

---

# Privates Baurecht / Droit privé de la construction

Benoît Carron\* / Thomas Siegenthaler\*\*

## Inhaltsverzeichnis / Table des matières

I.	Einleitung / Introduction .....	619
II.	Rechtsprechung / Jurisprudence.....	620
1.	Allgemeines zum Werkvertrag / Généralités sur le contrat d'entreprise.....	620
a)	Arrêt du Tribunal fédéral du 8 décembre 2009 (4A_141/2008) (Peine conventionnelle pour cause de retard dans la livraison de l'ouvrage – réduction de l'indemnité fondée sur l'art. 98 al.2 SIA 118) .....	620
b)	Arrêt du Tribunal fédéral du 9 juin 2010 (4A_603/2009) (Demeure du maître de l'ouvrage – résolution du contrat par l'entrepreneur).....	621
c)	Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 2010 (4A_226/2010) (Subunternehmer: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?).....	624
2.	Planerverträge / Contrat de planification.....	625
a)	Arrêt du Tribunal fédéral du 23 mars 2009 (4A_35/2009) (Etendue et effets des pouvoirs de représentation de l'architecte) .....	625
b)	Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2009 (4A_187/2009) (Überschreitung des Kostenvoranschlags: Haftung des Architekten für den Vertrauensschaden).....	626
c)	Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2009 (4D_131/2009) (Ungenügende Kostenüberwachung) .....	629
d)	Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2010 (4A_252/2010) (Spaltung der Rechtsfolgen beim Planervertrag: Mängelrüge) .....	631

---

\* Wir danken Frau lic. iur. Irene Widmer, Rechtsanwältin, für ihre Mitarbeit.  
Dr. iur., spécialiste FSA en droit de la construction et de l'immobilier, avocat au Barreau de Genève, chargé de cours à l'Université de Fribourg.

\*\* Dr. iur., M.Jur., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Rechtsanwalt in Winterthur, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg.

3. Werkvertrag: Die Vergütung / Contrat d'entreprise: la rémunération.....	634
a) Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2010 (4A_42/2010) (Vergütung von Vorstudien bei Erbringen eines Grossteils der Planungsleistung).....	634
b) Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2009 (4A_465/2009) (Vergütung nach Einheitspreisen gestützt auf Art. 374 OR?) .....	636
c) Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2010 (4A_512/2009) (Herabsetzung einer Werkpreispauschale).....	637
d) Arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 2010 (4A_183/2010) (Prix forfaitaire: exceptions aux caractère absolu de ce genre de prix) .....	638
4. Werkvertrag: Die Verjährung / Contrat d'entreprise: la prescription.....	640
Arrêts du Tribunal fédéral du 12 octobre 2010 (4A_245/2010 et 4A_247/2010) (Prescription des «actions des artisans pour leur travail» selon l'art. 128 ch. 3 CO: inapplicabilité de cette disposition lorsqu'une planification et une coordination avec d'autres travaux sont nécessaires).....	640
5. Werkvertrag: Die Mängelhaftung / Contrat d'entreprise: la garantie pour les défauts.....	641
a) Arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2009 (4A_82/2008) (Interprétation d'un accord contractuel pour savoir si le maître a renoncé à ses droits de garantie pour les défauts cachés; début du délai de garantie en cas de défaut évolutif).....	641
b) Arrêt du Tribunal fédéral du 6 mai 2009 (4A_83/2009) (Avis des défauts envoyé en temps utile – fardeau de la preuve) .....	644
c) Arrêt du Tribunal fédéral du 17 novembre 2009 (4A_424/2009) (Fardeau de la preuve du défaut, art. 174 al. 3 SIA 118).....	646
d) Arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 2009 (4A_460/2009) (Notion de défaut au sens de l'art. 166 SIA 118: la notion est la même que celle du CO).....	647

e)	Urteil des Bundesgerichts vom 1. April 2010 (4A_89/2010 = BGE 136 III 275) (Nachbesserung – Vorgehen, wenn das Unternehmen diese verweigert: Vergütung der Ersatzvornahmekosten).....	649
f)	Arrêt du Tribunal fédéral du 29 juin 2010 (4D_25/2010) (Avis des défauts: moment, forme et contenu) .....	650
g)	Arrêt du Tribunal fédéral du 1 <sup>er</sup> octobre 2010 (4D_81/2010) (La répartition du fardeau de la preuve selon l'art. 174 al. 3 SIA 118 comme question de fait).....	651
h)	Urteil des Bundesgerichts vom 14. Oktober 2010 (4A_307/2010) (Der ästhetische Mangel und die Unverhältnismässigkeit der Nachbesserung) .....	652
6.	Weiteres / Divers .....	654
	Arrêt du Tribunal fédéral du 9 novembre 2009 (4A_389/2009) (La banque comme organe de fait de l'entrepreneur).....	654
III.	Gesetzgebung / Législation.....	658
1.	Abgeschlossene Gesetzgebung / Modifications législatives entrées en force.....	658
a)	Produktesicherheitsgesetz (PrSG) und die dazugehörige Verordnung (PrSV).....	658
2.	Laufende Gesetzesvorhaben / Modifications législatives en cours .....	658
a)	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	658
b)	Verlängerung der Verjährungsfrist für Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung.....	659
IV.	Wichtiges aus der Vertrags-Normung / L'essentiel en matière de normalisation contractuelle.....	660
1.	Neue Musterverträge und Allgemeinen Geschäftsbedingungen im KBOB-Vertragswerk / Nouveaux modèles de contrat et nouvelles conditions générales de la KBOB.....	660
2.	Entwurf der SIA-Norm 124 betreffend «Preisänderung infolge Teuerung: Verfahren mit Mengennachweis» / Projet de norme SIA 124 «Variation de prix due au renchérissement: calcul selon la méthode des pièces justificatives».....	660

3.	Laufende Revision der SIA-Norm 118 / Révision en cours de la norme SIA 118 .....	661
V.	Rechtslehre / Littérature juridiques.....	661
1.	Bücher zum Privaten Baurecht / Ouvrages en droit privé de la construction .....	661
2.	Artikel und Tagungsbeiträge zum privaten Baurecht /Articles et contribution en droit privé de la construction.....	662

## I. Einleitung / Introduction

Fundamentale Neuerungen oder Änderungen waren in der Berichtsperiode (Juli 2009 – März 2011) im Bauvertragsrecht nicht zu verzeichnen. Dennoch kann man von einigen interessanten Entscheidungen des Bundesgerichts berichten: Starke Auswirkungen auf die Baupraxis könnte insbesondere das Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2010 (4A\_252/2010) haben, welches auf die werkvertraglich qualifizierten Teilleistungen des Gesamtvertrages eines Planers die Mängelrügeobliegenheiten zur Anwendung bringt. Weil die Abgrenzung zwischen werkvertraglichen Teilleistungen und auftragsrechtlichen Teilleistungen unscharf ist, werden die Baubeteiligten vorsichtshalber gut daran tun, (vermeintliche) Fehler von Planern laufend zu rügen. Eine leichte Entschärfung der im europäischen Vergleich beispiellosen Strenge der Pflicht zur sofortigen Mängelrüge (Art. 370 Abs. 3 OR) kam im Urteil vom 29. April 2009 (4A\_82/2008) zum Ausdruck, wonach es unter Umständen zur vorausgesetzten zweifelsfreien Entdeckung gehören kann, dass ein Sachverständiger beigezogen wird, wobei der Mangel dann erst als «entdeckt» gilt, wenn dessen Bericht die Mangelhaftigkeit bestätigt. Es verbleiben diesbezüglich indessen diverse Fragezeichen, so dass vorsichtige Besteller und erst recht ihre Anwälte (vgl. Urteil vom 1. Dezember 2010 [4A\_329/2009, 4A\_369/2009] E. 3.3) so früh wie irgendwie möglich, Mängelrüge erheben sollten. Dabei bleibt aber schwer verständlich, warum das Bundesgericht den Ausdruck «sofort» («aussitôt») in Art. 370 Abs. 3 OR (Mängelrüge) derart streng auslegt, während in Art. 107 Abs. 2 OR gestützt auf den Zweck der Norm offenbar auch eine Frist von einem Monat noch als «unverzüglich» («immediate») gelten kann (Urteil vom 9. Juni 2010 [4A\_141/2008]).

Von besonderem Interesse sind immer auch jene Urteile, in denen das Bundesgericht die Möglichkeit einer Änderung der Rechtsprechung anzudeuten scheint. Ein solches ist das Urteil vom 28. Juli 2010 (4A\_226/2010), worin das Bundesgericht durchblicken liess, dass es möglicherweise nicht abgeneigt wäre, Subunternehmerverträge als Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu qualifizieren. Über das Bauvertragsrecht hinaus ist sodann von Interesse, dass das Bundesgericht in BGE 136 III 275 die Bevorschussung der Ersatzvornahme nicht als eine werkvertragliche Besonderheit eingeordnet hat, sondern als Anspruch, welcher auch zur Anwendung kommt, wenn sich das Recht auf Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR richtet. Auswirkungen über das Bauvertragsrecht hinaus könnte sodann haben, dass das Bundesgericht die Haftung für den Vertrauensschaden im Urteil vom 16. Dezember 2009 (4D\_131/2009) als generelle Folge von Fehlinformationen formuliert hat – was darauf hindeutet, dass die Grundsätze der Rechtsprechung zur Überschreitung der Kostenprognose des Architekten über den Bereich des Bauvertragsrechts ausgedehnt werden könnten.

Bei einigen Entscheiden des Bundesgerichts ist sodann unverkennbar, dass im entsprechenden Bereich das dogmatische «Ei des Kolumbus» noch nicht gefunden wurde: Eine juristische Dauerbaustelle bleibt namentlich die Überschreitung von Kostenprognosen von Architekten – namentlich auch unter dem Aspekt der ungenügenden Kostenkontrolle (vgl. Urteil vom 14. Juli 2009 [4A\_187/2009] und Urteil vom 16. Dezember 2009 [4D\_131/2009]). Auch im Bereich der Herabsetzung von Werklohn-Pauschalen (Urteil vom 26. Januar 2010 [4A\_512/2009]) und im Bereich der ästhetischen Mängel (vgl. Urteil vom 14. Oktober 2010 [4A\_307/2010]) verbleiben Unsicherheiten.

Hinweisen möchten wir noch darauf, dass sich die Sprache der nachfolgenden Zusammenfassungen nicht notwendigerweise nach der Sprache des Entscheides richtet.

## II. Rechtsprechung / Jurisprudence

### 1. Allgemeines zum Werkvertrag / Généralités sur le contrat d'entreprise

- a) *Arrêt du Tribunal fédéral du 8 décembre 2009 (4A\_141/2008) (Peine conventionnelle pour cause de retard dans la livraison de l'ouvrage – réduction de l'indemnité fondée sur l'art. 98 al.2 SIA 118)*

**Etat de fait:** Le 25 janvier 1999, U. SA, une société active dans le domaine immobilier, et le bureau d'architecte V. AG ont conclu un «contrat de planification générale» portant sur la construction d'une villa et d'un immeuble de 34 appartements pour un honoraire forfaitaire de 2 325 000 francs hors taxes. Les travaux ont commencé en avril 1999. Par la suite, les travaux ont pris un retard considérable par rapport au planning contractuel. Le 19 janvier 2002, U. SA a résilié le contrat de façon anticipée avant que la villa ne soit terminée. Par demande du 15 octobre 2003, U. SA a réclamé à V. AG 2 500 000 francs correspondant à la peine conventionnelle convenue en cas de retard, au dépassement de coût et à l'indemnisation de divers dommages.

**Extrait des considérants:** Selon l'art. 98 al. 2 SIA 118, la question de savoir si l'entrepreneur doit la peine conventionnelle qu'il a promise en cas de non-respect d'un délai contractuel se résout en tenant compte d'un éventuel droit à une prolongation de délai. La peine conventionnelle n'est donc due que si le temps supplémentaire auquel peut prétendre l'entrepreneur est dépassé (*Schumacher*, Kommentar zur SIA-Norm 118, 1992, N. 14 zu Art. 98). Si l'entrepreneur a droit à une prolongation de délai, les parties fixent les nouveaux délais d'un commun accord (art. 94 al. 2 SIA 118). Si les parties ne

parviennent pas à se mettre d'accord sur la prolongation convenable des délais, cela ne dispense pas les parties d'exécuter consciencieusement les obligations découlant de leur contrat. L'entrepreneur n'est en particulier pas autorisé à suspendre les travaux jusqu'à ce qu'un accord soit trouvé. Si les parties sont en litige et que la question de l'adaptation des délais se pose (p. ex. lorsque les parties se disputent sur l'exigibilité de la peine conventionnelle convenue), le juge doit la trancher (EGLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 1992, n. 6c ad Art. 90). La preuve du droit à la prolongation de délais incombe à l'entrepreneur (art. 8 CC).

**Commentaire:** Cet arrêt traite également de l'obligation d'alléguer avec précision («*Substanziierungspflicht*») en relation avec le dommage consécutif au retard invoqué par le maître de l'ouvrage. Sur cette question, cf. P. REETZ, *Substanziierungspflicht mit Bezug auf einen vertraglich eingeräumten Anspruch auf Fristerstreckung*, Entscheidung des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2009 (4A\_141/2008) (BR 2/2010, S. 67/68).

b) *Arrêt du Tribunal fédéral du 9 juin 2010 (4A\_603/2009)*  
(*Demeure du maître de l'ouvrage – résolution du contrat par l'entrepreneur*)

**Etat de fait:** Le 24 janvier 1996, deux maîtres de l'ouvrage ont conclu un contrat avec un entrepreneur général portant sur la construction de huit villas-terrasse en propriété par étage, pour le prix forfaitaire de 4 700 000 francs, à verser selon un plan de paiement préétabli. L'annexe au contrat signée par les parties prévoyait que les plus-values seraient facturées au maître de l'ouvrage et versées à l'entrepreneur avant envoi de la commande aux fournisseurs. En dépit de leurs obligations contractuelles, les maîtres de l'ouvrage ne se sont pas acquittés du paiement des acomptes et plus-values. Ils n'ont pas non plus opéré le choix de certaines finitions. Par lettres des 22 février, 30 avril, 6 mai et 25 juin 1996, l'entrepreneur général a fixé une série de délais pour le choix des équipements qui n'avaient pas été respectés par le maître de l'ouvrage. Par lettre du 29 octobre 1996, il a mis les recourants en demeure de lui verser jusqu'au 31 octobre 1996 un montant de 131 566 francs correspondant aux plus-values. Les maîtres de l'ouvrage n'y ont pas donné suite. Le 2 décembre 1996, l'entrepreneur général leur a signifié qu'il entendait se retirer du chantier avec effet au 9 décembre 1996. Bien que ne se présentant pas à la rencontre fixée ce jour-là, les recourants ont pris possession de la construction en l'état où elle se trouvait alors. L'entrepreneur général a réclamé judiciairement aux maîtres de l'ouvrage le paiement du travail fait, sous déduction des acomptes versés, et son manque à gagner (environ 1 200 000 francs).

**Extrait des considérants: 1.** Le droit de résolution du contrat est soumis aux art. 107–109 CO (ATF 46 II 248 c. 2). En vertu de l'art. 107 CO,

l'entrepreneur peut résilier le contrat – avec effet «ex nunc» lorsque les travaux ont déjà commencé – si le maître n'exécute pas ses obligations principales en temps voulu, notamment s'il ne paie pas le prix de l'ouvrage ou des acomptes après avoir été mis en demeure de le faire (arrêt 4C.196/1988 du 6 décembre 1988 c. 2, SJ 1989 331). En principe, il incombe à l'entrepreneur de fixer au maître de l'ouvrage un délai convenable pour s'exécuter (art. 107 al. 1 CO). La question de savoir si le délai imparti au débiteur est convenable ne se tranche pas de manière générale; sa solution dépend au contraire des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la nature de la prestation et de l'intérêt du créancier à une prompt exécution. Le délai sera d'autant plus court que l'intérêt du créancier est grand et la prestation facile à fournir (ATF 105 II 28 c. 3a; 103 II 102 c. 1b).

Pour ce qui est plus spécifiquement du contrat d'entreprise, la durée du délai convenable devrait en principe être courte car la prestation du maître est facile à fournir, mais elle doit tenir compte de l'importance des montants à payer, ainsi que des conséquences graves que peut avoir une interruption des travaux par l'entrepreneur. Lorsque le délai est objectivement trop court, le débiteur n'a pas le droit de l'ignorer purement et simplement. Il doit protester et demander une prolongation à son cocontractant. S'il s'en abstient, il est censé agréer le délai fixé. En outre, la conversion d'un délai trop court en un délai convenable n'a de sens que si le débiteur s'exécute dans le délai jugé convenable ou, en tout cas, s'il offre sérieusement de le faire dans un laps de temps pouvant être considéré comme convenable (ATF 116 II 436 c. 2a; 105 II 34 c. 3b).

