

Les devoirs d'avis des constructeurs

Obligations et incombances d'aviser de l'entrepreneur, de l'architecte et de l'ingénieur

*Blaise Carron, Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat spécialiste FSA en droit de la construction et de l'immobilier**

Introduction

I. Les fondements

- A Constructeurs : entrepreneur, architecte et ingénieur
- B Contrats nommés pertinents
 1. Contrat d'entreprise
 2. Contrat de mandat
 3. Quelques applications
- C Devoir d'avis contractuel en général
 1. Définition, fondement général et but
 2. Sources des devoirs d'avis
 3. Nature juridique : dette ou incombance

II. Devoirs d'avis du constructeur : notion et modalités

- A Catégories de devoirs d'avis
 1. Devoir d'information (« Anzeigepflicht »)
 2. Devoir de mise en garde ou d'avis formel (« Abmahnungspflicht »)
 3. Autres devoirs d'avis (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten »)
- B Distinctions et délimitations
 1. Distinction selon les éléments du contrat concernés
 2. Distinction selon l'étape contractuelle concernée
 3. Délimitations par rapport au devoir de vérification (« Prüfungspflicht »)
 4. Délimitations par rapport au devoir d'avis du maître
- C Modalités communes des devoirs d'avis
 1. Auteur et destinataire de l'avis
 2. Objet de l'avis
 3. Contenu de l'avis
 4. Forme de l'avis
 5. Moment de l'avis
 6. Révocation de l'avis

III. Typologie et régime juridique

- A Devoirs d'avis précontractuels
 1. Contrat d'entreprise
 2. Particularités du contrat de mandat
 3. Conditions et conséquences de la violation

* Je remercie Me NIELS FAVRE, avocat et assistant-doctorant à la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de l'aide qu'il m'a apportée pour la mise au point et la rédaction de ce texte.

- B Devoirs d'avis contractuels
 - 1. Contrat d'entreprise
 - 2. Particularités du contrat de mandat
 - 3. Conditions et conséquences de la violation
- C Devoirs d'avis post-contractuels
 - 1. Contrat d'entreprise
 - 2. Particularités du contrat de mandat
 - 3. Conditions et conséquences de la violation

Conclusion

Bibliographie

Introduction

La présente contribution traite des devoirs d'avis contractuels des constructeurs. Dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur doit principalement exécuter l'ouvrage et le livrer au maître¹. Dans le mandat, le mandataire doit rendre diligemment le service promis². A ces obligations principales viennent s'ajouter des *devoirs accessoires* qui trouvent leur source dans la loi, dans la convention des parties, dans le pouvoir créateur du juge, dans la réflexion doctrinale, voire dans l'imagination de certains auteurs. Les obligations de fidélité et de diligence entraînent notamment des devoirs d'avis de l'entrepreneur, de l'architecte ou de l'ingénieur vis-à-vis du maître³.

Dans le contrat d'*entreprise*, les devoirs d'avis de l'entrepreneur vis-à-vis du maître de l'ouvrage découlent de son devoir de diligence et plus particulièrement des art. 365 et 369 CO. Il existe également d'autres devoirs d'avis, mentionnés dans la loi et dans des conditions générales comme la Norme SIA-118⁴. Quant au *mandat*, l'art. 398 al. 2 CO prévoit l'obligation générale de diligence et de fidélité du mandataire⁵, qui comprend l'obligation d'informer et de conseiller le mandant⁶. Des conditions générales, notamment les Règlements SIA-102 et SIA-103⁷, concrétisent cette obligation pour les architectes et les ingénieurs.

En *pratique*, les acteurs de la construction font souvent preuve d'ignorance, d'incompréhension, d'indifférence, voire de méfiance face aux devoirs d'avis. Les constructeurs (entrepreneurs, architectes et ingénieurs) éprouvent des difficultés à mettre en œuvre ces exigences. En effet, nombre d'entre eux ont l'impression, justifiée ou non, que notifier un avis mettra à mal le rapport de confiance avec le maître⁸.

La présente contribution vise à préciser les devoirs d'avis des constructeurs et, ainsi, à permettre une mise en œuvre efficace de ceux-ci, dans le but de supprimer les *a priori* existants.

A cette fin, nous rappellerons d'abord quelques fondements (I.) avant de préciser notion et modalités des devoirs d'avis des constructeurs (II.). Nous pourrions alors nous atteler à présenter une typologie des catégories d'avis identifiés ainsi que les régimes juridiques applicables à chacune d'elles (III.).

I. Les fondements

Nous préciserons brièvement le concept de constructeurs (A) avant de rappeler la nature juridique des contrats de la branche (B). Nous nous attarderons également sur le concept du devoir d'avis (C).

A Constructeurs : entrepreneur, architecte et ingénieur

La notion de *constructeurs* est un terme générique recouvrant tant le concept d'entrepreneur, que ceux d'architecte et d'ingénieur. Les lois et textes spécialisés donnent la définition suivante de ces acteurs de la construction :

¹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 3672 ss et 3704 ss.

² TERCIER/BIERI/CARRON, N 4396 ss et 4733 ss.

³ Arrêt du TF 4A_626/2011 du 7 juin 2012 cons. 2.2.3. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 836.

⁴ Conditions générales pour l'exécution des contrats de construction (Norme SIA-118, version 2013).

⁵ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4433.

⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4464 ss.

⁷ Règlement concernant les prestations et honoraires des architectes (Règlement SIA-102, version 2014) et Règlement concernant les prestations et honoraires des ingénieurs et ingénieures civils (Règlement SIA-103, version 2014)

⁸ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 66, qui cite notamment l'ATF 95 II 51 pour illustrer son propos.

- L'*entrepreneur* est le professionnel qui s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que le maître s'engage à lui payer⁹.
- L'*architecte* est le spécialiste qui fournit des prestations intellectuelles dans les domaines de la conception, de la direction de travaux et de l'exploitation des ouvrages construits, de la direction générale et de la coordination de projets, ainsi que du conseil aux mandants¹⁰.
- L'*ingénieur* est le spécialiste apte à effectuer les activités liées au cycle de vie d'un ouvrage, immobilier (bâtiment, génie civil ou industriel) ou mobilier (machine, voire programme informatique)¹¹, qui assume des tâches de direction générale de projet, d'études et suivi des travaux relevant de son domaine propre et/ou de direction des travaux¹².

B Contrats nommés pertinents

Les activités des constructeurs se laissent en principe rattacher, directement ou par analogie, à deux contrats nommés du Code suisse des obligations (CO ; RS 220) : le contrat d'entreprise (1) et le contrat de mandat (2).

1. Contrat d'entreprise

Le *contrat d'entreprise* est un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer¹³. Il est régi par les art. 363 ss CO.

Il présente les *propriétés* suivantes : il s'agit d'un contrat synallagmatique, générateur d'obligation, conclu à titre onéreux¹⁴, analogue à un contrat de durée¹⁵.

2. Contrat de mandat

Le *contrat de mandat* est un contrat par lequel une des parties (le mandataire) s'oblige à rendre des services de manière indépendante et sans promesse d'un résultat, dans l'intérêt d'une autre partie (le mandant) conformément à la volonté de celle-ci¹⁶. Il est régi par les art. 394 ss CO. Parmi les nombreux types de contrats de service, on distingue les mandats du domaine technique – avant tout dans les domaines de la construction – qui regroupent les contrats d'architecte ou d'ingénieur¹⁷.

Le mandat présente les *propriétés* suivantes : il s'agit d'un contrat générateur d'obligations, de durée, qui est synallagmatique lorsqu'il est conclu à titre onéreux¹⁸.

3. Quelques applications

Les contrats de la construction connaissent de *nombreuses variantes*, présentées ci-dessous.

⁹ Art. 363 CO.

¹⁰ Art. 1.1 SIA-102.

¹¹ TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 4673.

¹² Art. 2.1.1 et 2.1.3 SIA-103.

¹³ TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 3500.

¹⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 3502.

¹⁵ ATF 129 III 604 cons. 2.2. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 3503.

¹⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 4287 et 4301.

¹⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 4669 ss.

¹⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 4304 ss. Lorsqu'il est exceptionnellement passé à titre gratuit, il s'agit d'un contrat bilatéral imparfait (TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N 4307).

a) Contrat de construction

Le *contrat de construction* (« Bauvertrag » ou « Bauwerkvertrag »)¹⁹ désigne le contrat par lequel une personne s'engage à réaliser une construction immobilière. La notion doit être prise dans le sens le plus large : elle vise non seulement la réalisation d'un bâtiment, d'une route, d'un ouvrage d'art, mais aussi l'exécution de tâches partielles liées à ces objets²⁰. Ce contrat fait l'objet de la Norme SIA-118, qui lui est expressément consacrée²¹.

On lui applique les dispositions légales du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO)²².

b) Contrat d'entreprise générale

Le *contrat d'entreprise générale* (« Generalunternehmervertrag ») désigne le contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. L'entrepreneur général est donc le seul interlocuteur du maître²³. Les fournisseurs et entrepreneurs sous-traitants à qui l'entrepreneur général confie l'exécution de tout ou partie de l'ouvrage n'ont aucun rapport juridique direct avec le maître²⁴.

On lui applique les dispositions légales du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO)²⁵.

c) Contrat d'entreprise totale

Le *contrat d'entreprise totale* (« Totalunternehmervertrag ») désigne le contrat par lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans²⁶. L'entrepreneur total assume ainsi, vis-à-vis du maître, les tâches de l'entrepreneur général et celles des mandataires (architecte et ingénieurs)²⁷. Il peut ensuite déléguer tout ou partie des prestations contractuelles à des sous-traitants et à des sous-mandataires.

On lui applique les dispositions légales du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO)²⁸.

d) Contrat de plan ou de projet

Le *contrat de plan ou de projet* (« Planungsvertrag ») est le contrat par lequel l'architecte ou l'ingénieur établit, pour le maître, exclusivement des projets ou des plans relatifs à un ouvrage²⁹.

¹⁹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 209 s.

²⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3565 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 205 s.

²¹ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3566.

²² TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3567.

²³ ATF 114 II 53 cons. 2a, JdT 1988 I 360 ; arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21 juillet 2015 cons. 4.1, Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3575 s.

²⁴ Arrêt du TF 4A_87/2011 du 16 mai 2011 cons. 3.1. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3577.

²⁵ ATF 114 II 53 cons. 2b, JdT 1988 I 360 Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3578 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 230.

²⁶ ATF 114 II 53 cons. 2a, JdT 1988 I 360 ; arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21 juillet 2015 cons. 4.1. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3582 s ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 233.

²⁷ Arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21 juillet 2015 cons. 4.1. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3582 s.

²⁸ ATF 117 II 273 cons. 3a, JdT 1992 I 290 ; arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21 juillet 2015 cons. 4.1. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3583 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 61 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 235.

²⁹ ATF 117 II 273 cons. 3a, JdT 1992 I 290 ; arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21 juillet 2015 cons. 4.1. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4687 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 177 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 235.

Les plans constituent le résultat d'un travail intellectuel qui est l'objet d'une prestation d'un contrat d'entreprise³⁰.

On lui applique les dispositions légales du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO)³¹.

e) Contrat de direction des travaux

Le *contrat de direction de travaux* (« Bauleitungsvertrag ») est le contrat par lequel l'architecte ou l'ingénieur s'engage à diriger, surveiller et coordonner, pour le maître³², les prestations des entrepreneurs et des fournisseurs commis à l'exécution de l'ouvrage³³.

Ce contrat obéit aux règles du mandat (art. 394 ss CO)³⁴.

f) Contrat d'architecte global

Le *contrat global ou complet d'architecte* (« Gesamt-Architektenvertrag ») est le contrat par lequel l'architecte (ou l'ingénieur) s'engage à exécuter au moins les prestations de planification du projet et de direction des travaux, avec ou sans adjudication des travaux³⁵.

Il s'agit d'un contrat de *nature mixte*, qui comporte à la fois des éléments du mandat (p.ex. direction des travaux) et d'autres du contrat d'entreprise (p.ex. planification)³⁶. En principe, le Tribunal fédéral applique les art. 363 ss CO ou les art. 394 ss CO selon le type de prestations concernées³⁷. Toutefois, quelle que soit la prestation considérée, les règles du mandat s'appliquent toujours à la résiliation du contrat global³⁸, à la responsabilité de l'architecte en cas de mauvaise évaluation du coût des travaux de construction³⁹ ou encore à la rémunération de l'architecte, lorsque celle-ci n'a pas fait l'objet d'une convention explicite⁴⁰. Un courant doctrinal important est d'avis que seules les règles du mandat sont applicables⁴¹.

C Devoir d'avis contractuel en général

Après avoir proposé une définition de l'avis contractuel et établi le fondement général et le but du devoir d'avis (1), nous présenterons la variété des sources applicables (2) et préciserons sa nature juridique (3).

³⁰ ATF 134 III 361 cons. 5 ; ATF 114 II 53 cons. 2b, JdT 1988 I 360 Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4687 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 178 et 185.

³¹ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4687.

³² On souligne qu'en dépit du fait qu'il s'agisse d'un mandat, le cocontractant de l'architecte ou de l'ingénieur est régulièrement appelé « maître » en pratique (et pas mandant), raison pour laquelle dans la présente contribution, l'utilisation de ce concept ne signifie pas que le contrat doit être qualifié d'entreprise.

³³ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4689 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 247 ss.

³⁴ ATF 134 III 361 cons. 5 ; ATF 114 II 53 cons. 2b, JdT 1988 I 360 Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4689 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 252 et 254.

³⁵ ATF 134 III 361 cons. 5. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4692 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 257.

³⁶ ATF 134 III 361 cons. 5 ; arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21 juillet 2015 cons. 4. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4692 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 265.

³⁷ ATF 134 III 361 cons. 5.1 ; ATF 109 II 462 cons. 3d, JdT 1984 I 210.

³⁸ ATF 127 III 543 cons. 2a. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4693.

³⁹ ATF 127 III 543 cons. 2a. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4693.

⁴⁰ Arrêt du TF 4A_230/2013 du 17 septembre 2013 cons. 2. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4693 ;

⁴¹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 58 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 276 ; CHAIX, *CR-CO I*, N 29 ad art. 363 ; WERRO, *CR-CO I*, N 33 ad art. 394 ; KOLLER, *BK*, N 197 ad art. 363 ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK-OR I*, N 18 ad art. 363.

1. Définition, fondement général et but

a) Définition

L'avis contractuel est une *déclaration de connaissance* (« Wissenserkklärung ») adressée par une partie à son cocontractant qui concerne des circonstances pertinentes pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat ou encore pour la phase post-contractuelle. Il ne s'agit ni d'un acte juridique (« Rechtsgeschäft ») ni d'une manifestation de volonté (« Willenskundgabe »)⁴².

b) Fondement général et but

Les devoirs d'avis d'une des parties découlent de leur obligation de diligence⁴³, elle-même une expression du *devoir de fidélité* résultant du rapport de confiance existant entre le maître et le constructeur⁴⁴.

L'*obligation de diligence* repose théoriquement sur un fondement légal unique, quelle que soit la nature du contrat de construction (entreprise ou mandat). En effet, l'art. 364 al. 1 CO et l'art. 398 al. 1 CO précisent tous les deux que la responsabilité de l'entrepreneur est soumise aux mêmes règles que celle du travailleur. Par conséquent, ces dispositions renvoient à l'art. 321a al. 1 CO, qui prévoit que le « travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur ». Toutefois, la référence au travailleur – largement subordonné à l'employeur contrairement aux constructeurs qui sont des spécialistes – a perdu aujourd'hui toute valeur ou presque⁴⁵. La similitude des formulations légales n'empêche ainsi pas que la concrétisation de la diligence, et donc des devoirs d'avis, dépende des circonstances et de l'activité concrètement déployée par le constructeur⁴⁶.

L'existence des devoirs d'avis s'explique parce qu'une des parties a le *statut de spécialiste*, qu'elle n'est pas tenue de suivre servilement les instructions du maître, mais qu'elle doit le conseiller et lui signaler toute circonstance importante pour la conclusion et l'exécution du contrat⁴⁷, ainsi que vérifier la pertinence des instructions reçues et mettre en garde contre les erreurs découvertes⁴⁸. Le constructeur doit tout faire pour éviter une atteinte aux biens juridiquement protégés de son cocontractant, y compris l'aviser⁴⁹.

Le *but* des devoirs d'avis est de rétablir le déséquilibre structurel du contrat dû à la répartition asymétrique des connaissances : le constructeur a donc un devoir accru de renseignement vis-à-vis du maître, considéré comme la partie la plus faible⁵⁰.

⁴² Contrairement à ce que l'ATF 116 II 305 cons. 2b, JdT 1991 I 173 admet à tort pour l'avis formel de l'art. 369 CO. A ce sujet, cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1941 ; RECHSTEINER, *Abmahnung*, N 16 ; FELLMANN, *BK*, N 112 ad art. 397 CO. Dans ce sens ég., TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3725.

⁴³ P.ex., pour le devoir d'avis en lien avec le dépassement excessif du devis (art. 375 CO), arrêt du TF 4A_302/2014 du 6 février 2015 cons. 3.1 qui mentionne le devoir de diligence de l'art. 364 al. 1 CO.

⁴⁴ ATF 129 III 604 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1.

⁴⁵ ATF 127 III 357 cons. 1c, JdT 2002 I 192. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4435 ; CHAIX, *Devoir d'information*, N 19 ; CHAIX, *CR-CO I*, N 3 ad art. 364.

⁴⁶ Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1., qui cite l'arrêt du TF 4C.454/1996 du 5 mai 1997 cons. 3b. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 19.

⁴⁷ Pour l'entrepreneur, arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1 ; arrêt du TF 4C.14/2001 du 19 décembre 2001 cons. 7 ; ATF 129 III 604 cons. 4.1.

⁴⁸ ATF 116 II 305 cons. 2c.cc, JdT 1991 I 173.

⁴⁹ Pour l'entrepreneur, arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1, qui cite l'arrêt du TF 4C.454/1996 du 5 mai 1997 cons. 3b.

⁵⁰ CHAIX, *Devoir d'information*, N 3.

2. Sources des devoirs d'avis

Outre la loi (a), la convention des parties (b), la jurisprudence (c) et la doctrine (d) prévoient des obligations accessoires relatives à des devoirs d'avis⁵¹.

a) Loi

La loi prévoit d'une part une *obligation de diligence générale* de l'entrepreneur (art. 364 al. 1 CO) et du mandataire (art. 398 al. 1 CO). En outre, l'obligation de bonne foi prévue à l'art. 2 al. 1 CC impose des devoirs d'information aux parties qui négocient un contrat non encore conclu.

Le législateur a concrétisé d'autre part ces devoirs dans plusieurs *dispositions légales particulières*. On pense notamment aux art. 365 al. 3 et 369 CO dans le contrat d'entreprise. Dans le mandat en revanche, le législateur s'est tenu à la disposition générale de l'art. 398 al. 1 CO.

b) Convention des parties

En complément, en dérogation ou en confirmation des règles légales dispositives⁵², les parties peuvent intégrer des *devoirs d'information conventionnels* sous deux formes :

1° Les *normes individuelles*. Il s'agit de clauses individuellement négociées entre les parties qui sont valables dans la mesure où elles ne violent pas le droit impératif⁵³.

Par *exemple*, une convention peut prévoir une information mutuelle lors de séances de chantier, et un devoir d'avis envers l'autre partie au moyen de certains documents prédéfinis⁵⁴. On pense également à la clause d'approbation préalable, qui oblige l'entrepreneur ou le mandataire à aviser le cocontractant de la rémunération qu'il entend obtenir pour une modification de commande avant de commencer à exécuter celle-ci, faute de quoi il ne pourra émettre aucune prétention supplémentaire⁵⁵. En cas d'utilisation de matériaux peu connus ou de recours à de nouvelles techniques de construction, les parties peuvent aussi convenir de se tenir informées à leur sujet au-delà de l'expiration du contrat⁵⁶.

2° Les *normes autonomes*. Ce sont des règles développées par la pratique, qui se situent entre la convention individuelle et la loi et qui ont pour but de standardiser les relations typiques⁵⁷. Il s'agit principalement des conditions générales, qui décrivent tout ou partie d'un contrat au moyen de dispositions contractuelles préformulées⁵⁸. Dans la construction, on pense en particulier aux normes et règlements courants dans la branche, tels que les normes et règlements SIA, le modèle de contrat d'entreprise et celui de contrat de mandataire de la « KBOB » accompagnés de ses conditions générales⁵⁹, ou encore, sur le plan international, les règlements de la « FIDIC »⁶⁰. On rappelle que, pour déployer leurs effets, les normes autonomes doivent être valablement intégrées au contrat par les parties⁶¹.

Par *exemple*, l'art. 25 SIA 118 est consacré aux devoirs d'avis de l'entrepreneur.

⁵¹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 812 ss, en général au sujet des sources des devoirs accessoires dans le contrat d'entreprise.

⁵² P.ex., pour le devoir d'avis formel de l'art. 369 CO, HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 91.

⁵³ Vu la diversité des clauses en question et leur lien intrinsèque avec un projet concret, nous ne les évoquons que ponctuellement dans la présente contribution.

⁵⁴ MESSERLI, *Aufklärungspflichten*, p. 259.

⁵⁵ Arrêt du TF 4A_465/2017 du 2 mai 2018 cons. 2. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 789a ; MESSERLI, *Aufklärungspflichten*, p. 260.

⁵⁶ MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, N 195.

⁵⁷ TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 31.

⁵⁸ TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 860 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 227.

⁵⁹ En allemand « Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes » ; en français : « Coordination des services fédéraux de la Confédération de la construction et de l'immobiliser ».

⁶⁰ Fédération internationale des ingénieurs conseils.

