

Les variantes de l'entrepreneur – Des erreurs fréquentes

Il arrive qu'après la soumission, une variante de l'entrepreneur soit retenue à la place du projet (officiel) présenté à l'appel d'offres; la question du cahier des charges et de la responsabilité se pose alors fréquemment et en particulier lorsque survient un dommage au cours de la réalisation du projet de construction.

Les chefs de projet (Planer), mais aussi souvent les maîtres de l'ouvrage, sont d'avis que dans une telle situation, l'adjudication de la variante les libère de toute obligation de vérification et même de toute responsabilité. Cette idée erronée est très répandue; elle a récemment été reprise par un auteur dans la revue *baublatt* (Urs Hess-Odoni, *baublatt* Nr. 59/60, 2006, p. 4 ss).

La jurisprudence des tribunaux (cf. dernièrement le Tribunal fédéral dans un arrêt 4C.284/2006 du 7 novembre 2006) est pourtant claire et sans équivoque: l'obligation de diligence qui incombe à l'ingénieur mandaté peut impliquer selon les circonstances de l'espèce un devoir de vérifier la variante de l'entrepreneur sous l'angle des règles de l'art et de la comptabilité lorsqu'il n'a pas reçu le mandat supplémentaire de contrôler l'adéquation de la variante (p. ex. dans le sens de l'art. 4.2.8.6. Norme SIA 103).

Les chefs de projet auront tort de croire qu'ils peuvent en toute sécurité accepter la proposition de l'entrepreneur sans en vérifier l'adéquation ou que la variante génère une responsabilité «complète et illimitée» de l'entrepreneur (sic: *baublatt*, p. 5). Que la responsabilité de l'entrepreneur soit renforcée quand sa variante est admise n'y change rien.

Situation initiale

Les maîtres de l'ouvrage, même conseillés par des chefs de

projet, accueillent volontiers – et même suscitent – les réflexions critiques et innovantes des entrepreneurs qui participent à l'appel d'offres; ils profitent ainsi d'un savoir-faire qui est focalisé sur l'exécution et peuvent réaliser une idée de projet qui soit techniquement et économiquement optimale. L'introduction d'une variante n'est pas non plus sans attrait du point de vue de l'entrepreneur: celui dont la proposition alternative convainc le maître de l'ouvrage parce qu'elle se distingue avantageusement du projet (officiel) quant à la construction, à la méthode de réalisation du projet ou aux étapes des travaux, accroît ses chances d'obtenir l'adjudication, notamment lorsqu'on escompte de la réalisation de la variante une économie de temps ou d'argent.

Malgré cela – ou même à cause de cela –, les variantes d'entrepreneur donnent quelquefois lieu à des litiges, en particulier dans l'hypothèse où les participants à l'appel d'offres, respectivement les cocontractants, négligent de régler les risques et conséquences juridiques qu'implique l'exécution d'une variante, voire même négligent d'y prêter attention. La question principale qui se pose dans les discussions entre praticiens est celle de la répartition des responsabilités lorsqu'un défaut apparaît au cours de l'exécution de la variante de l'entrepreneur. Plusieurs erreurs doivent être corrigées à ce propos.

Première erreur

L'admission d'une variante fait-elle tomber toute responsabilité du chef de projet...?

Il est exact que la question de la responsabilité ou de la coresponsabilité du chef de projet se pose aussi en cas de réalisation d'une variante; plus précisément, il s'agit d'examiner si le chef de projet est responsable d'un défaut de l'ouvrage sur la base du contrat qui le lie au maître et si celui-ci répond totalement ou partiellement à l'égard de l'entrepreneur des actes du chef de projet en vertu de la responsabilité pour auxiliaires (art. 101 CO).

Il faut distinguer deux hypothèses: si le défaut résulte d'une planification ou d'une exécution insuffisante de la prestation offerte par l'entrepreneur à la place du projet officiel, alors, celui-ci répond. Tant la loi (art. 368 CO) que la Norme SIA 118 (art. 165 ss) disposent que l'entrepreneur répond pour la planification et l'exécution des travaux indépendamment de l'origine du défaut. L'entrepreneur est dès lors également responsable des défauts de l'ouvrage qui proviennent d'une variante de projet ou d'exécution; peu importe que le défaut de l'ouvrage soit imputable à un procédé d'exécution inadéquat ou à la matière première utilisée.

En revanche, si le défaut résulte d'une planification erronée ou insuffisante du projet officiel, c'est le chef de projet, en char- ➔



Roland Hürlimann.

ge des documents de projet, qui répond. En d'autres termes, l'entrepreneur répond uniquement des défauts émanant de la planification ou de l'exécution qu'il a proposée, mais non de ceux qui résultent d'erreurs de planification ou de négligences (p. ex. les circonstances, des prévisions ou des exigences qui n'ont pas été formulées correctement).

Deuxième erreur

Le chef de projet n'a-t-il aucune obligation de vérifier l'adéquation des variantes d'entrepreneur?

Il est exact que le chef de projet a une obligation de vérifier y compris lors de la réalisation d'une variante et qu'il encourt selon les cas une coresponsabilité s'il manque à ses obligations de vérifier et de renseigner.