**2.** Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration du délai comminatoire, le droit de la demander et d'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé; cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat (art. 107 al. 2 CO). La déclaration est immédiate lorsqu'elle est faite aussi vite que possible selon la marche ordinaire des affaires et les circonstances particulières de l'espèce (ATF 96 II 47 c. 2). C'est notamment le cas lorsqu'elle intervient dans un laps de temps tel qu'il n'en résulte pas d'inconvénient pour le débiteur, consistant par exemple dans le fait que le créancier entend profiter du retard pour spéculer au détriment de débiteur (ATF 76 II 300 c. 2). Le créancier doit déclarer sans délai qu'il renonce à l'exécution en nature uniquement s'il a le choix entre les diverses voies ouvertes par l'art. 107 al. 2 CO. Si les circonstances sont telles qu'il reste un seul parti à prendre, et que la décision du créancier soit ainsi sans portée pratique, on ne peut reprocher à celui-ci de n'avoir pas fait connaître immédiatement son choix. Tel est en particulier le cas lorsque le débiteur a annoncé de façon précise qu'il ne s'exécuterait pas. Dès lors, il ne peut plus soutenir que le créancier, faute d'avoir fait connaître



aussitôt sa décision, en est réduit à demander une exécution qu'il n'obtiendra pas. Une attitude aussi contradictoire autorise le créancier à repousser comme heurtant la bonne foi l'exception de tardiveté qu'on lui oppose (ATF 76 II 300 c. 2).

**Commentaire: 1.** En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que dans le domaine du contrat d'entreprise un délai de deux jours était court dans l'absolu. Il l'a néanmoins tenu pour convenable compte tenu des circonstances. D'une part, parce que le paiement de 150 000 francs ne présenterait pas de difficulté particulière. D'autre part, parce que les maîtres de l'ouvrage n'ont pas protesté contre le délai qui leur a été fixé. En ce qui concerne le premier argument, même avec les possibilités modernes de paiement (par voie électronique), il n'apparaît pas si simple de faire créditer 150 000 francs sur le compte de l'entrepreneur général en deux jours (voire en un seul jour si les maîtres de l'ouvrage n'ont reçu la lettre du 29 octobre 2006 que le lendemain) et ce d'autant plus si l'ordre de paiement doit être donné conjointement par les deux maîtres de l'ouvrage. Un délai de cinq jours ouvrables paraît ainsi plus approprié comme limite inférieure du délai convenable qu'un entrepreneur doit impartir à son maître de l'ouvrage en demeure.

**2.** Le Tribunal fédéral a également jugé que le fait d'avoir attendu plus d'un mois avant de se départir du contrat ne permettait pas de considérer que la déclaration n'aurait pas été immédiate au sens de l'art. 107 al. 2 CO, faute d'avoir occasionné quelque inconvénient que ce soit aux maîtres de l'ouvrage. Une telle interprétation du terme légal «immédiat» apparaît d'autant plus surprenante que dans le contexte de la garantie pour les défauts le Tribunal fédéral se montre particulièrement (inutilement?) sévère pour interpréter une notion somme toute très proche (défaut qui doit être signalé par le maître «aussitôt» qu'il en a connaissance; cf. art. 370 al. 3 CO) et ne se préoccupe pas de savoir, pour juger du caractère immédiat d'un avis des défauts, si le retard dans l'envoi de cet avis occasionne ou non un inconvénient à l'entrepreneur.

**3.** L'arrêt donne enfin l'impression que le Tribunal fédéral aurait, sans le dire, changé sa jurisprudence relative à l'art. 109 CO selon laquelle, en cas d'extinction du contrat, le débiteur est tenu de réparer le dommage résultant de la caducité du contrat (réparation de l'intérêt négatif; cf. not. ATF 123 III 16 c. 4b). Il n'en est cependant rien si l'on considère que la norme SIA 118 a été intégrée au contrat (l'état de fait de l'arrêt ne le précise pas). En effet, l'art. 190 al. 2 SIA 118 prescrit que si le délai convenable de l'art. 107 al. 1 CO expire sans que le maître ait effectué le paiement et que l'entrepreneur résout le contrat par déclaration immédiate, il a droit, en cas de faute du maître, à une indemnité pour la perte de gain résultant de l'extinction prématurée du contrat, c'est-à-dire à la réparation de son intérêt positif (intérêt à l'exécution du contrat).

- c) *Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 2010 (4A\_226/2010)*  
(Subunternehmer: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?)

**Sachverhalt:** Strittig war der mangelhafte Einbau von Türrahmen in einem Einfamilienhaus. Dafür war gegenüber der Bauherrschaft die Bauunternehmung D. SA verantwortlich. Die D. SA ging Konkurs und in der Folge versuchte die Bauherrschaft, sich an die C. GmbH zu halten, welche als Subunternehmerin für die D. SA tätig gewesen war.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht hielt (in E. 3.1) fest, dass zwischen dem Bauherrn und dem Subunternehmer grundsätzlich keine direkte vertragliche Beziehung besteht (unter Verweis auf BGE 136 III 14, E. 2.3, S. 19). Grundsätzlich hat der Bauherr daher kein Recht, vom Subunternehmer die Erbringung jener Leistungen zu fordern, welche Gegenstand des Subunternehmervertrages bilden und er hat auch keine Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gestützt auf eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Subunternehmers geltend zu machen. Allerdings können die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit ihre Rechtsverhältnisse anders regeln. Zum Beispiel kann sich der Subunternehmer durch vertragliche Abrede direkt gegenüber dem Bauherrn verpflichten, ein mängelfreies Werk zu liefern. Auch können der Bauherr und der Unternehmer in ihrem Vertrag eine Abtretung jener Ansprüche vorsehen, welche der Unternehmer gegenüber dem Subunternehmer hat. Ausserdem können der Unternehmer und der Subunternehmer einen echten Vertrag zugunsten des Bauherrn abschliessen (entsprechend den Bedingungen des Art. 112 Abs. 2 OR).

In E. 3.2.1 verwies das Bundesgericht sodann darauf, dass die aus dem deutschen Recht bekannte Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vom Bundesgericht in einigen seiner Entscheide bereits erwähnt worden sei (BGE 130 III 345; BGE 117 II 315). Dabei sei indessen nicht entschieden worden, ob diese Rechtsfigur im schweizerischen Recht Anwendung findet. Um sich allenfalls auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter berufen zu können, müsste der Dritte grundsätzlich direkt von der vertraglichen Leistungserbringung betroffen sein. Sodann müsste der Dritte in einer Sonderbeziehung zum vertraglich Anspruchsberechtigten stehen, nach welcher dieser verpflichtet wäre, die Interessen des Dritten zu schützen. Diese Sonderbeziehung müsste zudem für den Schuldner offensichtlich sein (mit Verweis auf das Urteil 4C.194/1999 vom 18. Januar 2000, E. 4).

Das Bundesgericht erwähnte sodann, dass die Frage, ob der Subunternehmervertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter qualifiziert werden kann, in der Rechtslehre umstritten sei, wobei GAUCH (Der Werkvertrag, N 169, N 861) als ablehnende und CHAIX (Le contrat de sous-traitance en droit suisse, 1995, S. 259–263) als befürwortende Meinung erwähnt wurden. Das Bundesgericht wich dann aber der Beantwortung dieser Frage aus: Die

Bauherrschaft hatte die Argumentation mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erstmals vor Bundesgericht geltend gemacht – was grundsätzlich zwar zulässig ist, aber es fehlte im Entscheid der Vorinstanz an Sachverhaltsfeststellungen, welche eine Beurteilung nach dieser neuen Argumentation erlaubt hätten (E. 3.2.2).

**Bemerkungen:** Das Bundesgericht hat die Frage, ob Subunternehmerverträge als Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (konkret: zugunsten des Bauherrn) gelten können, offen gelassen. Bereits dieser Umstand ist aber bemerkenswert: Offenbar betrachtet das Bundesgericht dies als offene Frage, obschon sich die von CHAIX im Jahre 1995 publizierte Lehrmeinung (bisher?) nicht durchsetzen konnte. Der Entscheid ist also eine Einladung an die Anwaltschaft, die Frage dem Bundesgericht bei nächster Gelegenheit nochmals vorzulegen.

Unbefriedigend bleibt, dass das Bundesgericht nun schon seit Jahren stets betont, dass die grundsätzliche Anerkennung der Figur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter offen sei, während zugleich im Einzelfall die Anwendungsvoraussetzungen geprüft werden (vgl. z.B. das Urteil 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3b). Dieses dauernde Lavieren ist der Rechtssicherheit abträglich.

## 2. Planerverträge / Contrat de planification

a) *Arrêt du Tribunal fédéral du 23 mars 2009 (4A\_35/2009)*  
(*Etendue et effets des pouvoirs de représentation de l'architecte*)

**Etat de fait:** Par contrat du 25 août 2004, les époux X. ont chargé Z. Sàrl de la construction d'une villa individuelle sur la parcelle dont ils sont copropriétaires. Le contrat prévoyait que Z. Sàrl était libre de choisir les entreprises et que le maître de l'ouvrage n'avait pas le droit de donner des instructions aux entreprises ni de participer aux rendez-vous de chantier hebdomadaires (art. 6). Pour le surplus, le contrat renvoyait à titre subsidiaire aux normes SIA, notamment à la norme SIA 118. Sur la base de ces dispositions, Z. Sàrl a, au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage, engagé l'entreprise Y. SA. Le solde de la facture de cette entreprise, par 74 302 fr. 20, est resté impayé, ni les époux X. ni Z. Sàrl n'ayant admis être son débiteur.

**Extrait des considérants:** Aux termes de l'art. 32 al. 1 CO, les droits et obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté. Les effets de la représentation ne naissent que si le représentant dispose du pouvoir de représentation, c'est-à-dire s'il est habilité à faire naître des droits et des obligations directement en fa-

veur et à la charge du représenté, et si le représentant a la volonté d'agir comme tel (ATF 126 III 59 c. 1b).

En l'espèce, il résulte de l'état de fait que le contrat conférait un pouvoir de représentation à Z. Sàrl et que la volonté de celle-ci de représenter les recourants découlait de la lettre du 10 janvier 2005. On ne voit donc pas en quoi la cour cantonale aurait violé le droit fédéral en considérant que Z. Sàrl avait valablement représenté les maîtres de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant et, partant, en reconnaissant que ceux-là étaient les débiteurs de celui-ci.

**Commentaire:** Le Tribunal fédéral a également rejeté l'argument des époux Z. selon lequel l'autorité cantonale aurait fait preuve d'arbitraire en ne tenant pas compte de deux arrêts les concernant dans lesquels elle aurait nié qu'ils étaient liés avec d'autres sous-traitants actifs sur le chantier. Il relève à cet égard qu'il n'est pas lié par des précédents dont il n'a pas eu à connaître (ATF 130 III 28 c. 4.3). De plus, semblable comparaison n'est pas pertinente, dès lors qu'il s'agit d'examiner chaque cas en fonction des circonstances de l'espèce, de sorte que seule la situation concrète doit être analysée.

b) *Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2009 (4A\_187/2009)  
(Überschreitung des Kostenvoranschlags: Haftung des Architekten  
für den Vertrauensschaden)*

**Sachverhalt:** Eine Genossenschaft beschloss ihre sogenannte «Stadthalle» zu sanieren und zog dazu eine Aktiengesellschaft als Architekten bei, welche einen Baubeschrieb und gestützt darauf einen überarbeitenden Kostenvoranschlag vorlegte über Kosten in der Höhe von CHF 5'153'000 (sowie mit gesonderten Zusatzpositionen für allfällige Projekterweiterungen). Der Kostenvoranschlag enthielt keine Angaben zum Genauigkeitsgrad. Er sah jedoch eine Reserve für «Unvorhergesehenes» von ca. 3% der Bausumme vor. Die definitive Bauabrechnung wies dann Baukosten von CHF 6'776'705.75 aus. Die Bauherrin klagte gegen den Architekten auf Zahlung von CHF 636'192 (zuzüglich Zins) und begründete dies damit, sie habe der Beklagten eine Kostenlimite (ohne Toleranzgrenze) in der Höhe der letztlich bewilligten Gesamtkosten von CHF 6'015'700 (Baukosten gemäss Kostenvoranschlag zuzüglich der Kosten von bewilligten Erweiterungen) gesetzt. Die Beklagte habe einen Vertrauensschaden verursacht, indem sie einen fehlerhaften Kostenvoranschlag erstellt, die Kostenüberwachungspflicht verletzt und die sich abzeichnende Kostenüberschreitung nicht angezeigt habe. Bei rechtzeitiger Anzeige hätte die Klägerin auf die Ausführung der baulichen Erweiterungen verzichtet.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass eine Verletzung der vertraglichen Pflicht des bauleitenden Architekten zur Kostenkontrolle vorliege. Der beauftragte Architekt habe im Rahmen des ihm erteilten Auftrags auch ohne be-

sondere Vereinbarung eine Kostenberechnung anzustellen und die Baukosten ständig darauf zu überprüfen, ob sie sich im Rahmen des Voranschlags halten. Ziffer 4.4.4. der von den Parteien als Vertragsbestandteil übernommenen SIA-Norm 102 sehe während der Phase der Realisierung laufende Kostenkontrollen vor. Zudem habe dem Architekt in seiner bauleitenden Funktion die Pflicht zur Leitung und Koordination der Spezialisten gehabt. Insbesondere habe der Architekt als Bauleiter auch die Kosten der Fachplaner und Spezialisten (Bau-, Elektro-, Heizungs- und Sanitäringenieur, Küchenplaner und Bühnenplaner) überwachen müssen.

**Erwägungen:** Vor Bundesgericht machte der Architekt folgendes geltend: Soweit die Spezialisten ihrer eigenen Informationsverpflichtung bezüglich Kostenüberschreitung nicht oder zu spät nachgekommen seien, habe er davon nichts gewusst und auch nicht geahnt. Er habe deshalb seine Pflicht zur umfassenden Kostenkontrolle rein objektiv nicht erfüllen können. In E. 3.3 führte das Bundesgericht dazu aus, dass der Architekt mit der umfassenden Kostenkontrolle betraut war und sich daher um termingerechte Kostenabrechnungen der Spezialisten hätte bemühen und diese bei Verzug hätte mahnen müssen. Da der Architekt dies unterliess, habe er sich die Unkenntnis der im Zuständigkeitsbereich der Spezialisten entstandenen Kostenerweiterungen selber zuzurechnen.

Unter E. 4.1 führte das Bundesgericht sodann folgendes aus: «Wird der Kostenvoranschlag überschritten, weil der Architekt seine Pflichten zur Kostenüberwachung im Verlauf der Bauausführung nicht genügend wahrnahm, liegt darin eine schlechte Erfüllung des Vertrags, für die der Architekt bei Verschulden haftet. Nach der Rechtsprechung ist dabei der Vertrauensschaden zu ersetzen, den der Bauherr erlitten hat, weil er in die Verlässlichkeit der Kosteninformation vertraut und dementsprechend nachteilige Vorkehrungen getroffen oder vorteilhafte unterlassen hat (BGE 122 III 61 E. 2c/aa; 119 II 249 E. 2b/aa). Haben die Parteien keine besondere Vereinbarung über die Genauigkeit des Kostenvoranschlages getroffen, bestehen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung je nach Art des Baus unterschiedliche Toleranzgrenzen. Solche sind auch in der SIA-Norm 102 vorgesehen (vgl. Urteil 4C.424/2004 vom 15. März 2005 E. 3.2.2 mit Hinweisen).» Das Bundesgericht führte dazu weiter aus, dass ein Bauherr, welcher das Risiko einer von ihm zu tragenden Kostenüberschreitung selbst im Rahmen der Toleranzgrenze ausschliessen wolle, bei Vertragsabschluss oder auch im Verlauf der Planung «eine Kostenlimite festsetzen oder sich vom Architekt eine Bausummengarantie abgeben lassen» könne.

In vorliegendem Fall hatte die Vorinstanz festgestellt, dass der Architekt der Bauherrschaft versprochen hatte, die Sanierung der Haupthalle werde nicht teurer als CHF 5'153'000 zu stehen kommen. Es habe demnach keine Toleranzgrenze bestanden.

Die Vorinstanz ging davon aus, dass kein Schaden aus enttäuschem Vertrauen in die Kosteninformation vorliege, soweit die Kosten für nachträglich bewilligte bauliche Mutationen höher seien als die effektive Baukostenüberschreitung, weil die Beschwerdegegnerin diesen übersteigenden Teil auch für Ausbauwünsche ausgegeben hätte, wenn der Architekt seinen Kostenüberwachungs- und Meldepflichten richtig und rechtzeitig nachgekommen wäre (E. 5.3). Somit war für die Berechnung des Vertrauensschadens die effektive Baukostenüberschreitung zu ermitteln: Die bewilligten Baukosten setzen sich aus der Kostenlimite von CHF 5'153'000 für die Sanierung der Haupthalle zuzüglich CHF 1'013'700 für Ausbauwünsche und Mehrkosten durch Vergabe von Arbeiten an teurere als die in den Offerten genannten Unternehmungen zusammen. Das Kostendach betrug damit letztlich CHF 6'166'700. Die Vorinstanz hatte allerdings auch festgestellt, dass verschiedene im Kostenvoranschlag vorgesehene Arbeiten nicht ausgeführt wurden. Daher erhöhe sich die effektive Baukostenüberschreitung um den Wert der nicht ausgeführten Arbeiten. Der Architekt machte geltend, es verstosse gegen den bundesrechtlichen Begriff des Vertrauensschadens, eingesparte Kosten für nicht Ausgeführtes als Vertrauensschaden zu qualifizieren. Das Vertrauen des Bauherrn sei am kommunizierten Prognosebetrag zu messen, das heisst am Betrag, den der Architekt in seiner Kostenschätzung vorgängig angegeben habe. Vertrauen könne daher von ihm insoweit enttäuscht werden, als dieser Betrag per Saldo überschritten sei. Das Bundesgericht verwarf diesen Einwand mit folgender Erwägung (E. 5.5): «Das von den Parteien vereinbarte Kostendach bezog sich auf alle in den Kostenvorschlägen vorgesehenen Arbeiten. Dass die Arbeiten, auf deren Ausführungen die Beschwerdegegnerin verzichtete, nicht im Baubeschrieb vorgesehen waren, der dem Kostenvoranschlag zugrunde lag, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor. Soweit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei der Berechnung der Überschreitung des Kostendachs die nicht aufgeführten Arbeiten berücksichtigte.»

