



# Contrat d'entreprise

## Explications et marche à suivre

**Domaine :** Gouvernance des systèmes d'information

**Objectifs :**

Le document présente une marche à suivre permettant à toute personne, ayant les connaissances requises, de pouvoir rédiger concrètement un contrat d'entreprise.

Il fait partie d'une collection de directives juridiques comprenant entre autre :

- GRI2016-101 - Généralités relatives aux contrats
- GRI2016-102 - Contrat de mandat
- GRI2016-103 - Contrat d'entreprise
- GRI2016-104 - Contrat de travail
- GRI2016-105 - Contrat de vente
- GRI2016-106 - Contrat de freelance

**Public cible :**

Toute personne devant rédiger ou signer un contrat d'entreprise ou souhaitant connaître les différences entre les différents contrats couramment utilisés dans un service informatique.

**Avertissement :**

La responsabilité du GRI ne peut être engagée, de quelque manière que ce soit, suite à l'utilisation du contenu de ce document.



## 1. Le contrat d'entreprise

### 1.1 Définition

Le contrat d'entreprise est régi par les articles 363ss du Code des obligations (CO). Selon la définition légale (art. 363 al.1 CO), il s'agit d'un « *contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer* ». En d'autres termes, l'entrepreneur s'oblige à exécuter un ouvrage conformément à la volonté du maître de l'ouvrage.

### 1.2 Caractéristiques

Le contrat d'entreprise se caractérise par la prestation que promet l'entrepreneur. En effet, ce dernier, en s'engageant à réaliser un ouvrage, promet au maître de l'ouvrage un résultat. Ce résultat se présente sous la forme d'un ouvrage matériel. C'est en cela que le contrat d'entreprise se distingue du contrat de mandat, dans lequel aucun résultat n'est attendu (le mandataire promet uniquement d'exercer sa diligence en vue d'un résultat). Le contrat de vente diffère aussi du contrat d'entreprise. En matière de vente, il y a simplement un accord de volonté concordant entre les parties relatif à la livraison d'une chose mobilière ou immobilière. Dans le contrat d'entreprise, en plus de la livraison, l'entrepreneur crée l'ouvrage.

### 1.3 Le contrat de sous-traitance

Afin d'être exhaustif, il convient de mentionner le contrat de sous-traitance qui est un contrat d'entreprise particulier. En effet, il s'agit du contrat par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre partie (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation que celle-ci s'est engagée à réaliser pour un maître de l'ouvrage (le maître principal). Ainsi, il convient de distinguer certaines relations :

La relation liant l'entrepreneur principal et le sous-traitant est un contrat d'entreprise indépendant du contrat d'entreprise principal.

La relation liant l'entrepreneur principal et le maître principal est un contrat d'entreprise. Ce contrat peut exclure le recours à des sous-traitants expressément. Si rien n'est prévu, l'art. 364 al. 2 CO régit la question.

La relation entre le maître principal et le sous-traitant n'est pas réglée dans un contrat. Le sous-traitant est l'auxiliaire de l'entrepreneur principal au sens de l'art. 101 al. 1 CO, ce qui engendre la responsabilité de l'entrepreneur principal pour les actes du sous-traitant à l'égard du maître principal.

Lors de la conclusion d'un contrat d'entreprise, il convient de régler expressément la question de la sous-traitance à défaut de quoi, l'art. 364 al. 2 CO prévoit qu'il est possible pour l'entrepreneur de faire déléguer l'exécution de l'ouvrage sous sa direction personnelle. Si un contrat de sous-traitance est conclu, il est conseillé de prévoir une clause selon laquelle l'entrepreneur principal (le maître de l'ouvrage dans le contrat de sous-traitance) paiera le sous-traitant uniquement s'il est payé par le maître de l'ouvrage principal.

## 2. La conclusion et la forme du contrat d'entreprise

La conclusion du contrat d'entreprise obéit au principe général posé à l'art. 1 CO : les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Les éléments objectivement essentiels que les parties devront impérativement régler sont : l'ouvrage (qui doit être déterminé ou au moins déterminable) et le principe d'une rémunération. L'art. 374 CO prévoit que si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur.

La loi n'exige aucune forme particulière pour le contrat d'entreprise (art. 11 CO). Il est toutefois possible pour les parties de recourir à une forme conventionnelle (art. 16 CO) : les parties qui ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige point, sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme.. Il convient de rappeler le principe général selon lequel « le silence ne vaut pas acceptation » (art. 6 CO).

