	23
1.4    Le contrat.....	25
1.4.1    Les sources du droit des contrats.....	25
1.4.2    La formation du contrat .....	25
1.4.3    Le contenu d'un contrat.....	28
1.4.4    L'interprétation des contrats .....	28
1.5    Les conditions générales .....	29
1.6    Les normes privées.....	29
1.6.1    Les normes SIA en général.....	29
1.6.2    La norme SIA 118 .....	30
1.6.3    Les conditions générales pour la construction (CGC).....	31
1.6.4    Le règlement SIA 103.....	32
1.6.5    Les contrats KBOB.....	32
1.6.6    Les autres normes .....	33
1.7    La méthodologie juridique .....	33
1.7.1    L'application du droit : le syllogisme judiciaire .....	33
1.7.2    Les méthodes d'interprétation d'une règle de droit.....	35
1.7.3    La prévisibilité du droit.....	38

1.8 L'organisation de l'Etat.....	40
1.8.1 La séparation des pouvoirs .....	40
1.8.2 Les tribunaux de la Confédération.....	41
1.8.3 Les arrêts du Tribunal fédéral.....	42
1.8.4 Le jugement .....	43
2 L'organisation et les phases d'un projet .....	45
2.1 Le type de construction.....	45
2.2 Les parties .....	45
2.2.1 Le maître de l'ouvrage.....	45
2.2.2 L'ingénieur .....	46
2.2.3 La direction des travaux .....	47
2.2.4 L'expert .....	49
2.2.5 Les autres mandataires.....	50
2.2.6 Le BAMO .....	51
2.2.7 L'entreprise de construction .....	51
2.2.8 Le sous-traitant .....	51
2.2.9 Le consortium .....	52
2.2.10 L'assurance .....	53
2.2.11 L'investisseur .....	53
2.2.12 Les juristes .....	53
2.2.13 Correspondances linguistiques .....	54
2.3 Les types d'organisation de projet.....	55
2.3.1 Le maître d'ouvrage seul.....	55
2.3.2 Maître de l'ouvrage + entrepreneur .....	55
2.3.3 L'organisation classique MO-ING-ENT.....	55
2.3.4 L'organisation en entreprise générale .....	57
2.3.5 L'organisation en entreprise totale.....	58
2.4 Les phases d'un projet.....	59
2.4.1 Phases selon règlement SIA 103 .....	60
2.4.2 Bases et objectifs de chaque phase .....	61
3 Le contrat d'ingénieur : forme, obligations, prestations et rémunération.....	64
3.1 La forme .....	64
3.2 Contrat de mandat ou contrat d'entreprise ? .....	64
3.2.1 Les origines romaines .....	64
3.2.2 Les bases légales .....	65
3.3 Les obligations de l'ingénieur.....	66
3.3.1 Obligations découlant du contrat d'entreprise.....	66
3.3.2 Obligation découlant du contrat de mandat .....	67

3.4	Obligation du maître de l'ouvrage .....	71
3.5	Les prestations de l'ingénieur.....	71
3.6	La rémunération.....	73
3.6.1	Types de rémunérations.....	73
3.6.2	Principes de rémunération selon le règlement SIA 103 .....	74
3.6.3	Rémunération d'après le temps employé effectif selon SIA 103 .....	74
3.6.4	Ancienne rémunération d'après le coût de l'ouvrage selon SIA 103 (2014) .....	76
3.7	Expiration du délai de grâce.....	80
3.7.1	Autres méthodes de calcul d'honoraires.....	81
4.	Droit public de la construction : aperçu des principes généraux.....	82
4.1.	Remarques introductives .....	82
4.2.	Le droit de l'aménagement du territoire.....	84
4.2.1.	La répartition des compétences Confédération/cantons .....	84
4.2.2.	Les buts et principes .....	85
4.2.3.	Les instruments d'aménagement .....	87
4.3.	Le droit de l'environnement.....	92
4.3.1.	Les sources législatives .....	92
4.3.2.	Les principes généraux .....	92
4.3.3.	La protection contre le bruit.....	94
4.4.	La protection de la nature et du paysage .....	96
4.5.	Le régime juridique de la forêt.....	97
5.	Les marchés publics (I) : cadre juridique, principes généraux, procédures d'adjudication.....	99
5.1.	Les enjeux économiques .....	99
5.2.	Le cadre juridique .....	99
5.2.1.	Le panorama général des sources .....	99
5.2.2.	Le droit international.....	100
5.2.3.	Le cadre juridique des marchés fédéraux .....	102
5.2.4.	Le cadre juridique des marchés cantonaux et communaux .....	103
5.3.	Le champ d'application du droit des marchés publics .....	105
5.3.1.	Le champ d'application personnel (ou subjectif) .....	105
5.3.2.	Le champ d'application matériel (ou objectif).....	105
5.4.	Les procédures d'adjudication.....	106
5.4.1.	Les principes fondamentaux.....	106
5.4.2.	Le déroulement standard d'une procédure d'adjudication .....	107
5.4.3.	Les types de procédures .....	108
6.	Les marchés publics (II) : appel d'offres, critères, protection juridique.....	110
6.1.	L'appel d'offres .....	110

6.1.1.	Généralités.....	110
6.1.2.	Le contenu minimal .....	111
6.1.3.	Les dispositions administratives .....	111
6.1.4.	Les « critères » d'évaluation.....	112
6.2.	La soumission, l'ouverture des offres, l'adjudication et la conclusion du contrat....	115
6.3.	Les concours .....	116
6.3.1.	Les généralités.....	116
6.3.2.	Les sources légales et conventionnelles .....	116
6.3.3.	La notion de concours.....	116
6.3.4.	Les genres de concours.....	117
6.3.5.	Les acteurs du concours .....	117
6.3.6.	Le concours et le droit des marchés publics.....	118
6.3.7.	Le déroulement du concours.....	119
6.3.8.	Les droits des participants au terme du concours.....	119
6.3.9.	Les droits d'auteur.....	120
6.4.	Les mandats d'étude parallèles.....	120
6.4.1.	Les généralités.....	120
6.4.2.	La notion des mandats d'étude .....	120
6.4.3.	La réglementation .....	121
6.4.4.	Le genre de marchés d'étude.....	121
6.4.5.	Les acteurs des mandats d'étude.....	122
6.4.6.	Le dialogue avec les participants .....	122
6.4.7.	Les droits des participants.....	122
6.4.8.	Les critères de délimitation entre le concours et les mandats d'étude .....	123
6.5.	La protection juridique des soumissionnaires.....	123
7	Droit public de la construction : de la mise à l'enquête publique à l'autorisation de construire.....	126
7.1	L'assujettissement à l'autorisation de construire .....	126
7.2	Les constructions conformes à l'affectation de la zone.....	126
7.3	Les constructions hors de la zone à bâtrir .....	127
7.4	La procédure d'autorisation de construire .....	128
7.5	La procédure d'approbation des plans .....	129
8	Le contrat d'entreprise (I) : qualification, prestations et rémunération .....	131
8.1	La notion et les sources .....	131
8.2	L'organisation des relations contractuelles.....	131
8.2.1	Les entrepreneurs.....	131
8.2.2	L'entrepreneur intégral .....	132
8.2.3	Le sous-traitant .....	132

8.3	La distinction entre contrat d'entreprise et de mandat .....	132
8.4	La formation du contrat .....	134
8.4.1	La conclusion du contrat et sa forme .....	134
8.4.2	La mise en soumission .....	135
8.4.3	La modification du contrat .....	137
8.5	La rémunération due par le maître .....	137
8.5.1	Les sortes de prix .....	137
8.5.2	Le paiement de la rémunération .....	141
8.5.3	Le délai de prescription de la rémunération .....	142
8.5.4	La garantie de la rémunération .....	142
9	Le contrat d'entreprise (II) : exécution, responsabilité, extinction .....	143
9.1	Les obligations de l'entrepreneur .....	143
9.1.1	La réalisation de l'ouvrage .....	143
9.1.2	La livraison de l'ouvrage .....	143
9.1.3	Les devoirs d'avis .....	145
9.2	L'inexécution des obligations de l'entrepreneur .....	146
9.2.1	La demeure de l'entrepreneur .....	146
9.2.2	L'exécution par substitution .....	146
9.2.3	La responsabilité contractuelle .....	147
9.3	La garantie pour les défauts .....	147
9.3.1	Les fondements .....	147
9.3.2	Les conditions .....	148
9.3.3	Les droits de garantie .....	150
9.3.4	Les dommages-intérêts .....	153
9.4	L'extinction du contrat .....	153
9.4.1	Principe et exécution .....	153
9.4.2	La résiliation du contrat .....	153
9.4.3	L'impossibilité .....	154
10	La responsabilité civile de l'ingénieur et le rôle des assurances .....	156
10.1	Généralités .....	156
10.1.1	La notion .....	156
10.1.2	Les sources .....	156
10.2	Les fondements de la responsabilité de l'ingénieur .....	157
10.3	Les chefs de responsabilité en général (distinctions) .....	158
10.3.1	La responsabilité pour le fait personnel .....	158
10.3.2	La responsabilité pour le fait d'autrui .....	160
10.3.3	Quelques responsabilités spéciales .....	161
10.3.4	Les effets de la responsabilité .....	162

10.4	La responsabilité contractuelle (rappel) .....	163
10.5	Le cas particulier de la responsabilité pour la confiance .....	167
10.6	Synoptique des principales responsabilités .....	168
10.7	Le rôle des assurances.....	169
10.7.1	Le contrat d'assurance.....	169
10.7.2	Les obligations des parties.....	171
10.7.3	Les assurances dans le domaine immobilier.....	173
11	La responsabilité pénale de l'ingénieur.....	175
11.1	Introduction au droit pénal .....	175
11.1.1	Les sources .....	175
11.1.2	Quelques grands principes .....	176
11.2	L'infraction.....	177
11.2.1	Critères de classification des infractions pénales .....	177
11.3	Analyse de la typicité .....	180
11.3.1	Éléments objectifs.....	180
11.3.2	Éléments subjectifs.....	184
11.4	Analyse de l'illicéité .....	186
11.5	La culpabilité .....	187
11.6	Les sanctions .....	188
11.7	Les infractions potentielles de l'ingénieur civil.....	189
11.7.1	Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle.....	189
11.7.2	Crimes ou délits créant un danger collectif.....	191
11.7.3	Crimes ou délits contre l'administration de la justice .....	194
11.8	Éléments de procédure pénale.....	194
11.8.1	Obligation de dénoncer.....	194
11.8.2	Maxime de l'instruction .....	194
11.8.3	Présomption d'innocence.....	194
11.8.4	Les parties au procès.....	195
12	Les méthodes de résolution de litige (survol).....	196
12.1	Introduction.....	196
12.1.1	La solution transactionnelle.....	196
12.1.2	La solution décisionnelle .....	196
12.1.3	La solution juridictionnelle .....	197
12.2	La voie judiciaire.....	197
12.3	Les modes alternatifs de règlement de litige.....	201
12.3.1	La négociation .....	201
12.3.2	La médiation .....	202
12.3.3	La conciliation .....	202

12.3.4	Les « Disputes Boards » .....	203
12.3.5	L'arbitrage.....	206
12.4	Les outils .....	209
12.4.1	La preuve à futur.....	209
12.4.2	L'expertise-arbitrage .....	209
12.5	Synthèse des méthodes de résolution de litiges .....	209

## Bibliographie

Dans sa première mouture, ce polycopié a été entièrement revu en septembre 2018. Il reprend parfois dans certains chapitres des brefs passages de l'ancien polycopié :

MOUVET Laurent / SCHLEISS Anton / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Organisation, économie et droit de la construction*, polycopié à l'attention des étudiants de génie civil, cycle Master, septembre 2013.

Les autres principales références bibliographiques sont présentées ci-après :

### Chapitre 1 – Principes juridiques et sources du droit de la construction

Chapitre rédigé par Olivier Müller, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

CARRON Blaise, *La « SIA 118 » pour les non-initiés*, JDC 2007.

DOMER Bernd / RINQUET Lionel / JOSS François, *Le management du projet de construction – Un vadémécum d'économie, de droit et de planification pour le bâtiment*, Lausanne 2017.

DUBEY Jacques / ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle 2014.

LE ROY Yves / SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, 3<sup>e</sup> éd., Genève Zürich Bâle, 2011.

MANAÏ Dominique, *Clés pour une introduction au droit*, Berne 2012.

ROMY Isabelle, *Introduction au droit public de la construction*, polycopié à l'attention des étudiants des départements de Génie civil et de Génie rural, édition octobre 1998.

STEINHAUER Paul-Henri, *Le titre préliminaire du Code civil*, Bâle 2008.

TERCIER Pierre, *Introduction au droit privé de la construction*, Fribourg 1994.

ZUFFEREY Jean-Baptiste / ROMY Isabelle, *La construction et son environnement en droit public*, 2<sup>ème</sup> éd., Genève Zürich Bâle, 2017.

### Chapitre 2 – L'organisation et les phases d'un projet

Chapitre rédigé par Olivier Müller, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

DOMER Bernd / RINQUET Lionel / JOSS François, *Le management du projet de construction – Un vadémécum d'économie, de droit et de planification pour le bâtiment*, Lausanne 2017.

GAUCH Peter, *Le contrat d'entreprise*, Zurich 1999.

ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'expert : clé des procédures dans l'immobilier et la construction : des catégories générales aux problèmes concrets* / Jean-Baptiste Zufferey. – In: Le perizie giudiziarie. – Lugano : CFPG 2008, p. 17 ss.

### Chapitre 3 – Le contrat d'ingénieur : forme, prestations et rémunération

Chapitre rédigé par Olivier Müller, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

TERCIER Pierre, *Introduction au droit privé de la construction*, Fribourg 1994.

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5<sup>e</sup> édition, Genève Zürich Bâle, 2012.

BÖHNY Rudolf, *Nouveau mode de calcul des honoraires en pour cent du coût de l'ouvrage*, ingénieurs et architectes suisses, 1984.

### Chapitres 4 – Droit public de la construction : aperçu des principes généraux

Chapitre rédigé par Domenico Di Cicco, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Autorisation de construire, protection juridique et procédure*, Zurich 2020.

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts*, Zurich 2019.

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Construire hors zone à bâtir*, Zurich 2017.

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation*, Zurich 2016.

ESPACE SUISSE, *Introduction à l'aménagement du territoire*, Viège 2021.

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édit.), *Constitution fédérale – Commentaire romand*, Bâle 2021.

## Chapitres 5 et 6 – Les marchés publics

Ces chapitres ont été initialement rédigés en septembre 2018 par le Prof. Jean-Baptiste Zufferey, Professeur à l'Université de Fribourg et Professeur invité à l'EPFL, avec la collaboration de Maxime Flattet et Vincent Bays, MLaw, assistants à la chaire de droit de l'EPFL. En septembre 2021, ces chapitres ont été mis à jour pour tenir compte du nouveau droit des marchés publics, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021.

Ces chapitres ont été remaniés par Domenico Di Cicco en septembre 2023.

## Chapitre 7 – Droit public de la construction : de la mise à l'enquête publique à l'autorisation de construire

Chapitre rédigé par Domenico Di Cicco, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Autorisation de construire, protection juridique et procédure*, Zurich 2020.

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts*, Zurich 2019.

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Construire hors zone à bâtir*, Zurich 2017.

AEMISEGGER Heinz et al. (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation*, Zurich 2016.

ESPACE SUISSE, *Introduction à l'aménagement du territoire*, Viège 2021.

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édit.), *Constitution fédérale – Commentaire romand*, Bâle 2021.

## Chapitres 8 et 9 – Le contrat d'entreprise

Ces chapitres ont été initialement rédigés en septembre 2018 par le Prof. Jean-Baptiste Zufferey, Professeur à l'Université de Fribourg et Professeur invité à l'EPFL, avec la collaboration de Maxime Flattet et Vincent Bays, MLaw, assistants à la chaire de droit de l'EPFL.

Certaines sections ont été remaniées par Domenico Di Cicco en septembre 2023.

## Chapitre 10 – La responsabilité civile de l'ingénieur et le rôle des assurances

Chapitre rédigé par Olivier Müller, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017

TERCIER Pierre, *Introduction au droit privé de la construction*, Fribourg 1994.

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5<sup>e</sup> édition, Genève Zürich Bâle 2012.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2011.

## **Chapitre 11 – La responsabilité pénale de l'ingénieur**

Chapitre rédigé par Olivier Müller, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

QUELOZ Nicolas / MEYLAN Patricia, *Droit pénal suisse, Partie générale - Guide pour les études*, Zurich 2013.

PERRIN Bertrand / DE PREUX Pascal, *À qui incombe le respect des règles de l'art de construire dont la violation est réprimée par l'art. 229 CP ?*, DC 2017 p. 165.

CORBOZ Bernard, *L'homicide par négligence*, SJ 1994, p. 169 ss.

## **Chapitre 12 - Les méthodes de résolution de litige**

Chapitre rédigé par Olivier Müller, en s'appuyant notamment sur la bibliographie suivante :

MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012.

BROWN-BERSET Dominique / SCHERER Matthias, *Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction*, JDC<sup>1</sup> 2007, p. 268 ss.

TERCIER Pierre, *La résolution des disputes en droit de la construction*, JDC 2009, p. 221 ss.

GLASL Friedrich, *Konfliktmanagement*, 8e éd., Berne 2004.

CARRON Blaise / REETZ Peter, *Le nouveau CPC en droit de la construction – quelques forages juridiques*, JDC 2011.

Photo page de titre : <https://fr.pngtree.com>

---

<sup>1</sup> Journées suisses du Droit de la Construction

## 0 Préambule

Il y a des branches dans le cursus des études de génie civil à l'EPFL qui peuvent à priori sembler comme étant de seconde priorité et ce n'est que plus tard, dans sa vie professionnelle, que l'étudiant réalisera l'importance de la matière enseignée lorsqu'il sera confronté aux aspects enseignés lors de ces branches.

Le cours du droit de la construction pour ingénieurs s'inscrit dans cette logique et est, à mon humble avis, probablement l'un des cours les plus importants pour les futurs ingénieurs en génie civil, en particulier lorsque ceux-ci se destinent à débuter une activité professionnelle en bureau d'études, en entreprise de construction ou chez un maître de l'ouvrage.

Un ouvrage de génie civil est bien entendu et avant tout le fruit d'un travail de réflexion, de conception et de dimensionnement que l'ingénieur civil doit être amené à réaliser. Un ouvrage est aussi généralement le produit d'une volonté politique, dans laquelle non seulement les aspects sociaux, environnementaux et économiques mais également les considérations légales jouent un rôle essentiel.

Lorsqu'un ingénieur se voit confier les études et la réalisation d'un ouvrage, il lui est évidemment en premier lieu demandé d'exercer ses compétences et connaissances techniques et de se prévaloir de son expérience, mais il doit également faire preuve de capacités dans la gestion de projet, dans la coordination, parfois même dans la négociation. L'ingénieur doit également prendre en considération tous les aspects juridiques d'un projet. La maîtrise de ces aspects n'est pas seulement importante pour l'ingénieur civil, mais absolument impérative, nul n'étant censé ignorer la loi...

Ce cours a pour objectif de permettre au futur ingénieur d'appréhender au mieux les aspects juridiques importants auxquels il devra inévitablement faire face dans sa future profession.

Les principes juridiques de base et les sources du droit de la construction seront exposés (Chapitre 1), de manière à s'immerger dans le monde juridique. Ensuite, l'organisation et les phases d'un projet seront présentées (Chapitre 2). Puis, les divers aspects relatifs au contrat d'ingénieur et à sa rémunération seront proposés (Chapitres 3). Les divers aspects relatifs aux procédures de passation de marchés conformément à la législation sur les marchés publics seront discutés en détails (Chapitres 4 à 6). Ensuite, l'exécution de l'ouvrage par l'entrepreneur sera analysée en détail (Chapitres 7 à 9). L'importance et les conditions des responsabilités civile (Chapitre 10) et pénale (Chapitre 11) de l'ingénieur sont détaillées. Finalement, l'étendue des méthodes de résolution de litige, qu'elles soient judiciaires ou alternatives, sera décrite (Chapitre 12).

Il est ajouté que le cours est principalement basé sur le droit suisse et sur l'organisation de projet en Suisse. Cependant, les principes généraux exposés dans ce cours, quel que soit le domaine du droit concerné, restent largement valables en Europe et dans le monde.

Olivier Müller

# 1 Principes juridiques de base et sources du droit de la construction

## 1.1 Le droit

### 1.1.1 Quelques définitions

Il ne semble ni opportun ni pertinent de vouloir à tout prix donner une définition de ce qu'est le droit, tant cette notion, pour autant qu'elle soit réellement définissable, paraît vaste et peut intégrer toutes sortes de valeurs très différentes les unes des autres.

Les définitions proposées ci-après ont avant tout pour objectif de nourrir l'esprit de l'étudiant de master en génie civil, en espérant qu'à la fin de ce cours, il ait pu trouver les points d'appui pour mieux se forger sa propre définition de ce qu'est le droit, en particulier le droit de la construction.

« *ius est ars boni et aequi – le droit est l'art de ce qui est bon et équitable* »

Celsus, juriste romain, 2<sup>ème</sup> siècle ap. J.-C.

« *Le droit en effet, est un régulateur de la vie sociale dans lequel entrent des éléments multiples et divers. A certains égards, c'est une création de l'esprit qui reflète un idéal ; à d'autres, il résulte des circonstances de fait. A certains égards, il exprime la volonté des gouvernants ; à d'autres, il traduit les mœurs du peuple. Pour le saisir et l'appliquer, il faut recourir tout en même temps à la grammaire, à la logique, à l'histoire, à la morale, à la psychologie, à l'économie politique, à la sociologie. Aussi, selon l'angle sous lequel on l'examine, se présente-t-il sous des aspects très différents. Suivant que l'on place l'accent sur l'un ou l'autre de ses éléments, sa physionomie change complètement. Il n'est dès lors pas étonnant qu'envisagé par des esprits très divers, dont chacun suit sa propre pente, le droit se dérobe à une conception unanime et que le désaccord règne lorsqu'il s'agit d'en faire une définition* »<sup>2</sup>.

Claude Du Pasquier, citation de 1937  
Professeur à l'université de Neuchâtel

Membre de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique  
Juge au tribunal cantonal neuchâtelois

« *Le droit est un moyen permettant d'atteindre un certain idéal de justice et de maintenir l'ordre et la paix sociale. Il se définit comme un ensemble de règles générales et abstraites régissant les relations sociales, qui ont été édictées par un organe officiel de l'Etat et qui ont, en principe, force contraignante* »<sup>3</sup>.

Isabelle Romy, citation de 1988  
Professeure associée à l'Université de Fribourg et à l'EPFL

« *Le droit n'est pas l'apanage des juristes, tant s'en faut. Formant le tissu qui habille toute relation sociale, il s'adresse à tout le monde. Cela vaut a fortiori pour le droit de la construction qui est d'abord utilisé par les professionnels ; ceux-ci ont droit autant que les juristes à une présentation de la matière qui les concerne* »<sup>4</sup>.

Pierre Tercier, citation de 1993  
Professeur invité à l'EPFL  
Professeur émérite de l'Université de Fribourg  
Président honoraire de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (Paris)

<sup>2</sup> DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel Paris, 1937.

<sup>3</sup> ROMY, pp. 1 et 2.

<sup>4</sup> TERCIER, avant-propos, première phrase.

« *Le droit n'est ni loi, ni doctrine, ni politique, ni science. Il est avant tout un acte juridictionnel et judiciaire. Le droit est ce que les juges en font.* »<sup>5</sup>

Rainer Maria Kiesow, citation de 2014

Directeur d'études à l'Ecole des hautes études en sciences sociales (EHESS) à Paris  
Professeur de théorie du droit à unidistance.ch, Suisse

### 1.1.2 Les notions du droit

Les définitions du § 1.1 sont très variées et plusieurs courants de pensées s'entrechoquent lorsqu'il s'agit de définir le droit. Le droit oscille entre la théorie dite « normativisme » qui stipule que la norme est le fondement de l'application du droit et à l'opposé, la théorie dite « réaliste », pour laquelle la norme n'est que le produit de l'exercice de la fonction judiciaire.

Une notion supplémentaire de ce qu'est le droit est encore proposée ici :

« *La règle de droit dicte un devoir. Elle indique ce qui devrait être (sollen), et non ce qui est (sein)* ».

Cette notion ne cherche pas à définir le droit, mais reconnaît une sorte de prééminence d'un droit « naturel » non écrit, un droit « au-dessus des lois », concept jouissant d'une large reconnaissance dans le monde juridique.

S'il semble donc irréaliste de tenter de définir le droit, les notions juridiques ci-après sont quant à elles clairement établies.

#### Droit objectif et subjectif

Le **droit objectif** est l'ensemble des **règles générales et abstraites** indiquant ce qui doit être fait dans un cas donné, édictées ou reconnues par un organe officiel, régissant l'organisation et le déroulement des relations sociales et dont le respect est en principe assuré par des moyens de contraintes organisés par l'Etat.

Le qualificatif général indique que la règle s'applique à un nombre indéterminé de personnes et le qualificatif abstrait indique que la règle s'applique dans un nombre indéterminé de situations concrètes.

Le **droit subjectif** est la faculté appartenant à un sujet de droit, c'est-à-dire une personne physique ou morale (société, entité), de faire ou d'exiger quelque chose (sujet actif) ou d'être obligé à quelque chose (sujet passif) en vertu d'une règle de droit objectif. En somme, les droits subjectifs sont la mise en œuvre du droit objectif.

#### Droit absolu et relatif

Un droit est dit **absolu** lorsqu'il est opposable à tous, tandis qu'un droit est dit est **relatif** lorsqu'il est opposable à un nombre limité de sujets de droit.

#### **Exemple - Construction d'une villa – droits absolu et relatif**

Lors de la construction d'une villa par un particulier, il est obligatoire pour celui-ci d'obtenir un permis de construire. C'est un droit absolu de l'Etat envers les particuliers que de soumettre la construction d'une villa à l'obtention d'un permis de construire valable.

Le particulier va devoir se tourner vers un architecte afin d'élaborer les plans de la mise à l'enquête précédant l'obtention du permis de construire. Le contrat qui lie le particulier et l'architecte instaure un droit relatif de l'un envers l'autre et ne concerne aucunement l'Etat.

#### Droit impératif et droit dispositif

Une règle **impérative** doit être respectée par tous, y compris l'Etat, tandis qu'une règle **dispositive** est édictée dans les mêmes conditions qu'une règle impérative, par exemple dans

<sup>5</sup> KIESOW Rainer Maria, *L'unité du droit*, Paris 2014.

une loi, mais ne s'applique que si les parties n'en ont pas décidé autrement ou s'ils ont décidé de s'y soumettre.

### Droit matériel et droit formel

Le droit matériel consiste en règles de droit sur lesquelles reposent les droits subjectifs. Le droit formel, également appelé droit procédural, est l'ensemble des règles de droit qui indiquent les formes à suivre pour réaliser un droit.

La **loi au sens formel** est l'acte d'autorité édicté par le ou les organes investis du pouvoir législatif selon la procédure ordinaire prévue à cet effet. Le critère de la loi au sens formel ne s'attache donc pas au contenu de la loi, mais à sa procédure d'élaboration, d'où l'emploi de l'adjectif formel.

La **loi au sens matériel**, c'est-à-dire au sens large ou droit écrit, est tout acte international, constitutionnel, législatif ou réglementaire, énonçant une règle ou un ensemble de règles de droit. La définition de la loi au sens matériel a donc pour critère le contenu de la loi : elle contient une ou des normes générales et abstraites.

### **1.1.3 Les types de droit**

#### Le droit privé

Le droit privé est l'ensemble des règles – presque exclusivement fédérales – qui régissent les relations entre les particuliers dans le but de promouvoir l'intérêt de ceux-ci. Ces relations sont qualifiées « d'horizontales », puisque les parties sont, en général, sur un pied d'égalité. Une grande partie du droit privé est réglée dans le Code civil (CC) et le Code des obligations (CO). Il existe également des dispositions complémentaires et d'exécution<sup>6</sup> ainsi que d'autres lois intégrées au droit privé, telles que la législation sur la propriété intellectuelle et la protection des données, la loi sur la concurrence déloyale (LCD) ou encore la loi sur les cartels (LCart). Le droit privé comprend notamment les domaines suivants : droit des personnes, droit du mariage, droit de la filiation, droit des successions, droit des biens (droits « réels »), droit des obligations, droit des sociétés.

Le droit privé de la construction désigne l'ensemble des règles (de droit privé) qui régissent principalement les relations contractuelles nouées entre des sujets de droit qui participent à une construction immobilière, au sens le plus large des termes. Les domaines suivants sont particulièrement importants en droit de la construction : le droit des contrats et le droit de la responsabilité civile.

#### Le droit public

Le droit public est l'ensemble des normes, fédérales, cantonales et communales, qui organisent d'une part la structure de l'Etat et règlent son fonctionnement et, d'autre part, régissent les rapports entre l'Etat et l'individu dans le but de réglementer et de sauvegarder l'intérêt de la collectivité. En droit public, les relations entre l'Etat et l'individu sont qualifiées de verticales, puisque les deux parties ne se trouvent pas sur un pied d'égalité ; l'individu est en effet subordonné à l'État.

A la différence du droit privé, entièrement soumis au droit fédéral, le droit public de la construction est régi par le droit fédéral et les droits cantonaux.

Le droit public de la construction concerne principalement l'aménagement du territoire, la police des constructions, la protection de l'environnement dans son sens le plus large ainsi que le droit des marchés publics, sans oublier l'ordonnance sur les travaux de constructions.

---

<sup>6</sup> Il s'agit de lois spécifiques, par exemple la loi sur le droit foncier rural ou la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger ou de la loi sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer. A ces lois s'ajoutent toutes les ordonnances d'exécution du Code civil et du Code des obligations, par exemple l'OEC, Oaiad, OPEE, ODFR, OAIE, OLG, ORF, OMO, OTEMO, OBLF, OCBD, OLCC, ORC, Olico, etc.

Le tableau 1 ci-dessous montre les principales lois (en grisé) et ordonnances (en blanc) de droit public en rapport direct avec le droit de la construction. L'avant-dernière colonne « l'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, ... » se réfère aux normes hiérarchiquement supérieures desquelles découle la loi ou l'ordonnance indiquée.

Date	loi ou ordonnance		L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse...	Entrée en vigueur
01.07.1966	Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage	LPN	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu art. 78, al. 4, de la Constitution</li> <li>• vu le Protocole de Nagoya du 29 octobre 2010 sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Nagoya)</li> <li>• vu le message du Conseil fédéral du 12 novembre 1965</li> </ul>	01.01.1967
22.06.1979	Loi sur l'aménagement du territoire	LAT	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 22quater et 34 sexies de la constitution,</li> <li>• vu le message du Conseil fédéral du 27 février 1978</li> </ul>	01.01.1980
07.10.1983	Loi sur la protection de l'environnement	LPE	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu l'art. 74, al. 1, de la Constitution</li> <li>• vu le message du Conseil fédéral du 31 octobre 1979,</li> </ul>	01.01.1985
24.01.1991	Loi fédérale sur la protection des eaux	LEaux	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu l'art. 76, al. 2 et 3, de la Constitution</li> <li>• vu le message du Conseil fédéral du 29 avril 1987</li> </ul>	01.11.1992
04.10.1991	Loi fédérale sur les forêts	LFo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 74, al. 1, 77, al. 2 et 3, 78, al. 4, et 95, al. 1, de la Constitution</li> <li>• vu le message du Conseil fédéral du 29 juin 1988</li> </ul>	01.01.1993
16.12.1994	Loi sur les marchés publics	LMP	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu l'art. 173, al. 2, de la Constitution</li> <li>• en exécution de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (GPA)</li> <li>• vu le message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994</li> </ul>	01.01.1996
16.12.1985	Ordonnance sur la protection de l'air	OPair	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 12, 13, 16 et 39 de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi)</li> </ul>	01.03.1986
15.12.1986	Ordonnance sur la protection contre le bruit	OPB	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 5, 12, al. 2, 13, al. 1, 16, al. 2, 19, 21, al. 2, 23, 39, al. 1, 40 et 45 de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi)</li> </ul>	01.04.1987
01.07.1988	Ordonnance sur les atteintes portées aux sols	OSol	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 29, 33, al. 2, 35, al. 1, et 39, al. 1, de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)</li> </ul>	01.10.1988
19.10.1988	Ordonnance relative à l'étude de l'impact sur l'environnement	OEIE	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 10a, al. 3, 10c, et 39, al. 1, de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)</li> <li>• en exécution de la Convention du 25 février 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention d'Espoo) et de la Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus)</li> </ul>	01.01.1989
27.02.1991	Ordonnance sur la protection contre les accidents majeurs	OPAM	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 10, al. 4, et 39, al. 1, de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)</li> <li>• vu l'art. 47, al. 1, de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux)</li> </ul>	01.04.1991
11.12.1995	Ordonnance sur les marchés publics	OMP	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 2, al. 2 et 3, 7, al. 2, 10, al. 3, 13, al. 2 et 3, 17, 19, al. 2, 20, al. 2, 24, al. 1, et 35, al. 1, de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics1 (loi)</li> <li>• vu l'art. 39, al. 2, de la loi du 4 octobre 1991 sur les EPF, • vu les art. 3 et 8 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics3 (accord bilatéral)</li> <li>• vu l'art. 3 de l'annexe R à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (convention AELE),</li> </ul>	01.01.1996
29.06.2005	Ordonnance sur les travaux de construction	OTConst	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu l'art. 83, al. 1, de la loi du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)</li> <li>• vu l'art. 40 de la loi du 13 mars 1964 sur le travail (LTr)</li> </ul>	01.01.2006
04.12.2015	Ordonnance sur la limitation et l'élimination des déchets	OLED	<ul style="list-style-type: none"> <li>• vu les art. 29, 30a, let. c, 30b, al. 1, 30c, al. 3, 30d, let. a, 30h, al. 1, 39, al. 1, 45 et 46, al. 2, de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)</li> <li>• vu les art. 9, al. 2, let. c, 16, let. c, et 47, al. 1, de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux</li> </ul>	01.01.2016

Tableau 1: principales lois et ordonnances en droit public de la construction

En droit public et dans le cadre de ce cours, seules les normes relatives aux marchés publics seront étudiées en détail (Chapitres 4 à 6). Ces normes sont en effet cruciales pour l'ingénieur, étant donné qu'avant de travailler sur un projet, il faut le gagner !

L'ordonnance sur les travaux de construction (OTConst) sera également survolée dans le cadre du chapitre concernant le droit pénal (Chapitre 11).

Les autres normes de droit public, généralement liées à des problématiques environnementales, ne font pas l'objet de ce cours. D'une part, la matière est tellement vaste qu'elle devrait faire partie d'un cours séparé et d'autre part les sujets traités par ces normes sont plus généralement du ressort de l'ingénieur en environnement. Par conséquent, dans la suite de ce polycopié, mis à part les Chapitres 4 à 6 (Marchés publics et appel d'offres) et le

Chapitre 10 (la responsabilité pénale), le texte se rapportera généralement au droit privé de la construction.

### Droit pénal

Le droit pénal est un mode de contrôle social parmi d'autres (la morale, la religion, l'éducation), qui dicte la manière de se comporter dans une société donnée ou un groupe donné. Les systèmes de contrôle social sont constitués de composantes positives (encouragement, récompense) et négatives (contrainte, punition). Il a un caractère subsidiaire et ne doit intervenir qu'en dernier recours (fonction d'ultima ratio du droit pénal). Il est caractérisé surtout par son formalisme, sa nature publique (ou étatique) et contraignante. Sa portée est plus réactive et sanctionnatrice (allant jusqu'à la peine privative de liberté) que préventive.

La principale source de droit pénal est le code pénal (CP), qui traite des infractions suivantes :

- Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle
- Infractions contre le patrimoine
- Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé
- Crimes ou délits contre la liberté
- Infractions contre l'intégrité sexuelle
- Crimes ou délits contre la famille
- Crimes ou délits créant un danger collectif
- Crimes ou délits contre la santé publique
- Crimes ou délits contre les communications publiques
- Fausse monnaie, falsification des timbres officiels de valeur, des marques officielles, des poids et mesures
- Faux dans les titres
- Crimes ou délits contre la paix publique
- Génocides et crimes contre l'humanité
- Crimes de guerre
- Crimes ou délits contre l'Etat et la défense nationale
- Délits contre la volonté populaire
- Infractions contre l'autorité publique
- Crimes ou délits de nature à compromettre les relations avec l'étranger
- Crimes ou délits contre l'administration de la justice
- Infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels
- Corruption
- Contraventions à des dispositions du droit fédéral

D'autres normes pénales existent pour des sujets spécifiques, par exemple la loi sur la circulation routière (LCR) et la loi sur les stupéfiants (LStup).

### Le droit international

Le droit international est l'ensemble des règles juridiques qui régissent les relations entre les Etats ou entre les personnes privées dans un cadre international. Les normes de droit international sont composées des textes ratifiés par plusieurs Etats : accords, conventions, protocoles et traités internationaux. Il existe des normes de droit international dans le droit public, le droit privé et le droit pénal. La loi sur le droit international privé (LDIP) joue un rôle important, mais surtout procédural. L'effet du droit international sur le droit de la construction étudié dans le cadre de ce cours se limitera surtout au droit des marchés publics.

#### **1.1.4 Les grands principes**

Certains grands principes des droits privé, public et pénal sont mentionnés dans les sous-chapitres suivants. Il est précisé d'une part que cette liste ne se veut pas exhaustive et d'autre part, que les séparations entre types de droit ne sont pas forcément toujours hermétiques.

### Principes communs

Certains grands principes du droit découlent directement de la Constitution fédérale :

**Art. 5 Cst féd.**

- |   |   |
|---|---|
| Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit | <sup>1</sup> Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat.<br><sup>2</sup> L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.<br><sup>3</sup> Les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.<br><sup>4</sup> La Confédération et les cantons respectent le droit international. |
|---|---|

Parmi eux, deux principes sont à relever, puisqu'ils se retrouvent dans la plupart des domaines du droit :

**1) Le principe de la légalité**

Ce principe cardinal pour tout pays se déclarant être un Etat de droit n'est rien d'autre que le principe de la nécessité de l'existence d'une base légale. Ce principe de la légalité est ancré à l'art. 5 al. 1 Cst féd. et est l'une des conséquences de la séparation des pouvoirs. Ce principe vaut pour l'ensemble des activités de l'Etat, et donc aussi pour les tribunaux appelés à rendre des jugements. Il exprime **la primauté de la loi**.

**2) Le principe de la bonne foi**

En tant qu'organes étatiques, le législateur et les tribunaux doivent se comporter de manière à renforcer la confiance que le particulier doit pouvoir nourrir dans le système juridique en général et dans le pouvoir judiciaire en particulier. C'est le principe de la bonne foi en droit public.

Ce principe se retrouve également en droit privé à l'art. 2 CC (bonne foi objective). Il appelle toute personne engagée dans une relation sociale à se comporter de manière loyale et, en particulier, à rester fidèle à sa parole (Treu), de façon que son partenaire puisse donner foi à cette parole (Glaube). Le principe de la bonne foi est ainsi étroitement lié à la confiance qui doit pouvoir s'instaurer entre les partenaires sociaux. Cette bonne foi objective joue un rôle important en droit des contrats.

La bonne foi (subjective) est le sentiment d'agir correctement malgré l'existence d'une irrégularité juridique. Négativement et plus précisément, c'est l'absence du sentiment d'agir contrairement au droit malgré l'existence d'une irrégularité juridique. Elle résulte presque toujours de l'ignorance de cette irrégularité. Mais, dans des situations exceptionnelles, une personne qui connaît l'irrégularité juridique peut aussi être de bonne foi si elle a le sentiment d'agir de manière correcte parce qu'elle croit que l'irrégularité sera levée ou qu'elle porte sur une situation complexe un jugement inexact, mais défendable. Cette bonne foi subjective ne joue à priori pas de rôle en droit privé de la construction lorsqu'il s'agit de relation entre professionnel qualifié (entrepreneur, ingénieurs) et maître de l'ouvrage.

Les principes de droit privé

Le premier grand principe du droit privé est celui principe **de la liberté contractuelle**, qui comprend les libertés suivantes :

- I. Liberté de l'objet du contrat, à condition qu'il soit licite (art. 19 al. 1 CO)
- II. Liberté de la forme, sauf prescription spéciale de la loi (art. 11 al. 1 CO)
- III. Liberté de la personnalité physique ou morale du co-contractant
- IV. Liberté de contracter ou de ne pas contracter (sauf assurance maladie obligatoire)

En droit des contrats, la liberté contractuelle prévaut. En effet, et sous réserve de la protection de la personnalité contre les engagements excessifs (art. 27 CO), un contrat de vente d'un objet pour un montant dix fois supérieur ou dix fois inférieur au prix du marché est en principe

parfaitement valable, par exemple si Paul vend sa Porsche à Pauline pour un prix de 4.50 CHF.

Le **principe de la confiance**, qui découle directement du principe de la bonne foi et joue un rôle essentiel en droit des contrats. Il se définit comme suit :

### Le principe de la confiance

Il découle des règles de la bonne foi que le destinataire d'une manifestation de volonté peut donner à celle-ci le sens que lui attribuerait un homme raisonnable et loyal. Lorsqu'il lui incombe d'interpréter une manifestation de volonté qui n'a pas été comprise de la même manière par son auteur et son destinataire, le tribunal ne doit donc rechercher ni le sens réellement voulu par l'auteur, ni celui correspondant simplement aux mots utilisés, ni encore celui qu'a effectivement compris le destinataire, mais celui que le destinataire pouvait et devait comprendre de bonne foi.

L'**interdiction de l'abus de droit** trouve sa source à l'art. 2 al. 2 CC et permet au tribunal de tenir en échec l'application de la loi lorsque cette application est mise au service d'intérêts qui ne correspondent pas à ceux que la règle est destinée à protéger ou lorsque la loi est (devenue) profondément insatisfaisante. C'est toutefois à la condition que l'abus soit « manifeste ». Le tribunal en décidera sur la base de critères objectifs et avec une certaine retenue, de façon à ne pas substituer trop facilement son propre jugement de valeur à celui du législateur. En cas de doute, pas d'abus de droit. Le mécanisme correcteur de l'art. 2 al. 2 CC peut être utilisé dans les situations les plus diverses. Mais, conformément au principe de la concrétisation organisée des clauses générales de l'art. 2 CC, la doctrine s'est efforcée de grouper les cas d'abus de droit, de façon à mieux faire apparaître les méthodes et critères retenus par la jurisprudence. On peut ainsi regrouper les cas de mise en œuvre de l'interdiction de l'abus de droit autour des thèmes suivants :

- I. Intérêt insuffisant à l'exercice du droit
- II. Attitude contradictoire du titulaire du droit
- III. Exercice d'un droit acquis de façon abusive
- IV. Exercice d'un droit alors que les circonstances ont complètement changé
- V. Exercice d'un droit fondé sur une norme (devenue) profondément insatisfaisante

L'art 8 CC est primordial du point de vue de l'apport des preuves dans un procès. Il stipule que « chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ». C'est ce qu'on appelle « **le fardeau de la preuve** ». En droit privé, particulièrement en droit des contrats, cette règle montre l'importance de pouvoir fournir des preuves venant étayer tous les faits allégués. Il est en effet possible qu'une partie puisse être dans son droit sur le fond de l'affaire, mais si elle échoue à fournir des preuves convaincantes, alors le juge ne pourra pas retenir les faits allégués. Il existe néanmoins dans des cas spéciaux, des présomptions permettant d'alléger ou d'inverser le fardeau de la preuve, notamment lorsqu'il s'agit de prouver des faits négatifs (preuve impossible à apporter, par exemple prouver que l'on n'a pas envoyé tel ou tel document est une preuve impossible à apporter). Il s'agira alors pour le destinataire qui se prévaut de cet état de fait d'apporter la preuve qu'il a bien reçu le document pour prouver que celui-ci a bien été envoyé. S'il échoue, le juge retiendra que le document n'a pas été envoyé).

### Les principes de droit public

Le **principe de la légalité** définit le droit comme la base et la limite de l'activité de l'Etat (art. 5 Cst.). Il pose le principe de l'exigence d'une base légale et indique que l'Etat est tenu de respecter le droit.

Dans le prolongement du principe de la légalité, **le principe de l'intérêt public** pose ce qui fonde et ce qui limite la puissance publique. On peut définir un intérêt public comme un intérêt jugé digne de protection, parce qu'il touche un grand nombre d'administrés et que ceux-ci ne veulent ou ne peuvent pas le satisfaire par leurs propres moyens (par exemple la construction d'une salle de gymnastique). A relever que la protection des intérêts privés, en particulier sous la forme des droits fondamentaux revêt aussi un intérêt public (par exemple la garantie de la propriété ancrée à l'art. 26 Cst féd ou des immissions sonores excessives dans la salle de séjour d'un habitant du village à cause de l'exploitation trop bruyante d'une déchetterie).

En tant qu'il régit toute activité de l'Etat, **le principe de proportionnalité** joue un rôle de modérateur de la puissance publique, puisqu'il lui impose de ne se servir que de moyens adaptés aux circonstances, pour accomplir ses tâches légales et d'intérêt public. L'exemple type est celui d'une construction réalisée sans permis de construire. Dans certains cas, la démolition ultérieure complète de la construction peut s'avérer disproportionnée et ne sera pas entreprise, mais le propriétaire qui a agi sans permis s'expose à des sanctions pénales et une forte amende.

Il est à relever que les principes de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité sont des conditions nécessaires à la restriction des droits fondamentaux ancrés à l'art 36 Cst féd.

**Le principe de l'égalité de traitement** a pour objet d'interdire l'adoption ou l'application de droit dans deux circonstances inverses :

- Il porte obligation de faire des distinctions juridiques uniquement là où celles-ci s'imposent au regard des différences existantes entre deux ou plusieurs situations de faits à régir. En l'absence de différence, alors il faut traiter de manière égale les situations égales.
- Il porte interdiction de faire des distinctions juridiques, là où celles-ci ne se justifient pas au regard des similitudes existantes entre deux ou plusieurs situations de fait à régir.

Une décision est dite arbitraire lorsque son contenu ne dépend que de la volonté de celui qui la prend. **L'interdiction de l'arbitraire** est donc un principe empêchant qu'une décision soit insoutenable dans son résultat et qu'aucun motif objectif sérieux, pertinent ou raisonnable n'est de nature à pouvoir l'expliquer ou la justifier. Une règle de droit peut également être arbitraire lorsqu'elle ne repose sur aucun motif sérieux et objectif ou parce qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité.

En tant que principe constitutionnel destiné à régir l'activité de l'Etat, **le principe de la bonne foi**, déjà exprimé plus haut, exige de la part de tous ses organes un comportement loyal à l'égard des particuliers, c'est-à-dire un comportement exempt de contradiction et de tromperie.

### Les principes de droit pénal

Parmi les principes ayant une importance particulière en droit pénal, **le principe de la légalité** est sans conteste le plus important. En effet, en droit pénal, il est obligatoire que l'infraction détaillée et la peine assortie soient expressément mentionnées dans la loi. Le corollaire au principe de la légalité est **l'interdiction du raisonnement par analogie**. Une situation similaire, mais pas exactement comme décrite dans l'état de fait mentionné dans l'article du Code pénal, ne sera pas punissable selon cet article. Par exemple, l'infanticide (art. 116 CP) mentionne que « *La mère qui aura tué son enfant pendant l'accouchement ou alors qu'elle se trouvait encore sous l'influence de l'état puerpéral sera punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.* », ce qui implique d'une part qu'une mère qui tue son enfant 3 semaines après l'accouchement ne pourra pas être reconnue coupable d'infanticide (mais d'homicide) et qu'un père ne pourra jamais être reconnu coupable d'infanticide.

Parmi les autres principes bien connus, la **présomption d'innocence** est évidemment l'un des fondements du droit pénal. Le Chapitre 10 abordera ce type droit de manière plus détaillée.

### 1.1.5 Les critères de distinction entre droit privé et le droit public

L'importance de la distinction entre les deux pour les praticiens est essentiellement procédurale. Les deux groupes de règles ne sont pas mis en œuvre par les mêmes autorités et la procédure à suivre devant les diverses autorités n'est pas identique. En particulier les tribunaux et voies de recours sont différents. Par ailleurs, la compétence législative diffère partiellement : les cantons n'en ont aucune en droit privé.

La jurisprudence et doctrine opèrent essentiellement avec quatre critères de distinction :

#### 1) La nature de l'intérêt prépondérant en cause

Il s'agit d'identifier au service de quel type d'intérêt la règle est placée. Si celle-ci est destinée à promouvoir l'intérêt général (celui des collectivités publiques et/ ou de l'ensemble de la population), elle relève du droit public. Si, au contraire, elle sert l'intérêt de particuliers, elle se rattache au droit privé.

#### 2) Rapport de sujéction ou d'égalité

Selon ce critère, un rapport juridique relève du droit public lorsqu'une collectivité publique y participe en faisant valoir la puissance qu'elle exerce sur les particuliers (rapport de sujéction, relation de subordination de l'individu par rapport au détenteur de la puissance étatique, idée de verticalité du droit public). Si, au contraire, les personnes engagées dans un rapport juridique sont sur pied d'égalité, on est dans le domaine du droit privé (relation de coordination, idée d'horizontalité du droit privé).

#### 3) La nature de la tâche exercée par une collectivité publique

Selon ce critère, relèvent du droit public les règles qui régissent directement l'exercice par une collectivité publique d'une tâche que celle-ci doit accomplir selon la législation. Cette approche ne peut pourtant pas être décisive dans chaque cas, car à l'évidence, des collectivités publiques passent parfois par des rapports de droit privé pour accomplir leurs tâches légales (achat de biens, etc.).

#### 4) Le type de sanction prévue

Certaines formes de sanctions, comme la nullité de l'acte juridique qui ne respecte pas une règle ou le versement de dommages-intérêts, sont révélatrices de droit privé ; la violation de la règle doit alors être invoquée devant le tribunal civil, qui ne se saisit pas d'office de cette violation. Si, au contraire, une autorité administrative est chargée d'appliquer d'office la règle et sanctionne la violation par une mesure de contrainte, une peine, la révocation d'une autorisation ou une autre mesure administrative, la règle relève du droit public. Ce critère n'est pas non plus toujours concluant. D'abord, la loi n'énonce pas toujours (ne serait-ce que de manière implicite) la sanction attachée à la violation d'une règle ; c'est même bien souvent seulement après avoir qualifié la règle comme étant de droit privé ou de droit public que l'on pourra déterminer la voie de droit à utiliser pour la mettre en œuvre. Par ailleurs, le droit public connaît aussi la sanction de la nullité de l'acte (par exemple, pour une décision ou un contrat de droit administratif) ou celle du versement de dommages-intérêts (responsabilité du fonctionnaire).

Aucun des quatre critères rappelés ci-dessus ne livre à lui seul une base sûre pour distinguer le droit privé du droit public. C'est pourquoi la jurisprudence comme la doctrine considèrent que ces critères sont complémentaires.

## 1.2 La hiérarchie des normes

La Suisse, comme la plupart des Etats, reconnaît la supériorité du droit international sur le droit national. C'est pourquoi, la hiérarchie ci-après accorde la première place au droit international. En Suisse, le fédéralisme et le développement des compétences de la

Confédération ont généré une nomenclature des lois particulièrement fournie. Il existe le droit fédéral et vingt-six droits cantonaux, tant constitutionnels que législatifs.

De manière résumée, la hiérarchie des normes se présente dans l'ordre suivant :

- Droit international
- Constitution fédérale
- Lois
- Ordonnances
- Constitutions cantonales
- Lois cantonales
- Ordonnances cantonales
- Règlements communaux

### 1.2.1 Le droit international

Un acte de droit international qui contient des règles de droit est généralement nommé traité, convention ou accord.

Aujourd'hui, la Suisse, comme la plupart des Etats, opte officiellement pour la supériorité du droit international sur le droit national, ce qui est reconnu jusque dans la Constitution fédérale, à l'art. 5 al. 4. « *La Confédération et les cantons respectent le droit international.* ». Un traité est incorporé à l'ordre juridique interne dès sa ratification et l'emporte sur les autres normes, y compris la Constitution fédérale.

#### Exemple – Accord GATT/OMC sur les marchés publics

L'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics est un traité international ; il a été transposé en droit suisse par le droit fédéral (Loi fédérale et Ordonnance fédérale sur les marchés publics) et cantonal (Accord intercantonal sur les marchés publics et réglementations cantonales d'application). Cet accord est entré en vigueur en Suisse le 1er janvier 1996. Ce traité n'est donc pas « self-executing », mais « executory ». Cet accord GATT/OMC a été révisé en 2012 et est entré en vigueur le 6 avril 2014. Tous les États parties à l'accord sont tenus de mettre en œuvre les modifications de ce dernier dans leur droit national. Le processus de révision de la Loi fédérale sur les marchés publics a abouti le 21 juin 2019. La nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP), de même que son ordonnance (OMP) entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021.

### 1.2.2 La Constitution fédérale

La Constitution fédérale comprend les règles fondamentales de l'Etat. Elle est adoptée par le constituant (le peuple et les cantons) selon une procédure particulière. Toute révision de la Constitution est soumise au référendum obligatoire et doit être approuvée par la majorité du peuple et des cantons. La Constitution se trouve au sommet de la hiérarchie des sources.

### 1.2.3 Les lois fédérales

Les lois fédérales sont édictées par le parlement (les Chambres fédérales, à savoir le Conseil national et le Conseil des Etats) selon la procédure législative ordinaire. Toute loi fédérale adoptée fait l'objet d'un référendum facultatif si 50'000 citoyens le demandent. Le parlement est le pouvoir suprême ; le gouvernement n'a donc pas le pouvoir de décider ensuite s'il entend ou non promulguer une loi adoptée (comme c'est le cas en France par exemple).

### 1.2.4 Les ordonnances fédérales

Les ordonnances fédérales se distinguent des lois fédérales par le fait qu'elles ne sont pas adoptées selon la procédure législative parlementaire. En plus, elle ne constitue pas du droit autonome : l'ordonnance se fonde, en principe, sur un autre acte législatif (le plus souvent une loi fédérale) auquel elle est subordonnée. Généralement, l'ordonnance est adoptée par l'autorité investie du pouvoir exécutif (le gouvernement, à savoir le Conseil fédéral), voire quelques fois par une autorité administrative qui lui est subordonnée (un département, un office, une commission de surveillance) ou encore par le Tribunal fédéral.

#### Exemple - Aménagement du territoire

L'art. 75 al.1 Cst féd. charge la Confédération de fixer les principes applicables en matière d'aménagement du territoire. Sur cette base, les Chambres fédérales ont adopté la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT). Le sens de certaines dispositions de la loi est précisé par l'Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire édictée par le Conseil fédéral (OAT).

### 1.2.5 Actes des cantons et communes

En droit cantonal, la terminologie employée (lois, arrêtés, décrets, règlements, ordonnances) n'est pas uniforme, mais la distinction subsiste entre la législation formelle (adoptée par le Grand Conseil comme pouvoir législatif) et la législation matérielle (adoptée par le Conseil d'Etat comme pouvoir exécutif).

En droit communal, un règlement peut être aussi bien l'œuvre du pouvoir législatif (loi formelle) que du pouvoir exécutif (loi matérielle). Le droit communal présente, en outre, la particularité d'être en principe soumis à l'approbation de l'autorité cantonale. La qualification comme loi formelle ou loi matérielle est importante lorsqu'il s'agit de vérifier la validité de la base légale d'une décision administrative qui restreint la propriété (par exemple l'autorisation de construire).

## 1.3 Les sources du droit privé de la construction

### 1.3.1 Le Code des obligations

Le droit écrit se définit comme l'ensemble des règles juridiques contenues dans les textes édictés ou approuvés selon une procédure régulière, par une autorité investie du pouvoir législatif.

Dans le domaine du droit de la construction, la principale source de droit écrit est le Code des obligations (CO) du 30 mars 1911.

Le CO est divisé en deux parties :

1) **La partie générale**, qui est divisée en cinq « titres » traitant :

- De la formation des obligations (art. 1-67 CO).
- De l'effet des obligations (art. 68-113 CO).
- De l'extinction des obligations (art. 114-142 CO).
- Des modalités des obligations (art. 143-163 CO).
- De la cession des créances et de la reprise de dette (art. 164-183 CO).

Les deux premiers « Titres » sont les plus pertinents pour le droit de la construction. Ces «Titres » sont eux-mêmes divisés en chapitres. Il convient ici de mentionner les chapitres concernant la formation des obligations.

Il existe trois sources génératrices d'obligations :

- a) Le contrat (Chapitre I – art. 1 à 40f CO).
- b) L'acte illicite (Chapitre II – art. 41 à 61 CO).
- c) L'enrichissement illégitime (Chapitre III – art. 62 à 67 CO).

Ce sont particulièrement les deux premières qui sont pertinentes dans le cadre de ce cours.

2) **La partie spéciale**, qui décrit et règle les principales formes de contrats (les contrats spéciaux). Les dispositions de la partie générale ne s'appliquent que s'il n'existe dans la partie spéciale aucune règle spécifique concernant le contrat décrit. A ce titre, on dit que la partie générale s'applique subsidiairement ou, ce qui revient au même : la partie spéciale prime la partie générale.

Deux types de contrat figurant dans la partie spéciale sont d'un intérêt prépondérant pour le droit de la construction. Il s'agit :

- du contrat d'entreprise (art. 363 – 369 CO)
- du contrat de mandat (art. 394 – 406 CO)

### 1.3.2 Le code civil

Le Code civil (CC) du 10 décembre 1907 contient, dans son Titre préliminaire (art. 1 à 9) les règles de base régissant l'ensemble du droit privé. Ces règles jouent indéniablement un rôle en droit privé de la construction et il sera fait occasionnellement référence.

En outre, c'est dans le Code civil que sont traités les sujets suivants :

Livre 1 <sup>er</sup> :	Droit des personnes	(Art. 11 - 89 <sup>bis</sup> CC)
Livre deuxième :	Droit de la famille	(Art. 90 - 456 CC)
Livre troisième :	Droit des successions	(Art. 457 – 640 CC)
Livre quatrième	Droits réels	(Art. 641 – 977 CC)

Les droits réels traitent de sujet tel que le droit de la propriété, les servitudes ou l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Le Titre dix-neuvième : droit de la propriété foncière est d'un intérêt particulier pour le droit de la construction, puisque qu'il traite notamment de sujets comme l'acquisition ou la restriction de la propriété foncière, de la construction sur le fond ou encore des rapports de voisinage.

À relever que le Livre cinquième est précisément le Code des obligations, qui complète donc le Code civil.

### 1.3.3 Les autres sources

En droit privé, les sources sont mentionnées expressément à l'art. 1 CC, qui est l'un des articles les plus importants du droit (privé) suisse.

#### Art. 1 CC

- A. Application
- <sup>1</sup> La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.
- <sup>2</sup> A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.
- <sup>3</sup> Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

#### La loi

L'art. 1 al. 1 CC établit le principe de la primauté de la loi : dans sa recherche de la norme applicable, le tribunal doit d'abord se demander si la matière sur laquelle il doit se prononcer est régie par une règle légale. Si tel est le cas, dire le droit consistera, en principe, à appliquer cette règle. La « loi » dont il s'agit à l'art. 1 al. 1 CC est la législation fédérale de droit privé, c'est-à-dire principalement le CO et le CC pour le droit de la construction.

Lorsqu'il cherche si une règle légale se rapporte à la matière sur laquelle il doit se prononcer, le tribunal doit considérer la « lettre » et « l'esprit » de cette règle (art. 1 al. 1 CC). Par cette injonction, le législateur ouvre la voie à l'interprétation de la loi.

L'interprétation porte en effet déjà sur la « lettre » de la règle. Il n'y a pas non plus, comme on pourrait peut-être le penser en considérant le « ou » qui sépare la « lettre » de « l'esprit », nécessairement opposition entre ces deux éléments. L'art. 1 al. 1 CC indique simplement que, dans sa recherche de la portée de la règle légale, le tribunal ne doit pas s'arrêter à la « lettre », c'est-à-dire au sens immédiat que révèle le texte, mais doit aussi considérer « l'esprit » de la règle, en particulier le but que celle-ci poursuit, selon la volonté de son auteur. **L'interprétation de la loi tend donc à établir le véritable sens de la règle**, en considérant aussi bien la lettre que l'esprit de celle-ci, sans que l'art. 1 al. 1 CC ne donne à l'un de ces éléments la primauté sur l'autre.

Après avoir affirmé la primauté de la loi, le législateur envisage le cas où celle-ci ne régit pas la matière litigieuse. Il prévoit alors des sources de droit subsidiaires et les hiérarchise (art. 1 al. 2 CC).

### La coutume

Face à une lacune de la loi, le tribunal doit « prononcer selon le droit coutumier » (art. 1 al. 2 CC). La coutume est l'ensemble des règles juridiques qui résultent d'un usage implanté dans une collectivité et tenue par elle comme juridiquement obligatoire. Le législateur reconnaît ainsi aux pratiques qui se sont peu à peu implantées dans la société une force normative immédiatement subsidiaire à la loi. En Suisse, l'importance du droit coutumier demeure toutefois modeste.

### Le droit prétorien

Selon l'art. 1 al. 2 CC, la troisième source de droit privé est le « droit judiciaire » ou « droit prétorien ». C'est toutefois une « source » un peu particulière, puisqu'elle émane du tribunal même qui rend la décision. Par la suite, le droit judiciaire ainsi élaboré va sans doute inspirer d'autres tribunaux, mais il n'aura pas à leur égard la valeur d'une véritable source de droit.

Vu le rôle modeste du droit coutumier, cette troisième « source de droit » est, en réalité, appelée à régir pratiquement tous les cas où une lacune proprement dite a été admise.

Dans la mesure où, sous peine de se voir reprocher un déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.), le tribunal a l'obligation de se prononcer sur les questions qui lui sont soumises, il doit de toute façon « dire le droit » dans chaque cause. Mais l'art. 1 al. 2 CC *in fine* précise qu'il ne lui suffit pas pour cela de trouver une solution qui lui semble équitable dans le cas d'espèce. Il doit, à l'occasion du litige qui lui est soumis, établir une règle de caractère général et abstrait, comme s'il était lui-même législateur. La solution de l'art. 1 al. 2 CC est à cet égard originale et exigeante pour les tribunaux.

La fonction du tribunal en tant que « créateur » de droit selon l'art. 1 al. 2 CC doit ainsi être distinguée de l'exercice du pouvoir d'appréciation selon l'art. 4 CC. Dans ce dernier cas aussi, le tribunal doit se laisser guider par les « règles du droit et de l'équité » et chercher des critères objectifs plutôt que de suivre son sentiment subjectif. Mais, d'une part, il ne peut exercer son pouvoir d'appréciation que dans les limites de la règle légale qui le lui confère et, d'autre part, il peut pour cela tenir compte de l'ensemble des circonstances souvent complexes du cas d'espèce, sans avoir à formuler une règle généralisable et donc relativement simple.

### La doctrine et la jurisprudence

En complément des règles déterminant les sources du droit privé, l'art. 1 al. 3 CC ajoute que, s'il existe des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence, le tribunal doit s'en inspirer. Le verbe utilisé en français (« s'inspire ») montre bien que l'on n'est plus dans le domaine des sources du droit que l'on « applique ». Doctrine et jurisprudence ne sont que des moyens d'analyse auxiliaires que le tribunal doit utiliser dans sa démarche d'application du droit.

La doctrine se définit comme l'autorité qui se dégage des ouvrages de science du droit, telle qu'elle est contenue dans les traités, commentaires, monographies, etc. La doctrine joue un très grand rôle en droit privé de la construction.

Parmi les principaux ouvrages de doctrine en matière de droit de la construction, en voici quelques-uns:

- GAUCH Peter, *Le contrat d'entreprise*, Zurich 1999
- Gauch Peter / Stöckli Hubert, *Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten*, überarbeitete Auflage, Zürich 2017.
- La revue Baurecht/Droit de la Construction, qui paraît 6 fois par année.

Par « jurisprudence », il faut entendre non seulement l'ensemble des décisions rendues par les autorités judiciaires (la jurisprudence au sens étroit) mais - selon le terme allemand utilisé à l'art. 1 al. 3 CC - l'ensemble de la pratique du droit. Le terme inclut donc les décisions rendues par les autorités administratives (par exemple, les autorités de tutelle ou les préposés aux différents registres publics).

La règle relative au rôle de la doctrine et de la jurisprudence fait l'objet, dans l'article premier, d'un alinéa séparé. Le principe énoncé est donc d'application générale : il vaut aussi bien pour la recherche et l'interprétation de la règle applicable selon l'art. 1 al. 1 que pour la mise en évidence et le comblement des lacunes selon l'art. 1 al. 2 CC.

Par ailleurs, la formulation de l'art. 1 al. 3 CC est contraignante pour le tribunal, en ce sens qu'elle lui impose de nourrir sa réflexion par la consultation de la doctrine et de la jurisprudence. Le juge qui se fierait à sa seule analyse juridique personnelle ne ferait donc pas correctement son travail. Mais il n'est lié ni par la doctrine ni par la jurisprudence : le législateur laisse au tribunal la responsabilité finale de la décision que celui-ci prend. Toutefois, pour qu'un tribunal s'écarte d'une jurisprudence de principe, en particulier celle figurant dans les arrêts du Tribunal fédéral, il doit être au bénéfice d'arguments juridiques solides.

## 1.4 Le contrat

### 1.4.1 Les sources du droit des contrats

Les sources du droit des contrats sont hiérarchiquement les suivantes :

- Les normes impératives
- Les dispositions contractuelles
- Les conditions générales
- Les normes dispositives

Comme nous l'avons vu plus haut, la hiérarchie des normes en droit privé fait la distinction entre les normes impératives et les normes dispositives. Si les normes impératives doivent être respectées par tous et ne peuvent être modifiées par contrat, les normes dispositives peuvent être modifiées aussi bien par contrat que par des conditions générales, qui sont tous deux des normes de rang supérieur.

Que ce soit dans le contrat d'entreprise (art. 363-379 CO) ou dans le contrat de mandat (art. 394 – 406 CO), tous les articles du Code des obligations en matière de contrat d'entreprise et contrat de mandat sont des **normes dispositives**, à l'exception de l'art. 404 CO, et peuvent par conséquent être modifiées à la libre disposition des parties.

### 1.4.2 La formation du contrat

Le contrat est la source principale en droit privé de la construction.

Pour qu'un contrat puisse prendre naissance, trois sortes de conditions doivent être remplies et découlent directement de l'article premier du Code des obligations :

### Art. 1 CO

A. Conclusion du contrat

<sup>1</sup> Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté.

I. Accord des parties

<sup>2</sup> Cette manifestation peut être expresse ou tacite.

1. Conditions générales

Il faut donc les éléments suivants pour qu'un contrat soit considéré comme conclu :

#### 1) Un accord de manifestations de volonté (art. 1 CO).

C'est en premier lieu la volonté commune des parties qui donne naissance au contrat. Le législateur considère qu'il appartient aux personnes concernées d'aménager leurs relations contractuelles en usant de leur liberté. Il est nécessaire et suffisant qu'il y ait concordance réelle ou normative entre leurs volontés.

La recherche de cet accord suit une certaine procédure, soumise à un certain nombre de règles juridiques : il s'agit de l'échange des manifestations de volonté. Ce processus forme l'essentiel de la relation précontractuelle.

L'échange de manifestations de volonté prend deux formes :

**La manifestation expresse.** C'est un mode qui sert à communiquer sa volonté de façon directe. Il peut s'agir d'un écrit, d'une déclaration orale, voire d'un geste.

**La manifestation tacite.** Elle permet au destinataire de déduire la volonté de l'auteur de manière implicite. Il s'agit le plus souvent d'un acte concluant (le fait de commencer un travail sur le chantier ou de payer un montant). A noter que le silence n'est en principe pas considéré comme une manifestation de volonté. En droit des contrats, qui ne dit mot ne consent pas ! Sauf dans des circonstances particulières (Art. 6 CO).

En droit, les deux formes de manifestation de volonté sont admises, à moins que, par exception, la loi ou les parties n'exigent le respect d'une forme particulière.

On considère qu'une manifestation de volonté transmise à une personne absente est accomplie si celle-ci l'a reçue (théorie de la réception). Ce n'est donc pas le moment où l'auteur l'a conçue, ni celui auquel il l'a transmise qui est déterminant ; ce n'est pas non plus le moment auquel le destinataire en a pris connaissance ; il suffit qu'elle soit arrivée dans sa sphère d'influence (déposée dans la boîte aux lettres, remise à son personnel).

Concernant l'offre et l'acceptation, la loi distingue deux moments :

- 1) **L'offre.** Il s'agit de la première des manifestations de volonté : son auteur manifeste au(x) destinataire(s) la volonté qu'il a de conclure un contrat déterminé, de sorte que la perfection de ce contrat ne dépend plus que de l'acceptation du (des) destinataire(s). Pour être valable, elle doit au moins contenir tous les éléments essentiels, mais pas forcément tout le contenu du contrat.
- 2) **L'acceptation.** On dit que c'est la seconde des manifestations de volonté : le destinataire d'une offre manifeste à l'auteur de celle-ci qu'il l'accepte.

L'offre se distingue de l'acceptation uniquement du point de vue chronologique : son auteur propose à l'autre de conclure un contrat. Il peut évidemment s'agir de n'importe laquelle des parties (par exemple acheteur ou vendeur, maître ou entrepreneur, locataire ou bailleur). Le destinataire peut l'accepter ou la refuser. Il peut aussi faire une offre différente (une « contre-offre »).

À noter que, dès l'instant où elles entrent en négociation, les parties sont dans une relation dite précontractuelle qui leur impose notamment de se comporter conformément aux règles de la bonne foi (Art. 2 al. 1 CC) ; ne pas négocier sans avoir la volonté de conclure, ne pas

tromper, informer. Celui qui viole cette obligation engage sa responsabilité. On parle en jargon juridique de « culpa in contrahendo » (littéralement : faute en concluant).

**Le caractère obligatoire de l'offre.** En droit suisse, l'offre lie son auteur. Une fois émise, elle ne peut plus être modifiée unilatéralement ; en l'acceptant, le destinataire est en droit de provoquer la conclusion du contrat de par son seul fait. Cependant, l'effet obligatoire cesse si :

- Le destinataire de l'offre la refuse (expressément ou tacitement) ; il manifeste ainsi de manière définitive qu'il n'entend pas conclure le contrat proposé.
- Lorsque, à l'expiration du délai de validité de l'offre, l'acceptation n'est pas parvenue à l'auteur de celle-ci (art. 3 al. 2 CO) : l'acceptation tardive ne permet pas de conclure le contrat, mais peut éventuellement constituer une nouvelle offre.

Pour qu'il y ait contrat, il faut que les parties soient tombées d'accord, pas nécessairement sur tous les points du contrat, mais sur tous les points essentiels.

On distingue à ce sujet les points objectivement essentiels, ceux qui, selon la loi, constituent le noyau du contrat (p. ex dans le contrat d'entreprise : le prix et l'ouvrage) et les éléments subjectivement essentiels, ceux qui, pour l'une des parties au moins, ont en plus une importance déterminante (par exemple le délai d'exécution ou les modalités de paiement).

Si après la conclusion du contrat, il apparaît que les parties ne peuvent s'entendre sur des points secondaires ou que le contrat présente des lacunes, il appartient au juge de les compléter, en reconstituant la « volonté hypothétique » des parties (art. 2 CO).

Le contrat n'existe donc que si les deux parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels. Il faut en fait distinguer deux cas :

**L'accord réel (ou de fait).** C'est le cas lorsque l'acceptation a le même contenu que l'offre. Ce qui est déterminant, c'est la volonté réelle des parties, peu importe si les parties ont utilisé des expressions ou dénominations inexactes (art. 18 CO).

**L'accord normatif (ou de droit).** Dans cette hypothèse, il n'y a pas d'accord réel entre les parties. Néanmoins si une des parties était en droit, selon les règles de la bonne foi, de comprendre la manifestation de volonté de l'autre comme elle l'a fait, on considère qu'il y a accord ; l'apparence créée a le pas sur la volonté réelle. Si l'on admettait le contraire, une partie pourrait toujours contester l'existence de l'accord en arguant que sa volonté ne correspond pas à la manifestation qu'elle en a donnée.

On parle à ce sujet du principe de la confiance, que l'on déduit des règles de la bonne foi (Art. 2 al. 1 CC) : une manifestation de volonté peut et doit se comprendre dans le sens que toute personne placée dans la même situation que le destinataire lui donnerait au vu des circonstances. Il s'agit là d'une question de droit.

Outre l'accord de manifestation de volonté, les deux autres conditions nécessaires à la naissance d'un contrat sont explicitées dans les lignes ci-après.

## 2) Le respect des restrictions légales.

Bien que le principe de la liberté contractuelle domine toute cette matière, le législateur est intervenu afin d'y mettre quelques limites dictées par l'intérêt général. C'est le cas des règles qui restreignent l'objet du contrat ou la forme des manifestations de volonté (par exemple art. 20 CO).

## 3) L'absence de vice de volonté.

La place laissée à la liberté contractuelle ne se justifie que si l'on garantit que les parties se sont librement engagées. Ce n'est plus le cas s'il apparaît un vice dans la formation ou l'expression de la volonté de l'une d'elles. C'est pourquoi la loi lui permet alors de se libérer (par exemple art. 23 CO).

### 1.4.3 Le contenu d'un contrat

Par son objet, le droit des contrats présente certaines caractéristiques qui le distinguent fondamentalement d'autres branches du droit privé.

On peut en relever deux :

- (1) La primauté des règles individuelles sur les règles légales.
- (2) La primauté des règles spéciales sur les règles générales.

La définition le révèle, le droit des contrats décrit principalement les droits et les obligations des parties à une relation juridique ; les personnes que celle-ci lie tireront les conséquences nécessaires pour y conformer leurs comportements, et le juge se fondera sur elle pour trancher toute difficulté qui pourrait surgir.

On peut avancer que le droit des contrats doit régler quatre questions principales, si l'on fait abstraction des problèmes particuliers, d'ailleurs nombreux :

**1° Les parties sont-elles liées ?** C'est la question préalable pour que naissent dans ce contexte des droits et des obligations. La réponse se trouve dans les règles applicables à la formation du contrat. En réalité, dans l'ordre légal, ces normes sont exposées pour l'essentiel dans la Partie générale du droit des obligations (Art. 1-40f CO).

**2° Quels sont les devoirs et les obligations des parties ?** C'est la question essentielle, qui fait le corps même du contrat. Il s'agit de connaître les obligations qu'il couvre, ce qui implique que l'on en détermine le contenu et les modalités d'exécution.

Ce sont là des règles typiques du droit des contrats, que l'on trouve dans la Partie spéciale du droit des obligations.

**3° Quelles sont les conséquences attachées à la violation des devoirs et à l'inexécution des obligations ?** C'est la question classique que se pose le juriste : puisque l'obligation a, par nature, un caractère contraignant, il importe d'emblée de prévoir ce qu'il adviendra si les parties, ou l'une d'elles, ne la respectent pas. C'est l'objet (dans un sens large) des règles sur l'inexécution des obligations. On les trouve avant tout dans la Partie générale, mais partiellement aussi dans la Partie spéciale.

**4° Quand un contrat (de durée) prend-il fin ?** Il ne suffit pas de savoir quand une obligation naît, il faut aussi savoir quand elle prend fin. Pour l'obligation au sens large, la question est avant tout réglée dans la Partie générale ; en revanche, et toujours pour les mêmes motifs, on n'y trouve aucune règle sur l'extinction des contrats, en particulier pour les contrats de durée, dont la caractéristique est précisément de se dérouler dans le temps. Il faut pour cela se reporter à la Partie spéciale.

### 1.4.4 L'interprétation des contrats

On entend par là l'activité du juge visant à déterminer le sens qu'il convient de donner à une clause du contrat qu'ont passé les parties. Les parties admettent avoir convenu quelque chose mais elles sont en désaccord sur le sens de ce qui a été convenu.

Le juge va procéder en deux étapes, par analogie avec les règles qui régissent l'accord des parties (art. 18 CO).

#### a) L'interprétation de fait.

Il recherche dans un premier temps la **volonté réelle des parties** en tentant d'établir ce qu'elles ont effectivement voulu. Pour ce faire, il se fonde sur la lettre, c'est-à-dire sur le texte du contrat proprement dit, et sur l'esprit, c'est-à-dire sur l'ensemble des circonstances qui entourent le contrat (cela concerne le texte du contrat, mais aussi ses annexes, les éventuelles conditions générales, les normes privées intégrées au contrat, les plans, tous documents de nature à exprimer la volonté réelle des parties).

### b) L'interprétation de droit.

S'il constate qu'il y a eu en fait divergence entre les parties ou qu'il n'est pas possible d'établir leur volonté réelle, il leur attribue dans un second temps une volonté hypothétique. Pour ce faire, le juge applique le principe de la confiance et retient donc celle des interprétations qui correspond à ce qu'aurait compris une personne raisonnable et honnête placée dans les mêmes circonstances.

C'est le **principe de la confiance** qui découle de l'art. 2 al. 1 CC et domine toute l'interprétation des manifestations de volonté. Il en résulte une recherche objective du sens de la manifestation de volonté, de façon à prendre en compte les intérêts aussi bien de l'auteur que du destinataire de celle-ci, mais une recherche qui n'est pas détachée des circonstances concrètes dans lesquelles la manifestation de volonté a été exprimée.

## 1.5 Les conditions générales

Ce sont des dispositions contractuelles préformulées ("standardisées") qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats.

Les conditions générales ne constituent jamais une source du droit au sens propre. Elles n'ont de portée que si et dans la mesure où elles ont été intégrées au contrat. L'intégration suppose que les parties aient expressément ou tacitement décidé que ces conditions générales régiraient leur relation.

En matière de droit de la construction, les conditions générales jouent un rôle très important ; les contrats conclus entre les différentes parties intègrent en effet fréquemment des normes adoptées par des associations professionnelles, en particulier la SIA. Les normes et règlements établis par les organisations faîtières découlent, en principe, des lois en vigueur.

Ils précisent la signification des termes légaux, offrent un aperçu des principaux problèmes juridiques et indiquent la solution qui peut leur être apportée. De par leur origine, ces normes et règlements ont toutefois un caractère absolument privé ; les parties ne sont donc liées que si elles ont convenu de les intégrer au contrat. Les parties peuvent également intégrer ces normes au contrat en excluant ou modifiant certains articles, fixés d'un commun accord.

Une clause, même valablement intégrée au contrat, devra être interprétée pour en déterminer sa portée. En cas de doute, il faudra choisir la solution la plus défavorable à l'auteur des conditions générales (*in dubio contra stipulatorem*).

Plusieurs documents, traités plus en détail ci-après, sont d'un intérêt particulier dans ce contexte.

- la norme SIA 118
- les conditions générales pour la construction de la SIA
- le règlement SIA 103
- les contrats KBOB
- les contrats FIDIC
- les normes techniques SIA

## 1.6 Les normes privées

Les normes privées - à ne pas confondre avec le droit privé – sont des règles d'origine non étatique, souvent édictées par des organismes professionnels.

Dans le domaine de la construction, ce sont les normes, prescriptions et règlements établis par la société suisse des ingénieurs et architectes (SIA) qui jouent le plus grand rôle pour préciser les exigences techniques et compléter le régime juridique.

### 1.6.1 Les normes SIA en général

La collection des normes SIA distingue trois genres de standards. Les normes techniques réunissent les règles de l'art de bâtir, les normes contractuelles régissent les rapports entre

les parties concernées et les normes servant à la compréhension soutiennent la collaboration entre les intervenants<sup>7</sup>.

**Les normes techniques** représentent l'état des connaissances reconnues dans le domaine de la construction. Dans la mesure où elles ont été élaborées par des experts et soumises à une large consultation, elles déploient certains effets juridiques. En particulier, elles peuvent faire référence en matière de « règles de l'art » dans le domaine technique concerné. Cela étant, la clause de « dérogation » incluse dans la plupart d'entre elles permet de s'en détacher, pour autant que la solution retenue soit certifiée équivalente aux prescriptions fixées par la norme applicable.

**Les normes contractuelles** règlent les rapports contractuels et des procédures particulières au domaine de la construction. Elles correspondent à des conditions d'affaires générales négociées au sein d'organes paritaires par la SIA et constituent des outils pour régler clairement et simplement des situations parfois complexes. Pour que ces conditions s'appliquent, les parties doivent en fixer le caractère obligatoire dans le contrat qui les lie.

Les normes contractuelles incluent également les Conditions générales pour la construction (CGC), qui intègrent des clauses applicables à certains domaines ou éléments de la construction, mais ne relèvent pas de prescriptions techniques. Il s'agit de précisions relatives aux dispositions figurant dans un contrat de mandat. Elles décrivent en principe la répartition de tâches ou la délimitation de prestations.

**Les normes servant à la compréhension** rassemblent des définitions, des classifications, des valeurs indicielles, des explications et des instruments de calcul destinés à simplifier et à coordonner la collaboration entre les acteurs impliqués dans la construction.

La liste de l'ensemble des normes SIA peut être consultée à l'adresse suivante :

[http://www.sia.ch/fileadmin/content/download/sia-norm/download/abo\\_inhalt\\_f.pdf](http://www.sia.ch/fileadmin/content/download/sia-norm/download/abo_inhalt_f.pdf)

### 1.6.2 La norme SIA 118

La SIA a rédigé plusieurs conditions générales en la matière. Le document le plus important pour le droit de la construction est la norme SIA 118 « Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction ». Cette norme exerce une grande influence sur le droit suisse de la construction. Elle est connue et répandue comme le sont peu d'autres conditions générales. Elle constitue un document incontournable pour les professionnels – entrepreneurs, maîtres d'ouvrage, juristes – actifs dans cette branche.

L'origine de la norme remonte à la fin du XIXe siècle. Depuis, elle a connu plusieurs versions, dont la dernière date de 2013. Cette version reprend cependant quasiment à l'identique la version de 1977 et seules des corrections mineures y ont été ajoutées.

La norme contient des conditions générales, c'est-à-dire des dispositions contractuelles préformulées (« standardisées ») qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats. La norme a pour but de « faciliter la conclusion et l'exécution des contrats. Elle doit en outre favoriser dans la mesure du possible l'application de dispositions contractuelles uniformes dans le secteur de la construction » (SIA-118 Préambule). L'objectif réglementaire poursuivi par la norme autorise à qualifier ce texte de conditions générales de la branche.

La norme contient des conditions générales uniquement :

– **Négativement**, cela signifie que la norme n'a pas de caractère obligatoire général en tant que telle, même si elle reflète largement l'expérience acquise (SIA-118 Préambule) et si elle a été élaborée avec le concours de représentants de la Confédération et des cantons. Ce n'est en effet ni un texte légal ni une règle de droit coutumier. Néanmoins, il peut parfois s'agir de l'expression d'un usage, cette hypothèse devant toutefois n'être admise qu'avec prudence.