**Bemerkungen:** Im vorliegenden Entscheid ging es um eine Verletzung der vertraglichen Pflicht des bauleitenden Architekten zur Kostenkontrolle. Ohne dies weiter zu erläutern, handelte das Bundesgericht das als Fall einer Überschreitung eines Kostenvoranschlages ab. Begründen könnte man dies wie folgt: Die ungenügende Kostenkontrolle bewirkt, dass der Bauherr erst verspätet (oder gar nicht) darüber informiert wird, dass sich eine Überschreitung des Kostenvoranschlages abzeichnet. Letztlich wird dadurch, dass ihm keine Überschreitung des Kostenvoranschlages signalisiert wird, das Vertrauen in die Richtigkeit des falschen Kostenvoranschlages gestärkt. Der aus dem Vertrauen in den falschen Kostenvoranschlag folgende Vertrauensschaden wird durch die ungenügende Kostenkontrolle also nicht verhindert bzw. nicht eingeschränkt, womit eine zweite Ursache für diesen Vertrauensschaden gesetzt wird.

Missverständlich ist die Aussage des Bundesgerichts (in E. 4.1), wonach der Bauherr, welcher das Risiko einer von ihm zu tragenden Kostenüberschreitung selbst im Rahmen der Toleranzgrenze ausschliessen wolle, bei Vertragsschluss oder auch im Verlaufe der Planung «eine Kostenlimite festsetzen» könne. Was das Bundesgerichtsurteil genau unter «Kostenlimite» versteht, wird aus diesen Ausführungen leider nicht deutlich. Vermutlich ist damit im Sinne des Urteils 4C.424/2004 (vom 15. März 2005) E. 3.3 eine Art Warngrenze gemeint – also eine Kostengrenze, bei deren Überschreiten die Arbeiten von Architekten einzustellen sind und der Bauherr avisiert werden muss. Auf jeden Fall könnte der Bauherr nicht durch eine einseitige Weisung bewirken, dass der Architekt das Risiko der üblichen Prognoseungenauigkeit (sog. «Genauigkeitsgrad» oder «Toleranzgrenze») übernehmen müsste. Eine solche Risikoübernahme bedürfte einer vertraglichen Vereinbarung, das heisst insbesondere auch der Zustimmung des Architekten.<sup>1</sup>

c) *Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2009 (4D\_131/2009)  
(Ungenügende Kostenüberwachung)*

**Sachverhalt:** Ein Bauherr erteilte einem Architekten den Auftrag, den Um- und Ausbau einer Villa zu planen und die Bauleitung bei der Ausführung zu übernehmen. Während des Baus wurden vom Bauherrn diverse Änderungen und Verbesserungen verlangt, sodass der Ausbaustandard letztlich höher wurde, als ursprünglich geplant. Im Rahmen einer gerichtlichen Expertise wurde später aber festgestellt, dass gewisse Überschreitungen des Kostenvoranschlages auf eine schlechte Kostenschätzung beziehungsweise auf Unterlassungen des Architekten zurückgingen. Zum Rechtsstreit kam es, nachdem der Bauherr dem Architekten das Mandat mit sofortiger Wirkung entzogen hatte und dieser Honorarausstände geltend machte.

**Erwägungen:** Da der Streitwert unter CHF 30'000 lag, konnte das Bundesgericht den Fall nur unter dem Blickwinkel einer allfälligen willkürlichen Anwendung von Bundesrecht prüfen. Trotzdem nahm das Bundesgericht den Fall zum Anlass, seine Rechtsprechung zur Haftung für Kosteninformationen zu wiederholen: Die Haftung des Architekten für Zusatzkosten, welche durch Vertragsverletzungen entstanden sind und durch eine korrekte Bauleitung hätten vermieden werden können, besteht unabhängig von der Erstellung eines Kostenvoranschlages oder einer Kostenschätzung. Solche Zusatzkosten stellen einen Schaden dar und sind vom Architekten zu ersetzen, sofern er diese verschuldet hat (BGE 122 III 61 E. 2a) (E. 3.3.2). Der Fehler einer

<sup>1</sup> Vgl zu diesem Entscheid auch HANNES ZEHNDER, Über Prognosen, Toleranzen und die Haftung der Architekten, BR 2/2010 S. 48 ff; HUBERT STÖCKLI, Kostenvoranschlag – Mangelhafte Kostenkontrolle – Bausummengarantie, BR 4/2009, Nr. 164, S. 156 f.

Kostenschätzung, für welche der Architekt haftet, kann sich aus dem Vergessen einzelner Positionen, aus Rechnungsfehlern, aus ungenügender Kenntnis des Baugrundes, aus der Falscheinschätzung der nötigen Ausführungsqualität, aus einer Fehleinschätzung des Ausmasses der Regiearbeiten oder einer falschen Einschätzung der Preise ergeben (E. 3.3.3). Der Architekt, welcher die Kosten falsch schätzt, gibt seinem Auftraggeber – vorbehaltlich der Toleranzgrenze, welche jeder Schätzung inhärent ist – eine Falschinformation über die zu erwartenden Baukosten ab. Dies führt gemäss Bundesgericht zu Folgendem: «La responsabilité du chef d'une fausse information entraîne l'obligation de réparer de dommage résultant de la confiance déçue qu'a subi le maître en tenant l'estimation pour exacte et en prenant ses dispositions en conséquence.» (E. 3.3.3).

Der Vertrauensschaden kann namentlich darin bestehen, dass der Bauherr, wenn er eine pflichtgemässe Kostenschätzung erhalten hätte, kostengünstiger hätte bauen können. Es ist dabei Sache des Bauherrn zu beweisen, dass er, sofern er die korrekten Informationen erhalten hätte, sich anders verhalten hätte und dass er namentlich gewisse Kosten eingespart hätte. Dabei genügt nach der Rechtsprechung die Glaubhaftmachung. In vorliegendem Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass nicht ersichtlich sei, dass die Bauherrschaft entschieden hätte, kostengünstiger zu bauen, denn sie hatte ihrerseits vom Architekten während der Ausführung diverse teure Änderungen verlangt. Auf der Basis der von der Vorinstanz festgestellten Fakten sei nicht davon auszugehen, dass die Bauherrschaft ein anderes Verhalten an den Tag gelegt hätte, wenn sie vom Architekten korrekt informiert worden wäre.

**Bemerkungen:** Der Entscheid wiederholt im Wesentlichen die bekannten Grundsätze zur Haftung des Architekten für ungenaue Kostenprognosen. Bemerkenswert ist indessen, dass das Bundesgericht in der Erwägung E. 3.3.3 eine Formulierung gewählt hat, welche darauf schliessen lässt, dass es *die Haftung für Falschinformationen generell als Haftung für den Vertrauensschaden versteht* – also ohne dies auf den Spezialfall der Überschreitung von Kostenvoranschlägen zu beschränken (ähnlich das Urteil 4C.366/2000 [19.6.2001] E. 3b.cc; NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg 1999, S. 303).

Enigmatisch bleibt indessen folgende Aussage des Bundesgerichts, (in E. 3.3.2): «Lorsqu' une évaluation des coûts est dépassée et que l'architecte doit en répondre, il y a lieu de distinguer entre un simple dépassement du montant initialement prévu et le cas où les coûts supplémentaires résultant d'une estimation inexacte ou d'une surveillance insuffisante des coûts.» Warum man eine «einfache Kostenüberschreitung» vom Fall einer unrichtigen Kostenschätzung, beziehungsweise einer ungenügenden Kostenüberwachung abgrenzen müsse, wird nicht erläutert. Auch WERRO, der just diesen Satz als Essenz des Entscheides in BR 2/2010, Nr. 158, S. 73, wiedergibt, erläutert



dies nicht. Auf jeden Fall lässt der Vertrauensschutz, den die Kostenprognose begründet, keine Differenzierung nach den Ursachen der Ungenauigkeit zu (PETER GAUCH, Überschreitung des Kostenvoranschlages – Notizen zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieurs), BR 4/1989, S. 83).

d) *Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2010 (4A\_252/2010)  
(Spaltung der Rechtsfolgen beim Planervertrag: Mängelrüge)*

**Sachverhalt:** Kurz nach Aufnahme der Bauarbeiten begann ein Hang zu rutschen. Das Baukonsortium nahm zwecks Erstellung einer Hangsicherung mit einem Geotechniker Kontakt auf. Die daraufhin ausgeführte Hangsicherung mit Selbstbohr-Vollverbundankern führte indessen nicht zum gewünschten Ergebnis. Nach fortdauernden Hangrutschungen veranlasste das Baukonsortium schliesslich die Wiederauffüllung der Baugrube und die Projektierung und Ausführung einer anderen Hangsicherung. Das Baukonsortium klagte gegen den Geotechniker sowie gegen andere Baubeteiligte. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage gegen den Geotechniker ab. Es qualifizierte das Vertragsverhältnis der Parteien als gemischten Vertrag (Auftrag/Werkvertrag). Die Pflichten, deren Verletzung die Beschwerdeführer geltend machten, ordnete es der werkvertraglichen Natur dieses Vertrages zu und stellte sodann fest, dass das Baukonsortium gegenüber dem Geotechniker mangels rechtzeitiger Mängelrüge seine Mängelrechte verwirkt habe.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht verweist (in E. 4.1) auf seine Rechtsprechung, wonach es den Gesamtvertrag des Architekten als gemischten Vertrag qualifiziert, was erlaubt, je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder Werkvertragsrechts zu finden (BGE 134 III 361, E. 51; 127 III 543, E. 2a, S. 545; BGE 114 II 53, E. 2b, S. 56). Dabei betrachtet es folgende Leistungen als Leistungen werkvertraglicher Natur: Die Ausführung von Projektierungsarbeiten (die in einem zu erstellenden Projekt ihren Niederschlag finden), das Verfassen von Plänen und das Verfassen von Kostenvoranschlägen. Dagegen gelten die Bauleitung und die Vergabe von Arbeiten als Leistungen mit auftragsrechtlichem Charakter (BGE 114 II 53, E. 2b, S. 56). Generell sind Ingenieurleistungen, bei denen ein mess- oder objektivierbarer Erfolg geschuldet ist, dem Werkvertragsrecht zu unterstellen (E. 4.1). Daher wendet das Bundesgericht auf Ingenieurleistungen wie etwa Vorarbeiten, Vorstudien, Vorprojekte, Ausführungspläne und Ausschreibungsunterlagen Werkvertragsrecht an (BGE 119 II 40, E. 2e, S. 46).

Gestützt auf diese Rechtsprechung hatte die Vorinstanz folgende Leistungen des Geotechnikers als werkvertraglich qualifiziert – was vom Bundesgericht bestätigt wurde: «In der Phase der Projektierung, die boden- und felsmechanischen Stabilitätsberechnungen (Tragfähigkeit, Setzungen, Stabilität), die Be-

messung der Baugruben- und Hangsicherung, das Zeichnen von schematischen geotechnischen Schnitten, die Ausarbeitung eines Überwachungskonzepts und die Mitverantwortung für die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktionen. In der Phase der Realisierung die Verifizierung der den boden- und felsmechanischen Berechnungen zugrunde gelegten Kennwerte und Modelle sowie Kontrollrechnungen.» (E. 4.1 und 4.2). Entscheidend sei, ob die dem Werkvertrag zugeordneten Arbeiten zu einem Resultat führen, das nach objektiven Kriterien überprüft und somit als Erfolg versprochen werden kann. Am ehesten könne dabei die werkvertragliche Natur der Mitverantwortung für die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktionen zweifelhaft sein. Nach Auffassung des Bundesgerichts überzeugt aber die Überlegung der Vorinstanz, wonach aus Gründen der Koordination zwischen Bauingenieur- und Bauleistungen eine einheitliche Subsumption unter das Werkvertragsrecht angezeigt sei – allerdings nur soweit die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregeln mit den strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 367 ff OR) nicht als unsachgerecht erscheint. Letzteres sei hier aber nicht dargetan. Die Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Konstruktion könne als Erfolg garantiert werden (E. 4.3).

Das Baukonsortium argumentierte sodann, die Hangsicherung mit Selbstbohrankern sei völlig unzureichend und unbrauchbar gewesen und habe daher nicht als vollendet gelten können und entsprechend habe es auch keine Abnahme des Werkes gegeben. Dies gab dem Bundesgericht Gelegenheit zur Rekapitulation einiger Grundsätze zum Thema Abnahme (E. 5.3): «Die Ablieferung des Werkes setzt voraus, dass das Werk vollendet ist (BGE 118 II 142, E. 4, S. 149). Als vollendet gilt es, wenn der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat, das Werk also fertiggestellt ist. Ob es mängelfrei ist, spielt dagegen keine Rolle. Abgeliefert wird es durch die Übergabe oder durch die Mitteilung des Unternehmers, es sei vollendet. (...) Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist deshalb nicht erforderlich.» Ausserdem (E. 5.4.2): «Die Vollendung ist zu unterscheiden von der Mängelfreiheit des Werkes. Ein Werk kann mit einem Mangel behaftet und dennoch vollendet sein. Die Mängelfreiheit des Werkes bildet keine Voraussetzung für dessen Ablieferung und Abnahme (BGE 115 II 456, E. 4 S. 458).» Entsprechend erachtete das Bundesgericht das Werk als abgeliefert.

Wann die behauptete Mangelhaftigkeit für das Baukonsortium ersichtlich war, hatte die Vorinstanz insofern offen gelassen, als sie urteilte, dass das Baukonsortium spätestens bei Erhalt des von seiner Versicherung in Auftrag gegebenen Privatgutachtens Kenntnis der Mängel gehabt hatte. Entsprechend hätte es spätestens dann gegenüber dem Geotechniker Mängelrüge erheben müssen. In Anbetracht der Rechtsprechung zur Unverzüglichkeit der Mängelrüge (wonach grundsätzlich eine siebentägige Rügefrist angemessen ist, Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004, E. 2.3) hatte die Vorinstanz kein Bundes-

recht verletzt, als sie das rund fünfeinhalb Monate nach Erhalt des Privatgutachtens verfasste Schreiben des Rechtsvertreters als verspätet erachtete.

**Bemerkungen:** Im Entscheid BGE 109 II 462 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass ein Gesamtvertrag eines Planers als ein aus Auftrag und Werkvertrag gemischter Vertrag zu qualifizieren sei. Dabei sei eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar, indem die Haftung für einen Planungsfehler nach werkvertraglichen Regeln und jene für unsorgfältige Bauleitung nach auftragsrechtlichen Regeln abgehandelt werden kann. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht aber seit dieser Entscheid in seiner Praxis nie werkvertragliche Regeln auf den Gesamtvertrag eines Planers zur Anwendung gebracht. In BGE 127 III 543, E. 2a, S. 545, hatte es sogar ausdrücklich offen gelassen, ob bei fehlerhaften Plänen im Gesamtvertrag die werkvertraglichen Regeln zur Anwendung kommen können. So hätte der Eindruck entstehen können, das Bundesgericht folge im Resultat trotzdem jenem Teil der Rechtslehre, welcher eine einheitliche Unterstellung des Gesamtvertrages unter das Auftragsrecht fordert – zumal in BGE 127 III 545, E. 2a, S. 545, zu lesen war, dass sich die Rechtsprechung in diese Richtung entwickle. Dieser Eindruck erwies sich nun als unzutreffend.

Das Urteil ist für die Praxis auf Baustellen von hoher Relevanz. Auch bei Gesamtverträgen von Planern (also solchen, welche neben Planungsleistungen auch Bauleitungsaufgaben abdecken) muss der Bauherr im Falle von Baumängeln gegenüber dem (allenfalls) verantwortlichen Planer eine sofortige Mängelrüge erheben, ansonsten die Mängelrechte verwirken. Da die Abgrenzung zwischen Teilleistungen, welche unter das Werkvertragsrecht fallen und solchen, welche nach auftragsrechtlichen Kriterien zu beurteilen sind, zumindest auf den ersten Blick nicht immer klar ist, sollte der Bauherr vorsichtshalber bei jedem Fehler eines Planers eine sofortige Mängelrüge erheben.

Gerade wegen der erheblichen Konsequenzen für die Praxis ist zu bedauern, dass das Bundesgericht sich in seiner Entscheid nicht mit der Kritik der Rechtslehre an der Qualifikation des Gesamtvertrages des Planers als gemischtem Vertrag auseinandergesetzt hat (vgl. HUBERT STÖCKLI, Private Baunormung – ein Streifzug, BRT 2005, Freiburg 2005, S. 6; HUBERT STÖCKLI, Sorgfaltsmangel und Vergütung, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, S. 945; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 1996, Nr. 57 ff.).