## 3. Les obligations de l'entrepreneur

### 3.1 L'obligation d'exécuter l'ouvrage

À travers la définition du contrat d'entreprise, l'art. 363 al. 1 CO prévoit l'obligation de l'entrepreneur d'exécuter l'ouvrage convenu. L'art. 364 al. 2 CO prévoit que l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage en personne ou de le faire exécuter sous sa direction personnelle, à moins que, d'après la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne soient sans importance (question de la sous-traitance, cf. chapitre 1.3).

Concernant les instruments nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, l'art. 364 al. 3 CO indique que sauf usage ou convention contraire, l'entrepreneur est tenu de se procurer à ses frais les moyens, engins et outils qu'exige l'exécution de l'ouvrage. En revanche, la fourniture de la matière doit être faite par le maître de l'ouvrage en vertu de l'art. 365 al. 2 CO (bien que la version française soit ambiguë à cet effet). L'entrepreneur devra user de cette matière avec soin et rendre compte de son emploi ainsi que restituer le reste (art. 365 al. 2 CO).

### 3.2 L'obligation de livrer l'ouvrage

Le maître doit recevoir l'ouvrage (il s'agit de la livraison). C'est en effet à ce moment-là que le maître devient propriétaire de la chose (s'il ne l'était pas encore)<sup>1</sup> :. Le délai de livraison prévoyant quand et comment l'ouvrage doit être livré doit être respecté par l'entrepreneur. En cas de silence du contrat, il convient de se baser sur la volonté hypothétique des parties. Le lieu de la livraison se détermine selon l'art. 74 CO si rien n'est prévu par les parties.

---

<sup>1</sup> Le maître qui demande à l'entrepreneur de développer un instrument informatique sera propriétaire au moment de la livraison. Si en revanche, le maître transmet à l'entrepreneur un outil informatique à modifier ou réparer, il reste propriétaire pendant toute la durée du contrat d'entreprise et la livraison n'a aucun effet de transfert de propriété.

### 3.3 L'obligation de diligence

L'art 364 al. 1 CO renvoie la question de la responsabilité (et donc de la diligence) de l'entrepreneur aux règles régissant le contrat de travail. Par exemple, l'entrepreneur devra :

- s'abstenir de divulguer des secrets,
- donner des conseils au maître de l'ouvrage dans la mesure nécessaire,
- refuser d'exécuter des travaux qu'il n'est pas en mesure d'exécuter,
- donner son avis si des circonstances importantes pour le maître l'exigent (*par ex. le maître donne des instructions totalement inadéquates et l'entrepreneur, en raison de son professionnalisme, le décèle*).

## 4. La responsabilité de l'entrepreneur

La responsabilité de l'entrepreneur est régie par l'art. 364 al. 1 CO qui renvoie aux règles sur la responsabilité du travailleur dans le cadre d'un contrat de travail et plus spécifiquement à l'art. 321e al. 1 et 2 CO qui prévoit que le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. La mesure de la diligence qui incombe au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître.

### 4.1 La responsabilité personnelle de l'entrepreneur

L'entrepreneur répond de ses propres actes ainsi que de ceux de ses auxiliaires auxquels il délègue le travail (art. 68 al. 1 et 101 al. 1 CO).

### 4.2 La limitation de la responsabilité

Il est possible de déroger au système de responsabilité en prévoyant certaines exclusions de responsabilité de l'entrepreneur. Des règles générales limitent cependant cette possibilité. L'art. 100 al. 1 CO prévoit que l'entrepreneur ne peut pas s'exonérer de toute responsabilité en cas de dol ou de faute grave. Il est cependant possible de s'exonérer pour faute légère.

Pour rappel, l'art. 101 al. 2 CO prévoit la possibilité pour l'entrepreneur de s'exonérer de la responsabilité du fait d'un auxiliaire.

### 4.3 La particularité des droits anticipés

L'art. 366 al. 1 et 2 CO prévoit un régime spécifique ayant trait aux droits du maître de l'ouvrage lors de l'exécution du contrat d'entreprise. S'il apparaît au cours de l'exécution de l'ouvrage que l'entrepreneur ne sera pas en mesure de tenir ses engagements, le maître de l'ouvrage dispose de droits spéciaux.

L'art. 366 al. 1 CO vise le cas du retard dans l'exécution. En effet, si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses de la convention, ou si, sans la faute du maître, le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne puisse plus l'achever pour l'époque fixée, le maître a le droit de se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison. En d'autres termes, on admet que le maître de l'ouvrage peut exercer les droits relatifs à l'inexécution des obligations prévus à l'art. 107 CO de manière anticipée à la condition de mettre l'entrepreneur en demeure

qualifiée soit de lui fixer un ultime délai de grâce et à défaut de se prévaloir de l'art. 107 CO<sup>2</sup> (cf. doc. « Généralités relatives aux contrats »).

