

Entrepreneur et contrat d'entreprise

Autor(en): **Perolini, K.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Bulletin technique de la Suisse romande**

Band (Jahr): **97 (1971)**

Heft 23: **SIA spécial, no 5, 1971: Groupes spécialisés; Assemblée générale extraordinaire de la SIA**

PDF erstellt am: **08.08.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-71272>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Qu'il soit difficile de satisfaire à ces exigences, c'est ce dont ont conscience les ingénieurs et architectes qui se sont groupés dans le cadre de la SIA pour établir la norme 118, dont l'édition actuellement en vigueur remonte à 1962. La généralisation espérée d'une pareille formule type augmenterait sensiblement la valeur de la norme comme texte de référence et ce but, pour chacun, est d'autant mieux atteint que l'emploi d'un texte est généralisé.

L'avantage de textes types, bien élaborés et pratiques, s'est manifesté dans nombre de domaines où une bigarrure de qualité très diverse ne pourrait que valoir difficultés, incertitudes et ennuis aux intéressés. Mais, tant le maître que l'entrepreneur ont intérêt à une exécution si possible sans accroc, donc à prévenir la survenance de divergences aux échelons le plus fréquemment en contact.

Le fait que la norme 118 ne se soit pas encore suffisamment généralisée peut — objectivement — s'expliquer dans une certaine mesure. Quiconque utilise cette norme dans sa teneur actuelle, ou s'en abstient délibérément, est sûrement conscient des améliorations que la SIA pourrait lui apporter lors de la révision en cours.

On pourra l'illustrer de maints exemples. Prenons-en quelques-uns.

La norme actuelle est d'un usage malaisé comme texte de référence. L'ordonnance en est presque laissée au hasard. On a obéi à la règle d'éviter les répétitions, qui, dans un texte de référence, sont pourtant indispensables. Nul renvoi ne signale les rapports entre les différents articles, renvois qui pourtant seraient de la plus grande utilité pratique. Ainsi, sous le titre «délais» (art. 13), on ne trouve pas tout ce qui, dans la norme, se rapporte aux délais. Qui sait du premier coup, sans devoir lire la norme d'un bout à l'autre, où il lui faut aller chercher et s'il a bien tout trouvé? — Il est extrêmement ennuyeux que le sens d'un certain passage n'apparaisse qu'en liaison avec tel autre article qu'il faut auparavant connaître ou aller chercher.

Ou bien, veut-on savoir ce qui, à l'article 6, chiffre 4, fait d'une position une position éventuelle au sens de la norme, on peut en toute bonne foi soutenir des avis différents. S'agissant de connaître les mesures de sécurité à prendre, la disposition relative aux positions éventuelles (art. 6, al. 4) doit céder le pas à la loi (LAMA). L'absence

dans la norme d'une mention pareille fait apparaître le caractère insuffisant de l'instruction que doit constituer la norme. De même, si la SIA tient à donner du travail aux juristes, il n'y a, ainsi que le recommande un ancien juge fédéral, qu'à maintenir à l'article 6, alinéa 5, la notion de «prix en rapport».

Les dispositions relatives à la limite de 20 %, que renferme l'article 9, ne sont indiquées que dans le bâtiment; en revanche, elles n'ont que faire là où il s'agit de grands travaux de génie civil et l'on ne voit guère comment on pourrait imposer au maître une pareille réglementation.

La SIA travaille à l'amélioration si nécessaire de la norme 118. Ce faisant, il lui faut viser au but qui est le sien: défense des intérêts professionnels de ses membres, maintien de leur activité à un niveau moral élevé, sauvegarde des droits professionnels et de la dignité de ses membres. Quand et comment la norme 118 conduira à une généralisation de la clarté et de la loyauté dans les contrats d'entreprise, cela dépend de la mesure de la valeur pratique que les membres arriveront à lui donner dans la recherche en commun des améliorations à y apporter.

Les temps où le maître de l'ouvrage croyait devoir prendre la précaution de fournir lui-même le ciment, et où l'homme de la technique pensait avoir agi en homme rompu aux affaires en établissant un texte peu clair ou incomplet, sont maintenant révolus.