Ausserdem hat das Bundesgericht seinen Grundsatz bestätigt, wonach Leistungen, bei denen ein mess- und objektivierbarer Erfolg geschuldet ist, dem Werkvertragsrecht zu unterstellen sind (E. 4.1). Die konkrete Anwendung dieses Grundsatzes überzeugt aber nicht durchgehend: Das Bundesgericht nennt als entsprechende Beispiele «Vorarbeiten, Vorstudien, Vorprojekte,

Ausführungspläne und Ausschreibungsunterlagen», wobei unklar bleibt, wie sich das Bundesgericht vorstellt, dass bei diesen ein «mess- oder objektivierbarer Erfolg» garantiert werden kann. Teilweise scheint sogar das Bundesgericht hier den Durchblick zu verlieren: In E. 4.1 steht, dass zu den Leistungen werkvertraglicher Natur unter anderem auch «Kostenvoranschläge» zählen – und dies, obschon das Bundesgericht kürzlich in einem Leitentscheid (BGE 134 III 361) zum Schluss kam, dass die Erstellung von Kostenvoranschlägen eine Leistung auftragsrechtlicher Art sei. Der vorliegende Entscheid ist wohl ein Indiz dafür, dass die Abgrenzung des Werkvertrages nach dem Kriterium der «objektiven Richtigkeit» (welche offenbar als «absolute Richtigkeit» verstanden wird) wohl noch nicht der Weisheit letzter Schluss ist. Prüfwert wäre unseres Erachtens der Ansatz von WERRO/HAAS (La qualification du contrat d'expertise, BR 2/2002, S. 63 ff.), welcher bei der Abgrenzung darauf abstellt, ob ein wesentliches Element des Zufalls auf das Resultat einwirkt. Soweit dann die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregeln mit den strengen Prüfung- und Rügeobliegenheiten (Art. 367 ff OR) im Einzelfall als unsachgerecht erscheint, postulieren sie, diese nicht anzuwenden (in Anlehnung an BGE 115 II 54). Interessanterweise erwähnt gerade der vorliegende Entscheid (in E. 4.3) die Möglichkeit, trotz der Qualifikation als Werkvertrag die werkvertraglichen Gewährleistungsregeln mit den strengen Prüfung- und Rügeobliegenheiten nicht anzuwenden, wenn diese im Einzelfall nicht als sachgerecht erscheinen.

Anzumerken bleibt, dass sich das hier Streitgegenständliche Problem (Rechtzeitigkeit der Mängelrüge) hätte vermeiden lassen, wenn die Parteien die Anwendbarkeit der SIA-Ordnung 103 (Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen) vereinbart hätten: Nach Art. 1.11.21 der SIA-Ordnung 103 kann bei «Ansprüchen aus Mängeln des Bauwerkes» während der ersten zwei Jahre jederzeit gerügt werden.

### **3. Werkvertrag: Die Vergütung / Contrat d'entreprise: la rémunération**

- a) *Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2010 (4A\_42/2010)  
(Vergütung von Vorstudien bei Erbringen eines Grossteils der Planungsleistung)*

**Sachverhalt:** Ein Totalunternehmer plante für ein Ehepaar die Erstellung eines Einfamilienhauses. Im Verlaufe der Planung hatte der Totalunternehmer dem Ehepaar ein mit «Bestellung» betitelt Dokument unterbreitet, worin festgehalten wurde, dass auf der Basis der Architektenpläne eine Pauschalofferte erstellt werden solle, wobei dieser diverse Planungsschritte voranzugehen hatten. Auf dem Dokument war auch angegeben, dass diese Planungsleis-

tungen einen Wert von CHF 30'000.- haben. Das Ehepaar hat dieses Dokument indessen nicht unterzeichnet. Ein entsprechendes Projekt wurde erstellt, die Baubewilligung wurde erteilt und ein Kostenvoranschlag wurde abgegeben. Anschliessend wurde das Projekt modifiziert und damit eine Senkung der Baukosten erreicht. Dennoch entschied sich das Ehepaar, das Projekt nicht ausführen zu lassen. Darauf klagte der Totalunternehmer auf Bezahlung von CHF 25'000.- für die diversen Studien und Planungen. Das Ehepaar stellte sich auf den Standpunkt, es habe sich lediglich um nicht fakturierbare Vorgespräche gehandelt.

**Erwägungen:** Das Bundesgericht nutzte (in E. 2.1) die Gelegenheit, an seine in BGE 119 II 40 (Pra 84, Nr. 12) erwähnten Grundsätze zu erinnern: Die Kosten von Vorstudien, welche insbesondere dazu dienen, die wahrscheinlichen Kosten eines Werkes festzustellen und in der Folge eine entsprechende Offerte abzugeben, sind Teil der Verhandlungskosten. Sofern nichts anderes vereinbart ist, müssen solche Kosten grundsätzlich vom Unternehmer getragen werden, und zwar auch dann, wenn ihm die Arbeiten anschliessend nicht übertragen werden. Anders verhält es sich, wenn der Partei, mit welcher der Unternehmer Verhandlungen führt, eine culpa in contrahendo vorzuwerfen ist. Der Unternehmer kann indessen eine vertragliche Vergütung geltend machen, wenn vereinbart wurde, dass er für die Erstellung des ursprünglichen Projekts bezahlt wird oder wenn, zumindest konkludent, ein besonderer Teilvertrag betreffend die der Offerte vorausgehenden Vorstudien abgeschlossen wurde. Das Recht des Urhebers des Projekts auf eine Vergütung könnte auch aus der Tatsache abgeleitet werden, dass der Empfänger dieser Leistung (auch wenn es sich dabei um eine einfache Offerte handelt) daraus einen tatsächlichen Gewinn erzielt, d.h. die darin enthaltenen Ideen verwendet oder verwenden lässt.

Im vorliegenden Fall waren die kantonalen Gerichte zum Schluss gelangt, dass sich der tatsächliche Wille der Parteien nicht mehr feststellen lasse. Entsprechend nahmen die Richter eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vor. Sie stellten dabei fest, dass die vom Totalunternehmer erbrachten Leistungen 28,5 % der Gesamtleistungen eines Architekten nach der SIA-Ordnung 102 darstellen und dass das Ehepaar nicht in Unkenntnis darüber sein konnte, dass Leistungen dieses Umfangs normalerweise nicht ohne Gegenleistung erfolgen. Das Bundesgericht bestätigte dies und wies zudem darauf hin, dass die Tatsache, wonach der Wert der Leistungen vom Totalunternehmer mit CHF 30'000.- angegeben worden war, deutlich zeige, dass das Ehepaar nicht gutgläubig davon ausgehen konnte, die entsprechenden Leistungen würden unentgeltlich erbracht.

**Bemerkungen:** Der vorliegende Entscheid ist die konsequente Anwendung von BGE 119 II 40 (Pra 84, Nr. 12). Im Unterschied zum Unternehmer, welcher für eine vom Besteller definierte Arbeit eine Offerte einreicht, setzt die

Erstellung einer Pauschalofferte des Totalunternehmers voraus, dass dieser zuerst einen Grossteil der Planungsleistungen erbringt und damit das von ihm zu erstellende Werk definiert.

b) *Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2009 (4A\_465/2009)  
(Vergütung nach Einheitspreisen gestützt auf Art. 374 OR?)*

**Sachverhalt:** Ein Bauherr hatte sich mit einem Unternehmer zwar über die auszuführenden Arbeiten, nicht aber über den Preis geeinigt. Das Handelsgericht des Kantons Aargau schloss, dass der Werklohn in diesem Fall nach Art. 374 OR, d.h. «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers», zu bestimmen sei. Das Gericht setzte alsdann einen Quadratmeterpreis fest und multiplizierte diesen mit dem Ausmass der ausgeführten Arbeiten. Der Unternehmer rügte vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 374 OR, weil das Handelsgericht die Entschädigung nicht nach Aufwand bemessen hatte.

**Begründung:** Das Bundesgericht erinnerte daran, dass Art. 374 OR dispositiven Charakter habe, so dass abweichende Vereinbarungen zulässig sind (E. 2.2.1). Im konkreten Fall war unbestritten, dass die Arbeiten nach dem übereinstimmenden Parteiwillen zu einem bestimmten Betrag pro Quadratmeter abgegolten werden sollten (Einheitspreis). Strittig war allein die Höhe der Vergütung pro Quadratmeter, die «nach dem Wert der Leistung zu bestimmen war». «Unter diesen Umständen war die Vorinstanz nicht gehalten, den angemessenen Preis nach dem Aufwand zu beurteilen, wenn ihr zur Festsetzung eines angemessenen Einheitspreises andere Grundlagen zur Verfügung standen, zumal die Parteien übereinstimmend keine Abgeltung nach dem konkreten Aufwand vorsehen wollten» (E. 2.2.2).

**Bemerkungen:** Die Rechtslehre geht davon aus, dass es bei einer Vergütung nach Art. 374 OR auf den Aufwand ankommt – und zwar nur auf den Aufwand (PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 946; RAINER SCHUMACHER, *Die Vergütung im Bauwerkvertrag*, Freiburg 1998, Nr. 644). «Diese Vergütung («Aufwandvergütung») ist unabhängig vom Wert des vollendeten Werkes, der durch andere Faktoren als den Aufwand des Unternehmers (z.B. durch die Marktlage, die Qualität des Werkes oder die Leistungen eines vom Besteller beigezogenen Architekten) mitbestimmt sein kann» (GAUCH, *Der Werkvertrag*, Nr. 947). Steht der Entscheid 4A\_465/2009 im Widerspruch dazu? Jedenfalls ist schwer verständlich, wie das Handelsgericht unter Berufung auf Art. 374 OR einen Werklohn nach gerichtlich festgelegten Einheitspreisen (also nach Festpreisen!) bemessen konnte. Davon hat sich das Bundesgericht mit dem Hinweis auf die dispositive Natur von Art. 374 OR diskret distanziert: Wie aus E. 2.2.2 des Bundesgerichtsentscheides implizit hervorgeht, lag hier eben kein Fall von Art. 374 OR vor. Die Parteien waren

sich ja offenbar darüber einig, dass die Vergütung nach Einheitspreisen erfolgen solle. Eine Bemessung der Vergütung nach Aufwand (Art. 374 OR) war von den Parteien nicht gewollt. Es ging hier also nicht darum, dispositives Gesetzesrecht (Art. 374 OR) anzuwenden, sondern um eine richterliche Füllung einer Vertragslücke (richterliche Vertragsergänzung auf der Basis des «hypothetischen Parteiwillens»).

c) *Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2010 (4A\_512/2009)*  
(Herabsetzung einer Werkpreispauschale)

**Sachverhalt:** Ein Unternehmer und eine Bauherrschaft schlossen einen Werkvertrag betreffend die Holzarbeiten eines Zweifamilien-Systemhauses ab. Sie vereinbarten dafür einen Pauschalpreis. In der Folge kam es zu Differenzen in Bezug auf behauptete Mängel und die Nichterfüllung von Teilleistungen.

**Begründung:** Neben diversen vorwiegend prozessrechtlichen Fragen hatte sich das Bundesgericht auch damit auseinanderzusetzen, zu welchem Abzug vom Pauschalpreis die Bauherrschaft berechtigt war, weil der Unternehmer die zwei in der Pauschale inbegriffenen Treppen nicht geliefert hatte. Die Bauherrschaft hatte gegen die Nichtlieferung remonstriert und eine Nachfrist angesetzt. Nach Ablauf dieser Nachfrist teilte die Bauherrschaft dem Unternehmer mit, sie würde die Arbeiten für die Treppen anderweitig vergeben und die diesbezüglichen Kosten in Abzug bringen. Das kantonale Gericht beurteilte dieses Vorgehen als Rücktritt nach Art. 107 OR und legte entsprechend einem Gutachten den Minderwert des Werkes zufolge der fehlenden Treppen auf CHF 16'800.- fest. Der Unternehmer machte geltend, das Gericht habe der Bauherrschaft den Minderwert zugesprochen, obwohl bei Rücktritt lediglich das negative Interesse geschuldet sei. Das Bundesgericht hielt dazu (in E. 5.4) Folgendes fest: «Nachdem die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart haben, durfte die Vorinstanz im Ergebnis ohne Verletzung von Bundesrecht auch bei einer Berechnung des negativen Interesses den auf die nicht ausgeführten Treppen entfallenden Anteil aufgrund des im Gutachten dafür angegebenen Werts bestimmen.» Daher könne auch offen bleiben, ob das kantonale Gericht die Erklärungen der Bauherrschaft zu Recht als Vertragsrücktritt ausgelegt hatte. Zu beachten sei aber, dass die Bauherrschaft eindeutig auf nachträgliche Leistung verzichtet und angefügt habe, sie würde die Arbeiten unter Abzug vom Werklohn anderweitig vergeben. Dies lasse eigentlich eher auf einen Verzicht auf nachträgliche Erfüllung unter gleichzeitiger Forderung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens schliessen (Art. 107 Abs. 2 OR).

**Bemerkungen:** Aus dem Bundesgerichtsurteil ergibt sich nicht, wie im Gutachten der Minderwert des Werkes zufolge der fehlenden Treppen festgelegt

wurde. Insbesondere ergibt sich nicht, ob dies auf der Basis des Preisgefüges des ursprünglichen Pauschalpreises erfolgte (negatives Vertragsinteresse) oder auf der Basis dessen, was die nachträgliche Erstellung der Treppen durch einen Dritten kosten würde (positives Vertragsinteresse). Diesbezüglich ist der Entscheid des Bundesgerichtes leider nicht aufschlussreich. Bemerkenswert ist immerhin, dass das Bundesgericht darauf hinweist, dass der Verzicht des Bestellers auf eine Leistung unter gleichzeitiger Ankündigung, man werde die Arbeiten unter Abzug vom Werklohn anderweitig vergeben, eher als Verzicht auf nachträgliche Erfüllung unter gleichzeitiger Forderung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (Art. 107 Abs. 2 OR) zu qualifizieren ist, denn als Rücktritt vom Vertrag, bei dem nur das negative Interesse geschuldet wäre.

d) *Arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 2010 (4A\_183/2010)*  
*(Prix forfaitaire: exceptions aux caractères absolu de ce genre de prix)*

**Etat de fait:** Le propriétaire de deux parcelles décide de construire sur l'une d'elles un chalet avec un parking et un accès couverts. Pour ce faire, il s'associe les services d'un architecte pour la conception du projet, et d'un ingénieur civil, pour la direction des travaux. Par contrat des 13/19 mai 2004, le maître de l'ouvrage confie à X. SA les travaux de maçonnerie pour un montant de 2'051'249 fr. 55 net, TVA comprise. Le contrat renvoie à diverses normes SIA, notamment à la norme SIA 118. Pour ces travaux en particulier, les parties ont décidé d'arrêter la rémunération de l'entrepreneur selon un système de prix unitaires fermes. Entre autres frais, le coût de l'installation du chantier a été arrêté en bloc à 100'000 francs. En cours de chantier, l'architecte et l'ingénieur, qui étaient investis du pouvoir de commander des ouvrages, ont chargé X. SA d'exécuter des travaux supplémentaires sans en arrêter le prix (travaux en régie).

X. SA a œuvré pour la dernière fois sur le chantier au début du mois de décembre 2005. L'entrepreneur a adressé ses factures, en fonction de l'avancement des travaux, entre le 13 juillet 2004 et le 20 décembre 2005. A cette dernière date, il a présenté un récapitulatif des factures présentant un solde de 2'080'062 fr. 67, rectifié à 2'134'100 fr. 64 le 6 juin 2006, en sa faveur.

Le maître de l'ouvrage s'est acquitté de divers acomptes, mais a contesté, partiellement ou totalement, plusieurs factures. En particulier, il a contesté celle du 24 mai 2005 relative à la maçonnerie, d'un montant total de 434'490 fr. 95, en ce qui concerne le poste complément d'installation de chantier pour un montant de 50'000 francs, hors TVA.



**Extrait des considérants: 1.** Le caractère ferme du prix forfaitaire (en l'occurrence, le prix de 100'000 francs prévu initialement pour l'installation du chantier) n'est pas absolu. L'art. 373 al. 2 CO prévoit une première exception lorsque 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 des parties. Une seconde exception est réalisée quand intervient une modification de commande par rapport à l'objet du contrat initialement convenu; le prix ferme arrêté par les parties n'est, en effet, déterminant que pour l'ouvrage alors projeté, sans modifications qualitatives ou quantitatives (ATF 116 II 315 c. 3; arrêt 4C.23/2004 du 14 décembre 2004 c. 4.1).

**2.** Les modifications de commande donnent en principe droit à une augmentation du prix en cas de prestations supplémentaires de l'entrepreneur. La modification de commande contractuelle – invoquée par la recourante – n'est pas réglée par la norme SIA 118. Il n'a pas été établi que les parties se sont mises d'accord, ne serait-ce que tacitement, pour soumettre la rémunération des prestations supplémentaires sur la base des dispositions relatives à la modification de commande unilatérale (art. 84 ss SIA 118). La recourante ne tente d'ailleurs pas de soutenir qu'un tel accord serait intervenu entre les parties. En conséquence, on ne peut donc appliquer les articles y relatifs de la norme SIA 118; la rémunération des prestations supplémentaires doit ainsi être calculée sur la base de l'art. 374 CO (arrêt 4C.23/2004 du 14 décembre 2004 c. 4.1 et les nombreuses réf.). Selon cette disposition, si le prix n'a pas été fixé entre les parties, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur. Le critère déterminant est celui des coûts effectifs qu'un entrepreneur diligent aurait engagés pour une exécution soignée de l'ouvrage (ATF 96 II 58 c. 2). Autrement dit, seuls les coûts nécessaires à cette exécution sont pris en compte. Il appartient à l'entrepreneur de déterminer le montant des coûts effectifs, donc également de démontrer la nécessité des frais engagés (art. 8 CC).

