

---

Université de Neuchâtel  
Faculté de droit et des sciences économiques

# La responsabilité contractuelle du directeur des travaux de construction

Thèse  
présentée à la Faculté de droit et des sciences  
économiques de l'Université de Neuchâtel  
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

**Corinne Jeanprêtre**

Avocate

1996

---



Stämpfli+Cie SA, Entreprise d'arts graphiques, Berne

Madame Corinne Jeanprêtre est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «La responsabilité contractuelle du directeur des travaux de construction».

Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 9 novembre 1995

Le Doyen  
de la Faculté de droit  
et des sciences économiques

Pierre-Henri Bolle

Le même ouvrage a été publié aux Editions Stämpfli+Cie SA à Berne comme fascicule 579 de la série  
**Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR**

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl und † Prof. Dr. Hans Merz,  
herausgegeben von Prof. Dr. Heinz Hausheer, Professor an der Universität Bern.

©  
Editions Stämpfli+Cie SA Berne · 1996  
Impression et reliure par Stämpfli+Cie SA  
Entreprise d'arts graphiques, Berne  
Printed in Switzerland

*à Christophe*  
*à Lucien et Héloïse*

Mes remerciements vont à M. Pierre Wessner, directeur de thèse, pour le temps qu'il a consacré à la lecture de ce travail, ainsi que pour ses remarques et conseils avisés.

Ma reconnaissance et ma gratitude vont à mes parents, Mme et M. Grossenbacher-Fleury, et à mes beaux-parents, Mme et M. Jeanprêtre-Griessen, pour s'être occupés avec amour de mon fils Lucien pendant que je travaillais à cette étude.

Merci à Christophe et Lucien, pour m'avoir supportée tout au long de ce travail...

## TABLE DES MATIERES

|   |           |
|---|-----------|
| BIBLIOGRAPHIE .....   | XII       |
| ABREVIATIONS .....  | XXII      |
| INTRODUCTION .....  | 1         |
| <b>PREMIERE PARTIE: LES OBLIGATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION ET<br/>LE REGIME APPLICABLE A SA RESPONSABILITE .....</b>                              | <b>7</b>  |
| <b>TITRE PREMIER: LES PRESTATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION, SON<br/>POUVOIR DE REPRESENTATION ET SES OBLIGATIONS EN QUALITE DE MANDATAIRE .....</b> | <b>9</b>  |
| <b>I. LES PRESTATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION .....</b>  | <b>9</b>  |
| A. Généralités .....  | 9         |
| B. Les prestations habituellement fournies par le directeur des travaux .....   | 12        |
| <b>II. LE POUVOIR DE REPRESENTATION DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION .....</b>  | <b>28</b> |
| A. Les conditions et les effets de la représentation directe .....  | 28        |
| B. L'étendue des pouvoirs de représentation conférés par le maître au directeur des<br>travaux .....  | 30        |
| 1. L'octroi des pouvoirs de représentation dans les rapports internes entre<br>maître et directeur des travaux .....  | 31        |
| 2. La communication de l'octroi des pouvoirs de représentation au directeur<br>des travaux par le maître dans les rapports externes entre maître et tiers .....     | 34        |
| C. La représentation sans pouvoirs et ses sanctions .....   | 38        |
| <b>III. LES OBLIGATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION EN SA QUALITE DE<br/>MANDATAIRE .....</b>  | <b>41</b> |
| A. Les obligations typiques du mandataire .....   | 41        |
| B. L'obligation d'ordonner les mesures de sécurité nécessaires sur le chantier et de<br>veiller à ce qu'elles soient respectées .....                               | 56        |
| <b>TITRE DEUXIEME: LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTRAT DE DIRECTION DES TRAVAUX .....</b>   | <b>62</b> |
| <b>TITRE TROISIEME: LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU<br/>DIRECTEUR DES TRAVAUX .....</b>   | <b>67</b> |
| A. Les règles légales .....   | 67        |
| B. Les dérogations conventionnelles .....   | 70        |

|   |            |
|---|------------|
| C. L'article 41 CO et le concours d'actions .....   | 70         |
| D. Une petite digression: l'article 928 CC .....  | 71         |
| <b>DEUXIEME PARTIE: LES CONDITIONS ET MODALITES DE LA RESPONSABILITE DU<br/>DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION.....</b>            | <b>73</b>  |
| <b>TITRE PREMIER: LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES<br/>TRAVAUX.....</b>                             | <b>75</b>  |
| <b>I. LA VIOLATION DU CONTRAT .....</b>   | <b>75</b>  |
| A. Généralités .....  | 75         |
| B. Fardeau de la preuve de la violation contractuelle .....   | 76         |
| C. Preuve libératoire.....  | 77         |
| D. Les différentes formes de la violation contractuelle .....   | 78         |
| E. Concours de responsabilités .....  | 87         |
| <b>II. LE PREJUDICE SUBI PAR LE MAITRE .....</b>  | <b>88</b>  |
| A. Généralités .....  | 88         |
| B. Fardeau de la preuve du préjudice.....   | 88         |
| C. Preuve libératoire.....  | 89         |
| D. Les différentes formes de préjudice .....  | 89         |
| 1. Le défaut de l'ouvrage.....  | 90         |
| 2. Le dommage matériel.....   | 96         |
| 3. Le dommage corporel .....  | 96         |
| 4. Le dommage consécutif à un défaut de l'ouvrage.....  | 97         |
| 5. Le dommage purement patrimonial.....   | 97         |
| 6. Le dommage causé par un dépassement des coûts de construction imputable<br>à un comportement fautif du directeur des travaux ..... | 98         |
| 7. Le tort moral .....  | 114        |
| 8. Le défaut architectural.....   | 115        |
| E. Les Règlements SIA 102 et 103 (1984).....  | 116        |
| <b>III. LA FAUTE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX .....</b>   | <b>119</b> |
| A. Généralités .....  | 119        |
| B. Fardeau de la preuve de la faute.....  | 125        |
| C. Preuve libératoire.....  | 126        |
| D. Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) .....   | 130        |
| <b>IV. LE LIEN DE CAUSALITE ADEQUATE .....</b>  | <b>130</b> |
| A. Généralités .....  | 130        |
| B. Fardeau de la preuve du lien de causalité .....  | 131        |
| C. Preuve libératoire.....  | 132        |

|   |     |
|---|-----|
| <b>TITRE DEUXIEME: LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR LES ACTES DE TIERS</b> .....   | 135 |
| <b>I. LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR LES ACTES DE SON AUXILIAIRE (ART.101 AL.1 CO)</b> .....   | 136 |
| A. Généralités .....  | 136 |
| B. La définition de l'auxiliaire selon l'art.101 al.1 CO .....  | 137 |
| C. Les conditions d'application de l'art.101 al.1 CO.....   | 138 |
| O. Les articles 55 et 101 CO .....  | 140 |
| E. La prétention en dommages-intérêts du directeur des travaux contre son auxiliaire.....   | 141 |
| F. Les droits du maître contre l'auxiliaire .....   | 142 |
| G. Les conventions modifiant le régime de la responsabilité du directeur des travaux pour son auxiliaire .....  | 142 |
| <b>II. LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX EN CAS DE SUBSTITUTION DE MANDAT (ART.398 AL.3 ET 399 CO)</b> .....   | 144 |
| A. Généralités .....  | 144 |
| B. La responsabilité du directeur des travaux en cas de substitution autorisée (art.399 al.2 et 3 CO) .....   | 149 |
| C. La responsabilité du directeur des travaux en cas de substitution non autorisée (art.399 al.1 et 3 CO) .....   | 152 |
| <b>TITRE TROISIEME: LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX</b> .....   | 155 |
| <b>I. GENERALITES</b> .....   | 155 |
| A. Le principe et les dérogations admises.....  | 155 |
| B. La forme de la clause.....   | 156 |
| C. Le contenu de la clause.....   | 157 |
| D. Les limites posées à la validité de la clause.....   | 158 |
| E. L'interprétation de la clause .....  | 161 |
| F. Les effets d'une clause contractuelle limitative ou exclusive de responsabilité au plan délictuel.....   | 162 |
| <b>II. LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR SON PROPRE FAIT, POUR LES ACTES DE SON AUXILIAIRE ET EN CAS DE SUBSTITUTION DE MANDAT</b> ..... | 164 |
| A. Les clauses modifiant le régime de la responsabilité du directeur des travaux pour son propre fait .....   | 164 |
| B. Les clauses modifiant le régime de la responsabilité du directeur des travaux pour les actes de son auxiliaire .....   | 171 |

|  |            |
|--|------------|
| C. Les clauses modifiant le régime de la responsabilité du directeur des travaux en cas de substitution de mandat .....  | 174        |
| <b>III. LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU MAITRE POUR SON AUXILIAIRE LE DIRECTEUR DES TRAVAUX .....</b>  | <b>176</b> |
| A. La réglementation légale.....   | 176        |
| B. Les clauses modifiant ce régime de responsabilité.....  | 176        |
| C. La Norme SIA 118 (1977/1991) .....  | 176        |
| <b>TITRE QUATRIEME: LES CONSEQUENCES DE L'INEXECUTION DU CONTRAT PAR LE DIRECTEUR DES TRAVAUX.....</b>   | <b>177</b> |
| <b>I. LA REPARATION DU DOMMAGE SUBI PAR LE MAITRE .....</b>  | <b>177</b> |
| A. Les modes de réparation du dommage.....   | 177        |
| B. L'évaluation du dommage et la fixation des dommages-intérêts .....  | 180        |
| C. Un cas particulier: la fixation des dommages-intérêts en cas de dépassement fautif des coûts de construction .....  | 185        |
| <b>II. LA SUPPRESSION OU LA REDUCTION DES HONORAIRES OU DU REMBOURSEMENT DES AVANCES ET FRAIS DUS PAR LE MAITRE AU DIRECTEUR DES TRAVAUX (ART.402 AL.1 CO) .....</b> | <b>188</b> |
| A. La rémunération du directeur des travaux: Généralités.....  | 188        |
| B. La rémunération du directeur des travaux en cas d'exécution défectueuse du mandat .....   | 191        |
| <b>III. LA REVOCATION DU CONTRAT DE DIRECTION DE CHANTIER (ART.404 CO).....</b>  | <b>194</b> |
| A. Le principe de la résiliation et ses effets .....   | 194        |
| B. Les effets de la résiliation intervenue en temps inopportun .....   | 198        |
| <b>IV. LES CONSEQUENCES DE LA DEMEURE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX.....</b>  | <b>205</b> |
| A. La révocation du contrat .....  | 205        |
| B. L'appel à une tierce personne .....   | 206        |
| C. La mise en demeure du directeur des travaux et ses effets.....  | 207        |
| <b>TROISIEME PARTIE: LA RESPONSABILITE SOLIDAIRE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX ET DE L'ENTREPRENEUR A L'EGARD DU MAITRE.....</b>  | <b>211</b> |
| <b>I. INTRODUCTION .....</b>   | <b>213</b> |
| A. La solidarité parfaite (art. 50 al.1 CO) .....  | 214        |
| B. La solidarité imparfaite (art.51 CO) .....  | 214        |
| C. Les effets de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.....  | 215        |
| D. Les critiques de la doctrine envers la jurisprudence .....  | 217        |
| <b>II. LES RAPPORTS EXTERNES.....</b>  | <b>217</b> |

|  |            |
|--|------------|
| A. Le litige oppose maître et entrepreneur seulement .....   | 218        |
| 1. Le directeur des travaux a causé le dommage au maître alors qu'il agissait<br>en qualité d'auxiliaire de ce dernier .....       | 219        |
| 2. Le directeur des travaux a causé un dommage au maître alors qu'il n'agissait<br>pas en qualité d'auxiliaire de ce dernier ..... | 239        |
| B. Le litige oppose maître et directeur des travaux seulement .....  | 242        |
| C. Le litige oppose maître, directeur des travaux et entrepreneur .....  | 243        |
| <b>III. LES RAPPORTS INTERNES .....</b>  | <b>243</b> |
| A. Introduction .....  | 243        |
| B. Les conditions du recours .....   | 244        |
| C. L'étendue du recours .....  | 246        |
| D. Le for de l'action récursoire .....   | 246        |
| E. La prescription de l'action récursoire .....  | 246        |
| F. Les moyens que le défendeur peut opposer au demandeur .....   | 247        |
| <b>QUATRIEME PARTIE: L'ASSURANCE DE RESPONSABILITE CIVILE PROFESSIONNELLE DU<br/>DIRECTEUR DES TRAVAUX .....</b>                   | <b>249</b> |
| A. Généralités .....   | 251        |
| B. Les règles régissant les rapports juridiques entre l'assureur et le directeur des<br>travaux .....                              | 252        |
| C. Les personnes assurées .....  | 253        |
| D. Les risques couverts par le contrat d'assurance de responsabilité civile .....  | 258        |
| E. Les risques non couverts par le contrat d'assurance .....   | 261        |
| F. Les limites apportées à la couverture d'assurance .....   | 272        |
| <b>CONCLUSION .....</b>  | <b>275</b> |

## BIBLIOGRAPHIE

Notre étude tient compte des ouvrages parus jusqu'au 30 juin 1995.

ABRAVANEL PHILIPPE, *L'empereur de Chine et le grain de tabac - Réflexion sur l'article 404 CO*, JT 1987 I, p.466ss (cité ABRAVANEL, 404 CO, JT 1987 I, p.).

- *La qualification du contrat d'architecte*, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, 2ème édition (réimpression), Fribourg 1989, n°98ss, p.35ss (cité ABRAVANEL, qualification, in Le droit de l'architecte, 1989, n°).

- *Les devoirs généraux de l'architecte*, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, 3ème édition, Fribourg 1995, n°300ss, p.99ss (cité ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°).

- *Les nouveaux Règlements SIA 102 et 103*, contribution commune avec SUTER Hans Rudolf et JOYE Philippe, Journées du droit de la construction, II, Fribourg 1985, p.53ss (cité ABRAVANEL, nouveaux Règlements SIA 102 et 103, JDC 1985, p.).

- *Le nouveau règlement SIA n°102 et la qualification du contrat d'architecte*, JT 1984 I 462ss (cité ABRAVANEL, nouveau règlement SIA n°102 et qualification, JT 1984 I, p.).

BÄCHLER HANS, *Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten*, thèse, Berne 1960.

BECKER HERMANN, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183*, 2ème édition, Berne 1941.

- *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.184-551*, 1ère édition, Berne 1934.

BEGUÉLIN ÉDOUARD, *Inexécution des obligations III, Faute et étendue de la responsabilité*, Fiche juridique suisse n°535, Genève 1942.

- *Inexécution de l'obligation IV, Responsabilité pour des auxiliaires*, Fiche juridique suisse n°581, Genève 1942.

BREHM ROLAND, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art.41-61 OR*, 3ème édition, Berne 1990 (cité BREHM, Berner Kommentar).

- *Le contrat d'assurance de responsabilité civile*, Lausanne 1983 (cité BREHM, contrat d'assurance).

- BRUSA GUIDO, *Die einseitige Enthaltungserklärung*, thèse Fribourg, Zoug 1977.
- BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2ème édition, Zurich 1988 (cité BUCHER, AT).
- *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3ème édition, Zurich 1988 (cité BUCHER, BT).
  - *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht ?*, RDS 1983 II, p.251ss (cité BUCHER, RDS 1983 II, p.)
- BUGNON HUBERT, *L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles*, thèse, Fribourg 1982.
- VON BÜREN BRUNO, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zurich 1972 (cité von BÜREN, BT).
- *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zurich 1964 (cité von BÜREN, AT).
  - *Der Auftrag - Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts*, thèse, Zurich 1944 (cité von BÜREN, Auftrag).
- CAVIN PIERRE, *Vente, échange, donation*, DPS VII/I, Fribourg 1978.
- CERRUTI ROMEO, *Der Untervertrag*, thèse, Fribourg 1990.
- CHAVANNE SYLVIE, *Le retard dans l'exécution des travaux de construction*, Genève 1993.
- COMMISSION D'ETUDE POUR LA REVISION TOTALE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE, *Rapport au Chef du Département fédéral de justice et police*, Berne 1991.
- CORBOZ BERNARD, *Contrat d'entreprise I - Généralités*, Fiche juridique suisse n°458, Genève 1985.
- *Contrat d'entreprise III - Les défauts de l'ouvrage*, Fiche juridique suisse n°460, Genève 1983.
  - *La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite*, thèse, Genève 1974 (cité CORBOZ, solidarité parfaite et solidarité imparfaite).
- COTTIER JEAN-MARIE, *L'architecte et l'ingénieur - Quelques problèmes délicats de responsabilité*, Journées du droit de la construction, Fribourg 1981.
- CUENDET JEAN, *La faute contractuelle et ses effets*, thèse, Lausanne 1970.
- DERENDINGER PETER, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, thèse, Fribourg 1988.
- DESCHENAUX HENRI / TERCIER PIERRE, *La responsabilité civile*, 2ème édition, Berne 1982.
- DES GOUTTES RENE, *Pluralité des responsables*, JT 1944 I, p.98ss.
- DESSEMONTET FRANÇOIS, *Les contrats de service*, RDS 1987 II, p.93ss (cité DESSEMONTET, contrats de service, RDS 1987 II, p.).

- *Quelques remarques à propos du contrat d'architecte*, in *Le Centenaire du Code des obligations*, Fribourg 1982, p.485ss (cité DESSEMONTET, contrat d'architecte).
- DREYER DOMINIQUE, *Le délai de prescription dans la garantie pour les travaux de ravalement d'une façade*, BR/DC 1985/3, p.52ss.
- DROJN JACQUES, SJ 1982, p.426s. (note faisant suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 16 mars 1982, SJ 1982, p.421ss).
- DÜRR CHARLES, *Werkvertrag und Auftrag*, Vira 1983 (cité DÜRR, Werkvertrag und Auftrag).
- *Du contrat d'entreprise*, 2ème édition, Vira 1976 (cité DÜRR, contrat d'entreprise).
- *Du mandat*, Cugnasco 1972 (cité DÜRR, mandat).
  
- EGLI ANTON, *Das Architektenhonorar*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1995, n°885ss, p.295ss.
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel 1973.
  
- FELLMANN WALTER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag*, 4ème édition, Berne 1992.
- FRIEDRICH HANS-PETER, *Fragen aus dem Auftragsrecht*, RJB 1955, p.449ss.
  
- GAUCH PETER, *Der Untergang eines Werkes, und wie die Unternehmerin sich an die Ingenieurfirma hielt*, BGE 119 II 127ff., in BR/DC 1994/2, p.42ss.
- *Art.404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters*, Recht 1992, p.9ss (cité GAUCH, Art.404 OR, Recht 1992, p.).
- *Überschreitung des Kostenvoranschlages - Notizen zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieurs)*, BR/DC 1989/4, p.79ss (cité GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.).
- *Der Totalunternehmervertrag - Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers*, BR/DC 1989/2, p.39ss (cité GAUCH, Totalunternehmervertrag, BR/DC 1989/2, p.).
- *Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA - Ordnung 102*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1995, n°1ss, p.1ss (cité GAUCH, Architekturvertrag, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°).
- *Der Werkvertrag*, 3ème édition, Zurich 1985 (cité GAUCH, Werkvertrag).
- *Zwei Entscheide des Bundesgerichts zur SIA-Norm 118*, Recht 1985, p.30ss (cité GAUCH, SIA-Norm 118, Recht 1985, p.).
- *Die Bauleitung - Ihr Verhältnis zum Bauherrn und Unternehmer*, Baurechtstagung I, Fribourg 1985, p.2ss (cité GAUCH, Bauleitung, BRT 1985, p.).

- *Die "Requalifizierung" des Architekturvertrages - Praxisänderung des Bundesgerichts*, BR/DC 1984/3, p.49ss (cité GAUCH, Requalifizierung, BR/DC 1984/3, p.).
  - *Zurück zum Geist-Werkvertrag !*, Recht 1983, p.132ss (cité GAUCH, Geist-Werkvertrag, Recht 1983, p.).
  - *System der Beendigung von Dauerverträgen*, thèse, Fribourg 1968 (cité GAUCH, Dauerverträgen).
- GAUCH PETER / PRADER DURI / EGLI ANTON / SCHUMACHER RAINER, *Kommentar zur SIA-Norm 118, Art.38-156*, Zurich 1992.
- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER / TERCIER PIERRE, *La partie générale du droit des obligations*, 2ème édition, Zurich 1982 (cité GAUCH / SCHLUEP / TERCIER).
- GAUCH PETER / TERCIER PIERRE (éditeurs), *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 2ème édition (réimpression), Fribourg 1986/1989 et 3ème édition, Fribourg 1995.
- GAUTSCHI GEORG, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag*, 3ème édition, Berne 1971.
- *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag*, 2ème édition, Berne 1967.
  - *Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz*, Zurich 1953 (cité GAUTSCHI, Auftrag).
- GEISSELER ROBERT, *Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Bauunfälle*, BR/DC 1986/2, p.27ss.
- *Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Bauunfälle*, BR/DC 1986/3, p.52ss.
- GIGER HANS, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf*, 2ème édition, Berne 1979.
- GILLIARD FRANÇOIS, *L'obligation de sécurité du vendeur - essai de réexamen*, in *Défense des consommateurs: quel progrès ?*, Berne 1985, p.109ss (cité GILLIARD, obligation de sécurité).
- *Topologie de la solidarité imparfaite*, Mélanges Deschenaux, Fribourg 1977, p.289ss (cité GILLIARD, solidarité imparfaite).
  - *Vers l'unification du droit de la responsabilité*, RDS 1967 II, p.193ss (cité GILLIARD, responsabilité, RDS 1967 II, p.).
- GILLIERON PIERRE-ROBERT, *Les voies et moyens dont dispose le juge pour combattre les abus ou les excès dans l'emploi et l'application des conditions générales*, La société anonyme suisse 1987, p.89ss.
- GLAVAS KRESO, *Verjährung in der Haftpflichtversicherung*, in PJA 1993, p.488ss.

- GMÜR PHILIPP, *Die Vergütung des Beauftragten*, thèse, Fribourg 1994.
- GUHL THEO / KOLLER ALFRED / DRUEY JEAN NICOLAS, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8ème édition, Zurich 1991 (cité GUHL / MERZ / KOLLER, ou GUHL / MERZ / DRUEY, ou encore GUHL / KUMMER / DRUEY, selon les chapitres considérés).
- GÜNTER PIERRE-YVES, *La responsabilité du médecin en Suisse*, in RSJ 1993, p.93ss.
- HEIM JEAN / BAUDRAZ HENRI, *La revision du Règlement SIA 102*, JT 1984 I 130ss.
- HESS URS, *Der Architekten- und Ingenieurvertrag*, Zurich 1986.
- HESS-ODONI URS, *Rechtsfragen beim Einsatz von Prüfingenieuren*, BR/DC 1995/1, p.3ss.
- *Bauhaftpflicht*, Dietikon 1994.
- HIRSCH ALAIN, RDS 1967 II, p.781ss.
- HOFSTETTER JOSEF, *Le mandat et la gestion d'affaires*, DPS VII/II/1, Fribourg 1994 (cité HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1).
- *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, SPR VII/2, Bâle 1979 (cité HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2).
- HONSELL HEINRICH, PJA 1993, p.1260ss (Commentaire de l'ATF 119 II 249ss).
- HÜRLIMANN ROLAND, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art.20 Abs.2 OR*, thèse, Fribourg 1984.
- JÄGGI PETER, *Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag*, RSJ 1973, p.301ss (cité JÄGGI, Architektenvertrag, RSJ 1973, p.).
- *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung*, in *Mélanges en l'honneur de Wilhelm SCHÖNENBERGER*, Fribourg 1968, p.181ss (cité JÄGGI, vertraglichen Schadenersatzforderung).
- JÄGGI PETER / GAUCH PETER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 b, Kommentar zu Art.18 OR*, 3ème édition, Zurich 1980.
- JANSEN GERHARD, *Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen*, thèse, Fribourg 1973.
- JEANPRETRE REYMOND, JT 1985 I 280ss [note faisant suite à la traduction de l'arrêt T. c. M. et Ch. G. (ATF 110 II 380ss = JT 1985 I 274ss)].
- JT 1984 I 218ss [note faisant suite à la traduction de l'arrêt Düssel (ATF 109 II 462ss = JT 1984 I 210ss)].
- KELLER ALFRED, *Haftpflicht im Privatrecht, I*, 5ème édition, Berne 1993 (cité KELLER, I).
- *Haftpflicht im Privatrecht, Band II*, Berne 1987 (cité KELLER, II).