<sup>7</sup> Voir <http://www.sia.ch/fr/services/sia-norm/collection-des-normes/genres-de-normes/>

– **Positivement**, la norme a une portée juridique si, et seulement si, les parties ont décidé de l'intégrer à leur accord individuel. L'intégration est une clause contractuelle par laquelle les parties conviennent que leur relation juridique sera réglée à titre supplétif par des conditions générales. Contrairement à ce que laisse entendre la version française de la norme (« cette norme ne les lie que si elles sont expressément convenues de l'intégrer au contrat » [SIA-118 Préambule]), l'accord des parties peut être exprès ou tacite et n'est soumis au respect d'aucune forme particulière. Il n'est pas non plus nécessaire que les parties aient lu ou signé la norme ; la seule exigence est que son texte soit disponible et accessible aux deux parties.

Les conventions individuelles priment les conditions générales de la norme. Cette primauté vaut premièrement vis-à-vis de toutes les dispositions de la norme, que celles-ci réservent expressément ou non les conventions contraires. Même si certains articles de la norme semblent parfois restreindre la possibilité d'y déroger par un accord individuel, il ne s'agit que de limitations apparentes ne faisant pas obstacle au principe énoncé. Demeurent réservées les dispositions reprenant des règles légales impératives. Secondement, cette primauté vaut quelle que soit la forme (orale ou écrite) de l'accord individuel.

Parmi les modifications de la version 2013 par rapport à celle de 1977, il convient de citer :

- les art. 69 à 82, concernant le calcul du renchérissement par la méthode des pièces justificatives, ont été abrogés sans être remplacés.
- le terme «délai de garantie» a été remplacé par le terme «délai de dénonciation des défauts».
- l'apparition dès 2013 des conditions générales de construction (CGC) a nécessité la précision suivante : en cas de contradictions avec la norme SIA 118, les conditions générales pour la construction (CGC-SIA) ne prévalent comme conditions contractuelles que si les dispositions divergentes sont mentionnées comme telles dans le texte du contrat (point 0.2 de toutes les CGC-SIA).

La norme SIA 118 a été adoptée à la suite d'une longue procédure à laquelle ont été associés les principaux milieux de la construction. C'est grâce à cette concertation que cette norme SIA 118 jouit d'une crédibilité auprès de tous les acteurs de la construction et qu'elle y fait ses preuves depuis son existence. Dans l'édition de 2013, comme pour les autres éditions, des ingénieurs, mais aussi des juristes, des entrepreneurs, des représentants des grands maîtres d'ouvrages publics ont fait partie de la commission (voir avant-dernière page de la norme).

Le texte actuel comprend 176 articles traitant de tous les aspects du contrat, de sa conclusion à son extinction. Elle reprend largement les solutions légales issues du Code des obligations, mais parfois les complète ou les modifie sur quelques points. Elle contient en outre un très grand nombre de dispositions originales (dans le sens où ces dispositions ne figurent dans aucune autre norme légale) en particulier sur la rémunération, les modifications de commande et l'exécution proprement dite.

Dans un récent arrêt non publié<sup>8</sup>, le Tribunal fédéral a retenu que compte tenu du rôle que joue la norme SIA 118 dans le domaine de la construction, il paraît juste de considérer la teneur de cette norme comme un **fait notoire** (au sens de l'art. 151 CPC). Un fait notoire est un fait qu'il n'est pas nécessaire d'alléguer ni de prouver et dont l'existence est certaine au point d'emporter la conviction du juge. Cette décision récente renforce encore plus le caractère quasiment légal de cette norme.

### 1.6.3 Les conditions générales pour la construction (CGC)

Au départ, la SIA avait édicté bon nombre de normes mixtes. C'est-à-dire qu'elles réunissaient deux types de dispositions :

1. Des dispositions techniques : elles contiennent par exemple des éléments physiques ou mécaniques et d'autres indications semblables.

<sup>8</sup> Arrêt 4A\_582/2016 du 6 juillet 2017 consid. 4.5.

2. Des dispositions contractuelles : ces normes règlent les relations juridiques entre les parties au contrat et en particulier l'exécution des prestations.

L'Association Suisse de Normalisation (ASN), membre du Comité Européen de Normalisation (CEN), a mandaté la SIA pour qu'elle participe aux travaux dudit CEN en matière de construction. En 1998, la SIA a dû opérer une séparation claire entre les normes techniques et les normes contractuelles afin de se conformer aux exigences du CE. Cela lui a également permis de faciliter la transposition dans ses normes des nouvelles prescriptions techniques de la CEN intitulées « Eurocodes ».

Depuis, on dénombre deux catégories de normes parallèles :

1. **Les Swisscodes** : ces normes constituent la transposition des Eurocodes. Ainsi, elles contiennent exclusivement des dispositions techniques ; elles représentent les standards reconnus en matière de construction. Il s'agit des normes techniques SIA 260 à SIA 269 ainsi que des normes SIA 197 et SIA 198.

2. **Les Swissconditions** : il s'agit de normes purement contractuelles qui contiennent des « Conditions générales pour la construction » (ci-après les « CGC »).

La SIA a adopté ces CGC afin de préciser, de compléter ou de déroger (les dérogations sont signalées à l'art. 0.2 des normes en question ainsi qu'à la disposition précise qui s'écarte de la norme SIA-118) à la norme SIA-118. C'est la raison pour laquelle les CGC portent un numéro composé « norme SIA-118/... ». Les CGC constituent également un moyen d'anticiper et d'unifier les conditions générales ordinaires que les parties avaient l'habitude d'adopter en sus de la norme SIA-118. La SIA voulait régler les droits et les obligations du maître et de l'entrepreneur afin que les travaux de construction se déroulent de façon efficiente et dans le respect des spécifications techniques de l'ouvrage.

Premièrement, les CGC ne produisent d'effet contraignant que si elles ont été intégrées au contrat de base. De plus, si ledit contrat a été conclu en la forme écrite, l'intégration des CGC doit être expresse. Il faut également préciser quelles CGC sont visées.

Secondement, les CGC constituent un complément à la norme SIA-118. Les deux textes doivent être intégrés au contrat de base ; les CGC n'ont pas d'existence indépendante. Relevons toutefois que les dérogations à la norme SIA-118 prévues par les CGC ne s'appliquent que si le contrat de base le précise expressément. Une intégration efficace et qui atteint vraiment les buts visés par la SIA doit donc avoir été réfléchie.

#### 1.6.4 Le règlement SIA 103

Le règlement SIA 103 s'intitule "Règlement concernant les prestations et honoraires des ingénieurs civils".

Ce règlement décrit les droits et les devoirs des parties liées par un contrat attribuant un mandat à un ingénieur civil, ou un professionnel d'un domaine apparenté, appelé ci-après l'ingénieur. Ce règlement précise les principes de collaboration entre le maître : le mandant, et l'ingénieur : le mandataire.

Il précise en outre :

- la mission de l'ingénieur ;
- les prestations à fournir ;
- le calcul des honoraires et des frais ;

et s'applique donc aux relations :

- maître – ingénieur ;
- maître – direction des travaux (DGT, DLT).

#### 1.6.5 Les contrats KBOB

La Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage public (KBOB ; l'abréviation allemande de Koordinationskonferenz der Bau- und

Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren) s'est imposée dans toute la Suisse. Elle est une entité rattachée à l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL).

Outre les collectivités publiques, dont l'Office fédéral des transports (OFT), elle compte également comme membres des entités de l'administration décentralisée telles que le Conseil des Ecoles polytechniques fédérales.

La KBOB a établi des contrats préformulés pour les besoins des pouvoirs adjudicateurs. Ces normes ont été instituées notamment en raison de l'importance des marchés de la Confédération. Il semblait ainsi nécessaire d'unifier les pratiques contractuelles. Par ce biais, on a également renforcé la sécurité juridique. L'idée était de déroger le moins possible à la norme SIA-118.

La Conférence a établi les contrats suivants :

- Contrat d'entreprise générale et d'entreprise totale ;
- Contrat d'entreprise pour prestations individuelles ;
- Contrat pour prestations de mandataires ;
- Contrat de maintenance et contrat—cadre pour prestations de maintenance.

Il faut toutefois souligner que ces documents contractuels doivent être adaptés aux spécificités de chaque projet.

La KBOB a généralement accompagné ces contrats de guides et de tous les documents nécessaires pendant la procédure d'appel d'offre (tous les outils édictés par la KBOB sont disponibles sur : <https://www.kbob.admin.ch/kbob/fr/home/themen-leistungen/revidiertes-beschaffungsrecht/instrumente.html>) et lors de l'élaboration de contrats : (<https://www.kbob.admin.ch/kbob/fr/home/themen-leistungen/dokumente-entlang-des-beschaffungsablaufs.html>)

Même si ces contrats ont été établis pour les autorités fédérales, les cantons et les communes peuvent également s'y référer en procédant aux adaptations nécessaires. Les acteurs privés de la construction peuvent aussi s'en inspirer.

### 1.6.6 Les autres normes

Parmi les autres normes, directives, standards ou recommandations, il convient de citer :

- Les normes VSS de l'union des professionnels suisses de la route
- Les « Eurocodes », codes européens de conception et de calcul des ouvrages
- Les contrats FIDIC de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
- Les manuels de l'USACE, l'U.S. Army Corps of Engineers
- Les standards ASTM de l'American Society for Testing and Materials
- Les Codes des frais de construction, CFC du Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction (CRB)
- Les contrats types de la société suisse des entrepreneurs SSE

## 1.7 La méthodologie juridique

### 1.7.1 L'application du droit : le syllogisme judiciaire

« Appliquer le droit » à une « matière » (c'est-à-dire à des faits de la vie sociale) est une démarche logique, appelée « syllogisme judiciaire ». La majeure de ce syllogisme consiste dans l'énoncé d'une règle de droit, articulée en un état de fait (EF) et une conséquence juridique (C). La mineure résulte de la constatation que les faits concrets de la vie sociale (f) donnant lieu à la décision correspondent à l'état de fait (EF) abstrait de la règle (subsomption). La conclusion du syllogisme applique la conséquence juridique (C) aux faits de la vie sociale (f).

La majeure : règle de droit abstraite (si EF, alors C).

La mineure : constatation que les faits concrets correspondent à l'état de fait de la règle de droit (subsomption: or f correspond à EF).

La conclusion : application de la conséquence juridique aux faits concrets (donc f entraîne C [ou: C s'applique à f]).

Terme juridique	Relation logique
La majeure:	Si EF, alors C
La mineure:	Or f correspond à EF
La conclusion:	Donc f entraîne C

On distingue la logique déductive, qui permet de tirer des conclusions contraignantes pour l'esprit, et la logique réductive (ou inductive), qui ne le permet pas. Ainsi, lorsque, dans un syllogisme judiciaire, la règle constituant la majeure comporte une condition suffisante et que celle-ci est remplie, la conséquence juridique est acquise par une déduction logique contraignante.

De même, si la condition est nécessaire et qu'elle n'est pas remplie, la logique déductive impose la conclusion que la conséquence juridique ne se produit pas. Dans les deux cas, il ne s'agit pas d'arguments en vue d'interpréter la loi, mais d'un raisonnement logique (syllogisme judiciaire).

Un tel raisonnement logique n'est en revanche pas légitime lorsque la majeure du syllogisme comporte une condition suffisante et que celle-ci n'est pas réalisée : il n'est alors pas possible de conclure de façon contraignante que la conséquence juridique ne se produit pas, car il n'est pas exclu qu'une condition suffisante prévue par une autre règle soit remplie.

De même, si la majeure du syllogisme comporte une condition nécessaire et que celle-ci est remplie, il n'est pas admissible logiquement de déduire que la conséquence juridique se produit, car il est possible qu'une autre règle pose aussi une condition nécessaire. C'est précisément dans ces cas où un raisonnement de logique déductive n'est pas possible ainsi que dans ceux où il ne semble pas y avoir de règle applicable que, en vue d'établir la majeure du syllogisme judiciaire, il est fréquent de faire appel à la logique réductive et à ses « arguments ». Ces derniers consistent à tirer des conclusions de l'absence d'une règle pour une situation donnée alors qu'il en existe une pour une situation comparable (arguments *a contrario*), ou de l'existence (respectivement, de l'absence) d'une règle pour une situation comparable à celle à régir (arguments *a simili* [par analogie] et *a fortiori*)

#### Exemple – Délivrance du permis d'autorisation de construire

##### Majeure :

L'art. 22 - Autorisation de construire - de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT) dispose que :

1. Aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente.

2 L'autorisation est délivrée si:

- la construction ou l'installation est conforme à l'affectation de la zone.
- le terrain est équipé.

3 Le droit fédéral et le droit cantonal peuvent poser d'autres conditions.

##### Mineure :

Natacha est propriétaire d'une villa classée en zone à bâtir dans la commune de Jouxtens-Mézery. Elle souhaite agrandir sa villa en y ajoutant un jardin d'hiver (véranda) en prolongement de la salle de séjour. Elle a donc besoin pour cela d'un permis de construire. Il

est admis qu'aucune loi fédérale ou cantonale ne pose d'autres conditions et le projet est conforme au plan d'affectation de la commune.

La nouvelle construction étant situé en zone à bâtir, elle est conforme à l'affectation de la zone. Le terrain est déjà équipé et aucune autre condition n'émanant du droit cantonal ou fédéral n'est posée.

Conclusion : L'autorisation devrait donc être délivrée par l'autorité compétente.

### 1.7.2 Les méthodes d'interprétation d'une règle de droit

L'interprétation de la loi tend à établir le véritable sens de la règle, en considérant aussi bien la lettre que l'esprit de celle-ci, sans que l'art. 1 al. 1 CC ne donne à l'un de ces éléments la primauté sur l'autre.

Interpréter une règle de droit, c'est en déterminer le sens véritable, celui qui résulte aussi bien de la lettre que de l'esprit de la norme (art. 1 al. 1 CC).

Les quatre points d'appui de l'interprétation sont présentés ci-après :

#### 1) L'interprétation littérale

Le texte qui fait foi est celui publié sur la plateforme en ligne accessible au public (RO) (art. 15 al. 2 LPUBL). Il existe le principe de l'équivalence des textes dans les trois langues. La règle de droit ne peut avoir en effet qu'un seul sens<sup>9</sup>.

Il s'agit, d'une part, de comprendre la signification de chaque mot pris individuellement, dans les trois versions linguistiques. Le langage juridique comporte des termes ou symboles, qui sont utilisés par souci de brièveté ; par exemple, « le juge » désigne, non seulement le juge statuant individuellement, mais également toutes les instances collectives chargées d'appliquer le droit (tribunaux, commissions, etc.). Parfois, ces termes sont définis par la loi mais le plus souvent, il appartient à la jurisprudence et à la doctrine de préciser le sens technique des mots utilisés par le législateur. L'interprétation littérale doit aussi se concentrer sur les relations grammaticales entre les mots, telles qu'elles résultent de la syntaxe (notamment des accords ou de l'objet d'une négation) ainsi que de l'usage de la ponctuation. Enfin, relève encore de l'interprétation littérale tout ce que la structure donnée au texte révèle sur le sens de la règle : la manière dont le législateur a ordonné les alinéas d'un article, dont il a divisé le texte (titres, sous-titres, etc.) et structuré les notes marginales, etc.

Le sens littéral résulte de l'interaction de ces divers éléments. Les mots qui composent un texte ne peuvent en effet être compris sans comprendre l'entier du texte, de même qu'un texte ne peut être compris sans comprendre les mots qui le composent.

#### 2) L'interprétation systématique

Ainsi que le montre la note marginale de l'art. 1 CC, appliquer une règle légale à un cas concret, c'est en réalité appliquer à ce cas la loi dans son ensemble.

La règle appliquée est ainsi l'expression de l'ensemble normatif formé par le droit privé tout entier. Chaque règle ne doit donc pas être analysée isolément, mais comme la partie d'un tout : pour comprendre le tout, il faut comprendre les parties ; pour comprendre les parties, il faut comprendre le tout. Tels sont le fondement et le but de l'interprétation systématique.

Alors que, pour analyser les autres points d'appui de l'interprétation, il faut se placer au moment de l'adoption de la règle (avec les nuances indiquées plus loin), l'interprète doit également considérer le système de la loi en se plaçant au moment où il applique celle-ci. Il intègre par ce biais à l'interprétation toute l'évolution législative intervenue depuis l'adoption de la norme et l'influence que cette évolution a pu avoir sur la règle en cause. Le sens d'une règle peut en effet être éclairé, modifié, voire rendu complètement obsolète par des

<sup>9</sup> L'interprétation d'une règle de droit tient donc compte des diverses versions linguistiques, contrairement par exemple à une norme privée par exemple, où seule la version linguistique intégrée au contrat fait foi.

dispositions adoptées postérieurement. L'interprétation systématique permet ainsi de prendre en compte la dynamique de l'ordre juridique.

Dans un premier temps, qui s'inscrit dans la continuité de l'interprétation littérale, l'interprétation systématique vise à prendre la mesure de la structure formelle dans laquelle la règle s'intègre. L'ordonnancement des titres, des notes marginales, des alinéas et des phrases donne aux règles un rapport hiérarchique qui permet souvent d'en déterminer le champ d'application. Le texte légal établit parfois des liens entre certaines règles. Ce peut être par renvoi plus ou moins explicite à d'autres dispositions. En considérant plusieurs normes ensemble, il est aussi possible de les comparer et, essentiellement lorsqu'elles ont des éléments communs et des différences, d'en tirer des conclusions sur les intentions du législateur. L'interprète recourt pour cela aux ressources de la logique réductive, tels que les arguments *a contrario*, *a simili* (ou *per analogiam*) ou *a fortiori*. Les instruments de la logique réductive ne peuvent donc emporter la conviction que s'ils sont soutenus par l'interprétation historique ou, ce qui est plus fréquent, par une approche téléologique.

Le droit privé ne peut pas comporter de normes (matériellement) contradictoires. Lorsque (formellement) plusieurs normes contradictoires semblent régir un même état de fait, il faut donc déterminer laquelle l'emporte sur les autres. En soi, il s'agit d'une opération distincte de l'interprétation, puisqu'elle tend à établir l'objet même de cette interprétation.

Plusieurs voies sont utilisées pour y parvenir :

- a. *Lex posterior derogat priori*: la règle postérieure l'emporte en principe sur la précédente.
- b. *Lex specialis derogat generali*: en principe, la règle spéciale l'emporte alors sur la règle générale. Cette approche paraît d'emblée justifiée lorsque les deux règles ont été adoptées simultanément ou lorsque la règle spéciale a été adoptée après la règle générale. Si c'est le contraire, la priorité de la règle spéciale entre en conflit avec la priorité de la règle postérieure (*supra a*) et une analyse plus complète est nécessaire.
- c. *Lex superior derogat inferiori*: un problème de cohérence peut aussi exister entre des règles qui se trouvent dans des textes normatifs de rangs différents (la Constitution par rapport à une loi, une loi par rapport à une ordonnance d'application, le droit fédéral par rapport au droit cantonal). Aux principes énoncés ci-dessus, s'ajoute alors celui de la priorité de la norme supérieure (*lex superior derogat inferiori*).

### 3) L'interprétation historique

Principalement, il s'agit de comprendre quelle était la situation juridique avant l'adoption de cette règle (ancien droit ou absence de réglementation) et les raisons qui ont incité le législateur à intervenir). Une attention particulière sera vouée aux documents exprimant des opinions synthétiques dans lesquelles on peut retrouver l'avis « du législateur » (vote partiel aux Chambres fédérales ou dans les commissions parlementaires, présentation du projet par les rapporteurs au Conseil national et au Conseil des Etats, message du Conseil fédéral après la consultation du premier projet de loi).

### 4) L'interprétation téléologique

L'interprétation téléologique vise à approfondir la compréhension de la règle à l'aide du but que poursuivait l'auteur de la norme en adoptant celle-ci.

Le processus d'interprétation a pour objet une règle de droit et c'est donc le but de cette règle qu'il faut considérer. Ce but s'inscrit toutefois dans celui, plus large, poursuivi par le texte législatif ou l'ensemble de règles auquel appartient la règle à interpréter.

S'il peut être défini, ce but place l'ensemble de l'interprétation dans une certaine perspective et peut permettre de percevoir plus aisément l'objectif plus spécifique que poursuit telle ou telle règle particulière.

C'est lui qui est déterminant pour l'interprétation téléologique. Encore faut-il qu'il puisse être établi avec certitude sur la base des autres éléments dont dispose l'interprète (le texte de la règle, le système de la loi, l'origine de la règle, les travaux préparatoires).

### La position du Tribunal fédéral

L'objectif (en lui-même incontesté) de toute interprétation est d'établir le véritable sens de la règle. Pour l'atteindre, le Tribunal fédéral applique une méthode qu'il qualifie lui-même de « pluralisme méthodologique pragmatique ». Il part d'une interprétation littérale de la règle, mais - tout en considérant qu'il ne peut s'écartier du texte clair de la norme que pour des motifs importants - il s'appuie aussi sur les interprétations historique, téléologique et systématique pour dégager le vrai sens de la règle.

Elle a cependant été critiquée parce qu'elle se résume à une absence de méthode, qui laisse précisément trop de liberté au tribunal, encourage la justification ex post d'un résultat voulu par le tribunal sur la base de critères subjectifs et réduit la prévisibilité du droit. Il laisse le justiciable désesparé lorsque celui-ci veut prévoir les effets de la loi et évaluer les risques d'un procès. Il affaiblit ainsi la sécurité et l'action préventive du droit et, par conséquent, la confiance que le justiciable peut avoir non seulement dans le système judiciaire, mais dans l'ordre juridique en général.

L'exemple ci-dessous illustre les méthodes d'interprétation.

#### **Exemple - autorisation de construire hors des zones à bâtrir d'une via ferrata – Arrêt du tribunal fédéral 1C\_383/2008 du 21 septembre 2009**

Faits : L'association "Les Amis de la Passerelle" a requis une autorisation de construire un parcours d'escalade ("via ferrata") dans une commune valaisanne, dans une zone classée en zone agricole protégée. Par avis paru au Bulletin officiel du canton du Valais du 30 septembre 2005, cette demande d'autorisation de construire a été mise à l'enquête publique. L'avis indiquait un délai d'opposition de dix jours dès la publication, conformément à l'art. 41 al. 1 de la loi cantonale sur les constructions du 8 février 1996. Le 24 octobre 2005, le WWF Suisse et l'Association WWF Valais ont formé opposition en invoquant une atteinte à un site bien préservé. Elles estimaient notamment que l'avis mentionnait inexactement un délai d'opposition de dix jours, contrairement à ce que prévoyait la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966.

Histoire procédurale : Par décision du 20 février 2007, la Commission cantonale des constructions a déclaré l'opposition du 24 octobre 2005 irrecevable puisque tardive. Le WWF a recouru sans succès auprès du Conseil d'Etat valaisan puis auprès du Tribunal cantonal. Le WWF a ensuite recouru au TF.

Art. 12 al.1 LPN « *L'autorité notifie ses décisions au sens de l'art. 12, al. 1, aux communes et aux organisations par écrit ou les publie dans la Feuille fédérale ou dans l'organe officiel du canton. En règle générale, la durée de la mise à l'enquête publique est de 30 jours.* »

Extraits des considérants : Ces règles fédérales sont complémentaires à celles du droit cantonal et doivent s'appliquer en vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.). Il s'agit donc en l'espèce d'interpréter la seconde phrase de l'art. 12b al. 1 LPN, afin de déterminer la place qu'elle laisse aux règles de procédure cantonale.

Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste. En l'occurrence, l'interprétation littérale ne permet pas d'aboutir à un résultat clair, l'indication précise de la durée de la mise à l'enquête publique (trente jours) étant relativisée par la locution adverbiale "en règle générale". Il s'agit dès lors d'examiner les travaux préparatoires (= interprétation historique). En l'absence de message du Conseil fédéral ou de prises de position écrites émanant des commissions législatives, il y a lieu d'examiner les déclarations des parlementaires et plus particulièrement celles de l'auteur de la seconde phrase de l'art. 12b al. 1 LPN. [...] Ainsi, l'analyse des travaux préparatoires montre que le législateur a introduit la locution "en règle générale" dans le but de ne pas conférer une portée absolument contraignante à la norme en cause, tout en excluant ainsi les délais inférieurs à vingt jours.

Au surplus, de manière générale, la doctrine récente en matière de procédure administrative fédérale se montre critique à l'encontre des délais inférieurs à vingt jours. Dans ces conditions et pour des motifs de sécurité du droit (= interprétation téléologique), il y a lieu de retenir que l'art. 12b al. 1 LPN interdit les délais cantonaux, respectivement de mise à l'enquête publique et d'opposition, inférieurs à vingt jours.

Le délai prévu à l'art. 12b al. 1 LPN ne vaut que pour les communes et les organisations reconnues au sens des art. 12 ss LPN. Se pose dès lors la question de savoir quel délai accorder à tout autre opposant. Selon la jurisprudence, le principe de l'égalité de traitement interdit de faire des distinctions qu'aucun fait important ne justifie, ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes et de nature à rendre nécessaire un traitement différent [...] En l'espèce, il paraît contraire au principe d'égalité de traitement de soumettre à un régime procédural différent les opposants à un même permis de construire. [...] Le principe de la coordination ancré à l'art. 25a al. 1 LAT conduit également à imposer le même délai à tout opposant concerné par une procédure soumise à l'art. 12b LPN (= *interprétation systématique*).

Vu ce qui précède, le délai d'opposition prévu par le droit cantonal valaisan à l'art. 41 al. 1 LC n'est pas conforme au droit fédéral. L'art. 12b al. 1 LPN impose en effet que toute opposition soit déposée dans un délai d'au moins vingt jours.

Dispositif : Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce : 1. Le recours est admis et l'arrêt du Tribunal cantonal du 28 mars 2008 est annulé. L'affaire est renvoyée au Tribunal cantonal pour nouvelle décision au sens des considérants.

### 1.7.3 La prévisibilité du droit

Il fait partie de la sécurité du droit que celui-ci soit dans une certaine mesure cohérent et prévisible, afin que le simple citoyen puisse avoir au maximum confiance en la justice.

Cependant, la réalité montre que le droit n'est de loin pas toujours prévisible et que la réponse souvent correcte à une question juridique commence généralement par « ça dépend... ».

Il existe un adage ironisant les avis des juristes concernant une question juridique donnée, il s'exprime comme suit :

« *Deux juristes, trois opinions* »

Auteur inconnu

Si cet adage est cité dans ce cours, ce n'est aucunement dans l'intention de vouloir décrédibiliser les juristes (du droit de la construction), mais plutôt dans le but de vouloir souligner que les questions juridiques, quels que soient les domaines du droit concernés, débouchent sur des décisions judiciaires ne faisant pas l'unanimité au sein même des juges devant statuer sur le fond du litige. Le droit n'est en soi pas compliqué, mais peu en revanche s'avérer être complexe et chaque cas d'espèce comporte des circonstances différentes.

L'exemple suivant illustre ce fait. Lors de la demande d'autorisation de construire, le permis de construire a tout d'abord été accordé par la préfecture, puis rejeté par le tribunal de 1<sup>ère</sup> instance. Ce rejet a été confirmé par le tribunal de 2<sup>ème</sup> instance et finalement, à trois juges contre deux, le permis a finalement été accordé par le Tribunal fédéral.

#### Exemple – Arrêt non-publié du 9 décembre 2015 (1C\_49/2015)

Extrait de l'arrêt :

**Faits :**

A. Le 7 juin 2013, la Préfecture du Jura Bernois a autorisé la construction, par Swisscom (Suisse) SA, d'une installation de téléphonie mobile sur la parcelle n° 1219 de la commune de Courtelary (appartenant aux CFF), à l'ouest de l'esplanade de la gare. L'ouvrage comporte un mât de 25 m de hauteur doté de six antennes UMTS et une cabine de 4,38 m de long et 2,8 m de haut. Dans sa décision globale, la Préfecture a écarté les oppositions formées notamment par A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, la famille D.\_\_\_\_\_, ainsi que par la Municipalité de Courtelary, considérant que les valeurs limites de l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI, RS 814.710) étaient respectées. Le projet était situé dans une zone d'habitation et d'artisanat, à proximité immédiate des voies et pylônes CFF et d'un silo imposant qui dépréciait déjà fortement le paysage. [...]

B. Par décision du 24 février 2014, après avoir procédé à une inspection locale, la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du canton de Berne (TTE) admis le recours formé par les opposants précités et par la Municipalité, a annulé la décision du 7 juin 2013 et a rejeté la demande de permis de construire. [...]

C. Par jugement du 5 décembre 2014, la Cour des affaires de langue française du Tribunal administratif du canton de Berne a rejeté le recours formé par Swisscom (Suisse) SA contre cette décision. Swisscom recourt au Tribunal fédéral.

[Considérants en droit 1. à 5]

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1. Le recours [ndlr : de Swisscom] est admis.** L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à la Cour des affaires de langue française du Tribunal administratif du canton de Berne pour nouvelle décision au sens des considérants.

Extrait de l'article www.arcinfo.ch du 09.12.2015 :

« Le Tribunal fédéral a levé mercredi le veto des autorités cantonales bernoises sur la construction d'une antenne de téléphonie mobile à Courtelary. Il a renvoyé le dossier à la Cour des affaires de langue française du Tribunal administratif bernois.

La saga liée à la construction d'une antenne de téléphonie mobile à Courtelary (BE) se poursuit. Le Tribunal fédéral (TF) a levé le veto des autorités cantonales bernoises.

Il a renvoyé le dossier à la Cour des affaires de langue française du Tribunal administratif bernois. En première instance, la Préfecture du Jura bernois avait donné son feu vert à l'érection de ce mât de 25 mètres de haut flanqué de six antennes UMTS.

Par la suite, la Direction des travaux publics du canton de Berne avait admis le recours d'habitants de Courtelary et rejeté la demande de permis de construire de Swisscom. Selon elle, l'intérêt à la protection du site et du paysage devait l'emporter sur le développement du réseau mobile.

Après avoir été confirmée par les magistrats du Tribunal administratif bernois, son appréciation a été rejetée par les juges fédéraux. En séance publique, la 1ère cour de droit public du TF a décidé mercredi, à une majorité de trois voix contre deux, d'accepter un recours de Swisscom.

Les trois juges majoritaires n'ont pas partagé l'appréciation des autorités bernoises concernant l'application de la clause d'esthétique imposée par la législation bernoise sur les constructions.

Le second exemple provient de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). À la CEDH, les cas les plus complexes sont du ressort de la Grande Chambre, qui est composée du Président de la Cour, des vice-présidents, des présidents des sections ainsi que du juge national et de juges tirés au sort. Il y a dix-sept juges au total.

L'exemple ci-dessous illustre un cas de jugement à 9 voix contre 8 (recours rejeté).

**Exemple – Arrêt CEDH Correia de Matos c. Portugal (requête no 56402/12)**

L'obligation d'être représenté par un avocat dans une procédure pénale est compatible avec les droits de la défense Dans son arrêt de Grande Chambre1, rendu ce jour dans l'affaire Correia de Matos c. Portugal (requête n o 56402/12), la Cour européenne des droits de l'homme dit, par neuf voix contre huit, qu'il y a eu :

Non-violation de l'article 6 § 1 et 3 let. c (droit à un procès équitable / droit de se défendre soi-même) de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'affaire concerne une procédure pénale ouverte contre le requérant, un avocat de formation, pour outrage à magistrat, et l'impossibilité qu'il se défende seul dans le cadre de cette procédure, les juridictions internes exigeant qu'il soit représenté par un avocat.

La Cour observe que la décision des juridictions portugaises d'imposer au requérant l'obligation d'être représenté par un défenseur résultait d'une législation complète visant à protéger les accusés en leur garantissant une défense effective dans les affaires où une peine privative de liberté pouvait être infligée. La règle portugaise relative à l'obligation d'être représenté par un avocat dans une procédure pénale vise essentiellement à garantir une bonne administration de la justice et un procès équitable respectant le droit de l'accusé à l'égalité des armes.

En ce qui concerne l'équité globale du procès, la Cour n'aperçoit aucune raison convaincante de douter que la défense du requérant par une avocate commise d'office n'ait pas été assurée convenablement ou de considérer que la conduite de la procédure par les juridictions nationales ait été d'une quelconque manière inéquitable.

Finalement, pour continuer sur l'adage « deux juristes, trois avis », il est évident que si les juges doivent évidemment appliquer le droit et ne peuvent être qu'impartiaux, cela n'est pas le cas des avocats et juristes défendant l'une des parties. En effet, ceci peut sembler trivial, mais il semble peut-être nécessaire de le mentionner au moins une fois dans ce cours.

Dans un litige, les juristes et avocats sont mandatés (payés) par les parties qui les engagent et par conséquent, tous les arguments soulevés ont pour but de défendre leur client et enfoncer la partie adverse. L'avocat est une mandataire au sens juridique du terme (c'est un mandat au sens des art. 394 ss CO), il a donc un devoir de bonne et fidèle exécution de son mandat envers son mandant et n'a aucune obligation de rechercher la justice, ceci étant l'affaire du juge. Néanmoins, l'avocat doit pouvoir correctement conseiller son client des chances de succès du procès.

Un avocat diligent pourra cependant tenter de trouver un accord à l'amiable si cela est envisageable afin de sauvegarder au mieux les intérêts de son client si les circonstances du cas d'espèce rendent possible une telle issue. Le code éthique des avocats encourage d'ailleurs cette façon de faire.

Il s'ensuit que dans un litige entre deux parties, il y aura au minimum « deux juristes, deux avis ». Si cette précision est apportée ici, c'est qu'en général, lors d'un conflit dans l'organisation classique « Maître de l'ouvrage – Entrepreneur – Ingénieur », ce sont encore souvent uniquement les deux premiers nommés qui se défendent tôt avec des avocats, l'ingénieur attend généralement d'être personnellement incriminé pour – enfin – se résigner à prendre un avocat.

A notre sens, cet attentisme de la part de l'ingénieur peut lui être préjudiciable dans la mesure ou tout litige, même s'il est à la base uniquement entre le Maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, peut déboucher sur l'avis (juridique) que l'ingénieur (en tant que concepteur ou directeur des travaux) doit également assumer une part de responsabilité.

## 1.8 L'organisation de l'Etat

### 1.8.1 La séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est l'un des principes fondamentaux de la démocratie. Les trois pouvoirs sont séparés à tous les niveaux de l'Etat. Ce qui vaut pour la Confédération vaut aussi pour les cantons et les communes, le but étant toujours d'empêcher la concentration du pouvoir entre quelques personnes ou institutions et de prévenir les abus.

Le pouvoir de l'État est réparti entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Une personne ne peut appartenir qu'à un des trois pouvoirs étatiques à la fois. La Suisse a instauré la séparation des pouvoirs lors de la création de l'État fédéral en 1848.

**Le pouvoir exécutif** (Conseil fédéral et administration fédérale) : la mise en œuvre des lois

Le Conseil fédéral est le gouvernement de la Suisse. Il gère les affaires courantes et met en œuvre les lois adoptées par le Parlement. Chacun des sept membres du Conseil fédéral dirige un département. Avec la Chancellerie fédérale, les sept départements forment ensemble l'administration fédérale.

**Le pouvoir législatif** (Conseil des Etats et Conseil national) : l'élaboration des lois

Le parlement est composé du Conseil national et du Conseil des États. Les deux conseils sont sur un pied d'égalité et forment ensemble l'Assemblée fédérale, initialement appelée « l'autorité suprême de la Confédération » selon la Constitution fédérale de 1848. Le Parlement élabore des lois et surveille la gestion du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral.

**Le pouvoir judiciaire** (quatre tribunaux) : administration de la justice.

Le Tribunal fédéral est la Cour suprême de la Suisse. Il veille à l'application uniforme du droit et protège les droits des citoyens. En outre, en tant qu'autorité suprême, il tranche les litiges entre les citoyens et l'Etat ainsi qu'entre la Confédération et les cantons.

### 1.8.2 Les tribunaux de la Confédération

La figure 1 ci-dessous illustre les voies de droit et les principaux tribunaux étatiques selon le système juridique suisse. Le principe de la double instance cantonale avant d'aller au Tribunal fédéral est généralement la règle (art. 80 LTF).

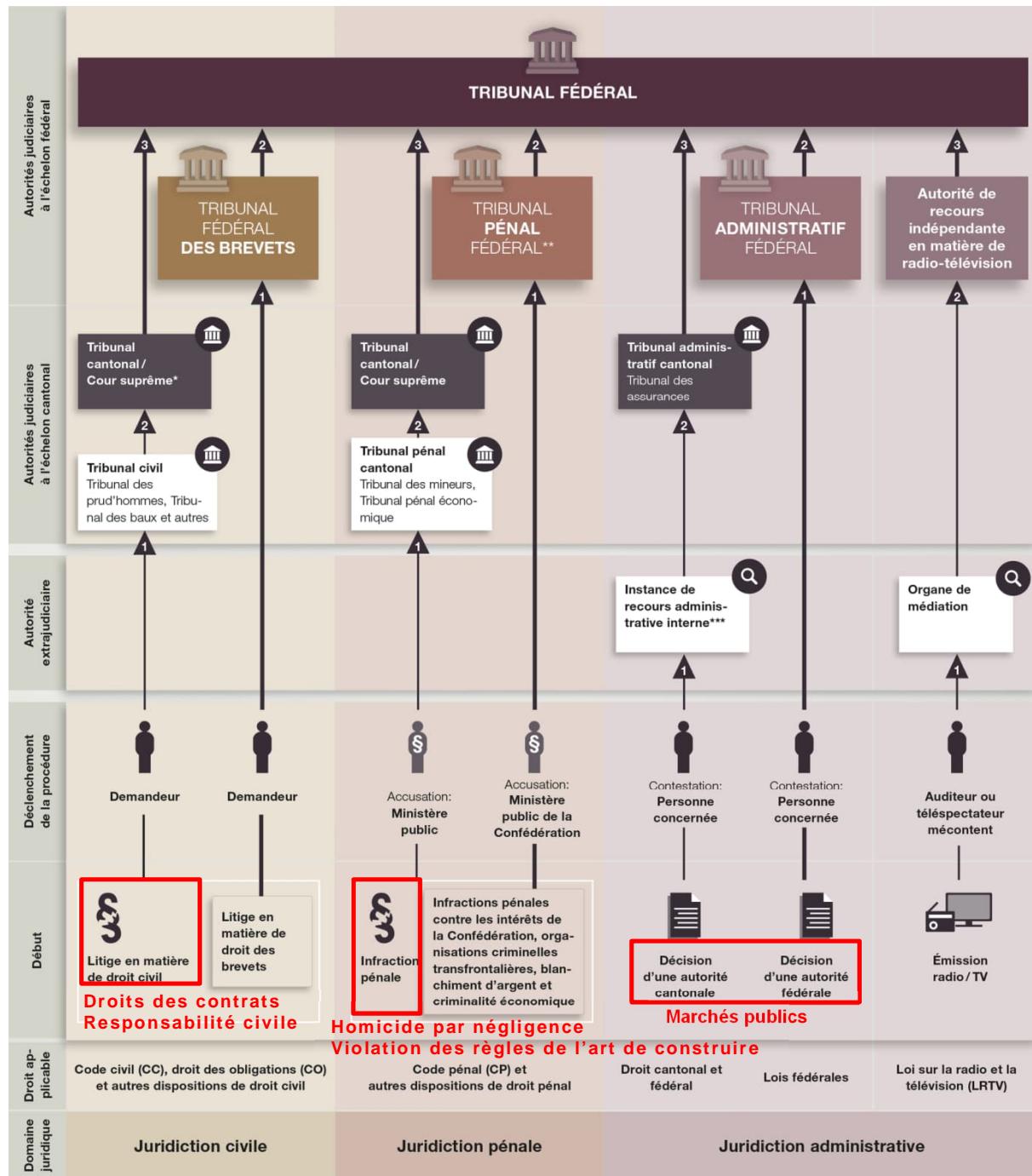


Figure 1 : Les voies de droit qui caractérisent le système juridique suisse<sup>10</sup>.  
(En rouge et encadrées, les voies pertinentes en matière de droit de la construction)

#### Le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral constitue la plus haute autorité judiciaire de la Suisse. Il statue en dernière instance sur tous les recours dirigés contre les décisions des tribunaux suprêmes cantonaux,

<sup>10</sup> <https://www.ch.ch/fr/democratie/federalisme/la-separation-des-pouvoirs/les-tribunaux-de-la-suisse/>

du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets. Par ses décisions, le Tribunal fédéral veille à l'application correcte du droit fédéral dans les cas d'espèce et à la protection des droits constitutionnels du citoyen. En tant qu'autorité de dernière instance, le Tribunal fédéral est appelé à statuer dans presque tous les domaines du droit. Sur recours des personnes concernées, il examine si le droit a été correctement appliqué dans la décision attaquée. Par ses décisions, le Tribunal fédéral garantit l'application uniforme du droit fédéral dans tout le pays. Ses décisions contribuent au développement du droit et à son adaptation aux situations nouvelles. Les autres tribunaux ainsi que les autorités administratives se conforment à la jurisprudence du Tribunal fédéral et en reprennent les principes. La procédure devant le Tribunal fédéral se déroule par voie écrite. Il n'y a pas de débats avec audition des parties et des témoins ou plaideoirie des avocats. Pour rendre sa décision, le Tribunal fédéral se fonde sur les faits tels qu'ils ont été constatés par les instances inférieures et tels qu'ils ressortent du dossier. Si le Tribunal fédéral parvient à la conclusion qu'un tribunal inférieur n'a pas rendu une décision correcte, il annule la décision attaquée et, le cas échéant, renvoie l'affaire à l'instance précédente pour nouvel examen. À côté de son activité de Cour suprême, le Tribunal fédéral exerce la surveillance administrative sur le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral des brevets.

Le Tribunal fédéral a son siège à Lausanne et possède sept cours compétentes chacune dans des domaines juridiques spécifiques. Il y a deux Cours de droit public, deux Cours de droit civil, une Cour de droit pénal et deux Cours de droit social ; les deux dernières Cours se trouvent sur le site de Lucerne. Le Secrétariat général est chargé des tâches administratives du Tribunal. Les 38 juges du Tribunal fédéral sont élus pour six ans par l'Assemblée fédérale (Conseil national et Conseil des États) sur proposition de la Commission judiciaire du Parlement. Cette élection suit des critères de compétence et de représentation équitable des langues, des régions et des partis politiques. Les juges fédéraux peuvent se représenter indéfiniment ; la limite d'âge est fixée à 68 ans. L'Assemblée fédérale élit le président et le vice-président du Tribunal fédéral parmi les juges ordinaires. S'ajoutent 19 juges suppléants également actifs au Tribunal fédéral. En outre, environ 280 postes de travail sont occupés par des greffiers et d'autres collaborateurs.

#### Le Tribunal pénal fédéral

Le Tribunal pénal fédéral (siège à Bellinzone) juge les affaires qui, en raison de leur objet ou de leur importance spécifique, sont soumises à la juridiction fédérale. Il statue en outre sur les recours visant tant les décisions des autorités de poursuite pénale fédérales que celles rendues en matière d'entraide judiciaire, de même qu'en cas de conflits de compétences.

#### Le Tribunal administratif fédéral

Le Tribunal administratif fédéral (TAF, siège à St-Gall) connaît des recours contre des décisions rendues par les services de l'administration fédérale. Avec un volume moyen de 7500 affaires liquidées par an touchant à tous les domaines de la vie, il est le plus grand tribunal de Suisse.

#### Le Tribunal fédéral des brevets

Le Tribunal fédéral des brevets (siège aussi à St-Gall) connaît des litiges de droit civil relatifs aux brevets, en particulier des actions en contrefaçon et des actions en nullité. Le recours à des juges de formation technique conduit à des procédures relativement rapides et peu onéreuses.

### **1.8.3 Les arrêts du Tribunal fédéral**

Toute décision du Tribunal fédéral produit un arrêt. Ces décisions ont une grande importance puisqu'elles constituent l'essentiel de la jurisprudence suisse en clarifiant et en donnant la juste interprétation du droit national ou éventuellement en dénonçant une lacune existante.

Pour rendre ses décisions, le Tribunal procède par la méthode du syllogisme judiciaire. Un arrêt du Tribunal se compose de deux parties distinctes : dans la première partie on assiste à un récapitulatif des faits et des procédures judiciaires antérieures ; la seconde partie fait

place au raisonnement lui-même qui commence par la majeure, le rappel des bases légales existantes, leur interprétation dans la doctrine ou selon la volonté du législateur, puis par la mineure qui consiste à comparer ce qui était énoncé dans la majeure avec les faits. La conclusion vient clore cette analyse en donnant la décision finale.

Le système de classement et de numérotation d'un arrêt repose sur quatre parties<sup>11</sup>:

## ATF 126 IV 186

1. ATF désigne la juridiction. Dans le cas présent *Arrêt du Tribunal Fédéral (BGE* en allemand et *DTF* en italien)
2. 126 désigne la date selon le système 1874+ x = année. Dans le cas présent, 1874 + 126 = 2000
3. IV est la classification selon le domaine de droit:
  - I Droit constitutionnel
  - II Droit administratif
  - III Droit civil, poursuite et faillite
  - IV Droit pénal et exécution de peine
  - V Droit des assurances sociales
4. 186 est le numéro de page où se situe l'arrêt (dans le Recueil officiel).

Les arrêts principaux sont publiés dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral dans la langue dans laquelle ils ont été rendus. Les arrêts publiés (commençant par ATF) sont les plus importants, un avocat doit les connaître, à tout le moins dans son domaine de prédilection. Pour avoir la version traduite en français d'arrêts rendus en allemand ou en italien, il faut se référer à diverses revues spécialisées comme le Journal des Tribunaux (JdT) ou la Semaine judiciaire (SJ). Les arrêts publiés et non publiés au Recueil officiel peuvent être consultés sur la [banque de données en ligne du Tribunal fédéral](#).

Les arrêts des tribunaux cantonaux sont en général également mis à disposition librement sur les sites internet des cantons concernés.

### 1.8.4 Le jugement

Les arrêts des tribunaux sont parfois fastidieux à lire, mais lorsqu'ils sont bien rédigés, c'est-à-dire, à mon avis lorsqu'ils parviennent à être accessibles aux non-juristes, ils représentent une source didactique excellente, y compris pour les ingénieurs soucieux de vouloir comprendre le droit et le raisonnement juridique ayant conduit les juges à prendre telle ou telle décision.

---

<sup>11</sup> [https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal\\_fédéral\\_\(Suisse\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal_fédéral_(Suisse)) – consulté le 14 septembre 2020.

Les jugements obéissent tous à une même structure de base, qui les différencie en quatre parties, selon un ordre logique.

(1) Histoire procédurale

La première partie concerne le déroulement qu'a parcouru la procédure jusqu'au moment du jugement. C'est une histoire qui est racontée. Elle décrit les diverses démarches et opérations à l'issue desquelles le juge va statuer. Cette partie est appelée ici histoire procédurale

(2) Faits

Suit l'analyse des faits, dont la survenance a été à l'origine du litige. C'est aussi une histoire qui est racontée, qui a pour référence une succession d'évènements réels, qui sera appelée récit factuel.

Récit procédural et récit factuel constituent ensemble la première partie de l'histoire judiciaire.

(3) Considérants en droits

Vient la partie juridique, les considérants en droit, qui motivent la solution apportée à l'affaire par l'ordre juridique. Ils établissent la norme particulière servant à régler le litige en relation avec la norme générale. Le juge raconte ici sa lecture des textes normatifs.

(4) Le dispositif

Enfin, le dispositif contient l'énoncé du droit reconnu ou de l'obligation imposée à l'une de parties au procès à l'égard de l'autre. Le dispositif est le but et l'aboutissement de l'histoire procédurale, il la clôt.

Cette structure est la plus simple. Le dispositif est toujours exposé en dernier. Le plus souvent, l'exposé des faits précède celui de la procédure, suivant un ordre chronologique. Il n'est pas rare non plus qu'un fait soit exposé dans les considérants en droit, parce que c'est là qu'il est directement utilisé à la compréhension de l'argumentation de l'action juridique.

En général, les cours suprêmes, par exemple le Tribunal fédéral, ne développent guère l'histoire factuelle.

Le texte du jugement peut toujours s'analyser comme le récit d'une histoire, et cette histoire est toujours découpée selon ce schéma quaternaire.

L'histoire de l'affaire (la cause, dit-on) doit être reconstituée à partir des récits qui en sont faits. Il importe en dernier lieu de préciser que ce schéma reproduit la logique du récit judiciaire et non pas la chronologie de la démarche suivie pour aboutir au dispositif. Le tout prend dès lors bien la figure d'un syllogisme judiciaire dans sa forme la plus orthodoxe.

Dans la pratique, la démarche est en réalité toute différente : elle se fait par approximations successives. Une première analyse de la situation donne une première version de l'histoire qui va permettre de rechercher le texte normatif. Sur cette base commence le travail de production de la norme particulière/individuelle dont la signification correspondrait à l'histoire. Le cas échéant, la démarche sera répétée en recourant à une autre référence normative. Le travail étant accompli, le juge passera à la rédaction de son jugement.

## 2 L'organisation et les phases d'un projet

### 2.1 Le type de construction

Les constructions auxquelles l'ingénieur civil pourra être confronté dans sa vie professionnelle appartiennent en général à l'une des catégories suivantes :

Bâtiment : villa individuelle, propriété par étages (PPE), halle industrielle, rénovation de bâtiments existants, salle de gymnastique, etc.

Génie civil : routes, ponts, tunnels, barrages, tranchées couvertes, travaux spéciaux, etc.

Cette séparation n'est, du point de vue juridique à tout le moins, sans importance fondamentale, puisque ce sont les mêmes règles de droit qui régissent ces deux types de constructions. D'ailleurs, dans certains projets, les deux domaines s'entremêlent, se chevauchent ou se suivent chronologiquement : gare, centrale hydroélectrique souterraine, aéroport.

Le **gros œuvre** peut être défini comme tout ce qui est nécessaire pour la structure porteuse de l'ouvrage (béton armé, béton de masse, construction métallique, etc.) mais aussi tous les travaux préalables nécessaires (terrassement, excavation, démolition). Ce sont, de manière un peu simpliste, les gros travaux, ou les travaux importants ou principaux.

Le **second œuvre** comprend les travaux qui sont accessoires au gros œuvre et qui, à contrario, n'ont pas de rôle porteur dans la structure. Il s'agit principalement des équipements de la structure de gros œuvre (lumière, porte, tubes, peinture, serrurerie, etc.).

Il convient également de citer un domaine important dans la construction, surtout en bâtiment, il s'agit du **CVSE** (Chauffage – Ventilation – Sanitaire – Electricité), qui est hors de la compétence de l'ingénieur ou de l'architecte mais pour lequel une coordination accrue est indispensable dès le début d'un projet de construction.

Les différences fondamentales suivantes peuvent être relevées selon qu'il s'agisse de gros œuvre ou de second œuvre:

- Les organisations de projets sont différentes (en bâtiment, le pilotage du projet est en général du ressort de l'architecte, qui assume également le pilotage du second œuvre) tandis qu'en génie civil, le pilotage est du ressort de l'ingénieur civil (et souvent, il n'y a pas d'architecte dans le projet et le pilotage de l'éventuel second œuvre n'est pas toujours assuré par l'ingénieur, mais par le maître de l'ouvrage).
- Les normes professionnelles privées différentes qui s'appliquent (pour autant qu'elles aient été intégrées dans le contrat).
- Chronologiquement, le second œuvre suit le gros œuvre.
- Les travaux de second œuvre sont généralement assurés par un nombre important d'entreprises (parfois plus d'une dizaine) tandis que le gros œuvre peut être l'œuvre de deux ou trois entreprises seulement (consortium), voire d'une seule.

### 2.2 Les parties

#### 2.2.1 Le maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage (communément appelé le MO) est la personne (physique ou morale, de droit privé ou de droit public) qui :

- (1) commande un ouvrage à une autre personne (l'entrepreneur),
- (2) réceptionne l'ouvrage et
- (3) en paie le prix.

Les fonctions et prérogatives principales du maître de l'ouvrage sont :

- ✓ Définir le cahier des charges de l'ouvrage et fixer les délais d'exécution ;
- ✓ Arrêter le budget, réunir et gérer les moyens financiers nécessaires à la réalisation du projet ;
- ✓ Mettre à disposition le terrain sur lequel la construction prendra place ;
- ✓ Définir le modèle d'organisation applicable (classique, entreprise générale, entreprise totale) ;
- ✓ Adjuger les prestations de services aux mandataires qui planifieront et dirigeront la réalisation de l'ouvrage ;
- ✓ Adjuger les travaux aux entreprises qui exécuteront l'ouvrage, en général sous la direction des mandataires à qui il aura délégué la direction des travaux :
- ✓ Dicter en dernier recours les choix techniques, de planning et financiers ;
- ✓ Prendre la livraison (ou faire la réception, le terme est équivalent) de l'ouvrage ;
- ✓ Être le bénéficiaire des garanties remises par les entreprises ;
- ✓ Exploiter l'ouvrage en propre, le louer ou le revendre.

Le MO est donc un acteur central du projet. Toute personne jouissant des droits civils peut être MO. Il n'existe aucune qualification particulière requise par la loi pour assumer ce rôle, ni aucune formation spécifique.

Le MO peut être un sujet de droit public (communes, cantons, Confédération, entreprises parapubliques) ou privé (particuliers, sociétés de capitaux, fondations, coopératives, etc.). La distinction importe peu en matière contractuelle : les contrats d'ingénieurs ou contrats de construction signés par un MO, qu'il soit public ou privé, se basent sur les mêmes règles (voir § 1.4.1). C'est dans le domaine de la procédure de passation de marchés (concours, mandat d'études parallèles ou appel d'offres) que les règles sont différentes. Un MO public devra se soumettre à la législation sur les marchés publics tandis qu'un MO privé aura le libre choix de la procédure qu'il entend suivre pour adjuger les marchés nécessaires à la réalisation de l'ouvrage.

La SIA 103 ne donne aucune définition de ce qu'est le maître de l'ouvrage. La norme SIA 118 est presque tout aussi avare en définitions, mais mentionne tout de même à l'art. 2 al. 2 que « *celui qui commande l'ouvrage est le maître* ». Du point de vue des marchés publics, le maître de l'ouvrage est défini par exemple au règlement SIA 144 « Règlement des appels d'offres de prestations d'ingénierie et d'architecture » qui mentionne dans ses définitions que le terme « *maître de l'ouvrage* » désigne l'entité qui organise le processus de mise en concurrence et adjuge le marché.

La norme française NF P 03-001(décembre 2000) désigne le maître de l'ouvrage comme « *personne physique ou morale, désignée par ce terme dans les documents du marché et pour le compte de qui les travaux ou ouvrages sont exécutés* »

## 2.2.2 L'ingénieur

L'ingénieur est la personne (physique ou morale) à qui le maître de l'ouvrage confie le soin de réaliser les prestations d'études et de direction générale des travaux nécessaires à la conception et à la réalisation d'un ouvrage.

L'ingénieur est souvent appelé le mandataire, au même titre que les autres intervenants offrant des prestations de services (c'est-à-dire des prestations intellectuelles uniquement, pas de fourniture, pas d'ouvrage, cf. § 2.2.7).

Du point de vue juridique, cette appellation de « mandataire » n'est pas adéquate. En effet, le terme « mandataire » laisse penser, à tort, que le contrat passé entre un maître de l'ouvrage

et son mandataire relève du (contrat de) mandat. Il n'en est rien. Des prestations de l'ingénieur mandataire peuvent tout autant relever du contrat d'entreprise (par exemple l'établissement de plan d'armature) que du contrat de mandat (comme par exemple la direction des travaux). La distinction entre ces deux types de qualification de contrat sera vue plus loin, au § 8.3.

En France, l'ingénieur est généralement appelé le maître d'œuvre (ou la maîtrise d'ouvrage), dénomination qui peut créer une confusion avec le terme de maître de l'ouvrage. La norme française NF P 03-001 (décembre 2000) définit comme suit le **maître d'œuvre** :

« pour la partie relative au marché de travaux, personne physique ou morale qui, pour sa compétence, peut être chargée par le maître de l'ouvrage :

- de l'assister pour la consultation des entreprises et pour la conclusion du ou des marchés avec le ou les entrepreneurs ;
- de diriger l'exécution du ou des marchés de travaux ;
- d'assister le maître de l'ouvrage pour la réception des ouvrages et le règlement des comptes avec les entrepreneurs »

Au sens du règlement SIA 103, la mission et position de l'ingénieur est définie comme suit :

Art. 2 SIA 103 (2014) - Mission et position de l'ingénieur	
2.1	
Activité de l'ingénieur	.1 L'ingénieur fournit des prestations intellectuelles dans le cadre du cycle de vie des ouvrages (phases, voir art. 3.2.1).
	.2 Par ouvrage, on désigne une partie d'un projet de construction qui est clairement identifiable. Un projet de construction peut se composer d'un ou de plusieurs ouvrages. Un ouvrage se compose en général de plusieurs éléments.
	.3 L'ingénieur assume des tâches dans les domaines suivants: <ul style="list-style-type: none"><li>- direction générale de projet,</li><li>- études et suivi des travaux relevant de son domaine propre,</li><li>- direction des travaux.</li></ul>
	.4 Dans les projets d'infrastructures, le mandat de l'ingénieur comprend en général à la fois la direction générale du projet, les études et le suivi des travaux relevant de son domaine propre, et la direction des travaux. Dans les projets de construction d'une grande complexité ou ampleur, le mandant peut attribuer des mandats séparés.
	.5 Outre les tâches décrites à l'art. 2.1.3, l'ingénieur peut aussi assumer des prestations et mandats relevant de la maîtrise d'ouvrage. Ces tâches sont à convenir spécifiquement.

### 2.2.3 La direction des travaux

La direction des travaux est la ou les personnes physiques ou morales chargées de représenter le maître dans ses rapports avec l'entrepreneur et les autres intervenants (mandataires ou entreprises tierces) impliqués dans la réalisation de l'ouvrage. Cette prestation est en général assumée par un architecte pour le bâtiment et par un ingénieur civil pour un ouvrage de génie civil.

La norme SIA 118 contient un article très important qui règle les pouvoirs de la direction des travaux. Le processus d'élaboration de la norme SIA 118 a mis autour de la table non seulement des ingénieurs, mais aussi des entrepreneurs, des maîtres de l'ouvrage et des juristes. L'art. 33 SIA 118 est l'un des articles favorables à l'entrepreneur, qui n'a qu'à se soucier des instructions données par la direction des travaux et n'a pas besoin de confirmation ni par le maître, ni par l'auteur du projet, ni par qui d'autre que ce soit.

### Art. 33 SIA 118

Désignation et pouvoirs	<p>1 Le maître peut désigner une ou plusieurs personnes pour assumer la direction des travaux.</p> <p>2 A moins que les pouvoirs de représentation de la direction des travaux ne soient expressément limités dans le texte du contrat, la direction des travaux représente le maître dans ses rapports avec l'entrepreneur; le maître est lié par tous les actes de la direction des travaux relatifs à l'ouvrage, notamment par les ordres, les commandes, les confirmations et les remises de plans; la direction des travaux reçoit pour le maître les communications et déclarations de l'entrepreneur.</p> <p>3 En l'absence de direction des travaux, les dispositions de la présente norme s'y rapportant s'appliquent directement au maître.</p> <p>4 L'entrepreneur ne peut être chargé de compétences que la présente norme confère à la direction des travaux (par ex. en cas de contrat d'entreprise générale) que si le contrat le prévoit expressément (art. 21 al. 3).</p>
-------------------------	--

Ce pouvoir de la direction des travaux ne comprend cependant pas la compétence d'engager financièrement le maître de l'ouvrage, à moins que ceci soit stipulé dans le contrat de construction et dans le contrat de direction des travaux (par exemple : la direction des travaux a une compétence financière limitée à 5'000 CHF).

**La direction générale des travaux (DGT)** représente le maître vis-à-vis des autorités publiques, des participants à la construction et des tiers dans un cadre qui est défini par le maître de l'ouvrage. Dans ce rôle, elle coordonne les activités des auteurs de projet et des directions locales des travaux (sur des grands chantiers, il peut y avoir plusieurs lots ou plusieurs parties d'ouvrage séparées qui bénéficient chacun ou chacune d'une direction locale des travaux propre). La direction générale des travaux est la direction suprême de l'exécution des travaux (art. 2.3.3 SIA 103). Le maître de l'ouvrage peut confier cette tâche à l'ingénieur ou au groupement d'ingénieurs déjà actif dans la phase d'études. Il est cependant libre de confier la DGT à un autre ingénieur, voire d'assurer lui-même cette fonction.

**La direction locale des travaux (DLT)** représente le maître sur le chantier pendant la construction. Elle peut être confiée à l'ingénieur assurant déjà la DGT, ou à un autre ingénieur. La DLT veille en particulier à la concordance entre le projet d'exécution (phase 51) et l'exécution proprement dite, définit les mesures à prendre en cas d'écart entre le projet d'exécution et les conditions effectivement rencontrées, calcule les mètres avec l'entreprise, etc.

Les tâches générales sont décrites à l'art. 2.5 du règlement SIA 103 et les compétences de la direction des travaux sont explicitées à l'art. 34 de la norme SIA 118.

### Art. 2.5 SIA 103

Tâches de l'Ingénieur entant que directeur des travaux	<p><sup>1</sup> Le directeur des travaux représente le maître d'ouvrage ou le mandant vis-à-vis vis des entreprises et des fournisseurs.</p> <p>La direction des travaux dirige, coordonne et surveille les travaux sur le chantier sous l'angle de la qualité, des délais et des coûts dans le cadre des compétences et de la responsabilité qui lui sont octroyées. Durant l'exécution des travaux, elle concentre ses contrôles sur les points essentiels.</p> <p><sup>2</sup> La direction générale des travaux comprend les tâches contractuelles, organisationnelles et administratives.</p> <p><sup>3</sup> La direction technique des travaux comprend la direction et la surveillance techniques des travaux sur le chantier.</p> <p>Elle fait partie de la direction des travaux.</p>
--	---

#### Art. 34 SIA 118

##### Compétences

<sup>1</sup> A moins que le contrat ne prescrive autre chose, la direction des travaux est en particulier chargée de remettre les plans, de surveiller l'exécution des travaux, de contrôler les comptes et de vérifier l'ouvrage.

<sup>2</sup> La direction a le droit de surveiller tous les travaux contractuels de l'entrepreneur, même en dehors du chantier.

<sup>3</sup> La direction est responsable de la coordination des travaux entre tous les entrepreneurs; elle tient compte à cet égard du temps de préparation dont ils ont besoin.

L'art. 4.3.52 - *Exécution de l'ouvrage* - du règlement SIA 103 décrit de manière détaillée les prestations de la direction générale des travaux (directeur général des travaux) et de la direction locale des travaux (directeur des travaux). Cette liste représente probablement *les règles de l'art* en matière de direction des travaux. Le maître de l'ouvrage et l'ingénieur peuvent cependant convenir d'autres prestations, que ce soit les prestations à convenir spécifiquement proposées dans la colonne tout à droite de l'art. 4.3.52 ou d'autres prestations non décrites dans le règlement SIA 103 (principe de la liberté contractuelle).

#### 2.2.4 L'expert

L'ordre juridique suisse ne donne pratiquement pas de définition de l'expert, dès lors son activité n'est ni réglementée, ni soumise à un monopole total ou même partiel. **L'expert est ainsi celui qui est spécialisé dans un domaine et qui, de ce fait, en a des connaissances supérieures à la moyenne.** En d'autres termes, n'importe qui peut se présenter comme expert et cette affirmation suffira aussi longtemps que les tiers qui le mandatent en sont convaincus et lui font confiance.

Le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 précise que l'expertise est l'un des moyens de preuve dans un litige de nature civile (art. 168 al. 1 let. d CPC). Toutefois, le CPC ne fournit - heureusement - pas de définition précise de ce qu'est un expert. Une série d'articles régissent l'expertise dite judiciaire (art. 183 – 189 CPC). L'on peut citer notamment que les motifs de récusation des magistrats et des fonctionnaires judiciaires sont applicables aux experts (art. 183 al. 2 CPC, qui renvoie à l'art. 47 CPC). En effet, un expert doit, en plus de ses compétences techniques reconnues par la profession, être **neutre et indépendant** afin de permettre une **expertise honnête et loyale**. L'art. 307 du Code pénal réprime le faux rapport d'expertise et le faux témoignage.

Le souci de neutralité et d'indépendance gagne en importance et la lutte contre les conflits d'intérêts est devenue un souci majeur dans tous types de procédure, parfois peut-être même au détriment des qualités intrinsèques de l'expert.

Le droit de la construction est le domaine où les juristes, qu'ils soient avocats, juges ou conseils, ne sont généralement pas compétents pour juger des éléments techniques, c'est-à-dire des « faits », par opposition au « droit ».

L'adage « *jura novit curia* » exprime un principe bien connu : c'est le juge qui applique le droit et l'expert ne peut en conséquence se prononcer que sur des questions de fait. Si le principe n'est pas remis en cause, la réalité pratique est, à plusieurs égards, bien plus nuancée.

Même lorsque l'on veut respecter la distinction entre le fait et le droit, la ligne de démarcation entre les deux n'est pas toujours facile à déterminer dans un cas concret. C'est ainsi que l'expert pourra en principe non seulement établir un constat de l'état actuel de l'ouvrage, mais aussi déterminer s'il présente des malfaçons au regard du standard de qualité généralement admis dans la profession concernée, expliciter l'origine technique des problèmes constatés, proposer des mesures de réparation et estimer le coût de leur réalisation.

Une même réalité appartient au domaine du fait ou du droit suivant l'optique dans laquelle on la considère. Par exemple, une « malfaçon » technique devient un « défaut » juridique par le

simple fait que le juge décide si l'ouvrage livré équivaut effectivement à une violation du contrat de construction. On mesure ainsi combien la question du fait et du droit peut être arbitraire.

Les types d'expertises les plus courants sont :

- 1) **L'expertise privée** : une expertise demeure privée aussi longtemps que son initiative n'est pas en main d'une autorité judiciaire ou autre. L'expertise privée résulte de la seule initiative d'une partie, sans besoin d'en avertir ni le juge, ni la ou les parties adverses. L'expertise est l'un des six moyens de preuve possibles selon l'art. 168 du Code de procédure civile (CPC), à côté des autres moyens que sont le témoignage, les titres, l'inspection, les renseignements écrits, l'interrogatoire et la déposition de partie. Le juge peut tout à fait s'écartier des conclusions d'une expertise privée, selon sa libre appréciation. En effet, il est tout à fait possible qu'une expertise privée soit exagérément emprunte de partialité au risque de perdre toute objectivité.
- 2) **L'expertise judiciaire** : une expertise judiciaire est une expertise ordonnée par la justice. Elle peut être ordonnée d'office par le juge, mais peut également être ordonnée à la requête d'une partie (art. 183 al. 1 CPC).  
Le tribunal instruit l'expert et lui soumet, par écrit ou de vive voix à l'audience, les questions soumises à expertise. Il donne aux parties l'occasion de s'exprimer sur les questions soumises à expertise et de proposer qu'elles soient modifiées ou complétées (art. 182 al. 1 et 2 CPC).  
L'expertise de preuve à futur et l'expertise arbitrage sont deux types d'expertises judiciaires qui seront étudiées en détail au Chapitre 12.
- 3) **L'expertise légale** est une expertise qui résulte de la loi.

#### **Exemple – Expertise de barrage**

Les concessionnaires de barrages ont l'obligation de faire établir tous les cinq ans une expertise de génie civil et de géologie attestant de la sécurité de l'ouvrage. L'exploitant veille à ce que des experts confirmés en génie civil et en géologie effectuent tous les cinq ans un examen approfondi de la sécurité des ouvrages d'accumulation (art. 18 de l'Ordonnance sur les ouvrages d'accumulation OSOA).

#### **2.2.5 Les autres mandataires**

Les autres mandataires potentiellement amenés à faire partie des intervenants sur un projet de construction sont mentionnés, sans plus d'approfondissement, dans la liste absolument non exhaustive suivante :

- L'architecte
- Le spécialiste environnement
- Le spécialiste en gestion des matériaux
- Le géomètre
- Le géologue ou géologue/géotechnicien
- Le coordonnateur sécurité
- Etc.

Dans les grands projets où l'ingénieur civil s'est vu confier également la direction générale de projet et la direction générale des travaux, la coordination technique et aussi administrative de tous les intervenants est en principe de sa responsabilité. L'étendue de cette tâche dans le travail quotidien de l'ingénieur peut s'avérer très importante.

## 2.2.6 Le BAMO

Le **bureau d'aide au maître de l'ouvrage** (BAMO - dénommé aussi bureau d'appui au maître de l'ouvrage ou encore bureau d'assistance au maître de l'ouvrage) s'occupe généralement de la gestion du projet du côté du maître de l'ouvrage (gestion de la qualité, des coûts, des délais, administrative, coordination avec les différents intervenants, etc.) et d'autres prestations peuvent bien sûr être convenues.

Dans des projets de complexité croissante, avec un nombre d'intervenants toujours plus grands, certains BAMO ont même récemment mis en avant de défendre les intérêts du maître de l'ouvrage face aux planificateurs (c'est-à-dire les ingénieurs...!), entreprises ou lors d'une procédure d'appel d'offres.

## 2.2.7 L'entreprise de construction

Ce sont les entreprises qui réalisent les travaux de construction, qu'il s'agisse du gros œuvre ou du second œuvre. Juridiquement, au sens de l'art. 363 CO, **l'entrepreneur est celui qui exécute l'ouvrage**. En gros œuvre par exemple, certaines entreprises peuvent offrir à elles seules les prestations nécessaires à la réalisation d'un ouvrage (pour une tranchée couverte par exemple : terrassement et travaux spéciaux, épuisement des eaux, béton armé, chaussée et revêtement) tandis que d'autres entreprises sont spécialisées dans un domaine technique particulier (démolition, sciage, forages, injections, etc.).

La norme française NF P 03-001 (décembre 2000) définit l'entrepreneur comme suit: « *personne physique ou morale, désignée par ce terme dans les documents du marché, qui a la charge de réaliser les travaux ou ouvrages aux conditions définies par ce marché* »

A l'inverse de l'ingénieur (ou selon le langage utilisé, le mandataire) dont le contrat qui le lie au maître de l'ouvrage peut être qualifié de contrat d'entreprise ou contrat de mandat en fonction de la nature de la prestation, le contrat de construction qui lie le maître de l'ouvrage et l'entreprise est un **contrat d'entreprise** au sens des art. 363 ss CO. Il convient toutefois de ne pas confondre le contrat d'entreprise avec un contrat de fourniture, pour lequel aucun travail n'est exécuté.

## 2.2.8 Le sous-traitant

Le sous-traitant est une personne physique ou morale qui effectue tout ou partie des prestations convenues contractuellement entre le maître de l'ouvrage et son co-contractant. Il peut s'agir autant d'un bureau d'ingénieurs que d'une entreprise de construction.

Du point de vue juridique, le sous-traitant n'est pas lié par contrat avec le maître de l'ouvrage, mais uniquement avec son co-contractant.

L'art. 29 al. 2 SIA 118 précise bien que « *dans l'exécution de ses travaux, le sous-traitant n'a de rapports contractuels qu'avec l'entrepreneur. Le recours à ses services reste sans influence sur les rapports entre le maître et l'entrepreneur. A l'égard du maître, l'entrepreneur répond du travail exécuté par le sous-traitant comme de son propre travail ; l'al. 5 demeure réservé.* »

L'alinéa 5 concerne le cas où le maître de l'ouvrage impose un sous-traitant à une entreprise et que ce sous-traitant exécute les travaux de manière défectueuse malgré une instruction et une surveillance correcte de la part de l'entrepreneur. La notion de sous-traitant sera revue au sous-chapitre 7.2.3.

## 2.2.9 Le consortium

Un consortium est une communauté de travail, organisée sous la forme d'une société simple au sens des art. 530 ss CO. La définition de la société simple est donnée à l'art. 530 CO :

### Art. 530 CO

- A. Définition
- <sup>1</sup> La société [simple] est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.
- <sup>2</sup> La société est une société simple, dans le sens du présent titre, lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglementées par la loi.

**Il s'agit donc d'un contrat.** N'importe quel sujet de droit, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, peut revêtir la qualité d'associé d'une société simple. Les éléments caractéristiques du contrat de société simple sont, d'une part, l'existence d'un apport, c'est-à-dire une prestation que chaque associé doit faire au profit de la société et, d'autre part, le but commun (*animus societatis*) qui rassemble les efforts des associés. Construire un bâtiment en commun sur un bien-fonds constitue typiquement un but de société simple. Le but de la société simple peut être occasionnel (réalisation d'une opération déterminée) ou permanent (p. ex. convention d'actionnaires). L'apport que chaque associé doit fournir peut consister aussi bien dans une prestation patrimoniale que personnelle. Il n'est pas nécessaire que les apports soient égaux. La conclusion du contrat de société simple n'est soumise à aucune forme spéciale, il peut ainsi se créer par actes concluants, voire même sans que les parties en aient conscience (société de fait). Les règles d'interprétation [...] s'appliquent également aux contrats conclus par actes concluants, ce qui signifie qu'il sied de rechercher d'abord la volonté réelle des parties puis, à défaut, d'interpréter leurs comportements selon le principe de la confiance<sup>12</sup>.

En général, les sociétés simples ne sont créées que pour une courte durée, comme, par exemple, le consortium de construction qui, après la finition du bâtiment, est à nouveau dissout.

Vu de l'extérieur, une société simple s'affiche comme une communauté d'intérêt économique. Elle n'a donc pas de personnalité juridique et ne doit pas se présenter avec un nom. Ainsi, il arrive souvent qu'en pratique, une société naisse sans même que les participants ne s'en rendent compte.

En matière de responsabilité, cette forme de société n'est pas sans embûches : vu de l'extérieur, **les associés sont solidairement responsables** et sans limites, de l'obligation de toute la société. Il y a uniquement limitation de responsabilité lorsqu'un associé agit clairement en son nom.

La création d'une société simple n'exige **pas de forme spécifique**. L'inscription au registre du commerce n'est pas possible. Il est conseillé de rédiger un contrat qui règle, entre autres, la gestion, la répartition du travail et des domaines de compétence, les contributions, ainsi que la répartition des gains et des pertes<sup>13</sup>.

Divers types de consortium sont rencontrés dans la pratique : **les consortiums d'entreprises** de construction, très courant et qui permettent non seulement à des entrepreneurs spécialisés dans des travaux de nature différente de s'unir, mais également à des entreprises de taille petite ou moyenne de se renforcer du point de vue économique et en personnel de manière à pouvoir faire concurrence aux entités de plus grandes tailles. **Les consortiums de bureaux**

<sup>12</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_74/2015 du 8 juillet 2015, consid. 4.2.1.

<sup>13</sup> Ces quatre paragraphes sont issus de <https://www.kmu.admin.ch/kmu/fr/home/savoir-pratique/creation-pme/creation-entreprise/choisir-une-forme-juridique/societe-simple.html> (consulté le 24 septembre 2018).

d'**ingénieurs**, voire les **consortiums de mandataires** de compétences hétérogènes (ingénieur civil, paysagiste, urbaniste, architecte) sont également courants en pratique, pour des raisons similaires à celles explicitées plus haut concernant les consortiums d'entreprises.

Dans la pratique, une entreprise ou un bureau **pilote** est nommé, qui a le pouvoir de représenter les autres membres et d'administrer la société pour tous les actes juridiques ordinaires. Le nom consortium peut se décliner en d'autres appellations, par exemple association ou groupement, mais cela reste dans tous les cas des sociétés simples.

### 2.2.10 L'assurance

Les diverses parties à un projet de construction ont en général l'obligation contractuelle (mais pas légale) d'être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile, qui couvrent les préjudices subis par des tiers en cas d'accident. Dans les grands chantiers, il est commun que le maître de l'ouvrage oblige par convention les parties à souscrire en commun une assurance « travaux de construction » qui couvre immédiatement tous les préjudices subis aux parties (et au tiers). En cas d'accident ou d'incident, l'assureur devient souvent l'un des intervenants principaux dans le litige qui en résulte.

Le rôle et les types d'assurances seront décrits plus en détail au Chapitre 9.

### 2.2.11 L'investisseur

L'investisseur finance l'acquisition d'un bien-fonds ou les travaux de construction et assure le flux des paiements. Il peut s'agir de banques ou de caisses de pension mais tous types d'investisseurs sont envisageables.

### 2.2.12 Les juristes

Les juristes interviennent de plus en plus dans le monde de la construction. Il est courant que chez un grand maître de l'ouvrage (canton, ville de taille grande à moyenne, offices fédéraux, CFF, société hydroélectrique), le service juridique soit consulté dès les documents d'appel d'offres et la rédaction de contrat et intervient ensuite en cas de question ou de litige. La même tendance existe dans les grandes entreprises de construction, qui ont déjà toutes leurs avocats et juristes au sein même de la société. Les plus grands bureaux d'études commencent également à se doter d'un juriste au sein de leur personnel.

Pour les projets de taille moyenne ou pour les entités plus modestes, les juristes interviennent dès qu'un litige survient et que l'éventuelle tentative de négociation ou de résolution à l'amiable n'a pas abouti ou que les parties se trouvent en situation de blocage et que l'une des parties estime qu'une issue juridique au conflit est envisageable. De nos jours, l'intervention de juristes et d'avocats dans un litige de droit de la construction est encore mal perçue par les autres parties. C'est généralement ressenti comme un acte « agressif ».

## 2.2.13 Correspondances linguistiques

Dans les autres langues, les correspondances sont résumées dans le tableau 2 suivant :

	<i>Français</i>	Le maître de l'ouvrage	L'ingénieur	La direction des travaux	L'entrepreneur	Le consortium	Le sous-traitant
Suisse (SIA 103 et 118)	Allemand	Der Bauherr	Der Ingenieur	Die Bauleitung	Der Unternehmer	Arbeitsgemeinschaft Planer-gemeinschaft [Ingenieur-gemeinschaft]	Der Subunternehmer
	Italien	Il committente	Il Ingegnere	La direzione dei lavori	L'imprenditore	Il Consorzio	
	Anglais	The employer	The engineer	The construction manager	The contractor	The consortium	The subcontractor
France (Norme NF P 03-001)	<i>Français</i>	Le maître de l'ouvrage	Le maître d'œuvre		L'entrepreneur	Entrepreneurs groupés	Le sous-traitant
International (FIDIC RED BOOK)	Anglais	The Employer	The Engineer		The Contractor	Joint Venture	The Subcontractor

Tableau 2 : correspondances linguistiques des parties au projet

Ces traductions apportent plusieurs commentaires :

La distinction nette entre ingénieur et direction des travaux est une caractéristique plutôt helvétique. Dans les organisations à échelle internationale ou en France, cette distinction n'a en principe pas lieu.

Concernant les consortiums, la langue allemande précise s'il s'agit d'un consortium d'entreprise (Arbeitsgemeinschaft, généralement appelée ARGE) ou de bureau d'ingénieurs (appelé Ingenieursgemeinschaft)

Dans la norme SIA 118, seuls les termes « maîtres de l'ouvrage », « direction des travaux » et « entrepreneur » figurent. A l'inverse, les mots « architectes » et « ingénieurs » (ou planificateurs, ou concepteurs ou toute autre dénomination précisant des prestations de type intellectuel) sont - volontairement - absentes de cette norme. Cela est dû au fait que la norme SIA 118 « *conditions générales pour l'exécution des travaux* » ne régit rien d'autre que les travaux de construction et que le seul interlocuteur valable pour l'entrepreneur est la direction des travaux. L'entrepreneur n'a pas à traiter avec l'ingénieur d'études ou tous autres mandataires non intégrés à la direction des travaux.

## 2.3 Les types d'organisation de projet

Selon la nature, la taille et la complexité de l'ouvrage à réaliser et selon la taille, structure et volonté du maître de l'ouvrage, diverses possibilités existent quant à l'organisation pour la réalisation d'un projet. Elles sont présentées aux sous-chapitres suivants.

Les abréviations sont explicitées dans le texte. Les relations entre les parties sont illustrées comme suit :

- Relation contractuelle
- Représentation du maître de l'ouvrage (Direction des travaux ou BAMO)
- - - Coordination / collaboration uniquement (aucune relation contractuelle)

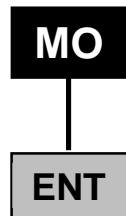
### 2.3.1 Le maître d'ouvrage seul



Le maître dispose lui-même de tous les moyens permettant l'élaboration du projet, la direction et l'exécution des travaux.

Cette situation est plutôt rare et n'est pas forcément souhaitable au niveau des responsabilités. Dans la plupart des cantons, même un particulier qui souhaite construire seul une maison à l'obligation légale de s'adjointre les services d'un architecte ou d'un ingénieur pour établir et signer les plans (selon art. 106 LATC-VD par exemple).

### 2.3.2 Maître de l'ouvrage + entrepreneur



Le maître dispose lui-même des moyens pour élaborer le projet et assurer la direction des travaux. Il confie l'exécution de l'ouvrage à un entrepreneur.

Cette situation est plus fréquente. Par exemple, dans certains services communaux, les ingénieurs et dessinateurs élaborent eux-mêmes les projets et en assurent la direction des travaux, par exemple pour la réalisation d'une fontaine du village, pour laquelle la commune se tournera vers une entreprise ayant ce savoir-faire (et si possible locale).

Figure 2 : Organisation MO-ENT

### 2.3.3 L'organisation classique MO-ING-ENT

Cette organisation tripartite « Maître de l'ouvrage (MO) – Ingénieur (ING) – Entrepreneur (ENT) » constitue l'organisation de base d'un projet de construction telle qu'on la rencontre non seulement sous les latitudes helvétiques mais également dans les grands projets internationaux.

Le maître mandate un ingénieur civil pour les prestations en relation avec son ou ses domaine(s) de compétence en tant que professionnel spécialisé (par exemple béton armé, ouvrage souterrain, structure métallique, environnement). Il est courant que l'ingénieur assure également les prestations de direction des travaux (DT – qui pourrait cependant être assurée par un autre bureau). Certaines prestations peuvent être assurées en interne par les divers services au sein du Maître de l'ouvrage. C'est parfois le cas des prestations de la Direction Générale de Projet. Il convient de bien préciser ce point lors de la rédaction (et la signature) du contrat qui lie le maître de l'ouvrage et l'ingénieur. L'exécution de l'ouvrage est - toujours - assurée par un entrepreneur.

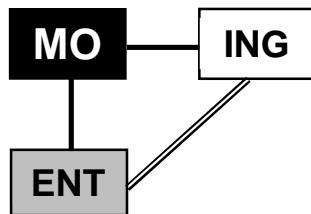


Figure 3 : Organisation classique MO-ING-ENT

Le cas illustré à la *Figure 3* est le cas de base, très simplifié mais certains projets, parfois importants, fonctionnent toujours de cette manière.