L'art. 366 al. 2 CO concerne les cas de défaut de l'ouvrage. Lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude que l'ouvrage sera défectueux ou exécuté de manière contraire à la convention, et cela par la faute de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage pourra fixer ou faire fixer par le juge un délai convenable à l'entrepreneur pour éviter les défauts en l'avisant que s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, la continuation des travaux ou leur réparation sera confiée à un tiers aux frais et risques de l'entrepreneur. Le Tribunal fédéral a précisé que si l'on se trouve dans un cas de 366 al. 2 CO (défaut prévisible avec certitude), le maître de l'ouvrage bénéficie aussi des droits prévus à l'art. 366 al. 1 CO, soit ceux de se départir du contrat.

L'art. 366 al. 2 CO qui concerne les défauts prévisibles de manière certaine est en quelque sorte un « cadeau empoisonné » car il reprend le principe général de l'exécution par substitution prévu à l'art. 98 CO sans reprendre l'obligation de passer par le juge. Sans l'autorité du juge, l'entrepreneur ne prend pas les menaces au sérieux et on risque de ne pas obtenir de résultat. Il est donc conseillé de passer par le juge afin de faire fixer à l'entrepreneur un délai d'exécution de l'ouvrage de manière correcte.

#### 4.4 La garantie en raison des défauts

Les art. 367 à 371 CO prévoient un système de garantie en raison des défauts.

##### 4.4.1 Les conditions de la garantie en raison des défauts

Les conditions de fond sont les suivantes :

- Défaut de l'ouvrage : un défaut consiste en l'absence d'une qualité dont l'entrepreneur avait promis l'existence ou à laquelle le maître de l'ouvrage pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi. L'origine du défaut est sans importance, il n'y a pas besoin de faute de l'entrepreneur. Ce sera au maître de l'ouvrage de prouver le défaut en vertu de l'art. 8 Code civil.
- Défaut non imputable au maître de l'ouvrage : l'art. 369 CO indique que le maître de l'ouvrage ne pourra pas invoquer la garantie en raison des défauts s'il passe outre les avis de l'entrepreneur ou pour toute autre cause.
- Défaut non accepté par le maître de l'ouvrage : le maître de l'ouvrage doit manifester clairement qu'il désire exercer ses droits résultant de la garantie en raison des défauts.

Si les conditions de fond sont réalisées, il convient de se pencher sur les conditions d'exercice des droits résultant de la garantie en raison des défauts :

- Respect des incombances de vérifications et d'avis par le maître de l'ouvrage : l'art. 367 al. 1 CO dispose qu'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 (selon la doctrine il s'agit de « quelques jours »), et en signaler les défauts à l'entrepreneur, s'il y a lieu. Il s'agit de procéder à des vérifications usuelles afin de déceler les défauts apparents. Pour les défauts cachés, visibles seulement après coup, il faudra procéder à un avis ultérieur immédiatement après avoir découvert les défauts (cf. art. 370 al. 1 CO).

---

<sup>2</sup> Il s'agira soit de se départir du contrat et de réclamer des dommages et intérêts négatifs ou de renoncer à l'exécution du contrat et demander des dommages et intérêts positifs.

- Respect des délais de prescription de l'art. 371 CO : le délai de prescription est de deux ans pour les objets mobiliers dès leur réception.

Afin de respecter les conditions d'exercice, il convient de vérifier l'ouvrage dès la livraison et d'aviser l'entrepreneur des défauts de l'ouvrage de manière précise et cela, immédiatement par lettre recommandée (*cela est très utile afin de faciliter la preuve de l'avis et de son immédiateté car selon le Tribunal fédéral, il appartient au maître de l'ouvrage de prouver qu'il a avisé l'entrepreneur à temps*). Le Tribunal fédéral considère aussi que c'est au maître de l'ouvrage de prouver quand il a eu connaissance du défaut. Cela n'est pas problématique lorsque le défaut est apparent au moment de la livraison. Pour les défauts cachés c'est plus problématique : il conviendra d'être très diligent et de parvenir à prouver le moment d'apparition du défaut caché (tous les moyens de preuve sont les bienvenus).