- KNAPP BLAISE, *La profession d'architecte en droit public*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1995, n°1629ss, p.487ss (cité KNAPP, profession d'architecte en droit public, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°).
- KNOEPFLER FRANÇOIS / GUINAND JEAN, *Mandat III, Droits et obligations des parties*, Fiche juridique suisse n°328, Genève 1984.
- KOLLER ALFRED, *Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag*, 2ème édition, Zurich 1995.
- *Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts*, St-Gall 1994.
  - *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, thèse d'habilitation, Fribourg 1985 (cité KOLLER, gute und böse Glaube).
  - *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art.101 OR*, thèse Fribourg, Zurich 1980 (cité KOLLER, Art.101 OR).
- KOLLER-TUMLER MARLIS, *Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht ?*, Recht 1984, p.49ss.
- KUHN MORITZ, *Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung*, RSJ 1986, p.345ss.
- LÖRTSCHER THOMAS, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*, thèse, Zurich 1977.
- MERZ HANS, *Droit des obligations, Partie générale, Tome I, traduction française de Pierre GIOVANNONI, DPS VI, Tome I, Fribourg 1993 (cité MERZ, DPS VIII, p.)*.
- *Die Qualifikation des Architektenvertrages*, in *Innominatverträge*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter SCHLUEP, Zurich 1988, p.205ss (cité MERZ, Qualifikation).
  - *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, SPR VI/1, Bâle 1984 (cité MERZ, SPR VI/1, p.)
  - *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1972, Obligationenrecht*, RJB 1974, p.41ss, spécialement p.66ss (cité MERZ, RJB 1974, p.).
  - *Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen*, in Festgabe Schönenberger, Fribourg 1968, p.137ss (cité MERZ, Massenvertrag).
  - RDS 1967 II, p.810ss.
- MÜLLER, *Die rechtliche Natur des Bauvoranschlags*, RJB 1903, p.602ss.
- MUSTAFA MUSTAFA RIJABE, *La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse*, thèse Genève, Lausanne 1958.
- NEF URS CH., *Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten*, 2ème édition, Zurich 1993 (cité NEF, Obligationenrecht).

- *Le droit des obligations à l'usage des ingénieurs et des architectes*, traduction française de José BOVAY, Lausanne 1992 (cité NEF, droit des obligations).
- OESCH THOMAS, *Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken*, thèse, Bâle 1978.
- OFTINGER KARL, *Schweizerisches Haftpflicht*, I, 4ème édition, Zurich 1975 (cité OFTINGER, I, 1975).
- *Schweizerisches Haftpflicht*, II/1, 2ème édition, Zurich 1960 (cité OFTINGER, II/1, 1960).
  - *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I, 2ème édition, Zurich 1958 (cité OFTINGER, I, 1958).
- OFTINGER KARL / STARK EMIL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 5ème édition, Zurich 1995 (cité OFTINGER / STARK, I).
- *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, II/2, 4ème édition, Zurich 1989 (cité OFTINGER / STARK, II/2).
  - *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, III/1, 4ème édition, Zurich 1987 (cité OFTINGER / STARK, III/1).
- OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband), Art. 184-418*, 2ème édition, Zurich 1936.
- OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183*, 2ème édition, Zurich 1929.
- OTT WALTER, *Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn*, RSJ 1978, p.285ss.
- PEDRAZZINI MARIO, *Le contrat d'entreprise, le contrat d'édition, le contrat de licence*, DPS VII/1/3, Fribourg 1985 (cité PEDRAZZINI, DPS VII/1/3).
- *Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag*, Schweizerisches Privatrecht VII/1, Bâle 1977, p.495ss (cité PEDRAZZINI, SPR VII/1).
- PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse*, SJ 1973, p.209ss (cité PERRIN, limitation de la responsabilité contractuelle, SJ 1973, p.).
- *Le contrat d'architecte*, Genève 1970 (cité PERRIN, contrat d'architecte).
- PIOTET PAUL, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963.
- PORRET MAX-É., *A propos de la responsabilité professionnelle des ingénieurs et architectes*, RSJ 1913, p.386ss.
- REBER HANS J., *Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur*, 4ème édition, Zurich 1983.

- RUSCONI BAPTISTE, *Les principes sur la détermination de l'étendue des dommages-intérêts*, in *Die Verantwortlichkeit im Recht*, Band II, Zurich 1981, p.537ss (cité RUSCONI, étendue des dommages-intérêts).
- RDS 1967 II, p.757ss.
- SCHAUMANN CLAUDIA, *Rechtsprechung zum Architektenrecht / Jurisprudence sur le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1988-1991, (cité SCHAUMANN, n°).
- SCHERRER ERWIN, *Nebenunternehmer beim Bauen*, thèse, Fribourg 1994.
- SCHLUEP WALTER, *Innominatverträge*, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Bâle 1979, p.763ss.
- SCHÖNENBERGER WILHELM / JÄGGI PETER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V.1 a, 3ème édition, Zurich 1973.
- SCHÖNLE HERBERT, *La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts*, in *Mélanges Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p.387ss.
- SCHUMACHER RAINER, *Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformationen*, in *Recht* 1994, p.126ss.
- *Die Haftung des Architekten aus Vertrag*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1995, n°367ss, p.113ss (cité SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*).
  - *Die revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103*, Baurechtstagung II, Fribourg 1985, p.69ss (cité SCHUMACHER, *revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103*, p.).
  - *Bauen mit einem Generalunternehmer*, BR/DC 1983/3, p.43ss (cité SCHUMACHER, *Generalunternehmer*, BR/DC 1983/3, p.).
- SCHWAGER RUDOLF, *Die Vollmacht des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1995, n°789ss, p.253ss (cité SCHWAGER, *Vollmacht des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°).
- *Der Umfang der Architektenvollmacht*, BR/DC 1980/3, p.36ss (cité SCHWAGER, *Architektenvollmacht*, BR/DC 1980/3, p.).
  - *Der Architekt als Vertreter des Bauherrn*, BR/DC 1980/2, p.19ss (cité SCHWAGER, *Architekt als Vertreter*, BR/DC 1980/2, p.).
- SCHWANDER PAUL, *Einige Gedanken zur Anwaltshaftung*, Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats, n°104 (septembre 1986), p.4ss (cité SCHWANDER Paul, BFS 1986, n°104, p.).
- SCHWANDER WERNER, *Die Haftpflichtversicherung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1995, n°1825ss, p.537ss (cité SCHWANDER Werner, *Haftpflichtversicherung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°).

SCHWEIZER PHILIPPE, *La preuve de la causalité*, in *Développements récents du droit de la responsabilité*, Zurich 1991, p.173ss.

SPIRO KARL, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Berne 1984.

STARK EMIL, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Skriptum, 2ème édition, Zurich 1988.

STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels, Tome II*, 2ème édition, Berne 1994.

STIERLI BRUNO, *Die Architektenvollmacht*, thèse, Fribourg 1988.

TERCIER PIERRE, *Les contrats spéciaux*, 2ème édition, Zurich 1995 (cité TERCIER, *contrats spéciaux*, n°).

- *Introduction au droit privé de la construction*, Fribourg 1994 (cité TERCIER, *Introduction*).

- *La concurrence dans les bureaux techniques*, BR/DC 1993/3, p.63ss (cité TERCIER, *concurrence*, BR/DC 1993/3, p.).

- *La responsabilité civile des parties à la construction*, *Journées du droit de la construction I*, Fribourg 1989, p.2ss (cité TERCIER, *responsabilité civile*, JDC 1989, p.).

- *L'extinction prématurée du contrat*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3ème édition, Fribourg 1995, n°1124ss, p.361ss (cité TERCIER, *extinction prématurée*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°).

- *La direction des travaux - ses rapports avec le maître et les entrepreneurs*, *Journées du droit de la construction I*, Fribourg 1985, p.2ss (cité TERCIER, *direction des travaux*, JDC 1985, p.).

- *Maître de l'ouvrage: maître du contrat?*, *Journées du droit de la construction I*, Fribourg 1983, p.1ss (cité TERCIER, *maître de l'ouvrage*, JDC 1983, p.).

- *Les risques liés aux défauts de l'ouvrage: questions spéciales*, *Journées du droit de la construction I*, Fribourg 1983, p.90ss (cité TERCIER, *défauts de l'ouvrage*, JDC 1983, p.).

- *De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages*, in *Festschrift Assista 1968-1978*, Genève 1979, p.247ss (cité TERCIER, *distinction*).

- *Encore la nature juridique du contrat d'architecte*, BR/DC 1979/1, p.9 (cité TERCIER, *nature juridique*, BR/DC 1979/1, p.).

THILO EMILE, *Notes de législation, de doctrine et de jurisprudence*, JT 1937 I, p.299ss.

TRÜMPY DANIEL, *Architektenvertragstypen*, thèse, Zurich 1989.

VON TUHR ANDREAS, *Partie générale du Code fédéral des Obligations, Premier volume*, traduit de l'allemand par de TORRENTE Maurice et THILO Emile, 2ème édition, Lausanne 1933.

VON TUHR ANDREAS / PETER HANS, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3ème édition, Zurich 1979.

VON TUHR ANDREAS / ESCHER ARNOLD, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band II*, 3ème édition, Zurich 1974.

WEBER ROLF, *Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags*, in PJA 1992, p.177ss.

WEBER-HÄUSERMANN ELISABETH, *Haftung für Hilfspersonen*, thèse, Zurich 1984.

WERRO FRANZ, *La responsabilité de l'architecte pour le dépassement du devis et la réparation du dommage né de la confiance déçue*, BR/DC 1993/4, p.96ss (cité WERRO, responsabilité de l'architecte, BR/DC 1993/4, p.).

- *Le mandat et ses effets*, thèse d'habilitation, Fribourg 1993 (cité WERRO, mandat).

- *La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: la clé de l'interprétation de l'art.404 CO*, BR/DC 1991/3, p.55ss (cité WERRO, pouvoir et droit, BR/DC 1991/3, p.).

- *Les contrats d'entreprise générale*, Journées du droit de la construction II, Fribourg 1991, p.55ss (cité WERRO, contrats d'entreprise générale, JDC 1991, p.).

- *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité*, thèse de doctorat, Fribourg 1986 (WERRO, capacité de discernement et faute).

WESSNER PIERRE, *La clause d'exclusion de la garantie en raison des défauts dans la vente immobilière*, BR/DC 1987/1, p.10ss (cité WESSNER, clause d'exclusion, BR/DC 1987/1, p.).

- *La responsabilité professionnelle de l'avocat au regard de son devoir général de diligence*, RJN 1986, p.9ss (cité WESSNER, responsabilité professionnelle de l'avocat, RJN 1986, p.).

- *Les contrats d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible ?*, RDS 1986 I p.161ss (cité WESSNER, contrats d'adhésion, RDS 1986 I, p.).

ZÄCH ROGER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI., 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR*, 3ème édition, Berne, 1990.

ZAHND BERNARD, *Pluralité de responsables et solidarité*, thèse, Lausanne 1980.

ZEHNDER HANNES, *Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlags*, thèse, 2ème édition (réimpression), Fribourg 1994.

ZELTNER URS, *Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes*, thèse, Fribourg 1993.

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Les normes techniques de construction*, Journées du droit de la construction, Volume II, Fribourg 1993, p.14ss.

## ABREVIATIONS

|          |  |
|----------|--|
| Abs.     | Abschnitt  |
| al.      | alinéa   |
| art.     | article  |
| Art.     | Artikel  |
| ATF      | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral                                      |
| BFSA     | Bulletin de la Fédération suisse des avocats   |
| BGE      | Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes                                   |
| BR/DC    | Baurecht/Droit de la construction  |
| BRT      | Baurechtstagung  |
| c.       | considérant  |
| CC       | Code civil, RS 210   |
| cf.      | confer   |
| ch.      | chiffre  |
| CNA      | Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents                               |
| CO       | Code des obligations, RS 220   |
| CP       | Code pénal suisse, RS 311.0  |
| DB       | Oroit du bail  |
| DPS      | Traité de droit privé suisse   |
| Extraits | Extraits des principaux arrêts rendus par le Tribunal cantonal du canton de Fribourg |
| FJS      | Fiche juridique suisse   |
| i.e.     | id est   |
| JDC      | Journées du droit de la construction   |
| JT       | Journal des Tribunaux  |
| LAA      | Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981, RS 832.20                   |
| LC       | Loi cantonale  |
| LCA      | Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908, RS 221.229.1               |
| LCD      | Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986, RS 241             |
| LCR      | Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958, RS 741.01             |
| LGVE     | Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide   |
| litt.    | lettre   |
| OR       | Obligationenrecht, RS 220  |
| p.       | page   |
| PJA      | Pratique juridique actuelle<br>En allemand: Aktuelle Juristische Praxis, abrégé AJP  |
| PKG      | Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden   |
| Pra      | Die Praxis des Bundesgerichts  |
| RC       | Responsabilité civile  |

|            |  |
|------------|--|
| RDS        | Revue de droit suisse<br>En allemand: Zeitschrift für schweizerisches Recht, abrégé ZSR                          |
| réf.       | référence(s)   |
| Rep.       | Repertorio di giurisprudenza patria  |
| rés.       | résumé   |
| RJB        | Revue de la Société des juristes bernois<br>En allemand: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, abrégé ZBJV |
| RJN        | Recueil de jurisprudence neuchâteloise   |
| RPS        | Revue pénale suisse<br>En allemand: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, abrégé ZStrR                      |
| RS         | Recueil systématique du droit fédéral  |
| RSF        | Recueil systématique de la législation fribourgeoise   |
| RSJ        | Revue suisse de jurisprudence<br>En allemand: Schweizerische Juristenzeitung, abrégé SJZ                         |
| RSN        | Recueil systématique de la législation neuchâteloise   |
| RSV        | Recueil systématique de la législation vaudoise  |
| RTC VS     | Rapports sur l'administration de la justice, canton du Valais  |
| RVJ        | Revue valaisanne de jurisprudence  |
| s.         | et suivant(e)  |
| SAS        | Société Anonyme Suisse<br>En allemand: Schweizerische Aktiengesellschaft, abrégé SAG                             |
| SIA        | Société suisse des ingénieurs et des architectes   |
| SJ         | Semaine judiciaire   |
| SPR        | Schweizerisches Privatrecht  |
| ss         | et suivant(e)s   |
| StGB       | Schweizerisches Strafgesetzbuch, RS 311.0  |
| TF         | Tribunal fédéral   |
| vol.       | volume   |
| Vorbemerk. | Vorbemerkung(en)   |
| ZR         | Blätter für zürcherische Rechtssprechung   |

## INTRODUCTION

A quelles conditions la personne chargée de diriger les travaux de construction d'un ouvrage immobilier engage-t-elle sa responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage ? Quels sont les droits du maître lésé à l'encontre de son directeur des travaux responsable du dommage qu'il subit ? Quelle est l'étendue de la réparation qui lui est due, notamment en cas de dépassement des coûts de construction ? Quelles sont les obligations respectives du directeur des travaux et de l'entrepreneur solidairement responsables du dommage subi par le maître ? Ces questions, auxquelles les architectes, ingénieurs, entrepreneurs, avocats, juges et maîtres de l'ouvrage sont quotidiennement confrontés, font l'objet de notre travail.

Notre étude est consacrée à la responsabilité du directeur des travaux de construction résultant du contrat de direction de chantier qu'il a conclu avec le maître. La loi ne traite pas spécialement de ce contrat, ni du contrat d'architecte ou d'ingénieur. Aussi y rechercherions-nous vainement une définition. Les Règlements SIA <sup>1</sup>, que les parties intègrent souvent à leur convention, parlent certes de "direction générale", sans toutefois viser spécifiquement la direction des travaux de construction; chacun donne d'ailleurs à ce terme une acception quelque peu différente <sup>2</sup>. Pour reprendre

---

<sup>1</sup> Règlement SIA 102 (1984) concernant les prestations et honoraires des architectes [ci-après Règlement SIA 102 (1984)]; Règlement SIA 103 (1984) concernant les prestations et honoraires des ingénieurs civils [ci-après Règlement SIA 103 (1984)].

<sup>2</sup> Art.3.3.1 Règlement SIA 102 (1984): La direction générale consiste "à conseiller le mandant, à le représenter auprès des tiers dans les limites usuelles, à diriger tous les participants à l'étude et à la réalisation ainsi qu'à diriger la coordination générale de leurs activités, à gérer la part de l'opération qui n'est pas habituellement du ressort du mandant".

Art.3.3.1 Règlement SIA 103 (1984): La direction générale consiste "à conseiller le mandant, à le représenter auprès des tiers dans les limites usuelles, à diriger tous les participants à l'étude et à la réalisation, ainsi qu'à coordonner leurs activités, à administrer l'opération dans le cadre convenu, à organiser la transmission des informations".

TERCIER<sup>3</sup>, la direction des travaux est "la relation juridique contractuelle par laquelle le maître de l'ouvrage (...) confie à un tiers indépendant (...) les travaux d'architecture ou d'ingénieur nécessaires à la réalisation du projet par les entrepreneurs (ou fournisseurs) qui en sont chargés". Ainsi le directeur des travaux est-il généralement un indépendant, et le plus souvent un architecte ou un ingénieur. Il tient un rôle central sur le chantier, mais ne réalise pas lui-même l'ouvrage: il dirige les divers corps de métier - avec lesquels il n'est pas en relation contractuelle - chargés de la réalisation effective de l'ouvrage, et coordonne leur activité. La mise en route d'un chantier suppose un projet terminé, qui peut avoir été réalisé par le directeur des travaux lui-même, dans le cadre d'un contrat global<sup>4</sup>, ou par un autre architecte / ingénieur. Le directeur des travaux n'est pas nécessairement titulaire d'un diplôme d'architecte ou d'ingénieur. D'ailleurs, la quasi totalité des cantons<sup>5</sup> ne subordonne pas l'exercice de l'activité de directeur des travaux à l'octroi d'une autorisation administrative. Le directeur des travaux peut être une personne physique ou une personne morale, par exemple un bureau d'architectes ou d'ingénieurs constitué sous forme de société anonyme.

Nous avons limité notre travail à l'examen de la responsabilité contractuelle de la personne chargée de la direction des travaux de construction. Bien qu'elle ne constitue pas à proprement parler une profession et ne soit sanctionnée par aucun diplôme particulier, cette activité spécifique mérite une étude distincte des travaux déjà publiés en droit de la construction, principalement pour les deux raisons suivantes:

Premièrement, dans notre économie dominée par une spécialisation que rien ne semble pour l'instant pouvoir endiguer, les personnes appelées à intervenir en cours d'élaboration d'une construction immobilière, et singulièrement les architectes et ingénieurs, occupent de plus en plus une position bien spécifique: il y

---

<sup>3</sup> TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.5.

<sup>4</sup> Contrat par lequel le maître confie à une personne le soin d'établir le projet relatif à un ouvrage et d'en diriger le chantier.

<sup>5</sup> A l'exception de quelques cantons. Cf. infra, p.168.

a les concepteurs de projet, qui développent le projet et dessinent les plans, et les directeurs des travaux, qui dirigent le chantier de construction. Certes, bien des architectes et des ingénieurs cumulent ces deux fonctions et se chargent de diriger les travaux de construction d'un ouvrage immobilier dont ils ont eux-mêmes dessiné les plans. Mais les grands bureaux ont introduit depuis longtemps une telle division du travail, à l'instar des pays qui nous entourent, et nous pensons surtout à la France, où la direction de chantier échappe presque systématiquement au concepteur de projet pour être confiée à une entreprise générale.

Deuxièmement, les métiers de concepteur de projet et de directeur des travaux diffèrent profondément, non seulement par leur substance et les aptitudes particulières exigées, mais encore, et surtout dirions-nous en juriste, par les régimes de responsabilité qui leur sont applicables: selon la jurisprudence la plus récente de notre haute cour <sup>6</sup>, le contrat de projet est soumis aux règles du contrat d'entreprise, et le contrat de direction de chantier à celles du contrat de mandat.

Deux métiers distincts, chacun exigeant des aptitudes bien particulières, deux régimes de responsabilité différents: ceci justifie à nos yeux de consacrer notre thèse à la responsabilité contractuelle du directeur des travaux.

Les litiges sont nombreux dans le domaine de la construction. La responsabilité de la personne chargée de la direction des travaux est souvent mise en cause. Les questions soulevées, en cas de dépassement des coûts de construction notamment, sont épineuses et ne sauraient être résolues par une application analogique des principes jurisprudentiels applicables à la responsabilité de la personne chargée d'un contrat de projet. Vu le grand nombre de litiges et de décisions rendues, ainsi que l'abondance de la littérature parue dans le domaine de la construction, il nous a paru nécessaire de faire le point sur les principes régissant la responsabilité du directeur des travaux et les questions qu'elle soulève. Notre ambition était de mettre à disposition des praticiens du droit et des personnes chargées de la direction de

---

<sup>6</sup> ATF 109 II 462ss = JT 1984 I 210ss (arrêt DÜSSEL).

chantier un ouvrage accessible et pratique. Nous espérons avoir atteint notre but.

Notre travail est circonscrit à l'étude de la responsabilité contractuelle du directeur des travaux indépendant à l'égard du maître. La responsabilité d'un indépendant résultant d'un contrat dit d'entreprise générale<sup>7</sup> est régie par les règles du contrat d'entreprise<sup>8</sup>; aussi échappe-t-elle totalement à notre sujet. Il en est de même en ce qui concerne la responsabilité d'un indépendant ayant conclu avec le maître un contrat dit d'entreprise totale<sup>9</sup>: elle est soumise exclusivement aux règles du contrat d'entreprise, selon la doctrine majoritaire<sup>10</sup> et la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>11</sup>. Ne fait pas non plus l'objet d'un examen particulier la responsabilité d'un indépendant chargé de la direction des travaux au sein d'un

<sup>7</sup> Contrat par lequel une personne - un entrepreneur le plus souvent, mais rien n'empêcherait un architecte ou un ingénieur d'en conclure un - s'engage à l'égard du maître à fournir, personnellement ou non, toutes les prestations nécessaires à l'érection d'une construction, sur la base des plans fournis par le maître.

<sup>8</sup> Cf. GAUCH, *Werkvertrag*, n°191.

<sup>9</sup> Contrat par lequel une personne - le plus souvent, un entrepreneur, mais rien n'empêcherait un architecte ou un ingénieur d'en conclure un - s'engage à l'égard du maître à fournir, personnellement ou non, toutes les prestations nécessaires à l'érection d'une construction, soit l'établissement des plans, l'exécution même de la construction et la direction de chantier.

<sup>10</sup> La nature juridique du contrat d'entreprise totale est controversée. La doctrine majoritaire y voit un contrat d'entreprise: cf. notamment GAUCH, *Werkvertrag*, n°196ss, ainsi que *Totalunternehmervertrag*, BR/DC 1989/2, p.41; SCHLUEP, *SPR VII/2*, p.905; SCHUMACHER, *Generalunternehmer*, BR/DC 1983/3, p.43s. et *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°371. Un courant minoritaire y voit un contrat mixte, soumis tantôt aux règles du contrat de mandat (pour la phase de projet), tantôt aux règles du contrat d'entreprise (pour la phase d'exécution): cf. MOSIMANN Rudolf, *Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe*, thèse, Zurich 1972, p.82ss; PEDRAZZINI, *DPS VII/1/3*, p.15, ainsi que *SPR VII/1*, p.508s.