Cependant, la complexité de certains ouvrages (par exemple une gare, un barrage ou un tunnel routier) nécessite de faire faire appel à plusieurs mandataires spécialistes (architecte, géologue, spécialiste environnement, etc.) et à plusieurs entreprises de construction spécialisées dans divers domaines (par exemple démolition, terrassement, bétonnage) et qui se sont mises ensemble sous forme d'un consortium. Dans un grand projet de ce type, il n'est pas rare que le maître de l'ouvrage fasse également appel à un bureau d'aide au maître de l'ouvrage (BAMO) et que les entrepreneurs doivent sous-traiter certains travaux (par exemple forages et injections, ferraillage).

Cela aboutit au final à un organigramme plus étayé du type de celui présenté à la *Figure 4*. Le principe de base et les liens contractuels restent les mêmes : MO-ING-ENT.

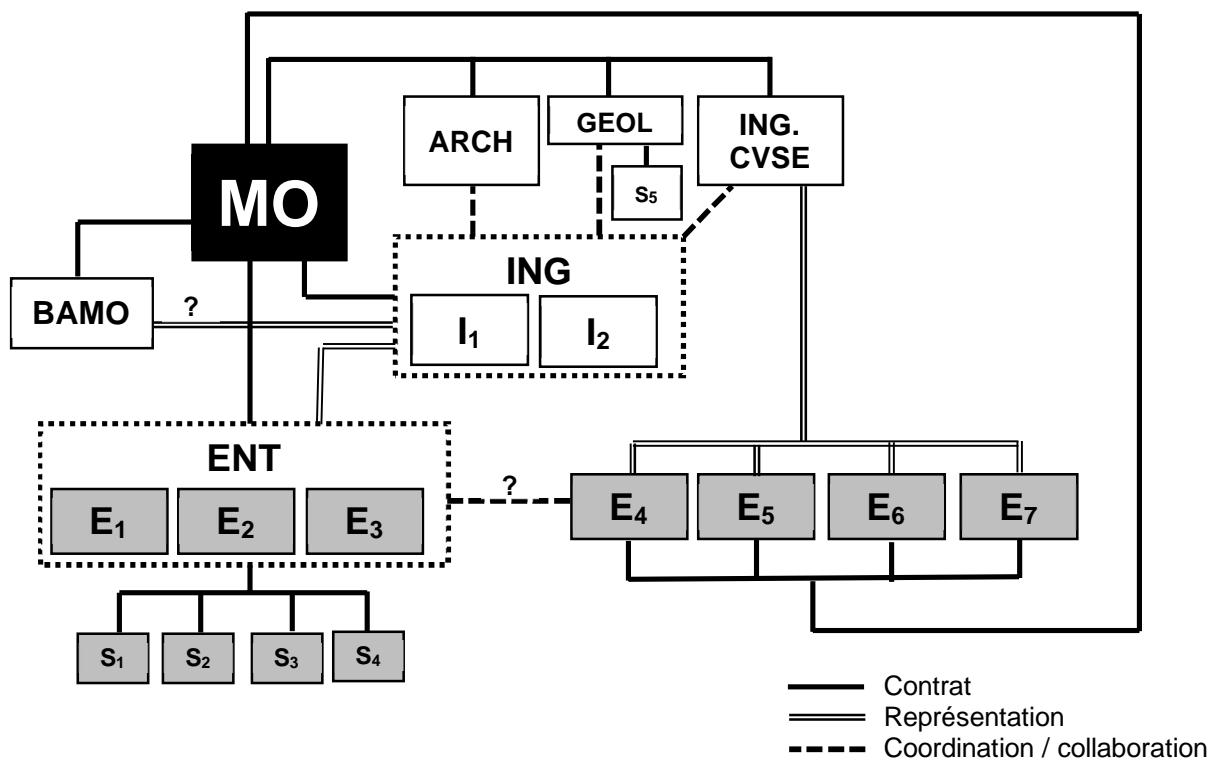


Figure 4 : Exemple d'organisation d'un projet

Dans cet exemple, il convient de relever :

L'ingénieur ING s'est organisé en groupement de deux bureaux d'ingénieurs **I<sub>1</sub>** et **I<sub>2</sub>** sous la forme d'une société simple selon l'art. 530 ss CO. L'ingénieur ING se coordonne avec les autres mandataires Architecte (ARCH), Géologue (GEOL) et Ingénieur CVSE. L'ingénieur assure également la direction des travaux de l'entreprise ENT.

L'entreprise de construction ENT s'est organisée en consortium d'entreprises  $E_1$ ,  $E_2$  et  $E_3$ , qui est également une société simple selon les art. 530 ss CO.

Ce consortium s'est attaché les services de sous-traitants  $S_1$  à  $S_4$  pour certains travaux. Les sous-traitants n'ont de liens contractuels qu'avec l'entreprise ENT et en aucun cas avec le MO. Des sous-traitants de sous-traitant sont aussi possibles, et ainsi de suite, ce qui pose souvent des problèmes de transmission d'informations, de coordination et de méconnaissance du projet et de son organisation (notamment au niveau de la sécurité, il y a beaucoup d'accidents impliquant des sous-traitants) et peut créer des tensions sur le chantier.

Les entreprises  $E_4$ ,  $E_5$ ,  $E_6$  et  $E_7$  sont 4 entreprises séparées, sans liens contractuels entre elles, assurant les travaux de chauffage ( $E_4$ ), ventilation ( $E_5$ ), sanitaire ( $E_6$ ) et électricité ( $E_7$ ). La direction des travaux de ces quatre entreprises est assurée par l'ingénieur CVSE.

En principe, le consortium ENT n'a aucun lien avec l'une ou l'autre des entreprises  $E_4$  à  $E_7$ . La coordination des travaux est assurée par l'ING, qui lui-même se coordonne avec le CVSE. Cependant, il est possible de prévoir contractuellement que les entreprises de groupement ont l'obligation de se coordonner entre elles. Si rien n'est prévu, la coordination relève de l'entièvre responsabilité de la DT.

Le MO s'est attaché les services d'un BAMO, lequel peut être habilité à donner des instructions directement à l'ingénieur et aux autres mandataires, pour autant que les contrats respectifs le stipulent (d'où le « ? »).

Le géologue a un sous-traitant  $S_5$ , qui effectue (par exemple) des essais de laboratoire sur des échantillons de roche prélevés dans des forages de reconnaissance. Mis à part ces sous-traitants  $S_1$  à  $S_5$ , toutes les parties n'ont de liens contractuels qu'avec le MO.

### 2.3.4 L'organisation en entreprise générale

**L'entrepreneur général (EG)** se charge de l'exécution de l'ensemble des travaux nécessaires. A la différence du consortium d'entreprise qui est une société simple (et donc sans personnalité juridique au sens de l'art. 530 CO), l'entrepreneur général est une société inscrite au registre du commerce (par exemple sous forme de société anonyme ou de société à responsabilité limitée). Cette entreprise générale s'entoure des sous-traitants nécessaires pour la réalisation des travaux mais reste le seul interlocuteur vis-à-vis du maître de l'ouvrage et assume seule le risque de défaillance de l'un de ces sous-traitants. Le maître de l'ouvrage n'est donc lié que par un seul contrat, celui avec l'entreprise générale.

Cette organisation peut exister dans tous les types de travaux. Dans notre exemple de la Figure 4, il est peut arriver que les travaux CVSE soient effectués par une entreprise générale, ce qui impliquerait la relation contractuelle selon la Figure 5, pour les prestations et travaux CVSE :

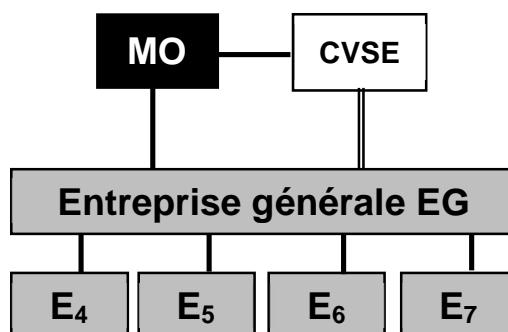


Figure 5 : Exemple d'organisation en entreprise générale

Le contrat entre l'entrepreneur général et le maître de l'ouvrage est un contrat de construction. Les contrats entre l'entreprise générale EG sont qualifiés de contrats de sous-traitance puisqu'aux yeux du MO, l'entreprise EG ne réalise pas elle-même ces prestations mais les sous-traite. Cependant, du point de vue de l'entreprise générale EG (et du sous-traitant), ce

sont également des contrats de construction. Cette notion d'entrepreneur général sera rappelée au sous-chapitre 7.2.2.

Dans le même ordre d'idée, le terme **planificateur général** est utilisé lorsque les divers mandataires sont regroupés en une seule entité gérée par celui que l'on appelle le planificateur général, qui ne fait que coordonner les divers corps de métier inhérent aux prestations de services (par exemple l'architecte, l'ingénieur, le géologue, le spécialiste CVSE et le spécialiste environnement).

### 2.3.5 L'organisation en entreprise totale

**L'entreprise totale (ET)** est une entité qui réalise non seulement les travaux de construction mais qui assume également la direction des travaux et les prestations de conception et d'études généralement réalisées par l'ingénieur. Ce type d'organisation est caractéristique de ce que l'on appelle un contrat « clé en mains », puisque, du tout début jusqu'à la fin du projet et la livraison de l'ouvrage, le MO n'a de relations contractuelles qu'avec un seul interlocuteur, qui lui assure l'entier des prestations (études et travaux) nécessaires à la réalisation de l'ouvrage.

En général, dans ce type de projet, le maître de l'ouvrage s'adjoint encore un BAMO.

Deux cas peuvent se présenter et sont illustrés à la *Figure 6* ci-dessous :

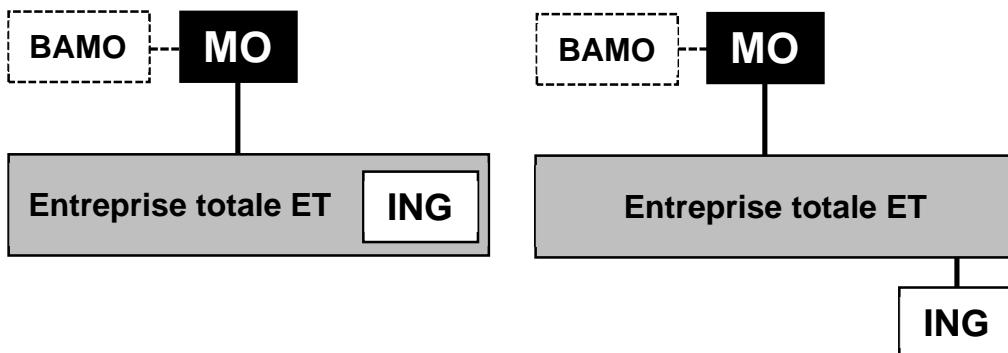


Figure 6 : Entreprise totale avec ingénieur intégré (gauche) ou ingénieur sous-traitant (droite)

- 1) L'entreprise totale **possède à l'interne** des employés ingénieurs et dessinateurs compétents pour réaliser les études et plans nécessaires dans la qualité requise. Dans ce cas, aucun report de responsabilités n'est possible (Figure 6, gauche).
- 2) L'entreprise totale **ne possède pas à l'interne** des employés ingénieurs et dessinateurs compétents pour réaliser les études et plans nécessaires dans la qualité requise ou ne souhaite pas que ses collaborateurs effectuent ces prestations pour d'autres raisons (par exemple un manque de disponibilité). Dans ce cas, l'entreprise totale sous-traite tout ou partie des prestations d'ingénieur et de dessinateur à un bureau ou groupement d'ingénieurs, par le biais d'un contrat de sous-traitance (Figure 6, droite).

Bien évidemment, l'entreprise totale assume la responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage, mais peut éventuellement se retourner ensuite contre son sous-traitant pour faire valoir tout ou partie des prétentions du maître de l'ouvrage. Cette situation représente un risque important pour l'ingénieur, dont les moyens financiers sont en général sans commune mesure avec les entreprises.

### **Exemple entreprise totale – Métro Grand Paris Express<sup>14</sup>**

Dans le cadre de la réalisation du futur métro Grand Paris Express, de nombreux lots de travaux ont déjà été adjugés selon une organisation en entreprises totales. Certaines des grandes entreprises adjudicataires ont les ressources en interne pour effectuer les prestations d'ingénierie tandis que d'autres entreprises se sont mises en groupement entre elles avec des bureaux d'ingénieurs en sous-traitance.

## **2.4 Les phases d'un projet**

Un projet de construction se décompose en plusieurs phases et sous-phases de projet. Une structuration claire, précise et stricte de ces différentes phases est capitale pour la validation des choix techniques ainsi que pour le suivi des coûts et des délais.

De manière simplifiée, un projet de construction peut se décomposer en quatre phases distinctes :

### **1) Les études (au sens large)**

Cette phase d'étude apparaît dès la naissance du projet, qui peut parfois juste émaner d'une idée discutée autour d'une table et se termine avec un projet bien ficelé et prêt à être construit. Dans cette phase d'étude, le maître de l'ouvrage, l'ingénieur et les éventuels autres mandataires développent tous les aspects du projet, proposent et analysent des variantes, contrôlent la faisabilité technique, économique, environnementale et en matière de planning et en dégagent la solution qui sera finalement mise en appel d'offres. L'entrepreneur n'intervient pas, ou tout au plus pour un avis technique, par exemple pour juger de la faisabilité technique d'une méthode de construction, et ceci sans promesse de se voir attribuer les travaux par la suite.

### **2) L'appel d'offres**

Une fois le projet défini, il s'agit de trouver une entreprise de construction qualifiée pour exécuter les travaux. Cette phase constitue l'élément charnière entre les études et la réalisation. C'est dans cette phase que les principaux aspects contractuels doivent être traités de manière la plus irréprochable et la plus exhaustive possible, sous peine de devoir faire face à des revendications importantes et/ou des offres complémentaires en cours de chantier de la part de l'entreprise. Des juristes spécialisés en droit de la construction peuvent venir appuyer le maître de l'ouvrage et les mandataires pour l'élaboration des documents d'appel d'offres. L'appel d'offres se termine par l'adjudication, à une entreprise, des travaux de construction.

### **3) L'exécution des travaux**

Dès le contrat valablement conclu, l'entrepreneur réalise les travaux définis. C'est la phase de chantier, qui commence par la mobilisation et l'installation de l'entrepreneur sur le chantier et qui se termine (en principe) par la réception de l'ouvrage. Il est relativement courant que les mandataires généralement impliqués en phase d'études assument également la direction des travaux ou le suivi environnemental. Il est également de plus en plus fréquent que la ou les personnes pressenties pour être directeurs de travaux participent à la phase d'appel d'offres, notamment dans la rédaction des conditions particulières ou de l'établissement du devis descriptif, afin de pouvoir intervenir en amont du chantier et contrôler des documents afin de mieux les maîtriser sur le chantier et en saisir toute la provenance et les subtilités.

### **4) L'exploitation de l'ouvrage**

<sup>14</sup> Pour plus d'infos sur ce projet majeur du 21<sup>ème</sup> siècle, consulter <https://www.societedugrandparis.fr/>

La phase d'exploitation de l'ouvrage est celle où l'ouvrage est utilisé conformément à ce qui a été prévu lors des études (dans un document généralement appelé convention d'utilisation). Dans cette phase, la maintenance et l'entretien de l'ouvrage sont en principe assurés par l'exploitant, qui peut être une personne morale différente de celle du maître de l'ouvrage, par exemple par une personne ayant obtenu une concession d'une durée limitée (c'est typiquement le cas des barrages en Suisse ou les autoroutes en France, Espagne ou Italie). L'ingénieur peut être appelé à intervenir si un assainissement, voire un renforcement est nécessaire. Dans ce cas, cela redevient un nouveau projet spécifique qui repart en phase d'étude et recommence la boucle décrite plus haut.

#### 2.4.1 Phases selon règlement SIA 103

Le règlement SIA 103 définit les phases en phases partielles du projet à l'art. 3.2.

Phases	Phases partielles
1 Définition des objectifs	11 Enoncé des besoins, approche méthodologique
2 Etudes préliminaires	21 Définition du projet de construction, étude de faisabilité 22 Procédure de choix de mandataires
3 Etude du projet	31 Avant-projet 32 Projet de l'ouvrage 33 Procédure de demande d'autorisation / dossier de la mise à l'enquête
4 Appel d'offres	41 Appels d'offres, comparaison des offres, propositions d'adjudication
5 Réalisation	51 Projet d'exécution 52 Exécution de l'ouvrage 53 Mise en service, achèvement
6 Exploitation	61 Fonctionnement 62 Surveillance / contrôle / entretien 63 Maintenance

Figure 7: Phase d'un projet, selon art. 3.2 Règlement SIA 103

Les phases de projet telles que définies dans le règlement SIA 103 se retrouvent dans la plupart des projets suisses et internationaux, avec parfois des légères variantes de nomenclature.

## 2.4.2 Bases et objectifs de chaque phase

Les données de base et objectifs de chaque phase sont répertoriées dans le tableau suivant :

Phases	Phases partielles	Bases	Objectifs
1 Définition des objectifs	11 Enoncé des besoins, approche méthodologique	<ul style="list-style-type: none"> <li>Formulation de la problématique et des besoins</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Définition des besoins, objectifs et conditions-cadres</li> <li>Choix de l'approche méthodologique</li> </ul>
2 Etudes préliminaires	21 Définition du projet de construction, étude de faisabilité	<ul style="list-style-type: none"> <li>Besoins, objectifs, conditions-cadres, approche méthodologique</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Evaluation de l'adéquation constructive, fonctionnelle et juridique du projet de construction (faisabilité, durabilité)</li> <li>Etablissement de la définition et du cahier des charges du projet</li> </ul>
	22 Procédure de choix de mandataires	<ul style="list-style-type: none"> <li>Définition du projet, cahier des charges du projet, étude de faisabilité</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Choix des prestataires ou du projet répondant le mieux aux exigences</li> </ul>
3 Etude du projet	31 Avant-projet	<ul style="list-style-type: none"> <li>Cahier des charges du projet avec objectifs et conditions-cadres</li> <li>Rapport de faisabilité avec esquisses et plans relatifs aux différentes ébauches de solutions</li> <li>Résultat éventuel de la procédure de sélection</li> <li>Données de base pour l'étude du projet</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Optimisation du projet du point de vue de la conception et de la rentabilité</li> <li>- Consultations et éclaircissements préalables effectués en vue de l'octroi des autorisations et de l'approbation du projet</li> <li>- Choix de la variante à poursuivre</li> </ul>
	32 Projet de l'ouvrage	<ul style="list-style-type: none"> <li>Avant-projet approuvé</li> <li>Décisions préalables éventuelles des pouvoirs publics</li> <li>Résultats, décisions et exigences issus de la mise en consultation de l'avant-projet et d'une éventuelle étude d'impact sur l'environnement</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Projet et coûts optimisé</li> <li>Délais définis</li> <li>Projet prêt pour la passation des marchés de construction</li> <li>Acquisition des biens-fonds, immeubles et droits nécessaires</li> </ul>
	33 Procédure de demande d'autorisation / dossier de la mise à l'enquête	<ul style="list-style-type: none"> <li>Avant-projet ou projet de l'ouvrage approuvé, selon convention</li> <li>Résultats, décisions et exigences issus de la mise en consultation de l'avant-projet ou du projet de l'ouvrage et d'une éventuelle étude d'impact sur l'environnement</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Autorisation de construire délivrée</li> <li>Alignements et niveaux définis</li> <li>Coûts et délais vérifiés</li> <li>Crédit de construction approuvé</li> </ul>
4 Appel d'offres	41 Appels d'offres, comparaison des offres, propositions d'adjudication	<ul style="list-style-type: none"> <li>Projet de l'ouvrage approuvé</li> <li>Autorisations délivrées</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Travaux de construction adjugés</li> <li>Contrats d'entreprise et de fourniture conclus</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dossiers d'appels d'offres</li> <li>• Evaluation des offres</li> <li>• Adjudication des marchés</li> <li>• Contrats d'entreprise et de fourniture</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Projet prêt pour l'exécution des travaux</li> </ul>
5 <b>Réalisation</b>	51    Projet d'exécution	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plans d'exécution et de détails définitifs</li> <li>• Contrats avec les entreprises et les fournisseurs</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ouvrage réalisé conformément au cahier des charges et au contrat</li> <li>• Réception de l'ouvrage effectuée</li> <li>• Décompte final des entreprises et fournisseurs réceptionné</li> </ul>
	52    Exécution de l'ouvrage	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ouvrage réalisé conformément au cahier des charges et au contrat</li> <li>• Documents relatifs aux modifications apportées lors de la phase d'exécution</li> <li>• Procès-verbaux de réception de l'ouvrage réalisé</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ouvrage réceptionné et mis en service</li> <li>• Plans et dossier d'exécution mis à jour</li> <li>• Personnel chargé de l'exploitation et de l'entretien formé</li> <li>• Défauts éliminés</li> </ul>
	53    Mise en service, achèvement	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ouvrage réceptionné</li> <li>• Dossier de l'ouvrage avec documentation complète en vue de l'exploitation</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fonctionnement garanti et optimisé</li> </ul>
6 <b>Exploitation</b>	61    Fonctionnement	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dossier de l'ouvrage avec documentation complète en vue de l'exploitation</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Etat de l'ouvrage déterminé</li> <li>• Entretien assuré et optimisé</li> </ul>
	62    Surveillance / contrôle / entretien	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dossier de l'ouvrage et dossier d'exploitation avec documentation complète en vue de l'exploitation</li> <li>• Résultats obtenus et contrôles effectués dans le cadre de la surveillance, du contrôle et de l'entretien</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aptitude au service et valeur de l'ouvrage maintenues au moyen de mesures modestes (maintenance) jusqu'à la prochaine remise en état</li> <li>• Données de base disponibles pour la définition des mesures à prendre</li> </ul>
	63    Maintenance	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dossier de l'ouvrage et dossier d'exploitation avec documentation complète en vue de l'exploitation</li> <li>• Résultats obtenus et contrôles effectués dans le cadre de la surveillance, du contrôle et de l'entretien</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aptitude au service et valeur de l'ouvrage maintenues au moyen de mesures modestes (maintenance) jusqu'à la prochaine remise en état</li> <li>• Données de base disponibles pour la définition des mesures à prendre</li> </ul>

Figure 8: phases d'un projet, selon art. 3.2 Règlement SIA 103

Sur la durée de vie entière d'un ouvrage, le coût des études est faible (en général dans une fourchette située entre 5 et 10%) par rapport aux coûts de construction qu'il générera par la suite. En même temps, sa conception a un effet de levier important sur les coûts de construction, de fonctionnement, d'entretien et de démolition ultérieurs.

La Figure 9 ci-dessous exprime, de manière simplifiée, cette évolution entre optimisation et investissement.

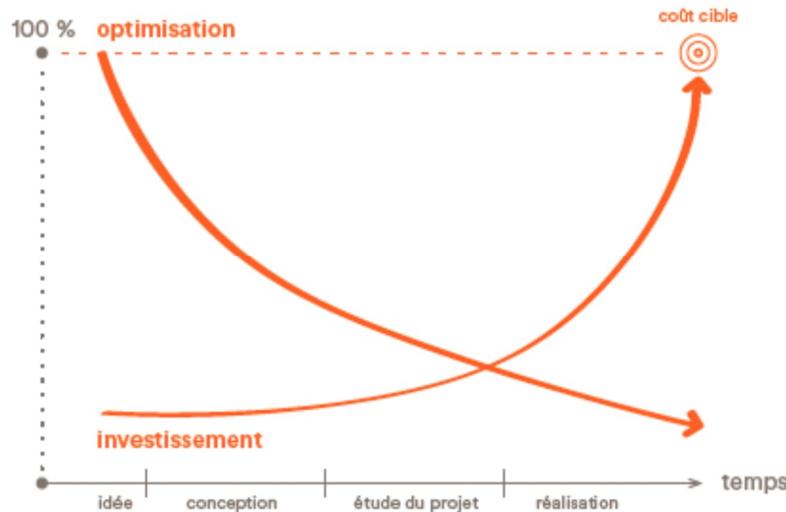


Figure 9: optimisation de projet et coûts d'investissement en fonction du temps

Dans la Figure 10 ci-dessous, le même constat est effectué, cette fois-ci de manière plus détaillée. Les possibilités d'influencer les coûts, les coûts liés à la modification de projet ainsi que l'activité par phase (pour le planificateur, c'est-à-dire l'architecte dans l'exemple ci-dessous) sont illustrés.

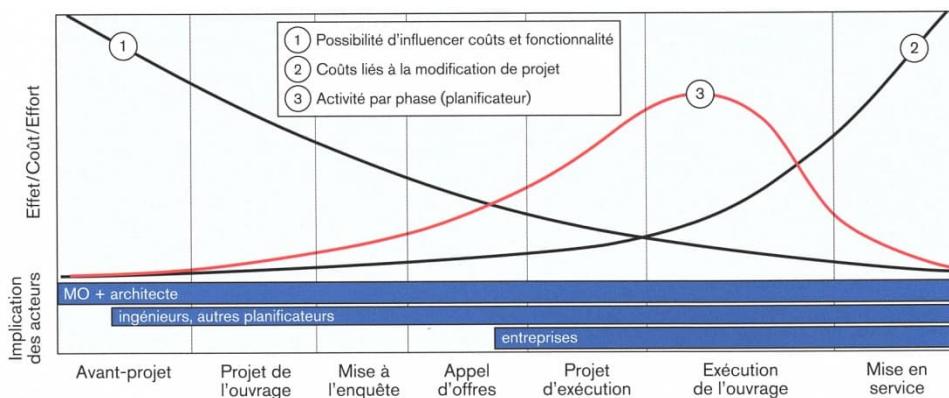


Figure 10: effet/coût/effort en fonction de la phase de projet

Cette illustration avance un fait logique : les modifications de projets sont de plus en plus chères et compliquées au fur et à mesure de l'avancement du projet, c'est-à-dire de la phase dans laquelle on se trouve.

### 3 Le contrat d'ingénieur : forme, obligations, prestations et rémunération

#### 3.1 La forme

Le contrat d'ingénieur ne présuppose l'obligation d'aucune forme particulière (art. 11 CO).

Le contrat peut donc prendre l'une des formes suivantes, par ordre croissant de formalisme :

- L'acceptation tacite (acte concluant)
- Le contrat oral
- La forme textuelle (c'est-à-dire une forme écrite, mais sans signature)
- La forme écrite (elle implique une signature manuscrite, art. 12 à 15 CO)
- La forme authentique (par exemple pour la vente immobilière, il faut obligatoirement passer devant un notaire)

Les sources, le contenu et la conclusion du contrat ont déjà été décrits en détail au sous-chapitre 1.4 et ne seront pas rappelés ici.

#### 3.2 Contrat de mandat ou contrat d'entreprise ?

Cette distinction est d'une importance essentielle en droit de la construction. Une première présentation de cette distinction est effectuée ici, tôt dans le cours, afin de permettre aux étudiants de déjà saisir les enjeux de cette qualification. Une piqûre de rappel sera faite au sous-chapitre 8.3.

##### 3.2.1 Les origines romaines

Le contrat d'ingénieur peut relever soit du contrat de mandat, soit du contrat d'entreprise. Les origines de ces deux types de contrats sont à rechercher en droit romain, plus particulièrement dans le droit classique (1er siècle av. J.-C. – 284 ap. J.C) pour le mandat et dans l'ère du droit archaïque (753 av. J.-C -1er siècle av. J.-C.), vers le IIIe siècle avant J.-C., pour le contrat d'entreprise.

###### Le contrat de mandat

**Le mandat** obligeait une personne (le mandataire) à faire une activité ou rendre un service gratuitement pour le compte d'une autre personne (le mandant).

Ce contrat était consensuel (aucune forme particulière), bilatéral imparfait (l'obligation principale était celle du mandataire d'exécuter l'activité ou le service dont il était chargé), de bonne foi : le contrat de mandat était même gouverné par la *fides* (la confiance et la bonne foi) et *inter amicos* (accepter le mandat donné par un tiers, en principe un ami, était considéré comme un devoir moral par les Romains).

Le contrat de mandat était donc fondé sur cette **relation de confiance** entre les citoyens et c'est la raison pour laquelle il était gratuit. Le but du contrat était d'exercer un acte juridique pour un tiers ou simplement un service, une action. C'est cette dualité qu'a reprises l'art. 394 CO (voir § 3.2.2 ci-après).

On constate que la gratuité était essentielle au contrat de mandat, le mandat étant nul s'il n'était pas gratuit. Tous les romains disposant d'une fortune confortable considéraient cependant de leur devoir (*officium*) de rendre service à leurs concitoyens. L'avocat et l'arpenteur notamment étaient donc rémunérés sur une base purement volontaire : on versait ainsi un « *honorarium* », qui honorait le mandataire. Il n'y avait pas de raison justifiant que le mandataire subisse des pertes en raison de son travail. Partant, il était juste qu'il obtienne le remboursement de ses frais. À relever que de nos jours, l'on parle toujours des « honoraires » de l'ingénieur ou de l'avocat, et non de la rémunération, de la paye ou du coût.

Au final, le caractère gratuit doit être relativisé. D'ailleurs à l'époque classique déjà, un avocat s'attendait à être rémunéré : c'était devenu une pratique courante. Néanmoins, le contrat de

mandat restait gratuit dans son principe, notamment parce que l'on ne considérait pas cette activité comme un métier.

Le mandataire avait essentiellement deux obligations :

1. **Une exécution fidèle du mandat.** L'obligation principale du mandataire était d'exécuter le mandat selon les instructions qu'il avait reçues. Il avait à cet égard un devoir de fidélité.
2. **L'obligation de rendre des comptes.** Une fois le mandat exécuté, le mandataire avait l'obligation de rendre des comptes. Cela signifiait qu'il devait remettre tout ce qu'il avait reçu dans l'exercice du contrat. Cette obligationachevait véritablement l'exécution du mandat.

Lorsqu'il violait ses obligations, le mandataire était tenu pour responsable et devait réparer le dommage causé. En outre, chacune des parties pouvait révoquer (*revocare*) ou renoncer (*renuntiare*) au contrat de mandat en tout temps. Toutefois, si la révocation survenait en temps inopportun, elle imposait une indemnisation. Ce principe de révocation en tout temps et son corolaire, l'indemnisation en temps inopportun, est toujours valable en droit suisse, selon l'art. 404 CO (voir 3.2.2 ci-après).

#### Le contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise était un **contrat de *locatio-conductio operis*** : dans le contrat d'entreprise, le *locator* (maître d'ouvrage) exige la réalisation d'un ouvrage (*opus*) par un *conductor* (l'entrepreneur) moyennant le paiement d'une rémunération (*merces*). Les obligations des parties étaient que le *conductor* devait réaliser l'ouvrage demandé et que le *locator* devait payer le prix.

La responsabilité du *conductor* pouvait se résumer ainsi :

- (1) Le *conductor* garantit de manière implicite qu'il a les qualifications nécessaires pour exécuter l'ouvrage promis ; partant il répond de toute maladresse (*imperitia*), ce qui correspond à une responsabilité pour faute.
- (2) Le *conductor* garantit aussi implicitement qu'il prendra soin des matériaux qui lui sont confiés par le *locator*. Il répond dès lors de *custodia*, de la garde de ces choses.
- (3) Le *conductor* peut engager des ouvriers pour exécuter le travail, il répond alors également de la faute de ses ouvriers.

Au moment où le contrat est conclu, la chose n'existe pas encore. Il faut souvent encore la réaliser. Lorsque tel est le cas, il y a une sorte de remise formelle par laquelle le *conductor* remet au *locator* la chose promise. C'est l'*adprobatio* (l'approbation de l'ouvrage). L'approbation était déterminante pour la répartition des risques en droit romain.

#### La distinction

Dans le contrat d'entreprise (*locatio-conductio operis*), le *conductor* réalise un ouvrage moyennant rémunération. Tel n'est pas le cas dans le contrat de mandat ; d'une part, il est gratuit, d'autre part, le mandataire ne garantit pas d'obtenir le résultat visé mais fait tout pour obtenir ce résultat.

### **3.2.2 Les bases légales**

Les principes du droit romain mentionnés au sous-chapitre précédent ont été repris de manière très similaire dans le code des obligations de 1911.

Concernant le contrat d'ingénieur, il existe deux types possibles de qualifications de contrat :

- 1) Le contrat d'entreprise, régi par les art. 363-379 CO ;
- 2) Le contrat de mandat, régi par les art. 394-406 CO.

La définition du contrat d'entreprise figure à l'art. 363 CO :

**Art. 363 CO**

- A. Définition Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer.

La définition du contrat de mandat est précisée à l'art. 394 CO :

**Art. 394 CO**

- A. Définition<sup>1</sup> Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.  
<sup>2</sup> Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.  
<sup>3</sup> Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une.

La différence essentielle entre les deux types de contrat est que dans le **contrat d'entreprise**, l'entrepreneur est tenu d'**une obligation de résultat** envers le maître : il doit livrer un résultat déterminé (l'ouvrage) ayant une qualité convenue contractuellement.

Dans le **contrat de mandat**, il s'agit d'une **obligation de moyens** : le mandataire (au sens juridique du terme) doit tout mettre en œuvre pour réaliser de manière diligente et fidèle les prestations promises au maître de l'ouvrage.

Cette distinction essentielle sera à nouveau reprise au sous-chapitre 8.3 et appliquée aux différentes prestations qui peuvent composer un « mandat » d'ingénieur.

### 3.3 Les obligations de l'ingénieur

En fonction de la qualification du contrat, les obligations de l'ingénieur diffèrent. Ces obligations sont présentées dans les deux sous-chapitres suivants.

#### 3.3.1 Obligations découlant du contrat d'entreprise

Selon l'art. 363 CO, l'entrepreneur "s'oblige à exécuter un ouvrage". La formule est toute générale et appelle des concrétisations. On sait de par la définition de l'ouvrage que l'entrepreneur doit réaliser certains travaux dans le but d'obtenir un résultat concret. Il n'a cependant pleinement exécuté son obligation qu'après avoir livré au maître l'ouvrage qu'il a réalisé. L'entrepreneur a en outre une série de devoirs spéciaux, notamment des devoirs d'avis.

On peut dès lors distinguer d'emblée trois obligations de l'entrepreneur :

- l'obligation de réaliser l'ouvrage (et ce, dans les délais) – voir § 9.1.1
- l'obligation de livrer l'ouvrage – voir § 9.1.2
- les autres obligations, comme par exemple les devoirs d'avis – voir § 9.1.3

La description des obligations de l'entrepreneur se trouve dans divers documents :

- D'abord dans le contrat qui peut être très concis, ou au contraire d'une extraordinaire précision.

- Ensuite dans les conditions générales, soit avant tout la norme SIA 118 à laquelle il faut ajouter toutes les normes techniques qui décrivent la qualité et la nature de certaines prestations.
- Enfin dans la loi qui traite des obligations de l'entrepreneur, de l'art. 364 à 371 CO ; la formulation est cependant si large qu'il appartient à la jurisprudence d'en dégager le contenu à partir du cas d'espèce.

En matière de prestations d'ingénieur, il n'y a pas d'ouvrage matériel qui résulte de l'activité de l'ingénieur. Il y a par contre une obligation de résultat dans certaines des prestations de l'ingénieur, par exemple une note de calcul ou un plan d'exécution. L'on parle alors d'ouvrage « immatériel » et ces prestations sont soumises aux règles du contrat d'entreprise.

Le contrat d'entreprise et ses caractéristiques seront largement présentés aux Chapitres 7, 8 et 9, lorsqu'il s'agira d'aborder la construction de l'ouvrage par l'entreprise de construction. Pour cette raison, ce thème ne sera pas approfondi ici.

### 3.3.2 Obligation découlant du contrat de mandat

Les obligations du mandataire sont définies de manière générale par les art. 397 à 401 CO. Il s'agit de :

- l'obligation d'une **bonne et fidèle exécution** (art. 398 al. 2 CO) qui comprend d'une part un devoir de diligence (la "bonne" exécution) et d'autre part un devoir de fidélité (la "fidèle" exécution),
- le devoir d'**exécution personnelle** (art. 398 al. 3 CO) et
- le devoir de **rendre des comptes** (art. 400 CO)

L'art. 398 CO est un article important du contrat de mandat, il convient de le citer :

Art. 398 CO		
2.	Responsabilité pour une bonne et fidèle exécution	<sup>1</sup> La responsabilité du mandataire est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail.
a. En général		<sup>2</sup> Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat.
		<sup>3</sup> Il est tenu de l'exécuter personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs.

Comme ces prescriptions doivent convenir à tout mandat, le Code des obligations se borne à prévoir de manière toute générale leur contenu. Elles peuvent être précisées par les règlements SIA, lorsqu'il s'agit de mandats spécifiques de la construction ; en effet ceux-ci décrivent dans le détail toutes les prestations attendues, à chaque phase de l'exécution du mandat.

Dans ce paragraphe, nous nous intéresserons avant tout au devoir de diligence, car c'est celui qui pose le plus de problèmes en pratique, notamment en matière de construction.

#### Le devoir de diligence

Le devoir de diligence du mandataire peut être déduit de l'art. 398 al. 2 CO, qui parle d'une "bonne exécution du mandat". Cette règle est capitale car elle indique, certes sommairement, la mesure de la diligence requise. Cette mesure permettra en particulier de déterminer quand le mandataire a commis une faute engageant sa responsabilité selon l'art. 398 al. 1 CO. Cet article renvoie à l'art. 321e CO, qui figure dans la partie consacrée au contrat de travail.

**Art. 321e CO**

**VI.  
Responsabilité  
du travailleur**

<sup>1</sup> Le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence.

<sup>2</sup> La mesure de la diligence incombe au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaît ou aurait dû connaître.

Pour juger du niveau des exigences, on tiendra compte à cet égard de l'ensemble des circonstances, notamment du genre du mandat, du temps à disposition, de l'importance de l'affaire et de la qualification des parties. **Le mandataire doit agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation.** C'est dire que ce critère est **objectif**.

En raison de la multitude des services qui peuvent être rendus dans le cadre d'un contrat de mandat, la mesure de la diligence requise peut varier énormément d'une activité à l'autre.

On peut tout de même poser deux principes élémentaires :

**1° L'acceptation du mandat.** Une personne ne doit accepter un mandat que si elle est en mesure de l'exécuter correctement. Le défaut de compétences, de temps ou de disponibilité n'est jamais une excuse.

**2° Le niveau des compétences.** Un mandataire est tenu d'avoir, pour exécuter son mandat, les compétences qu'on est en droit d'exiger de toute personne diligente. En particulier, il doit se tenir au courant de l'évolution des connaissances, des normes et des règles de l'art comme le ferait tout mandataire conscient placé dans la même situation. Le problème est de déterminer ce que l'on attend d'un bon mandataire conscient, c'est-à-dire d'un bon médecin, d'un bon anesthésiste, d'un bon avocat, d'un bon notaire, d'un bon ingénieur, d'un bon architecte.

Les exigences techniques de la branche ou de la profession en question joueront un rôle déterminant. Ces exigences sont souvent codifiées dans des textes dont l'intitulé varie d'un domaine à l'autre : règlements, directives, normes, prescriptions, recommandations. Ces exigences sont généralement désignées sous les termes de **règles de l'art** ou de règles déontologiques.

Le niveau des règles de l'art tel qu'il est fixé dans ces réglementations correspond en général aux standards qui ont cours dans la profession considérée. Ces normes techniques sont d'ailleurs souvent édictées par des associations professionnelles qui ont pris soin, pour ce faire, de consulter des milieux politiques ou économiques représentatifs. Elles disposent ainsi d'une certaine crédibilité, ne serait-ce que parce qu'elles traduisent une pratique répandue dans la branche. Le juge aura dès lors tendance à s'en inspirer, bien qu'il ne soit pas lié par elles.

Dans le domaine de l'ingénieur civil, il convient de citer en premier lieu les normes techniques de la SIA, en particulier les normes SIA 260 à 269 et 197 à 199, qui constituent sans nul doute les règles de l'art de la profession.

Le règlement SIA 103 rappelle ce devoir de diligence à son art. 1.2.1 : « *Le mandataire sert au mieux de ses connaissances et de sa compétence les intérêts du mandant, en particulier pour atteindre les objectifs de celui-ci. Il fournit les prestations contractuelles dans le respect des règles de l'art généralement reconnues dans sa profession* ».

### **Exemple – arrêt du Tribunal fédéral 4A\_457/2017 du 3 avril 2018 – le dépassement du devis**

En 2007, les propriétaires d'un bien-fonds comprenant une habitation de 167 m<sup>2</sup> ont chargé un bureau d'architectes d'établir notamment un devis de rénovation de l'habitation. Le 22 avril 2008, le coût des travaux de rénovation a été estimé par l'architecte au montant de 812'784 fr. 97 [...]. Les parties n'ont pas passé de contrat écrit.

Les travaux se sont terminés à fin décembre 2008. Le 9 mars 2009, l'architecte a informé les mandants que le coût des travaux avait été adjugé pour 1'074'916 Frs, coût que les mandants ont contesté, relevant un dépassement budgétaire d'environ 25% et précisant qu'ils n'auraient jamais accepté des modifications des devis s'ils avaient connu le dépassement total du projet.

L'affaire va jusqu'au Tribunal fédéral. L'arrêt fait 10 pages.

#### Extrait des considérants 4.1 et 4.2

**4.1 La responsabilité de l'architecte pour le dépassement de devis et le défaut de contrôle continu des coûts durant le chantier est soumise aux règles du mandat :** en effet, l'architecte établit un devis non pour sa propre prestation, mais pour les prestations fournies par des tiers entrepreneurs, de sorte qu'il n'est pas en mesure de garantir un résultat qui serait mesurable selon des critères objectifs; il subsiste toujours une certaine marge d'incertitude. Il s'agit d'un cas de responsabilité au sens de l'art. 398 al. 1-2 CO. [...] Il faut bien distinguer cette responsabilité de l'architecte pour le dépassement de devis de la responsabilité de l'architecte en tant que directeur des travaux en raison des coûts supplémentaires de l'ouvrage, qui sont indépendants de l'établissement du devis en tant que tel et qui résultent souvent d'une planification défectueuse, d'une adjudication défavorable des travaux, de mauvaises instructions ou encore d'un défaut de **direction du chantier**, responsabilité qui relève également des **règles du mandat** (art. 398 CO) mais dont le dommage découle non pas d'une fausse information de l'architecte, mais de la mauvaise exécution de ses prestations.

**4.2 L'architecte mandataire est responsable du dépassement de devis envers le mandant en vertu de l'art. 398 al. 2 CO :** il est responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat. **L'art. 398 al. 1 CO renvoie aux règles régissant la responsabilité du travailleur dans les rapports de travail, soit à l'art. 321e CO.** [...] Pour satisfaire [...] à son **devoir de diligence**, l'architecte doit établir le **devis avec soin**, donner au mandant toutes les informations nécessaires sur les coûts, en particulier sur le degré d'exactitude de son devis, et effectuer un contrôle continu des coûts afin de pouvoir lui signaler rapidement les éventuels dépassements de devis. Le dépassement de devis, c'est-à-dire l'inexactitude de l'estimation du montant indiqué dans le devis, peut résulter de l'oubli de certains postes, d'une erreur de calcul, d'une connaissance insuffisante du terrain, voire de l'évaluation défectueuse de la quantité des prestations nécessaires, de l'étendue des travaux en régie ou encore des prix entrant en ligne de compte. L'architecte qui évalue mal les coûts donne une information erronée à son mandant au sujet du coût de construction prévisible et répond, en cas de faute, de la mauvaise exécution du contrat.

De même, l'architecte qui ne procède pas au **contrôle continu des coûts durant le chantier** [...] viole aussi son **devoir de diligence** s'il n'avait pas informé son mandant du degré d'inexactitude du devis lors de son élaboration, c'est-à-dire de la marge d'incertitude de son calcul des coûts.

Dans ce cas, le juge doit examiner quelle confiance concrète le mandant pouvait accorder au calcul des coûts de l'architecte, selon le principe de la confiance. [...] Pour les nouvelles constructions, **une marge de tolérance de 10% est admise**; celle-ci correspond au degré d'exactitude admis par le Règlement SIA 102.

**En cas de dépassement de la marge de tolérance, il y a violation du devoir de diligence et l'architecte doit réparer le dommage résultant de la confiance déçue qu'a subi le mandant en tenant l'estimation pour exacte et en prenant ses dispositions en conséquence.**

### Autres obligations

Il existe en fait une série d'autres obligations qu'on ne pourra que signaler ici.

**L'obligation de fidélité.** Selon l'expression de l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire doit à son mandant une "fidèle exécution". Il lui est en effet lié par "une relation de confiance" qui l'oblige à défendre les intérêts de son mandant en toutes circonstances.

L'art. 1.2 SIA 103 donne quelques exemples de cette obligation de loyauté, parmi lesquels le **devoir de loyauté** : « *Le mandataire n'accepte aucun avantage personnel de la part de tiers, tels qu'entrepreneurs et fournisseurs. Il considère les informations reçues dans l'accomplissement de son mandat comme confidentielles et ne les utilise pas au détriment du mandant.* » ou le **devoir de mise en garde** : « *Le mandataire est tenu d'attirer l'attention du mandant sur les conséquences de ses instructions, en particulier en ce qui concerne les délais, la qualité et les coûts, et de le mettre en garde contre les dispositions et demandes inadéquates. Si le mandant maintient ses instructions malgré la mise en garde, le mandataire n'est pas responsable de leurs conséquences.* » ou encore **le devoir sur l'information sur la gestion et établissement des documents** : « *Sur demande, le mandataire rend à tout moment compte de sa gestion et remet tous les documents qu'il s'est engagé contractuellement à rédiger dans le cadre des honoraires convenus* » ou **le devoir de conservation** de documents pendant 10 ans.

**L'exécution personnelle** (art. 398 al. 3 CO) précise que le mandataire doit en principe exécuter personnellement le mandat. Ce contrat implique en effet un rapport de confiance. Cela n'exclut cependant nullement que le mandataire puisse recourir aux services d'auxiliaire (sous-traitants) pour l'exécution de tâches secondaires.

Selon la loi, le mandataire a encore **l'obligation de rendre des comptes** (Art. 400 al.1 CO) et **l'obligation de restituer tout ce qu'il a reçu** (art. 400 al. 1 in fine). Ces deux obligations n'apportent pas de commentaires particuliers.

Il est à relever que l'art. 1 SIA 103 a été rédigé par un groupe de travail séparé, intitulé « Membres du groupe de travail juridique », composé de cinq avocats et d'un architecte alors que les autres articles de la SIA 103 sont l'œuvre de la commission SIA 103, composée de vingt et un ingénieurs civils, un architecte et aucun juriste.

### Le caractère impératif de l'art. 404 CO

L'art. 404 dispose que :

#### **Art. 404 CO**

D. Fin du contrat

<sup>1</sup> Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps.

I. Causes

<sup>2</sup> Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.

1. Révocation et répudiation

Comme annoncé au § 1.4.1 et 3.2.1 cet article est le seul qui est toujours considéré comme étant de droit impératif par le Tribunal fédéral. C'est même une exception suisse, à laquelle tous les trois pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) tiennent toujours encore. En effet, une motion parlementaire déposée par Luc Barthassat le 29.09.2011 s'intitulant « *Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI<sup>e</sup> siècle* » a induit un rapport du Conseil fédéral qui propose de classer la motion, c'est-à-dire de ne pas la prendre en considération. La Commission des affaires juridiques a suivi cette proposition.

### 3.4 Obligation du maître de l'ouvrage

Tant en matière de contrat d'entreprise qu'en matière de contrat de mandat, le devoir principal du maître de l'ouvrage (ou mandant) consiste à payer le prix (en matière de contrat d'entreprise) ou les honoraires et frais (en matière de contrat de mandat). Dans les deux situations, il s'agit de la rémunération contractuelle.

L'art. 1.4 SIA 103 propose encore quelques autres devoirs, parmi lesquels un devoir d'information du maître de l'ouvrage (art. 1.4.5) ou une interdiction générale de donner des instructions directement à des tiers. Ces devoirs prennent toute leur importance si le règlement SIA 103 a été expressément intégré au contrat.

### 3.5 Les prestations de l'ingénieur

Les prestations peuvent être convenues librement mais doivent explicitement figurer dans le contrat. Des renvois à des normes ou règlements sont possibles, mais doivent expressément être mentionnés pour être valables.

En pratique, lors de l'appel d'offres, le maître de l'ouvrage transmet un cahier des charges, qui décrit précisément les prestations attendues de la part de l'ingénieur, pour chaque phase de projet.

En Suisse, il est usuel de se référer au règlement SIA 103 « *Règlement concernant les prestations et honoraires des ingénieurs et ingénieries civils* ».

L'article 3 décrit de manière générale les principes régissant les prestations à fournir.

En particulier, l'art. 3.1 pose les bases de ce qui devrait être décrit de manière suffisamment claire :

#### Art.3.1 SIA 103

Convention sur les prestations	Pour que l'ingénieur puisse fournir ses prestations de manière efficace et ciblée, le mandant doit: <ul style="list-style-type: none"><li>- décrire les tâches de l'ingénieur de façon aussi claire et précise que possible,</li><li>- définir le champ de responsabilité de l'ingénieur,</li><li>- déterminer la position de l'ingénieur dans l'organisation du projet, y compris par rapport aux autres intervenants à diriger et coordonner,</li><li>- mettre à disposition toutes les données de base nécessaires.</li></ul>
--------------------------------	--

Ces indications semblent triviales, mais il est à souligner que les prestations ne sont pas toujours suffisamment explicitées en pratique dans les documents d'appel d'offres et un manque de clarté sur ces points précis peut rapidement conduire à des divergences sur le contenu du contrat et, par suite, sur la répartition des responsabilités.

Dans le règlement SIA 103, il convient encore de préciser les différences dans les types de tâches et des prestations :

L'ingénieur peut être amené à réaliser les tâches suivantes :

#### 1) Tâches de direction générale de projet (art. 2.3 SIA 103) :

- En tant que directeur général du projet, l'ingénieur est responsable de ce que l'étude du projet et sa réalisation se déroulent conformément aux objectifs visés.
- Le directeur général du projet dirige tous les professionnels spécialisés participant à l'étude du projet et à sa réalisation et assume la coordination technique.
- En tant que directeur général du projet, l'ingénieur peut assumer les tâches de la direction générale des travaux.
- La direction générale des travaux est la direction suprême de l'exécution des travaux.

## 2) Tâches de l'ingénieur en tant que professionnel spécialisé (art. 2.4 SIA 103)

- En tant que professionnel spécialisé, l'ingénieur prend en charge l'étude fonctionnelle et constructive d'un ouvrage ou de certaines de ses parties.
- En tant que professionnel spécialisé, l'ingénieur prend en charge le contrôle des travaux.
- Le contrôle des travaux comprend, en complément de la direction des travaux, la surveillance périodique de l'exécution des éléments dont s'occupe le professionnel spécialisé concerné.

## 3) Tâches de l'ingénieur en tant que directeur des travaux (art. 2.5 SIA 103)

- Le directeur des travaux représente le maître d'ouvrage ou le mandant vis-à-vis des entreprises et des fournisseurs.
- La direction des travaux dirige, coordonne et surveille les travaux sur le chantier sous l'angle de la qualité, des délais et des coûts dans le cadre des compétences et de la responsabilité qui lui sont octroyées. Durant l'exécution des travaux, elle concentre ses contrôles sur les points essentiels.
- La direction générale des travaux comprend les tâches contractuelles, organisationnelles et administratives.
- La direction technique des travaux comprend la direction et la surveillance techniques des travaux sur le chantier. Elle fait partie de la direction des travaux.

Il importe également de faire la différence entre les prestations ordinaires et les prestations à convenir spécifiquement.

Les **prestations ordinaires** sont celles qui sont en général nécessaires et suffisantes pour remplir un mandat. Selon la nature de la tâche, des prestations ordinaires peuvent voir leur importance relative modifiée ou ne pas être nécessaires, sans préjudice pour la qualité des résultats (art. 3.3.3 SIA 103).

Des **prestations à convenir spécifiquement** peuvent s'ajouter aux prestations ordinaires si la nature de la tâche le requiert ou si le mandant le désire. L'art. 4 les énumère de manière non exhaustive. L'accomplissement de prestations à convenir spécifiquement doit faire l'objet d'un accord préalable (art. 3.3.4).

Toutes les prestations à réaliser par phases sont décrites de manière détaillée à l'article 4.3, qui s'étend des pages 17 à 68 du règlement SIA 103. Ces prestations ne seront pas rappelées ici. La Figure 11 ci-après propose un extrait de ce qui vient d'être décrit.

4.3.4		Appel d'offres		à faire par le MO	type de prestations de l'ingénieur
4.3.41		Appels d'offres, comparaison des offres/ propositions d'adjudication (5)			
Domaines de prestations	Résultats / documents attendus	Prestations et décisions du mandant	Prestations de l'ingénieur	Prestations de l'ingénieur	
Coûts, financement	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Comparaison des coûts avec le devis</li> <li>- Contrôle économique du projet</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Effectuation d'un examen de rentabilité</li> <li>- Approbation du plan de paiement</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Identification et justification des écarts par rapport au devis sur la base des offres</li> <li>- Actualisation des pronostics relatifs aux coûts finaux</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Directeur général du projet</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Prestations de l'ingénieur</li> <li>- Prestations à convenir spécifiquement</li> </ul>
Délais	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Planning axé sur les décisions à prendre pour la phase partielle</li> <li>- Programme d'adjudication</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Approbation du planning</li> <li>- Approbation du programme de réalisation</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Etablissement, pour la phase partielle et pour l'ensemble du projet, d'un planning axé sur les décisions à prendre</li> <li>- Etablissement, avec l'entrepreneur, d'un programme d'adjudication mis au net</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Directeur général du projet</li> <li>- Directeur général des travaux</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Directeur général du projet</li> <li>- Directeur général des travaux</li> </ul>
			<ul style="list-style-type: none"> <li>- Professionnel spécialisé</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Professionnel spécialisé</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Professionnel spécialisé</li> </ul>
			<ul style="list-style-type: none"> <li>- Révision de l'estimation des coûts sur la base des offres et comparaison avec les estimations précédentes</li> <li>- Justification des écarts par rapport au devis dans le domaine propre de l'ingénieur</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Directeur général du projet</li> </ul>
					<ul style="list-style-type: none"> <li>- Directeur général du projet</li> </ul>
					<ul style="list-style-type: none"> <li>- Directeur général des travaux</li> </ul>
					<ul style="list-style-type: none"> <li>- Professionnel spécialisé</li> </ul>
					<ul style="list-style-type: none"> <li>- Participation à l'établissement, avec l'entrepreneur, d'un programme d'adjudication mis au net</li> </ul>

Figure 11 : Exemple de prestations par phase partielle selon SIA 103 – Phase 41 Appel d'offre

### 3.6 La rémunération

Poursuivant le principe de la liberté contractuelle (art. 19 CO), la rémunération est à la libre disposition des parties.

#### 3.6.1 Types de rémunérations

Les types de rémunérations les plus courantes peuvent être classées dans l'une des trois catégories suivantes :

##### Prix au forfait (ou prix global):

Le forfait est un montant fixe que les parties fixent à l'avance et dont elles conviennent qu'il ne sera en principe plus modifié.

On peut en déduire deux caractéristiques :

- Ce prix est convenu à l'avance, le plus souvent au moment de la conclusion du contrat, du moins (en principe) avant l'exécution des travaux.
- Ce prix est définitif, en ce sens qu'il lie les parties et ne peut (en principe) plus être remis en cause, si ce n'est dans des circonstances particulières.

Le prix forfaitaire est à la fois maximum et minimum, l'ingénieur ne peut réclamer de supplément si l'exécution des prestations génère plus de dépenses que prévu (art. 373 al. 1 CO) ; à l'inverse, le maître ne peut exiger de réduction si l'exécution a finalement moins coûté que prévu (art. 373 al. 3 CO). Le prix forfaitaire lie les parties et ne varie en principe plus. La rémunération sous forme forfaitaire implique donc un accord préalable sans ambiguïté sur les objectifs, les résultats attendus et sur les prestations à fournir pour les atteindre.

Dans un prix à forfait, plus les personnes impliquées sur le projet sont efficaces c'est-à-dire le moins d'heures elles imputent sur le projet, plus la marge financière du projet sera grande. Un prix à forfait est un type de prix pouvant permettre de grands bénéfices. A l'inverse, c'est aussi celui pouvant résulter en de grosses pertes pour le bureau d'ingénieur. Le risque du forfait est donc important. Du point de vue du maître de l'ouvrage, le grand avantage du prix forfaitaire est qu'il est déterminé à l'avance, ce qui en facilite grandement sa comptabilité budgétaire.

Cependant, lorsque l'ingénieur effectue des prestations non convenues dans le forfait et néanmoins demandées par le maître de l'ouvrage, il a en principe droit à une rémunération supplémentaire.

Le prix global est un prix à forfait qui est soumis au renchérissement, alors que le forfait ne l'est pas.

#### Prix à l'heure (ou prix effectif)

Il s'agit de payer le prix des prestations effectivement réalisées et payées à l'heure. Un prix à l'heure est recommandé surtout lorsque le mandataire est appelé à fournir des prestations dont l'exécution exige un investissement temporel ne pouvant pas être estimé, ou ne pouvant l'être que difficilement.

Un prix à l'heure présente l'avantage d'être le prix effectif de la prestation. Il faut cependant relever que cela n'incite aucunement le bureau d'ingénieurs à travailler rapidement.

#### Prix à l'heure avec montant plafonné

Il s'agit d'un prix à l'heure, avec cependant un plafond des coûts convenu contractuellement, ceci afin d'éviter des abus par rapport à un prix à l'heure sans plafond. En principe, le contrat stipule que tout dépassement non justifié du plafond des coûts est à la charge de l'ingénieur. Pour cette raison, il importe que dès le début des prestations, toutes prestations s'écartant du contrat doivent être identifiées et portées à l'attention du maître de l'ouvrage, afin de prévenir tout dépassement du plafond des coûts et convenir, si nécessaire, une augmentation de ce plafond.

En pratique, la rémunération d'une majorité de projets en Suisse suit l'une des règles proposées par le règlement SIA 103, plus précisément à son art. 5.3 Mode de calcul des honoraires.

### **3.6.2 Principes de rémunération selon le règlement SIA 103**

Dans les types de rémunérations qu'il propose, le règlement SIA 103 indique que les honoraires de l'ingénieur peuvent se calculer:

- d'après le temps employé effectif,
- de manière forfaitaire (sans prise en compte du renchérissement),
- de manière globale (avec prise en compte du renchérissement) ou
- par unités de prestations.

Les principes de rémunération sont décrits à l'article 5 du règlement SIA 103 et ne seront pas rappelés ici.

En revanche, ces types de rémunération sont décrits plus en détail ci-après.

### **3.6.3 Rémunération d'après le temps employé effectif selon SIA 103**

Ce type de rémunération, appelé également tarif-temps ou temps consacré, est décrit au chapitre 6 de du règlement SIA 103.

Le calcul des honoraires d'après le temps employé effectif peut être convenu :

- d'après les catégories de qualification ou
- d'après des taux horaires moyens ou
- d'après les salaires.

#### (1) Calcul des honoraires d'après les catégories de qualification

Dans le calcul des honoraires d'après les catégories de qualification, le principe est celui d'une rémunération horaire, par degré de qualification de l'ingénieur proposé dans le tableau de l'art. 6.2.4 du règlement SIA 103 (par exemple technicien, ingénieur, chef de projet ou expert). Le bureau d'ingénieur facture au mandant les heures effectivement passées à la réalisation du mandat par les différents collaborateurs.

Arithmétiquement, la formule est la suivante :

$$H = \sum_{i=0.5G}^{i=A} T_i \cdot h_i$$

Avec :

$H$  = honoraire total en francs

$T_i$  = somme des heures de travail des collaborateurs de la catégorie  $i$  (0.5 G à A) directement engagés sur le mandat

$h_i$  = taux horaire de la catégorie  $i$  (0.5 G à A) selon art. 6.2.5 SIA 103

Ce mode de rémunération suppose que l'offre de l'ingénieur intègre une liste nominative de chaque personne et de sa catégorie ainsi que du tarif horaire correspondant à chaque catégorie.

Cette liste devrait contenir l'ensemble du personnel pouvant potentiellement intervenir sur le projet. Si une personne ne figurant pas dans la liste effectue des prestations, sa catégorie devrait être fixée d'avance d'un commun accord entre le mandataire et le maître de l'ouvrage.

Jusqu'au 30 juin 2017, la KBOB publiait des recommandations pour les tarifs horaires de chaque catégorie.

Les dernières recommandations étaient les suivantes :

Taux horaires maximaux recommandés pour 2017 dans le cas des marchés adjugés de gré à gré, en CHF, par catégorie (catégories définies par la SIA)							
Année / Cat.	A	B	C	D	E	F	G
2017	233	182	157	133	111	101	97

Figure 12 : Recommandations KBOB relatives aux honoraires d'architectes et d'ingénieurs, juin 2017

Ces recommandations ont été abrogées sur décision de la COMCO, voir ci-après.

## (2) Calcul des honoraires d'après le taux horaire moyen

Etant donné les différends survenant fréquemment quant à l'affectation des employés dans les différentes catégories de rémunération, la SIA a introduit dès 1990 le tarif-temps moyen, dont les honoraires se calculent comme suit :

$$H = T_t \cdot h \cdot a$$

$H$  = honoraire total en francs

$T_t$  = somme des heures de travail de tous les collaborateurs directement engagés sur le mandat

$h$  = taux horaire moyen (adaptation éventuelle selon art. 5. 7 – renchérissement)

$a$  = facteur d'ajustement selon art. 6.3.4 SIA 103, qui exprime le niveau de qualification exigé des collaborateurs engagés pour le traitement de la tâche soumise.

La concurrence entre les bureaux d'ingénieurs s'exerce dans ce cas sur le tarif horaire et sur le facteur de complexité. La valeur du facteur d'ajustement est une valeur indicative, un bureau souhaitant faire une offre très basse peut proposer un facteur d'ajustement en dessous des valeurs préconisées dans les tableaux de l'art. 6.3.4 SIA 103.

## (3) Calcul des honoraires d'après les salaires

Ce calcul repose sur les hypothèses suivantes :

Le calcul des honoraires d'après les salaires peut être convenu lorsque, pour des raisons particulières, des collaborateurs mentionnés nominalement sont engagés pour des tâches telles que celles mentionnées à l'art 6.2.1 SIA 103.

La rémunération horaire se calcule à partir du salaire annuel soumis à l'AVS, majoré d'un pourcentage spécifique à chaque bureau pour les frais généraux et les risques et bénéfices.

Les principes de la protection des données doivent être respectés.

Les salaires facturables des collaborateurs doivent faire l'objet d'un accord préalable, de même que la rémunération du propriétaire du bureau selon la fonction qu'il exerce.

Ce mode de rémunération convient particulièrement bien quand le collaborateur d'un bureau d'ingénieurs est occupé majoritairement ou entièrement sur un même projet et que le maître de l'ouvrage souhaite fixer ce taux, par exemple à 80% ou 100%. Il s'agit en quelque sorte d'un « prêt ». Cette méthode de rémunération est plutôt rare en pratique.

### 3.6.4 Ancienne rémunération d'après le coût de l'ouvrage selon SIA 103 (2014)

#### Historique

Ce mode de rémunération a été proposé en 1984 par la SIA, suite notamment à une enquête comprenant l'analyse comptable de près de 600 cas types dans toute la Suisse. Il a été abrogé au 31 décembre 2019 sur pression de la COMCO. **Cette méthode n'est plus recommandable juridiquement** et les maîtres de l'ouvrage ne doivent par conséquent plus s'y référer. Cependant, elle restera sans doute encore utilisée en aparté pendant quelques années encore par les architectes et ingénieurs habitués à ce mode de calcul, à titre de contrôle du prix offert. Pour cette raison, il nous a semblé encore pertinent, dans cette édition du polycopié en tout cas, de présenter cette méthode désormais révolue.

Le graphe de la Figure 13 ci-dessous illustre les résultats de l'enquête :

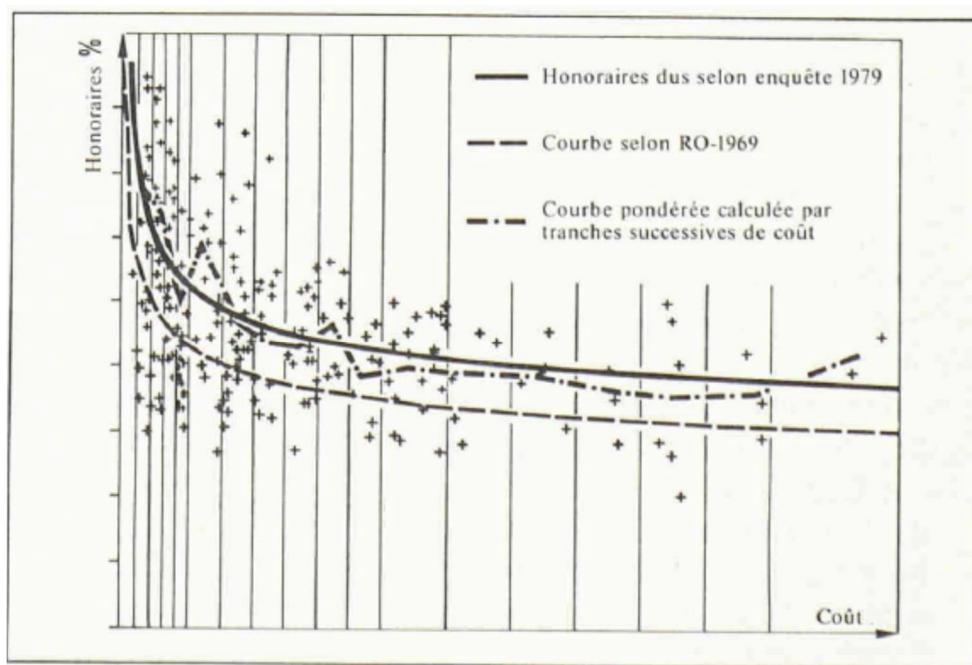


Figure 13 : Résultats de l'enquête analytique réalisée par la SIA en 1979<sup>15</sup>  
(hypothèses : degré de difficulté  $n = 1,0$  ; prestations exécutées à 100%)

À l'époque, lors de la rédaction de l'article dans le journal de la SIA, les conclusions étaient<sup>16</sup> :

<sup>15</sup> BÖHNY, Figure 2.

<sup>16</sup> BÖHNY, Conclusions

« La SIA a disposé pour la première fois d'un ensemble de données caractéristiques dégagées d'une enquête assez étendue, par rapport aux révisions de tarifs d'honoraires antérieures, ce qui lui a permis de définir le mode de calcul des honoraires selon le coût de l'ouvrage. Les commissions SIA n'ont reculé ni devant la peine, ni devant les frais pour tenter d'aboutir à un « tarif-coût » suffisamment souple pour se prêter à des réajustements ultérieurs. En effet, les courants esthétiques, les innovations incessantes, le développement des sciences et des techniques de construction accentuent le caractère évolutif des domaines d'activité en cause. Il va de soi que la bonne entente entre mandant et mandataire lors de l'interprétation et de l'application des nouveaux règlements reste la condition permanente d'une collaboration efficace. »

### Le calcul

La formule proposée au § 7 du règlement SIA 103 (2014) pour le calcul du temps moyen nécessaire ( $T_m$ ) était :

$$T_m = B_a \cdot \frac{p}{100} \cdot n \cdot \frac{q}{100} \cdot r$$

$T_m$  = temps moyen nécessaire, en heures

$B_a$  = coût d'ouvrage déterminant le temps nécessaire, en francs hors TVA

$p$  = facteur de base pour le temps nécessaire

$n$  = degré de difficulté

$q$  = part de prestations, en pour-cent (somme des phases partielles à accomplir)

$r$  = facteur d'ajustement

Le facteur de base  $p$  pour le temps nécessaire est calculé selon la formule suivante :

$$p = Z_1 + \frac{Z_2}{\sqrt[3]{B_p}}$$

$B_p$  = coût d'ouvrage déterminant le facteur de base  $p$ , en francs, hors TVA

Les valeurs des coefficients  $Z_1$  et  $Z_2$  étaient déduites de séries statistiques et publiées périodiquement par la SIA.

Le temps prévu ( $T_p$ ) spécifique à un mandat était obtenu à partir du temps moyen nécessaire ( $T_m$ ) selon la formule suivante :

$$T_p = T_m \cdot i$$

$T_p$  = temps prévu

$i$  = facteur de groupe

Formule pour le calcul des honoraires ( $H$ ) :

$$H = T_p \cdot s \cdot h$$

$H$  = honoraires en francs (hors TVA)

$s$  = facteur pour prestations spéciales

$h$  = taux horaire offert

Mis bout à bout, la formule complète et développée pour le calcul des honoraires était donc la suivante :

$$H = B_a \cdot \frac{Z_1 + \frac{Z_2}{\sqrt[3]{B_p}}}{100} \cdot n \cdot \frac{q}{100} \cdot r \cdot i \cdot s \cdot h$$

Le coefficient q se déterminait selon la *Figure 14* ci-dessous :

Phase	Phase partielle	Prestations partielles	Part de prestations du professionnel spécialisé / directeur des travaux	Part de prestations du directeur général du projet, y c. direction générale des travaux
1 Définition des objectifs			Prestations à convenir spécifiquement	
2 Etudes préliminaires			Prestations à convenir spécifiquement	
3 Etude du projet <sup>2</sup>	31 Avant-projet	8%		
	32 Projet de l'ouvrage	22%		
	33 Procédure de demande d'autorisation / dossier de la mise à l'enquête	2%		
4 Appel d'offres	41 Appels d'offres, comparaison des offres, propositions d'adjudication	10%		
5 Réalisation	51 Projet d'exécution	18%		
		Supplément pour la part des structures porteuses (art. 7.7.4)	30%	10% (cf. Art. 7.7.6)
	52 Exécution de l'ouvrage	Direction des travaux: – direction générale des travaux 22% – direction technique des travaux 15%	37%	
		Contrôle de l'exécution (art. 7.7.5)	7%	
	53 Mise en service, achèvement	3%		
6 Exploitation			Prestations à convenir spécifiquement	
<b>Total</b>		<b>100%</b>		<b>10%</b>

*Figure 14 : tableau de l'art. 7.7 SIA 103 – Détermination du coefficient q*

### La critique

La méthode de calcul des honoraires selon le coût de l'ouvrage avait largement fait ses preuves, à tout le moins dans le domaine du bâtiment. En revanche, pour des ouvrages de génie civil, particulièrement pour des ouvrages linéaires (routes, tunnels, tranchées couvertes, etc.) et d'une longueur importante, cette méthodologie de calcul ne peut pas être suivie en respectant les intervalles proposés pour chacun des coefficients. En effet, les heures estimées selon cette méthode appliquée à la lettre seraient au-delà des heures réellement nécessaires et d'autre part probablement au-delà des heures nécessaires estimées par les autres soumissionnaires dans l'hypothèse d'un appel d'offres en procédure ouverte (pour cette notion, se référer au sous-chapitre 4.3.1).

### **Exemple – Tunnel du Gothard**

Le tunnel du Gothard fait 57 km. Une application stricte de la méthode selon le coût de l'ouvrage induirait que le tunnel du Gothard nécessite approximativement 57 fois plus d'heures de prestations d'ingénieur qu'un tunnel de section similaire et dans une roche similaire mais ne faisant qu'un kilomètre de long. Un calcul linéaire dans ce cas est évidemment absurde.

Cet exemple illustre, à l'extrême, les limites de la méthode selon le coût de l'ouvrage pour un ouvrage de type linéaire. En pratique, pour de tel(s) ouvrage(s), le bureau d'ingénieur admet un (en général le coefficient n) ou plusieurs coefficients à des valeurs sensiblement plus basses que celles recommandées par le règlement SIA 103. Ces recommandations ne sauraient d'ailleurs être suivies à la lettre. D'ailleurs, par exemple pour le degré de difficulté « n », l'article précise bien : « *Le degré de difficulté se situe, en règle générale, entre 0.8 et 1.2* », laissant le libre choix au final au bureau d'ingénieur et ne met ainsi pas en péril la liberté contractuelle pour un bureau d'études d'offrir à un prix défiant toute concurrence. Une autre problématique de la formule, relevant cette fois-ci prétendument de la loi sur les cartels, est cependant présentée au sous-chapitre suivant.

### Interventions de la Commission de la concurrence (COMCO) en 2017

Deux interventions de la Commission de la concurrence ont eu lieu en 2017 et ont remis en cause la pratique bien établie dans les bureaux d'architectes et d'ingénieurs et des maîtres de l'ouvrage en matière de calcul de la rémunération. Les newsletters de la SIA ont en effet successivement relayé les informations suivantes :

#### Newsletter du 28 juin 2017 :

« *Le 27 juin 2017, la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) a informé «constructionsuisse» du fait que ses Recommandations relatives aux honoraires d'architectes et d'ingénieurs valables à ce jour et qui ont fait leurs preuves seront abrogées au 30 juin 2017 en raison d'une décision de la Commission de la concurrence (Comco). »*

#### Newsletter du 9 octobre 2017

« *Le 5 septembre, le secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) a informé la SIA qu'une enquête préliminaire a été ouverte sur les règlements SIA relatifs aux honoraires (RPH). La COMCO soupçonne en effet les RPH d'être problématiques du point de vue du droit des cartels. Elle exige instamment le retrait de la charte « Honoraires équitables pour des prestations qualifiées » du site Internet de la SIA et la cessation de la certification de programmes de concours sur la base de prescriptions en matière d'honoraires.*

***La COMCO critique également la formule utilisée pour le calcul des honoraires des mandataires d'après les coûts d'ouvrage déterminant le temps nécessaire. Elle exige concrètement la suppression de certains éléments de la formule et de toutes les valeurs prédéfinies pour certains paramètres d'ici au 30 novembre 2017. Elle demande par ailleurs à la SIA d'informer ses membres qu'ils sont libres de calculer les honoraires comme ils l'entendent et qu'ils n'agissent pas conformément à la loi sur les cartels s'ils appliquent les RPH en vigueur. »***

Au final, la COMCO a eu raison du calcul des honoraires selon le coût de l'ouvrage. Cette méthode a été abrogée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2020. La SIA a ensuite expliqué sur l'un de ses sites on-line<sup>17</sup> que :

« Si les règlements concernant les prestations et les honoraires (RPH) de la Société suisse des ingénieurs et des architectes étaient comparés à un ouvrage, on pourrait les assimiler à un palais néobaroque jugé digne de protection par beaucoup: soit un bâtiment édifié en 1877, puis sans cesse étendu, rénové et adapté à l'évolution des intérêts de ses hôtes durant les 125 années suivantes. Cet édifice imaginaire aurait véritablement constitué une retraite confortable pour d'illustres représentants de la branche des études – un lieu où l'on n'aurait supposément guère eu à se soucier de détails financiers. En tout cas jusqu'en 2001, lorsque les gardiens de la concurrence ont pour la première fois taxé d'illégaux les modèles d'affaires de la branche. On a toutefois rapidement répondu à cette sommation par des correctifs consensuels et l'insouciant train-train de jadis n'a pratiquement pas subi de changements. Jusqu'à ce qu'en 2018, l'autorité exige finalement l'abandon de ces pratiques à nouveau jugées illicites.

Ce palais symbolique est donc toujours en place aujourd'hui. Mais à l'extérieur, il arbore une façade depuis longtemps lézardée sous le feu des critiques. Et à l'intérieur, il y a un tas de gravats qu'il s'agit de débarrasser. »

### 3.7 Expiration du délai de grâce

« Au-delà de la métaphore, le tas de gravats est réel. En novembre 2018, la SIA s'est vue forcée de revoir les RPH 102 (architecture), 103 (génie civil), 105 (architecture paysagère) et 108 (installations du bâtiment, mécanique et électrotechnique) et de trouver une solution transitoire au modèle du temps nécessaire (article 7), qui permet une évaluation du temps de travail nécessaire à une tâche de projet à partir des coûts de l'ouvrage et d'autres paramètres. Une décision motivée par l'intervention du secrétariat de la Commission fédérale de la concurrence (COMCO), qui a dénoncé ce modèle élaboré en 2003, puis maintenu dans la révision de 2014, comme un accord illicite en matière de concurrence (voir l'e-dossier sur les RPH). [...]. Voilà pour l'historique qui amènera dès 2020 à un changement crucial: en vertu de l'arrangement conclu avec la COMCO, la solution provisoire doit alors être retirée et les RPH concernés doivent être expurgés de leur article 7. Les pratiques habituelles relatives au calcul des honoraires et aux rémunérations en fonction des coûts de l'ouvrage doivent désormais être reconsidérées.

Comme la branche des études sera donc obligée de s'appuyer sur d'autres bases pour établir son temps de travail et ses honoraires, la SIA a mis sur pied un groupe d'experts en 2018 afin de réfléchir à une solution de recharge durable. Ce groupe réunit des représentants du comité et du bureau de la SIA, des statisticiens issus des hautes écoles, des représentants de la branche des études, ainsi que le président et les membres de la commission centrale des règlements. Leur mission est d'étudier des concepts d'aide au calcul respectant le droit de la concurrence et des cartels. Ils ont commencé par analyser divers modèles applicables au calcul de volumes de travail et d'honoraires et ont notamment examiné les possibilités de répondre aux objections de la COMCO en étayant les formules bien connues par des paramètres statistiques robustes, en développant d'éventuelles alternatives ou en établissant des banques de données de référence. Dans le même temps, la SIA a commandé une étude comparative des pratiques en vigueur à l'étranger (voir « Sind des Nachbars Kirschen süsser? »). Les résultats du travail des experts ne sont pas encore connus, mais la SIA a fait

<sup>17</sup> <https://www.espazium.ch/fr/actualites/en-route-pour-laventure>

*part de sa volonté d'offrir une solution de rechange à ses membres, même si l'horizon temporel pour sa mise en œuvre demeure imprécis. »*

### 3.7.1 Autres méthodes de calcul d'honoraires

Lors de l'établissement d'une offre, les bureaux d'ingénieurs utilisent la ou les méthodes proposées dans les documents d'appels d'offres, mais utilisent généralement également en parallèle leurs propres formules pour estimer au mieux le montant des honoraires de l'offre à rendre. Citons deux propositions :

#### L'estimation des équivalents plein temps (EPT) nécessaires

Il s'agit d'estimer, en principe par phases, à quel taux de travail est-ce que les personnes ou catégories de personnes vont devoir être mises à contribution sur le projet en question. Cette méthode s'apparente à celle du calcul des honoraires d'après les catégories de qualification exposée ci-avant au 3.6.3.

#### La comparaison avec des projets similaires

Une analyse approfondie des heures effectivement passées sur des mandats récents et terminés ou en passe de l'être se révèle sans doute être le meilleur indicateur pour l'estimation des honoraires par un bureau d'ingénieurs chevronnés.

Il faut bien évidemment que le projet soit comparable, que l'équipe amenée à travailler sur ce projet le soit également et idéalement, il faudrait encore que cela soit pour le même maître de l'ouvrage, voire carrément avec le même chef de projets de chaque côté (ingénieur et maître de l'ouvrage.).

Cette comparaison peut être soit en termes d'EPT ou de pourcentage par rapport au coût de l'ouvrage, ou tout autre ratio jugé pertinent par le responsable de l'offre.

## 4. Droit public de la construction : aperçu des principes généraux

### 4.1. Remarques introductives

En Suisse, le sol est une ressource particulièrement rare. En effet, la superficie du pays est de 41'285 km<sup>2</sup>, dont seulement env. un tiers sont des surfaces agricoles utiles. 8 % de la superficie totale sont des surfaces d'habitation et d'infrastructure. Le reste de la superficie se compose principalement de surfaces improductives (p. ex. lacs, glaciers, cours d'eau, rochers, etc.) et de surfaces boisées.

Cette rareté du sol est en tension avec les besoins croissants de la population, en particulier en termes de surfaces habitables et d'espaces aptes à l'implantation d'infrastructures. Cette tension est accentuée par la croissance démographique, mais également par les développements économiques, techniques et sociaux. L'ensemble de ces facteurs a eu pour effet d'augmenter considérablement la surface consommée (d'habitat et d'infrastructure) par personne au fil du temps.

Compte tenu de ces circonstances contraignantes, la réglementation de l'organisation du territoire et de l'utilisation du sol s'est imposée comme une nécessité.

Au niveau fédéral, différentes lois ont ainsi été adoptées par le Parlement suisse (c-à-d l'Assemblée fédérale). Sans prétention d'exhaustivité, la liste ci-dessous dresse une chronologie des principales lois fédérales/révisions législatives adoptées à cet effet :

- 1876 Loi fédérale sur la protection des forêts : interdiction de défricher dans les forêts protectrices des régions de montagne).
- 1902 Extension de cette interdiction à l'ensemble des forêts et introduction de l'obligation de procéder à des reboisements compensatoires.
- 1951 Loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale (LDFR) : adoption de mesures en faveur des exploitations agricoles familiales et de la préservation des terres cultivables.
- 1955 Loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution (LEaux) : protection qualitative des eaux.
- 1960 Loi fédérale sur les routes nationales (LRN) : base pour la réalisation du réseau autoroutier national.
- 1965 Loi fédérale concernant l'encouragement à la construction de logements (LOG) : promotion de la construction de logements et d'une occupation rationnelle du territoire, contributions fédérales aux frais de l'aménagement national, régional et local
- 1966 Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN) : protection de la faune, de la flore, du paysage et des sites construits
- 1969 Article constitutionnel sur l'aménagement du territoire (actuel art. 75 Cst.) : utilisation judicieuse et mesurée du sol, occupation rationnelle du territoire, coordination de l'aménagement du territoire par la Confédération.
- 1971 Révision totale de la Loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution (LEaux) : regroupement des constructions, interdiction de construire hors du plan directeur des égouts ou du milieu bâti.
- 1972 Arrêté fédéral instituant des mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire : délimitation de zones protégées provisoires ; institution d'un délégué fédéral à l'aménagement du territoire.
- 1974 Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LCAP) : encouragement de la création de logements et d'un équipement des terrains à bâtir respectueux du territoire et de l'environnement.

- 1979 Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT) : loi-cadre définissant les buts, principes, instruments et procédures d'aménagement du territoire, séparation entre les parties constructibles et non constructibles du territoire.
- 1983 Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) : protection de l'homme, de la faune, de la flore et des milieux naturels contre les atteintes nuisibles ou incommodantes.
- 1991 Loi fédérale sur les forêts (LFo) (révision totale de la loi fédérale sur la police des forêts) : préservation des fonctions protectrice, économique et récréative de la forêt ; séparation claire entre aire forestière et zone à bâtrir ; relativisation de la définition de la « forêt dynamique ».
- 1991 Loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR) : réglementation des conditions d'acquisition des terrains agricoles (principe de l'exploitant à titre personnel, contrôle des prix de vente) ; lutte contre le morcellement des immeubles agricoles.
- 1996 Révision de la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN) : protection des marais (Initiative de Rothenthurm).
- 1998 Révision de la loi fédérale sur l'agriculture (LAgr) : introduction des paiements directs (notamment pour les prestations écologiques particulières).
- 2006 Loi fédérale sur la politique régionale : renforcement de la capacité d'innovation et de la compétitivité des régions de montagne, des autres régions rurales et des régions frontalières.
- 2011 Révision de la loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux) : prise en compte de l'espace réservé aux eaux dans les plans directeurs et les plans d'affectation.
- 2012 Article constitutionnel sur les résidences secondaires (Lex Weber [art. 75b Cst.]) : limitation des possibilités de réaliser de nouvelles résidences secondaires dans les communes présentant un taux de résidences secondaires supérieur à 20 %.
- 2016 Loi fédérale sur les résidences secondaires (LRS) : mise en œuvre de l'article constitutionnel sur les résidences secondaires.
- 2018 Révision de la loi sur l'énergie (LEne) : désignation, dans les plans directeurs cantonaux, des zones et tronçons de cours d'eau se prêtant à l'exploitation de l'énergie hydraulique et éolienne, exploitation des énergies renouvelables élevée au rang d'intérêt d'importance nationale.