#### 4.4.2 Les effets de la garantie en raison des défauts

L'art. 368 al. 1 CO prévoit que lorsque l'ouvrage est si défectueux ou si peu conforme à la convention que le maître ne puisse en faire usage ou être équitablement contraint à l'accepter, le maître a le droit de le refuser et, si l'entrepreneur est en faute, de demander des dommages-intérêts. En d'autres termes le maître pourra choisir entre le droit à la réfection de l'ouvrage, le droit à la réduction du prix ou encore le droit à la résolution du contrat.

- Le droit à la réfection de l'ouvrage : l'entrepreneur devra réparer l'ouvrage à ses frais lorsque le défaut est de moindre importance (art. 368 al. 2 CO). De plus, la réfection de l'ouvrage doit être possible sans dépense excessive (art. 368 al. 2 CO).
- Le droit à la réduction du prix : l'entrepreneur devra réduire le prix en proportion de la moins-value lorsque le défaut est de moindre importance. La réduction du prix équivaut en principe au coût de la remise en état.
- Le droit à la résolution du contrat : l'entrepreneur devra accepter la résolution du contrat avec effet rétroactif en cas de défaut grave.

Dans tous les cas, le maître de l'ouvrage pourra réclamer des dommages et intérêts consécutifs au défaut lorsque l'entrepreneur est en faute.

L'utilisation de la garantie en raison des défauts exclut l'application des règles des art. 97ss CO relatifs à l'inexécution des obligations (cf. doc. « *Généralités relatives aux contrats* »).

## 5. Les obligations du maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage a l'obligation de payer le prix de l'ouvrage. Les art. 372 à 375 CO règle la question de la fixation du prix et notamment la situation dans laquelle ce dernier n'a pas été fixé (*c'est le cas lorsque les parties ne savent pas encore combien va coûter l'ouvrage fini lors de la conclusion du contrat*). Il faut cependant que le principe du paiement d'un prix soit arrêté par les parties. On distingue ainsi les prix « fermes » ou « à forfait » (*qui sont fixés à l'avance*) et les prix « effectifs » (*qui sont fixés après la livraison de l'ouvrage dès que le travail fourni par l'entrepreneur peut être estimé en argent*).

L'art. 373 al. 2 CO prévoit qu'une augmentation du prix ferme ou une résiliation du contrat est possible lorsque des circonstances extraordinaires surviennent après la conclusion du contrat et engendrent plus de travail pour l'entrepreneur (cet article ne peut être invoqué que par l'entrepreneur).

Que se passe-t-il si un devis est dépassé ? L'art. 375 CO répond à cette question et vise aussi bien les prix effectifs que les prix fermes : lorsque le devis approximatif arrêté avec l'entrepreneur se trouve sans le fait du maître dépassé dans une mesure excessive, le maître a le droit, soit pendant, soit après l'exécution, de se départir du contrat. Le Tribunal fédéral et la doctrine ont tendance à admettre qu'un dépassement est excessif lorsque il dépasse 10 % du prix fixé dans le devis.

L'art. 372 CO régit l'exigibilité du prix de l'ouvrage : le prix de l'ouvrage est payable au moment de la livraison. Si des livraisons et des paiements partiels ont été convenus, le prix afférent à chaque partie de l'ouvrage est payable au moment de la livraison de cette partie. Cette règle relative à l'exigibilité du prix est cependant dispositive et les parties sont libres de prévoir un autre moment de règlement.

Le paiement du prix se prescrit par 10 ans depuis l'exigibilité (art. 127 CO).

Il convient de rappeler que le maître de l'ouvrage doit respecter des incombances de vérification de l'ouvrage et d'avis en cas de défaut. Il risque sinon de perdre ses droits découlant de la garantie en raison des défauts.

## 6. La fin du contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise prend fin au moment de la livraison de l'ouvrage et du paiement de son prix. Des règles spéciales sont prévues aux art. 363ss CO mettant fin au contrat d'entreprise.