**3.** La seule existence d'un fait imputable au maître ne suffit pas à fonder une rémunération supplémentaire. Il appartient encore à l'entrepreneur de prouver (art. 8 CC) que ce fait est la cause des frais supplémentaires facturés au maître de l'ouvrage (lien de causalité).

**Commentaire:** Cet arrêt montre l'importance qu'il y a, pour l'entrepreneur, à régler le calcul de la rémunération supplémentaire en cas de modification de commande contractuelle, même si la norme SIA 118 a été intégrée au contrat. En effet, à défaut de disposition contractuelle à ce sujet (le Tribunal fédéral nous rappelle que la norme SIA 118 n'en contient pas), le calcul de la rémunération, dont la preuve incombe à l'entrepreneur, se fait sur la base de l'art. 374 CO, ce qui ne va pas sans difficultés en pratique. On peut se demander à cet égard s'il ne serait pas plus judicieux de remplacer le recours à l'art. 374

CO, avec les difficultés pratiques que cela pose, notamment en matière de preuve, par une application par analogie des art. 86 ss SIA 118 (modification de commande unilatérale). Un tel complètement judiciaire du contrat, lacunaire sur ce point, se justifierait d'autant plus qu'on voit mal pourquoi la situation juridique devrait être à ce point différente lorsque l'entrepreneur a consenti au principe de la modification de commande mais que les parties ne se sont pas mises d'accord sur le prix. On pourrait alternativement considérer qu'une modification de commande contractuelle suppose un accord des parties non seulement sur le principe de la modification mais également sur son coût. A défaut d'accord sur ce dernier point, on appliquerait donc les art. 86 ss SIA 118.

#### 4. **Werkvertrag: Die Verjährung / Contrat d'entreprise: la prescription**

*Arrêts du Tribunal fédéral du 12 octobre 2010 (4A\_245/2010 et 4A\_247/2010)*

*(Prescription des «actions des artisans pour leur travail» selon l'art. 128 ch. 3 CO: inapplicabilité de cette disposition lorsqu'une planification et une coordination avec d'autres travaux sont nécessaires)*

**Etat de fait:** X. SA a exécuté des travaux d'installation électrique sur deux villas que les époux A., d'une part, et les époux B., d'autre part, faisaient construire. Le 18 janvier 2002, faute d'avoir reçu les acomptes qu'elle réclamait, X. SA a fait savoir qu'elle ne pouvait pas poursuivre le travail et qu'elle quittait le chantier. Un litige s'est ensuite élevé entre les parties au sujet du prix des travaux exécutés. Le 23 mars 2007, X. SA a ouvert action contre les époux A. Le même jour, elle a également ouvert action contre les époux B. Les défendeurs ont notamment excipé de la prescription et conclu au rejet de l'action.

**Extrait des considérants:** Aux termes des art. 127 et 128 ch. 3 CO, toutes les actions se prescrivent par dix ans lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement; l'une des exceptions légales concerne les actions des artisans pour leur travail, actions qui se prescrivent par cinq ans (art. 128 ch. 3). Selon la jurisprudence, le travail de l'artisan se distingue par la nature spécifique et l'ampleur réduite de l'activité fournie. Il s'agit d'un travail manuel, exécuté avec ou sans outils, où l'élément manuel prévaut sur les composantes intellectuelles et scientifiques. Ce travail dépend de l'activité manuelle de celui qui l'accomplit, plutôt que de l'engagement de moyens techniques. L'utilisation de grosses machines exclut le travail artisanal. Celui-ci est aussi exclu lorsqu'en raison d'une ampleur considérable, l'activité fournie nécessite des me-

sures de planification et de coordination particulières avec d'autres corps de métiers. L'art. 128 ch. 3 CO ne s'applique donc qu'en présence de travaux manuels typiques, traditionnels et accomplis dans un cadre restreint (ATF 123 III 120 c. 2b; 132 III 61 c. 6.3). Sur la base de la jurisprudence fédérale et cantonale, la doctrine rapporte une casuistique abondante et mentionne, parmi les activités artisanales, les travaux d'installation électrique (P. GAUCH, op. cit., n. 1291 et 1292).

**Commentaire:** En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que l'exécution complète des installations électriques classiques dans une grande villa de deux étages s'inscrivait encore dans l'artisanat que vise l'art. 128 ch. 3 CO même s'il s'agissait d'un travail d'une certaine importance. On peut se demander à cet égard si le fait de traiter de manière différenciée, en matière de prescription, les entrepreneurs qui effectuent des activités artisanales «traditionnelles» des autres entrepreneurs se justifie encore. On voit en effet mal quelle raison juridique pourrait bien militer en faveur d'une prescription plus rapide des créances des entrepreneurs «artisanaux» par rapport aux autres entrepreneurs. Le Tribunal fédéral n'invoque d'ailleurs aucun argument téléologique à l'appui de sa décision et la sécurité du droit n'y gagne en tout cas pas (cf. la critique de P. GAUCH, op. cit., n. 1286 ss).

## 5. Werkvertrag: Die Mängelhaftung / Contrat d'entreprise: la garantie pour les défauts

a) *Arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2009 (4A\_82/2008)*  
*(Interprétation d'un accord contractuel pour savoir si le maître a renoncé à ses droits de garantie pour les défauts cachés; début du délai de garantie en cas de défaut évolutif)*

**Etat de fait:** Y. a souhaité adjoindre à sa maison de St-Gall une annexe avec salle de bain et sauna au rez-de-chaussée et terrasse au premier étage. Les éléments métalliques de l'annexe ont été livrés par V. SA. Le 4 octobre 1990, Y. a conclu avec X. SA un contrat d'entreprise générale prévoyant un «prix prévisible» («Vorausmasspreis») de 64'089 fr. 20, sous déduction d'un rabais de 6% et d'un escompte de 2%. X. SA a sous-traité une partie des travaux à Z. SA. Le 10 septembre 1991, l'entrepreneur a soumis au maître sa facture finale. En novembre 1991, l'entrepreneur s'est déclaré prêt à ramener le solde dû de 16'804 fr. 10 à un montant forfaitaire de Fr. 6'000 WIR. Le 11 novembre 1991, le maître a ajouté le texte suivant après l'indication «solde du prix forfaitaire 6'000 francs WIR (selon accord avec HR. T. du 28 octobre 1991)»: «Admis moyennant renonciation expresse à toute revendication supplémentaire. Tous les travaux restants sont inclus dans le solde. St-Gall le 11 novembre 1991». Au début de 1995, le maître a constaté que divers défauts

affectaient l'annexe. Le 16 janvier 1995, le maître a fait expertiser ces défauts par un tiers, qui en a établi la liste le 23 janvier 1995. Par lettre du 24 janvier 1995, le maître a fait parvenir cette liste à l'entrepreneur et l'a invité, avec son assurance, à une discussion sur place. Le 10 mars 1995, le maître a écrit à l'entrepreneur pour constater que l'engagement de réparation pris le 8 février 1995 n'avait pas été tenu. L'entrepreneur a décliné toute responsabilité par lettre du 4 avril 1995. Le maître a alors intenté action contre lui. Il a conclu au paiement de 60'000 francs en sa faveur. Le maître a ensuite augmenté ses conclusions en cours d'instance pour tenir compte de défauts apparus dans l'intervalle.

**Extrait des considérants: 1.** Si la réelle et commune intention des parties ne peut pas être déterminée (art. 18 al. 1 CO), l'accord passé doit être interprété selon la théorie de la confiance afin de déterminer comment il pouvait et devait être compris compte tenu de sa lettre, du contexte et de toutes les autres circonstances qui ont précédé et concouru à son adoption (ATF 132 III 24 c. 4; 131 III 606 c. 4.1). Un texte «clair» n'interdit pas de recourir à d'autres éléments d'interprétation. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 127 III 444; 129 III 118). Ce faisant, le juge doit prendre en considération ce qui est approprié car il n'y a pas lieu d'admettre que les parties ont voulu une solution inappropriée (ATF 119 II 368; 117 II 609).

**2.** Après la livraison de l'ouvrage, le maître doit en vérifier l'état aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires, et en signaler les défauts à l'entrepreneur s'il y a lieu (art. 367 al. 1 CO). Chacune des parties a le droit de demander, à ses frais, que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'il soit dressé acte de leurs constatations (art. 367 al. 2 CO). On admet en doctrine que la diligence dont le maître doit faire preuve dans le cadre de la vérification de l'ouvrage est celle d'une personne moyenne recevant un ouvrage du même type dans les mêmes circonstances (G. ZINDEL/U. PULVER, in: Basler Kommentar, OR I, 4<sup>e</sup> éd. 2007, n. 9 ad Art. 367 OR). Les défauts qui n'étaient pas reconnaissables lors de la réception régulière selon l'art. 367 al. 1 CO sont des défauts cachés (ATF 117 II 425 c. 2). Ces défauts se présentent sous la forme de «défauts consécutifs simples» lorsqu'ils existent déjà en germe au moment où l'ouvrage est livré mais ne se transforment que plus tard en une violation perceptible du contrat (P. GAUCH, Le contrat d'entreprise, Zurich 1999, n. 2076 s.). Si les défauts cachés ne se manifestent que plus tard, c'est-à-dire après la vérification de l'ouvrage, le maître est tenu de les signaler à l'entrepreneur aussitôt qu'il en a connaissance; sinon, l'ouvrage est tenu pour accepté avec ces défauts (art. 370 al. 3 CO). L'avis des défauts n'est soumis à aucune forme particulière. Il doit être motivé en fait et exprimer

l'idée que le maître ne tient pas l'ouvrage pour conforme au contrat et en tient l'entrepreneur pour responsable (ATF 107 II 172 c. 1, avec réf.). En règle générale, la simple communication des défauts implique bien que le maître en tient l'entrepreneur pour responsable. Il n'en va autrement qu'en présence de circonstances particulières, par exemple si le maître signale les défauts dans le seul but de mettre en garde l'entrepreneur pour l'avenir (arrêt 4C.130/2006 du 8 mai 2007, c. 4.2.1, traduit en allemand in: AJP 2007 1318). La manière de décrire le défaut dans l'avis dépend des circonstances. Il ne suffit en tout cas pas que le maître manifeste son insatisfaction sans énumérer les défauts concrets. Est par contre suffisante la simple indication de l'effet défavorable, comme par exemple: «la marchandise est si mauvaises qu'elle ne peut pas être travaillée» (cf. pour la vente: arrêt 4C.395/2001 du 28 mai 2002, c. 2.1.1). L'avis des défauts n'a pas à indiquer les causes des défauts dénoncés (arrêt 4C.130/2006 du 8 mai 2007, c. 4.2.1).

**3.** Le délai d'avis commence à courir avec la découverte du défaut. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un défaut n'est découvert que lorsque le maître en acquiert une connaissance telle qu'il peut formuler une réclamation suffisamment motivée. Les défauts dont l'apparition est progressive, en ce sens que leur ampleur et leur intensité augmentent peu à peu, ne sont par contre pas réputés découverts au moment où se manifestent les premiers indices. Le délai d'avis ne commence donc pas à courir dès l'apparition des premiers indices de défaut dans la mesure où le maître peut partir de l'idée, selon les règles de la bonne foi, qu'il s'agit de phénomènes usuels qui ne constituent pas une infraction au contrat. Cela peut être le cas, notamment, pour les fissures de retrait qui évoluent («*wachsende Mauerrisse*») (ATF 117 II 425 d. 2). Des exigences trop sévères en matière d'avis des défauts obligeraient le maître à signaler n'importe quelle bagatelle pour ne pas risquer d'être déchu de ses droits. Les défauts évolutifs ne doivent donc être réputés découverts que lorsque le caractère sérieux de leur état apparaît de façon certaine et que le maître peut en mesurer l'importance et la portée (ATF 118 II 142 c. 3b; 131 III 145 c. 7.2, avec réf.). La constatation du caractère indubitable du défaut peut nécessiter le recours à un expert (P. GAUCH, op. cit., n. 2182). GAUCH est d'avis à cet égard que lorsque plusieurs co-entrepreneurs ont participé, avec leurs propres prestations, à la construction d'un ouvrage d'ensemble, il ne suffit pas que le maître sache que l'ouvrage d'ensemble est affecté d'un défaut. Il doit savoir au contraire quel est le co-entrepreneur qui a fourni une prestation défectueuse avant de pouvoir faire l'avis des défauts de façon appropriée. Exiger un avis «au hasard» est incompatible avec la lettre et l'esprit de l'art. 370 al. 3 CO (P. GAUCH, op. cit. n. 2182).

**Commentaire: 1.** Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la renonciation aux revendications supplémentaires («*Nachforderung*») devait être comprise en lien avec l'expression «travaux restants» («*Restarbeiten*»)

figurant dans l'arrêté de compte et compte tenu de l'accord des parties sur la réparation des défauts par l'entreprise Z. Il en a déduit que le passage litigieux devait être interprété comme une déclaration par laquelle le maître reconnaît devoir encore 6'000 francs WIR dans la mesure où l'entrepreneur renonce à toute prétention supplémentaire. Il a également jugé déraisonnable que le maître renonce à l'avance à des prétentions non encore connues portant sur des défauts cachés.

2. En reprenant, sans le discuter, l'avis de P. GAUCH sur le moment de la connaissance du défaut en cas d'ouvrage d'ensemble réalisé par plusieurs co-entrepreneurs (cf. ch. 3 supra), le Tribunal fédéral répond à sa critique de l'ATF 107 II 177 (où son point de vue n'avait même pas été pris en compte) et de l'arrêt publié à la SJ 1992 106, jugé «pour le moins peu clair» sur ce point (P. GAUCH, op. cit., n. 2180).

b) *Arrêt du Tribunal fédéral du 6 mai 2009 (4A\_83/2009)*  
(Avis des défauts envoyé en temps utile – fardeau de la preuve)

**Etat de fait:** Par contrat d'entreprise signé le 29 mars 2001, les époux Y. ont confié à X. SA la construction d'un chalet individuel sur la parcelle dont ils étaient copropriétaires. Selon ce contrat, qui se référait à la norme SIA 118 s'agissant de la garantie des défauts, l'ouvrage devait être «mi(s) en service» le 15 novembre 2001 et achevé, avec les aménagements extérieurs et les plantations, le 30 novembre 2001 au plus tard. Le 1<sup>er</sup> septembre 2003, les époux Y. ont mis en demeure X. SA d'effectuer les travaux de finition, consistant en particulier en la pose d'une deuxième voire d'une troisième couche de vernis sur la boiserie extérieure du chalet. Le 17 novembre 2003, ils ont encore sommé l'entrepreneur de corriger toute une série de défauts visibles constatés dans l'habitation. Les maîtres de l'ouvrage ont ensuite mandaté deux experts privés pour constater l'état de leur chalet. Suite à ces expertises, les maîtres de l'ouvrage ont sommé l'entrepreneur de réparer les défauts identifiés par les experts et de régler les coûts de leur intervention. Ils ont également déposé une requête de preuve à futur à laquelle l'autorité compétente a donné droit.

**Extrait des considérants:** 1. Selon la jurisprudence, lorsque le maître de l'ouvrage émet des prétentions en garantie et que l'entrepreneur affirme que l'ouvrage a été accepté en dépit de ses défauts, il incombe au maître de prouver qu'il a donné l'avis des défauts et qu'il l'a fait en temps utile; si l'entrepreneur rétorque que le maître a déjà découvert le défaut auparavant, il doit de son côté établir son objection (ATF 118 II 142 c. 3a). S'agissant comme en l'espèce d'un défaut évolutif, il n'est censé être découvert qu'au moment où il est constaté par le maître sans doute possible, à telle enseigne que celui-ci puisse le signaler à l'entrepreneur en le décrivant avec une certaine précision (ATF 118 II 142 c. 3b).

2. D'après l'art. 173 al. 2 SIA 118, le droit d'invoquer en tout temps les défauts existe aussi pour les défauts qui doivent être immédiatement éliminés pour éviter de nouveaux dommages. Si le maître ne signale pas un tel défaut aussitôt après l'avoir découvert, il supporte lui-même le dommage supplémentaire qui aurait pu être évité par une réfection immédiate.

3. Il est de jurisprudence constante que font notamment partie des dommages-intérêts qui peuvent être réclamés par le maître à l'entrepreneur pour le préjudice consécutif au défaut de l'ouvrage («*Mangelfolgeschaden*»; cf. à ce propos ATF 116 II 454 c. 2a) les honoraires des experts que le maître a dû mandater pour la constatation des défauts en application de l'art. 367 al. 2 CO (ATF 126 III 388 c. 10b).