Parmi ces actes législatifs, l'actuel article 75 Cst., la LAT et la LPE constituent le noyau des règles régissant l'aménagement du territoire et l'environnement en Suisse. Ces législations sont approfondies dans les chapitres qui suivent.

La diversité des actes législatifs listés ci-dessus témoigne de la pluralité des intérêts qui s'affrontent en matière d'aménagement du territoire et d'utilisation du sol. On pense notamment à la propriété privée des particuliers (art. 26 Cst.), la protection de l'environnement (LPE), la protection des eaux (LEaux), la protection de la nature et du paysage (LPN), la protection de la forêt (LFo), l'intérêt public à disposer d'infrastructures de transport nationales (LRN), l'intérêt public à disposer de logements en suffisance, la protection des terres agricoles (LDFR, LAgr), etc.

Le droit de l'aménagement du territoire a principalement pour fonction d'arbitrer entre ces différents intérêts privés/publics parfois opposés, pour parvenir à la solution la plus équilibrée et respectueuse de chacun d'eux. Nous y reviendrons ci-dessous (cf. chap. 4.2.2 *in fine*).

## 4.2. Le droit de l'aménagement du territoire

### 4.2.1. La répartition des compétences Confédération/cantons

La Suisse est un Etat fédéral à trois niveaux, à savoir la Confédération, les cantons et les communes. Il convient ainsi de déterminer les compétences entre les différents échelons de l'Etat fédéral.

La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est réglée à l'art. 3 Cst., qui dispose que « [I]es cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ».

En d'autres termes, les cantons sont compétents aussi longtemps que la Constitution n'attribue pas une compétence dans un domaine en faveur de la Confédération. Les compétences de la Confédération sont énumérées au chapitre 2 de la Constitution fédérale (art. 54 ss Cst.), auquel il faut donc se référer pour savoir si tel ou tel domaine est du ressort de la Confédération ou non.

S'agissant de l'échelon communal, l'autonomie à ce niveau est fixée par le droit cantonal (art. 50 al. 1 Cst.). Cela signifie que chaque canton peut librement déterminer les compétences qu'il délègue à « ses » communes.

La répartition de compétences au sein de l'Etat fédéral se joue ainsi principalement entre la Confédération d'une part et les cantons d'autre part.

En matière d'aménagement du territoire, il existe une base constitutionnelle, l'art. 75 Cst., dont la teneur est la suivante :

#### Art. 75 – Aménagement du territoire

<sup>1</sup>La Confédération fixe les principes applicables à l'aménagement du territoire. Celui-ci incombe aux cantons et sert une utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire.

<sup>2</sup>La Confédération encourage et coordonne les efforts des cantons et collabore avec eux.

<sup>3</sup>Dans l'accomplissement de leurs tâches, la Confédération et les cantons prennent en considération les impératifs de l'aménagement du territoire.

La Constitution donne ainsi mandat à la Confédération de fixer les principes applicables à l'aménagement du territoire. On dit que la Confédération a une compétence législative limitée aux principes (cpr. art. 5a Cst.). Par conséquent, les cantons restent compétents pour la réalisation effective de l'aménagement du territoire. On considère ainsi que l'aménagement du territoire est principalement du ressort des cantons.

Compte tenu de cette répartition de compétences, la LAT adoptée par le législateur fédéral est une « loi-cadre », qu'il appartient aux cantons de préciser et de compléter dans leur législation cantonale respective.

Cette répartition des compétences entre la Confédération et les cantons reflète le besoin de collaborer, en matière de planification de l'utilisation du sol, entre les différents niveaux de l'Etat fédéral (régional/national).

En vertu du principe de la primauté du droit fédéral (cpr. art. 49 Cst.), les cantons doivent certes respecter les buts, principes et instruments définis dans la LAT, mais ils sont libres pour le surplus de légiférer comme bon leur semble. Par exemple, la police des constructions n'est pas une matière régie par le droit fédéral, de sorte que les cantons peuvent librement légiférer sur cet objet.

Dans la plupart des cantons, le droit de la construction et le droit de l'aménagement du territoire font l'objet d'un seul acte législatif (loi sur l'aménagement du territoire et les constructions [p. ex. LATC-VD, LATeC-FR, etc.]). Compte tenu de la liberté accordée à chaque canton dans le cadre de la mise en œuvre de la LAT, le droit cantonal peut comporter des différences d'un

canton à l'autre. Il s'agit là d'une conséquence du fédéralisme. La jurisprudence et certains accords intercantonaux ont parfois pour effet d'harmoniser les législations cantonales.

En pratique, certaines dispositions de la LAT et de l'OAT sont formulées de façon relativement précise, de sorte qu'elles sont considérées comme allant au-delà de la compétence de principe attribuée à la Confédération (certaines dispositions laissant très peu, voire pas de marge de manœuvre aux cantons pour la mise en œuvre législative).

#### 4.2.2. Les buts et principes

Les buts de l'aménagement du territoire sont énumérés à l'art. 1 LAT, dont la teneur est la suivante :

##### Art. 1 – Buts

<sup>1</sup>La Confédération, les cantons et les communes veillent à une utilisation mesurée du sol et à la séparation entre les parties constructibles et non constructibles du territoire. Ils coordonnent celles de leurs activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire et ils s'emploient à réaliser une occupation du territoire propre à garantir un développement harmonieux de l'ensemble du pays. Dans l'accomplissement de leurs tâches, ils tiennent compte des données naturelles ainsi que des besoins de la population et de l'économie.

<sup>2</sup>Ils soutiennent par des mesures d'aménagement les efforts qui sont entrepris notamment aux fins :

- a. de protéger les bases naturelles de la vie, telles que le sol, l'air, l'eau, la forêt et le paysage ;
- a<sup>bis</sup> d'orienter le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti, en maintenant une qualité de l'habitat appropriée ;
- b. de créer un milieu bâti compact ;
- b<sup>bis</sup> de créer et de maintenir un milieu bâti favorable à l'exercice des activités économiques ;
- c. de favoriser la vie sociale, économique et culturelle des diverses régions du pays et de promouvoir une décentralisation judicieuse de l'urbanisation et de l'économie ;
- d. de garantir des sources d'approvisionnement suffisantes dans le pays ;
- e. d'assurer la défense générale du pays ;
- f. d'encourager l'intégration des étrangers et la cohésion sociale.

Ces buts concrétisent le mandat que la Constitution assigne à la Confédération et aux cantons en matière d'aménagement du territoire.

L'art. 1 LAT doit être lu en parallèle avec l'art. 3 LAT, qui fixe les principes d'aménagement.

##### Art. 3 – Principes régissant l'aménagement

<sup>1</sup>Les autorités chargées de l'aménagement du territoire tiennent compte des principes suivants.

<sup>2</sup>Le paysage doit être préservé. Il convient notamment :

- a. de réserver à l'agriculture suffisamment de bonnes terres cultivables, en particulier, les surfaces d'assolement ;
- b. de veiller à ce que les constructions prises isolément ou dans leur ensemble ainsi que les installations s'intègrent dans le paysage ;
- c. de tenir libres les bords des lacs et des cours d'eau et de faciliter au public l'accès aux rives et le passage le long de celles-ci ;
- d. de conserver les sites naturels et les territoires servant au délassement ;

- e. de maintenir la forêt dans ses diverses fonctions.

<sup>3</sup>Les territoires réservés à l'habitat et à l'exercice des activités économiques seront aménagés selon les besoins de la population et leur étendue limitée. Il convient notamment :

- a. de répartir judicieusement les lieux d'habitation et les lieux de travail et de les planifier en priorité sur des sites desservis de manière appropriée par les transports publics ;
- a<sup>bis</sup> de prendre les mesures propres à assurer une meilleure utilisation dans les zones à bâtir des friches, des surfaces sous-utilisées ou des possibilités de densification des surfaces de l'habitat ;
- b. de préserver autant que possible les lieux d'habitation des atteintes nuisibles ou incommodantes, telles que la pollution de l'air, le bruit et les trépidations ;
- c. de maintenir ou de créer des voies cyclables et des chemins pour piétons ;
- d. d'assurer les conditions dont dépend un approvisionnement suffisant en biens et services ;
- e. de ménager dans le milieu bâti de nombreux aires de verdure et espaces plantés d'arbres.

<sup>4</sup>Il importe de déterminer selon des critères rationnels l'implantation des constructions et installations publiques ou d'intérêt public. Il convient notamment :

- a. de tenir compte des besoins spécifiques des régions et de réduire les disparités choquantes entre celles-ci ;
- b. de faciliter l'accès de la population aux établissements tels qu'écoles, centres de loisirs et services publics ;
- c. d'éviter ou de maintenir dans leur ensemble à un minimum les effets défavorables qu'exercent de telles implantations sur le milieu naturel, la population et l'économie.

Ces principes d'aménagement reprennent les buts susmentionnés en les précisant et en les complétant. De manière générale, les buts et principes de la LAT sous-tendent tout processus de décision en matière d'aménagement du territoire, en particulier celui de la planification de l'utilisation du sol.

Dans la mesure où ces buts et principes protègent des intérêts parfois contradictoires, le processus décisionnel implique de procéder à une pesée des intérêts en présence. On parle aussi parfois de balance des intérêts. Ce raisonnement s'articule en trois étapes principales :

- 1) identifier les intérêts concernés ;
- 2) apprécier le poids des intérêts identifiés ;
- 3) décider en fonction des intérêts prépondérants, mais en tenant compte de l'ensemble des intérêts concernés.

Par exemple, dans le cadre de leurs tâches de planification, les autorités d'aménagement compétentes doivent décider des emplacements propres à accueillir des parcs éoliens. En application des trois étapes susmentionnées, la pesée des intérêts en présence pourrait être la suivante :

- 1) Au niveau de l'identification des intérêts en présence, la construction d'un parc éolien contribue notamment à garantir l'approvisionnement énergétique du pays. La sécurité de l'approvisionnement suffisant en énergie est un intérêt public. De même, l'éolien est une source d'énergie renouvelable, ce qui contribue à réaliser le principe de la durabilité. La réalisation d'un parc éolien sert également les intérêts économiques du producteur d'électricité qui sera chargé de l'exploitation. Le fait de considérer que telle parcelle est propre à accueillir un parc éolien peut aussi avoir pour effet de valoriser économiquement le terrain choisi appartenant à un propriétaire. Il s'agit là d'un

éventuel autre intérêt privé économique. Parmi les intérêts touchés, il faut encore mentionner la préservation du paysage, les éoliennes ayant un fort impact visuel. Il faut également mentionner la protection de la faune, certains oiseaux pouvant être perturbés par l'installation d'éoliennes. Pour le voisinage, l'exploitation d'éoliennes peut générer divers types de nuisances perturbant les personnes vivant à proximité.

- 2) Chaque intérêt identifié doit ensuite être pondéré et apprécié. L'autorité doit se demander quel est le poids tous les intérêts convergents, respectivement divergents. Dans notre cas, il s'agit par exemple de se demander quelle est l'importance de chaque intérêt servant la réalisation du projet (p. ex. approvisionnement en énergie renouvelable), respectivement le poids de chaque intérêt opposé (p. ex. protection de la faune et du paysage).
- 3) Une fois les intérêts identifiés et appréciés, l'autorité doit mettre en balance les intérêts et décider celui qui l'emporte, en optant pour la solution la plus respectueuse de chacun d'eux (résultat de la pesée des intérêts). Il peut arriver qu'un intérêt soit privilégié au détriment d'un autre, car il n'est pas toujours possible de trouver un compromis idéal. Dans notre cas, l'autorité va par exemple retenir que tel emplacement est le plus indiqué pour accueillir un parc éolien compte tenu de son fort potentiel énergétique (fortes vitesses de vents mesurées), quand bien même l'endroit choisi peut se situer dans une région dont le paysage présente une certaine qualité esthétique.

Cet exemple montre que le but de l'aménagement du territoire est notamment de parvenir à localiser la bonne activité au bon endroit, en arbitrant entre les différents intérêts opposés pour parvenir à une solution adaptée et respectueuse du territoire et de l'environnement.

A noter que les autorités sont obligées d'effectuer une pesée des intérêts en présence, à chaque fois qu'elles accomplissent et/ou coordonnent des tâches qui ont des effets sur l'organisation du territoire, pour autant qu'elles disposent d'un pouvoir d'appréciation dans l'exécution de ces tâches (cpr. art. 3 OAT).

En matière d'aménagement du territoire, les autorités de planification disposent d'un important pouvoir d'appréciation, de sorte qu'elles procèdent systématiquement à des pesées d'intérêts. Les autorités doivent non seulement se soumettre à cet exercice de pondération, mais également expliquer leur raisonnement et surtout motiver leur décision (art. 3 al. 2 OAT). Cela signifie que la manière dont la pesée des intérêts a été effectuée par l'autorité d'aménagement doit pouvoir être comprise par des tiers.

#### **4.2.3. Les instruments d'aménagement**

Les décisions prises par les autorités de planification sont formalisées au moyen de différents instruments juridiques à leur disposition.

Ces instruments sont prévus dans la loi et permettent aux autorités des différents niveaux de l'Etat de fédéral de coordonner l'ensemble des activités à incidences spatiales.

La LAT prévoit notamment les instruments suivants :

- conceptions et plans sectoriels de la Confédération (art. 13 LAT ; 14 ss OAT) ;
- plans directeurs cantonaux (art. 6 ss LAT ; 4 ss OAT) ;
- plans d'affectations cantonaux et communaux (art. 14 ss LAT ; 30a ss OAT).

Ces différents instruments s'influencent mutuellement. Ainsi, la planification directrice cantonale est élaborée en tenant compte des conceptions et plans sectoriels de la Confédération. De même, les plans d'affectation doivent eux-mêmes prendre en compte la planification fédérale et cantonale directrice. Cela étant, ces différents instruments ne sont pas dans un pur rapport hiérarchique, mais plutôt dans une interaction dynamique. En effet, la cohérence des différents plans est assurée par la participation des diverses entités de l'Etat fédéral dans les processus de planification (p. ex. les cantons sont consultés dans le cadre de la planification sectorielle fédérale, la Confédération est appelée à examiner et approuver les plans directeurs cantonaux, les plans d'affectation communaux doivent être soumis au canton concerné, etc.).

#### 4.2.3.1. Les conceptions et plans sectoriels

Les conceptions sont des ensembles cohérents d'objectifs et de mesures à caractère transversal, qui permettent de décrire des problématiques particulièrement complexes. Compte tenu de leur contenu se limitant à définir les axes généraux, elles sont surtout utilisées dans les domaines qui ne relèvent que partiellement de la compétence de la Confédération, mais qui nécessitent une coordination supracantonale (p. ex. protection du paysage, exploitation de l'énergie éolienne, installations sportives d'importance nationale, etc.).

Par opposition aux conceptions, les plans sectoriels comportent un véritable programme d'action et fournissent des indications concrètes pour la réalisation de projets (p. ex. les secteurs favorables à l'implantation de l'infrastructure à réaliser). Compte tenu de leur contenu précis et relativement détaillé, les plans sectoriels sont utilisés dans les domaines pour lesquels la Confédération dispose d'une compétence exclusive (p. ex. pour les chemins de fer, les routes nationales, l'énergie atomique, les infrastructures militaires, les surfaces d'assolement, le transport d'énergie [lignes électriques, conduites souterraines], etc.).

Le contenu, la procédure d'établissement et la portée des conceptions et des plans sectoriels sont réglés dans l'Ordonnance sur l'aménagement du territoire (art. 14 ss OAT).

Il convient également de se référer aux différentes lois spéciales concernées, qui peuvent parfois comporter des indications sur le contenu des plans sectoriels (p. ex. la Loi fédérale sur les chemins de fer, la Loi fédérale sur l'aviation civile, la Loi fédérale sur les routes nationales).

L'art. 19 OAT prévoit que les cantons et les communes doivent être consultés dans le cadre de la planification sectorielle ou de l'élaboration de conceptions. De même, la population doit être informée et avoir la possibilité de participer au processus de planification (art. 4 LAT ; 19 OAT).

Les conceptions et plans sectoriels sont ensuite approuvés par le Conseil fédéral (art. 21 OAT). Ces instruments ont force obligatoire pour les autorités (art. 22 al. 1 OAT). Cela signifie que les cantons et les communes doivent en tenir compte dans le cadre de leurs propres tâches d'aménagement.

#### 4.2.3.2. Les plans directeurs cantonaux

La principale tâche des cantons est de coordonner et gérer les activités à incidences spatiales sur leur territoire. Le plan directeur cantonal est l'instrument de base prévu à cet effet.

L'art. 8 al. 1 LAT oblige tous les cantons à établir un plan directeur. Cette disposition légale fixe également le contenu minimal de ce type de plan, à savoir :

- le cours que doit suivre l'aménagement du territoire cantonal concerné (let. a) ;
- la façon de coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire, afin d'atteindre le développement souhaité (let. b) ;
- une liste de priorités et les moyens à mettre en œuvre (let. c).

L'art. 8 al. 2 LAT ajoute que les projets qui ont des incidences importantes sur le territoire et l'environnement doivent avoir été prévus dans le plan directeur. Il peut s'agir par exemple de gravières, de décharges, de centres commerciaux et de loisirs, d'infrastructures, etc.

L'art. 5 OAT précise également le contenu et la structure des plans directeurs cantonaux. Selon cette norme, le plan directeur présente le développement spatial souhaité et détermine l'orientation future de la planification, en précisant notamment les exigences à respecter lors de l'affectation du sol et de la coordination des différents domaines sectoriels.

Le plan directeur doit en outre montrer :

- comment les activités ayant des effets sur l'organisation du territoire sont coordonnées ;
- quelles sont les activités ayant des effets sur l'organisation du territoire qui ne sont pas encore coordonnées et les dispositions qu'il convient de prendre pour parvenir à le faire en temps utile ;

- quelles sont les activités ayant des effets sur l’organisation du territoire qui peuvent avoir des répercussions importantes sur l’utilisation du sol mais ne sont pas définies de manière suffisamment précise pour qu’une concertation puisse avoir lieu.

En outre, dans le domaine spécifique de l’urbanisation, le plan directeur doit notamment définir (art. 8a LAT) :

- la dimension totale des surfaces affectées à l’urbanisation, leur répartition dans le canton et la manière de coordonner leur expansion à l’échelle régionale ;
- la manière de coordonner l’urbanisation et les transports et de garantir un équipement rationnel qui permet d’économiser du terrain ;
- la manière de concentrer le développement d’une urbanisation de qualité à l’intérieur du milieu bâti ;
- la manière d’assurer la conformité des zones à bâtir aux conditions de l’art. 15 LAT ;
- la manière de renforcer la requalification urbaine.

Une planification directrice pertinente et efficace implique l’élaboration de nombreuses études de base par les cantons (art. 6 OAT).

Au niveau de sa forme, le plan directeur comporte une carte et un texte liés par un système de renvois réciproques (art. 5 al. 1 OAT).

La carte donne une vue d’ensemble de tous les domaines sectoriels et présente les projets relevant du plan directeur, dans leur contexte spatial. En règle générale, elle est établie à l’échelle 1:50 000 (art. 5 al. 2 OAT).

Le texte pose, pour chacun des domaines sectoriels et projets individuels, les exigences à respecter lors de la poursuite des travaux en ce qui concerne les conditions spatiales, l’échelonnement dans le temps et l’organisation à mettre en place ; il fournit en outre des indications sur les instruments d’aménagement et les moyens financiers (art. 5 al. 3 OAT).

Pour faciliter la compréhension du plan directeur, la carte et le texte montrent les relations spatiales et fonctionnelles entre les mesures proposées et l’utilisation actuelle du sol (données de base), en faisant apparaître notamment les constructions et installations existantes, ainsi que les plans et prescriptions en vigueur (art. 5 al. 4 OAT).

Il ressort des développements qui précèdent que le plan directeur revêt une double fonction. D’une part, il sert à coordonner les activités et grands projets à incidences spatiales ; d’autre part, il contribue à préparer la planification d’affectation. Les plans directeurs ont ainsi force obligatoire uniquement pour les autorités (art. 9 al. 1 LAT). Cela signifie qu’ils n’ont en principe pas pour effet d’affecter directement la situation juridique des particuliers. Les plans directeurs ont principalement vocation à déterminer la marge d’appréciation laissée aux autorités, en particulier celles qui sont chargées d’élaborer la planification d’affectation. L’instrument du plan directeur joue aussi un rôle important dans le cadre de la pesée des intérêts.

L’absence d’effets juridiques directs sur les particuliers a pour conséquence que ces derniers ne peuvent pas contester les plans directeurs. Les éventuels recours de personnes privées doivent être dirigés contre les plans d’affectation. Il est cependant admis que les communes peuvent s’opposer à l’adoption d’un plan directeur cantonal, lorsqu’elles estiment que le plan en question porte atteinte à leur autonomie communale en matière d’aménagement du territoire.

S’agissant enfin de la procédure d’élaboration du plan directeur cantonal, elle requiert une collaboration étroite entre la Confédération, les cantons et les communes, ainsi qu’entre les différents services de l’Etat concernés. La participation de la population dans le processus doit être garantie (art. 4 LAT). Cette participation se fait généralement au moyen de présentations du projet au public avant son adoption (p. ex. publication d’informations officielles, séances d’informations publiques, etc.).

La procédure d’adoption est régie par le droit cantonal (art. 10 al. 1 LAT). L’organe compétent est donc susceptible de varier d’un canton à l’autre, parfois cette tâche est confiée au pouvoir exécutif (gouvernement cantonal [Conseil d’Etat]), parfois au pouvoir législatif (parlement

cantonal [Grand Conseil]). Une fois que le plan directeur est adopté par l'autorité cantonale compétente, il doit être approuvé par le Conseil fédéral (art. 11 LAT). Cette procédure d'approbation a notamment pour but de garantir que le plan directeur cantonal soit conforme à la LAT et qu'il soit coordonné avec les cantons voisins.

Compte tenu du contexte évolutif dans lequel ils s'inscrivent, les plans directeurs doivent être régulièrement adaptés. Selon l'art. 9 al. 2 LAT, ils doivent être intégralement réexaminés tous les 10 ans et, au besoin, remaniés.

#### 4.2.3.3. Les plans d'affectation cantonaux/communaux

Les plans d'affectation définissent le type et l'intensité de l'utilisation du sol, c'est-à-dire l'activité autorisée dans un secteur déterminé (cpr. art. 14 al. 1 LAT). Ce niveau de planification d'affectation est précise et règle en détail l'affectation de chaque parcelle recensée au cadastre. En clair, chaque bien-fonds se voit attribuer à une zone qui est définie dans le plan d'affectation.

Le plan d'affectation se compose ainsi d'un plan de zones (qui détermine dans quelle zone se trouve telle parcelle) et d'un règlement sur les constructions et les zones (qui prescrit notamment les règles applicables à chacune des zones). Ces deux actes sont généralement édictés par les communes et forment ensemble le « plan d'aménagement local » (PAL). Les plans d'affectations communaux sont approuvés par les autorités cantonales, qui veillent à ce que les plans soient conformes au droit supérieur, en particulier au plan directeur cantonal (art. 26 LAT). L'autorité compétente pour établir les plans d'affectation et la procédure d'adoption y relative relèvent de la compétence des cantons (art. 25 al. 1 LAT). Ces points sont donc réglés au niveau des lois cantonales et non dans la LAT.

Dès lors que les plans d'affectation déterminent le régime juridique de chaque parcelle, ils ont force obligatoire pour chacun (art. 21 al. 1 LAT). Par opposition aux plans directeurs, les plans d'affectation touchent ainsi aux droits et obligations des particuliers. En conséquence, la population doit non seulement avoir la possibilité participer au processus, en étant informée et en ayant l'occasion de se déterminer (art. 4 LAT) ; mais les personnes touchées par un plan d'affectation peuvent en outre s'y opposer et disposent ainsi d'un droit de recours.

Une fonction centrale des plans d'affectation consiste à délimiter les zones constructibles (zones à bâtir) de celles inconstructibles (zones agricoles). Cette fonction est consacrée à l'art. 14 al. 2 LAT. Le droit fédéral prévoit encore un troisième type de zone d'affectation : les zones à protéger (art. 17 LAT). Au sein de ces trois types de zones d'affectations, les cantons ont la possibilité de prévoir des subdivisions supplémentaires (p. ex. la zone résidentielle et la zone industrielle au sein de la zone à bâtir).

Le choix de la zone d'affectation relève de la compétence de l'autorité d'aménagement, laquelle dispose d'un vaste pouvoir d'appréciation en la matière. Elle doit cependant tenir compte des buts et principes de l'aménagement du territoire (art. 1 et 3 LAT), ainsi que de la planification directrice (art. 8 ss LAT).

S'agissant des zones à bâtir, elles doivent être définies de telle manière à répondre aux besoins prévisibles pour les quinze années suivantes (art. 15 al. 1 LAT). Une zone est dite « à bâtir », lorsque son affectation principale permet qu'on y érige régulièrement des constructions qui n'ont rien à voir avec l'exploitation du sol (agriculture), ou dont la destination ne nécessite pas qu'elles soient installées en un lieu déterminé.

Le fait qu'un terrain soit, ou non, propre à la construction dépend de ses caractéristiques géographiques et physiques (situation, topographie, etc.), mais aussi du milieu bâti dans lequel il s'inscrit. Il convient en outre de tenir compte des aspects relevant de la planification urbaine (proximité et densité des transports publics, offre commerciale et de loisirs, besoin de repos de la population, etc.) et des possibilités d'équipement (desserte routière, alimentation en eau et évacuation des eaux usées, etc.).

Comme indiqué plus haut, les zones à bâtir peuvent être subdivisées selon le type et l'intensité de leur utilisation. Cette subdivision, qui relève de la compétence des cantons et non de la

Confédération, permet de garantir un tissu bâti qualité. A défaut, si les propriétaires étaient totalement libres quant au type de constructions qu'ils souhaiteraient voir ériger sur leur terrain à bâtir (sites industriels, immeubles de logements, centres commerciaux, etc.), il serait impossible une utilisation mesurée et rationnelle du sol (art. 1 al. 1, art. 3 al. 3 LAT). Il est aujourd'hui admis qu'un mélange cohérent entre logements, places de travail, commerces et une diversité de services augmente la qualité de l'habitat et de l'urbanisme.

Le classement en zone à bâtir, c'est-à-dire l'affectation nouvelle de terrains en zone constructible, est en outre soumise à des exigences légales précises et élevées. En vertu de l'art. 15 al. 4 LAT, de nouveaux terrains peuvent être classés en zone à bâtir aux conditions cumulatives suivantes :

- a. ils sont propres à la construction ;
- b. ils seront probablement nécessaires à la construction dans les quinze prochaines années même si toutes les possibilités d'utilisation des zones à bâtir réservées ont été épuisées et ils seront équipés et construits à cette échéance ;
- c. les terres cultivables ne sont pas morcelées ;
- d. leur disponibilité est garantie sur le plan juridique ;
- e. ils permettent de mettre en œuvre le plan directeur.

Cette liste illustre que la création de nouvelles zones à bâtir est soumise à des exigences accrues et qu'elle doit se fonder sur des études de besoins. L'application de ces conditions couplées aux buts et principes de l'aménagement (art. 1 et 3 LAT) conduit généralement à densifier le milieu déjà bâti et à préserver les espaces libres de construction.

Lorsque les zones à bâtir existantes sont surdimensionnées, c'est-à-dire qu'elles dépassent les besoins sur 15 ans de la collectivité concernée, la loi prescrit une obligation de réduction de ces zones (art. 15 al. 2 LAT).

Par opposition aux zones constructibles, les zones agricoles (art. 16 LAT) et les zones à protéger (art. 17 LAT) sont des zones impropre à la construction, en ce sens qu'elles doivent, dans la mesure du possible, rester libres de constructions et d'installations. Cela ne signifie cependant pas que toute construction est exclue de ces zones, mais que les éventuelles constructions admises sont soumises à des exigences strictes. Nous y reviendrons dans le chapitre consacré aux autorisations de construire (chap. 7).

Selon l'art. 16 al. 1 LAT, les zones agricoles servent à garantir la base d'approvisionnement du pays à long terme, à sauvegarder le paysage et les espaces de délassement et à assurer l'équilibre écologique ; elles devraient être maintenues autant que possible libres de toute construction en raison des différentes fonctions de la zone agricole.

L'art. 16 al. 1 let. a et b LAT précise que les zones agricoles comprennent :

- a. les terrains qui se prêtent à l'exploitation agricole ou à l'horticulture productrice et sont nécessaires à l'accomplissement des différentes tâches dévolues à l'agriculture ;
- b. les terrains qui, dans l'intérêt général, doivent être exploités par l'agriculture.

Ces différentes fonctions détermineront quels terrains devront être affectés à la zone agricole. Il s'agit en principe de terrains qui, compte tenu de leur qualité, leur forme et les conditions climatiques auxquelles ils sont soumis, se prêtent à une utilisation agricole rationnelle. L'utilisation agricole désigne la production de denrées selon des méthodes dépendantes du sol, garde d'animaux comprise (p. ex. culture maraîchère, élevage, etc.).

Cela étant, la zone agricole au sens de l'art. 16 LAT ne se réduit pas aux seuls destinés à l'agriculture et à la préservation des terres cultivables. La zone agricole est en réalité une zone multifonctionnelle, qui garantit d'autres fonctions tels que le maintien de l'équilibre écologique, la protection des paysages ou l'accueil d'activités de détente (y compris le tourisme).

Enfin, les zones à protéger sont des zones d'affectation destinées à restreindre les activités susceptibles de porter atteinte à des objets d'une valeur paysagère, écologique ou patrimoniale particulière. L'art. 17 al. 1 LAT dispose que les zones à protéger comprennent :

- a. les cours d'eau, les lacs et leurs rives ;
- b. les paysages d'une beauté particulière, d'un grand intérêt pour les sciences naturelles ou d'une grande valeur en tant qu'éléments du patrimoine culturel ;
- c. les localités typiques, les lieux historiques, les monuments naturels ou culturels ;
- d. les biotopes des animaux et des plantes dignes d'être protégés.

### 4.3. Le droit de l'environnement

#### 4.3.1. Les sources législatives

Le droit de l'aménagement du territoire et le droit de l'environnement sont complémentaires, en ce sens que tous deux visent à préserver les ressources naturelles et les espaces de vie. Les aspects protégés par le droit de l'environnement doivent en outre être pris en compte dans la pesée des intérêts à effectuer en matière d'aménagement du territoire.

Le droit de l'environnement est un domaine dans lequel la Confédération dispose de compétences parfois exhaustives (et non simplement limitées au principe comme pour l'aménagement du territoire). Les dispositions constitutionnelles pertinentes sont les art. 74 et 76 ss Cst. Le législateur fédéral a fait usage de ces compétences en adoptant de nombreuses lois dans le domaine de l'environnement.

La principale est la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE), qui a pour but général de protéger notamment les hommes, les animaux et les plantes contre les atteintes nuisibles ou incommodantes, et de conserver durablement les ressources naturelles, en particulier la diversité biologique et la fertilité du sol (art. 1 al. 1 LPE). Cette loi fixe également les principes généraux du droit de l'environnement, qui seront approfondis dans le chapitre suivant.

Il existe cependant de nombreuses autres normes de droit fédéral, parmi lesquelles on peut citer :

- Loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux) ;
- Loi fédérale sur les forêts (LFo) ;
- Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN) ;
- Ordonnance fédérale sur la protection contre le bruit (OPB) ;
- Ordonnance fédérale relative à l'étude de l'impact sur l'environnement (OEIE) ;
- Ordonnance fédérale sur les accidents majeurs (OPAM) ;
- Ordonnance fédérale sur les atteintes portées aux sols (OSol) ;
- Ordonnance fédérale sur la protection de l'air (OPair) ;
- Ordonnance fédérale sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI) ;
- Ordonnance fédérale sur la radioprotection (ORaP) ;
- Ordonnance fédérale sur la limitation et l'élimination des déchets (OLED) ;
- Ordonnance fédérale sur les mouvements de déchets (OMoD).

#### 4.3.2. Les principes généraux

Le droit de l'environnement comporte plusieurs principes fondamentaux qui s'appliquent de façon générale, indépendamment de la législation spéciale concernée.

Ces principes guident tant l'activité du législateur que celle des autorités chargées de l'application de la loi. Ils sont examinés dans les développements qui suivent.

#### 4.3.2.1. Le principe de durabilité

La durabilité est un but général consacré par la Constitution (art. 2 al. 2 et 4 Cst.), qui prévoit un engagement en faveur de la conservation durable des ressources naturelles.

Le développement durable est expressément consacré à l'art. 73 Cst., qui dispose que la Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain.

Selon définition généralement reconnue, le « développement durable est un mode de développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ». Le développement durable comporte trois dimensions, à savoir le social, l'environnemental et l'économique.

Ce principe est considéré comme respecté lorsque ces trois dimensions sont dans un rapport d'équilibre.

Une application concrète du principe de la durabilité consiste par exemple abattre plus d'arbres qu'il n'en peut repousser pendant une certaine période. Comprise dans sa dimension environnementale, la durabilité se concentre ainsi principalement sur les capacités de régénération des ressources naturelles et des matières premières renouvelables.

#### 4.3.2.2. Le principe de prévention

Comme son nom l'indique, le principe de prévention vise à éviter et réduire autant que possible les atteintes à l'environnement (art. 74 al. 2 1<sup>ère</sup> phr. Cst.).

La notion d'atteintes est définie à l'art. 7 al. 1 LPE, dont la teneur est la suivante :

##### **Art. 7 – Définitions**

<sup>1</sup>Par atteintes, on entend les pollutions atmosphériques, le bruit, les vibrations, les rayons, les pollutions des eaux et les autres interventions dont elles peuvent faire l'objet, les atteintes portées au sol, les modifications du patrimoine génétique d'organismes ou de la diversité biologique, qui sont dus à la construction ou à l'exploitation d'installations, à l'utilisation de substances, d'organismes ou de déchets ou à l'exploitation des sols.

[...]

Cette définition se veut particulièrement large, afin de pouvoir appréhender une large réalité concrète. Dans le domaine du génie civil, les atteintes sont généralement dues à la construction ou à l'exploitation d'installations, voire éventuellement aux déchets ou à l'exploitation des sols.

La notion d'installations est-même définie à 7 al. 7 LPE : « *par installations, on entend les bâtiments, les voies de communication ou autres ouvrages fixes ainsi que les modifications de terrain. Les outils, machines, véhicules, bateaux et aéronefs sont assimilés aux installations* ».

Cette notion se veut également très large, afin d'englober non seulement les ouvrages immobiliers, mais aussi d'autres réalités concrètes susceptibles de générer des nuisances.

Le principe de prévention est aussi consacré à l'art. 1 al. 2 LPE, qui prévoit que les atteintes qui pourraient devenir nuisibles ou incommodantes seront réduites à titre préventif et assez tôt. Le principe de la limitation des nuisances est concrétisé à l'art. 11 LPE :

##### **Art. 11 – Principe**

<sup>1</sup>Les pollutions atmosphériques, le bruit, les vibrations et les rayons sont limités par des mesures prises à la source (limitation des émissions).

<sup>2</sup>Indépendamment des nuisances existantes, il importe, à titre préventif, de limiter les émissions dans la mesure que permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation et pour autant que cela soit économiquement supportable.

<sup>3</sup> Les émissions seront limitées plus sévèrement s'il appert ou s'il y a lieu de présumer que les atteintes, eu égard à la charge actuelle de l'environnement, seront nuisibles ou incommodantes.

Le principe de prévention commande ainsi de limiter les nuisances existantes, indépendamment de leur intensité ou de leur caractère gênant. Cette limitation doit cependant avoir lieu dans la mesure que permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation, et pour autant que cela soit économiquement supportable. Ces conditions cadrent les limitations qui peuvent être exigées en vertu du principe de prévention.

Parmi les différentes mesures envisageables, on peut penser à la modération du trafic routier, aux revêtements phono-absorbants, aux restrictions d'horaires imposées au trafic aérien, etc.

Le principe de prévention est généralement distingué du principe de précaution, ce dernier principe invitant à limiter les nuisances, même en l'absence de certitudes scientifiques, pourvu que l'on soit en présence d'un risque vraisemblable d'atteintes graves ou irréversibles. Contrairement au principe de prévention, le principe de précaution ne confère généralement pas de droits subjectifs et ne génère pas d'obligations juridiques strictes.

#### 4.3.2.2. Le principe de causalité

Le principe de causalité prescrit que celui qui est à l'origine de nuisances en supporte les frais, et non pas la collectivité ou les tiers (cpr. art. 74 al. 2 2<sup>e</sup> phr. Cst ; art. 2 LPE). On parle également du principe du « pollueur-payeur ».

Il s'agit d'un principe qui déploie un effet incitatif sur le comportement des individus, en les encourageant à faire preuve d'une attitude respectueuse de l'environnement. On dit que ce principe « oriente » le comportement des individus.

En droit, l'application de ce principe nécessite que la loi définisse clairement les droits et obligations des personnes visées. Par exemple, en matière d'élimination des déchets, l'art. 32 al. 1 LPE prévoit que le détenteur des déchets assume le coût de leur élimination. La loi désigne dans cet exemple le détenteur comme étant le « pollueur-payeur ». Il convient donc de se référer aux normes légales applicables pour identifier le responsable.

En pratique, l'identification du responsable est souvent très compliquée et litigieuse. Elle nécessite souvent la mise en œuvre d'expertises techniques contribuant à établir, voire répartir, les responsabilités.

#### **4.3.3. La protection contre le bruit**

Au sens du droit de l'environnement, le bruit désigne tout son perçu comme gênant. Les infrasons et les ultrasons sont assimilés au bruit (art. 7 al. 4 LPE).

Afin de protéger la population contre ces nuisances pouvant avoir des effets néfastes sur la santé de l'être humain, la LPE et l'OPB visent à limiter les immissions sonores nuisibles ou incommodantes. Ces normes comportent de nombreuses contraintes techniques et juridiques, pouvant fortement conditionner les projets immobiliers, en particulier les grands travaux de génie civil.

La législation édictée en la matière instaure un système de valeurs limites devant être respectées. Le droit de la protection contre le bruit définit trois catégories de valeurs limites :

- Valeurs limites d'immission (VLI) : elles s'appliquent de façon générale à l'évaluation des atteintes nuisibles et incommodantes (art. 13 LPE) et sont fixées de manière à que, selon l'état de la science et de l'expertise, les immissions inférieures à ces valeurs ne gênent pas de manière sensible la population dans son bien-être.
- Valeurs limites de planification (VP) : plus sévères que les VLI, les VP sont appliquées à la construction nouvelles installations fixes, ainsi que dans le cadre de la planification de nouvelles zones à bâtir destinées à l'habitation (art. 23 LPE).

- Valeurs d'alarme : elles sont supérieures aux VLI et aux VP. Elles permettent surtout aux autorités d'apprécier l'urgence d'assainir des installations bruyantes déjà existantes (art. 19 LPE).

Les valeurs au sein de ces trois catégories sont fixées en fonction de la sensibilité au bruit des zones d'affectation correspondantes et dépendent du type d'installation à l'origine du bruit.

Ainsi, les plans d'affectation fixent, pour chaque zone, le degré de sensibilité applicable. L'art. 43 al. 1 OPB prévoit quatre degrés de sensibilités :

- le degré de sensibilité I dans les zones qui requièrent une protection accrue contre le bruit, notamment dans les zones de détente (let. a) ;
- le degré de sensibilité II dans les zones où aucune entreprise gênante n'est autorisée, notamment dans les zones d'habitation ainsi que dans celles réservées à des constructions et installations publiques (let. b) ;
- le degré de sensibilité III dans les zones où sont admises des entreprises moyennement gênantes, notamment dans les zones d'habitation et artisanales (zones mixtes) ainsi que dans les zones agricoles (let. c) ;
- le degré de sensibilité IV dans les zones où sont admises des entreprises fortement gênantes, notamment dans les zones industrielles (let. d).

Le seuil admissible des immissions sonores dans les différentes zones d'affectation (auxquelles un degré de sensibilité est attribué) dépend du « type » de bruit et du moment de la journée.

Les différents cas de figure sont réglés dans les annexes de l'OPB (p. ex. le trafic routier [annexe 3], les chemins de fer [annexe 4], les aérodromes civils [annexe 5], l'industrie [annexe 6], etc.).

Si l'installation ou l'activité à l'origine du bruit n'est pas réglée dans les annexes OPB, les immissions sonores admissibles doivent être déterminées au cas par cas (p. ex. installations sportives).

Ces différentes annexes OPB définissent les valeurs limites d'exposition applicables aux émissions sonores provenant des diverses sources du bruit. En guise d'illustration, le tableau ci-dessous fixe ces valeurs pour le bruit du trafic routier (annexe 3 ch. 2 OPB) :

Degré de sensibilité (art. 43)	Valeur de planification Lr en dB (A)		Valeur limite d'immission Lr en dB (A)		Valeur d'alarme Lr en dB (A)		
	Jour	Nuit	Jour	Nuit	Jour	Nuit	
I	50	40	55	45	65	60	
II	55	45	60	50	70	65	
III	60	50	65	55	70	65	
IV	65	55	70	60	75	70	

La manière de mesurer les immissions sonores fait l'objet de règles spéciales aux art. 38 ss OPB. Pour les bâtiments, les immissions de bruit seront déterminées au milieu de la fenêtre ouverte des locaux à usage sensible au bruit (art. 39 al. 1 OPB).

Dans les secteurs non construits de zones qui requièrent une protection accrue contre le bruit, les immissions de bruit seront déterminées à 1,5 m du sol (art. 39 al. 2 OPB).

Dans les zones à bâtir non encore construites, les immissions de bruit seront déterminées là où, conformément au droit sur l'aménagement du territoire et des constructions, pourront être érigés des bâtiments comprenant des locaux à usage sensible au bruit (art. 39 al. 3 OBP).

#### 4.4. La protection de la nature et du paysage

Dans l'aménagement du territoire, la protection de la nature et du paysage fait partie intégrante des buts et principes de la LAT (art. 1 al. 2 let. a et 3 al. 2 LAT).

De façon générale, la protection de la nature comprend l'ensemble des mesures visant à préserver et à promouvoir les biens naturels, notamment les mesures en faveur de la diversité biologique (végétale et animale).

La protection du paysage comprend l'ensemble des mesures destinées à préserver, promouvoir et aménager les éléments naturels, culturels et esthétiques qui composent le paysage en tenant compte de leur spécificité régionale et de leurs interactions.

La protection du patrimoine culturel et bâti comprend l'ensemble des mesures visant à sauvegarder les sites construits dignes d'être conservés, les objets présentant une grande valeur historique et culturelle, ainsi que les sites archéologiques. La préservation des relations entre ces objets et leur environnement fait partie intégrante de la protection du patrimoine.

Dans sa globalité, la protection de la nature, du paysage et du patrimoine comprend l'ensemble des efforts qui visent, pour des raisons écologiques, économiques, éthiques, historiques, esthétiques ou affectives, à préserver, promouvoir ou développer les caractéristiques naturelles et culturelles du paysage.

La protection de la nature et du patrimoine est du ressort des cantons (art. 78 al. 1 Cst.), mais la Confédération dispose également de certaines compétences en la matière :

- dans l'accomplissement de ses tâches, elle prend en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine, elle ménage les paysages, la physionomie des localités, les sites historiques et les monuments naturels et culturels, et elle les conserve dans leur intégralité si l'intérêt public l'exige (art. 78 al. 2 Cst.) ;
- elle peut soutenir les efforts déployés afin de protéger la nature et le patrimoine et acquérir ou sauvegarder, par voie de contrat ou d'expropriation, les objets présentant un intérêt national (art. 78 al. 3 Cst.) ;
- elle légifère sur la protection de la faune et de la flore et sur le maintien de leur milieu naturel (art. 78 al. 4 Cst.) ;
- elle assure la protection, en collaboration avec les cantons, des marais et des sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national (art. 78 al. 5 Cst.).

Cette base constitutionnelle a été concrétisée par la Confédération et les cantons, qui ont adopté différentes lois à leur niveau respectif visant à protéger la nature, le paysage et le patrimoine.

La loi fédérale de référence est la LPN, qui instaure des mécanismes de protection de la nature et du paysage. L'instrument de protection par excellence sont les inventaires. Il en existe au niveau fédéral, mais aussi au niveau cantonal et communal. Ces inventaires sont des documents qui recensent les objets qu'il convient de conserver ou de protéger compte tenu généralement de leur beauté particulière et/ou de leur rareté. Les objets recensés peuvent être très divers, comme des paysages, des monuments historiques, des biotopes, etc.

Les inventaires fédéraux d'objets d'importance nationale jouent un rôle particulier, compte tenu du fait qu'ils accordent la protection la plus étendue et efficace aux objets recensés.

En effet, selon l'art. 6 al. 1 LPN, l'inscription d'un objet d'importance nationale dans un inventaire fédéral indique que l'objet mérite spécialement d'être conservé intact ou en tout cas d'être ménagé le plus possible, y compris au moyen de mesures de reconstitution ou de remplacement adéquates.

L'art. 6 al. 2 LPN précise que, lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact dans les conditions fixées par l'inventaire ne souffre d'exception, que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation.

La portée de ces deux dispositions octroie ainsi un effet protecteur très efficace aux objets recensés dans les inventaires fédéraux d'importance nationale, puisque ces objets ne seront susceptibles d'être détruits ou atteints, que si des intérêts équivalents d'importance nationale le justifient !

Les inventaires fédéraux les plus importants sont certainement ceux qui protègent les biotopes (p. ex. l'inventaire des sites de reproduction de batraciens d'importance nationale [IBN]) et ceux qui protègent la nature et le patrimoine (p. ex. l'inventaire des sites construits d'importance nationale à protéger en Suisse [ISOS], l'inventaire des paysages, sites et monuments naturels d'importance nationale [IFP] et l'inventaire des voies de communication historiques de la Suisse [IVS]).

En cas d'atteinte à des objets protégés par des inventaires fédéraux, il convient de procéder à une pesée des intérêts en présence, qui se déroulera deux étapes. Dans la première étape, il s'agit de déterminer si l'atteinte est grave, et le cas échéant déterminer si cette atteinte sert un intérêt équivalent ou supérieur qui est d'importance nationale. Si tel est le cas, dans une seconde étape, on procède ensuite à une pesée des intérêts en présence selon les étapes prévues à l'art. 3 OAT (chap. 4.2.2 *in fine*). En présence d'une atteinte grave qui ne répond pas à un intérêt au moins équivalent, le projet doit être refusé sans qu'il ne soit nécessaire de procéder encore à une pesée des intérêts. En cas d'atteinte minime à l'objet protégé, on procède directement à une pesée des intérêts selon l'art. 3 OAT.

A noter que l'atteinte à l'objet inscrit dans un inventaire fédéral doit intervenir dans le cadre de la réalisation d'une tâche de la Confédération, laquelle est définie de façon non exhaustive à l'art. 2 LPN. Il doit s'agir de la réalisation d'installations pour lesquelles la Confédération est compétente, par exemple la construction d'infrastructures ferroviaires, de routes nationales, d'ouvrages militaires, etc.

#### 4.5. Le régime juridique de la forêt

Les forêts recouvrent près d'un tiers de la superficie de la Suisse, de sorte qu'elles constituent une composante essentielle du paysage suisse.

L'art. 77 Cst. est la norme constitutionnelle consacrée aux forêts.

##### Art. 77 – Forêts

<sup>1</sup>La Confédération veille à ce que les forêts puissent remplir leurs fonctions protectrice, économique et sociale.

<sup>2</sup>Elle fixe les principes applicables à la protection des forêts.

<sup>3</sup>Elle encourage les mesures de conservation des forêts.

Cette base constitutionnelle confère à la Confédération une compétence législative limitée aux principes en matière de forêts. Le législateur fédéral a fait usage de sa compétence en adoptant la Loi fédérale sur les forêts (LFo) et l'Ordonnance fédérale sur les forêts (OFo). Il s'agit des principales bases légales régissant les forêts en Suisse.

La loi donne une définition juridique de la forêt. Par forêt, on entend toutes les surfaces couvertes d'arbres ou d'arbustes forestiers à même d'exercer des fonctions forestières. Leur origine, leur mode d'exploitation et la mention au registre foncier ne sont pas pertinents (art. 2 al. 1 LFo).

Le critère déterminant pour qualifier un groupe d'arbres de forêt au sens légal consiste dans l'exercice des fonctions forestières. La forêt assure trois fonctions :

- fonction protectrice : il est reconnu que la forêt assure une protection contre les dangers naturels, empêche l'érosion, élimine les polluants atmosphériques, stocke le carbone et permet de réguler le climat. Ces différentes qualités font partie intégrante de la fonction protectrice.
- fonction sociale : la forêt est un lieu privilégié pour accueillir des activités sportives, de loisirs et de détente. Il s'agit de la fonction sociale de la forêt.

- fonction économique : le bois des arbres sert notamment de matériaux pour la construction et de source d'énergie. Il s'agit d'un bien pouvant être commercialisé, qui présente ainsi une valeur économique.

Lorsqu'un groupe d'arbres assure l'une ou plusieurs de ces fonctions, il doit alors être qualifié de forêt au sens de la LFo.

La qualification juridique d'arbres en « forêt » s'accompagne de plusieurs conséquences juridiques, en particulier une interdiction générale de défricher.

Le défrichement, c'est-à-dire tout changement durable ou temporaire de l'affectation du sol forestier (p. ex. abattage d'arbres ou simple construction dans l'aire forestière [p. ex. un chemin sylvestre]), est en principe interdit (art. 4 et 5 al. 1 LFo).

Une dérogation (autorisation exceptionnelle) n'est accordée qu'à des conditions restrictives, et pour autant que le défrichement requis prime l'intérêt à la conservation de la forêt. Ces conditions sont listées à l'art. 5 al. 2 LFo. Ainsi il faut que :

- l'ouvrage pour lequel le défrichement est sollicité ne puisse être réalisé qu'à l'endroit prévu (let. a) ;
- l'ouvrage remplisse, du point de vue matériel, les conditions posées en matière d'aménagement du territoire (let. b);
- le défrichement ne présente pas de sérieux dangers pour l'environnement (let. c).

Les motifs financiers ne sont pas considérés comme des raisons justifiant le défrichement (p. ex. le souhait de tirer du sol le plus gros profit possible ou la volonté de se procurer du terrain bon marché à des fins non forestières [cpr. art. 5 al. 3 LFo]).

En pratique, les autorisations de défrichement sont accordées de façon très restrictive par les autorités.

L'aire forestière n'est pas une zone d'affectation au sens de la LAT en tant que telle, mais simplement un secteur soumis au régime juridique de la LFo, en sus des autres dispositions applicables. Ce renvoi à la LFo est d'ailleurs prévu à l'art. 18 LAT.

## 5. Les marchés publics (I) : cadre juridique, principes généraux, procédures d'adjudication

### 5.1. Les enjeux économiques

Les marchés publics soumis aux traités internationaux représentent en Suisse un montant d'env. CHF 40 milliards (toutes collectivités publiques confondues), soit un quart des dépenses publiques totales. Les marchés publics fédéraux représentent 20 % de ces dépenses et les marchés publics cantonaux et communaux le 80 %.

Ces sommes illustrent en tant que de besoin que l'Etat est un acteur économique puissant et que le choix de ses partenaires contractuels ne peut pas être laissé à l'entièvre discréction des agents publics.

Il est donc nécessaire de régir la commande publique, en garantissant que l'Etat traite tous les fournisseurs et prestataires de manière égale et qu'il choisisse parmi les entreprises existantes, celle qui présente l'offre la plus avantageuse et concurrentielle.

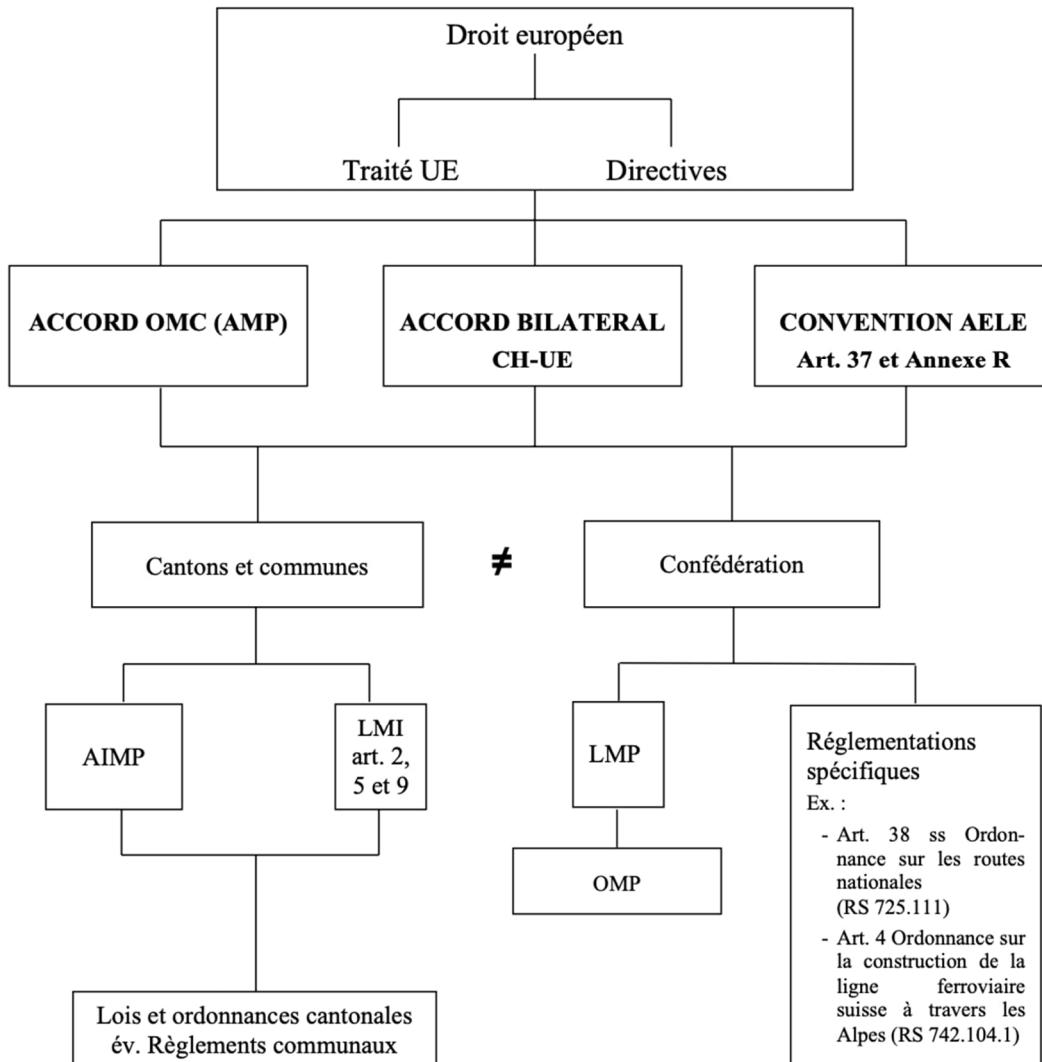
L'Etat a ainsi un intérêt économique direct à ce que ses contrats soient soumis à une concurrence ouverte, où le jeu du libre marché conduit les entreprises à formuler des offres concurrentielles sur la qualité et le prix. Dans ce contexte, le droit des marchés publics est généralement reconnu comme ayant des effets positifs sur les budgets publics, en leur permettant de réaliser des économies. A cet égard, le droit des marchés publics a notamment pour but de garantir une utilisation judicieuse des deniers publics (art. 2 LMP/AIMP). Cela étant, certaines critiques s'élèvent aujourd'hui pour contester les effets économiques indirects induites par cette législation ; car l'organisation des procédures d'adjudication peuvent être longues et coûteuses, en particulier lorsque des recours sont déposés devant les tribunaux.

### 5.2. Le cadre juridique

#### 5.2.1. Le panorama général des sources

En substance, le « droit des marchés publics » est la législation qui régit la procédure de sélection du futur partenaire contractuel de la collectivité publique acquéreuse, depuis la préparation de l'appel d'offres jusqu'à la décision d'adjudication.

En Suisse, les règlementations applicables aux marchés publics sont nombreuses. Elles entretiennent entre elles des relations complexes. On peut schématiquement les présenter de la manière suivante.



*Figure 15 : bases légales concernant les marchés publics en Suisse*

## 5.2.2. Le droit international

### 5.2.2.1. Les règles de l'Organisation mondiale du commerce

La Suisse est partie à l'Organisation mondiale du commerce (OMC, anciennement GATT). Dans ce contexte, elle a signé plusieurs traités, dont l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP). Il fait suite à un premier accord sur les marchés publics, négocié lors du round de Tokyo en 1984.

L'AMP est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996. Il a force obligatoire pour la Confédération et les cantons. Il prescrit le respect des principes du traitement national et de non-discrimination pour tous les marchés publics qui tombent dans son champ d'application subjectif et objectif : (1) le champ d'application subjectif a trait au cercle des entités contractantes assujetties à l'Accord. De manière très schématique, celui-ci se compose de la Confédération, des cantons, des communes et des organismes de droit public, à savoir tout organisme créé pour satisfaire des besoins d'intérêt général, qui a la personnalité juridique et qui se trouve dans un rapport de dépendance avec l'Etat. Entrent aussi dans le cercle des entités assujetties, celles qui sont des « pouvoirs publics » ou des « entreprises publiques », sur lesquelles l'Etat exerce un contrôle analogue à celui qu'il a sur ses propres services et qui accomplissent une des activités mentionnées dans l'annexe 3 de l'AMP (marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des

transports et des télécommunications = « EETT »). (2) Le champ d'application objectif se rapporte à l'objet du marché ; le type de prestation et la valeur du marché sont alors décisifs.

### Exemples

(Champ d'application subjectif de l'AMP) : (1) Un service informatique cantonal entend faire l'acquisition de logiciels. Le canton est une collectivité adjudicatrice assujettie à l'AMP. (2) La Ville d'Y. et un groupe d'investisseurs privés constituent une société anonyme dans le but de réaliser et exploiter un centre sportif. La municipalité et les investisseurs décident que la commune ne détiendra pas la majorité du capital de l'entreprise et qu'elle n'aura pas la majorité des voix à l'assemblée de ses actionnaires. Partant, la collectivité publique n'a pas d'influence dominante sur la société du projet ; pour ce motif, cette dernière ne constitue pas un organisme de droit public assujetti à l'Accord.

(Champ d'application objectif de l'AMP) : (1) Confrontée à une procédure d'arbitrage, la Confédération souhaite s'octroyer les services d'une étude d'avocats spécialisée en la matière. Dès lors que ce type de services juridiques bénéficie d'une exemption (art. 10 al. 1 lit. g ch. 1 LMP), la Confédération n'aurait pas besoin de lancer un appel d'offres ; elle le fait cependant pour une question de politique de la concurrence. (2) Le secrétariat d'une école publique achète pour 10'000.-fr de fournitures. Ce marché est de minime importance. Pour cette raison, il n'a pas besoin de faire l'objet d'une mise en concurrence selon la procédure ouverte ou sélective.

Comme la plupart des accords internationaux, l'AMP a dû être transposé en droit suisse. C'est ce qui a été fait par le droit fédéral pour les marchés fédéraux et par le droit (inter)cantonal pour les marchés cantonaux. Contrairement à ce qui prévaut souvent dans le système législatif suisse, le droit cantonal est ainsi autonome et ne sert pas à l'exécution du droit fédéral.

Les dispositions de l'AMP ne s'adressent qu'au législateur (fédéral et cantonal) et ne sont pas directement applicables (non self-executing). Le praticien peut donc se contenter de se référer aux règles nationales, qui contiennent en principe toutes les dispositions nécessaires. L'AMP n'en reste pas moins la « Constitution » du droit des marchés publics et s'y référer peut s'avérer ponctuellement utile.

### Exemples

La liste des cas où une procédure de gré à gré est possible, contenue à l'art. XIII AMP (« appel d'offres limité »), est plus explicite et plus précise que les dispositions correspondantes des droits fédéral et (inter)cantonal.

De même, tant la Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP) que l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP) renvoient aux annexes 5 et 6 AMP pour savoir quels marchés de services (en général et de construction en particulier) leur sont soumis.

Après plusieurs années de négociations, les Etats Parties à l'AMP sont parvenus le 15 décembre 2011 à un accord de principe sur un accord révisé (AMP-Rev). Ce texte est entré en vigueur le 6 avril 2014. Le but de cette révision était avant tout d'adapter l'Accord de 1994 à l'évolution technologique ; ainsi, il couvre désormais de manière explicite les enchères électroniques. Le processus de transposition de cette révision en droit suisse est en cours ; il sera terminé le jour où la Confédération ainsi que les cantons auront adapté leur législation respective. La Confédération l'a fait au 1<sup>er</sup> janvier 2021 ; les cantons y travaillent à un rythme très varié.

### 5.2.2.2. Le droit de l'Union européenne

Le droit européen en matière de marchés publics constitue un ensemble développé de normes ; il ne s'applique pas comme tel à la Suisse. Cependant, il a fortement influencé l'Accord de l'OMC et peut servir de ce fait de référence en cas de difficulté à comprendre cet accord.

En outre, la Suisse a signé un accord bilatéral avec la Communauté européenne. Il s'agit de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68). Ce texte est entré en vigueur en même temps que les autres accords bilatéraux, au terme de la procédure de ratification interne à l'Union européenne (UE), soit le 1<sup>er</sup> juin 2002. Il s'agit d'un engagement par lequel les parties contractantes assujettissent au régime de l'AMP – qui les lie déjà – des marchés que cet accord n'appréhende pas. Ces marchés obéissent donc désormais aux règles administratives de passation. Au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord bilatéral, cet engagement complémentaire se manifestait concrètement dans deux types de marchés : les marchés des communes (et des districts) et les marchés des secteurs. Comme la Suisse a spontanément élargi le champ d'application subjectif du droit des marchés publics aux communes, pour celles-ci l'Accord bilatéral n'a guère de portée propre ; en revanche l'engagement complémentaire que la Suisse a pris avec l'UE reste pertinent pour les marchés des secteurs EETT. Les entités suivantes passent ce type de marchés :

- 1° Les autorités étatiques, les entreprises publiques et les entreprises privées actives dans les domaines suivants : trafic ferroviaire (p. ex. CFF, BLS), télécommunications (p. ex. Swisscom), livraison de gaz et de chaleur, recherche et fourniture de pétrole et d'autres matières analogues.
- 2° Les entreprises privées actives dans les domaines suivants : fourniture d'eau, fourniture d'énergie électrique, aéroports et ports, transports urbains par tram, bus, trolleybus, câble et autre système automatique.

### **5.2.3. Le cadre juridique des marchés fédéraux**

#### 5.2.3.1. La Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

La passation des marchés de la Confédération est régie avant tout par des dispositions de portée générale, quel que soit le domaine dans lequel se situent les marchés en question. En application des engagements internationaux de la Suisse, la LMP règle les procédures d'adjudication des marchés publics fédéraux de travaux, de fournitures et de services. Elle entend en assurer la transparence, renforcer la concurrence entre les soumissionnaires, favoriser l'utilisation parcimonieuse des fonds publics et garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 1).

Le 21 juin 2019, les Chambres fédérales ont adopté à l'unanimité la nouvelle loi sur les marchés publics. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, en même temps que son ordonnance d'exécution (OMP). La révision avait deux buts principaux : (1) l'adaptation du droit suisse des marchés publics à l'Accord de l'OMC 2012 ; (2) l'harmonisation de la législation fédérale et cantonale. La nouvelle loi intègre les prescriptions internationales, telles que les enchères électroniques, les dialogues ou les concours. Le nouveau droit des marchés publics a également pour objectif de mettre en œuvre une concurrence axée sur la qualité plutôt que sur les prix ; ce n'est plus l'offre la plus avantageuse « économiquement » qui sera prise en compte, mais l'offre la plus avantageuse. Le législateur a également ajouté de nouveaux critères d'adjudication que l'on mentionnera ci-après.

#### 5.2.3.2. L'Ordonnance sur les marchés publics (OMP)

La LMP intègre désormais des dispositions essentielles qui figuraient dans l'ancienne Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (aOMP). L'intégration des dispositions dans la loi fédérale se justifie afin de respecter la hiérarchie législative. Elle permet

également d'adapter les dispositions de l'ordonnance à la nouvelle structure de la loi et d'en faciliter la lecture.

Cela étant, la version révisée de l'Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (OMP) contient toujours certaines dispositions nécessaires à l'application de la LMP ; elles sont importantes pour comprendre comment respecter la loi dans un cas concret. Parmi ces dispositions, on mentionnera notamment :

- 1° L'art. 6 OMP qui règle les détails pour la bonne exécution d'un dialogue dit « compétitif » (art. 24 LMP).
- 1° Les art. 13 ss OMP qui édictent les règles relatives aux procédures de concours et de mandats d'étude parallèles ; ils permettent à l'adjudicateur de faire élaborer différentes solutions, notamment sous l'angle conceptuel, formel, écologique, économique, fonctionnel ou technique (ci-après chap. 6).
- 2° L'art. 20 OMP qui spécifie à quelles conditions les publications peuvent paraître dans une seule langue officielle de la Confédération et en plus dans une autre langue.
- 3° L'art. 24 OMP qui décrit dans quelle mesure le soumissionnaire peut disposer d'un droit de consultation du calcul du prix.
- 4° L'art. 25 OMP qui règle l'exclusion d'un soumissionnaire et les sanctions.
- 5° L'art. 27 OMP qui impose aux adjudicateurs d'informer de manière détaillée l'organe central chargé d'établir une statistique des marchés adjugés soumis à la LMP et dont la valeur atteint au moins 50 000 francs.

#### **5.2.4. Le cadre juridique des marchés cantonaux et communaux**

##### **5.2.4.1. L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)**

L'AIMP a été adopté le 25 novembre 1994 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement et par la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique. Il est entré en vigueur le 21 mai 1996 et au 25 avril 2000, tous les cantons y avaient adhéré.

L'AIMP poursuit un double but : d'une part, transposer l'AMP dans les droits cantonaux, et, d'autre part, assurer l'ouverture intercantionale des marchés publics. L'harmonisation minimale des règles cantonales de passation des marchés vise, selon l'art. 1 AIMP, à assurer la concurrence et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, à garantir l'impartialité de l'adjudication, la transparence des procédures de passation des marchés et une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

Cet accord a fait l'objet d'une révision en date du 15 mars 2001 avec entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002 ; elle a aussi été ratifiée par tous les cantons ; on parle aujourd'hui de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics. Cette procédure de révision a permis, notamment : (1) de mettre l'AIMP en conformité avec l'Accord bilatéral qui lie désormais la Suisse à l'UE ; (2) d'harmoniser les seuils retenus par les divers droits cantonaux pour les « autres marchés » cantonaux et communaux.

Le 15 novembre 2019, l'Autorité intercantionale pour les marchés publics (AiMp) a adopté à l'unanimité la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019). Cet accord révisé entend mettre en œuvre l'Accord de l'OMC 2012 à l'échelon des cantons ainsi qu'à harmoniser les législations fédérales et cantonales en matière de marchés publics. Pour le moment, l'Accord du 15 mars 2001 reste applicable aux cantons qui n'ont pas adhéré à l'AIMP 2019. Une ratification par tous les cantons est encore attendue ; la procédure d'adhésion cantonale est lancée.

La structure de l'Accord a été modernisée et remaniée du point de vue linguistique. De nouvelles définitions ainsi que diverses dispositions figurant dans les anciennes Directives d'exécution de l'AIMP ont été intégrées. Les changements matériels à l'égard des cantons

concernent essentiellement les questions de l'assujettissement, de l'éventail des instruments disponibles et celle des marchés complémentaires. Désormais, l'AIMP est ainsi beaucoup plus extensif, de sorte que la place laissée aux réglementations individuelles de chaque canton devient très réduite.

L'encadrement international par l'AMP a eu pour effet de rendre l'AIMP et le droit fédéral largement similaires ; l'AIMP 2019 reprend presque totalement le texte de la LMP (d'où l'abréviation LMP/AIMP). Tel est en particulier le cas pour les critères qui déterminent leur champ d'application respectif (pouvoirs adjudicateurs ; types de marchés par référence aux annexes de l'AMP ; clauses d'exception). Il en va de même pour les types de procédure de passation, la liste des cas où une procédure de gré à gré exceptionnelle est possible et l'essentiel des règles qui fixent le déroulement de la procédure de passation.

Cependant, des différences subsistent, qui imposent de rechercher dans chaque cas d'espèce quelle est exactement la règle applicable. Ainsi :

- 1° Les seuils sont plus élevés pour certains marchés cantonaux ou communaux que pour les marchés fédéraux, conformément à l'AMP. Ainsi, les valeurs seuils pour les marchés cantonaux de fournitures et de services s'élèvent à 350 000.– fr. (au lieu de 230 000.– fr. pour les marchés fédéraux) ; cela tient au fait que l'AMP connaît des seuils plus bas pour les marchés des entités centrales (pays) que pour ceux des entités sous-centrales (Etats fédérés). Le seuil pour les travaux de construction est par contre identique pour tous les marchés (8 700 000.– fr.).
- 2° L'AIMP (annexe 2) fait une différence entre le second œuvre et le gros œuvre s'agissant des valeurs seuils et des procédures pour les marchés non soumis aux accords internationaux.
- 3° Les mentions à faire figurer dans les diverses publications obligatoires et la manière de le faire diffèrent quelque peu dans l'AIMP de ce que la LMP impose pour les marchés fédéraux.
- 4° Les voies de droit ne sont pas les mêmes qu'en procédure fédérale : en lieu et place du Tribunal administratif fédéral, les cantons doivent désigner une autorité juridictionnelle cantonale qui statue de manière définitive ; en règle générale, il s'agit du tribunal administratif du canton dans lequel le marché est adjugé.

Ces différents aspects seront traités dans les développements qui suivent.

#### 5.2.4.2. La Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) n'est en soi pas une législation spécifique aux marchés publics ; son objectif est plus général : garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire « au marché », afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Il s'agit donc d'une réglementation destinée à transposer dans les cantons le droit constitutionnel à la liberté économique (art. 27 de la Constitution fédérale [Cst.]) dans sa dimension d'espace économique unifié sur l'ensemble du territoire suisse (art. 95 al. 2 Cst.). À ce titre, elle est un élément du programme de revitalisation de l'économie suisse décidé après le refus en votation populaire de l'Espace économique européen (6 décembre 1992).

La LMI contient des dispositions qui ont un impact direct pour les marchés publics. Ainsi :

- 1° L'art. 5 al. 1 LMI rappelle la compétence des cantons, voire des communes, de régler la passation de leurs propres marchés. Toutefois, ces réglementations doivent respecter les règles minimales de la LMI, en particulier les art. 3, 5 et 9. Il découle notamment a contrario des exceptions figurant à l'art. 3 LMI que le pouvoir adjudicateur doit en principe se satisfaire du respect des conditions de travail au lieu du domicile du soumissionnaire, et non au lieu d'exécution du marché. Une voie de recours cantonale est à disposition lorsque la passation d'un marché viole la LMI.

2° En vertu de l'art. 5 al. 2 LMI, les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux ont l'obligation de publier les marchés de grande importance qu'ils ont l'intention de passer.

A signaler également l'art. 2 al. 7 LMI, en vertu duquel la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette disposition s'applique aux concessions, qui ne sont pas des marchés publics. L'art. 9 LMP/AIMP assujettit désormais aussi l'octroi de concessions, mais uniquement si elles portent sur des services publics.

### 5.3. Le champ d'application du droit des marchés publics

La première question qui se pose en droit des marchés publics consiste à déterminer si le contrat d'acquisition envisagé est soumis ou non à cette réglementation. Dans le jargon juridique, on parle de « champ d'application » du droit des marchés publics.

On distingue classiquement entre le champ d'application personnel et le champ d'application matériel. Pour qu'un contrat soit assujetti au droit des marchés publics, il doit entrer dans ces deux champs, c'est-à-dire remplir les conditions d'assujettissement tant personnelles que matérielles.

#### 5.3.1. Le champ d'application personnel (ou subjectif)

Le champ d'application personnel a trait à la personne qui passe la commande publique. Pas tout le monde n'est assujetti au droit des marchés publics. De façon simplifiée, cette législation concerne principalement les acteurs et collectivités publics, à l'exclusion des personnes et sociétés privées.

Les personnes soumises au droit des marchés publics sont listées à l'art. 4 LMP pour les marchés fédéraux, respectivement à l'art. 4 AIMP pour les marchés cantonaux et communaux.

Ces dispositions visent en particulier toutes les unités de l'administration, sans distinction. Cela inclut toutes les collectivités de droit public du canton, du district et de la commune.

A certaines conditions listées à l'art. 4 al. 2 LMP/AIMP, certaines entreprises privées peuvent aussi se voir assujetties au droit des marchés publics. Tel est notamment le cas des entreprises qui assurent un service public et qui bénéficient de droits exclusifs, comme les fournisseurs d'électricité qui disposent d'une concession pour distribuer exclusivement l'électricité dans une zone de desserte déterminée.

#### Exemple

L'EFPL qui doit attribuer un marché portant sur la construction d'un bâtiment académique est un pouvoir adjudicateur fédéral.

#### 5.3.2. Le champ d'application matériel (ou objectif)

Selon l'art. 8 al. 1 LMP, un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.

Il ressort de cette définition légale plusieurs composantes essentielles caractérisant les marchés publics :

- un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire ;
- en vue de l'exécution d'une tâche publique, c'est-à-dire d'une tâche prévue par la loi et/ou qui sert un intérêt public ;

- le contrat doit être conclu à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant le paiement d'un prix de la part de l'adjudicateur. Cela exclut donc les prestations fournies gratuitement ;
- le contrat doit prévoir un échange réciproque de prestations et contre-prestations. Cela exclut les contrats purement unilatéraux ;
- la prestation caractéristique, c'est-à-dire la prestation « technique » doit être fournie par le soumissionnaire, la rémunération devant être par l'adjudicateur (et non l'inverse).

La loi désigne trois différents types de marchés publics, à savoir (art. 8 al. 2 LMP/AIMP) :

- les marchés de travaux (de construction) : ils sont énumérés à l'annexe 5 de l'AMP et la Classification centrale des produits élaborée par l'Organisation des Nations Unies ;
- les marchés de fournitures : il s'agit d'objets mobiliers, mais les fournitures peuvent être tant matérielles qu'immatérielles (p. ex. l'électricité) ; il n'y a pas de liste limitative des types de choses assujetties ;
- les marchés de services : ils sont mentionnés dans la liste de l'annexe 4 de l'AMP. Afin de saisir le contenu de cette liste, il sied à nouveau de se reporter à la Classification centrale des produits telle qu'élaborée par l'Organisation des Nations Unies.

### Exemples

Pour la réalisation du Rolex Learning Center de l'EPFL, les marchés du gros œuvre, des installations électriques, des installations de chauffage et des aménagements extérieurs sont des marchés de travaux. Le mandat d'architecture est par contre un marché de services.

La loi prévoit également des exemptions, c'est-à-dire qu'elle exonère un marché qui remplit en soi les conditions définies ci-dessus d'être soumis au droit des marchés publics (art. 10 LMP/AIMP).

### Exemple

La LMP et l'AIMP ne sont pas applicables aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires, à l'acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre.

L'acquisition d'un terrain est également une transaction exemptée du droit des marchés publics (art. 10 al. 1 let. b LMP/AIMP).

## 5.4. Les procédures d'adjudication

### 5.4.1. Les principes fondamentaux

Les principes régissant la procédure sont réglés à l'art. 11 LMP/AIMP, dont la teneur est la suivante :

#### Art. 11 – Principes régissant la procédure

Lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur observe les principes suivants :

- a. il agit de manière transparente, objective et impartiale ;
- b. il prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption ;
- c. il veille à l'égalité de traitement des soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure ;
- d. il n'engage pas de négociations portant sur le prix ;
- e. il s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires.

Cette disposition doit être lue en parallèle à l'art. 2 LMP/AIMP, qui prévoit les buts du droit des marchés publics :

### Art. 2 – Buts

La présente loi vise les buts suivants

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables ;
- b. la transparence des procédures d'adjudication ;
- c. l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires ;
- d. une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.

Ces buts et principes servent interpréter les différentes dispositions légales du droit des marchés publics. Elles cadrent également le pouvoir d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs, qui est particulièrement étendu dans ce domaine.

Un autre principe cardinal de la procédure d'adjudication est l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'adjudiquer le marché à l'offre la plus avantageuse (art. 41 LMP/AIMP). Il s'agit là de la finalité de toute procédure d'adjudication. La notion d'offre la plus avantageuse est définie par l'adjudicateur dans le cadre de l'appel d'offres. La loi lui confère à cet égard un vaste pouvoir d'appréciation.

#### 5.4.2. Le déroulement standard d'une procédure d'adjudication

Le schéma que voici décrit le déroulement standard d'une procédure d'adjudication, tel qu'il ressort de la réglementation contenue dans la LMP. Le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics propose d'autres schémas encore.

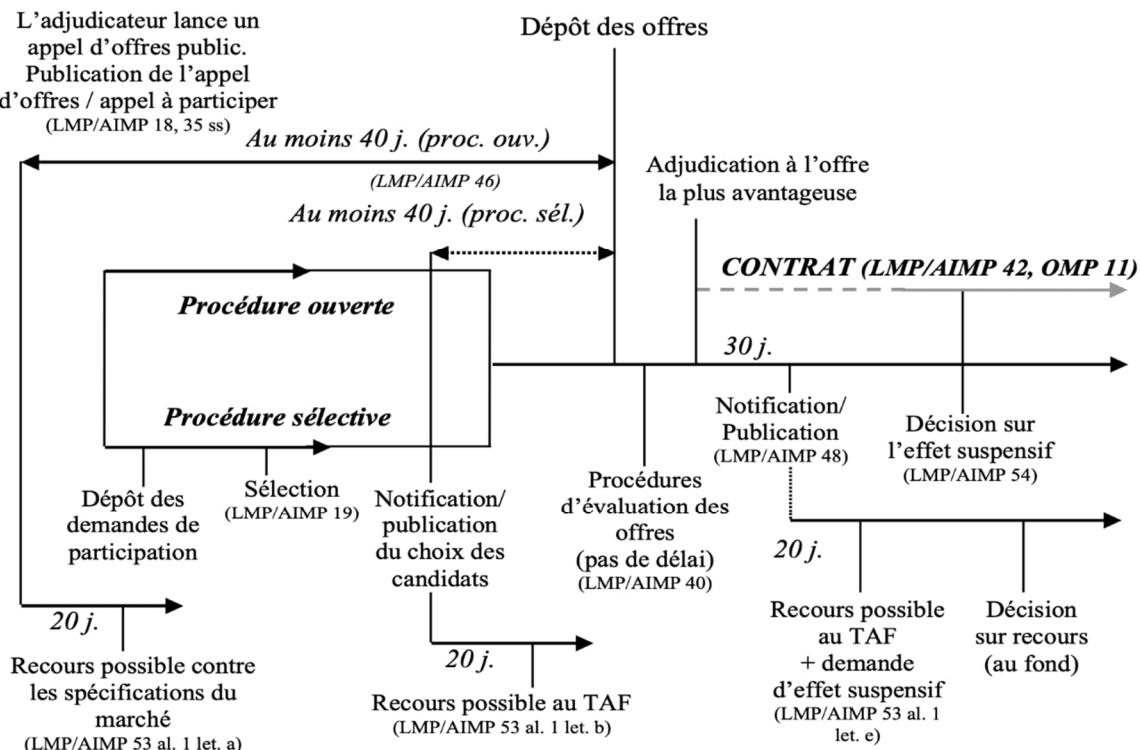


Figure 15 : Déroulement standard d'une procédure d'adjudication

### 5.4.3. Les types de procédures

Le droit des marchés publics prévoit quatre types de procédures d'adjudication :

- la procédure ouverte (art. 18 LMP/AIMP) ;
- la procédure sélective (art. 19 LMP/AIMP) ;
- la procédure sur invitation (art. 20 LMP/AIMP) ;
- la procédure de gré à gré (art. 21 LMP/AIMP).

- 1° La procédure ouverte est la procédure dans laquelle chaque soumissionnaire peut présenter une offre, à la suite d'un appel d'offres public lancé par l'adjudicateur. On peut la qualifier, en regard des autres procédures possibles, de procédure « générale ».
- 2° La procédure sélective permet à chaque soumissionnaire de présenter une demande de participation, à la suite de l'appel à candidatures public lancé par l'adjudicateur. Celui-ci sélectionne ensuite, en fonction de critères de qualification, les soumissionnaires auxquels il permet de présenter une offre. Il a le droit de limiter le nombre de soumissionnaires qu'il invite ; une concurrence efficace doit cependant être garantie dans tous les cas. A valeurs de marché égales, l'adjudicateur peut choisir librement entre la procédure ouverte et la procédure sélective.
- 3° La procédure sur invitation équivaut à la procédure sélective, sauf que l'appel à participer n'est pas public, mais adressé aux candidats que le pouvoir adjudicateur choisit lui-même.
- 4° La procédure de gré à gré (aussi appelée « appel d'offres limité » dans l'Accord révisé sur les marchés publics de l'OMC [AMP]) est la procédure selon laquelle l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres. Contrairement à la procédure ouverte, sélective et sur invitation, la procédure de gré à gré signifie donc une absence de mise en concurrence pour le marché en question. Ce type de procédure « exceptionnelle » ne peut toutefois être choisi que pour les marchés de valeur très réduite ou alors s'il l'une des circonstances exceptionnelles de l'art. XIII AMP se réalise ; le législateur les a transposées à l'art. 21 LMP/AIMP. Ces circonstances exceptionnelles visent des situations où la procédure ouverte, sélective et sur invitation ne sont pas judicieuses. Ainsi, le pouvoir adjudicateur pourra procéder de gré à gré lorsque la libre concurrence n'est pas possible pour des raisons de propriété intellectuelle (cf. art. 21 al. 2 lit. c), s'il s'agit de marchés complémentaires (cf. art. 21 al. 2 lit. e), si l'acquisition est absolument urgente pour des motifs imprévisibles (cf. art. 21 al. 2 lit. d) ou encore dans le cas où le marché porte sur un prototype (cf. art. 21 al. 2 lit. f LMP).

