

# La résiliation des contrats de construction

---

**Sébastien Bettschart**, Docteur en droit, LL.M., Chargé de cours à l'Université de Fribourg, Avocat à Genève

---

## Bibliographie sélective

### I. Introduction

- A Remarques préliminaires
- B Le contrat de construction
- C Un contrat analogue aux contrats de durée

### II. La résiliation

- A Présentation générale du système
  - 1. L'extinction du contrat par l'exercice d'un droit formateur
  - 2. La résiliation et la résolution
  - 3. Le rapport de liquidation
  - 4. Le recours à la résiliation *ex nunc*
- B La résiliation des contrats de construction
  - 1. Les conséquences communes de la résolution
  - 2. Le recours à la résiliation *ex nunc*
  - 3. Autres conséquences

### III. Les cas de résiliation prévus par le Code des obligations

- A Les cas prévus par la partie générale du Code des obligations
  - 1. L'insolvabilité du cocontractant (art. 83 al. 2 CO)
  - 2. La demeure du créancier (art. 95 s. CO)
  - 3. La demeure qualifiée du débiteur (art. 107 al. 2 et 109 CO)
  - 4. La résiliation pour justes motifs
- B Les cas spécifiques liés aux contrats de construction
  - 1. Les droits anticipés du maître (art. 366 CO)
  - 2. L'exécution défectueuse (art. 368 CO)
  - 3. La libération de l'entrepreneur lié par un prix à forfait (art. 373 al. 2 CO)
  - 4. Le dépassement du devis approximatif (art. 375 al. 2 CO)
  - 5. La résiliation moyennant indemnité (art. 377 CO)

## Bibliographie sélective

### Monographies, articles, thèses:

BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1988 (cité: BUCHER, OR AT). BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1988 (cité: BUCHER, OR BT). VON BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zurich 1972 (cité: VON BÜREN, OR BT). VON BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964 (cité: VON BÜREN, OR AT). CARRON Blaise, La "SIA 118" pour les non-initiés, *in* Journées du droit de la construction 2007, p. 1 ss. CHERPILLOD Ivan, La fin des contrats de durée, CEDIDAC n. 10, Lausanne 1988. CORBOZ Bernard, Contrat d'entreprise, FJS N. 458-462 (cité: CORBOZ, FJS N.). DESSEMONTET François, Les contrats de service, *in* RDS 1987 II 93 ss (cité: DESSEMONTET, RDS 1987 II). DESSEMONTET Raphaël, Le consortium de construction et sa fin prématurée en droit suisse, CEDIDAC n. 68, Lausanne 2006 (cité: DESSEMONTET, Consortium). DUC Jean-Michel, Contrat d'entreprise: réfection du dommage ou versement d'une indemnité, *in* DC/BR 2007, p. 188. ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2000 (cité: ENGEL, Contrats). ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997 (cité: ENGEL, Traité). GAUCH Peter, Le contrat d'entreprise (adaptation française de Benoît Carron), Zurich 1999 (cité: GAUCH, Entreprise). GAUCH Peter, Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts, *in* Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1990, p. 35 ss (cité: GAUCH, Rücktritt). GAUCH Peter, Der Totalunternehmervertrag – Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers, *in* DC/BR 1989, p. 39 ss (cité: GAUCH, Totalunternehmervertrag). GAUCH Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, thèse, Fribourg 1968 (cité: GAUCH, Beendigung). GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle et Genève 2008. GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / TERCIER Pierre, La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1982. GILLIERON Pierre-Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2005. GUHL Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrecht, 9<sup>e</sup> éd., Zurich 2000 (cité: GUHL/AUTEUR). HARTMANN Stephan, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, thèse d'habilitation (Lucerne), Zurich, Bâle et Genève 2005. HENNINGER Anton, Bauverzögerung und ihre Folgen, *in* Schweizerische Baurechtstagung 2005, p. 237 ss. HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8<sup>e</sup> éd., Zurich 2006. HUGUENIN Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 2008 (cité: HUGUENIN, OR AT). HUGUENIN Claire, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zurich 2008 (cité: HUGUENIN, OR BT). KRAUSKOPF Frédéric, Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen, *in* Schweizerische Baurechtstagung 2007, p. 29 ss. RAMONI Claude, Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Etude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations, thèse (Lausanne), Zurich, Bâle et Genève 2002. ROMY Isabelle, La construction et la poursuite pour dettes et la faillite, *in* Journées du droit de la construction 1999 II 26 ss. SCHENKER Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Übersicht, Würdigung und Kritik, thèse (Fribourg), Fribourg 1988. SCHERER Matthias / KNOLL Joachim, Contract Termination: rights and obligations of employers and contractors, *in* Construction Law International, vol. 3 (June 2008), p. 33 s. SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2006. SIEGENTHALER Thomas / HÜRLIMANN Roland, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichtes in den Jahren 2006 und 2007, *in* Jusletter 22 septembre 2008. SOCIETE SUISSE DES INGENIEURS ET DES ARCHITECTES, Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction, éd. 1977/1991, Zurich 1991 (cité: SIA 118). STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, Berne (Tome I: 4<sup>e</sup> éd., 2007. Tome II: 3<sup>e</sup> éd., 2002. Tome III: 3<sup>e</sup> éd., 2003) (cité: STEINAUER, I/II/III). STÖCKLI Hubert, Das Synallagma im Vertragsrecht – Begründung, Abwicklung, Störungen, thèse d'habilitation (Fribourg), Zurich, Bâle et Genève 2008 (cité: STÖCKLI, Synallagma). STÖCKLI Hubert, Baurisiken und ihre Verteilung, *in* Schweizerische

Baurechtstagung 2007, p. 1 ss (cité: STÖCKLI, Baurisiken). STOFFEL Walter A., Voies d'exécution – Poursuites pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, Berne 2002. TERCIER Pierre, Le droit des obligations, 3<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich et Bâle 2004 (cité: TERCIER, PDO). TERCIER Pierre, Les contrats spéciaux, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2003 (cité: TERCIER, Contrats). TERCIER Pierre, Introduction au droit privé de la construction, Fribourg 1994 (cité: TERCIER, Introduction). TRÜMPY-JÄGER Eveline, Vorzeitige Beendigung von Bauwerk-Verträgen, in Das private Baurecht der Schweiz – Beiträge für die Praxis, Zurich 1994, p. 137 ss. VENTURI – ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, in SJ 2008 II 1 (cité: VENTURI – ZEN-RUFFINEN, SJ 2008 II). VENTURI – ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, thèse (Fribourg), Zurich, Bâle et Genève 2007 (cité: VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation). VULLIETY Jean-Paul, Contrat d'entreprise – Résiliation anticipée, indemnisation complète de l'entrepreneur, in Push-Service des arrêts, publié le 22 septembre 2008. ZUFFEREY, Trente ans de Norme SIA 118: entre stabilité et développements, in Journées du droit de la construction 2007, p. 45 ss.

### Commentaires:

AMSTUTZ Marc *et al.*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich, Bâle et Genève 2007 (cité: HandKo – AUTEUR). BÜHLER Theodor, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), vol. V/2d, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1998 (cité: ZK – BÜHLER). DALLÈVES Louis / FOËX Bénédicte / JEANDIN Nicolas (éd.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève et Munich 2005 (cité: LP – AUTEUR). GAUTSCHI Georg, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. VI/2/3, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1967 (cité: BK – KOLLER). HONSELL Heinrich (éd.), OR, Art. 1-529, Bâle 2008 (cité: KuKo – AUTEUR). HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / GEISER Thomas (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB; Art. 1-61 SchlT ZGB, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2007 (cité: ZGB II – AUTEUR). HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2007 (cité: OR I – AUTEUR). KOLLER Alfred, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. VI/3/1, Berne 1998 (cité: BK – KOLLER). SCHRANER Marius, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), vol. 5/1e, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2000 (cité: ZK – SCHRANER). THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (éd.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Genève, Bâle et Munich 2001 (cité: CO I – AUTEUR). WEBER Rolf H., Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. VI/1/4, Berne 2005 (cité: BK – WEBER). WEBER Rolf H., Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. VI/1/5, Berne 2000 (cité: BK – WEBER).

## I. Introduction

### A Remarques préliminaires

En principe, les contrats doivent être exécutés conformément à ce que les parties ont convenu, jusqu'à ce que les prestations réciproques aient été échangées (*pacta sunt servanda*)<sup>1</sup>. Toutefois, à certaines conditions, la loi (ou le contrat) confère aux parties (ou à l'une d'entre elles) la

<sup>1</sup> L'échange des prestations ne met pas toujours fin au contrat, certaines obligations pouvant subsister; *cf. infra* n. 44.

possibilité de résilier le contrat, en particulier lorsque l'autre partie est en demeure d'exécuter ses obligations, n'a pas exécuté ses obligations contractuelles ou ne les a exécutées qu'imparfaitement. En outre, dans le contrat d'entreprise, le maître peut résilier le contrat sans avoir à justifier d'un quelconque motif.

Après quelques remarques sur les contrats de construction (Sections B. et C.), nous examinerons plus en détail les notions de résiliation et de résolution du contrat (Section II.). Dans une troisième partie, nous étudierons les différents cas de résiliation prévus par le Code des obligations ("CO") (Section III.).

## B Le contrat de construction

Le contrat de construction (*der Bauwerkvertrag*) est le contrat par lequel une personne (l'**entrepreneur** ou le constructeur) promet à une autre (le maître d'ouvrage ou le **maître**) de réaliser une construction immobilière ou des travaux de construction sur un immeuble<sup>2</sup>.

Les travaux de construction que l'entrepreneur doit réaliser ont pour objet la réalisation matérielle d'une construction rattachée au sol ou de l'une de ses parties, que ce soit un bâtiment ou une construction de génie civil. La **construction**, ainsi définie, tend toujours à la réalisation d'un ouvrage matériel, qu'il s'agisse d'une chose nouvelle à produire, en tout (bâtiment, route, etc.) ou partie (peinture, électricité, etc.), ou du résultat de travaux de réparation, de transformation ou de démolition (Art. 1 SIA 118)<sup>3</sup>. Il peut s'agir aussi bien de travaux relevant du gros œuvre que du second œuvre. En général, les travaux s'effectuent sur le fonds du maître (ou d'un tiers) ce qui entraîne un certain nombre de conséquences juridiques, notamment en relation avec la résiliation du contrat<sup>4</sup>.

Ainsi défini, le contrat de construction fait l'objet de la **norme SIA 118** qui lui est entièrement consacrée<sup>5</sup>.

La notion de "contrat de construction" résulte de la pratique mais n'est pas en tant que tel un concept juridique. Il en résulte un certain **flottement terminologique**. Il arrive en effet parfois que, dans un sens large, on utilise le terme "contrat de construction" pour désigner non seulement les contrats par lesquels un entrepreneur s'engage à réaliser un ouvrage (contrat de construction au sens étroit ou *Bauwerkvertrag*) mais aussi les contrats par lesquels un architecte ou un ingénieur se charge de certaines tâches en relation avec des travaux de construction (contrats d'architecte et d'ingénieur)<sup>6</sup>, voire tout contrat dans le domaine de la construction (consortium, etc.). L'allemand est en principe plus précis en ce qu'il distingue les "*Bauverträge*" (soit les contrats liés à la construction immobilière) des "*Bauwerkverträge*" (soit les contrats de construction au sens étroit)<sup>7</sup>.

Les contrats d'architecte et d'ingénieur sont certes une catégorie de contrats dits "techniques"<sup>8</sup>. Ces contrats obéissent cependant plutôt aux règles du mandat (mais cela ne va pas sans exception, notamment s'agissant de l'établissement de plans ou d'un devis)<sup>9</sup> et à des normes

<sup>2</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 205; TERCIER, *Contrats*, n. 3891; TERCIER, *Introduction*, n. 590.

<sup>3</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 206; TERCIER, *Contrats*, n. 3891. Nous n'examinerons pas dans le cadre de la présente contribution les règles de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises qui n'ont en principe pas vocation à s'appliquer aux contrats de construction; cf. GAUCH, *Entreprise*, n. 372.

<sup>4</sup> Cf. notamment *infra* texte ad n. 313.

<sup>5</sup> CARRON, p. 5 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 271 ss.

<sup>6</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 209 s.

<sup>7</sup> GAUCH, *Entreprise* (version allemande), n. 210.

<sup>8</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 26 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 4833 ss.

<sup>9</sup> DESSEMONTET, RDS 1987 II 124; GAUCH, *Entreprise*, n. 47 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 4847 ss.

professionnelles spécifiques<sup>10</sup>. Dès lors, la résiliation de ce type de contrats suit en partie un régime spécifique que nous n'examinerons pas en détail ici<sup>11</sup>.

Dans le cadre de cette contribution, nous utiliserons le terme "contrat de construction" dans son sens étroit, tel que précédemment défini (*Bauwerkvertrag*).

Le contrat de construction est une forme de **contrat d'entreprise** (art. 363 ss CO; art. 2 SIA 118); il en constitue même l'une des formes les plus importantes<sup>12</sup>. Le contrat d'entreprise ne se confond cependant pas avec le contrat de construction en ce que le premier a une portée qui dépasse largement le domaine de la construction pour s'appliquer à une multitude de situations dans lesquelles une partie s'est engagée à produire et livrer un ouvrage contre rémunération (art. 363 CO), englobant ainsi le nettoyage d'un bâtiment, le développement d'une photo, l'impression d'un livre, la réalisation d'une expertise médicale, etc.<sup>13</sup>.

Le contrat de construction lie habituellement deux parties. D'une part, un **entrepreneur**, que ce soit un artisan ou une entreprise de construction, auquel le maître confie, personnellement ou par l'intermédiaire de ses mandataires (direction des travaux<sup>14</sup>), des travaux de construction ayant trait à sa spécialité (génie civil, maçonnerie, sanitaires, etc.)<sup>15</sup>. D'autre part, le **maître**, qui peut être soit celui qui a commandé les travaux (*Bauherr*), soit un entrepreneur qui, en sa qualité d'entrepreneur principal voire de sous-traitant, a (sous-)délégué tout ou partie des travaux<sup>16</sup>.

La pratique distingue plusieurs manières d'organiser les relations contractuelles, notamment en fonction de l'importance du chantier.

Dans sa forme la plus simple, le maître fait appel à **un seul entrepreneur** pour réaliser un ouvrage déterminé<sup>17</sup>, par exemple un peintre pour rafraîchir les peintures d'un appartement. Toutefois, dès que l'ouvrage à réaliser dépasse les compétences d'un seul corps de métier, il n'est plus possible de faire appel à un seul entrepreneur et le maître doit organiser ses relations contractuelles avec les différents intervenants. Pour l'essentiel, on distingue les co-entrepreneurs, la sous-traitance, l'entreprise générale, l'entreprise totale et le consortium.

Dans le cas de la **co-entreprise** (art. 30-32 SIA 118), très courante en pratique, chaque entrepreneur participe à la réalisation d'un ouvrage d'une certaine importance en se chargeant de la réalisation de sa partie spécifique. Dans ce cas, le maître a des relations contractuelles indépendantes et distinctes avec chaque co-entrepreneur (aussi appelé entrepreneur partiel) et il lui appartient en général de coordonner les travaux entre tous les co-entrepreneurs. En revanche, les co-entrepreneurs n'ont pas de relations directes entre eux, sous réserve de certains égards qu'ils se doivent conformément aux règles de la bonne foi (p. ex. art. 30 al. 3 SIA 118)<sup>18</sup>.

Dans la **sous-traitance**, l'entrepreneur (principal) délègue à un sous-traitant tout ou partie de la prestation de l'ouvrage qu'il s'est engagé à réaliser pour le maître (principal) (art. 29 SIA 118)<sup>19</sup>. Il s'agit donc d'un sous-contrat indépendant entre l'entrepreneur (principal) et le sous-traitant, qui se greffe sur le contrat de construction principal entre le maître (principal) et l'entrepreneur (principal). Les conditions auxquels l'entrepreneur (principal) est en droit de faire appel à un sous-traitant dépendent des circonstances d'espèce (cf. art. 364 al. 2 CO; art. 29 al. 3 et 5 SIA

<sup>10</sup> TERCIER, Contrats, n. 4842a.

<sup>11</sup> Pour une étude générale sur la résiliation des contrats liés à la construction immobilière, cf. p. ex. KRAUSKOPF, p. 29 ss.

<sup>12</sup> GAUCH, Entreprise, n. 204.

<sup>13</sup> Pour une casuistique, cf. GAUCH, Entreprise, n. 24 ss; TERCIER, Contrats, n. 3848 ss.

<sup>14</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 11 et 28.

<sup>15</sup> TERCIER, Contrats, n. 3896.

<sup>16</sup> GAUCH, Entreprise, n. 208.

<sup>17</sup> TERCIER, Introduction, n. 616.

<sup>18</sup> GAUCH, Entreprise, n. 218 ss; TERCIER, Contrats, n. 3897 s.; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 363 N. 16.

<sup>19</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 32; GAUCH, Entreprise, n. 137 ss; TERCIER, Contrats, n. 3911 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 363 N. 26 ss.

118). En soi, il n'existe pas de relations contractuelles directes entre le maître (principal) et le sous-traitant (art. 29 al. 2 SIA 118), ce dernier étant considéré comme l'auxiliaire de l'entrepreneur principal (art. 101 CO)<sup>20</sup>. Sauf clause particulière, la résiliation du contrat principal reste sans effet sur la validité du contrat de sous-traitance<sup>21</sup>. Néanmoins, les parties à une opération de sous-traitance peuvent prévoir un droit direct de nature contractuelle du maître contre le sous-traitant; un tel droit direct pourrait également résulter d'une application analogique de l'article 399 alinéa 3 CO<sup>22</sup>. Par ailleurs, le sous-traitant est également en droit de requérir une hypothèque légale directement contre le maître (principal) (art. 837 al. 1 ch. 3 du Code civil; "CC")<sup>23</sup>.

Dans l'**entreprise générale**, le maître confie à un seul entrepreneur (général) le soin de réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer, sur la base d'un projet et des instructions fournis par le maître ou ses mandataires (architecte ou ingénieur)<sup>24</sup>. L'entrepreneur général s'engage ainsi à réaliser une construction qui est généralement confiée à plusieurs entrepreneurs différents. Il peut ainsi s'agir de la réalisation d'une maison ou d'un lot d'autoroute ou de tout autre ouvrage d'une certaine importance ou d'une certaine complexité. Le maître n'a de relation contractuelle qu'avec l'entrepreneur général qui le libère ainsi des problèmes de coordination. Le plus souvent, l'entrepreneur général fera appel à des sous-traitants pour effectuer la réalisation de tout ou partie de l'ouvrage. Le contrat d'entreprise générale (qui doit être distingué des contrats d'architecte et d'ingénieur<sup>25</sup>) est un contrat d'entreprise auquel les articles 363 ss CO s'appliquent puisque l'entrepreneur général promet toujours la réalisation d'un ouvrage, et ceci même si l'entrepreneur général confie l'ensemble des travaux à des sous-traitants et qu'il se borne à coordonner les travaux<sup>26</sup>.

Dans le cas de l'**entreprise totale**, l'entrepreneur (total) se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans, assumant ainsi les tâches de l'entrepreneur général, ainsi que les tâches des architectes et ingénieurs<sup>27</sup>. A la différence des architectes et ingénieurs, l'entrepreneur total s'oblige néanmoins à exécuter un ouvrage. On considère généralement que l'ensemble de ces prestations reste donc caractéristique du contrat d'entreprise<sup>28</sup>. Il va de soi que, en pratique, il n'est pas toujours aisé de distinguer ce que les parties avaient en vue<sup>29</sup>.

Dans le cas d'un **consortium**, on entend la réunion de plusieurs entrepreneurs qui œuvrent ensemble à la réalisation d'un ouvrage commun. Cette union d'efforts ou de ressources en vue d'atteindre un but commun correspond à la définition de la société simple au sens des articles 530 ss CO (art. 28 SIA 118). Sauf convention contraire, les entrepreneurs membres du consortium s'engagent solidairement envers le maître (art. 544 al. 3 CO) et sont créanciers en main commune (art. 544 al. 1 CO). Les entrepreneurs membres du consortium concluent un contrat de construction commun (art. 28 al. 1 SIA 118), contrairement à ce qui se passe dans la co-entreprise où chaque co-entrepreneur conclut un contrat d'entreprise individuelle<sup>30</sup>.

<sup>20</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 39; GAUCH, *Entreprise*, n. 177.

<sup>21</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 36.

<sup>22</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 42; GAUCH, *Entreprise*, n. 166.

<sup>23</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 183 ss; STEINAUER, III, n. 2868 s.

<sup>24</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 30; GAUCH, *Entreprise*, n. 222 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 3901 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 363 N. 18 ss.

<sup>25</sup> TERCIER, *Contrats*, n. 3903.

<sup>26</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 230.

<sup>27</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 233 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 3908 ss.

<sup>28</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 n. 30; GAUCH, *Entreprise*, n. 235 ss; GAUCH, *Totalunternehmervertrag*, p. 41; TERCIER, *Contrats*, n. 3909 s.; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 363 N. 13.

<sup>29</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 239.

<sup>30</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 n. 33; GAUCH, *Entreprise*, n. 243 ss. Sur le contrat de consortium et sa fin prématurée, cf. DESSEMONTET, *Consortium*, p. 1 ss.

## C Un contrat analogue aux contrats de durée

Quelle que soit la forme du contrat de construction, l'entrepreneur s'engage à exécuter un ouvrage, ce qui constitue la **prestation caractéristique** du contrat d'entreprise (art. 363 CO); quant au maître, il s'engage à payer le prix. Les prestations principales de chacune des parties se trouvant dans un rapport d'échange, le contrat de construction est un contrat bilatéral parfait (ou: synallagmatique)<sup>31</sup>.

L'exécution d'un ouvrage comprend en réalité trois éléments distincts<sup>32</sup>: l'entrepreneur doit tout d'abord effectuer une prestation de **travail**, c'est-à-dire exercer une certaine activité dans un certain but; en cela le contrat de construction fait partie des contrats de prestation de travail, comme le contrat individuel de travail ou le mandat et se distingue du contrat de vente qui n'a pas pour objet un travail déterminé<sup>33</sup>. Ce travail doit produire un certain **résultat**, c'est-à-dire prendre corps dans un ouvrage qui, dans le cadre d'un contrat de construction, aura toujours trait à une construction immobilière ou à des travaux de construction relatifs à un immeuble; cette caractéristique permet de distinguer le contrat de construction des contrats de prestation de travail dans lesquels le débiteur ne promet pas de résultat mais une simple activité, comme c'est le cas dans le contrat individuel de travail ou le mandat<sup>34</sup>. Enfin, l'exécution d'un ouvrage inclut la **livraison** au maître: le résultat du travail fourni par l'entrepreneur doit être livré au maître<sup>35</sup>; en cela, le contrat de construction se rapproche du contrat de vente.

L'obligation de l'entrepreneur s'éteint avec la livraison de l'ouvrage achevé, correspondant au résultat auquel l'entrepreneur s'est engagé (ce qui ne veut pas dire qu'il doive être exempt de défaut)<sup>36</sup>. Par essence, le contrat de construction ne prévoit donc **pas une obligation de durée** puisqu'il ne s'agit pas d'effectuer une certaine activité durant une période déterminée ou indéterminée mais que, au contraire, la prestation caractéristique s'épuise dans la livraison du résultat promis<sup>37</sup>.

Cette stricte analyse juridique ne correspond pas à la perception générale du **temps** dans les projets de construction. Il est d'ailleurs juste de tenir compte de cette perception puisque, avant d'être livré, l'ouvrage doit être réalisé; dès lors, une partie du moins de la prestation caractéristique (la réalisation de l'ouvrage) s'inscrit dans la durée. Pendant toute la durée de la réalisation de l'ouvrage promis, les parties sont liées contractuellement. On ne peut donc pas simplement qualifier le contrat de construction de contrat "simple" prévoyant une prestation ponctuelle, à exécution instantanée, pour lequel le facteur temps n'est pas en soi pertinent<sup>38</sup>.

En général, on considère donc que le contrat de construction est un **contrat analogue aux contrats de durée**<sup>39</sup>, dans lequel l'extinction de la prestation caractéristique s'épuise certes par un acte unique (la livraison), une partie de ladite prestation (le travail) s'inscrivant toutefois dans la durée<sup>40</sup>.

<sup>31</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 7; TERCIER, *Contrats*, n. 3832.

<sup>32</sup> TERCIER, *Contrats*, n. 3836 ss.