Aujourd'hui où presque chacun est aux prises avec la concurrence, le sens du comportement économique raisonnable s'est partout fortement développé. L'utilité de contrats clairs et loyaux est admise plus largement qu'autrefois. Par ailleurs, la conscience s'est accrue de l'interdépendance existant entre l'établissement de projets toujours plus différenciés et, dans l'exécution, une spécialisation toujours plus poussée: interdépendance source d'avantages pour l'une et l'autre partie.

Cette évolution positive va se poursuivre dans ces directions. La grande phalange des membres de la SIA compte que l'association fera tout son possible dans ce sens.

Adresse de l'auteur:

Dury Prader, ing. EPF/SIA
Prader A.G., Waisenhausstrasse 2
8001 Zurich

Entrepreneur et contrat d'entreprise

par K. PEROLINI, Dr en droit, Berne

Avant-propos

Les considérations qui suivent sont le fruit d'une longue pratique des bases contractuelles établies entre maîtres de l'ouvrage — ou direction des travaux — et entrepreneurs.

Les opinions émises ici ne seront sans doute pas partagées par tous ceux qui sont appelés à apporter leur contribution dans la construction.

L'auteur entend exposer en toute objectivité certains problèmes, en se plaçant sous l'angle de l'entrepreneur. Depuis des années sa préoccupation est de voir se développer une véritable coopération lors de la construction d'ouvrages. Par ces observations critiques il tient à susciter l'aménagement dans le cadre du contrat d'entreprise de relations plus adéquates aux risques et plus conformes aux exigences de notre temps.

* * *

A une époque où les projets de construction se font toujours plus vastes et compliqués, nécessitent une mécanisation et une motorisation croissante et par là entraînent des risques incomparablement plus élevés, l'existence entre les intéressés à la construction (maître de l'ouvrage, auteur du projet et direction des travaux, entrepreneur) d'une véritable *coopération*, d'un *rapport de partenaires*, obéit à une urgente nécessité. Cette association doit se manifester sur le terrain de la planification et des délais (prévention des pointes de demande) et sur le terrain technique et de l'organisation. Il y a déjà eu des efforts dans ce sens, mais on est encore bien loin d'une collaboration et d'une coopération vraiment efficaces.

Dans ce contexte, le vœu, à juste titre, se fait de plus en plus pressant de voir s'opérer au sein de cette association une rationnelle *répartition des risques*, faite en fonction des

capacités et possibilités techniques, des possibilités d'organisation, et surtout de la capacité financière et économique des partenaires.

Il est décevant de devoir constater que, souvent, les bases du contrat d'entreprise ne sont pas le reflet de l'œuvre commune que constitue la construction à réaliser, mais sont établies, unilatéralement, au détriment de l'entrepreneur. — Cette situation désavantageuse résulte en partie de certaines dispositions du code des obligations, relatives au *contrat d'entreprise*, qui apparaissent aujourd'hui dépassées et plus du tout en harmonie avec les possibilités respectives des partenaires, sous l'angle aussi bien technique qu'économique. Mais le pire est encore la discrimination découlant de certaines « conditions générales et spéciales », imposées par divers grands commettants qui profitent du caractère dispositif de nombreuses règles du titre du code des obligations relatif au contrat d'entreprise, pour imposer à l'entrepreneur des charges excessives. — Là où le contrat repose sur les « conditions générales pour l'exécution des travaux de construction » de la SIA (norme 118), s'établit, certes, un plus juste équilibre entre les droits et les devoirs des parties; mais là aussi pas mal de dispositions trop lourdes pour l'entrepreneur demanderaient à être éliminées. Il est hautement souhaitable que la révision de cette norme, à laquelle est en train de travailler une commission de la SIA, entendra les vœux absolument justifiés des entrepreneurs (et qui d'ailleurs demeurent bien en deçà de ce qu'exigerait l'idée d'association).