- Défaut de l'ouvrage : art. 368 CO ⇒ le maître de l'ouvrage peut se départir du contrat lorsque l'ouvrage est si défectueux ou si peu conforme à la convention que le maître ne puisse en faire usage ou être équitablement contraint à l'accepter.
- Dépassement excessif du devis : art. 375 CO ⇒ lorsque le devis approximatif arrêté avec l'entrepreneur se trouve sans le fait du maître dépassé dans une mesure excessive, le maître a le droit, soit pendant, soit après l'exécution, de se départir du contrat.
- Augmentation extraordinaire de la charge de travail de l'entrepreneur : art. 373 al. 2 CO ⇒ 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 qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder la résiliation du contrat.
- Droit de résiliation du maître de l'ouvrage : art. 377 CO ⇒ tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître peut toujours se départir du contrat en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur (*ce dernier ne doit subir aucune perte et doit être placé dans la même situation que si le contrat n'avait pas été résilié*). Le maître n'a pas besoin d'invoquer des motifs justificatifs de résiliation. Il convient de préciser que l'indemnité ne sera pas importante car l'entrepreneur qui ne travaille plus devra trouver un autre contrat (conformément aux règles de la bonne foi). L'indemnité sera donc que quelques jours de battement...
- Impossibilité subséquente d'exécuter l'ouvrage : art. 378 CO ⇒ si l'exécution de l'ouvrage devient impossible par suite d'un cas fortuit survenu chez le maître, l'entrepreneur a droit au prix du travail fait et au remboursement des dépenses non comprises dans ce prix. Si c'est par la faute du maître que l'ouvrage n'a pu être exécuté, l'entrepreneur a droit en outre à des dommages-intérêts.

- Mort et incapacité de l'entrepreneur : art. 379 CO ⇒ lorsque l'entrepreneur meurt ou devient, sans sa faute, incapable de terminer l'ouvrage, le contrat prend fin s'il avait été conclu en considération des aptitudes personnelles de l'entrepreneur.

## 7. Le droit d'auteur

Lorsque le contrat d'entreprise porte sur l'exécution d'un ouvrage informatique, se pose alors la question du droit d'auteur. Cette question n'est pas liée au contrat d'entreprise spécifiquement car en effet, la question du droit d'auteur est indépendante des art. 363ss CO.

### 7.1 Les généralités du droit d'auteur en matière de logiciel

L'art. 2 al. 3 de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA) protège expressément les logiciels. Ils sont en effet considérés comme une oeuvre littéraire. La structure interne (*les éléments de forme*) du logiciel est protégée par le droit d'auteur, contrairement à ses principes de solution (*méthodes de calcul, algorithmes*).

### 7.2 La cessibilité des droits d'auteur et les licences

L'auteur est la personne physique qui a créé l'oeuvre (art. 6 LDA), soit l'informaticien qui sera l'entrepreneur. Les droits d'auteur sur son propre logiciel lui reviennent. L'auteur dispose alors de deux possibilités pour permettre à une tierce personne d'exercer les droits sur son logiciel :

- Il peut céder ses droits, c'est-à-dire prévoir le transfert de la titularité des droits d'auteur au maître de l'ouvrage. Il est alors dépourvu de ses droits d'auteur.
- Il peut conclure un contrat de licence. Il s'agit du contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle accorde à son cocontractant, le licencié, une autorisation d'utiliser ce droit selon les modalités du contrat. L'auteur reste cependant titulaire des droits d'auteur.

### 7.3 Les oeuvres commandées

Que se passe-t-il si le contrat d'entreprise ne prévoit rien expressément sur la cession des droits d'auteur ? Aucune règle légale ne répond à la question. De plus, ce n'est pas forcément celui qui commande l'oeuvre et qui la paie (le maître de l'ouvrage) qui devient titulaire des droits d'auteur. Il convient d'appliquer la « théorie dite de la finalité » qui prévoit qu'en cas de doute sur l'étendue des droits cédés, il faut analyser le but poursuivi par les parties pour en déduire les éventuels droits accordés. Une cession tacite est alors concevable.

Exemple : *une entreprise (le maître de l'ouvrage) charge un informaticien indépendant (l'entrepreneur), par contrat d'entreprise, de produire un outil informatique spécifique. Le contrat est muet concernant le sort des droits d'auteurs :*

- *L'entreprise pourra-t-elle prétendre au droit d'utiliser l'ouvrage ?* Oui, en vertu de la théorie de la finalité, le but du contrat était clairement que l'entreprise puisse utiliser l'ouvrage afin de traiter ses données.
- *L'entreprise pourra-t-elle prétendre au droit de commercialiser l'ouvrage ?* En vertu du but du contrat l'informaticien est resté titulaire des droits de commercialiser l'ouvrage informatique car l'entreprise a contracté dans l'unique but d'obtenir un outil informatique capable de traiter ses données. Cependant, on peut se demander si cette solution est

vraiment légitime au regard de l'injustice qu'elle entraîne (l'informaticien est financé pour développer un ouvrage et le commercialise par la suite). Cette question, controversée, devra être réglée spécifiquement.