<sup>33</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 15 ss.

<sup>34</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 18 ss.

<sup>35</sup> Même si cette obligation ne ressort pas explicitement de la définition légale de 363 CO, elle découle du système; cf. GAUCH, *Entreprise*, n. 8 et 86 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 3839.

<sup>36</sup> Sur la notion d'achèvement des travaux, cf. *infra* n. 340.

<sup>37</sup> ATF 98 II 299 c. 4a. CO I – CHAIX, Art. 363 N. 7; GAUCH, *Entreprise*, n. 9; OR I – ZINDEL/PULVER, Vor Art. 363-379 N. 14.

<sup>38</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 94 s.; TERCIER, *Contrats*, n. 347; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, *Résiliation*, n. 60.

<sup>39</sup> Ou, dans la terminologie de VENTURI – ZEN-RUFFINEN, *Résiliation*, n. 87 s. et 121, un "contrat analogue aux contrats de durée au sens strict".

<sup>40</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 7; GAUCH, *Entreprise*, n. 9; TERCIER, *Contrats*, n. 353 et 3833; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, *Résiliation*, n. 40, 68 et 87 qui parle dans ce contexte d'"actes d'exécution".

La loi tient compte de ces éléments en ne prévoyant pas l'écoulement du temps ou la dénonciation du contrat d'entreprise comme cause ordinaire de fin du contrat<sup>41</sup>, tout en aménageant aux articles 375 ss CO un régime spécifique relatif à la fin du contrat, sur lequel nous reviendrons.

En-dehors du droit de la construction, il existe également des **contrats d'entreprise de durée au sens strict**. Il s'agit de contrats portant sur une dette durable dans la mesure où l'obligation d'exécuter l'ouvrage ne s'éteint pas lorsqu'elle est accomplie: tant que dure le contrat, conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, l'entrepreneur est tenu d'exécuter, de façon permanente ou répétée, sa prestation. Il peut s'agir par exemple d'un contrat par lequel une partie s'engage à entretenir une route<sup>42</sup>. Les contrats d'entreprise de durée sont des contrats innommés ne correspondant à aucun type de contrat réglé par la loi, ce qui exclut une application directe des dispositions légales régissant un type particulier de contrat, en particulier le contrat d'entreprise. Dans le cadre du complètement du contrat (c'est-à-dire lorsque la convention conclue entre les parties est lacunaire), les dispositions adéquates des contrats nommés, notamment celles du contrat d'entreprise, peuvent être appliquées par analogie. La question de l'application de l'article 377 CO dans ce contexte est controversée<sup>43</sup>.

## II. La résiliation

### A Présentation générale du système

#### 1. L'extinction du contrat par l'exercice d'un droit formateur

L'exécution de la prestation prévue contractuellement est le mode ordinaire d'**extinction des obligations** et, si la prestation exécutée constituait le seul objet du rapport d'obligation, l'extinction de celui-ci<sup>44</sup>. D'autres modes d'extinction des obligations, dont nous ne parlerons pas ici, sont, partiellement, prévus par la loi (art. 114 ss CO)<sup>45</sup>.

En revanche, la loi ne consacre pas de dispositions spécifiques relatives à l'**extinction du rapport d'obligation** en tant que tel, en particulier l'extinction de la relation contractuelle ou, en d'autres termes, du contrat<sup>46</sup>. Les causes d'extinction du rapport contractuel peuvent être diverses, qu'elles reposent sur la volonté des parties (contrat résolutoire) ou sur les cas prévus par le contrat ou la loi (p. ex. la mort ou l'incapacité de l'entrepreneur dans le cas où le contrat a été conclu en considération des aptitudes personnelles de l'entrepreneur; art. 379 al. 1 CO<sup>47</sup>).

Nous nous intéresserons ici au cas où la loi ou les dispositions contractuelles permettent à l'une des parties de mettre fin au contrat de manière unilatérale, par l'exercice d'un **droit formateur**. Par droit formateur, on entend la faculté appartenant à une personne de modifier une situation juridique préexistante, sans la volonté de l'autre partie<sup>48</sup>. Le droit formateur peut reposer sur la loi (droit formateur légal) ou sur la volonté des parties (droit formateur contractuel). En général,

<sup>41</sup> Comme elle le fait en principe pour les contrats de durée, cf. p. ex. art. 266 ss CO (bail), 318 CO (prêt) ou 334 ss CO (travail).

<sup>42</sup> CO I – CHAIX, Art. 363 N. 24; GAUCH, *Entreprise*, n. 322 s.; KRAUSKOPF, p. 64 s.

<sup>43</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 325 et 597; KRAUSKOPF, p. 65; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, n. 206 ss.

<sup>44</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 2001 et 3097; CO I – HOHL, *Introduction aux articles 68-83 N. 1*; SCHWENZER, n. 73.11; BK – WEBER, *Einleitung und Vorbemerkungen zu Art. 69-96 N. 20*.

<sup>45</sup> Cf. p. ex. GAUCH/SCHLUEP, n. 3109 ss.

<sup>46</sup> BUCHER, *OR AT*, p. 389; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1860; TERCIER, *PDO*, n. 1308.

<sup>47</sup> On relèvera que l'article 379 alinéa 1 CO (ainsi que l'article 186 alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase, SIA 118) prévoit dans ce cas l'extinction automatique du contrat (avec effet *ex nunc*) sans qu'une déclaration des parties ne soit nécessaire; cf. OR I – CHAIX, Art. 379 N. 14. En outre, dans le système de la norme SIA, si le contrat n'a pas été conclu en considération des aptitudes de l'entrepreneur et que la continuation des travaux ne peut être assurée ni par le successeur ni par les auxiliaires de l'entrepreneur, le maître peut résilier le contrat (art. 186 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, SIA 118); cf. OR I – CHAIX, Art. 379 N. 18; GAUCH, *Entreprise*, n. 755; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 379 N. 21.

<sup>48</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 65.



le droit formateur s'exprime par une manifestation de volonté soumise à réception, c'est-à-dire par la communication d'une partie à une autre partie de sa volonté de créer, modifier ou de mettre un terme à un droit ou à un rapport de droit<sup>49</sup>. On parle dans ce cas d'**acte formateur**. Les actes formateurs ne sont valables que s'ils sont exercés dans les limites du droit formateur et de l'ordre juridique en général (notamment de l'article 2 CC). En principe, les actes formateurs ne peuvent pas être assortis de conditions ou de réserves et ne peuvent pas être révoqués; ils sont imprescriptibles<sup>50</sup>. Exceptionnellement toutefois, le droit formateur s'exerce par une action en justice, appelée **action formatrice**; c'est alors le jugement (formateur) qui modifiera la situation juridique<sup>51</sup>.

Il va de soi que la résiliation d'un contrat **présuppose que celui-ci existe**, c'est-à-dire qu'il a été valablement conclu<sup>52</sup> et qu'il n'est pas frappé d'une cause de nullité, notamment parce que son contenu est impossible, illégal ou immoral (art. 20 CO)<sup>53</sup>, ou parce que l'accord est lésionnaire (art. 21 CO) ou qu'il est entaché d'un vice du consentement (art. 23 ss CO)<sup>54</sup>. Dans le système de la nullité relative (*einseitige Unverbindlichkeit*) applicable à la lésion et aux vices du consentement (art. 21 et 31 CO), le contrat n'est pas nul d'office mais reste valable tant que le vice qui l'affecte n'a pas été invoqué par la partie que la loi protège; si cette partie n'invoque pas le vice dans le délai imparti, le contrat est tenu pour ratifié; l'autre partie ne peut pas se prévaloir du vice qui affecte le contrat et le juge ne peut pas non plus la retenir d'office. En revanche, si le vice est invoqué dans le délai légal, le contrat est d'emblée (*ab initio*) frappé de nullité<sup>55</sup>. Il est donc possible de résilier ou de résoudre un contrat frappé de nullité relative pour autant que la partie que la loi protège n'ait pas (encore) invoqué le vice<sup>56</sup>.

## 2. La résiliation et la résolution

La **résiliation** (parfois également appelée dénonciation ou congé; *Kündigung* ou *Widerruf*) est le droit formateur par lequel une des parties peut mettre fin unilatéralement au rapport contractuel avec effet *ex nunc*, c'est-à-dire que le contrat prend fin, pour le futur, le jour où l'autre partie reçoit la résiliation, ce qui a pour conséquence que les parties peuvent refuser d'exécuter les prestations qui n'ont pas encore été échangées.

La **résolution** (le Code prévoit alors la possibilité de "se départir" du contrat; *Rücktritt*) est le droit formateur par lequel une des parties peut mettre fin unilatéralement au rapport contractuel avec effet *ex tunc*, c'est-à-dire que le contrat est dissout avec effet rétroactif: les parties ont non seulement le droit de refuser d'exécuter les prestations qui n'ont pas encore été échangées (comme dans le cas de la résiliation) mais aussi le droit de réclamer la restitution des prestations déjà échangées<sup>57</sup>.

Les deux notions se distinguent ainsi par leurs **conséquences (en principe) fondamentalement différentes**. Dans le premier cas, la partie du contrat qui a déjà été exécutée n'est pas affectée par la résiliation et les créances nées avant la résiliation survivent; seules les prestations qui n'ont pas encore été échangées s'éteignent. Dans le second cas en revanche, la partie qui résout le contrat renonce à la relation contractuelle en tant que telle et, en rétroagissant au moment de

<sup>49</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 167 ss.

<sup>50</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 151 ss; KRAUSKOPF, p. 36.

<sup>51</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 75 et 161. Cf. *infra* Section III./B./3./c) s'agissant de l'article 373 alinéa 2 CO.

<sup>52</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 285a ss.

<sup>53</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 629 ss.

<sup>54</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 730 ss.

<sup>55</sup> ATF 114 II 143 c. 3b = JdT 1988 I 508. ENGEL, Traité, p. 338 s.; GAUCH/SCHLUEP, n. 888 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 636 ss; TERCIER, PDO, n. 705 ss.

<sup>56</sup> KRAUSKOPF, p. 36 s.

<sup>57</sup> BUCHER, OR AT, p. 390 ss; GAUCH/SCHLUEP, n. 3105 s et n. 1576 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1785 ss; STÖCKLI, Synallagma, n. 546 s.; TERCIER, PDO, n. 1201 ss; CO I – THEVENOZ, Art. 109 N. 3 ss; BK – WEBER, Art. 109 N. 58 ss.

la conclusion du contrat, supprime (dans une approche classique) la cause des prestations déjà effectuées<sup>58</sup>.

Cette distinction juridique essentielle de par les conséquences qu'elle emporte n'est pas toujours clairement reflétée par la terminologie utilisée en pratique (ou dans la loi!). De manière non technique (comme dans le titre de cette contribution), le terme "**résilier**" est souvent utilisé pour tous les cas dans lequel une partie met unilatéralement fin à un contrat.

### 3. Le rapport de liquidation

Dans le cadre de la résolution prévue aux articles 107 alinéa 2 et 109 CO<sup>59</sup>, le Tribunal fédéral, suivant une partie de la doctrine inspirée du droit allemand, considère que la résolution du contrat entraîne la transformation du contrat en un **rapport de liquidation** tendant en principe au rétablissement du *statu quo ante*; les obligations s'éteignent et les parties doivent (en principe) se restituer les prestations déjà reçues. En d'autres termes, la résolution transforme le contrat originellement conclu en éteignant les obligations prévues et en faisant naître de nouvelles obligations tendant à la restitution des prestations déjà fournies.

On considère que cette restitution est une **obligation contractuelle** qui ne découle ni d'un enrichissement illégitime ni des droits réels; l'action en restitution se prescrit dès lors par dix ans dès la déclaration de résolution du contrat. Les obligations accessoires subsistent dans la mesure utile à la liquidation du rapport contractuel<sup>60</sup>. Comme le constate le Tribunal fédéral, cette approche a le mérite d'abandonner la fiction d'une suppression rétroactive du contrat (dans la mesure où le rapport de liquidation tend à replacer activement les parties dans la situation *ex ante*, plutôt que de faire comme si le contrat n'avait jamais existé *ab initio*) et de faciliter aux contractants la liquidation de leurs rapports<sup>61</sup>.

Cette approche ne résout cependant de loin pas toutes les difficultés; d'importantes divergences d'interprétation existent dans la doctrine<sup>62</sup>. Ainsi, le rapport de liquidation engendre en principe une obligation de restituer les prestations déjà effectuées **en nature**<sup>63</sup>. Il est cependant admis que les prestations qui ne peuvent pas être restituées en nature (p. ex. des prestations de travail ou de services<sup>64</sup>) doivent l'être **en valeur**<sup>65</sup>. Le calcul de cette valeur ne va pas cependant sans soulever certaines difficultés<sup>66</sup>.

<sup>58</sup> BUCHER, OR AT, p. 392; VON BÜREN, OR AT, p. 380.

<sup>59</sup> Mais cela vaut de manière générale pour les autres cas de résolution; cf. p. ex. HARTMANN, n. 17; STÖCKLI, Synallagma, n. 535 et 557 ss; OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 3.

<sup>60</sup> CO I – THEVENOZ, Art. 109 N. 13; OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 6.

<sup>61</sup> ATF 114 II 152 c. 2c/aa = JdT 1988 I 523; confirmé par la suite, notamment ATF 126 III 119 c. 3b = JdT 2000 I 630; ATF 130 III 512 c. 6.4. La théorie du rapport de liquidation est dorénavant très généralement admise; cf. notamment ZK – BÜHLER, Art. 366 N. 43 ss; GAUCH, Entreprise, n. 684; GAUCH/SCHLUEP, n. 1570 ss; GUHL/KOLLER, p. 259; HARTMANN, n. 19 s.; HUGUENIN, OR AT, n. 693; KRAUSKOPF, p. 47; SCHWENZER, n. 66.33; STÖCKLI, n. 551 ss; CO I – THEVENOZ, Art. 107 N. 36 et Art. 109 N. 3 ss; BK – WEBER, Art. 109 N. 46 ss; OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 4 ss.

<sup>62</sup> Cf. notamment la doctrine citée *supra* n. 61.

<sup>63</sup> HARTMANN, n. 212 ss.

<sup>64</sup> C'est généralement le cas en matière de construction (p. ex. le crépis d'une maison); cf. HARTMANN, n. 219.

<sup>65</sup> ATF 114 II 152 c. 2c/aa = JdT 1988 I 523. GAUCH/SCHLUEP, n. 1571; HARTMANN, n. 220 et 300; SCHWENZER, n. 66.33; CO I – THEVENOZ, Art. 109 N. 10; BK – WEBER, Art. 109 N. 69 ss et les références citées. *Contra*: GAUCH, Beendigung, p. 210 s. Cf. aussi Art. 7.3.6(1) des Principes relatifs aux contrats du commerce international Unidroit (2004); Art. 9.309 des Principes du droit européen des contrats.

<sup>66</sup> HARTMANN, n. 223 ss, 302 ss, 311 et 322 et 949. On peut notamment songer à une valeur fondée sur les dépenses du débiteur de la prestation caractéristique (l'entrepreneur), le prix initialement convenu entre les parties, la valeur objective (valeur du marché) de la prestation (qui est présumée correspondre au prix convenu), la valeur subjective pour la partie qui a bénéficié de la prestation ou l'enrichissement du bénéficiaire. La doctrine se fonde en général sur la valeur objective à l'époque où la prestation a été effectuée mais la question n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral (cf. cependant 4A\_16/2008 c. 2.4). Cf. BUCHER, OR AT, p. 377; GAUCH/SCHLUEP, n. 1572; HARTMANN, n. 303; RAMONI, n. 79.

Qu'en est-il par ailleurs lorsque la chose a été détruite, détériorée ou aliénée<sup>67</sup>? On distingue en général selon que le cas se soit produit avant ou après que le contrat n'a été résolu<sup>68</sup>. Selon une opinion répandue, si le cas se présente après que le contrat a été résolu, il convient d'appliquer les règles générales de l'article 97 CO (impossibilité fautive) ou de l'article 119 CO (impossibilité non fautive)<sup>69</sup>. En revanche, si le cas se présente avant que le contrat n'ait été résolu, la partie tenue à restitution doit alors restituer l'entier de la prestation en valeur<sup>70</sup>.

D'autres éléments sont moins contestés. Ainsi, il est généralement considéré que les prestations doivent être échangées trait pour trait (art. 82 CO); les fruits et les intérêts doivent être restitués avec la prestation alors que celui qui restitue a droit au remboursement de ses impenses (art. 208 CO par analogie)<sup>71</sup>.

#### 4. Le recours à la résiliation *ex nunc*

Ce système, d'une extrême complexité et qui fait l'objet d'une certaine insécurité, n'incitera pas à la résolution<sup>72</sup>, respectivement devrait inciter les parties à prévoir des dispositions contractuelles spécifiques. Pour ces raisons, essentiellement pratiques, la jurisprudence et la doctrine ont limité le champ d'application de la résolution *ex tunc*, pour la remplacer – en principe – par une **résiliation *ex nunc***, notamment dans le cas de demeures partielles, de livraisons successives ou de contrats de durée<sup>73</sup>. En effet, la restitution des prestations déjà fournies est souvent impossible en nature, les prestations ayant déjà été consommées, transformées ou aliénées<sup>74</sup>, et généralement inutile en valeur, les prestations et contre-prestations déjà exécutées étant généralement échangées au fur et à mesure, de sorte que l'exécution passée du contrat ne donne pas toujours lieu à un déséquilibre<sup>75</sup>.

On notera cependant qu'une stricte application des principes développés ci-dessus (malgré les incertitudes constatées), notamment le principe central de restitution en valeur<sup>76</sup>, devrait permettre, du moins en théorie, la résolution avec effet *ex tunc* des contrats de durée<sup>77</sup>.

<sup>67</sup> HARTMANN, n. 427 ss.

<sup>68</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 2807; KuKo – THIER, Art. 109 N. 3.

<sup>69</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 2807; BK – WEBER, Art. 109 N. 74 s. (pour autant que les prestations à échanger soient de valeur équivalente). Cette solution est critiquée notamment par CO I – THEVENOZ, Art. 109 N. 7 et OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 7 qui soulignent que l'application de l'article 119 alinéa 2 CO bloque définitivement le déséquilibre qui résultait de l'inexécution et que la résolution était censé corriger. Cf. aussi art. 207 al. 1 et 2 CO qui permet l'action réhibitoire même si la chose a péri par suite de ses défauts ou par cas fortuit.

<sup>70</sup> HandKo – FURRER/WEY, Art. 109 N. 23; GAUCH/SCHLUEP, n. 2807; BK – WEBER, Art. 109 N. 80.

<sup>71</sup> GAUCH, Entreprise, n. 1535; CO I – THEVENOZ, Art. 109 N. 12 (par application analogique de l'article 65 CO); BK – WEBER, Art. 109 N. 66 ss.

<sup>72</sup> Si tant est qu'elle présente un intérêt; cf. *infra* texte ad n. 175.

<sup>73</sup> ATF 129 III 320 c. 7 = JdT 2003 I 331 (vice de consentement affectant un contrat d'évacuation de boue; cet arrêt rejette par ailleurs le recours à la construction d'un accord de fait, tout en indiquant qu'il ne faut pas accorder trop d'importance aux différences dogmatiques); ATF 123 III 124 c. 3b = JdT 1998 I 295 (demeure qualifiée dans un contrat de bail); ATF 97 II 58 c. 7 (demeure qualifiée dans un contrat de bail). BUCHER, OR AT, p. 382 ss; ENGEL, Traité, p. 734; HandKo – FURRER/WEY, Art. 107 N. 64 ss et Art. 109 N. 34 ss; GAUCH/SCHLUEP, n. 2813 ss; HARTMANN, n. 66 s. et 339; BK – KOLLER, Art. 366 N. 441 ss; RAMONI, n. 478 s. (se basant sur les règles de la demeure partielle); SCHWENZER, n. 66.35 ss; STÖCKLI, Synallagma, n. 548 s.; TERCIER, PDO, n. 1210 et 1213; CO I – THEVENOZ, Art. Art. 107 N. 43 et 109 N. 19 s.; KuKo – THIER, Art. 107 N. 13 ss; BK – WEBER, Art. 107 N. 235 ss et 109 N. 17; OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 10. On relèvera également les dispositions de la partie spéciale du CO, p. ex. l'article 320 alinéa 3 CO ou l'article 375 alinéa 2 CO.

<sup>74</sup> On notera que ces difficultés ne sont pas spécifiquement liées aux contrats de durée; cf. STÖCKLI, Synallagma, n. 549. Cf. aussi *supra* texte ad n. 65.

<sup>75</sup> CO I – THEVENOZ, Art. 100 N. 19.

<sup>76</sup> Cf. *supra* n. 66.

<sup>77</sup> 4A\_16/2008 c. 2.4 (contrat d'élimination de déchets industriels nul au regard du droit cartellaire). HARTMANN, n. 86, 332 et 343; SCHENKER, n. 813 ss. Il s'agit alors de déterminer la valeur sur la base du prix initialement convenu entre les parties (et non la valeur objective), si tant est que le vice (dans l'arrêt précité, il s'agissait d'un contrat nul au sens de l'article 20 CO) n'affecte pas également la valeur de la rémunération initialement convenue entre les parties; dans le même sens, cf. ATF 129 III 320 c. 7.1.4 = JdT 2003 I 331. Cf. aussi *supra* n. 66.

Dans certains cas, il se peut que des circonstances objectives **justifient l'effet *ex tunc***. Ainsi, la partie de la contre-prestation exécutée peut – objectivement – être sans intérêt pour la partie qui résout ou l'exécution de la contre-prestation n'a pas encore commencé ou n'a commencé que depuis peu<sup>78</sup>. Si ces circonstances objectives sont en l'espèce remplies, la partie peut alors choisir de s'en tenir à la résolution *ex tunc*<sup>79</sup>.

## B La résiliation des contrats de construction

La doctrine et la jurisprudence ont une approche pointilliste de la résiliation des contrats d'entreprise, suivant en cela la systématique du Code des obligations qui ne prévoit pas de dispositions spécifiques relatives à la résiliation.

C'est le lieu de mentionner que les articles 366 alinéas 1 et 2 CO, 368 alinéa 1 CO et 375 alinéa 1 CO, tels qu'interprétés par la jurisprudence, prévoient un droit de **résolution *ex tunc***; en revanche l'article 375 alinéa 2 CO et l'article 377 CO prévoient un droit de **résiliation *ex nunc***. La question est **débatue** s'agissant de l'article 373 alinéa 2 CO<sup>80</sup>.

### 1. Les conséquences communes de la résolution

Nous tenterons de dégager ici les principales conséquences de la résolution *ex tunc*, qui devraient s'appliquer quelle que soit la raison pour laquelle le maître résout un contrat de construction<sup>81</sup>.

Dans les cas où elle est envisageable, la résolution d'un contrat de construction a pour effet de transformer le contrat en un **rapport de liquidation**<sup>82</sup>. Les obligations des parties (essentiellement la livraison de l'ouvrage et le paiement du prix) s'éteignent et de nouvelles obligations naissent tendant au rétablissement du *statu quo ante*.

Ainsi, le **maître** a une créance en restitution des montants déjà payés à l'entrepreneur (p. ex. à titre d'acompte), y compris les intérêts (art. 208 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, CO par analogie *cum* art. 73 CO), du matériel qu'il aurait éventuellement fourni (art. 365 al. 2 CO) et des impenses qu'il a effectuées pour l'ouvrage (p. ex. les frais d'entretien, de réparation et d'assurance) (art. 208 al. 2 CO par analogie).

De son côté, l'**entrepreneur** a une créance en restitution de l'ouvrage (ou de la partie d'ouvrage) qu'il a réalisé sur le fonds du maître<sup>83</sup>, avec les profits que le maître peut en avoir retirés (art. 208 al. 1 CO par analogie), et du matériel qu'il a fourni (art. 365 al. 1 CO; art. 10 SIA 118<sup>84</sup>)<sup>85</sup>. La restitution s'effectue en nature ou, si cela n'est pas envisageable (ce qui est généralement le cas s'agissant de la prestation de l'entrepreneur), en valeur.

On considère généralement que l'entrepreneur a le droit, mais non l'obligation, d'enlever l'ouvrage élevé sur le fonds du maître<sup>86</sup>. Cette position n'est pas contestée et, pour certains auteurs, le maître aurait le droit d'exiger **l'enlèvement de l'ouvrage**<sup>87</sup>. Il nous semble que cette seconde solution doit être approuvée dans une perspective de rétablissement de la situation *ex*

<sup>78</sup> BUCHER, OR AT, p. 385; HandKo – FURRER/W EY, Art. 109 N. 41; GAUCH/SCHLUEP, n. 2815; SCHENKER, n. 816 (qui examine la question sous l'angle de la résiliation partielle); STÖCKLI, n. 549; CO I – THEVENOZ, Art. 107 N. 43 s.; OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 10.