<sup>11</sup> ATF 114 II 53ss = JT 1988 I 360ss = BR/DC 1989/1, p.17, n°8. Cet arrêt a été longuement commenté par GAUCH, in BR/DC 1989/2, p.39ss.

consortium <sup>12</sup> . Néanmoins, les principes dégagés dans notre travail sont susceptibles de trouver là application, pour autant que le directeur des travaux du consortium agisse bien en qualité de mandataire indépendant <sup>13</sup> .

Notre travail est divisé en quatre parties:

La première partie est consacrée à l'exposé des prestations habituellement fournies par le directeur des travaux de construction, à l'étendue de son pouvoir de représentation et aux obligations que la loi lui impose en sa qualité de mandataire. Seront également examinés la qualification juridique du contrat de direction des travaux de construction et les fondements de la responsabilité contractuelle du directeur des travaux.

La seconde partie traite des conditions de la responsabilité contractuelle du directeur des travaux pour son propre fait ou pour le fait de tiers. Sera notamment développée la question - actuellement très débattue - du dommage subi par le maître en cas de dépassement des coûts de construction dû à une faute du directeur des travaux. Nous aborderons également les effets de la responsabilité contractuelle du directeur des travaux, les clauses modifiant le régime de cette responsabilité ainsi que le problème de l'admissibilité des clauses exclusives de responsabilité.

La troisième partie aborde la question du concours de responsabilités entre le directeur des travaux et l'entrepreneur à l'égard du maître, et plus particulièrement l'imputation au maître de la faute

---

<sup>12</sup> Regroupement de plusieurs personnes, généralement sous forme de société simple (art.530 CO; cf. GAUCH, *Werkvertrag*, n°204), qui conclut avec le maître un seul contrat d'entreprise - le plus souvent générale ou totale - en vue d'exécuter ensemble les travaux objets de la convention. Cf. ATF 118 II 313ss = JT 1993 I 567s. (rés.), qui concerne les pouvoirs de représentation d'un architecte membre d'un consortium.

<sup>13</sup> Au sein d'un consortium, les cas de figure sont nombreux (cf. GAUCH, *Werkvertrag*, n°205): selon l'organigramme adopté, l'architecte ou l'ingénieur chargé de la direction des travaux pourrait par exemple agir en qualité d'auxiliaire d'un entrepreneur total.

de son directeur des travaux, considéré comme son auxiliaire par le Tribunal fédéral et la doctrine unanime.

Enfin, nous brosserons à grands traits les principes régissant l'assurance de responsabilité civile professionnelle du directeur des travaux.

Notre étude tient compte de la législation, des ouvrages et de la jurisprudence parus jusqu'au 30 juin 1995.

**PREMIERE PARTIE: LES OBLIGATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION ET LE REGIME APPLICABLE A SA RESPONSABILITE**

**TITRE PREMIER: LES PRESTATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION, SON POUVOIR DE REPRESENTATION ET SES OBLIGATIONS EN QUALITE DE MANDATAIRE**

**TITRE DEUXIEME: LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTRAT DE DIRECTION DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION**

**TITRE TROISIEME: LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION**

1300

## TITRE PREMIER

### LES PRESTATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION, SON POUVOIR DE REPRESENTATION ET SES OBLIGATIONS EN QUALITE DE MANDATAIRE

Le présent titre traite en premier lieu des prestations habituellement fournies par le directeur des travaux de construction (I.). Ce premier point nous conduit à aborder ensuite le problème de l'étendue du pouvoir de représentation du directeur des travaux (II. 1). Enfin, nous rappellerons quelles sont les obligations que la loi lui impose en sa qualité de mandataire (III. 2).

#### I. LES PRESTATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION

##### A. GENERALITES

Pour déterminer quelles prestations doivent être fournies par le directeur des travaux, il est nécessaire de se référer en premier lieu à l'accord passé entre les parties:

- Celles-ci peuvent avoir précisé expressément - oralement ou par écrit - ou tacitement <sup>3</sup> les tâches que le directeur des travaux doit effectuer.
- Souvent les parties incluent dans leur convention le Règlement SIA 102 (1984), lorsque le directeur des travaux est un architecte, ou le Règlement SIA 103 (1984), lorsque le

---

<sup>1</sup> Cf. infra, p.28ss.

<sup>2</sup> Cf. infra, p.41ss.

<sup>3</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°427ss.

mandataire est un ingénieur. Ces Règlements contiennent chacun une description détaillée des prestations généralement fournies par le directeur des travaux <sup>4</sup>.

- Si les parties ont conclu un contrat de direction de chantier sans y inclure de Règlement SIA et sans y mentionner de façon détaillée les prestations attendues du mandataire, en se bornant à parler de "direction de chantier", il est nécessaire d'interpréter le contrat au sens de l'art.18 CO pour déterminer le sens qu'elles entendaient attacher à ce terme. A cet égard, si les Normes et Règlements SIA, en tant que conditions générales, ne sont applicables que s'ils ont été valablement incorporés au contrat, ils peuvent à défaut servir de référence au juge <sup>5</sup>, même s'il n'y a pas de présomption selon laquelle ils auraient valeur d'usage <sup>6</sup>. S'agissant du contrat de direction de chantier, les Règlements

---

<sup>4</sup> Règlement SIA 102 (1984): cf. art.4.4 (phase de l'exécution) et 4.5 (phase finale).

Règlement SIA 103 (1984): lorsque l'ingénieur agit en qualité de mandataire principal, cf.art.4.1.7 (direction générale des travaux), 4.1.8 (direction locale des travaux), 4.1.9 (dossier de l'ouvrage exécuté) et 4.1.10 (surveillance des travaux de garantie, vérification finale).

<sup>5</sup> Tribunal cantonal, Valais, 28.01.1992, RVJ 1993, p.190ss = BR/DC 1994/2, p.47, n°86. Le tribunal cantonal neuchâtelois a jugé qu'à défaut de cahier des charges précis, et afin de déterminer la nature de l'affaire, il était possible de "se référer aux règles usuelles de la profession concernée, telles qu'elles figurent dans la norme 102 SIA consacrée aux prestations de l'architecte" [Tribunal cantonal, Neuchâtel, 06.06.1994, RJN 1994, p.83, c.2 b), arrêt commenté par TERCIER et WERRO in BR/DC 1995/4, p.87ss].

<sup>6</sup> Notamment ATF 118 II 296 c.2, où le Tribunal fédéral rappelle qu'il ne considère pas que les Normes et Règlements émanant de la SIA contiennent l'expression d'un usage. Voir également ATF 117 II 284 c.4 b = JT 1992 I c.4 b; ATF 117 II 290 c.5 b; ATF 107 II 178 c.1 c = JT 1981 I 603 c.1 c = BR/DC 1982/1, p.17, n°14. Il a été jugé que les règles fixées dans la Norme SIA 154 (1973) sur la publicité pouvaient être considérées comme l'expression de l'usage de la profession d'architecte: ATF 104 Ia 478 c.3 = JT 1981 I 32 (rés.) = SJ 1980, p.159 = RJB 1980, p.254 = BR/DC 1981/1, p.19, n°29 = SCHAUMANN, n°224.

SIA 102 et 103 (1984) dressent la liste des prestations habituellement fournies par un directeur des travaux de construction et des devoirs inhérents à la profession d'architecte ou d'ingénieur. Le recours à ces Règlements doit toutefois être prudent, car la notion de direction de chantier n'est pas univoque et peut avoir, dans l'esprit des parties qui l'ont utilisée, un sens différent de celui généralement admis dans la pratique, et singulièrement dans les Règlements SIA 102 et 103 (1984) <sup>7</sup>.

Il n'est donc guère possible d'établir une liste exhaustive et valable en toutes circonstances des prestations constituant le contrat de direction de chantier. Aussi la liste qui suit n'est-elle qu'indicative. Elle décrit les prestations "ordinaires" et "supplémentaires" habituellement fournies par le directeur des travaux de construction:

- Sont "ordinaires" les prestations déterminées par le contrat de direction de chantier. Elles sont nécessaires et suffisantes à l'exécution correcte du mandat [art.396 al.2 CO; art.3.2.2 Règlement SIA 102 (1984); art.3.2.1 Règlement SIA 103 (1984)]; en règle générale, le directeur des travaux dispose de par le contrat même des pouvoirs nécessaires et n'a pas besoin d'une procuration spéciale <sup>8</sup>.
- Aux prestations "ordinaires" peuvent s'ajouter des prestations "supplémentaires". Une procuration spéciale octroyée au directeur des travaux est nécessaire à leur accomplissement [art.3.2.3 Règlement SIA 102 (1984); art.3.2.2 Règlement SIA 103 (1984)].

---

<sup>7</sup> D'autant plus que les Règlements SIA 102 et 103 (1984) présentent quelques divergences entre eux. Par exemple, la prestation consistant en la commande de travaux en régie est prévue dans le descriptif des prestations de l'architecte contenu dans le Règlement SIA 102 (1984), mais non dans le Règlement SIA 103 (1984). Cf. également p.1, note 2.

<sup>8</sup> Cf. infra, p.31ss.

## B. LES PRESTATIONS HABITUELLEMENT FOURNIES PAR LE DIRECTEUR DES TRAVAUX

Le directeur des travaux mandaté par le maître effectue généralement les tâches suivantes:

1. *La préparation des contrats avec les entrepreneurs et les fournisseurs ou avec d'autres spécialistes (géologue, ingénieur etc.), et leur soumission au maître pour signature*

Le directeur des travaux établit les contrats que le maître conclura avec les corps de métier de son choix, ou examine - et éventuellement complète - les contrats préparés par les professionnels spécialisés [art.4.4.1 Règlement SIA 102 (1984); cf. également art.4.1.7 Règlement SIA 103 (1984)]. En accomplissant sa tâche, le directeur des travaux doit veiller à défendre les intérêts du maître au mieux, par exemple en le rendant attentif aux clauses limitatives ou exclusives de responsabilité éventuellement contenues dans les projets de contrats.

La loi n'accorde pas au directeur des travaux mandaté par le maître les pouvoirs d'adjuger les travaux et de conclure les contrats au nom du maître <sup>9</sup>. Les articles 4.3.4 Règlement SIA 102 (1984) et 4.1.5 Règlement SIA 103 (1984) précisent qu'il appartient au mandant d'adjuger les travaux <sup>10</sup>. Le directeur des travaux qui outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi ou son mandant viole ses obligations contractuelles; il agit alors comme représentant non autorisé; l'acte qu'il a accompli n'engage pas le maître, sauf si celui-ci décide ultérieurement de le ratifier (art.38 al.1 CO) <sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> HESS, p.76, n°41; SCHWAGER, Architektenvollmacht, BR/DC 1980/3, p.37; STIERLI, n°218 et les réf. citées; TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.21 et les réf. jurisprudentielles.

<sup>10</sup> Voir en outre STIERLI, n°550 (s'agissant de la conclusion des contrats); TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.21.

<sup>11</sup> Sur la représentation sans pouvoirs, cf. infra, p.38ss.

## **2. *L'établissement du calendrier de l'exécution***

Lorsque le maître a adjugé les travaux aux entrepreneurs et fournisseurs sur les conseils de son directeur des travaux, celui-ci doit établir le calendrier définitif de l'exécution, en tenant compte des impératifs de la construction et des disponibilités des corps de métier.

## **3. *La fourniture des dessins définitifs et des documents nécessaires à l'exécution***

Selon l'art.4.4.2 Règlement SIA 102 (1984)<sup>12</sup>, le directeur des travaux fournit à ce stade de l'exécution les prestations ordinaires suivantes: contrôler la concordance de tous les dessins des corps de métier avec ceux de l'architecte, reporter les compléments techniques dans les plans, choisir définitivement les matériaux, appareils et autres éléments après avoir consulté le maître, mettre au point les détails d'architecture et de construction, établir les dessins définitifs d'exécution et de détail à l'échelle appropriée, mettre à jour le descriptif détaillé de tous les matériaux et de la construction.

## **4. *La direction, la coordination et la surveillance des travaux d'exécution***

Le directeur des travaux dirige, coordonne et surveille les travaux d'exécution. Il s'agit là d'une prestation essentielle. Trois questions se posent: quel est le rôle du directeur des travaux (a.), quelle est l'étendue de son pouvoir de donner des instructions (b.) et de son obligation de surveillance du chantier (c.):

### **a. *Le rôle du directeur des travaux***

Le directeur des travaux doit<sup>13</sup> notamment vérifier que l'exécution soit conforme au caractère architectural recherché, diriger et coordonner l'activité de tous les corps de métier, établir et tenir à

<sup>12</sup> Cf. art.4.1.6 Règlement SIA 103 (1984).

<sup>13</sup> Cf. art.4.4.3 et 4.4.4 Règlement SIA 102 (1984); an.4.1.7 et 4.1.8 Règlement SIA 103 (1984).

jour le calendrier de l'exécution, surveiller les travaux sur le chantier, établir les métrés, requérir des organismes officiels les contrôles nécessaires.

*b. L'étendue du pouvoir du directeur des travaux de donner des instructions*

Le directeur des travaux a l'obligation d'exécuter son mandat conformément aux instructions reçues du maître (art.397 et 398 al.2 CO). Comme celui-ci est le plus souvent néophyte, les instructions qu'il dispense ne peuvent porter sur tous les aspects liés à l'exécution du contrat. Aussi convient-il de pondérer la première affirmation, et de retenir les principes suivants s'agissant de l'étendue du pouvoir du directeur des travaux de donner des instructions sur le plan technique (1.) ou d'ordonner des modifications mineures (2.) ou majeures (3.) de projet:

*1. Les instructions techniques*

A l'évidence, le directeur des travaux a les pouvoirs - et même le devoir - de donner aux corps de métier toute instruction technique utile à l'érection de l'ouvrage et à l'exécution de son mandat. S'il omet de le faire, il viole ses obligations contractuelles et engage sa responsabilité s'il en résulte un dommage pour le maître.

*2. Les modifications mineures de projet*

Selon la doctrine la plus récente <sup>14</sup>, et contrairement à une théorie précédemment soutenue <sup>15</sup>, le directeur des travaux n'a pas, sauf procuration spéciale, les pouvoirs d'ordonner des modifications mineures sans l'accord du maître. S'il outrepassé ses pouvoirs, il viole ses obligations contractuelles et, à défaut de ratification ultérieure par

---

<sup>14</sup> GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.80, note 14; ZEHNDER, n°167.

<sup>15</sup> MÜLLER, p.605. Voir également Kantonsgericht, Grisons, 22.11.1976, PKG 1976, Nr.10, p.56 = BR/DC 1979/1, p.10, n°3.

le maître (art.39 CO), il doit réparer le préjudice en résultant <sup>16</sup>. Exemples: le directeur des travaux fait peindre les murs du salon en blanc pur, alors que le maître les souhaitait vert pâle; le directeur des travaux commande de son propre chef un four micro-ondes et le fait installer dans la cuisine. Si le maître ne ratifie pas ultérieurement les actes de son mandataire, celui-ci doit prendre à sa charge, dans le premier cas, les coûts supplémentaires engendrés par la pose d'une nouvelle couche de peinture et, dans le second, les frais résultant de la remise en état de la cuisine et de l'installation éphémère du micro-ondes.

Le directeur des travaux peut à notre avis se faire octroyer contractuellement le droit d'ordonner des modifications mineures de commande <sup>17</sup>.

### 3. *Les modifications majeures de projet*

Le directeur des travaux n'a bien évidemment pas les pouvoirs d'ordonner des modifications importantes de commande sans avoir au préalable requis et obtenu l'autorisation du maître. S'il outrepassa ses pouvoirs, il commet une violation contractuelle. A défaut de ratification par le maître, il doit alors réparer le dommage en résultant et prendre à sa charge tous les frais engendrés par son manque de diligence. Exemples:

- De son propre chef, le directeur des travaux commande un store électrique sophistiqué et en ordonne la pose sur la terrasse. Si le

---

<sup>16</sup> Sur les principes généraux régissant le pouvoir de représentation du directeur des travaux, cf. infra, p.28ss.

<sup>17</sup> L'art.12 Formulaire de contrat SIA 1002 (1984) prévoit d'ailleurs la possibilité d'accorder à l'architecte l'autorisation d'adjuger des travaux et de commander des fournitures jusqu'à un certain montant, fixé par les parties au contrat. ZEHNDER, qui interprète ce type de clause restrictivement, ne la juge valable que pour des travaux qui entrent encore dans le montant du devis (ZEHNDER, n°167). En outre, pour être valable, la clause en question devrait à notre sens non seulement remplir toutes les conditions de validité habituelles (cf. infra, p.158ss), mais encore avoir fait l'objet d'une négociation individualisée avec le maître.

maître ne ratifie pas ultérieurement les actes de son mandataire, celui-ci doit en principe prendre à sa charge la "réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat" (art.39 al.1 CO), soit - s'agissant du préjudice de l'entrepreneur - les frais de pose et d'enlèvement du store, ceux relatifs à l'annulation de commande et les coûts de réfection des murs endommagés par le perçage de trous <sup>18</sup> .

- Sans l'accord du maître, le directeur des travaux décide en cours de chantier de modifier le revêtement des murs extérieurs initialement projeté et devisé. Il ordonne la pose d'un enduit extrêmement plus onéreux, mais qui ne présente pas des qualités d'étanchéité ou de longévité supérieures. Il en résulte une facture plus élevée. Quid si le maître ne ratifie pas l'acte de son mandataire ? L'enduit est incorporé dans la construction et ne saurait être enlevé et remplacé sans frais excessifs. En pareilles circonstances, on ne saurait donc exiger du directeur des travaux qu'il prenne à sa charge le montant équivalant au coût du revêtement et aux frais de sa pose et de son enlèvement. Le revêtement commandé et posé sans l'accord du maître doit à notre avis être laissé en place (art.671 CC par analogie). Son coût et les frais engendrés par sa pose ne doivent toutefois pas grever le budget du maître dans leur intégralité: celui-ci doit à notre sens prendre à sa charge le montant qui avait été devisé, et le directeur des travaux doit supporter la différence existant entre les coûts effectivement facturés pour ce poste et ceux qui avaient été devisés. Dans cet exemple précis, le directeur des travaux ne saurait invoquer l'imputation au maître de la plus-value du revêtement choisi en cours de chantier, puisque celui-ci ne présente justement pas de plus-value, n'étant pas de qualité supérieure à celle du revêtement devisé. Le directeur des travaux ne peut à notre avis opposer une plus-value au maître que si celui-ci en bénéficie effectivement <sup>19</sup> .

---

<sup>18</sup> Cf. au surplus infra, p.38ss.

<sup>19</sup> La question de l'imputation de la plus-value au maître fait actuellement l'objet d'un débat, tout spécialement dans le cadre des dépassements de

- En cours de chantier et sans s'en référer préalablement au maître, le directeur des travaux fait poser dans toutes les pièces des parquets d'une qualité bien supérieure à celle des parquets devisés. En telle occurrence, on ne saurait à notre avis exiger du directeur des travaux qu'il prenne à sa charge le coût des parquets, de leur pose et de leur enlèvement; les parquets doivent à notre avis rester en place; le maître doit prendre à sa charge la somme devisée pour ce poste et se laisser imputer la plus-value <sup>20</sup> présentée par les parquets effectivement posés; le directeur des travaux doit supporter la différence existant entre le montant effectivement facturé pour ce poste et la somme prise en charge par le maître.

Les parties au contrat pourraient à notre avis prévoir le droit pour le directeur des travaux d'ordonner des modifications majeures de projet <sup>21</sup>, moyennant accord exprès.

*c. L'étendue de l'obligation du directeur des travaux de surveiller le chantier*

Le directeur des travaux doit non seulement surveiller le chantier, mais aussi les travaux "préparatoires" nécessaires, comme par exemple l'installation des échaffaudages <sup>22</sup>.

Si le directeur des travaux a pour tâche principale de surveiller les travaux, cela ne signifie toutefois pas qu'il doit être présent de

---

devis. L'avis que nous exprimons ici est plutôt minoritaire. Cf. à ce sujet infra, p.104ss.

<sup>20</sup> Cf. note 19 supra et p.104ss infra.

<sup>21</sup> A ce sujet, le lecteur est renvoyé à ce qui a été dit à propos des modifications mineures de projet: cf. supra, p.14s.

<sup>22</sup> Cour de Justice civile, Genève, 11.07.1903, SJ 1903, p.542 = SCHAUMANN, n°65a.

manière permanente sur le chantier<sup>23</sup>. Il doit néanmoins veiller à effectuer des visites régulières.

Lorsqu'un entrepreneur est un spécialiste de la branche, le directeur des travaux n'est pas tenu de surveiller et de vérifier chaque stade de l'exécution. A contrario, si ce dernier a pu se rendre compte des défauts et des insuffisances du travail d'un entrepreneur, il ne peut pas rester passif et doit se substituer au spécialiste<sup>24</sup>.

Comme le directeur des travaux a l'obligation de sauvegarder les intérêts du maître, il ne peut pas se contenter de coordonner et d'observer les travaux; il doit prendre une part active à l'exécution, c'est-à-dire étudier les techniques des entrepreneurs spécialistes, s'informer auprès des personnes connaissant ces techniques, etc.

#### *5. Le contrôle des matériaux et fournitures*

Le directeur des travaux contrôle les matériaux et fournitures utilisés par les entrepreneurs et livrés par les fournisseurs [art.4.4.4 Règlement SIA 102 (1984)]. Il doit veiller à ce qu'aucun matériau ou fourniture défectueuse ne soit incorporée dans la construction du maître.

#### *6. L'établissement des procès-verbaux des séances de chantier et la tenue du journal de chantier*

Le directeur des travaux veille à dresser procès-verbal des séances de chantier et à tenir le journal de chantier [art.4.4.4 Règlement SIA 102 (1984) et art.4.1.8 Règlement SIA 103 (1984)]. Ce qui lui permet non seulement de surveiller au mieux l'avancement des travaux et le travail des corps de métier, mais encore de constituer un dossier lui permettant de rendre compte au maître de son activité. Un tel dossier pourra éventuellement se révéler utile pour le directeur des travaux lui-même, par exemple pour écarter une suspicion de

<sup>23</sup> Tribunal fédéral, 28.11.1903, SJ 1904, p.151 c.IV = SCHAUMANN, n°65b.

<sup>24</sup> Tribunal fédéral, 03.02.1984, Rep. 118, 1985, p.26s = BR/DC 1986/1, p.13, n°1 = SCHAUMANN, n°46.

violation de son devoir de diligence, ou pour justifier sa prétention en honoraires.

**7. *La commande et le contrôle des travaux en régie et des bons correspondants; la signature des rapports de régie***

Le directeur des travaux commande et contrôle les travaux en régie [art.4.4.4 Règlement SIA 102 (1984)]. La notion de "travaux en régie" connaît différentes acceptions (a.). Les pouvoirs du directeur des travaux d'en passer commande varieront selon le type de "travaux en régie" considéré (b.). Enfin, l'obligation du maître de rémunérer l'entrepreneur pour un travail en régie appelle quelques commentaires (c.):

**a. *La notion de "travaux en régie"***

Par "travaux en régie", on entend:

- soit des travaux prévus comme tels dans le contrat, qui doivent, selon l'accord des parties, être exécutés en régie sans faire l'objet d'un prix ferme [art.44 al.1 Norme SIA 118 (1977/1991)];
- soit des travaux "urgents et nécessaires à la prévention d'un danger ou d'un dommage" [art.44 al.2 Norme SIA 118 (1977/1991)];
- soit des travaux faisant suite à des modifications des conditions d'exécution [art.87 al.4 et 88 al.2 Norme SIA 118 (1977/1991)].