⁶¹ ATF 118 II 295 cons. 2a, JdT 1993 I 400. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 230 et 3486.

c) Créations des tribunaux

A côté des devoirs d'avis codifiés, normés ou convenus individuellement, il existe des *devoirs jurisprudentiels*⁶². Les juges ont en effet reconnu l'existence de certains devoirs d'avis, qui découlent directement ou indirectement des obligations de diligence et de loyauté des constructeurs.

Par *exemple*, l'entrepreneur a le devoir d'informer le maître qu'un défaut n'a pas pu être déterminé ou supprimé lorsque la chose lui a été remise en vue d'une réparation⁶³, ou encore du fait que l'ouvrage présente un coût disproportionné avec l'intérêt que le maître est supposé avoir à sa réalisation⁶⁴. Vu l'absence de règle particulière dans le contrat de mandat, la plupart des devoirs d'avis sont des concrétisations jurisprudentielles de l'art. 398 al. 1 CO⁶⁵.

d) Les suggestions de la doctrine

Enfin, la *doctrine* suggère également des devoirs d'avis lorsqu'elle traite des obligations et des incombances des entrepreneurs et mandataires.

Par *exemple*, certains auteurs exigent que l'entrepreneur renseigne le maître sur l'entretien correct de l'ouvrage⁶⁶.

3. Nature juridique : dette ou incombance

Nous l'avons déjà mentionné en introduction, les devoirs d'avis sont accessoires (« Nebenpflichten ») et s'ajoutent aux obligations principales des constructeurs. Si l'on s'intéresse à leur *nature juridique*, il faut distinguer les *deux catégories* suivantes :

- 1° Une *dette* (« Schuld »). On entend par là le devoir qu'a le débiteur envers son créancier d'exécuter une prestation⁶⁷. En cas de violation, on distingue d'une part les devoirs accessoires dont le créancier peut exiger l'exécution en nature ou la compensation par des dommages-intérêts (« Nebenleistungspflichten ») et, d'autre part, ceux pour lesquels le créancier ne peut réclamer que des dommages-intérêts (« Nebenpflichten »)⁶⁸. En principe, les devoirs accessoires d'avis ne peuvent pas faire l'objet d'une action en exécution en nature⁶⁹. Par exemple, le devoir d'avis de l'art. 365 al. 3 CO est un « Nebenpflicht », car le maître ne peut pas faire condamner l'entrepreneur à lui fournir l'information mais uniquement faire en sorte qu'il réponde du défaut ou du dommage découlant de l'absence d'avis.
- 2° Une *incombance* (« Obliegenheit »). Il s'agit d'un comportement que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique⁷⁰. Il s'agit d'un devoir de degré inférieur car le constructeur qui refuse ou omet d'aviser ne peut pas y être contraint et ne peut être condamné à payer des dommages-intérêts ; il perd en revanche le bénéfice de certains droits⁷¹. Par exemple, lorsque les parties ont intégré la Norme SIA-118, l'entrepreneur a le devoir d'informer le maître d'un retard et de sa cause (art. 96 al. 1 SIA-118), faute de quoi il perdra son droit à une éventuelle prolongation du délai contractuel⁷².

⁶² ATF 92 II 328 cons. 3a ; TF, SJ 1981 434 cons 1/b ; arrêt du TF 4C.393/2006 du 27 avril 2007 cons. 3.3.3.

⁶³ TF, SJ 1981 434 cons. 1/b.

⁶⁴ ATF 92 II 328 cons. 3a.

⁶⁵ Dans ce sens, TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4703.

⁶⁶ CHAIX, *Devoir d'information* N 35 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 836, tous deux cités dans arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1.

⁶⁷ TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 103.

⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht*, N 2638 s.

⁶⁹ CHAIX, *Devoir d'information* N 37 ; HARTMANN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten*, N 416.

⁷⁰ TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 292.

⁷¹ GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht*, N 102 ; HARTMANN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten*, N 2.

⁷² SPIESS/HUSER, *CS – Norm SIA-118*, N 5 ad art. 96.

II. Devoirs d'avis du constructeur : notion et modalités

Le concept des devoirs d'avis regroupe plusieurs catégories (A). On peut opérer diverses distinctions et délimitations (B). Enfin, les modalités communes (C) relatives à ces avis méritent quelques développements.

A Catégories de devoirs d'avis

On peut distinguer au moins trois catégories de devoirs d'avis⁷³ : le devoir d'information (1), le devoir de mise en garde (2) et les autres devoirs d'avis (3).

1. Devoir d'information (« Anzeigepflicht »)

Le *devoir d'information* (« Anzeigepflicht ») est le devoir du constructeur d'attirer l'attention du maître sur toutes les circonstances qui compromettent l'exécution régulière ou ponctuelle des prestations contractuelles⁷⁴. L'information (« Anzeige ») est une communication, soumise à réception, qui produit ses effets lorsqu'elle parvient au destinataire. Elle a pour but d'informer le destinataire, ne découle pas du comportement antérieur de celui-ci et ne dépend ni de sa réaction (ou absence de réaction), ni de ses actes subséquents.

Par *exemple*, le devoir de l'entrepreneur d'informer immédiatement le maître si la matière fournie par lui est défectueuse (art. 365 al. 3 CO) constitue un devoir d'informer. Le devoir du mandataire de renseigner le maître sur tous les faits qui peuvent avoir une importance pour la réalisation de l'ouvrage (coûts, durée des travaux, qualité et durabilité de l'ouvrage, événements imprévus, etc.) en est aussi un⁷⁵.

L'« information » diffère de la « mise en garde » ou « avis formel » (cf. *infra* II.A.2) : le constructeur l'émet spontanément et de sa propre initiative, alors que l'avis formel est une réaction à une déclaration antérieure du cocontractant⁷⁶.

2. Devoir de mise en garde ou d'avis formel (« Abmahnungspflicht »)

Le *devoir de mise en garde* ou *devoir d'avis formel* (« Abmahnungspflicht ») est le devoir du constructeur de réagir à une instruction du maître en le mettant en garde contre l'inadéquation de son comportement et de ses instructions⁷⁷. Le premier doit aviser le second des conséquences néfastes et des risques encourus. L'avis formel est un conseil⁷⁸ qui a pour but d'inciter le maître à reconsidérer ses instructions et, cas échéant, à les révoquer ou les modifier⁷⁹. Il n'est à notre avis pas nécessaire que le constructeur indique expressément qu'il décline toute responsabilité pour l'hypothèse où le maître maintiendrait ses instructions, mais la jurisprudence à ce sujet n'est pas claire (cf. *ég. infra* II.C3)⁸⁰.

⁷³ Arrêt du TF 4A_626/2011 du 7 juin 2012 cons. 2.2.3. Eg. art. 25 SIA-118 dont la note marginale est « devoirs d'avis de l'entrepreneur » se traduit en allemand par « Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers ».

⁷⁴ Pour le contrat d'entreprise, HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 67.

⁷⁵ Arrêt du TF 4C.54/2006 du 9 mai 2006 cons. 2.2.1 ; arrêt du TF 4C.424/2004 du 15 mars 2005 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4C.273/1999 du 2 mars 2000 cons. 2c. Eg. FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 676.

⁷⁶ BÜHLER, *ZK*, N 64 ad art. 365 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 67 ; HÜRLIMANN, *Schulthess – Komm SIA-118*, N 9 ad art. 25.

⁷⁷ Pour le contrat d'entreprise, HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 83 ; RECHSTEINER, *Abmahnung*, N 5. Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 105 ad art. 397 CO.

⁷⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1939, qui parle de « Rat » ; SCHUMACHER, *Architektenrecht* § 5, N 449, qui parle de « abraten ».

⁷⁹ EGLI, *Haftung*, p. 95.

⁸⁰ De cet avis, GAUCH, *Werkvertrag*, N 1941 et la doctrine majoritaire citée. Controversé en jurisprudence : ATF 95 II 43 cons. 3c (qui l'exige), JdT 1970 I 66 ; ATF 116 II 305 cons. 2c.bb, JdT 1991 I 173 (question laissée

Par *exemple*, l'entrepreneur, pour éviter les conséquences de la garantie pour les défauts, doit aviser formellement le maître lorsque les ordres de celui-ci pourraient entraîner une exécution défectueuse (art. 369 CO). Le mandataire a lui aussi le devoir de rendre attentif le maître lorsqu'il considère que ses instructions sont déraisonnables ; si le maître persiste, le mandataire peut se décharger de sa responsabilité⁸¹. Les Règlements SIA-102 et SIA-103 prévoient aussi que le mandataire doit attirer l'attention du maître sur les conséquences de ses instructions, en particulier en ce qui concerne les délais, la qualité et les coûts, et le mettre en garde contre les dispositions et demandes inadéquates⁸².

Ne constituent *pas une mise en garde ou un avis formel* :

- Le fait d'expliquer au maître comment il faudrait procéder une prochaine fois ou le fait pour l'entrepreneur de dire qu'il procéderait différemment s'il était à la place du maître⁸³.
- Une réserve générale de l'entrepreneur affirmant qu'il choisirait une autre solution technique ou qu'il aurait préféré un autre sous-traitant⁸⁴.

3. Autres devoirs d'avis (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten »)

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, il existe, en sus devoirs légaux figurant notamment à l'art. 365 al. 3 CO (devoir d'information) et à l'art. 369 CO (devoir de mise en garde)⁸⁵, *d'autres devoirs d'avis* du constructeur. Ces devoirs consistent à donner des explications ou des indications au maître sur l'exécution, l'utilisation ou le coût de l'ouvrage⁸⁶. Ils découlent du devoir général de bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et de l'obligation de loyauté applicable aussi bien à l'entrepreneur (art. 364 al. 1 CO) qu'au mandataire (art. 398 al. 2 CO), sans toutefois correspondre parfaitement aux catégories légales mentionnées au début du paragraphe.

Par *exemple*, l'entrepreneur a le devoir d'annoncer au maître un dépassement excessif d'un devis approximatif (art. 375 CO) ou de fournir des explications au maître sur la mise en service ou l'usage adéquats de l'ouvrage⁸⁷.

A notre avis, l'existence de cette troisième catégorie n'est pas vraiment justifiée. En effet, même si les « autres devoirs d'avis » ne sont pas compris expressément dans les devoirs légaux d'information (« Anzeigepflicht ») ou de mise en garde (« Abmahnungspflicht »), leur régime juridique se confond avec l'une ou l'autre catégorie, plus souvent d'ailleurs avec la première⁸⁸. Pour la supprimer, il suffirait d'une part de ne pas exiger que les devoirs d'information portent uniquement sur les circonstances pouvant compromettre « l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage » (cf. art. 365 al. 3 CO) mais sur toute circonstance susceptible d'entraîner un dérangement contractuel, et, d'autre part, d'élargir la catégorie des devoirs d'avis formel aux

ouverte) ; arrêt du TF 4C.452/1999 du 27 mars 2000 cons. 2a (pas clair) ; arrêt du TF 4C.217/2005 du 20 février 2006 cons. 3.2.1 (qui semble l'exiger).

⁸¹ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4454 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 672. Voir également pour une application analogique de l'art. 369 CO : GEHRER/GIGER, *CHK*, N 4 ad art. 397.

⁸² Art. 1.2.61 SIA-102 et SIA-103. Eg. AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 466 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4454.

⁸³ ATF 116 II 305 cons. 2b, JdT 1991 I 173. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 89.

⁸⁴ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1946, qui précise qu'en cas de doute, il convient de nier l'existence d'un avis formel ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 89.

⁸⁵ Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1 ; arrêt du TF 4A_626/2011 du 7 juin 2012 cons. 2.2.3 ; arrêt du TF 4C.99/2994 du 28 juin 2004 cons. 4.2. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 836.

⁸⁶ CHAIX, *CR CO I*, N 8 ad art. 364.

⁸⁷ ATF 129 III 604 cons. 4.1.

⁸⁸ Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1, qui affirme que la violation de ces devoirs relève des règles générales sur l'inexécution des contrats.

mises en garde de même nature mais qui ont lieu durant les phases précontractuelles et post-contractuelles.

B Distinctions et délimitations

1. Distinction selon les éléments du contrat concernés

Il est possible de classer les devoirs d'avis en fonction des *éléments du contrat* sur lesquels porte le devoir d'information⁸⁹ :

1° *Les prestations du constructeur*. Pour le contrat d'entreprise, il s'agit de l'ouvrage lui-même et de son exécution. Pour le mandat, l'avis concerne alors les prestations que le mandataire doit effectuer.

Par *exemple*, l'entrepreneur a un devoir d'information concernant toutes les circonstances susceptibles de compromettre la bonne exécution de l'ouvrage (p. ex. l'inadéquation du mode d'exécution ou des matériaux prévus)⁹⁰. Ce devoir découle des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) au stade précontractuel (cf. *infra* III.A1.a), et des art. 365 al. 3 CO et 25 al. 1 SIA-118, en cours d'exécution (cf. *infra* III.B1.a). Le mandataire doit aussi tenir le mandant régulièrement au courant de l'évolution du contrat et vérifier que les coûts de construction correspondent à l'évaluation faite, surtout lorsque les travaux ont commencé⁹¹.

2° *La contre-prestation versée au constructeur*. Il s'agit, pour le contrat d'entreprise, de la rémunération de l'ouvrage et, pour le contrat de mandat, des honoraires du mandataire.

Par *exemple*, lorsque le prix est fixé par devis approximatif, l'entrepreneur est tenu d'annoncer sans délai au maître tout dépassement excessif de ce devis (art. 375 CO), voire tout dépassement (art. 56 al. 3 SIA-118) (cf. *infra* III.B1.b). Le mandataire doit rendre le mandant attentif aux conséquences financières des éventuelles modifications de commande (cf. *infra* III.B2)⁹².

3° *Les autres modalités contractuelles*. Les devoirs d'avis du constructeur peuvent porter sur d'autres modalités contractuelles que la prestation principale ou la contre-prestation, par exemple les qualifications d'une partie.

Par *exemple*, l'entrepreneur et le mandataire doivent tous deux faire état, lors des négociations précontractuelles, de leur éventuelle incapacité à exécuter personnellement l'ouvrage ou les prestations demandées (cf. *infra* III.B1.c) et III.B2)⁹³.

2. Distinction selon l'étape contractuelle concernée

On peut encore distinguer les devoirs d'avis en fonction du *moment où le constructeur doit communiquer* l'information pertinente⁹⁴ :

1° *Les devoirs d'avis précontractuels*. Il s'agit des informations que le constructeur doit fournir à l'autre partie avant ou, au plus tard, lors de la conclusion du contrat. Durant cette période, « [e]n vertu des règles de la bonne foi, chacun des contractants assume, dès le moment où il

⁸⁹ Cf. CHAIX, *Devoir d'information*, N 7 et 21, qui ne distingue que deux catégories, à savoir les devoirs d'information relatifs à l'exécution de l'ouvrage et ceux relatifs au prix de l'ouvrage.

⁹⁰ CHAIX, *Devoir d'information*, N 10 et 25 ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK-OR I*, N 21 ad art. 365 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 831.

⁹¹ Arrêt du TF 4C.54/2006 du 9 mai 2006 cons. 2.2.1.

⁹² Arrêt du TF 4A_118/2007 du 23 novembre 2007 (état de fait). Sur la controverse doctrinale, cf. FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 753 ss et réf.

⁹³ Pour le contrat d'entreprise, cf. art. 29 al. 3 SIA-118. Pour le contrat de mandat, TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4442.

⁹⁴ Cf. CHAIX, *Devoir d'information*, qui utilise une distinction semblable, à savoir les devoirs à la conclusion du contrat (N 7 ss), lors de l'exécution du contrat (N 21 ss) et après la conclusion de celui-ci (N 34 ss).

entame des pourparlers, l'obligation de renseigner son partenaire, dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat et de le conclure à certaines conditions »⁹⁵. Les constructeurs doivent notamment respecter des devoirs d'avis. Leur existence et leur étendue dépendent de la qualité des parties et de la nature du contrat⁹⁶. Ils sont relativement étendus dans le cadre des contrats de construction, dans la mesure où il s'agit de contrats techniques et où le constructeur dispose de connaissances spécifiques.

Par *exemple*, l'entrepreneur a le devoir précontractuel d'aviser le maître du caractère inadéquat des matériaux qu'il a prévus pour son ouvrage (cf. *infra* III.A1.a)⁹⁷. Le mandataire doit quant à lui signaler au maître qu'il ne se sent pas à la hauteur de la tâche pour des raisons techniques (cf. *infra* III.B2)⁹⁸.

2° *Les devoirs d'avis contractuels*. Il s'agit d'informations que le constructeur doit transmettre durant l'exécution du contrat.

Par *exemple*, l'entrepreneur a le devoir, en vertu de l'art. 369 CO, de mettre en garde le maître que ses instructions pourraient entraîner un défaut de l'ouvrage (cf. *infra* III.B1.a)(b))⁹⁹. Le mandataire doit veiller au respect du devis tout au long de l'exécution du contrat (cf. *infra* III.B2)¹⁰⁰.

3° *Les devoirs d'avis post-contractuels*. Même si la prestation principale du contrat a déjà été exécutée, le constructeur n'est pas pour autant libéré de tous ses devoirs. Il peut ainsi être tenu d'*aviser* le maître dans différentes circonstances. Selon les circonstances, l'obligation de fidélité dont est tirée l'obligation d'aviser, peut perdurer au-delà de la fin du contrat, y compris si celui-ci a été résilié par le maître en vertu de l'art. 377 CO. L'entrepreneur a le devoir d'informer le maître des risques et des dangers que l'ouvrage crée¹⁰¹. Il en va de même du mandataire¹⁰².

Par *exemple*, l'entreprise qui a posé un parquet en recourant à une technique inusuelle doit, même après que son contrat a été résilié, informer le maître des mesures à prendre pour éviter que le parquet posé se déforme et se décolle (cf. *infra* III.C1.a)¹⁰³. Le mandataire doit aviser le maître sur l'utilisation adéquate de l'ouvrage (cf. *infra* III.C2).

3. Délimitations par rapport au devoir de vérification (« Prüfungspflicht »)

A côté des devoirs d'avis, le constructeur a aussi un *devoir de vérification* – en particulier des instructions données, de la matière fournie, du terrain désigné ou des plans remis par le maître – qui découle de son obligation de diligence¹⁰⁴. Il s'agit d'une véritable dette contractuelle, qui se distingue de l'incombance précontractuelle d'examiner le terrain avant d'accepter une construction à prix ferme¹⁰⁵.

⁹⁵ ATF 92 II 328 cons. 3b. Eg. WESSNER, *Devoir d'information*, N 9.

⁹⁶ ATF 105 II 75 cons. 2.a, JdT 1980 I 66. Eg. HARTMANN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten*, p. 29 s. CARRON, *Protection du consommateur*, N 35.

⁹⁷ CHAIX, *Devoir d'information*, N 13 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 70.

⁹⁸ FELLMANN, *BK*, N 151 ad art. 398 CO.

⁹⁹ CHAIX, *Devoir d'information*, N 24 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 83 ss.

¹⁰⁰ Arrêt du TF 4A_210/2015 du 2 octobre 2015 cons. 4.2. Eg. FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 678 et 711.

¹⁰¹ CHAIX, *Devoir d'information*, N 36.

¹⁰² Arrêt du TF 4C.410/1997 du 23 juin 1998 cons. 3a, cité in : MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, N 198.

¹⁰³ Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.2.

¹⁰⁴ ATF 52 II 437 cons. 1a, JdT 1927 I 37 s. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1974 ss et 2000 ss.

¹⁰⁵ GAUCH, *Werkvertrag*, N 2002.

Le devoir de vérification *précède le devoir d'avis*. Le respect ou non de ces deux devoirs permet de déterminer si le défaut est « personnellement imputable » au maître au sens de l'art. 369 CO¹⁰⁶. Le devoir de vérification doit permettre au constructeur de déceler la défectuosité de la matière fournie, du terrain désigné ou des plans remis par le maître. S'il n'y parvient pas et qu'on peut le lui reprocher, une exonération complète de sa garantie pour les défauts est exclue (art. 369 CO *a contrario*).

4. Délimitations par rapport au devoir d'avis du maître

Le *maître* a également certains devoirs d'avis à l'égard de son co-contractant¹⁰⁷. La présente mention mise à part, il n'en sera pas question dans le cadre de la présente publication. Par *exemple*, en relation avec la garantie pour les défauts, le maître a l'incombance (« Obliegenheit ») d'aviser immédiatement l'entrepreneur de la découverte d'un défaut (art. 367 al. 1 *in fine* CO), faute de quoi ses droits se périment¹⁰⁸. De même, le modèle de contrat d'entreprise KBOB prévoit que le maître doit expressément informer (« Anzeigepflicht ») l'entreprise si les instructions ou la remise de plans modifiés ne représentent pas l'exécution des prestations convenues mais une modification de commande¹⁰⁹. Enfin, en vertu du Règlement SIA-102, le maître doit aviser sans délai le mandataire des informations ayant trait au projet, en particulier des décisions officielles¹¹⁰.

C Modalités communes des devoirs d'avis

Vu les liens fonctionnels et matériels entre les différents devoirs d'avis du constructeur, on peut tenter un traitement uniforme des modalités les concernant¹¹¹, en soulignant si nécessaire leurs particularités. Nous distinguerons successivement l'auteur et le destinataire (1), l'objet (2), le contenu (3), la forme (4), le moment (5), et la révocation (6) de l'avis.

1. Auteur et destinataire de l'avis

L'*auteur* de l'avis est le *constructeur* lui-même ou l'un de ses *représentants* autorisés au sens des art. 32 ss CO¹¹². Il n'est en revanche pas suffisant que l'avis provienne d'un auxiliaire (p.ex. un employé subalterne ou un chef de chantier) dont le destinataire ne peut et ne doit pas admettre qu'il exprime le point de vue du constructeur¹¹³.