Pour l'entrepreneur les difficultés et les soucis commencent déjà lors du *dépôt de l'offre*. Il est parfois tenu d'établir une offre détaillée sur la base de conditions de soumission incomplètes, voire inexactes; une offre qui, outre les prix, renferme des programmes de construction, plans d'exécution et descriptions, extrêmement minutieux. Ici déjà l'auteur de l'offre se trouve devant un premier défi: par la présentation de l'offre l'entrepreneur est censé connaître les lieux et les particularités du travail objet de la soumission (norme 118, art. 4, al. 9). De plus, il doit attester qu'il a établi ses prix sur des bases claires et complètes (norme 118, art. 4, al. 11). Tout ce qu'il peut faire — mais toujours avant le dépôt de l'offre — c'est demander des précisions. Et il n'est pas rare que cette situation initiale se voie encore aggravée par l'insertion dans le contrat d'entreprise de clauses spéciales qui, relativement à certains risques particulièrement dangereux, délient le maître de toute responsabilité, ainsi par des dispositions du genre de celle-ci (nous citons un passage d'un contrat d'entreprise conclu avec une grande entreprise suisse de forces motrices):

« Le maître ne garantit pas l'exactitude des études géologiques. L'entrepreneur ne pourra se prévaloir d'elles en aucune façon pour rendre le maître responsable. »

On comprendra aisément que, lorsqu'il s'agit par exemple de difficiles travaux souterrains (construction de galeries ou de cavernes), ou de construction de barrages, ou bien encore relativement aux dangers découlant du milieu naturel (avalanches, chutes de pierres, écoulement d'eaux, rupture et glissement de glaciers, etc.), l'entrepreneur, d'un trait de plume, voit ainsi mis à sa charge des risques qui dépassent ses forces, sa capacité financière surtout.

Durant le laps de temps le plus souvent très court qui va de la mise en soumission au dépôt des offres, rares seront, en matière de gros travaux, les cas où l'entrepreneur pourra réunir sur les conditions et risques locaux autant d'informations que l'ont pu, par des études scientifiques et approfondies et en disposant de beaucoup plus de temps, les conseillers du maître, durant la phase d'élaboration du projet.

Relativement à certains facteurs décisifs, ainsi dans le calcul des délais nécessaires à l'exécution des travaux, sur les questions géologiques (nature du sol ou du rocher), dans l'appréciation de l'effet des intempéries et des catastrophes possibles, l'entrepreneur se trouve devant des risques difficilement mesurables et contrôlables. On ne saurait, comme on le fait souvent, justifier cette répartition des risques par l'argument tiré de l'expérience et de la spécialisation de l'entrepreneur. Sans parler des nombreux cas où des travaux compliqués se voient confiés non pas au soumissionnaire à la plus riche expérience et le mieux à même de les exécuter, mais au meilleur marché, cette expérience de l'entrepreneur ne peut justement se rapporter aux données géologiques, de mécaniques des sols ou autres conditions propres au milieu naturel. Routine, connaissances spéciales et autres avantages représentés par l'expérience de l'entrepreneur doivent être mis à contribution dans l'exécution même des travaux, dans le recours à la méthode de construction la plus appropriée, dans la mise en œuvre optimale des engins, etc.

Divers cas pratiques illustreront la situation délicate à laquelle peut se trouver réduit l'entrepreneur, si les conditions du sol lui réservent des surprises. En vain, généralement, invoquera-t-il les contradictions relevées dans les conditions de soumission. La seule possibilité sera pour lui de faire valoir des circonstances extraordinaires et imprévisibles au sens de l'article 373, alinéa 3, CO, mais ses chances seront, comme on le verra, très minces.

Une solution acceptable pourrait être trouvée dans une disposition s'inspirant du chiffre 12 des conditions générales internationales pour les travaux d'ingénieurs civils de la FIDIC (Fédération internationale des ingénieurs-conseils), qui porte:

« Néanmoins, si en cours de travaux, l'entrepreneur rencontre des conditions matérielles défavorables ou des obstacles artificiels qui n'auraient pas pu être raisonnablement prévus par un entrepreneur expérimenté, il devra en aviser immédiatement le représentant de l'ingénieur par écrit. Si, de l'avis de l'ingénieur, le caractère imprévisible ainsi défini se trouvait effectivement confirmé, le maître de l'ouvrage paiera les sommes approuvées par l'ingénieur pour couvrir les dépenses supplémentaires auxquelles l'entrepreneur a eu à faire face en raison desdites conditions et obstacles artificiels. Y sera prise en compte toute dépense appropriée résultant à l'occasion de ces circonstances:

- a) du fait de s'être conformé aux instructions données par l'ingénieur; »
- b) de toutes mesures raisonnables et appropriées approuvées par l'ingénieur et prises par l'entrepreneur en l'absence d'instructions précises.