Le choix de la procédure d'adjudication dépend principalement de la valeur estimée du marché à adjuger et de l'atteinte des valeurs seuils applicables (art. 17 LMP/AIMP). En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur doit estimer la valeur du marché qu'il met en soumission puis examiner si les valeurs seuils pertinentes sont atteintes ou non.

Les valeurs seuils diffèrent selon l'adjudicateur et le type de marchés mis en soumission. Elles sont prévues aux annexes de la LMP, respectivement de l'AIMP. Par exemple, les valeurs seuils applicables aux marchés fédéraux soumis aux traités internationaux sont les suivantes (annexe 4 ch. 2 LMP) :

Procédure ouverte ou sélective			
Adjudicateurs	Travaux de construction (valeur totale)	Fournitures	Services
Adjudicateurs visés à l'art. 4, al. 1	dès 8 700 000 CHF	dès 230 000 CHF	dès 230 000 CHF
Adjudicateurs visés à l'art. 4, al. 2, let. a à e	dès 8 700 000 CHF	dès 700 000 CHF	dès 700 000 CHF

En comparaison, les valeurs seuils applicables aux marchés fédéraux non soumis aux accords internationaux se présentent comme suit :

Procédure ouverte ou sélective			
Adjudicateurs	Travaux de construction (valeur totale)	Fournitures	Services
Adjudicateurs visés à l'art. 4, al. 1	dès 2 000 000 CHF	dès 230 000 CHF	dès 230 000 CHF
Adjudicateurs visés à l'art. 4, al. 2, let. a à e	dès 2 000 000 CHF	dès 700 000 CHF	dès 700 000 CHF
Adjudicateurs visés à l'art. 4, al. 2, let. f à h	dès 2 000 000 CHF	dès 640 000 CHF	dès 640 000 CHF
Procédure sur invitation			
Tous les adjudicateurs	dès 300 000 CHF	dès 150 000 CHF	dès 150 000 CHF
Procédure de gré à gré			
Tous les adjudicateurs	en dessous de 300 000 CHF	en dessous de 150 000 CHF	en dessous de 150 000 CHF

La loi comporte diverses règles pour calculer la valeur du marché. Certaines s'appliquent à tous les marchés publics, d'autres sont propres à l'un des trois types de marchés :

- Selon un principe général, un marché ne peut être subdivisé en vue de contourner la loi (art. 15 al. 2 LMP/AIMP). Cela signifie que le pouvoir adjudicateur ne peut pas artificiellement scinder une prestation en plusieurs lots, dans le seul but d'éviter l'application d'une procédure d'adjudication ouverte à la concurrence. La pratique parle à cet égard de « tactique du salami »
- L'estimation des travaux de construction fait l'objet de règles spéciales (art. 16 al. 4 LMP ; 16 al. 3 AIMP) : le seuil correspond à la valeur totale de l'ensemble des travaux de construction de bâtiments ou de génie civil, qui sont nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage. Les prestations des mandataires (architecte et ingénieur) ne sont donc pas comptabilisées, sauf si le marché est adjugé en entreprise totale.

### Exemple

Pour la réalisation d'un nouveau bâtiment de l'EPFL, l'« ensemble des travaux de construction de bâtiments ou de génie civil » dépasse très largement le seuil de 8 700 000.– fr. ; tous les marchés doivent ainsi faire l'objet d'une mise en soumission.

- La clause bagatelle ou clause *de minimis* permet de soustraire certains marchés de construction à la procédure d'adjudication, au sein d'un projet qui y est globalement soumis (cf. art. 16 al. 4 *in fine* LMP ; art. 16 al. 3 *in fine* AIMP). Le mécanisme est le suivant : (1) la valeur totale de tous les marchés de construction nécessaires à la réalisation d'un ouvrage est déterminante pour savoir si le seuil est franchi (cf. l'exemple ci-dessus). (2) Une fois le seuil franchi (et la loi applicable à tous les marchés du projet), le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas mettre en soumission certains marchés dont la valeur – prise séparément pour chacun d'eux – ne dépasse pas 2 000 000.– fr. Ces marchés ne sont alors pas soumis à la procédure (ouverte ou sélective) de concurrence internationale ; ils restent soumis aux modes de passation et aux seuils du droit suisse, qu'il soit fédéral (annexe 5 LMP) ou cantonal (AIMP). (3) La somme de ces marchés ainsi soustraits à la concurrence internationale ne doit pas outrepasser 20% de

la valeur globale de l'ouvrage ; une fois ce plafond atteint, même les marchés inférieurs au montant de 2 000 000.– fr. doivent être ouverts à la concurrence internationale en procédure ouverte ou sélective.

### Exemple

Soit un ouvrage à construire pour un devis de 13 000 000.– fr. (= « ensemble des travaux de construction de bâtiments ou de génie civil »). Le seuil de 8 700 000.– fr. est atteint et la législation sur les marchés publics s'applique à l'ensemble des marchés nécessaires. Le maître de l'ouvrage peut cependant décider de ne pas mettre en soumission selon les règles internationales cinq des marchés suivants (mais pas les six!) : installations électriques (750 000.– fr. = 5,77%), chauffage (710 000.– fr. = 5,46%), portes et fenêtres (350 000.– fr. = 2,69%), peinture (280 000.– fr. = 2,15%), aménagements extérieurs (212 000.– fr. = 1,63%), sanitaires et cuisines (450 000.– fr. = 3,46%).

- Il existe également des règles spéciales pour déterminer la valeur des contrats de durée ou des contrats portant sur des prestations périodiques (art. 15 al. 3 à 6 LMP ; art. 15 al. 4 à 6 AIMP).
- Si un marché comporte une option sur des marchés subséquents, la valeur totale est déterminante (art. 15 al. 3 et 4 LMP).

C'est toujours la valeur estimée du marché qui est déterminante. L'estimation est faite par le pouvoir adjudicateur, qui est ici tenu par l'obligation de bonne foi.

## 6. Les marchés publics (II) : appel d'offres, critères, protection juridique

### 6.1. L'appel d'offres

#### 6.1.1. Généralités

Les procédures de soumission ouvertes à la concurrence débutent systématiquement avec la publication d'un appel d'offres.

Cette publication intervient sur le site internet [www.simap.ch](http://www.simap.ch), une plateforme en ligne recensant les informations utiles en matière de marchés publics. Il s'agit du site de référence dans ce domaine en Suisse.

On y trouve deux types d'éléments : les actualités – propres au site – (appels d'offres, adjudications, avis) et des liens à la législation spécifique (« Informations Association simap.ch » ; « Aspects juridiques »).

On y trouve également le texte du « Guide romand ». Il s'agit d'un document explicatif très utilisé par les praticiens, qui décrit les procédures à suivre, répond aux questions les plus fréquentes et propose des modèles de documents – notamment le « K2 », qui est le document de base pour les appels d'offres – des lettres-types, de procès-verbaux et de décisions administratives. Les tribunaux se réfèrent fréquemment aux solutions du Guide romand, soit pour les citer comme l'expression de ce qui se fait soit pour s'en écarter.

Les praticiens consultent également le site internet de la Conférence fédérale de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics, dite communément « KBOB ». On y trouve de nombreux modèles de documents utiles, ainsi que des guides et manuels élaborés à l'attention des pouvoirs adjudicateurs.

### 6.1.2. Le contenu minimal

Le contenu minimal de l'appel d'offres est réglé à l'art. 35 LMP/AIMP, qui liste toutes les informations devant être indiquées. L'appel d'offres comporte des indications administratives ou organisationnelles, comme le délai de soumission ou la langue de la procédure, mais également des informations essentielles sur la prestation souhaitée et les critères de sélection.

Pour déposer des offres pertinentes et concurrentielles, il est donc primordial que les soumissionnaires comprennent le contenu de l'appel d'offres et y trouvent les informations nécessaires. Inversement, cela implique pour l'adjudicateur de préparer son appel d'offres de façon exhaustive et intelligible.

L'appel d'offres s'accompagne également des « documents d'appels d'offres », lesquels précisent et détaillent le contenu de l'appel d'offres (art. 36 LMP/AIMP).

Afin que les concurrents qui soumissionnent puissent déposer leur offre en connaissance de cause, l'adjudicateur doit fournir toutes les informations nécessaires ; elles sont en général contenues dans les documents suivants :

- 1° Les « dispositions administratives », à savoir la description de toutes les conditions à remplir par chaque soumissionnaire pour participer à la procédure, ainsi que tous les éléments qui doivent figurer dans son offre s'il entend qu'elle soit prise en compte dans le processus d'évaluation. Ce point est approfondi dans le chapitre suivant.
- 2° Les conditions particulières (pour les marchés de construction). C'est le document technique qui contient toutes les spécifications techniques de la prestation à accomplir, en particulier les méthodes de construction et les contraintes que les entreprises devront respecter. Les critères d'évaluation des offres peuvent figurer dans cette rubrique ou dans les dispositions administratives. Nous y reviendrons plus loin.
- 3° Les plans.
- 4° Le devis. Sur la base de ce dernier, les soumissionnaires pourront remplir leur série de prix.
- 5° Le projet de contrat. Il est habituel qu'avec leur offre, les soumissionnaires joignent ce projet signé, de façon à attester qu'ils seront d'accord de conclure le contrat en question pour le cas où ils seront adjudicataires du marché en question. Ce processus n'évite pas qu'au stade de la conclusion du contrat définitif, des discussions interviennent encore voire des modifications de projet.

Les mandataires – ingénieurs en particulier – jouent un rôle important dans cette phase de la procédure ; les pouvoirs adjudicateurs ont souvent recours à leurs services pour la préparation de ces divers documents.

### 6.1.3. Les dispositions administratives

Le Guide romand des marchés publics propose sur internet un dossier d'appel d'offres avec choix multiples « K2 » (numéro de l'annexe du Guide). Ce dossier formule un ensemble de dispositions administratives qui permettent à l'adjudicateur de décrire toutes les conditions à remplir par chaque soumissionnaire qui entend participer à la procédure. En voici quelques éléments traditionnels.

L'incompatibilité : lorsqu'une personne (par définition l'expert, le bureau ou l'entreprise) a participé à la préparation et à l'organisation de la procédure, ainsi qu'aux démarches d'aide à la décision et à l'élaboration des documents de candidature et/ou d'appel d'offres : Elle ne peut pas participer à celle-ci comme candidat ou soumissionnaire. De plus, elle est informée qu'elle possède un devoir de réserve et de confidentialité sur les informations qu'elle détient en relation avec la procédure mise en place et le marché mis en concurrence. Elle ne peut donc pas transmettre des informations ou des documents à des tiers qu'ils participent ou non à la procédure, sauf sur autorisation de la part de l'adjudicateur. La personne qui a réalisé une prestation particulière, avant le lancement de la procédure, peut cependant y participer sous certaines conditions. En cas de participation à la procédure, la personne, l'entreprise et le

bureau concernés doivent être prêts à faire la démonstration qu'ils ne possèdent pas d'avantage prépondérant, particulier ou déterminant, par rapport aux autres soumissionnaires, qui pourrait fausser le jeu de la concurrence. Le fait qu'un soumissionnaire ait pu obtenir une information ou un document de manière privilégiée par rapport aux autres soumissionnaires, représente une violation grave du principe de l'égalité de traitement et entraîne son exclusion immédiate de la procédure. L'adjudicateur se réserve le droit de déposer une requête en dommages et intérêts s'il estime que cela a nui à l'efficacité de la mise en concurrence ou que cela lui a apporté un préjudice important.

L'admission d'un consortium : il désigne une association d'entreprises ou de fournisseurs qui réalisera de manière solidaire le marché mis en appel d'offres et qui est normalement constituée en société simple selon le Code des Obligations ou le contrat de société SIA 1016. Le dossier K2 prévoit notamment que si un consortium est admis, cela ne doit pas nuire à la saine et efficace concurrence et ne doit pas créer une position cartellaire ; chaque membre devra répondre aux mêmes exigences et conditions de participation à la procédure.

Le recours à la sous-traitance : elle multiplie les intervenants et peut augmenter le risque de violations des règles relatives aux aspects sociaux. C'est pourquoi, elle doit être réglementée dans l'appel d'offres. Le dossier K2 propose deux solutions : soit la sous-traitance n'est pas admise et ne sera donc pas prise en considération, soit elle est admise pour autant que cela ne nuise pas à la saine et efficace concurrence et que cela ne crée pas une position cartellaire.

La durée de validité de l'offre : l'offre déposée par le soumissionnaire possède une certaine durée de validité et le dossier K2 précise les conséquences liées au dépôt de l'offre. Une offre déposée est considérée comme définitive et ferme. Elle ne peut plus être retirée unilatéralement par le soumissionnaire durant la période de validité fixée par l'adjudicateur à moins d'une justification telle qu'une procédure de sursis concordataire, de mise en faillite ou de mise en poursuite, susceptible de remettre en question le bien-fondé de la décision d'adjudication. La justification peut également s'appuyer sur un élément extérieur indépendant de la volonté du soumissionnaire, voire sur une erreur essentielle au sens de l'art. 24, alinéa 1, chiffre 4 du Code des obligations (CO). Le cas échéant, l'intéressé engage sa responsabilité contractuelle en application de l'art. 26 du CO.

L'admission d'une variante : c'est une offre par laquelle un soumissionnaire propose d'atteindre l'objectif fixé pour un marché donné d'une autre manière que celle prévue par l'adjudicateur. Le document K2 propose différentes possibilités à l'adjudicateur en ce qui concerne leur admission ou leur rejet.

Le délai pour la remise des offres : les publications d'appel d'offres spécifient généralement que les rendus doivent parvenir tel jour, au plus tard à telle heure (même une minute de retard est éliminatoire) et à telle adresse.

#### 6.1.4. Les « critères » d'évaluation

L'adjudicateur dispose de plusieurs instruments pour configurer sa procédure d'appel d'offres, c'est-à-dire organiser son déroulement, définir la prestation mise en soumission et établir les critères de sélection.

Les trois principaux instruments sont :

- les spécifications techniques (art. 30 LMP/AIMP) ;
- les critères d'aptitude (art. 27 LMP/AIMP) ;
- les critères d'adjudication (art. 29 LMP/AIMP).

1° Les spécifications techniques servent à décrire la prestation convoitée. Elles définissent les caractéristiques de l'objet du marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production. Dans les appels d'offres spécifiques au domaine de la construction, le terme « spécification techniques » est souvent remplacé par « cahier des charges » (pour les appels d'offres de mandataires) ou « conditions particulières » (pour les appels d'offres de travaux de construction).

2° Les critères d'aptitude permettent de vérifier que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Une précision terminologique s'impose ici car elle n'est pas toujours uniformisée : (1) les appels d'offres énoncent des « conditions de participation » relatives aux entreprises (p. ex. la preuve du paiement régulier des impôts et cotisations sociales, l'adhésion à une convention collective de travail ou l'absence de sanction consécutive à la violation du droit dans des appels d'offres antérieurs). Ces conditions ne servent pas à l'évaluation des soumissionnaires, mais doivent être satisfaites pour être admis dans la procédure (art. 26 LMP/AIMP). (2) Les critères d'aptitude servent à évaluer les entreprises sur des qualités qui tiennent par exemple à leur organisation, leurs personnes-clés ou leur réputation (références). En règle générale, un critère d'aptitude est binaire : soit il est rempli, soit il ne l'est pas. Un critère d'aptitude non rempli entraîne l'exclusion du soumissionnaire. Dans certaines procédures d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur admet cependant que les critères d'aptitude fassent l'objet de notes, qui viennent s'ajouter aux critères d'adjudication. (3) Ces critères d'aptitude peuvent aussi servir à choisir les entreprises qui seront qualifiées lors d'une procédure sélective (on dit parfois alors critères de qualification). Il n'est pas interdit de réutiliser ensuite ces mêmes critères pour noter les entreprises sélectionnées au cours de la procédure d'appel d'offres proprement dite.

### Exemple

On peut mentionner notamment les critères de qualification suivants : organisation générale du soumissionnaire (clarté, simplicité, efficacité, etc.), mesures pour garantir la satisfaction du client et leurs effets, références générales, expérience dans le domaine de l'objet à réaliser, capacité et disponibilité (personnel, matériel et équipements), viabilité (cf. art. 27 LMP).

Le choix des différents critères doit être réfléchi. On ne peut se contenter de reproduire la liste de tous les critères imaginables ou celles – exemplatives – que contiennent les différentes réglementations. On ne peut retenir que ceux qui sont adaptés aux spécificités du marché considéré. Le choix opéré par l'adjudicateur peut être attaqué par la voie d'un recours contre l'appel d'offres (art. 53 LMP/AIMP).

3° Quant aux critères d'adjudication, ils servent à évaluer les offres. Les critères d'adjudication doivent être pondérés, c'est-à-dire que l'adjudicateur doit leur attribuer un poids (relatif). Avec la révision de la LMP, le législateur a spécifié que désormais il recherche l'offre la plus avantageuse et non plus celle qui est « économiquement » la plus avantageuse ; ce faisant, il entend insister sur la qualité, notamment l'importance du développement durable qui permettra de prendre en considération une dimension écologique.

### Exemple

Les critères d'adjudication suivants sont les plus fréquemment utilisés : présentation et qualité du dossier d'offre, délai de livraison, qualité de la prestation, prix (montant et crédibilité), rentabilité, coûts d'exploitation, service après-vente, adéquation de la prestation, caractère esthétique, caractère écologique, valeur technique, voire formation de personnes en formation initiale (cf. art. 29 al. 1 LMP/AIMP).

Il est rare que le prix soit le seul critère d'adjudication pris en considération (pondération à 100 %), quand bien même cette situation est admise dans les marchés portant sur l'acquisition de prestations largement standardisées (art. 29 al. 4 LMP/AIMP). Par prestations largement standardisées, il faut entendre des prestations basiques, c'est-à-dire techniquement peu complexes à réaliser (p. ex. acquisition de papier pour des usages ordinaires).

La pondération des critères d'adjudication dépend généralement de la complexité de la prestation mise en soumission. Plus la prestation revêt une certaine complexité technique, moins le prix devra avoir d'importance dans la pondération globale des critères. Dans les marchés complexes, les critères qualitatifs doivent prévaloir. A l'inverse, dans les marchés simples ou basiques, les critères financiers doivent être prépondérants par rapport aux critères de qualité.

La jurisprudence considère que le prix est un critère à prendre obligatoirement en compte, et qui ne devrait en principe pas être pondéré à moins de 20 % dans les marchés très complexes.

Le Guide romand comporte des fiches spécialement consacrées au choix, à la pondération et à la notation des critères d'adjudication. Par exemple, l'annexe T2 indique comment le critère du prix doit être noté.

## ANNEXE T2

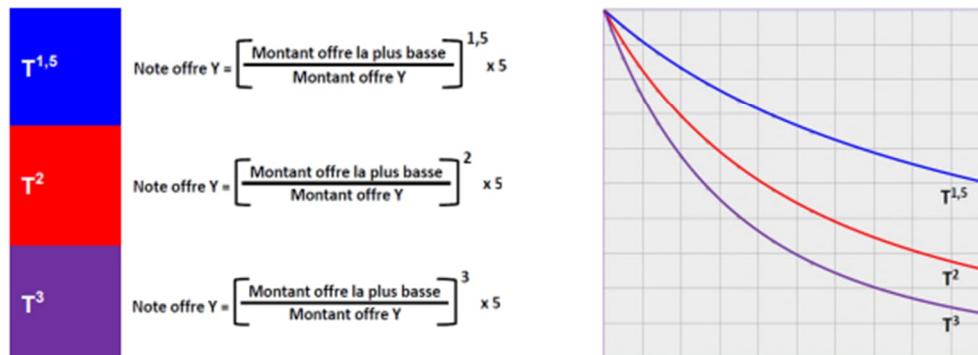
### PRÉSENTATION DES PRINCIPALES MÉTHODES DE NOTATION DU PRIX

La méthode de notation du prix doit permettre de transformer un prix offert en une note. Suivant la méthode utilisée, la notation peut aboutir à des résultats très différents (voir graphiques comparatifs dans l'annexe T3). Outre le choix de la méthode de notation, la pondération du critère prix va également influencer l'importance que prendra ce critère au moment de l'évaluation des offres. Il est, pour cette raison, important d'avoir à l'esprit ces deux facettes « pondération / méthode de notation » lors de la préparation de la procédure.

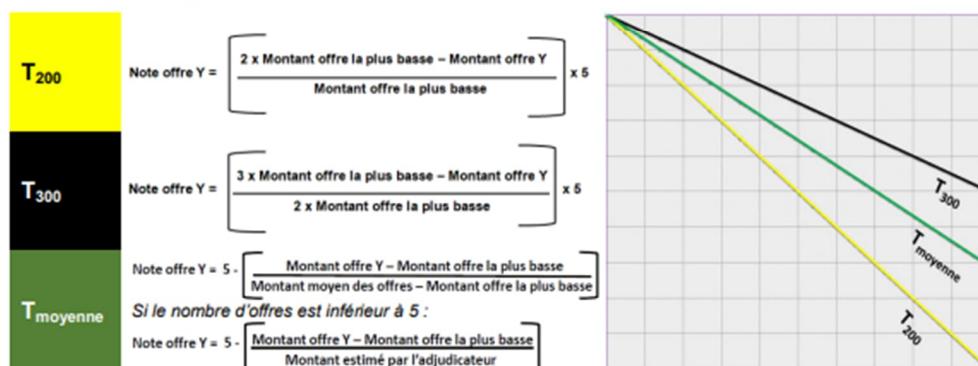
#### Remarques préliminaires à prendre en considération :

- la même méthode de notation doit être appliquée à l'ensemble des offres ;
- les méthodes présentées ici sont celles qui sont le plus fréquemment utilisées en Suisse ;
- les méthodes de notation des prix appliquent l'échelle de notes de 0 à 5 ;
- le montant de l'offre la moins chère reçoit toujours la note maximale de 5 ;
- les écarts de montants des offres sont traduits en écarts de notes ;
- par moyenne des offres, on entend le prix moyen pour l'ensemble des offres recevables ;
- les montants à prendre en considération pour l'évaluation des offres sont les montants avec TVA ;
- la méthode de notation du prix doit être annoncée aux soumissionnaires avant le dépôt des offres.

#### Méthodes asymptotiques :



#### Méthodes linéaires :



Le pouvoir adjudicateur dispose d'un vaste pouvoir d'appréciation dans l'élaboration de son appel d'offres, étant rappelé qu'il est lié par les buts et principes du droit des marchés publics (art. 2 et 11 LMP/AIMP). Cela signifie qu'il ne peut par exemple pas prévoir des critères discriminatoires (p. ex. avantages injustifiés en faveur des soumissionnaires locaux).

Le principe de la transparence joue également un rôle important dans cette phase de la procédure. Ce principe prévoit plusieurs obligations :

- 1° Il s'agit d'une part d'informer correctement les soumissionnaires : les documents d'appel d'offres doivent contenir tous les critères (et sous-critères) d'aptitude et d'adjudication ; il faut non seulement les mentionner, mais également les décrire brièvement, pour que le soumissionnaire sache exactement à quel(s) élément(s) l'adjudicateur attache de l'importance ; il faut indiquer le poids respectif de chaque critère si l'adjudicateur envisage d'utiliser un tel système de pondération et ne pas octroyer le même poids à tous les critères ; il est également habituel (mais pas obligatoire) de reproduire le modèle mathématique appliqué à l'évaluation du prix. Par contre, il n'y a pas lieu de publier les directives internes qui vont guider l'attribution des notes pour chaque critère d'adjudication (échelle des notes).
- 2° Il s'agit ensuite pour l'adjudicateur de s'en tenir strictement aux critères, à leur ordre d'importance et à leur poids respectif, tels qu'annoncés dans les documents d'appel d'offres. L'adjudicateur ne peut pas modifier les « règles du jeu » en cours de procédure.

## 6.2. La soumission, l'ouverture des offres, l'adjudication et la conclusion du contrat

Les soumissionnaires remettent leur demande de participation (procédure sélective) ou directement leur offre (procédure ouverte) par écrit, de manière complète et dans les délais fixés. Le dépôt d'une offre contraignante engage contractuellement le soumissionnaire qui l'a préparée, en ce sens qu'il est lié par les prestations promises. En cas d'acceptation de l'offre par l'adjudicateur, le soumissionnaire sera tenu de fournir les prestations décrites dans son offre.

Les offres ou les demandes de participation qui présentent de graves vices de forme doivent être écartées d'emblée par l'adjudicateur. Lorsque les vices sont mineurs, ils peuvent être corrigés.

Une fois expiré le délai fixé pour le dépôt des offres, l'entité adjudicatrice s'attache à l'étude des offres qui lui ont été soumises et adjuge le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse (art. 41 LMP/AIMP). Celle-ci est évaluée en fonction des critères figurant dans les documents d'appel d'offres.

L'adjudicateur communique la décision d'adjudication, en la motivant sommairement, par publication et par notification individuelle. Sur demande d'un soumissionnaire dont l'offre a été écartée, l'adjudicateur fournit des renseignements complémentaires se rapportant au choix qu'il a opéré. Seuls des intérêts légaux, publics, de concurrence loyale entre soumissionnaires ou des intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires peuvent constituer des obstacles à la divulgation des renseignements complémentaires requis.

Au même titre que l'appel d'offres, l'adjudication d'un marché de construction doit être publiée au moins dans deux langues officielles de la Suisse, notamment celle du lieu où est prévue la construction (art. 48 al. 5 LMP).

En vertu de l'art. 42 LMP, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'adjudication dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux. Pour ceux qui y sont soumis, un contrat peut être conclu après l'écoulement du délai de recours contre l'adjudication, à moins que le tribunal n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication. Cette différence de régime vient du fait que seuls les marchés internationaux bénéficient d'une protection juridique « primaire » (le juge peut annuler l'adjudication) ; les marchés non internationaux ne profitent que d'une protection secondaire (le soumissionnaire

déçu qui recourt ne peut pas faire annuler l'adjudication et ne peut donc pas obtenir le marché, mais il peut en faire constater l'illicéité afin de demander ensuite des dommages-intérêts à l'adjudicateur). Ce double régime n'existe pas pour les marchés cantonaux : ils bénéficient tous d'une protection primaire ; c'est pourquoi l'art. 42 AIMP interdit pour tous de conclure un contrat avant l'écoulement du délai de recours.

Le contrat conclu relève essentiellement des règles de droit privé, et non pas du droit des marchés publics (droit public).

### 6.3. Les concours

#### 6.3.1. Les généralités

L'institution du concours sert autant les intérêts de l'architecte que ceux du maître de l'ouvrage : pour le premier, elle est la garantie d'un jugement objectif de son travail. Pour le deuxième, le concours représente un moyen d'obtenir un projet optimal, de haute qualité et qui lui permet d'identifier un partenaire (art. 1 Norme SIA-142).

Ce chapitre expose quelles sont les sources légales et conventionnelles, la notion, les genres et les acteurs des concours ; le concours et le droit des marchés publics ; son déroulement ; les droits des participants au terme du concours ; la problématique de la protection des droits d'auteurs des participants à un concours.

#### 6.3.2. Les sources légales et conventionnelles

Pendant des décennies, le concours était uniquement régi par des réglementations privées, en particulier par celles de la SIA. Depuis l'entrée en vigueur en 1996 de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP), la législation suisse dans ce domaine contient quelques règles sur le concours : en droit fédéral, il s'agit des art. 22 LMP et art. 13 à 19 de l'Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (OMP). Au niveau (inter)cantonal, l'art. 22 AIMP prévoit que l'adjudicateur qui organise un concours doit définir la procédure au cas par cas, et ce dans le respect des principes énoncés dans l'accord ; il est probable que les cantons s'inspireront des règles contenues dans l'OMP.

La solution choisie est celle d'une réglementation minimale doublée d'un large renvoi aux règles professionnelles (essentiellement la Norme SIA-142). L'art. 22 LMP prévoit ainsi que l'adjudicateur peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles (cf. ég. art. 22 RLMP-VD). Le droit suisse laisse donc une très grande liberté à l'organisateur du concours dans l'organisation et le déroulement du concours ainsi que dans le choix des critères de désignation du lauréat.

#### 6.3.3. La notion de concours

C'est la procédure par laquelle l'organisateur du concours (en principe, le maître de l'ouvrage) met en concurrence des concurrents (architectes ou ingénieurs) sur la base de propositions (idée, projet, parti, concept) que les participants lui fournissent afin de résoudre un problème de conception que l'organisateur soumet à leur étude ; en l'échange de quoi, celui-ci fait la promesse d'attribuer des récompenses (prix ou mentions) aux lauréats qu'un jury indépendant désigne de manière anonyme (art. 16 al. 5 OMP, art. 1 Norme SIA-142). Cette définition suggère les quatre remarques suivantes :

- 1° Le concours et l'appel d'offres : le maître de l'ouvrage utilise le concours lorsqu'il n'a pas de projet précis et ne peut pas définir la prestation commandée. Le concours contient l'exécution même des prestations. A l'inverse, l'appel d'offres consiste à mettre en concurrence des fournisseurs de biens ou de services sur la base d'offres de prestations.

- 2° L'obtention de propositions : la procédure de concours permet à l'organisateur du concours d'obtenir des propositions de solutions destinées à résoudre un problème déterminé.
- 3° Une promesse de récompenses : en contrepartie des prestations de conception et pour autant qu'il en soit décidé ainsi par le jury, les gagnants du concours perçoivent une récompense : un prix, une mention et ultérieurement la possibilité de conclure un contrat.
- 4° Un jury et la garantie de l'anonymat : l'organisateur doit constituer un jury. La tâche première de ses membres est de juger la qualité des projets des participants. C'est aussi lui qui distribue les récompenses aux participants du concours.

#### 6.3.4. Les genres de concours

Autant la réglementation publique que conventionnelle énonce trois formes de concours. Il s'agit des concours d'idées, des concours de projets (proprement dit), des concours de projets portant sur les études et la réalisation :

- 1° Les concours d'idées : ils ont pour but d'obtenir des propositions de solutions pour des tâches décrites et délimitées de manière générale (art. 42 al. 1 let. a aOMP; art. 21 al. 2 let. a RLMP-VD, art. 3 Norme SIA-142).
- 2° Les concours de projets (proprement dits) : ils permettent d'obtenir des propositions de solutions pour des tâches clairement définies et pour l'identification de partenaires qualifiés qui concrétiseront en partie ou totalement ces propositions de solutions (art. 42 al. 1 let. b aOMP; art. 21 al. 2 let. b RLMP-VD, art. 3 Norme SIA-142).
- 3° Les concours portant sur les études et la réalisation : ils visent à susciter des propositions en vue de la réalisation de tâches clairement définies (en principe : la construction de l'ouvrage projeté) et à permettre l'adjudication des activités liées à ces tâches (42 al. 2 aOMP; art. 21 al. 2 let. c RLMP-VD, art. 4 Norme SIA-142).

#### Exemple

En 2010, le canton de Vaud a mis au concours la construction d'un nouveau Musée cantonal des Beaux-Arts et un pôle muséal et culturel. Dans le descriptif du projet, le pouvoir organisateur du concours énonçait que le concours comprenait deux niveaux de réflexion en ces termes : « le premier, qui correspond à un concours de projets, concerne l'implantation du Musée cantonal des Beaux-Arts et la réaffectation des halles CFF aux locomotives dont le programme des locaux comprend 8'090 m<sup>2</sup> de surface utile pour un budget arrêté à 75 millions. Le second vise à initier le développement du pôle muséal et culturel sur le long terme. Il s'agit d'un concours d'idées (...) ».

La SIA utilise l'expression de « concours d'études » (art. 3 Norme SIA-142). Elle comprend les concours d'idées et de projets. En outre, il ne faut pas confondre la procédure de concours avec l'institution des mandats d'étude parallèles.

#### 6.3.5. Les acteurs du concours

D'après le règlement SIA-142 les acteurs du concours sont le maître de l'ouvrage, le jury, les experts et les participants.

- 1° Le maître de l'ouvrage : c'est l'organisateur du concours ; il peut être public (une commune ou un canton par exemple) ou privé (le propriétaire d'un hôtel luxueux). C'est à lui que revient la tâche de choisir laquelle de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation il entend utiliser pour annoncer son concours. Dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage fait le choix d'utiliser la procédure sélective ou sur invitation, il est compétent pour

- sélectionner les participants du concours. Il décide aussi de la composition du jury (il en est l'un des membres) et du contenu du programme ; il veille au respect de l'anonymat et fixe la « somme globale des prix » ; il doit publier les résultats du concours (art. 9.1 Norme SIA-142).
- 2° Le jury : pour l'essentiel, il valide le programme du concours, répond aux questions des participants et juge les propositions du concours. En outre, il attribue les prix et les mentions. Au terme du concours, c'est lui qui rédige le rapport final du concours et qui fait une recommandation au maître de l'ouvrage en vue de l'adjudication au lauréat d'un marché de planification voire de réalisation (art. 16 OMP ; art. 10.4 Norme SIA-142). Le jury doit être composé en majorité de professionnels qualifiés, à savoir de membres qui disposent de compétences spécifiques dans la matière sur laquelle porte le concours (art. 10.3 Norme SIA-142). Il est soumis à une stricte indépendance, en particulier du maître de l'ouvrage ; à cet égard la majorité des membres professionnels doivent être indépendants (art. 16 al. 3 OMP; art. 10.4 Norme SIA-142). Au surplus, les membres du jury ont l'interdiction de participer directement ou indirectement au concours (art. 10.7 Norme SIA- 142).
- 3° Les experts : si le jury est confronté à des problèmes spécifiques, il peut s'adresser à des experts. Au contraire des membres du jury, les experts n'ont pas de droit de vote (art. 16 al. 2 OMP ; art. 10.4 Norme SIA-142).
- 4° Les participants : ce sont les concurrents du concours. La relation que certaines personnes ont avec le maître de l'ouvrage les empêche de participer au concours. Entre autres, il s'agit des personnes employées par le maître d'ouvrage, des membres du jury, des proches parents ou des personnes qui ont un lien de dépendance avec l'un des membres du jury (art. 12.2 Norme SIA- 142) et toutes les personnes qui ont participé à la préparation du concours (études préliminaires). En fonction du respect ou non du programme du concours et de la qualité des idées des participants, respectivement de leur projet, le jury leur attribue des prix et des mentions. Ces récompenses sont indépendantes de la décision du maître de l'ouvrage de conclure ensuite un contrat avec le lauréat du concours.

### Exemple

Dans le cas du Musée cantonal des Beaux-Arts et du pôle muséal et culturel, les acteurs du concours étaient les suivants : (1) le maître de l'ouvrage/organisateur du concours était le canton de Vaud ; (2) le jury était constitué de personnalités politiques et économiques vaudoises ainsi que de membres professionnels ; (3) vingt bureaux d'architecture présélectionnés par le maître de l'ouvrage comptaient parmi les participants ; (4) malgré les compétences réunies dans le jury, il est possible que celui-ci ait dû consulter un ou des expert(s) pour l'aider à appréhender un problème particulier.

#### 6.3.6. Le concours et le droit des marchés publics

L'un des cas de gré à gré est l'adjudication d'un marché au lauréat d'un concours organisé en bonne et due forme (art. XIII par. 1 lit. h AMP ; art. 21 al. 2 lit. i LMP). Les Etats parties à l'AMP (dont la Suisse) ont estimé que la procédure de concours était suffisante au niveau des exigences minimales de concurrence. Partant, il n'est pas exigé de la part de l'organisateur du concours (public), qu'il procède à un nouvel appel d'offres pour l'adjudication du marché (mis au concours) au lauréat de ce dernier. La procédure de gré à gré est donc celle que le maître de l'ouvrage utilise une fois que le concours est terminé et qu'il entend conclure un contrat subséquent avec le soumissionnaire qui l'a gagné. Préalablement à cette adjudication de gré à gré, le maître de l'ouvrage aura toutefois fait usage de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation pour trouver les participants à son concours. La valeur du marché est le critère déterminant dans le choix de la procédure : les concours font l'objet d'un appel d'offres lancé

selon la procédure ouverte ou sélective si la valeur du marché en cause atteint le seuil déterminant fixé à l'annexe 4 de la LMP (art. 15 al. 1 OMP). Lorsque le seuil en question n'est pas atteint, le concours peut être lancé en vertu de la procédure sur invitation (art. 15 al 2 OMP) ; cette solution n'est cependant pratiquement pas utilisée, car elle ne permet pas de maintenir l'anonymat.

Au contraire des mandats d'étude parallèles, la procédure ouverte peut donc être utilisée par le maître de l'ouvrage pour annoncer l'ouverture d'un concours. Au surplus, l'anonymat est la règle tout au long du concours (art. 17 al. 1 OMP ; préambule de la Norme SIA-142). Cette exigence est stricte : « Dans la procédure de concours, les projets soumis à l'adjudicateur doivent être présentés sous forme anonyme. Les participants qui ne respectent pas la condition de l'anonymat sont exclus du concours » (art. 17 al. 1 OMP ; voir aussi art. 19.1 Norme SIA-142). Cela vaut en droit fédéral, mais pas systématiquement en droit cantonal : la réglementation vaudoise par exemple n'impose pas que l'anonymat des participants soit respecté.

#### **Exemple**

Pour le concours du Musée des Beaux-Arts et du pôle muséal et culturel, le maître de l'ouvrage du concours a choisi la procédure sélective pour présélectionner les participants ; il avait limité leur nombre à 20. Compte tenu de la valeur du marché mis en soumission (75 millions), le canton de Vaud avait l'obligation d'utiliser soit la procédure sélective soit la procédure ouverte. La procédure sur invitation ou de gré à gré n'était pas autorisée.

#### **6.3.7. Le déroulement du concours**

Une fois que le maître de l'ouvrage a choisi la procédure et que les rendus sont déposés par les participants, lui ou des spécialistes qu'il a mandatés peuvent effectuer un examen technique préalable des projets présentés (art. 49 aOMP; art. 15 Norme SIA-142). Ensuite, le jury évalue les projets (art. 16 al. 5 OMP; art. 20 Norme SIA-142), décide du classement (art. 16 al. 6 OMP ; art. 21 Norme SIA-142), attribue les prix et le cas échéant des mentions (art. 16 al. 5 OMP ; art. 22 Norme SIA- 142). Il émet sur cette base une recommandation à l'intention de l'adjudicateur (maître de l'ouvrage) concernant l'adjudication d'un marché d'étude supplémentaire, une adjudication d'un mandat de planification voire de direction des travaux ou la suite des opérations (art. 16 al. 5 OMP; art. 23 Norme SIA-142). L'adjudicateur (maître de l'ouvrage) est tenu de suivre la recommandation du jury s'il entend adjuger un marché au lauréat (art. 53 aOMP; art. 23.3 Norme SIA-142) ; il peut aussi se libérer de celle-ci moyennant le versement d'une indemnité et le lancement d'une nouvelle procédure (art. 18 al. 2 let. b. ch. 1 OMP).

#### **Exemple**

Au terme du concours du Musée des Beaux-Arts et du pôle muséal et culturel, le jury a accordé 7 prix ; il a aussi fait une recommandation qui selon le programme du concours avait force obligatoire (elle constitue une injonction qui doit être respectée par le maître de l'ouvrage) ; ce dernier précisait aussi que les participants n'avaient pas de droit à une indemnisation.

#### **6.3.8. Les droits des participants au terme du concours**

L'OMP et la Norme SIA-142 décrivent les droits des participants à un concours, en particulier ceux du lauréat. Partant, il existe un lien entre le fait de gagner le concours et celui de se voir adjuger le marché/un marché d'étude complémentaire (art. 18 al. 2 OMP ; cf. p. ex. art. 23 al. 2 RLMP-VD) : (a) le lauréat d'un concours d'idées n'a aucun droit de se voir adjuger un marché d'étude complémentaire ; (b) le lauréat d'un concours de projets a, en règle générale,

le droit de se voir adjuger un marché d'étude complémentaire ; (c) le lauréat d'un concours portant sur les études et la réalisation se voit, en règle générale, adjuger le marché (entreprise totale). Les résultats du concours doivent faire l'objet d'une information publique (art. 57 aOMP ; art. 25 SIA-142).

Lorsque l'adjudicateur adjuge le marché à un tiers alors que le jury lui a recommandé d'adjuger le marché ou un marché d'étude supplémentaire aux auteurs du projet, il doit indemniser ces derniers (art. 18 al. 2 let. b ch. 1 OMP ; art 27.2 lit. a Norme SIA-142). Il en va de même lorsque l'adjudicateur utilise le projet sans adjuger un marché d'étude supplémentaire à l'auteur (art. 18 al. 2 let. b ch. 2 OMP ; art 27.2 lit. b Norme SIA- 142). Les modalités d'indemnisation sont mentionnées dans l'appel d'offres (art. 18 OMP). A cet égard, et à titre d'exemple, l'art. 27.2 Norme SIA-142 dispose que les participants au concours ont droit à un dédommagement égal aux deux tiers de la somme globale des prix et des mentions. L'adjudicateur limite en principe le montant des indemnités. L'art. 62 al. 2 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA; RS 231.1), qui réserve les actions en dommages-intérêts intentées en vertu du Code des obligations, restreint la portée de ces réglementations et donc la liberté de l'organisateur. Il doit payer un montant adéquat.

### 6.3.9. Les droits d'auteur

Les droits d'auteur confèrent à l'auteur à la fois des droits patrimoniaux et un droit moral sur l'œuvre. Les premiers protègent ses intérêts pécuniaires. Ils sont en principe cessibles et transmissibles en l'échange d'argent. Le second vise la protection des intérêts personnels de l'auteur. Partant, il est indissociablement lié à sa personnalité. Au contraire des droits patrimoniaux, il est inaccessible et intransmissible. Ce droit moral lui permet, en particulier de revendiquer : (1) un droit de paternité sur son œuvre (art. 9 al. 1 i.f. LDA), (2) un droit de s'opposer aux altérations de son œuvre, qui porteraient atteinte à sa personnalité (art. 11 al. 2 LDA); (3) un droit d'accéder à son œuvre (art. 14 al. 1 LDA). En vertu de l'art. 54 aOMP, les participants conservent leurs droits sur les projets dans toutes les procédures de concours (cf. aussi art. 26 Norme SIA-142). Une cession conventionnelle des droits patrimoniaux au maître de l'ouvrage est autorisée dans la mesure où la participation de chaque concurrent vaut acceptation tacite d'une clause dérogatoire du programme prévoyant expressément ce transfert. Les droits d'auteurs sont souvent une source de conflits plus ou moins avouable par les prestataires de services. Lorsque leur position le permet, il est essentiel que les architectes/ingénieurs soient attentifs à ce que l'organisateur du concours ne s'arroge pas leurs droits d'auteur (les droits patrimoniaux) au terme du concours. À cet égard, les démarches entreprises par la SIA dans ce domaine, en particulier les principes relatifs au droit d'auteur qu'elle a édictés sont essentiels (ce document est consultable sur : [www.sia.ch](http://www.sia.ch)).

## 6.4. Les mandats d'étude parallèles

### 6.4.1. Les généralités

En plus du concours, il existe une autre forme de mise en concurrence utilisée pour les prestations des architectes et des ingénieurs : les mandats d'étude parallèles (mandats d'étude). Ce chapitre expose quelles sont les sources juridiques ; la notion et les genres des mandats d'étude ; les acteurs des mandats d'étude ; les droits des participants ; les critères de délimitation entre les concours et les mandats d'étude.

### 6.4.2. La notion des mandats d'étude

Selon le préambule du règlement SIA-143 sur les mandats d'étude parallèles des architectes et des ingénieurs (Norme SIA-143), ils sont « une forme particulière de mise en concurrence appropriée à des tâches qui nécessitent un dialogue direct entre le collège d'experts et les participants dans la mesure où la définition des tâches est ouverte et peut être élaborée par processus interactif ». Les prestations mises en concurrence sont des prestations de

conception ou de planification d'ingénierie et d'architecture. En d'autres termes, les mandats d'étude tendent donc à l'élaboration de réponses pour des tâches complexes, dont le cadre ne peut a priori pas être défini de façon suffisamment nette et ne permet donc pas de lancer un appel d'offres ou même simplement un concours. Le dialogue interactif entre le maître de l'ouvrage et les participants doit permettre d'adapter les données du programme, sur lesquelles les participants se fondent pour esquisser des solutions qu'ils obtiennent en cours de procédure.

#### 6.4.3. La réglementation

Depuis 2009, les mandats d'étude sont régis par le règlement SIA-143. Il s'agit d'un texte qui n'a pas valeur de loi, dès lors qu'il émane d'une association privée. En 2010, le législateur fédéral a introduit le concept du « dialogue » à l'art. 26a de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (aOMP) ; il correspond dans une grande mesure aux mandats d'étude. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, on retrouve les bases légales aux art. 24 LMP et art. 6 OMP. Pour les marchés cantonaux, il s'agit de se référer à leur législation respective (par exemple, cf. art. 4 RMP-GE, actuellement en révision). Pour le moment, le canton de Vaud ne règle pas spécifiquement la question des mandats d'étude, car il considère que c'est une forme particulière de concours ; il est possible qu'il la règle avec la révision de sa loi cantonale sur les marchés publics, sur la base de l'art. 22 AIMP.

#### 6.4.4. Le genre de marchés d'étude

Le maître de l'ouvrage optera pour les mandats d'étude plutôt que pour le concours lorsqu'il ne peut pas décrire le contenu des prestations à fournir, car il est confronté à des problèmes complexes. Comme pour le concours (cf. point 6.1.4), il existe trois formes de mandats d'étude : les mandats d'idées ; les mandats de projets et les mandats d'étude qui porte sur les études et la réalisation (art. 3 et 4 Norme SIA-143). Partant, nous renvoyons le lecteur à ce qui a été dit au sujet des genres de concours et nous nous limitons à faire les trois précisions suivantes : les mandats d'idées permettent d'obtenir des propositions qui contribuent à prendre des décisions d'ordre conceptuel ou qui résolvent des problèmes complexes définis et délimités uniquement dans les grandes lignes ; les mandats de projets ont une finalité supplémentaire, dès lors que le maître de l'ouvrage envisage la réalisation des solutions obtenues au terme des mandats d'étude ; de leur côté, les mandats portant sur les études et la réalisation auront eux aussi permis d'obtenir des solutions à des problèmes complexes clairement définis, cependant le maître de l'ouvrage s'engage à attribuer un marché subséquent au lauréat des mandats d'étude et à lancer un appel d'offres en bonne et due forme pour les travaux d'exécution y relatifs.

#### Exemple

La commune X. utilise la procédure sélective pour déterminer les participants de trois mandats d'étude parallèles d'avant-projets et d'estimation des coûts pour la conception et la réalisation d'une maison du sport destinée à l'hébergement de groupes et à la pratique du sport.

D'un point de vue systématique, la Norme SIA-143 regroupe les mandats d'idées et les mandats de projets par les « mandats portant sur des études » (art. 3).

Ce règlement distingue aussi les mandats d'étude qui sont poursuivis par un contrat de mandat de ceux qui ne le sont pas. A cet égard, les mandats d'étude de projets et les mandats portant sur les études et la réalisation peuvent découler sur un projet ; partant sur un contrat de mandat (art. 1.3 Norme SIA-143). En principe, il n'est pas donné d'autre suite aux mandats d'idées que celle de prendre acte des propositions proposées (art. 3.2 Norme SIA-143).

#### 6.4.5. Les acteurs des mandats d'étude

D'après le règlement SIA-143 le terme « acteur des mandats d'étude parallèles » comprend le maître de l'ouvrage, le collège d'experts, les participants et les spécialistes-conseils. Comme pour les genres de mandats d'étude, nous renvoyons à la théorie sur les concours pour une présentation des acteurs des mandats d'étude (cf. sect. 1.5). En effet, à quelques différences près ils sont les mêmes dans le concours et les mandats d'étude. Quelques précisions propres au maître de l'ouvrage (1), aux participants (2) et au collège d'experts (3) sont nécessaires.

- 1° Le maître de l'ouvrage doit sélectionner un nombre restreint de participants aux mandats d'étude. Il le fait par le biais de la procédure sélective ou sur invitation uniquement, et pas par le biais de la procédure ouverte (art. 7 et 8 Norme SIA-143). Cette dernière n'est pas adaptée à cette forme de mise en concurrence spéciale pour les deux raisons suivantes : (1) le nombre important de participants est difficilement compatible avec le dialogue qui doit s'opérer entre le maître de l'ouvrage et les participants ; (2) les mandats d'étude ne sont pas exécutés à titre gratuit, dès lors il existe un risque trop important que le maître de l'ouvrage doive verser aux participants un montant disproportionné avec l'objet de la mise en concurrence (cf. art. 6 Norme SIA-143).
- 2° Les participants sont indemnisés pour les prestations effectuées pour le compte du maître de l'ouvrage ; cela même si la solution proposée par le participant n'est pas retenue par celui-ci (art. 17 Norme SIA-143).
- 3° Le collège d'experts est composé de professionnels. C'est le maître de l'ouvrage qui choisit les membres de ce collège (art. 9.1 Norme SIA-143). Il se compose d'au moins deux professionnels qualifiés, à savoir des membres qui disposent au minimum de la même qualification que les participants. Chaque membre détient un droit de vote (art. 10.3 Norme SIA-143). Les principales tâches du collège d'experts sont les suivantes : l'approbation du programme des mandats d'étude ; répondre aux questions des participants ; mener un dialogue responsable avec eux au cours des ateliers successifs ; rendre un jugement des études (art. 10.2 Norme SIA-143). Les membres du collège d'experts ont l'interdiction de participer directement ou indirectement aux mandats d'étude (art. 10.7 Norme SIA-143).

#### 6.4.6. Le dialogue avec les participants

Comme nous l'avons déjà indiqué, le dialogue a pour but d'instaurer une communication directe et orale entre le collège d'experts et les participants. La procédure des mandats d'étude a ceci de particulier qu'elle est flexible : les conditions-cadres de leur programme et les prestations exigées des participants peuvent être adaptées aux nouvelles connaissances acquises pendant la procédure. Entre autres compétences, le collège d'experts est le responsable du déroulement régulier du dialogue.

Le dialogue est composé de trois phases au minimum : (1) un échange de questions et de réponses par écrit ; (2) un dialogue intermédiaire et (3) un dialogue final. Lorsque le collège d'experts formule des réponses, celles-ci doivent être envoyées à tous les participants. Ces derniers reçoivent donc les commentaires sur tous les projets en cours de route (art. 14.2 Norme SIA-143). Un procès-verbal, dressé par le collège d'experts, rend compte de tous les dialogues intermédiaires. C'est aussi à lui que revient la tâche de rédiger le rapport final.

#### 6.4.7. Les droits des participants

Si le collège d'experts admet une étude au jugement final (art. 20 Norme SIA-143), le participant a droit à une indemnisation forfaitaire. Le droit à l'indemnité est indépendant du fait que le collège d'experts est de l'avis que la totalité des études contienne ou non un résultat

exploitable (art. 23.2 Norme SIA- 143). Le montant de l'indemnité est fixé différemment suivant que les mandats d'étude découlent ou non sur un ou des contrats subséquents :

- 1° L'indemnité des mandats d'étude sans poursuite de mandat : elle s'élève à 100% des honoraires de l'architecte/ingénieur pour les prestations accomplies pendant la procédure.
- 2° L'indemnité des mandats d'idées avec poursuite de mandat : elle s'élève à 80% des honoraires de l'architecte/ingénieur.
- 3° L'indemnité des mandats de projets avec poursuite de mandat : elle s'élève à 80% des honoraires de l'architecte/ingénieur.
- 4° L'indemnité des mandats portant sur des études et la réalisation : elle s'élève à 50 % des honoraires calculés pour une prestation équivalente lors d'un mandat direct.

#### **6.4.8. Les critères de délimitation entre le concours et les mandats d'étude**

Autant le concours que les mandats d'étude ont pour but d'obtenir des prestations d'architecture et d'ingénieur. Pourtant ces deux procédures de mise en concurrence se distinguent l'une et l'autre par les éléments ci-après :

- 1° Le maître de l'ouvrage utilise le concours lorsqu'il est en mesure de décrire dans un programme le problème qu'il entend soumettre à l'étude des participants. A l'inverse, les mandats d'étude sont utilisés par le maître de l'ouvrage lorsque celui-ci ne peut ou ne veut pas décrire le contenu des prestations à fournir ; c'est le cas en particulier si les problèmes rencontrés par le maître de l'ouvrage sont complexes.
- 2° En principe, le concours est anonyme alors que les mandats d'étude ne le sont pas. Pour ces derniers, il est en effet indispensable qu'un dialogue s'instaure entre le maître de l'ouvrage et les prestataires potentiels afin que le premier puisse préciser ses besoins au fur et à mesure que les deuxièmes élaborent des esquisses de solution.

Dans le concours, l'organisateur est libre de fixer le nombre de participants. Dans les mandats d'étude, leur nombre est limité, compte tenu des échanges d'information nécessaires entre le maître de l'ouvrage et les participants pour fixer les contours du problème à résoudre. Au surplus, l'organisateur des mandats d'étude doit rétribuer les participants pour les prestations fournies dès avant la conclusion du contrat portant sur l'utilisation de ces prestations ou de prestations supplémentaires. Dans le concours en principe, tous les participants qui ne reçoivent ni prix ni mention ne sont pas rétribués pour leur travail.

### **6.5. La protection juridique des soumissionnaires**

Les actes de la procédure de soumission susceptibles de recours sont listés à l'art. 53 al. 1 LMP/AIMP. Il s'agit notamment de :

- l'appel d'offres ;
- la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective ;
- la décision concernant la demande de récusation ;
- l'adjudication ;
- la révocation de l'adjudication ;
- l'interruption de la procédure ;
- l'exclusion de la procédure ;
- le prononcé d'une sanction.

En pratique, la majorité des recours sont dirigés contre la décision d'adjudication, les soumissionnaires préférant généralement éviter de recourir contre l'appel d'offres, afin de ne

pas risquer de ternir leur image vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Cette manière de faire n'est cependant pas sans risque, car il n'est en principe plus possible de remettre en cause l'appel d'offres au stade du recours contre la décision d'adjudication.

S'agissant des personnes habilitées à recourir, les voies de recours ne sont pas ouvertes à tout un chacun. Les personnes recourantes doivent avoir un intérêt à recourir, c'est-à-dire que leur situation doit se retrouver améliorer en cas d'admission du recours. Cela exclut par exemple qu'un soumissionnaire très mal classé puisse recourir, sauf s'il démontre que la procédure doit être recommandée ou que l'adjudication doit lui revenir en lieu et place de tous les autres concurrents mieux classés.

En matière de marchés publics, les délais de recours sont très courts. Le nouveau droit instaure un délai légal de 20 jours dès la notification (art. 56 al. 1 LMP/AIMP). Il est fréquent en pratique que les adjudicateurs notifient leur décision le jeudi, de façon à « raccourcir » le délai de recours. Outre qu'elle semble peu compatible avec le principe de la bonne foi auquel les adjudicateurs sont tenus, cette manière de procéder peut s'avérer contre-productive, en contraignant le soumissionnaire à déposer un recours dans l'urgence afin de sauvegarder ses droits.

Dans les marchés fédéraux, les décisions sont sujettes à recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis au Tribunal fédéral, étant rappelé que ce second recours est soumis à des conditions de recevabilité très strictes.

Dans les marchés cantonaux, les décisions sont sujettes à recours auprès du Tribunal cantonal, puis auprès du Tribunal fédéral. Les conditions restrictives susmentionnées applicables à ce second recours valent aussi pour ces marchés-ci.

Les régimes de protection juridique instaurés par la Confédération et par les cantons ne sont pas tout à fait les mêmes. Des différences existent dans l'étendue du droit de recours : (1) pour les marchés fédéraux, l'art. 52 LMP admet le recours avec protection primaire (c'est-à-dire avec possibilité d'annuler l'adjudication) pour les marchés internationaux uniquement et si le seuil de la procédure sur invitation est atteint pour les marchés de fournitures et de services, respectivement le seuil de la procédure ouverte/sélective pour les marchés de construction. Pour les marchés non internationaux, seule une procédure de protection secondaire est possible (c'est-à-dire faire constater l'illicéité de l'adjudication, sans possibilité de l'annuler). (2) Pour les marchés cantonaux (et donc aussi communaux), l'art. 52 AIMP accorde la protection primaire contre les adjudications de tous les marchés, mais uniquement s'ils atteignent la valeur seuil pour la procédure sur invitation.

Pour les marchés fédéraux, la compétence de statuer sur les recours appartient au Tribunal administratif fédéral, alors que les droits cantonaux prévoient en principe la compétence du tribunal administratif cantonal (autorité générale de recours en droit administratif). Le recours au Tribunal fédéral (suprême) est possible.

La procédure de recours présente par ailleurs les caractéristiques suivantes :

- 1° Le recours n'a effet suspensif que sur décision expresse de l'autorité de recours.
- 2° Le recours doit être déposé dans les vingt jours à compter de la notification de la décision, tant selon le droit fédéral que (inter)cantonal (art. 56 al. 1 LMP ; art. 56 al. 1 AIMP).
- 3° Il n'est pas possible d'invoquer le grief de l'inopportunité ; seule l'illégalité de la décision peut être invoquée.

### Exemple

Après avoir invité trois soumissionnaires à déposer une offre pour un marché de construction d'une valeur de 10 000 000.– fr., la ville de F. a adjugé les travaux à la société Y. Un soumissionnaire non invité à déposer une offre apprend l'existence de cette adjudication. Certain qu'au vu de son montant, le marché aurait dû faire l'objet d'une mise en soumission selon la procédure ouverte, il dépose un recours contre la décision d'adjudication devant le tribunal cantonal, mais ne requiert pas l'effet suspensif. Les parties concluent dès lors le contrat et en avisent le tribunal. Les juges donnent raison au recourant : en lançant une procédure sur invitation en lieu et place d'une procédure ouverte, la ville a violé le droit des marchés publics. Étant donné que le contrat a été signé, le tribunal n'a toutefois pas la possibilité d'annuler l'adjudication. Les juges ne peuvent qu'en constater l'illicéité. Avec son jugement, le recourant pourra obtenir un dédommagement pour les dépenses engagées pour obtenir gain de cause dans la procédure de recours. En revanche, la ville ne devra pas lui verser le montant correspondant à la marge de bénéfice que le recourant aurait réalisée s'il avait exécuté les travaux de construction, mais uniquement le montant des frais qu'il a engagés dans la procédure ; or il n'a pas (pu) déposer d'offre, ce qui fait que le gain du procès ne lui apportera aucun avantage économique.

Parmi les caractéristiques susmentionnées, il importe de relever tout spécialement l'exclusion du grief d'opportunité dans la procédure de recours. Cette exclusion revêt en effet une importance pratique considérable dans la mesure où elle constitue une limitation de taille à la remise en cause du choix du soumissionnaire opéré par l'adjudicateur. Elle explique en grande partie pourquoi la plupart des décisions portent sur le cadre procédural de l'adjudication, notamment sur la question du respect du principe de la transparence.

## 7 Droit public de la construction : de la mise à l'enquête publique à l'autorisation de construire

### 7.1 L'assujettissement à l'autorisation de construire

Les travaux de construction sont soumis à un contrôle étatique préalable : l'autorisation de construire. Il s'agit d'un contrôle qui permet de s'assurer que les plans d'affectation sont respectés au niveau local, en vérifiant notamment que les constructions érigées sont conformes à ces plans.

L'autorisation de construire, aussi parfois appelée permis de construire, est une décision étatique qui atteste qu'aucun obstacle de droit ou de fait ne s'oppose à la réalisation du projet de construction. Elle est régie par l'art. 22 LAT, dont la teneur est la suivante :

#### Art. 22 – Autorisation de construire

<sup>1</sup>Aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente.

<sup>2</sup>L'autorisation est délivrée si :

- a. la construction ou l'installation est conforme à l'affectation de la zone ;
- b. le terrain est équipé.

<sup>3</sup>Le droit fédéral et le droit cantonal peuvent poser d'autres conditions.

Lorsque ces conditions sont cumulativement réalisées, le constructeur a un droit subjectif à obtenir l'autorisation de construire.

Compte tenu de ce système légal, la première question qui se pose est celle de savoir si le projet envisagé est une construction ou une installation au sens de l'art. 22 LAT. Si tel n'est pas le cas, il n'est pas assujetti au régime de l'autorisation de construire.

La notion de construction n'est pas définie dans la loi, mais par la jurisprudence. Selon le Tribunal fédéral, les installations ou constructions soumises au minimum à permis de construire sont « *tous les aménagements durables, créés de la main de l'homme, qui présentent une relation fixe au sol et qui ont une incidence sur son affectation, soit qu'elles modifient sensiblement l'espace extérieur, qu'elles aient un effet sur l'équipement ou qu'elles soient susceptibles de porter atteinte à l'environnement* ».

Sont assimilés à des constructions tous les bâtiments ou objets analogues en surface ou souterrains, de même que les constructions mobilières, y compris les abris mobiles installés pour un temps non négligeable en un lieu fixe.

Un permis doit être délivré chaque fois qu'il s'agit de créer ou de transformer une construction ou une installation, c'est-à-dire pour toute nouvelle construction, reconstruction, transformation et extension, ainsi que, dans certains cas, pour les changements d'affectation ne nécessitant pas de travaux de construction. Les démolitions sont aussi soumises à autorisation.

En pratique, il n'est pas toujours aisément de savoir si certains projets entrent dans la notion de construction assujettie à l'autorisation de construire ou non (p. ex. installation de projecteurs destinés à illuminer une montagne [oui], la désignation d'une place d'atterrissement pour parapentes [oui], marquage d'une surface goudronnée en tant que place de parking [oui], construction d'un mur antibruit de moins de 2 mètres de haut qui n'est pas érigé le long d'une voie de circulation publique [non], travaux d'entretien des rives ou dans le lit d'un ruisseau [non]).

Dans ces cas limites, il convient de se référer à la jurisprudence rendue en la matière, qui est particulièrement abondante.

### 7.2 Les constructions conformes à l'affectation de la zone

Comme prescrit à l'art. 22 al. 2 let. a LAT, l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation de construire doit examiner si le projet est conforme à l'affectation de la zone dans lequel il est

prévu. Dans ce cadre, l'autorité examine également le respect des valeurs limites en matière de bruit (chap. 4.3.3), ainsi que les prescriptions applicables du droit cantonal et communal.

Cet examen implique d'interpréter les dispositions prévues dans le règlement sur les constructions et les zones accompagnant le plan d'affectation (chap. 4.2.3.3). A cet effet, l'autorité compétente dispose d'une certaine liberté d'appréciation, en particulier lorsque les dispositions réglementaires comportent des notions juridiques indéterminées. Tel est par exemple le cas des clauses d'esthétique qui prévoient que le projet doit « bien s'intégrer visuellement dans le tissu bâti ».

En pratique, l'examen de la conformité d'un projet à l'affectation de la zone concernée peut être litigieux. Il existe une jurisprudence abondante en la matière. Si l'autorité décide qu'un projet n'est pas conforme, elle doit en principe refuser la demande d'autorisation. Elle peut néanmoins accorder une dérogation (autorisation exceptionnelle), à des conditions restrictives.

Dans la zone à bâtir, les dérogations sont régies par le droit cantonal (art. 23 LAT). Par exemple dans le Canton de Vaud, la Loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions prévoit que, dans la mesure où le règlement communal le prévoit, des dérogations aux plans et à la réglementation y afférente peuvent être accordées par la municipalité pour autant que des motifs d'intérêt public ou des circonstances objectives le justifient ; et pour autant que la dérogation ne porte pas atteinte à un autre intérêt public ou à des intérêts prépondérants de tiers (art. 85 al. 1 LATC-VD).

En dehors de la zone à bâtir, les dérogations sont exhaustivement réglées par le droit fédéral. Ce thème est traité dans le chapitre suivant.

### 7.3 Les constructions hors de la zone à bâtir

Compte tenu de la division voulue par le législateur fédéral entre terrains constructibles et ceux qui ne le sont pas, les constructions et installations projetées hors de la zone à bâtir ne peuvent être autorisées que si elles s'avèrent objectivement nécessaires. Il y a donc une admissibilité restreinte des constructions hors de la zone à bâtir, même si l'installation projetée s'avère conforme à la zone agricole.

De façon générale, sont conformes à l'affectation de la zone agricole les constructions et installations qui sont nécessaires à l'exploitation agricole ou à l'horticulture productrice (art. 16a al. 1 LAT).

Les art. 16a LAT et 34 ss OAT précisent les constructions et installations considérées comme conformes à la zone agricole. Il s'agit notamment des bâtiments d'exploitation directement liés à l'exploitation du sol, tels que des étables pour le bétail, des hangars pour tracteurs, machines agricoles et engrains, etc. Sont aussi conformes les bâtiments d'habitation destinés aux personnes dont l'exploitation du sol constitue l'activité principale et dont la présence permanente est nécessaire. De même, les constructions et installations destinées à la préparation, au stockage et à la vente de produits agricoles ou horticoles sont aussi considérées comme conformes à la zone agricole (p. ex. magasin à la ferme [art. 34 al. 2 OAT]).

Lorsqu'un projet prévu hors zone à bâtir n'est pas conforme à la zone agricole, il convient alors d'examiner s'il peut bénéficier d'une dérogation (autorisation exceptionnelle).

Les dérogations sont réglées à l'art. 24 LAT, qui prévoit que des autorisations (exceptionnelles) peuvent être délivrées pour de nouvelles constructions ou installations ou pour tout changement d'affectation, si :

- l'implantation de ces constructions ou installations hors de la zone à bâtir est imposée par leur destination (let. a) ;
- aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (let. b).

L'implantation d'une construction en zone agricole est notamment réputée imposée par sa destination lorsque des raisons objectives (p. ex. des critères techniques ou d'exploitation, des

caractéristiques du sol, etc.) exigent qu'elle soit érigée à un endroit déterminé hors de la zone à bâtir. Tel est par exemple le cas d'un restaurant de montagne ou d'une antenne de téléphonie mobile. Dans ce cas, on dit que l'implantation de l'ouvrage est imposée positivement par sa destination. Si la construction projetée ne peut pas être réalisée en zone à bâtir en raison des nuisances qu'elle génère, son implantation en zone agricole sera alors imposée négativement par sa destination, ce qui peut par exemple être le cas d'un chenil ou d'un stand de tir. Toutefois, avant d'autoriser la réalisation d'un projet en zone agricole au motif que son implantation est imposée négativement par sa destination, il s'agit toujours d'examiner si des mesures raisonnables – que ce soit en matière de conception, de construction ou d'exploitation – ne permettraient pas de le réaliser en zone à bâtir (p. ex. en réduisant les nuisances sonores qu'il provoque). Les intérêts subjectifs, tels que les avantages financiers dont bénéficierait le maître d'ouvrage, n'entrent pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si l'implantation d'une construction est imposée par sa destination.

En pratique, les conditions de la dérogation sont appliquées de façon très stricte par les autorités, de sorte qu'il est très difficile d'obtenir ce type d'autorisation exceptionnelle.

S'agissant de la procédure tendant à la délivrance d'une dérogation hors zone à bâtir, la compétence décisionnelle relève de l'autorité cantonale, et non pas de la commune (art. 25 al. 2 LAT).

#### 7.4 La procédure d'autorisation de construire

Conformément à la compétence législative de la Confédération limitée aux principes (art. 75 Cst.), la procédure d'autorisation de construire est réglée par les cantons (art. 25 al. 1 LAT).

La procédure prévue dans la plupart des cantons s'articule comme suit :

- élaboration du projet de construction par le maître d'ouvrage ;
- dépôt de la demande de permis de construire auprès de l'autorité compétente (compilation de formulaires officiels) ;
- examen préalable par l'autorité (identification des vices de la demande de permis de construire et éventuelle demande de complément/correction) ;
- mise à l'enquête publique (le projet est publié et disponible à la population ; la publication déclenche un délai d'opposition) ;
- dépôt d'une opposition par un tiers contestant le projet (le tiers doit être touché par le projet de construction) ;
- séance de conciliation (généralement organisée par la commune concernée) ;
- décision d'octroi ou de refus du permis de construire ;
- recours devant les juridictions administratives cantonales (cette voie est ouverte au maître d'ouvrage ou au tiers, selon le contenu de la décision rendue par l'autorité compétente) ;
- décision sur recours par la juridiction cantonale compétente ;
- recours devant le Tribunal fédéral (cette voie est ouverte au maître d'ouvrage ou au tiers, selon le contenu de la décision sur recours).

Comme cette chronologie l'illustre, la procédure de demande de permis de construire comporte des contraintes temporelles et administratives non négligeables. Les oppositions et recours peuvent fortement retarder les travaux, voire annihiler le projet. En pratique, il est donc fréquent de chercher à trouver des accords amiables avec les éventuels tiers contestant le projet.

De nombreux cantons prévoient, pour les projets modestes qui ne portent pas atteinte aux droits des tiers, une procédure d'autorisation simplifiée, où la demande de permis n'est pas mise à l'enquête publique (p. ex. constructions en sous-sol).

Si une construction a été érigée sans permis, son propriétaire peut rétrospectivement déposer une demande d'autorisation, afin de tenter de régulariser sa construction non autorisée. Si la construction se révèle conforme aux prescriptions applicables, l'autorité délivre le permis et peut infliger au propriétaire une amende d'ordre. Si la construction ne peut pas être autorisée *a posteriori*, l'autorité examine, sous l'angle de l'intérêt public et du principe de proportionnalité, l'opportunité d'ordonner le rétablissement de la situation conforme au droit.

Les tribunaux accordent de l'importance à ce que les procédures de permis de construire soient scrupuleusement respectées. Par conséquent, celui qui construit sans permis doit s'attendre à recevoir un ordre de démolition. Tel est en particulier le cas lorsque la construction non autorisée a été réalisée hors de la zone à bâtir.

## 7.5 La procédure d'approbation des plans

Les projets qui relèvent de la compétence exclusive de la Confédération font l'objet de procédures spéciales dites « d'approbation des plans » (PAP). La réalisation de ces infrastructures fédérales s'inscrit dans le cadre de la planification sectorielle expliquée plus haut (chap. 4.2.3.1).

La mise en œuvre concrète de la planification sectorielle, c'est-à-dire la réalisation des projets spécifiques (p. ex. des infrastructures de transport d'importance nationale), ne requiert toutefois ni l'adoption de plans d'affectation, ni la délivrance d'autorisations de construire au sens de l'art. 22 LAT.

Pour les projets de ce type, l'ensemble des étapes est concentré dans une procédure d'approbation des plans, laquelle débouche sur une « décision d'approbation des plans ». En principe, l'approbation des plans couvre toutes les autorisations requises par le droit fédéral, de sorte que la décision d'approbation permet immédiatement de réaliser le projet voulu (cf. art. 18 al. 3 LCdF).

Les procédures d'approbation des plans varient selon la législation spéciale applicable au domaine concerné. Par exemple, les infrastructures d'importance nationale sont régies par diverses lois fédérales, comme la Loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF), la Loi fédérale sur les routes nationales (LRN), la Loi fédérale sur les installations à câbles LICa), la Loi fédérale sur la navigation intérieure (LNI), la Loi fédérale sur l'aviation (LA).

Chaque loi prescrit sa propre procédure d'approbation des plans. Pour les besoins du présent polycopié et compte tenu de son importance en pratique, nous nous limiterons à présenter de façon très simplifiée la PAP prévue dans la LCdF.

Selon l'art. 18 LCdF, cette procédure s'applique aux constructions et installations servant exclusivement ou principalement à la construction et à l'exploitation d'un chemin de fer (installations ferroviaires). L'autorité d'approbation compétente est l'Office fédéral des transports (OFT).

Les grandes étapes de la PAP réglée dans la LCdF sont les suivantes :

- la procédure s'ouvre par une demande de l'entreprise ferroviaire adressée à l'OFT. Cette demande doit comporter tous les documents requis. L'OFT vérifie que la demande reçue est complète (art. 18b LCdF) ;
- la procédure continue par l'accomplissement de divers actes préparatoires, comme l'obligation pour l'entreprise ferroviaire de marquer le terrain par un piquetage ; les bâtiments futurs et doivent être désignés au moyen de gabarits (art. 18c LCdF) ;
- l'OFT doit ensuite organiser la consultation du projet auprès des cantons et des communes concernés. Le projet est aussi mis à l'enquête publique pendant 30 jours (art. 18d LCdF) ;
- les personnes touchées par le projet ont la possibilité de former opposition durant la mise à l'enquête publique. Les éventuelles prétentions résultant de mesures d'expropriation prévues dans le projet doivent également être formulées durant ce délai (art. 18e LCdF) ;

- le délai de mise à l'enquête publique terminée, l'autorité procède à une procédure d'élimination des divergences interne à l'administration (art. 18f LCdF) ;
- l'OFT rend finalement sa décision qui peut approuver ou refuser le projet. L'OFT statue également sur les oppositions formées durant la mise à l'enquête (art. 18g LCdF) ;
- la décision de l'OFT est sujette à recours auprès du Tribunal administratif fédéral (situé à St-Gall) ;
- larrêt rendu par le Tribunal administratif fédéral peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (à Lausanne).

## 8 Le contrat d'entreprise (I) : qualification, prestations et rémunération

### 8.1 La notion et les sources

Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel l'une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer (art. 363 CO). Les contrats d'entreprise ne s'appliquent pas exclusivement au domaine de la construction ; on les trouve également dans le cas d'ouvrages mobiliers ou de leur réparation.

Les parties au contrat sont le maître (de l'ouvrage) et l'entrepreneur. Le maître peut être un propriétaire privé, une collectivité, un promoteur immobilier ou encore un entrepreneur à l'égard d'un sous-traitant. L'exécution d'un ouvrage est la prestation qui caractérise ce contrat, à savoir l'obtention d'un résultat déterminé. Dans le domaine de la construction, l'objet du contrat consiste dans la réalisation d'une construction immobilière ou d'une partie de celle-ci.

On prendra soin ici de bien comprendre la délimitation entre contrat d'entreprise (ouvrage) et contrat de mandat (prestation de service) ; elle a fait l'objet d'explications au chap. 3.2.

#### Exemples

Les prestations suivantes peuvent faire l'objet d'un contrat d'entreprise : la construction d'un bâtiment ; la réalisation d'un escalier ; la réparation d'une toiture ; la démolition d'une annexe ; le ravalement des façades ; le curage des canalisations ; la peinture intérieure.

Le contrat d'entreprise est réglé par les art. 363 ss CO. Ces règles sont presque toutes dispositives. Les éventuelles conventions passées entre les parties sont donc déterminantes pour fixer la relation entre les parties.

Le contrat peut déroger aux règles légales ou les compléter. Il peut également renvoyer à des conditions générales juridiques ou techniques, rédigées par l'une des parties ou par une association professionnelle.

Dans le domaine de la construction, les parties au contrat d'entreprise décident souvent de renvoyer à la norme SIA 118. Cette norme existe en français, en allemand, en italien et désormais en anglais. Plusieurs versions successives ont été rédigées par la Société suisse des ingénieurs et des architectes. L'édition de 1977/1991 a été appliquée durant de longues années. Depuis 2013, une nouvelle édition est disponible ; elle est désormais appliquée communément.

La norme SIA 118 vise tous les aspects du contrat d'entreprise. Elle reprend en partie le système légal, en le complétant ou le modifiant à certains égards. Elle prévoit en particulier des règles propres en matière de rémunération ou de garantie pour les défauts.

Lorsqu'une convention est passée et qu'elle renvoie à des conditions générales, voire à des documents contractuels tels que l'offre, les plans et le descriptif de l'ouvrage, il est primordial que les parties fixent un ordre de priorité entre ces différentes sources ; elles peuvent en effet contenir des contradictions entre elles.

### 8.2 L'organisation des relations contractuelles

#### 8.2.1 Les entrepreneurs

Face à un dossier de construction, il s'agira toujours de comprendre soigneusement quel est le statut de chaque intervenant. On distinguera avec précision les co-entrepreneurs, l'entrepreneur général et l'entrepreneur total ; ces notions ont été déjà expliquées dans les chap. 2.2.7 à 2.2.9 et 2.3.

### 8.2.2 L'entrepreneur intégral

C'est un entrepreneur général ou total qui s'engage par contrat à continuer ses prestations pendant un certain temps après la livraison de l'ouvrage (entretien, énergie, réparations, mise aux normes et élimination des matériaux remplacés).

### 8.2.3 Le sous-traitant

Le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise par lequel un entrepreneur (principal) confie des travaux qu'il s'est engagé à réaliser à un autre entrepreneur (sous-traitant).

Selon l'art. 364 al. 2 CO, l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage en personne ou de le faire exécuter sous sa direction personnelle, à moins que, d'après la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne soient sans importance. La délégation du travail à des sous-traitants est donc en principe exclue. Il s'agit toutefois d'une règle de droit dispositif : les parties peuvent y déroger et elles le font très fréquemment car la sous-traitance est dans certains secteurs à l'avantage du maître de l'ouvrage. On considère notamment qu'en concluant un contrat d'entreprise générale, le maître autorise au moins implicitement l'entrepreneur à recourir à des sous-traitants. A ces conditions, la sous-traitance peut se répéter, car un sous-traitant peut sous-traiter à son tour.

Le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise ordinaire qui lie l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Le sous-traitant n'est à l'égard du maître qu'un auxiliaire de l'entrepreneur. Il n'existe donc pas de relation contractuelle entre le maître et le sous-traitant. Entre eux, l'entrepreneur principal est le maître du sous-traitant.

Le maître n'a pas le pouvoir de donner des instructions au sous-traitant et ne peut le poursuivre en garantie pour les défauts. Il devra agir contre l'entrepreneur principal. Ensuite, le sous-traitant répondra à l'égard de l'entrepreneur principal des éventuels défauts de l'ouvrage consécutifs aux travaux qu'il aura réalisés.

De son côté, le sous-traitant ne peut réclamer directement au maître la rémunération à laquelle il a droit. Il peut toutefois faire garantir le paiement de sa créance par une hypothèque légale inscrite sur la parcelle du maître (art. 837 al. 1 ch. 3 CC). Pour parer à ce risque, il est possible en pratique que le maître indique dans le contrat qu'il passe avec l'entrepreneur principal qu'il pourra payer directement le sous-traitant, avec effet libératoire à l'égard de l'entrepreneur.

## 8.3 La distinction entre contrat d'entreprise et de mandat

Cette distinction a déjà été abordée au sous-chapitre 3.2 ; elle est reprise ici en lien avec les diverses prestations pouvant être confiées à l'ingénieur.

Le contrat de mandat se définit comme le contrat par lequel une personne (le mandataire) s'oblige à rendre des services à une autre personne (le mandant), conformément à la volonté de cette dernière (cpr. art. 394 CO).

Dans le langage courant de la construction, il est fréquent que les architectes ou les ingénieurs soient désignés comme des « mandataires » ; ce terme ne qualifie toutefois pas la relation juridique qui existe entre ces derniers et leur client ; suivant les circonstances, il peut s'agir de contrats d'entreprise ou de contrats mixtes.

Dans le mandat, contrairement au contrat d'entreprise, le mandataire ne s'oblige pas à livrer un résultat, un « ouvrage » (matériel ou immatériel) ; il doit uniquement mettre en œuvre les moyens à sa disposition pour fournir les services convenus. Cette différence entre les deux contrats a principalement deux conséquences. D'une part, les conditions de responsabilité ne sont pas les mêmes. En effet, le mandataire n'est responsable que s'il a commis une faute (art. 398 CO), alors que l'entrepreneur garantit l'ouvrage même sans faute de sa part (art. 368 CO). D'autre part, le régime applicable à la résiliation sans juste motif diffère. Alors que le

maître de l'ouvrage doit une pleine indemnité à l'entrepreneur s'il résilie le contrat sans motif (art. 377 CO), le mandant n'a en principe pas à indemniser le mandataire (art. 404 CO).

En pratique, la qualification juridique n'est guère aisée dans le domaine de la construction ; la limite entre contrat de mandat et contrat d'entreprise est parfois difficile à tracer. La profession officielle du prestataire ne permet pas d'en déduire le type de contrat conclu, car tant le contrat d'entreprise que le contrat de mandat recouvrent de nombreuses activités différentes.

En définitive, le critère décisif pour la qualification du contrat est celui de la prestation caractéristique convenue entre les parties.

La jurisprudence rendue en la matière permet de présenter de façon quelque peu schématique les qualifications juridiques généralement retenues pour les contrats fréquemment rencontrés en pratique, étant précisé que la solution dépend de chaque cas d'espèce :

1° Les contrats d'architecte et d'ingénieur : leur qualification varie en fonction de la tâche confiée :

- Les contrats portant sur l'élaboration de plans en vue de la réalisation d'un ouvrage relèvent du contrat d'entreprise : l'architecte/ l'ingénieur fournit un ouvrage, c'est-à-dire les plans.
- Les contrats portant sur la direction des travaux, soit ceux par lesquels l'architecte/l'ingénieur s'engage à diriger et surveiller l'exécution de l'ouvrage, relèvent du contrat de mandat, puisque l'architecte/l'ingénieur ne garantit pas le travail qu'effectuent les tiers.
- Les contrats globaux suscitent la controverse ; ce sont les contrats dans lesquels l'architecte/l'ingénieur s'engage à exécuter l'ensemble des prestations nécessaires à la construction, de l'établissement des plans à la direction des travaux (avec ou sans les adjudications) : s'agit-il de contrats « mixtes » ou de contrats de mandat ? La question se pose notamment pour le contrat de « planificateur général ». Pour l'heure, la jurisprudence retient plutôt qu'il s'agit d'un contrat mixte, qui comporte des éléments relevant du mandat et d'autres de l'entreprise ; en conséquence, les problèmes qui se posent dans chaque cas concret sont à traiter en vertu du droit applicable au contrat d'entreprise ou de mandat en fonction de l'élément concerné<sup>18</sup>. Toutefois, le Tribunal fédéral soumet certains aspects du contrat exclusivement aux règles du mandat, quel que soit l'élément concerné ; ainsi pour la résiliation du contrat global<sup>19</sup> ou encore pour la responsabilité du mandataire en cas de mauvaise estimation du coût des travaux<sup>20</sup>.

2° Le contrat de géomètre : il est qualifié de contrat d'entreprise, car ce dernier promet un résultat, à savoir des mesures reportées sur un plan de situation.

3° Le contrat d'expertise : la qualification des contrats d'expertise varie selon le type de mission confiée à l'expert. Lorsqu'elle porte sur des questions purement techniques, on considère qu'un résultat objectif est attendu de la part de l'expert et qu'il peut être vérifié ; dès lors, il s'agit d'un contrat d'entreprise. Par contre, lorsque l'expert s'engage uniquement à donner son opinion personnelle et que l'exactitude des conclusions de l'expertise n'est pas un élément du contrat, faute de critères objectifs, il s'agit d'un mandat.

### Exemple

Laurent est actif comme « expert immobilier » ; il s'est engagé à déterminer la valeur vénale de l'immeuble de Julia. L'estimation de la valeur d'une chose est par nature une question

<sup>18</sup> TF 5A\_936/2020 du 15 juillet 2021, c. 4.2.1.

<sup>19</sup> ATF 127 III 543, c. 2a.