<sup>79</sup> Cf. p. ex. ATF 98 II 299 c. 4 (résiliation *ex tunc* dans le cadre de l'article 375 al. 1 CO) cité *infra* n. 318.

<sup>80</sup> Cf. *infra* Section III./B.

<sup>81</sup> S'agissant de la résiliation *ex nunc*, en théorie plus simple, cf. *infra* texte *ad* n. 350.

<sup>82</sup> Cf. *supra* Section II./A./3.

<sup>83</sup> Sur cette notion, cf. *infra* texte *ad* n. 313.

<sup>84</sup> C'est en principe la règle en matière de contrats de construction; cf. TERCIER, Contrats, n. 4013.

<sup>85</sup> GAUCH, Entreprise, n. 1534 ss et 1543 ss; TERCIER, Contrats, n. 4223 ss.

<sup>86</sup> ATF 98 II 118 c. 4 = JdT 1973 I 274. GAUCH, Entreprise, n. 1543; HARTMANN, n. 215.

<sup>87</sup> CO I – CHAIX, Art. 368 N. 27; TERCIER, Contrats, n. 4226.

*ante* résultant du rapport de liquidation<sup>88</sup>. De même, l'exigence de rétablissement de la situation antérieure devrait conduire à admettre que l'entrepreneur doit remettre en état le terrain ou l'ouvrage en tant que ceux-ci ont été affectés par son intervention. Quoi qu'il en soit, il est admis que si l'entrepreneur ne s'exécute pas, le maître a le droit d'enlever lui-même l'ouvrage élevé sur son fonds ou de le faire enlever par un tiers, **aux frais de l'entrepreneur**<sup>89</sup>.

L'entrepreneur qui reprend l'ouvrage devrait restituer au maître le matériel incorporé dans l'ouvrage que celui-ci a fourni (cas rare en matière de construction), en tout cas en valeur, ce qui peut évidemment être préjudiciable à l'entrepreneur et conduire à exclure la résolution *ex tunc* au profit d'une résiliation *ex nunc*<sup>90</sup>.

## 2. Le recours à la résiliation *ex nunc*

Même si le contrat de construction n'est pas un contrat de durée au sens strict<sup>91</sup>, la question se pose de savoir à quelles conditions le maître peut décider, non de résoudre le contrat avec effet *ex tunc*, mais de le **résilier *ex nunc***<sup>92</sup>. Ici aussi, nous tenterons de dégager les éléments principaux qui ressortent de l'approche pointilliste de la doctrine et de la jurisprudence, approche en partie justifiée dans la mesure où les dispositions relatives au contrat d'entreprise excluent dans certains cas la possibilité de résoudre le contrat (art. 368 al. 3 CO<sup>93</sup>) ou ne prévoient qu'un droit de résiliation (art. 375 al. 2 et 377 CO).

Généralement<sup>94</sup>, si l'entrepreneur a déjà **commencé à exécuter l'ouvrage** sur le fonds du maître (cf. art. 375 al. 2 CO) ou qu'il est déjà achevé<sup>95</sup>, le maître, si un cas de résolution s'ouvre à lui, peut décider de résilier le contrat avec effet *ex nunc* (plutôt que de résoudre *ex tunc*), en payant la valeur du travail et des dépenses de l'entrepreneur<sup>96</sup>, et en exigeant l'ouvrage tel qu'il est. Cela a pour conséquence que l'entrepreneur sera seulement libéré de l'obligation de terminer l'ouvrage, et le maître de celle de payer le prix correspondant à la partie non encore effectuée. Cette possibilité protège non seulement le maître mais également, dans la plupart des cas, l'entrepreneur. On peut donc se demander si le maître peut encore mettre fin au contrat autrement qu'*ex nunc*, en tout cas lorsqu'il peut utiliser les parties de l'ouvrage déjà exécutées (cf. art. 379 al. 2 CO)<sup>97</sup>.

En revanche, conformément aux principes généraux évoqués ci-dessus<sup>98</sup>, le maître devrait garder son droit de résoudre avec effet *ex tunc* lorsque la partie de l'ouvrage exécuté est **sans**

<sup>88</sup> Cf. *supra* Section II./ A./3.

<sup>89</sup> ZK – BÜHLER, Art. 368 N. 59; CORBOZ, FJS N. 460, p. 13, n. 103; GAUCH, *Entreprise*, n. 1544 s. et 1874; HARTMANN, n. 216; HUGUENIN, OR BT, n. 645; TERCIER, *Contrats*, n. 4226. Cf. art. 169 al. 1 ch. 3 SIA 118 *in fine*. Dans l'ATF 98 II 118 c. 4 = JdT 1973 I 274, le Tribunal fédéral considère que le maître n'avait pas le droit de demander l'enlèvement mais qu'il pouvait s'en charger lui-même, en sa qualité de propriétaire de l'ouvrage qui était devenu une partie intégrante de son bien-fonds.

<sup>90</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1536, 1542 et 1562 pour qui le maître n'a aucun droit à la séparation de la matière qui a été intégrée à l'ouvrage; TERCIER, *Contrats*, n. 4227 pour qui la séparation est convertie en dommages-intérêts si l'opération entraîne des dépenses ou des dommages excessifs (art. 671 ss CO).

<sup>91</sup> Cf. *supra* Section I./C.

<sup>92</sup> Cf. *supra* Section II./ A./4.

<sup>93</sup> Tel que limité par la doctrine et la jurisprudence; cf. *infra* texte *ad* n. 251.

<sup>94</sup> Ces principes doivent, de notre point de vue, s'appliquer de manière générale, même s'ils sont principalement discutés par la doctrine dans le contexte de la demeure du débiteur. Cf. *supra* n. 59.

<sup>95</sup> Est également envisagé le cas (rare en matière de construction) où c'est le maître qui a fourni la matière; cf. *supra* texte *ad* n. 90.

<sup>96</sup> Cela correspond au paiement du "travail fait" prévu à l'article 377 CO (cf. *infra* texte *ad* n. 353), sous réserve que, lorsque la résiliation est imputable à l'entrepreneur, seules les prestations utilisables devraient être rémunérées (art. 379 al. 2 CO par analogie); cf. GAUCH, *Entreprise*, n. 572 et 687. En revanche, l'entrepreneur n'a évidemment pas le droit à une indemnisation complète comme cela est prévu à l'article 377 CO.

<sup>97</sup> ATF 116 II 450 c. 2a/aa = JdT 1991 I 182. ZK – BÜHLER, Art. 366 N. 49 ss; CO I – CHAIX, Art. 366 N. 21 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 688 et 1562; HARTMANN, n. 67; HENNINGER, p. 244; KRAUSKOPF, p. 47 s.; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N. 21 ss.

<sup>98</sup> Cf. *supra* Section II./ A./4.

**intérêt** pour lui ou que l'exécution de l'ouvrage n'a pas encore commencé ou n'a commencé que depuis peu<sup>99</sup>.

On peut donc partir de l'idée que la résiliation est devenue – pratiquement – la règle pour les contrats de construction et que seules des **circonstances objectives** permettent de choisir la voie de la résolution *ex tunc*.

Lorsque c'est l'**entrepreneur** qui décide de résoudre le contrat, on considère également que, lorsque l'exécution de l'ouvrage a déjà commencé, l'entrepreneur doit être autorisé à résilier *ex nunc* en remettant la partie de l'ouvrage déjà exécuté et en exigeant le paiement du travail fourni, peu importe que l'ouvrage soit ou non utilisable pour le maître, en tout cas lorsque la résiliation est imputable au maître (*cf.* aussi art. 109 al. 2 SIA 118)<sup>100</sup>.

### 3. Autres conséquences

La question de savoir si la partie qui résilie le contrat, ou la contrepartie, a droit à des **dommages-intérêts**, ou à une **indemnisation**, est une question qui n'est pas directement liée aux conséquences de la résiliation et qui doit être examinée en fonction des motifs de résiliation. Nous renvoyons à cet égard à nos commentaires des dispositions topiques<sup>101</sup>.

En cas de résolution avec effet *ex tunc*, toute **garantie pour les défauts** (art. 368 CO) tombe d'entrée de cause. En revanche, lorsque le contrat prend fin avec effet *ex nunc* et que l'exécution de l'ouvrage a déjà commencé, on considère en général que l'entrepreneur répond pour les éventuels défauts de l'ouvrage (partiellement) exécuté au moment de la résiliation. Cela a pour conséquence que les règles sur le devoir de vérification (art. 367 CO) et d'avis (art. 370 CO), ainsi que celles sur la prescription (art. 371 CO) s'appliquent également (*cf.* aussi art. 157 ss SIA 118)<sup>102</sup>.

En pratique, on relèvera que la résolution d'un contrat de construction (si tant est qu'elle soit possible), notamment en cas de demeure, n'est que **très rarement envisagée** en raison des risques concrets liés aux conditions et aux conséquences complexes de la résolution; on notera également le risque qu'une résolution non justifiée puisse être considérée comme une résiliation au sens de l'article 377 CO, obligeant alors le maître à indemniser complètement l'entrepreneur<sup>103</sup>.

## III. Les cas de résiliation prévus par le Code des obligations

Suivant en cela la systématique du Code des obligations, nous distinguerons les cas de résiliation prévus par la partie générale du Code des obligations et la résiliation pour justes motifs (Section A.), et les cas prévus par la partie spéciale du Code des obligations en tant qu'ils s'appliquent aux contrats de construction (Section B.)<sup>104</sup>.

### A Les cas prévus par la partie générale du Code des obligations

Si l'on exclut les cas de nullité relative<sup>105</sup>, la partie générale du Code des obligations prévoit trois possibilités de résilier un contrat: l'insolvabilité du cocontractant (Section 1.), la demeure

<sup>99</sup> ATF 98 II 299 c. 4 (dans le cadre de l'article 375 alinéa 1 CO) cité *infra* n. 318. *Cf.* les références citées *supra* n. 78. S'agissant de la résolution en cas de défauts, *cf. infra* n. 251 et 253.

<sup>100</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1275 et 1342.

<sup>101</sup> *Cf. infra* Section III.

<sup>102</sup> ATF 130 III 363 c. 4.2; 4C.241/2003 c. 3.3; ATF 116 II 450 c. 2b/aa = JdT 1991 I 182. ZK – BÜHLER, Art. 377 N. 44; CO I – CHAIX, Art. 377 N. 11; GAUCH, *Entreprise*, n. 2432 ss et 2733 ss; KRAUSKOPF, p. 42 s.

<sup>103</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 690. *Cf. infra* texte *ad* n. 398.

<sup>104</sup> La norme SIA 118 sera traitée dans le cadre de l'examen des dispositions spécifiques du Code des obligations. *Cf. supra* n. 47 s'agissant de l'article 186 alinéa 1 SIA 118.

<sup>105</sup> *Cf. supra* Section II./ A./1. *in fine*.

du créancier (Section 2.) et la demeure qualifiée du débiteur (Section 3.)<sup>106</sup>. Il faut également réserver la possibilité de résiliation pour justes motifs (Section 4.).

## 1. L'insolvabilité du cocontractant (art. 83 al. 2 CO)

### a) Le but, la portée et les conditions

Lorsque, dans un contrat synallagmatique (ce qui est le cas des contrats de construction), une partie devient insolvable après la conclusion du contrat<sup>107</sup>, l'autre partie, dont les droits sont mis en péril par cet état d'insolvabilité, peut se refuser à exécuter sa prestation jusqu'à ce que l'exécution de l'obligation contractée à son profit ait été garantie (art. 83 al. 1 CO)<sup>108</sup>. Si une telle garantie ne lui est pas fournie dans un délai raisonnable, elle peut se départir du contrat, c'est-à-dire le résoudre (art. 83 al. 2 CO). C'est évidemment la partie qui entend faire valoir les droits résultant de l'article 83 CO qui supporte le fardeau de la preuve<sup>109</sup>.

L'article 83 CO est de nature **dispositive**<sup>110</sup>.

La loi cite deux cas exemplatifs d'insolvabilité, à savoir la faillite<sup>111</sup> et la saisie infructueuse (art. 83 al. 1 CO). Ces deux exemples sont à la fois trop restrictifs et imprécis. Trop restrictifs, car bien d'autres cas peuvent être considérés comme des manifestations extérieures d'un état d'insolvabilité, par exemple le dépôt d'une demande de sursis concordataire (art. 293 ss de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; "LP")<sup>112</sup>, l'homologation d'un concordat (art. 305 LP) ou le dépôt de l'avis de surendettement (art. 725 al. 2 CO); de même le fait que la partie ait suspendu ses paiements ou cessé abruptement son exploitation<sup>113</sup>. Imprécis, car ce qui est déterminant ce n'est pas une situation juridique en particulier mais, comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le juger, un état de fait précis, à savoir l'incapacité prolongée du débiteur de satisfaire ses créanciers<sup>114</sup>.

Il s'agit-là d'un **critère financier objectif**, déterminé selon les usages commerciaux et qui doit s'appliquer spécifiquement à la partie au contrat. De simples suppositions ou rumeurs ne suffisent pas, notamment le fait que les pronostics conjoncturels soient négatifs ou que l'économie traverse une crise généralisée<sup>115</sup>.

Contrairement au droit allemand, la partie dont les droits sont mis en péril bénéficie des droits prévus à l'article 83 CO aussi bien lorsqu'elle doit s'exécuter avant l'autre partie, que lorsque les prestations doivent être exécutées simultanément ou qu'elle doit s'exécuter après l'autre partie.

<sup>106</sup> Nous ne traiterons pas de certains cas spécifiques qui permettent à une partie de se départir du contrat, tels que prévus à l'article 158 alinéa 3 CO (débit) et à l'article 160 alinéa 3 CO (clause pénale). Il faut également rajouter la possibilité généralement reconnue de résoudre le contrat sur la base de l'article 97 CO; cf. p. ex. CO I – THEVENOZ, Art. 97 N. 63; GAUCH/SCHLUEP, n. 2587.

<sup>107</sup> Un état d'insolvabilité qui existerait déjà lors de la conclusion du contrat peut, cas échéant, remplir les conditions du dol (art. 28 CO) ou, éventuellement d'une erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO); ENGEL, Traité, p. 659; CO I – HOHL, Art. 83 N. 7; SCHWENZER, n. 62.09. Critique: BUCHER, OR AT, p. 311; ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 16; BK – WEBER, Art. 83 N. 41 s.

<sup>108</sup> Cf. aussi *infra* n. 128.

<sup>109</sup> ENGEL, Traité, p. 659.

<sup>110</sup> BK – WEBER, Art. 83 N. 19.

<sup>111</sup> L'administration de la faillite peut cependant se charger d'effectuer le contrat en nature à la place du débiteur (art. 211 al. 2 LP), auquel cas l'autre partie peut également demander des garanties; cf. LP – JEANNERET, Art. 211 N. 29; BK – WEBER, Art. 83 N. 34. Pour l'exercice de ce droit par l'administration de la faillite dans le cadre d'un contrat d'entreprise conclu en considération des aptitudes personnelles de l'entrepreneur, cf. GAUCH, Entreprise, n. 760.

<sup>112</sup> ATF 105 II 28 c. 1 = JdT 1979 I 314: insolvabilité reconnue pour une banque qui avait fermé ses guichets et requis le sursis qu'une banque "hors d'état de remplir ses engagements à l'échéance" peut demander selon l'ancien article 29 LB.

<sup>113</sup> ENGEL, Traité, p. 658.

<sup>114</sup> ATF 68 II 177 = JdT 1942 I 565; ATF 105 II 28 c. 1 = JdT 1979 I 314.

<sup>115</sup> OR I – LEU, Art. 83 N. 2; ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 11 ss; BK – WEBER, Art. 83 N. 29 ss.

Certes, lorsque prestation et contre-prestation doivent être exécutées simultanément, l'exception d'inexécution assure généralement au créancier une protection suffisante ("*exceptio non adimpleti contractus*"; art. 82 CO)<sup>116</sup>. Cependant, la partie dont les droits sont mis en péril peut avoir un intérêt à déterminer rapidement si elle doit encore compter sur l'exécution régulière du contrat. Elle peut ainsi diminuer ou éviter le dommage en concluant un contrat avec un tiers ou en renonçant à faire de plus amples actes préparatoires.

Il va néanmoins de soi que la réglementation de l'article 83 CO importe tout spécialement à la partie obligée de s'acquitter la première puisqu'elle la dispense d'exécuter sa prestation lorsque les circonstances ont changé et qu'elle n'est pas sûre de recevoir la contre-prestation de la partie devenue insolvable<sup>117</sup>.

Le fait qu'une partie soit devenue insolvable ne suffit pas pour bénéficier des droits prévus à l'article 83 CO. Il faut en outre que les droits de l'autre partie soient, objectivement<sup>118</sup>, **mis en "péril"**, ce qui est généralement le cas lorsque la prestation de la partie devenue insolvable est de nature pécuniaire (paiement du prix de l'ouvrage) ou matérielle (exécution et livraison d'un ouvrage). En revanche, lorsque la prestation de la partie devenue insolvable est de nature purement personnelle (travail, abstention), les droits de l'autre partie ne seraient pas toujours nécessairement mis en péril<sup>119</sup>.

En outre, l'article 83 CO ne peut plus être invoqué une fois que la prestation de la partie dont les droits sont mis en péril a été **entièrement exécutée**; dans ce cas, ladite partie doit procéder par le biais des articles 107 ss CO<sup>120</sup>. Dans le cadre d'un contrat de construction, cela a pour conséquence que l'entrepreneur ne peut plus invoquer l'article 83 CO une fois qu'il a livré l'ouvrage.

## b) La portée dans le cadre des contrats de construction

Dans les contrats de construction, l'entrepreneur doit en principe **s'exécuter en premier**, le prix de l'ouvrage n'étant exigible qu'au moment de la livraison (art. 372 al. 1 CO)<sup>121</sup>. L'article 83 CO protège ainsi l'entrepreneur du risque qu'il y aurait pour lui à devoir exécuter sa prestation tout en sachant que le paiement du prix est compromis en raison de l'insolvabilité du maître<sup>122</sup>.

Le système légal relatif à l'exigibilité du prix de l'ouvrage est de droit dispositif (art. 372 al. 2 CO); en pratique, les parties conviennent d'ailleurs fréquemment d'autres **systèmes de rémunération et d'exigibilité**, ce que reflètent notamment les différents possibilités envisagées dans la norme SIA 118<sup>123</sup>. Lorsque des paiements ont été prévus avant la livraison de l'ouvrage, en dérogation à l'article 372 alinéa 2 CO, l'entrepreneur pourra à certaines conditions soulever l'exception d'inexécution du contrat (art. 82 CO) et interrompre les travaux jusqu'à ce qu'il reçoive le paiement en souffrance, même si l'acompte impayé correspond à des travaux déjà effectués alors que l'interruption vise les travaux qui restent à effectuer. En effet, le caractère synallagmatique entre la prestation de l'entrepreneur et la contre-prestation du maître vaut en

<sup>116</sup> ATF 105 II 28 c. 2b = JdT 1979 I 314. ENGEL, Traité, p. 659; ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 20 ss; SCHWENZER, n. 62.10.

<sup>117</sup> Contrairement à la réglementation prévue par les articles 107 ss CO, l'article 83 CO peut être invoqué alors même qu'aucune obligation (en particulier celle de la partie devenue insolvable) n'est encore exigible; cf. ATF 105 II 28 c. 2b = JdT 1979 I 314.

<sup>118</sup> ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 23.

<sup>119</sup> CO I – HOHL, Art. 83 N. 8; ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 24 s.; BK – WEBER, Art. 83 N. 45 ss.

<sup>120</sup> ATF 105 II 345 c. 4 = JdT 1975 I 614. ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 22 et 45; BK – WEBER, Art. 83 N. 25 et 59.

<sup>121</sup> Dans ce cas, la possibilité prévue par l'article 82 CO n'est en principe guère adaptée à la situation de l'entrepreneur; cf. STÖCKLI, Baurisiken, p. 14 s.

<sup>122</sup> A cela s'ajoute que l'entrepreneur jouit de la possibilité de requérir l'inscription d'une hypothèque légale (art. 837 al. 1 ch. 3 CC), y compris après l'ouverture de la faillite du maître ou la saisie du bien-fonds; cf. ZGB II – HOFSTETTER, Art. 839/840 N. 24; ROMY, p. 49 s.

<sup>123</sup> GAUCH, Entreprise, n. 1162 ss.



principe de manière globale, ce qui a pour conséquence que l'interruption des travaux dans un tel cas est généralement considéré comme légitime<sup>124</sup>.

L'article 83 CO est surtout utile à l'entrepreneur, obligé de s'exécuter en premier, en cas d'insolvabilité du maître. En principe le **maître**, qui ne doit le paiement du prix de l'ouvrage qu'au moment de la livraison, n'a pas d'intérêt à se prévaloir de l'article 83 CO. Toutefois, il peut avoir un intérêt à le faire, notamment parce que les parties ont convenu d'un autre système de rémunération (bien que, dans ce cas, l'article 82 CO puisse être suffisant pour sauvegarder les droits du maître) ou pour les motifs que nous avons mentionnés<sup>125</sup>. Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral a expressément reconnu que les droits prévus à l'article 83 CO n'étaient pas réservés à la partie qui devait s'exécuter en premier.

Une partie ne peut recourir à l'article 83 CO que si le contrat n'a pas déjà été résilié (ou a pris fin) sur la base d'une autre disposition légale (ou contractuelle), auquel cas les conditions propres à cette disposition s'appliquent (p. ex. l'obligation d'indemniser si le maître résilie le contrat conformément à l'article 377 CO)<sup>126</sup>.

### c) Les droits prévus

Si les conditions de l'article 83 CO sont remplies (contrat synallagmatique non exécuté, insolvabilité, péril), la partie dont les droits sont mis en péril peut refuser d'exécuter sa prestation jusqu'à ce que l'exécution de l'obligation contractée à son profit ait été **garantie**. Il s'agit d'une exception dilatoire; en revanche, la partie qui fait valoir cette exception ne dispose pas d'une créance déductible en justice qui lui permettrait d'obtenir une telle garantie. L'exception d'insolvabilité n'est soumise à aucune exigence de forme<sup>127</sup>.

Les effets de l'exception d'insolvabilité cessent notamment dès que l'exécution de la contre-prestation a été garantie<sup>128</sup> à satisfaction de droit (art. 83 al. 1 CO)<sup>129</sup>, que l'autre partie a exécuté ou offert d'exécuter la contre-prestation<sup>130</sup> ou que la situation de la partie concernée s'est améliorée et qu'elle ne peut donc plus être considérée comme étant insolvable<sup>131</sup>.

Si l'exécution de la contre-prestation n'est pas garantie dans un délai convenable, la partie dont les droits sont mis en péril peut **résoudre** le contrat (art. 83 al. 2 CO)<sup>132</sup>.

Le **délai raisonnable** se comprend, par analogie, de la même manière qu'à l'article 107 alinéa 1 CO. Il faut tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la nature de la prestation et de l'intérêt du créancier à la recevoir sous peu. Le délai sera d'autant plus court que l'intérêt du créancier est plus grand et la prestation plus facile à fournir. Le débiteur qui se voit fixer un délai trop court doit protester et demander une prolongation à son cocontractant; s'il s'en abstient, il est réputé agréer le délai fixé<sup>133</sup>.

<sup>124</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1280 ss; STÖCKLI, *Baurisiken*, p. 15.

<sup>125</sup> *Cf. supra* texte *ad* n. 116.

<sup>126</sup> *Cf. infra* Section III./B./5./e).

<sup>127</sup> CO I – HOHL, Art. 83 N. 4; ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 27 s.; BK – WEBER, Art. 83 N. 57 s. et 64.

<sup>128</sup> Toutes les formes de sûretés réelles ou personnelles sont imaginables; *cf.* ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 29.

<sup>129</sup> Par exemple parce que l'entrepreneur a pu inscrire une hypothèque légale au sens de l'article 837 al. 1 ch. 3 CC.

<sup>130</sup> Dans ce cas, l'article 82 CO a alors vocation à s'appliquer.

<sup>131</sup> ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 36 ss; BK – WEBER, Art. 83 N. 67 ss.