**Commentaire:** En l'espèce, il a été retenu (art. 105 al. 1 LTF) que les maîtres de l'ouvrage, en communiquant le 1<sup>er</sup> septembre 2003 l'avis des défauts se rapportant aux boiseries extérieures qui se dégradaient, l'ont fait immédiatement après la découverte de ceux-ci. Il n'y avait donc pas place pour l'application de l'art. 173 al. 2 SIA 118. Par ailleurs, il ressort de l'état de fait soumis au Tribunal fédéral que les maîtres de l'ouvrage ont donné l'avis des défauts à la date à laquelle la dégradation de la boiserie extérieure était «nettement visible». Dès l'instant où la recourante prétendait que ce défaut pouvait être détecté auparavant, il lui revenait de le prouver. Le Tribunal fédéral reprend ainsi sa jurisprudence en matière de «défaut évolutif» inaugurée à l'ATF 118 II 142: le défaut n'est découvert qu'au moment où il est constaté par le maître de l'ouvrage sans doute possible, de telle manière qu'il peut le signaler à l'entrepreneur en le décrivant avec précision (A ce sujet, cf. not. P. PICHONNAZ, La pierre de l'Yonne: garantie pour les défauts et dommage évolutif, commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 mai 2007, BR/DC 2008 162 s. ainsi que A. BIGLER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, th. Fribourg, Zurich 2009, spéc. n. 256 s.).

La démarche du Tribunal fédéral est louable, puisqu'elle diminue quelque peu les exigences inutilement sévères posées par la loi en matière d'avis «immédiat» des défauts. Elle est cependant source de grandes incertitudes puisque c'est en définitive le juge qui, plusieurs années après les faits, déterminera à quel moment le défaut évolutif est véritablement «découvert». Il vaudrait mieux modifier le système légal en s'inspirant de ce qui a été mis en place à l'art. 173 SIA 118: droit pour le maître de faire valoir en tout temps le défaut durant une certaine période (délai de dénonciation des défauts) assorti d'une obligation d'assumer le dommage supplémentaire qui aurait pu être évité par un avis et une réfection immédiats.

c) *Arrêt du Tribunal fédéral du 17 novembre 2009 (4A\_424/2009)*  
(*Fardeau de la preuve du défaut, art. 174 al. 3 SIA 118*)

**Etat de fait:** Les époux A. et B. ont entrepris, dans le milieu des années nonante, de gros travaux de rénovation et de transformation dans leur villa. Le 14 novembre 1995, ils ont conclu, par l'intermédiaire de Y. AG, un premier contrat d'entreprise avec X. SA portant sur la livraison et l'intégration d'une installation de chauffage, de ventilation et de climatisation. Le 29 août 1996, ils ont conclu un deuxième contrat d'entreprise portant sur la livraison et l'intégration d'une installation de froid. Par demande du 2 juillet 2001, X. SA a demandé le règlement du solde qui lui était dû, par 82'413 fr. 85. Les époux A. et B. ont partiellement reconnu cette prétention. Ils ont cependant fait valoir en compensation divers défauts affectant l'ouvrage livré. X. SA s'est défendue en faisant valoir que les défauts étaient imputables à l'ingénieur responsable de la planification des travaux.

**Extrait des considérants:** 1. L'art. 174 al. 3 SIA 118 (édition 1977) figure au chapitre «délai de garantie» et met le fardeau de la preuve à la charge de l'entrepreneur en cas de contestation sur la question de savoir si un défaut allégué constitue effectivement une violation du contrat et, par conséquent, un défaut au sens de cette norme. Cette règle de preuve déroge (en partie) au principe selon lequel le fardeau de la preuve de l'existence d'un défaut incombe au maître. Elle s'applique à tout défaut dénoncé pendant le délai de garantie (P. GAUCH, *Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157–190*, 1991, n. 8 ad Art. 174).

2. La question de la responsabilité concurrente de l'entrepreneur et de l'ingénieur ou de l'architecte ne se pose que si les conditions de leurs responsabilités respectives sont effectivement remplies. Si tel n'est pas le cas, le maître n'a pas besoin de se prévaloir du principe selon lequel la responsabilité de l'ingénieur reste en principe sans influence sur la responsabilité de l'entrepreneur.

**Commentaire:** Le Tribunal fédéral a constaté qu'il n'avait pas été établi en l'espèce si la dénonciation des défauts était intervenue pendant le délai de garantie. Il a considéré toutefois que cette question n'était pas pertinente parce que l'autorité inférieure avait tenu pour prouvé que l'ouvrage livré n'était pas contraire au contrat conclu entre les parties et, partant, qu'il n'était pas défectueux. Sur le concours entre la responsabilité de l'entrepreneur et celle de l'architecte ou de l'ingénieur, cf. not. P. GAUCH, *op. cit.*, n. 2741 ss et F. WERRO, *Construction et responsabilité civile*, JDC 2003 266 ss.



- d) *Arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 2009 (4A\_460/2009)*  
(Notion de défaut au sens de l'art. 166 SIA 118: la notion est la même que celle du CO)

**Etat de fait:** De nationalité allemande et domiciliés en Allemagne, les époux X. ont, par contrat du 17 novembre 2000, confié à Y. la construction et la livraison clés en main d'un chalet pour le prix forfaitaire de 360'000 francs. L'installation de chauffage, la cheminée, l'équipement sanitaire et les stores électriques n'étaient pas compris dans ce montant. Les époux X. ont eu pour exigences, lors des pourparlers contractuels déjà, que le chalet soit suffisamment isolé, ce que Y. s'est engagé à réaliser. Les mesures d'isolation à suivre, notamment l'épaisseur de l'isolation des différentes parties du bâtiment, ont été détaillées dans le descriptif de l'ouvrage, qui fait partie intégrante du contrat. S'agissant du chauffage, les époux X. ont adhéré à la proposition de Y., qui leur a conseillé un système de chauffage à basse température par pompe à chaleur monofluide, avec captage dans le terrain et chauffage au sol. Les travaux d'installation du chauffage ont été sous-traités à la société V. Sarl. Le descriptif de fonctionnement de la pompe à chaleur vantait son très bon rendement et ses propriétés écologiques, non polluantes et «sans aucun effet néfaste pour la vie humaine et la couche d'ozone».

La remise des clés a eu lieu le 15 octobre 2001 et, en janvier 2002, les époux X. sont venus définitivement s'installer à A. Dès l'entrée en jouissance, des problèmes de chauffage ont été constatés, les propriétaires ne parvenant pas à chauffer correctement l'immeuble. A la fin de l'année 2003, le chauffagiste W. SA a changé quelques pièces défectueuses, a procédé au réglage de la temporisation et au remplissage du circuit frigorifique de l'étage. Une fois ces réparations effectuées, le bon fonctionnement du chauffage a été constaté. Après avoir sollicité une analyse du fonctionnement de la pompe à chaleur, les époux X. ont mandaté un architecte pour une expertise. Dans son rapport, l'expert indiquait que l'isolation du chalet n'était pas conforme aux normes en vigueur et que, dans ces conditions, l'installation de chauffage ne pouvait pas fonctionner. Lors d'une séance tenue le 13 mars 2003, l'expert a communiqué à Y. les défauts constatés.

Un délai échéant le 15 juin 2003 a été imparti à Y. pour remédier aux défauts constatés par l'expert B. L'entrepreneur ne s'est pas exécuté, considérant que le coût devisé pour l'exécution des travaux nécessaires à la réfection du chalet était surfait. Il a toutefois réclaté le paiement du solde du coût de l'ouvrage et des travaux de plus-value, pour la somme de 11'154 fr. 75.

Ne parvenant toujours pas à se chauffer correctement, les époux X. ont finalement décidé de retourner vivre en Allemagne. Le 2 octobre 2003, ils ont ouvert action contre Y. Ils concluaient à la réduction du prix de l'ouvrage à concurrence de 175'000 francs, avec intérêts, et à l'octroi d'un montant à titre

de dommage consécutif au défaut. Le défendeur a conclu au rejet de la demande et, à titre reconventionnel, à la condamnation des parties adverses à lui payer la somme de 11'154 fr. 75, avec intérêts à 5% l'an dès le 15 octobre 2001.

**Extrait des considérants:**1. La norme SIA 118 précise, en son art. 165 al. 1, que l'entrepreneur est tenu de livrer un ouvrage sans défaut. Il y a défaut, au sens de l'art. 166 de cette même norme, si l'ouvrage livré n'est pas conforme à celui qui était prévu par le contrat (al. 1); le défaut consiste en l'absence soit d'une qualité promise ou autrement convenue, soit d'une qualité que le maître était de bonne foi en droit d'attendre, même sans convention spéciale (al. 2). La notion de défaut de l'art. 166 al. 1 et 2 SIA 118 est la même que celle découlant de l'art. 368 CO. L'ouvrage est entaché d'un défaut au sens de cette dernière disposition lorsqu'il ne possède pas les qualités convenues – expressément ou tacitement – par les parties, ou les qualités auxquelles le maître pouvait s'attendre d'après les règles de la bonne foi (arrêt 4C.130/2006 du 8 mai 2007 c. 3.1). S'agissant du premier type de défauts, il ne faut pas se limiter à ce qui a été expressément formulé, mais il convient de rechercher, selon les règles générales d'interprétation, ce que les parties ont voulu dans chaque cas concret. Quant à la qualité attendue, elle vise d'une part la matière utilisée – qui ne doit pas être de qualité inférieure à la moyenne (cf. art. 71 al. 2 CO) – et concerne, d'autre part, les propriétés nécessaires ou usuelles pour l'usage convenu (arrêt 4C.130/2006 précité, avec réf.).

2. Il peut y avoir défaut au sens juridique, alors même qu'il n'y a pas défaut au sens technique et inversement. Pour juger si l'ouvrage est conforme, il y a lieu de tenir compte de son état au moment de la livraison, mais aussi, par la suite, de l'état qu'il doit conserver dans la durée.

**Commentaire:** En l'espèce, le Tribunal fédéral rappelle que le maître de l'ouvrage est certes en droit, sous l'angle de l'utilité usuelle, d'attendre que l'installation de chauffage fournisse un seuil de température minimale dans toutes les pièces. Il ressort cependant de l'état de fait que si le chalet avait été correctement isolé, la pompe à chaleur aurait permis de le chauffer convenablement. De plus, il n'a pas été établi que la consommation d'énergie de l'installation de chauffage, arrêtée comme étant supérieure à celle initialement prévue, était liée au système lui-même, sans rapport avec l'isolation défectueuse. Les maîtres de l'ouvrage ne soutiennent également pas que l'installation de chauffage n'était pas conforme à la législation en vigueur au moment de son installation. Il s'ensuit que le système de chauffage livré n'était pas défectueux. On peut se demander à cet égard si la solution du Tribunal fédéral aurait été la même si le chauffagiste savait ou aurait dû savoir que le bâtiment n'avait pas été correctement isolé. Dans ce cas en effet, il aurait dû en aviser les maîtres de l'ouvrage par écrit (art. 25 SIA 118) et, à défaut, en supporter les conséquences.

- e) *Urteil des Bundesgerichts vom 1. April 2010 (4A\_89/2010 = BGE 136 III 275) (Nachbesserung – Vorgehen, wenn das Unternehmen diese verweigert: Vergütung der Ersatzvornahmekosten)*

**Sachverhalt:** Ein Unternehmer verlegte einen Marmorboden. Rund drei Jahre später stellte die Bauherrschaft Risse fest und verlangte die Nachbesserung. Der Unternehmer verweigerte die Nachbesserung mit dem Hinweis auf unbezahlt gebliebene Rechnungen.

**Erwägungen:** Gestützt auf die Feststellungen der Vorinstanz hielt das Bundesgericht fest, dass die Bauherrschaft im vorliegenden Fall die Nachbesserung durch den Unternehmer verlangt hatte (nach Art. 368 Abs. 2 OR). Damit hatte sie ein Gestaltungsrecht ausgeübt – was grundsätzlich unwiderrufbar ist (E. 2.2). Der Unternehmer hatte die Ausführung der Arbeiten verweigert. Der Fall der Verweigerung der Nachbesserung ist in den Bestimmungen zum Werkvertragsrecht nicht geregelt, weshalb dafür die allgemeinen Grundsätze über die Nichterfüllung von Verträgen anwendbar sind (Art. 102 ff. OR). Da sich der Unternehmer weigerte, die Nachbesserung auszuführen, war es in Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR nicht notwendig, ihm dafür eine Nachfrist anzusetzen. Die Bauherrschaft konnte direkt nach Art. 107 Abs. 2 OR vorgehen. In Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR stehen der Bauherrschaft in solchen Fällen folgende Optionen offen (E. 2.4):

- Wenn sich der Bauherr dafür entscheidet, in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR zurückzutreten, wird dadurch seine Ausübung des Gestaltungsrechts (d.h. die Wahl des Nachbesserungsrechts) rückwirkend aufgehoben und er ist somit wieder in derselben Situation wie vor der Ausübung des Gestaltungsrechts, so dass er erneut zwischen den Mängelrechten des Art. 368 OR wählen kann.
- Die Bauherrschaft kann sodann auf Erfüllung der Nachbesserungsschuld bestehen und, falls der Unternehmer die Nachbesserung nicht vornimmt, die Ausführung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen lassen, wobei der Unternehmer die entsprechenden Kosten bevorschussen muss. In Analogie zu Art. 366 Abs. 2 OR kann der Bauherr die Arbeiten auch ohne vorgängige richterliche Genehmigung durch einen Ersatzunternehmer ausführen lassen.
- Die Bauherrschaft kann auch auf ihren Nachbesserungsanspruch verzichten und Schadenersatz für die Nichterfüllung verlangen (positives Vertragsinteresse). In diesen Fällen ist der Schadenersatz entsprechend jenem Wert festzulegen, den die Nachbesserungsleistung des Unternehmers gehabt hätte.

Das Bundesgericht kam im vorliegenden Fall zum Schluss, dass die Bauherrschaft die dritte Variante gewählt hatte. Es stellte dazu klar, dass der Schadenersatz nicht darin besteht, dass Ersatzvornahmekosten gedeckt werden müssen, sondern eben im Wert, den die Nachbesserungsleistung des Unternehmers gehabt hätte, wenn er die Nachbesserung pflichtgemäss ausgeführt hätte (E. 2.5). Entsprechend spielte es im vorliegenden Fall keine Rolle, dass die Bauherrschaft den Mangel bislang nicht hatte beheben lassen und darum auch noch keine Kosten aufgelaufen waren. Das Bundesgericht betonte sodann (in E. 2.5), dass es sich beim erwähnten Schadenersatz auch nicht um den Ersatz des Mangelfolgeschadens gemäss Art. 368 OR handelt.

f) *Arrêt du Tribunal fédéral du 29 juin 2010 (4D\_25/2010)  
(Avis des défauts: moment, forme et contenu)*

**Etat de fait:** Les époux A. ont mandaté un bureau d'architectes en vue d'effectuer des travaux de rénovation dans leur appartement. Ce bureau d'architectes, agissant au nom des maîtres de l'ouvrage, a chargé l'entreprise X. de poser des parquets dans l'appartement. Pour exécuter ce travail, celle-ci a commandé du parquet à l'entreprise Y. Sàrl. Le parquet a été posé en juin 2006 dans l'appartement et les époux A. ont emménagé à la fin juillet 2006.

Par lettre du 11 août 2006, le bureau d'architectes a informé X. que les maîtres de l'ouvrage n'étaient pas satisfaits du travail effectué et qu'un expert serait mandaté pour déterminer si le parquet avait été posé dans les règles de l'art. Commis par le bureau d'architectes, B., expert auprès de la Communauté d'intérêts de l'Industrie Suisse du Parquet, a procédé à une visite des lieux le 24 août 2006 en présence de X. et a rendu son rapport le 1<sup>er</sup> septembre 2006, signalant notamment un défaut du matériel fourni. Selon ses propres déclarations, X. a reçu ce rapport le 4 septembre 2006. Le 5 octobre 2006, X. a écrit une lettre à Y. Sàrl dans laquelle il tient son fournisseur pour responsable des dégâts. L'entreprise a contesté l'existence d'un défaut du matériel livré.

**Extrait des considérants: 1.** Selon la jurisprudence fermement établie, un avis des défauts communiqué deux ou trois jours ouvrables après la découverte de ceux-ci respecte la condition d'immédiateté prévue par la loi (ATF 98 II 191 c. 4, 76 II 221 c. 3); sont en revanche tardifs des avis transmis dix-sept ou vingt jours après la découverte des défauts (ATF 118 II 142 c. 3b; 107 II 172 c. 1b p. 176 s.; sur l'ensemble de la question: arrêt 4C.205/2003 du 17 novembre 2003 c. 3.2).

**2.** L'avis des défauts n'est soumis à aucune exigence de forme particulière. Il doit cependant indiquer exactement quels sont les défauts découverts et exprimer l'idée que la prestation n'est pas conforme au contrat et que l'auteur de l'avis en tient pour responsable son cocontractant (ATF 107 II 172 c. 1a).

L'envoi d'un avis d'expert en vue d'en prendre connaissance et de se déterminer à son propos n'exprime pas la volonté du maître de tenir l'entrepreneur pour responsable, ce d'autant plus que le rapport n'exprime pas la volonté du maître mais celle de l'expert.