<sup>20</sup> ATF 134 III 361, c. 6.2.2.

d'appréciation. C'est pourquoi le résultat de cette estimation ne peut pas être considéré comme objectivement juste ou erroné. Un tel contrat doit être qualifié de mandat.

Le contenu d'un contrat de mandat se détermine comme tout contrat en premier lieu en fonction de la convention passée entre les parties. Celle-ci ne doit pas nécessairement revêtir la forme écrite. Il existe des modèles de contrats préformulés.

**Exemples** Modèle SIA 1001/1 Contrat de mandataire / de direction des travaux ; modèle de contrat pour prestations de mandataire de la KBOB.

Le contrat passé par les parties peut également renvoyer à des conditions générales. En Suisse, la plupart des contrats passés par des architectes ou des ingénieurs se réfèrent à des conditions générales, en particulier à celles éditées par la SIA.

### Exemples

Règlement SIA 102 concernant les prestations et honoraires des architectes (dernière édition : 2014) ; règlement SIA 103 concernant les prestations et honoraires des ingénieurs civils ; règlement SIA 108 concernant les prestations et honoraires des ingénieurs mécaniciens et électriques, ainsi que des ingénieurs spécialisés dans les installations du bâtiment.

Les règles légales (art. 394 à 406 CO) complètent ensuite le contrat.

## 8.4 La formation du contrat

La formation d'un contrat d'entreprise ordinaire obéit aux règles de la partie générale du Code des obligations (7.3.1.). La conclusion du contrat peut toutefois avoir lieu suite à une mise en soumission (7.3.2.). Après sa conclusion, le contrat peut être modifié par les parties (7.3.3.).

### 8.4.1 La conclusion du contrat et sa forme

La conclusion du contrat suppose un accord de volontés entre les parties. Cet accord doit porter sur les points essentiels du contrat, c'est-à-dire sur les points qui, en vertu de la loi ou aux yeux des parties, sont nécessaires à la conclusion du contrat.

L'accord peut être sommaire ou très complet. Il doit au moins définir la prestation de l'entrepreneur, à savoir l'ouvrage à livrer, et poser le principe de la rémunération. Il n'est pas nécessaire que l'ampleur de celle-ci soit fixée ; l'art. 374 CO prévoit en effet que si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il est déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur.

Dans le domaine de la construction, le maître est souvent représenté par un ingénieur ou un architecte. Les règles ordinaires en matière de représentation s'appliquent. L'ampleur des pouvoirs de représentation donnés par le maître doit toutefois être attentivement examinée, même si la norme SIA 118 trouve application, en particulier son art. 33 al. 2, car sa portée est controversée, notamment si le maître est inexpérimenté.

La loi n'impose pas le respect d'une forme particulière pour la conclusion d'un contrat d'entreprise. Elle peut être expresse ou tacite (par actes concluants). La conclusion expresse du contrat s'effectue soit par écrit, c'est-à-dire qu'il doit être signé par toutes les parties (art. 13 al. 1 CO), soit par oral. Ce dernier mode comprend aussi bien les accords verbaux, que ceux conclus par mails, sms ou autres moyens de communication électronique. Lorsque les

prestations envisagées sont importantes, il est toutefois recommandé de fixer le principe et le contenu du contrat par écrit ; cela facilite grandement la preuve en cas de litige postérieur.

Cette liberté de la forme n'est cependant pas absolue. Ainsi, la question de la forme authentique se pose lorsque le contrat d'entreprise est lié à un transfert de bien-fonds. En pratique, il arrive que l'entrepreneur construise sur son propre terrain, puis transfère la construction et le terrain au maître. Les parties peuvent conclure un contrat de vente, soumis à la forme authentique (art. 216 CO) et un contrat d'entreprise distinct dont la forme est libre. Par contre, si elles décident de passer un seul contrat comprenant la vente et la construction, la forme authentique est exigée.

Enfin, il n'est pas rare que les parties aient expressément prévu avant la conclusion du contrat qu'elles ne seraient liées que par un accord passé en une certaine forme (art. 16 CO). Il en va de même pour les modifications du contrat ; les parties peuvent soumettre les avenants aux mêmes exigences de forme (écrite) que le contrat initial.

#### 8.4.2 La mise en soumission

La mise en soumission est un mode particulier de conclusion du contrat. Elle a pour but d'obtenir la prestation souhaitée au prix le plus avantageux.

##### 8.4.2.1 La procédure de droit privé

Le Code des obligations ne prévoit pas de règles propres à la procédure de soumission. Les principes généraux relatifs à la conclusion du contrat s'appliquent (art. 3 ss CO).

Certaines conditions générales règlent spécialement la mise en soumission, en particulier la norme SIA 118 (art. 3 à 22). Ces conditions ne sont applicables que si elles ont été intégrées à la procédure de soumission, en principe au moyen d'une mention dans les documents de soumission.

La conclusion ordinaire d'un contrat se compose de deux phases (offre puis acceptation) ; la procédure de soumission se déroule en trois phases :

- 1° L'appel d'offres : dans un premier temps, le maître invite plusieurs entrepreneurs à lui présenter des offres pour l'exécution de travaux de construction. Il peut lancer une invitation générale (soumission ouverte) ou ne s'adresser qu'à quelques entrepreneurs (soumission restreinte). Il s'agit d'une simple invitation à faire des offres, qui ne lie pas le maître (art. 7 al. 1 CO).
- 1° Le dépôt des offres : les entrepreneurs qui le souhaitent déposent ensuite une soumission, à savoir une offre (avec un prix) portant sur l'exécution de la prestation demandée. Ils sont liés par l'offre déposée durant le délai que prévoit l'appel d'offres (art. 3 CO).
- 2° L'adjudication : le maître examine les offres reçues et choisit celle qui lui paraît la plus intéressante. Il accepte ainsi l'une des offres soumises et adjuge les travaux. Les autres offres sont rejetées.

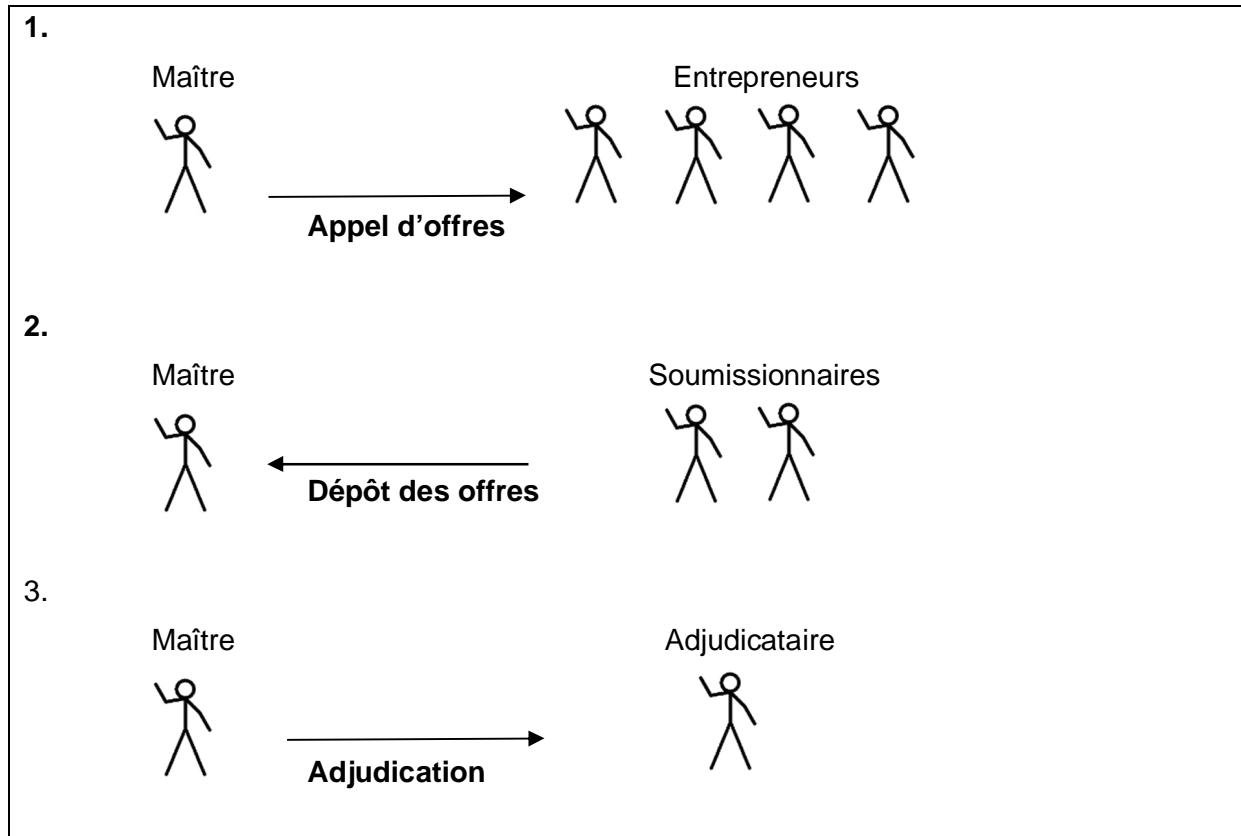


Figure 16 : Les trois phases de la procédure de soumission

La procédure de soumission peut également comprendre une phase de négociations entre le dépôt des offres et l'adjudication. Une ou plusieurs contre-offres peuvent intervenir dans cette phase.

Il peut également arriver que le maître n'adjuge finalement pas les travaux proposés. Il doit uniquement se comporter de bonne foi, ce qui implique en particulier qu'il doit avoir l'intention sérieuse d'adjuger les travaux lorsqu'il ouvre la soumission, mais qu'il peut ensuite y renoncer s'il a des motifs pour agir ainsi. À défaut, il engage sa responsabilité précontractuelle et peut être astreint à indemniser les soumissionnaires pour les frais qu'ils ont engagés.

De la mise en soumission, il faut distinguer le concours. Dans une telle procédure, le maître invite différents concurrents – en général des architectes – à élaborer un projet de construction. Les concurrents ne peuvent à ce stade déposer d'offre avec un prix, puisque la construction n'en est encore au mieux qu'à son avant-projet. Le lauréat du concours reçoit en général le mandat de réaliser toute la planification de la construction, voire la direction des travaux nécessaires à sa réalisation.

#### 8.4.2.2 La procédure de droit public

Les collectivités publiques et certains autres pouvoirs adjudicateurs recourent également à la procédure de mise en soumission ; on parle alors de procédure de marchés publics. Lorsque la valeur de la prestation recherchée atteint certains seuils, la législation impose même le type de procédure à utiliser.

Ces procédures et les législations qui les gouvernent sont décrites en détails dans les chapitres 4, 5 et 6 du présent document.

### 8.4.3 La modification du contrat

Il arrive que les parties souhaitent modifier le contrat qui les lie. Un contrat peut être modifié si les deux parties s'accordent sur le changement envisagé. Une partie ne peut en principe pas modifier le contenu du contrat sans le consentement de l'autre.

Il existe néanmoins des exceptions, notamment :

- 1° Les parties peuvent prévoir dans le contrat que le contrat se modifia automatiquement à certaines conditions (art. 151 CO).

#### Exemple

Le montant de la rémunération peut être lié à la variation des prix et partant être modifié en cas de variation (art. 38 ss norme SIA 118).

- 2° Le contrat peut également expressément donner à l'une des parties un droit unilatéral de modifier le contrat.

#### Exemple

Selon l'art. 84 norme SIA 118, le maître a le droit d'exiger que l'entrepreneur exécute ses prestations d'une autre manière que convenu, qu'il les exécute en plus ou en moins grande quantité ou encore qu'il n'en exécute pas certaines, pour autant que le caractère général de l'ouvrage ne s'en trouve pas modifié.

La modification d'un contrat peut exiger le respect d'une certaine forme, si la loi l'exige (art. 12 CO) ou si les parties l'ont prévu ; ce dernier cas est fréquent dans la construction, avec le système des avenants au contrat d'entreprise.

## 8.5 La rémunération due par le maître

Les art. 372 ss CO traitent des obligations du maître. L'obligation principale est le paiement du prix. Le présent chapitre est donc consacré à cette obligation. Le législateur ne traite spécifiquement que de cette obligation principale. Le maître a toutefois également des obligations accessoires. De manière générale, il doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour éviter la survenance d'un dommage. Il peut également arriver qu'il doive fournir de la matière ou un terrain exempts de défauts. Selon les cas, la violation de ces devoirs accessoires permet à l'entrepreneur d'actionner le maître en responsabilité (art. 97 CO) ou prive le maître de ses droits de garantie.

### 8.5.1 Les sortes de prix

Les parties peuvent décider de fixer des prix fermes (point 7.4.1.1.) ou se contenter d'un prix effectif (point 7.4.1.2.) ; elles peuvent également partir d'un devis approximatif (point 7.4.1.3.). Les parties peuvent recourir pour un même contrat à plusieurs genres de prix, applicables à différentes prestations. En cas de contestation sur la nature du prix choisi, il appartient à celui qui prétend qu'il s'agit d'un prix ferme de l'établir.

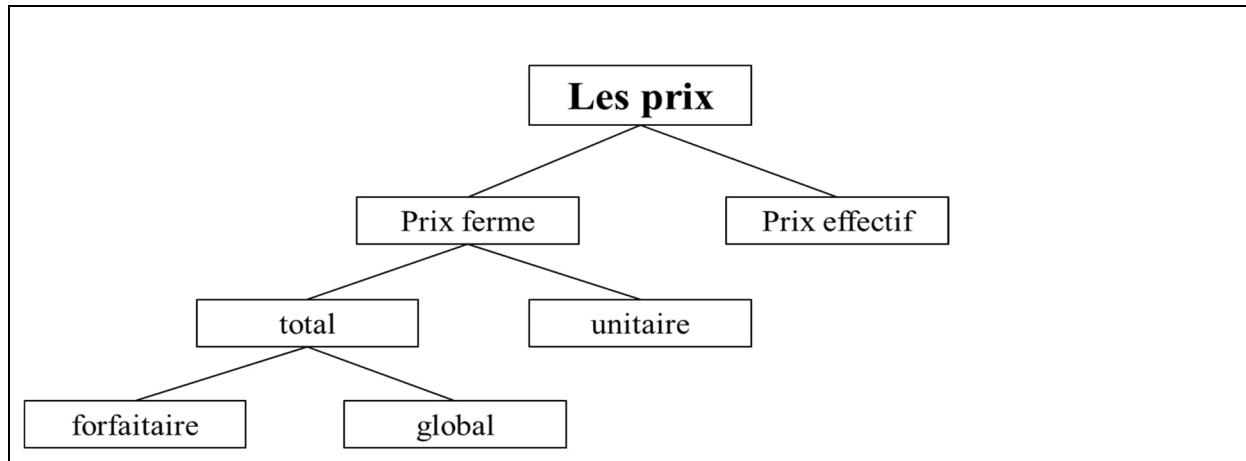


Figure 17 : Les types de prix dans les contrats d'entreprises

#### 8.4.1.1. Les prix fermes

Le prix ferme désigne un prix que les parties ont fixé à l'avance et dont elles conviennent qu'il ne sera plus modifié, sauf circonstances extraordinaires (art. 373 CO). Chaque partie prend alors le risque que ses prévisions ne correspondent pas au travail et aux dépenses finalement nécessaires : l'entrepreneur ne peut demander aucune augmentation si l'ouvrage a nécessité plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu et inversement, le maître est tenu de payer le prix intégral, même si l'ouvrage a exigé moins de travail que ce qu'il avait escompté.

On distingue traditionnellement deux types de prix fermes :

- 1° Le prix total est une somme unique fixée pour tout un ouvrage, pour une prestation spécifique ou pour une partie déterminée de l'ouvrage.

#### **Exemples**

Prix total fixé pour la réalisation d'une maison (notamment si elle est livrée « clé-en-main »), pour l'évacuation de terre ou pour la rénovation d'une toiture.

Un tel prix est « total » car il fixe la rémunération due pour un ensemble ; il est « absolument déterminé » car il fixe la somme due indépendamment des quantités effectivement nécessaires à la réalisation.

La norme SIA 118 distingue deux catégories de prix totaux : les prix globaux, qui permettent de tenir compte d'éventuelles augmentations ou diminutions des salaires, des charges – le « renchérissement » – ou des prix retenus comme base de calcul (art. 40 et 64 ss norme SIA 118), et les prix forfaits, qui sont absolument définitifs (art. 41 norme SIA 118).

- 2° Le prix unitaire est un prix ferme exprimé par unité de chaque position du devis (série de prix) et non pour l'ouvrage lui-même. Une fois l'ouvrage achevé, la rémunération est calculée en fonction du nombre d'unités qui ont été nécessaires pour toutes les positions.

#### **Exemples**

Prix de la peinture au m<sup>2</sup>, prix du terrassement au m<sup>3</sup>, prix de l'évacuation de l'eau au litre.

Le prix unitaire est fixé à l'avance, mais la somme finalement due dépend des quantités effectives. Les quantités déterminantes pour fixer la rémunération doivent être arrêtées par les parties une fois les travaux exécutés. Cette opération s'appelle le métrage ou l'établissement des métrés. Il est aussi possible de méttrer l'ouvrage sur la base des plans.

La terminologie utilisée par la loi et la pratique est parfois incertaine. Il convient donc de bien déterminer dans chaque cas ce que voulaient réellement les parties.

Le régime des prix fermes souffre trois exceptions :

- 1° En cas de modification de commande. Les prix fixés ne valent que si l'ouvrage réalisé correspond à ce qui était prévu. Si le maître décide de modifier la commande, les parties doivent convenir d'un nouveau prix (art. 84 ss norme SIA 118). Il en va de même si les conditions d'exécution se sont modifiées en raison d'un fait dont répond le maître : l'entrepreneur a alors droit à une rémunération complémentaire.
- 2° En cas d'exécution partielle ou défectueuse. L'entrepreneur n'a droit au prix convenu que s'il effectue sa prestation conformément au contrat. Ce n'est pas le cas s'il n'a pas exécuté le travail en entier ou que l'ouvrage est défectueux. Le prix peut alors être réduit.
- 3° En cas de circonstances extraordinaires. Selon l'art. 373 al. 2 CO, si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le prix stipulé est augmenté ou le contrat résilié. Cette règle découle du principe de la bonne foi (art. 2 CC) : l'entrepreneur s'est engagé en fonction des circonstances auxquelles il pouvait s'attendre. Il est donc juste de corriger un éventuel déséquilibre causé par des circonstances extraordinaires.

#### **Exemple**

L'art. 59 norme SIA 118 mentionne notamment les circonstances extraordinaires suivantes : venues d'eau, séismes, tempêtes, fuites de gaz, température souterraine élevée, radioactivité, mesures nouvelles décidées par une autorité, violation de la paix du travail.

Il appartient au juge de décider si le prix doit être augmenté ou le contrat résilié : l'entrepreneur n'a pas le choix. Lorsque l'ouvrage est achevé, la résiliation est toutefois exclue.

L'art. 373 al. 2 CO est de droit dispositif. Les parties peuvent donc y déroger, notamment en précisant quelles circonstances justifient ou non une modification de la rémunération.

#### **Exemple**

Les art. 60 et 61 norme SIA 118 limitent les cas dans lesquels les parties admettent comme circonstances extraordinaires les conditions météorologiques défavorables et les interruptions de chantier pour des motifs conjoncturels.

#### 8.4.1.2. Le prix effectif

Contrairement au prix ferme, le prix effectif n'est pas fixé à l'avance, mais après l'exécution de l'ouvrage, sur la base des frais effectifs. L'art. 374 CO vise deux hypothèses : celle dans laquelle les parties n'ont rien prévu et celle dans laquelle elles ont fixé un certain prix, mais approximativement seulement. Il arrive également que les parties prévoient expressément que le prix sera fixé au moment de la livraison sur la base des prestations qui auront effectivement été nécessaires. On parle alors de prix de régie (art. 44 ss norme SIA 118).

Il appartient à l'entrepreneur de déterminer le montant de la rémunération due. Il doit donc en particulier établir les faits suivants :

- 1° Est-ce que les prestations effectuées correspondent aux prestations prévues par le contrat ou demandées postérieurement par le maître (modifications de commande), voire rendues nécessaires en raison d'un danger imminent (art. 45 al. 2 norme SIA 118) ?
- 2° Quelles sont les heures consacrées aux travaux ainsi que les engins engagés et les quantités de matériaux utilisées ? La tenue de « bons de régie » (art. 47 norme SIA 118) facilite la preuve des frais engagés. En particulier, faire signer ces bons par le maître de l'ouvrage ou son représentant crée une présomption en faveur de leur exactitude. Nonobstant les bons de régie, l'entrepreneur peut également être amené à devoir prouver le caractère nécessaire des frais engagés.
- 3° Quels sont les prix qui sont pratiqués ? Deux références sont possibles : soit les prix retenus par l'entrepreneur à la base de son offre (méthode possible en cas de modification de commande), soit les prix « usuels » ; pour ce qui est des coûts du travail, on se réfère généralement aux tarifs affichés par les associations professionnelles. Une expertise peut toutefois s'avérer nécessaire.

#### 8.4.1.3. Le devis approximatif

Lorsque les parties ne fixent pas de prix ferme, le maître demande souvent quand même une estimation sommaire des coûts. Celle-ci n'est pas juridiquement contraignante. Les parties peuvent toutefois franchir une étape supplémentaire et décider de faire une estimation plus précise des coûts, qui aura des effets juridiques accrus. On parle alors de devis approximatif (art. 375 CO ; art. 56 norme SIA 118).

Le devis approximatif est un document que l'entrepreneur établit à l'intention du maître. Il y indique le coût prévisible des travaux, en précisant les prix qu'il applique et les quantités qu'il anticipe. Ce document sert de base pour la conclusion du contrat, car la volonté du maître est influencée par les conditions annoncées.

Comme le prix est ensuite fixé selon la méthode effective, le devis ne lie pas l'entrepreneur de la même façon qu'un prix ferme. Le maître est toutefois partiellement protégé par l'art. 375 CO. Pour les constructions immobilières, lorsque le devis est dépassé dans une mesure excessive (usuellement plus de 10%) sans faute du maître, cette disposition lui permet de demander alternativement :

- 1° Une réduction du prix : usuellement, la réduction due se calcule en partageant par moitié la différence entre le devis, augmenté de la marge de tolérance (10%) et le prix effectif, calculé sur la base de l'art. 374 CO.

#### **Exemple**

Un devis approximatif annonçait un coût des travaux de Fr. 100'000.-. Le prix effectif est de Fr. 150'000.-. Une marge de tolérance de 10% est admise, soit de Fr. 10'000.-. Le prix finallement dû par le maître est donc de Fr. 130'000.- (Fr. 150'000.- - [(Fr. 50'000.- - Fr. 10'000.-) / 2]).

- 2° La résiliation du contrat par le maître, pour autant que la construction ne soit pas achevée. Le maître devra néanmoins verser une indemnité équitable pour les travaux utilisables. Cette indemnité est calculée en fonction du travail et des dépenses de l'entrepreneur, c'est-à-dire selon le prix effectif (art. 374 CO).

L'art. 375 CO est de droit dispositif. Les parties peuvent donc y déroger, par exemple en fixant une marge de tolérance plus élevée. Elles peuvent également fixer un prix maximum absolu.

### 8.5.2 Le paiement de la rémunération

Selon l'art. 372 al. 1 CO, le prix de l'ouvrage est payable au moment de la livraison. Cette règle correspond au principe de l'exécution simultanée des prestations que pose l'art. 82 CO : ce n'est qu'au moment de la livraison que l'entrepreneur a exécuté sa prestation ; partant, ce n'est qu'à ce moment-là que le maître doit également exécuter la sienne.

Si des livraisons partielles ont été convenues, le prix afférent à chaque partie de l'ouvrage est payable au moment de leur livraison (art. 372 al. 2 CO).

L'art. 372 CO n'est toutefois pas de droit impératif. Les parties peuvent donc prévoir des règles différentes s'agissant de l'exigibilité du prix.

#### Exemples

Le prix ou une partie de celui-ci est exigible avant la livraison. Tel est le système des acomptes dus sur les situations à l'avancement des travaux (cf. art. 144 ss norme SIA 118). De même, les installations de chantier sont en général payées au début des travaux ;

Le prix n'est exigible qu'au moment de l'établissement de la facture de l'entrepreneur.

Pour tenir compte d'éventuels défauts que pourrait présenter l'ouvrage, les contrats prévoient généralement des retenues durant un certain délai. Par exemple, les art. 148 ss norme SIA 118 prévoient une retenue de 10% de la valeur des prestations, respectivement de 5% (mais au moins Fr. 50'000.-) si les prestations excèdent Fr. 500'000.-.

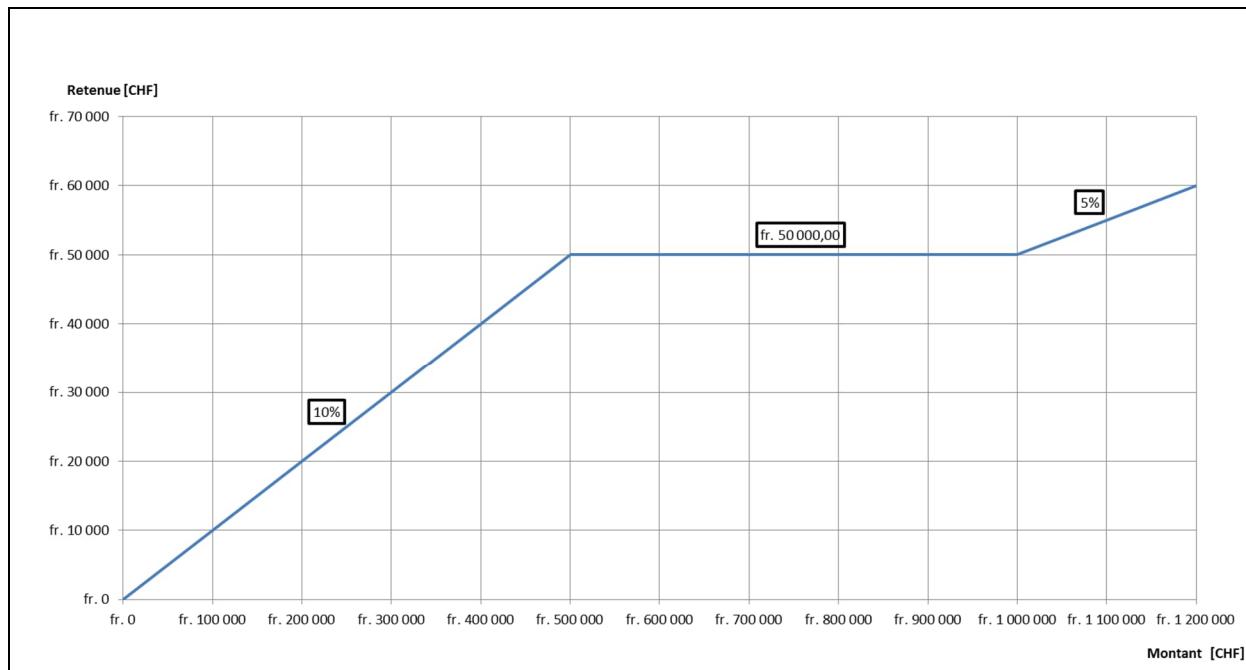


Figure 18 : Retenue de garantie en fonction du montant du contrat

L'entrepreneur doit en principe établir une facture pour la prestation dont il réclame le paiement. Il ne s'agit que de la communication par celui-ci du montant auquel il prétend avoir droit. Il invite ainsi le maître à le payer. La facture émise fixe en principe un délai de paiement (30 jours selon l'art. 190 al. 1 norme SIA 118). Le paiement est d'ores et déjà dû, mais le maître

dispose d'une exception qu'il peut invoquer jusqu'à l'échéance du délai fixé. Passé ce délai, des intérêts moratoires commencent à courir (art. 104 CO ; art. 190 norme SIA 118).

L'acceptation de la facture par le maître vaut reconnaissance de dette, ce qui facilite la poursuite du débiteur en cas de non-paiement (art. 82 LP). Sauf convention contraire, le silence du maître ne vaut toutefois pas acceptation.

Pour inciter le maître à payer rapidement le montant demandé, les parties peuvent prévoir un escompte, à savoir une réduction sur le montant de la facture si elle est payée dans un certain délai (par exemple 5 ou 10 jours).

### 8.5.3 Le délai de prescription de la rémunération

En règle générale, la créance de l'entrepreneur se prescrit par dix ans (art. 127 CO). Le délai court dès que la créance est exigible, indépendamment de l'établissement d'une facture par l'entrepreneur.

Font toutefois exception à cette règle, les créances des artisans qui se prescrivent par cinq ans (art. 128 ch. 3 CO). La notion de travail artisanal a été définie de manière restrictive par les tribunaux. Il s'agit de travaux qui ne nécessitent ni l'emploi de technologies spéciales ni le recours à des mesures d'organisation particulières.

#### Exemples

Ont été reconnus comme travaux artisanaux des travaux de gypserie ou de peinture, des travaux de transformation et de ventilation de WC, le montage d'une installation électrique, ainsi que l'exécution de travaux de nettoyage ou de jardinage. N'ont pas été considérés comme travaux artisanaux l'édification d'une maison entière, la livraison et le montage de portes et fenêtres normalisées, des travaux d'aplanissement de terrain avec un trax ou encore la pose de carrelages dans une centaine de pièces d'eau.

Au surplus, les règles ordinaires s'appliquent à la prescription, notamment à son interruption (art. 130 ss CO).

### 8.5.4 La garantie de la rémunération

Lorsque l'entrepreneur réalise l'ouvrage demandé, il n'a pas l'assurance de recevoir l'entier de sa rémunération. En outre, les prestations effectuées directement sur le bien-fonds du maître deviennent immédiatement propriété de ce dernier, en vertu du principe d'accession (art. 667 CC). L'entrepreneur prend donc un risque financier. Plusieurs types de garanties sont toutefois à sa disposition :

- 1° Les garanties légales : l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, l'exécution forcée et la demeure. Le législateur a mis en place un système particulier de garantie pour les artisans et entrepreneurs en leur permettant à certaines conditions d'obtenir une hypothèque sur le bien-fonds sur lequel ils ont travaillé. Parallèlement, comme pour toute créance pécuniaire, l'entrepreneur a à sa disposition le système d'exécution forcée mis en place par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). Enfin, l'entrepreneur a également la possibilité d'invoquer les règles sur la demeure : une fois le maître en demeure qualifiée, l'entrepreneur peut notamment décider de mettre fin au contrat.
- 2° Les garanties conventionnelles : les parties peuvent prévoir des garanties supplémentaires dans la convention qui les lie.

## 9 Le contrat d'entreprise (II) : exécution, responsabilité, extinction

### 9.1 Les obligations de l'entrepreneur

Selon l'art. 363 CO, l'entrepreneur « s'oblige à exécuter un ouvrage ». Cette formule est toute générale et appelle des concrétisations.

Le législateur décrit les obligations de l'entrepreneur aux art. 364 à 371 CO. Ces obligations sont concrétisées par les parties directement dans le contrat qu'elles passent ou par renvoi à des conditions générales, en particulier à la norme SIA 118.

Concrètement, l'entrepreneur doit en premier lieu réaliser des travaux dans le but d'obtenir un certain résultat (point 8.1.1.). Il doit ensuite livrer au maître ce qu'il a réalisé (point 8.1.2.). Tout au long de son activité, l'entrepreneur a en outre des devoirs spéciaux, notamment des devoirs d'avis (point 8.1.3.).

#### 9.1.1 La réalisation de l'ouvrage

Le contrat doit au minimum fixer le résultat que l'entrepreneur doit atteindre : l'ouvrage à réaliser. Celui-ci peut être défini sommairement ou décrit dans des plans, des descriptifs ou des instructions. Tout en respectant ces prescriptions, l'entrepreneur est ensuite libre de réaliser l'ouvrage avec la méthode de son choix.

#### Exemple

La norme SIA 118 fixe de nombreuses règles à suivre pour réaliser l'ouvrage ; elles portent notamment sur :

- les documents d'exécution (art. 99 ss) ;
- les mesures de protection et de précaution (art. 103 ss) ;
- les implantations (art. 114 s.) ;
- le chantier et les accès (art. 116 ss) ;
- les installations de chantier (art. 123 ss) ;
- l'énergie, l'eau et les eaux usées (art. 129 ss) ;
- les matériaux de construction (art. 136 ss).

Les parties peuvent fixer la date du début des travaux. A défaut de termes stipulés ou résultant de la nature de l'affaire, l'obligation de commencer les travaux est immédiatement exigible (art. 75 CO).

Le contrat peut également fixer un délai de livraison. L'entrepreneur a alors jusqu'à cette date pour réaliser l'ouvrage. Dans l'intervalle, il est libre de fixer le rythme du travail. En cas de chantier important, il est toutefois usuel que l'entrepreneur remette au maître un programme des travaux (art. 93 norme SIA 118). Ce programme n'est toutefois pas contraignant (« planning intentionnel »), sauf si le contrat le prévoit (art. 21 al. 3 norme SIA 118).

Si les parties n'ont fixé aucun délai de livraison, l'entrepreneur est tenu d'exécuter les travaux selon un rythme régulier, conformément à ce que le maître peut attendre.

#### 9.1.2 La livraison de l'ouvrage

La livraison désigne l'acte par lequel l'entrepreneur transmet au maître l'ouvrage achevé. Le terme « réception » désigne le même acte, mais du point de vue du maître. Il se distingue de

l'acceptation, qui est l'acte par lequel le maître manifeste qu'il considère l'ouvrage comme conforme à ce qu'il attendait (art. 368 et 370 CO).

La livraison a les conséquences juridiques suivantes :

- 1° Avant la livraison, l'entrepreneur assume le risque de perte de l'ouvrage (art. 376 CO), quand bien même l'ouvrage est érigé sur le terrain du maître et est donc sa propriété. Ce risque passe au maître après la livraison.
- 2° Les délais de vérification et d'avis des défauts commencent à courir dès la livraison (art. 367 CO).
- 3° Le délai de prescription des actions en garantie commence à courir dès la livraison (art. 371 CO).
- 4° Lorsque les parties n'ont rien prévu d'autre, la livraison rend le prix de l'ouvrage exigible (art. 372 CO).

Par principe, le maître ne peut pas refuser la réception de l'ouvrage si celui-ci est achevé. S'il la refuse, il tombe en demeure (art. 91 ss CO). L'entrepreneur peut alors consigner l'ouvrage mobilier (art. 92 CO) voire le vendre (art. 93 CO). En outre et surtout pour les ouvrages immobiliers, le transfert des risques a lieu même en l'absence de réception (art. 376 al. 1 CO).

La loi ne fixe aucune règle sur la procédure de livraison/réception. La norme SIA 118 propose quant à elle une procédure particulière (art. 157 ss) :

- 1° La procédure de réception s'ouvre par un avis oral ou écrit de l'entrepreneur au maître, indiquant à ce dernier qu'il a terminé l'ouvrage (art. 158 al. 1 norme SIA 118).
- 2° Dans un délai d'un mois dès la réception de cet avis, une vérification commune doit avoir lieu, c'est-à-dire en présence de l'entrepreneur et du maître (art. 158 al. 2 norme SIA 118).
- 3° Si cette vérification commune n'a pas lieu parce qu'aucune partie ne l'a demandée ou parce que le maître y a renoncé, l'ouvrage est considéré comme reçu à l'échéance de ce délai d'un mois (art. 164 al. 1 norme SIA 118). Si elle n'a pas lieu parce l'entrepreneur néglige d'y participer, il n'y a pas de réception (art. 164 al. 2 norme SIA 118).
- 4° Lors de la vérification commune, la réception a lieu si l'ouvrage est exempt de défauts ou ne présente que des défauts mineurs (art. 159 s. norme SIA 118). L'entrepreneur doit alors exécuter les « retouches » nécessaires, dans le délai inscrit au procès-verbal de réception.
- 5° Si des défauts majeurs sont constatés lors de la vérification commune, la réception est en règle générale différée (art. 161 norme SIA 118). Un délai doit être fixé à l'entrepreneur pour éliminer les défauts. Puis, une nouvelle vérification a lieu.

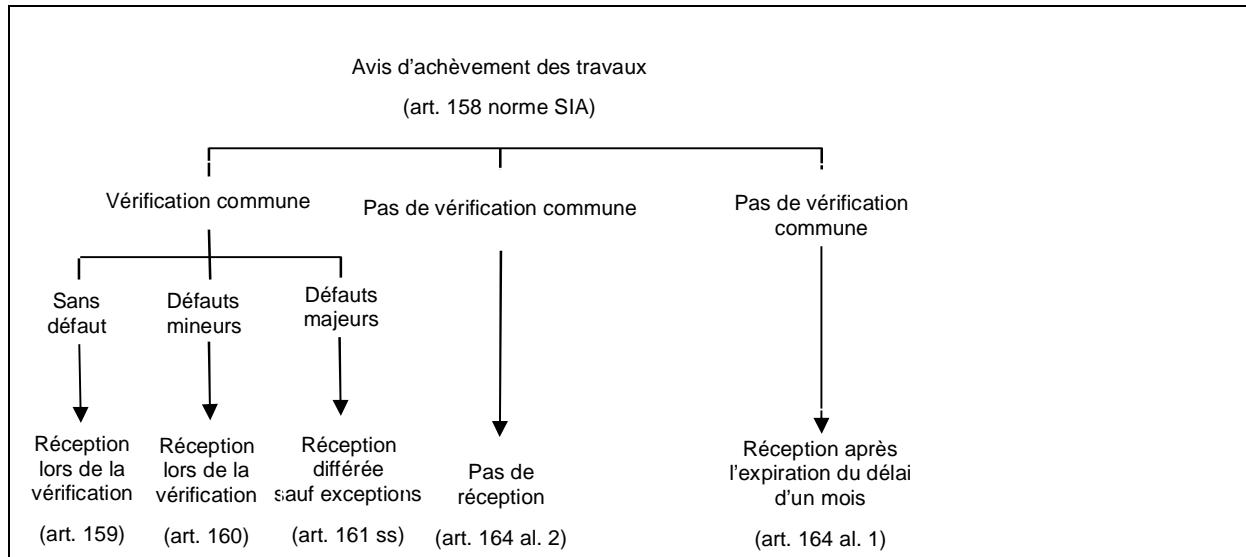


Figure 19 : Procédure de réception de l'ouvrage selon norme SIA 118

### 9.1.3 Les devoirs d'avis

L'entrepreneur est considéré comme le spécialiste auquel un maître (moins compétent) confie l'exécution d'un ouvrage. L'entrepreneur a donc un devoir général de conseil.

Ce devoir se concrétise notamment par l'obligation qu'a l'entrepreneur d'aviser le maître lorsque :

- 1° La matière ou le terrain mis à disposition par le maître présentent des défauts (art. 365 al. 3 CO).
- 2° Les instructions données par le maître ou ses mandataires sont inadéquates (art. 369 CO).
- 3° Toute autre circonstance compromet l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage (art. 365 al. 3 CO), par exemple la mauvaise qualité du travail des sous-traitants imposés par le maître (en ce sens : art. 29 al. 5 norme SIA 118).

L'entrepreneur a donc des devoirs de vérification correspondant à ses devoirs d'avis. Ces devoirs sont réduits, voire supprimés, lorsque le maître ou son représentant est qualifié ; tel est le cas si le maître est assisté d'une direction des travaux. L'entrepreneur a néanmoins l'obligation de signaler toute circonstance dont il a connaissance (art. 25 norme SIA 118).

L'avis doit être donné formellement (art. 369 CO). Sauf convention contraire, aucune forme particulière n'est imposée. La forme écrite est évidemment recommandée pour des raisons de preuve. L'avis doit donc être suffisamment clair pour que le maître puisse comprendre la critique qui est faite et l'affirmation selon laquelle l'entrepreneur rejette toute responsabilité pour le cas où le maître persisterait.

L'avis doit être adressé au maître ou à son représentant. Si c'est l'activité du représentant qui justifie l'avis, celui-ci doit être adressé au maître directement.

La violation du devoir d'avis a notamment pour conséquence que l'entrepreneur assume la responsabilité des faits dont le maître serait normalement responsable (art. 365 al. 3, 369 et 376 al. 3 CO).

### Exemple

Clara souhaite réaménager son jardin. Elle demande à Mathieu, paysagiste, de construire un mur de soutènement et de mettre en place de la terre végétale. Mathieu effectue les travaux. Les nouveaux aménagements ne tiennent pas. Il s'avère que Mathieu aurait dû se rendre compte de l'instabilité que provoquerait la mise en place du mur et de la terre végétale sur un ancien mur de pierres sèches. Il doit en conséquence prendre en charge les frais de réfection, ainsi que la réparation du dommage consécutif, même si le problème est dû au terrain mis à disposition et non à son travail.

## 9.2 L'inexécution des obligations de l'entrepreneur

Lorsque l'entrepreneur n'exécute pas ses obligations, le maître peut invoquer les règles de la partie générale du Code des obligations (art. 97 à 109). Il peut ainsi mettre l'entrepreneur en demeure, agir en exécution et exiger la réparation du préjudice subi.

En plus de ce régime général :

- 1° Lorsqu'un problème d'exécution survient avant la livraison de l'ouvrage, la loi accorde au maître des droits particuliers.
- 2° En cas de défaut de l'ouvrage, le maître dispose exclusivement de la garantie pour les défauts ; cette institution juridique très importante en pratique mérite un examen particulier.

### 9.2.1 La demeure de l'entrepreneur

Les règles sur la demeure s'appliquent à l'entrepreneur qui est tenu de livrer un ouvrage (art. 102 à 109 CO).

Ce n'est généralement qu'à la date de livraison prévue que l'on peut constater que l'entrepreneur est en retard.

Il arrive toutefois que durant l'exécution, le maître constate que l'entrepreneur ne réussira pas à tenir les délais. L'art. 366 al. 1 CO donne alors au maître un droit de mise en demeure anticipée. Sur cette base, si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses de la convention, ou si, sans la faute du maître, le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne puisse plus l'achever pour l'époque fixée, le maître peut fixer un délai à l'entrepreneur pour rattraper le retard. Si ce délai n'est pas respecté, il peut se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison.

En pratique, le système de la demeure est parfois complété par :

- 1° Une peine conventionnelle, à savoir une pénalité forfaitaire que l'entrepreneur est tenu de payer en cas de retard. L'entrepreneur doit alors livrer l'ouvrage et payer la peine (art. 160 al. 2 CO). Il peut toutefois être libéré du paiement si le retard est dû à une circonstance dont il n'est pas responsable (art. 163 al. 2 CO). S'agissant du montant fixé pour la peine, celui-ci peut être réduit s'il est excessif (art. 163 al. 3 CO). Inversement, il peut être augmenté s'il ne couvre pas le dommage subi par le maître (art. 161 al. 2 CO) ; et/ou
- 2° Une prime, c'est-à-dire une récompense pécuniaire que le maître promet à l'entrepreneur si l'ouvrage est livré avant le délai contractuel.

### 9.2.2 L'exécution par substitution

Face à l'inexécution d'une obligation de faire, telle que l'obligation de réaliser un ouvrage, le législateur a prévu un système d'exécution par substitution. Il s'agit d'un procédé par lequel le

maître fait exécuter par un tiers la prestation due, aux frais et aux risques de l'entrepreneur (art. 98 al. 1 CO).

Lorsque l'entrepreneur est en retard et refuse ou est incapable de réaliser l'ouvrage, le maître peut demander au juge qu'il l'autorise à confier le travail à un tiers. L'obligation de réaliser l'ouvrage se transforme alors en obligation pécuniaire : l'entrepreneur doit rembourser au maître les frais engagés pour la réalisation par substitution ainsi que l'éventuel dommage subi.

En matière de contrat d'entreprise, l'art. 366 al. 2 CO met le maître dans une situation privilégiée : lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude, durant les travaux, que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer ou faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers. La substitution peut alors avoir lieu, sans qu'une décision judiciaire ne soit nécessaire.

Cette disposition s'applique en cas de violation de la convention, mais non en cas de retard ; ce dernier est régi par l'art. 366 al. 1 CO.

### 9.2.3 La responsabilité contractuelle

La responsabilité contractuelle désigne le régime en vertu duquel le maître a le droit de réclamer la réparation du préjudice qu'il subit en raison d'une violation du contrat par l'entrepreneur.

Dans le contrat d'entreprise, deux situations doivent être distinguées :

- 1° Si la violation consiste en un défaut de l'ouvrage, la responsabilité de l'entrepreneur est exclusivement régie par les art. 367 ss CO.
- 2° Dans les autres cas de figure, la violation du contrat est régie par les règles ordinaires (art. 97 à 101 CO).

#### 3° Exemple

- 4° Un employé de l'entrepreneur percute un muret appartenant au maître en parquant la camionnette. Il ne s'agit pas d'un défaut, mais d'un cas de responsabilité.

## 9.3 La garantie pour les défauts

### 9.3.1 Les fondements

La garantie pour les défauts est le régime particulier dont peut se prévaloir le maître lorsque l'entrepreneur livre un ouvrage défectueux. Ce régime est prévu par les art. 367 à 371 CO.

Globalement, le système légal de la garantie pour les défauts est de droit dispositif. Les parties peuvent y déroger, notamment en excluant toute garantie ou en prévoyant l'application d'autres règles, comme celles de la norme SIA 118. Certaines dispositions spécifiques sont toutefois impératives. La liberté des parties est ainsi restreinte par les dispositions suivantes :

- 1° Art. 100 al. 1 CO : même s'il exclut toute responsabilité, l'entrepreneur reste responsable des défauts en cas de dol ou de faute grave de sa part.
- 2° Art. 101 al. 3 CO : dans les cas où le créancier est au service du débiteur.
- 3° Art. 199 CO (par analogie) : une exclusion de garantie ne vaut pas non plus lorsque l'entrepreneur a dissimulé le défaut.
- 4° Art. 210 al. 4 CO (applicable par renvoi de l'art. 371 al. 3 CO) : une clause prévoyant une réduction du délai de prescription est nulle dans certains cas.

### 9.3.2 Les conditions

Il ne peut être question de garantie pour les défauts que lorsque l'ouvrage est achevé et livré. Auparavant, ce sont les règles usuelles sur l'exécution qui s'appliquent. Dans certains cas, le maître bénéficie toutefois de droits particuliers avant la livraison.

L'application des règles de garantie suppose que les conditions suivantes soient réunies :

- 1° L'existence d'un défaut. Il y a défaut lorsque l'ouvrage livré ne correspond pas à ce que les parties avaient convenu. Une divergence entre ce qui est livré et ce qui était convenu constitue un défaut.

Il existe deux catégories de défauts : l'absence d'une qualité attendue et l'absence d'une qualité promise. La première hypothèse recouvre les cas dans lesquels l'ouvrage ne correspond pas à ce à quoi pouvait s'attendre le maître, compte tenu des circonstances, notamment du prix. L'ouvrage doit correspondre à l'usage auquel le maître le destinait. La seconde hypothèse vise les qualités spécifiques de l'ouvrage promises expressément au maître.

#### Exemples

Si un entrepreneur pose une étanchéité et qu'il s'avère qu'elle laisse passer l'eau, l'ouvrage est défectueux en ce sens qu'une qualité attendue fait défaut.

Si un entrepreneur s'engage à réaliser une isolation remplissant des critères élevés (Minergie) et que ces critères ne sont finalement pas remplis, l'ouvrage est défectueux en ce sens qu'une qualité promise fait défaut (le respect de normes particulières).

Un défaut est nécessairement qualitatif et non quantitatif. Si l'entrepreneur n'a pas livré l'entier de l'ouvrage convenu, ce sont les règles sur l'inexécution qui s'appliquent.

Il appartient au maître de prouver l'existence d'un défaut (art. 8 CC), si nécessaire par le biais d'une expertise (art. 367 al. 2 CO).

- 2° Un défaut qui n'est pas imputable au maître. Selon l'art. 369 CO, l'entrepreneur n'est pas responsable du défaut s'il prouve que le défaut est imputable au maître, pour autant qu'il ait lui-même respecté ses devoirs d'avis.

#### Exemple

Le défaut peut être imputable au maître en raison des matériaux qu'il a fournis, des instructions qu'il a données ou encore des sous-traitants qu'il a imposés.

L'existence d'une faute de l'entrepreneur n'est à l'inverse pas une condition de la garantie ; puisque par le contrat d'entreprise, l'entrepreneur s'engage à fournir un résultat. Le défaut peut en effet être dû à une faute de l'un de ses auxiliaires ou ses sous-traitants, ou encore à des circonstances indépendantes de sa volonté.

- 3° Un défaut non accepté par le maître. L'entrepreneur est déchargé de toute responsabilité si le maître accepte expressément ou tacitement l'ouvrage avec ses défauts (art. 370 CO). L'acceptation peut avoir lieu expressément ou fictivement. Elle a lieu fictivement lorsque le maître ne respecte pas les deux incombances, c'est-à-dire les devoirs généraux dont la violation a pour effet de le priver des droits qu'il aurait : le devoir de vérifier l'ouvrage et le devoir d'avis. Si le maître omet de vérifier l'ouvrage ou de procéder à l'avis des défauts, la loi considère qu'il accepte l'ouvrage et qu'il renonce à faire valoir ses droits.

Le maître doit vérifier l'ouvrage « aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires » (art. 367 al. 1 CO). Le délai de vérification est donc question d'interprétation, notamment en fonction des usages dans le domaine concerné et des circonstances du cas d'espèce. Si le maître constate des défauts, il doit les signaler immédiatement à l'entrepreneur (art. 367 al. 1 CO).

Il faut distinguer la situation en cas de défauts apparents et en cas de défauts cachés. Les défauts apparents sont ceux que le maître a constatés au moment de la vérification ou aurait pu constater s'il avait procédé à une vérification adéquate. Pour ces défauts, omettre la vérification ou l'avis des défauts vaut immédiatement acceptation (fictive ; art. 370 al. 2 CO). Les défauts cachés sont a contrario les défauts qui ne pouvaient pas être constatés à la réception. Le maître ne pouvait donc pas les signaler. Ils ne sont pas pour autant considérés comme acceptés. Le maître doit toutefois les signaler immédiatement lorsqu'il les découvre. Dans le cas contraire, ils seront également réputés acceptés (art. 370 al. 3 CO).

### Exemple

La société Hôtel SA exploite un grand hôtel à Lausanne. En 2016, elle a conclu un contrat d'entreprise portant sur la pose de nouveaux carrelages avec la société Top-Carrelage SA. L'ouvrage a été réceptionné le 15 janvier 2017. Par courrier du 15 mai 2017, Hôtel SA a signalé à Top-Carrelage SA que de nombreuses catelles étaient mal posées ou cassées. S'agissant de défauts visibles dès la réception, un avis envoyé quatre mois après est tardif. Hôtel SA ne peut donc plus faire valoir ses droits de garantie.

L'avis des défauts n'est soumis à aucune forme particulière. Pour une question de preuve, la forme écrite est recommandée. L'avis doit indiquer quel est le défaut incriminé et spécifier que le maître le considère comme un défaut ; l'envoi d'un rapport d'expertise à l'entrepreneur sans autre commentaire ne vaut pas avis des défauts.

La norme SIA 118 se distingue du système légal par la mise en place d'un délai d'avis des défauts : pendant deux ans dès la réception de l'ouvrage, le maître peut annoncer des défauts en tout temps (art. 172 s. norme SIA 118) ; l'avis n'a pas à être immédiat. Après ce délai, le devoir d'avis ordinaire est applicable. Ce régime, favorable au maître, ne s'applique toutefois pas aux défauts que le maître est censé avoir acceptés avec l'ouvrage (art. 174 al. 1 norme SIA 118), donc en particulier aux défauts que le maître n'a pas signalés lors de la vérification commune alors qu'il les avait constatés ou qu'ils étaient manifestes. Ce délai de deux ans pour dénoncer les défauts cachés est la disposition la plus populaire de la norme SIA 118, car l'obligation d'avis immédiat est un handicap sérieux en pratique. Le régime des deux ans permet à l'architecte d'organiser un contrôle de l'ouvrage à la fin de ce délai et de vérifier ainsi tout ce qui est intervenu depuis la réception et qui n'est pas dû à l'usure normale. Lorsque le maître attend deux ans pour annoncer un défaut, il conserve la garantie, mais l'art. 173 norme SIA 118 le tient pour responsable de la part du dommage supplémentaire qui aurait pu être évité par une réfection immédiate.

- 4° Le respect des délais de prescription (art. 371 CO). Le délai de prescription durant lequel la garantie vaut est de deux ans pour les ouvrages mobiliers et de cinq pour les ouvrages immobiliers ainsi que les ouvrages mobiliers intégrés dans un ouvrage immobilier. L'entrepreneur ne pourra toutefois pas invoquer l'exception de cette prescription particulière lorsqu'il a volontairement dissimulé des défauts (art. 210 al. 6 CO par renvoi de l'art. 371 al. 3 CO) ; il ne sera protégé que par le délai ordinaire de dix ans (art. 127 CO).

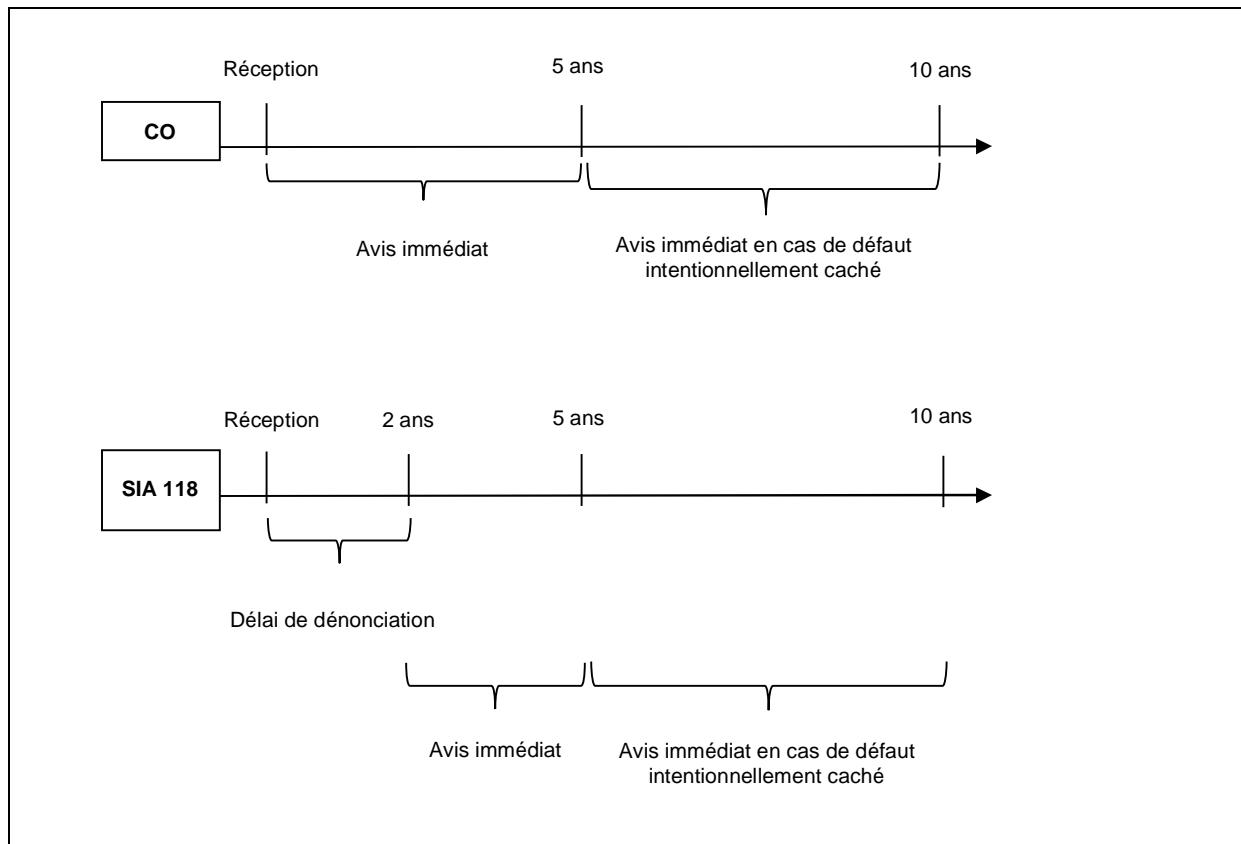


Figure 20 : Délais de dénonciation des défauts dès réception de l'ouvrage

### 9.3.3 Les droits de garantie

Lorsque ces conditions sont réunies, l'art. 368 CO permet au maître d'exercer différents droits de garantie, alternatifs :

- 1° Le droit à la réfection de l'ouvrage (art. 368 al. 2 CO) : lorsque les défauts ne sont pas trop importants et que la réfection est possible sans dépenses excessives, le maître peut obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage. Les dépenses sont excessives lorsqu'elles sont disproportionnées par rapport à l'utilité qu'aura l'élimination du défaut pour le maître.

#### Exemple

Xavier, en tant que maître de l'ouvrage, et SDB Sàrl, en tant qu'entrepreneur, ont conclu un contrat d'entreprise portant sur des travaux de marbrerie à effectuer dans les salles d'eau d'une villa. Le prix des travaux était devisé à Fr. 13'544.-. L'exécution s'est révélée défectueuse. Les défauts sont pour l'essentiel d'ordre esthétique. Le coût de la réparation a été chiffré à Fr. 25'775.-, soit pratiquement le double du prix de l'ouvrage. Si le maître a un intérêt légitime à la suppression de défauts d'ordre esthétique, cet intérêt ne saurait justifier de telles dépenses. Xavier n'est donc pas en droit d'exiger la réparation, mais uniquement la réduction du prix.

Si l'entrepreneur refuse alors de réparer l'ouvrage, le maître a le droit de confier l'exécution de la réparation à un tiers, aux frais de l'entrepreneur. Par application analogique de l'art. 366 al. 2 CO, le contrat d'entreprise permet au maître de procéder ainsi, sans requérir préalablement l'accord du juge.

- 2° Le droit à la réduction du prix (art. 368 al. 2 CO) : lorsque les défauts ne sont pas trop importants, le maître peut réduire le prix en fonction de la moins-value subie. Pour qu'il y ait moins-value, il faut que l'ouvrage défectueux vaille objectivement moins que l'ouvrage sans défaut. Le prix est réduit proportionnellement à la différence entre la valeur de l'ouvrage avec défaut et la valeur de l'ouvrage sans défaut. La jurisprudence a posé deux présomptions pour faciliter l'application de cette règle en pratique : la valeur de l'ouvrage sans défaut est présumée correspondre au prix fixé par les parties et le montant de la réduction du prix est présumé égal aux coûts des travaux qui seraient nécessaires pour supprimer les défauts de l'ouvrage. Ces deux présomptions peuvent être renversées.
- 3° Le droit à la résolution du contrat (art. 368 al. 1 CO) : le maître peut refuser l'ouvrage et se départir unilatéralement du contrat lorsque l'ouvrage est particulièrement défectueux. Il faut que le défaut soit grave au point que l'on ne puisse imposer au maître de l'accepter. Les prestations reçues doivent être restituées. Dès lors, pour les ouvrages réalisés directement sur un bien-fonds, la résolution n'est admissible que si l'enlèvement de l'ouvrage ne présente pas d'inconvénients excessifs pour l'entrepreneur (art. 368 al. 3 CO). L'existence de tels inconvénients s'examine en tenant compte notamment de la valeur de l'ouvrage tant qu'il est joint au bien-fonds et de la moins-value qu'il subirait en cas de séparation. En pratique, le maître choisit très rarement la résolution.

### Exemple

La société Minitherm SA a livré à la maison Quiba SA pour un nouveau bâtiment à Zurich deux citernes à mazout dont les éléments ont été soudés sur place. Une citerne s'est rapidement fendue. Un examen a permis d'établir que les citernes ne répondent pas aux règles de l'art en matière de construction en acier et ne pouvaient donc pas contenir du mazout sans risque. Quiba SA a choisi de résoudre le contrat et a invité Minitherm SA à enlever les citernes installées. Sachant que les citernes livrées ne valent absolument rien pour l'usage auquel elles sont destinées, mais qu'elles auront au moins une valeur de ferraille une fois enlevées, on ne saurait parler d'inconvénients excessifs au sens de l'art. 368 al. 3 CO.

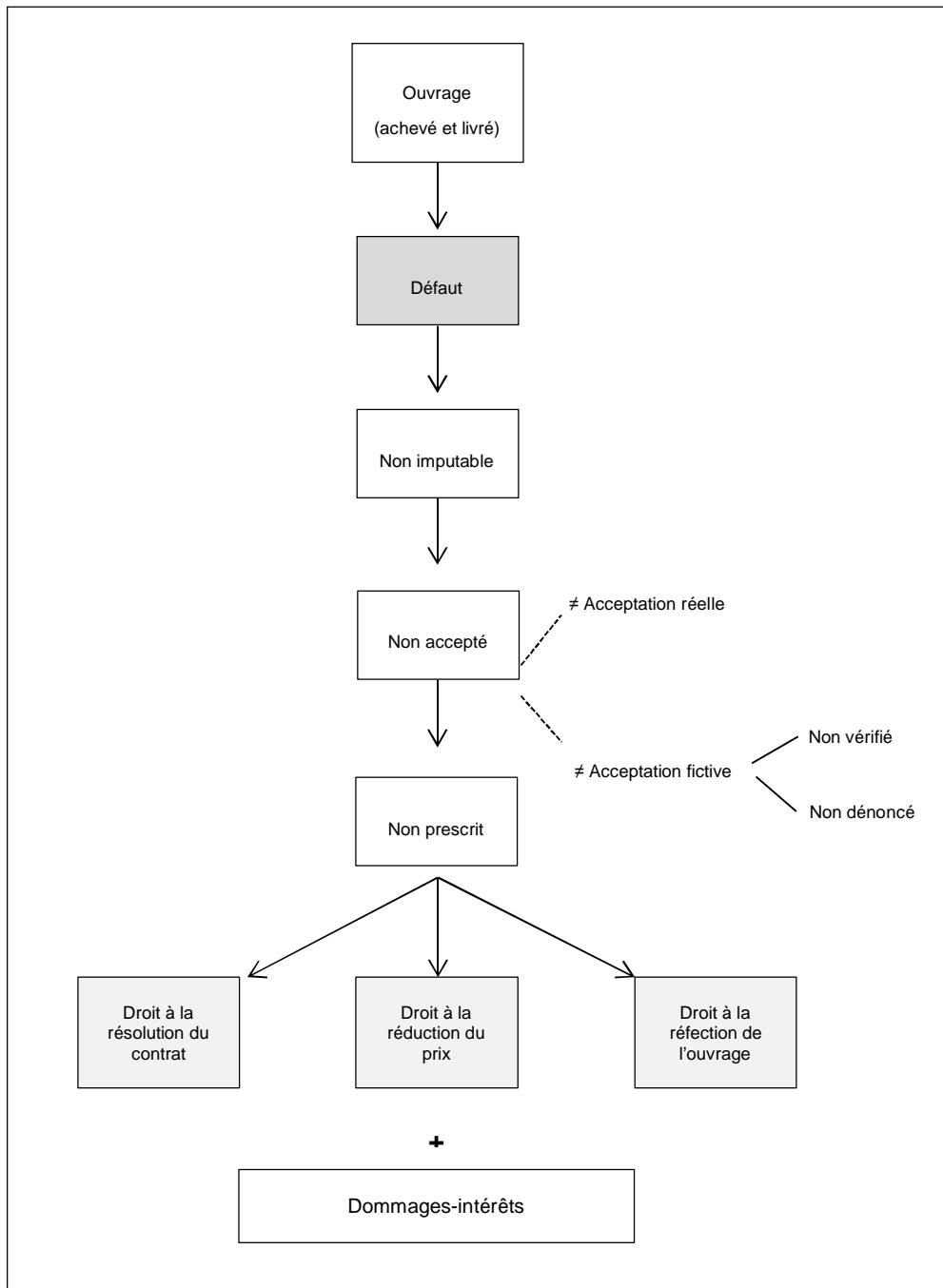


Figure 21 : Les droits de garantie avec dommages-intérêts

### 9.3.4 Les dommages-intérêts

En plus des trois droits de garantie, le maître peut demander des dommages-intérêts pour les dommages dont le défaut est la cause (art. 368 al. 1 et 2 CO). On parle de dommages consécutifs au défaut.

#### Exemples

Sont notamment des dommages consécutifs au défaut : les frais d'expertise pour faire constater l'existence d'un défaut ; la location d'un appartement de remplacement parce que les défauts rendent inhabitable le logement défectueux ; une perte de revenu locatif ou de chiffre d'affaires commercial ; les dommages causés à d'autres parties de la maison.

L'entrepreneur ne doit des dommages-intérêts pour les dommages consécutifs que s'il a commis une faute (cf. art. 368 al. 2 in fine CO). Il appartient au maître de prouver cette dernière ; cette tâche n'est pas très ardue dès l'instant où le juge constate que l'ouvrage est défectueux et que ce défaut est dû aux choix techniques de l'entrepreneur ou de ses sous-traitants.

La norme SIA 118 a pour particularité d'imposer au maître d'exiger d'abord de l'entrepreneur qu'il procède dans un délai convenable à l'élimination du défaut. Si la réparation n'a pas lieu dans le délai fixé, le maître peut alors faire valoir les autres droits (art. 169 norme SIA 118).

## 9.4 L'extinction du contrat

### 9.4.1 Principe et exécution

L'extinction du contrat, c'est-à-dire d'un rapport contractuel comprenant plusieurs obligations, doit être distinguée de l'extinction d'une obligation individuelle. La partie générale du Code des obligations ne traite pas spécifiquement de l'extinction du contrat. Quelques dispositions s'y rapportent toutefois, comme les art. 107 à 109 CO qui permettent au créancier de résoudre le contrat en cas de demeure du débiteur. La plupart des règles en la matière se trouvent donc dans la partie spéciale et concernent des rapports contractuels particuliers.

Dans le contrat d'entreprise, le maître a la possibilité de résoudre le contrat en cas de dépassement de devis (art. 375 CO) et en cas d'inexécution (art. 366 CO). Nous présentons ici trois autres causes d'extinction : l'exécution du contrat (point 9.2.1.), la résiliation du contrat par le maître (point 9.2.2.) et l'impossibilité d'exécuter (point 9.2.3.).

Les parties peuvent également décider de mettre fin à leur relation juridique par le biais d'un contrat résolutoire. Cette situation ne soulève pas de difficulté particulière puisqu'il y a accord entre les parties.

Le contrat prend en principe fin lorsque les parties ont exécuté leurs obligations respectives. C'est le mode ordinaire d'extinction de toute obligation (art. 68 ss CO). Sur cette base, un contrat d'entreprise prend donc fin lorsque l'entrepreneur a livré l'ouvrage et que le maître a payé le prix. Ainsi, seule la livraison finale vaut exécution et non la réalisation et la livraison de parties d'ouvrage ; les parties peuvent cependant s'écartez de ce régime en concluant plusieurs contrats distincts.

### 9.4.2 La résiliation du contrat

Une partie ne peut en principe pas se départir unilatéralement et sans motif d'un contrat. Les cocontractants peuvent toutefois déroger à cette règle. En outre, le législateur a prévu différentes exceptions.

Pour les contrats d'entreprise, le régime légal ordinaire figure à l'art. 377 CO. Le droit de résiliation n'est pas accordé aux deux parties. Seul le maître peut décider de faire exécuter ou non l'ouvrage. De son côté, l'entrepreneur, s'il ne s'exécute pas, tombe en demeure et en répond conformément aux règles sur l'inexécution. S'il résilie sur la base de l'art. 377 CO, le maître est tenu d'indemniser entièrement l'entrepreneur. Financièrement, ce dernier peut exiger d'être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, à savoir être payé pour le travail effectué et recevoir en plus un montant qui lui assure la marge (bénéfice) qu'il aurait réalisée si le contrat était allé à son terme. Conventionnellement, les parties peuvent toutefois exclure ou limiter l'indemnisation due en cas de résiliation.

La résiliation par le maître est soumise à deux conditions : l'ouvrage ne doit pas encore être achevé et le maître doit manifester sa volonté de résilier à l'entrepreneur. Cette déclaration unilatérale de résiliation n'a pas à être motivée.

A réception de la déclaration de résiliation, le contrat prend fin : les obligations contractuelles des parties s'éteignent. L'entrepreneur n'a ni l'obligation ni le droit de continuer les travaux, sous réserve de mesures urgentes pour éviter un préjudice. Le contrat se transforme alors en rapport de liquidation.

Cette résiliation sans motifs fondée sur l'art. 377 CO doit être distinguée des possibilités qu'offrent au maître les art. 366 et 375 CO de se départir du contrat à des conditions plus favorables, mais dans des situations spécifiques.

#### 9.4.3 L'impossibilité

Si postérieurement à la conclusion du contrat, l'exécution d'une obligation devient impossible, c'est en principe l'art. 119 CO qui s'applique : le contrat s'éteint. Afin de tenir compte des particularités du contrat d'entreprise, le législateur a prévu un système propre en cas de perte de l'ouvrage et/ou d'impossibilité :

- 1° Lorsque l'ouvrage périt (totalement ou partiellement) en raison d'un cas fortuit, l'entrepreneur ne peut réclamer ni le prix de son travail, ni le remboursement de ses dépenses, à moins que le maître ne soit en demeure d'en prendre livraison (art. 376 al. 1 CO). Il appartient en effet à l'entrepreneur d'assumer le risque de perte de l'ouvrage tant que la livraison n'a pas eu lieu. Si c'est le maître qui a fourni la matière, ce dernier assume toutefois la perte de cette dernière (art. 376 al. 2 CO).

#### Exemple

Un immeuble en construction est détruit par une lave torrentielle qui a détruit toute l'agglomération.

A noter que malgré la perte de l'ouvrage, celui-ci n'est bien souvent pas objectivement impossible à réaliser. Pour autant que les matériaux soient encore disponibles, l'entrepreneur doit alors recommencer et terminer l'ouvrage, sans rémunération complémentaire.

Ce régime est exigeant pour l'entrepreneur. La norme SIA 118 prévoit donc une dérogation qui vise une meilleure répartition du risque face aux cas fortuits. L'art. 187 al. 3 prévoit qu'en cas de perte totale de l'ouvrage, l'entrepreneur peut quand même prétendre à une rémunération équitable. Quant à l'art. 187 al. 6, il permet à l'entrepreneur en cas de perte partielle de demander une rémunération pour les prestations liées à la partie de l'ouvrage restée intacte.

- 2° Lorsque l'ouvrage périt en raison de faits imputables au maître, l'entrepreneur peut réclamer le prix du travail accompli et le remboursement des dépenses déjà consenties mais non comprises dans ce prix. Il a également droit à des dommages-intérêts pour les

autres préjudices subis, mais à la condition qu'il y ait faute du maître (art. 376 al. 3 CO). L'entrepreneur ne peut toutefois prétendre à une indemnisation que s'il a signalé les risques au maître au moment adéquat.

### **Exemples**

Sont des circonstances imputables au maître les défauts de la matière ou du terrain qu'il a fournis, l'inadéquation du mode d'exécution qu'il a choisi et imposé à l'entrepreneur (par le biais d'un mandataire) ou encore le travail défectueux d'un co-entrepreneur avec lequel il a contracté.

- 3° Si l'exécution de l'ouvrage devient par contre impossible par suite d'un cas fortuit survenu chez le maître, l'entrepreneur a droit au prix du travail fait et au remboursement des dépenses non comprises dans ce prix (art. 378 CO). En cas de faute du maître, des dommages et intérêts sont également dus à l'entrepreneur. Il n'a alors plus à réaliser l'ouvrage.

### **Exemple**

La maison à réparer est détruite. Il n'y a donc plus de travaux de réparation possibles.

- 4° Lorsque la prestation devient impossible en raison de circonstances liées à l'entrepreneur, sans que cela ne soit de sa faute, le contrat prend fin et le maître doit payer les parties déjà exécutées de l'ouvrage, s'il peut les utiliser (art. 379 CO).

### **Exemple**

Le décès de l'entrepreneur ou son incapacité justifient l'application de l'art. 379 CO.

## 10 La responsabilité civile de l'ingénieur et le rôle des assurances

### 10.1 Généralités

#### 10.1.1 La notion

La responsabilité **civile** désigne l'obligation faite à une personne de réparer le préjudice qu'elle a causé à autrui. On utilise généralement le qualificatif de « **civile** » ou « **délictuelle** » pour préciser qu'il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle de droit privé. En effet, en responsabilité civile, l'auteur du préjudice n'est pas (nécessairement) lié par un contrat, contrairement à la responsabilité dite « **contractuelle** » (voir § 10.4 ci-après). Certaines conditions de responsabilité et principes sont cependant semblables, de sorte que l'on peut y renvoyer dans une certaine mesure. La responsabilité civile doit également être distinguée de la responsabilité **pénale**, qui traite des sanctions imposées par l'Etat à ceux qui violent des prescriptions de la législation pénale. La responsabilité pénale sera abordée au Chapitre 11.

Le droit de la responsabilité civile désigne les normes juridiques qui déterminent à quelles conditions et dans quelle mesure une personne peut réclamer d'une autre la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a subi.

En soi, celui qui subit un préjudice doit le supporter personnellement, il en prend le risque ou contracte pour se prémunir une assurance particulière. Dans certains cas néanmoins, la loi impose à un tiers l'obligation de le réparer ; il faut pour cela une cause particulière (voir § 10.2 ci-après).

En droit de la construction, l'hypothèse peut par exemple être la suivante : un sujet, p.ex. un voisin, subi un préjudice du fait d'un glissement de terrain provenant du fonds en question ; il s'agit de savoir s'il peut exiger la réparation de son dommage au propriétaire du fonds, à l'ingénier en faute, ou à l'entrepreneur.

#### 10.1.2 Les sources

A la différence du reste du droit des obligations, le droit de la responsabilité a énormément évolué depuis l'entrée en vigueur du CO en 1912. C'est la raison pour laquelle ses dispositions sont éparpillées dans diverses normes législatives :

##### 1) La partie générale du Code des obligations.

Les règles principales se trouvent aux art. 41 à 61 CO, dont il faudrait rapprocher quelques règles spéciales du CC et du CO. Ces règles forment le chapitre deuxième du titre consacré à la formation des obligations. Comme déjà vu au § 1.3, la responsabilité délictuelle constitue une source légale génératrice d'obligations, aux côtés du contrat et de l'enrichissement illégitime.

Le principe général de la responsabilité délictuelle est que celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer (art. 41 al. 1 CO).

Parmi les autres principes généraux, édictés aux art. 42 à 53 CO, il convient de relever en particulier :

**Preuve** : La preuve du dommage incombe au demandeur (art. 42 al. 1 CO).

**Fixation du dommage** : Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO).

**Fixation de l'indemnité** : Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute (art. 43 al.1 CO).

**Devoir de réduire le dommage** : Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur (art. 44 al.1 CO).

**Dommages-intérêts en cas de mort** : Lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte (art. 45 al. 3 CO).

**Dommages-intérêts en cas de lésions corporelles** : En cas de lésions corporelles, la partie qui en est victime a droit au remboursement des frais et aux dommages-intérêts qui résultent de son incapacité de travail totale ou partielle, ainsi que de l'atteinte portée à son avenir économique (art. 46 al. 1 CO).

**Atteinte à la personnalité (tort moral)** : Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 49 al. 1 CO).

**Responsabilité plurielle** : Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice (art. 50 al. 1 CO).

**Légitime défense** : En cas de légitime défense, il n'est pas dû de réparation pour le dommage causé à la personne ou aux biens de l'agresseur (art. 52 al. 1 CO).

**Relation entre droit civil et droit pénal** : Le jugement pénal ne lie pas le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage (art. 53 al. 2 CO).

## 2) Les lois spéciales

De nombreuses règles spéciales de responsabilité civile ont été introduites dans des lois spéciales, pour des activités présentant un danger particulier. La plus connue est dans doute la responsabilité civile liée à la circulation routière (LCR), mais de très nombreuses autres lois contiennent des dispositions de responsabilité civile (non exhaustif): LCdF, LNI, LTV, LA, LIE, LTC, LRCN, LRaP, LExpl, LOA, LPE, LChP, LRFP, LVF, LPCC, SCSE, LGG, LAVI, LCA, LPGA, LPP.

Par exemple, l'art. 40b de la Loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF) prescrit à son alinéa 1 que : « *Le détenteur d'une entreprise ferroviaire répond du dommage si les risques caractéristiques liés à l'exploitation du chemin de fer ont pour effet qu'un être humain est tué ou blessé ou qu'un dommage est causé à une chose.* »

Pour être complet, il convient de signaler qu'il existe également des règles de droit public, qui régissent la responsabilité civile de la Confédération, des cantons et de leurs agents (par exemple LRCF, LAAM). Conformément à la répartition des compétences, il y a une loi fédérale et autant de lois cantonales que de cantons.

### 10.2 Les fondements de la responsabilité de l'ingénieur

La règle veut que chacun supporte en principe seul (ou avec l'aide de son assurance) les préjudices qu'il subit. Pour qu'il puisse exiger la réparation d'un tiers, il faut un motif particulier : un chef de responsabilité.

Dans le système suisse, on reconnaît traditionnellement trois sortes de chefs de responsabilité:

**1) La faute.** C'est le principe qui régit la responsabilité du fait personnel : celui qui a eu un comportement fautif doit assumer les conséquences qui en découlent. On parle de responsabilité subjective ou aquilienne (par référence à la lex Aquilia du droit romain).

**2) La violation objective d'un devoir de diligence.** Dans des conditions particulières, celui auquel on peut reprocher la violation objective - c'est-à-dire sans faute - d'un devoir imposé par l'ordre juridique est également tenu d'en réparer les conséquences. Le cas le plus important est la règle générale de responsabilité de l'employeur pour le fait d'un auxiliaire. D'autres cas fréquents sont lorsqu'une personne, de par son statut (par exemple un propriétaire ou le parent d'un enfant) doit exercer une certaine surveillance sur des personnes ou des choses afin d'éviter la survenance d'un préjudice. On dit ici que cette personne endosse

le **rôle de garant** et à ce titre, il est considéré comme normal qu'on lui impose une responsabilité plus stricte dès qu'il y a violation de ce devoir. On parle à leur sujet de responsabilités objectives simples.

**3) L'existence d'un risque qualifié.** Pour certaines activités présentant un risque particulier, la seule réalisation du risque, sans faute ni violation d'un devoir de diligence, entraîne l'obligation de réparer le préjudice qui en résulte. C'est par exemple le cas du détenteur de véhicule automobile. Il suffit qu'une personne exerce une activité à laquelle est attachée la responsabilité, pour que la loi l'oblige à réparer tout préjudice constituant la réalisation du risque envisagé. On parle à ce sujet de responsabilités pour risques ou de responsabilités objectives aggravées. Outre celle du détenteur de véhicule automobile, cette responsabilité aggravée se rencontre également dans les cas suivants (non exhaustif) :

- pour l'exploitant d'une installation électrique (Loi Fédérale LIE 27 ss),
- pour l'exploitant d'une entreprise de chemin de fer (Loi Fédérale LRespC 1 ss)
- pour l'exploitant d'une installation nucléaire (Loi Fédérale LRCN 3 ss).

Des exemples de ces divers régimes de responsabilités sont repris au tableau 3 de la page 168.

### 10.3 Les chefs de responsabilité en général (distinctions)

#### 10.3.1 La responsabilité pour le fait personnel

Le principe est celui de la responsabilité pour faute, aménagée par l'art. 41 CO.

##### Art. 41 CO

A. Principes Généraux	<sup>1</sup> Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.
I. Conditions de la responsabilité	<sup>2</sup> Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer.

Cette responsabilité est subordonnée aux quatre conditions suivantes :

##### (1) Un préjudice

La victime (le créancier) doit avoir subi un dommage (au sens large), appelé également préjudice.

Le préjudice peut comporter deux notions :

**a) Le dommage au sens strict.** C'est une diminution non voulue du patrimoine du lésé ; après l'événement dommageable, le patrimoine est diminué par rapport à ce qu'il aurait normalement été, soit à raison d'une perte subie, soit à raison d'un gain manqué. Cette diminution peut provenir d'une atteinte à la personne (dommage corporel), d'une atteinte aux biens (dommage matériel) ou d'une atteinte au patrimoine (dommage dit purement économique);

**b) Le tort moral.** Il désigne des souffrances physiques ou morales que subit la victime du fait d'une atteinte à sa personnalité. Si elle est assez grave, cette atteinte a les mêmes conséquences que le dommage au sens strict.

Lors du **calcul du préjudice** subi, le dommage pris en considération est le dommage concret, actuel (et éventuellement aussi le dommage futur prévisible), y compris ses intérêts après imputation des éventuels avantages acquis par la victime (prestations d'assurance ou éventuelle reprise de la valeur résiduelle de l'objet endommagé). On appréciera le contenu du dommage de manière différente suivant qu'il s'agit d'un dommage matériel, d'un dommage consécutif à des lésions corporelles (art. 46 CO) ou au décès d'une personne (art. 45 CO), ou encore d'un dommage économique.

Lors de la **fixation de l'indemnité**, le juge peut tenir compte des facteurs de réduction (selon l'art. 43 al.1 et 44 CO): avant tout, la faute ou le fait concomitant de la victime, parfois (dans la

seule responsabilité aquilienne) la légèreté de la faute de l'auteur, le cas fortuit et les conditions économiques et sociales des parties. La faute d'un tiers ne constitue pas un facteur de réduction, mais peut interrompre le lien de causalité ou faire apparaître la faute de l'auteur comme moins grave.

### (2) Un acte illicite

L'auteur du préjudice doit avoir agi **sans droit** et en l'absence de motifs légitimes tels que le consentement de la victime ou la légitime défense.

La pratique (majoritaire) suisse opte pour la conception objective de l'illicéité : un acte n'est illicite que s'il se heurte à une règle qui protège les intérêts d'autrui. Elle s'oppose à la conception subjective de l'illicéité selon laquelle tout dommage est illicite, à moins que son auteur ne puisse se prévaloir d'un motif justificatif.

### (3) Une faute

C'est l'élément essentiel. Il faut que l'on puisse reprocher à l'auteur d'avoir eu un comportement (action ou omission) contraire à une norme juridique. Le responsable n'a pas agi conformément à ce que l'on était en droit d'attendre de lui, soit qu'il ait **intentionnellement** violé un devoir, soit qu'il ait agi **par négligence** en ne faisant pas preuve de la diligence requise. Le comportement qu'il a eu (en fait) ne correspond pas à celui qu'aurait eu une personne raisonnable (en droit). Cette faute est soit celle de la personne physique visée, soit, au cas où l'on recherche une personne morale, celle d'un organe.

La faute comprend deux éléments:

- **un élément objectif** : la violation d'une norme de comportement ; ces normes sont énoncées par des lois (civiles ou pénales) et/ou par des ordonnances; à défaut, elles sont fixées par la jurisprudence ;
- **un élément subjectif** : la violation doit pouvoir être reprochée à l'auteur, ce qui suppose qu'il ait la capacité de discernement.

On distingue la faute intentionnelle (l'auteur a voulu le résultat) de la faute par négligence ; et, parmi celles-ci, entre les fautes graves et les fautes légères.