Le *destinataire* de l'avis peut d'abord être le *maître personnellement*, même s'il est représenté par un architecte et même si la SIA-118 a été intégrée au contrat¹¹⁴. L'avis peut ensuite être notifié au *représentant* du maître au sens des art. 32 ss CO, par exemple l'architecte qui dirige les travaux ou l'un de ses employés autorisés à recevoir de telles communications¹¹⁵. L'art. 35 al. 2 SIA-118 le prévoit expressément, en affirmant que la direction des travaux communique à l'entrepreneur le nom des personnes habilitées à recevoir les communications et déclarations de l'entrepreneur, en particulier les avis¹¹⁶. En revanche, le destinataire de l'avis ne peut pas être un auxiliaire du maître (p.ex. un employé de maison) ou de son représentant, dont on ne peut pas attendre qu'il saisisse la portée de la communication et qu'il la relaie plus loin¹¹⁷.

Si l'entrepreneur s'adresse au représentant et que celui-ci ne prête pas suffisamment attention à l'avis, l'entrepreneur n'est en principe pas obligé d'*aviser directement* le maître. Toutefois, en vertu de son devoir de diligence, le constructeur doit exceptionnellement contacter le maître si l'avis porte sur des erreurs commises par le représentant et que celui-ci les rejette¹¹⁸.

¹¹² Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 113 ad art. 397 CO. Au sujet de la représentation, cf. CHAPUIS, *CR-COI*, N 1 ss et 18 ad art. 32 ; GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht*, N 1304 ss.

¹¹³ ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66.

¹¹⁴ L'art. 33 al. 2 SIA-118 qui prévoit que la direction reçoit pour le maître les communications et déclarations de l'entrepreneur n'y change rien. Cf. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 89 ; HÜRLIMANN, *Schulthess – Komm SIA-118*, N 14.3 ad art. 33. Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 113 ad art. 397 CO.

2. Objet de l'avis

Le devoir d'avis *a pour objet* tant les circonstances connues effectivement du constructeur ou de ses auxiliaires (travailleurs ou sous-traitants), que celles qu'il aurait dû connaître en tant qu'homme de l'art¹⁰⁹. Le constructeur ne peut donc pas se prévaloir de son ignorance ou de sa prise de conscience tardive de certains faits si ceux-ci n'auraient pas dû échapper à un professionnel diligent dans les mêmes circonstances¹²⁰.

En ce qui concerne le *contrat d'entreprise*, l'entrepreneur ne peut d'abord pas se prévaloir du fait que le maître a confié la surveillance de l'exécution à une direction des travaux pour se libérer de son devoir d'information¹²¹. Ensuite, le devoir d'avis peut avoir pour objet la matière fournie ou le terrain désigné par le maître, même si en principe le risque inhérent à ces deux facteurs est à la charge du maître : premièrement lorsque la défectuosité est manifeste, c'est-à-dire qu'elle peut être décelée sans examen particulier de sa part ; secondement lorsque la défectuosité n'est pas manifeste si l'entrepreneur est tenu de vérifier la matière et le terrain et si les compétences que l'on attend de lui permettent de déceler la défectuosité moyennant un examen diligent¹²². Enfin, le devoir d'avis peut avoir pour objet les instructions données par un maître (ou un de ses représentants) qualifié, même si en principe l'entrepreneur doit observer ces instructions et n'a pas à mettre en garde le maître à ce sujet : premièrement, lorsque l'entrepreneur a effectivement décelé que l'ordre était erroné ; secondement, lorsque l'entrepreneur aurait dû déceler l'ordre erroné car cela était manifeste ou, à défaut de caractère manifeste, car il était exceptionnellement obligé de vérifier l'ordre et qu'un examen diligent lui aurait permis de déceler l'erreur¹²³.

En revanche, le devoir d'information n'a *pas pour objet* les circonstances dont le constructeur peut prouver qu'elles sont connues ou pouvait être connues du maître ou de son représentant¹²⁴.

¹⁰⁹ Document KBOB n° 34, Version 2018 (n1.7), Contrat d'entreprise, ch. 9, p. 9.

¹¹⁰ Art. 1.4.2 SIA-102.

¹¹¹ Dans ce sens, HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 70.

¹¹² Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 113 ad art. 397 CO. Au sujet de la représentation, cf. CHAPUIS, *CR-COI*, N 1 ss et 18 ad art. 32 ; GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht*, N 1304 ss.

¹¹³ ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66.

¹¹⁴ L'art. 33 al. 2 SIA-118 qui prévoit que la direction reçoit pour le maître les communications et déclarations de l'entrepreneur n'y change rien. Cf. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 89 ; HÜRLIMANN, *Schulthess – Komm SIA-118*, N 14.3 ad art. 33. Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 113 ad art. 397 CO.

¹¹⁵ P.ex. art. 30 al. 5, 95 al. 2 et 96 al. 1 SIA-118, qui prévoient tous un avis adressé à la direction des travaux. Toutefois, même si l'art. 56 al. 3 SIA-118 ne le précise pas, l'avis peut également être adressé au représentant du maître (HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 81). Eg. ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66, qui discute de l'efficacité d'un avis adressé au chef de chantier (Bauleiter). Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 113 ad art. 397 CO.

¹¹⁶ A ce sujet, HÜRLIMANN, *Schulthess – Komm SIA-118*, N 13 ad art. 35.

¹¹⁷ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 70 (pour le devoir d'informer) et p. 89 (pour le devoir d'avis formel) ; SCHWAGER, *Vollmacht des Architekten*, N 849.

¹¹⁸ ATF 95 II 43 cons. 4c, JdT 1970 I 66. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1944.

¹¹⁹ Pour le devoir d'information (« Anzeigepflicht »), cf. CHAIX, *Devoir d'information*, N 25 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 831. Pour le devoir de mise en garde (« Abmahnungspflicht »), cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1958 ss, en particulier N 1963.

¹²⁰ Cf. CHAIX, *Devoir d'information*, N 10 et 25 ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK-OR I*, N 21 ad art. 365 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 831.

¹²¹ Art. 25 al. 1 SIA-118.

¹²² GAUCH, *Werkvertrag*, N 831 et 2000 ss (pour le principe) et 2003 ss (pour les exceptions, notamment celle de l'art. 25 al. 3 SIA-118).

¹²³ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1955 ss (pour le principe), N 1964 ss et 1967 ss (pour les exceptions).

¹²⁴ Cf. ég. art. 25 al. 1 i.f. SIA-118. Eg. CARRON, *Claim management*, p. 162 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 69, qui mentionne p.ex. comme indices le fait que le maître demande lui-même à l'entrepreneur de prendre des mesures pour respecter les échéances contractuelles.

Il ne porte pas non plus sur les informations inutiles, lorsque l'entrepreneur peut prouver que l'avis effectué à temps n'aurait eu aucun effet sur le déroulement des événements (cf. ég. *infra* III.B3.a)¹²⁵.

3. Contenu de l'avis

Le contenu nécessaire de l'avis dépend des *circonstances du cas concret*, notamment du niveau de connaissances du constructeur et de celui du maître¹²⁶. Dans cette appréciation, autant l'un que l'autre doivent se laisser imputer les connaissances de leurs auxiliaires. Le contenu est déterminé par le but visé : l'avis doit être suffisamment complet pour que le maître soit correctement informé, puisse apprécier la situation et prendre les décisions adaptées¹²⁷. Autrement dit, il faut qu'il puisse comprendre sans malentendu possible la portée de l'avis et soit à même d'exercer les droits dont ils disposent¹²⁸. Il faut aussi garder à l'esprit que trop d'informations tuent l'information¹²⁹.

Le contenu de l'avis doit être *précis, clair et sans équivoque*¹³⁰. Des anecdotes ou des actes concluants dont il faudrait déduire l'existence d'un avis ne constituent pas un avis suffisant¹³¹. La formulation de simples doutes ne suffit pas non plus¹³². L'avis doit mentionner les faits ayant conduit à son émission¹³³. En revanche, on ne peut pas affirmer que l'entrepreneur doit toujours décrire les conséquences, financières et temporelles, du respect ou du non-respect de l'avis émis¹³⁴. Le devoir (ou non) de faire des propositions dépend également des circonstances concrètes¹³⁵.

L'*art. 25 al. 3 SIA-118* précise, en lien avec les plans remis ainsi que le terrain et les constructions existantes, que l'entrepreneur ne doit pas seulement aviser mais qu'il doit également « rendre la direction des travaux attentive aux conséquences pouvant en résulter (avis formel) ». Il s'agit là d'une exigence supplémentaire, selon laquelle l'entrepreneur ne doit pas seulement informer le maître des circonstances pouvant compromettre l'exécution de l'ouvrage (art. 25 al. 1 et 2 SIA-118) mais également le mettre en garde contre les conséquences néfastes d'une inaction.

S'il s'agit d'une *mise en garde* (« Abmahnung »), le constructeur doit indiquer que l'ordre du maître est erroné parce qu'un défaut de l'ouvrage pourrait résulter de son respect et doit préciser les faits justifiant ses réserves¹³⁶. A notre avis, un avis formel ne doit en revanche pas préciser que l'entrepreneur décline toute responsabilité si le maître maintient ses instructions erronées¹³⁷. Toutefois, vu l'absence de clarté dans la jurisprudence (*supra* note de bas de page 80), il convient

¹²⁵ ATF 92 II 328 cons. 3a, JdT 1968 I 34. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 832.

¹²⁶ ATF 117 II 204 cons. 3.b, JdT 1992 I 214, en lien avec le devoir médical d'informer. Eg. SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 720.

¹²⁷ SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 720.

¹²⁸ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 81, en lien avec le devoir de l'art. 56 al. 3 SIA-118. Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 110 et 113 ad art. 397 CO.

¹²⁹ CARRON, *Protection du consommateur*, N 104 et réf. ; DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge* § 8, N 8.142.

¹³⁰ Arrêt du TF 4C.217/2005 du 20 février 2006 cons. 3.3.3, en lien avec l'avis de l'art. 369 CO. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 70. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 24 qui affirme que l'avis doit être « catégorique, explicite et univoque ». Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 109 s. ad art. 397 CO.

¹³¹ ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1946 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 70.

¹³² ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 12.

¹³³ Arrêt du TF 4C.452/1999 du 27 mars 2000 cons. 2a. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1940 ; KOLLER, *Werkvertragsrecht*, N 586.

¹³⁴ Plutôt favorables: SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 721. Plutôt réticent: HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 71.

¹³⁵ SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 721. Pour le contrat de mandat, FELLMANN, *BK*, N 111 ad art. 397 CO.

¹³⁶ ATF 116 II 305 cons. 2b, JdT 1991 I 173 ; ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1940.

¹³⁷ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1941 et 1946, qui souligne que cette question est toutefois controversée.

de conseiller aux constructeurs d'ajouter quand même une telle mention dans leur mise en garde¹³⁸.

4. Forme de l'avis

L'avis n'est en principe *pas lié à une exigence de forme*. Même l'art. 369 CO, dont la lettre semble exiger un avis « formel », ne requiert rien de plus qu'un avis précis¹³⁹. En pratique, la principale difficulté est de prouver l'existence, le contenu et le moment précis de la communication d'un avis informel. Par conséquent, le constructeur veillera à communiquer ses avis via courrier recommandé, par une remise en main propre avec accusé de réception ou lors d'une séance faisant l'objet d'un procès-verbal écrit dont il prendra soin de vérifier la formulation¹⁴⁰.

L'art. 25 al. 2 SIA-118 et les dispositions qui y renvoient (p.ex. art. 30 al. 4 et 5 SIA-118) – qui semblent exiger le respect de la forme écrite ou la consignation dans un procès-verbal d'un avis donné oralement – ne sont que des dispositions d'ordre destinées à faciliter la preuve de l'avis et de son contenu¹⁴¹. Un avis oral peut dès lors tout à fait déployer ses effets juridiques, malgré l'absence d'un document écrit ou d'un procès-verbal.

Les parties peuvent bien entendu *convenir* de l'exigence de la forme écrite (ou de toute autre forme) pour qu'un avis soit valable. Dans ce cas, si la forme requise n'a pas été respectée, l'entrepreneur peut encore tenter d'établir que le maître ou son représentant a renoncé, par actes concluants, à la forme conventionnelle¹⁴².

5. Moment de l'avis

L'avis doit être effectué dès qu'un constructeur, disposant des connaissances que l'on peut attendre de la part d'un professionnel, serait *en mesure de reconnaître la présence des circonstances* donnant naissance à son devoir d'avis. De vagues soupçons ne suffisent pas, mais le constructeur ne doit pas non plus attendre que sa perception soit confirmée par un spécialiste. Certains devoirs précisent que l'avis doit déjà être effectué dès que les circonstances donnant lieu à information sont « probablement » réunies¹⁴³.

Une fois que ces conditions sont réunies, l'avis doit avoir lieu *immédiatement* (p.ex. art. 365 al. 3 CO) ou *sans délai* (p.ex. art. 56 al. 3 SIA-118), c'est-à-dire avant que le maître ne subisse un quelconque désavantage en raison d'une attente injustifiée¹⁴⁴.

Si le constructeur a déjà formulé un avis contractuel (c'est-à-dire dû pendant l'exécution contractuelle) durant la phase précontractuelle, il n'a pas besoin de le réitérer¹⁴⁵. En revanche, si on peut reprocher au constructeur d'avoir adressé son avis tardivement au maître, on peut aller le rechercher en responsabilité pour le dommage découlant de ce retard¹⁴⁶.

¹³⁸ RECHSTEINER, *Abmahnung*, N 20.

¹³⁹ ATF 116 II 305 cons. 2b, JdT 1991 I 173. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 89.

¹⁴⁰ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 71. Pour le contrat de mandat, AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 469.

¹⁴¹ ATF 95 II 43 cons. 2, JdT 1970 I 66 (pour l'édition 1962 de la Norme SIA-118). Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 71 ; SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 725 ; HÜRLIMANN, *Schulthess – Komm SIA-118*, N 10.2 ad art. 25.

¹⁴² HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 71.

¹⁴³ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 81, en lien avec l'avis de l'art. 56 al. 3 SIA-118.

¹⁴⁴ Eg. ATF 116 II 315 cons. 3 qui utilise l'adverbe « immédiatement » pour l'incombance relative à l'art. 373 al. 2 CO. Eg. SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 723. Pour le mandat, DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge § 8*, N 8.144.

¹⁴⁵ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1954, en lien avec le devoir de mise en garde de l'art. 369 CO. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 99.

¹⁴⁶ Dans ce sens, HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 87.

Après avoir adressé son avis, le constructeur doit *suspendre ses prestations* pendant une durée raisonnable, le temps pour le maître de réagir et de transmettre des instructions¹⁴⁷ ou de laisser entendre par son inaction qu'il maintient ses directives¹⁴⁸. En l'absence de réaction du maître, le constructeur sera bien avisé de lui communiquer expressément comment il interprète son silence¹⁴⁹.

6. Révocation de l'avis

Après avoir signifié un avis – le plus souvent une mise en garde selon l'art. 369 CO –, le constructeur *révise parfois son jugement*, soit parce qu'il s'appuie sur une nouvelle appréciation objective de la situation, soit parce qu'il subit des pressions du maître¹⁵⁰. Il faut alors distinguer deux situations :

- 1° Si le constructeur *révoque librement son avis* (révocation matérielle), le maître conserve ses droits comme si l'avis n'avait jamais eu lieu. Par conséquent, le constructeur répond de l'absence d'avis si les autres conditions de sa responsabilité sont remplies.
- 2° Si le constructeur *révoque son avis suite aux pressions exercées* par le maître (révocation purement formelle), le but de l'avis impose de protéger son auteur et de considérer que l'avis révoqué formellement a quand même eu lieu matériellement. Le maître ne peut alors pas partir de l'idée que ses pressions ont eu pour effet de rendre à nouveau responsable le constructeur qui a pourtant émis diligemment un avis. Accepter le contraire reviendrait à protéger le maître qui ignore l'avis du constructeur de manière contraire à la bonne foi et à exiger en même temps que ce dernier endosse la responsabilité. Dans ces circonstances, le constructeur supporte le fardeau de la preuve de l'absence de révocation matérielle¹⁵¹.

III. Typologie et régime juridique

Afin de tenir compte à la fois des exigences scientifiques et des besoins d'un praticien, notre présentation s'articule prioritairement autour de *l'étape contractuelle pertinente* pour l'avis (*supra* II.B2). Nous distinguerons successivement les devoirs d'avis précontractuels (A), contractuels (B) et post-contractuels (C).

Au sein de chacune de ces trois catégories, nous traiterons prioritairement des devoirs d'avis découlant du *contrat d'entreprise* (1), dans la mesure où ceux-ci font l'objet de nombreuses dispositions particulières. Nous mettrons ensuite en évidence les particularités du *contrat de mandat* (2), en partant de l'idée que le devoir de diligence du mandataire va au moins aussi loin que celui de l'entrepreneur et que les devoirs d'avis du mandataire comprennent au moins ceux de l'entrepreneur. Enfin, nous expliciterons les *conditions et les conséquences de la violation du devoir d'avis* (3).

A Devoirs d'avis précontractuels

Durant les négociations contractuelles, les parties sont tenues d'agir conformément aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Comme nous l'avons déjà vu (*supra* II.B.2.1°), l'ouverture des pourparlers impose nécessairement des devoirs réciproques aux parties. En particulier, chacune

¹⁴⁷ Dans ce sens, HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 71. Pour le mandat, ATF 108 II 197 cons. 2a, JdT 1982 I 548. Eg. WERRO, *CR-CO I*, N 11 ad art. 397 CO.

¹⁴⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1944 et 1990 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 90.

¹⁴⁹ Pour des exemples de courriers allant dans ce sens, fondés sur le droit autrichien, cf. SCHOPF, *Prüf- und Warnpflicht*, p. 272 et 274.

¹⁵⁰ RECHSTEINER, *Abmahnung*, N 21 ss. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 91.

¹⁵¹ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 91.

doit renseigner l'autre, dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer la décision de conclure le contrat ou de le conclure à certaines conditions¹⁵².

L'obligation précontractuelle d'aviser dépend de *quatre conditions cumulatives*¹⁵³. Premièrement, il ne peut y avoir de devoir d'informer que si le constructeur connaît ou devait connaître certaines circonstances, en raison notamment de sa qualification professionnelle. Deuxièmement, le devoir d'aviser ne peut exister que si le maître a un besoin d'être informé, c'est-à-dire qu'il ne connaît pas et ne devait pas connaître les circonstances en question. Troisièmement, les circonstances concernées doivent être importantes, à la fois objectivement pour le projet de construction et subjectivement pour le maître. Quatrièmement, il ne doit pas y avoir d'intérêts prépondérants du constructeur à ne pas effectuer l'avis (p.ex. intérêt à maintenir le secret).

1. Contrat d'entreprise

En nous appuyant sur le critère de l'objet de l'avis (*supra* II.B1), nous distinguerons les avis concernant l'ouvrage projeté (a), la rémunération (b) et les autres modalités contractuelles (c).

a) Avis relatifs à l'ouvrage projeté

Le devoir général de bonne foi de l'art. 2 al. 1 CC impose à l'entrepreneur d'adresser au maître, déjà durant les négociations précontractuelles, plusieurs avis en lien avec l'ouvrage projeté. En effet, il dispose de connaissances particulières et doit à ce titre communiquer certaines informations dont il reconnaît ou aurait dû reconnaître l'importance.

L'entrepreneur doit renseigner le maître sur les *circonstances susceptibles de compromettre la bonne exécution de l'ouvrage*¹⁵⁴. Il s'agit d'une obligation d'informer (« Anzeigepflicht »). Ce devoir général concerne toutes les circonstances importantes pouvant remettre en cause l'exécution correcte de l'ouvrage dont l'entrepreneur a ou devrait avoir connaissance et que le maître ignore ou pourrait ignorer.

L'entrepreneur, en tant que spécialiste dans son domaine d'activité, doit également mettre en garde le maître contre les idées erronées communiquées durant les négociations contractuelles (« Abmahnungspflicht »¹⁵⁵) :

- 1° L'avis concernant l'*inadéquation des instructions se trouvant dans les documents d'appel d'offres*¹⁵⁶. Si le maître ou son représentant prescrit un certain mode d'exécution dans les documents remis à l'entrepreneur, celui-ci doit notifier son caractère inadéquat. Par exemple, l'entrepreneur qui sait – ou doit savoir – que la couche de ciment prévue dans une soumission est insuffisante au regard de la destination de l'immeuble doit en informer le maître¹⁵⁷.
- 2° L'avis concernant l'*inadéquation des matériaux prévus*¹⁵⁸. Par exemple, l'entrepreneur qui sait – ou doit savoir – que la roche souhaitée par le maître pour la réalisation d'aménagements extérieurs d'une maison dans l'arc lémanique ne résiste pas aux cycles de gel et de dégel doit le lui communiquer¹⁵⁹.

¹⁵² D'après HARTMANN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten*, N 62 ss et réf.

¹⁵³ ATF 105 II 75 cons. 2.a, JdT 1980 I 66. Eg. WESSNER, *Devoir d'information*, N 7 ; HARTMANN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten*, N 55 s.

¹⁵⁴ CHAIX, *Devoir d'information*, N 8 ss ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68 ss ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 437.

¹⁵⁵ Cf. toutefois GAUCH, *Werkvertrag*, N 1950, qui le qualifie plutôt de « Aufklärungspflicht », en raison du fait qu'un « Abmahnungspflicht » n'existerait qu'après la conclusion du contrat. Voir *supra* II.A3 notre critique à ce sujet.

¹⁵⁶ CHAIX, *Devoir d'information*, N 12 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 437 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 87.

¹⁵⁷ ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 12.