**b. *Les pouvoirs du directeur des travaux de passer commande des travaux en régie***

Le directeur des travaux est-il habilité à commander au nom du maître un travail en régie? La réponse à cette question dépend du type de travail en régie considéré:

- Le directeur des travaux a les pouvoirs d'ordonner au nom du maître l'exécution des travaux prévus en régie par le contrat, qui ne font pas l'objet d'un prix ferme, puisqu'il est prévu dès le départ, d'entente entre maître et entrepreneur, que ce dernier les exécute.
- S'agissant d'un travail en régie urgent et nécessaire à la prévention d'un dommage ou d'un danger, le directeur des travaux a non seulement les pouvoirs contractuels, mais encore le devoir de l'ordonner, puisqu'il a l'obligation de sauvegarder au mieux les intérêts de son mandant (art.397 al.1 et 398 al.2 CO) <sup>25</sup> .
- En cas de modification des conditions d'exécution, le directeur des travaux a les pouvoirs d'ordonner l'exécution du travail en régie au nom de son mandant si trois conditions sont cumulativement remplies (art.397 al.1 CO): la modification de commande est rendue nécessaire du fait que les conditions prévisibles ont changé, le directeur des travaux ne peut atteindre le maître et l'accord de ce dernier est présumé. Par contre, si les trois conditions susmentionnées ne sont pas réunies, le directeur des travaux n'est de par la loi pas habilité à commander le travail en régie. S'il le fait malgré l'absence de pouvoirs, il agit en qualité de représentant non autorisé; l'acte accompli n'engage pas le maître, sauf si celui-ci décide ultérieurement de le ratifier (art.38 al.1 CO) <sup>26</sup> .

L'art.4.4.4 Règlement SIA 102 (1984) <sup>27</sup> prévoit à titre de "prestation ordinaire" la commande et le contrôle des travaux en régie et des bons correspondants. L'architecte chargé de la direction des travaux a donc, en vertu de cette disposition, le pouvoir de

---

<sup>25</sup> En ce sens STIERLI, n°230.

<sup>26</sup> Sur la représentation sans pouvoirs et ses sanctions, cf. *infra*, p.38ss.

<sup>27</sup> Aucune disposition semblable ne figure dans le Règlement SIA 103 (1984) s'agissant de l'ingénieur agissant en qualité de mandataire principal.

commander les travaux en régie nécessaires à l'érection de l'ouvrage <sup>28</sup>.

*c. L'obligation du maître de rémunérer l'entrepreneur pour un travail en régie*

L'entrepreneur qui exécute un travail en régie doit établir un rapport, qu'il soumet au directeur des travaux pour approbation. Ce rapport contient habituellement des indications sur le nombre d'ouvriers engagés, la nature des travaux effectués en régie, les heures de machines et de travail, les matériaux utilisés, etc. [art.47 al.1 Norme SIA 118 (1977/1991)]. Le visa du directeur des travaux sur un tel rapport engage-t-il civilement le maître ? La doctrine est partagée <sup>29</sup>. Il est certain que lorsque le maître ou l'architecte chargé de la direction des travaux signe un tel rapport sans réserve, il y a présomption - présomption de fait et non de droit - que les mentions qui figurent dans le rapport sont correctes <sup>30</sup>. Le maître peut renverser cette présomption, par simple contrepreuve ("Gegenbeweis"), et non par la preuve du contraire ("Beweis des Gegenteils") <sup>31</sup>.

L'art.4.4.4 Règlement SIA 102 (1984) <sup>32</sup> prévoit, à titre de "prestation ordinaire", que l'architecte chargé de la direction des travaux commande et contrôle les travaux en régie et les bons

---

<sup>28</sup> STIERLI, n°561 in fine (voir cependant n°562).

<sup>29</sup> Oui selon HESS, p.79, n°53.

Non selon GAUCH, Werkvertrag, n°702; SCHWAGER, Vollmacht des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°859 et Architektenvollmacht, BR/DC 1980/3, p.41, 8. b); STIERLI, n°311.

<sup>30</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°702; SCHWAGER, Vollmacht des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°859; STIERLI, n°311.

<sup>31</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°702 et les réf. citées; STIERLI, n°314.

<sup>32</sup> Aucune disposition semblable ne figure dans le Règlement SIA 103 (1984) s'agissant de l'ingénieur agissant en qualité de mandataire principal.

correspondants. Cette disposition n'octroie toutefois pas au mandataire les pouvoirs d'engager civilement le maître par sa signature <sup>33</sup>.

#### *8. Les obligations comptables du directeur des travaux*

Le directeur des travaux tient sur le chantier des rôles multiples. Tour à tour directeur, coordinateur, planificateur, il est au surplus comptable. Ce rôle, ingrat à bien des égards, est pourtant capital, en raison des conséquences financières, le plus souvent importantes, qui pèsent sur la fortune du maître. Seront examinés successivement les points suivants: les obligations comptables du directeur des travaux en cours de chantier (a.) et à la fin des travaux (b.), ainsi que les pouvoirs du directeur des travaux d'engager financièrement le maître (c.):

##### *a. Les obligations comptables du directeur des travaux en cours de chantier*

Le directeur des travaux doit tenir à jour la comptabilité de chantier: il doit établir périodiquement la situation financière et mettre à jour l'échéancier général des paiements [art.4.4.4 Règlement SIA 102 (1984); art.4.1.8 Règlement SIA 103 (1984)]. Quelques précisions:

Le directeur des travaux doit vérifier continuellement l'expansion des coûts et doit avertir immédiatement<sup>34</sup> le maître si un dépassement de la somme devisée se précise, notamment en cas de modification de commande, afin que ce dernier puisse prendre les dispositions qui s'imposent <sup>35</sup>, sur la base des conseils avisés de son mandataire. S'il omet de le faire, il viole son obligation de diligence et

---

<sup>33</sup> STIERLI, n°605.

<sup>34</sup> Par analogie, cf. ATF 108 II 197ss = JT 1982 I 548ss = BR/DC 1983/3, p.53, n°35 = SCHAUMANN, n°132, qui concerne un architecte chargé d'un contrat de projet, qui continue de développer le programme sans aviser le maître du dépassement inévitable de la limite de prix fixée pour la construction. Cf. également SCHUMACHER, in Recht 1994, p.134.

<sup>35</sup> GAUCH. Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.82; SCHUMACHER, in Recht 1994, p.134; ZEHNDER, n°279 et les réf.

pourra être tenu responsable d'un dépassement de devis ou des coûts de construction <sup>36</sup>.

*b. Les obligations comptables du directeur des travaux en fin de chantier*

Le directeur des travaux doit vérifier les factures des entrepreneurs, établir les bons de paiements et le décompte final [art.4.4.4. et 4.5.1 Règlement SIA 102 (1984)]. Plus précisément, le directeur des travaux doit vérifier que les factures des entrepreneurs et des fournisseurs correspondent bien à des travaux effectués ou à des fournitures livrées conformément au contrat. Après cet examen, il doit établir les bons de paiements des entrepreneurs et fournisseurs, et établir le décompte final à l'intention du maître.

*c. Les pouvoirs du directeur des travaux d'engager le maître*

Le directeur des travaux a les pouvoirs, et même le devoir, de contrôler les factures des entrepreneurs. Mais a-t-il les pouvoirs de reconnaître ces factures au nom du maître ? En d'autres termes, le directeur des travaux peut-il, sans pouvoirs spéciaux, engager civilement le maître en reconnaissant les factures des entrepreneurs ? La question est controversée:

Selon l'opinion dominante <sup>37</sup>, que partage le Tribunal fédéral <sup>38</sup>, le directeur des travaux ne peut, à défaut de pouvoirs exprès, accomplir au nom du maître des actes juridiques, tels que la reconnaissance d'un décompte final, engageant financièrement le maître <sup>39</sup>: l'art.396 al.2 CO n'octroie pas au directeur des travaux les

---

<sup>36</sup> Cf. infra, p.98ss.

<sup>37</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°864; SCHWAGER, *Architektenvollmacht*, BR/DC 1980/3, p.42, 8. c); STIERLI, n°606ss.

<sup>38</sup> ATF 109 II 459s. c.5c = JT 1984 I 475 c.5c = BR/DC 1985/1, p.16s., n°8 = SCHAUMANN, n°215. Cette jurisprudence a été confirmée récemment in ATF 118 II 313ss = JT 1993 I 567.

<sup>39</sup> Contra: HESS, p.80, n°55, pour qui le directeur des travaux n'a pas besoin d'une procuration spéciale pour engager financièrement le maître par sa

pouvoirs de le faire. Ce dernier ne peut donc, sauf procuration spéciale, engager civilement le maître en reconnaissant à sa place des factures d'entrepreneur ou le décompte final.

Le Règlement SIA 102 (1984) prévoit que le directeur des travaux vérifie les factures des entrepreneurs (art.4.4.4), mais ne contient aucune procuration lui permettant de reconnaître les factures des entrepreneurs au nom du maître <sup>40</sup>. Le Règlement SIA 103 (1984) prévoit lui aussi que l'ingénieur, en qualité de mandataire principal, contrôle les factures (art.4.1.8); mais, par analogie avec l'art.4.4.4 Règlement SIA 102 (1984), l'on ne saurait en déduire que l'ingénieur dispose des pouvoirs nécessaires pour engager le maître.

## 9. *Les prestations du directeur des travaux lors de la réception de l'ouvrage*

### a. *La réception de l'ouvrage*

Le directeur des travaux réceptionne habituellement l'ouvrage au nom du maître. Il s'agit d'une prestation ordinaire entrant dans l'exécution du contrat de direction de chantier (art.396 al.2 CO) <sup>41</sup>.

---

signature, du moment que l'art.396 al.2 CO lui octroie le pouvoir de vérifier les factures des entrepreneurs.

<sup>40</sup> ATF 118 II 313ss = JT 1993 I 567. Le Tribunal fédéral se fonde sur GAUCH (GAUCH, *Werkvertrag*, n°864), SCHWAGER [SCHWAGER, *Vollmacht des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°813 (éd.1989) = n°862 (éd.1995)] et STIERLI (STIERLI, n°606ss).

<sup>41</sup> En ce sens HESS, p.78, n°49; SCHWAGER, *Vollmacht des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°851. Contra: STIERLI, n°267ss, spécialement n°269 et 273.

*b. L'examen de l'ouvrage livré et l'avis des défauts à l'entrepreneur concerné*

*1. Généralités*

Le directeur des travaux qui réceptionne l'ouvrage au nom du maître a, de par le contrat de mandat [art.396 al.2 CO; art.4.5.3 Règlement SIA 102 (1984); art.4.1.10 Règlement SIA 103 (1984)], non seulement le pouvoir, mais encore le devoir, d'examiner l'ouvrage livré et de faire à temps l'avis des défauts au nom du maître <sup>42</sup>.

*2. L'avis des défauts: forme et délais*

L'avis des défauts n'est soumis à aucune obligation de forme. En revanche, il doit être motivé de façon suffisamment précise pour que l'entrepreneur concerné puisse saisir de quel(s) défaut(s) il s'agit <sup>43</sup> et comprendre que sa responsabilité est mise en cause. L'avis n'a pas à mentionner l'origine du défaut, ni les droits que le maître entend faire valoir <sup>44</sup>.

Pour remplir son obligation avec diligence, le directeur des travaux doit veiller à respecter les délais légaux (art.367 al.1 CO) ou conventionnels (résultant du contrat d'entreprise conclu entre maître et entrepreneur concerné). Dans ce dernier cas, le directeur des travaux doit, comme il n'est pas partie au contrat d'entreprise, respecter une "res inter alios acta".

Selon l'art.367 al.1 CO, qui est de droit dispositif, l'examen de l'ouvrage doit se faire "aussitôt" que possible après la livraison, "d'après la marche habituelle des affaires"; il en est de même en ce qui concerne l'avis des défauts. Cette condition temporelle est assez vague; les circonstances étant différentes dans chaque cas, doctrine et

---

<sup>42</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°1529; STIERLI, n°278.

<sup>43</sup> Tribunal fédéral, 10.07.1991, SJ 1992, p.103ss.

<sup>44</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°1531ss; Tribunal fédéral, 10.07.1991, SJ 1992, p.103ss = BR/DC 1992/2, p.38, n°73.

jurisprudence ne donnent pas un sens univoque à cette condition temporelle <sup>45</sup>.

Maître et entrepreneur peuvent avoir intégré à leur contrat la Norme SIA 118 (1977/1991). L'art.172 al.1 Norme SIA 118 (1977/1991) prévoit que "le délai de garantie est de deux ans". Il faut entendre par là que l'avis des défauts peut être donné dans les deux ans dès la réception de l'ouvrage ou de chaque partie de l'ouvrage. Le "délai de garantie" est donc en fait un délai d'avis, soit un délai de dénonciation du défaut <sup>46</sup>. Cette réglementation conventionnelle avantage donc le maître par rapport à la loi (art.367 et 370 CO). Ce délai d'avis doit être distingué du délai de prescription des droits du maître envers l'entrepreneur en raison des défauts, qui est de cinq ans [art.180 al.1 Norme SIA 118 (1977/1991); art.371 al.2 CO], ou même de dix ans pour les défauts que l'entrepreneur a intentionnellement cachés [art.180 al.2 Norme SIA 118 (1977/1991); art.371 al.1 CO, qui renvoie notamment à l'art.210 al.3 CO]. A cet égard, la réglementation conventionnelle ne diffère pas de la loi.

Si l'avis est fait tardivement par le directeur des travaux, le manquement de ce dernier est imputé au maître; celui-ci est alors censé accepter tacitement l'ouvrage avec ses défauts et renoncer à ses droits de garantie pour ces défauts <sup>47</sup> (art.370 al.1 CO).

S'agissant des défauts cachés, apparaissant après la livraison de l'ouvrage, le directeur des travaux ne peut matériellement pas les constater puisqu'il n'a plus accès à l'ouvrage; il appartient au maître de les signaler à l'entrepreneur aussitôt qu'il en a connaissance <sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> PEDRAZZINI, SPR VII/1, p.527s.; voir aussi GAUCH, Werkvertrag, n°1541ss.

<sup>46</sup> Notamment Tribunal cantonal, Tessin, 07.03.1990, Rep.1990, p.241ss = BR/DC 1992/2, p.38s., n°75.

<sup>47</sup> Notamment PEDRAZZINI, SPR VII/1, p.527. Selon l'opinion majoritaire, il y a présomption irréfragable d'acceptation et déchéance des droits à la garantie (cf. cependant CORBOZ, FJS n°460, p.4, qui exprime un avis plus nuancé). Sur la délicate question de la preuve de l'avis des défauts, cf. TERCIER, note in BR/DC 1993/4, p.101s., n°211 et 212.

<sup>48</sup> ATF 107 II 172ss = JT 1981 I 598ss.

L'avis des défauts affectant un ouvrage donné en sous-traitance par l'entrepreneur doit être fait par l'entrepreneur personnellement, car il se trouve dans la situation d'un maître de l'ouvrage <sup>49</sup>.

### 3. *L'acceptation de l'ouvrage*

La loi n'octroie pas au directeur des travaux les pouvoirs d'accepter l'ouvrage au nom du maître <sup>50</sup>.

Ni le Règlement SIA 102 (1984) <sup>51</sup>, ni le Règlement SIA 103 (1984) ne contiennent de procuration permettant au directeur des travaux d'accepter l'ouvrage au nom du maître.

### 10. *La direction des travaux de garantie*

Le directeur des travaux dirige les travaux de garantie dans les cas où le maître, se fondant sur l'art.368 al.2 CO, s'est prononcé en faveur de la réfection de l'ouvrage défectueux [art.4.5.3 Règlement SIA 102 (1984); art.4.1.10 Règlement SIA 103 (1984)].

La loi n'accorde pas au directeur des travaux la compétence d'exercer le choix de l'un des droits du maître prévu par l'art.368 CO <sup>52</sup>. Le Règlement SIA 102 (1984) <sup>53</sup> n'octroie pas non plus cette compétence au directeur des travaux <sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Cour de Justice civile, Genève, 23.06.1978, SJ 1979, p.371 = BR/DC 1979/I, p.11, n°10.

<sup>50</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°1486; SCHWAGER, Vollmacht des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°853; STIERLI, n°290. Contra: HESS, p.78, n°51.

<sup>51</sup> STIERLI, n°601.

<sup>52</sup> HESS, p.79, n°52; SCHWAGER, Vollmacht des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°855; STIERLI, n°281ss, spécialement n°284.

<sup>53</sup> Pas plus que le Règlement SIA 103 (1984) d'ailleurs.

<sup>54</sup> STIERLI, n°596.

## II. LE POUVOIR DE REPRESENTATION DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION <sup>55</sup>

Mandaté par le maître, le directeur des travaux le représente dans ses rapports avec les tiers, tout particulièrement avec les entrepreneurs et les fournisseurs. Il commande des matériaux et des travaux en régie, signe des rapports de chantier, contrôle les factures des entrepreneurs et l'ouvrage terminé, établit le décompte final, etc. Se pose la délicate question de savoir dans quelle mesure les actes du directeur des travaux engagent le maître. La réponse à cette question dépend de l'étendue des pouvoirs de représentation conférés par le maître au directeur des travaux (B. <sup>56</sup>). Avant d'aborder cette question, nous rappellerons brièvement les conditions et les effets de la représentation directe (A.), et nous terminerons par les problèmes soulevés par la représentation sans pouvoirs et ses sanctions (C. <sup>57</sup>):

### A. LES CONDITIONS ET LES EFFETS DE LA REPRESENTATION DIRECTE

A teneur de l'art.32 al.1 CO, "les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté". Est ici visée la représentation dite directe: l'acte juridique effectué par le représentant produit ses effets directement dans la sphère juridique du représenté, sans toucher celle du représentant. La représentation directe doit être distinguée de la représentation indirecte, dont il est question à l'art.32 al.3 CO. Il y a représentation indirecte lorsque le "représentant" agit en son propre

---

<sup>55</sup> Sur les pouvoirs de représentation de l'architecte, cf. surtout GAUCH, Bauleitung, BRT 1985, p.17ss; SCHWAGER Rudolf, Die Vollmacht des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°789ss, ainsi que Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, BR/DC 1980/2, p.19ss et Der Umfang der Architektenvollmacht, BR/DC 1980/3, p.36ss; STIERLI Bruno, Die Architektenvollmacht, thèse, Fribourg 1988; TERCIER Pierre, La direction des travaux - Ses rapports avec le maître et les entrepreneurs, JDC I, Fribourg 1985, p.15ss.

<sup>56</sup> Cf. infra, p.30ss.

<sup>57</sup> Cf. infra, p.38ss.

nom, mais pour le compte d'autrui: les effets de l'acte juridique effectué par le "représentant" naissent d'abord dans sa propre sphère. Pour qu'ils atteignent la sphère du "représenté", il faut encore une cession de créance ou une reprise de dette. Le directeur des travaux agit essentiellement au nom et pour le compte du maître: il agit donc le plus souvent dans le cadre de la représentation directe. Une représentation indirecte est théoriquement possible, mais si éloignée de l'activité qui fait le quotidien du directeur des travaux que nous n'y reviendrons pas.

Pour que la représentation directe déploie ses effets, elle doit obéir cumulativement aux quatre conditions suivantes <sup>58</sup> :

1. Le représentant (directeur des travaux) doit être autorisé à agir au nom et pour le compte de la personne représentée (maître) <sup>59</sup> , ce qui suppose qu'il doit en avoir reçu le pouvoir. S'agissant du directeur des travaux, l'octroi de ce pouvoir repose sur une procuration <sup>60</sup> ou le contrat conclu avec le maître <sup>61</sup> . Dans certains cas bien particuliers toutefois, la représentation déploie quand même ses effets, même si le représentant n'a pas les pouvoirs nécessaires <sup>62</sup> .
2. Le représentant doit agir au nom de la personne représentée (art.32 al.1 CO). Il doit manifester au tiers, expressément ou tacitement, qu'il agit au nom et pour le compte de la personne représentée <sup>63</sup> , et non pas en son propre nom et pour son propre

---

<sup>58</sup> Notamment GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°941ss; ZÄCH, n.1ss ad 32 CO. S'agissant plus particulièrement du directeur des travaux, cf. surtout STIERLI, n°4ss.

<sup>59</sup> OSER / SCHÖNENBERGER, n.17ss ad 32 CO; STIERLI, n°5ss; von TUHR / PETER, p.354ss; ZÄCH, n.2ss ad 32 CO.

<sup>60</sup> STIERLI, n°10.

<sup>61</sup> STIERLI, n°12.

<sup>62</sup> Cf. *infra*, p.38ss.

<sup>63</sup> ZÄCH, n.1 et 28ss ad 32 CO. Le point de savoir si le représentant doit ou non avoir la volonté réelle d'agir pour le compte du représenté est controversé: à ce sujet, cf. STIERLI, n°31ss; ZÄCH, n.40 ad 32 CO. Dans

compte <sup>64</sup>. A défaut, il est personnellement lié, sauf circonstances particulières (art.32 al.2 CO).

3. Le représentant doit être capable de discernement (art.18 CC) <sup>65</sup>.
4. L'acte à accomplir doit produire des effets juridiques <sup>66</sup> et peut, de par sa nature même, être effectué par le représentant <sup>67</sup>. Cette condition est toujours remplie dans le domaine qui nous occupe, puisqu'il n'existe aucun acte que seul le maître puisse accomplir.

Si ces conditions sont remplies, la personne représentée (maître), et elle seule, est personnellement engagée <sup>68</sup>. En cas de litige, le tiers doit s'en prendre exclusivement à elle, et non au représentant (directeur des travaux).

#### B. L'ETENDUE DES POUVOIRS DE REPRESENTATION CONFERES PAR LE MAITRE AU DIRECTEUR DES TRAVAUX

Seront abordés successivement la question de l'octroi des pouvoirs de représentation dans les rapports internes, soit entre maître et directeur des travaux (1.), puis les problèmes relatifs à la

---

un arrêt récent, le Tribunal fédéral a précisé que seule était relevante la manifestation de volonté objectivement exprimée du représentant, que celui-ci ait ou non eu la volonté subjective d'agir en cette qualité [ATF 120 II 200 c.2 b) aa)].

- <sup>64</sup> BUCHER, AT, p.596 et surtout p.618s.; OSER / SCHÖNENBERGER, n.2ss ad 32 CO; von TUHR / PETER, p.386. Cf. également Tribunal fédéral, 06.07.1987, SJ 1988, p.26ss = BR/DC 1989/1, p.17, n°9.
- <sup>65</sup> STIERLI, n°28; ZÄCH, n.129ss ad 32 CO. Selon la doctrine dominante, un mineur ou un interdit capable de discernement peut toutefois représenter valablement une tierce personne (STIERLI, n°28 et les réf. citées); dans le cadre de notre travail, une telle situation est purement théorique.
- <sup>66</sup> STIERLI, n°44.
- <sup>67</sup> BECKER, n.12 Vorbemerk. ad 32-40 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.16 Vorbemerk. ad 32-40 CO; STIERLI, n°55; ZÄCH, n.127 ad 32 CO.
- <sup>68</sup> ZÄCH, n.147ss ad 32 CO.

communication de l'octroi de tels pouvoirs dans les rapports externes, soit entre maître et tiers (2. 69) :

*1. L'octroi des pouvoirs de représentation dans les rapports internes entre maître et directeur des travaux*

Le maître, et lui seul, décide de l'existence même et de l'étendue des pouvoirs de représentation qu'il entend conférer au directeur des travaux. Il est libre de lui donner une procuration, et d'en fixer les limites (art.33 al.2 CO). L'octroi des pouvoirs peut être expresse, ou tacite <sup>70</sup>. Le maître reste libre, en tout temps, de restreindre, ou même de retirer, les pouvoirs octroyés, même sans motif (art.34 al.1 CO) <sup>71</sup>.