Dans un avis de droit remarqué donné à l'occasion d'un différend entre un grand commettant et un consortium d'entrepreneurs, l'ancien juge fédéral W. Stauffer a trouvé une heureuse formule en disant que *l'ouvrage est quelque chose de plus proche du maître que de l'entrepreneur*. Cette position du maître devrait se manifester surtout de deux façons:

- premièrement, la responsabilité pour l'ouvrage lui-même (sauf le cas de faute de l'entrepreneur) et la responsabilité à l'égard des tiers devraient, en règle générale, être assumées par le maître;
- secondement, l'entrepreneur ne devrait pas souffrir de dommage en cas de circonstances imprévues survenant au cours des travaux, mais le surcroît de frais en découlant devrait tomber à la charge du maître.

Mais, là aussi, les dispositions légales et contractuelles sont défavorables à l'entrepreneur. Suivant l'article 376 CO, jusqu'à la réception le *risque de perte de l'ouvrage* pèse sur l'entrepreneur (sauf le cas de demeure du maître), et il n'a, en cas de destruction de l'ouvrage, nul droit à réclamer les frais et dépenses courus jusque-là. L'article 31 de la norme 118 de la SIA renvoie simplement à la réglementation légale, tout en précisant que cette règle s'applique notamment au cas de force majeure et au cas fortuit.

Illustrons la rigueur de cette règle par un cas extrême : si la catastrophe du 30 août 1965 avait détruit ou endommagé le barrage de Mattmark, qui était quasi achevé, il est certain que se serait posée la question de la responsabilité de l'entrepreneur à raison du cas fortuit, avec toutes les conséquences économiques que cela eût entraînées pour les entrepreneurs concernés. Ils auraient certes pu faire valoir que le dommage avait pour cause le terrain désigné par le maître ou le mode d'exécution prescrit. Mais quel aurait été le succès de cette argumentation ? Au mieux, les entrepreneurs eussent pu conserver les paiements reçus, mais pour obtenir des dommages-intérêts, il leur eût fallu prouver une faute du maître. De plus, on aurait sans doute opposé à leur exonération l'omission de l'avis prévu par l'article 376, alinéa 3, CO. — De toute façon, pour l'entrepreneur le résultat est inéquitable, et le juste sentiment du droit répugne, dans des situations de ce genre ou autres cas extrêmes, à reporter les risques sur la partie qui, au plus près de sa conscience, assure la construction de l'ouvrage.

Si la révision de la norme 118 de la SIA aboutit, l'article 35, dans la nouvelle teneur proposée, constituerait un net progrès :

« En cas de destruction de l'ouvrage sont applicables les dispositions du Code des obligations, sous réserve de la restriction suivante apportée à l'article 376 CO :

Si, avant sa réception, tout ou partie de l'ouvrage est endommagé ou détruit par suite d'événements extraordinaires, de guerre, d'émeute ou telles autres irrésistibles circonstances non imputables à l'entrepreneur, celui-ci sera rétribué aux prix du contrat pour les travaux exécutés et aussi, le cas échéant, pour la reconstruction. »

A tous les maîtres d'ouvrages et à toutes les directions de travaux soucieux d'une vraie amélioration de ce régime de responsabilité, contraire au principe de l'« association », on ne peut donc que recommander l'insertion de cette clause ou d'une disposition analogue dans leurs contrats d'entreprise. — Qu'il nous soit permis de nous rapporter, une nouvelle fois, aux conditions internationales de la FIDIC, qui, par un catalogue d'« excepted risks » (chiffre 20), déchargent l'entrepreneur dans une appréciable mesure de sa responsabilité relative à l'ouvrage ou aux parties de l'ouvrage, et lui garantissent un équitable dédommagement.

On pourrait d'ailleurs aussi ménager à l'entrepreneur un sort plus favorable par une obligation imposée au maître de *réceptions partielles*, partout où cela est possible et raisonnable. Il est à notre connaissance nombre de contrats d'entreprise où le maître exige une réception globale de l'ouvrage et refuse d'en recevoir des parties au fur et à mesure de leur achèvement.

L'article 26 de la norme 118 de la SIA ouvre la voie dans le sens souhaité.