- *L'entreprise pourra-t-elle prétendre au droit de faire évoluer l'ouvrage ?* Au vu du but du contrat, il est possible d'avancer que le droit de modifier l'ouvrage est resté chez son auteur. Cependant, cette question juridique est liée à une question technique. En effet, pour modifier un ouvrage informatique commandé, le maître de l'ouvrage devra disposer du code source pour modifier le logiciel. Si tel n'est pas le cas et que le contrat ne prévoit rien, le maître de l'ouvrage se confronte à une impossibilité matérielle. Un procès en remise du code source pourrait être envisageable mais, au vu des longues procédures qui peuvent prendre des années, le jugement interviendrait trop tard.

L'application de la théorie de la finalité peut se révéler vague en pratique lorsque le but du contrat est vague. Des règles contractuelles claires sont préférables. Il est impératif pour la partie qui commande un ouvrage informatique de régler les éventuelles questions de commercialisation et de modification en prévoyant notamment que le code source devra être remis au maître de l'ouvrage en vue d'améliorations futures.

## 8. La problématique des faux indépendants

Le maître de l'ouvrage ne paie pas les cotisations d'assurances sociales de son entrepreneur indépendant. Cependant, la qualification par les parties de leur relation contractuelle a peu d'importance pour définir le statut de l'entrepreneur. En effet, il est possible qu'en concluant un contrat d'entreprise les parties s'accordent à dire que l'entrepreneur est un indépendant mais qu'en réalité, dans les faits, ce ne soit pas le cas (*par exemple, l'entrepreneur s'avère être économiquement dépendant du maître de l'ouvrage*). Il existe un certain nombre de critères indiquant si on se trouve face à une personne indépendante ou au contraire face à une personne dépendante. Si le juge constate après coup que l'entrepreneur s'avère être dépendant, les conséquences financières ne sont pas négligeables. Le maître de l'ouvrage court le risque de devoir payer la totalité des cotisations AVS en plus des honoraires déjà payés.

### 8.1 La notion d'indépendant

L'entrepreneur est indépendant s'il travaille en son propre nom, à son propre compte, qu'il est indépendant dans son travail et assume lui-même le risque économique. C'est la caisse de compensation qui examine si la personne en question est une personne indépendante ou ne l'est pas et confirme ainsi son statut.

Il est donc préférable, pour un maître de l'ouvrage, de s'assurer auprès de la caisse de compensation que l'entrepreneur est bien une personne annoncée pour l'activité demandée en qualité de personne exerçant une activité lucrative indépendante au regard des assurances sociales.

### 8.2 Les critères

Pour savoir si une personne exerce une activité lucrative à titre indépendant, divers critères permettent de donner des indices en ce sens.

- L'activité est exercée au nom de la personne indépendante et pour son propre compte.

- La personne indépendante prend en charge le risque économique. En d'autres termes, elle est rémunérée en fonction des résultats effectués et supporte le risque que son créancier ne la paie pas.
- La personne indépendante ne reçoit pas de directives de la part d'autrui concernant notamment son temps de travail, son organisation du travail etc... Elle n'est pas intégrée dans une structure de travail comme le serait un travailleur vis-à-vis de son employeur.
- La personne est en général considérée comme indépendante lorsqu'elle engage son propre personnel et/ou dispose de son propre numéro de TVA.

### 8.3 Les conséquences du statut de faux indépendant

Lorsqu'un maître de l'ouvrage conclut un contrat de mandat avec un « faux indépendant » (*une personne censée exercer une activité lucrative indépendante mais qui se révèle par la suite être une personne dépendante au vu des critères ci-dessus*), les conséquences touchent les assurances sociales suivantes :

- AVS / AI / APG / AC : l'employé qui a 18 ans révolus et qui exerce une activité lucrative doit verser des cotisations aux diverses assurances sociales. L'employeur devra procéder à l'annonce de ses employés à la caisse de compensation compétente. Le maître de l'ouvrage (qui s'avère être un employeur) devra alors remplir ses obligations envers la caisse de compensation en versant les cotisations de l'entrepreneur (qui s'avère être un employé) bien qu'il l'ait déjà payé.
- Prévoyance professionnelle : les salariés qui ont plus de 17 ans et qui reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur à 21'150 francs doivent être assurés. Tout employeur employant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle.
- Assurance-accident : le travailleur occupé en Suisse doit être affilié à l'assurance-accident obligatoirement. C'est l'employeur qui doit veiller à ce que les travailleurs qu'il emploie soient assurés.