¹⁵⁸ CHAIX, *Devoir d'information*, N 13 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 70.

¹⁵⁹ Arrêt du TF 4C.130/2006 du 8 mai 2007 cons. 3. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 13.

b) Avis relatifs à la rémunération

Durant les contacts précontractuels, l'entrepreneur n'a *pas de devoir général d'informer* le maître sur les frais que celui-ci devra supporter en lien avec l'ouvrage¹⁶⁰. Le Tribunal fédéral a confirmé ce point de vue en affirmant que le maître était suffisamment protégé dans la mesure où il peut négocier un prix forfaitaire (art. 373 al. 1 CO) ou se déterminer sur la base d'un devis approximatif (art. 375 CO)¹⁶¹.

En revanche, la pratique a identifié certaines *circonstances particulières* où l'entrepreneur peut quand même devoir aviser le maître :

- L'avis concernant *le coût disproportionné*. Il s'agit d'une obligation précontractuelle d'informer (« Anzeigepflicht ») créée par la jurisprudence¹⁶². Lorsque l'ouvrage présente un coût sans proportion avec l'intérêt que le maître est supposé avoir à sa réalisation, l'entrepreneur est tenu d'informer le maître¹⁶³.

Par *exemple*, l'entrepreneur doit avertir le maître du fait que la valeur de l'immeuble à rénover est inférieure aux coûts des travaux envisagés, en d'autres termes qu'il existe une disproportion entre la valeur de l'objet et les rénovations planifiées sur cet objet¹⁶⁴.

c) Avis relatifs aux autres modalités

Les devoirs d'avis précontractuels de l'entrepreneur concernent non seulement l'ouvrage projeté et la rémunération de l'entrepreneur, mais aussi d'*autres modalités contractuelles*, notamment :

- L'avis de l'*incapacité à construire l'ouvrage*¹⁶⁵. Il s'agit d'une obligation précontractuelle d'informer (« Anzeigepflicht »). Ce devoir découle de l'art. 364 al. 2 *in fine* CO, qui prévoit que « [l']entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage en personne ou de le faire exécuter sous sa direction personnelle, à moins que, d'après la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne soient sans importance ». L'entrepreneur doit donc examiner de façon critique ses compétences et, le cas échéant, notifier au maître son inaptitude à construire lui-même l'ouvrage commandé¹⁶⁶.
- L'avis du *recours à un sous-traitant*. Il s'agit d'une obligation précontractuelle d'informer (« Anzeigepflicht »). Ainsi que l'on vient de le mentionner, l'art. 364 al. 3 CO prévoit que l'entrepreneur exécute en principe personnellement l'ouvrage, à moins que ses aptitudes soient sans importance (art. 364 al. 2 *in fine* CO). Vu la division du travail et la spécialisation des corps de métier de la construction, l'exception est devenue la règle¹⁶⁷. Par conséquent, l'entrepreneur ne doit pas nécessairement informer le maître du fait qu'il recourt à des sous-traitants et de leur identité, à moins que cette exigence ait été convenue. On notera toutefois que l'art. 29 al. 3 SIA-118 maintient un régime strict qui prévoit qu'à défaut de convention contraire, l'entrepreneur doit requérir le consentement exprès du maître, afin de pouvoir faire intervenir des sous-traitants sur le chantier¹⁶⁸. D'autres contrats ne prévoient qu'une clause d'information consistant à devoir transmettre l'identité des sous-traitants, voire le contrat de sous-traitance, sans qu'une approbation formelle du maître ne soit nécessaire¹⁶⁹.

¹⁶⁰ CHAIX, *Devoir d'information*, N 18. Cf. toutefois, ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK-OR I*, N 12 ad art. 364, qui mentionnent un tel devoir.

¹⁶¹ ATF 92 II 328 cons. 3a.

¹⁶² ATF 92 II 328 cons. 3a.

¹⁶³ GAUCH, *Werkvertrag*, N 437.

¹⁶⁴ CHAIX, *Devoir d'information*, N 17.

¹⁶⁵ CHAIX, *Devoir d'information*, N 14.

¹⁶⁶ GAUCH, *Werkvertrag*, N. 835.

¹⁶⁷ CHAIX, *CR-CO I*, N 20 ad art. 364 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 617 ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK-OR I*, N 36 ad art. 364.

¹⁶⁸ CHAIX, *Devoir d'information*, N 15.

¹⁶⁹ Sur la différence entre clause d'information et d'approbation, cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 630 s.

- L'avis du *choix inapproprié d'un sous-traitant pouvant conduire à un défaut de l'ouvrage*¹⁷⁰. Il s'agit d'un avis formel précontractuel (« Abmahnungspflicht »)¹⁷¹. Les documents d'appel d'offres désignent parfois déjà les sous-traitants auxquels l'entrepreneur doit recourir pour certains travaux ; vu que l'entrepreneur en a connaissance avant la conclusion du contrat, il doit mettre en garde le maître immédiatement s'il les juge non qualifiés.

2. Particularités du contrat de mandat

Comme l'entrepreneur (*supra* III.A.1), le mandataire a certains devoirs d'avis précontractuels, issus du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Le mandataire a ainsi un *devoir général* d'informer le maître sur les points que ce dernier ne connaît pas et qu'il n'est pas censé connaître, qui sont importants pour la conclusion du contrat¹⁷². Ce devoir dépend de l'expérience du mandant et de l'état de ses connaissances dans les domaines concernés¹⁷³. Par conséquent, les devoirs précontractuels de l'entrepreneur s'appliquent également *mutatis mutandis* au mandataire : il doit ainsi également signaler au maître qu'il ne dispose pas du bagage technique pour réaliser les tâches demandées¹⁷⁴ ou le mettre en garde contre l'engagement d'un substitut inadapté¹⁷⁵.

Une des particularités du mandataire par rapport à l'entrepreneur est qu'il doit veiller encore plus à la défense des intérêts du maître, y compris *contre ses propres intérêts*¹⁷⁶. A ce titre, il doit notamment l'informer en détail sur les risques liés à l'exécution du mandat envisagé.

Selon la jurisprudence¹⁷⁷, il doit également informer sur le *montant prévisible de la construction projetée ainsi que sur ses propres honoraires*. Ce devoir (« Anzeigepflicht ») va trop loin : s'il n'est pas contestable que le mandataire doive communiquer de manière transparente sur ses propres honoraires¹⁷⁸, il nous semble discutable qu'il ait aussi un devoir précontractuel de renseigner sur les coûts de construction de l'ouvrage (c'est-à-dire les coûts engendrés par les entrepreneurs et les autres mandataires impliqués dans l'exécution de l'ouvrage) : en effet, l'établissement d'une estimation des coûts de construction fait partie des prestations ordinaires à exécuter en cours de mandat et pas avant sa conclusion¹⁷⁹.

3. Conditions et conséquences de la violation

De manière générale, la violation d'un devoir précontractuel n'ouvre pas la voie à une exécution en nature, mais peut conduire au *prononcé de dommages-intérêts*. Il n'en va pas autrement pour les devoirs d'avis précontractuels.

Les *conditions* de la responsabilité précontractuelle sont les suivantes. Outre la violation d'un devoir d'avis précontractuel (à ce sujet, *supra* III.A.1 et 2), le maître doit établir d'abord un préjudice. Il faut ensuite un lien de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir d'avis précontractuel et le dommage. Le maître doit donc établir que l'information qu'il n'a pas

¹⁷⁰ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 99.

¹⁷¹ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 99.

¹⁷² Arrêt du TF 4C.424/2004 du 15 mars 2005 cons. 3 et les réf. Eg. FELLMANN, *BK*, N 150 ad art. 398.

¹⁷³ Arrêt du TF 4C.373/2002 du 18 mars 2003 cons. 4.1.

¹⁷⁴ FELLMANN, *BK*, N 151 ad art. 398 CO.

¹⁷⁵ FELLMANN, *BK*, N 63 ad art. 399 CO.

¹⁷⁶ Dans ce sens, TERCIER/BIERI/CARRON, N 4462, 4470. Cf. ég. ch. 1.1 et 1.2 Conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB, p. 12, Document KBOB n° 30, Version 2017.

¹⁷⁷ Arrêt du TF 4A_196/2014 du 1^{er} septembre 2014 cons. 4 ; arrêt du TF 4C.424/2004 du 15 mars 2005 cons. 3. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 18.

¹⁷⁸ TF, SJ 2001 I 136 cons. 2a. Eg. FELLMANN, *BK*, N 151 ad art. 398.

¹⁷⁹ Du même avis, FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 702 ; SIEGENTHALER, *Planerverträge § 10*, N 10.4. D'un avis différent : AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 454.

obtenue l'aurait conduit à ne pas poursuivre les négociations et à prendre une décision lui évitant de subir son préjudice¹⁸⁰. Le constructeur peut apporter la contre-preuve que, même si le maître avait été dûment avisé, il n'aurait pas modifié son comportement. Enfin, la faute – qui est la quatrième condition de la *culpa in contrahendo* – est présumée¹⁸¹.

Pour les *conséquences*, il faut distinguer deux situations :

- 1° *Le contrat est venu à chef*. En dépit de la violation du devoir d'avis précontractuel, les parties ont conclu un contrat. En vertu de la théorie de l'absorption, la responsabilité précontractuelle s'efface devant la responsabilité contractuelle¹⁸², développée dans la section suivante (cf. *infra* III.B3).
- 2° *Le contrat n'est pas venu à chef*. Le maître ne conclut pas le contrat parce qu'il découvre la violation du devoir d'avis. Par exemple, le matériau prévu est inadéquat, l'entrepreneur n'est pas suffisamment qualifié, l'ouvrage présente un coût sans proportion avec l'intérêt que le maître est supposé avoir à sa réalisation.

En vertu de la *culpa in contrahendo*, le maître (ou le mandant) peut alors exiger des *dommages-intérêts correspondant à son intérêt négatif*, c'est-à-dire être replacé dans la situation financière qui aurait été la sienne s'il avait obtenu à temps l'avis exigé par les circonstances¹⁸³. Le préjudice correspond à toutes les pertes éprouvées, voire aux gains manqués parce que le maître a renoncé à confier les travaux à un autre constructeur pour négocier avec celui qui a violé son devoir d'avis et qu'entretemps le premier n'est plus disponible (et les constructeurs tiers exigent un prix plus élevé) ou que les prix du premier ont augmenté, par exemple en raison du temps écoulé¹⁸⁴.

B Devoirs d'avis contractuels

Les contrats de construction sont soit des contrats de durée (mandat), soit des contrats analogues à des contrats de durée (contrat d'entreprise) (*supra* I.B1 et I.B2). Pendant la durée du contrat, le mandataire et l'entrepreneur doivent informer leur cocontractant en fonction des circonstances concrètes. Nous présenterons ci-dessous les principaux devoirs d'avis selon la systématique déjà utilisée pour les devoirs d'avis précontractuels (*supra* III.A).

1. Contrat d'entreprise

a) Avis relatifs à l'ouvrage

Durant la relation contractuelle, la loi distingue deux catégories principales : les devoirs d'information (« Anzeigepflicht ») (1) et ceux de mise en garde (« Abmahnungspflicht ») (2). Les tribunaux et la doctrine mentionnent troisièmement d'autres devoirs (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten ») (3).

(a) Devoirs d'information

L'entrepreneur a un devoir d'information (« Anzeigepflicht »)¹⁸⁵, qui concerne les *circonstances susceptibles de compromettre la bonne exécution de l'ouvrage*¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Arrêt du TF 4A_168/2008 du 11 juin 2008 cons. 2.7, SJ 2009 13, cité in : CHAIX, *Devoir d'information*, N 38.

¹⁸¹ Sur ces conditions fondamentales de la *culpa in contrahendo*, cf. GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht*, N 963 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 645 ss.

¹⁸² Arrêt du TF 4C.98/2007 du 29 avril 2008 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4C.447/1997 du 8 juin 1998 cons. 3a, SJ 1999 I p. 113. Eg. GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht*, N 1262 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 644.

¹⁸³ CHAIX, *Devoir d'information*, N 38.

¹⁸⁴ CHAIX, *Devoir d'information*, N 38 ; TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*, N 1213.

¹⁸⁵ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68.

¹⁸⁶ CHAIX, *Devoir d'information*, N 23 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68.

Ce devoir trouve principalement¹⁸⁷ sa *source* dans l'art. 365 al. 3 CO qui prévoit que « [...] dans le cours des travaux, [...] s'il survient telle [...] circonstance qui compromette l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage, l'entrepreneur est tenu d'en informer immédiatement le maître, sous peine de supporter les conséquences de ces faits ». Ce devoir découle également de l'art. 25 al. 1 SIA-118, qui renvoie directement à l'art. 365 al. 3 CO : les deux dispositions ont un contenu et une portée similaires¹⁸⁸.

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, le devoir d'avis ne naît qu'*après la conclusion* du contrat¹⁸⁹. En revanche, contrairement à la lettre de l'art. 365 al. 3 CO qui mentionne que l'on doit se trouver « dans le cours des travaux », ceux-ci n'ont pas besoin d'avoir débuté pour qu'une obligation d'information existe déjà¹⁹⁰.

Le devoir d'information de l'art. 365 al. 3 CO concerne *deux types principaux de circonstances*, celles qui compromettent l'exécution régulière (1^o) et celles qui menacent l'exécution ponctuelle de l'ouvrage (2^o)¹⁹¹ :

1^o L'avis concerne les circonstances pouvant **remettre en cause l'« exécution régulière »** de l'ouvrage. Il s'agit d'abord d'*éviter la livraison d'un ouvrage défectueux*¹⁹². On trouve notamment les illustrations jurisprudentielles et doctrinales suivantes¹⁹³. L'entrepreneur doit informer le maître du fait qu'il dispose d'une documentation ou de plans défectueux ou incomplets¹⁹⁴. L'entrepreneur doit aviser le maître de l'absence d'autorisations administratives requises pour la réalisation de l'ouvrage convenu¹⁹⁵. L'entrepreneur doit avertir le maître que les matériaux proposés pour la toiture en remplacement de ceux figurant dans le descriptif sont d'une qualité inférieure à ceux prévus à l'origine¹⁹⁶. L'entrepreneur doit signaler au maître le risque présenté par une fouille (affaissement de terrain)¹⁹⁷.

Il s'agit ensuite d'*éviter la perte de l'ouvrage en raison du mode d'exécution prescrit* par le maître¹⁹⁸. Cela découle de l'art. 376 al. 3 CO qui prévoit que « [l]orsque l'ouvrage a péri [...] par l'effet du mode d'exécution prescrit par [le maître], l'entrepreneur peut, s'il a en temps utile signalé ces risques au maître, réclamer le prix du travail fait et le remboursement des dépenses non comprises dans ce prix [...] ». Selon une partie de la doctrine, il s'agit d'un devoir d'information (« Anzeigepflicht ») semblable à celui de l'art. 365 al. 3 CO qui permet à

¹⁸⁷ On verra ci-dessous que l'art. 376 al. 3 CO peut aussi être une source de ce devoir (cf. *infra* III.B1.a)(a)).

¹⁸⁸ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68 *in fine*. Cf. ég. Art. 25 al. 5 SIA-118 qui liste pêle-mêle des devoirs d'information et des devoirs de mise en garde. Cf. ég. art. 2.1 du Contrat d'entreprise KBOB (2018) qui renvoie à la Norme SIA-118 ; art. 43 CVIM pour le contrat de livraison d'ouvrage.

¹⁸⁹ Arrêt du TF 4A_321/2007 du 3 décembre 2007 cons. 4.2 ; ATF 92 II 328 cons. 3a. Il doit être distingué du devoir précontractuel que l'entrepreneur peut également avoir en vertu du principe de bonne foi (art. 2 al. 1 CC ; *supra* III.A1. ; ég. GAUCH, *Werkvertrag*, N 830). Cf. toutefois *supra* II.A3 notre critique qui ne rattache pas le devoir d'information uniquement aux circonstances mentionnées par l'art. 365 al. 3 CO mais à toute circonstance susceptible d'entraîner un dérangement contractuel.

¹⁹⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 830, qui propose une application par analogie entre la conclusion du contrat et le début des travaux.

¹⁹¹ En revanche, si le maître se plaint d'un dépassement de devis, ce n'est pas l'art. 365 CO qui s'applique, mais l'art. 375 CO (cf. *infra* III.B1.b). A ce sujet, cf. arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.2.

¹⁹² Arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.1.

¹⁹³ Cf. Arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.1, qui indique encore que la clause générale ne trouve pas d'illustration en jurisprudence et qui cite BÜHLER, ZK, N 53, 56 et 63 ad art. 365 CO, lequel mentionne toute une série d'exemples.

¹⁹⁴ BÜHLER, ZK, N 63 ad art. 365 CO ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68.

¹⁹⁵ Arrêt du TF 4A_321/2007 du 3 décembre 2007 cons. 4, BR/DC 2008 p. 67 n° 127.

¹⁹⁶ Arrêt du TF 4A_297/2008 du 6 octobre 2008 cons. 4.

¹⁹⁷ TC VS, 7.11.2003, RVJ 2004, p. 301, BR/DC 2005 p. 86 n° 166.

¹⁹⁸ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 79 s.

l'entrepreneur, en cas de perte totale ou partielle de l'ouvrage, de pouvoir quand même réclamer le prix de son travail et le remboursement de dépenses non comprises dans ce prix¹⁹⁹.

L'avis concernant l'exécution régulière de l'ouvrage implique au moins quatre autres *devoirs d'information particuliers* :

- L'avis du *caractère défectueux de la matière fournie*²⁰⁰. La matière est défectueuse si elle n'est pas adaptée pour l'exécution de l'ouvrage, si les proportions livrées ne sont pas correctes, si la qualité des matériaux est insuffisante, ou si la matière comporte elle-même des défauts²⁰¹. Cet avis découle de deux sources différentes :
D'une part, l'art. 365 al. 3 *in initio* CO indique que « [s]i, dans le cours des travaux, la matière fournie par le maître [...] est reconnu[e] défectueu[se], [...], l'entrepreneur est tenu d'en informer immédiatement le maître, sous peine de supporter les conséquences de ces faits ». Par exemple, l'entrepreneur doit avertir le maître qui livre de l'aluminium en lieu et place de l'acier, ou encore le maître qui ne livre pas suffisamment de matière ou une matière aux qualités inégales non conforme aux règles de l'art²⁰².
D'autre part, l'art. 376 al. 3 CO²⁰³ prévoit que « [l]orsque l'ouvrage a péri [...] par suite d'un défaut de la matière fournie [...] par le maître, [...], l'entrepreneur peut, s'il a en temps utile signalé ces risques au maître, réclamer le prix du travail fait et le remboursement des dépenses non comprises dans ce prix ». La formulation d'un avis évite à l'entrepreneur de perdre son droit à la rémunération en cas de perte, totale ou partielle, de l'ouvrage et de répondre du dommage subi par le maître. L'art. 188 al. 2 et 3 SIA-118 prévoit une règle semblable, qui précise d'une part que l'entrepreneur a droit à la rémunération pour les prestations effectuées jusqu'à la perte de l'ouvrage ainsi qu'à une indemnité pour perte de gain en cas de faute du maître et d'autre part que l'entrepreneur perd ses droits s'il a négligé son devoir d'avis.
- L'avis du *caractère défectueux du terrain*²⁰⁴. On peut penser à un terrain trop exigü, sans accès suffisants, à une distance trop importante entre le chantier et les places de dépôt et les décharge (cf. art. 116 al. 1 SIA-118), ou simplement inadapté au projet à construire²⁰⁵. Comme pour le précédent avis, ce devoir découle de deux sources légales. D'une part, en vertu de l'art. 365 al. 3 CO, l'entrepreneur doit aviser lorsque le terrain ne peut recevoir la construction envisagée, par exemple pour des raisons géologiques ou en vertu des règles d'aménagement du territoire (non-conformité à la zone ; absence d'équipement)²⁰⁶. D'autre part, l'art. 376 al. 3 CO et l'art. 188 al. 2 et 3 SIA-118 prévoient que l'entrepreneur obtienne le prix de son travail et le remboursement des dépenses non comprises dans ce prix s'il a signalé en temps utile au maître les risques relatifs au terrain²⁰⁷.

¹⁹⁹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1201. Cf. toutefois CHAIX, *Devoir d'information*, N 27, qui semble rapprocher ce devoir de celui de mise en garde de l'art. 369 CO. On pourrait se demander si, toutefois, le devoir d'avis de l'art. 376 al. 3 CO n'est pas plutôt une incombeance (« Obliegenheit ») permettant à l'entrepreneur, en cas de perte totale ou partielle de l'ouvrage, d'éviter le désavantage prévu à l'art. 376 al. 1 CO (en particulier le risque de la rémunération) et de pouvoir quand même réclamer le prix de son travail et le remboursement de dépenses non comprises dans ce prix.

²⁰⁰ CHAIX, *Devoir d'information*, N 26 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68.

²⁰¹ BÜHLER, *ZK*, N 53 ad art. 365.

²⁰² Cf. CHAIX, *Devoir d'information*, N 25, qui renvoie à BÜHLER, *ZK*, N 53 ad art. 365.

²⁰³ Cf. CHAIX, *Devoir d'information*, N 27 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1201 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 79 s. qui parlent toutefois de devoir d'information (« Anzeigepflicht »).

²⁰⁴ CHAIX, *Devoir d'information*, N 26 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68.

²⁰⁵ BÜHLER, *ZK*, N 53 ad art. 365.

²⁰⁶ BÜHLER, *ZK*, N 56 ad art. 365.

²⁰⁷ A ce sujet, cf. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 79.