* * *

Mais il y a autre chose : les incessantes tentatives de maîtres de grands ouvrages de reporter sur l'entrepreneur, par une clause du contrat, leur *responsabilité envers les tiers*, avant tout la responsabilité découlant de la propriété de l'ouvrage (art. 58 CO) et de la propriété foncière (art. 679, 684 et 685 CC). Aussi n'est-il pas rare, dans les conditions générales utilisées par certaines directions de travaux ou certaines administrations publiques, de trouver une clause rejetant « toute responsabilité quelconque » sur l'entrepreneur, et obligeant celui-ci à intervenir dans tout procès dirigé contre le maître, pour se substituer à lui à ses propres frais.

De pareilles clauses de transfert de responsabilité sont souvent l'expression d'une rouerie : l'entrepreneur, mal expérimenté, non rompu aux subtilités juridiques, ne remarque pas qu'en signant le contrat d'entreprise il endosse en fait une responsabilité qui, suivant les cas, va bien au-delà du régime découlant des dispositions légales. Son assurance ordinaire de responsabilité civile, normalement, ne lui offrira aucune protection contre ces responsabilités ainsi accrues conventionnellement.

Relevons que, ces derniers temps, dans diverses nouvelles formules de contrat d'entreprise et nouvelles conditions générales on ne voit plus figurer de pareilles clauses aggravatrices de responsabilité, à la grande satisfaction des entrepreneurs.

* * *

Nous avons déjà fait allusion à cet autre principe contractuel indispensable à l'établissement d'une « association » sérieusement conçue entre les parties au contrat d'entreprise : l'entrepreneur qui n'a pas commis de faute ne doit pas voir sa situation aggravée lorsqu'il est, dans l'exécution des travaux, *surpris ou empêché par des circonstances extérieures* qu'en toute bonne foi il ne pouvait prévoir (désignées souvent dans les clauses internationales par l'expression suggestive de « beyond the control of the contractor »).

Malheureusement, sur un point d'une pareille importance, la situation de l'entrepreneur suisse n'est pas satisfaisante, non plus. Nous avons déjà signalé que lors du dépôt de la soumission l'entrepreneur doit déclarer avoir une parfaite connaissance des conditions locales et autres particularités du travail en cause, et que, d'autre part, il doit souvent accepter d'établir sa soumission sur la base de renseignements insuffisants relatifs au sous-sol.

De quelles possibilités et de quels moyens de droit dispose l'entrepreneur, lorsque, rencontrant un sol tout différent des prévisions, il se voit obligé de recourir à des engins plus coûteux, de prendre des mesures de sécurité onéreuses, d'employer un personnel plus nombreux ou plus qualifié ; de faire des inspections ; de demander une prolongation des délais qui se traduirait par une affectation plus longue aussi des installations, etc. ?

Que se passe-t-il quand des conditions météorologiques ou des éléments naturels extrêmement défavorables créent des entraves imprévues et occasionnent par là un grand surcroît de frais ?

Sauf convention contraire, l'entrepreneur, normalement, doit pouvoir invoquer l'article 373, alinéa 2, CO, lorsqu'il travaille à prix forfaitaires ou à prix unitaires. Le juge, alors, appréciera librement s'il peut accorder une augmentation de prix ou la résiliation du contrat ; pour tout cela, deux conditions doivent être réunies, à savoir :

- des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions des parties ;
- des circonstances qui empêchent ou rendent difficile à l'excès l'exécution de l'ouvrage (aux prix du contrat).

Dans son avis de droit précité, l'ancien juge fédéral Stauffer expose de la manière suivante la ligne à observer par le juge dans l'application de cette règle :

« Des augmentations devraient être possibles lorsqu'il s'agit de cas extrêmes de renchérissement du travail. C'est en ce sens, c'est-à-dire selon les règles de la bonne foi en affaires que l'article 373 CO doit s'interpréter, et compte tenu aussi du fait que l'ouvrage est quelque chose de plus proche du maître que l'entrepreneur, et que, dès lors, les événements extraordinaires devraient, dans la règle tout au moins, peser sur le maître et non sur l'entrepreneur. »