S'agissant du contrat de direction de chantier, l'article 396 al.2 et 3 CO (a.) et les Règlements SIA 102 et 103 (1984) (b.) délimitent dans les grandes lignes les pouvoirs de représentation du directeur des travaux de construction <sup>72</sup> :

---

<sup>69</sup> Cf. infra, p.34ss.

<sup>70</sup> ZÄCH, n.35ss ad 33 CO.

<sup>71</sup> ZÄCH, n.17ss ad 34 CO.

<sup>72</sup> Au sujet des pouvoirs de représentation du directeur des travaux s'agissant d'une prestation bien particulière:

- l'adjudication des travaux et la signature des contrats, cf. p.12.
- le fait de donner des instructions techniques, cf. p.14.
- le fait de donner des instructions engendrant des modifications mineures de projet, cf. p.14.
- le fait de donner des instructions engendrant des modifications majeures de projet, cf. p.15.
- la commande de travaux en régie, cf. p.19.
- la signature des rapports de régie, cf. p.21.
- le contrôle des factures des entrepreneurs et le décompte final, cf. p.22ss.
- la réception de l'ouvrage, cf. p.24.
- la vérification de l'ouvrage et l'avis des défauts, cf. p.24ss.
- l'acceptation de l'ouvrage, cf. p.27.
- le choix d'une stratégie, en cas de défaut de l'ouvrage (art.368 CO), cf. p.27.

a. *L'article 396 al.2 et 3 CO*

A teneur de l'art.396 al.2 CO, "..., le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution" <sup>73</sup>. Le directeur des travaux est donc habilité, de par la loi et sans procuration spéciale, à donner des instructions au nom du maître et à ordonner toutes les mesures nécessaires à une bonne et fidèle exécution du contrat, pour autant qu'elles ne sortent pas de l'ordinaire et n'impliquent pas de sacrifices financiers importants <sup>74</sup>. Le directeur des travaux est également habilité, de par la loi, à recevoir valablement au nom du maître toute communication liée à l'exécution du contrat.

Si l'acte à accomplir dépasse la mesure ordinaire, le directeur des travaux ne peut agir qu'en vertu de pouvoirs exprès (art.396 al.3 CO) <sup>75</sup>. Dans le doute, il serait bien inspiré de demander des pouvoirs spéciaux au maître; s'il omet de le faire, il risque d'engager sa responsabilité et d'encourir les sanctions résultant de la représentation non autorisée <sup>76</sup>.

b. *Les Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

Les pouvoirs de représentation du directeur des travaux peuvent résulter, outre de la loi, d'une procuration incluse dans la convention conclue par les parties. Celles-ci peuvent avoir intégré dans leur contrat le Règlement SIA 102 ou 103 (1984). Ceux-ci contiennent, en leurs articles 1.4.3 respectifs <sup>77</sup>, une procuration en faveur du directeur des travaux.

---

<sup>73</sup> FELLMANN, n.46ss ad 396 CO; GAUTSCHI, n.1 a et ss ad 396 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°3989ss.

<sup>74</sup> Notamment STIERLI, n°177. Cf. également ATF 109 II 459s. c. 5c = JT 1984 I 476 c. 5c.

<sup>75</sup> FELLMANN, n.119ss ad 396 CO; GAUTSCHI, n.45 a et ss ad 396 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°3993.

<sup>76</sup> Cf. infra, p.38ss.

<sup>77</sup> Art.1.4.3 Règlements SIA 102 et 103 (1984):

Le premier alinéa rappelle simplement que l'étendue des pouvoirs de représentation de l'architecte / l'ingénieur est déterminée par le contrat <sup>78</sup> conclu par les parties. Celles-ci peuvent, par exemple, fixer une limite jusqu'à concurrence de laquelle le directeur des travaux peut passer lui-même commande de travaux et de fournitures <sup>79</sup>.

Le second alinéa impose à l'architecte / à l'ingénieur l'obligation de requérir, en cas de doute sur l'étendue de ses pouvoirs, les instructions de son mandant, avant de prendre des dispositions ayant une portée juridique ou de donner des ordres pouvant avoir des incidences importantes sur les délais, la qualité ou les coûts. Cet alinéa appelle deux remarques. A notre avis, le directeur des travaux doit en principe s'en référer obligatoirement au maître chaque fois qu'il s'agit de prendre des dispositions ayant une portée juridique <sup>80</sup>. En outre, la notion de "répercussions importantes sur les délais, la qualité ou les coûts" est imprécise. Si l'on ne peut exiger du directeur des travaux qu'il s'en réfère systématiquement au maître avant chaque instruction, on ne peut tracer avec précision la frontière qui sépare un ordre susceptible d'avoir des répercussions importantes sur les délais,

---

al.1: Le pouvoir de représentation de l'architecte / de l'ingénieur découle du contrat.

al.2: En cas de doute, l'architecte / l'ingénieur devra requérir les instructions de son mandant avant de prendre des dispositions ayant une portée juridique ou de donner des ordres susceptibles d'avoir des répercussions importantes sur les délais, la qualité ou les coûts.

al.3: Il représente valablement le mandant vis-à-vis de tiers tels que les pouvoirs publics, les entrepreneurs, les fournisseurs et les autres mandataires, dans la mesure où il s'agit d'activités relevant directement de l'accomplissement usuel du mandat.

<sup>78</sup> L'étendue des pouvoirs de représentation peut être délimitée par le contrat, ainsi que par toute manifestation de volonté unilatérale du maître, qui peut octroyer en tout temps des pouvoirs spéciaux à l'architecte / l'ingénieur. Cf. SCHUMACHER, revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103, BRT 1985/2, p.79.

<sup>79</sup> Cette possibilité est prévue par l'art.12 Formulaire de contrat SIA n°1002 (1984).

<sup>80</sup> En ce sens SCHUMACHER, revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103, BRT 1985/2, p.79.

la qualité ou les coûts - que le directeur des travaux ne peut donner qu'avec l'accord du maître - d'un ordre ayant des répercussions ordinaires, que le directeur des travaux peut donner sans obtenir au préalable un accord spécial du maître. Une telle imprécision est source de confusion <sup>81</sup>.

Le troisième alinéa rappelle que l'architecte / l'ingénieur représente valablement le maître vis-à-vis de tiers, pour autant qu'il s'agisse d'activités relevant directement de l'accomplissement usuel du contrat. Le contrat de direction de chantier étant un mandat, cette disposition recoupe l'art.396 al.2 CO et, à notre sens, n'est pas en contradiction avec les deux premiers alinéas <sup>82</sup>.

## 2. *La communication de l'octroi des pouvoirs de représentation au directeur des travaux par le maître dans les rapports externes entre maître et tiers*

### a. *Généralités*

Les pouvoirs de représentation du directeur des travaux reposent sur un acte juridique unilatéral du maître, la procuration. Ce dernier peut avoir communiqué à un tiers, entrepreneur ou fournisseur par exemple, l'octroi de pouvoirs de représentation à son directeur des travaux. On parle alors souvent de "procuration externe" (art.33 al.3 CO), que l'on distingue de la procuration dite "interne" (art.33 al.2 CO), donnée par le maître à son directeur des travaux.

L'étendue de la procuration externe peut ne pas correspondre à celle de la procuration interne: la première peut être plus large <sup>83</sup> ou plus étroite <sup>84</sup> que la seconde, ou la procuration externe peut faire

---

<sup>81</sup> En ce sens SCHUMACHER, revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103, BRT 1985/2, p.80.

<sup>82</sup> Contra: SCHUMACHER, revidierten SIA-Honorarordnungen 102 und 103, BRT 1985/2, p.80s, qui estime que le troisième alinéa est en contradiction avec les deux premiers.

<sup>83</sup> ZÄCH, n.134 et 137ss ad 33 CO.

<sup>84</sup> ZÄCH, n.134 et 140ss ad 33 CO.

mention de pouvoirs qui n'existent en fait pas<sup>85</sup>. Se pose alors la question de savoir quel acte détermine l'étendue des pouvoirs de représentation du directeur des travaux à l'égard du tiers. Pour y répondre, il est nécessaire d'examiner si, et dans quelle mesure, le maître a fait part de l'octroi de pouvoirs de représentation au directeur des travaux dans ses rapports avec les tiers.

La communication du maître à un tiers n'est soumise à aucune forme<sup>86</sup>. Elle peut être expresse ou tacite<sup>87</sup>. Elle est expresse lorsqu'elle se présente par exemple sous forme de mention des pouvoirs octroyés dans le contrat conclu, ou d'intégration valable, dans la convention, de conditions générales contenant des dispositions spécifiques sur la représentation. La Norme SIA 118 (1977/1991) contient de telles dispositions, ce qui d'ailleurs pose parfois problème<sup>88</sup>. La communication par le maître à un tiers de l'octroi de pouvoirs de représentation au directeur des travaux est tacite, par exemple lorsque le maître laisse le directeur des travaux agir comme s'il en avait les pouvoirs.

#### *b. La Norme SIA 118 (1977/1991)*

La communication du maître à un entrepreneur peut résulter de l'intégration dans le contrat d'entreprise de la Norme SIA 118 (1977/1991). Celle-ci contient, en son article 33.2, une description toute générale des pouvoirs conférés par le maître au directeur des travaux: "A moins qu'une clause figurant dans le texte du contrat (art.21 al.3) n'en dispose autrement, la direction des travaux représente le maître dans ses rapports avec l'entrepreneur; le maître est lié par tous les actes de la direction des travaux relatifs à l'ouvrage, notamment par les ordres, les commandes, les confirmations et les remises de plans; la direction des travaux reçoit pour le maître les communications et déclarations de l'entrepreneur". La Norme SIA 118

---

<sup>85</sup> ZÄCH, n.134 et 139 ad 33 CO.

<sup>86</sup> ZÄCH, n.144 ad 33 CO.

<sup>87</sup> ZÄCH, n.144 ad 33 CO.

<sup>88</sup> Cf. infra, lettre b.

(1977/1991) contient en outre, aux art.154 al.2 et 155 al.1, une procuration dite "externe", par laquelle le maître informe l'entrepreneur que le directeur des travaux est autorisé à contrôler et accepter en son nom le décompte final <sup>89</sup>.

Les dispositions précitées sont en contradiction avec les Règlements SIA 102 et 103 (1984), puisqu'elles font mention de pouvoirs de représentation plus étendus en faveur du directeur des travaux <sup>90</sup>. La procuration externe ne correspond ainsi pas à la procuration interne. Lorsque le maître est partie à la fois à un contrat de direction de chantier dans lequel le Règlement SIA 102 (1984) ou le Règlement SIA 103 (1984) a été inclus et à un contrat d'entreprise englobant la Norme SIA 118 (1977/1991), comment déterminer à l'égard de l'entrepreneur l'étendue des pouvoirs de représentation du directeur des travaux ? A teneur de l'art.33 al.3 CO, l'étendue des pouvoirs du directeur des travaux devrait être déterminée, à l'égard de l'entrepreneur, selon les dispositions de la Norme SIA 118 (1977/1991). Le principe posé par l'art.33 al.3 CO connaît toutefois des tempéraments: les circonstances particulières à chaque cas écartent parfois son application automatique. La question initialement posée en appelle en fait deux autres, que nous aborderons successivement: l'entrepreneur peut-il se prévaloir dans tous les cas des dispositions de la Norme SIA 118 (1977/1991) relatives à la représentation du maître par le directeur des travaux (1.) ? Le maître se voit-il systématiquement opposer ces dispositions (2.) ?

### *1. Dans le cas de l'entrepreneur*

L'entrepreneur ne peut invoquer dans tous les cas les dispositions précitées: tout dépend en effet des circonstances. Si l'entrepreneur sait

---

<sup>89</sup> Voir à ce sujet GAUCH, SIA-Norm 118, Recht 1985, p.31; STIERLI, n°820ss; SCHUMACHER, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art.38-156, n.24ss ad art.154 (in GAUCH / PRADER / EGLI / SCHUMACHER); SCHWAGER, Architektenvollmacht, BR/DC 1980/3, p.42, 8. c); TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.22.

<sup>90</sup> STIERLI, n°842; ATF 109 II 452ss = JT 1984 I 470ss = BR/DC 1985/1, p.16s., n°8. Cet arrêt est commenté par GAUCH in Recht 1985, p.30ss.

que le maître a réglé différemment les problèmes de représentation avec le directeur des travaux, ou s'il s'en doute mais néglige d'éclaircir ce point, ou encore s'il ne se pose aucune question à ce sujet alors que les circonstances le poussaient à se renseigner, il ne peut plus invoquer les dispositions de la Norme SIA 118 (1977/1991) relatives à la représentation du maître par le directeur des travaux <sup>91</sup>.

En d'autres termes, l'entrepreneur peut invoquer le bénéfice de l'art.33 al.3 CO à l'encontre du maître pour autant que trois conditions, non expressément mentionnées dans la loi, soient réunies <sup>92</sup> : a) L'entrepreneur a effectivement pris connaissance de la procuration externe; b) Vu les circonstances, l'entrepreneur peut, de bonne foi, être convaincu que son étendue équivaut à celle de la procuration interne; c) Les dispositions contractuelles préformulées contenant la procuration externe ne revêtent pas in casu un caractère insolite <sup>93</sup>.

Si le maître a fait une telle communication à un tiers, et que celui-ci est de bonne foi et peut s'en prévaloir, les effets de la représentation se produisent même si le directeur des travaux n'a pas les pouvoirs nécessaires.

## 2. *Dans le cas du maître*

Lorsque le maître, néophyte dans le domaine de la construction, a accepté la Norme SIA 118 (1977/1991) de manière globale, sans que son attention n'ait été attirée sur les dispositions relatives à la représentation, on doit considérer que celles-ci présentent un caractère

---

<sup>91</sup> En ce sens TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.20.

<sup>92</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°253; KOLLER, gute und böse Glaube, n°207-209; ZÄCH, n.125 ad 33 CO. Cf. également infra, p.38ss.

<sup>93</sup> Le Tribunal fédéral a jugé qu'au cas où l'une des parties au contrat n'est pas experte dans le domaine de la construction et a souscrit globalement aux conditions générales préformulées, les art.154 et 155 Norme SIA 118 (1977) présentent objectivement un caractère insolite: ATF 109 II 458 c.5 b = JT 1984 I 475 c.5 b = BR/DC 1985/1, p.16s., n°8 = SCHAUMANN, n°215; voir aussi le commentaire de cet arrêt par GAUCH in Recht 1985, p.30ss. Voir également STIERLI, n°824.

insolite <sup>94</sup>. En conséquence, l'entrepreneur ne saurait en principe les invoquer à l'encontre du maître.

## C. LA REPRESENTATION SANS POUVOIRS ET SES SANCTIONS

### 1. *Le principe*

Lorsque le directeur des travaux agit sans pouvoirs <sup>95</sup>, l'acte passé ne lie pas le maître, sauf si celui-ci décide ultérieurement de le ratifier (art.38 al.1 CO) <sup>96</sup>. Exemple: Sans en avoir les pouvoirs, le directeur des travaux commande à un fournisseur une barrière pour clôturer le jardin, qu'il fait poser autour du terrain. Si le maître ratifie ultérieurement cette commande et cette installation, les coûts supplémentaires engendrés par cet investissement à plus-value seront à sa charge <sup>97</sup>. Par contre, si le maître refuse sa ratification, le directeur des travaux devra réparer le préjudice résultant de l'invalidité du contrat (art.39 al.1 CO), soit les frais résultant de l'installation et de l'enlèvement de la barrière, le préjudice subi par l'entrepreneur du fait de l'annulation de commande et les coûts de réfection de la pelouse <sup>98</sup>. En cas de faute du directeur des travaux, le juge peut le condamner à des dommages-intérêts plus considérables (art.39 al.2 CO). Que le maître ratifie ou non, il a une action en réparation du dommage contre le directeur des travaux fautif (art.97 al.1 CO, combiné avec 398 al.1 et 2 CO).

---

<sup>94</sup> En ce sens TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.21. Cf. supra, p.37.

<sup>95</sup> La représentation sans pouvoirs doit être distinguée du cas où le représentant se fonde sur une procuration valable, mais ne respecte pas les instructions données par le représenté. A ce sujet, cf. notamment ENGEL, p.268 et les réf. citées; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1001. Sur la notion d'instruction unilatérale en tant que complément de la procuration, cf. WERRO, mandat, n°525ss.

<sup>96</sup> Notamment ZÄCH, n.33 ad 38 CO.

<sup>97</sup> Cf. également infra, p.101ss.

<sup>98</sup> Cf. également supra, p.16.

Si la ratification est refusée, expressément ou tacitement, le tiers - entrepreneur ou fournisseur le plus souvent - qui subit un dommage du fait de l'invalidité du contrat peut, sous réserve de l'art.33 al.3 CO, s'en prendre au directeur des travaux (art.39 al.1 et 2 CO) <sup>99</sup> ou au maître, si celui-ci est enrichi (art.39 al.3 CO; art.62ss CO). Une action en revendication du tiers contre le maître est également envisageable (art.641 al.2 CC) <sup>100</sup>. Lorsqu'en vertu du principe de l'accession les matériaux du tiers sont devenus partie intégrante de l'immeuble, le tiers pourrait prétendre à une indemnité, en se fondant directement ou par analogie sur les art.671 à 673 CC <sup>101</sup>.

## 2. *L'exception (art.33 al.3 CO)*

Le principe qui vient d'être rappelé connaît toutefois une exception. En certaines circonstances, le maître peut être lié par les actes de son directeur des travaux alors que celui-ci n'avait pas les pouvoirs de l'engager. La protection du tiers de bonne foi justifie en effet l'exception au principe qui vient d'être rappelé. Pour cela, les conditions suivantes doivent cumulativement être réunies <sup>102</sup> :

1. Le directeur des travaux a agi au nom du maître. Le Tribunal fédéral <sup>103</sup> a récemment eu l'occasion de préciser que seule était relevante la manifestation de volonté objectivement exprimée du représentant, que celui-ci ait eu ou non la volonté subjective d'agir en cette qualité.

---

<sup>99</sup> Notamment GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1035ss; ZÄCH, n.14ss ad 39 CO.

<sup>100</sup> GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1035ss.

<sup>101</sup> Les droits du propriétaire des matériaux ne font pas l'objet de notre étude. A ce sujet, cf. STEINAUER, p.74ss.

<sup>102</sup> Notamment TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.16ss; ZÄCH, n.125ss ad 33 CO. ATF 120 II 197ss, spécialement 200ss, c.2 b).

<sup>103</sup> ATF 120 II 200 c.2 b) aa).

2. Le maître a fait une communication au tiers, directement ou indirectement <sup>104</sup>. Il lui a ainsi fait savoir que le directeur des travaux avait les pouvoirs d'agir en son nom. Cette communication peut être expresse (exemple: elle est contenue dans le contrat conclu entre maître et tiers) ou tacite (exemple: elle résulte du comportement du directeur des travaux, que le maître tolère).
  
3. Le tiers est de bonne foi <sup>105</sup>: il croit à tort, sur la base de cette communication, que le directeur des travaux détient effectivement les pouvoirs de représenter le maître. Par exemple, il ignore que ce dernier n'a donné à son mandataire aucun pouvoir de représentation, ou n'a donné que des pouvoirs restreints (art.33 al.3 CO), ou encore lui a retiré - ou restreint - (art.34 al.3 CO) les pouvoirs qu'il lui avait précédemment octroyés. La bonne foi du tiers est présumée (art.3 al.1 CC). Celui-ci ne pourra toutefois pas l'invoquer si l'on pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il exerce l'attention commandée par les circonstances pour apprécier la situation réelle (art.3 al.2 CC).

Si ces trois conditions sont cumulativement réunies, le maître est lié par les actes du directeur des travaux <sup>106</sup>, bien que ce dernier ait agi en qualité de "pseudo-représentant". Le maître a la faculté de rechercher le directeur des travaux en réparation du préjudice subi du fait de cette "pseudo-représentation", car ce dernier, en outrepassant les pouvoirs qui lui avaient été conférés, a commis une violation fautive du contrat de mandat.

---

<sup>104</sup> Notamment ZÄCH, n.125 et 126ss ad 33 CO, et les réf. citées. ATF 120 II 200 c.2 b) bb).

<sup>105</sup> Notamment ZÄCH, n.125 et 155ss ad 33 CO et les réf. citées. ATF 120 II 202 c.2 b) cc) et les réf. doctrinales citées.

<sup>106</sup> ZÄCH, n.157 ad 33 CO.

### III. LES OBLIGATIONS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION EN SA QUALITE DE MANDATAIRE

L'architecte ou l'ingénieur chargé de la direction des travaux de construction est partie à un contrat de mandat <sup>107</sup>. Ses obligations sont donc celles que tout mandataire se doit de respecter (A.). L'obligation de sécurité sur le chantier, qui constitue un des aspects de l'obligation de s'exécuter conformément au contrat, appelle quelques commentaires particuliers (B.) <sup>108</sup>.

#### A. LES OBLIGATIONS TYPIQUES DU MANDATAIRE

##### 1. *L'obligation de rendre le service promis et de s'exécuter conformément au contrat (art.394 al.1 et 397 al.1 CO)*

###### a. *Généralités*

L'art.394 al.1 CO définit le mandat comme le "contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis". La loi impose ainsi au directeur des travaux l'obligation d'exécuter l'affaire que le maître lui a confiée <sup>109</sup>. C'est ce dernier qui définit les services que doit rendre le premier, c'est-à-dire l'objet du contrat de mandat. On ne saurait toutefois déduire de cette évidence que le maître continue de dispenser à son directeur des travaux, en cours d'exécution du contrat, des instructions impératives que celui-ci est obligé de suivre sous peine de violation de ses devoirs contractuels. L'art.397 al.1 CO dispose certes que "le mandataire qui a reçu des

---

<sup>107</sup> Cf. infra, p.62ss.

<sup>108</sup> Cf. infra, p.56ss.

<sup>109</sup> Notamment von BÜREN, BT, p.128; FELLMANN, n.25 ad 394 CO; GAUTSCHI, n.3 ad 394 CO; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.69, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.79. Cf. également WERRO, mandat, n°606ss et 617ss.

instructions précises ne peut s'en écarter...". Stricto sensu, le mandant est bien le maître du contrat: il détermine les services que le mandataire doit rendre, et celui-ci ne peut s'en écarter. Mais si ce principe peut être appliqué strictement dans les contrats d'intermédiaires - soit dans les contrats en vertu desquels le mandataire reçoit le pouvoir de représenter le mandant, et dans lesquels il est normal que ce dernier trace les limites des pouvoirs qu'il entend octroyer au premier -, il ne peut l'être dans les autres mandats <sup>110</sup>. En effet, le mandataire est le plus souvent un spécialiste. Il est donc à même de prendre la plupart des décisions qui s'imposent pour exécuter correctement le mandat. L'objet du contrat une fois défini, le mandant perd partiellement la maîtrise du mandat. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne le secteur de la construction, domaine technique s'il en est. Le directeur des travaux est un spécialiste, tandis que le maître n'est le plus souvent qu'un néophyte. Ces circonstances justifient de s'écarter d'une interprétation stricte du principe énoncé à l'art.397 al.1 CO, et, à l'instar d'un courant récent de la doctrine, d'opérer une distinction entre l'instruction proprement dite <sup>111</sup> (b.) et l'accord sur l'exécution <sup>112</sup> (c.).

*b. L'instruction proprement dite*

L'instruction est une manifestation de volonté unilatérale sujette à réception <sup>113</sup>, par laquelle le mandant indique au mandataire comment exécuter le service promis <sup>114</sup>. Selon l'art.397 al.1 CO, l'instruction est en principe contraignante <sup>115</sup>. Le mandataire doit

---

<sup>110</sup> En ce sens TERCIER, contrats spéciaux, n°4024; WERRO, mandat, n°523ss.

<sup>111</sup> TERCIER, contrats spéciaux, n°4026ss; WERRO, mandat, n°527ss.

<sup>112</sup> TERCIER, contrats spéciaux, n°4032s.; WERRO, mandat, n°532ss.