- L'avis concernant le *risque d'un empêchement rendant ultérieurement la prestation impossible*. Ce devoir est sous-entendu à l'art. 378 CO²⁰⁸. L'entrepreneur doit faire en sorte de ne jouer aucun rôle dans la survenance d'une impossibilité d'exécuter l'ouvrage, notamment en informant le maître de toute circonstance susceptible de rendre impossible l'exécution de l'ouvrage. Si l'entrepreneur remplit son devoir d'information et qu'un cas fortuit se présente, il a droit au prix du travail fait et au remboursement des dépenses non comprises dans ce prix (art. 378 al. 1 CO). Si l'impossibilité est due à la faute du maître, l'entrepreneur a droit en sus à des dommages-intérêts représentant l'intérêt positif²⁰⁹.
- L'avis concernant les *défauts du travail exécuté par un co-entrepreneur ou un sous-traitant*²¹⁰. Ce devoir figure expressément à l'art. 30 al. 5 SIA-118, qui prévoit que « [l]orsqu'un entrepreneur constate que le travail exécuté par un autre présente des défauts [...] qui pourraient gêner l'exécution de son propre travail, il en avise à temps la direction des travaux. [...] ».

2° L'avis visé à l'art. 365 al. 3 CO concerne les **circonstances pouvant remettre en cause l'« exécution [...] ponctuelle de l'ouvrage »**. On vise ici l'échéance de la livraison de l'ouvrage²¹¹. La doctrine mentionne notamment le devoir d'informer en cas de grève, de retard d'un fournisseur tiers, de circonstances provenant de la sphère de risques de l'entrepreneur²¹².

On peut également recenser les *devoirs particuliers* suivants, figurant pour la plupart dans la Norme SIA-118 :

- L'avis *d'un retard et de sa cause*²¹³. Il s'agit d'une incombeance (« Obliegenheit ») d'informer, puisqu'en cas de violation l'entrepreneur perd le droit à un délai supplémentaire²¹⁴. Ce devoir découle de l'art. 96 al. 1 SIA-118 qui prévoit que « [l]orsque l'exécution de l'ouvrage dure plus longtemps que prévu, [...], les délais contractuels sont prolongés de manière appropriée. L'entrepreneur n'a cependant droit à une prolongation que s'il a immédiatement avisé la direction des travaux, conformément à l'art. 25, du retard accusé et de sa cause (par ex. événements naturels, perturbation de la paix du travail²¹⁵, difficultés dans les livraisons, retard d'un sous-traitant, mesures nouvelles décidées par une autorité) ; il n'en va différemment que s'il est démontré que la direction des travaux connaissait déjà le retard et sa cause ».
- L'avis des *mesures complémentaires prises afin de respecter les délais*²¹⁶. Il s'agit d'une incombeance (« Obliegenheit ») d'informer, puisqu'en cas de violation l'entrepreneur subit les conséquences négatives, notamment la perte du droit à un délai supplémentaire au sens de l'art. 96 SIA-118²¹⁷. Ce devoir découle de l'art. 95 al. 2 SIA-118 qui prévoit que « [s]'il apparaît, en cours de travail, que les délais ne peuvent pas être respectés sans mesure complémentaire, l'entrepreneur est tenu, après en avoir avisé la direction des travaux, de prendre à temps et de son propre chef toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui ; il adapte par exemple de manière appropriée les installations de chantier, augmente le nombre des ouvriers ou engage des équipes supplémentaires. [...] ».

²⁰⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 740, qui propose une application par analogie de l'art. 376 al. 3 CO. Eg. KOLLER, *Werkvertragsrecht*, N 229.

²⁰⁹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 735 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 77.

²¹⁰ KGer SO, 18.12.1990, BR/DC 1993 p. 102 n° 213 ; CHAIX, *Devoir d'information*, N 23 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 80 ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK OR-I*, N 18 ad art. 365.

²¹¹ Arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.1.

²¹² CARRON, *Claim management*, p. 162 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 68 ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK OR-I*, N 18 ad art. 365.

²¹³ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 82.

²¹⁴ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 82.

²¹⁵ P.ex. KOLLER, *BK*, N 70 ad art. 365. Eg. arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.1 et les réf. citées.

²¹⁶ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 81 s.

²¹⁷ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 82.

- L'avis concernant le *retard d'un co-entrepreneur ou d'un sous-traitant*²¹⁸. Il s'agit d'une obligation d'informer (« Anzeigepflicht »). L'art. 30 al. 5 SIA-118 prévoit que « [l]orsqu'un entrepreneur constate que le travail exécuté par un autre [...] souffre de retards qui pourraient gêner l'exécution de son propre travail, il en avise à temps la direction des travaux. [...] ».

(b) Devoirs de mise en garde

L'entrepreneur a un devoir de mise en garde (« Abmahnungspflicht ») en réaction aux *instructions erronées du maître pouvant conduire à un défaut de l'ouvrage*²¹⁹. Ce devoir apparaît dès la conclusion du contrat²²⁰.

Il trouve principalement sa *source dans l'art. 369 CO* qui prévoit que « [l]e maître ne peut invoquer les droits résultant pour lui des défauts de l'ouvrage, lorsque l'exécution défectueuse lui est personnellement imputable, soit à raison des ordres qu'il a donnés contrairement aux avis formels de l'entrepreneur, soit pour toute autre cause ».

La faute propre du maître selon l'art. 369 CO peut recouvrir différentes déclinaisons. A côté des « ordres » du maître qui nécessitent une mise en garde (avis formel) de l'entrepreneur dont nous allons traiter ci-dessous, il y a aussi « *toute autre cause* », expression qui comprend la matière fournie ou le terrain défectueux désigné par le maître²²¹. Dans ce cas, l'entrepreneur qui décèle la défectuosité de la matière ou du terrain a un *devoir d'information* (« Anzeigepflicht ») vis-à-vis du maître au sens de l'art. 365 al. 3 CO²²². Nous renvoyons à ce sujet à ce qui a été dit plus haut (*supra* III.B.1.a)(1)).

L'objet du devoir de mise en garde (« Abmahnungspflicht ») concerne les *ordres ou instructions* (« Weisungen ») formulés par le maître, c'est-à-dire des directives relatives à l'exécution de l'ouvrage auxquelles l'entrepreneur doit se conformer d'après le contenu du contrat d'entreprise²²³. Les instructions peuvent concerner la conception²²⁴, les méthodes de travail, la chronologie des travaux, le recours à un sous-traitant²²⁵, la matière à employer ou le terrain à construire²²⁶. Ne constitue pas un ordre – et il n'y a donc pas de devoir d'avis formel – le fait pour le maître de formuler des propositions, des suggestions ou des souhaits qui ne sont pas contraignants pour l'entrepreneur, ainsi que le fait d'exiger de suivre des prescriptions légales ou des directives administratives²²⁷.

La raison d'être de l'avis formel est qu'un maître d'ouvrage n'est en principe pas qualifié et qu'il doit pouvoir s'appuyer sur le spécialiste qu'est l'entrepreneur. Par conséquent, l'entrepreneur ne peut être exonéré de sa garantie pour les défauts que s'il a avisé le maître et que celui-ci fait ensuite fi de l'avis formel et persiste à exiger le respect de son instruction²²⁸.

²¹⁸ Arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.1 et les réf. citées. CHAIX, *Devoir d'information*, N 23 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 80 ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK OR-I*, N 18 ad art. 365.

²¹⁹ CHAIX, *Devoir d'information*, N 24 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 83 ss.

²²⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 833.

²²¹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1978 ss.

²²² GAUCH, *Werkvertrag*, N 1986. Cf. ég. art. 25 al. 3 et 136 al. 3 SIA-118.

²²³ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1927. Le devoir de mise en garde ne concerne pas « toute autre cause » (art. 369 i.f. CO), notamment le caractère défectueux de la matière fournie ou du terrain ; dans ces cas, l'entrepreneur a éventuellement un devoir d'avis (« Anzeigepflicht ») fondé sur l'art. 365 al. 3 CO (*supra* III.B1.a)(a)).

²²⁴ ATF 116 II 454 cons. 2.c.aa, JdT 1991 I 362 ; ATF 95 II 43 cons. A, JdT 1970 I 66.

²²⁵ ATF 116 II 305 cons. 2.c.bb, JdT 1991 I 176 (avis insuffisant). A ce sujet, GAUCH, *Werkvertrag*, N 2027 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 98 s.

²²⁶ CHAIX, *Devoir d'information*, N 24 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 83 s.

²²⁷ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1927 s. ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 83.

²²⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1937 s. ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 84.

Toutefois, en complément à ce qui a déjà été dit pour les modalités des devoirs d'avis (*supra* II.C ; cf. ég. *infra* III.B.3.a), cette conclusion ne s'impose que si l'avis formel de l'entrepreneur est *utile*, ce qui ne sera pas le cas dans au moins deux situations :

- 1° L'avis est inutile si l'entrepreneur parvient à prouver que le *maître n'aurait rien changé* à ses instructions.
- 2° L'avis n'est pas forcément utile lorsque le maître donne ses *ordres de manière qualifiée*. On entend par là le cas d'un maître qui est lui-même qualifié, d'un maître qui est conseillé de façon qualifiée pour l'ordre en question ou d'un maître représenté par une personne qualifiée, c'est-à-dire que le maître, son conseiller ou son représentant disposent des connaissances particulières leur permettant d'évaluer le bien-fondé de l'ordre donné et de déceler son éventuel caractère erroné²²⁹. Dans une telle hypothèse, l'entrepreneur n'a pas besoin d'émettre un avis formel pour échapper à la garantie pour les défauts s'il n'a effectivement pas décelé et ne devait pas déceler que l'ordre donné de manière qualifiée était erroné²³⁰. En revanche, l'entrepreneur n'est pas dispensé de son devoir d'avis formel, même si l'ordre est donné de façon qualifiée, lorsqu'il a effectivement décelé l'erreur ou qu'il aurait dû la déceler. Un ordre erroné devrait être décelé par l'entrepreneur dans deux situations au moins²³¹. Premièrement, il doit l'identifier lorsque l'erreur est manifeste au regard des compétences objectives qu'il doit posséder. Cette exigence découle également de l'art. 25 al. 4 SIA-118 ; il faut également comprendre ainsi l'art. 25 al. 3 SIA-118, même si sa formulation est moins claire dans la mesure où l'on ne parle que des situations où l'entrepreneur « constate » des erreurs, sans inclure expressément celles où il devrait constater ces erreurs²³². Secondement, l'entrepreneur doit identifier des erreurs non manifestes s'il est quand même tenu de vérifier l'ordre reçu (p.ex. parce qu'il s'y est engagé, parce qu'il est encore plus compétent que le maître qualifié) et si l'on peut attendre de lui que ses compétences lui permettent de déceler le caractère erroné de l'ordre.

La **SIA-118** contient elle aussi plusieurs *dispositions particulières* traitant des devoirs de mise en garde²³³ :

- 1° L'art. 166 al. 4 SIA-118 a un contenu proche de celui de l'art. 369 CO. Il prévoit qu'« [i]l n'y a pas de défaut lorsque la différence que l'ouvrage [...] présente par rapport au contrat est exclusivement due à la faute du maître ou de ses auxiliaires, par exemple de la direction des travaux (faute concomitante, art. 369 CO) ; c'est en particulier le cas lorsque la différence résulte d'une erreur dans les documents d'exécution (art. 99 ss [SIA-118]). Il n'y a pas de faute concomitante du maître si l'entrepreneur n'a pas respecté le devoir d'avis que lui impose l'art. 25 [SIA-118] ». Cette disposition, même si elle renvoie à l'art. 369 CO, présente la particularité suivante : la conséquence légale de l'art. 166 al. 4 SIA-118 concerne une condition de la responsabilité (le défaut), alors que l'art. 369 CO s'attaque aux conséquences (les droits résultants des défauts de l'ouvrage)²³⁴.
- 2° L'art. 25 al. 4 SIA-118 précise l'art. 369 CO en lien avec les instructions reçues de la part du maître ou de son représentant, dans la mesure où le devoir de mise en garde de l'entrepreneur n'existe pas uniquement en cas d'instructions erronées mais aussi s'il se voit *imposer des*

²²⁹ ATF 116 II 454 cons. 2.c.aa, JdT 1991 I 362. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1955 s.

²³⁰ ATF 116 II 454 cons. 2.c.aa, JdT 1991 I 362 ; ATF 106 II 305 cons. 2.c.cc, JdT 1991 I 173. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1958, 1964 ss et 1967 ss.

²³¹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1968 ss ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 94.

²³² GAUCH, *Werkvertrag*, N 1970.

²³³ RECHSTEINER, *Abmahnung*, N 9 ss.

²³⁴ GAUCH/STÖCKLI, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 15.1 ad art. 166. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 84 s., qui mentionne à tort l'art. 101 SIA-118 au lieu de l'art. 101 CO et met en évidence une seconde différence concernant le régime de la responsabilité pour l'auxiliaire. Il est préférable de suivre l'avis de GAUCH/STÖCKLI, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 15.3 ad art. 166 qui contredisent HENNINGER.

responsabilités qu'il ne peut assumer (p.ex. la mise en danger de tiers)²³⁵. Un avis formel peut être nécessaire lorsque les instructions violent les règles de l'art ou les prescriptions de sécurité, et qu'elles provoquent ainsi un danger d'accident.

- 3° L'art. 25 al. 3 SIA-118 n'impose pas un devoir de vérification des plans ou d'examen du terrain et des constructions existantes ; il prévoit en revanche un devoir d'avis formel immédiat lorsque l'entrepreneur constate des *erreurs ou d'autres défauts des plans* qui lui ont été remis, du *terrain* qu'il doit construire ainsi que des *constructions déjà existantes*²³⁶.
- 4° L'art. 136 al. 2 SIA-118 impose un devoir de mise en garde concernant les *matériaux et les fournisseurs imposés par le maître* si l'entrepreneur estime ne pas pouvoir répondre de leur qualité. Si le maître persiste, il doit supporter le préjudice qui peut en résulter²³⁷.
- 5° L'art. 136 al. 3 SIA-118 concerne les *matériaux livrés par le maître*. Si l'entrepreneur constate que les matériaux ne correspondent pas aux critères de qualité applicables à ses propres fournisseurs, il doit mettre en garde le maître qui supporte alors les conséquences de leur emploi²³⁸.

(c) Autres devoirs d'avis

A côté du devoir d'information de l'art. 365 al. 3 CO et du devoir de mise en garde de l'art. 369 CO, l'entrepreneur doit aussi émettre d'*autres avis* (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten ») :

- Le devoir d'avis du *défaut étranger aux prestations convenues*. Si, lors de travaux de réparations, l'entrepreneur découvre un défaut caché qu'il ne doit pas réparer mais qui pourrait porter atteinte au fonctionnement de l'ouvrage ou à la sécurité de ses utilisateurs, il doit aviser le maître du défaut constaté afin que celui-ci puisse prendre les mesures qui s'imposent²³⁹.
- Durant la relation contractuelle, le constructeur a également le devoir d'aviser de la *pertinence de conclure une assurance pour la matière fournie par le maître*²⁴⁰. Il s'agit d'une obligation d'informer (« Anzeigepflicht »). Ce devoir découle, selon la doctrine²⁴¹, de l'art. 365 al. 2 CO qui prévoit que « [s]i la matière est fournie par le maître, l'entrepreneur est tenu d'en user avec tout le soin voulu, de rendre compte de l'emploi qu'il en a fait et de restituer ce qui en reste ». L'entrepreneur peut se contenter d'aviser le maître et n'a pas, sauf circonstances exceptionnelles et urgentes, à conclure lui-même une assurance²⁴².

²³⁵ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 85.

²³⁶ HÜRLIMANN, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 12 ss ad art. 25.

²³⁷ GAUCH/PRADER/SCHWERY, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 9 s. ad art. 136.

²³⁸ GAUCH/PRADER/SCHWERY, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 14 s. ad art. 136 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 98 s.

²³⁹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 836.

²⁴⁰ ATF 50 II 514 cons. 1b, JdT 1925 I 98. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 28. Notez que CHAIX mentionne également l'obligation de l'entrepreneur de renseigner le maître sur l'utilisation de la matière qu'il a fournie : sans nier qu'une telle obligation existe, elle ne relève à notre avis pas d'un devoir d'avis (spontané) mais est une obligation de rendre compte sur requête du maître (TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3693 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 606 et 813), raison pour laquelle elle n'est pas traitée en tant que devoir d'avis dans la présente contribution. C'est d'ailleurs ce que semble également laisser entendre CHAIX, *Devoir d'information*, N 29 lorsqu'il parle de reddition de compte et qu'il rapproche les art. 365 al. 2 et 400 al. 1 CO.

²⁴¹ CHAIX, *Devoir d'information*, N 28, qui cite CHAIX, *CR-CO I*, N 16 ad art. 365 ; KOLLER, *BK*, N 55 ad art. 365 ; ZINDEL/PULVER, *BSK-OR I*, N 14 ad art. 365.

²⁴² ATF 50 II 514 cons. 1b, JdT 1925 I 98. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 828 ; CHAIX, *Devoir d'information*, N 28 ; qui cite CHAIX, *CR-CO I*, N 16 ad art. 365 ; KOLLER, *BK*, N 55 ad art. 365 ; ZINDEL/PULVER, *BSK-OR I*, N 14.

b) Avis relatifs à la rémunération

Les devoirs d'avis contractuels relatifs à la rémunération dépendent en partie du *type de rémunération* convenue :

- En cas de *coûts effectifs* (art. 374 CO), l'entrepreneur n'a en principe pas l'obligation d'informer le maître sur les coûts²⁴³. Exceptionnellement, un tel avis doit avoir lieu lorsque le *coût de l'ouvrage apparaît sans proportion avec l'intérêt* que le maître est supposé avoir à sa réalisation²⁴⁴. Ce devoir, mis en évidence par la jurisprudence, appartient à la catégorie des autres devoirs d'avis (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten »)²⁴⁵.
- En cas de *devis approximatif*, et bien que l'art. 375 al. 1 CO ne contienne aucune précision explicite²⁴⁶, la jurisprudence a établi un devoir d'avis concernant *tout dépassement de coûts excessif* probable fondé sur l'obligation générale de diligence de l'art. 364 al. 1 CO²⁴⁷. Il appartient à la catégorie des autres devoirs d'avis (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten »)²⁴⁸. L'obligation d'aviser existe lorsque le dépassement apparaît comme excessif : la loi fait appel au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), la pratique retient régulièrement une marge de tolérance de 10% qui n'a toutefois aucun caractère impératif, le juge pouvant fixer un pourcentage plus faible ou plus élevé²⁴⁹. L'obligation d'aviser le maître cesse lorsque le dépassement de devis a été provoqué par le « fait du maître », par exemple s'il est dû à des modifications de commandes unilatérales ou conventionnelles²⁵⁰. En outre, le devoir d'avis n'a pas lieu d'être lorsque le maître accepte le dépassement de devis, notamment lorsqu'il paie, en connaissance de cause et sans réserve, des factures au-delà de la limite de 10%²⁵¹.

L'art. 56 al. 3 SIA-118, qui utilise l'expression « devis indicatif », prévoit une règle semblable, qui n'exige toutefois pas le caractère « excessif » du dépassement et prévoit que « [s]'il apparaît en cours de travaux que le devis indicatif sera probablement dépassé, l'entrepreneur doit en aviser le maître sans délai (art. 25) ». L'avis doit donc être adressé plus tôt que ce qu'exige la loi²⁵².

²⁴³ CARRON, *Claim management*, p. 162 ; CHAIX, *Devoir d'information*, N 31. Cela ne veut pas dire qu'un devoir d'avis n'a pas d'influence sur les coûts que doit supporter l'entrepreneur : par exemple, le fait de ne pas informer le maître sur les défauts du terrain peut entraîner des coûts supplémentaires que l'entrepreneur devra supporter (cf. Kantonsgericht Graubünden, jugement du 6 novembre 2017, ZK 2 14 5, cons. 9.2).

²⁴⁴ CHAIX, *Devoir d'information*, N 31.

²⁴⁵ CHAIX, *Devoir d'information*, N 17 et 31, qui citent l'ATF 92 II 328 cons. 3a. En ce qui concerne le non-rattachement à la catégorie des « Anzeigepflichten », cf. *infra* la jurisprudence mentionnée à la nbp. 252 et *supra* II.A3 notre critique qui ne rattache pas le devoir d'information uniquement aux circonstances mentionnées par l'art. 365 al. 3 CO mais à toute circonstance susceptible d'entraîner un dérangement contractuel.

²⁴⁶ CHAIX, *Devoir d'information*, N 33 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflicht*, p. 76 s. ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 836, 1007 s.

²⁴⁷ Arrêt du TF 4A_302/2014 du 6 février 2015 cons. 3.1. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1007 s. qui précise que ce devoir ne découle pas de l'art. 365 al. 3 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4056. D'un avis différent sur le fondement légal, KOLLER, *Unverhältnismässige Überschreitung*, p. 306 ; KOLLER, *Werkvertragsrecht*, N 228.

²⁴⁸ CHAIX, *Devoir d'information*, N 33 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflicht*, p. 76 s. Il ne s'agit pas d'une obligation d'informer (« Anzeigepflicht ») car l'avis ne concerne ni l'exécution régulière ni l'exécution ponctuelle de l'ouvrage (arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.2). Cf. toutefois *supra* II.A3 notre critique qui ne rattache pas le devoir d'information uniquement aux circonstances mentionnées par l'art. 365 al. 3 CO mais à toute circonstance susceptible d'entraîner un dérangement contractuel. Eg. GAUCH/STÖCKLI, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 14 ad art. 56, qui parlent d'« Anzeige ».

²⁴⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4055 et réf.

²⁵⁰ Arrêt du TF 4A_302/2014 du 6 février 2015 cons. 3.1 et réf. citées ; Arrêt du TF 4C.99/2004 du 28 juin 2004 cons. 4.1. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 988 s.