**3.** En vertu de la règle générale de l'art. 8 CC, il incombe à la partie qui invoque un défaut d'établir à quel moment elle en a eu connaissance, à qui, quand et comment elle l'a signalé (ATF 118 II 142 c. 3a; 107 II 172 c. 1a). Dès lors, la cour cantonale n'a pas violé arbitrairement le droit fédéral en rejetant la demande pour le motif que le recourant n'est pas parvenu à démontrer qu'il avait donné un avis des défauts en temps utile.

**Commentaire:** Le Tribunal fédéral persiste dans sa jurisprudence «fermement établie» alors que l'avantage conféré aux entrepreneurs par la brièveté du délai d'avis apparaît difficilement justifiable même si la loi dit que le maître doit faire l'avis des défauts «aussitôt qu'il en a connaissance»). En matière de demeure qualifiée (cf. supra ad 2), le Tribunal fédéral est cependant moins regardant puisqu'il considère qu'une déclaration intervenue plus d'un mois après l'échéance du délai complémentaire reste «immédiate», au sens de l'art. 107 al. 2 CO, faute d'avoir occasionné quelque inconvénient que ce soit aux maîtres de l'ouvrage. Si l'on devait appliquer le même critère de l'absence d'inconvénient pour juger du caractère «immédiat» de l'avis des défauts, il y a fort à parier que des délais de plusieurs mois seraient parfaitement admissibles. Tel est notamment le cas en matière de réfection de parquet, où le retard dans l'avis des défauts et la réparation subséquente ne cause pas d'inconvénient particulier à l'entrepreneur.

g) *Arrêt du Tribunal fédéral du 1<sup>er</sup> octobre 2010 (4D\_81/2010)*  
(La répartition du fardeau de la preuve selon l'art. 174 al. 3 SIA 118 comme question de fait).

**Etat de fait:** Dans le cadre de la construction d'une maison familiale, X. a confié à Y. AG, en mai 1999, la fabrication et le montage de diverses fenêtres et portes coulissantes ainsi que d'une porte d'entrée. Après leur montage, les parties se sont disputées sur la qualité de l'exécution et sur le prix. L'entrepreneur a intenté action contre le maître de l'ouvrage et demandé le paiement de 15'908 fr. 25. De son côté, le maître de l'ouvrage a réclamé le paiement de 20'000 francs (montant réduit par la suite à 15'908 fr. 25) au motif qu'une fenêtre et des portes coulissantes seraient défectueuses.

**Extrait des considérants: 1.** La question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose que si, en se fondant sur l'expertise, l'autorité inférieure ne parvient pas à un résultat positif (ATF 134 III 235 c. 4.3.3; 130 III 591 c. 5.4).

2. Selon l'art. 174 al. 3 SIA 118, en cas de contestation, il appartient à l'entrepreneur de prouver qu'un fait relevé ne constitue pas un manquement au contrat, ni, par conséquent, un défaut au sens de la présente norme. Ce renversement du fardeau de la preuve n'entre cependant en ligne de compte que si la norme SIA 118 a été intégrée au contrat et que cette disposition n'a pas été modifiée contractuellement.

**Commentaire:** En l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire la décision de l'autorité inférieure fondée sur une expertise selon laquelle la cause du défaut découlait de façon prépondérante d'un problème de structure, une mauvaise installation des portes coulissantes n'ayant pu entraîner le défaut qu'avec une probabilité de 10 %.

h) *Urteil des Bundesgerichts vom 14. Oktober 2010 (4A\_307/2010)*  
*(Der ästhetische Mangel und die Unverhältnismässigkeit der*  
*Nachbesserung)*

**Sachverhalt:** In den Nasszellen einer Villa erbrachte ein Unternehmer die Marmorarbeiten für einen Werkpreis von CHF 13'544.10. Die Ausführung war mangelhaft. Der Bauherr forderte den Unternehmer mehrfach zur Nachbesserung auf. Der Bauherr liess die Arbeiten schliesslich durch einen Dritten ausführen, und zwar mit Kosten von CHF 55'775.75. Die Bauherrschaft klagte gegen den Unternehmer auf Zahlung von CHF 42'231.75 (d.h. CHF 55'775.75 minus den Werkpreis von CHF 13'544.10). Der Unternehmer klagte auf Zahlung von CHF 13'544.10. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Sie hielten fest, die Ausführung sei mangelhaft gewesen und der Unternehmer habe nicht fristgerecht nachgebessert. Die Kosten der Ersatzvornahme seien indessen dreimal höher als der Preis des Werkes und damit unverhältnismässig. Da der Bauherr weder Minderung noch Wandlung geltend mache, müsse seine Klage abgewiesen werden (E. B).

**Erwägungen:** Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991) sieht für den Fall, dass ein Unternehmer nicht fristgerecht nachbessert unter anderem vor, dass der Besteller das Recht hat, die Nachbesserung durch einen Dritten vorzunehmen, und zwar auf Kosten des Unternehmers. Diese Bestimmung verweist ausdrücklich auf Art. 368 Abs. 2 OR, wonach der Bauherr den Unternehmer nur insoweit zur Nachbesserung anhalten kann, als diese keine übermässigen Kosten verursacht. Die Nachbesserungskosten gelten als übermässig, wenn sie in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, welchen die Nachbesserung für den Besteller hat. Dabei sind sowohl die wirtschaftlichen wie auch die nicht-wirtschaftlichen Interessen des Bestellers zu gewichten. Das Gesetz schützt den Unternehmer gegen Forderungen, welche ihm nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden können; die Nachbesserungsforderung wird daher abgewiesen, wenn der Nutzen, den die

Nachbesserung für den Besteller hat, die Ausgaben des Unternehmers vernünftigerweise nicht rechtfertigt (E. 2). Nach der Rechtslehre und Rechtsprechung ist das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten einerseits und den Kosten des Werkes bzw. dem Werkpreis nicht massgebend zur Beurteilung, ob die Nachbesserungskosten unverhältnismässig sind (E. 2 mit Verweis auf BGE 111 II 173, E. 5; BGer 4C.258/2001 vom 5. September 2002, E. 4.1.3; PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, Zürich 1996, N 1749 ff; ZINDEL/PULVER, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 4. Auflage 2007, N 47 Art. 368 OR). Allerdings hat THEODOR BÜHLER im *Zürcher Kommentar* (3. Auflage 1998, N 146 Art. 368 OR) sich dahingehend geäussert, dass ein Unternehmer keine Nachbesserung ausführen muss, wenn deren Kosten doppelt so hoch sind wie der Werkpreis. Dieser Meinung haben sich CHAIX (*Commentaire Romand, Code des Obligations I*, 2003, Nr 42 Art. 368 OR) und TERCIER/FAVRE (*Les contrats speciaux*, 4. Auflage 2009, N 4573) angeschlossen. Das Bundesgericht hat diese Meinung in einem obiter dictum im Urteil 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 (E. 5.1) wiedergegeben.

Das Bundesgericht entnahm sodann aus dem vorinstanzlichen Entscheid, dass die Mängel im vorliegenden Fall rein ästhetischer Art waren. Insbesondere gehe es nicht um Probleme der Dichtigkeit oder um Einschränkungen der Gebrauchstauglichkeit der Nasszellen. Das Bundesgericht argumentierte sodann, dass selbst wenn man dem Bauherrn folgt und von den Nachbesserungskosten von CHF 55'775.- die Begleitkosten von rund CHF 30'000.- abzieht, immer noch ein Betrag von CHF 25'775.- verbleibe – also fast das Doppelte des Werkpreises von CHF 13'544. Das Bundesgericht befand, dass selbst ein legitimes Interesse an der Behebung ästhetischer Mängel solche Ausgaben nicht rechtfertige (E. 2.1). Die Tatsache, dass die Arbeiten in einer Villa mit hohem Standard erbracht worden waren, sei nicht massgebend. Die Frage der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten sei in ein Verhältnis zum Standard des bestellten Werkes zu setzen, im vorliegenden Fall also allein zu den Marmorarbeiten. Dieser Standard finde grundsätzlich seinen Niederschlag im Preis des Werkes. Jedenfalls sei im vorliegenden Fall nicht ausgewiesen, dass eine höhere Qualität vereinbart worden sei, als jene, welche dem Preis entspreche. Die Nachbesserungskosten seien im vorliegenden Fall nicht verhältnismässig (E. 2.1). Der Besteller mache nun zwar im bundesgerichtlichen Verfahren subsidiär eine Minderung geltend. Vor den kantonalen Instanzen habe der Besteller allerdings die Nachbesserungskosten von CHF 55'575.- gefordert abzüglich des Werkpreises von CHF 13'544.-. Einen Eventualantrag für eine Minderung gab es nicht. Der Besteller habe damit seinem Willen Ausdruck gegeben, den gesamten Werkpreis zu bezahlen. Die Geltendmachung eines subsidiären Antrags auf Minderung im bundesgerichtlichen Verfahren sei daher neu und damit nicht zulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG) (E. 3.2).

**Bemerkungen:** Im Urteil 4C.130/2006 (8. Mai 2007) hatte das Bundesgericht in der Erwägung 5.1 erwähnt, dass das mathematische Verhältnis zwischen dem Preis des Werkes und den Kosten der Nachbesserung nicht relevant sei – ausser in Extremsituationen. Eine Extremsituation liege vor, wenn die Kosten der Nachbesserung doppelt so hoch seien wie die Kosten des Werkes. In der E. 2 des vorliegenden Entscheides hat das Bundesgericht nun aber offen gelassen, ob das mathematische Verhältnis zwischen dem Preis des Werkes und den Kosten der Nachbesserung für sich allein ausschlaggebend sein kann. Ausschlaggebend war im vorliegenden Fall, dass das Werk mit ästhetischen Mängeln nicht als derart schwerwiegend mangelhaft gewichtet wurde, dass dies eine Nachbesserung mit Kosten in der doppelten Höhe des Werkpreises gerechtfertigt hätte. Es macht also den Eindruck, als ob hier das Interesse des Bestellers an einer Nachbesserung dem mathematischen Verhältnis zwischen dem Werkpreis und den Nachbesserungskosten gegenübergestellt wurde. Richtigerweise müsste es allerdings ausreichen, wenn die Kosten der Nachbesserung als übermässig erscheinen – ohne dass dabei deren mathematisches Verhältnis zum Werkpreis irgendeine Rolle spielen dürfte. Auffällig ist zudem, dass das Bundesgericht offenbar das Argument des Bestellers akzeptierte, wonach bei der Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR die Begleitkosten der Nachbesserung nicht in die Verhältnismässigkeitsüberlegungen einzubeziehen sind. Es ist allerdings nicht ersichtlich, warum unverhältnismässige Begleitkosten nicht gewichtet werden sollen.

Der Entscheid relativiert also die klare Aussage zu «Extremsituationen» im Urteil 4C.130/2006 (8. Mai 2007), E. 5.1. Das Urteil macht den Anschein, als ob bei der Anwendung von Art. 386 Abs. 2 OR die Begleitkosten der Nachbesserung nicht einzubeziehen wären und es weckt sogar den Eindruck, dass Nachbesserungskosten nur dann übermässig sind, wenn sie in einem mathematischen Missverhältnis zum Werkpreis stehen. Fazit ist, dass die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 368 Abs. 2 OR durch diesen Entscheid jedenfalls nicht klarer geworden sind.

## 6. Weiteres / Divers

*Arrêt du Tribunal fédéral du 9 novembre 2009 (4A\_389/2009)  
(La banque comme organe de fait de l'entrepreneur)*

**Etat de fait:** A., X. et C. ainsi que D. et E. ont constitué entre eux une société simple ayant pour but de construire un complexe immobilier. Le 10 juin 1996, le consortium a conclu un contrat d'entreprise générale avec W. SA, par lequel cette dernière s'engageait à effectuer les travaux de construction de la superstructure pour un prix fixé à 8'238'518 francs. Le consortium utilisait les services bancaires de la Banque R., tandis que l'entrepreneur général avait



pour banque Y. Pour le chantier, la banque Y. a ouvert, conformément aux instructions reçues de son client, deux comptes au nom de l'entrepreneur général, l'un dont il pouvait disposer librement et l'autre, intitulé «sous-traitants», qui était destiné au paiement des sous-traitants. Il n'est pas établi que la banque ait pris un quelconque engagement envers le consortium quant à l'utilisation de ces deux comptes.

Dès le mois de mai 1996, la banque Y. s'est inquiétée de la situation financière de l'entrepreneur général. Alors qu'elle était déjà au bénéfice d'une cession générale des créances de l'entreprise, elle a décidé de suivre de près son évolution. Au début 1997, le dossier a été transmis, à l'intérieur de la banque, au département «Recovery Management». La banque a exigé successivement des comptes provisoires, des versements et la mise sur pied d'un mécanisme permettant de suivre l'évolution de la société. Elle a demandé des mesures d'assainissement. Il a été retenu qu'à deux reprises la banque s'est immiscée dans la gestion de l'entrepreneur général, dont une seule intervention semble avoir été suivie d'effet, à savoir pour le paiement des salaires de juin 1997. Le 4 juillet 1997, la banque a dénoncé au remboursement les crédits accordés et l'entrepreneur général a été mis en faillite le 10 octobre 1997.

La banque Y. a requis une poursuite en réalisation d'un gage immobilier à l'encontre de X. La mainlevée provisoire de l'opposition ayant été prononcée, X. a ouvert, le 1<sup>er</sup> octobre 1999, une action en libération de dette. Il ne conteste pas devoir les sommes qui lui sont réclamées, mais, faisant valoir que le consortium lui a cédé ses droits à l'encontre de la banque, il entend exciper de compensation et former une demande reconventionnelle, invoquant des créances du consortium à l'encontre de la banque qui résulteraient du comportement de celle-ci en relation avec le chantier.

Il a été retenu que le consortium, par l'entremise de sa banque (la Banque R.), avait versé au total 7'387'000 francs sur les comptes de l'entrepreneur général auprès de Y.; une part importante de cette somme, à savoir 5'624'058 francs, n'a pas été affectée au chantier. En dernier lieu, X., agissant comme cessionnaire des droits du consortium, a fait valoir à l'encontre de la banque les trois créances suivantes: une créance de 389'381 fr. 10 avec intérêts correspondant au solde du compte «sous-traitants» que la banque s'est appropriée par compensation dans la faillite de l'entrepreneur général; une créance de 888'504 fr. 80 avec intérêts correspondant aux sommes qui avaient été versées sur le compte «sous-traitants» et qui ont été utilisées, sans opposition de la banque, à d'autres fins qu'au paiement des sous-traitants; une créance de 1'628'000 fr. avec intérêts correspondant aux pertes évaluées par le consortium en raison de la livraison tardive de l'ouvrage, le demandeur alléguant que la banque avait fonctionné comme organe de fait de l'entrepreneur général et qu'elle avait tardé, en cette qualité, à déposer le bilan, ce qui aurait provoqué ce dommage.

**Extrait des considérants: 1.** Les versements effectués par le maître de l'ouvrage sur le compte bancaire d'un entrepreneur peuvent être effectués à titre de paiements partiels convenus (dont parle l'art. 372 al. 2 CO) ou d'acomptes convenus (dont fait mention l'art. 135 ch. 1 CO). S'il s'agit de paiements partiels, la prestation avait pour but de payer la contre-prestation déjà fournie; l'attribution intervenait donc à titre de paiement («*solvendi causa*»); lorsque le débiteur effectue un paiement pour exécuter (même partiellement) son obligation, les fonds passent dans le patrimoine du créancier. S'il s'agit d'un acompte, c'est-à-dire d'un paiement anticipé, cela signifie simplement que l'entrepreneur qui reçoit la somme devra, au moment du décompte, l'imputer en vue de déterminer le solde dû; dans le cas d'un acompte également, la somme versée passe dans le patrimoine du créancier qui la reçoit.

S'agissant d'un compte bancaire, l'entrepreneur général dispose d'une créance envers la banque tendant à la remise des fonds portés en compte. Si l'entrepreneur général est en même temps débiteur de la banque pour d'autres causes, celle-ci est en droit d'opérer la compensation, à moins d'un engagement contractuel excluant celle-ci (art. 120 al. 1 CO). La faillite de l'entrepreneur général n'enlève pas le droit de compenser (art. 213 al. 1 LP). La compensation est donc valablement intervenue entre la banque et l'entrepreneur général. Pour le consortium, il s'agit d'une *res inter alios acta* et il n'a plus aucun droit sur les fonds qu'il a transférés à autrui. A supposer qu'il s'agisse d'acomptes et que l'entrepreneur général n'a pas fourni la prestation correspondante, le consortium pourrait s'adresser à lui sur la base des règles relatives à l'enrichissement illégitime (art. 62 al. 2 CO), mais il ne dispose d'aucune action contre la banque.