Il convient de préciser que les dispositions impératives relatives au contrat de travail sont pleinement applicables. Voici les dispositions les plus importantes :

- Vacances et jours de congé (art. 329 al. 1 CO, art. 329a al. 1 CO),
- Obligation de payer le salaire en cas d'empêchement de l'employé de travailler sans sa faute (*maladie, accident, obligation légale*) pour un temps limité en fonction de la durée des rapports de travail (art. 324a CO, art. 324b CO).
- Résiliation obligatoire du contrat de travail conclu pour une durée indéterminée et respect du délai de congé (art. 335 al. 1 CO). À défaut de convention contraire, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement (art. 335c al. 1 CO).
- Obligation de délivrer au travailleur un certificat de travail (art. 330a CO).

## 9. Exemple type de contrat d'entreprise

# Contrat d'entreprise

(modèle)

Entre les soussignés

X.....[maître de l'ouvrage] , .....à.....

d'une part,

et

Y.....[entrepreneur] , .....à.....

d'autre part.

## But de la collaboration

*Y est un informaticien entrepreneur spécialisé dans le domaine de [...]. X est quant à lui [description de la fonction du maître de l'ouvrage] et a de ce fait besoin de [...] afin de [...]. Le but de la collaboration entre X et Y, dans le cadre de ce contrat, est donc de produire un outil informatique visant à [...]. Suite aux négociations entreprises avec Y [...], il est convenu de conclure un contrat d'entreprise. Y s'oblige à produire le résultat escompté. Cette collaboration sera régie par ce qui suit :*

- Bref descriptif de la situation de départ entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage ainsi que des buts de la collaboration. Il est judicieux de préciser que l'entrepreneur s'engage à produire un résultat afin de confirmer la typologie du contrat d'entreprise.

## Objet du contrat

*L'entrepreneur Y s'engage à créer [tel outil informatique...] pour le maître de l'ouvrage X. Il exécutera l'ouvrage conformément aux indications que lui donnera le maître de l'ouvrage et selon le résultat qu'il désire.*

*L'entrepreneur se charge de tous les travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, y compris l'acquisition des matériaux / sous réserve de l'acquisition des matériaux que lui fournira le maître de l'ouvrage.*

*L'entrepreneur collabore étroitement avec le maître de l'ouvrage, notamment en [procédant à des essais avant la fin de l'exécution de l'ouvrage / en adaptant l'ouvrage aux besoins spécifiques du maître de l'ouvrage au fur et à mesure de la réalisation de l'ouvrage / en donnant des indications relatives à l'avancement de l'ouvrage au maître de l'ouvrage...].*

*Après le délai de livraison, si des ajustements ou autres réglages de finition sont nécessaires, l'entrepreneur les assumera.*

- Description de l'ouvrage que l'entrepreneur devra exécuter. Si la description est trop fastidieuse au vu de la complexité des tâches, il est possible de les prévoir en termes généraux et d'inclure le cahier des charges en annexe au contrat. Au vu de l'art. 365 CO il convient de régler qui fournit la matière afin de réaliser l'ouvrage. Quelques mots sur la collaboration entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur sont les bienvenus. De plus, il convient d'insérer une clause relative aux éventuels travaux de finition qui pourraient être nécessaires après la livraison.

## Rémunération

### PRIX :

*Les parties ont convenu d'un prix ferme / à forfait de CHF [X] TVA incluse*

*Ce prix inclut :*

- le travail d'exécution de l'ouvrage,*
- les matériaux nécessaires,*
- les charges liées à la réalisation de l'ouvrage.*

*L'entrepreneur s'engage à fournir l'ouvrage convenu pour le prix convenu, sans aucun supplément sous réserve de modifications demandées par le maître de l'ouvrage nécessitant la révision du prix.*

### ou :

*Les parties ont convenu un prix effectif. En effet, elles ont convenu un devis de CHF [X] hors TVA qui peut être dépassé de 10 % au maximum. Le maître de l'ouvrage ne payera que le coût effectif de la réalisation de l'ouvrage, même s'il est inférieur au devis.*

*Les modifications sur la nature de l'ouvrage à réaliser, demandées par le maître de l'ouvrage, devront faire l'objet d'une révision du devis.*

### ASSURANCES SOCIALES :

*Une attestation sera remise par le maître de l'ouvrage à la caisse de compensation AVS compétente considérant l'entrepreneur comme personne exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'AVS. L'entrepreneur versera lui-même les cotisations d'assurances sociales obligatoires sur le montant des honoraires. Ainsi, le maître de l'ouvrage ne versera pas de cotisations d'assurances sociales.*

*Si le statut d'indépendant n'est pas clair au vu des critères énumérés au chapitre 8.2 : Les cotisations d'assurances sociales seront déduites du montant des honoraires. La qualification du contrat ne change en rien au vu de cette précision.*