<sup>113</sup> Notamment FELLMANN, n.20 ad 397 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.90; TERCIER, contrats spéciaux, n°4026.

<sup>114</sup> TERCIER, contrats spéciaux, n°4026.

<sup>115</sup> Notamment TERCIER, contrats spéciaux, n°4027; WERRO, mandat, n°527ss.

donc déployer son activité en respectant les instructions données par son mandant <sup>116</sup>, tant et aussi longtemps que le contrat n'a pas été résilié. Il ne peut s'en écarter, sauf circonstances particulières: il y a situation d'urgence (1.), ou l'instruction est inappropriée (2.), ou elle est illicite ou contraire à l'ordre public ou aux moeurs (3.), ou encore elle contrevient au contrat (4.):

### 1. *Situation d'urgence*

Il est parfois nécessaire que le mandataire s'écarte de son propre chef des instructions précédemment reçues du mandant, afin de sauvegarder les intérêts de ce dernier. Il a alors le droit, et même le devoir, d'agir même sans instructions. En vertu de l'art.397 al.1 CO, le directeur des travaux est autorisé à agir lorsque plusieurs conditions sont cumulativement réunies <sup>117</sup>: a) la situation qui se présente diffère des pronostics et n'a pas été envisagée par les parties, b) les circonstances ne permettent pas au directeur des travaux de requérir de nouvelles instructions du maître, et c) la solution choisie par le directeur des travaux correspond à la volonté hypothétique du maître.

### 2. *Instruction inappropriée*

Il peut arriver que le maître donne à son directeur des travaux des instructions que celui-ci juge inappropriées. Si tel est le cas, ce dernier doit en aviser son cocontractant <sup>118</sup>, sous peine d'engager sa responsabilité. Exemple: En cours de chantier, le maître souhaite opérer une modification de commande, irréalisable en raison des impératifs économiques qu'il a lui-même fixés. En telle occurrence, le

---

<sup>116</sup> Notamment FELLMANN, n.101 ad 397 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.2 ad 397 CO, pour autant qu'il s'agisse bien d'une instruction impérative; TERCIER, contrats spéciaux, n°4023ss.

<sup>117</sup> Notamment FELLMANN, n.128 et 137 ad 397 CO; GAUTSCHI, n.18 b ad 397 CO; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.80, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.92; OSER / SCHÖNENBERGER, n.5 ad 397 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4028; WERRO, mandat, n°523.

<sup>118</sup> Notamment GAUTSCHI, n.18 b ad 397 CO.

directeur des travaux est tenu de rendre le maître attentif au fait que son instruction est irréaliste. S'il reste sans réaction, et obtempère à l'injonction reçue, il engage sa responsabilité <sup>119</sup>.

Cette obligation découle du devoir de diligence. Le mandant qui confie à un mandataire le soin de veiller à ses intérêts agit le plus souvent ainsi parce qu'il ne dispose pas des connaissances nécessaires pour le faire lui-même <sup>120</sup>. Cette constatation est particulièrement vraie en ce qui concerne le domaine de la construction: le maître n'a le plus souvent aucune expérience dans cette branche, et ne peut donner au directeur des travaux des instructions qui sortent manifestement de ses compétences. Dans les faits, il appartient à ce dernier de proposer des solutions, de les expliquer chacune au maître et de susciter de sa part une prise de décision. Si le directeur des travaux considère que les instructions du maître sont inappropriées, il a l'obligation de l'y rendre attentif. Si ce dernier persiste malgré cette mise en garde et subit de ce fait un dommage, le directeur des travaux pourra invoquer la faute du maître lésé (art.44 al.1 CO) et répudier le contrat (art.404 CO).

### *3. Instruction illicite, contraire à l'ordre public ou aux moeurs*

Le directeur des travaux a l'obligation de ne pas suivre une instruction illicite, contraire à l'ordre public ou aux moeurs <sup>121</sup> (art.19 et 20 CO).

### *4. Instruction contraire au contrat*

Lorsque les parties ont défini avec précision le cadre du contrat, le directeur des travaux a le droit de ne pas mettre en oeuvre les

---

<sup>119</sup> Cf. par analogie ATF 108 II 197ss = JT 1982 I 548ss, qui concerne un architecte chargé d'un contrat de projet qui omet de dire au maître qu'il est impossible de construire dans les limites du prix fixé.

<sup>120</sup> Notamment HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.89.

<sup>121</sup> FELLMANN, n.97 ad 397 CO; GAUTSCHI, n.14 a ad 397 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.91; TERCIER, contrats spéciaux, n°4030.

instructions différentes que le maître lui donne ultérieurement <sup>122</sup>. Il ne s'agit alors plus à proprement parler d'une instruction, mais d'un accord sur l'exécution:

*c. L'accord sur l'exécution*

Une manifestation de volonté du mandant n'est pas forcément une instruction telle que définie précédemment: elle peut être une offre faite au mandataire de conclure un nouvel accord portant sur l'exécution du contrat de mandat <sup>123</sup>. Le mandataire n'est alors lié que s'il accepte l'offre du mandant.

*d. Remarque finale*

Dans les domaines où le mandataire est un spécialiste, il faut admettre que le mandant est limité dans son droit de donner des instructions au mandataire <sup>124</sup>. Celui-ci doit pouvoir exercer son activité en toute liberté, que ce soit dans ses choix techniques ou à l'égard des tiers <sup>125</sup>, dans le respect de l'objet du contrat et du but voulu par le maître et accepté par le directeur des travaux.

---

<sup>122</sup> En ce sens TERCIER, contrats spéciaux, n°4031.

<sup>123</sup> GAUTSCHI, n.3a et 7 ad 397 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4032; WERRO, mandat, n°529 et 532ss. Voir également FELLMANN, n.78 ad 397 CO et HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.90.

<sup>124</sup> En ce sens TERCIER, contrats spéciaux, n°4033. Cf. également WERRO, mandat, n°539ss.

<sup>125</sup> L'art.1.5 Règlements SIA 102 et 103 (1984) prévoit d'ailleurs que le mandant ne donnera en principe aucun ordre direct à des tiers, et que s'il le fait néanmoins, il doit en avertir le mandataire. Ces Règlements consacrent en faveur de l'architecte / l'ingénieur le droit exclusif de prendre des mesures avec les tiers.

2. *L'obligation de bonne et fidèle exécution du mandat confié (art.398 al.1 et 2 CO)*

Cette obligation toute générale découle du rapport de confiance existant entre directeur des travaux et maître, qui caractérise le contrat de mandat. Elle présente deux aspects: le devoir de diligence (la "bonne" exécution; a.) et le devoir de fidélité (l'exécution "fidèle"; b. <sup>126</sup>), dont le devoir de discrétion (c. <sup>127</sup>) est une composante:

a. *Le devoir de diligence*

L'art.398 al.1 CO renvoie à l'art.321e CO (responsabilité du travailleur) pour déterminer la mesure de la diligence requise. Celle-ci dépend donc, comme dans le contrat de travail, de l'ensemble des circonstances: on tiendra compte du genre de mandat, du risque professionnel, du temps à disposition, du degré de formation et des connaissances techniques que requiert le mandat confié <sup>128</sup>. La diligence du directeur des travaux professionnel et rémunéré est comparée à celle d'un homme du métier avisé <sup>129</sup>. Le directeur des travaux doit agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation. Le critère est objectif, "ce qui n'exclut nullement qu'il soit adapté aux circonstances du cas" <sup>130</sup>.

Ce renvoi aux dispositions régissant le contrat de travail pour déterminer la mesure de la diligence n'est pas heureux <sup>131</sup>, et certains

---

<sup>126</sup> Cf. *infra*, p.48ss.

<sup>127</sup> Cf. *infra*, p.49s.

<sup>128</sup> Notamment FELLMANN, n.479 et 484 ad 398 CO; GAUTSCHI, n.24 a et ss ad 398 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.2 ad 398 CO; TERCIER, *contrats spéciaux*, n°4015.

<sup>129</sup> Notamment FELLMANN, n.486 ad 398 CO; HOFSTETTER, *Auftrag*, SPR VII/2, p.97, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.115.

<sup>130</sup> Notamment TERCIER, *contrats spéciaux*, n°4015. A ce sujet, cf. également FELLMANN, n.486 ad 398 CO et WERRO, *mandat*, n°881ss.

<sup>131</sup> Pour un exposé des critiques, cf. FELLMANN, n.480 ad 398 CO.

auteurs en nuancent la portée <sup>132</sup>. La critique principale portée à ce renvoi est que le mandataire bénéficie dans l'exécution de son contrat d'une marge de manoeuvre beaucoup plus grande que le travailleur, qui est lié à son cocontractant par un rapport de subordination, et qu'il doit répondre généralement à des exigences professionnelles plus grandes qu'un travailleur <sup>133</sup>, étant donné qu'il constitue habituellement la partie la plus experte du contrat de mandat <sup>134</sup>.

L'obligation de diligence impose au directeur des travaux les obligations d'informer, renseigner, conseiller, surveiller, vérifier, etc. <sup>135</sup>. Quelques exemples:

- Obligation de renseigner et d'informer le maître sur un certain nombre de paramètres [par exemple, sur l'ordre de grandeur des honoraires <sup>136</sup>, les dispositions légales et réglementaires applicables, le choix des matériaux et des installations techniques, le parti pris esthétique, les incidences des modifications de commande en cours de chantier sur le coût de la construction, etc.; art.1.4.4 Règlements SIA 102 et 103 (1984)].
- Obligation de rendre le maître attentif aux dérogations à la loi contenues dans les contrats signés avec les différents corps de métier.
- Obligation de conseiller le maître [art.1.4.4 Règlements SIA 102 et 103 (1984) notamment], par exemple en le rendant attentif à l'utilité - ou même la nécessité - de conclure une assurance en

---

<sup>132</sup> Notamment TERCIER, contrats spéciaux, n°4014; GUHL / MERZ / DRUEY, p.497.

<sup>133</sup> En ce sens GAUTSCHI, n.24 a et ss ad 398 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4014 in fine.

<sup>134</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°436.

<sup>135</sup> Selon WERRO, mandat, n°509, qui avoue soutenir une opinion minoritaire, à laquelle nous adhérons.

<sup>136</sup> Cf. Tribunal cantonal, Neuchâtel, 08.10.1973, RJN 6 I 23ss.

responsabilité civile pour se prémunir contre les prétentions en dommages-intérêts de tiers <sup>137</sup> .

- Obligation d'informer le maître au cas où un dépassement des coûts est prévisible, quelque soit son origine; obligation d'informer le maître en matière économique <sup>138</sup> .
- Obligation de rendre le maître attentif aux conséquences financières des modifications qu'il souhaite apporter à la construction <sup>139</sup> .

#### *b. Le devoir de fidélité*

Le devoir de fidélité impose au directeur des travaux un devoir d'honnêteté et de désintéressement <sup>140</sup> . Il le contraint à agir en toutes circonstances dans l'intérêt présumé du maître <sup>141</sup> [art.1.4.1 Règlements SIA 102 et 103 (1984)], et à faire passer cet intérêt avant le sien <sup>142</sup> . Le devoir de fidélité impose au directeur des travaux toute une série d'obligations. Quelques exemples:

- Obligation d'éviter la confusion et le conflit d'intérêts, soit obligation de refuser les mandats qui pourraient empêcher une bonne et fidèle exécution du mandat initial.

---

<sup>137</sup> ATF 111 II 74 c.3 d = JT 1985 I 589s. (rés.) = Pra 1985, nr.179 = BR/DC 1986/3, p.61, n°83 et p.70, n°100 = SCHAUMANN, n°45.

<sup>138</sup> WERRO, BR/DC 1994/4, p.106s., n°215, qui commente l'ATF 119 II 456 concernant le mandat du médecin.

<sup>139</sup> Cf. notamment Tribunal cantonal, Fribourg, 14.03.1969, Extraits 1969, p.73 c.7 d = SCHAUMANN, n°75.

<sup>140</sup> WERRO, mandat, n°505.

<sup>141</sup> FELLMANN, n.25 ad 398 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.4 et 5 ad 398 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4037.

<sup>142</sup> FELLMANN, n.25 ad 398 CO; GAUTSCHI, n.3b ad 398 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.36; OSER / SCHÖNENBERGER, n.4 ad 398 CO.

- Interdiction de bénéficier personnellement des remises ou autres avantages concédés lors des opérations conclues pour le compte du maître.
- Interdiction d'accepter des pots-de-vin.
- Obligation d'utiliser ses pouvoirs conformément au but du mandat, sans détournement de pouvoir <sup>143</sup> .
- Obligation de communiquer aux tiers qu'il agit en qualité de représentant et de révéler l'identité de la personne représentée <sup>144</sup> .
- Obligation de n'accepter que les mandats dont les exigences n'excèdent pas ses compétences.
- Obligation d'éviter l'engagement de frais inutiles <sup>145</sup> .
- Obligation de s'écarter des instructions reçues si celles-ci se révèlent inadéquates.
- Au surplus, le devoir de fidélité contraint le directeur des travaux à remplir, face aux corps de métier, les obligations et incombances à charge du maître aux termes du contrat d'entreprise que celui-ci a conclu avec les entrepreneurs, et d'exercer, en se fondant au besoin sur une procuration spéciale, les droits du maître fondés sur ce même contrat.

c. *Le devoir de discrétion*

Le devoir de discrétion est une composante du devoir plus général de fidélité prévu à l'art.398 al.2 CO. Il impose au directeur

---

<sup>143</sup> WERRO, mandat, n°505.

<sup>144</sup> WERRO, mandat, n°505.

<sup>145</sup> Notamment GUHL / MERZ / DRUEY, p.496.

des travaux l'obligation de ne pas porter à la connaissance de tiers des informations touchant le maître qu'il a apprises à l'occasion de l'exécution du mandat confié, et de faire en sorte que de tierces personnes ne puissent sans autorisation avoir connaissance de ces données <sup>146</sup> [cf. également art.1.4.2 Règlements SIA 102 et 103 (1984)], qu'il les ait apprises du maître lui-même ou de tiers. Exemple: Le directeur des travaux doit s'abstenir de porter à la connaissance de tiers les plans d'un établissement bancaire dont il a dirigé le chantier.

Parfois, le directeur des travaux peut être délié du secret. C'est le cas lorsque le maître l'y autorise expressément ou tacitement <sup>147</sup>. En l'absence d'autorisation du maître, la question de savoir si l'intérêt du directeur des travaux peut primer celui du maître et l'emporter sur son devoir de discrétion est controversée <sup>148</sup>. Exemple: Le directeur des travaux a la possibilité de faire paraître dans une revue spécialisée les photographies, accompagnées de commentaires, d'un chantier pour lequel une technique de construction bien particulière a été choisie <sup>149</sup> [art.1.11 Règlements SIA 102 et 103 (1984)].

A noter que le directeur des travaux n'est pas tenu au secret professionnel de l'art.321 CP. En conséquence, la violation éventuelle du devoir de discrétion n'entraîne pour lui que des suites civiles, à l'exclusion de suites pénales fondées sur l'art.321 CP. Il bénéficie ainsi, en tant que mandataire, d'un régime de faveur par rapport à un médecin ou à un avocat par exemple.

---

<sup>146</sup> FELLMANN, n.40ss ad 398 CO; GAUTSCHI, n.13 a et ss ad 398 CO; GUHL / MERZ / DRUEY, p.497; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.86, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.96ss; TERCIER, contrats spéciaux, n°4045ss.

<sup>147</sup> Notamment TERCIER, contrats spéciaux, n°4048.

<sup>148</sup> Cf. HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.97; TERCIER, contrats spéciaux, n°4048.

<sup>149</sup> Au sujet de la publication d'un projet dans une revue d'architecture, cf. ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°321.

### 3. *L'obligation d'exécuter personnellement le mandat confié (art.398 al.3 CO)*

Aux termes de l'art.398 al.3 CO, et contrairement à la règle générale de l'art.68 CO, le directeur des travaux a l'obligation d'exécuter personnellement le mandat qui lui a été confié. Ce principe n'exclut pas que le directeur des travaux puisse recourir aux services d'auxiliaires au sens de l'art.101 CO, par exemple un architecte ou un ingénieur employé dans son atelier <sup>150</sup>. Autre est la question de la substitution, qui fait l'objet d'un examen approfondi dans un chapitre particulier <sup>151</sup>; la substitution, soit la transmission du mandat à un autre mandataire, n'est autorisée que si le maître y consent, ou si le directeur des travaux y est contraint par les circonstances (art.398 al.3 CO). Exemple de substitution: avec l'accord du maître, le directeur des travaux fait appel à un spécialiste pour la pose du revêtement mural extérieur, qui nécessite des connaissances particulières. A noter qu'il n'existe dans le domaine de la construction aucun usage qui autoriserait le directeur des travaux à transférer à un tiers indépendant l'exécution du mandat qui lui a été confié <sup>152</sup>.

### 4. *L'obligation de rendre compte (art.400 al.1 CO)*

A la demande du maître - précise l'art.400 CO -, le directeur des travaux est tenu de lui indiquer les prestations qu'il a déjà accomplies dans le but d'exécuter le mandat. Cette obligation existe tout au long de l'exécution du mandat; elle porte sur tous les faits entourant son exécution <sup>153</sup>. Cette obligation de rendre compte permet au maître,

---

<sup>150</sup> Sur la responsabilité du directeur des travaux pour les actes d'un auxiliaire, cf. infra, p.136ss.

<sup>151</sup> Sur la responsabilité du directeur des travaux en cas de substitution de mandat, cf. infra, p.149ss.

<sup>152</sup> Cf. infra, p.145.

<sup>153</sup> von BÜREN, BT, p.132s.; FELLMANN, n.19 ad 400 CO; GAUTSCHI, n.23 a ad 400 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.2 ad 400 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4049ss. Cf. également WERRO, mandat, n°512ss.

notamment, de connaître l'avancement de ses affaires et de donner ses instructions à temps <sup>154</sup>. Elle permet aussi au directeur des travaux de justifier par la suite son décompte d'honoraires et frais, puisqu'il informe régulièrement le maître des prestations qu'il fournit. Pour ABRAVANEL <sup>155</sup>, les personnes exerçant une profession libérale doivent, malgré la lettre de l'art.400 CO, observer spontanément ce devoir de rendre compte, et ce en vertu du devoir impératif d'informer qui incombe à tout mandataire.

## 5. *L'obligation de restituer (art.400 al.1 CO)*

### a. *Généralités*

Le directeur des travaux doit en principe restituer au maître tout ce qu'il a acquis dans le cadre de l'exécution de son contrat <sup>156</sup> (espèces, valeurs, rapports et procès-verbaux de chantier ou de régie, expertises, correspondance, etc.), qu'il l'ait reçu du maître lui-même ou de tiers pour le compte de son cocontractant, ainsi que tout ce qu'il a créé pour le maître (esquisses, dessins, plans, comptes, soumissions, offres, correspondance, quittances, procuration, etc.) <sup>157</sup>. Il peut garder copie des actes qu'il doit rendre au maître, et qui lui permettront éventuellement de prouver qu'il a agi avec diligence <sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> FELLMANN, n.19 ad 400 CO; GAUTSCHI, n.22 d ad 400 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.2 ad 400 CO.

<sup>155</sup> ABRAVANEL, devoirs généraux, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°324. Contra: TERCIER, *contrats spéciaux*, n°4050. Cf. également GAUTSCHI, n.23 c ad 400 CO.

<sup>156</sup> von BÜREN, BT, p.132s.; FELLMANN, n.10 et 115 ad 400 CO; GAUTSCHI, n.3a ad 400 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.6 et 7 ad 400 CO; TERCIER, *contrats spéciaux*, n°4054ss, spécialement n°4056; WERRO, *mandat*, n°516ss, spécialement n°517.

<sup>157</sup> FELLMANN, n.116 ad 400 CO et les réf. citées.

<sup>158</sup> HOFSTETTER, *Auftrag*, SPR VII/2, p.93, ainsi que *mandat*, DPS VII/II/1, p.109.

Le directeur des travaux peut par contre conserver ses documents personnels ou préparatoires, ses calques, sa comptabilité <sup>159</sup>. Si le Règlement SIA 102 (1984) ou 103 (1984) a été valablement intégré au contrat, le directeur des travaux peut garder en sa propriété les originaux du projet [art.1.10.1 Règlements SIA 102 et 103 (1984)], s'il en est lui-même l'auteur, sur lesquels il jouit de droits d'auteur.

Si le directeur des travaux doit de l'argent et qu'il est en retard dans son versement, il doit en plus des intérêts sur la somme (art.400 al.2 CO). Ces intérêts sont dûs indépendamment de toute faute <sup>160</sup>; aucune mise en demeure formelle n'est nécessaire <sup>161</sup>.

Le directeur des travaux qui a reçu des provisions excédant ses honoraires doit restituer le trop perçu. Selon le Tribunal fédéral <sup>162</sup>, la créance du maître en restitution se fonde sur les art.62ss CO, et se prescrit par un an.

#### *b. Le sort des rabais, commissions et cadeaux usuels*

Cette obligation de restituer oblige le directeur des travaux à reverser au maître les rabais consentis et les commissions accordées par les entrepreneurs ou fournisseurs <sup>163</sup>. Ces sommes ne peuvent en effet être empochées par le directeur des travaux au détriment du maître, qui doit en être le seul bénéficiaire <sup>164</sup>. Les articles 1.4.2

---

<sup>159</sup> ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°325.

<sup>160</sup> Notamment OSER / SCHÖNENBERGER, n.10 ad 400 CO.

<sup>161</sup> FELLMANN, n.166 ad 400 CO; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.94, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.110; OSER / SCHÖNENBERGER, n.10 ad 400 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4058. Contra: GAUTSCHI, n.46c ad 400 CO.

<sup>162</sup> ATF I 07 II 220ss = JT 1982 I 598ss, où le Tribunal fédéral a jugé que la prétention en remboursement du prix de l'ouvrage payé en trop découle non pas du contrat d'entreprise, mais des art.62ss CO. Voir le commentaire de cet arrêt par GAUCH in BR/DC 1982/3, p.58, n°53.

<sup>163</sup> Notamment FELLMANN, n.128 ad 400 CO.

<sup>164</sup> ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°317; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.94, ainsi que

Règlements SIA 102 et 103 (1984) rappellent d'ailleurs que l'architecte / l'ingénieur ne doit accepter aucun avantage personnel de tiers, tels qu'entrepreneurs ou fournisseurs. Le maître peut exiger le remboursement de ces sommes indûment encaissées par son mandataire sur la base de l'art.400 al.1 CO. Il possède également envers ce directeur des travaux indélicat un juste motif de résiliation. Les rabais sur commandes groupées doivent être ventilés entre les différents mandants concernés <sup>165</sup>.

Les cadeaux usuels - par exemple les présents de fin d'année, si courants - offerts au directeur des travaux par ses partenaires contractuels habituels ne sont pas soumis à l'obligation de restituer <sup>166</sup>, car le mandataire ne les a pas reçus à l'occasion de l'exécution d'un mandat précis. Les articles 1.4.2 Règlements SIA 102 et 103 (1984) préconisent toutefois de ne pas les accepter.

Le directeur des travaux est tenu de refuser des pots-de-vin <sup>167</sup>. Si le maître vient à apprendre que son cocontractant en a accepté, il est fondé à en demander le versement sur la base de l'art.400 al.1 CO <sup>168</sup>.

### *c. Le droit de rétention du directeur des travaux*

Il peut arriver que le maître refuse de verser au directeur des travaux les honoraires réclamés. En telle occurrence, ce dernier peut s'opposer à l'obligation de restitution qui lui incombe et exercer sur les

---

mandat, DPS VII/II/1, p.109; voir aussi OSER / SCHÖNENBERGER, n.7 ad 400 CO.

<sup>165</sup> ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°318; FELLMANN, n.131 ad 400 CO; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.94, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.109.