²⁵¹ Arrêt du TF 4A_302/2014 du 6 février 2015 cons. 3.1 et réf. citées. Eg. CHAIX, *CR CO I*, N 9 ad art. 375.

²⁵² GAUCH/STÖCKLI, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 11.3 ad art. 56.

- En cas de *prix forfaitaire*, il n'y a en principe pas d'avis, sauf circonstances extraordinaires. Lorsqu'il y a des faits susceptibles, selon une appréciation raisonnable de la situation, de *provoquer une disproportion qualifiée entre les prestations convenues*, l'entrepreneur doit alors aviser le maître²⁵³. Ce devoir découle, selon la doctrine²⁵⁴ et la jurisprudence²⁵⁵, de l'art. 373 al. 2 CO, qui prévoit que « [...] si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat ». On note par ailleurs que l'art. 59 al. 1 SIA-118 a le même contenu et que l'alinéa 3 renvoie à l'art. 25 SIA-118. Il s'agit d'une incombance (« Obliegenheit »), dans la mesure où l'entrepreneur, en cas de non-respect de ce devoir, risque uniquement de perdre son droit à une augmentation du prix de l'ouvrage²⁵⁶.

La *modification unilatérale de commande* (« Bestellungenänderung ») soulève régulièrement des questions en pratique. En *principe*, elle n'entraîne *pas de devoir d'avis* particulier de l'entrepreneur²⁵⁷. L'information concernant les conséquences financières d'une modification de commande ne fait en effet pas partie des obligations de l'entrepreneur. En effet, la modification de commande n'affecte que la prestation due par l'entrepreneur et le droit à une rémunération supplémentaire découle du caractère onéreux déjà convenu contractuellement²⁵⁸. Par conséquent, l'entrepreneur n'a pas besoin d'aviser le maître²⁵⁹.

Ce principe connaît toutefois *deux exceptions* :

- 1° L'absence d'avis adressé au maître peut s'interpréter comme une *renonciation tacite* de l'entrepreneur, en particulier lorsque les parties ont convenu que l'entrepreneur doit aviser le maître qu'une modification de commande entraîne une créance en rémunération supplémentaire²⁶⁰.
- 2° Les parties peuvent convenir d'une *clause d'approbation préalable*²⁶¹. Dans ce cas, une prétention en rémunération supplémentaire dépend de l'accord du maître, qui nécessite en principe un avis de la part de l'entrepreneur²⁶².

De nombreux modèles de contrats ou des conditions générales – notamment l'art. 9 du Contrat d'entreprise de la KBOB qui complète les art. 84 al. 1 et 87 al. 1 SIA-118²⁶³ – obligent l'entrepreneur à informer le maître s'ils sont d'avis que des instructions de celui-ci ou des plans

²⁵³ CHAIX, *Devoir d'information*, N 32.

²⁵⁴ CHAIX, *Devoir d'information*, N 32 et réf. ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1112 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4024. D'un avis différent, KOLLER, *Werkvertragsrecht*, N 228.

²⁵⁵ ATF 116 II 315 cons. 3, JdT 1990 I 619.

²⁵⁶ CHAIX, *Devoir d'information*, N 32 et 47 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1112 s. ; GAUCH/STÖCKLI, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 10.2 ad art. 59.

²⁵⁷ Arrêt du TF 4C.16/2006 du 17 novembre 2006 cons. 6.3 ; arrêt du TF 4C.35/2001 du 4 mars 2002 cons. 3c et réf. citées ; arrêt du TF 4C.409/1999 du 17 avril 2000 cons. 3a. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 789 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 79 ; HÜRLIMANN, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 2.5 ad art. 25. D'un avis apparemment différent, CHAIX, *Devoir d'information*, N 30, qui affirme que chaque modification de commande suppose un accord de volonté des parties en particulier sur le prix de la nouvelle commande et qui renvoie aux devoirs d'information précontractuels.

²⁵⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 785.

²⁵⁹ Arrêt du TF 4C.16/2006 du 17 novembre 2006 cons. 6.3 ; Arrêt du TF 4C.35/2001 du 4 mars 2002 cons. 3c et réf. citées.

²⁶⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 789 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 79.

²⁶¹ Arrêt du TF 4A_465/2017 du 2 mai 2018, cons. 2 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 789a s.

²⁶² Pour plus de détails, notamment sur les exceptions à ce principe, cf. arrêt du TF 4A_465/2017 du 2 mai 2018, cons. 2 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 789b.

²⁶³ Document KBOB n° 34, Version 2018 (n1.7), Contrat d'entreprise, ch. 9, p. 9.

modifiés représentent une modification de commande qui entraîne une modification considérable de la rémunération ou des délais contractuels²⁶⁴.

c) Avis relatifs aux autres modalités

Au cours de la relation contractuelle, les devoirs d'avis de l'entrepreneur concernent non seulement l'ouvrage projeté et la rémunération de l'entrepreneur, mais aussi d'*autres modalités contractuelles* :

- L'avis concernant le *rappel du devoir de collaborer du maître*, notamment en cas de résiliation de sa part²⁶⁵. Ce devoir découle de la jurisprudence²⁶⁶. Il s'agit d'une incombance (« Obliegenheit »), puisque si l'entrepreneur n'exhorte pas vigoureusement le maître à coopérer durant l'exécution contractuelle, en le sommant de participer plus activement aux opérations indispensables²⁶⁷, il devra accepter une réduction de l'indemnité complète à laquelle il a droit en vertu de l'art. 377 CO²⁶⁸.
- L'avis à la direction des travaux de *tout dommage matériel causé par ses travaux aux biens-fonds voisins*²⁶⁹. Il s'agit d'une obligation d'informer (« Anzeigepflicht »)²⁷⁰. Ce devoir est expressément prévu à l'art. 110 SIA-118 : « ¹L'entrepreneur veille à ne pas porter atteinte par ses travaux aux ouvrages, installations, conduites, eaux souterraines et sources situés dans le voisinage [...]. ²L'entrepreneur annonce sans délai à la direction des travaux tout dommage constaté (par ex. infiltrations, corrosion) ».
- L'avis du *risque de destruction ou de détérioration fortuite d'une installation de chantier résultant d'une instruction de la direction des travaux*²⁷¹. Il s'agit d'une mise en garde (« Abmahnungspflicht »)²⁷². Ce devoir découle de l'art. 127 al. 2 SIA-118 qui concerne l'hypothèse d'une installation de chantier fortuitement détruite ou détériorée, et qui prévoit que le « maître répond du dommage résultant d'une instruction de la direction des travaux que celle-ci a maintenue en dépit d'un avis formel de l'entrepreneur (art. 25 [SIA-118]) ».
- L'avis de *l'intérêt de conclure une assurance lorsque le maître encourt des chefs de responsabilité spéciaux*²⁷³. Il s'agit d'une obligation d'information (« Anzeigepflicht »)²⁷⁴. Sa portée se limite toutefois au seul renseignement du maître et l'entrepreneur n'a donc pas, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles et urgentes, à conclure lui-même une assurance²⁷⁵. Ce devoir est notamment prévu l'art. 26 al. 2 SIA-118 qui prévoit que « [s]i l'entrepreneur estime que le maître pourrait encourir des responsabilités spéciales à l'endroit de tiers, notamment comme propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO) ou de biens-fonds (art. 679 CC), il

²⁶⁴ Document KBOB n° 34, Version 2018 (n1.7), Contrat d'entreprise, ch. 9, p. 9.

²⁶⁵ Arrêt du TF 4C.393/2006 du 27 avril 2007 cons. 3.4 i.f. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 80.

²⁶⁶ Arrêt du TF 4C.393/2006 du 27 avril 2007 cons. 3

²⁶⁷ Arrêt du TF 4C.393/2006 du 27 avril 2007 cons. 3.4. i.f., qui mentionne le fait d'insister pour qu'un comité de pilotage soit constitué.

²⁶⁸ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 80, qui cite GAUCH, *Werkvertrag*, N 1328 ss ; HÜRLIMANN, *Ansprüche des Unternehmers*, p. 817 ss ; HENNINGER, *Bauverzögerungen*, p. 249 ss.

²⁶⁹ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 82.

²⁷⁰ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 82.

²⁷¹ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 99.

²⁷² GAUCH/PRADER/SCHWERY, *Schulthess – Norm SIA-118*, N 5 ad art.128 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 99.

²⁷³ CHAIX, *Devoir d'information*, N 36, qui classe toutefois cet avis dans la catégorie des obligations post-contractuelles ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 80.

²⁷⁴ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 80. Cf. ég. HÜRLIMANN, *Schulthess – Komm SIA-118*, N 7 ad art. 26, qui parle de « Hinweispflicht » ; SPIESS/HUSER, *CS – Norm SIA-118*, N 1, qui parlent de « Hinweisbestimmung auf die Sorgfaltspflicht des Unternehmers ».

²⁷⁵ CHAIX, *Devoir d'information*, N 28, qui cite CHAIX, *CR-CO I*, N 16 ad art. 365 ; KOLLER, *BK*, N 55 ad art. 365 ; ZINDEL/PULVER, *BSK-OR I*, N 14 ad art. 365.

invite le maître, au cas où celui-ci ne peut lui-même se rendre compte des risques qu'il court, à conclure une assurance couvrant sa responsabilité de propriétaire ». Une partie de la doctrine admet l'existence d'une telle obligation accessoire – indépendamment de la SIA-118 et du domaine de la construction – à charge de tout entrepreneur livrant un ouvrage susceptible de fonder des chefs de responsabilité pour le maître²⁷⁶.

2. Particularités du contrat de mandat

Le mandataire doit *faire preuve de diligence* tout au long de l'exécution du mandat et il a une *obligation de fidélité* qui complète l'obligation de diligence²⁷⁷. Le mandataire doit veiller en toutes circonstances aux intérêts présumés de son mandant, ce qui peut le conduire à agir ou à s'abstenir. Le mandant doit, en particulier, émettre les avis nécessaires à protéger les intérêts de son mandant²⁷⁸.

Les *devoirs d'information* (« Anzeigepflicht ») et de *mise en garde* (« Abmahnungspflicht ») découlent du devoir général de diligence du mandataire. Le législateur n'a pas décrit ces devoirs plus avant, en laissant le soin au juge et aux praticiens de les concrétiser. En revanche, les auteurs des normes SIA et autres conditions générales (p.ex. KBOB) ont décrits expressément certains de ces devoirs.

L'étendue du devoir d'avis dépend des *circonstances concrètes* et du type de mandat²⁷⁹. En principe, le mandataire doit tenir le maître régulièrement et spontanément au courant du développement du contrat et a le devoir de l'informer (« Anzeigepflicht »), de manière complète, exacte et à temps, de toutes circonstances importantes, notamment de celles qui pourraient avoir une influence sur les instructions données²⁸⁰ et des risques pouvant survenir durant les travaux et que le maître n'est pas à même de reconnaître²⁸¹. Le mandataire doit également mettre en garde (« Abmahnungspflicht ») le mandant contre les instructions erronées²⁸². En revanche, le mandataire n'est pas tenu d'émettre un avis lorsque le mandant connaît ou doit connaître les risques qu'il encourt²⁸³. Si le mandataire met en garde le mandant qui insiste malgré tout, le premier n'a pas à assumer les conséquences d'une instruction erronée du second²⁸⁴.

Voici quelques illustrations :

- L'avis sur l'*avancement des travaux*. Il s'agit d'un devoir d'information (« Anzeigepflicht »). Le mandataire doit régulièrement informer le maître à ce sujet²⁸⁵. Ce devoir est aussi prévu à l'art. 3.4.1 SIA-102, à l'art. 4.2.2 SIA-103, ainsi qu'au ch. 2.1 des Conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB²⁸⁶.
- L'avis sur les *coûts de construction à envisager* et sur un éventuel *écart sur les coûts*²⁸⁷. Il s'agit d'un devoir d'information (« Anzeigepflicht »). Le Tribunal fédéral a admis que ce

²⁷⁶ P.ex. CHAIX, *Devoir d'information*, N 36.

²⁷⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4460.

²⁷⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4465 ss.

²⁷⁹ Arrêt du TF 4C.20/2005 du 21 février 2006 cons. 4.2.3, arrêt rendu dans le domaine bancaire.

²⁸⁰ Arrêt du TF 4C.54/2006 du 9 mai 2006 cons. 2.2.1.

²⁸¹ AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 463 et réf.; DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge* § 8, N 8.121 et réf.

²⁸² Pour plus de détails, cf. FELLMANN, *BK*, N 109-126 ad art. 397 CO, qui renvoie en principe à l'art. 369 CO du contrat d'entreprise. Eg. AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 466.

²⁸³ ATF 133 III 97 cons. 7.1.1, JdT 2008 I 84. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, N 4466.

²⁸⁴ Cf. art. 1.5.1 SIA-102 et SIA-103.

²⁸⁵ FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 682 ; LOCHER, *Planerverträge* § 9, N 9.27.

²⁸⁶ Document KBOB n° 30, Version 2017, Conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB, p. 12.

²⁸⁷ Arrêt du TF 4D_131/2009 du 16 décembre 2009 cons. 3.3.2. Eg. AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 470 s. ; SIEGENTHALER, *Planerverträge* § 10, N 10.8.

devoir d'informer s'applique également en matière économique²⁸⁸. Pour satisfaire à son obligation de diligence, le mandataire doit établir le devis des coûts de construction avec soin, donner au mandant toutes les informations nécessaires, en particulier sur le degré d'exactitude de son devis, et effectuer un contrôle continu afin de pouvoir lui signaler rapidement les éventuels dépassements de devis²⁸⁹. Dans ce cadre, le mandataire doit notamment tenir au courant le mandant de tout événement qui surviendrait en cours d'exécution, qui pourrait entraver le bon déroulement des travaux et engendrer ainsi des augmentations de prix²⁹⁰. L'art. 6.5.4 SIA-102 prévoit un devoir d'information allant dans ce sens.

- L'avis des *conséquences financières d'une modification de commande*²⁹¹. Il s'agit d'un devoir d'information (« Anzeigepflicht »). La jurisprudence et une partie de la doctrine est d'avis que le mandataire doit, contrairement à l'entrepreneur (*supra* III.B.1.b), rendre le maître attentif aux conséquences financières des éventuelles modifications de commande²⁹². L'art. 5.2 SIA-102 et SIA-103 et le ch. 2.2 des Conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB²⁹³ vont également dans ce sens.
- L'avis concernant les *risques contractuels*. Il s'agit d'un devoir d'information (« Anzeigepflicht »). Le mandataire a le devoir d'aviser le maître sur les clauses contractuelles importantes contenues dans les contrats qu'il passe avec des tiers (entrepreneurs, autres mandataires)²⁹⁴.
- L'avis de l'*utilisation d'une technique nouvelle ou d'un matériau nouveau*. Il s'agit d'un devoir d'information (« Anzeigepflicht »). Le mandataire doit rendre attentif le maître aux risques qui y sont liés²⁹⁵.
- L'avis de l'*utilité de contracter une assurance*. Il s'agit d'un devoir d'information (« Anzeigepflicht »). Le mandataire a le devoir d'attirer l'attention du maître de l'ouvrage sur l'utilité de contracter une assurance responsabilité civile lorsque la construction comporte des risques particuliers dont il peut, en tant que spécialiste, mieux se rendre compte que le maître de l'ouvrage²⁹⁶.
- L'avis sur le *choix de l'entrepreneur imposé par le maître*. Il s'agit d'un devoir de mise en garde (« Abmahnungspflicht »)²⁹⁷. Le mandataire doit aviser le maître que l'entrepreneur désigné n'a pas suffisamment d'expérience ou de connaissances²⁹⁸.

²⁸⁸ ATF 133 III 121 cons. 4.1.2 ; ATF 119 II 456 cons. 2a.

²⁸⁹ Arrêt du TF 4A_210/2015 du 2 octobre 2015 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_271/2013 du 26 septembre 2013 cons. 2.1. Eg. FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 678 et 711.

²⁹⁰ AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 455, qui donne comme exemples : « en creusant le sol, l'entrepreneur tombe sur une roche particulièrement résistante dont l'évacuation nécessite des engins spécialisés, engendrant des retards et des coûts supplémentaires ; un mur porteur s'est effondré suite à un tremblement de terre ; un accident impliquant plusieurs ouvriers est survenu sur le chantier ».

²⁹¹ ABRAVANEL, *Architektenrecht* § 4, N 312 ; FELLMANN, *BK*, N 163 ad art. 398 CO ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 713 et 750 ss.

²⁹² Arrêt du TF 4A_118/2007 du 23 novembre 2007 (état de fait). Sur la controverse doctrinale, cf. FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 753 ss et réf.

²⁹³ Document KBOB n° 30, Version 2017, Conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB, p. 12.

²⁹⁴ AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 463 ; DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge* § 8, N 8.123.

²⁹⁵ AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 463 ; DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge* § 8, N 8.124.

²⁹⁶ ATF 111 II 72 cons. 3d, JdT 1985 I 589, qui se fonde sur l'obligation de l'entrepreneur découlant de l'art. 26 al. 2 SIA-118. Eg. ABRAVANEL, *Architektenrecht* § 4, N 312 ; AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 458 ; MESSERLI, *Aufklärungspflichten*, p. 260.

²⁹⁷ DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge* § 8, N 8.132.

²⁹⁸ ATF 116 II 305 cons. 2b, JdT 1991 I 173.

- L'avis sur le *mode de construction choisi par l'entrepreneur*. Il s'agit d'un devoir de mise en garde (« Abmahnungspflicht »)²⁹⁹. Le mandataire doit rendre le maître attentif qu'une variante de l'entrepreneur relative au mode de construction comporte certains dangers³⁰⁰.
- L'avis sur les *instructions déraisonnables du maître*³⁰¹. Si l'architecte a reçu des instructions déraisonnables, il doit mettre en garde le mandant (« Abmahnungspflicht ») et lui demander de prendre position³⁰². Dès le moment où il se rend compte du caractère déraisonnable des instructions, il ne doit pas poursuivre l'exécution du mandat sans égard à ces instructions. S'il a des raisons de supposer que les instructions pourraient être déraisonnables, il s'efforce immédiatement de tirer la question au clair, conformément à son devoir de diligence ; si ses suppositions se vérifient, il en fait part au mandant, sans délai. Il ne poursuit son travail que dans la mesure indispensable pour tenir un délai d'exécution. Les normes SIA-102 et SIA-103 prévoient expressément un devoir de mise en garde à l'art. 1.2.61 en vertu duquel le constructeur est tenu « d'attirer l'attention du mandant sur les conséquences de ses instructions, en particulier en ce qui concerne les délais, la qualité et les coûts, et de le mettre en garde contre les dispositions et les demandes inadéquates. Si le mandant maintient ses instructions malgré la mise en garde, le mandataire n'est pas responsable de leurs conséquences »³⁰³. On retrouve les mêmes exigences au chiffre 2.3 des Conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB³⁰⁴.
- L'avis sur des *informations inexactes* provenant du maître ou d'un auxiliaire de celui-ci. Il s'agit d'un devoir de mise en garde (« Abmahnungspflicht »). Si le mandataire reçoit des renseignements qu'il soupçonne être inexacts, par exemple sur le terrain à bâtir, il doit mettre en garde le maître et recommander au besoin l'engagement d'un spécialiste ; de même si le mandataire identifie une erreur dans les travaux d'un tiers mandaté directement par le maître, il doit adresser un avis formel à celui-ci³⁰⁵.

3. Conditions et conséquences de la violation

Les devoirs d'avis constituent soit des devoirs accessoires du constructeur, soit des incombances (*supra* I.C3). Dans les deux hypothèses, le maître (ou mandant) ne peut pas exiger une exécution en nature et obtenir la condamnation du constructeur à émettre les avis en question. En revanche, plusieurs remèdes sont envisageables, à condition que certaines conditions communes soient remplies (a) : la garantie pour les défauts (b), le régime général l'inexécution (c), voire les désavantages liés à la violation d'une obligation ou d'une incombance (d).

a) Conditions communes

Les remèdes fondés sur le non-respect d'un devoir d'avis contractuel requièrent que les *conditions communes* suivantes soient remplies :

- 1° L'existence d'un *devoir d'avis contractuel*. Il faut que le constructeur soit tenu d'émettre un avis, conformément à ce qui vient d'être décrit (*supra* III.B.1 et III.B.2).

²⁹⁹ Cf. toutefois AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*, N 463, qui semble le qualifier de « Anzeigepflicht », alors que l'arrêt utilise l'expression « abmahnen ».

³⁰⁰ Arrêt du TF 4C.284/2006 du 7 novembre 2006 cons. 2.3. Eg. DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge § 8*, N 8.122 ; FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 682.

³⁰¹ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4454 ; ABRAVANEL, *Architektenrecht § 4*, N 315.

³⁰² TF, SJ 1987 254 cons. 4a.

³⁰³ Cf. ég. art. 3.4.1 SIA-102 (mise en garde quant à des comportements inadéquats).

³⁰⁴ Document KBOB n° 30, Version 2017, Conditions générales des contrats de mandataire de la KBOB, p. 12.

³⁰⁵ FÉROLLES, *Le dépassement du devis*, N 682 ; ZEHNDER, *Haftung*, N 112 ss.