<sup>132</sup> La résolution n'est soumise à aucune exigence de forme et peut même, à des conditions restrictives, résulter d'actes concluants; *cf.* BK – WEBER, Art. 83 N. 76.

<sup>133</sup> ATF 116 II 436 c. 2 (en relation avec le délai de l'article 107 alinéa 1 CO); ATF 105 II 28 c. 3a-b = JdT 1979 I 314. ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 46; BK – WEBER, Art. 83 N. 74 s.

La résolution prévue à l'article 83 alinéa 2 CO est calquée sur celle de l'article 109 alinéa 1 CO<sup>134</sup> et a par conséquent les effets que nous avons décrits ci-dessus<sup>135</sup>. Il est en revanche généralement considéré que la partie qui résout le contrat **n'a pas droit à des dommages-intérêts**, contrairement à ce que prévoit l'article 109 alinéa 2 CO<sup>136</sup>. De ce point de vue, l'article 83 CO est moins avantageux que les articles 107 ss CO<sup>137</sup>, sauf à considérer l'avantage que permet l'article 83 CO de pouvoir résoudre le contrat avant que la créance de la partie insolvable ne soit devenue exigible<sup>138</sup>.

Dans le cas spécifique où le maître tombe en **faillite**<sup>139</sup>, la créance en paiement du prix de l'ouvrage<sup>140</sup> devient alors immédiatement exigible (art. 208 al. 1 LP)<sup>141</sup>. La situation est la même lorsqu'un concordat par abandon d'actifs est homologué<sup>142</sup>. L'exigibilité de la créance de l'entrepreneur contre le maître permet à l'entrepreneur – à moins que la masse ne reprenne le contrat (art. 211 al. 2 LP)<sup>143</sup> – de se prévaloir des règles générales sur l'inexécution<sup>144</sup>, à savoir, cas échéant, soit maintenir le contrat et produire une créance correspondant à l'intérêt positif (art. 107 al. 2 CO), soit résoudre le contrat et produire une créance correspondant à l'intérêt négatif (art. 109 CO)<sup>145</sup>.

## 2. La demeure du créancier (art. 95 s. CO)

### a) Le but, la portée et les conditions

Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans motif légitime d'**accepter la prestation** qui lui est régulièrement offerte<sup>146</sup>, ou d'accomplir les actes préparatoires ou les actes dits d'accompagnement qui lui incombent et sans lesquels le débiteur ne peut accomplir son obligation (art. 91 CO)<sup>147</sup>. Il ne s'agit pas d'obligations au sens strict (qui peuvent faire l'objet d'une action en exécution et qui ouvrent la voie à la demeure du débiteur) mais de simples **incombances** que l'on regroupe parfois sous l'intitulé "devoirs de collaboration".

Si le créancier viole ces devoirs, la loi réserve au débiteur plusieurs possibilités, en particulier le droit de **consigner** et le droit de **vendre** l'objet de sa prestation (art. 92-94 CO). Seule nous intéresse ici la possibilité offerte au débiteur, lorsque l'objet de son obligation ne consiste pas

<sup>134</sup> Une fois le délai pour fournir des garanties écoulé, la partie dont les droits sont mis en péril peut immédiatement résoudre le contrat, sans devoir fixer un nouveau délai au sens de l'article 107 alinéa 1 CO; cf. ATF 105 II 28 c. 4 = JdT 1979 I 314.

<sup>135</sup> Cf. *supra* Section II./B.

<sup>136</sup> ENGEL, Traité, p. 660; GAUCH/SCHLUEP, n. 2229; CO I – HOHL, Art. 83 N. 12; ROMY, p. 43; ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 49; BK – WEBER, Art. 83 N. 70 et 77.

<sup>137</sup> A tout le moins si la partie insolvable est en faute.

<sup>138</sup> Cf. *supra* n. 117. HandKo – FURRER/WEY, Art. 109 N. 7.

<sup>139</sup> Sous réserve d'un accord contraire des parties, le contrat de construction ne prend pas fin de par la faillite; il ne peut pas non plus être résilié du fait de la faillite; cf. CO I – CHAIX, Art. 379 N. 12; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 379 N. 18 s. Sur la faillite de l'entrepreneur et la possibilité pour le maître de faire valoir l'article 366 alinéa 1 CO, cf. p. ex. ROMY, p. 42 ss.

<sup>140</sup> Cette créance naît à la conclusion du contrat même si elle ne devient exigible qu'ultérieurement (art. 372 al. 2 CO); cf. GAUCH, *Entreprise*, n. 1151.

<sup>141</sup> Sous réserve que la créance de l'entrepreneur n'ait pas été garantie pas un droit de gage (en particulier par une hypothèque légale; art. 837 al. 1 ch. 3 CC) sur l'immeuble du maître (art. 208 al. 1 LP).

<sup>142</sup> ATF 110 II 105 c. 3a.

<sup>143</sup> Cf. *supra* n. 111.

<sup>144</sup> ATF 105 II 28 c. 2b = JdT 1979 I 314. ZK – SCHRANER, Art. 83 N. 44; BK – WEBER, Art. 83 N. 73; HandKo – WULLSCHLEGER, Art. 83 N. 8.

<sup>145</sup> GILLIERON, n. 1746; STOFFEL, p. 288. Dans le même sens: ROMY, p. 49.

<sup>146</sup> Sur la question de savoir, dans le cadre du contrat d'entreprise, s'il s'agit d'une obligation au sens strict ou d'une simple incombance, cf. GAUCH, *Entreprise*, n. 1326; GAUCH/SCHLUEP, n. 2471 s.; BK – KOLLER, Art. 91 N. 397 ss; BK-WEBER, Art. 91 N. 69.

<sup>147</sup> OR I – BERNET, Vorbem. zu Art. 91-96 N. 2; GAUCH/SCHLUEP, n. 2397 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1492 ss; CO I – LOERTSCHER, Art. 91 N. 1 s.; TERCIER, PDO, n. 1277 ss.

dans la livraison d'une chose, de **résoudre** le contrat en conformité des dispositions qui régissent la demeure du débiteur (art. 95 CO), c'est-à-dire les articles 107 ss CO.

Le débiteur peut exercer les mêmes droits, notamment le droit de résoudre le contrat, si la prestation due au créancier ne peut être offerte ni à ce dernier, ni à son représentant, pour une **autre cause personnelle** au créancier (par exemple parce qu'il est introuvable ou qu'il est absent au sens de l'article 35 CC) ou s'il y a incertitude sur la personne de celui-ci sans la faute du débiteur (art. 96 CO)<sup>148</sup>.

Les articles 95 et 96 CO sont de nature **dispositive**<sup>149</sup>.

Le champ d'application de l'article 95 CO (sans parler de celui de l'article 96 CO) est **assez limité**, dans la mesure où cette disposition ne porte que sur une obligation de faire et que certaines dispositions de la partie spéciale priment sur l'article 95 CO (p. ex. en cas de demeure de l'employeur; art. 324 CO)<sup>150</sup>. Surtout, lorsque la demeure du créancier (refus de prendre livraison) est liée à un refus de sa part de fournir sa propre prestation (en particulier payer le prix convenu), les règles sur la demeure du débiteur ont le pas<sup>151</sup>.

## b) La portée dans le cadre des contrats de construction

S'il est un domaine où la demeure du créancier a vocation à s'appliquer, c'est en matière de contrat de construction, lorsque le maître empêche l'entrepreneur de commencer ou d'achever l'ouvrage en n'accomplissant pas les **actes préparatoires** qui lui incombent<sup>152</sup>. On songe notamment aux actes préparatoires nécessaires pour que l'entrepreneur puisse commencer ses travaux, à la livraison des matériaux, à l'accès aux biens-fonds, etc.<sup>153</sup>.

A cet égard, il convient de bien distinguer les obligations accessoires conventionnelles (p. ex. interdiction de débauchage; art. 32 al. 1 SIA 118) – dont la violation engage cas échéant la responsabilité contractuelle de son auteur – des devoirs de collaboration du maître (p. ex. la direction des travaux; art. 94 SIA 118) qui, sauf convention contraire<sup>154</sup>, sont de simples incombances, entraînant, cas échéant, la demeure du créancier. La distinction n'est toutefois pas toujours aisée et fait par ailleurs l'objet de discussions doctrinales<sup>155 156</sup>.

La demeure du maître a pour effet de transférer les **risques** selon l'article 376 alinéa 1 CO et d'empêcher la demeure de l'entrepreneur de survenir<sup>157</sup>.

Le fait que le maître n'effectue pas les actes de collaboration requis peut conduire à l'**impossibilité** objective pour l'entrepreneur de réaliser l'ouvrage, auquel cas la situation juridique se règle selon les dispositions de l'article 378 alinéa 1 ou 2 CO<sup>158</sup>.

Le recours à l'article 95 CO n'est plus possible s'il a déjà été mis fin au contrat pour un **autre motif**, par exemple parce que le maître a résilié le contrat de construction conformément à l'article 377 CO, ce qui peut également être admis – de manière restrictive – sur la base d'actes

<sup>148</sup> CO I – LOERTSCHER, Art. 96 N. 1 ss.

<sup>149</sup> BK – WEBER, Art. 95 N. 13 et Art. 96 N. 10.

<sup>150</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 2466 ss; ZK – SCHRANER, Art. 95 N. 6 ss.

<sup>151</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 2432; CO I – LOERTSCHER, Art. 95 N. 4; ZK – SCHRANER, Art. 95 N. 12.

<sup>152</sup> ENGEL, Traité, p. 668; CO I – LOERTSCHER, Art. 95 N. 4.

<sup>153</sup> HENNINGER, p. 249 ss; KRAUSKOPF, p. 38.

<sup>154</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1344 s.

<sup>155</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1322 ss, 1328 ss, 1340 ss; BK – KOLLER, Art. 366 N. 773 ss; KRAUSKOPF, p. 38 N. 54; TERCIER, *Contrats*, n. 4392 ss.

<sup>156</sup> Sur les conséquences patrimoniales résultant du fait que le maître n'exécute pas ou diffère un acte de collaboration, cf. GAUCH, *Entreprise*, n. 1335 ss.

<sup>157</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1327; GAUCH/SCHLUEP, n. 2470; HENNINGER, p. 256 s.

<sup>158</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1343.

concluants, précisément parce que le maître refuse d'effectuer des actes de collaboration qui lui incombent. Dans ce cas, le maître supporte les conséquences prévues à l'article 377 CO<sup>159</sup>.

### c) Les droits prévus

Si les conditions de l'article 95 CO sont remplies (*cf.* aussi art. 94 al. 2 SIA 118), le débiteur peut résoudre le contrat conformément aux articles 107 ss CO. Cela signifie notamment que, sous réserve de l'article 108 CO, le débiteur doit (faire) fixer un **déla**i au créancier pour accepter la prestation offerte ou accomplir les actes préparatoires ou d'accompagnement qui lui incombent<sup>160</sup>. Si, à l'expiration de ce délai, le créancier est toujours en demeure, le débiteur peut, par une déclaration immédiate, **résoudre le contrat** (art. 107 al. 2 *in fine* CO); à notre avis, il faut également admettre que, à l'expiration du délai, le débiteur est en droit de (faire) fixer un nouveau délai au créancier pour accepter la prestation offerte ou accomplir les actes préparatoires ou d'accompagnement qui incombent à ce dernier.

Pour le reste, la **portée du renvoi** à la demeure du débiteur, tel qu'effectué à l'article 95 CO, donne lieu à différentes interprétations, plus ou moins restrictives<sup>161</sup>:

- selon une conception plutôt ancienne, le débiteur **ne pourrait pas** demander la réparation de son **dommage**<sup>162</sup>; pour certains, seule la réparation du dommage prévue à l'article 103 CO ne pourrait pas être réclamé<sup>163</sup>;
- le débiteur peut demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat (**intérêt négatif**) au sens de l'article 109 alinéa 2 CO<sup>164</sup>; pour certains, cette interprétation est la seule possible au vu du texte de l'article 95 CO<sup>165</sup>; ou
- dans une interprétation large de l'article 95 CO, le débiteur pourrait exercer l'un des quelconques droits prévus à l'article 107 alinéa 2 CO, en particulier résoudre le contrat et demander la réparation de l'intérêt négatif (art. 109 al. 2 CO), ou maintenir le contrat et demander la réparation de l'**intérêt positif** (art. 107 al. 2 CO)<sup>166 167</sup>.

Enfin, dans le contexte des contrats de construction, notamment lorsque l'entrepreneur a déjà commencé l'exécution de l'ouvrage lorsqu'il entend se départir du contrat au sens de l'article 95 CO, il s'agit non d'une résolution, mais d'une **résiliation** qui produit ses effets *ex nunc*<sup>168</sup>.

<sup>159</sup> *Cf. infra* Section III./B./5./e).

<sup>160</sup> CO I – LOERTSCHER, Art. 95 N. 6.

<sup>161</sup> BK – KOLLER, Art. 366 N. 780; ZK – SCHRANER, Art. 95 N. 16 ss.

<sup>162</sup> Apparemment dans ce sens, mais peu clair, ATF 110 II 148 c. 1b.

<sup>163</sup> *Cf.* GUHL/KOLLER, p. 263, qui acceptent cependant que le débiteur puisse demander aussi bien la réparation de son intérêt positif que négatif.

<sup>164</sup> ATF 117 III 76 c. 4a = JdT 1993 II 169. Arrêt du Tribunal cantonal (VS) du 27 septembre 1996, *in* RVJ 1997, p. 263, c. 8a. OR I – BERNET, Art. 95 N. 3; SCHWENZER, n. 70.18; BK – WEBER, Art. 95 N. 17.

<sup>165</sup> CO I – LOERTSCHER, Art. 95 N. 6; ZK – SCHRANER, Art. 95 N. 19 *in fine*. On notera toutefois que la note marginale *ad* article 107 CO s'intitule "droit de résiliation" alors même que l'article 107 alinéa 2 CO prévoit d'autres possibilités que la seule résolution.

<sup>166</sup> Cette interprétation a été proposée par BUCHER, OR AT, p. 326 et elle est suivie notamment par GAUCH/SCHLUEP, n. 2462 ss. *Contra*: ZK – SCHRANER, Art. 95 N. 19.

<sup>167</sup> Dans le cadre des contrats de construction, BK – KOLLER, Art. 366 N. 780 propose de ne tenir compte que de l'intérêt de l'entrepreneur à la rémunération (qui représente le poste principal de l'intérêt positif), à l'instar des articles 377 et 378 alinéa 2 CO.

<sup>168</sup> *Cf. supra* Section II./B. *Cf.* GAUCH, *Entreprise*, n. 1342; HENNINGER, p. 256.

### 3. La demeure qualifiée du débiteur (art. 107 al. 2 et 109 CO)

#### a) En général

La demeure qualifiée du débiteur et ses conséquences font l'objet d'une abondante littérature et jurisprudence sur lesquelles il n'est pas besoin de revenir ici<sup>169</sup>.

En résumé, lorsque dans un contrat synallagmatique, le débiteur se trouve en demeure (art. 102 CO), le créancier peut, sous réserve de l'article 108 CO, fixer au débiteur (ou lui faire fixer par l'autorité compétente) un délai convenable pour s'exécuter (art. 107 al. 1 CO). Si à l'expiration de ce délai de grâce, le débiteur ne s'est toujours pas exécuté, il se trouve en demeure qualifiée.

Le créancier dont le débiteur se trouve en **demeure qualifiée** a trois possibilités:

- il peut continuer à demander l'**exécution** de l'obligation du débiteur et exiger des dommages-intérêts aux conditions des articles 103 à 106 CO (art. 107 al. 2 CO *in principio*);
- il peut, s'il en fait la déclaration immédiatement après l'expiration du délai de grâce, **renoncer à l'exécution** et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution (**intérêt positif**) (art. 107 al. 2 CO); ou
- il peut, toujours par une déclaration immédiate, **résoudre** le contrat (art. 107 al. 2 *in fine* et art. 109 al. 1 CO) et réclamer des dommages-intérêts résultant de la caducité du contrat (**intérêt négatif**) (art. 109 al. 2 CO)<sup>170</sup>.

Dans le cadre de cette contribution, seule la troisième hypothèse présente un intérêt puisque les deux premières ne visent pas la résiliation du contrat.

Les articles 102 ss CO s'appliquent (directement) lorsque l'entrepreneur est en demeure de livrer l'ouvrage alors que l'article 366 alinéa 1 CO règle spécifiquement le cas du retard pendant la réalisation de l'ouvrage<sup>171</sup>, sans que cette différence n'ait une quelconque portée pratique<sup>172</sup>.

La demeure de l'entrepreneur diffère du cas où l'exécution de l'ouvrage devient impossible postérieurement à la conclusion du contrat, auquel cas la situation juridique se résout conformément aux articles 97 alinéa 1, 119 et 378 s. CO<sup>173</sup>.

Les règles sur la demeure qualifiée sont de nature **dispositive**<sup>174</sup>.

La résolution d'un contrat apporte **rarement** des avantages à la partie qui en fait usage, en particulier si l'on reconnaît au créancier qui renonce à l'exécution (art. 107 al. 2 CO, 2<sup>e</sup> possibilité) le droit de ne pas exécuter sa propre prestation telle qu'initialement prévue (en particulier dans le cas de la livraison d'une chose ou de la fourniture de services) mais d'imputer la valeur de sa propre prestation aux dommages-intérêts positifs auxquels il a droit en vertu de l'article 107 alinéa 2 CO (**théorie de la différence**)<sup>175</sup>. La résolution n'a en réalité d'intérêt pour le créancier que si, exceptionnellement, l'intérêt négatif est supérieur à l'intérêt positif<sup>176</sup>, s'il

<sup>169</sup> Cf. en particulier GAUCH/SCHLUEP, n. 2729 ss.

<sup>170</sup> Une partie de la doctrine, à laquelle le Tribunal fédéral ne se rallie pas (4A\_514/2007 c. 3.2; 4C.286/2005 c. 2.4; ATF 123 III 16 c. 4b = JdT 1999 I 99), souhaiterait également que le créancier puisse obtenir la réparation de son dommage positif; cf. KuKo – THIER, Art. 109 N. 5 et les références citées. Cf. aussi les articles 7.3.5 (2) et 7.4.5 des Principes relatifs aux contrats du commerce international Unidroit (2004).

<sup>171</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 659; GUHL/KOLLER, p. 527; KRAUSKOPF, p. 48 et 59. Cf. *infra* texte ad n. 224.

<sup>172</sup> HENNINGER, p. 246.

<sup>173</sup> Cf. *infra* n. 342.

<sup>174</sup> BK – WEBER, Art. 107 N. 38 et Art. 109 N. 20.

<sup>175</sup> Principe consacré à l'article 215 CO pour les ventes commerciales. GAUCH/SCHLUEP, n. 2779 ss; BK – KOLLER, Art. 366 N. 384 ss; RAMONI, n. 474; CO I – THÉVENOZ, Art. 107 N. 33.

<sup>176</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 2809.

souhaite pour des raisons particulières (et si cela est encore possible<sup>177</sup>!) obtenir la restitution en nature des prestations qu'il a fournies<sup>178</sup> ou si le débiteur n'est pas en faute, excluant par là-même l'obtention de dommages-intérêts qui forme le cœur de la deuxième hypothèse<sup>179</sup>.

## b) L'intérêt négatif

Nous avons déjà examiné les conséquences générales de la résolution des contrats de construction<sup>180</sup>. Dans le cadre de la résolution prévue à l'article 109 alinéa 2 CO, la résolution s'accompagne en outre de la possibilité pour la partie qui résout de demander la réparation de son intérêt négatif. Cette réparation, contrairement au droit de résoudre en tant que tel, présuppose une faute de l'autre partie.

L'**intérêt négatif** correspond à l'intérêt que le créancier avait de ne pas conclure le contrat: le créancier doit être replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat; selon la **théorie de la différence**, il s'agit de déterminer la différence qui existe entre le patrimoine actuel du créancier et son patrimoine hypothétique si le contrat n'avait pas été conclu<sup>181</sup>.

Ainsi compris, l'intérêt négatif couvre essentiellement, au titre du *damnum emergens* (perte éprouvée)<sup>182</sup>, les frais exposés en vain (frais liés aux négociations, à la conclusion et à l'exécution (partielle) du contrat), les prétentions élevées par des tiers en raison de l'inexécution du contrat, les coûts et frais liés à la résolution du contrat, voire le dommage subi par le créancier du fait que la prestation à restituer a péri suite à un cas fortuit. Au titre du *lucrum cessans* (gain manqué)<sup>183</sup>, le créancier peut faire valoir le gain manqué sur d'autres affaires auxquelles il a renoncé en raison du contrat résolu, les fruits et intérêts que le créancier aurait perçu s'il n'avait pas exécuté (partiellement) le contrat. En revanche, le créancier **ne peut pas faire valoir son gain manqué sur le contrat résolu**; c'est bien entendu la différence majeure par rapport aux dommages positifs<sup>184</sup>.

La **faute** est présumée mais le débiteur peut prouver qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 109 al. 2 CO)<sup>185</sup>.

L'étendue de la réparation se détermine conformément aux dispositions générales (art. 42 ss CO par analogie *cum* art. 99 al. 3 CO)<sup>186</sup>.

<sup>177</sup> Cf. *supra* texte *ad* n. 64.

<sup>178</sup> Le droit d'obtenir la restitution existerait également, pour les tenants de la théorie de la différence stricte, lorsque le créancier renonce à l'exécution (art. 107 al. 2 CO, 2<sup>e</sup> possibilité); cf. p. ex. BK – WEBER, Art. 107 N. 200. Cette théorie, non suivie par le Tribunal fédéral, revient à permettre ce que la loi ne prévoit pas, c'est-à-dire résoudre le contrat et demander des dommages-intérêts positifs; cf. CO I – THEVENOZ, Art. 107 N. 34; GAUCH/SCHLUEP, n. 2782.

<sup>179</sup> OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 2.

<sup>180</sup> Cf. *supra* Section II./B.

<sup>181</sup> ENGEL, Traité, p. 735; GAUCH/SCHLUEP, n. 2848 ss et 2899; TERCIER, PDO, n. 1100; BK – WEBER, Art. 109 N. 82; OR I – WIEGAND, Art. 109 N. 8.

<sup>182</sup> C'est-à-dire la diminution des actifs ou l'augmentation des passifs supportés par le créancier en raison du fait dommageable; cf. GAUCH/SCHLUEP, n. 2865.

<sup>183</sup> C'est-à-dire les montants qui seraient revenus au créancier si le fait dommageable ne s'était pas produit; cf. GAUCH/SCHLUEP, n. 2865.

<sup>184</sup> ENGEL, Traité, p. 735 s.; CO I – THEVENOZ, Art. 109 N. 14 ss; BK – WEBER, Art. 109 N. 86 ss.

<sup>185</sup> BK – WEBER, Art. 109 N. 85.

<sup>186</sup> GAUCH/SCHLUEP, n. 2905 ss.

## 4. La résiliation pour justes motifs

### a) En général

Le Code des obligations ne prévoit pas une possibilité générale de résilier les contrats pour de justes motifs. En revanche, comme nous le verrons, le maître peut tant que l'ouvrage n'est pas terminé, résilier le contrat en payant l'entrepreneur pour le travail fait et en l'indemnisant "complètement" (art. 377 CO)<sup>187</sup>.

La question se pose dès lors si le maître peut résilier le contrat pour de justes motifs en échappant aux conséquences de l'article 377 CO, respectivement si l'entrepreneur peut résilier le contrat pour de justes motifs.

Il est généralement admis que tout contrat de durée peut être résilié pour juste motifs, même en l'absence d'une disposition légale spécifique; son fondement est à rechercher dans la protection de la personnalité (art. 27 CC)<sup>188</sup>. Cette règle est de droit **impératif**<sup>189</sup>. Le juge décide selon sa libre appréciation s'il existe, dans le cas d'espèce, un juste motif de résiliation, ce par quoi on entend généralement les circonstances qui font que la continuation du contrat ne peut raisonnablement être exigée au regard des règles de la bonne foi<sup>190</sup>. La décision est prise en équité (art. 4 CC) sur la base d'une pesée objective des intérêts et un examen des circonstances du cas d'espèce<sup>191</sup>. Il s'agit toutefois d'une mesure exceptionnelle qui déroge au principe de la fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*) et qui ne doit dès lors être admise que de manière **restrictive**<sup>192</sup>.