<sup>166</sup> FELLMANN, n.127 ad 400 CO; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.94, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.110; voir aussi ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°317, qui préconise, sauf exception, le refus de tout cadeau de fin d'année.

<sup>167</sup> FELLMANN, n.132 ad 400 CO; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.93, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.109.

<sup>168</sup> FELLMANN, n.132 ad 400 CO et les réf. citées.

documents ou valeurs en sa possession un droit de rétention pour ses propres prétentions. Comme tel, ce droit de rétention est de caractère personnel. Doctrine <sup>169</sup> et jurisprudence <sup>170</sup> admettent en effet qu'une partie puisse refuser sa prestation tant que la contreprestation issue du même contrat ne lui est pas assurée (cf. art.82 CO pour les contrats bilatéraux).

Un droit de rétention fondé sur l'art.895 al.1 CC est théoriquement envisageable, mais seulement s'agissant des objets mobiliers ou papiers-valeurs du maître qui se trouvent en possession du directeur des travaux par la volonté du maître, pour autant qu'ils aient une valeur déterminable <sup>171</sup>. Ce droit de rétention de nature réelle ne peut donc s'exercer sur les documents établis par le directeur des travaux (rapports de chantier et de régie, dessins, correspondance, etc.), dans la mesure où ils ne se trouvent pas en possession de ce dernier par la volonté du maître et n'ont pas de valeur déterminable.

#### 6. *L'obligation de transférer les droits acquis (art.401 CO)*

Lorsque le directeur des travaux agit comme représentant direct (art.32 CO), soit au nom et pour le compte du maître, celui-ci devient immédiatement titulaire des droits ainsi acquis. Aucune obligation de transfert n'incombe alors au directeur des travaux.

---

<sup>169</sup> Notamment ENGEL, p.442; FELLMANN, n.186ss ad 400 CO; GAUTSCHI, n.18 a et b ad 400 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.16 ad 401 CO.

<sup>170</sup> ATF 94 II 263ss, spécialement 267 in fine = JT 1970 I 43. S'agissant du droit de rétention personnel portant sur les plans, devis et autres actes, cf. Tribunal cantonal, Berne, 22.12.1943, p.268ss, spécialement 269ss, c.3 = SCHAUMANN, n°166.

<sup>171</sup> BUCHER, BT, p.231; FELLMANN, n.175 et 181ss ad 400 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4057 et 4128; WERRO, mandat, n°520 et 773s.

Par contre, lorsque le directeur des travaux agit en qualité de représentant indirect (art.32 al.3 CO) <sup>172</sup>, c'est-à-dire pour le compte du maître, mais en son nom personnel, il devient personnellement titulaire des droits acquis. En telle occurrence, il devient débiteur de l'obligation de les transférer au maître, en vertu de l'art.401 CO <sup>173</sup>.

L'art.401 CO est une norme particulière qui déroge aux règles de la représentation indirecte, puisqu'il prévoit en faveur de tout mandant une subrogation légale sur les créances et objets mobiliers acquis par le mandataire dans l'exécution du mandat <sup>174</sup>.

## B. L'OBLIGATION D'ORDONNER LES MESURES DE SECURITE NECESSAIRES SUR LE CHANTIER ET DE VEILLER A CE QU'ELLES SOIENT RESPECTEES

Cette obligation à charge du directeur des travaux de construction soulève la délicate question de savoir quelles exigences peuvent être posées pour assurer la sécurité d'un chantier.

### 1. *Le rôle des prescriptions administratives*

Il existe un grand nombre de prescriptions administratives, fédérales et cantonales, touchant la prévention des accidents professionnels. Exemples: l'ordonnance concernant la prévention des accidents dans les travaux de construction (RS 832.311.141), l'ordonnance concernant la prévention des accidents dans les travaux de toiture et les travaux exécutés sur les toits (RS 832.311.15).

La violation de ces dispositions constitue-elle ipso facto une violation des règles de l'art de construire au sens du droit civil et du

---

<sup>172</sup> Dans le cadre du contrat de direction de chantier, les cas de représentation indirecte sont théoriques. Aussi l'article 401 CO n'a-t-il qu'une portée pratique extrêmement limitée.

<sup>173</sup> A ce sujet, cf. notamment FELLMANN, n.10 ad 401 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.1 ad 401 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4060ss.

<sup>174</sup> Pour un aperçu, cf. TERCIER, contrats spéciaux, n°4061ss et les références doctrinales citées. Cf. en outre FELLMANN, n.10 ad 401 CO; KNOEPFLER / GUINAND, FJS n°328, p.4.

droit pénal ? La réponse à cette question doit être nuancée. Le juge civil reste libre d'apprécier selon les principes généraux du droit si les mesures de sécurité ont été adéquates; il n'est pas lié par les dispositions de droit administratif<sup>175</sup>, quand bien même ces dispositions constituent un guide précieux<sup>176</sup>. Le directeur des travaux ne saurait donc se libérer en prouvant seulement qu'il a observé toutes les règles prescrites par le droit administratif.

## 2. *Le rôle des textes à caractère professionnel*

Le juge civil n'est en principe pas lié par les recommandations relatives aux mesures de sécurité émanant des associations professionnelles<sup>177</sup>. Il en résulte que:

- leur non-observation ne constitue pas ipso facto une violation contractuelle. Le juge pourra toutefois s'inspirer de telles recommandations professionnelles pour admettre que leur non-observation, dans telles circonstances, constitue une violation contractuelle, voire un acte illicite, de la part du directeur des travaux.
- leur respect n'équivaut pas forcément à une exécution parfaite du contrat: le juge pourra retenir une éventuelle responsabilité même si les prescriptions ou recommandations sont respectées<sup>178</sup>.

## 3. *La création d'un état de fait dangereux*

Un devoir de sécurité et de protection incombe à quiconque crée concrètement un état de fait dangereux pour autrui: les mesures nécessaires doivent être prises pour éviter la survenance d'un

<sup>175</sup> Cf. à ce sujet KELLER, I, p.186; DESCHENAUX / TERCIER, p.127, § 12, ch.4.2, n°47; OFTINGER, II/1, 1960, p.46.

<sup>176</sup> ATF 91 II 208 c.3 d = JT 1966 I 86 c.3 d.

<sup>177</sup> Par exemple les articles 4.4.4 Règlement SIA 102 (1984) et 4.1.8 Règlement SIA 103 (1984).

<sup>178</sup> GEISSELER, BR/DC 1986/2, p.28, I.1.A.

dommage <sup>179</sup>. Un chantier est manifestement un endroit propice aux accidents. Le maître de l'ouvrage ou son directeur des travaux, ainsi que tous les corps de métier, sont donc tenus de prendre les mesures nécessaires pour éviter qu'un quelconque dommage ne se produise. S'ils ne le font pas, ils violent leur devoir général de diligence et une faute peut leur être imputée.

#### 4. *Les mesures de sécurité adéquates*

Au vu des remarques qui précèdent, quelle(s) exigence(s) doit donc remplir une mesure de sécurité "adéquate" ? Il faut déterminer de cas en cas quelle(s) mesure(s) une personne diligente placée dans la même situation prendrait; on tiendra compte, notamment, de la gravité du danger encouru, des techniques connues pour écarter le danger et des conséquences financières des mesures de sécurité. Exemple: A été considérée comme une mesure de sécurité suffisante une palissade clôturant un fonds <sup>180</sup>.

Cette dernière affirmation ne signifie pas que la mesure de la sécurité se détermine d'après le coût des travaux. Les règles de sécurité doivent en effet être respectées aussi bien sur un chantier modeste que sur le chantier d'un bâtiment supposant d'importants moyens financiers. La responsabilité fondée sur l'obligation de prendre les mesures de sécurité adéquates ne dépend donc pas de l'importance financière du chantier <sup>181</sup>.

Lorsqu'un chantier n'est pas situé sur un terrain ouvert au public, des mesures de protection de tiers contre les dangers inhérents à un bâtiment en construction, comme la pose de barrières, de chaînes, de panneaux "défense de passer", etc., ne sont pas nécessaires, car "là où

---

<sup>179</sup> Notamment DESCHENAUX / TERCIER, p.75, § 6, ch.3, n°46ss. Cf. également ATF 90 IV 250 c.1 b et les réf. = JT 1965 IV 82 c.1 b; ATF 87 II 188 c.3; Tribunal cantonal, Bâle-ville, RSJ 1954, p.114ss.

<sup>180</sup> ATF 77 II 312 c.2 et 3 = JT 1952 I 307 c.2 et 3.

<sup>181</sup> ATF 109 IV 18 c.2b = JT 1984 IV 14 c.2b = BR/DC 1983/4, p.76, n°68.

le public n'a pas de raison légitime de s'introduire, il est superflu de mettre des interdictions" <sup>182</sup> .

Cette obligation est ainsi plus ou moins étendue selon les circonstances. Elle ne comprend pas celle de faire accompagner chaque ouvrier spécialisé par une personne compétente chargée de surveiller si les mesures de précaution relevant de l'exercice de son activité sont observées <sup>183</sup> . On ne peut pas reprocher à un directeur des travaux qui dirige simultanément plusieurs chantiers et qui délègue son obligation de surveillance de l'un d'entre eux à un auxiliaire expérimenté de ne pas remplir sa tâche personnellement <sup>184</sup> .

### 5. *Le rôle du directeur des travaux*

Le directeur des travaux a le devoir de donner des instructions relatives aux mesures de sécurité à prendre à toute personne travaillant sur le chantier, à quelque titre que ce soit. De par sa position, le directeur des travaux encourt une responsabilité accrue; c'est lui qui doit envisager l'ensemble des problèmes liés à la construction. Face au maître de l'ouvrage, cette obligation à charge du directeur des travaux découle du devoir de diligence qui lui incombe en vertu du contrat de mandat.

Il peut arriver que les personnes travaillant sur un chantier se mettent d'accord pour qu'une seule d'entre elles prenne en charge les problèmes de sécurité. Par exemple, le directeur des travaux et l'entrepreneur conviennent que les mesures de sécurité seront ordonnées par l'entrepreneur seulement. Un tel accord interne n'a en principe pas d'influence directe sur la responsabilité du directeur des travaux à l'égard de tiers <sup>185</sup>; dans les rapports externes, cet accord est une "res inter alios acta". En revanche, un tel accord peut avoir une certaine importance dans les rapports internes entre débiteurs.

---

<sup>182</sup> ATF 63 II 207 c.2 = JT 1937 I 410 c.2.

<sup>183</sup> ATF 117 IV 135 c.2d.

<sup>184</sup> ATF 104 IV 96ss = JT 1979 IV 138ss = BR/DC 1980/3, p.49, n°41.

<sup>185</sup> TERCIER, responsabilité civile, JDC 1989, p.28s.

## 6. *L'art.229 CP*

Le directeur des travaux qui, ayant enfreint intentionnellement ou par négligence les règles de l'art, aura mis en danger la vie ou l'intégrité physique d'une personne <sup>186</sup>, est pénalement punissable. Sans s'arrêter aux détails de la responsabilité pénale du directeur des travaux, qui n'entre pas dans le sujet de ce travail <sup>187</sup>, rappelons brièvement les quelques principes suivants:

L'art.229 al.1 CP punit celui qui "intentionnellement, aura enfreint les règles de l'art en dirigeant ou en exécutant une construction ou une démolition et aura par là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes". Sont punies les violations des règles de l'art de construire commises intentionnellement (art.229 al.1 CP) ou par négligence (art.229 al.2 CP).

Sont potentiellement visées toutes les personnes qui dirigent ou exécutent une construction, et pas seulement les personnes qui créent un état de chose dangereux <sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> Cf. ATF 119 II 129 c.3 = JT 1994 I 301 c.3; ATF 117 II 269s. c.3 = JT 1992 I 568 c.3 = BR/DC 1992/4, p.99s., n°166.

<sup>187</sup> Le lecteur est renvoyé aux ouvrages généraux consacrés à ce sujet, notamment STRATENWERTH Günter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 3ème édition, Berne 1984, p.120ss; BENDEL Felix, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde, thèse Genève, Winterthur 1960. Voir également HURTADO POZO José, Les prescriptions du droit pénal sur la construction, JDC II, Fribourg 1987, p.2ss, ainsi que RPS 1988, p.249-287; REBER Hans J., Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt, und Bauingenieur, 4ème édition, Zurich 1983, p.226ss; RICKLIN Franz, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, 3ème édition, Fribourg 1995, p.513ss, n°1776ss, ainsi que Zum Straftatbestand des Art.229 StGB (Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde), in BR/DC 1985/3, p.44ss.

<sup>188</sup> Notamment ATF 109 IV 17 c.2a = JT 1984 IV 13 c.2a = BR/DC 1983/4, p.76, n°68.

Certes, l'obligation d'ordonner les mesures de sécurité nécessaires sur le chantier à son personnel et de veiller à ce qu'elles soient respectées incombe déjà à tout entrepreneur travaillant sur le chantier <sup>189</sup>. Cela ne dispense toutefois pas le directeur des travaux d'une obligation similaire <sup>190</sup>. Ce dernier ne peut donc pas compter aveuglément sur le fait que l'entrepreneur donne préalablement des instructions touchant la sécurité à ses employés pour s'abstenir d'en donner à son tour et de veiller à ce qu'elles soient respectées.

---

<sup>189</sup> ATF 117 IV 130ss; ATF 109 IV 17 c.2a = JT 1984 IV 13 c.2a = BR/DC 1983/4, p.76, n°68.

<sup>190</sup> ATF 104 IV 102 c.4 = JT 1979 IV 141 c.4 = BR/DC 1980/3, p.49, n°41.

## TITRE DEUXIEME

### LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTRAT DE DIRECTION DES TRAVAUX

L'architecte ou l'ingénieur chargé de la direction d'un chantier tient des rôles multiples<sup>1</sup>. En qualité de directeur des travaux, il dirige le chantier et donne des instructions aux divers corps de métier. En tant que coordinateur, il établit le calendrier de l'exécution et veille à ce que les délais soient tenus. En qualité de surveillant, il contrôle les matériaux et fournitures, prend garde à ce que le devis soit respecté, réceptionne et examine l'ouvrage au nom du maître, avise l'entrepreneur concerné d'un défaut éventuel. Il a également le rôle de comptable, en tenant à jour la comptabilité de chantier, en vérifiant les factures des entrepreneurs, en établissant le décompte final. La qualification juridique du contrat englobant ces diverses prestations n'a jamais fait l'objet de la moindre contestation: doctrine<sup>2</sup> et jurisprudence<sup>3</sup> unanimes qualifient ce contrat de mandat.

Les motifs qui conduisent à appliquer les règles du contrat de mandat sont les suivants: même s'il joue un rôle central sur le

---

<sup>1</sup> Cf. supra, p.12ss.

<sup>2</sup> Notamment ABRAVANEL, qualification, in *Le droit de l'architecte*, 1989, n°98, ainsi que nouveau règlement SIA n°102 et qualification, JT 1984 I 462ss; DESSEMONTET, contrat d'architecte, p.509, ainsi que contrats de service, RDS 1987 II p.124ss; FELLMANN, n.181 ad 394 CO; GAUCH, *Architekturvertrag*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°36ss; GAUTSCHI, *Berner Kommentar*, 3ème édition, 1971, n.43a ad 394 CO; MERZ, *Qualifikation*, p.210; PEDRAZZINI, SPR VII/1, p.506; PERRIN, contrat d'architecte, p.11ss; SCHLUEP, SPR VII/2, p.905s.; SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°391ss; TERCIER, *direction des travaux*, JDC 1985, p.13s., ainsi que contrats spéciaux, n°4179 et 4188; ZEHNDER, n°16.

<sup>3</sup> Arrêts fédéraux topiques: ATF 63 II 176ss = JT 1937, p.579ss (LOOSER-KÜNG); ATF 98 II 305ss = JT 1973 I 536ss (SAUTER); SJ 1978, p.385ss (DISCH); ATF 109 II 462ss = JT 1984 I 210ss (DÜSSEL).

chantier, le directeur des travaux ne réalise pas lui-même l'ouvrage. Comme tout mandataire, il s'oblige à rendre les services promis, à déployer une activité en vue d'un résultat - la construction - qu'il ne garantit pas. Ce sont les divers corps de métier engagés par le maître qui s'obligent à livrer un ouvrage sans défaut.

En conséquence, les articles 394ss CO sont applicables dans les cas où l'architecte ou l'ingénieur s'oblige à fournir les prestations qui viennent d'être mentionnées, qu'il soit partie à un contrat de direction de chantier ou à un contrat global <sup>4</sup>.

Pour mémoire, rappelons brièvement que selon le Tribunal fédéral <sup>5</sup>, le contrat de projet <sup>6</sup> doit être soumis aux règles du contrat d'entreprise et le contrat global, qualifié de contrat mixte, doit être soumis tantôt aux règles du contrat d'entreprise, tantôt à celles du contrat de mandat. Cette jurisprudence a suscité de nombreuses critiques <sup>7</sup>. Après plusieurs années de polémique, les adversaires campent aujourd'hui sur leurs positions. Le chapitre n'est toutefois pas clos, même si le sujet semble n'être plus vraiment d'actualité.

Sans vouloir ranimer la discussion, nous sommes d'avis qu'une qualification unitaire du contrat d'architecte s'impose. Ce contrat devrait être soumis sans réserve aux règles du mandat, qu'il s'agisse d'un contrat de projet, de direction de chantier, ou d'un contrat global. Un architecte met ses capacités au service du maître et promet avant tout une activité, et non pas un résultat, quant bien même son activité intellectuelle, au stade du projet, est matérialisée dans des plans.

---

<sup>4</sup> Contrat par lequel le maître confie à une personne le soin de réaliser les plans, établir le devis, demander les autorisations administratives nécessaires, faire les soumissions aux entrepreneurs, coordonner, surveiller et diriger le chantier.

<sup>5</sup> Jurisprudence inaugurée par l'arrêt DÜSSEL (ATF 109 II 462ss = JT 1984 I 210ss), et confirmée depuis, par exemple in ATF 114 II 55ss.

<sup>6</sup> Contrat par lequel le maître confie à une personne le soin de réaliser les plans, établir le devis, demander les autorisations administratives nécessaires, faire les soumissions aux entrepreneurs.

<sup>7</sup> Pour un résumé des opinions exprimées par la doctrine, cf. FELLMANN, n.179ss ad 394 CO.

Il faut d'ailleurs relever que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la qualification du contrat d'architecte n'est pas exempte de contradictions. Un exemple nous est offert par la qualification donnée à la prestation consistant en l'établissement d'un devis, que notre Haute Cour a soumise successivement aux règles du contrat d'entreprise, puis à celles du contrat de mandat:

Dans le célèbre arrêt DÜSSEL<sup>8</sup>, le Tribunal fédéral avait expressément soutenu que des prestations telles que le dessin de plans d'exécution et l'établissement d'un devis, adjugées isolément à l'architecte, relevaient intégralement du contrat d'entreprise. Sur ce point bien précis, l'opinion des juges fédéraux a été approuvée par GAUCH<sup>9</sup> et ZEHNDER<sup>10</sup> notamment.

Dans un arrêt plus récent<sup>11</sup>, le Tribunal fédéral, saisi d'une affaire portant sur un contrat global, a jugé que la responsabilité de

---

<sup>8</sup> ATF 109 II 465 c.3c = JT 1984 I 213 c.3c.

<sup>9</sup> S'agissant de la qualification juridique du contrat d'architecte global, GAUCH est opposé au système de la coupure: prônant une qualification unitaire de cette relation contractuelle, il préconise l'application des règles du contrat de mandat. C'est la raison pour laquelle il est d'avis qu'il convient d'appliquer, à l'architecte qui établit un devis inexact dans l'exécution d'un contrat d'architecte global, l'article 398 CO, puisqu'il viole alors son obligation contractuelle d'informer son cocontractant sur les coûts de construction prévisibles (cf. GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.81, point 2). Par contre, GAUCH approuve l'opinion des juges fédéraux s'agissant de l'application des règles du contrat d'entreprise à l'établissement d'un devis à titre onéreux, dans le cadre d'un contrat de projet (Cf. GAUCH, Requalifizierung, BR/DC 1984/3, p.50, III.4., ainsi que Architekturvertrag, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°32).

<sup>10</sup> ZEHNDER, n°15 et 137: cet auteur est d'avis que les règles du contrat d'entreprise relatives à la responsabilité en cas de défaut de l'ouvrage sont applicables aux plans et aux devis de l'architecte, pour autant qu'il s'agisse bien d'un contrat de projet, et non d'un contrat global. S'agissant de ce dernier, ZEHNDER suit l'avis exprimé par GAUCH et s'oppose au principe de la coupure: il le soumet exclusivement aux règles du contrat de mandat (n°17ss).

<sup>11</sup> ATF 119 II 249ss = JT 1994 I 303ss = BR/DC 1994/2, p.47ss, n°87-90.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires. Cf. notamment GAUCH, in BR/DC 1994/2, p.47ss, n°87 à 90; HONSELL, in PJA 1993,

l'architecte qui avait établi un devis inexact devait s'apprécier selon les règles du mandat, dès lors que ce dernier avait donné à son cocontractant un faux renseignement. Les considérants parus aux ATF ne contiennent malheureusement aucun développement à ce sujet. Aussi supposons-nous que les juges fédéraux ont décidé de maintenir la jurisprudence issue de l'arrêt DÜSSEL selon laquelle le contrat global est un contrat mixte, mais ont toutefois opéré un revirement partiel en soumettant désormais l'établissement d'un devis aux règles du contrat de mandat, et non plus à celles du contrat d'entreprise. Nous n'osons toutefois aller plus loin, et rejetons l'idée que les juges fédéraux aient décidé de soumettre désormais le contrat global aux règles du mandat exclusivement, conformément à une jurisprudence fédérale antérieure <sup>12</sup> et à la majorité de la doctrine.

Si le Tribunal fédéral avait suivi les principes expressément mentionnés dans l'arrêt DÜSSEL, il aurait qualifié le contrat global de contrat mixte, et appliqué à la responsabilité de l'architecte qui avait établi un devis inexact les règles du contrat d'entreprise <sup>13</sup>. L'établissement d'un devis est en effet une prestation qui incombe généralement à l'architecte chargé d'un contrat de projet [cf. art.4.2.5 et 4.3 Règlement SIA 102 (1984)], lequel, selon l'enseignement de l'arrêt DÜSSEL, doit être soumis aux règles du contrat d'entreprise. Suite à cet arrêt récent <sup>14</sup>, faut-il donc aujourd'hui admettre que l'établissement d'un devis d'architecte est une prestation si atypique

---

p.1260ss; SCHUMACHER, in Recht 1994, p.126ss; WERRO, in BR/DC 1993/4, p.96ss; ZEHNDER, n°373ss.

<sup>12</sup> ATF 98 II 305ss = JT 1973 I 536ss (SAUTER); SJ 1978, p.385ss (DISCH).

<sup>13</sup> Cf. en ce sens GAUCH, dans le commentaire de cet arrêt paru in BR/DC 1994/2, p.47, n°87, remarque n°2 in fine. Cf. également SCHUMACHER, in Recht 1994, p.129.

<sup>14</sup> ATF 119 II 249ss = JT 1994 I 303ss = BR/DC 1994/2, p.47ss, n°87-90.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires. Cf. notamment GAUCH, in BR/DC 1994/2, p.47ss, n°87 à 90; HONSELL, in PJA 1993, p.1260ss; SCHUMACHER, in Recht 1994, p.126ss; WERRO, in BR/DC 1993/4, p.96ss; ZEHNDER, n°373ss.

d'un contrat d'entreprise qu'il convient de lui appliquer les règles du contrat de mandat ? Faut-il en déduire que le contrat de projet doit être lui aussi qualifié de contrat mixte, certaines prestations - comme le dessin de plans - relevant du contrat d'entreprise, d'autres - comme l'établissement d'un devis - relevant du contrat de mandat ? Il ne serait finalement pas inutile que le Tribunal fédéral réexamine la question de la qualification du contrat d'architecte et fasse part du résultat de ses réflexions dans des considérants publiés.