Il sied tout d'abord de déterminer le contenu du mandat entre le maître de l'ouvrage (mandat) et le chef de projet (mandataire). Si – comme ce devrait souvent être le cas (cf. art. 4.2.8.6. Norme SIA 103) – le contrat de mandat originel – ou dans tous les cas le mandat subséquent – oblige le chef de projet à vérifier les variantes de l'entrepreneur sous l'angle des règles de l'art et de la comptabilité, le fait de ne pas se conformer à cette obligation viole bien évidemment le contrat et la responsabilité du chef de projet ou sa coresponsabilité avec l'entrepreneur est engagée.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'obligation de diligence est violée dès que le contrôle de l'adéquation n'a pas été explicitement convenu; tel est du moins le cas lorsqu'aux yeux de l'ingénieur, la variante était

manifestement inadéquate et que nonobstant il n'a pas attiré l'attention du maître de l'ouvrage sur les risques que fait courir l'exécution du projet. Si l'ingénieur n'est pas en mesure de procéder par lui-même aux clarifications nécessaires, il doit recommander au maître de faire appel à d'autres professionnels et si celui-ci s'y refuse, de l'avertir des conséquences qui s'ensuivront; ce n'est qu'à ces conditions que l'ingénieur est libéré de toute (co-)responsabilité (cf. Tribunal fédéral, in arrêt 4C.284/2006). Ce nouvel arrêt de notre Haute Cour n'est nullement isolé; il confirme plusieurs décisions cantonales (cf. par ex. l'arrêt du Tribunal cantonal jurassien, in RJJ 1993, p. 174 ss: les éléments en béton proposés était sous-dimensionnés) et rejoint l'opinion de divers auteurs (Gauch, *Le contrat d'entreprise*, n° 2060; Tercier, *Revue de droit de la construction*, BR/DC 1994, p. 52, n° 97; Hürlimann, *Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche*, *Revue de droit de la construction*, BR/DC 1996, p. 8 ss).

L'arrêt précité du Tribunal fédéral (4C.284/2006) portait sur l'évaluation de la variante la meilleure marché pour la protection du périmètre des fouilles de construction. Au fait des conditions géologiques et géotechniques de l'endroit en question, l'ingénieur proposait dans son offre que l'extraction fût protégée par une paroi clouée. Au cours de la soumission, l'entrepreneur présenta une variante qui consistait à poser des dalles de béton verticales avec un talus peu profond. Bien que cette proposition fût manifestement inadéquate, l'ingénieur s'abstint d'en contrôler minutieusement l'adéquation et ne

recommanda pas au maître de l'ouvrage de faire appel à d'autres professionnels (p. ex. un géologue). Pour le Tribunal fédéral, cette omission (cf. Schumacher, *Die Haftung des Architekten aus Vertrag*, n° 484) constitue une violation de l'obligation de renseigner et d'aviser. Face à l'entrepreneur, un tel comportement, à savoir ce manquement du chef de projet, correspond à une faute personnelle du maître dans la mesure où il répond des actes de son auxiliaire (art. 101 CO).

Troisième erreur

Le projet officiel présenté à l'appel d'offres n'a-t-il plus aucune importance lorsqu'une variante de l'entrepreneur est choisie...?

Il est exact que l'entrepreneur ne répond que des erreurs contenues dans son offre écrite. En présence d'une variante, sa responsabilité n'est cependant pas engagée lorsque l'état de l'ouvrage est contraire à ce qui était stipulé dans le contrat, mais que cette circonstance résulte du fait que le maître a formulé des prévisions hasardeuses dans les documents d'appel d'offres ou n'y a pas indiqué correctement ou complètement quelles étaient ses exigences ou quelles étaient les circonstances pertinentes. La question de savoir si le projet officiel était techniquement insuffisant et si cela est conforme aux règles de la pratique de la construction est dès lors (contra Hess-Odoni, *ibid.*) d'une grande importance juridique, notamment en ce qui concerne la détermination du rapport de causalité. Par conséquent (cf. Tribunal fédéral, in 4C.284/2006), dans l'hypothèse où l'entrepreneur se fonde sur un projet inadéquat de l'ingénieur et réalise ainsi une va-

riante techniquement équivalente au projet, mais tout aussi insuffisante, il faut considérer la violation du contrat par l'ingénieur comme la condition sine qua non du dommage. Ce cas de figure est d'ailleurs réglé explicitement par la Norme SIA 118, à son art. 167.

Il est admis que l'entrepreneur peut partir de l'idée que les informations, exigences et prévisions que comporte le projet officiel mis à l'appel d'offres sont exactes et qu'il peut s'y fier sans autre examen, du moment que le maître de l'ouvrage ou la direction des travaux disposent des connaissances techniques nécessaires; ce principe

vaut également lorsque l'entrepreneur propose une variante (Gauch, KommSIA-118, n° 5 ad art. 167). ■

*Roland Hürlimann**

* Roland Hürlimann, LL.M.,
Schumacher Baur Hürlimann, Avocats
et notaires, Zurich et Baden
(www.sbh-law.ch)

Nous publions sous cette rubrique un résumé d'un article de Roland Hürlimann. Les personnes intéressées peuvent s'en procurer le texte intégral auprès de la rédaction du Journal Suisse des Entrepreneurs (JSE), téléphone 044 258 83 33, fax 044 261 03 24, e-mail: verlag@baumeister.ch. ■