Les conséquences d'une résiliation (justifiée<sup>193</sup>) des contrats de durée sont doubles: le contrat prend fin avec effet **ex nunc**, en tout cas lorsque l'exécution a déjà commencé<sup>194</sup>, et la partie qui résilie peut demander la réparation de son **dommage positif** lorsque le juste motif consiste en une violation du contrat par l'autre partie<sup>195</sup>. En revanche, les droits du destinataire de la résiliation sont limités (atténuation de son obligation de réparer le dommage en cas de faute concomitante, appréciation des conséquences pécuniaires de la résiliation par le juge lorsque le juste motif ne consiste pas en une violation du contrat)<sup>196</sup>.

### b) Dans le cadre des contrats de construction

Bien que le contrat de construction ne soit pas un contrat de durée mais un **contrat analogue aux contrats de durée**<sup>197</sup>, il est généralement admis par la doctrine, et dorénavant par la jurisprudence, que le maître est en droit de résilier le contrat de construction pour justes motifs, même si le fondement dogmatique varie<sup>198</sup>.

<sup>187</sup> Cf. *infra* Section III./B./5.

<sup>188</sup> ATF 128 III 428 c. 3 = JdT 2005 I 284 et la doctrine citée. BUCHER, OR AT, p. 342; CHERPILLOD, n. 225; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation, n. 297, 330 ss et 348 ss.

<sup>189</sup> CHERPILLOD, n. 272; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation, n. 327 ss.

<sup>190</sup> CHERPILLOD, n. 168; KRAUSKOPF, p. 62; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation, n. 371 ss.

<sup>191</sup> ATF 128 III 428 c. 4 = JdT 2005 I 284.

<sup>192</sup> CHERPILLOD, n. 241; GAUCH, *Entreprise*, n. 574 ss; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation, n. 347 et la jurisprudence citée.

<sup>193</sup> ATF 133 II 360 c. 7-8 = SJ 2007 I 482. VENTURI – ZEN-RUFFINEN, SJ 2008 II 30 ss.

<sup>194</sup> CHERPILLOD, n. 255; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation, n. 192 et 1322 ss. Cf. nos remarques *supra* Section II./A./4.

<sup>195</sup> VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation, n. 1329 ss.

<sup>196</sup> VENTURI – ZEN-RUFFINEN, Résiliation, n. 1371 ss.

<sup>197</sup> Cf. *supra* I./C.

<sup>198</sup> 4C.393/2006 c. 3.3 et 3.4 et 4C.387/2001 c. 6.2 et 6.5 *in fine* qui admettent que l'existence de justes motifs (soumises à des conditions restrictives non remplies en l'espèce) permet de supprimer ou de réduire l'indemnité prévue à l'article 377 CO tout en laissant ouverte la question du fondement légal; 4C.281/2005 c. 3.6 qui nie le fait que la perte de confiance puisse à elle seule suffire à se départir du contrat sans avoir à indemniser

Comme le droit de résilier est sans autre admis en vertu de l'article 377 CO, la question n'est pas tellement de savoir si ce droit existe indépendamment de l'article 377 CO, mais si les justes motifs permettent d'**échapper aux conséquences** prévues par l'article 377 CO, notamment l'obligation du maître d'indemniser "complètement" l'entrepreneur<sup>199</sup>. Pratiquement, on arrive donc au même résultat par application des articles 43 et 44 CO<sup>200</sup> (*cum* art. 99 al. 3 CO ou par analogie)<sup>201</sup>. Il est également reconnu que le maître a le droit de demander la réparation de son dommage si la résiliation pour justes motifs résulte d'une **faute** de l'entrepreneur<sup>202</sup>.

Les justes motifs permettant de réduire ou de supprimer l'indemnisation prévue à l'article 377 CO ne sont généralement admis que lorsqu'ils reposent sur des **raisons imputables ou à un comportement répréhensible de l'entrepreneur**<sup>203</sup>. Il est incontestable que le seul fait que l'ouvrage ne présente plus d'utilité pour le maître ne constitue pas un juste motif. Ne constituent pas non plus de justes motifs un retard ou une mauvaise exécution des travaux, car ces hypothèses tombent sous le coup des règles spéciales de l'article 366 CO<sup>204</sup>. En revanche, l'affirmation selon laquelle le maître ne peut se libérer des conséquences légales de l'article 377 CO, même en cas de justes motifs, s'il a la possibilité de résilier le contrat selon une disposition spécifique mais qu'il ne le fait pas<sup>205</sup>, nous semble devoir être nuancée puisque, précisément, l'existence de justes motifs (autres que ceux prévus à l'article 366 CO) est un facteur de réduction ou de suppression de l'indemnité prévue par l'article 377 CO selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral.

La question se pose également de savoir si l'**entrepreneur** peut résilier le contrat de construction pour justes motifs. Il n'est pas contesté que la possibilité de résilier prévue à

l'entrepreneur conformément à l'article 377 CO (cet arrêt, sans tenir compte de l'arrêt 4C.387/2001 mais en se fondant sur l'ATF 117 cité *infra*, part erronément de l'idée que la question de savoir si le maître peut être libéré de son obligation d'indemniser a été laissée "indécise" par la jurisprudence); ATF 117 II 273 c. 4a = JdT 1992 I 291 (non traduit sur ce point) qui laisse ouverte la question de savoir s'il est possible de résilier un contrat d'entreprise pour justes motifs sans devoir indemniser complètement le maître; ATF 69 II 139 c. 4b, dans lequel le Tribunal fédéral avait considéré que l'obligation d'indemniser du maître s'effaçait lorsque sa condamnation aux prestations légales était "*manifestement d'une rigueur excessive*". CHERPILLOD, n. 239; DESSEMONTET, RDS 1987 II 196; CO I – CHAIX, Art. 377 N. 18; GAUCH, *Entreprise*, n. 567 ss; HandKo – HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 377 N. 6; KRAUSKOPF, p. 63; KuKo – LEHMANN, Art. 377 N. 8; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, *Résiliation*, n. 360 ss qui préconise l'application des articles 43 et 44 CO dans le cadre de l'article 377 CO afin de réserver la possibilité de résilier pour justes motifs aux contrats de durée au sens large.

<sup>199</sup> Qu'en est-il du paiement du "travail fait" en cas de résiliation pour justes motifs? La question n'a guère été discutée. Pour GAUCH, *Entreprise*, n. 572, il se justifie de limiter l'obligation de payer aux seules prestations que le maître peut utiliser; *cf.* aussi *supra* n. 96.

<sup>200</sup> Le Tribunal fédéral, se fondant sur BK – GAUTSCHI, Art. 377 N. 17, a commencé par nier la possibilité d'appliquer ces dispositions dans le cadre de l'article 377 CO en raison du fait que l'indemnité prévue par cette disposition n'est pas fondée sur une violation du contrat et que la résiliation provoquée par la mauvaise exécution ou le retard tombait sous le coup de l'article 366 CO; *cf.* ATF 96 II 192 c. 8. *Cf.* aussi VENTURI – ZEN-RUFFINEN, *Résiliation*, n. 361. Il a ensuite laissé la question ouverte; *cf.* ATF 117 II 273 c. 4b = JdT 1992 I 291. Ces arrêts sont dorénavant dépassés par les arrêts 4C.393/2006 (en particulier) et 4C.387/2001 cités *supra* en note 198. *Cf.* aussi KuKo – LEHMANN, Art. 377 N. 8; SIEGENTHALER/HÜRLIMANN, n. 145; VULLIETY, n. 25 et 30.

<sup>201</sup> 4C.393/2006 c. 3.3.2 s. ZK – BÜHLER, Art. 377 N. 42; GAUCH, *Entreprise*, n. 568 ss; KRAUSKOPF, p. 62; VENTURI – ZEN-RUFFINEN, *Résiliation*, n. 363 ss. On notera toutefois que l'article 377 CO soumet la résiliation au non-achèvement de la construction, condition qui n'existe pas telle quelle dans le cadre de la résiliation pour justes motifs.

<sup>202</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 572.

<sup>203</sup> 4C.393/2006 c. 3.3.3 et 4C.387/2001 c. 6.2, se fondant sur GAUCH. GAUCH, *Entreprise*, n. 572 ss; KRAUSKOPF, p. 62 s. Le fait de n'admettre que les justes motifs qui reposent sur des raisons imputables ou à un comportement répréhensible de l'entrepreneur est plus restrictif que la définition habituelle des justes motifs; *cf. supra* texte *ad* n. 190. *Cf.* aussi VENTURI – ZEN-RUFFINEN, *Résiliation*, n. 504 ss. On notera d'ailleurs que GAUCH, *Entreprise*, n. 577, admet que des justes motifs qui ne sont pas liés à la personne de l'entrepreneur (guerre, etc.) puissent justifier une réduction ou une suppression de l'obligation d'indemniser complètement fondée sur l'article 377 CO (mais non de l'obligation de payer le travail fait).

<sup>204</sup> 4D\_8/2008 c. 3.4.1; 4C.393/2006 c. 3.3.1 et 3.3.3 *in fine*; ATF 126 III 230 7a/bb. VULLIETY, n. 30.

<sup>205</sup> 4D\_8/2008 c. 3.4.1; 4C.393/2006 3.3.3 *in fine*.



l'article 377 CO n'est ouverte qu'au maître, et non à l'entrepreneur<sup>206</sup>. On ne voit cependant pas pour quelles raisons la possibilité de résilier pour justes motifs, dorénavant reconnue très généralement par la jurisprudence et la doctrine pour tout contrat de durée<sup>207</sup>, ne serait pas également offerte à l'entrepreneur<sup>208</sup>. Le fait que le fondement dogmatique de la résiliation pour justes motifs par le maître n'ait pas été définitivement clarifié ne s'oppose pas à ce que l'entrepreneur puisse également résilier pour justes motifs dans les (rares) cas où la continuation du contrat ne peut raisonnablement être exigée de l'entrepreneur au regard des règles de la bonne foi.

## B Les cas spécifiques liés aux contrats de construction

Les différents cas qui peuvent conduire à la résiliation des contrats d'entreprise font l'objet d'une abondante littérature et jurisprudence. Nous avons volontairement choisi de ne développer que certains aspects qui nous semblaient présenter un intérêt particulier pour les contrats de construction.

### 1. Les droits anticipés du maître (art. 366 CO)

#### a) Le but et la portée

L'article 366 CO confère au maître des droits particuliers dans l'hypothèse où l'entrepreneur viole ses obligations avant la réception de l'ouvrage. Tirant les conséquences de l'importance du temps dans le contrat d'entreprise<sup>209</sup>, cette disposition a pour but d'éviter que le maître ne doive attendre la livraison de l'ouvrage pour faire valoir ses droits découlant des règles sur la demeure ou de la garantie sur les défauts. On parle à cet égard des **droits anticipés** du maître<sup>210</sup>.

L'article 366 CO est de nature **dispositive**. A ce titre d'ailleurs, les articles 92-98 SIA 118 prévoient un système qui déroge sur plusieurs points au système prévu par l'article 366 CO<sup>211</sup>. En lieu et place de la résolution anticipée, dont les effets pratiques ne sont pas toujours satisfaisants, on signalera notamment que les parties peuvent convenir d'une peine conventionnelle, régie par les articles 160 ss CO<sup>212</sup>.

S'agissant des liens entre les articles 366 et 377 CO, nous renvoyons à nos remarques ci-dessous<sup>213</sup>.

#### b) Le retard de l'entrepreneur (art. 366 al. 1 CO)

Si, sans la faute du maître, l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement à ce que prévoit le contrat, ou si le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne pourra plus l'achever pour le terme fixé, le maître a le droit de résoudre le contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison (art. 366 al. 1 CO). Contrairement au principe général qui veut que l'exigibilité est une condition de la demeure du débiteur (art. 102 CO), l'article 366 alinéa 1 CO permet au maître de mettre l'entrepreneur en demeure **avant même que la livraison de l'ouvrage ne soit exigible** (art. 75 CO)<sup>214</sup>.

<sup>206</sup> Cf. *infra* n. 335.

<sup>207</sup> Cf. *supra* n. 188.

<sup>208</sup> KRAUSKOPF, p. 64; GAUCH, *Entreprise*, n. 598.

<sup>209</sup> Cf. *supra* Section I./C.

<sup>210</sup> CO I – CHAIX, Art. 366 N. 1; TERCIER, *Contrats*, n. 4065.

<sup>211</sup> CO I – CHAIX, Art. 366 N. 40; HENNINGER, p. 247; BK – KOLLER, Art. 366 N. 795 ss; KRAUSKOPF, p. 59; KuKo – LEHMANN, Art. 366 N. 2; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N. 42.

<sup>212</sup> ZK – BÜHLER, Art. 366 N. 57 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 692 ss.

<sup>213</sup> Cf. *infra* Section III./B./5.e).

<sup>214</sup> RAMONI, n. 461. Sur la notion d'exigibilité de la livraison de l'ouvrage (terme de la livraison), cf. GAUCH, *Entreprise*, n. 646 ss.

On considère en général que l'application de l'article 366 alinéa 1 CO est soumise à trois conditions<sup>215</sup>:

- Un **retard** dans l'exécution, soit que l'entrepreneur ne commence pas à temps les travaux, ne respecte pas le rythme d'exécution ou, mais cette hypothèse est déjà comprise dans les deux précédentes, ne respectera pas, selon toute prévision, le terme fixé; si les parties ont fixé d'un commun accord le début des travaux ou ont fixé un programme des travaux contraignant<sup>216</sup>, il n'est pas besoin d'interpeller l'entrepreneur pour que celui-ci soit en retard (art. 102 al. 2 CO). Si les parties n'ont rien convenu, le rythme et le terme (art. 75 CO) s'interpréteront de manière objective (rythme moyen d'exécution)<sup>217</sup>. Conformément aux règles générales sur la demeure, une faute de l'entrepreneur n'est pas nécessaire pour déterminer si l'entrepreneur est en retard (*cf.* cependant art. 96 al. 1 et 2 SIA 118 qui prévoit les cas dans lesquels l'entrepreneur a droit à une prolongation des délais si celle-ci ne lui est pas imputable à faute<sup>218</sup>)<sup>219</sup>. L'entrepreneur n'est pas en retard si sa prestation est devenue objectivement impossible (art. 97 al. 1, 119 et 378 s. CO)<sup>220</sup> ou qu'il existe un autre motif justificatif (p. ex. art. 82 s. CO)<sup>221</sup>.
- Une **absence de faute du maître**, ce par quoi on entend toute circonstance provenant du domaine des risques du maître et entraînant un retard d'exécution, pourvu que l'entrepreneur n'ait pas violé son obligation d'informer (art. 365 al. 3 CO; art. 96 al. 1 SIA 118); c'est le cas notamment lorsque le maître est en demeure du créancier (art. 91 ss CO; art. 94 al. 2 *cum* art. 96 al. 3 SIA 118) ou que la prolongation des délais résulte d'une modification de commande (art. 90 *cum* art. 96 al. 3 SIA 118)<sup>222</sup>.
- L'octroi d'un **délai de grâce**; conformément aux règles générales sur la demeure, le maître doit fixer un délai convenable pour s'exécuter, sous réserve des cas prévus à l'article 108 CO<sup>223</sup>.

Cette disposition couvre tous les cas de retard pendant la réalisation de l'ouvrage (c'est-à-dire avant que la prestation de l'entrepreneur ne soit exigible), alors que le **retard dans la livraison** de l'ouvrage est soumis (directement) aux articles 102 ss CO, sans que cette différence n'ait une quelconque portée pratique (sous réserve de la question de l'exigibilité)<sup>224</sup>.

### c) L'exécution défectueuse (art. 366 al. 2 CO)

S'il est possible de prévoir avec certitude, **pendant le cours des travaux**, que 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, il confiera les réparations ou la continuation des travaux à un tiers (ou qu'il s'en chargera lui-même), aux frais et risques de l'entrepreneur (art. 366 al. 2 CO).

<sup>215</sup> Sur les conséquences liées au non-respect de ces dispositions, *cf. infra* n. 399.

<sup>216</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 653 ss. *Cf.* aussi l'article 93 SIA 118 qui prévoit que le programme des travaux ne sont que de simples indications sans effet obligatoire, sauf convention contraire.

<sup>217</sup> CO I – CHAIX, Art. 366 N. 9 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 648 et 674. Dans l'arrêt 4C.393/2006 c. 3.2, le Tribunal fédéral a considéré qu'un délai "très ambitieux, mais pas complètement irréaliste" ne permettait pas au maître de résoudre le contrat en vertu de l'article 366 alinéa 1 CO.

<sup>218</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 675; KRAUSKOPF, p. 59.

<sup>219</sup> ZK – BÜHLER, Art. 366 N. 22 ss; CO I – CHAIX, Art. 366 N. 7 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 653 ss et 669 ss; KRAUSKOPF, p. 45 s.; RAMONI, n. 463 s.

<sup>220</sup> *Cf. supra* n. 173.

<sup>221</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 676 ss et 718 ss.

<sup>222</sup> CO I – CHAIX, Art. 366 N. 12 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 676 et 790; KRAUSKOPF, p. 46; RAMONI, n. 465 ss (critique par rapport à la notion de "domaine des risques").

<sup>223</sup> CO I – CHAIX, Art. 366 N. 15 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 675; KRAUSKOPF, p. 46.

<sup>224</sup> *Cf. supra* texte *ad* n. 172.

L'application de l'article 366 alinéa 2 CO est soumise à trois conditions<sup>225</sup>:

- La survenance certaine d'une **mauvaise exécution** de l'ouvrage pendant le cours des travaux ou avant que les travaux n'aient commencé; cette disposition couvre également l'hypothèse où l'exécution est contraire à la convention, sans que cela ne constitue un défaut, par exemple la violation des devoirs de diligence de l'entrepreneur ou le recours non autorisé à des sous-traitants<sup>226</sup>.
- Contrairement à ce qui résulte du texte légal, il n'est pas nécessaire que les défauts soient causés par la faute de l'entrepreneur, la garantie des défauts ne l'exigeant d'ailleurs pas non plus (art. 368 CO); il suffit donc que le défaut **ne soit pas le fait du maître** (art. 369 CO). En revanche, si le maître fait valoir une exécution contraire à la convention, alors la **faute** conserve toute sa portée conformément au principe général de l'article 97 CO<sup>227</sup>.
- La fixation d'un **délai convenable** pour parer à ces éventualités, assortie de la **menace**, qu'à l'échéance du délai, les réparations ou la continuation des travaux seront confiés à un tiers (ou que le maître s'en chargera), aux frais et risques de l'entrepreneur; le maître peut également faire fixer ce délai par l'autorité compétente<sup>228</sup>.
- Contrairement à la règle générale (art. 98 al. 1 CO), l'article 366 alinéa 2 CO **ne subordonne pas à une autorisation** du juge le droit du maître à procéder à l'exécution par substitution<sup>229</sup>.

#### d) Les droits prévus

L'article 366 CO prévoit ainsi en principe des **conséquences différentes** en cas de retard (al. 1), d'une part, et en cas de défaut ou d'exécution contraire à la convention (al. 2), d'autre part: en effet, alors que l'alinéa 1 confère au maître un droit à la **résolution anticipée**, l'alinéa 2 prévoit seulement un droit à l'**exécution par substitution**.

Toutefois, la jurisprudence, suivant en cela la doctrine majoritaire, a admis que le maître pouvait également **résoudre** le contrat si les conditions de l'article 366 alinéa 2 CO étaient réalisées, en considérant qu'il n'y avait pas de raison de penser que le législateur avait voulu traiter le maître moins favorablement en cas de défaut qu'en cas de retard<sup>230</sup>. Le Tribunal fédéral ajoute cependant que le maître ne saurait jouer sur les deux tableaux et profiter des avantages qu'aurait pu lui procurer l'exécution par substitution s'il a décidé d'exercer l'un des droits que lui confère l'article 107 alinéa 2 CO<sup>231</sup>, notamment s'il renonce à la prestation promise et réclame des dommages-intérêts positifs<sup>232</sup>.

Si on laisse de côté la possibilité d'exécution par substitution prévue par l'article 366 alinéa 2 CO les deux alinéas de l'article 366 CO (tel que complété par la jurisprudence s'agissant de

<sup>225</sup> Sur les conséquences liées au non-respect de ces conditions, *cf. infra* n. 399.

<sup>226</sup> CO I – CHAIX, Art. 366 N. 27 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 873 ss; KRAUSKOPF, p. 49.

<sup>227</sup> CO I – CHAIX, Art. 366 N. 31 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 879 ss; KRAUSKOPF, p. 49 s.

<sup>228</sup> Dans l'arrêt C.433/2005 c. 2.2.2, le Tribunal fédéral a considéré que le maître pouvait également se contenter de fixer un délai dans lequel l'entrepreneur devait se déclarer prêt à effectuer les travaux nécessaires, ce qui permettait en l'occurrence de fixer un délai considérablement plus court; *cf. aussi* SIEGENTHALER/HÜRLIMANN, n. 47. CO I – CHAIX, Art. 366 N. 33 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 882 ss; KRAUSKOPF, p. 50.

<sup>229</sup> ATF 126 III 230 c. 7a; CO I – CHAIX, Art. 366 N. 36; GAUCH, *Entreprise*, n. 887.

<sup>230</sup> 4C.130/2006 c. 6.1; 4C.433/2005 c. 2.1; ATF 126 III 230 c. 7a/bb (avec un état de la doctrine). KRAUSKOPF, p. 50; SIEGENTHALER/HÜRLIMANN, n. 46. Le Tribunal fédéral s'est ainsi écarté de l'opinion défendue par GAUCH, *Entreprise*, n. 867, 869 et 893.

<sup>231</sup> *Cf. supra* Section III./A./3./a).

<sup>232</sup> ATF 126 III 230 c. 7a/bb *in fine* avec un exemple des postes à prendre en compte pour l'établissement des dommages-intérêts positifs. DUC, p. 188.

l'alinéa 2<sup>233</sup>), si les conditions susmentionnées sont remplies, confèrent au maître le droit de résoudre le contrat. Cependant, au-delà du texte légal, il est très généralement admis que les droits du maître ne se limitent pas à la résolution du contrat mais comprennent **toutes les possibilités offertes par la demeure qualifiée du débiteur** (art. 107 al. 2 et art. 109 CO; *cf.* aussi art. 96 al. 4 SIA 118 qui renvoie aux articles 107 ss CO), notamment résoudre le contrat et demander des dommages-intérêts négatifs.

L'article 366 CO est ainsi conçu comme un **cas d'application des dispositions sur la demeure du débiteur** (y compris d'ailleurs les règles sur la responsabilité pour cas fortuit et les dommages-intérêts pour cause d'inexécution tardive; art. 103 CO)<sup>234</sup>. Nous renvoyons pour le surplus à nos développements eu égard aux effets de la résolution des contrats de construction<sup>235</sup> et au calcul des dommages-intérêts négatifs<sup>236</sup>.

## 2. L'exécution défectueuse (art. 368 CO)

### a) En général

La garantie pour les défauts fait l'objet de très nombreux commentaires et d'une abondante jurisprudence sur lesquels nous ne revenons pas ici, sous réserve de quelques indications qui présentent un intérêt dans le cadre de cette contribution<sup>237</sup>.

L'exercice des droits à la garantie peut se **résumer** comme suit. Lorsque l'ouvrage n'est pas conforme à ce qui était prévu contractuellement (défaut), que ce défaut n'est pas imputable au maître (art. 369 CO) et que celui-ci ne l'a pas accepté (art. 370 CO), le maître dispose, sous réserve du respect des incombances (art. 367 al. 1 CO) et des délais de prescription (art. 371 CO), des droits à la garantie, à savoir la **réfection** de l'ouvrage, la **réduction** du prix ou la **résolution** du contrat; le maître a en outre droit à des **dommages-intérêts** si l'entrepreneur est en faute (art. 368 CO). Le droit à la résolution du contrat n'est prévu que si l'ouvrage est si défectueux ou si peu conforme à la convention que le maître ne puisse en faire usage (caractère **inutilisable** de l'ouvrage) ou être équitablement contraint de l'accepter (caractère **intolérable** de l'acceptation)<sup>238</sup>.

Les dispositions sur les défauts de l'ouvrage constituent une réglementation **exhaustive** de la question, excluant l'application des règles générales qui permettraient, cas échéant, de résoudre le contrat (art. 24, 97, 107 ss ou 119 CO)<sup>239</sup>.

On considère en général que le maître peut exercer les **droits anticipés** de l'article 366 CO dans le cadre du droit à la réfection prévu à l'article 368 alinéa 2 CO<sup>240</sup>; en outre, l'entrepreneur peut tomber en demeure aux conditions des articles 102 ss CO si le délai de réfection s'écoule sans

<sup>233</sup> *Cf.* la jurisprudence citée *supra* n. 230.