### MODALITES DE PAIEMENT :

*L'entrepreneur adresse au maître de l'ouvrage sa facture finale au plus tard [X] jours après la livraison de l'ouvrage.*

*Le maître de l'ouvrage règlera la facture dans les [X] jours après la réception de l'ouvrage.*

*Si l'entrepreneur acquiert les matériaux lui-même, il est conseillé de prévoir une telle clause : le maître de l'ouvrage verse à l'entrepreneur le montant nécessaire à l'acquisition des matériaux.*

## Délai de livraison

*L'entrepreneur livre l'ouvrage déterminé au plus tard le [DATE].*

## Délégation

*X s'engage expressément à effectuer le travail personnellement selon les règles de l'art et ne recourra en aucun cas à un auxiliaire au sens de l'art. 68 CO.*

*ou*

*X sera en mesure de déléguer les tâches qui lui sont confiées à un auxiliaire et cela, dans l'intérêt du maître de l'ouvrage au sens de l'art. 68 CO.*

→ Cette question dépend des qualifications de l'entrepreneur. Si le maître de l'ouvrage désire que l'entrepreneur effectue personnellement le travail confié, il faudra le préciser pour mettre les choses au clair.

## Obligations des parties

*Les parties se réfèrent aux art. 363ss CO pour ce qui est de la réglementation relative aux obligations du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur [sous réserve de ...].*

## Responsabilité [personnelle de l'entrepreneur et en cas de délégation à un auxiliaire]

*L'entrepreneur est responsable pour les dégâts et défauts survenus avant la livraison de l'ouvrage, sauf si le maître de l'ouvrage en est la cause.*

*En cas de délégation du travail à un auxiliaire, l'entrepreneur se décharge au sens de l'art. 101 al. 2 CO de la responsabilité de l'auxiliaire.*

*Ou*

*L'entrepreneur est responsable du dommage causé dans l'accomplissement du travail effectué par son auxiliaire conformément à l'article 101 CO.*

## Droit d'auteur relatif au logiciel

*L'entrepreneur est l'auteur de l'oeuvre commandée et reste ainsi titulaire des droits d'auteur. Il est cependant tenu de céder au maître de l'ouvrage un droit de licence et d'exploitation dans la mesure du nécessaire contre rémunération / à titre gratuit. Le maître de l'ouvrage sera alors autorisé à commercialiser / à modifier l'oeuvre et se voit alors remettre le code source du logiciel [si l'outil informatique exécuté nécessite un tel code source].*

## Droit applicable et for juridique

*Le présent contrat est soumis au droit suisse. Les dispositions des art. 363ss CO sont pour le surplus applicables, dans la mesure où les parties n'y ont pas dérogé expressément.*

*En matière de for, tout litige subséquent portant sur l'interprétation ou l'exécution du contrat sera soumis aux tribunaux ordinaires du canton de [...].*

Le présent accord entre en vigueur dès le .....

Ainsi fait à ....., le .....

X.

Y.

(signature)

(signature)

## Table des matières

1.	Le contrat d'entreprise .....	3
1.2	Caractéristiques .....	3
1.3	Le contrat de sous-traitance.....	3
2.	La conclusion et la forme du contrat d'entreprise.....	4
3.	Les obligations de l'entrepreneur .....	4
3.1	L'obligation d'exécuter l'ouvrage.....	4
3.2	L'obligation de livrer l'ouvrage.....	4
3.3	L'obligation de diligence .....	5
4.	La responsabilité de l'entrepreneur .....	5
4.1	La responsabilité personnelle de l'entrepreneur .....	5
4.2	La limitation de la responsabilité .....	5
4.3	La particularité des droits anticipés.....	5
4.4	La garantie en raison des défauts.....	6
4.4.1	Les conditions de la garantie en raison des défauts .....	6
4.4.2	Les effets de la garantie en raison des défauts.....	7
5.	Les obligations du maître de l'ouvrage.....	7
6.	La fin du contrat d'entreprise .....	8
7.	Le droit d'auteur.....	9
7.1	Les généralités du droit d'auteur en matière de logiciel .....	9
7.2	La cessibilité des droits d'auteur et les licences .....	9
7.3	Les oeuvres commandées .....	9
8.	La problématique des faux indépendants .....	10
8.1	La notion d'indépendant.....	10
8.2	Les critères.....	10
8.3	Les conséquences du statut de faux indépendant .....	11
9.	Exemple type de contrat d'entreprise .....	12