- 2° Un *avis utile*. Le constructeur n'a pas besoin d'émettre un avis inutile³⁰⁶. S'il prouve que le cours des choses n'aurait pas changé malgré l'avis qu'il aurait dûment émis (p.ex. parce que le maître était déjà informé ou parce que le maître n'aurait de toute façon pas modifié son point de vue), alors le maître ne peut pas lui reprocher l'absence d'avis. En présence d'une telle hypothèse, on peut argumenter d'une part qu'il n'y a pas de devoir d'avis du tout³⁰⁷ ou, d'autre part, qu'il n'y a pas de lien de causalité.
- 3° La *violation du devoir d'avis*. Viole son devoir d'avis le constructeur qui n'effectue pas ou qui n'effectue que tardivement un avis utile (sur le moment de l'avis, *supra* II.C5). On rappelle que l'avis qui a déjà été formulé avant la conclusion du contrat ne doit pas être réitéré une seconde fois durant la phase contractuelle (*supra* II.C5).
- 4° Le *lien de causalité*. La violation du devoir d'avis utile doit causer le dysfonctionnement contractuel reproché au constructeur. En effet, toute violation du devoir d'avis n'entraîne pas nécessairement un défaut, un préjudice, une augmentation des coûts ou une péjoration de l'avancement du projet. Cette omission peut très bien rester sans effets et ne pas entraîner de conséquences juridiques.

b) Garantie pour les défauts

Dans le cadre d'un contrat d'entreprise uniquement³⁰⁸, l'absence d'avis avant la conclusion du contrat ou pendant son exécution peut provoquer la livraison d'un ouvrage défectueux aussi bien en cas de violation du devoir d'informer (1) que du devoir de mise en garde (2).

(a) En cas de violation du devoir d'informer

Lorsqu'un avis aurait dû être émis soit pendant les négociations contractuelles (et que le contrat a tout de même été conclu), soit en cours d'exécution du contrat, et qu'en outre cette omission provoque l'exécution défectueuse d'un ouvrage, le maître ne s'en rend souvent pas compte suffisamment tôt pour faire procéder à une exécution par substitution ou pour résoudre le contrat en vertu de l'art. 366 CO³⁰⁹. La garantie pour les défauts (art. 367 ss CO) institue alors une responsabilité contractuelle objective qui n'exige pas de faute de la part de l'entrepreneur³¹⁰. Ces règles trouvent application en lieu et place du régime général de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)³¹¹. En revanche, l'action délictuelle (art. 41 CO) existe en concours, pour autant que les conditions en soient remplies, notamment que la création du défaut constitue simultanément un acte illicite³¹².

Par *exemple*³¹³, le matériau utilisé (aluminium) n'est pas adéquat car il en aurait fallu un autre (acier) ; l'exécution ne révèle pas une qualité attendue : le sol dont la dalle de ciment est trop mince présente de nombreux défauts³¹⁴ ; la pierre utilisée pour la terrasse s'effrite en raison du

³⁰⁶ Pour le devoir d'information (« Anzeigepflicht »), cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 832. Pour le devoir de mise en garde (« Abmahnungspflicht »), cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1954.

³⁰⁷ Pour le devoir d'information (« Anzeigepflicht »), cf. GAUCH, *Werkvertrag*, N 832, qui renvoie à CHAIX, *CR-CO I*, N 23 ad art. 365.

³⁰⁸ La garantie pour les défauts (art. 367 ss CO) est propre au contrat d'entreprise et ne connaît pas d'équivalent dans le mandat. Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3755 ss.

³⁰⁹ CHAIX, *Devoir d'information*, N 36.

³¹⁰ CHAIX, *CR-CO I*, N 61 ss ad art. 368 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3766 s.

³¹¹ ATF 136 III 273 cons. 2.2 et réf. Eg. art. 171 al. 1 SIA-118. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3759.

³¹² Arrêt du TF 4A_261/2015 du 30 octobre 2015 cons. 4.1 et réf. Eg. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3760.

³¹³ Les exemples mentionnés font écho aux exemples déjà utilisés (*supra* III.B1.a)(a)) dans la description des devoirs d'avis contractuels.

³¹⁴ ATF 95 II 43 cons. 3c, JdT 1970 I 66.

gel³¹⁵ ; le matériau de qualité moindre utilisé pour la toiture entraîne un défaut d'isolation phonique³¹⁶ ; le terrain est trop meuble pour accueillir des réservoirs³¹⁷.

Pour que la garantie pour les défauts s'applique suite à la violation d'un devoir d'information, les *conditions* de fond spécifiques suivantes doivent être remplies, en sus des conditions générales déjà mentionnées (*supra* III.B.3.a) : l'ouvrage doit présenter un défaut découlant de l'absence d'avis, le défaut ne doit pas être imputable au maître et celui-ci ne doit pas l'avoir accepté³¹⁸. Il faut en outre que le maître respecte ses incombances en vérifiant l'ouvrage aussitôt qu'il le peut et en signalant immédiatement tout défaut à l'entrepreneur³¹⁹. S'il veut éviter de voir sa créance paralysée par la prescription, le maître doit enfin respecter les délais prévus à l'art. 371 CO, soit deux ans pour un ouvrage mobilier et cinq ans pour un ouvrage immobilier³²⁰.

Si ces conditions et incombances sont remplies, le maître dispose des remèdes suivants, prévus à l'art. 368 CO :

- Il peut faire valoir alternativement l'un des *droits spécifiques* à la garantie, à savoir la réfection de l'ouvrage, la réduction du prix ou la résolution du contrat³²¹. Par *exemple*³²², l'entrepreneur devra réparer la dalle défectueuse³²³, remplacer les pierres non adaptées ou, s'il refuse, supporter les coûts des travaux de réparation entrepris par un tiers³²⁴, le maître peut réduire le prix de l'ouvrage en raison de la toiture défectueuse³²⁵, il peut aussi résoudre le contrat car les réservoirs installés sur le terrain meuble sont affectés d'un défaut rédhibitoire et que leur enlèvement ne représente pas un inconvénient excessif.
- En outre, le maître peut exiger, en sus des droits spécifiques, la *réparation du préjudice consécutif au défaut*, c'est-à-dire du dommage qui découle du défaut mais qui se développe en dehors de ce dernier³²⁶. Il s'agit d'une forme particulière de l'action contractuelle en dommages-intérêts : elle est soumise aux conditions prévues aux art. 97 ss CO, soit un préjudice consécutif au défaut, un chef de responsabilité (faute personnelle, acte d'un auxiliaire) et un lien de causalité, auxquelles s'ajoutent les incombances et les délais de prescription prévus par les art. 367 ss CO³²⁷. Par *exemple*³²⁸, la dalle défectueuse endommage le carrelage qui la recouvre ; les pierres qui s'effritent blessent le propriétaire ; la toiture défectueuse n'est pas étanche et entraîne un dégât d'eau dans un appartement³²⁹.

³¹⁵ Arrêt du TF 4C.130/2006 du 8 mai 2007 cons. 3.

³¹⁶ Arrêt du TF 4A_297/2008 du 6 octobre 2008 cons. 4.

³¹⁷ Exemple inspiré de l'ATF 98 II 118.

³¹⁸ Pour plus de détails, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3766 ss.

³¹⁹ Pour plus de détails, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3801 ss.

³²⁰ Pour plus de détails, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3833 ss.

³²¹ Pour plus de détails, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3863 ss et 3872 ss.

³²² Les exemples mentionnés font écho aux exemples déjà utilisés dans la description des devoirs d'avis contractuels *supra* III.B1.a)(a) et dans les exemples d'ouvrages défectueux *supra* III.B3.b)(a).

³²³ Cf. ATF 95 II 43, JdT 1970 I 66, où le maître avait requis un autre remède.

³²⁴ Arrêt du TF 4C.130/2006 du 8 mai 2007 cons. A.e, B et 5.

³²⁵ Arrêt du TF 4A_297/2008 du 6 octobre 2008 cons. B.

³²⁶ ATF 136 III 273 cons. 2.2. Pour plus de détails, cf. CARRON/FÉROLLES, *Dommage consécutif au défaut*, p. 69 ss et 101 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3870 et 3942 ss.

³²⁷ Pour plus de détails, cf. CARRON/FÉROLLES, *Dommage consécutif au défaut*, p. 71 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3898 ss.

³²⁸ Les exemples mentionnés font écho aux exemples déjà utilisés dans la description des devoirs d'avis contractuels *supra* III.B1.a)(a) et dans les exemples d'ouvrages défectueux *supra* III.B3.b)(a).

³²⁹ Pour d'autres exemples, cf. CHAIX, *Devoir d'information*, N 42.

(b) En cas de violation du devoir de mise en garde

Commençons par décrire le régime applicable lorsque l'entrepreneur a *dûment émis un avis formel* suite à l'ordre erroné du maître qui persiste dans ses instructions en dépit de la mise en garde. Dans ce cas, l'art. 369 CO prévoit que l'entrepreneur *ne répond pas de la garantie pour les défauts* : le défaut est imputable au maître et une des conditions des art. 367 ss CO n'est pas remplie³³⁰. La même conclusion s'impose même en l'absence d'un avis formel si les instructions du maître ont été données de manière qualifiée et que l'entrepreneur n'a pas décelé et ne devait pas déceler l'erreur du maître³³¹.

Par *exemple*, si l'entrepreneur qui développe un produit met en garde le maître qui veut le commercialiser avant la fin complète du développement et que celui-ci fait fi de cet avis formel, le maître ne peut ensuite pas valablement reprocher à l'entrepreneur de ne pas avoir suffisamment testé le produit qui présente des défauts³³².

En revanche, lorsque l'entrepreneur doit mettre en garde le maître et qu'il ne le fait pas, la *conséquence de la violation du devoir d'avis formel* est que l'exonération de la garantie pour les défauts est exclue et que l'entrepreneur *répond en principe de la garantie pour les défauts* malgré l'ordre erroné du maître³³³. Cela se produit en premier lieu lorsqu'un ordre erroné a été donné par un maître, un conseiller ou un représentant non qualifié, ou, en second lieu, lorsqu'un ordre erroné a été donné par une personne qualifiée mais que l'entrepreneur a effectivement décelé cette erreur ou aurait dû la déceler (*supra* III.B.1.a)(b)).

Par *exemple*, l'entreprise chargée de refaire l'étanchéité intérieure de cuves en béton qui ne se rend pas compte que la matière mise à disposition par le maître (la cuve en béton) est défectueuse car humide et contaminée, doit assumer les conséquences du défaut des parois en béton des cuves et l'art. 369 CO n'est pas opposable au maître³³⁴.

En cas d'absence de mise en garde, l'entrepreneur peut *exceptionnellement se libérer* (totalement ou partiellement) *de sa responsabilité pour les défauts* dans les circonstances suivantes :

- Il peut prouver que son *avis formel aurait été inutile*, car le maître s'en serait tout de même tenu à son ordre erroné et le défaut se serait tout de même produit³³⁵. L'entrepreneur est totalement libéré de sa responsabilité en garantie pour les défauts.
- Il peut invoquer la *faute propre limitée du maître*³³⁶. Cela peut se produire lorsqu'un défaut découle d'un ordre donné de façon qualifiée par le maître dont l'entrepreneur n'a pas décelé le caractère erroné alors qu'il aurait dû le faire, de sorte que l'avis formel de l'art. 369 CO a été omis. Dans ce cas, le juge peut réduire l'indemnité due par l'entrepreneur en cas de dommage consécutif au défaut (art. 368 al. 1 CO) en se fondant sur l'art. 44 al. 1 CO (et l'art. 99 al. 3 CO), mais il devrait également pouvoir diminuer le montant de la réduction du prix de l'ouvrage (art. 368 al. 2 CO) ou exonérer partiellement l'entrepreneur de la prise en charge des frais de réfection (art. 368 al. 2 CO³³⁷), voire tenir compte de la faute propre du maître pour déterminer si celui-ci peut ou non résoudre le contrat (art. 368 al. 1 CO)³³⁸.

³³⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1918 et 1938 ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 91. Eg. Art.1.5.

³³¹ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 93 s.

³³² Arrêt du TF 4C.217/2005 du 20 février 2006 cons. 3.2.2.

³³³ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 91.

³³⁴ Arrêt du TF 4C.347/2005 du 13 février 2006 cons. 3.

³³⁵ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1954. A ce sujet, cf. ég. *supra* III.B.3.III.B3.a).

³³⁶ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 91 s.

³³⁷ Cf. ég. art. 170 al. 3 SIA-118.

³³⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 2061 ss. Eg. ATF 116 II 454 cons. 3b, JdT 1991 I 362.

c) Régime général de l'inexécution contractuelle

La violation du devoir d'avis du constructeur autorise le maître à faire valoir les *remèdes en cas d'inexécution contractuelle* (art. 97 ss CO), en particulier l'action en dommages-intérêts. Dans cette hypothèse, le constructeur doit réparer le préjudice subi par le maître, qui correspond à son intérêt positif : le maître doit être replacé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne en l'absence de violation contractuelle, plus précisément dans celle qui aurait été la sienne si le devoir d'information avait été dûment effectué.

Le maître doit établir les *conditions* spécifiques suivantes, qui se combinent avec les conditions générales déjà mentionnées (*supra* III.B.3.a) : premièrement l'existence d'un préjudice, deuxièmement une violation d'un devoir d'avis, troisièmement un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation fautive du contrat et le préjudice invoqué, et quatrièmement la faute, qui est présumée³³⁹. La créance est soumise à la prescription décennale de l'art. 127 CO.

La *portée* de la responsabilité contractuelle fondée sur les art. 97 ss CO dépend de la *qualification du contrat* de construction :

1° Si l'on a affaire à un **contrat d'entreprise**, le régime général cède largement sa place aux normes spéciales de la garantie pour les défauts (art. 367 ss CO) traitées ci-dessus (*supra* III.B.3.a). Il conserve néanmoins sa signification dans certaines situations :

- Le dommage survient *avant la livraison de l'ouvrage*³⁴⁰. Par exemple, si la matière du maître périt avec l'ouvrage non encore livré en raison du fait que l'entrepreneur n'a pas respecté son devoir d'information (art. 376 al. 3 CO ou art. 188 al. 3 SIA-118), l'entrepreneur perd son droit à la rémunération pour les prestations déjà accomplies mais réduites à néant lors de la perte de l'ouvrage³⁴¹, et doit en sus indemniser le maître conformément aux art. 97 ss CO, car il a violé son devoir d'avis³⁴².
- L'absence d'avis n'entraîne ni défaut de l'ouvrage ni dommage consécutif au défaut, mais elle *empêche* le maître *d'en faire une utilisation conforme*³⁴³. Par exemple, le maître peut se retourner contre l'entrepreneur qui ne lui a pas conseillé d'assurer la matière qu'il a fournie et qui a été détruite dans un incendie³⁴⁴.
- L'entrepreneur a fait appel à des *sous-traitants* sans y avoir été autorisé, et subit un dommage à ce titre³⁴⁵.
- Le *coût est disproportionné* par rapport à l'intérêt du maître pour l'ouvrage (qui ne présente aucun défaut). L'entrepreneur, qui a omis d'aviser le maître de cette situation durant les négociations précontractuelles, doit, en vertu de la théorie de l'absorption, l'indemniser selon les règles sur la responsabilité contractuelle. Le dommage correspond à la différence de coûts entre l'ouvrage réalisé et celui que le maître aurait commandé s'il avait été informé à temps des coûts effectifs, sous réserve de l'éventuelle plus-value objective de l'ouvrage³⁴⁶.
- En cas de *devis approximatif* (art. 375 al. 1 CO) ou *indicatif* (art. 56 al. 3 SIA-118), l'entrepreneur qui viole son devoir d'avis doit réparer le dommage subi par le maître qui n'a

³³⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4578 ss.

³⁴⁰ ATF 113 II 421 cons. 2b. ; ATF 111 II 170 cons. 2. En effet, les règles sur la garantie pour les défauts exigent que l'ouvrage soit livré TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3778 ss.

³⁴¹ CHAIX, *Devoir d'information*, N 45 et réf. ; HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 79.

³⁴² ATF 113 II 421 cons. 2b. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1201 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4135.

³⁴³ CHAIX, *Devoir d'information*, N 44 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4530 ss.

³⁴⁴ Cf. ATF 50 II 514 cons. 1b, JdT 1925 I 98, où le devoir d'avis a été nié en raison du fait que le maître était un spécialiste.

³⁴⁵ CHAIX, *Devoir d'information*, N 44 et réf., qui précise que le simple fait de recourir à un sous-traitant n'est pas encore dommageable en soi, mais que cela justifie en revanche le droit de refuser l'accès au chantier, de procéder à une exécution par substitution ou de résoudre le contrat.

³⁴⁶ CHAIX, *Devoir d'information*, N 46 et réf. ; SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 732 ss.

pas été en mesure d'exercer à temps ses droits (recourir à un mode d'exécution moins cher ou mettre fin au contrat). Le maître doit être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si l'entrepreneur s'était acquitté à temps de son devoir d'avis³⁴⁷. Par conséquent, aucune indemnité n'est due si l'entrepreneur prouve que le maître avait déjà connaissance du dépassement du devis ou que, s'il avait été dûment informé, il n'aurait pas exercé les droits que lui confèrent l'art. 375 CO³⁴⁸.

- Si le fait que l'entrepreneur n'ait pas accompli son devoir d'information a contribué à rendre ultérieurement l'*exécution de l'ouvrage impossible* (cf. art. 378 CO), il doit supporter le préjudice en résultant. Le régime favorable de l'art. 378 CO n'est plus applicable et l'entrepreneur qui a violé son obligation de diligence, doit répondre du dommage causé au maître selon les art. 97 ss CO, voire de l'art. 103 CO s'il se trouvait en demeure³⁴⁹. Toutefois, si le maître a (aussi) commis une faute au sens de l'art. 378 al. 2 CO, le juge peut en tenir compte en réduisant l'indemnité sur la base de l'art. 44 al. 1 CO applicable en vertu du renvoi de l'art. 99 al. 3 CO³⁵⁰.

Outre l'action en dommages-intérêts, le maître peut recourir à l'institution de la *demeure* (art. 102 ss CO) si l'entrepreneur en demeure a violé son devoir d'avis de l'art. 365 al. 3 CO, alors que sa demeure serait sinon justifiée³⁵¹. Par exemple, si l'intervention d'une autorité administrative entraîne un retard dans le projet, l'entrepreneur qui omet d'en avertir le maître tombe en demeure, même s'il n'est pas responsable de l'intervention de l'autorité en question³⁵².

2° Si l'on a affaire à un **contrat de mandat**, la garantie pour les défauts n'est pas applicable et la sanction la plus typique est l'*action en dommages-intérêts* prévue à l'art. 398 al. 1 CO. Cette disposition renvoie à l'art. 321e CO, qui reprend lui-même le régime des art. 97 ss CO³⁵³.

d) Désavantages liés à la violation d'une obligation ou au non-respect d'une incombance

Si le constructeur omet d'émettre un avis dont il est responsable, il peut subir la *perte de certains avantages*³⁵⁴ :

- Nous avons déjà vu (*supra* III.B.3.b)(b)) que l'entrepreneur subit un désavantage s'il n'adresse pas l'*avis formel prévu par l'art. 369 CO* en cas d'ordre erroné de la part du maître. En effet, lorsque le défaut de l'ouvrage découle des instructions erronées du maître, l'entrepreneur qui n'a pas mis en garde le maître et qui aurait dû le faire, reste tenu de la garantie pour les défauts³⁵⁵.
- En cas de *prix forfaitaire*, l'entrepreneur qui ne remplit pas son incombance consistant à aviser le maître que le prix convenu ne pourra pas être respecté en raison de circonstances extraordinaires (art. 373 al. 2 CO), perd son droit à obtenir une rémunération supplémentaire³⁵⁶.

³⁴⁷ Arrêt du TF 4A_302/2014 du 6 février 2015 cons. 3.1. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 1007 s. qui précise que ce devoir ne découle pas de l'art. 365 al. 3 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4056. Pour l'art. 56 al. 3 SIA-118, HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 81.

³⁴⁸ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 81 et réf. ; SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 726 ss. Eg. *supra* III.B3.a).

³⁴⁹ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 77 s.

³⁵⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 740 et réf.

³⁵¹ GAUCH, *Werkvertrag*, N 829.

³⁵² GAUCH, *Werkvertrag*, N 680.

³⁵³ Arrêt du TF 4A_577/2008 du 31 mars 2009 cons. 3.1. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 47, TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4056.

³⁵⁴ Pour les conditions générales qui doivent être remplies, *supra* III.B.3.III.B3.a).

³⁵⁵ CHAIX, *Devoir d'information*, N 45 et réf.

³⁵⁶ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1112 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 4024, qui parlent à tort d'avis formel.

L'entrepreneur qui n'avertit pas suffisamment tôt le maître ne peut pas invoquer l'augmentation de prix due aux coûts encourus avant l'avis tardif³⁵⁷.

- En cas de *perte de l'ouvrage pourtant imputable au maître* (p.ex. défaut de la matière fournie, défaut du terrain désigné ou inadéquation des instructions données), la violation du devoir d'avis entraîne la perte de la rémunération prévue à l'art. 376 al. 3 CO (prix du travail déjà fait avant l'ouvrage et remboursements des dépenses non comprises dans ce prix)³⁵⁸.
- En cas d'*impossibilité d'exécuter l'ouvrage pourtant imputable au maître*, la violation du devoir d'avis a pour conséquence que le régime favorable de l'art. 378 CO ne s'applique pas. On applique les règles générales sur l'impossibilité subséquente, y compris pour les prestations déjà exécutées³⁵⁹.

Plus généralement, l'entrepreneur qui omet d'informer le maître à temps de circonstances importantes *ne peut exiger une pleine rémunération de ses efforts supplémentaires*. Par exemple, si des difficultés rencontrées lors de la construction exigent de nouveaux plans de la part du maître et que ceux-ci ne sont livrés que tardivement en raison du défaut d'avis de l'entrepreneur, celui-ci doit supporter les coûts additionnels, en particulier ceux liés à d'éventuelles mesures d'accélération³⁶⁰.