Cependant, la jurisprudence du Tribunal fédéral à cet égard (il s'agit cependant d'arrêts déjà assez anciens) n'est pas du tout conforme à cette ligne directrice ; au contraire, elle se caractérise par une interprétation extrêmement restrictive. Partant du principe « pacta sunt servanda », le Tribunal fédéral demande à l'entrepreneur de faire tout ce qui est en son pouvoir pour exécuter le contrat aux prix originaires. Il l'oblige, pour ainsi dire, à tenir compte d'emblée de tous les facteurs pouvant influencer l'exécution, lui qui est un spécialiste expérimenté. Toutefois — et il vaut la peine de le relever — notre juridiction suprême a, dans un arrêt de 1926 (ATF 52 II 441) nié la prévisibilité d'un événement par l'entrepreneur « lorsque le maître, spécialiste, étudie lui-même les éléments sur lesquels se fonde la construction d'un ouvrage et donne des indications précises influant sur le coût ». Comment le Tribunal fédéral statuerait-il aujourd'hui ? Apprécierait-il d'un cas à l'autre les circonstances et se montrerait-il plus sévère là où le maître a une plus grande capacité financière, est mieux préparé pour l'étude des projets et dispose d'une équipe de spécialistes pour diriger les travaux ?

Doctrine et jurisprudence sont presque unanimes pour, en cas de circonstances extraordinaires, dénier à l'entrepreneur tout supplément de prix, lorsque dans son offre il a spéculé sur les prix. C'est là que se pose toute la problématique des offres et des prix. Quel est le prix équitable, le prix adéquat à l'objet, le prix qui tient compte de tous les risques prévisibles, objectifs et subjectifs, et qui laisse une marge raisonnable à l'entrepreneur ? Quand le prix offert est-il entaché de mauvaise foi, lié à une réserve mentale (voir Gautschi, *Commentaire bernois*, vol. VI, 3^e tome, p. 471) ? Comment apprécier la pression sur les prix née de la concurrence et qui se manifeste après plusieurs « tours de vis » de la part du maître ? Il faut concéder que d'un cas à l'autre il peut être très délicat de trouver la solution appropriée. Cela n'exclut pas que le juge doive apprécier très attentivement les circonstances extraordinaires, et, partout où cela apparaît faisable et justifié, accorder à l'entrepreneur les prix adéquats à l'aggravation survenue.

Mais l'entrepreneur se trouve dans une situation particulièrement désagréable en matière de grands travaux, lorsque le contrat reporte sur lui tout ou partie des risques de prix, l'obligeant ainsi à renoncer par avance au droit de se prévaloir des circonstances exceptionnelles, imprévisibles, dont parle l'article 373, alinéa 2, CO. Pour mieux illustrer cela, voici des clauses insérées dans les conditions générales imposées par deux commettants suisses de grands travaux :

« Dans les prix de la série sont inclus les frais pouvant résulter de circonstances exceptionnelles. »

« ... L'entrepreneur ne pourra en aucun cas se prévaloir... des circonstances extraordinaires impossibles à prévoir... »

ou bien :

« In den Pauschal- und Einheitspreisen des Angebots sind sämtliche Aufwendungen der Unternehmung zur plangemässen, termingemässen und fachgerechten Ausführung der vertraglichen Arbeiten eingerechnet. Insbesondere sind in den Preisen die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigt, unter denen die Bauarbeiten auszuführen sind, ebenso allfällige ausserordentliche Erschwernisse, wie zum Beispiel Ungunst der Witterung, Beschaffenheit des Bodens und Gesteins, Wasserzudrang, Schwierigkeiten in der Beschaffung von Arbeitskräften, Arbeitsunterbrechungen, Nachtarbeit und mehrschichtiger Betrieb, Unkosten für Durchhaltung oder allfällige teilweise oder totale Unterbrechung des Betriebs während der Wintermonate, Transportschwierigkeiten, Hochwasser, Steinschlag und Lawinen, Aufbewahrung, Unterhalt und Bewachung der Geräte und Materialien usw. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die vorstehende Aufzählung nicht abschliessend ist. »

Il faut savoir que divers commentateurs, Gautschi entre autres (loc. cit., p. 455 ss), insistent sur le caractère dispositif de l'article 373, alinéa 2, CO, et tiennent pour admissibles de tels transferts des risques sur l'entrepreneur. Cependant, contrairement à ces opinions et compte tenu des matériaux législatifs relatifs à l'article 364, 1^{er} alinéa, CO (lequel admettait encore de pareils transferts), il faut dire, à notre avis, que ces transferts de risques apparaissent d'emblée inadmissibles à la lumière de l'article 373, alinéa 2, CO, et ne peuvent donc, par la suite, et malgré l'existence de pareilles clauses, dégager le maître de l'obligation de payer des suppléments. Reprenons à ce propos l'avis exprimé par M. Stauffer dans l'avis de droit précité :