<sup>234</sup> ATF 126 III 230 c. 7a/bb; ATF 115 II 50 c. 2a. BUCHER, OR BT, p. 214; ZK – BÜHLER, Art. 366 N. 37 s. CO I – CHAIX, Art. 366 N. 23; GAUCH, *Entreprise*, n. 675; GUHL/KOLLER, p. 525; HONSELL, p. 277; KandKo – HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 366 N. 5 et 11; BK – KOLLER, Art. 366 N. 77 ss; KuKo – LEHMANN, Art. 366 N. 6 ss; RAMONI, n. 464; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N. 13. *Contra*: BK – GAUTSCHI, Art. 366 N. 2a qui est d'avis que le maître ne peut que résoudre le contrat et demander des dommages-intérêts négatifs lorsque l'entrepreneur a commencé l'exécution de l'ouvrage.

<sup>235</sup> *Cf. supra* Section II./B.

<sup>236</sup> *Cf. supra* Section III./A./3./b).

<sup>237</sup> *Cf. p. ex.* CO I – CHAIX, Art. 368 N. 1 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 1348 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 4078 ss.

<sup>238</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1555 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 4219 ss.

<sup>239</sup> CO I – CHAIX, Art. 368 N. 66; GAUCH, *Entreprise*, n. 2316 ss, TERCIER, *Contrats*, n. 4082; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N. 78 ss.

<sup>240</sup> 4C.130/2006 c. 6.1; ATF 107 II 50 c. 3 = JdT 1981 I 269. CO I – CHAIX, Art. 366 N. 27 (s'agissant de l'article 366 alinéa 2 CO); GAUCH, *Entreprise*, n. 1791 ss et 1819 ss (critique); RAMONI, n. 487; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N. 28 (critique s'agissant de l'application de l'article 366 alinéa 2 CO) et Art. 368 N. 63; TERCIER, *Contrats*, n. 4192 ss.

que l'entrepreneur n'ait éliminé le défaut<sup>241</sup>. Dans les deux cas, le droit du maître de résoudre ne peut s'exercer que sous la forme et aux conditions de l'article 368 CO<sup>242</sup>. Par conséquent, le maître ne pourra obtenir par le biais de l'article 366 CO ou de l'article 107 alinéa 2 CO un droit de résoudre qui ne lui était pas donné en raison de l'article 368 alinéas 1 et 3 CO.

L'article 368 est de nature **dispositive**<sup>243</sup>. Toutefois, si les parties ont exclu non seulement le droit de résoudre le contrat mais également le droit de réduire le prix (art. 368 al. 2 CO) et qu'elles n'ont pas envisagé le cas où la réparation de l'ouvrage s'avère impossible, on doit admettre, par complèment du contrat, que le droit de réduire le prix et de résoudre le contrat renaît si la réparation s'avère en effet impossible<sup>244</sup>. Par ailleurs, une clause qui prévoirait un droit exclusif à la réparation de l'ouvrage, nonobstant l'impossibilité de réaliser cette réparation, devrait être considérée comme nulle aux conditions des articles 100 s. CO<sup>245</sup>.

S'agissant des liens entre les articles 368 et 377 CO, nous renvoyons à nos remarques ci-dessous<sup>246</sup>.

## b) Le caractère excessivement inconvenient de l'enlèvement (art. 368 al. 3 CO)

Dans le cadre des contrats de construction, la possibilité de résoudre le contrat en raison d'un défaut de construction, déjà limitée par l'alinéa 1 de l'article 368 CO<sup>247</sup>, est soumise à la condition supplémentaire posée par l'alinéa 3 de l'article 368 CO (*cf.* aussi art. 169 al. 1 ch. 3 SIA 118).

En effet, en vertu de l'article 368 alinéa 3 CO, le maître ne peut pas résoudre le contrat - s'il s'agit d'ouvrages faits sur le fonds du maître (ou d'un tiers)<sup>248</sup> ou sur une chose appartenant au maître (ou au tiers) - si, en raison de la nature de l'ouvrage ou de la chose, **l'enlèvement présenterait des inconvenients excessifs pour l'entrepreneur**.

La question de savoir si l'enlèvement présente des inconvenients excessifs est affaire d'appréciation compte tenu des circonstances du cas d'espèce (art. 4 CC). Le juge tiendra notamment compte 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<sup>249</sup>.

Ne devrait ainsi pas être excessivement inconvenient pour l'entrepreneur l'enlèvement de fenêtres, de portes ou de moquettes<sup>250</sup>.

Il est en outre généralement admis que l'inconvenient ne serait en principe pas excessif si l'ouvrage est totalement et définitivement **inutilisable** pour le maître au sens de l'article 368

<sup>241</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1789 ss.

<sup>242</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1791 et 1796 (s'agissant de l'article 107 alinéa 2 CO).

<sup>243</sup> ZK – BÜHLER, Art. 368 N. 243 ss; CO I – CHAIX, Art. 368 N. 70 ss; KuKo – LEHMANN, Art. 368 N. 24.

<sup>244</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 2507.

<sup>245</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 2577.

<sup>246</sup> *Cf. infra* Section III./B./5/e).

<sup>247</sup> *Cf. supra* texte *ad* n. 238.

<sup>248</sup> Sur cette notion, *cf. infra* texte *ad* n. 313.

<sup>249</sup> ATF 98 II 118 c. 3b = JdT 1793 I 274. CO I – CHAIX, Art. 368 N. 20 ss; CORBOZ, FJS N. 460, p. 10; GAUCH, *Entreprise*, n. 1573 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 4220 s. Ainsi le droit de résolution a été admis parce que l'ascenseur était si peu sûr qu'il ne pouvait pas être utilisé (ATF 20 641 c. 3) ou que les citernes à mazout se sont fendues lorsqu'on les a remplies pour les tester et qu'elles n'avaient donc aucune valeur tant qu'elles étaient jointes au bien-fonds (alors qu'elles avaient au moins une valeur de ferraille une fois enlevée; *cf.* ATF 98 précité).

<sup>250</sup> ZK – BÜHLER, Art. 368 N. 210; CO I – CHAIX, Art. 358 N. 21; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 358 N. 76. Pour ces auteurs, qui se fondent sur BK – GAUTSCHI, Art. 368 N. 13a, ces éléments ne seraient tout simplement pas visés par l'article 368 alinéa 3 CO. A l'instar de GAUTSCHI, il nous semble cependant plus juste de considérer que ces ouvrages ont bien été "faits sur le fond du maître" mais que leur enlèvement ne présente – en principe – pas d'inconvenients excessifs. Dans ce sens, considérant que les travaux de construction sont toujours faits sur le fond du maître (ou d'un tiers), *cf.* GAUCH, *Entreprise*, n. 2662.

alinéa 1 CO<sup>251</sup> ou que l'ouvrage présente des **dangers** pour la vie ou la santé et qu'il n'existe pas d'autres moyens de prévenir ces dangers<sup>252</sup>. Il semble donc que la doctrine et la jurisprudence se détachent de plus en plus du critère relatif au caractère excessivement inconvenient pour l'entrepreneur, tel que stipulé à l'article 368 alinéa 3 CO, ce qui a pour conséquence finale de priver cet article de toute portée<sup>253</sup>.

Si l'enlèvement est jugé excessivement inconvenient, le maître ne peut qu'exercer les droits prévus à l'alinéa 2 de cette disposition, à savoir la **réduction du prix** ou la **réfection** de l'ouvrage<sup>254</sup>.

### c) La résolution

Si ce droit lui est reconnu (art. 368 al. 1 et 3 CO), le maître peut non seulement "refuser" l'ouvrage, comme cela est stipulé à l'article 368 alinéa 1 CO, mais bel et bien **résoudre *ex tunc*** le contrat<sup>255</sup>.

Par ailleurs, l'entrepreneur doit **indemniser** le maître qui subit un dommage du fait du défaut (art. 368 al. 1 *in fine* CO) à moins qu'il ne prouve qu'il n'a commis aucune **faute** (art. 97 al. 1 CO). Le dommage causé par le défaut (ou: consécutif au défaut) à une signification propre qui ne se confond pas avec la notion de dommage positif ou négatif. Ce droit complète les droits de résolution du contrat, de réduction du prix et de réfection de l'ouvrage<sup>256</sup>. En particulier, le dommage **consécutif à la résolution** trouve sa cause dans le défaut de l'ouvrage et par conséquent dans le comportement contraire au contrat de l'entrepreneur. Il englobe ainsi les frais de conclusion du contrat; les frais de vérification de l'ouvrage devenus inutiles (art. 367 CO); le préjudice subi parce que le maître n'a pas conclu un autre contrat ou parce qu'il a conclu un autre contrat qu'il ne peut désormais plus exécuter. En revanche, ce dommage n'englobe pas le gain que le maître aurait réalisé par le contrat résolu (intérêt positif)<sup>257</sup>.

Le maître **perd son droit à la résolution** du contrat (mais non des autres droits de garantie) dans un certain nombre d'hypothèses (péremption du droit à la résolution)<sup>258</sup>:

- l'ouvrage a **péri** (ou a connu une détérioration substantielle), après qu'il a été livré, en raison de faits imputables au maître mais indépendamment de sa faute, en application analogique de l'article 207 alinéa 3 CO; un droit à la réfection étant par nature exclu lorsque l'ouvrage a péri, seul reste dans ce cas le droit à la réduction du prix;

<sup>251</sup> Arrêt du Tribunal cantonal (SG) du 6 mai 2008, *in* SGK-BZ 2006, p. 93, c. 5.3. ZK – BÜHLER, Art. 368 N. 211; GAUCH, *Entreprise*, n. 1575 s. qui conçoit le caractère inutilisable comme un cas d'application du caractère intolérable de l'acceptation (*cf.* n. 1557 et 1565 ss) et donne l'exemple de fondations sous-dimensionnées.

<sup>252</sup> CO I – CHAIX, Art. 368 N. 22; ZK – BÜHLER, Art. 368 N. 212; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N. 77.

<sup>253</sup> Ainsi l'arrêt 4C.301/2002 c. 3.4.1 (sous l'angle de l'art. 169 al. 1 ch. 3 SIA 118) considère que plusieurs défauts – qui isolément ne sont pas suffisants pour fonder le droit du maître à résoudre le contrat – peuvent, pris ensemble, rendre l'acceptation de l'ouvrage intolérable (et non "inutilisable"), permettant ainsi la résolution du contrat, sans avoir examiné la condition liée au caractère excessivement inconvenient de l'enlèvement; 4C.347/2005 c. 4 pour un cas de moins-value totale qui permet au maître de résoudre le contrat, nonobstant le fait que l'enlèvement n'est pas possible. Sur la question de la moins-value totale, *cf.* CO I – CHAIX, Art. 368 N. 30; GAUCH, *Entreprise*, n. 1639 s.

<sup>254</sup> Pour une doctrine minoritaire, il serait cependant possible de résoudre, la restitution ne s'opérant alors non pas en nature mais en valeur, déterminée de manière objective; *cf.* HARTMANN, n. 293 ss (avec des exemples chiffrés). *Cf.* aussi *supra* n. 66. Cette interprétation est difficilement compatible avec le texte de l'article 368 alinéa 3 CO.

<sup>255</sup> CO I – CHAIX, Art. 368 N. 23; GAUCH, *Entreprise*, n. 1531. *Cf.* aussi *supra* Section II./B, étant précisé qu'une résiliation *ex nunc* ne présente guère d'intérêt pour le maître s'agissant d'un ouvrage achevé, entaché de défauts graves.

<sup>256</sup> ZK – BÜHLER, Art. 368 N. 164 ss; CO I – CHAIX, Art. 368 N. 56 ss; ENGEL, *Contrats*, p. 450 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 1848 ss.

<sup>257</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1874 s.

<sup>258</sup> ZK – BÜHLER, Art. 368 N. 225 ss; ENGEL, *Contrats*, p. 450; GAUCH, *Entreprise*, n. 1592 ss.

- l'ouvrage a été **aliéné** à un tiers (ou transformé), également par application analogique de l'article 207 alinéa 3 CO; de même, l'entrepreneur perd son droit de résoudre envers le sous-traitant qui intègre son ouvrage directement dans le fonds du maître principal tant et aussi longtemps que celui-ci empêche que l'ouvrage soit enlevé du fonds;
- le maître a **utilisé** l'ouvrage alors qu'il connaissait son caractère défectueux (art. 2 CC), sous réserve d'exceptions commandées par l'intérêt des deux parties.

### 3. La libération de l'entrepreneur lié par un prix à forfait (art. 373 al. 2 CO)

#### a) Le but et la portée

L'article 373 alinéa 2 CO est (notamment) un reflet de la théorie dite de l'**imprévision**, aussi appelée *clausula rebus sic stantibus*<sup>259</sup>. La *clausula*, que l'on peut fonder sur l'article 2 alinéa 2 CC, veut que, par exception à la règle *pacta sunt servanda*, une partie à un contrat de durée peut se délier partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances ayant pour effet de créer une grave disproportion entre sa prestation et la contre-prestation de l'autre partie, au point que le maintien du contrat apparaît abusif<sup>260</sup>.

En outre, l'article 373 alinéa 2 CO – en tant que cette disposition retient également l'hypothèse d'une fausse appréciation des données existantes – va plus loin que la *clausula* et constitue aussi un cas d'application de la théorie générale de l'**erreur de base** (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)<sup>261</sup>.

Lorsque le prix a été fixé de manière **ferme** (art. 373 al. 1 CO), l'entrepreneur doit l'ouvrage dont il s'est chargé contre paiement du prix convenu, qu'il s'agisse d'un **prix forfaitaire**<sup>262</sup> ou d'un **prix unitaire**<sup>263</sup>. Sous réserve de l'article 373 alinéa 2 CO, l'entrepreneur ne peut réclamer aucune augmentation, même si l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu (art. 373 al. 1 CO) et le maître est tenu de payer le prix intégral, même si l'ouvrage a exigé moins de travail que ce qui avait été prévu (art. 373 al. 3 CO).

L'hypothèse visée par l'article 373 alinéa 2 CO ne doit pas être confondue avec la **modification de commande** qui donne en principe droit à l'entrepreneur à une rémunération supplémentaire<sup>264</sup>.

La doctrine a étendu l'application de l'article 373 alinéa 2 CO à d'autres hypothèses que les **prix fermes**. Ainsi, lorsque l'ouvrage a été stipulé à prix effectif (art. 374 CO) – c'est-à-dire si le prix n'a pas été fixé d'avance ou s'il ne l'a été qu'approximativement – le prix dû par le maître est fixé d'après la valeur du travail et des dépenses de l'entrepreneur (en bref: "prix à la dépense"; art. 374 CO)<sup>265</sup>. Si les parties ont cependant convenu d'un accord sur le calcul du prix effectif, en particulier l'application de **taux de régie** (art. 48 ss SIA 118)<sup>266</sup>, le juge est lié par l'accord qui a été passé et l'entrepreneur ne peut exiger que l'on retienne des prix supérieurs à ceux convenus

<sup>259</sup> ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 20; TERCIER, Contrats, n. 4303.

<sup>260</sup> Sur la *clausula*, récemment, cf. 2A.432/2005 c. 3.5. GAUCH/SCHLUEP, n. 1280 ss; TERCIER, PDO, n. 876 ss.

<sup>261</sup> CO I – CHAIX, Art. 373 N. 14; GAUCH, Entreprise, n. 1047; TERCIER, Contrats, n. 4303.

<sup>262</sup> Par prix forfaitaire, on entend l'accord par lequel les parties ont convenu que l'entrepreneur exécuterait l'ouvrage pour une somme d'argent fixée contractuellement; cf. CO I – CHAIX, Art. 373 N. 6; GAUCH, Entreprise, n. 900 ss.

<sup>263</sup> Par prix unitaire, on entend la fixation de la rémunération d'une prestation déterminée par unité de cette prestation (p. ex. au mètre courant, au mètre carré, au mètre cube, au kilogramme ou à la pièce); cf. CO I – CHAIX, Art. 373 N. 7; GAUCH, Entreprise, n. 915 ss.

<sup>264</sup> 4C.16/2006 c. 6.3. GAUCH, Entreprise, n. 785 et 1149 s.; KuKo – LEHMANN, Art. 373 N. 9.

<sup>265</sup> Et non par exemple sur la base de la valeur de l'ouvrage achevé; cf. GAUCH, Entreprise, n. 946 ss.

<sup>266</sup> GAUCH, Entreprise, n. 952 ss.

que l'on qu'aux conditions de l'article 373 alinéa 2 CO, par analogie<sup>267</sup>. Si le prix a été fixé de manière approximative ("**prix approximatif**"), le maître ne doit ni plus ni moins qu'une rémunération (calculée selon la dépense) comprise dans les limites qui ont été fixées (p. ex. "CHF 5'000.- +/- 5%") mais l'entrepreneur peut cependant faire valoir l'article 373 alinéa 2 CO par analogie<sup>268</sup>. L'article 373 alinéa 2 CO trouve également à s'appliquer dans d'autres hypothèses, notamment en cas de pur prix maximum<sup>269</sup> et de prix de référence conventionnel<sup>270</sup>.

L'article 373 alinéa 2 est de nature **dispositive**, les parties peuvent fixer dans leur contrat que certaines conditions particulières entraîneront une modification des prix, voire, sous réserve de cas pathologiques (art. 27 CC), exclure la possibilité de résilier le contrat dans les circonstances visées par l'article 373 alinéa 2 CO (*cf.* aussi art. 58 ss SIA 118)<sup>271</sup>.

Il est généralement considéré que l'article 373 alinéa 2 est une *lex specialis* par rapport à l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO (erreur de base)<sup>272</sup>.

## b) Les conditions

La rigueur des prix fermes trouve ses **limites** lorsque les conditions restrictives qui suivent sont remplies (art. 373 al. 2 CO):

- Des **circonstances extraordinaires** surviennent après la conclusion du contrat (aspect "*clausula*"), ou existaient déjà au moment de la conclusion du contrat mais n'apparaissent qu'après coup (aspect "erreur de base"); l'article 373 alinéa 2 CO divise ces circonstances en deux catégories:
  - o les circonstances "**impossibles à prévoir**" (c'est-à-dire imprévisibles) du point de vue d'un entrepreneur compétent et diligent (examen objectif), question qu'il convient d'examiner plutôt avec rigueur. Il faut déterminer si un tel entrepreneur devait raisonnablement s'attendre à leur survenance (faits nouveaux, p. ex. une avalanche), respectivement à leur existence (faits existants apparaissant après coup, p. ex. défaut du terrain), lors de la conclusion du contrat<sup>273</sup>.
  - o les circonstances "**exclues par les prévisions qu'ont admises les parties**", c'est-à-dire les circonstances dont ni l'une ni l'autre des parties n'ont prévu l'existence ou la survenance. Ainsi, l'entrepreneur se basera souvent sur les indications du maître, notamment en ce qui concerne la nature du sol, pour déterminer le prix; si ces indications s'avèrent erronées, elles constitueront des circonstances extraordinaires, sauf par exemple si l'entrepreneur s'est rendu compte, ou qu'il aurait dû se rendre compte, de l'inexactitude des indications avant la conclusion du contrat (*cf.* aussi art. 58 al. 2 SIA 118)<sup>274</sup>.

<sup>267</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 957. Les taux de régie se distinguent des prix unitaires en ce que les premiers se rattachent à des unités de dépenses (p. ex. prix par heure du peintre) alors que les seconds se rattachent à des unités de prestations (p. ex. prix par mètre carré de peinture)

<sup>268</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 941 et 968.

<sup>269</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1036.

<sup>270</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 1039.

<sup>271</sup> CO I – CHAIX, Art. 373 N. 32; GAUCH, *Entreprise*, n. 1128 ss; TERCIER, *Contrats*, n. 4301 et 4322 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 34 ss.

<sup>272</sup> ATF 109 II 333 c. 3b = JdT 1984 I 209. ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 20; GAUCH, *Entreprise*, n. 1047. Pour, TERCIER, *Contrats*, n. 4300, les règles sur le vice du consentement (art. 23 ss CO) ou la lésion (art. 28 CO) pourraient également être invoquées par les parties.

<sup>273</sup> 4C.292/2002 c. 3.1; ATF 104 II 314 c. b = JdT 1970 I 602. CO I – CHAIX, Art. 373 N. 16 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 1076 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 16 ss.

<sup>274</sup> ATF 113 II 513 c. 5 = JdT 1989 I 10. GAUCH, *Entreprise*, n. 1092 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 20 ss.



- Ces circonstances doivent avoir entraîné une **aggravation excessive des frais**<sup>275</sup> et non, contrairement à la formulation de l'article 373 alinéa 2 CO, avoir empêché ou rendu difficile à l'excès l'exécution de l'ouvrage; le caractère excessif de l'aggravation est affaire d'appréciation compte tenu des circonstances du cas d'espèce (art. 4 CC). Il doit cependant s'agir d'une aggravation considérable apportant une disproportion flagrante entre la prestation et le prix stipulé, ce qui doit être jugé de manière globale même si des prix différents ont été convenus pour chaque prestation individuelle, par exemple sur la base d'un devis descriptif<sup>276</sup>. Le fait que les frais supplémentaires prive l'entrepreneur de son bénéfice ne permet pas en tant que tel de conclure à l'existence d'une disproportion; à l'inverse, la disproportion ne doit pas être telle qu'elle pourrait conduire à la faillite de l'entrepreneur<sup>277</sup>.

L'entrepreneur ne pourra pas se prévaloir des circonstances extraordinaires si celles-ci lui sont **imputables**, sont imputables à ses auxiliaires (p. ex. des sous-traitants), sont le résultat de sa demeure fautive (art. 103 CO par analogie), ou si l'entrepreneur a **continué** l'exécution de l'ouvrage sans faire de réserves malgré les circonstances extraordinaires<sup>278</sup>.

### c) Les droits prévus

Lorsque les conditions (restrictives) de l'article 373 alinéa 2 CO sont remplies, l'entrepreneur a le droit de demander soit une augmentation du prix, soit la résiliation du contrat. D'après le texte clair de la disposition, il s'agit d'**actions formatrices** et non d'actes formateurs<sup>279</sup>, ce qui a pour conséquence que, contrairement aux autres cas de résiliation examinés, l'entrepreneur doit passer par la voie judiciaire pour faire valoir ses droits. Le juge peut décider, en vertu de son pouvoir d'appréciation, d'accorder soit une **augmentation** du prix (afin de compenser la disproportion en tant qu'elle est flagrante), soit la **résiliation** du contrat, voire de **prolonger** le délai d'exécution<sup>280</sup>. Dans le cadre de la norme SIA, la résiliation ne peut être exercée que si les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur la rémunération supplémentaire (art. 59 SIA 118)<sup>281</sup>.

C'est le juge (et non l'entrepreneur) qui, sur la base de son appréciation de l'intérêt des parties et des conclusions qu'elles ont prises, décidera du droit qu'il accorde à l'entrepreneur<sup>282</sup>; une résiliation ne pourrait en principe plus être prononcée lorsque les travaux sont déjà **achevés** (cf. art. 375 al. 2 CO)<sup>283</sup>.

La solution de l'action formatrice, si elle n'est pas unique en droit suisse<sup>284</sup>, est assez inhabituelle dans un contexte purement contractuel. La jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent d'ailleurs que les droits accordés par l'article 373 alinéa 2 CO sont des droits formateurs que l'entrepreneur peut exercer hors procès (**actes formateurs**)<sup>285</sup>. On notera que, en pratique, rien

<sup>275</sup> Cette notion (restrictive) ne se recoupe pas avec la notion de dépassement excessif que l'on trouve à l'article 375 CO; cf. *infra* texte ad n. 304.

<sup>276</sup> Sur la question du devis descriptif, cf. 4C.292/2002 c. 3.1 et 3.4; ATF 104 II 314 c. b = JdT 1970 I 602. Cf. aussi *infra* texte ad n. 393.

<sup>277</sup> ATF 104 II 314 c. b = JdT 1970 I 602. CO I – CHAIX, Art. 373 N. 22 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 1050 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 22 ss.

<sup>278</sup> ATF 116 II 314 c. 3 = JdT 1990 I 619. CO I – CHAIX, Art. 373 N. 25 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 1108 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 25 s.

<sup>279</sup> Cf. *supra* n. 51.

<sup>280</sup> CO I – CHAIX, Art. 373 N. 29. *Contra*: ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 34; GAUCH, *Entreprise*, n. 1126.