**2.** S'il y a du retard dans la livraison de l'ouvrage, il s'agit d'un problème qui relève de la mauvaise exécution du contrat d'entreprise générale. Dans ce cas, le maître peut faire valoir son éventuelle créance en dommages-intérêts à l'encontre de l'entrepreneur général dans la faillite de celui-ci (art. 97 al. 1 et art. 363 CO). Si les administrateurs de l'entrepreneur général ont mal géré ce dossier, ils ont causé un dommage à l'entrepreneur général, puisque celui-ci est tenu de réparer le dommage causé à son cocontractant; le consortium, en tant que maître de l'ouvrage, dispose d'une action en dommages-intérêts contre l'entrepreneur général et il n'est touché par le comportement des administrateurs que par ricochet, ce qui exclut une action individuelle de sa part (ATF 132 III 564 c. 3.1.2 et c. 3.2.2). Même si l'on devait conclure à l'existence d'un dommage direct, la solution ne serait pas différente. En effet, le retard dans le dépôt du bilan est, en règle générale, préjudiciable à la société obérée, ne serait-ce qu'en raison de l'arrêt du cours des intérêts au moment de la faillite (art. 209 al. 1 LP) (arrêt 4P.35/2001 du 18 mars 2002 c. 2d). Dans une telle situation, en cas de faillite, un créancier social ne peut agir

individuellement contre un administrateur que s'il peut baser son action sur un fondement juridique distinct, à savoir un acte illicite, une *culpa in contrahendo* ou la violation d'une norme du droit de la société anonyme conçue exclusivement pour protéger les créanciers sociaux (ATF 132 III 564 c. 3.2.3; 131 III 306 c. 3.1.2; 128 III 180 c. 2c). Le recourant ne peut, à cet égard invoquer le devoir général pour les administrateurs de déposer le bilan en cas de surendettement (art. 725 al. 2 CO); en effet, il a déjà été jugé que cette règle était conçue non seulement dans l'intérêt des actionnaires ou des créanciers, mais également dans l'intérêt de la société elle-même (ATF 128 III 180 c. 2c p. 183; 125 III 86 c. 3b p. 89). Ainsi, le maître de l'ouvrage ne dispose d'aucune action individuelle à l'encontre d'un administrateur, dès lors qu'il peut faire valoir son éventuelle créance en dommages-intérêts à l'encontre de la masse en faillite.

4. Une banque n'a ni l'obligation ni le droit de déposer le bilan en lieu et place de son client sauf si on lui reconnaît le statut d'organe de fait de l'entrepreneur général. Pour qu'une personne soit reconnue comme administrateur de fait, il faut qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage (ATF 132 III 523 c. 4.5 p. 528 s.; 128 III 29 c. 3a p. 30 s., 92 c. 3a p. 93 s.). Si une banque ne fait que défendre ses intérêts de créancière, elle ne doit pas être considérée comme un organe de fait. Suivre de près l'évolution d'un débiteur, exiger des comptes provisoires, une cession de créances, des mesures d'assainissement, des versements et procéder à une mise en demeure ne sont que des mesures par lesquelles un créancier tend à se protéger lui-même; on ne peut y voir une imixtion dans la gestion de la société impliquant un statut d'organe de fait.

Une simple aide à la décision (p. ex. une discussion en vue de décider quelles sont les dettes prioritaires à payer) ne suffit pas pour conférer le statut d'organe de fait (ATF 128 III 29 c. 3a p. 31 et c. 3c p. 33). Par ailleurs, le statut d'organe de fait suppose des pouvoirs durables et ne peut pas résulter d'un ou deux actes isolés (ATF 128 III 29 c. 3a p. 31 et c. 3c p. 33).

**Commentaire:** Cet arrêt montre, si besoin est, que le fait pour le maître d'obliger l'entrepreneur général à ouvrir un compte destiné spécialement au paiement des sous-traitants ne le met pas à l'abri du risque de devoir payer deux fois en cas de faillite de l'entrepreneur général et de dépôt, par les sous-traitants, d'hypothèques légales d'artisan et d'entrepreneur. Dès que les sommes dues par le maître de l'ouvrage ont été créditées sur le compte de l'entrepreneur général, elles sont entrées dans son patrimoine. Le maître de l'ouvrage ne peut donc prétendre à aucun droit sur ces fonds qui ont passé dans le patrimoine d'autrui. Pour remédier à ce risque, le Tribunal fédéral rappelle que le maître de l'ouvrage peut prendre diverses mesures d'ordre

contractuel, par exemple convenir avec l'entrepreneur général qu'il paiera lui-même les sous-traitants en imputation de la somme due ou qu'il ne paiera l'entrepreneur général que moyennant la preuve que les sous-traitants ont été payés (sur l'ensemble de la question, cf. arrêt 4C.215/2004 du 23 novembre 2004 c. 3.1, avec réf.).

### **III. Gesetzgebung / Législation**

#### **1. Abgeschlossene Gesetzgebung / Modifications législatives entrées en force**

##### *a) Produktesicherheitsgesetz (PrSG) und die dazugehörige Verordnung (PrSV)*

Seit dem 1. Juli 2010 ist das neue Produktesicherheitsgesetz (PrSG; SR 930.11) und die dazugehörige Verordnung (PrSV; SR 930.111) in Kraft. Diese lösen das Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) ab.

Mit dem Produktesicherheitsgesetz und der dazugehörigen Verordnung soll die Sicherheit von allen Produkten (= «verwendungsbereite bewegliche Sachen») gewährleistet werden – insbesondere auch indem darin eine Pflicht festgeschrieben wurde, die Sicherheit der Produkte auch nach dem Inverkehrbringen laufend zu beobachten (Art. 8 PrSG). Hervorzuheben ist dabei, dass die Pflichten nach diesem Gesetz nicht nur den Hersteller treffen, sondern auch den «Erbringer von Dienstleistungen» (Art. 3 Abs. 6 lit. b PrSG).

#### **2. Laufende Gesetzesvorhaben / Modifications législatives en cours**

##### *a) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*

Der Bundesrat hat am 2. September 2009 die Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verabschiedet.

Mit dieser Revision soll der Schutz gegen einzelne unlautere Geschäftspraktiken verbessert, die Rechtsdurchsetzung gestärkt und die Grundlage für die Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden geschaffen werden.

In der Botschaft wurde auch die Verschärfung der AGB-Kontrolle angestrebt, wonach eine Inhaltskontrolle von AGB ermöglicht werden sollte. Diese hätten vom Richter u.a. als unlauter erklärt werden können bei einer erheblichen Abweichung von der gesetzlichen Ordnung oder bei einem erheblichen und

ungerechtfertigten Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten (siehe Art. 8 des Entwurfs).

Der Ständerat hatte diese Regelungen angenommen. Der Nationalrat lehnte diese Regelverschärfung im Gegensatz zum Ständerat mit 100 zu 72 Stimmen ab (Amtliches Bulletin, Nationalrat, Frühjahrsession 2011, siebte Sitzung, 8.3.2011). Der Ständerat hat sodann am 17. März 2011 einen Kompromissvorschlag angenommen (Amtliches Bulletin, Ständerat, Frühjahrsession 2011, vierzehnte Sitzung, 17.3.2011).

b) *Verlängerung der Verjährungsfrist für Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung*

Seit dem 21. Januar 2011 liegt der Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates betreffend der parlamentarischen Initiative Nr. 06.490 «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten» sowie der Initiative Nr. 07.497 «Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht. Artikel 210 OR» vor, welcher nach der Durchführung einer Vernehmlassung erstellt wurde.

Mit dieser Initiative wird eine Änderung von Art. 210 OR dahingehend angestrebt, dass die Verjährungsfrist bei kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüchen verlängert werden soll. In die Vernehmlassung wurden zwei Varianten geschickt:

Variante 1: Danach soll bei beweglichen Kaufsachen oder Werken eine Verjährungsfrist von grundsätzlich zwei Jahren für Gewährleistungsansprüche gelten. Eine Verjährungsfrist von fünf Jahren gilt bei Ansprüchen wegen Mängeln einer beweglichen Sache, welche bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet wird und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben. Vereinbarungen über die Aufhebung oder Beschränkung der zweijährigen Frist in Kaufverträgen zwischen Gewerbetreibenden und Konsumenten wären ungültig. Die fünfjährige Verjährungsfrist für unbewegliche Werke bzw. den Grundstückskauf soll beibehalten werden. (Bericht 06.490 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats betreffend der Parlamentarischen Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten». Änderung von Artikel 210 OR [im Folgenden: Bericht], S. 6.

Variante 2: Die zweite Variante sieht eine einheitliche Verjährungsfrist von fünf Jahren für Gewährleistungsansprüche aus Kauf- und Werkvertrag vor, welche unabhängig von der Beweglichkeit der Sache bzw. des Werkes gelten soll. Die unabänderlichen Fristen für den Konsumgüterkauf werden wie in Variante 1 bei zwei Jahren resp. einem Jahr für gebrauchte Sachen, beibehalten. (Bericht, S. 6).

Aus den Vernehmlassungsantworten ergab sich ein uneinheitliches Bild. Die Kommission beschloss, dem Nationalrat einen Entwurf auf der Basis der Variante 1 zu unterbreiten (Bericht, S. 6/7).

#### **IV. Wichtiges aus der Vertrags-Normung / L'essentiel en matière de normalisation contractuelle**

##### **1. Neue Musterverträge und Allgemeinen Geschäftsbedingungen im KBOB-Vertragswerk / Nouveaux modèles de contrat et nouvelles conditions générales de la KBOB**

Die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) hat weitere Vertragsmuster für öffentliche Bauherren erarbeitet:

- Der KBOB-Vertrag für Generalunternehmerleistungen (Hochbau), bestehend aus der «Vertragsurkunde Generalunternehmerleistungen (Hochbau)» und den «AGB KBOB für Generalunternehmerleistungen (Ausgabe 2010)». Der GU-Vertrag integriert die SIA-Norm 118, wobei aber seine Bestimmungen davon verschiedentlich abweichen.
- Der KBOB-Vertrag für Totalunternehmerleistungen (Hochbau), bestehend aus der «Vertragsurkunde Totalunternehmerleistungen (Hochbau)» und den «AGB KBOB für Totalunternehmerleistungen (Ausgabe 2010)». Auch im TU-Vertrag wird die SIA-Norm 118 übernommen.
- Der KBOB-Servicevertrag, bestehend aus dem «Servicevertrag» und den «AGB KBOB für Serviceleistungen (Auslage 2009)»: Den KBOB-Servicevertrag gibt es in zwei Versionen, nämlich als KBOB-Servicevertrag sowie als KBOB-Rahmenvertrag für Serviceleistungen.

##### **2. Entwurf der SIA-Norm 124 betreffend «Preisänderung infolge Teuerung: Verfahren mit Mengennachweis» / Projet de norme SIA 124 «Variation de prix due au renchérissement: calcul selon la méthode des pièces justificatives»**

Der SIA hat Mitte Dezember 2010 die Vernehmlassung bezüglich dieses Entwurfs eröffnet. Diese Vernehmlassung ist am 24. Januar 2011 abgelaufen. Die definitive Publikation ist für Ende 2011 vorgesehen (TEC21 49-50/2010, S. 33). Der SIA hat für den Bereich Teuerungsabrechnung die Erarbeitung und Herausgabe weiterer Vertragsnormen angekündigt, nämlich:

- SIA-Norm 122: «Preisänderung infolge Teuerung: Verfahren mit der Gleitpreisformel».
- SIA-Norm 123: «Preisänderung infolge Teuerung: Produktionskostenindex».
- SIA-Norm 125: «Berechnung von Preisänderungen infolge Teuerung bei Gesamtleistungen».
- SIA-Norm 126: «Berechnung von Preisänderungen infolge Teuerung für Planerleistungen».

### **3. Laufende Revision der SIA-Norm 118 / Révision en cours de la norme SIA 118**

Es ist noch nicht erkennbar, wie die SIA-Norm 118 angepasst wird. Absehbar ist, dass die inhaltlichen Änderungen grösstenteils bloss marginale Bedeutung haben werden. Weiterreichende Eingriffe sind allerdings im Bereich der Teuerungsabrechnung geplant, wo die heutigen Bestimmungen über die Teuerungsabrechnung nach dem Verfahren mit Mengennachweis künftig nicht mehr in der SIA-Norm 118, sondern in einer speziell für dieses Verfahren geschaffene Teuerungsnorm enthalten sein sollen.

## **V. Rechtslehre / Littérature juridiques**

### **1. Bücher zum Privaten Baurecht / Ouvrages en droit privé de la construction**

**BIEGER ALAIN**

Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2009.

**BORGHI MARCO**

Il diritto per gli architetti, Zürich 2010.

**GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT (Hrsg),**

**bearbeitet von Egli Anton/Hürlimann Roland/Stöckli Hubert**

Kommentar zur SIA Norm 118, Art. 1–37, Zürich 2009.

**GIRMSCHIED GERHARD**

Projektabwicklung in der Bauwirtschaft, Wege zur Win-Win-Situation für Auftraggeber und Auftragnehmer, Zürich 2010.

**HONSELL HEINRICH**

Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9.A., Bern 2010.

**LEUTHOLD ALEXIS**

Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Freiburg, Zürich 2009.

**MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVER**

Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2008, Bern 2009.

**REETZ PETER/WETZEL THOMAS**

Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010.

**WENGER BERGER SIBYLLE**

Architektur und immaterielle Rechte, Bern 2010.

**2. Artikel und Tagungsbeiträge zum privaten Baurecht /Articles et contribution en droit privé de la construction**

**BEYELER MARTIN**

Umgelagert, gemischt und offeriert – Thesen zur Preisspekulation, BRT 2011, S. 126 ff.

**CARRON BLAISE/REETZ PETER**

Le nouveau CPC en droit de la construction – quelques forages juridiques, JDC 2011 83 ss.

**HÜRLIMANN ROLAND**

Bau-Expertisen – Nutzen, Risiken und die Verantwortung des Experten, BRT 2011, S. 199 ff.

**DUBEY JACQUES**

Le nouveau règlement des mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie SIA-143/2009, Une forme de mise en concurrence entre concours et dialogue, BR 3/2009, S. 140–145.

**KRAUSKOPF FRÉDÉRIC**

Der Zahn der Zeit – Verjähmung und Verwirkung beim Bauen, BRT 2011, S. 104 ff.

**KUONEN NICOLAS**

Les relations entre les intervenants dans la construction, JDC 2011 1 ss.

**MACALUSO ALAIN**

La construction et ses entreprises face à la nouvelle procédure pénale fédérale, JDC 2011 99 ss.



**PICHONNAZ PASCAL**

Enduit bitumineux et règles de l'art, Quelques réflexions sur le défaut d'étanchéité à l'aune de l'arrêt du TF du 2 décembre 2008, 4A\_428/2007, BR 4/2009, S. 150–152.

**PICHONNAZ PASCAL**

Frais de pourparlers, Arrêt du Tribunal fédéral du 19 mars 2010 (4A\_42/2010) (BR 2/2010, S. 59/60).

**PICHONNAZ PASCAL**

Garantie pour les défauts; refus de réparer, Arrêt du Tribunal fédéral du 1<sup>er</sup> avril 2010, 4A\_89/2010.

**PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE**

La jurisprudence récente, JDC 2011 265 ss.

**PICHONNAZ PASCAL**

Les limites à la désignation d'un compte „sous-traitants“ auprès de l'entrepreneur général, Arrêt du tribunal fédéral du 9 novembre 2009 (4A\_389/2009); ATF (BGE) 136 III 14), BR 4/2010, S. 180/181.

**POLTIER ETIENNE**

La place du contrat dans le droit public de la construction, JDC 2011 129 ss.

**REETZ PETER**

Bankgarantien im Bauwesen, Entscheid des Bundesgerichts vom 30. November 2009 (4A\_342/2009), BR 2/2010, S. 65/66.

**REETZ PETER**

Substanziierungspflicht mit Bezug auf einen vertraglich eingeräumten Anspruch auf Fristerstreckung, Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2009 (4A\_141/2008), BR 2/2010, S. 67/68.

**RIKLIN FRANZ**

„Es kann der Frömmste nicht in Frieden bleiben, wenn es dem bösen Nachbar nicht gefällt“, Bemerkungen zu BGE 6B\_778/2008 vom 13. Januar 2009, BR 4/2009, S. 146–148.

**ROMY ISABELLE**

Construction et développement durable, JDC 2011 155 ss.

**SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA**

Die SIA-Ordnung 142/2009 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe, BR 1/2010, S. 4–9.

**SIEGENTHALER THOMAS**

Mangelhafte Leistungsverzeichnisse – und wer dafür haftet, BRT 2011, S. 165 ff.

**SIEGENTHALER THOMAS**

Kostenvoranschlag: Genaueres zum Genauigkeitsgrad, Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 8. April 2008, (ZR 108 [2009], 31, S.97 ff.), BR 2/2010, S. 57.

**STÖCKLI HUBERT**

Art. 404 OR ist zwingend, was sich aber nicht immer auswirkt, Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Februar 2009 (4A\_437/2008), BR 4/2010, S. 178/179.

**STÖCKLI HUBERT**

Selbsthilfeverkauf eines Flugzeuges nach Abschluss der Wartungsarbeiten Entscheid des Bundesgerichts vom 2. März 2010 (4A\_640/2009), auszugsweise publiziert als BGE 136 III 178. W. 2, 5.1, BR 4/2010, S. 177/178.

**STÖCKLI HUBERT**

Zur Haftung aus Gesamtvertrag: einheitlich nach Auftragsrecht? Zum Teilentscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 23. März 2010 (HG.2008.127), BR 2/2010, S. 58.

**STÖCKLI HUBERT**

Zur Pflicht des Architekten, Kostenberechnungen anzustellen, BR 2/2010, S. 56.

**WERRO FRANZ**

La PPE sur plan, JDC 2011 63 ss.

**ZEHNDER HANNES**

Über Prognosen, Toleranzen und die Haftung des Architekten, BR 2/2010, S. 48–55.

**ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE**

Le chantier: ses nuisances, ses risques et ses déchets, JDC 2011 21 ss.