« Il serait contraire aux règles de la bonne foi en affaires (art. 2 CC) de vouloir considérer le débiteur comme tenu purement et simplement par un contrat donné, alors qu'au cours de l'exécution les prévisions admises lors de la conclusion du contrat se trouvent bouleversées par des circonstances extraordinaires, qui aggravent les obligations de l'entrepreneur d'une façon que les parties n'avaient pu prévoir. Par la nouvelle teneur de la loi, on a voulu empêcher qu'un débiteur soit tenu d'exécuter ce que le contrat initialement lui imposait, dès lors que le contrat viendrait à représenter pour lui une charge intolérable. »

La situation de l'entrepreneur est meilleure lorsque le contrat d'entreprise repose sur la norme 118 de la SIA. Sans vouloir entrer dans le détail, rappelons que l'entrepreneur qui travaille à prix unitaires n'a pas à supporter certains risques de changement de prix (art. 8, modifications des salaires et des prix des matériaux ; art. 9, augmentation et diminution des prestations) ou peut obtenir des rajustements (art. 9, al. 5). Dans le projet de révision des conditions de la norme 118 figure une disposition qui, timidement peut-être, mais obéissant à un principe parfaitement juste, vise à améliorer la position de l'entrepreneur (art. 18, circonstances spéciales).

« Si l'entrepreneur est entravé dans l'exécution par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties

(irruptions d'eau, tempête, émanations de gaz, basse température en altitude, radioactivité, etc.), les conséquences en seront chaque fois réglées d'un commun accord.»

Une autre source de mauvais sang dans les rapports entre maître de l'ouvrage, direction des travaux et entrepreneurs sont les fameuses *peines conventionnelles*.

L'entrepreneur ne tarde pas à rencontrer dans un contrat, sur deux ou trois, des peines conventionnelles (parfois très lourdes et rigoureuses). Est-il vrai que, du côté de l'entrepreneur, on puisse comprendre que le maître doive, dans certains cas, pouvoir compter sur une stricte observation des termes et délais; ainsi, lorsqu'une fabrique en construction, ou des installations de tourisme ou de transport doivent entrer en exploitation pour une date donnée, et que chaque jour de retard entraîne un dommage pour le commettant, que ce soit sous forme de perte de loyers, d'absence de production, de recours à des détournements de trafic, etc.

L'insertion de pareilles clauses pénales dans les contrats d'entreprise de ces dernières années ne laisse pas d'étonner cependant. En analysant la situation de plus près on constate que dans nombre de cas le maître, par suite de retards dans l'établissement des plans ou dans le financement de l'ouvrage, cherche purement et simplement à rattraper ce retard en imposant de courts délais d'achèvement et de fortes pénalités à l'entrepreneur. Le chef de chantier devient alors le bouc émissaire; sur le chantier naît un climat fâcheux, fébrile et il n'est pas rare de voir l'affaire se terminer en procès.

Ce n'est pas le lieu de parler ici des insuffisances relatives aux projets ni des délais trop justes que cela entraîne. Ce que nous voulons c'est aider à faire triompher le principe de l'équité lors du règlement de pareilles peines conventionnelles. Très souvent il arrive que des pénalités soient fixées sans considération de la faute, ni du dommage. Suivant la réglementation légale (art. 160 ss CO) à laquelle on se réfère normalement, la peine est due même lorsque

le créancier n'a éprouvé aucun dommage. De même, dans la limite du montant de la peine stipulée y a-t-il présomption de faute, c'est-à-dire que l'entrepreneur, pour échapper au paiement, doit établir qu'il n'a pas commis de faute. Mais la situation est véritablement choquante, lorsque par le contrat même l'entrepreneur se voit d'emblée refuser le droit d'apporter cette preuve. Nous connaissons des cas où malgré la survenance de surprises géologiques imprévues le terme doit être tenu et la pénalité demeure due, même si l'entrepreneur réussit à établir l'absence de toute faute.