<sup>281</sup> GAUCH, *Entreprise*, N. 1140. OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 36.

<sup>282</sup> ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 44 (quant aux critères à suivre); GAUCH, *Entreprise*, n. 1119; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 30 s.

<sup>283</sup> CO I – CHAIX, Art. 373 N. 31; TERCIER, *Contrats*, n. 4321. Sur la notion d'achèvement, cf. *infra* n. 340.

<sup>284</sup> Cf. p. ex. l'action en dissolution de la société simple pour justes motifs, art. 545 al. 1 ch. 7 CO.

<sup>285</sup> ATF 48 II 119, 125; ATF 116 II 314 c. 3 = JdT 1990 I 619. ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 38; CO I – CHAIX, Art. 373 N. 28; CORBOZ, *FJS* N. 461, p. 7; ENGEL, *Contrats*, p. 458 s.; BK – GAUTSCHI, Art. 373 N. 13b; TERCIER,

n'empêche l'entrepreneur de communiquer au maître l'exercice de son droit d'augmenter le prix ou de résilier le contrat et de trouver une solution négociée avec le maître<sup>286</sup>.

On relèvera que la jurisprudence et la doctrine qui s'exprime en faveur d'un acte formateur, ne se prononcent pas sur la question de savoir si l'entrepreneur peut librement choisir de résilier ou d'augmenter le prix ou s'il ne pourrait choisir la voie de la résiliation que dans certaines circonstances (*cf.* aussi art. 59 SIA 118), voire combiner une résiliation *ex nunc* et une augmentation de prix<sup>287</sup>.

La loi est muette sur la question de savoir s'il s'agit d'une **résiliation *ex nunc*** ou d'une **résolution *ex tunc***; la doctrine laisse au juge le soin de trancher, en vertu de son pouvoir d'appréciation, entre l'une et l'autre des solutions<sup>288</sup>. A nouveau, en admettant qu'il s'agit d'un acte formateur, la question se pose de savoir si l'entrepreneur peut librement choisir entre résiliation et résolution ou s'il est tenu à certains critères. Il nous semble à cet égard que l'on doit s'en tenir au principe d'une **résolution *ex tunc***, à laquelle on applique les règles générales dont nous avons discuté, en particulier si l'entrepreneur a déjà commencé à exécuter l'ouvrage sur le fonds du maître<sup>289</sup>.

Bien que l'article 373 alinéa 2 CO ne le dise pas, le juge peut allouer au maître (ou à l'entrepreneur) des **dommages-intérêts** pour le préjudice résultant de la résiliation<sup>290</sup>.

Rien ne s'oppose à ce que le **maître** invoque de son côté l'article 373 alinéa 2 CO (contrairement à la lettre de cet article)<sup>291</sup>, respectivement fasse valoir une erreur de base ou la *clausula*, en présence de circonstances extraordinaires (et rares en pratique!) réduisant de manière excessive les frais d'exécution<sup>292</sup>. Cette question ne doit pas être confondue avec la possibilité pour le maître de résilier le contrat en cas de dépassement excessif du prix ferme par application analogique de l'article 375 CO, possibilité qui est généralement niée<sup>293</sup>.

#### 4. Le dépassement du devis approximatif (art. 375 al. 2 CO)

##### a) Le but et la portée

Contrairement à l'article 373 alinéa 2 CO, qui est une soupape de sécurité pour l'entrepreneur, l'article 375 CO a pour but de **protéger le maître**. En effet, lorsque les prix sont fermes, l'entrepreneur supporte en principe le risque du prix, même si l'ouvrage occasionne plus de frais que ce qui était prévu (art. 373 al. 1 CO)<sup>294</sup>.

L'article 375 CO est de droit **dispositif**<sup>295</sup>.

Contrats, n. 4319. *Contra*: GAUCH, *Entreprise*, n. 1122 ss; KuKo – LEHMANN, Art. 373 N. 14; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 40; HandKo – HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 373 N. 16.

<sup>286</sup> *Cf.* aussi ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 37.

<sup>287</sup> OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 29. *Contra*: GAUCH, *Entreprise*, n. 1117.

<sup>288</sup> CO I – CHAIX, Art. 373 N. 30; CORBOZ, FJS N. 461, p. 7 (qui parle uniquement de résiliation); GAUCH, *Entreprise*, n. 1117 (en faveur d'une résolution); HUGUENIN, OR BT, n. 677; KuKo – LEHMANN, Art. 373 N. 16; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 29.

<sup>289</sup> *Cf. supra* Section II./B.

<sup>290</sup> ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 45; CO I – CHAIX, Art. 373 N. 30; GAUCH, *Entreprise*, n. 1118; TERCIER, N. 4321.

<sup>291</sup> CO I – CHAIX, Art. 373 N. 4; GAUCH, *Entreprise*, n. 1145 ss.

<sup>292</sup> TERCIER, *Contrats*, n. 4304.

<sup>293</sup> ZK – BÜHLER, Art. 373 N. 46; GAUCH, *Entreprise*, n. 1120. Pour une telle analogie: BK – GAUTSCHI, Art. 373 N. 13a; CORBOZ, FJS N. 461, p. 7.

<sup>294</sup> CO I – CHAIX, Art. 373 N. 2; GAUCH, *Entreprise*, n. 1044.

<sup>295</sup> ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 49; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 34; KRAUSKOPF, p. 54; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 36.

## b) Le devis approximatif

Lorsque les parties n'ont pas fixé le prix à l'avance, la rémunération de l'entrepreneur se calcule sur la base de la valeur du travail et des dépenses de l'entrepreneur (prix effectifs; art. 374 CO)<sup>296</sup>. Les parties peuvent cependant s'être fondées sur un **devis approximatif**, c'est-à-dire une estimation des coûts non contraignante, par lequel l'entrepreneur fait un pronostic sur le prix présumé que l'ouvrage coûtera au maître. Ce devis approximatif sert de fondement à la volonté du maître de s'engager aux conditions données; il fait partie des éléments nécessaires du contrat au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO<sup>297</sup>.

L'existence d'un devis approximatif ne modifie pas le fait que le prix sera calculé sur la base de la **valeur du travail et des dépenses de l'entrepreneur** (art. 374 CO); le prix final peut donc être supérieur ou inférieur à ce qui avait été prévu dans le devis approximatif<sup>298</sup>.

Dans le système de la norme SIA 118, on parle de "contrat à **prix indicatifs**" (art. 56 al. 1 SIA 118). Ces prix indicatifs sont des devis approximatifs au sens de l'article 375 CO<sup>299</sup>.

Le devis approximatif (par lequel un entrepreneur renseigne le maître sur les coûts de sa propre prestation) ne doit pas être confondu avec le **devis de l'architecte ou de l'ingénieur** par lequel l'architecte ou l'ingénieur renseigne son mandant sur les coûts présumés des travaux de construction tels qu'ils seront effectués par des tiers, c'est-à-dire par les entrepreneurs. L'article 375 CO n'a pas vocation à s'appliquer à de tels devis, ni directement, ni par analogie<sup>300</sup>.

L'application analogique de l'article 375 CO au **prix approximatif**<sup>301</sup> est généralement niée par la doctrine, étant précisé que la distinction entre prix approximatif et devis approximatif est affaire d'interprétation qui peut s'avérer délicate<sup>302</sup>.

## c) Les conditions

L'article 375 tient compte de ce que le maître s'est fondé sur le devis approximatif pour s'engager et qu'il n'aurait pas commandé l'ouvrage s'il avait eu connaissance du prix final<sup>303</sup>, en lui ménageant des droits spécifiques si les conditions suivantes sont remplies:

- Le devis approximatif est dépassé de manière **excessive**<sup>304</sup>, ce qui est déterminé sur la base du prix final exigé pour toutes les prestations convenues, comparé au montant du devis initial, à l'exclusion des travaux supplémentaires commandés ou acceptés par le maître<sup>305</sup>. Le maître doit en principe tolérer un certain dépassement du devis si celui-ci

<sup>296</sup> Cf. *supra* texte *ad* n. 265.

<sup>297</sup> ATF 98 II 299 c. 4c. ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 4; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 5; ENGEL, Contrats, p. 459 s.; GAUCH, Entreprise, n. 937 s.; TERCIER, Contrats, n. 4339 et 4341; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 1 et 5. L'article 375 CO est considéré comme une *lex specialis* par rapport à l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO.

<sup>298</sup> 4C.346/2003 c. 3.1. ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 12; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 6; GAUCH, Entreprise, n. 938 et 973; TERCIER, Contrats, n. 4340.

<sup>299</sup> GAUCH, Entreprise, n. 971.

<sup>300</sup> 4C.424/2004; ATF 122 III 61 = JdT 1996 I 605. GAUCH, Entreprise, n. 1001 s.; HONSELL, p. 298 s.; KRAUSKOPF, p. 51.

<sup>301</sup> Le devis approximatif se distingue du prix approximatif en ce que le premier contient seulement une estimation des coûts non contraignante (le prix restant fonction de la dépense de l'entrepreneur conformément à l'article 374 CO), alors que, dans le second cas, la rémunération due n'est certes pas fixée de manière exacte mais au moins d'une manière approximative par l'indication d'un montant maximum et minimum; cf. *supra* texte *ad* n. 268.

<sup>302</sup> GAUCH, Entreprise, n. 940 ss; HUGUENIN, OR BT, n. 680; KRAUSKOPF, p. 51; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 6 s. Pour une application analogique: arrêt de la Cour de justice (GE) du 14 juin 1976, *in* SJ 1977, p. 409 c. 2. ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 7 s.; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 7; GUHL/KOLLER, p. 529.

<sup>303</sup> ATF 98 II 299 c. 4c. CO I – CHAIX, Art. 375 N. 1.

<sup>304</sup> Cette notion n'est pas identique à celle utilisé dans le contexte de l'article 373 alinéa 2 CO; cf. *supra* texte *ad* n. 275.

<sup>305</sup> ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 23; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 11; TERCIER, Contrats, n. 4346 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 9.

n'est pas excessif; cette marge de tolérance est un reflet du principe de loyauté commerciale (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)<sup>306</sup>. Il revient au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC), de déterminer dans le cas d'espèce si cette marge est franchie. La pratique retient souvent comme règle de pouce une **marge de 10%**, mais une marge supérieure peut être acceptable en matière de travaux dont l'estimation est d'expérience difficile à rapporter (p. ex. rénovation de bâtiments anciens)<sup>307</sup>. Inversement, une marge inférieure est également envisageable (p. ex. si le devis approximatif est particulièrement précis)<sup>308</sup>. N'est pas excessif un dépassement reposant sur des circonstances extraordinaires au sens de l'article 373 alinéa 2 CO<sup>309</sup>.

- Le dépassement **ne résulte pas du fait du maître** (ou de ses auxiliaires), c'est-à-dire tout comportement en relation de cause à effet avec le dépassement du devis, que ce soit en raison de la demeure du maître (art. 91 s. CO) ou en raison d'une modification de commande. En revanche, la faute de l'entrepreneur n'est pas exigée<sup>310</sup>.
- Le maître ne doit **pas avoir accepté**, expressément ou tacitement, le dépassement excessif (art. 25 al. 1 CO par analogie)<sup>311</sup>.
- Dans le cadre de l'article 375 alinéa 2 CO<sup>312</sup>, il doit s'agir de "*constructions élevées sur [le] fonds*" du maître, ce par quoi on entend toute construction réalisée sur le **fonds du maître** (ou d'un tiers: cas du sous-traitant commis par un entrepreneur qui construit sur le fond du maître principal<sup>313</sup>) qui devient la propriété du maître (ou du tiers) en vertu de principe de l'accession<sup>314</sup> et qui serait pour cette raison impossible ou excessivement dispendieux d'enlever. Il s'agit ainsi des parties intégrantes (art. 642 CC), en particulier tout ce qui a été uni au fonds par les moyens de la technique, soit au-dessus, soit au-dessous du sol (art. 667 CC)<sup>315</sup>, et les matériaux intégrés à l'ouvrage (art. 671 CC)<sup>316</sup>.

#### d) Les droits prévus

Les effets du dépassement excessif du devis approximatif **diffèrent** selon qu'il s'agisse d'un ouvrage ordinaire (art. 375 al. 1 CO) ou de la réalisation d'un travail de construction réalisé sur le fonds du maître ou d'un tiers (art. 375 al. 2 CO). Dans le premier cas, le seul droit à disposition du maître est la **résolution** du contrat (art. 375 al. 1 CO)<sup>317</sup>, sous réserve de la possibilité de résilier le contrat (mais non de demander une réduction convenable du prix) par application analogique de l'article 375 alinéa 2 CO<sup>318</sup>.

<sup>306</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 13; GAUCH, *Entreprise*, n. 984 s.

<sup>307</sup> 4C.346/2003 c. 3.1; ATF 115 II 460 c. 4b = JdT 1990 I 372 (marge de 20 % jugée défendable).

<sup>308</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 14; GAUCH, *Entreprise*, n. 985; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 12.

<sup>309</sup> ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 27; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 15; GAUCH, *Entreprise*, n. 985.

<sup>310</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 8 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 988 s. et 1009; KRAUSKOPF, p. 52.

<sup>311</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 990.

<sup>312</sup> On notera que la formulation de l'article 375 alinéa 2 CO ne correspond pas à celle de l'article 368 alinéa 3 CO en ce que la première n'exige pas que l'enlèvement présente des inconvénients excessifs; cf. *supra* Section III./B./2./b).

<sup>313</sup> ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 34; GAUCH, *Entreprise*, n. 993.

<sup>314</sup> STEINAUER, I, n. 1061 ss.

<sup>315</sup> STEINAUER, II, n. 1623; ZGB II – REY, Art. 667 N. 9 ss.

<sup>316</sup> ATF 98 II 299 c. 4b. ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 28 ss; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 26 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 992 ss; STEINAUER, I, n. 1047 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 2 et 24 s.

<sup>317</sup> ATF 98 II 299 c. 4c et 5.

<sup>318</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 20 ss; GAUCH, *Entreprise*, n. 976 et 994; KRAUSKOPF, p. 53. Application analogique, contre la volonté du maître, niée dans l'ATF 98 II 299 c. 4 parce que l'ouvrage (en l'occurrence une installation de conditionnement) commencé n'avait pas encore été livré au maître, celui-ci ayant fini par commander l'ouvrage à un autre entrepreneur. Cf. aussi *supra* texte ad n. 99.

S'agissant de l'article 375 alinéa 2 CO (*cf.* aussi art. 56 al. 2 SIA 118), le maître peut demander soit la **réduction convenable** du prix des travaux<sup>319</sup>, soit, si l'ouvrage n'est pas achevé, **résilier** le contrat.

Le droit de résiliation prévu à l'article 375 alinéa 2 CO se distingue à deux égards du droit de résolution prévu au premier alinéa. D'une part, il s'éteint avec l'**achèvement** des travaux<sup>320</sup> et, d'autre part, il s'agit d'une **résiliation ex nunc**. Le maître doit payer "une indemnité équitable pour les travaux exécutés", c'est-à-dire une rémunération pour le travail et les dépenses de l'entrepreneur<sup>321</sup> jusqu'au jour où la résiliation parvient à ce dernier (principe de la réception)<sup>322</sup>; en revanche, le maître ne doit pas indemniser complètement l'entrepreneur au sens de l'article 377 CO<sup>323</sup>.

L'exercice de l'un des droits de l'article 375 alinéa 2 CO **exclurait** l'exercice de l'autre, c'est-à-dire que le maître ne pourrait pas résilier le contrat et demander une réduction convenable du prix pour la partie déjà effectuée<sup>324</sup>. Cette interprétation n'est pas contestée<sup>325</sup>. En outre, il est généralement admis que le maître ne doit indemniser l'entrepreneur que si la partie d'ouvrage déjà réalisée peut être **utilisée** par le maître (*cf.* art. 379 al. 2 CO par analogie)<sup>326</sup>.

Il est loisible au maître de ne résilier qu'une partie des travaux restants et de faire exécuter le solde des travaux, ces derniers devant alors être rémunérés complètement<sup>327</sup>.

En outre, en cas de **faute** de l'entrepreneur, il est généralement admis que le maître qui résilie le contrat a une prétention en dommages-intérêts couvrant en principe son intérêt négatif, sous réserve de circonstances particulières (p. ex. si l'entrepreneur a intentionnellement trompé le maître au moyen d'un devis inexact) qui conduirait à ce que l'entrepreneur doive réparer le dommage supplémentaire<sup>328</sup>. Il est également tenu de réparer le dommage qu'il cause au maître s'il **omet de l'informer** d'un dépassement excessif du devis approximatif (art. 364 al. 1 CO)<sup>329</sup>, voire de tout dépassement qui n'est pas minime (*cf.* art. 56 al. 3 SIA 118)<sup>330</sup>.

A part le fait que le droit de résilier prévu à l'article 375 alinéa 2 CO s'éteint avec l'achèvement de l'ouvrage, la loi ne prévoit aucun délai pendant lequel le maître peut exercer ses droits formateurs; on admet généralement l'application analogique de l'article 31 CO, c'est-à-dire que le maître doit exercer son droit formateur dans un délai d'**une année** qui court dès que le dépassement excessif se dessine avec suffisamment de certitude pour le maître<sup>331</sup>.

<sup>319</sup> Sur cette question, *cf.* CO I – CHAIX, Art. 375 N. 29 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 979 s.; TERCIER, *Contrats*, n. 4353 ss; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 29 et 30. En pratique, la partie du dépassement qui est excessive est généralement partagée en deux entre le maître et l'entrepreneur.

<sup>320</sup> *Cf. infra* texte *ad* n. 340.

<sup>321</sup> *Cf. supra* n. 96.

<sup>322</sup> *Cf. infra* n. 348.

<sup>323</sup> ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 42; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 31 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 977 et 1019 ss; KRAUSKOPF, p. 53; TERCIER, *Contrats*, n. 4358; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 33. *Cf. infra* Section III./B./5./c).

<sup>324</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 25; GAUCH, *Entreprise*, n. 982.

<sup>325</sup> TERCIER, *Contrats*, n. 4359.

<sup>326</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 32; GAUCH, *Entreprise*, n. 1009; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 28. Cela revient à permettre au maître de **résoudre ex tunc**; *cf. supra* Section II./B./2.

<sup>327</sup> ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 43; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 31; GAUCH, *Entreprise*, n. 978.

<sup>328</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 16, 18 et 33; GAUCH, *Entreprise*, n. 1009; KRAUSKOPF, p. 52; KuKo – LEHMANN, Art. 375 N. 6; CO I – ZINDEL/PULVER, Art. 373 N. 28.

<sup>329</sup> CO I – CHAIX, Art. 375 N. 19 et 35; GAUCH, *Entreprise*, n. 1007 s.

<sup>330</sup> KRAUSKOPF, p. 54; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 35 et 37.

<sup>331</sup> 4P.99/2005 c. 3.2. ZK – BÜHLER, Art. 375 N. 44; CO I – CHAIX, Art. 375 N. 38; GAUCH, *Entreprise*, n. 1005; KRAUSKOPF, p. 55; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 375 N. 19. *Contra*: BK – GAUTSCHI, Art. 375 N. 8b.

## 5. La résiliation moyennant indemnité (art. 377 CO)

### a) Le but et la portée

Le maître peut, tant que l'ouvrage n'est pas terminé, résilier le contrat avec effet *ex nunc* en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur (art. 377 CO; cf. aussi art. 84 al. 3 et art. 184 al. 1 SIA 118).

Cette disposition est une exception (partielle) au principe *pacta sunt servanda*. Elle va toutefois moins loin que la disposition correspondante dans le mandat (art. 404 CO) qui offre la possibilité de résilier aussi bien au mandataire qu'au mandant, en principe sans devoir indemniser l'autre partie<sup>332</sup>.

La justification de ce droit offert au maître réside en ce que le contrat d'entreprise s'inscrivant dans le temps<sup>333</sup>, il se peut que l'**intérêt du maître** pour l'ouvrage qu'il a commandé change ou disparaisse complètement en cours d'exécution du contrat. Or, l'ouvrage a comme seule finalité de satisfaire les intérêts du maître et il serait donc absurde – et pratiquement ingérable – que l'entrepreneur poursuive la réalisation d'un ouvrage dont le maître ne veut plus et qui n'a plus de sens. En d'autres termes, l'exécution de l'ouvrage est une obligation de l'entrepreneur mais non un droit<sup>334</sup>. En revanche, l'entrepreneur ne dispose pas du droit de résilier puisqu'il s'est précisément engagé à réaliser l'ouvrage convenu<sup>335</sup>.

La doctrine considère généralement que l'article 377 CO est de nature **dispositive**, tant en ce qui concerne la possibilité pour le maître de renoncer au droit de résilier qu'en ce qui concerne les conséquences de la résiliation<sup>336</sup>. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question<sup>337</sup>. Sous réserve du droit pour le maître de résilier pour justes motifs, de nature impérative<sup>338</sup>, on ne voit pas pourquoi les parties ne pourraient pas tenir compte de l'**intérêt propre de l'entrepreneur** à l'exécution de l'ouvrage, notamment parce que ce contrat permet d'occuper son personnel, occupe son entreprise pour une longue période, lui permet de développer son savoir-faire, etc.; une renonciation au droit de résilier aura pour conséquence que l'entrepreneur sera protégé non seulement dans son intérêt à la rémunération mais aussi dans son intérêt à l'exécution de l'ouvrage. Par conséquent, et à titre exceptionnel, l'entrepreneur aura alors également droit à la réparation des dommages qu'il subit du fait de l'inexécution (purs dommages d'inexécution)<sup>339</sup>.

<sup>332</sup> TERCIER, Contrats, n. 4401.

<sup>333</sup> Cf. *supra* Section I./C.

<sup>334</sup> ATF 117 II 273 = JdT 1992 I 293 c. 4b; ATF 69 II 139 c. 4a.

<sup>335</sup> ZK – BÜHLER, Art. 377 N. 6; CORBOZ, FJS N. 462, p. 6; GAUCH, Entreprise, n. 598.

<sup>336</sup> ZK – BÜHLER, Art. 377 N. 8 ss; CO I – CHAIX, Art. 377 N. 20; DESSEMONTET, RDS 1987 II 197 (nuancé); GAUCH, Entreprise, n. 584 ss; GAUCH, Rücktritt, p. 44 s.; KRAUSKOPF, p. 44; KuKo – LEHMANN, Art. 377 N. 2; TERCIER, Contrats, n. 4405; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 20. *Contra*: CORBOZ, FJS N. 462, p. 8 et BK – GAUTSCHI, Art. 377 N. 10, mais seulement quant au droit de résilier et non quant aux conséquences de la résiliation. A la rigueur, on pourrait même considérer que les parties ont tacitement exclu la possibilité de résilier le contrat parce que cela s'avère manifestement incompatible avec l'intérêt propre de l'entrepreneur à l'exécution effective de l'ouvrage; cf. GAUCH, Entreprise, n. 591. Les parties seront cependant bien avisées d'exclure expressément le droit du maître de résilier.

<sup>337</sup> 4C.378/2001 c. 6.2; ATF 117 II 273 = JdT 1992 I 293 c. 4ba. Dans un considérant non publié de l'ATF 114 II 53 = JdT 1988 I 360 concernant un contrat d'entreprise totale, le Tribunal fédéral a considéré que l'article 377 CO était de nature dispositive, en tout cas eu égard aux conséquences de la résiliation; se fondant sur la volonté hypothétique des parties, le Tribunal fédéral a ainsi retenu, en l'espèce, que le maître pouvait résilier le contrat sans avoir à indemniser l'entrepreneur; cf. GAUCH, Entreprise, n. 237 et 590; GAUCH, Totalunternehmervertrag, p. 42; GAUCH, Rücktritt, p. 48 s.; KRAUSKOPF, p. 44.

<sup>338</sup> Cf. *supra* Section III./A./4./a).

<sup>339</sup> Cf. *infra* texte ad n. 368. GAUCH, Entreprise, n. 550 et 587 ss.

## b) La résiliation

La résiliation doit survenir **avant l'achèvement de l'ouvrage**, notion qui ne se confond pas avec la livraison de l'ouvrage. Un ouvrage est considéré comme achevé lorsque tous les travaux convenus sont effectivement terminés, que ceux-ci soient ou non entachés de défauts<sup>340</sup>. Avant l'achèvement de l'ouvrage, la résiliation peut s'effectuer en tout temps, y compris avant le début de l'exécution ou peu de temps avant l'achèvement de l'ouvrage, par exemple alors qu'il ne reste que des travaux de finitions à effectuer<sup>341</sup>.