Cette distinction entre faute grave et faute légère est surtout importante en matière de contrat d'assurance (voir §10.7 ci-après).

Conformément à l'art. 8 CC (fardeau de la preuve), il appartient à la victime d'apporter la preuve de la faute.

Par exemple, un dépassement du coût des travaux est peut-être considéré comme une faute de l'ingénieur ou de l'architecte dans l'exemple ci-dessous :

#### Arrêt du Tribunal fédéral 4C.54/2006 - Dépassement du coût des travaux - violation du devoir de diligence - Responsabilité de l'architecte<sup>21</sup>

1. Pour exécuter correctement le mandat qui lui est confié, l'architecte a le devoir d'informer le maître sur tous les faits qui peuvent avoir une importance sur le déroulement des travaux. 2. Lorsqu'un budget maximal est fixé, l'architecte doit vérifier que le coût de ces travaux reste dans les limites du budget alloué. S'il remarque, ou devrait remarquer, que la limite fixée par le maître de l'ouvrage ne pourra être tenue, il doit interrompre les travaux et informer le maître de l'ouvrage afin de permettre des mesures propres à maintenir les coûts. 3. Si l'architecte manque à son devoir, il viole les instructions du maître et doit l'indemniser pour le dommage subi. 4. Le dommage correspond aux coûts supplémentaires que le maître voulait s'épargner avec ses instructions. Il consiste donc dans la différence entre la limite maximale des coûts fixée par le maître de l'ouvrage et le coût final des travaux. 5. L'architecte ne s'exonère pas en faisant valoir que les travaux n'étaient pas objectivement réalisables dans la limite budgétaire fixée par le maître. S'il omet de partager ses doutes sur la faisabilité financière du projet, l'architecte accepte d'exécuter le mandat et il ne peut pas ignorer le budget fixé. 6. Le fait que le maître de l'ouvrage soit représenté par un professionnel n'y change rien.

<sup>21</sup> Commentaires de Franz Werro, dans DC 2006, p. 170 n. 438.

#### (4) Un rapport de causalité

Il faut en effet un lien entre la faute et le préjudice. Le droit suisse exige à cet égard qu'il soit non seulement "naturel", mais aussi "adéquat".

**La causalité naturelle** est une relation telle que, sans le premier événement, le second ne se serait pas produit. En droit, la cause peut provenir d'un fait positif, mais également d'un fait négatif (p. ex. omission d'une mesure de précaution élémentaire). Il s'agit d'une question de fait.

#### **Exemple – Barrage du Zeuzier et galerie de sondage du tunnel du Rawyl**

En vue de la construction du tunnel de Rawyl, l'Etat du Valais décide de réaliser une galerie de sondage (galerie pilote). Le barrage du Zeuzier, qui se trouve à environ deux kilomètres en amont du portail de la galerie, se fissure. L'expertise révèle le lien de causalité naturelle entre le drainage du massif rocheux provoqué par l'excavation de la galerie de sondage et la fissuration du barrage.

**La causalité adéquate** vise tout fait qui, « *selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît généralement favorisée par le fait en question* »<sup>22</sup>. Il s'agit cette fois d'une question de droit.

#### **Exemple - Erreur de dimensionnement d'une paroi clouée en terrain meuble**

L'absence d'essais d'arrachement et une hypothèse de frottement latéral sol-clou trop favorable a conduit à la pose d'ancrages passifs trop courts. En cours d'excavation, les ancrages se sont descellés (résistance externe trop faible), ce qui a conduit à la rupture de la paroi clouée et à l'éboulement du terrain meuble qu'elle soutenait. Le mauvais dimensionnement de la paroi et la rupture qui a suivi sont en lien de causalité (naturelle et) adéquate.

La jurisprudence n'admet l'interruption du lien de causalité (contrôle de la causalité adéquate) que de manière restrictive, par exemple en cas de force majeure, de faute grave d'un tiers ou de la victime. La rupture (ou l'absence) du lien de causalité est souvent plaidée dans les litiges de responsabilité civile.

En plus des quatre conditions mentionnées ci-dessus, il convient de vérifier encore, comme pour tous actes juridiques, que **la prescription** n'est pas atteinte.

En cas de responsabilité fondée sur un acte illicite, le délai de prescription est de trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par dis ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé (art. 60 al. 1 CO). En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, le délai de prescription relatif reste de trois ans, mais celui absolu est de vingt ans (art. 60 al. 1<sup>bis</sup> CO).

Dans les contrats de construction, la prescription est de cinq ans pour la garantie pour les défauts (art. 371 CO ou art. 180 al. 1 SIA 118) et de dix ans pour les défauts cachés (art. 127 CO ou art. 180 al. 2 SIA 118). Le contrat peut cependant prévoir un délai de prescription plus court, mais en tous les cas, celui-ci ne sera pas inférieur à deux ans (art. 210 al. 4 CO).

#### **10.3.2 La responsabilité pour le fait d'autrui**

Une personne ne répond pas seulement de faits personnels ; elle peut aussi répondre pour le fait de ses auxiliaires. C'est le régime de la responsabilité dite de l'employeur, régi par l'art. 55 CO.

<sup>22</sup> ATF 112 II 439

Il ne peut y avoir de responsabilité que si le créancier a subi un dommage en rapport de causalité adéquate avec un acte illicite. Toutefois, comparé à la responsabilité pour le fait personnel, ce régime présente deux particularités :

**1) Le fait d'un auxiliaire.** Le dommage n'a pas été causé par la personne recherchée mais par un auxiliaire, c'est-à-dire toute personne à laquelle est confiée l'exécution d'une tâche, dans un rapport de subordination. L'employeur répond de ses auxiliaires dans la mesure où il a sur eux un droit et un devoir d'instruction et de surveillance. C'est le cas pour ses travailleurs et d'autres personnes en situation de dépendance. Ce n'est plus le cas pour des tiers (p.ex. les sous-traitants).

**2) Les preuves libératoires.** Lorsque ces conditions sont remplies, l'employeur est en principe responsable. Néanmoins, dans le système du droit suisse, il a encore la possibilité de tenter de se libérer en apportant la preuve que l'on ne peut lui faire aucun reproche. La jurisprudence se montre très sévère à cet égard.

La loi retient trois types de preuves libératoires, qui sont cumulatives, pour l'employeur :

- le choix : l'employeur doit avoir choisi un auxiliaire qui dispose des compétences et qualités pour exécuter le travail sans risque de dommage pour les tiers ;
- l'instruction : l'employeur doit avoir donné à son auxiliaire tous les moyens et instructions pour que celui-ci exécute son travail sans dommage pour les tiers ;
- la surveillance : l'employeur doit avoir surveillé ou mis en place un système de contrôle qui permet d'éviter tout dommage pour les tiers.

### 10.3.3 Quelques responsabilités spéciales

#### a) La responsabilité du propriétaire d'ouvrage

Selon l'**art. 58 CO**, le propriétaire d'ouvrage est soumis à une responsabilité objective simple du propriétaire, fondée sur la violation d'un devoir objectif de diligence. Cette violation se manifeste dans l'existence d'un défaut de l'ouvrage. Le caractère objectif de la responsabilité tient au fait qu'il n'est pas nécessaire qu'on puisse imputer cette violation au propriétaire. En outre, le propriétaire ne bénéficie pas de preuves libératoires.

#### b) La responsabilité du propriétaire d'immeuble

Le propriétaire d'un immeuble est soumis en vertu de l'**art. 679 CC** à une responsabilité objective simple pour les dommages qui sont le résultat d'un excès dans l'usage de son droit. Pour déterminer s'il y a excès, il faut se rapporter aux dispositions des droits réels sur le voisinage (art. 684 ss CC). A nouveau, il s'agit d'une responsabilité pour les risques que le propriétaire fait courir aux tiers. Le propriétaire répond indépendamment de son fait personnel ou de son incapacité de discernement.

#### c) La responsabilité du détenteur de véhicule automobile.

Elle est régie par les art. 58 ss de la Loi fédérale du 19.12.1958 sur la circulation routière (= LCR). Il s'agit d'une responsabilité objective aggravée, attachée à celui qui exerce la maîtrise sur le véhicule. Il suffit que le préjudice soit causé par un véhicule à l'emploi pour que la responsabilité soit engagée ; à défaut, il faut en plus une faute ou une défectuosité du véhicule.

La notion de véhicule comprend aussi les engins de chantier, pour autant que ceux-ci se déplacent sans suivre une voie ferrée (art. 7 LCR). A noter qu'ils restent soumis à l'art. 58 ss LCR même lorsqu'ils circulent exclusivement à l'intérieur du périmètre d'un chantier et non sur la voie publique, pour peu qu'ils aient réalisé le risque typique d'un véhicule<sup>23</sup>

<sup>23</sup> ATF 77 II 58 (traduction dans le JdT 1951 I451)

#### 10.3.4 Les effets de la responsabilité

L'effet principal de la responsabilité est qu'elle fait naître une obligation et donne à la victime une créance contre le responsable.

Si celui-ci refuse de payer sa dette, il y sera condamné par jugement. Le jugement est un titre de mainlevée définitive qui ouvre ensuite la voie à la poursuite ou faillite si le débiteur se refuse toujours et encore à payer. Généralement, les parties se mettent le plus souvent d'accord sans procès et adoptent une convention d'indemnisation. Si tel n'est pas le cas, un procès civil (voir Chapitre 12) peut être intenté par la partie qui s'estime lésée.

Le montant de la créance, fixé par le juge, sera alors déterminé sur la base de deux considérations suivantes :

##### 1) Le montant du dommage

C'est la perte totale subie par la victime. C'est également le montant maximum auquel elle a droit. Il lui appartient d'établir, par tous moyens de preuve, la perte qu'elle a effectivement subie ; elle pourra au besoin recourir à des expertises.

Pour le tort moral, les principes sont différents, puisque les souffrances sont par nature incommensurables. Le juge est en droit de fixer ces indemnités en équité, en fonction de l'échelle généralement appliquée en Suisse par les tribunaux, avant tout par le Tribunal fédéral. Il est rare qu'en Suisse, l'indemnité pour tort moral dépasse 30'000 CHF.

##### 2) Le montant de l'indemnité.

En droit suisse, le juge a le droit de fixer l'indemnité en équité. Il n'est donc pas tenu de l'arrêter au montant total du dommage ou du tort moral. Il peut en effet tenir compte de facteurs de réduction.

Le facteur de réduction le plus important est la faute (concomitante) de la victime ; si elle a elle-même participé à la survenance ou à l'aggravation du préjudice, elle doit en assumer personnellement sa part.

L'indemnité porte intérêts, en principe à 5% (art. 73 al. 1 CO), à compter du jour où s'est produit l'événement dommageable (afin de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne normalement).

## 10.4 La responsabilité contractuelle (rappel)

Le régime de la responsabilité civile n'est pas le même que celui de la responsabilité contractuelle. La principale différence réside dans le fait que la faute est présumée dans la responsabilité contractuelle (art. 97 CO), alors qu'il appartient au lésé de prouver la réalisation de cette condition dans la responsabilité délictuelle (art. 41 CO).

Lorsqu'un contrat est établi entre deux co-contractants et que l'un deux causes, dans l'accomplissement de ses obligations (contractuelles) un préjudice à l'autre, le régime de la responsabilité contractuelle complète celui de la responsabilité délictuelle. Il peut arriver qu'un même comportement engage à la fois la responsabilité contractuelle et délictuelle de son auteur. Le cas échéant, on parle de « concours de responsabilité ».

L'art. 97 CO fixe les bases de la responsabilité contractuelle :

### Art. 97 CO

- |                               |  |
|-------------------------------|--|
| A. Inexécution                | <sup>1</sup> Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. |
| I. Responsabilité du débiteur |  |
| 1. En général                 | <sup>2</sup> Les dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite et du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC) s'appliquent à l'exécution.   |

En matière de contrat d'entreprise, les droits du maître en cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage et l'action en réparation du dommage consécutif au défaut (CO 368 II *in fine*) qui en découle ne sont que des formes particulières de l'action contractuelle en dommages-intérêts aménagée par les art. 97 ss CO. Le fardeau de la preuve du dommage incombe au maître de l'ouvrage et ce dommage doit être en lien de causalité naturelle et adéquate avec le défaut de l'ouvrage.

A s'en tenir au texte de l'art. 97 al. 1 CO, toute action en responsabilité contractuelle exige d'abord que soient réunies trois conditions générales, auxquelles s'ajoute un chef de responsabilité, soit pour son fait personnel, soit pour le fait d'autrui.

#### (1) Un préjudice

Le préjudice consiste en une diminution non voulue du patrimoine d'une personne. Dans le prolongement de ce qui vaut en responsabilité civile, on en distingue deux aspects :

**1) Le dommage au sens strict.** C'est la diminution involontaire du patrimoine d'une personne. Cette diminution comprend toutes les incidences que l'inexécution ou la violation du contrat ont eues sur le patrimoine du créancier, à savoir la valeur de la prestation due, les frais encourus et tout autre dommage résultant de l'inexécution (cf. art. 208 CO). Selon la conception classique, elle correspond à la différence entre le patrimoine actuel et le patrimoine hypothétique sans l'événement dommageable (théorie de la différence).

Il est une distinction qui est essentielle en droit des contrats : lorsque la relation contractuelle prend fin sans que le contrat ait été exécuté, la loi distingue deux sortes de dommage :

a) **Le dommage négatif** (ou intérêt négatif). Il correspond à l'intérêt qu'avait le créancier à ce que le contrat ne soit pas conclu (p. ex. art. 26 al. 1 CO), c'est en quelque sorte un dommage pour la confiance qu'avait créé la conclusion du contrat (*reliance damages*). Ce dommage comprend donc toutes les pertes que le créancier a éprouvées (voire les gains qu'il a manqués) en raison de la négociation et de la conclusion du contrat envisagé ; sa situation doit correspondre, si l'indemnisation est totale, à celle qui eût été la sienne si les parties n'avaient jamais conclu de contrat.

b) **Le dommage positif** (ou intérêt positif). Il correspond à l'intérêt qu'avait le créancier à ce que le contrat soit exécuté. La loi s'y réfère notamment en donnant au créancier un droit à des dommages-intérêts « plus considérables » (p. ex. art. 26 al. 2 CO ou art. 39 al. 2 CO). C'est

en quelque sorte l'absence de ce que représentait l'exécution pour le créancier (expectation damages). Ce dommage comprend toutes les pertes que subit le créancier du fait que le contrat n'a pas été exécuté ; sa situation doit correspondre, si l'indemnisation est totale, à celle qui eût été la sienne si le contrat avait été exécuté.

**2) Le tort moral.** Il s'agit d'une compensation pour les souffrances physiques ou psychiques ressenties par la victime à la suite d'une atteinte à sa personnalité. Ce préjudice est aussi pris en compte en matière contractuelle et joue surtout un rôle en cas de violation positive du contrat (p. ex. lésions corporelles subies par le patient mal soigné ou mal opéré ; atteinte à la personnalité de l'employé licencié dans des conditions choquantes).

### (2) La violation du contrat

L'action en responsabilité n'est donnée que si le débiteur a violé l'obligation lui incombeant. Dans un sens large, il doit avoir agi «de manière illicite», contrairement au comportement qu'il avait promis.

Il convient de faire la distinction entre deux types de violations :

**1) L'inexécution du contrat au sens strict,** c'est-à-dire lorsque l'obligation n'est pas exécutée du tout (inexécution) ou qu'elle ne l'est qu'imparfaitement (l'exécution imparfaite). Dans ce cas, l'indemnité accordée au créancier se substitue à la prestation que lui devait le débiteur. Les dommages-intérêts « tiennent lieu » d'exécution.

**2) La violation positive du contrat.** Ce sont toutes les violations du contrat autres que l'inexécution du contrat au sens strict, qui causent un préjudice au créancier. La personne recherchée a donc violé un devoir relatif qui lui était imposé par l'obligation contractuelle liant à son cocontractant : il fait quelque chose dont il devrait s'abstenir (p. ex. il brise un aquarium en livrant les meubles commandés par le créancier). La violation peut concerter une obligation principale ou (le plus souvent) un devoir accessoire découlant du contrat.

#### **Exemple : la violation d'un contrat d'ingénieur**

La violation d'un contrat d'ingénieur est un acte illicite. Cette violation recouvre tout ce qui est écrit dans le contrat (non seulement le texte du contrat, mais aussi ses annexes et les normes, règlement et conditions générales qui ont valablement été intégrés au contrat) mais cela couvre également tout ce qui est implicite, comme par exemple le respect d'une norme technique non expressément mentionnée dans le contrat, mais représentative des règles de l'art de construire.

À titre d'exemples, la détermination de la résistance à l'effort tranchant des dalles sans armature d'effort tranchant selon art. 4.3.3.2 de la norme SIA 262 (2013) ou le dimensionnement d'un ancrage précontraint selon le § 10.1 de la norme SIA 267 (2013) sont des articles qui représentent les règles de l'art techniques selon la société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA), que ces normes aient été intégrées au contrat ou non.

A moins de démontrer scientifiquement leurs inexactitudes ou à moins que d'autres normes comparables, par exemple les Eurocodes, aient été préférées et intégrées au contrat, un ingénieur qui ne respecte pas les normes techniques de la profession viole son contrat d'ingénieur.

### (3) Un rapport de causalité

Il doit exister un lien de causalité entre l'inexécution (ou la violation) de l'obligation et le préjudice. En responsabilité extra-contractuelle, on distingue traditionnellement deux aspects, que l'on retrouve également ici :

**1° La causalité naturelle.** L'inexécution (ou la violation) doit être une cause nécessaire du préjudice que le créancier prétend avoir subi ; sans cette inexécution (ou violation), le préjudice ne se serait pas produit (*condicio sine qua non*). Il s'agit d'un élément de fait que le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire.

**2° La causalité adéquate.** Une cause naturelle n'est toutefois retenue que si le lien de causalité est qualifié : On dit alors qu'il doit être « adéquat ». Il faut pour cela que, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la cause envisagée ait été propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraissait de façon générale favorisée par l'inexécution.

En présence d'une omission, la notion de causalité doit être aménagée, puisque « rien ne peut venir de rien » (ex nihilo nihil fit) et qu'en soi une omission ne peut produire un dommage. On examinera alors la **causalité hypothétique** et on se demandera si, sans l'omission (autrement dit si l'auteur avait agi) le dommage aurait pu être évité, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie.

#### (4) La faute

Comme il a été vu plus haut dans la responsabilité délictuelle, pour que le débiteur soit rendu personnellement responsable, il faut que l'on puisse lui reprocher une faute. La particularité essentielle du régime contractuel (art. 97 CO) par rapport au régime délictuel (art. 41 CO) tient au fait que **la faute est présumée** (cf. art. 97 al. 1 CO, 2ème partie de phrase : « *le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable* »). La loi effectue ce que l'on appelle juridiquement un renversement du fardeau de la preuve.

En conséquence, lorsque des parties sont liées par contrat, qu'un préjudice résultant d'une inexécution ou d'une violation du contrat existe et que le lien de causalité (naturelle et adéquate) est avéré, il est indéniablement plus favorable pour la victime d'engager la responsabilité du débiteur sur la base de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO) que celle délictuelle (art. 41 CO). En effet, en responsabilité contractuelle, la faute étant présumée, ce n'est donc pas au lésé de prouver qu'il y a eu faute, mais c'est au contraire au débiteur de prouver qu'aucune faute n'a été commise. À défaut de pouvoir apporter cette preuve, sa responsabilité sera donc engagée et son obligation de réparer sera effective.

Conformément à l'art. 101 al. 1 CO, l'entrepreneur doit répondre des dommages que ses sous-traitants causent au maître de l'ouvrage. Cependant, en droit suisse et dans les limites de la loi (art. 19 CO), il est possible de prévoir contractuellement de s'exonérer entièrement de sa propre responsabilité pour faute légère (art. 100 al. 1 *a contrario*) et entièrement de sa responsabilité pour le fait de ses auxiliaires selon l'art. 101 al. 2 CO, que la faute des auxiliaires soit légère ou grave, intentionnelle ou non<sup>24</sup>.

#### Art. 100 CO

2. Convention exclusive de la responsabilité

<sup>1</sup> Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave.

[...]

#### Art. 101 CO

3. Responsabilité pour des auxiliaires

<sup>1</sup> Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail.

<sup>2</sup> Une convention préalable peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires.

[...]

<sup>24</sup> ATF 91 I 223, c. 2c

Excusus : art. 41 vs art. 97 CO :

Pour une partie de la doctrine, la délimitation des champs d'application respectifs des art. 41 ss et 97 ss CO ne devrait pas se fonder sur l'existence ou non d'un contrat, mais sur le genre d'obligations et de devoirs qu'il s'agit de sanctionner. En d'autres termes, il faut distinguer les obligations de résultat, pour lesquelles il y aurait violation contractuelle selon l'art. 97 CO lorsque le résultat promis n'est pas atteint, et les obligations de diligence (ou de moyens), pour lesquelles la diligence s'apprécie indépendamment du lien (contractuel ou non) entre deux parties. Cette conception se comprend aisément sur la base des exemples suivants : un médecin qui s'engage par contrat à soigner un patient ne doit pas plus de diligence que celui qui réalise des soins en dehors d'une relation contractuelle. L'existence ou non d'un contrat ne devrait pas modifier les règles concernant le devoir de diligence du médecin. De manière similaire, un avocat commis d'office ne devrait pas être plus ou moins diligent qu'un avocat mandaté professionnellement par son client.

Voici un exemple qui illustre la potentielle responsabilité contractuelle de l'ingénieur et qui met l'accent sur le calcul du dommage.

**Arrêt du tribunal fédéral 4A\_541/2014 du 1er avril 2015 – Tassement d'une piscine à Yverdon-les-bains - Responsabilité de l'ingénieur selon l'art. CO 97**

La commune d'Yverdon-les-Bains conclut deux contrats d'ingénier civil avec un ingénieur pour la reconstruction de sa piscine. Elle confie par ailleurs l'étude géotechnique de la faisabilité du projet à un géotechnicien. L'ingénieur propose à la commune de remplacer les pieux de 35 m de long prévus par le géotechnicien par des pieux de 12 m. La commune donne suite à cette proposition. Peu de temps après sa mise en service, la piscine subit des tassements. La commune ouvre alors action contre le géotechnicien et l'ingénieur. La première instance cantonale vaudoise rejette la demande dirigée contre le premier et condamne le second à réparer le dommage. Sur recours de l'ingénieur, la seconde instance libère celui-ci de toute responsabilité. La commune attaque cette décision devant le Tribunal fédéral qui rejette le recours. En ce qui concerne le préjudice, le Tribunal fédéral reprend la motivation de la Cour cantonale: la commune subit un dommage de CHF 378 947.85, car la solution de fondations avec des pieux qui mesurent 12 m de long est à l'origine des tassements. Toutefois, la commune doit se laisser imputer ce qu'auraient coûté des fondations plus profondes avec des pieux de 35 m, comme le géotechnicien les avait proposés, solution plus chère de CHF 500 000 (consid. 3.1). La question de savoir si des solutions moins chères à celle de pieux de 35 m étaient préférables est une question de fait qui ne peut faire l'objet d'un examen du Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire (consid. 4.1). S'agissant du lien de causalité, le Tribunal fédéral se réfère à l'appréciation de l'autorité cantonale. Celle-ci a jugé que les tassements seraient également survenus avec une solution de pieux plus longs (consid. 3.2).

**Note<sup>25</sup>:** Cet arrêt illustre une fois encore l'importance de la notion de dommage en droit de la réparation. Le dommage ici retenu correspond à la différence entre la situation actuelle de la fortune et celle qui existerait sans l'événement dommageable. Appliquée au cas d'espèce, cette approche conduit le Tribunal fédéral à nier l'existence d'un dommage. Si l'ingénieur avait opté pour des pieux de 35 m de long au lieu de 12 m, les coûts de construction auraient augmenté de CHF 500 000. Par conséquent, le Tribunal fédéral considère que la mauvaise exécution du contrat par l'ingénieur n'a pas appauvri le propriétaire. Il relève en effet que les frais de remise en l'état, estimés à CHF 378 947.85, sont inférieurs à l'économie réalisée par rapport à une exécution conforme au contrat. En complément, la solution du Tribunal fédéral appelle à notre avis deux remarques. La première concerne la quotité du dommage. Sur ce point, l'arrêt du Tribunal fédéral reprend le calcul de la Cour cantonale. Le montant du dommage correspond aux frais de remise en état et aux frais de géomètre et frais d'études, sous déduction du prix de goulottes réglables. Le calcul ne tient toutefois pas compte d'une éventuelle perte de gain que pourrait avoir subi l'exploitant de la piscine en raison des travaux de réfection. Or, la prise en compte d'une telle perte – pour autant qu'elle existe – a évidemment pour conséquence d'augmenter le montant du dommage.

<sup>25</sup> Note de Franz Werro, dans DC 2015, Nr. 582.

## 10.5 Le cas particulier de la responsabilité pour la confiance

A côté de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO) et de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO), la jurisprudence a développé un troisième type de responsabilité, appelé la responsabilité pour la confiance.

Le fondement est que celui dont la confiance légitime a été déçue et qui subit de ce fait un dommage a droit à sa réparation par celui qui a générée cette confiance. Celle-ci suppose un rapport particulier de confiance entre l'auteur de l'atteinte et le destinataire. Le premier doit avoir provoqué, puis déçu de manière contraire à la bonne foi, des attentes déterminées et concrètes du second ; son comportement doit avoir été propre à éveiller de telles attentes. Le régime est dans le prolongement direct du respect des règles de la bonne foi (art. 2 CC) et du principe de la confiance (cf. § 1.1.4).

Les cas les plus classiques sont liés à la responsabilité précontractuelle. Les pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat sont un cas de rapport particulier de confiance entre deux personnes. Même avant la conclusion du contrat et la naissance de droits et d'obligations entre les parties, celles-ci sont donc tenues de se comporter selon les règles de la bonne foi. La responsabilité fondée sur la confiance est donc subsidiaire par rapport à la responsabilité contractuelle. Il en résulte en particulier qu'une responsabilité fondée sur la confiance ne peut exister que si le principe de la confiance ne conduit pas à imputer aux parties une offre ou une acceptation et, par conséquent, la conclusion d'un contrat.

## 10.6 Synoptique des principales responsabilités

Le préjudice et le lien de causalité sont les deux conditions générales qui se retrouvent systématiquement dans tous les cas de responsabilité civile, aux numéros 1) et 2) des conditions évoquées dans la dernière colonne du tableau 3 ci-dessous :

Type de responsabilité	Base légale	Nature de la responsabilité	Conditions (générales + spécifiques)
La responsabilité civile	Responsabilité délictuelle (principe général)	Art. 41 CO	Responsabilité subjective 1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un acte illicite 4) Une faute
	La responsabilité du propriétaire d'ouvrage	Art. 58 CO	Responsabilité objective simple 1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un propriétaire d'ouvrage 4) Un bâtiment/ouvrage 5) Un défaut de l'ouvrage
	La responsabilité du propriétaire d'immeuble	Art. 679 CC	Responsabilité objective simple 1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un sujet de responsabilité 4) La qualité pour agir 5) L'excès dans l'exercice du droit de propriété (atteintes ou omission)
	La responsabilité du détenteur d'un véhicule automobile	Art. 58 ss LCR	Responsabilité objective aggravée 1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un détenteur 4) La réalisation du risque
	La responsabilité de l'exploitant d'un ouvrage d'accumulation	Art. 14 LOA	Responsabilité objective aggravée 1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un exploitant d'ouvrage d'accumulation 4) La réalisation du risque inhérent à l'écoulement de grandes quantités d'eau, de boues ou d'autres matériaux
	La responsabilité de l'entreprise ferroviaire	Art. 40b LCdF	Responsabilité objective aggravée 1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Une entreprise ferroviaire 4) La réalisation du risque lié à l'exploitation ferroviaire
	La responsabilité de l'employeur	Art. 55 CO	Responsabilité objective simple 1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un employeur et un auxiliaire 4) Acte illicite de l'auxiliaire au travail 5) Absence de preuves libératoire
La responsabilité contractuelle	Art. 97 CO	Responsabilité subjective	1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un acte illicite = violation du contrat 4) Une faute (qui est présumée)
La responsabilité basée sur le principe de la confiance	Art. 2 CC	Responsabilité subjective	1) Un préjudice 2) Un lien de causalité + 3) Un violation du principe de la confiance

Tableau 3 : Quelques exemples de types de responsabilités

## 10.7 Le rôle des assurances

Dans un cas de responsabilité civile ou contractuelle, l'obligation de réparer le préjudice concerne en général exclusivement la victime et la personne recherchée (en responsabilité). Dans la pratique, les assurances jouent un rôle central et interviennent en lieu et place des parties concernées dans le cadre du litige qui peut survenir entre le lésé d'une part et l'auteur du dommage d'autre part. Le risque lié à la réalisation de certaines activités professionnelles peut être couvert par une assurance de responsabilité civile. L'intervention des assurances présente l'avantage pour le lésé de pouvoir réclamer la réparation de son préjudice auprès d'une entité disposant d'importantes ressources financières (principe du « deep pocket »).

**1) L'assurance directe de la victime.** Elle prendra en charge, selon le contrat ou les dispositions légales applicables, le préjudice subi par la victime. C'est le cas des assurances-accidents, des caisses de pension, des assurances-incendie, des assurances-casco. Dans la majeure partie des cas, l'assureur qui a indemnisé la victime peut recourir contre la personne responsable. Le droit de la responsabilité civile sert dans ce cas à poser une partie des conditions du recours de l'assureur direct. Il peut s'agir d'assurances sociales ou d'assurances privées (voir § 10.7.1 pour la définition de ces types d'assurance).

**2) L'assurance de responsabilité civile** (assurance RC). Elle supporte, selon le contrat, l'obligation que l'assuré doit assumer envers un tiers du fait de sa responsabilité civile. Ainsi, le maître ou l'entrepreneur qui ont conclu une assurance RC pour le cas où ils devraient répondre à l'égard d'un tiers. Dans ce cas, le droit de la responsabilité civile indique à quelles conditions l'assureur doit intervenir. Il s'agit exclusivement d'assurances privées.

Dans le domaine de la construction, l'assurance RC est rendue obligatoire selon l'art. 26 de la norme SIA 118 :

### Art. 26 SIA 118

Obligation d'assurance de l'entrepreneur

<sup>1</sup> L'entrepreneur doit s'assurer contre les risques de sa responsabilité civile à l'égard des tiers. Sur demande, il apporte la preuve qu'il a satisfait à cette obligation. L'assurance doit couvrir sa responsabilité pour toutes les personnes qu'il emploie et s'étendre aux droits de recours éventuels de tiers. Le maître peut indiquer dans le dossier d'appel d'offres le montant minimal d'assurance.

<sup>2</sup> Si l'entrepreneur estime que le maître pourrait encourir des responsabilités spéciales à l'endroit des tiers, notamment comme propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) ou de biens-fonds (art. 679 CC), il invite le maître, au cas où celui-ci ne peut lui-même se rendre compte des risques qu'il court, à conclure une assurance couvrant sa responsabilité de propriétaire.

### 10.7.1 Le contrat d'assurance

#### La notion

Le droit des assurances au sens large désigne l'ensemble des règles régissant l'organisation des assurances et le fonctionnement de leurs relations juridiques avec les assurés. Il existe de plus en plus d'assurances.

Elles peuvent être classées fondamentalement dans deux catégories:

**1) Les assurances sociales**, aménagées par le droit public, qui protègent la population contre les atteintes les plus graves qui peuvent toucher toute personne : la maladie, les accidents, la vieillesse, le veuvage, le chômage ; il n'en sera pas spécialement question dans cette introduction, en dépit de l'importance qu'elles ont partout, y compris dans le domaine de la construction;

**2) Les assurances privées**, qui protègent la personne contre d'autres atteintes ; elles sont en principe facultatives, mais peuvent parfois être rendues obligatoires par la loi ; elles sont régies par le droit privé, puisqu'elles supposent l'existence d'un contrat d'assurance.

C'est d'elles qu'il sera question dans ce chapitre. Le contrat d'assurance est le contrat par lequel une partie (le preneur d'assurance) se fait promettre par une autre (l'assureur), pour elle-même ou pour un tiers (l'assuré), une prestation économique en cas de réalisation d'un risque appelé le sinistre, et ce en contrepartie d'une prestation pécuniaire appelée la prime.

Il met donc en présence, suivant les cas, deux ou trois personnes : l'assureur, le preneur d'assurance et l'assuré. L'assuré correspondra le plus souvent au preneur d'assurance, mais rien n'empêche celui-ci de conclure une assurance en faveur de tiers.

Le contrat d'assurance permet à une personne de se prémunir contre les effets des infortunes qui peuvent l'atteindre dans sa personne, ses biens ou son patrimoine. Le fonds constitué par l'ensemble des primes encaissées servira à indemniser ceux des assurés qui seront effectivement victimes des risques assurés par le groupe.

### Les sources

Le contrat d'assurance est un contrat de droit privé, qui n'est cependant pas régi par le CO, mais qui a fait en plus l'objet d'une loi spéciale : la Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (= LCA), qui ne s'applique pas à tous les contrats d'assurance privée, mais en principe à ceux dont il sera question ci-après.

La LCA est une loi ancienne, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1910. En dépit de son âge, elle a jusqu'ici plus ou moins bien supporté l'épreuve du temps et n'a subi que trois modifications. La LCA contient des règles de droit impératif, dont certaines sont absolument impératives (les parties ne peuvent absolument pas adopter une règle différente dans leur contrat, art. 97 LCA) et d'autres relativement impératives (les parties ne peuvent pas adopter une règle différente au détriment du preneur ou de l'assuré, art. 98 LCA). Le Code des obligations reste applicable, mais à titre supplétif (cf. art. 100 LCA); il en va de même du Code civil.

Pour l'essentiel toutefois, les contrats d'assurance sont réglés par les conditions générales d'assurances (= CGA). Il s'agit d'authentiques conditions générales soumises aux règles habituelles du droit des contrats et à quelques dispositions spéciales de la LCA.

### Quelques distinctions

Il existe plusieurs distinctions parmi les assurances, qui sont (en partie) reprises par la LCA :

#### **1) Les assurances-dommages et les assurances de sommes.**

Elles se différencient par la nature des prestations servies par l'assurance en cas de sinistre:

- l'assurance-dommages couvre, dans la limite des montants d'assurance, les préjudices que l'ayant droit a effectivement subis, et dont le montant est spécialement calculé ou forfaitairement fixé par le contrat; ainsi en cas d'incendie, l'assureur paie le montant effectif des dégâts ;

- l'assurance de sommes garantit un montant déterminé en cas de réalisation du sinistre, indépendamment de l'importance réelle de celui-ci; ainsi, l'assureur-vie accepte de verser le montant contractuel au décès de l'assuré. Il n'en sera plus question dans notre contexte.

#### **2) Les assurances de personnes, les assurances de choses et les assurances du patrimoine.**

La distinction repose sur l'objet du risque assuré :

- dans l'assurance de personnes, le sinistre concerne toute atteinte qui peut être portée à la santé, à l'intégrité corporelle ou à la vie d'une personne ; c'est p.ex. le domaine des assurances-vie, des assurances-décès, des assurances-accidents et des assurances-maladie;

- dans l'assurance de choses, le sinistre concerne les biens matériels d'une personne, avant tout ses meubles et ses immeubles; c'est p.ex. le domaine de l'assurance-casco, des assurances-incendie, voire des assurances des travaux de construction ;

- dans l'assurance du patrimoine, le sinistre concerne le patrimoine d'une personne qui peut se trouver diminué lorsque surviennent certains événements ; il s'agit avant tout de l'obligation de verser des indemnités en raison de la responsabilité civile ou de l'interruption d'exploitation d'une entreprise.

### 3) L'assurance directe et l'assurance en faveur de tiers.

La distinction repose sur la personne protégée :

- l'assurance dite directe est celle que le preneur conclut pour le cas où il serait victime d'un sinistre; c'est avant tout le cas de l'assurance-accidents;
- l'assurance en faveur de tiers est conclue, comme son nom l'indique, pour le cas où une autre personne serait victime d'un préjudice. Très indirectement, ce peut aussi être le cas de l'assurance de responsabilité civile, puisque la victime peut bénéficier de la prestation de l'assurance, en tout cas lorsqu'il y a droit d'action directe.

#### 10.7.2 Les obligations des parties

L'assureur a l'obligation de payer à l'assuré l'indemnité convenue en cas de sinistre, tandis que l'assuré a lui pour obligations principales d'une part de déclarer les risques (art. 4 LCA) lors de la conclusion du contrat et d'autre part de payer dans les délais les primes d'assurances (art. 19 LCA).

Le sinistre, c'est l'événement qui réalise le risque contractuellement couvert. Ce risque est décrit dans le contrat qui doit également énoncer clairement les cas qui en sont exclus (art. 33 LCA). Cela explique les longues énumérations que l'on trouve dans les CGA.

La LCA réglemente les circonstances qui autorisent l'assureur à réduire, voire à refuser ses prestations. Certaines ne sont pas en rapport direct avec le sinistre (p.ex. le défaut de paiement de la prime); d'autres y sont étroitement liées: il s'agit principalement du sinistre causé par la faute du preneur ou de l'assuré.

L'assureur peut en effet refuser d'effectuer sa prestation ou la réduire si le sinistre a été provoqué intentionnellement ou par faute grave, selon l'art. 14 al. 2 LCA :

#### Art. 14 LCA

Sinistre causé par faute<sup>1</sup> L'assureur n'est pas lié si le sinistre a été causé intentionnellement par le preneur d'assurance ou l'ayant droit.

<sup>2</sup> Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit a causé le sinistre par une faute grave, l'assureur est autorisé à réduire sa prestation dans la mesure répondant au degré de la faute.

<sup>3</sup> Si le sinistre a été causé intentionnellement ou par faute grave soit par une personne qui fait ménage commun avec le preneur d'assurance ou l'ayant droit, soit par une personne des actes de laquelle le preneur ou l'ayant droit est responsable, et si le preneur ou l'ayant droit a commis une faute grave dans la surveillance de cette personne ou en engageant ses services ou en l'admettant chez lui, l'assureur est autorisé à réduire sa prestation dans la mesure répondant au degré de la faute du preneur ou de l'ayant droit.

<sup>4</sup> Si le sinistre est dû à une faute légère du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, ou si ces personnes se sont rendues coupables d'une faute légère dans le sens de l'al. précédent, ou encore si le sinistre est dû à une faute légère de l'une des autres personnes mentionnées dans ce même alinéa, la responsabilité de l'assureur demeure entière.

En revanche, l'assureur ne peut refuser la garantie en cas de faute légère (art. 98 LCA). La règle a un caractère relativement impératif. Il existe une abondante jurisprudence sur la notion de faute grave ; il s'agit de celle qui est commise en violation des règles élémentaires de prudence : le preneur d'assurance ou l'ayant droit a négligé de prendre les précautions dont la nécessité devait paraître évidente à toute personne raisonnable placée dans la même situation (voir exemple ci-dessous). Il incombe à l'assureur de prouver l'existence d'une faute grave, ainsi que le lien de causalité entre la faute et le sinistre.

Selon la doctrine et la jurisprudence, il y a faute grave en cas de faute commise intentionnellement ou de manière gravement négligente, lorsque le comportement est objectivement ou subjectivement inexcusable.

La négligence est constitutive d'une faute grave lorsque l'auteur a violé les règles plus élémentaires de la prudence, en négligeant des précautions qui, dans les mêmes circonstances, se seraient imposées à toute personne raisonnable.

A l'inverse, la faute légère se définit comme le comportement objectif ou le manquement subjectif qui, sans être acceptable, n'est pas particulièrement répréhensible. Pour trancher la question de savoir si une faute doit être considérée de grave ou de légère, il convient de mesurer la gravité des manquements commis par l'auteur du dommage. Cet exercice peut être difficile en pratique.

#### Arrêt non publié du Tribunal fédéral 5C.175/2003 du 24.02.2004 – Notion de faute grave

Considérant 5.5 .1. L'art. 14 al. 2 LCA prévoit que si le preneur d'assurance ou l'ayant droit a causé le sinistre par une faute grave, l'assureur est autorisé à réduire sa prestation dans la mesure répondant au degré de la faute. **Selon la jurisprudence, commet une faute grave celui qui viole un devoir élémentaire de prudence dont le respect s'impose à toute personne raisonnable placée dans la même situation.**

La faute grave ne s'oppose pas seulement à la faute légère, mais aussi à la faute intermédiaire ou moyenne, qui n'est pas suffisante pour justifier l'application de l'art. 14 al. 2 LCA. Elle doit qualifier un comportement inexplicable à l'évidence et provoquer une réaction de surprise chez autrui ("Comment peut-on agir ainsi!"). Déterminer dans le cas concret si une faute doit être qualifiée de grave relève du jugement de valeur et repose largement sur l'appréciation du juge.

En pareil cas, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue et n'intervient que si le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation, en se référant à des critères dénués de pertinence ou en ne tenant pas compte d'éléments essentiels, ou lorsque la décision, dans son résultat, est manifestement inéquitable ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice.

Dans le domaine de la construction, la plupart des contrats conclus prévoient un plafonnement du risque financier pour le prestataire (p. ex. l'ingénieur ou l'architecte). Cette somme limite pour laquelle l'ingénieur risque d'engager sa responsabilité est généralement un multiple de la rémunération qu'il touche (p. ex. 3x ou 5x la rémunération financière).

Cela étant, l'exclusion ou la limitation de la garantie est nulle en cas de dol ou de faute grave du prestataire (art. 100 al. 1 CO). L'ingénieur qui commet une faute grave répond ainsi sur l'ensemble du dommage causé. Ce risque est accentué en pratique, du fait que la plupart des assurances de responsabilité civile, qui couvrent par exemple le risque lié à l'activité professionnelle de l'ingénieur, excluent systématiquement toute couverture en cas de faute grave ou de dol commise par le preneur d'assurance. Ces exclusions sont prévues dans les conditions générales de l'assurance, qu'il convient donc de lire attentivement.

Afin de se prémunir contre ce risque, les professionnels de la construction ne disposent pas de beaucoup de moyens. Ils peuvent tenter de trouver une assurance responsabilité civile qui accepterait de couvrir les fautes graves, étant précisé que ce genre de police d'assurance paraît difficile à contracter ou, le cas échéant, sera vraisemblablement très coûteuse. La solution restante consiste pour les professionnels de la construction à faire preuve de toute la diligence possible dans l'exécution des tâches qui leur sont confiées.

### 10.7.3 Les assurances dans le domaine immobilier

On distingue dans ce domaine deux types d'assurances: les assurances de choses et les assurances de patrimoine.

#### (1) Les assurances de choses

Dans l'assurance de choses, l'objet du contrat est l'ouvrage en construction ou l'ouvrage construit. Le preneur d'assurance est normalement le propriétaire de l'ouvrage. L'assurance de choses revêt deux formes principales:

- a) L'assurance des bâtiments.

Elle englobe les dommages causés par l'incendie, les eaux et le bris de glace.

- b) L'assurance des travaux de construction

Elle garantit le risque de dommages résultant d'accidents de construction imprévus qui détériorent ou détruisent l'ouvrage. Dans la plupart des cas, elle s'étend aux risques de dommages consécutifs aux explosions, à la foudre, aux glissements de terrain, aux éboulements, etc. Elle est conclue par l'entrepreneur ou par le maître. Très souvent cependant, la prime est répartie entre tous les intéressés. Il peut y avoir chevauchement entre une assurance travaux de construction conclue par l'entrepreneur et une assurance incendie conclue par le maître (la plupart des cantons ont des règles spéciales qui obligent le maître à s'assurer contre ce type de risque.)

#### (2) Les assurances du patrimoine

Dans l'assurance du patrimoine, on distingue entre l'assurance-RC, qui garantit le patrimoine de la personne dont la responsabilité pourrait être engagée, et l'assurance du patrimoine qui assure la personne qui a été directement lésée.

- a) L'assurance RC

C'est l'assurance par laquelle l'assureur s'engage à garantir, moyennant paiement d'une prime, le patrimoine de l'assuré contre les conséquences financières de la responsabilité civile éventuelle de celui-ci. Les assurés peuvent être soit l'entrepreneur, soit les architectes et les ingénieurs

- b) L'assurance garantie de construction.

L'assurance du patrimoine de la personne qui a été directement lésée peut comprendre, selon les polices, la garantie d'acompte, la garantie d'exécution et la garantie d'ouvrage.

#### L'assurance RC de l'entrepreneur, de l'architecte et de l'ingénieur

Le risque couvert par le contrat d'assurance-RC est le dommage économique que subit le patrimoine de l'entrepreneur/architecte/ingénieur du fait de l'engagement de sa responsabilité civile. Il n'est responsable du préjudice qu'il cause que si les conditions légales (ou contractuelles) sont remplies à son égard ; son assurance n'interviendra en principe que dans ces conditions.

Dans l'assurance RC de l'entrepreneur, le risque réside traditionnellement dans le fait que l'assuré doive payer des dommages-intérêts au maître ou à une autre personne lésée en réparation des dommages causés, pour autant qu'ils ne concernent pas l'ouvrage qu'il a réalisé.

En revanche, dans l'assurance RC de l'architecte et de l'ingénieur, le risque couvert peut s'étendre, moyennant surprime, aux dommages résultant des défauts de l'ouvrage projeté.

Il est possible, par des clauses d'exclusion, de limiter le champ d'application du contrat. Ainsi dans l'assurance-RC de l'entrepreneur, on exclut généralement du champ de la police :

- i) La responsabilité contractuelle au-delà des prescriptions légales.

D'une part, l'assureur ne couvre pas le dommage dont l'entrepreneur ne serait pas responsable selon la loi, même s'il s'y est engagé par contrat, et d'autre part, l'assureur ne couvre pas le dommage dont répond l'entrepreneur selon le contrat, si les conditions légales ne sont pas remplies (p.ex. art. 31 SIA 118).

ii) Les dommages de fortune qui ne résultent pas d'une lésion corporelle ou d'un dégât matériel.

Les prétentions du maître ou d'une autre personne lésée pour de tels dommages (dits "purement économiques") sont exclues. Ce régime vise les dommages résultant d'actes de concurrence déloyale, de dépassement de devis, de retard dans les travaux entraînant une perte de loyer, d'utilisation abusive de projet etc. moyennant prime, certaines polices couvrent ce type de dommage.

#### L'assurance de garantie d'ouvrage

L'assurance de garantie d'ouvrage est l'assurance par laquelle l'assureur se porte caution solidaire de l'entrepreneur pour les prétentions que peut faire valoir le maître en raison de l'exécution défectueuse de l'ouvrage.

L'assurance de garantie d'ouvrage couvre la responsabilité de l'entrepreneur pour l'exécution défectueuse. Elle ne couvre pas les risques d'inexécution ou d'exécution tardive. Ceux-ci sont couverts par « l'assurance de garantie d'exécution » qui fait l'objet, soit d'une police séparée, soit d'un complément à la garantie d'ouvrage. L'assurance de garantie d'exécution fonctionne de la même manière que l'assurance de garantie d'ouvrage : l'assureur se porte caution solidaire de l'entrepreneur.

#### **Tribunal de district, Lucerne, SG 2011 Nr. 1650, jugement du 03.07.2009**

L'ingénieur B a conclu un contrat d'ingénier avec la société simple P pour la construction d'une salle de séminaires. Or, les calculs statiques qu'il a effectués se sont avérés erronés et ont causé des dommages considérables, à la suite desquels l'assurance de la responsabilité civile professionnelle A versé **700 000 CHF** directement au lésé, P. A reconnaît devant le Tribunal que P avait subi un dommage d'un million CHF au minimum, ce qui constitue par ailleurs le montant maximal de la couverture. B demande à A le versement de prestations correspondant au montant de la couverture (un million CHF), soit, après déduction des paiements déjà effectués et de la franchise de 50 000 CHF, une somme de 250 000 CHF.

A procède à une réduction des prestations pour faute grave (art. 14 LCA) à hauteur de 25%, c'est-à-dire 250 000 CHF. L'expertise effectuée par W SA sur demande de A reconnaît expressément la faute grave en raison de la somme des erreurs imputables au requérant:

- calcul erroné du poids du radier (qualifié d'erreur moyennement grave)
- erreur d'appreciation du poids total des bâtiments (erreur grave) et
- calcul erroné de la portance (erreur grave).

Au total, les calculs erronés entraînent une limitation considérable de l'adéquation de l'ouvrage à l'utilisation envisagée et de la sécurité structurale de ce dernier. Le Tribunal conclut à la faute grave et adhère pour l'essentiel aux conclusions de l'expertise. Dans la mesure correspondant au degré de la faute du requérant (faute grave), il réduit la prestation d'assurance de 20% selon le principe de la libre appréciation; le paiement restant en faveur du requérant est donc de 50 000 CHF.

## 11 La responsabilité pénale de l'ingénieur

### 11.1 Introduction au droit pénal

Avant de définir la notion de droit pénal, il apparaît nécessaire de définir ce qu'est un **contrôle social**. Il s'agit d'un ensemble des valeurs, modèles et pratiques de régulation des conduites dans une société donnée ou un groupe donné. Les systèmes de contrôle social les plus aguerris sont la morale, la religion, l'éducation et le droit. Les systèmes de contrôle social sont constitués de composantes positives (encouragement, récompense) et négatives (contrainte, punition).

Le **droit pénal** est un mode de contrôle social parmi d'autres. Il a un caractère subsidiaire et ne doit intervenir qu'en dernier recours (fonction d'*ultima ratio* du droit pénal). Il est caractérisé surtout par son formalisme, sa nature publique (ou étatique) et contraignante. Sa portée est plus réactive et sanctionnatrice (voire stigmatisante) que préventive.

Du point de vue formel, il s'agit d'un ensemble de normes juridiques autonomes et spécifiques, édictées par une autorité étatique compétente et entrées en vigueur.

#### 11.1.1 Les sources

La [\*\*Convention européenne des droits de l'homme\*\*](#) (CEDH) contient quelques articles relatifs à des droits fondamentaux ayant une portée pratique en droit suisse, parmi lesquels :

- Art. 3 CEDH : Interdiction de la torture
- Art. 5 CEDH : Droit à la liberté et à la sûreté
- Art. 6 CEDH : Droit à un procès équitable
- Art. 7 CEDH : Pas de peine sans loi

Comme vu au § 1.2, la CEDH est de rang hiérarchique supérieur à la Constitution fédérale.

La Constitution fédérale mentionne à l'art. 31 al. 1 que « *Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit.* ». Cet article renvoie aux principaux textes législatifs suisses de droit pénal.

La plus importante source de droit pénal suisse est le [\*\*Code pénal suisse\*\*](#) du 21 décembre 1937 (CP, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1942). Il s'agit d'une loi fédérale. Les autres sources de droit pénal complémentaires sont la LCR, LStup, LEtr, LPE, LPA, CPM, DPMin. Il s'agit également de normes fédérales. L'art. 123 al. 1 de la Constitution fédérale ne réserve qu'une compétence législative résiduelle aux cantons, qui limite d'une législation fédérale. Concernant le droit formel (droit de la procédure), il y a longtemps eu 29 textes législatifs, à savoir 26 Codes cantonaux et 3 lois fédérales. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, un unique [\*\*Code de procédure pénale\*\*](#) (CPP) fédéral est entré en vigueur, uniformisant l'ensemble des procédures pénales sur le territoire suisse.

Les normes de droit pénal contiennent :

- Les principes fondamentaux de l'application du droit pénal : art. 1-110 CP (partie générale).
- La définition des infractions : art. 111-332 CP (partie spéciale).
- La définition des sanctions : peines et mesure (droit des sanctions pénales).

En matière de sécurité, les normes **SIA 103** (art. 1.2.5) et **SIA 118** (art. 103 à 107) rappellent les exigences légales en matière de sécurité au travail incombant à tout employeur. Ces articles font également transparaître le devoir général de diligence du mandataire. Ces normes SIA n'ont cependant pas de portée pénale propre, puisque ce sont des normes privées et que le droit pénal est un droit absolu (c'est-à-dire obligatoire et opposable à tout le monde). Les parties sont évidemment libres de convenir d'un standard de sécurité plus élevé que le minimum légal. La violation de ce standard relèverait cependant d'une violation de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO) et non d'une responsabilité pénale.

### 11.1.2 Quelques grands principes

Le **principe de la légalité** est le pilier du droit pénal. Il est ancré à l'art. 1 CP (et art. 7 CEDH) et souligne la suprématie et la réserve de la loi.

#### Art. 1 CP

1. Pas de sanction sans loi      Une peine ou une mesure ne peuvent être prononcées qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi.

Les conséquences du principe de la légalité sont :

- 1) Le droit pénal doit être **écrit** (pas de droit coutumier) ;
- 2) La loi pénale doit être suffisamment **précise** pour que quiconque puisse comprendre en quoi consistent le comportement prohibé et la sanction y relative ;

#### Exemple : art. 116 Infanticide

L'art. 116 CP prescrit que « *La mère qui aura tué son enfant pendant l'accouchement ou alors qu'elle se trouvait encore sous l'influence de l'état puerpéral sera punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.* »

Le principe de la légalité et la précision de l'article permettent de tirer deux conséquences : 1) un père ne peut être l'auteur d'un infanticide selon le droit suisse, et 2) une mère qui tue son enfant quelques semaines après l'accouchement ne réalise pas non plus un infanticide. Il s'agira vraisemblablement, dans les deux cas, d'un homicide (art. 111 CP).

- 3) La norme pénale est la **seule source stricte** de décision. Le juge interprète la loi pénale pour en rechercher le sens véritable et il ne peut pas procéder par analogie (principe de l'**interdiction de l'analogie** en droit pénal) ;

#### ATF 117 IV 31 - Art.179<sup>quater</sup> CP : un miroir sans tain n'est pas un appareil de prise de vues

Faute de permettre de capter des images pour les transmettre, les conserver ou les reproduire, ni même d'améliorer la vue humaine, un miroir sans tain n'est ni un appareil de prise de vues ni un porteur d'images au sens de l'art. 179<sup>quater</sup> CP. Celui qui observe des tiers dans leur sphère privée ou secrète au moyen d'un tel instrument n'est par conséquent pas susceptible des sanctions prévues par cette disposition (consid. 2 et 3).

- 4) La loi pénale doit être **prévisible**, ce qui implique le **principe de non-rétroactivité** de la loi pénale (sous réserve de la *lex mitior*, c'est-à-dire que la rétroactivité est possible si et seulement si la nouvelle loi est plus favorable à l'auteur de l'infraction que l'ancienne loi, art. 2 al. 2 CP)

Le principe de la **présomption d'innocence** est ancré à l'art. 10 CPP (et art. 6 al. 2 CEDH):

#### Art. 10 CPP

Présomption d'innocence et appréciation des preuves

<sup>1</sup> Toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force.

<sup>2</sup> Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure.

<sup>3</sup> Lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation, le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu.

Certains autres grands principes de droit pénal sont mentionnés ci-après. Toutefois, leur portée ne sera pas approfondie dans le cadre de ce cours :

- Principe de la territorialité : le droit pénal du lieu de l'infraction s'applique (art. 3 al. 1 CP) ;
- Principe de l'ubiquité : l'infraction est réputée commise tant au lieu où l'auteur a agi qu'au lieu où les résultats de l'infraction se sont produits (art. 8 CP) ;
- Principe de l'imputation d'un jugement étranger (principe *ne bis in idem*) : nul ne peut être puni plusieurs fois pour le même acte.

## 11.2 L'infraction

Sur un plan juridique formel, l'infraction est définie comme un comportement humain (action ou omission) :

- **typique** d'un énoncé de fait légal (c'est-à-dire correspondant à un article du Code pénal) ;
- **illicite** (contraire à l'ordre juridique et qui ne peut pas être justifié) ;
- **coupable** (que l'on peut reprocher et imputer à son auteur) ;
- aboutissant à une **sanction** (peine ou mesure);

Ces quatre éléments : **Typicité – Illicéité – Culpabilité – Sanction** sont les quatre étapes principales de l'analyse systématique d'un cas pénal, qui seront vues en détail aux sous-chapitres 11.3 à 11.6.

Sur un plan matériel, une infraction est définie comme un comportement humain, qui porte atteinte ou met en danger un bien juridique protégé et qui viole le devoir de se comporter dans le respect de la légalité.

### 11.2.1 Critères de classification des infractions pénales

#### Classification des infractions selon la gravité formelle

**Crime** : infraction pour laquelle la peine maximale prévue est une peine privative de liberté de plus de trois ans ;

**Délit** : infraction pour laquelle la peine maximale prévue est une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ;

**Contravention** : infraction pour laquelle la peine maximale est une amende (en principe, d'un montant maximum de 10'000 CHF).

#### Classification selon l'enclenchement de l'action pénale

On distingue :

Les infractions **poursuivies d'office**, c'est-à-dire les infractions pour lesquelles le dépôt d'une plainte n'est pas nécessaire pour que la justice pénale se mette en action.

Les infractions qui ne sont poursuivies que **sur plainte**. Dans ce cas, l'énoncé de l'infraction précise « sur plainte ». Ceci implique que toutes les infractions dont l'énoncé ne contient pas le terme « sur plainte » seront poursuivies d'office, pour autant bien sûr que l'autorité pénale en ait connaissance, soit directement, soit sur dénonciation.

#### **Exemple – Lésions corporelles**

Les lésions corporelles graves (art. 122 CP) sont poursuivies d'office, tandis que les lésions corporelles simples (art. 123 al. 1 CP) sont en principe, poursuivies que sur plainte, sous réserves de l'une des exceptions de l'art. 123 al. 2 CP. Lors de lésions corporelles par négligence, celles-ci sont poursuivies d'office si la lésion est grave (art. 125 CP).

Sont considérées comme **lésions corporelles graves** (art. 122 CP) les lésions en règle générale **irrémédiables** du corps ou les atteintes à l'intégrité physique ou mentale d'une personne, mais aussi les blessures mettant en danger la vie d'autrui ainsi que celles qui

mutilent le corps, un membre ou un organe, qui causent à la victime une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanente, ou encore qui défigurent la personne de façon grave et permanente.

Sont considérées comme lésions corporelles simples (art. 123 CP) les atteintes à l'intégrité corporelle ou à la santé autre que des lésions corporelles graves.

Les lésions corporelles simples vont des blessures visibles qui guérissent relativement rapidement (p. ex. hématomes, déchirures, etc.) aux blessures graves qui durent plus longtemps, mais qui sont guérissables (p. ex. os fracturés, dents arrachées)

### Critères de base de la classification des infractions

Parmi les critères de base de classification des infractions, deux critères sont d'une importance capitale en matière de jugement d'une infraction pénale :

#### **1) Intention et négligence**

Le caractère intentionnel ou par négligence d'une infraction est ancré à l'art. 12 CP. C'est l'article le plus important de tout le Code pénal<sup>26</sup>.

#### **Art. 12 CP**

2. Intention et négligence.	<sup>1</sup> Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable l'auteur d'un crime ou d'un délit qui agit intentionnellement.
Définitions	<sup>2</sup> Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté. L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait.
	<sup>3</sup> Agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle.

Cet article appelle les commentaires suivants :

- La négligence n'est punissable que dans les articles le mentionnant expressément, que ce soit dans le libellé de l'article (par exemple art. 117 CP - homicide par négligence ou art. 125 CP - lésions corporelles par négligence) ou dans son contenu par exemple art. 227 CP - inondations, écroulement, qui réserve la négligence à son alinéa 2, idem pour l'art. 229 CP - violation des règles de l'art de construire).
- La négligence se définit comme une **imprévoyance coupable**, il s'ensuit *a contrario* qu'une imprévoyance non coupable est possible, lorsque l'auteur a usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle.
- L'alinéa 2, 2<sup>ème</sup> phrase, décrit ce qui est juridiquement appelé « le dol éventuel ».

Le cas classique est celui du rodéo routier (en 2013, un chauffard a roulé à 150 km/h à Genève et tué deux piétons. Il a été condamné à 5 ans de prison pour meurtre par dol éventuel, peine confirmé par le Tribunal fédéral).

<sup>26</sup> C'est en tout cas l'avis du Prof. Nicolas Queloz, Professeur ordinaire de droit pénal et de criminologie à l'Université de Fribourg. Nul doute qu'en droit pénal applicable au domaine de la construction, cet article joue également un rôle absolument essentiel.

## 2) Action, omission ou tentative

Il n'y a pas seulement les actions qui peuvent faire l'objet d'une infraction, mais également l'**absence d'action**, dont l'appellation juridique est l'**omission** et qui figure à l'art. 11 CP :

### Art. 11 CP

Commission par omission

<sup>1</sup> Un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir.

<sup>2</sup> Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique, notamment en vertu:

- a. de la loi;
- b. d'un contrat;
- c. d'une communauté de risques librement consentie;
- d. de la création d'un risque.

<sup>3</sup> Celui qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif.

<sup>4</sup> Le juge peut atténuer la peine.

Finalement, les simples tentatives (le résultat de l'infraction ne s'est pas produit), sont également punissables selon l'art 22 CP :

### Art. 22 CP

4. Degrés de réalisation.  
Punissabilité de la tentative

<sup>1</sup> Le juge peut atténuer la peine si l'exécution d'un crime ou d'un délit n'est pas poursuivie jusqu'à son terme ou que le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne se produit pas ou ne pouvait pas se produire.

<sup>2</sup> L'auteur n'est pas punissable si, par grave défaut d'intelligence, il ne s'est pas rendu compte que la consommation de l'infraction était absolument impossible en raison de la nature de l'objet visé ou du moyen utilisé.

Les art. 11 et 22 CP apportent les commentaires suivants :

- Un ingénieur assumant la direction des travaux d'un chantier doit intervenir lors d'une situation de mise en danger, sous peine de se voir être reproché de son comportement passif au sens de l'art. 11 al. 2 let. b CP (tenu en raison d'un contrat) ;
- La même remarque vaut pour les cadres de l'entreprise, que cela soit le chef de chantier, mais aussi le contremaître ou le chef de groupe. Cette fois-ci au sens de l'art. 11 al. 2 let. a CP (tenu en raison de la loi), notamment selon la Loi fédérale sur l'assurance accidents (LAA), qui mentionne à son art. 82 al.1 que : « *L'employeur est tenu de prendre, pour prévenir les accidents et maladies professionnels, toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions données* » ;
- Une tentative par négligence n'a aucun sens. Pour les infractions pénales qui seront étudiées plus loin, en relation avec le domaine de la construction, la tentative est sans pertinence.

### Synthèse :

Le tableau suivant synthétise les paragraphes qui précèdent :

Objectif  Subjectif (Art. 12 CP)	Intentionnel (art. 12 al. 1 et 2 CP)	Négligence (imprévoyance coupable) (art. 12 al. 3 CP)	Imprévoyance non coupable (art. 12 al. 3 CP a contrario)
Action	Infraction d'action intentionnelle ( <i>y compris dol éventuel</i> )	Infraction de commission par négligence	Pas d'infraction
Omission	Infractions d'omission intentionnelle	Infractions d'omission par négligence	Pas d'infraction
Tentative	Tentative d'infraction d'action ou d'omission	impossible	Pas d'infraction

Tableau 1 : Critères de base de la classification des infractions

### Autres critères de classification :

- Infractions de **lésions** ou infractions de **mise en danger**.
- Infractions **matérielles** (un résultat est attendu) ou infractions **formelles** (ne suppose pas la survenance d'un résultat, c'est le comportement qui est répréhensible).
- Infractions **simples** (un seul bien juridique, par exemple la vie, est atteint ou menacé – p. ex. art. 111 CP - homicide) ou infractions **composées** (plusieurs biens juridiques, par exemple la vie et le patrimoine, sont atteints ou menacés – p. ex art. 140 CP - brigandage).
- Infractions **instantanées** (survenance d'un évènement) ou infraction **continues** (durent un certain temps).
- Classification selon l'énoncé de fait légal (EFL) : EFL **principal**, EFL **aggravé**, EFL **attenué**, par exemple l'assassinat (art. 112 CP) est une infraction aggravée par rapport à l'homicide (art. 111 CP, EFL principal), alors que le meurtre passionnel (art. 113 CP) est une infraction atténuée par rapport à l'homicide.

## 11.3 Analyse de la typicité

### 11.3.1 Éléments objectifs

Cette analyse consiste à examiner systématiquement si le comportement en cause (cas pénal ou état de fait) correspond aux divers éléments objectifs et subjectifs qui composent l'énoncé de fait légal (EFL). Le pénaliste effectue un travail de confrontation entre les faits (état de fait de la situation reportée) et le droit (éléments juridiques constitutifs de l'infraction). Il s'agit de vérifier si le comportement suspect est vraiment typique de toutes les composantes de l'EFL (application du principe de la légalité).

Quand le comportement est atypique, les poursuites pénales doivent être abandonnées. Ceci en vertu du principe de la légalité comme du principe de la présomption d'innocence (le doute doit profiter à l'accusé, *in dubio pro reo*). Dans ce cas, selon les circonstances ou l'état de la procédure, le magistrat rend une décision de classement ou d'acquittement.

#### 11.3.1.1 Auteur de l'infraction

L'auteur d'une infraction est en principe la personne qui a commis personnellement l'acte incriminé. Il faut que cette personne soit une personne physique âgée de dix ans au moins (art. 9 al. 2 CP), sans immunité et remplissant les qualités de l'EFL. La responsabilité pénale est donc une **responsabilité avant tout personnelle** (personne physique).

Depuis 2003, le Code pénal reconnaît l'entreprise comme sujet de droit pénal et introduit le défaut d'organisation de l'entreprise comme fondement de la culpabilité (art. 102 CP). Cette **responsabilité est subsidiaire** (art. 102 al. 1 CP), c'est-à-dire que l'entreprise n'est punissable que si une infraction est commise dans le cadre de son exploitation et que son véritable auteur, soit une personne physique, ne peut être identifié en raison du manque d'organisation de l'entreprise. La responsabilité de l'entreprise est subsidiaire en ce sens qu'elle n'est engagée que si aucune personne physique ne peut être accusée. L'auteur d'une note de calcul ou le directeur de travaux est aisément identifiable. Par conséquent, la responsabilité subsidiaire de l'entreprise, par exemple un bureau d'études, peinera à s'appliquer.

La responsabilité est cependant primaire (art. 102 al. 2 CP) en cas de participation à une organisation criminelle, de financement du terrorisme, de blanchiment d'argent, d'octroi d'un avantage ou de corruption active d'agents publics suisses ou étrangers. L'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques.

#### 11.3.1.2 Rapport ou lien de causalité

Comme vu au § 11.2.1, l'infraction peut résulter d'une **action**, c'est-à-dire que l'auteur comment un acte incriminé pénalement portant atteinte à un bien juridique protégé. L'action peut être intentionnelle ou commise par négligence. Les bien juridiques protégés sont mentionnés dans le Titre du chapitre selon le Code pénal, par exemple Titre 1 - Infraction contre la vie et l'intégrité corporelle, Titre 2 - Infractions contre le patrimoine, etc.

L'infraction peut également résulter d'une **omission**, c'est-à-dire que par un comportement passif, l'auteur n'agit pas et viole ainsi un devoir ou ne respecte pas des prescriptions. Ces obligations (ou prescriptions) peuvent être posées par la loi, par les règles professionnelles, par un contrat et – plus rarement – par des circonstances spécifiques au cas d'espèce. En général, l'auteur n'a pas agi alors qu'il avait un **devoir de garant**.

L'analyse du rapport de causalité concerne uniquement l'étude de la typicité des infractions matérielles (un résultat est attendu). Cette analyse consiste à examiner le rapport de cause à effet entre le comportement de l'auteur et le résultat constaté. Pour que le rapport de causalité soit établi, il faut que la causalité naturelle et la causalité adéquate soient toutes deux établies.

Pour la **causalité naturelle**, la question à examiner est :

⇒ **sans le comportement en cause, est-ce que le résultat serait aussi survenu ?**

Si oui, alors le comportement incriminé n'est objectivement pas la cause de l'infraction. En d'autres termes, le comportement n'est pas la condition *sine qua non* pour l'obtention du résultat. Le rapport de causalité naturelle n'est pas établi et, partant, le rapport de causalité n'existe pas entre le comportement en cause et le résultat.

Si non, alors la causalité naturelle est établie. Il faut encore examiner si le comportement de l'auteur est effectivement la cause la plus adéquate du résultat survenu. Il est en effet possible que plusieurs causes puissent matériellement être aptes à provoquer le résultat survenu, mais toutes ces causes ne sont pas forcément à elles seules la cause la plus adéquate.

Pour que le lien de **causalité adéquate** soit retenu et selon une formule consacrée par la jurisprudence et rappelée lors de chaque analyse de causalité adéquate, il faut que : « *Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, le comportement de l'auteur ait été propre à entraîner ou favoriser le résultat considéré* ».

Il faut donc examiner cumulativement :

- 1) Si les circonstances du cas étaient ordinaires, et non extraordinaires, exceptionnelles, imprévisibles ;
- 2) Si l'auteur pouvait prévoir les risques qu'il faisait courir à autrui par son comportement et la survenance vraisemblable du résultat dommageable. Les conditions de prévisibilité sont à la fois générales et liées à la situation et aux compétences spécifiques de l'auteur ;
- 3) Et si, tenant compte de cette prévisibilité, l'auteur pouvait éviter de faire courir à autrui des risques excessifs ; les conditions d'évitabilité sont également à la fois générales et liées à la situation et aux compétences spécifiques de l'auteur.

Si le juge répond positivement à ces trois questions, le lien de causalité adéquate peut être retenu.

Si l'une des conditions n'est pas remplie, le lien de causalité adéquate ne peut être retenu. Il faut cependant dans ce cas encore analyser si le comportement de la victime ou celui d'un tiers représente la cause la plus adéquate (= la plus probable) du résultat survenu.

#### **Exemple d'illustration entre causalité naturelle et adéquate**

Au volant de sa voiture, Jean n'est pas attentif au passage piéton et renverse Regula, une dame âgée qui traversait le passage piéton à ce moment-là. Regula est projetée de plusieurs mètres et tombe sur la tête. Les secours arrivent rapidement, Regula est transportée d'urgence à l'hôpital.

Cas 1 : Regula décède d'une hémorragie cérébrale suite à son choc à la tête. L'accident de Jean est en relation de causalité naturelle et adéquate, puisque sans l'accident, l'hémorragie ne se serait pas produite (causalité naturelle) et il apparaît qu'un choc à la tête avec hémorragie, de surcroît sur une personne âgée, est propre à entraîner un décès (causalité adéquate). Jean est pénalement responsable du décès de Regula.

Cas 2 : Regula est transportée aux urgences, où un hématome et une légère commotion cérébrale sont diagnostiqués. Elle est gardée en observation quelques heures, mais peu ensuite rejoindre son domicile. Malheureusement, Regula décède quelques jours plus tard des suites d'une infection nosocomiale contractée lors de son admission aux urgences. L'accident de Jean est en relation de causalité naturelle, puisque sans l'accident, Regula n'aurait jamais été transportée à l'hôpital et serait toujours en vie. Cependant, l'accident de Jean n'est pas la cause du décès de Regula. La causalité adéquate n'est pas vérifiée dans ce second cas.

Tout comme en responsabilité civile (voir Chapitre 10), la rupture du lien de causalité adéquate n'est possible qu'à des conditions restrictives, rappelées par exemple dans l'arrêt ci-dessous :

#### **Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_512/2010 du 26.10.2010 consid. 2.1.2**

La causalité adéquate peut être exclue, l'enchaînement des faits perdant sa portée juridique, si une autre cause concomitante, par exemple une force naturelle, le comportement de la victime ou d'un tiers, constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire, que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité d'un acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate. Il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener et notamment le comportement de l'auteur.

En cas d'infraction par omission, la question à examiner est celle de la **causalité hypothétique**:

- ⇒ **Est-ce que, dans l'hypothèse où l'auteur avait agi comme on aurait pu l'attendre de lui (selon la loi, un contrat, les circonstances spécifiques du cas), le résultat dommageable aurait pu être évité ?**

Si oui, son omission est bien la cause du résultat survenu.

Si non, on ne peut pas lui reprocher pénalement le résultat survenu.

L'exemple ci-dessous illustre un cas où la causalité adéquate (en l'occurrence il s'agit d'une causalité hypothétique) a été retenue :

#### **Causalité adéquate – Exemple ATF 115 IV 199**

Homicide par négligence, écroulement par négligence, causalité adéquate

1. Distinction entre la commission et l'omission.
2. Viole le devoir de diligence qui lui incombe l'ingénieur en génie civil qui, malgré les défauts constatés dans l'armature d'acier d'un plafond suspendu en béton d'une piscine (rupture d'un étrier d'acier et apparition de taches brunes sur les autres) et malgré l'incertitude quant à l'origine de ces défauts, ne préconise pas une expertise détaillée par un homme de l'art (expert en acier ou en corrosion) et n'avertit pas les autorités compétentes, mais assure au contraire celles-ci que les installations ont été contrôlées et que la construction est en bon état.
3. Causalité. Même dans les délits par commission, il suffit que le comportement de l'auteur ait été, avec un haut degré de vraisemblance, la cause du résultat (in casu la chute d'un plafond et la mort de 12 personnes) prévisible et évitable.

#### Faits :

La construction de la piscine publique d'Uster a eu lieu en 1971 et 1972. Des travaux d'assainissement ont eu lieu en été 1984. Une appréciation écrite du 26 novembre 1984 d'un ingénieur, issu du bureau qui était en charge du projet en 1971/1972, mentionne que la sécurité était assurée. Le plafond est tombé le 9 mai 1985 à 20h25, entraînant la mort de 12 personnes.

#### Extraits des considérants :

b) Il n'existe de causalité naturelle entre le comportement (illicite) de l'auteur et le résultat que si l'on doit admettre que ce résultat ne se serait très probablement pas produit en l'absence de ce comportement. Contrairement à ce que soutient le recourant, cette "conditio sine qua non" implique la recherche, en cas de causes multiples, de ce qui se serait passé si le comportement de l'auteur était seul en cause ; comme il est toujours difficile de répondre à une telle question, il faut partir du point de vue que la notion de rapport de causalité naturelle entre le comportement de l'auteur et le résultat punissable exige toujours non seulement qu'il soit possible ou probable que ce comportement soit la cause du résultat, mais qu'il le soit avec une vraisemblance confinant à la certitude. Selon les constatations souveraines des premiers juges, "*l'accident aurait été évité si les défauts constatés avaient été annoncés ou qu'un expert eût été mis en œuvre*", au vu de l'attitude antérieure des autorités municipales, il apparaît d'une vraisemblance confinant à la certitude que, correctement informées, elles auraient eu recours à un expert et que la nature des défauts aurait été décelée. Peu importe que l'insuffisance du rapport du recourant soit dû à l'omission de la mention de certains défauts ou à son affirmation qu'il n'en avait pas constatés, car, dans les deux cas, le rapport de causalité entre ce comportement et le résultat ne peut être nié.

Un rapport de causalité adéquate ne peut être exclu que si, au défaut de diligence du recourant, étaient venues s'ajouter des circonstances extraordinaires (vices de construction ou défaut des matériaux ou comportement de la victime ou de tiers) ayant contribué à causer l'accident ; les défauts du matériel ou de la construction et le comportement de ceux auprès desquels le recourant s'est renseigné ne sont pas à ce point extraordinaires et partant imprévisibles qu'ils interrompent le lien de causalité adéquate entre le comportement du recourant et l'accident.

### 11.3.2 Éléments subjectifs

Les diverses formes de dol et de négligence, leurs définitions ainsi que d'autres éléments (le dessein, les mobiles particuliers de l'auteur, etc.) font partie de l'analyse des éléments subjectifs de la typicité.

Le principe de l'analyse figure à l'art. 12 CP. Les délimitations principales sont les suivantes :

L'intention délictueuse suppose que l'auteur a agi avec **conscience et volonté** de tous les éléments de l'EFL. Le niveau de conscience ou de savoir de l'auteur n'est pas de nature juridique (il ne doit pas être un juriste spécialiste en droit pénal). Certaines erreurs commises peuvent atténuer la peine, voir l'exclure entièrement. Il s'agit de l'erreur sur les faits (art. 13 CP), l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP) ou encore d'une absence d'intérêt à punir (art. 52 CP).

La négligence est le fait d'agir en ne respectant pas les précautions ou les devoirs de prudence qui s'imposaient à l'auteur (imprévoyance), compte tenu des circonstances du cas et de sa situation personnelle, ce qui peut alors lui être reproché (imprévoyances coupables).

Les sources des devoirs de prudence sont la loi (par exemple LCR), des normes privées (par exemple les normes SIA) ou le contrat (par un exemple lorsque des alpinistes font appel à un guide de montagne). La question qui se pose concernant l'imprévoyance coupable est de savoir si le risque qui a été pris était admissible ou pas. Le niveau de compétence ou de spécialisation de l'auteur (situation personnelle) joue un rôle toujours plus important. Il y a une individualisation de la mesure et de la portée des devoirs de prudence qui incombent à chaque auteur.

Par exemple, un ingénieur civil doit connaître et respecter les normes SIA et être au courant de l'évolution de ces dernières. Le directeur des travaux doit, quasiment au même titre que l'entrepreneur, connaître les prescriptions de la SUVA<sup>27</sup> et être au courant des ordonnances en matière de sécurité au travail, dont la principale est l'[Ordonnance sur les travaux de construction](#) (OTConst), qui est une norme de droit public (cf. § 1.1.3), mais qui traduit également le devoir de prudence au sens du droit pénal, selon les exemples ci-après.

#### Droit public : Tribunal administratif fédéral C-7967/2010 du 3 décembre 2012

Le jeudi 8 juillet 2010, un ingénieur de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après: SUVA) effectue un contrôle au chantier de l'entreprise A. situé sur l'immeuble de Monsieur E. Constatant des fouilles, puits et terrassements non conformes selon les art. 55 ss OTConst, il prononce immédiatement une mesure provisoire interdisant la poursuite des travaux à proximité des talus et l'érection de murs dans cette zone.

Le jour suivant, l'autorité inférieure rend une décision portant sur la visite précitée (dossier SUVA, p. 12 ss). Dans ce document qui sera notifié à l'entreprise le mardi 13 juillet 2010, elle mentionne que le contrôle du 8 juillet 2010 a été effectué en présence de Monsieur F., chef d'équipe, et qu'un entretien téléphonique a eu lieu avec Monsieur G., responsable technique, qui a été informé et entendu sur la décision et n'a émis aucune remarque y relative. Par ailleurs, elle relève que, lors de cette visite, une exécution de terrassement en dehors des normes et ordonnances a été constatée avec remblais trop près du sommet de talus et angle de pente inappropriate au sens des art. 55 et 56 OTConst. Pour cette raison, elle décide d'interdire à l'entreprise de poursuivre les travaux à proximité des talus avant la remise en conformité des bords de terrassement selon la réglementation en vigueur et demande à cette dernière de l'informer de la mise en œuvre des mesures à l'aide du formulaire "confirmation d'exécution" joint à la décision.

#### Droit pénal : Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal FR - Arrêt du 28 février 2013

Faits : Le 3 mars 2006, vers 22h30, suite à de fortes rafales de vent, l'échafaudage situé sur le côté sud-ouest du bâtiment de la poste principale de la ville de Fribourg, lequel était en rénovation (assainissement de ses façades/désamiantage), s'est effondré. Il a entraîné dans sa chute l'avant-toit situé à l'avenue de Tivoli 3, devant l'entrée permettant l'accès au café le XXème. Z, née en 1988, qui se trouvait au-dessous de l'avant-toit, a été mortellement écrasée au moment où celui-ci s'est écroulé. D'autres personnes se trouvaient à proximité et leur vie a été concrètement mise en danger. Dans ses conclusions, l'expert a rappelé que

<sup>27</sup> La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) ou Schweizerische Unfallversicherung (SUVA) est une assurance sociale indépendante de droit public. La SUVA a édicté un document très complet concernant la responsabilité pénale en cas d'accident du travail, selon ce [lien](#) (consulté le 5 décembre 2018).

l'échafaudage est tombé à cause d'un nombre d'ancrages insuffisants, ancrages qui n'offraient pas une résistance adaptée aux sollicitations auxquelles ils étaient soumis par le vent du 3 mars 2006. Il a mentionné que la construction et la modification de l'échafaudage avaient été entachées de fautes graves, voire inexcusables, mais qu'il y a surtout eu la conséquence d'une dilution de la responsabilité et d'une perte de contrôle de la sécurité. Dans son complément d'expertise du 1er juin 2007, l'expert a affirmé que si l'échafaudage, le 3 mars 2006, avait été retenu par des ancrages adaptés en résistance, nombre et position, celui-ci ne se serait pas effondré.

Droit : b) En matière de construction, des règles particulières sont fixées dans l'Ordonnance du 29 juin 2005 sur la sécurité et la protection de la santé des travailleurs dans les travaux de construction (OTConst, RS 832.311.141). En particulier, les art. 37ss OTConst traitent des principes à respecter en présence d'échafaudages afin d'assurer la sécurité dans les travaux de construction. L'art. 41 al. 1 OTConst mentionne que l'échafaudage doit être ancré au bâtiment de façon à résister aux efforts de traction et de compression ou fixé de toute autre façon adéquate, notamment au moyen d'appuis ou de haubans

En tant que chef d'entreprise et employeur, X se devait de connaître la réglementation de base en matière de sécurité du travail dans les travaux de construction, que ce soit l'OTConst ou les normes SIA concernées. L'interdiction de modifier un échafaudage, en particulier en ce qui concerne ses ancrages, est un principe de base que chacun sur un chantier, mais en particulier un chef d'entreprise, doit connaître.

En acceptant de modifier un grand échafaudage, en diminuant le nombre d'ancrages, en ne s'inquiétant pas de compter les ancrages résiduels après modification, en demandant à son ouvrier Y, lui-même inexpérimenté en la matière, de trouver un système pour rallonger un tube important pour la fixation de l'échafaudage au mur, en ne contrôlant pas la solution retenue par Y et en ne faisant pas contrôler son propre travail par un spécialiste alors qu'il admet n'avoir, lui-même ou son entreprise, aucune expérience en matière d'échafaudage, X a, compte tenu de sa situation personnelle, commis un manque d'effort blâmable et par là-même une imprévoyance coupable, caractéristique de la négligence.

6.a) Pour qu'il y ait négligence, définie à l'art. 12 al. 3 CP, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, il faut que l'auteur ait violé les règles de la prudence, c'est-à-dire le devoir général de diligence institué par la loi pénale, qui interdit de mettre en danger les biens d'autrui pénallement protégés contre les atteintes involontaires. Un comportement dépassant les limites du risque admissible viole le devoir de prudence s'il apparaît qu'au moment des faits, son auteur aurait dû, compte tenu de ses connaissances et de ses capacités, se rendre compte de la mise en danger d'autrui.

2.3.1) Pour déterminer le contenu du devoir de prudence, il faut se demander si une personne raisonnable dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur aurait pu prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, quelles mesures elle pouvait prendre pour éviter la survenance du résultat dommageable. Lorsque des prescriptions légales ou administratives ont été édictées dans un but de prévention des accidents, ou lorsque des règles analogues émanant d'associations spécialisées sont généralement reconnues, leur violation fait présumer la violation du devoir général de prudence. En second lieu, pour qu'il y ait négligence, il faut que la violation du devoir de prudence soit fautive, c'est-à-dire que l'on puisse reprocher à l'auteur, compte tenu de ses circonstances personnelles, une inattention ou un manque d'effort blâmable.