Dans le cadre du *mandat*, le mandataire n'a droit à une pleine rémunération que s'il prouve avoir correctement exécuté son mandat³⁶¹. Si le mandataire viole un devoir d'avis, ses honoraires peuvent être réduits en vertu de l'art. 394 al. 3 CO, en raison de l'exécution défectueuse du mandat³⁶². Cette sanction peut être cumulée avec l'obligation de verser des dommages-intérêts pour réparer le dommage causé par la mauvaise exécution du mandat³⁶³.

C Devoirs d'avis post-contractuels

L'obligation de fidélité et de diligence, et donc celle d'aviser le maître de certaines circonstances, peut perdurer au-delà du contrat sous la forme de *devoirs accessoires post-contractuels*³⁶⁴. Ces devoirs, présentés ci-dessous selon la systématique éprouvée dans cette contribution (*supra* III.A), servent à protéger l'intégrité du maître en le rendant attentif à des dangers et à de possibles dégradations pouvant provenir de la sphère d'influence du constructeur³⁶⁵.

Selon les catégories décrites en début de contribution (*supra* II.A), les devoirs d'avis post-contractuels appartiennent en principe à la catégorie des *autres devoirs d'avis* (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten »). En particulier, ils ne peuvent être qualifiés de devoirs d'information (« Anzeigepflicht ») car ils ne concernent ni l'exécution régulière ni l'exécution ponctuelle de l'ouvrage au sens de l'art. 365 al. 3 CO, puisque celle-ci a déjà eu lieu. A notre avis toutefois (déjà notre critique *supra* II.A.3), si leurs caractéristiques sont les mêmes que celles des devoirs d'information, ils mériteraient d'être rattachés à cette catégorie.

³⁵⁷ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 76.

³⁵⁸ GAUCH, *Werkvertrag*, N 1201 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4135 ss.

³⁵⁹ CHAIX, *CR-COI*, N 3 ad art. 378 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 740.

³⁶⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 788 ; SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*, N 737.

³⁶¹ Arrêt du TF 4A_287/2015 du 22 juillet 2015 cons. 2.1.

³⁶² ATF 108 II 197 cons. 2a, JdT 1982 I 548 ; arrêt du TF 4A_89/2017 du 2 octobre 2017 cons. 5.2.2. Eg. WERRO, *CR-COI*, N 11 ad art. 397 ; FELLMANN, *BK*, N 105 ss ad art. 397.

³⁶³ Arrêt du TF 4A_89/2017 du 2 octobre 2017 cons. 5.2.2.

³⁶⁴ Pour le contrat d'entreprise, arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1 et 3.3.2 et les réf. citées.

³⁶⁵ MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, N 193.

1. Contrat d'entreprise

a) Avis relatifs à l'ouvrage livré

Après la livraison de l'ouvrage, l'entrepreneur peut encore avoir des *devoirs d'avis*. On distingue notamment les devoirs suivants :

- L'avis sur l'*utilisation adéquate de l'ouvrage*³⁶⁶. Même si la qualification de ce devoir varie³⁶⁷, jurisprudence et doctrine s'accordent à dire qu'il découle du devoir général de diligence³⁶⁸. Si une utilisation de l'ouvrage non appropriée ou contraire à sa destination est prévisible et porteuse de dangers, le maître doit y être rendu attentif, lorsqu'il n'est pas censé connaître le risque³⁶⁹. Par exemple, l'entrepreneur doit renseigner le maître sur la qualité de l'eau devant être utilisée dans une installation de chauffage³⁷⁰.
- L'avis sur les *mesures à prendre suite à une interruption des travaux découlant de la résiliation du contrat*³⁷¹. Par exemple, l'entreprise qui était en train de poser un parquet en recourant à une technique inusuelle doit, même après résiliation de son contrat selon l'art. 377 CO, informer le maître des mesures à prendre pour éviter que le parquet posé ne se déforme et ne se décolle³⁷².
- L'avis de *l'entretien conforme de l'ouvrage*³⁷³. Quelle que soit la qualification retenue³⁷⁴, l'entrepreneur doit notamment renseigner le maître sur les mesures d'entretien nécessaires à la préservation de l'ouvrage, la fréquence des contrôles ou des travaux de nettoyage à effectuer³⁷⁵.
- L'avis de *l'intérêt pour le maître de conclure une assurance lorsqu'il encourt des chefs de responsabilité spéciaux*. On renvoie à ce qui a déjà été dit plus haut à ce sujet, en lien avec les devoirs d'avis contractuels (*supra* III.B1.a)(3)).
- L'avis sur les *dangers de l'ouvrage livré*. Dans la mesure où l'entrepreneur devrait le faire sur la base des principes généraux de la responsabilité civile, l'obligation de loyauté lui impose aussi d'aviser le maître des dangers que représente l'ouvrage livré, en particulier les défauts pouvant mettre en péril l'intégrité des personnes et de leurs biens protégés³⁷⁶. En revanche, l'entrepreneur n'a pas à informer le maître de défauts dont il apprend l'existence

³⁶⁶ Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1 ; ATF 129 III 604 cons. 4.1 ; ATF 94 II 157 cons. 5 ; arrêt du TF 4C.149/2001 du 19 décembre 2001 cons. 7. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 34.

³⁶⁷ Pour GAUCH, *Werkvertrag*, N 836, il appartient aux autres devoirs d'avis (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten »), pour HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 77, il s'agit d'une obligation d'informer (« Anzeigepflicht »).

³⁶⁸ ATF 129 III 604 cons. 4.1 ; ATF 94 II 157 cons. 5, JdT 1969 I 538. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 77.

³⁶⁹ ATF 129 III 604 cons. 4.1. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 836.

³⁷⁰ ATF 94 II 157 cons. 5, JdT 1969 I 538. En revanche, le TF a nié un tel devoir du concessionnaire du service téléphonique d'avertir l'abonné utilisant des services du téléphone rose lorsque les taxes liées à son raccordement dépassent un certain seuil durant le mois en cours (ATF 129 III 604 cons. 4).

³⁷¹ Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1, qui semble dire qu'il appartient plutôt à la catégorie des « autres devoirs d'avis ». Il ne s'agirait pas d'une obligation d'informer (« Anzeigepflicht ») car l'avis ne concerne ni l'exécution régulière ni l'exécution ponctuelle de l'ouvrage. Cf. toutefois notre critique au début de cette section et les renvois qu'elle contient.

³⁷² Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.2.

³⁷³ CHAIX, *Devoir d'information*, N 35.

³⁷⁴ HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 77, qui le qualifie de « Anzeigepflicht »; GAUCH, *Werkvertrag*, N 836, qui le décrit comme un « Aufklärungspflicht » ou « Hinweispflicht ».

³⁷⁵ CHAIX, *Devoir d'information*, N 35.

³⁷⁶ GAUCH, *Werkvertrag*, N 821a, qui parle de « Hinweispflicht ».

après la livraison, sauf s'il les découvre lors de travaux de réparation ; il ne doit pas non plus l'aviser de la prescription prochaine de ses créances³⁷⁷.

b) Avis relatifs à la rémunération

Vu que la rémunération est exigible à la livraison de l'ouvrage³⁷⁸, l'entrepreneur n'aura en principe pas à effectuer d'avis concernant la rémunération après la remise de l'ouvrage.

c) Avis relatifs aux autres modalités

Lors des contacts post-contractuels, les devoirs d'avis de l'entrepreneur concernent aussi d'*autres modalités contractuelles*.

L'entrepreneur doit notamment aviser la direction des travaux et/ou un post-entrepreneur de *toutes informations utiles sur les particularités de son travail*³⁷⁹. Ce devoir découle de l'obligation de fidélité de l'art. 364 al. 1 CO, en particulier lorsque l'entrepreneur a des raisons de croire que le co-entrepreneur qui lui succède n'est pas apte à identifier si les travaux réalisés constituent une base adéquate pour son activité³⁸⁰. L'art. 30 al. 4 SIA-118 prévoit également que « [l']entrepreneur donne à la direction des travaux, à l'intention de l'entrepreneur qui lui succédera sur le chantier, toutes informations utiles sur les particularités de son travail, particularités que le co-entrepreneur ne peut connaître mais dont il aura besoin pour exécuter correctement son travail. L'avis est donné par écrit (art. 25 al. 2) ».

2. Particularités du contrat de mandat

Le *mandataire* se voit également imposer des devoirs d'avis post-contractuels, qui sont l'émanation de son devoir général de diligence.

Le mandataire doit aviser le maître sur *l'utilisation adéquate de l'ouvrage*. Un architecte s'est ainsi vu reproché d'avoir violé son devoir d'information pour n'avoir pas rendu le maître d'ouvrage attentif à la nécessité d'un curage annuel du système de drainage après la livraison de l'ouvrage³⁸¹.

3. Conditions et conséquences de la violation

Les conditions et conséquences de la violation d'un devoir d'avis post-contractuel sont en principe semblables à celles des devoirs contractuels. Elles relèvent en principe des *règles générales sur l'inexécution des contrats* (art. 97 ss CO ; *supra* III.B3)³⁸².

Par *exemple*, une installation de chauffage exempte de défaut voit ses canalisations se corroder en raison du fait que l'entrepreneur a omis de transmettre les instructions correctes quant à l'utilisation de l'installation : le maître peut alors tenter une action en responsabilité contractuelle visant à obtenir des dommages-intérêts³⁸³.

On précise que la *garantie pour les défauts* du contrat d'entreprise (art. 367 ss CO) n'est pas en principe pas pertinente : en effet, le défaut doit exister au moment de la livraison ou avoir sa cause

³⁷⁷ GAUCH, *Werkvertrag*, N 821a, qui cite KNIFFKA, *Aufklärungspflicht*, p. 202.

³⁷⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4073.

³⁷⁹ Arrêt du TF 4A_273/2017 du 14 mars 2018 cons. 3.3.1. Eg. GAUCH, *Werkvertrag*, N 837, qui parle de « Hinweispflicht » : HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 80, qui parle de « Anzeigepflicht ».

³⁸⁰ GAUCH, *Werkvertrag*, N 821 ; MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, N 197.

³⁸¹ Arrêt du TF 4C.269/2003 15 décembre 2004 cons. 4.2. Eg. HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*, p. 78.

³⁸² MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, N 392 s. et N 399 ss, où l'auteur n'exclut pas l'utilisation des règles sur la garantie pour les défauts lorsque le devoir post-contractuel implique un travail d'entretien ou tout autre travail (ce qui est toutefois peu probable dans le cadre d'un devoir d'avis post-contractuel).

³⁸³ ATF 94 II 157 cons. 5, JdT 1969 I 538. Eg. CHAIX, *Devoir d'information*, N 43.

dans un défaut existant à ce moment-là³⁸⁴. Par conséquent, la violation d'un devoir d'avis post-contractuel ne permet en principe pas au maître d'invoquer les droits spécifiques de la garantie pour les défauts³⁸⁵.

Conclusion

Les contrats de construction réunissent traditionnellement un constructeur – professionnel aguerri et spécialiste de son domaine – et un maître de l'ouvrage qui ne bénéficie pas de connaissances approfondies. Cette asymétrie a conduit le législateur à imposer des *devoirs d'avis aux constructeurs*. Le contrat d'entreprise contient tout une série de dispositions prévoyant explicitement l'obligation pour l'entrepreneur d'informer ou de mettre en garde le maître. A cela s'ajoute le fait que la jurisprudence et la doctrine ont reconnu l'existence d'un devoir d'avis dans de nombreuses autres hypothèses. En revanche, dans le contrat de mandat, les devoirs d'avis découlent des obligations générales de diligence et de loyauté du mandataire.

La jurisprudence et la littérature distinguent *trois catégories de devoirs d'avis* : les devoirs d'information (« Anzeigepflichten »), les devoirs de mise en garde (« Abmahnungspflichten ») ainsi que d'autres devoirs d'avis (« andere Aufklärungs- und Hinweispflichten »). Si les deux premières font sens en fonction des critères qui les singularisent, nous sommes d'avis que la troisième est un groupe fourre-tout. Il serait plus judicieux d'élargir les définitions des deux premiers groupes pour qu'ils incluent chacun une partie des devoirs habituellement rattachés à la troisième catégorie.

La *typologie* que nous avons établie a permis de mettre en évidence une *kyrielle de devoirs d'avis*, imposés aussi bien à l'entrepreneur qu'au mandataire. Ces devoirs touchent la totalité du cycle de vie d'un contrat : la négociation (devoirs précontractuels), l'exécution contractuelle et la phase post-contractuelle. Ces devoirs concernent également l'ensemble des prestations des contrats de construction : l'ouvrage de l'entrepreneur ou les prestations du mandataire, la rémunération payée par le maître ou encore d'autres modalités contractuelles.

Malgré cette diversité, nous avons pu mettre en évidence des *modalités communes* à tous les devoirs d'avis, qui concernent à la fois l'auteur, le destinataire, l'objet, le contenu, la forme, le moment et la révocation de l'avis. Nous avons également démontré que le régime juridique découlant de la violation d'un devoir d'avis était soumis à *plusieurs conditions communes*. Au-delà de ces conditions, le maître doit toutefois identifier le type de devoir d'avis violé, l'étape contractuelle concernée ainsi que le dysfonctionnement contractuel causé afin de déterminer les conditions particulières et les conséquences juridiques applicables à la violation concernée.

Bibliographie

ABRAVANEL PHILIPPE, § 4 *Les devoirs généraux de l'architecte*, in : Gauch Peter/Tercier Pierre (édit.), *Das Architektenrecht - Le droit de l'architecte*, 3^e éd., Fribourg 1995 (cité : ABRVANEL, *Architektenrecht* § 4).

AEBI-MABILLARD JESSICA C. L., *La rémunération de l'architecte*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cité : AEBI-MABILLARD, *Rémunération de l'architecte*).

BÜHLER THEODOR, *Der Werkvertrag. Art. 363-379 OR*, in : Gauch Peter (édit.), *Zürcher Kommentar das Obligationenrecht*, Zurich 1998 (cité : BÜHLER, *ZK*).

³⁸⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*, N 3781.

³⁸⁵ CHAIX, *Devoir d'information*, N 49.

CARRON BLAISE, *Claim management et contrat de construction ; Comment gérer les prétentions complémentaires et les revendications de l'entrepreneur*, JDC 2017 p. 157-196 (cité : CARRON, *Claim management*).

CARRON BLAISE, *La protection du consommateur lors de la formation du contrat*, in : Carron Blaise/Müller Christoph (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Neuchâtel 2013, p. 95-158 (cité : CARRON, *Protection du consommateur*).

CARRON BLAISE/FÉROLLES YANN, *Le dommage consécutif au défaut*, in : Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), *Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013*, Berne 2013, p. 69-154 (cité : CARRON/FÉROLLES, *Dommage consécutif au défaut*).

CHAIX FRANÇOIS, *Commentaire des art. 363 ss CO*, in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand du code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CHAIX, *CR-CO I*).

CHAIX FRANÇOIS, *La violation par l'entrepreneur de ses devoirs d'information vis-à-vis du maître de l'ouvrage*, in : SJ 2009 II, p. 117 ss (cité : CHAIX, *Devoir d'information*).

DENZLER BEAT/HOCHSTRASSER MICHAEL, § 8 *Die Haftung für die Planung*, in : Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (édit.), *Die Planerverträge Verträge mit Architekten und Ingenieuren*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : DENZLER/HOCHSTRASSER, *Planerverträge § 8*).

EGLI ANTON, *Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes*, in : Lendi Martin/Nef Urs Ch./Trümpy Daniel (édit.), *Das private Baurecht der Schweiz*, Zurich 1994 (cité : EGLI, *Haftung*).

FELLMANN WALTER, *Berner Kommentar OR, VI/2/4, Der einfache Auftrag, Art. 394 – 406 OR*, Berne 1992 (cité : FELLMANN, *BK*).

FÉROLLES YANN, *Le dépassement du devis de l'architecte : Analyse de droit suisse de la responsabilité contractuelle*, thèse Neuchâtel, Bâle 2017 (cité : FÉROLLES, *Le dépassement du devis*).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Tomes I et II, 10^e éd., Zurich 2014 (cité : GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht*).

GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 5^e éd., Zurich 2011 (cité : GAUCH, *Werkvertrag*).

Gauch Peter/Stöckli Huber (édit.), *Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten*, 2^e éd., Zurich 2017 (cité : AUTEUR, *Schulthess – Komm SIA-118*, N [...] ad art. [...]).

Gauch Peter/Tercier Pierre (édit.), *Das Architektenrecht - Le droit de l'architecte*, 3^e éd., Fribourg 1995 (cité : AUTEUR, *Architektenrecht § [...]*).

GEHRER CAROLE/GIGER GION, *Kommentar zum Art. 397 OR*, in : Claire Huguenin/Müller-Chen Markus (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Bd. 6, Vertragsverhältnisse Teil 2 : Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft [Art. 319-529 OR]*, 3^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : GEHRER/GIGER, *CHK*).

HARTMANN STEPHAN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung : klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*, thèse, Fribourg 2001 (cité : HARTMANN, *Die vorvertraglichen Informationspflichten*).

HENNINGER ANTON, *Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers*, in : JDC 2009, p. 63-101 (cité : HENNINGER, *Anzeige- und Abmahnungspflichten*).

HENNINGER ANTON, *Bauverzögerung und ihre Folgen*, in : JDC 2005, p. 237-267 (HENNINGER, *Bauverzögerungen*).

Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR)*, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : AUTEUR, *BSK-OR I*).

HÜRLIMANN ROLAND, *Bauablaufstörung – Anspruch des Unternehmers auf Mehrvergütung (Verletzung von Mitwirkungspflichten)*, in : Jusletter 4 juillet 2016 (cité : HÜRLIMANN, *Ansprüche des Unternehmers*).

KNIFFKA ROLF, *Aufklärungspflicht des Bauunternehmers nach der Abnahme*, in Doerry Jürgen/Watzke Hans-Georg (édit.), *Festschrift Heiermann*, Wiesbaden/Berlin 1995, p. 202 ss (cité : KNIFFKA, *Aufklärungspflicht*).

KOLLER ALFRED, *Berner Kommentar OR, VI/3/1, Der Werkvertrag Art. 363-366 OR*, Berne 1998 (cité : KOLLER, *BK*).

KOLLER ALFRED, *Unverhältnismässige Überschreitung eines Ungefährpreises beim Werkvertrag (Art. 375 OR)*, in : PJA 2015, p. 303-315 (cité : KOLLER, *Unverhältnismässige Überschreitung*).

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Werkvertragsrecht*, Zurich/St. Gall 2015 (cité : KOLLER, *Werkvertragsrecht*).

LOCHER CHRISTOPH, § 9 *Die Bauleitung*, in : Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (édit.), *Die Planerverträge Verträge mit Architekten und Ingenieuren*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : LOCHER, *Planerverträge § 9*).

MESSERLI BEAT, *Aufklärungspflichten im privaten Baurecht : Thesen und Beispiele*, in : *Revue de l'avocat* 2008, p. 259-264 (cité : MESSERLI, *Aufklärungspflichten*).

MIDDENDORF PATRICK, *Nachwirkende Vertragspflichten*, thèse, Fribourg 2002 (cité : MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*).

MÜLLER CHRISTOPH, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012 (cité : MÜLLER, *Contrats*).

RECHSTEINER PETER, *Widerruf/Rückzug der Abmahnung durch den Unternehmer im Werkvertrag*, in : Jusletter 13 juin 2005 (cité : RECHSTEINER, *Abmahnung*).

SCHOPF ADOLF, *Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers*, 3^e éd., Vienne 2007 (cité : SCHOPF, *Prüf- und Warnpflicht*).

SCHUMACHER RAINER, § 5 *Die Haftung des Architekten aus Vertrag*, in : Gauch Peter/Tercier Pierre (édit.), *Das Architektenrecht – Le droit de l'architecte*, 3^e éd., Fribourg 1995 (cité : SCHUMACHER, *Architektenrecht § 5*).

SCHUMACHER RAINER/KÖNIG ROGER, *Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Grundvergütung – Mehrvergütung*, 2^e éd., Zurich 2017 (cité : SCHUMACHER/KÖNIG, *Vergütung*).

SCHWAGER RUDOLF, *Die Vollmacht des Architekten*, in : Gauch Peter/Tercier Pierre, *Das Architektenrecht*, 3^e éd., Fribourg 1995, p. 253 ss (cité : SCHWAGER, *Vollmacht des Architekten*).

SIEGENTHALER THOMAS, § 10 *Die Kosteninformation*, in : Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (édit.), *Die Planerverträge Verträge mit Architekten und Ingenieuren*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : SIEGENTHALER, *Planerverträge § 10*).

SPIESS HANS RUDOLF/HUSER MARIE-THERES, *Norm SIA 118 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben durch den Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein*, Berne 2014 (cité : SPIESS/HUSER, *CS – Norm SIA-118*).

Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (édit.), *Die Planerverträge Verträge mit Architekten und Ingenieuren*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : AUTEUR, *Planerverträge § [...]*).

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON, *Contrats spéciaux*).

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand du code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : AUTEUR, *CR-CO I*).

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ, *Droit des obligations*).

WERRO FRANZ, *Commentaire de l'art. 394 CO*, in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand du code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : WERRO, *CR-CO I*).

WESSNER PIERRE, *Quelques figures libres et imposées du devoir d'information durant la période précontractuelle : user, abuser, méduser*, in : Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), *Mél. Pierre Tercier*, Genève 2008, p. 513-535 (cité : WESSNER, *Devoir d'information*).

ZEHNDER HANNES, *Über Prognosen, Toleranzen und die Haftung der Architekten*, in : BR/DC 2010, p. 48-55 (cité : ZEHNDER, *Haftung*).

ZINDEL GAUDENZ G./PULVER URS/SCHOTT BERTRAND G., *Kommentar zum Art. 363-365 OR*, in : Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 6^e éd., Bâle 2015 (cité : ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK-OR I*).