Il nous semble que dans les contrats d'entreprise, qui devraient être gouvernés par le principe de la bonne foi et l'idée de l'« association », l'insertion de clauses pénales rigoureuses devrait être l'exception. Il conviendrait, normalement, d'y voir appliquer les règles reçues en matière de réparation, à savoir l'obligation pour le maître de prouver l'existence d'un dommage ou désavantage réel, la faculté demeurant à l'entrepreneur de se disculper.

Si l'on stipule des peines privées, il serait bon, en contrepartie, d'introduire une *prime* ou une *bonification*. Souvent en effet l'achèvement de l'ouvrage avant terme vaudra au maître des profits. Des primes stimulent l'entrepreneur. Dans un système de bonus/malus l'entrepreneur peut attendre aussi le sucre et non seulement le fouet. — Malheureusement il est une disposition de la norme 118 (art. 13, al. 7) qui, dans sa deuxième partie, est largement demeurée un vœu pie :

« Les parties peuvent convenir de pénalités pour le dépassement des délais, ou de primes pour l'achèvement anticipé des travaux; elles en fixeront les montants dans le contrat. »

Adresse de l'auteur :

D^r jur. K. Perolini, Fürsprecher,
3076 Worb.

Bibliographie

Théorie de l'information et de la communication, par A. M. Rosie, B.Sc., M.Sc., Ph.D., département du génie électrique, Queen's University, Belfast. Traduit de l'anglais par M. Pillon. Paris, Dunod, 1971. — Un volume 11 × 17 cm, xii + 244 pages, 105 figures. Prix : relié, 33,60 F.

L'étude des systèmes de télécommunication repose sur deux bases : la théorie de l'information et la pratique des circuits électroniques. L'ouvrage de A. M. Rosie établit un lien entre ces deux aspects de la transmission de l'information.

Le développement de l'ouvrage traduit bien cette préoccupation de l'auteur. Les deux premiers chapitres contiennent un rappel des définitions essentielles et des notions fondamentales de la théorie des probabilités nécessaires à la compréhension du reste de l'ouvrage.

L'étude des propriétés des signaux est conduite en mettant en valeur trois concepts dont l'importance et les relations mutuelles sont souvent mal connues : le spectre de puissance, la fonction d'autocorrélation et l'échantillonnage.

L'auteur s'attache ensuite à l'étude de l'évolution des signaux, depuis leur source jusqu'à leur réception, en considérant notamment l'effet perturbateur du bruit et en introduisant le codage comme moyen d'adaptation des capacités des sources et des canaux de transmission. Il développe plus loin de façon très détaillée l'étude de systèmes permettant de corriger automatiquement divers types d'erreurs. Enfin, l'auteur présente l'étude des systèmes de transmission parfaits, faite pendant l'étude des systèmes

réels; il expose les critères de choix et illustre de quelques cas particuliers les avantages pour la conception d'un système de la méthode.

Cet ouvrage, d'un niveau mathématique intermédiaire, est plus spécialement destiné aux ingénieurs concepteurs de systèmes, auxquels il présente une synthèse très claire; il constitue pour l'étudiant en informatique un excellent document d'étude; c'est enfin un véritable mémento pour l'informaticien.

Sommaire :

Théorie de l'information. Théorie élémentaire des probabilités. Propriétés des signaux. Propriétés des sources d'information et des canaux de transmission. Systèmes de communication parfaits. Codage binaire, protection contre le bruit. Systèmes de transmission et théorie de l'information. L'information dans divers domaines.

Comment choisir un ordinateur? Les études préalables, par Claude Mainguy, directeur de l'Informatique. Bazar de l'Hôtel de Ville, professeur à l'E.N.I. Paris, Dunod, 1971. — Un volume 12 × 18 cm, iv + 122 pages, figures. Prix : broché, 9,30 F.

Ce livre met l'accent sur l'importance des études préalables, en espérant que les utilisateurs de l'ordinateur en prendront conscience. Il pourra apporter ainsi la solution à beaucoup de problèmes résultant d'un matériel inadapté.

Sommaire :

1. Schéma directeur d'une étude d'automatisation. — 2. Diagnostic de l'entreprise. — 3. Projets d'automatisation. — 4. Le cahier des charges. — 5. Attribution et profil du personnel informatique.