En outre, on considère en général que le maître ne peut plus résilier conformément à l'article 377 CO lorsque le contrat a déjà pris fin pour un autre motif ou que l'achèvement est devenu impossible, auquel cas la situation juridique se résout conformément aux articles 97 alinéa 1, 119 et 378 s. CO<sup>342</sup>.

Le maître a un **droit discrétionnaire** de résilier le contrat, c'est-à-dire qu'il n'a pas à justifier d'un quelconque motif<sup>343</sup>.

Une résiliation partielle est admissible. Elle vise la situation où le maître renonce à une partie séparable des travaux restants tout en maintenant l'exécution du reste. Une telle possibilité doit être distinguée du cas où le maître demande à l'entrepreneur de retarder ou de ralentir les travaux ("*gel des travaux*") qui, à moins que les parties aient convenu d'une telle possibilité, conduit à l'application des règles sur la demeure du créancier<sup>344</sup>.

La résiliation est un **acte formateur**<sup>345</sup> qui n'est soumise à aucune condition de forme; elle peut donc intervenir tacitement ou par actes concluants<sup>346</sup>.

Contrairement à la version allemande de l'article 377 CO, le texte français indique clairement qu'il s'agit d'une **résiliation** au sens technique du terme, avec effet *ex nunc*<sup>347</sup>. La résiliation prend immédiatement effet, c'est-à-dire, conformément au principe de réception, au moment où elle parvient à l'entrepreneur<sup>348</sup>.

La résiliation entraîne pour l'avenir l'extinction des prestations qui n'ont pas encore été échangées. Cela signifie que l'entrepreneur n'a plus l'obligation (ni le droit) de poursuivre l'exécution de l'ouvrage et le maître n'a plus l'obligation de rémunérer l'entrepreneur pour la partie de l'ouvrage qui n'a pas encore été exécutée; l'éventuel trop payé doit donc être restitué<sup>349</sup>.

On peut considérer que la résiliation du contrat transforme le contrat en un **rapport de liquidation**<sup>350</sup>; les prétentions en restitution ont dès lors une nature contractuelle et ne sont pas fondées sur une action en enrichissement illégitime, ce qui est notamment important en ce qui

<sup>340</sup> CO I – CHAIX, Art. 377 N. 5; GAUCH, *Entreprise*, n. 101 ss et 524.

<sup>341</sup> ATF 117 II 273 c. 4a = JdT 1992 I 291; ATF 98 II 113 c. 3 = JdT 1973 I 172.

<sup>342</sup> ATF 129 III 740 c. 7.2. GAUCH, *Entreprise*, n. 524 et 718 ss; KRAUSKOPF, p. 39 s. et 48. Cf. également *supra* texte *ad n.* 173.

<sup>343</sup> ATF 69 II 139 c. 4/b. VON BÜREN, OR BT, p. 155; HandKo – HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 377 N. 2; KuKo – LEHMANN, Art. 377 N. 3; TERCIER, *Contrats*, n. 4409.

<sup>344</sup> ZK – BÜHLER, Art. 377 N. 26 s.; CO I – CHAIX, Art. 377 N. 3; GAUCH, *Entreprise*, n. 592 ss; KRAUSKOPF, p. 40; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 10. Cf. à cet égard l'article 84 SIA 118. Cf. sur la demeure du créancier *supra* Section III./A./2.

<sup>345</sup> Cf. *supra* Section II./A./1.

<sup>346</sup> Cf. *supra* texte *ad n.* 159. GAUCH, *Entreprise*, n. 526.

<sup>347</sup> Cf. *supra* Section II./A./2.

<sup>348</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 528; KRAUSKOPF, p. 40.

<sup>349</sup> CO I – CHAIX, Art. 377 N. 9; GAUCH, *Entreprise*, n. 532 et 541.

<sup>350</sup> Cf. pour la résolution *supra* II./A./3.

concerne la prescription (art. 127 CO)<sup>351</sup>. La résiliation rend les créances réciproques des parties immédiatement **exigibles**<sup>352</sup>.

### c) Le paiement du "travail fait" et l'indemnisation "complète"

Compte tenu de cet effet *ex nunc*, le maître reste tenu de payer le "**travail fait**" (art. 377 CO), c'est-à-dire toutes les prestations contractuelles fournies jusqu'au jour de la résiliation, y compris les travaux préparatoires ainsi que la matière fournie par l'entrepreneur et utilisée pour la réalisation de l'ouvrage<sup>353</sup>. Cette créance est immédiatement exigible<sup>354</sup>. Par ailleurs, le maître est en droit de conserver la partie de l'ouvrage déjà achevée (ou en prendre possession) et il peut également prétendre à la restitution de la matière par lui livrée mais non encore employée (art. 365 al. 2 CO)<sup>355</sup>. L'entrepreneur n'a pas l'obligation de reprendre l'ouvrage partiellement exécuté et peut conserver la matière qu'il s'est procurée mais qu'il n'a pas encore utilisée et pour laquelle il n'a droit à aucune rémunération<sup>356</sup>. La livraison partielle suite à la résiliation permet au maître de faire valoir, cas échéant, la garantie des défauts<sup>357</sup>.

L'exception au principe *pacta sunt servanda* qui résulte du droit du maître de renoncer en tout temps à la réalisation de l'ouvrage est tempérée par le fait que le maître doit **indemniser "complètement" l'entrepreneur** (art. 377 CO *in fine*)<sup>358</sup>. Cette créance est immédiatement exigible<sup>359</sup>. Cette indemnisation remplace la rémunération du maître qui s'est éteinte avec la résiliation. Il ne s'agit pas de dommages-intérêts fondés sur une violation du contrat puisque, précisément, l'article 377 CO autorise le maître à résilier le contrat. Elle n'est donc pas conditionnée par une faute du maître<sup>360</sup>. L'indemnisation est également due par l'entrepreneur principal qui résilie un contrat de sous-traitance<sup>361</sup> parce que son propre maître a résilié le contrat principal (sous réserve que les parties n'aient pas prévu une autre solution)<sup>362</sup>.

Cette indemnisation – qui n'est pas liée à la fourniture de matériaux et de travail ou de travail seulement – ne pourrait pas faire l'objet d'une hypothèque légale (art. 837 al. 1 ch. 3 CC)<sup>363</sup>.

En revanche, le fait que l'indemnisation de l'entrepreneur ne repose pas sur une violation du contrat n'empêche pas l'application des articles 43 et 44 CO (*cum* art. 99 al. 3 CO ou par analogie)<sup>364</sup>.

L'entrepreneur doit être replacé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été résilié; il s'agit donc de l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution complète du contrat, soit l'**intérêt positif** (il s'agit d'une différence essentielle par rapport à la réparation de l'intérêt négatif prévu à l'article 404 alinéa 2 CO). Le dommage comprend aussi bien les frais qui ont été engagés et qui deviennent sans objet, que le bénéfice manqué sur la part des travaux

<sup>351</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 541.

<sup>352</sup> ATF 129 III 378 c. 7.3 qui renverse sur ce point l'ATF 117 II 273 c. 4c = JdT 1992 I 291. CO I – CHAIX, Art. 377 N. 10; GAUCH, *Entreprise*, n. 528, 540 et 557 ss; KRAUSKOPF, p. 43 s.; TERCIER, *Contrats*, n. 4412.

<sup>353</sup> CO I – CHAIX, Art. 377 N. 10; GAUCH, *Entreprise*, n. 536; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 13.

<sup>354</sup> *Cf. supra* n. 352.

<sup>355</sup> CO I – CHAIX, Art. 377 N. 11; GAUCH, *Entreprise*, n. 530 s.; KRAUSKOPF, p. 42 s.; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 14. Nuancé: CORBOZ, FJS N. 462, p. 8 s.

<sup>356</sup> CO I – CHAIX, Art. 377 N. 11; GAUCH, *Entreprise*, n. 531 et 556.

<sup>357</sup> *Cf. supra* texte *ad* n. 102.

<sup>358</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 561 ss.

<sup>359</sup> *Cf. supra* n. 352.

<sup>360</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 533 et 543.

<sup>361</sup> *Cf. supra* texte *ad* n. 21.

<sup>362</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 153 et 545.

<sup>363</sup> Arrêt de l'Obergericht (ZH) du 13 février 1980, *in* ZR 1980, N. 80, p. 152 c. 3c. CO I – CHAIX, Art. 377 N. 9; KRAUSKOPF, p. 41; STEINAUER, III, n. 2882b; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 11.

<sup>364</sup> *Cf. supra* texte *ad* n. 201.



non effectués suite à la résiliation<sup>365</sup>. L'entrepreneur doit se laisser imputer les gains qu'il a effectivement pu, ou qu'il aurait pu de bonne foi, se procurer ailleurs en mettant à profit les ressources libérées par la résiliation<sup>366</sup>. En revanche, l'entrepreneur – qui n'a en principe pas de droit à l'exécution de l'ouvrage<sup>367</sup> – n'aurait pas droit à la réparation des "purs dommages d'inexécution", c'est-à-dire les préjudices patrimoniaux, indépendants de la rémunération, qui naissent du fait de la résiliation (p. ex. le départ de collaborateurs qualifiés ou la perte de mandats futurs)<sup>368</sup>.

Le montant maximum de l'indemnité, cumulée avec le paiement du travail fait, trouve sa limite dans le prix de l'ouvrage<sup>369</sup>.

Indépendamment de la question du paiement du travail fait et de l'indemnisation de l'entrepreneur, on peut (difficilement en matière de construction) envisager une indemnité fondée sur un éventuel **tort moral** (art. 49 CO) subi par l'entrepreneur<sup>370</sup>.

Lorsqu'un contrat de construction conclu sous **condition suspensive** (art. 151 CO) est résilié par le maître avant que la condition suspensive ne se réalise, le maître ne doit indemniser l'entrepreneur que si la condition aurait été accomplie dans l'hypothèse où le contrat n'aurait pas été résilié, étant précisé que la condition est réputée accomplie si son avènement en a été empêché au mépris des règles de la bonne foi (art. 156 CO)<sup>371</sup>.

#### d) Le calcul du montant dû au titre de l'article 377 CO

Le calcul du montant dû en vertu du "*travail fait*" et de l'indemnisation "*complète*" de l'entrepreneur engendre des difficultés considérables, en particulier en matière de contrats de construction. Deux méthodes sont envisageables qui – en principe – devraient aboutir aux mêmes résultats:

- la **méthode de la déduction** (*Abzugsmethod*) consiste à déduire du prix de l'ouvrage l'économie réalisée par l'entrepreneur du fait qu'il n'a pas terminé les travaux, ainsi que le gain qu'il a effectivement pu, ou qu'il aurait pu de bonne foi, se procurer ailleurs en mettant à profit les ressources libérées par la résiliation (art. 184 al. 2 SIA 118);
- la **méthode positive** (*Additionsmethod*) consiste à établir le total du montant dû pour les travaux exécutés (y compris les dépenses de remise en état rendues nécessaires par la résiliation<sup>372</sup>), à y ajouter l'indemnisation de l'intérêt positif de l'entrepreneur pour les travaux non exécutés (en particulier son gain manqué) et à retrancher le gain que l'entrepreneur a effectivement pu, ou qu'il aurait pu de bonne foi, se procurer ailleurs en mettant à profit les ressources libérées par la réalisation (art. 377 CO)<sup>373</sup>.

<sup>365</sup> 4C.393/2006 c. 3.3; ATF 117 II 273 c. 4b = JdT 1992 I 291; ATF 96 II 192 c. 5. CO I – CHAIX, Art. 377 N. 12; CORBOZ, FJS N. 462, p. 9; GAUCH, *Entreprise*, n. 547 s.; GAUCH, *Rücktritt*, p. 38; HandKo – HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 377 N. 5; KuKo – LEHMANN, Art. 377 N. 6; TERCIER, *Contrats*, n. 4413; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 15.

<sup>366</sup> CO I – CHAIX, Art. 377 N. 12; GAUCH, *Entreprise*, n. 549.

<sup>367</sup> Cf. *supra* texte ad n. 334.

<sup>368</sup> Cf. *supra* texte ad n. 339.

<sup>369</sup> CO I – CHAIX, Art. 377 N. 12; GAUCH, *Entreprise*, n. 548.

<sup>370</sup> ATF 117 II 273 c. 4b = JdT 1992 I 291 (qui réserve cette possibilité). CO I – CHAIX, Art. 377 N. 19; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 19.

<sup>371</sup> 4C.281/2005 c. 3.4 et 3.5; ATF 117 II 273 c. 4c et 5c-d = JdT 1992 I 291. SIEGENTHALER/HÜRLIMANN, n. 137.

<sup>372</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 539.

<sup>373</sup> Une partie de la doctrine suit la formulation proposée par le Tribunal fédéral qui consacre une méthode positive quelque peu différente en indiquant qu'il faut établir le total des dépenses réelles de l'entrepreneur pour les travaux exécutés et y ajouter la marge de l'entrepreneur pour l'ensemble de l'ouvrage; cf. ATF 96 II 192 c. 5.

Une partie de la doctrine considère que l'article 377 CO consacre la méthode positive, à l'exclusion de la méthode de la déduction<sup>374</sup>. Une autre partie de la doctrine conteste cette analyse, soit en préconisant l'application de la méthode de la déduction<sup>375</sup>, soit en estimant que le choix de la méthode revient à l'entrepreneur qui, en sa qualité de créancier, doit pouvoir déterminer sur la base de quels faits et documents ses prétentions seront le plus facilement déduites en justice; il s'agirait-là d'une compensation du pouvoir discrétionnaire du maître de résilier le contrat<sup>376</sup>. Enfin, une troisième catégorie d'auteurs ne se prononce pas<sup>377</sup>.

L'article 184 alinéa 2 SIA 118 consacre (en dérogation – admise par le Tribunal fédéral<sup>378</sup> – à l'article 377 CO) la **méthode de la déduction**.

La doctrine mentionne un certain nombre d'éléments qui résulteraient de l'application de la méthode de la déduction. Tout d'abord, la méthode de la déduction ne conférerait pas à l'entrepreneur un droit à une indemnité mais laisserait au contraire subsister son droit au paiement du prix (moins les déductions)<sup>379</sup>. Par ailleurs, cette méthode peut parvenir à des différences comptables, notamment lorsque le prix convenu ne couvre pas les frais. Enfin, elle renverserait le fardeau de la preuve en ce que ce serait au maître de prouver les montants qui ont été économisés (tandis que, dans la méthode positive, ce serait à l'entrepreneur de prouver le montant du travail fait et de l'indemnisation)<sup>380</sup>. Bien qu'elle soit plus pratique et plus simple, elle serait incompatible avec la lettre de l'article 377 CO<sup>381</sup>.

Ces arguments ne nous paraissent pas nécessairement décisifs pour rejeter la méthode de la déduction. En effet, l'article 377 CO énonce un principe: l'entrepreneur n'a pas à pâtir du choix – discrétionnaire – du maître de résilier le contrat. En outre, la résiliation, au sens technique du terme (c'est-à-dire avec effet *ex nunc*), met fin pour le futur au contrat mais laisse intactes les obligations des parties jusqu'au jour de la résiliation<sup>382</sup>. L'article 377 CO s'inscrit dans cette logique juridique en prévoyant que le travail fait jusqu'au jour de la résiliation doit être rétribué comme si la résiliation n'avait pas eu lieu et que l'entrepreneur doit être indemnisé complètement pour le surplus. Il ne nous semble pas en revanche que l'on puisse déduire de cette disposition qu'elle impose une **méthode de calcul**. En outre, s'agissant d'une simple méthode de calcul, elle n'a pas pour effet de modifier la nature des paiements dus par le maître: il ne fait pas de doute que le contrat est résilié avec effet *ex nunc* le jour de la réception de la résiliation du maître. Enfin, on rappellera que, lorsque les parties ont intégré la norme SIA 118 à leur accord individuel<sup>383</sup>, cela conduira nécessairement à l'application de la méthode de la déduction<sup>384</sup>.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral n'a pas formellement tranché la question de savoir laquelle de ces méthodes (à défaut de disposition spécifique à cet égard) était préférable, ni si l'article 377 CO excluait la méthode de la déduction. Il est en revanche erroné d'affirmer qu'il a laissé la

<sup>374</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 546 ss; GAUCH, *Rücktritt*, p. 39 s.; TERCIER, *Contrats*, n. 4414; TERCIER, *Introduction*, n. 865; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 16 s.

<sup>375</sup> BUCHER, OR BT, p. 214; HONSELL, p. 277 s. (par une interprétation systématique des articles 264 alinéa 3 et 324 alinéa 2 CO).

<sup>376</sup> ZK – BÜHLER, Art. 377 N. 34 ss; CO I – CHAIX, Art. 377 N. 15 s.; CORBOZ, FJS N. 462 N. 9 s.; BK – GAUTSCHI, Art. 377 N. 15d.

<sup>377</sup> DESSEMONTET, RDS 1987 II 198; HandKo – HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 377 N. 5; KRAUSKOPF, p. 41; KuKo – LEHMANN, Art. 377 N. 7; TRÜMPY-JÄGER, p. 139.

<sup>378</sup> 4C.216/2003 c. 2.6.

<sup>379</sup> Sur les effets de l'application de la méthode de la déduction sur l'hypothèque légale des artisans (art. 837 al. 1 ch. 3 CC), cf. KRAUSKOPF, p. 41.

<sup>380</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 552; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 17 (cf. cependant Art. 377 N. 22). *Contra* (s'agissant du renversement du fardeau de la preuve): CO I – CHAIX, Art. 377 N. 22; HONSELL, p. 278.

<sup>381</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 552 s.

<sup>382</sup> Cf. *supra* Section II./ A./2.

<sup>383</sup> ZUFFEREY, p. 51 ss.

<sup>384</sup> CARRON, p. 14; GAUCH, *Entreprise*, n. 553.

question ouverte puisqu'il a expressément indiqué que le choix dépendait des circonstances d'espèce, notamment des possibilités de preuve<sup>385</sup>.

La vraie difficulté de la méthode positive tient à la **transposition du prix fixé** contractuellement par les parties – et qui constitue la base du raisonnement<sup>386</sup> – pour l'ensemble de l'ouvrage au montant de la rémunération que le maître doit pour le "travail fait". En effet, lorsque le prix a été fixé sur une base **forfaitaire**<sup>387</sup>, il faudra en quelque sorte décomposer le forfait pour pouvoir calculer le rapport qui existe entre la portion de l'ouvrage exécutée lors de la résiliation et l'ouvrage complet. Ce rapport peut par exemple être établi sur la base de la valeur<sup>388</sup> des travaux déjà exécutés par rapport à la valeur totale des travaux<sup>389</sup>, ou sur la base du travail et des dépenses consenties pour l'ouvrage partiel par rapport au travail et aux dépenses pour l'ensemble de l'ouvrage<sup>390</sup>. Puis par une règle de trois, le prix forfaitaire pour l'ouvrage partiel sera établi. On peut aussi estimer dans quelle mesure l'ouvrage a été réalisé<sup>391</sup>. Bien souvent, la détermination de la valeur du travail fait nécessitera l'intervention d'un expert<sup>392</sup>.

Dans le cas de **prix unitaires**<sup>393</sup>, on ne peut pas nécessairement se fier au devis descriptif (*Leistungsverzeichnis*; art. 8 SIA 118) dans la mesure où les entrepreneurs ont généralement en vue, au moment où ils l'établissent, leur rémunération globale, ce qui fait que certains postes peuvent être artificiellement majorés (p. ex. en début de chantier), alors que d'autres postes sont artificiellement sous-facturés par rapport à ce qui serait nécessaire pour couvrir leurs coûts et leur marge. Lorsque l'exécution de l'ouvrage est interrompue par la résiliation du maître, une stricte application du devis descriptif ne reflétera dès lors pas nécessairement la réalité et les prix unitaires devront être adaptés, à la hausse ou à la baisse, pour refléter les coûts et les prix réels en vigueur à la date de dépôt de l'offre (*cf.* art. 86 SIA 118)<sup>394</sup>.

Si l'exécution de l'ouvrage a été stipulée à **prix effectifs**<sup>395</sup>, le travail effectué peut être estimé sur la base de la valeur du travail et des dépenses de l'entrepreneur (art. 374 CO)<sup>396</sup>.

A noter cependant que la méthode de la déduction ne résout pas tous les problèmes, dans la mesure où il conviendra de déterminer l'économie réalisée par l'entrepreneur du fait qu'il n'a pas terminé les travaux, ce qui pourra cependant faire l'objet d'une appréciation par le juge, par exemple sur la base de l'article 42 alinéa 2 CO<sup>397</sup>.

## e) Les rapports avec les autres dispositions

Les rapports entre l'article 377 CO et les autres dispositions qui confèrent au maître un droit de résilier (*cf.* art. 83, 95, 107 ss, 366, 368, 373 et 375 CO) sont régis de la manière suivante:

<sup>385</sup> 4C.120/1999 c. 5a; ATF 96 II 192 c. 5 et 7 (avec un exemple chiffré); en l'espèce les deux méthodes arrivaient au même résultat. Quant à l'ATF 69 II 139 c. 5, souvent cité comme un cas d'application de la méthode positive, il convient de relever que cet arrêt applique en effet ladite méthode mais sans discuter la question.

<sup>386</sup> CORBOZ, FJS N. 462, p. 10; GAUCH, *Entreprise*, n. 537 et 730. La formulation que l'on retrouve par exemple à l'article 378 alinéa 1 CO n'a notamment pas pour signification que le montant de la rémunération (due en raison de la résiliation) doit nécessairement être fixé sur la base de l'article 374 CO. Bien au contraire, dans le cadre d'une résiliation *ex nunc*, il n'y a aucune raison de ne pas respecter l'accord des parties eu égard à l'établissement du prix (p. ex. prix unitaires ou prix forfaitaire). Il en va de même à l'article 377 CO et dans les autres cas de résiliation; *cf. supra* n.77. *Cf.* aussi 4A\_16/2008 c. 2.4; ATF 129 III 320 c. 7.1.3 = JdT 2003 I 331.

<sup>387</sup> *Cf. supra* n. 262.

<sup>388</sup> *Cf. supra* n. 66.

<sup>389</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 538.

<sup>390</sup> KRAUSKOPF, p. 41 s.

<sup>391</sup> CORBOZ, FJS N. 462, p. 10.

<sup>392</sup> *Cf.* p. ex. ATF 96 II 192 c. 6. CORBOZ, FJS N. 462, p. 10.

<sup>393</sup> *Cf. supra* n. 263.

<sup>394</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 538 et 1060; KRAUSKOPF, p. 41.

<sup>395</sup> *Cf. supra* texte *ad* n. 296.

<sup>396</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 537.

<sup>397</sup> ATF 96 II 192 c. 7a.

- si le maître résilie sur la base de ces autres dispositions, les conditions et les conséquences sont déterminées sur la base de ces règles;
- si les conditions pour faire usage de ces dispositions ne sont pas remplies en l'espèce<sup>398</sup> (ou que le maître ne les respecte pas<sup>399</sup>), ou que le maître décide de faire usage de l'article 377 CO même si une autre voie était ouverte, le maître ne peut pas alors se libérer des conséquences prévues à l'article 377 CO, en particulier l'obligation d'indemniser complètement l'entrepreneur<sup>400</sup>.

Le non-respect des conditions posées par les autres dispositions (notamment l'article 366 CO) **ne devrait cependant pas automatiquement** conduire à l'application de l'article 377 CO. En effet, une solution aussi lourde de conséquences pour le maître ne devrait être admise que si l'on peut déterminer, sur la base des circonstances d'espèce, que le maître, sachant que les conditions d'application de la disposition en question n'étaient pas remplies en l'espèce, aurait également renoncé à la prestation de l'entrepreneur conformément à l'article 377 CO<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> ATF 98 II 299 c. 3b.

<sup>399</sup> 4C.393/2006 c. 3.2 *in fine* (absence de fixation de délai dans le cadre de l'article 366 alinéa 1 CO). ATF 98 II 113 c. 2 = JdT 1973 I 172. SCHERER/KNOLL, p. 34; OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 8. Cf. aussi *supra* texte *ad* n. 205.

<sup>400</sup> GAUCH, *Entreprise*, n. 578 ss; STÖCKLI, *Baurisiken*, p. 16. Cf. aussi 4C.387/2001 c. 6.4-6.6.

<sup>401</sup> BK – KOLLER, Art. 366 N. 239 et 329; RAMONI, n. 492.