Les conditions légales de l'art. 117 CP et de l'art. 229 al. 2 CP étant toutes remplies tant en ce qui concerne X que Y, leur condamnation pénale est conforme au droit et leurs recours doivent être rejetés.

Contrairement à X, Y était un ouvrier sans fonction dirigeante au sein de son entreprise. Cela ne l'absout pas pour autant de toute responsabilité. La Cour tient à souligner que Y est un ouvrier chevronné, lui-même au bénéfice d'un CFC de serrurier avec plus de 10 ans d'expérience soit dans une entreprise de serrurerie, soit dans une entreprise de rénovation de façades (5 ans chez F). Même s'il n'était pas un spécialiste en matière d'échafaudage, il était habitué au travail sur les échafaudages et, en raison de sa formation professionnelle, devait se rendre compte que le fait d'enlever plusieurs points d'ancrage sans les remplacer était de nature à fragiliser l'échafaudage et à causer sa chute. Or, tel qu'il a été énoncé auparavant, s'il est une règle de base sur un chantier, c'est celle de ne pas modifier un échafaudage sans disposer des compétences requises. En ôtant des points d'ancrage sur l'échafaudage, Y ne pouvait ignorer qu'il transgressait des normes élémentaires du droit de la construction.

X a été condamné à une peine de 180 jours-amende (à 80 francs), avec sursis pendant 2 ans et Y à 120 jours-amende (à 40 francs), avec sursis pendant 2 ans.

Finalement, d'autres éléments, qui ne seront pas approfondis dans le cadre de ce cours participant à l'analyse de la typicité. Il convient notamment de citer :

- **Le degré de réalisation de l'infraction** : tentative achevée (comportement mené à terme), tentative inachevée (comportement non mené à terme)
- **Le degré de participation** : auteur direct, co-auteurs, auteur médiat (acte exécuté par autrui, par exemple le commanditaire d'un meurtre est l'auteur médiat), l'instigation, la complicité.

## 11.4 Analyse de l'illicéité

La typicité d'un comportement est le fait qu'un acte corresponde pleinement aux éléments objectifs et subjectifs d'un EFL. L'illicéité est un comportement contraire à l'ordre juridique. Dans un premier temps, la typicité d'un comportement permet de considérer que ce comportement est illicite. La typicité est une condition nécessaire de l'illicéité, mais elle n'est pas une condition suffisante.

Une fois qu'un comportement est établi comme étant typique, il faut examiner si l'auteur du comportement peut se prévaloir d'un motif ou fait justificatif :

Si oui, l'auteur a agi contre le droit mais n'a pas agi sans droit. Son comportement est tenu pour justifié et donc non punissable. Le juge proposera une ordonnance de classement ou un acquittement.

Si non, l'auteur a agi contre le droit et sans droit. Son comportement est considéré comme injustifié et donc punissable.

L'illicéité est donc la caractéristique d'une infraction qui formellement, enfreint une norme légale (principe de la légalité et typicité) et qui, matériellement, découle d'un comportement injuste, qui, sans fondement, met en danger ou porte atteinte à un bien juridique protégé.

### Faits justificatifs légaux :

Ils sont au nombre de trois.

#### 1) Actes autorisés par la loi

Des dispositions légales peuvent entrer en conflit. Une loi peut en effet commander un comportement réprimé par une autre loi. L'art. 14 CP règle la contradiction entre plusieurs commandements.

##### Art. 14 CP

3. Actes licites et culpabilité.	Quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi.
Actes autorisés par la loi	

Exemple : une prise de sang constitue une lésion corporelle selon art. 123 CP, mais elle est autorisé par l'art. 55 al. 3 LCR.

#### 2) Légitime défense

La légitime défense est un droit de riposte qui doit être exercé immédiatement, de façon proportionnée et subsidiaire. Il est ancré à l'art. 15 CP :

##### Art. 15 CP

Légitime défense	Quiconque, de manière contraire au droit, est attaqué ou menacé d'une attaque imminente a le droit de repousser l'attaque par des moyens proportionnés aux circonstances; le même droit appartient aux tiers.
------------------	---

#### 3) L'état de nécessité licite

L'état de nécessité licite se définit comme le droit d'exercer une action contre le bien juridique protégé d'autrui selon les conditions de l'art. 17 CP :

##### Art. 17 CP

Etat de nécessité licite	Quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants.
--------------------------	--

Exemple : lors d'une promenade, vous apercevez un four en train de prendre feu dans une cuisine apparemment laissée vide. Vous volez un extincteur dans un garage voisin, cassez la fenêtre de l'appartement pour y entrer et éteignez le feu dans le four. Ni le vol (art. 139 CP) ni le dommage à la propriété (art. 144 CP) ne pourront vous être imputés.

### Faits justificatifs extra-légaux

Certains faits justificatifs ne sont pas prévus par la loi, mais sont reconnus par la doctrine et la jurisprudence. Il s'agit notamment des faits suivants :

**Le consentement de la victime.** Cette notion est particulièrement importante dans le domaine des interventions médicales et dans la pratique d'activités sportives. Le consentement doit être libre, explicite et sans ambiguïté. L'auteur doit avoir conscience du consentement donné et de ses limites et les principes généraux du droit doivent être respectés.

**La gestion d'affaires sans mandat.** Cette gestion se base sur le consentement présumé de la « victime ». Le cas typique est celui d'un médecin qui doit soigner un patient. Il convient de s'assurer de la volonté présumée du patient inconscient, d'agir dans l'intérêt du patient, de respecter les principes généraux de l'ordre juridique et d'agir selon les règles de l'art médical.

## 11.5 La culpabilité

Il y a pleine imputabilité d'une infraction à l'auteur quand ce dernier

- Est apte à être jugé objectivement (âge, statut personnel) et subjectivement (capacité de discernement).

Et possède la capacité pénale comprenant :

- La capacité de commettre une faute. Au moment d'agir, il avait la capacité d'apprécier le caractère illicite de son acte et de se déterminer d'après cette appréciation (art. 19 CP ou art. 21 CP).
- La capacité de subir une peine. Au moment du jugement, il comprend le sens de la peine infligée et, si possible, il pourra en tirer parti positivement.

En cas de doute sur une des conditions personnelles de l'imputabilité, l'autorité d'instruction ou de jugement doit demander une expertise (art. 20 CP).

La défense excusable (art. 16 CP) ou l'état de nécessité excusable (art. 18 CP) sont des exemples des circonstances d'atténuation (voir alinéas 1) ou d'exclusion (voir alinéas 2) de la culpabilité.

La prescription de l'action pénale (art. 97 et 98 CP) ou la prescription de la peine (art. 99-100 CP, peine prononcée mais non encore exécutée) effacent complètement la culpabilité de l'auteur d'une infraction, sous réserve de crimes imprescriptibles (art. 101 CP).

### 11.5.1.1 Concours d'actions

Lorsque l'auteur a réalisé plusieurs actions punissables distinctes, on dit qu'il y a concours d'actions. En cas de concours parfait, c'est-à-dire quand plusieurs dispositions pénales sont retenues conjointement pour sanctionner l'auteur dans un même jugement, le principe de l'aggravation de la peine s'applique, selon l'art. 49 CP. Le droit pénal suisse ne retient ni le principe du cumul (addition des peines), ni le principe de l'absorption (seule la peine la plus grave est retenue).

## 11.6 Les sanctions

Les sanctions pénales découlent de la commission d'une infraction. Elles comprennent les peines (art. 34-41 CP) et les mesures (art. 56-65 CP).

La peine est la sanction directe d'une infraction. Elle découle d'un jugement de culpabilité de l'auteur.

Les types de peines figurent dans le tableau suivant :

Type de peine	Articles	Remarques
La peine pécuniaire	PP	art. 34 ss CP Amende: maximum 10'000 CHF Jours-amende JA: max. 3'000 CHF/jour
Le travail d'intérêt général	TIG	art 37 ss CP Prononcé avec l'accord du condamné Max 720 h TIG
La peine privative de liberté	PPL	art. 40-41 CP Pas de PPL < 6 mois Max 20 ans (ou à vie si indiqué dans EFL)

Les peines principales connaissent une unité pénale, le jour, qui sert surtout d'unité de conversion : 1 JA = 1 jour de PPL = 4 heures de TIG = 100 CHF d'amende.

La peine pécuniaire au sens strict est la peine centrale en droit suisse. Elle sanctionne les infractions de faible à moyenne gravité. Elle remplace les PPL de moins de 6 mois.

Le sursis est ancré à l'art. 42 al. 1 CP. « *Le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.* »

Les critères objectifs de fixation de la peine sont :

- L'importance du bien juridique lésé
- La façon d'agir de l'auteur et la dangerosité du mode d'exécution
- La répétition éventuelle ou la durée des actes délictueux
- Le degré de réalisation de l'infraction
- Le degré de participation
- Les circonstances extérieures favorables à l'acte
- Les antécédents de l'auteur

Les critères subjectifs de fixation de la peine sont :

- L'intensité de la volonté délictueuse ou gravité de la négligence
- Les motivations et mobiles de l'infraction
- La liberté de décision dont disposait l'auteur
- La situation personnelle de l'auteur et son comportement après les faits (volonté d'amendement, collaboration à l'enquête, etc.)
- Les effets de la peine sur l'avenir de l'auteur

Les circonstances d'atténuation de la peine sont mentionnées à l'art. 48 CP.

**Art. 48 CP**

2. Atténuation de la peine.	Le juge atténue la peine:
	a. si l'auteur a agi:
Circonstances atténuantes	1. en cédant à un mobile honorable;
	2. dans une détresse profonde;
	3. sous l'effet d'une menace grave;
	4. sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait;
	b. si l'auteur a été induit en tentation grave par la conduite de la victime;
	c. si l'auteur a agi en proie à une émotion violente que les circonstances rendaient excusable ou s'il a agi dans un état de profond désarroi;
	d. si l'auteur a manifesté par des actes un repentir sincère, notamment s'il a réparé le dommage autant qu'on pouvait l'attendre de lui;
	e. si l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et que l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle.

La seule circonstance aggravante générale est celle du concours d'infractions (art. 49 CP). Les circonstances aggravantes spéciales sont mentionnées dans la partie spéciale (exemple : un assassinat art. 113 CP est un homicide art. 111 CP avec circonstances aggravantes).

Outre les peines comme sanctions, il convient également de mentionner les mesures, qui sont prononcées à des fins de traitement et/ou de sécurité publique.

## 11.7 Les infractions potentielles de l'ingénieur civil

### 11.7.1 Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle

Les deux articles suivants figurent dans le Titre 1 de la partie spéciale du Code pénal : Infraction contre la vie et l'intégrité corporelle. Il s'agit des infractions d'homicide par négligence (art. 117 CP) et de lésions corporelles par négligence (art. 125 CP), dont les énoncés de faits légaux sont indiqués ci-après :

**Art. 117 CP**

Homicide par négligence	Celui qui, par néGLIGENCE, aura causé la mort d'une personne sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
-------------------------	---

**Art. 125 CP**

Lésions corporelles par néGLIGENCE	<sup>1</sup> Celui qui, par néGLIGENCE, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. <sup>2</sup> Si la lésion est grave le délinquant sera poursuivi d'office.
------------------------------------	---

Ces deux articles apportent les commentaires suivants :

- La lésion corporelle simple (art. 125 al. 1 CP) n'est poursuivie que sur plainte ;
- L'homicide par néGLIGENCE (art. 117 CP) et les lésions corporelles graves par néGLIGENCE (art. 125 al. 2 CP) sont poursuivies d'office ;
- Dans les deux cas, la peine maximale est de 3 ans, il s'agit donc de délits, et non de crimes (art. 10 CP).

Il convient de s'intéresser plus en détail à l'infraction d'**homicide par néGLIGENCE**, qui peut, en cas de condamnation, avoir des répercussions importantes sur la vie professionnelle et extra-

professionnelle de l'ingénieur civil, tant par le prononcé de la peine que par la souffrance psychique de se savoir être à l'origine du décès d'une personne.

L'homicide par négligence est une infraction de résultat : elle n'est réalisée que s'il y a mort d'une personne. Comme on admet qu'aucune forme de tentative ne peut être retenue lorsqu'il s'agit d'une infraction de résultat commise par négligence, il en résulte que la qualification de tentative est d'emblée exclue en l'absence d'un décès.

Il faut, pour qu'il y ait homicide par négligence, que l'auteur ait violé un devoir que l'ordre juridique lui imposait. On peut certes voir l'illicéité dans le résultat. La vie humaine est un droit absolu, protégé également par le droit pénal. Porter atteinte à ce droit est en soi illicite. Comme le droit pénal doit s'attacher à définir des comportements punissables, on peut en déduire qu'il existe un devoir général de déployer les efforts d'intelligence et de volonté requis pour préserver la vie d'autrui. Le comportement réprimé consiste donc, sous l'angle de l'illicéité, à violer ce devoir de diligence imposé par l'ordre juridique. Lorsqu'on essaye de déterminer plus concrètement le contenu de ce devoir de diligence, on peut être tenté de procéder en deux temps : d'abord, il faut déterminer ce que tout homme raisonnable aurait dû faire ou ne pas faire en pareilles circonstances (examen de l'illicéité), puis se demander si l'auteur en l'espèce, compte tenu de ses particularités subjectives, pouvait ou non respecter ce devoir (examen de la faute). Ce double examen n'a de sens que si l'on détermine de manière définitive, sous l'angle de l'illicéité, quel était le comportement prohibé et si l'examen sous l'angle de la faute ne peut que conduire à exclure la punissabilité en fonction de circonstances subjectives. On ne voit cependant pas pourquoi celui qui a des connaissances ou des facultés supérieures à la moyenne ne devrait être tenu qu'au niveau de l'exigence standard. La personne qui consulte un chirurgien ne pourrait comprendre que la diligence due se limite à ce que l'on peut exiger d'un homme de la rue. Il a donc été précisé que le devoir de diligence devait se déterminer en fonction du groupe auquel appartient l'auteur. Toutefois, s'il s'agit d'un grand spécialiste, on ne voit pas pourquoi il ne devrait pas utiliser toutes ses facultés.

Ainsi, l'examen des circonstances personnelles peut conduire aussi bien à augmenter qu'à diminuer le niveau des exigences ; dès lors, il est inutile de déterminer un niveau d'exigence moyen, il suffit de raisonner d'emblée en fonction des circonstances personnelles propres à l'auteur. C'est ce qui a été admis en droit suisse : **la diligence due se détermine en fonction de la situation personnelle de l'auteur**. On pourrait donc concentrer l'étude sur la notion de négligence, qui est peut-être bien la notion centrale. Il s'agit de savoir si le comportement de l'auteur, analysé sous tous ses aspects, est répréhensible au point qu'on puisse lui imputer la mort d'autrui et qu'il doive en répondre pénalement. Comme nous souhaitons que cette étude puisse être utile aux praticiens, nous nous en tiendrons à la conception traditionnelle. L'homicide par négligence suppose la violation d'un devoir de diligence et l'essentiel des problèmes qui se posent habituellement sont examinés dans le cadre de la détermination concrète du devoir de diligence.

L'homicide par négligence suppose en principe une action, c'est-à-dire un mouvement corporel ou une communication. Celui qui agit doit prendre garde à ne pas mettre en danger la vie d'autrui ; s'il crée, par un ou plusieurs actes, une situation anormalement dangereuse, il viole le devoir général de veiller à préserver la vie d'autrui ; cela ne pose donc aucun problème difficile sous l'angle de l'illicéité.

Pour qu'une simple omission soit illicite, il faut que l'auteur ait eu le devoir juridique (et non pas seulement moral) d'agir. Un tel devoir ne peut découler que d'une situation particulière à l'égard de la victime ou de la source du dommage. C'est cela que l'on entend lorsqu'on dit qu'une position de garant est nécessaire pour la répression d'une omission. La position de garant fonde le devoir juridique d'agir.

### 11.7.2 Crimes ou délits créant un danger collectif

Un chapitre entier concerne les crimes ou délits créant un danger collectif figure au Titre 7 du Code pénal. Le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale lors du projet de Code pénal suisse du 23 juillet 1918 indique de manière introductive à ce chapitre que :

*« Les dispositions de ce chapitre, comme celles des chapitres I et II, ont pour but de protéger la vie et l'intégrité corporelle, ainsi que le patrimoine. Ce qui caractérise les délits du présent chapitre, c'est que leur auteur crée un danger collectif en déchaînant des forces naturelles telles que le feu, la force explosive, l'eau ou même la pesanteur. Dans tous ces délits, la négligence doit être punissable aussi bien que l'intention. »*

Et quelques lignes plus loin :

*« L'inondation, avec ses effets destructeurs, peut aussi servir d'arme criminelle. Le délit d'inondation, que vise l'art. 193, est déjà prévu par la législation actuelle. Quant au fait de déchaîner l'énergie électrique, par ex. en provoquant un court-circuit, c'est l'art. 194 qui le réprime, car ce délit sera régulièrement commis par dommage causé à des installations électriques. Enfin la loi doit prévoir l'utilisation criminelle des effets de la pesanteur : l'art. 193 définit le délit d'écroulement, auquel se rattache, en somme, le fait d'enfreindre les règles de l'art de construire, soit avec intention — et alors généralement dans un but de lucre — soit par négligence (art. 195). Le fait d'endommager ou de détruire des ouvrages de protection peut être aussi un moyen de déchaîner les forces naturelles. À notre époque de correction de rivières et de construction de barrages en vue de créer de l'énergie électrique, la possibilité et le danger d'actes de ce genre, commis intentionnellement ou par négligence, sont particulièrement grands. De là l'insertion, dans le projet, de l'art. 194 concernant les dommages aux installations électriques, travaux hydrauliques et ouvrages de protection. »*

Les articles évoqués dans les lignes ci-dessus (avec leurs numérotations lors de leurs entrées en vigueur) sont mentionnés ci-après :

#### Art. 227 CP

Inondation.  
Écroulement

1. Celui qui, intentionnellement, aura causé une inondation, l'écroulement d'une construction ou un éboulement et aura par là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes ou la propriété d'autrui sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au moins.

Le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si le dommage est de peu d'importance.

2. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si le délinquant a agi par négligence.

**Art. 229 CP**

Violation des règles de l'art de construire	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Celui qui, intentionnellement, aura enfreint les règles de l'art en dirigeant ou en exécutant une construction ou une démolition et aura par là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée.</li><li>2. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si l'inobservation des règles de l'art est due à une négligence.</li></ol>
---	--

Ces articles apportent les commentaires suivants :

- a) Ces articles sont classés dans le Titre 7 - Crimes ou délits créant un danger collectif. Ils sont précédés ou suivis des articles jugés moins pertinents pour l'ingénieur civil (incendie, explosion, etc.).
- b) Dans les deux exemples des art. 227 et 229 CP, l'alinéa 1 incrimine l'acte intentionnel alors que l'alinéa 2 stipule que la négligence est également répréhensible.
- c) En cas de négligence, la peine maximale est de 3 ans au maximum, il s'agit donc de délits, et non de crimes (art. 10 CP).
- d) Selon le principe de la légalité, l'infraction de l'art. 229 CP n'est réalisable que lorsque l'auteur « dirige » ou « exécute » une construction ou une démolition. Il s'ensuit que seuls le directeur des travaux ou l'entrepreneur peuvent être reconnus coupables de cette infraction. L'ingénieur qui a par exemple mal dimensionné l'ouvrage ne pourra être inculpé de violation des règles de l'art de construire.

L'exemple ci-dessous illustre un concours d'infraction lors de la rupture du puits blindé de Cleuson-Dixence en décembre 2000.

**Arrêt du tribunal fédéral 6B\_338/2008 du 07.01.2009 – Rupture du puits blindé de Cleuson-Dixence**

Faits : Par jugement du 6 août 2007, le Juge des districts d'Hérens et Conthey a condamné A., direction de projet du Maître de l'ouvrage, pour homicide par négligence (art. 117 CP), inondation et écroulement par négligence (art. 227 ch. 1 al. 1 et ch. 2 CP), entrave à la circulation publique par négligence (art. 237 ch. 1 al. 1 et ch. 2 CP) et entrave aux services d'intérêt général par négligence (art. 239 ch. 1 al. 2 et ch. 2 CP), à 120 jours-amende avec sursis pendant 2 ans, fixant le montant du jour-amende à 400 fr. Il a également condamné un coaccusé, B., chef de projet du consortium d'entreprise, pour les mêmes infractions, à 90 jours-amende avec sursis pendant 2 ans, fixant le montant du jour-amende à 40 fr.

Les deux instances supérieures saisies, soit le Tribunal cantonal du canton du Valais et le Tribunal fédéral ont tous deux confirmé ces peines.

L'exemple de la page suivante illustre de manière très didactique l'infraction de l'art. 229 CP - violation des règles de l'art de construire :

### Art. 229 CP - Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_145/2015 du 29 janvier 2016

#### Les faits

Le 22 février 2007, un contrat d'entreprise générale a été conclu entre A., maître de l'ouvrage, et X., entrepreneur, pour la construction d'une villa familiale comprenant notamment la construction d'un couvert à voitures de deux places en structure «bois» ou autre matériau équivalent. Après la conclusion du contrat, A. a changé d'avis, préférant la construction d'un garage fermé, en lieu et place d'un couvert à voitures.

Un architecte a été mandaté pour la réalisation des plans. X. a sous-traité l'édification de l'ouvrage à un plâtrier-peintre, lui instruisant de transformer le couvert préfabriqué en garage. X. a personnellement commandé ce couvert préfabriqué auprès d'une société. Une fois celui-ci monté, le plâtrier-peintre a rajouté des poutres et panneaux «OSB» afin de le fermer sur trois côtés, contrairement aux instructions fournies par la société auprès de laquelle le couvert avait été commandé. Le garage s'est révélé trop petit, A. ne pouvant y faire entrer sa voiture... Une expertise a révélé que *la charpente du garage présentait des défauts* (éléments ne garantissant pas la résistance au vent) et que *les dimensions ne correspondaient pas aux plans réalisés par l'architecte* (4,80 m de long au lieu de 6 m). *L'expert préconisait une correction des défauts rapide au risque d'engendrer d'autres dégâts*. X. a été avisé par A. de la teneur de cette expertise et s'est engagé, à la suite de pourparlers transactionnels, à réparer les défauts constatés. Il ne s'est finalement pas exécuté.

Le 27 février 2009, *la toiture du garage s'est effondrée*, détruisant pratiquement toute la structure. *Un rapport de sinistre a été établi le 11 mars 2009 concluant que les éléments d'assemblage ne correspondaient pas à des éléments de construction utilisés usuellement en charpente en bois et ne respectaient dès lors pas les règles de l'art*. Le sinistre découlait donc d'une conception défaillante, d'un sous-dimensionnement, d'assemblage et de matériaux inadéquats. *Le garage se trouvait dans un quartier résidentiel où vivaient des familles avec enfants, lesquels se trouvaient régulièrement à proximité de la villa ou du garage sinistré*.

#### Histoire procédurale

En première instance, X. a été acquitté du chef de violation des règles de l'art de construire (art. 229 CP). Le Tribunal cantonal fribourgeois, par contre, l'a condamné, considérant que l'infraction avait été commise par négligence. Le Tribunal fédéral rejette le recours interjeté par X et confirme la condamnation selon art. 229 CP.

#### L'arrêt

Les violations des règles de l'art de construire n'étaient pas contestées. La question était de savoir *à qui il incombaît de les respecter*. Le recourant faisait valoir qu'il ne revêtait pas la qualité de directeur des travaux en raison de la transformation du couvert en garage postérieurement à la signature du contrat d'entreprise générale. Se qualifiant uniquement d'intermédiaire, la violation des règles de l'art de construire ne lui était, selon lui, pas imputable. Le Tribunal fédéral rappelle plusieurs règles importantes en lien avec l'art. 229 CP :

- *Celui qui collabore à la direction ou à l'exécution d'une construction est responsable du respect, dans son domaine, des règles de l'art de construire.*
- *La responsabilité pénale d'un participant à la construction se détermine sur la base des prescriptions légales, des accords contractuels ou des fonctions exercées, ainsi que des circonstances concrètes.*
- *Chacun des participants à la construction est tenu, dans son domaine de compétence, de déployer la diligence que l'on peut attendre de lui pour veiller au respect des règles de sécurité.*
- *Pour celui qui dirige les travaux, s'ajoute le devoir de donner les instructions nécessaires et de surveiller l'exécution.*
- *Dirige les travaux celui qui choisit les exécutants, donne les instructions et les recommandations nécessaires, surveille l'exécution des travaux et coordonne l'activité des entrepreneurs.*
- *Le directeur des travaux est tenu de veiller au respect des règles de l'art de construire.*
- *Il répond aussi bien d'une action que d'une omission. Cette dernière peut consister à ne pas surveiller, à ne pas contrôler le travail ou à tolérer une exécution dangereuse.*

L'architecte s'était limité à établir les plans et aucune responsabilité ne pouvait lui être imputée. En effet, *aucune violation des règles de l'art n'avait été retenue en lien avec la conception de l'ouvrage*. Le Tribunal fédéral souligne également que la responsabilité de l'architecte n'aurait pas été de nature à disculper X., *plusieurs personnes pouvant répondre d'une même violation des règles de l'art, selon leur domaine de compétence*.

Le Tribunal fédéral a considéré que X. *assumait la direction des travaux dans le cadre de la construction du garage* (cons. 2.3). Il avait personnellement commandé le couvert préfabriqué, choisi le sous-traitant et ordonné la pose de panneaux OSB pour transformer le couvert. Il avait dès lors déterminé les matériaux, planifié et organisé le travail, ainsi que choisi les exécutants en leur donnant des instructions. Partant, il était tenu de veiller au respect des règles de l'art de construire. Enfin, la décision de construire un garage plutôt qu'un couvert subséquemment à la conclusion du contrat d'entreprise n'y changeait rien selon le Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral conclut que *l'obligation de surveillance perdure si l'entrepreneur ne sous-traite pas la réalisation de l'ouvrage à un spécialiste*.

### 11.7.3 Crimes ou délits contre l'administration de la justice

Lors d'une expertise, qu'elle soit judiciaire ou légale, l'expert peut être tenu responsable pénallement d'un faux rapport d'expertise selon l'art. 307 CP :

#### Art. 307 CP

Faux témoignage,  
faux rapport, fausse traduction en justice

<sup>1</sup> Celui qui, étant témoin, expert, traducteur ou interprète en justice, aura fait une déposition fausse sur les faits de la cause, fourni un constat ou un rapport faux, ou fait une traduction fausse sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

<sup>2</sup> Si le déclarant a prêté serment ou s'il a promis solennellement de dire la vérité, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins.

<sup>3</sup> La peine sera une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus si la fausse déclaration a trait à des faits qui ne peuvent exercer aucune influence sur la décision du juge.

Cet article n'apporte pas de commentaires particuliers, si ce n'est qu'il est généralement rappelé par le juge confiant une expertise à un bureau d'ingénieur ou directement à l'ingénieur qui sera en charge de l'expertise.

## 11.8 Éléments de procédure pénale

### 11.8.1 Obligation de dénoncer

Les autorités pénales (la police, le ministère public et les autorités pénales compétentes en matière de contraventions) sont tenues de dénoncer aux autorités compétentes toutes les infractions qu'elles ont constatées dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur ont été annoncées si elles ne sont pas elles-mêmes compétentes pour les poursuivre (art. 302 CPP).

### 11.8.2 Maxime de l'instruction

La procédure pénale est régie par la *maxime de l'instruction*, appelée également maxime de l'enquête, maxime inquisitoire ou encore maxime d'office (par opposition à la maxime des débats, caractéristique de la procédure civile). Selon celle-ci, l'état de fait déterminant doit être recherché d'office par l'autorité, de manière complète et objective, ce qui implique que l'autorité doit instruire avec un soin égal les circonstances qui peuvent être à la charge et à la décharge du prévenu (art. 6 CPP). Le magistrat doit découvrir la vérité matérielle (contrairement à la procédure civile, où le juge est tenu par les faits allégués, les preuves apportées et les conclusions des parties).

### 11.8.3 Présomption d'innocence

La présomption d'innocence (art. 10 CPP) concerne tant le *fardeau de la preuve* que l'*appréciation des preuves*. En tant que règle relative au *fardeau de la preuve*, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de l'intéressé. La présomption d'innocence est violée si le juge du fond condamne l'accusé au motif que son innocence n'est pas établie, s'il a tenu la culpabilité pour établie uniquement parce que le prévenu n'a pas apporté les preuves qui auraient permis de lever les doutes quant à son innocence ou à sa culpabilité ou encore s'il a condamné l'accusé au seul motif que sa culpabilité est plus vraisemblable que son innocence. Cela étant, le juge du fond ne peut retenir un fait défavorable à l'accusé que s'il est convaincu de la matérialité de ce fait, de sorte que le doute profite à l'accusé.

#### 11.8.4 Les parties au procès

Ont la qualité de partie au procès pénal (art. 104 CPP) :

- le *prévenu* (let. a),
- la *partie plaignante* (let. b) et
- le *ministère public* lors des débats ou dans la procédure de recours (let. c).

Les autres participants à la procédure (art. 105 CPP) sont :

- les lésés (let. a),
- les personnes qui dénoncent les infractions (let. b),
- les témoins (let. c),
- les personnes appelées à donner des renseignements (let. d),
- les experts (let. e),
- les tiers touchés par des actes de procédure (let. f).

**Le prévenu** est toute personne qui, à la suite d'une dénonciation, d'une plainte ou d'un acte de procédure accompli par une autorité pénale, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction (art. 111 al. 1 CPP). Le statut de prévenu s'acquiert dès qu'existe un soupçon de commission d'une infraction, déjà lors des investigations policières. Il se perd lors du jugement. Si ce dernier conclut à la condamnation, le prévenu devient un condamné.

**Le lésé** est toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction (art. 115 al. 1 CPP). Ce peut être une personne physique ou morale. Pour être lésée, la personne doit être titulaire du bien juridiquement protégé qui est touché par l'infraction ou par la norme pénale violée. En outre, pour être touchée, elle doit subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction, excluant ainsi un dommage par ricochet.

L'article 162 CPP définit le **témoin** comme « *une personne qui n'a pas participé à l'infraction, qui est susceptible de faire des déclarations utiles à l'élucidation des faits et qui n'est pas entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements* ». Un témoin est une personne censée disposer d'informations sur les faits en cause. Ses propos doivent ainsi être utiles à l'établissement de la vérité. Les personnes qui sont capables de témoigner ont l'obligation de le faire et sont également tenues de dire la vérité (art. 163 al. 2 CPP). Le faux témoignage constitue une infraction pénale au sens de l'article 307 CP.

Il existe certains cas dans lesquels il ne se justifie pas d'entendre des personnes à titre de témoin, en les soumettant à une stricte obligation de dire la vérité et en les exposant aux conséquences d'un faux témoignage. Le CPP a ainsi introduit une sorte de statut intermédiaire entre celui de prévenu et de témoin, qui est celui de la **personne appelée à donner des renseignements** (art. 178 ss CPP).

Les personnes susceptibles d'être entendues à titre de renseignements sont énumérées exhaustivement par le CPP. Il s'agit :

- a) de la partie plaignante ;
- b) d'une personne qui n'a pas encore quinze ans au moment de l'audition et qui est ainsi incapable de témoigner au sens de l'article 163 alinéa 1 CPP ;
- c) de personnes qui ne sont pas en mesure de comprendre pleinement la déposition d'un témoin en raison d'une capacité de discernement restreinte ;
- d) d'une personne non prévenue, mais qui pourrait cependant s'avérer être soit l'auteur des faits à élucider ou d'une infraction connexe, soit un participant à ces actes ;
- e) d'une personne qui doit être interrogée comme co-prévenue sur un fait punissable qui ne lui est pas imputé ;
- f) d'une personne qui a le statut de prévenu dans une autre procédure, en raison d'une infraction qui a un rapport avec les infractions à élucider ;
- g) de quelqu'un qui a été ou pourrait être désigné représentant de l'entreprise dans une procédure dirigée contre celle-ci, ainsi que ses collaborateurs (art. 112 CPP).

## 12 Les méthodes de résolution de litige (survol)

### 12.1 Introduction

Lorsqu'un litige survient en droit de la construction, plusieurs voies sont à disposition des parties pour résoudre le résoudre. Ces diverses solutions sont exposées ci-après, par ordre croissant de formalisme.

#### 12.1.1 La solution transactionnelle

C'est la première voie, la plus simple: en présence d'un litige, les parties commencent par entamer des pourparlers, des négociations afin de chercher à le résoudre d'un commun accord; elles peuvent le faire à tout niveau (responsables du chantier, responsables du projet, services juridiques internes, direction); elles peuvent s'en charger seules ou solliciter l'assistance d'un conseil.

Si elles aboutissent à un accord, elles vont le constater en un document, quel qu'il soit, du procès-verbal de chantier à une véritable transaction, en passant par des mémorandums ou des échanges de correspondances. La notion centrale est ici celle de **la transaction** (« der Vergleich »); on entend par là le contrat par lequel les parties mettent fin par des concessions réciproques à un litige ou à une incertitude dans laquelle elles se trouvent au sujet d'un rapport de droit; elle peut être totale ou partielle. Il s'agit d'un contrat ordinaire, qui répond aux conditions habituelles (sous réserve de quelques spécificités) et qui entraîne les mêmes effets. Le **contrat de transaction** est le terme juridique qui signifie, dans le langage courant, un **accord à l'amiable**.

Cela signifie concrètement et en particulier:

- que chaque partie est tenue de s'y conformer et qu'elle viole le contrat (art. 97 CO) - de transaction - si elle s'y refuse;
- néanmoins que rien n'empêche en soi une partie de le remettre en cause, comme tout contrat, notamment - mais de manière limitée - pour invalidité ou vice du consentement;
- que, s'il y a contestation, la partie la plus diligente devra en saisir un juge (ou un arbitre si la transaction contient une clause compromissoire); et
- que, si une partie refuse de l'exécuter, l'autre devra agir selon les voies ordinaires, la transaction ne permettant pas une exécution forcée au même titre qu'un jugement ou une sentence.

Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, elles n'auront pas d'autre choix que de recourir à une autre méthode, en principe juridictionnelle. **Le résultat n'est donc pas garanti.**

#### 12.1.2 La solution décisionnelle

C'est la deuxième voie, à caractère intermédiaire. Les parties acceptent par contrat de soumettre leur litige à un tiers qu'elles chargent d'étudier le cas et de l'instruire pour aboutir à une décision que les parties s'engagent à respecter. C'est avant tout le cas si elles font appel dans ces conditions à **un expert**. Il subsiste naturellement de nombreuses modalités que l'on ne peut passer ici en revue.

La notion centrale est ici **la décision**, qui a un caractère contractuel sans être un jugement ou une sentence; le tiers ne tranche pas, mais est contractuellement mandaté pour donner son appréciation. Cela signifie en particulier concrètement:

- que chaque partie est tenue de s'y conformer et qu'elle viole le contrat (art. 97 CO) - de base - si elle s'y refuse;
- néanmoins; que rien n'empêche en soi une partie de remettre la décision en cause, avant tout pour des motifs de procédure ou si son contenu est manifestement infondé ou injuste ;

- que, s'il y a contestation, la partie la plus diligente devra en saisir un juge (ou un arbitre si le contrat contient une clause compromissoire);
- que, si une partie refuse de l'exécuter, l'autre devra agir selon les voies ordinaires, la décision ne permettant pas une exécution forcée au même titre qu'un jugement ou une sentence.

Par ses effets, la solution est proche de la transaction, mais **le résultat en est garanti**, dans la mesure en tout cas où le tiers peut et doit prendre sa décision. Il existe d'ailleurs des solutions intermédiaires, comme l'expertise-arbitrage (§ 12.4.2).

### 12.1.3 La solution juridictionnelle

C'est la troisième voie, la plus radicale. En présence d'un litige, une partie décide de saisir un tribunal étatique ou un tribunal arbitral s'il existe une clause arbitrale ou un compromis. La question sera examinée de manière approfondie et aboutira nécessairement au terme d'une procédure à un jugement s'il s'agit d'un tribunal ordinaire, à une sentence s'il s'agit d'un tribunal arbitral.

Il en découle en particulier concrètement :

- que chaque partie a l'obligation de se conformer au contenu;
- qu'une partie ne peut (en principe) plus la remettre en cause une fois qu'elle est en force;
- que, si une partie refuse de l'exécuter, l'autre pourra immédiatement saisir les autorités suisses, voire étrangères pour en obtenir l'exécution forcée.

**La solution est évidemment garantie**, le juge ou l'arbitre ayant l'obligation de trancher, sous peine de commettre un déni de justice.

## 12.2 La voie judiciaire

En matière de conflit dans la construction, la voie judiciaire (= solution juridictionnelle selon § 12.1.3) se définit comme la résolution étatique d'un conflit par le biais des tribunaux civils. C'est le juge qui a pour tâche et obligation de trancher le litige.

En droit suisse, la voie judiciaire est régie par le Code de procédure civile (CPC), qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et qui a unifié les vingt-six pratiques cantonales qui préexistaient.

La procédure débute **obligatoirement** par une **tentative de conciliation** (art. 197 CPC, exception art. 198 let. a CPC).

Art. 197 CPC	
Principe	La procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation.

Cette procédure est introduite par le biais d'une **requête de conciliation**, qui doit contenir la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige. (art. 202 CPC). A l'inverse de la procédure dite « *au fond* », la comparution en audience de **conciliation est personnelle** et l'avocat peut également être présent (art. 204 CPC). Lorsque le litige s'élève à plus de 100'000 CHF, les parties peuvent, d'un commun accord, renoncer à la procédure de conciliation (art. 199 al. 1 CPC). Le demandeur peut également renoncer à la procédure de conciliation si le siège du défendeur est à l'étranger ou lorsque son lieu de résidence est inconnu (art. 199 al. 2 let. a CPC). Si le demandeur n'est pas présent, la requête est considérée comme retirée et la procédure devient sans objet (art. 206 al. 1 CPC). Si c'est le défendeur qui fait défaut, l'autorité de conciliation procède comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord (art. 206 al. 1 CPC). La procédure de conciliation est en principe **confidentielle** (art. 205 al. 1 CPC).

Lorsque la tentative de conciliation aboutit, le résultat de la conciliation est consigné et a les effets d'une **décision entrée en force**, c'est-à-dire qu'il ne sera plus possible de réintroduire une action par voie judiciaire pour le même objet (sous réserve d'éléments nouveaux ou d'erreur sur les faits)

Art. 208 CPC	
Conciliation	<p><sup>1</sup> Lorsque la tentative de conciliation aboutit, l'autorité de conciliation consigne une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action inconditionnel au procès-verbal, qui est ensuite soumis à la signature des parties. Chaque partie reçoit une copie du procès-verbal.</p> <p><sup>2</sup> La transaction, l'acquiescement ou le désistement d'action ont les effets d'une décision entrée en force.</p>

Lorsque la tentative de conciliation n'aboutit pas, l'autorité de conciliation consigne l'échec au procès-verbal et délivre l'**autorisation de continuer le procès** (autorisation de procéder, art. 209 CPC).

Dans certains cantons qui connaissent la conciliation depuis quelque deux siècles ou plus, la conciliation judiciaire atteint des taux de succès de l'ordre de 30 % (Genève) à 80 % (Zurich).

Le déroulement complet de la procédure civile comprend les étapes principales suivantes:

#	Phase	Étape	Action	Article CPC
1	Procès	Conciliation	Requête de conciliation	Demandeur
2		1 <sup>er</sup> échange d'écriture	Demande	Demandeur
3			Réponse	Défendeur
4*		2 <sup>ème</sup> échange d'écriture	Réplique	Demandeur
5*			Duplicata	Défendeur
6*		Débats d'instruction	Débats d'instruction	Toutes les parties
7		Débats principaux	Première plaidoiries	Toutes les parties
8			Administration des preuves	Tribunal
9			Plaidoiries finales	Toutes les parties
10		Décision	Jugement	Juge
	Voie de recours	Appel Recours	Demandeur et/ou défendeur	Art. 308 Art. 319

La nécessité des étapes marquées d'un astérisque (\*) est laissée à l'appréciation du juge, les autres sont obligatoires. L'écriture initiant le procès proprement dit est la demande, qui émane de la partie qui se sent lésée et qui souhaite saisir le tribunal pour obtenir gain de cause.

La demande doit comporter les éléments suivants (art. 221 CPC) :

#### Art. 221 CPC

Principes	<p><sup>1</sup> La demande contient:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>la désignation des parties et, le cas échéant, celle de leur représentant;</li><li>les conclusions;</li><li>l'indication de la valeur litigieuse;</li><li>les allégations de fait;</li><li>l'indication, pour chaque allégation, des moyens de preuves proposés;</li><li>la date et la signature.</li></ol> <p><sup>2</sup> Sont joints à la demande:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>le cas échéant, la procuration du représentant;</li><li>le cas échéant, l'autorisation de procéder ou la déclaration de renonciation à la procédure de conciliation;</li><li>les titres disponibles invoqués comme moyen de preuve;</li><li>un bordereau des preuves invoquées.</li></ol> <p><sup>3</sup> La demande peut contenir une motivation juridique.</p>
-----------	---

La voie judiciaire suit une procédure stricte, mais les tentatives de conciliation ou de trouver un accord entre les parties par le tribunal sont toujours possibles peu importe le moment du procès, même après l'échec en procédure de conciliation. Ces possibilités de trouver, en tout temps, un arrangement à l'amiable, sont ancrés aux art. 124 al. 3 et 226 al. 2 CPC :

#### Art. 124 CPC

Principes	<p><sup>1</sup> Le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapide de la procédure.</p> <p><sup>2</sup> La conduite du procès peut être déléguée à l'un des membres du tribunal.</p> <p><sup>3</sup> Le tribunal peut en tout état de la cause tenter une conciliation des parties.</p>
-----------	---

#### Art. 226 CPC

Débats d'instruction	<p><sup>1</sup> Le tribunal peut ordonner des débats d'instruction en tout état de la cause.</p> <p><sup>2</sup> Les débats d'instruction servent à déterminer de manière informelle l'objet du litige, à compléter l'état de fait, à trouver un accord entre les parties et à préparer les débats principaux.</p> <p><sup>3</sup> Le tribunal peut administrer des preuves.</p>
----------------------	--

Parmi les particularités du procès civil, il convient de mentionner :

- **son formalisme procédural**, impliquant entre autres que le juge ne peut aller au-delà des conclusions des parties (si une partie a formulé dans ses conclusions que le dommage à rembourser s'élevait à 1'000 CHF, le juge ne pourra aller au-delà, même si le dommage effectif devait se monter à 8'000 CHF).
- **sa durée** : il est rare qu'un tribunal de première instance rende une décision dans l'année qui suit sa saisine. En admettant que le procès se poursuive en deuxième instance, puis au Tribunal fédéral, un procès peut durer plusieurs années.
- **ses coûts** : l'art. 98 CPC impose que la partie qui saisit le tribunal avance les frais. Ceci a eu pour effet que le nombre de procédures civiles a chuté lors de l'entrée en vigueur de cet article. Les frais sont proportionnels à la valeur litigieuse. Par exemple, pour le canton de Vaud,

Un règlement concernant le tarif des frais judiciaires civils (TFJC) est édicté (chaque canton détermine ses frais). A titre d'exemple, pour le canton de Vaud, le montant des frais est de l'ordre de grandeur suivant :

**Art. 18 TFJC**

Litiges patrimoniaux	<sup>1</sup> L'émolument forfaitaire de décision pour une contestation patrimoniale en procédure ordinaire est fixé en principe comme il suit :	
Valeur litigieuse	Émolument	
- de 0 à 30'000 francs :	3'750 francs	
- de 30'001 à 100'000 francs :	7'000 francs	
- de 100'001 à 250'000 francs :	9'500 francs	
- de 250'001 à 500'000 francs :	11'500 francs	
- 500'001 francs et plus :	15'500 francs, plus 1,5% de la valeur litigieuse dépassant 500'000 francs, mais au maximum 300'000 francs.	

En principe, la partie qui perd (en langage juridique : qui succombe) doit supporter non seulement les frais au sens large, soit les frais judiciaires, mais également les dépens, c'est-à-dire les frais d'avocats de l'autre partie, celle qui a eu gain de cause (art. 106 CPC). Les dépens sont fixés légalement par cantons. Dans le canton de Vaud, c'est le tarif des dépens en matière civile (TDC) qui règle la question, par exemple en première instance :

**Art. 4 TDC**

Tarif en matière de procédure ordinaire	1 Valeur litigieuse (en francs)	Défraiement (en francs)
	- de 0 à 30'000	- de 1'000 à 9'000
	- de 30'001 à 100'000 -	- de 3'000 à 15'000
	- de 100'001 à 250'000	- de 6'000 à 25'000
	- de 250'001 à 500'000	- de 9'000 à 40'000
	- de 500'001 à 1'000'000	- de 12'000 à 60'000
	- de 1'000'001 à 2'000'000	- de 16'000 à 80'000
	- de 2'000'001 à 5'000'000	- de 20'000 à 100'000
	- supérieure à 5'000'000	- de 40'000 à 2% de la valeur litigieuse

Il est à relever qu'en général, les dépens alloués à la partie qui obtient gain de cause ne couvrent normalement pas la totalité des frais effectifs que cette partie a dû supporter et très souvent, ils ne couvrent même pas les frais de représentation (frais d'avocats). La décision des frais et dépens est une décision qui est sujette à recours. Il est également à mentionner qu'une partie qui n'aurait pas les moyens d'avancer les frais peut demander l'assistance judiciaire, qu'elle devra rembourser à son retour à meilleure fortune. Dans certains domaines, par exemple le droit du bail dans le canton de Vaud, la procédure est gratuite.

- **Les garanties procédurales** : Malgré ses inconvénients, la procédure civile présente deux garanties essentielles qu'aucun autre mode de règlement de différend ou de conflit ne peut garantir : il s'agit de :
  - 1) la garantie d'action et de
  - 2) la garantie de décision.

Ces garanties sont obligatoires, sous peine de commettre un déni de justice. En outre, les décisions prononcées par un tribunal civil sont exécutoires, elles peuvent, si nécessaire, faire l'objet d'une exécution forcée (en poursuite et faillite)

## 12.3 Les modes alternatifs de règlement de litige

« *Un mauvais arrangement à l'amiable vaut mieux qu'un bon procès* ».

HONORÉ DE BALZAC, *Illusions perdues*, 1837-1843

Les modes alternatifs de résolution de litiges ou de différends (MARL ou MARD, ou ADR en anglais pour *Alternative Dispute Resolution*) se caractérisent par le fait que les parties anticipent les problèmes et font appel à des tiers afin de trouver des solutions moins lourdes et plus rapides. Le plus souvent, elles n'attendent pas la fin des travaux, mais font appel à eux déjà durant la phase d'exécution; elles n'attendent pas nécessairement une décision juridictionnelle, mais se contentent d'une assistance en vue d'une solution négociée; elles renoncent (partiellement ou totalement) à faire appel à des juristes pour confier la décision à des professionnels spécialisés et compétents.

Le résultat n'est pas garanti, puisqu'il dépend toujours plus ou moins de la bonne volonté des parties, mais il augmente les chances de succès. Ce n'est qu'en cas d'échec que l'on devra passer à la phase juridictionnelle.

Il existe de nombreuses méthodes dites alternatives (ou amiables), qu'il n'est pas aisément de classer car les terminologies varient entre pays, entre langues ou entre domaines du litige.

Parmi les organismes qui proposent des règlements pour des modes alternatifs de résolutions de litige, il convient de citer :

- [La chambre de commerce internationale](#) (CCI)
- La recommandation VSS 641 510 de l'Union des professionnels suisses de la route
- La Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)
- [La Swiss Chambers Arbitration Institution](#) (SCAI)
- La Société Suisse des Ingénieurs et Architectes (SIA)

### 12.3.1 La négociation

La première étape de résolution de litige est la négociation. Il s'agit de la voie la plus simple et la plus naturelle en présence d'un litige, puisque la négociation n'est rien d'autre que la discussion entre deux ou plusieurs parties ayant des divergences sur un ou plusieurs points précis, en vue de trouver un accord à la satisfaction de tout le monde. L'intervention de tierces personnes n'est, en principe, pas nécessaire. Parmi les types de négociation, il convient de mentionner la **négociation sur des positions** dans laquelle les parties ont comme point de départ leurs propres positions. Il s'agit de la négociation « usuelle », puisqu'il s'agit de défendre sa position par rapport à la position de la partie adverse. Le résultat sera en général soit une solution de compromis, entre les positions des parties, soit l'absence de compromis, et donc l'absence de solution au litige.

Plutôt que la négociation sur des positions, une autre manière de négocier, offrant à priori des meilleurs résultats en pratique, est la **négociation raisonnée**<sup>28</sup>. Les quatre principes de base de ce mode de négociation sont :

- (a) la séparation des personnes et des problèmes ;
- (b) la focalisation et la discussion des intérêts au lieu des positions ;
- (c) la création d'une multitude d'options avant la décision sur une éventuelle solution ;
- (d) la fondation de la solution sur des critères objectifs

La négociation n'est pas seulement une méthode de résolution de litige mais constitue également un outil dans les procédures de médiation ou de conciliation.

<sup>28</sup> Cette technique est connue sous le nom du « modèle de Harvard » respectivement de la «négociation raisonnée» (« principled negotiation »).

### 12.3.2 La médiation

La médiation (« die Mediation ») est une forme de négociation assistée au cours de laquelle un tiers neutre, le médiateur, aide les parties dans la résolution du conflit ou du différend qui les oppose en favorisant la communication et le dialogue. En général, **le médiateur n'émet pas de recommandation écrite et ne rend pas de décision**. Les faits sont sans importance, l'unique but est de trouver un accord (même inéquitable) entre les parties. Si malgré les efforts du médiateur les négociations n'aboutissent pas, le médiateur peut, dans certains cas, suggérer aux parties qu'il formule une proposition motivée, comme dernier moyen d'aboutir à une transaction. Dans ce cas, il s'agirait plutôt d'une conciliation.

#### La définition de la médiation selon le Règlement suisse de médiation commerciale<sup>29</sup>

La médiation est une méthode alternative de résolution des litiges. Deux ou plusieurs parties demandent à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver une solution afin de mettre fin à leur différend ou d'éviter de futurs conflits. Le médiateur est neutre et indépendant des parties. Durant la médiation, il facilite les échanges d'opinions et encourage les parties à considérer des solutions mutuellement acceptables.

C'est un processus de règlement des litiges rapide, efficace et peu coûteux. La première enquête nationale réalisée sur la médiation en Suisse par la Fédération Suisse des Associations de Médiation durant l'été 2009 a révélé que les médiations durent en moyenne de trois à cinq séances et connaissaient un taux de réussite de 70,6%. En d'autres termes, plus de deux médiations sur trois aboutissent à un accord écrit librement souscrit par les participants à la médiation.

La convention de médiation oblige deux ou plusieurs parties à d'abord rechercher une solution à l'amiable (accord de transaction) en cas de litige avéré ou à venir. Toutefois, cette obligation repose largement sur la bonne volonté, voire la bonne foi des parties, et n'a pas d'effet contraignant. En effet, si la médiation c'est-à-dire la tentative de rechercher une solution au litige par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes tierces est vaine, aucun accord n'est envisageable.

Finalement, il est à relever que le Code de Procédure Civile prévoit, à l'art 213 al. 1 CPC, que « *Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation* ».

### 12.3.3 La conciliation

La conciliation (« die Schlichtung ») est une autre variété de la négociation, mais le rôle du tiers y est plus actif puisqu'il est en principe chargé, après avoir entendu les parties, de les aider activement à trouver un compromis, dont il peut souvent lui-même proposer les termes. Le tiers a pour tâche d'aider les parties dans la recherche d'une solution.

Cependant, dans la conciliation, la personne tierce n'a en principe **aucun pouvoir décisionnel** : il n'est en effet pas possible d'imposer aux parties une solution, celle-ci est à la libre disposition des parties, et il suffit que l'une des parties refuse cette solution pour aboutir à un blocage dans la résolution extrajudiciaire du litige.

Les conventions de conciliation peuvent être intégrées au contrat par le biais d'une clause renvoyant à un règlement établi (par exemple les règlements de la CCI), ou par le biais d'un document propre dans le cas où un règlement spécifique de conciliation a été élaboré par l'une des parties, en général par le maître de l'ouvrage.

Par exemple pour les travaux de construction de la ligne diamétrale de Zürich, une convention de conciliation « Streitschlichtungvereinbarung » a été spécialement édictée par les CFF et figurait comme annexe au contrat de construction. Elle proposait 3 étapes graduelles de règlement du litige : d'abord le règlement naturel du litige, par négociation entre les parties, ensuite l'intervention d'un comité de conciliation et finalement la voie judiciaire. Cette

<sup>29</sup> <https://www.swissarbitration.org/Mediation/Reglement-de-mediation>

convention prévoyait que si le montant du litige était inférieur à 300'000 CHF, les parties s'engageaient à respecter la décision du comité de conciliation. Le comité de conciliation se composait de trois personnes : un spécialiste en droit de la construction (juriste), un spécialiste technique (ingénieur) et un spécialiste de la construction (entrepreneur).

### **Le contrat de mandataire / de direction des travaux SIA 1001/1**

Le contrat de mandataire / de direction des travaux SIA 1001/1 Edition 2014 propose à son article 12 Droit applicable, résolution des conflits et for, de favoriser la médiation ou la conciliation :

*« En cas de conflit entre les parties, celles-ci s'engagent à trouver un arrangement amiable par le biais de discussions directes. Elles peuvent éventuellement faire appel à une personne compétente et indépendante, dont la tâche serait d'agir en tant que médiateur entre les parties et de régler le conflit. Chaque partie peut signaler par écrit à l'autre partie sa disposition pour une procédure de résolution des conflits (p. ex. discussion directe, médiation ou conciliation par un tiers compétent qui prépare une proposition de résolution). À l'aide du médiateur ou du conciliateur, les parties établissent par écrit la procédure adéquate et les règles à respecter. »*

*Si aucune procédure de résolution des conflits n'est convenue ou si les parties ne peuvent s'entendre sous 60 jours après réception de la notification, ni sur l'affaire, ni sur le choix du médiateur ou du conciliateur, ou si la médiation ou la conciliation échoue sous 90 jours après réception de la notification, chaque partie peut agir en justice auprès d'un tribunal ordinaire ou auprès d'un tribunal arbitral selon la norme SIA 150 (dernière édition respective). »*

#### **12.3.4 Les « Disputes Boards »**

De toutes les méthodes de résolution de litiges qui sont proposées, celle des Disputes Boards (ci-après DB), parfois appelés en français (français) « Comité de résolution des différends » ou en français (suisse) « Commission de conciliation », est sans doute la plus complète et la plus intéressante dans le domaine de la construction.

Elle est utilisée depuis de nombreuses années dans les pays anglo-américains; quelques expériences fameuses - notamment celle liée à la construction du tunnel sous la Manche - l'ont fait connaître. Elle a été et est également appliquée en Suisse notamment pour de grands travaux, en particulier les tunnels du Lötschberg et du Gothard.

On peut définir les DB comme une méthode de résolution des litiges par laquelle les parties à un contrat conviennent de confier à un ou des tiers choisis le soin de les assister pendant toute la durée de son exécution afin de prévenir et tenter de résoudre les conflits qui pourraient surgir.

Il est nécessaire que les parties en conviennent, ce qui implique que, par une stipulation contractuelle expresse, elles décident de se soumettre à cette procédure. Nul ne peut y être contraint. Il est vrai qu'en pratique le maître d'œuvre qui lance une procédure d'appel d'offres peut en faire une condition de l'acceptation; ce fut le cas pour les contrats des transversales alpines.

Les parties conviennent de confier la charge de les assister à un ou des tiers neutres. Il peut n'y avoir qu'une personne, mais en général, il s'agira d'un groupe de trois personnes au moins. Ces personnes sont ainsi liées aux parties par un contrat. On signalera que la procédure peut passer par une institution qui intervient au besoin dans la procédure de nomination, la résolution des questions administratives et la gestion des aspects financiers; c'est le cas de la CCI.

Le DB n'est pas formé au moment où survient le litige; il est constitué immédiatement, dès le début des travaux, et reste en fonction jusqu'à la fin de la construction, voire au-delà jusqu'à la fin de la période de garantie. C'est là et de loin le trait le plus caractéristique.

Les étapes de mise en place d'un Board sont :

### a) L'adoption de la clause

La mise en place d'un DB se fait dans une première étape par **l'adoption de la clause dans le contrat ou l'une de ses annexes**, qui doit absolument en consacrer le principe, déterminer les modes de constitution du Board et définir à grands traits les compétences et la procédure.

### b) La formation du Board

La deuxième étape consiste à constituer le Board. L'idéal est que les parties puissent en désigner les membres d'un commun accord, tout en donnant à chacune d'elles le droit de faire une proposition. Il est essentiel à ce stade que ces personnes soient acceptées par tout le monde, si l'on entend que leur soit reconnue l'autorité nécessaire à faire accepter les propositions de conciliation.

La qualification des membres appelle quelques remarques:

1. **La spécialité.** Il est vivement recommandé (parfois imposé par la clause) que le Board comprenne des professionnels de la construction, et en principe l'incontournable juriste, qui devrait toutefois être lui aussi familier des problèmes de droit de la construction, puisque, en cas de désaccord entre les membres, c'est à lui qu'il appartiendrait de trancher.
2. **L'autorité.** Il importe de faire appel à des personnes dont la réputation et les qualités sont reconnues dans la branche. Le poids de leurs interventions n'en sera que plus lourd.
3. **L'indépendance.** Il est essentiel que les personnes désignées soient indépendantes et le restent. Il faut en conséquence qu'elles signalent d'emblée, avant leur désignation, puis en cours de mandat, les faits qui pourraient mettre son indépendance en question. On devrait ici s'inspirer largement des principes applicables en matière d'arbitrage.
4. **La disponibilité.** Il importe que les personnes désignées puissent confirmer avoir une disponibilité suffisante, puisqu'elles doivent pouvoir intervenir immédiatement et rapidement.

### c) La fixation de la procédure

La troisième mesure consiste pour le Board à adopter un règlement un peu détaillé de manière à fixer les grandes étapes de la procédure.

Suivant les goûts et les traditions, on peut opter pour un système relativement détaillé ou un système plus souple; l'esprit général de la procédure devrait plutôt privilégier la seconde solution.

En cours de travaux, **dès le début, le Board est appelé à participer activement au processus de construction** qu'il doit suivre, et dont il est l'une des composantes comme les autres.

L'idée générale est que le Board, à la différence d'un conciliateur/médiateur ou d'un arbitre, n'est pas appelé au moment où surgit un litige, mais qu'**il est d'emblée informé**, dès le point de départ de la relation contractuelle, et que ses informations sont régulièrement mises à jour. L'avantage recherché est précisément qu'il soit rapidement prêt à intervenir.

Pour ce faire, le DB reçoit copie des contrats et des principaux documents contractuels (dans la mesure du nécessaire et de l'utile), ainsi que de la documentation qui est établie en cours d'exécution. Il en prend connaissance, l'étudie et peut poser des questions complémentaires s'il en a. Le Board visite le chantier à intervalles réguliers, selon ce qu'il juge utile. Cela lui permet d'une part de se tenir parfaitement informé, d'avoir un aperçu, une impression de l'avancement des travaux; cela lui permet d'autre part d'avoir un contact personnel avec les principaux acteurs, une dimension fondamentale au succès de tout l'exercice, en ce qu'elle crée un climat favorable à des solutions amiables.

En soi, le Board n'intervient formellement qu'en cas de litige. La pratique établit toutefois qu'il joue également un rôle informel important lors des visites, par les discussions qui ont lieu à

cette occasion. Il peut ainsi suggérer des solutions, des suggestions souvent déterminantes pour la suite de la procédure.

Son intervention formelle se produit en réalité en cas de véritable litige. Il faudra alors distinguer:

**a) L'ouverture de la procédure**

C'est l'une des clefs, puisque c'est elle qui déclenche la procédure. Or les parties peuvent influencer le rôle du Board en fixant les conditions qui permettent de la mettre en œuvre. Elles peuvent le faire largement en autorisant chaque partie (en précisant qui a compétence pour le faire) à saisir le Board en tout temps. Elles peuvent le faire de manière plus restreinte en exigeant d'abord le constat d'un échec des négociations internes à un niveau élevé, voire au plus haut niveau. Le Règlement précisera les formalités requises et la documentation à produire.

**b) L'instruction de la cause**

Le Board doit instruire le cas, en donnant à chaque partie l'occasion de s'exprimer, en procédant à une inspection, en interrogeant les participants. En principe, les parties interviendront sans avocat ni expert, à moins que l'importance de la créance et la difficulté de la question ne le justifient.

**c) La décision**

Elle doit être rendue à bref délai, souvent fixé dans la clause ou le Règlement. Il importe qu'elle soit motivée, au moins sommairement, de manière à en accroître la compréhension et donc l'autorité.

Reste à savoir quelle est *la portée de la décision* ?

Dans le cas le plus simple, il s'agit d'une proposition de conciliation que les parties peuvent mais ne doivent pas accepter; si elles le font, elles signeront une transaction, sinon il n'y aura pas d'autre choix que d'ouvrir une procédure judiciaire ou arbitrale, selon ce qui a été convenu.

Il est possible toutefois de donner à cette décision une portée accrue. Le règlement de la CCI<sup>30</sup>, s'inspirant des solutions américaines, a développé deux types de DB qui peuvent être combinés (« Combined Dispute Boards », CDB):

Dispute Review Board (DRB):

Le Board émet une recommandation qui comme telle n'est pas obligatoire. Le système est toutefois formalisé: Si aucune des parties ne notifie son désaccord, la recommandation devient obligatoire au bout de 30 jours; si une partie notifie son désaccord dans le délai, il appartient à l'autre si elle le souhaite d'entamer la phase juridictionnelle (voie judiciaire § 12.2). Le DRB n'est rien d'autre qu'un comité conciliateur.

<sup>30</sup> Ce règlement est disponible à l'adresse :

<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-dispute-board-rules-french.pdf>

### Dispute adjudication Board (DAB).

Le Board émet non une recommandation, mais une décision à laquelle les parties doivent se soumettre immédiatement. Le système est aussi formalisé: la partie qui est en désaccord avec la décision peut en faire la notification dans les trente jours, le litige pourra être soumis à la procédure juridictionnelle, mais la décision reste obligatoire dans l'intervalle. Il s'agit donc d'une décision contraignante (mais non définitive) pour les parties. Si cette décision n'est pas respectée, il s'agit d'une violation du contrat.

L'exemple du tunnel du Lötschberg est à cet égard significatif, puisque les commissions n'ont finalement tranché formellement que sur deux créances qui étaient restées contestées jusqu'à la fin du chantier. L'instruction en a été faite rapidement. Les commissaires ont commencé par soumettre aux parties une première proposition que chacune a eu loisir de commenter. Une nouvelle proposition a été ainsi établie qui a été finalement présentée et motivée par le président et qui a été acceptée après une nouvelle ronde de négociations menées par les Commissions. Cela tient évidemment aussi au fait que, en cas de désaccord, les parties sont conscientes qu'elles devront se soumettre à une procédure juridictionnelle dont elles connaissent les inconvénients et les risques. Qui plus est, le risque est accru du fait que les juges ou les arbitres ne pourront pas ne pas se laisser influencer par les solutions proposées en toute connaissance de cause par les experts professionnels de premier ordre.

#### **Exemple : clause de conciliation Contrats du Lötschberg**

##### **"23. Streitschlichtung**

*Im Hinblick auf allfällige Streitigkeiten wird eine begleitende Streitschlichtungskommission eingesetzt.*

*Die Parteien verpflichten sich, bei Streitigkeiten das folgende Verfahren zu befolgen, bevor sie die ordentlichen Gerichte anrufen. Zu diesem Zweck ernennen sie vor der Aufnahme der in Ziffer 1 umschriebenen Arbeiten zwei Spezialisten des vorliegenden Fachbereiches und eine Juristin oder einen Juristen als Vermittler und legen mit diesen den Ablauf des Verfahrens fest.*

*Die Parteien versuchen bei Streitigkeiten zunächst, auf der Stufe der Bauleitungen und der Geschäftsleitungen eine Einigung zu erzielen. Kommt keine Einigung zustande, kann jede Partei das Streitschlichtungsverfahren einleiten.*

*Das Verfahren wird eingeleitet, indem eine Partei den Vermittlern mitteilt, sie verlange dessen Durchführung. Die Vermittler hören die Parteien unverzüglich an und legen das weitere Vorgehen fest. Sie unterbreiten den Parteien einen Vergleichsvorschlag.*

*Das Streitschlichtungsverfahren soll in der Regel nicht länger als dreißig Tage dauern.*

*Die Kosten der Begleitung durch die Streitschlichtungskommission und eines allfälligen Schlichtungsverfahrens tragen die Parteien je zur Hälfte."*

### **12.3.5 L'arbitrage**

L'arbitrage est une **juridiction privée**, c'est-à-dire non étatique. Il est institué par les parties dans une convention d'arbitrage. Cette convention peut s'établir, soit avant (clause compromissoire), soit après la survenance du litige (compromis). C'est un mode de résolution très apprécié dans les litiges commerciaux internationaux, raison pour laquelle la loi sur le droit international privé (LDIP) règle l'arbitrage international aux art. 176 ss LDIP, tandis que l'arbitrage interne, c'est-à-dire en Suisse, est régi aux art. 353 ss CPC.

La convention d'arbitrage est la convention par laquelle deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'accordent à soumettre un ou plusieurs litiges existants ou futurs (déterminés) à un tribunal arbitral en **excluant de manière contraignante la juridiction étatique**. La convention d'arbitrage, en tant que raison d'être de toute procédure arbitrale, est très répandue dans les contrats du commerce international. La Suisse est l'un des pays les plus importants en matière d'arbitrage commercial international.

L'arbitrage est incontestablement devenu, depuis les années 1970, le mode de règlement des différends préféré des acteurs du commerce international. En particulier, les contrats relatifs aux fusions et acquisitions, aux transferts de technologies, de savoir-faire, de propriétés

industrielles, les contrats dans le secteur des télécommunications et les projets d'infrastructure, prévoient systématiquement le recours à l'arbitrage.

Les **avantages** de l'arbitrage sont la rapidité, la qualification des arbitres, la discrétion et la prévisibilité. En revanche, cette juridiction privée a un certain coût, ce qui ne la rend pas accessible à tout un chacun. En matière de conflits internationaux, le plus gros avantage de l'arbitrage est le régime favorable dont bénéficient les sentences par rapport aux jugements lorsqu'il s'agit de les **faire reconnaître et exécuter à l'étranger**.

En effet, la plupart des Etats ont ratifié un traité international qui les oblige à reconnaître et exécuter presque automatiquement toute sentence arbitrale rendue dans un autre Etat signataire (la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dite « Convention de New York »).

C'est là **un avantage décisif de l'arbitrage** par rapport aux procédures devant les tribunaux étatiques car les traités internationaux instaurant un régime similaire pour l'exécution de jugements rendus par un tribunal d'un autre Etat sont extrêmement rares (à l'exception, très importante, de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 entre la Suisse et l'Union européenne). Il est en règle générale plus facile de faire exécuter une sentence arbitrale rendue en Europe aux Etats-Unis, par application de la Convention de New York, qu'un jugement d'un tribunal étatique européen.

Les parties sont libres de choisir les règles de procédure applicables à la conduite de la procédure arbitrale, dans les limites du droit applicable au siège du tribunal arbitral. Ainsi, tout arbitrage international ayant son siège en Suisse est soumis au Chapitre 12 de la Loi sur le droit international privé (LDIP), la *lex arbitri* (« loi de l'arbitrage » en latin).

Les institutions d'arbitrage les plus connues sont la Cour d'arbitrage international de la Chambre de commerce international (CCI), située à Paris, qui administre des arbitrages partout dans le monde. Les « Swiss Rules of International Arbitration » constituent également un règlement d'arbitrage international uniforme. Il existe encore de nombreux autres règlements envisageables, toutefois non précisés dans le cadre de ce cours.

Il est prudent de ne pas modifier les clauses modèles proposées par ces diverses institutions sans avoir recueilli au préalable l'avis d'un spécialiste.

Dans la mesure où la plupart des arbitrages commerciaux se déroulent de manière confidentielle et à l'abri du regard du public (ce qui est généralement perçu comme un avantage par les utilisateurs), aucune **statistique** globale sur le nombre de procédures arbitrales en cours ou réglées n'est disponible. Il est toutefois possible de mesurer l'importance de l'arbitrage à travers les statistiques publiées par la CCI. Selon celles-ci, 521 nouvelles affaires ont été enregistrées en 2005, ce qui porte le nombre total des affaires traitées par la CCI depuis sa création à plus de 14'000. De plus, en 2006, c'est en Suisse que se trouvait le siège du plus grand nombre d'arbitrages CCI (Genève/Zürich se trouvant devant Paris et Londres). La Suisse fournit le contingent le plus important d'arbitres. Notons aussi que le droit suisse est fréquemment choisi comme droit applicable à des contrats internationaux.

En ce qui concerne les litiges internes à la Suisse, s'il n'existe pas de statistiques précises à ce sujet, il nous apparaît clair que le recours à l'arbitrage est moins fréquent qu'il ne l'est en matière de construction à dimension internationale.

Enfin, citons à des fins de culture générale de l'arbitrage, une forme originale d'arbitrage, la **Last Offer Arbitration**. Elle consiste en la règle procédurale, convenue entre les parties, selon laquelle, avant la clôture de la procédure arbitrale, les parties formulent leur dernière offre. Ensuite, le tribunal arbitral tranche le cas mais doit choisir entre l'une des deux offres formulées, tout autre résultat étant d'emblée exclu en vertu de la convention des parties.

### Arbitrage : contrat FIDIC – introduction de la procédure d’arbitrage en sautant la procédure DAB prévue

Tant le Tribunal fédéral dans un arrêt 4A\_124/2014 que la Haute Cour de Justice anglaise se penchent sur la question d'un demandeur qui introduit une procédure décisive sans passer par la procédure DAB prévue par les conditions FIDIC. **1.** Dans l'arrêt 4A\_124/2014 du Tribunal fédéral, une entreprise de construction de route française et un maître d'ouvrage étatique intègrent les conditions générales de la FIDIC (*Conditions of Contract for Construction*, 1ère ed. 1999). En vertu de l'art. 20 de ces dernières, une décision du *Dispute Adjudication Board* (DAB) doit être obtenue avant l'introduction d'une procédure arbitrale. **2.** Le 10 mars 2011, l'entrepreneur indique son intention d'introduire une procédure DAB. La prise de position du DAB est retardée en raison de l'incapacité des parties à s'entendre sur sa composition. Le 2 juillet 2012, le DAB est entièrement constitué, mais le mandat de ce dernier reste à définir. En dépit d'efforts continus destinés à la constitution du DAB et de l'élaboration de *Dispute Adjudication Agreements*, l'entrepreneur dépose, le 27 juillet 2013, sa demande d'arbitrage devant la Chambre de Commerce internationale (ICC). Le maître de l'ouvrage soulève l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral en faisant valoir que la procédure de règlement des différends adoptée contractuellement n'a pas été exécutée et que dès lors, le tribunal arbitral n'est pas (encore) compétent *ratione temporis*. Le tribunal arbitral rejette, par décision incidente, l'exception et confirme sa compétence. Le maître de l'ouvrage fait recours contre « la décision de compétence » auprès du Tribunal fédéral en vertu de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. **3.** Le Tribunal fédéral détermine le droit applicable à la convention d'arbitrage et le fait de savoir si la procédure de conciliation requise par la procédure d'arbitrage est obligatoire ou facultative (consid. 3.3). Il en conclut – comme le tribunal arbitral avant lui – que le droit suisse est applicable à la convention d'arbitrage. Il en conclut également qu'il ne serait pas opportun de rattacher la clause de médiation à autre chose que la clause d'arbitrage. C'est la raison pour laquelle le droit suisse est également applicable à la clause de médiation (art. 178 al. 2 LDIP). **4.** C'est donc d'après le droit suisse qu'il faut déterminer si la procédure DAB préalable (art. 20) doit être obligatoirement exécutée ou si elle n'est que facultative. Le Tribunal fédéral relève à cet effet que non seulement la clause doit être interprétée selon les mêmes principes qu'en droit des contrats, mais aussi que l'ensemble des dispositions de la FIDIC développées par des juristes de droit privé doivent être interprétées individuellement, dans la mesure du possible eu égard aux circonstances de l'espèce. Dans cette mesure, les dispositions de la FIDIC sont comparables à la Norme SIA 118 (consid. 3.4.1). **5.** A la différence du tribunal arbitral, le Tribunal fédéral retient que la procédure de règlement des différends devant un DAB est indispensable, en vertu des dispositions de la FIDIC, et que, par conséquent, aucune procédure d'arbitrage ne peut être ouverte avant que la procédure devant le DAB ne soit achevée (consid. 3.4.4.). **6.** Le Tribunal fédéral émet cependant une réserve majeure. Selon lui, l'exception d'incompétence *ratione temporis* selon laquelle la procédure DAB n'est pas terminée et que le tribunal arbitral n'est, de ce fait, pas (encore) compétent, peut être contraire aux règles de la bonne foi (consid. 3.4.4), ce que constate le Tribunal fédéral en l'espèce : d'une part, la procédure DAB n'a pas été introduite pendant l'exécution des travaux de construction, mais seulement après leur achèvement de sorte que, du point de vue de « l'économie du système », il est discutable que la procédure DAB doive être absolument exécutée dans un tel cas. D'autre part, quinze mois se sont écoulés depuis l'introduction de la procédure DAB jusqu'au dépôt de la demande d'arbitrage et cela bien qu'une décision du DAB aurait dû être rendue dans les 48 jours. L'entreprise de construction de routes n'étant pas responsable du retard, on ne peut de bonne foi lui imposer de continuer à attendre l'achèvement de la procédure DAB (consid. 3.5).

Par conséquent, le Tribunal fédéral rejette le recours et confirme la compétence du tribunal arbitral bien qu'aucune procédure DAB n'ait été exécutée. **7.** La Haute Cour de justice anglaise qui s'est penchée sur l'action en prétention de cette procédure parvient au même résultat concernant le caractère obligatoire et justiciable de la procédure DAB. A la différence de la procédure d'arbitrage jugée par le Tribunal fédéral, la procédure d'action a été, dans ce cas, suspendue sur requête de l'intimé afin que la procédure DAB puisse encore être exécutée pendant la procédure de décision ainsi suspendue. *TF 4A\_124/2014 (7.7.2014) ; High Court of Justice, Queen's Bench Division [2014] EWHC 3193 (TCC), Decision of 10 October 2014 = BR/DC 2015, p. 193 s. n. 300 (avec une note de Tarkan Göksu)*.

## 12.4 Les outils

Les deux types d'expertises présentés ci-après ne constituent pas formellement une méthode de résolution de litige, mais représentent des outils utiles, à dispositions des parties et de leurs avocats, soit pour décanter une situation juridique figée, avant d'envisager de foncer tête baissée dans une procédure judiciaire longue, coûteuse et incertaine, soit pour établir des faits de manière professionnelle, neutre et indépendante, et contraignante.

### 12.4.1 La preuve à futur

A la teneur de l'art. 158 al. 1 let. b CPC, une personne peut requérir au tribunal compétent l'administration de preuves avant l'introduction d'un procès, pourvu que le requérant rende vraisemblable que la preuve en question est en danger (c'est-à-dire que le fait à prouver risque de disparaître ou d'être rendu invisible) ou qu'il a un intérêt digne de protection. Un tel intérêt peut être trouvé notamment dans l'intention du requérant de clarifier, par la preuve à administrer, **les chances de succès d'un éventuel procès civil**, car l'admission d'un tel intérêt et, partant, de l'administration de preuves à futur pour l'évaluation de chances de procès, peut empêcher une partie d'intenter un procès dénué de chances.

Le résultat de l'expertise de preuve à futur permet de prouver les faits en question, qui seront réputés comme établis d'emblée dans une éventuelle procédure civile subséquente. En cas d'échec de la preuve à futur, les faits faisant l'objet de la requête ne seront pas considérés.

Il est donc tout à fait envisageable que la preuve à futur, qui ne constitue qu'un outil dans l'administration des preuves, puisse à elle seule résoudre le conflit si le résultat de l'administration de la preuve est tel qu'il incite les parties à établir une transaction ou à renoncer à continuer dans la voie judiciaire.

### 12.4.2 L'expertise-arbitrage

L'expertise-arbitrage est un contrat conclu entre deux parties, en dehors d'un procès civil ou pendant procès, qui conviennent de mandater une personne tierce, un expert, qui est chargé d'établir une expertise afin de **déterminer les faits demandés**.

Les parties conviennent d'accepter les conclusions de l'expertise-arbitrage et d'être juridiquement liées par ses conclusions.

L'art. 189 CPC règle cette forme d'expertise :

#### Art. 189 CPC

Expertise-  
arbitrage

<sup>1</sup> Les parties peuvent convenir que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre.

<sup>2</sup> La forme de la convention est régie par l'art. 17, al. 2.

<sup>3</sup> Le tribunal est lié par les faits constatés dans le rapport lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a. le litige est à la libre disposition des parties;
- b. aucun motif de récusation n'était opposable à l'expert-arbitre;
- c. le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste.

L'expertise-arbitrage est très proche de la preuve à futur. L'établissement d'une expertise-arbitrage ne nécessite aucune intervention d'un tribunal mais doit être établie en l'accord de toutes les parties, tandis que la preuve à futur est décidée par le tribunal sur requête de l'un des parties seulement (à ses frais).

## 12.5 Synthèse des méthodes de résolution de litiges

Le tableau de la page suivante synthétise les diverses méthodes de résolution de litiges, par ordre croissant de formalisme.

Méthode		Objet du litige	Description	Résultat	caractère contraignant	intervenants	clause contractuelle spécifique	bases légales	avantages	inconvénients
1	<b>Négociation</b>	Libre	échange de communications (verbales ou non verbales) entre plusieurs sujets qui a pour but d'atteindre un arrangement sur des comportements (actions, omissions) déterminés	Accord à l'amiable (= transaction) entre les parties	NON	MO ENT DGT/DLT (éventuel) Tiers (éventuel)	Facultatif	Aucune (bases techniques: principes de la négociation raisonnée)	coûts, temps, pas forcément besoin de tiers	Risque d'échec de la résolution du conflit
2	<b>Médiation</b>	Libre	assistance à la communication des parties, fournie par une personne tierce (personne médiatrice) et visant la solution de problèmes ou la résolution de différends ou conflits. Non-ingérence par rapport au fond de l'affaire.	Accord à l'amiable (= transaction) entre les parties	NON	MO ENT DGT/DLT (éventuel) Médiateur (1 pers.)	Facultatif (proposé par contrat KBOB ou SIA)	En principe aucune, (sauf règles impératives CO). Médiation judiciaire à la requête des parties possible (Art. 213 ss CPC)	coûts, temps, indépendance	Risque d'échec de la résolution du conflit
3a	<b>Conciliation (extrajudiciaire)</b>	Libre	procédure privée de résolution de différend ou conflit, convenue entre les parties et consistant en l'intervention d'une partie tierce qui s'occupe matériellement de l'affaire et qui propose une solution de résolution du litige	Accord à l'amiable (= transaction) entre les parties	NON	MO ENT DGT/DLT (éventuel) Conciliateur (1 ou 3 pers.)	Recommandé (comité ad hoc ou permanent) Exemple: ligne diamétrale de Zürich ou Gare de Lausanne	Aucune (sauf règles impératives et droit des contrats selon CO)	coûts, temps, indépendance,	Risque d'échec de la résolution du conflit
3b	<b>Dispute board: Dispute Review Board (DRB)</b>	Faits et droit	procédure de conciliation privée mais formalisée et particulièrement rapide, produisant une proposition de règlement (DRB) ou une décision contraignante (DAB)	Proposition de règlement (= transaction) entre les parties	NON	MO ENT Dispute Board (1 ou 3 pers.)	Fortement recommandé (comité ad hoc ou permanent)	<a href="#">Règlement « Dispute Boards » de la CCI</a>  Tunnel du Lötschberg (BLS), près de 15 Disputes Boards. Président: Pierre Tercier (Prof. UNIFR)	liberté, rapidité, expertise et compétences du DB, discréption	coût, risque de conflits d'intérêts, Risque d'échec de la résolution
3c	<b>Dispute board: Dispute Adjudication Board (DAB)</b>	Faits et droit		Décision contraignante pour les parties	OUI (mais pas définitif)	MO ENT Dispute Board (1 ou 3 pers.)	Recommandation VSS 641 510 (DRB)  Red Book » de la FIDIC (DAB)			coût, risque de conflits d'intérêts, Risque de violation du contrat
4	<b>Arbitrage</b>	Faits et droit	juridiction (civile) privée, reposant sur une convention et reconnue par la loi (sous certaines conditions), produisant des décisions équivalentes aux jugements étatiques	Obligation du tribunal arbitral de statuer => résultat garanti	OUI	MO (+avocat) ENT (+avocat) Tribunal arbitral (1 ou 3 pers.)	A exprimer dans le contrat  Exemple de tribunal arbitral: Tunnel sous la manche, canal de Panama	Lois: Suisse: CPC 353 ss International: LDIP 176 ss  Normes: SIA 150 (2018) Swiss Rules of International Arbitration ICC rules	liberté, rapidité, expertise et compétences des arbitres, discréption, reconnaissance internationale des sentences arbitrales	coût, risque de conflits d'intérêts, recours concernant les arbitres
5	<b>Procédure judiciaire</b>	Faits et droit	Résolution judiciaire du litige Conciliation obligatoire par le tribunal si litige < 100'000 CHF	Obligation du tribunal civil de statuer: => résultat garanti	OUI	MO + avocat ENT +avocat Tribunal civil (en général 3 personnes)	A mettre dans contrat: for	Code de Procédure Civile (CPC)  Conciliation: art. 197 ss. CPC  Procès - Procédure ordinaire: art. 219 ss CPC	Garantie de résultat, pas de mise en cause du juge probable	Coûts, Durée de la procédure (plusieurs années), formalisme excessif
A	<b>(Preuve à futur)</b>	Faits	Preuve établie de manière neutre et indépendante pour un éventuel procès civil entre les parties	Expertise de preuve à futur	NON	Expert (agrée par les parties)	non	Art. 158 CPC	Résultat garanti (mais ne concerne que les faits)	outil de résolution de litige uniquement
B	<b>(Expertise-arbitrage)</b>	Faits	Expertise neutre et indépendante pour l'établissement d'un fait liant le tribunal de manière définitive et contraignante	Expertise - arbitrage	OUI	Expert-arbitre (agrée par les parties)	non	Art. 189 CPC	Résultat garanti (mais ne concerne que les faits)	outil de résolution de litige uniquement