## TITRE TROISIEME

### LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX

#### A. LES REGLES LEGALES

##### 1. *L'article 97 CO*

De par le contrat, la personne chargée de la direction des travaux est tenue de fournir au maître les prestations convenues. La sanction en cas de violation d'une obligation contractuelle est prévue par la loi, et notamment par l'art.97 al.1 CO. Aux termes de cette disposition, "lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable". Est visée la responsabilité du débiteur pour son propre fait, et non pour le fait d'un tiers.

La doctrine majoritaire<sup>1</sup> et le Tribunal fédéral étendent l'application des art.97ss à tous les cas où le créancier subit un préjudice résultant de la violation fautive du contrat commise par le débiteur, y compris les cas de violations positives du contrat, quand une partie lèse l'autre par la manière défectueuse d'exécuter la prestation. Toute faute contractuelle fonde ainsi l'application des art.97ss CO.

##### 2. *Les articles 321e et 398 CO*

Le directeur des travaux de construction est un mandataire tenu à diligence et fidélité. Sa responsabilité est donc régie par l'art.398 CO. Cette disposition reprend le principe général de l'art.97 al.1 CO; son

---

<sup>1</sup> Sur cette question, cf. GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1572ss.

premier alinéa prévoit que "la responsabilité du mandataire est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail". A teneur du second alinéa, "le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat".

L'art.398 al.1 CO renvoie à l'art.321 e CO, qui concerne la responsabilité du travailleur:

L'art.321e al.1 CO dispose que "le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence". Ce renvoi ne consacre finalement qu'un principe unanimement admis, à savoir que le débiteur (directeur des travaux, mandataire) répond du dommage qu'il cause au créancier (maître, mandant) intentionnellement ou par négligence. L'application de cette disposition au contrat de mandat ne pose pas problème.

Le renvoi à l'art.321e al.2 CO soulève par contre la délicate question de la mesure de la diligence requise du mandataire. Cette disposition a la teneur suivante: "La mesure de la diligence incombant 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". La portée du renvoi à cette disposition est discutée<sup>2</sup>. La doctrine n'est en effet pas unanime s'agissant de la mesure de la diligence requise du mandataire: un renvoi global à l'art.321e CO est controversé, et l'application même de l'alinéa 2 de cette disposition au contrat de mandat est contestée:

- Selon l'opinion la plus répandue, l'art.398 al.1 renvoie aussi à l'art.321e al.2 CO, qui détermine ainsi la mesure de la diligence requise du mandataire. On compare la diligence du mandataire professionnel et rémunéré à celle d'un homme du métier avisé<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.113ss, point 3) et ss.

<sup>3</sup> Notamment DERENDINGER, n°269ss; FELLMANN, n.500ss ad 398 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.115 c).

La diligence se mesure donc in abstracto, c'est-à-dire en faisant abstraction de la situation personnelle du mandataire.

- Certains auteurs <sup>4</sup> soutiennent que la mesure de la diligence requise du mandataire se détermine non pas selon l'art.321e al.2 CO, qui ne s'applique pas au mandataire, mais selon un critère objectif, en tenant compte de l'ensemble des circonstances (genre de mandat, conditions temporelles, importance de l'affaire, qualification des parties, etc.) <sup>5</sup>. Il convient d'examiner de cas en cas quel aurait été le comportement d'un mandataire avisé <sup>6</sup>, "placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu" <sup>7</sup>.

Il est vrai qu'il n'y a pas grande différence entre les deux courants doctrinaux <sup>8</sup>: l'un et l'autre veulent se référer au comportement "standard", objectif, d'un débiteur diligent placé dans les mêmes circonstances. La controverse touche aussi bien la violation du devoir de diligence que la faute. A l'extrême, l'élément subjectif de la faute se réduit à la capacité de discernement. La différence entre les deux courants a surtout des effets au niveau des exigences attendues du débiteur: on se montre plus sévère avec le débiteur professionnel, indépendant et "préssumé compétent" <sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> TERCIER, contrats spéciaux, n°4014; WERRO, mandat, n°886.

<sup>5</sup> TERCIER, contrats spéciaux, n°4015.

<sup>6</sup> HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.115 et les réf.

<sup>7</sup> WERRO, mandat, n°885.

<sup>8</sup> La Commission d'étude pour la revision totale du droit de la responsabilité civile propose de "resubjectiver" la faute, en admettant qu'un comportement objectivement répréhensible puisse être subjectivement excusable et ainsi disculper l'auteur. A cet effet, elle prend le modèle de l'art.321e al.2 CO pour pouvoir mieux tenir compte de facteurs d'appréciation individualisés. Cf. à ce sujet Rapport de la Commission d'étude pour la revision totale du droit de la responsabilité civile, p.56s.

<sup>9</sup> Notamment HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.115 et les réf. citées.

Quoiqu'il en soit, ce renvoi abrupt à l'art.321e CO n'est pas très heureux <sup>10</sup>. Plusieurs différences distinguent en effet la responsabilité du travailleur de celle du mandataire. D'une part, il existe à l'encontre du mandataire une présomption de compétence. Celui-ci ne peut pas faire valoir son incompétence, son manque de formation, de spécialisation ou d'expérience <sup>11</sup>. Le mandataire peut, et doit, refuser un mandat s'il ne dispose pas des compétences professionnelles pour le mener à bien. En outre, une diligence accrue est exigée du mandataire par rapport à un travailleur. Le mandataire est un indépendant, qui n'est pas soumis à son créancier par un rapport de subordination. Dans l'exécution du contrat, le mandant ne peut mettre à l'épreuve les qualités professionnelles de son débiteur, ni ne peut le surveiller efficacement <sup>12</sup>. En cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse du contrat de mandat, le fardeau de la preuve de la violation contractuelle incombe le plus souvent à un néophyte.

## B. LES DEROGATIONS CONVENTIONNELLES

Les parties au contrat peuvent prévoir de modifier par avance le régime légal de la responsabilité contractuelle encourue. Ce sujet est examiné de façon détaillée dans un chapitre particulier <sup>13</sup>.

## C. L'ARTICLE 41 CO ET LE CONCOURS D'ACTIONS

Ce travail se limite à l'étude de la responsabilité contractuelle du directeur des travaux de construction. La responsabilité de ce dernier dérivant d'un acte illicite ne fera l'objet que des quelques rappels suivants:

Le directeur des travaux qui commet un acte illicite à l'encontre d'un tiers ou du maître répond du dommage qui en résulte sur la base

---

<sup>10</sup> En ce sens ABRAVANEL, devoirs généraux, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°332.

<sup>11</sup> HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.115.

<sup>12</sup> HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.115.

<sup>13</sup> Cf. infra, p.155ss.

de l'art.41 CO. Exemple: Un passant est atteint par une poutre transportée par une grue du fait que le directeur des travaux a omis de prendre les mesures nécessaires à assurer la sécurité des piétons longeant le chantier.

Lorsque le maître subit un préjudice en raison d'un acte du directeur des travaux qui constitue à la fois un acte illicite et une violation du contrat, il y a concours entre les deux prétentions. Selon la doctrine majoritaire <sup>14</sup> et le Tribunal fédéral <sup>15</sup> en effet, il peut y avoir concours entre les règles délictuelles et les règles contractuelles, si toutes les conditions d'application en sont remplies. Exemple: Le maître qui visite le chantier tombe dans une cage d'escalier non protégée et se blesse grièvement. En telle occurrence, il peut théoriquement faire valoir ses prétentions sur la base des articles 97 al.1 (responsabilité contractuelle) et 41 al.1 CO (responsabilité délictuelle). Il a bien sûr intérêt à actionner le directeur des travaux sur la base de l'art.97 al.1 CO (combiné avec l'art.398 al.1 et 2 CO), en raison des conditions plus favorables que lui offre cette disposition (fardeau de la preuve de la faute; délai de prescription; responsabilité contractuelle pour les auxiliaires).

#### D. UNE PETITE DISGRESSION: L'ARTICLE 928 CC

Le directeur des travaux peut être contraint de réparer le dommage causé à des tiers <sup>16</sup> avec lesquels il n'entretient aucune

---

<sup>14</sup> Notamment BECKER, n.1 ad 41 CO; BUCHER, AT, p.337ss; CUENDET, p.212, n°435ss; DERENDINGER, n°198ss; ENGEL, p.508ss; GAUTSCHI, n.30a et 32a et ss ad 398 CO; KELLER, I, p.384; OFTINGER / STARK, I, p.682ss; OSER / SCHÖNENBERGER, n.15ss ad 41 CO.

<sup>15</sup> Notamment ATF 113 II 246ss = JT 1988 I 3ss. L'un des premiers arrêts à admettre le concours d'actions est l'ATF 64 II 254ss = JT 1939 I 42ss.

<sup>16</sup> Parmi ces tiers, il peut y avoir surtout l'entrepreneur. A ce sujet, le lecteur pourra lire avec profit un arrêt récent (ATF 119 II 127ss = JT 1994 I 299ss), qui concerne le recours d'un entrepreneur contre un bureau d'ingénieurs avec lequel il n'est pas lié contractuellement, et les commentaires de GAUCH in BR/DC 1994/2, p.42ss et KOLLER, in PJA 1994, p.791ss.

relation contractuelle sur la base de dispositions autres que l'art.41 CO. Il peut, par exemple, être tenu responsable d'un dommage causé au possesseur de la parcelle jouxtant celle où se trouve le chantier et être contraint de réparer ce dommage en vertu de l'art. 928 CC. Celui-ci a la teneur suivante: "Le possesseur troublé dans sa possession peut actionner l'auteur du trouble, même si ce dernier prétend à quelque droit sur la chose (al.1); l'action tend à faire cesser le trouble, à la défense de le causer et à la réparation du dommage (al.2)". Un exemple jurisprudentiel<sup>17</sup>: Le directeur des travaux a omis de prévenir et d'organiser assez à l'avance la réfection d'un chemin privé jouxtant le chantier et desservant un cabinet médical; les travaux ont gravement troublé l'exploitation du cabinet médical, auquel on ne pouvait pratiquement plus accéder, même à pied; sur la base de l'art.928 al.2 CO, le directeur des travaux a été tenu responsable du trouble à la possession occasionné au médecin qui, prévenu à temps, aurait pu prendre ses dispositions pour limiter les inconvénients.

---

<sup>17</sup> ATF 100 II 326ss = SCHAUMANN n°47.

**DEUXIEME PARTIE: LES CONDITIONS ET MODALITES DE LA  
RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX  
DE CONSTRUCTION**

**TITRE PREMIER: LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE  
CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX**

**TITRE DEUXIEME: LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR  
LES ACTES DE TIERS**

**TITRE TROISIEME: LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA  
RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES  
TRAVAUX**

**TITRE QUATRIEME: LES EFFETS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT PAR LE  
DIRECTEUR DES TRAVAUX**

1300

## TITRE PREMIER

### LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX

Pour fonder la responsabilité contractuelle du directeur des travaux, sont nécessaires et suffisants une violation du contrat (I.), un préjudice subi par le maître (II. <sup>1</sup>), une faute du directeur des travaux (III. <sup>2</sup>), et un lien de causalité adéquate (IV. <sup>3</sup>) entre la violation du contrat et le préjudice.

#### I. LA VIOLATION DU CONTRAT

##### A. GENERALITES

##### 1. *L'obligation fondamentale du directeur des travaux*

Comme tout mandataire, le directeur des travaux doit respecter l'obligation de bonne et fidèle exécution du mandat qui lui a été confié. Comme tout mandataire, il a une obligation de moyen, et non pas une obligation de résultat: il doit tout mettre en oeuvre pour permettre la réalisation de l'ouvrage conformément au contrat. Il y a violation contractuelle dès l'instant où cette obligation fondamentale n'est pas respectée <sup>4</sup>. Cette absence de la diligence promise est un

---

<sup>1</sup> Cf. infra, p.88ss.

<sup>2</sup> Cf. infra, p.119ss.

<sup>3</sup> Cf. infra, p.130ss.

<sup>4</sup> Notamment BECKER, n.1ss ad 398 CO; DERENDINGER, n°237ss; FELLMANN, n.341ss ad 398 CO; GAUTSCHI, n.1a et 2a ad 398 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.110ss, spécialement p.113 in initio; OSER / SCHÖNENBERGER, n.1ss ad 398 CO. Cf. cependant WERRO, mandat, n°852ss.

élément objectif, qui peut être constaté, et qui ne doit pas être confondu avec la faute, élément subjectif de la responsabilité. Il est vrai que, s'agissant ici d'une obligation de moyens, la violation du contrat ne se distingue guère de la faute <sup>5</sup>, d'autant plus que la tendance est aujourd'hui d'interpréter la faute de manière objective.

L'absence ou le manque de diligence peut naître d'une action ou d'une omission; elle peut concerner aussi bien une obligation principale qu'une obligation accessoire <sup>6</sup>.

Au surplus, le directeur des travaux engage sa responsabilité en violant non seulement son obligation de diligence, mais encore ses autres obligations, comme ses devoirs de fidélité, de discrétion, etc <sup>7</sup>.

## 2. *L'auteur de la violation contractuelle*

La violation du contrat peut être le fait du directeur des travaux ou le fait d'un tiers dont il répond <sup>8</sup>. Exemple: le directeur des travaux est tenu civilement responsable d'une falsification de visa commise par l'un de ses employés pour obtenir frauduleusement des sommes à valoir sur le crédit de construction <sup>9</sup>.

### B. FARDEAU DE LA PREUVE DE LA VIOLATION CONTRACTUELLE

Le fardeau de la preuve de la violation contractuelle incombe au maître: celui-ci doit alléguer et prouver que le directeur des travaux a commis une violation du contrat (art.8 CC) <sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Cf. infra, p.120.

<sup>6</sup> FELLMANN, n.341 ad 398 CO.

<sup>7</sup> Cf. supra, p.41ss.

<sup>8</sup> S'agissant plus particulièrement de la responsabilité du directeur des travaux pour les actes de tiers, cf. infra, p.135ss.

<sup>9</sup> ATF 90 II 15ss = JT 1964 I 554ss = SCHAUMANN, n°51.

<sup>10</sup> Notamment DERENDINGER, n°329ss; ENGEL, p.475; FELLMANN, n.444 ad 398 CO; GAUTSCHI, n.26 ad 398 CO.

Les parties ont la faculté de prévoir une clause contractuelle opérant un renversement du fardeau de la preuve <sup>11</sup>. Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) n'en contiennent pas.

Dans la pratique, on attribue facilement la survenance d'un dommage ou d'un défaut de construction à un manque de surveillance du chantier par le directeur des travaux. La violation contractuelle est très vite présumée. Le maître n'a souvent pas à prouver en quoi la surveillance du chantier était inadéquate. Dans bien des cas, il appartient au contraire au directeur des travaux de prouver que sa surveillance de chantier était conforme aux exigences requises et n'a pas empêché la survenance du défaut ou du dommage. Le maître bénéficie ainsi en quelque sorte d'un allègement du fardeau de la preuve de la violation contractuelle <sup>12</sup>.

### C. PREUVE LIÉRATOIRE

Le directeur des travaux peut s'exonérer en prouvant qu'aucune négligence ne peut lui être reprochée <sup>13</sup>. Exemples: il prouve que le vice affectant la construction est dû à un défaut de conception contenu dans les plans de l'auteur du projet, et qu'il ne pouvait détecter ce défaut; il apporte la preuve que la direction des travaux d'aménagement extérieur, que le maître estime inadéquate, n'était pas une prestation qu'il devait fournir aux termes du contrat.

Le directeur des travaux ne peut pas invoquer le fait que l'étendue de son devoir de diligence était restreinte en raison de la gratuité du mandat ou d'une rémunération inférieure à la normale; ces circonstances pécuniaires ne suppriment, ni ne restreignent, son

---

<sup>11</sup> Voir à ce sujet SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°430, note 114.

<sup>12</sup> En ce sens SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°432ss; voir également ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°336.

<sup>13</sup> Notamment DERENDINGER, n°330ss; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.113 in initio.

obligation de bonne et fidèle exécution du mandat<sup>14</sup>. S'agissant toutefois des effets de la responsabilité du directeur des travaux, le juge pourra tenir compte du fait que le mandat n'était pas destiné à lui procurer un avantage (art.99 al.2 CO) pour limiter l'étendue de la réparation due au maître lésé.

#### D. LES DIFFERENTES FORMES DE LA VIOLATION CONTRACTUELLE

La violation contractuelle peut revêtir différentes formes. L'article 97 CO, qui traite de l'"inexécution" (note marginale), est applicable non seulement en cas d'inexécution (1.<sup>15</sup>), qui couvre l'inexécution au sens strict et l'exécution imparfaite, mais aussi en cas d'exécution défectueuse, ou violation positive du contrat (2.<sup>16</sup>). Quant à l'exécution tardive (3.<sup>17</sup>), qui peut entraîner la demeure du directeur des travaux, elle est régie par les art.102ss CO<sup>18</sup>.

Avant d'aborder ces sujets, il convient de garder à l'esprit l'importante distinction suivante: dans le domaine qui nous occupe, il faut différencier l'inexécution ou l'exécution défectueuse du contrat de direction de chantier de la réalisation d'une construction entachée d'un défaut<sup>19</sup>. Le directeur des travaux promet sa diligence en vue de réaliser un ouvrage sans défaut, mais il ne promet pas le résultat d'une construction sans défaut; ce résultat matériel est l'objet d'un contrat d'entreprise. La direction de chantier peut être inadéquate sans forcément conduire à un défaut - au sens strict - de la construction. Exemple: Le directeur des travaux omet de rendre le maître attentif aux conséquences financières des modifications qu'il souhaite

---

<sup>14</sup> Cf. *infra*, p.183.

<sup>15</sup> Cf. *infra*, p.79ss.

<sup>16</sup> Cf. *infra*, p.85ss.

<sup>17</sup> Cf. *infra*, p.86ss et 207ss.

<sup>18</sup> Le présent titre en fait mention pour mémoire. Il en sera plus particulièrement question dans le titre consacré aux effets de la responsabilité, cf. *infra*, p.207ss.

<sup>19</sup> Notamment COTTIER, JDC 1981, p.2.

apporter à sa maison en cours de chantier; cette violation contractuelle n'a pas pour conséquence un défaut de la construction.

## 1. *L'inexécution (art.97 al.1 CO)*

### a. *Définitions*

Il y a inexécution au sens de l'art.97 al.1 CO lorsque le directeur des travaux, après la conclusion du contrat, n'exécute pas les obligations qui lui incombent (inexécution au sens strict), ou ne les exécute qu'imparfaitement (exécution imparfaite) <sup>20</sup> :

Il y a inexécution au sens strict lorsqu'après la conclusion du contrat, le directeur des travaux ne s'exécute pas du tout, en ne fournissant pas la prestation due <sup>21</sup> . Lorsqu'il ne s'exécute pas alors qu'il le devrait et le pourrait encore, il n'y a pas inexécution, mais éventuellement demeure: on applique non pas l'art. 97 al.1 CO, mais les art.102ss CO <sup>22</sup> .

Il y a exécution imparfaite lorsque le directeur des travaux exécute l'obligation qui lui incombe, mais ne le fait pas conformément à ce qui était convenu <sup>23</sup> .

Dans l'un et l'autre cas, l'exécution parfaite de la prestation est devenue impossible, et le directeur des travaux est tenu de réparer le dommage en résultant pour le maître <sup>24</sup> . Selon la doctrine dominante, l'impossibilité peut être objective ou subjective <sup>25</sup> . Elle est objective lorsque le maître ne peut plus obtenir la prestation, que ce soit du directeur des travaux ou d'un tiers. Elle est subjective lorsque le directeur des travaux, et lui seul, n'est pas en mesure d'exécuter ses

---

<sup>20</sup> ENGEL, p.476ss; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1567ss.

<sup>21</sup> ENGEL, p.476; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1568.

<sup>22</sup> Cf. infra, p.86ss et 207ss.

<sup>23</sup> GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1568.

<sup>24</sup> ENGEL, p.477; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1569.

<sup>25</sup> Sur ces notions, cf. notamment ENGEL, p.477; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1570 et 1819.

obligations, alors qu'un tiers pourrait s'en charger. Le directeur des travaux répond alors du dommage subi par le maître aux conditions suivantes:

1. L'impossibilité est subséquente: l'impossibilité visée par l'art.97 al.1 CO n'est en effet pas une impossibilité initiale <sup>26</sup>. Elle doit être survenue après la conclusion du contrat de direction de chantier.
2. L'impossibilité est imputable - à faute - au directeur des travaux personnellement <sup>27</sup>. Si elle est le fait d'un de ses auxiliaires, le directeur des travaux répond selon l'art.101 CO <sup>28</sup>. L'impossibilité subséquente imputable à faute du directeur des travaux fonde l'obligation pour celui-ci de réparer le dommage subi par le maître <sup>29</sup>.
3. L'impossibilité visée par l'art.97 al.1 CO peut être objective ou subjective, pourvu qu'elle soit subséquente et fautive <sup>30</sup>. Si l'impossibilité n'est pas imputable à faute, l'art.119 CO ou l'art.405 CO trouve application, le second constituant une *lex specialis* par rapport au premier. En cas d'impossibilité subséquente non fautive du directeur des travaux, son obligation s'éteint et il est libéré <sup>31</sup>. Exemples d'impossibilité subséquente non fautive: le directeur des travaux travaillant seul décède ou tombe en faillite (art.405 CO); une impossibilité imprévisible de construire survient (inondations, éboulements, etc.; art.119 CO).

---

<sup>26</sup> ENGEL, p.477; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1570 et 441ss.

<sup>27</sup> GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1813.

<sup>28</sup> Cf. *infra*, p.135ss.

<sup>29</sup> ENGEL, p.477; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1813.

<sup>30</sup> A ce sujet, cf. ENGEL, p.477; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1819 et les réf. citées.

<sup>31</sup> ENGEL, p.477; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1813 et 1933ss.

*b. Exemples d'inexécution au sens de l'art.97 al.1 CO*

- Le directeur des travaux omet de conseiller au maître la conclusion d'une assurance RC alors que le chantier présente des dangers particuliers <sup>32</sup> ;
- Le directeur des travaux, à tort, n'incite pas le maître à faire procéder à de nouveaux sondages <sup>33</sup> .
- Le directeur des travaux ne surveille pas la pose des échafaudages, et ne veille pas à leur solidité en s'assurant que les entrepreneurs utilisent en quantité et qualité un matériel adapté au chantier en cours <sup>34</sup> ;
- Le directeur des travaux viole son obligation de contrôle en n'examinant pas la solution proposée pour la pose de conduites par une entreprise spécialisée et en se contentant de la déclaration par laquelle celle-ci garantit l'opportunité de la méthode de pose <sup>35</sup> ;
- Le directeur des travaux omet de donner à un entrepreneur des instructions précises quant aux travaux d'étayage à effectuer, et se contente de consignes générales de prudence, alors qu'il s'agit d'un mode d'étayage délicat à réaliser <sup>36</sup> ;

---

<sup>32</sup> ATF 111 II 72ss = JT 1985 I 589s. = BR/DC 1986/3, p.70, n°100 = SCHAUMANN, n°45.

<sup>33</sup> Tribunal cantonal, Neuchâtel, 06.06.1994, RJN 1994, p.85, c.3 c), arrêt commenté par TERCIER et WERRO in BR/DC 1995/4, p.87ss.

<sup>34</sup> Cour de justice, Genève, 11.07.1903, SJ 1903, p.538ss = SCHAUMANN, n°65a.

<sup>35</sup> Tribunal fédéral, 03.02.1984, Rep. 1985, p.26ss = BR/DC 1986/1, p.13, n°1 = SCHAUMANN, n°46.

<sup>36</sup> Cour d'appel, Fribourg, 12.10.1959, Extraits 1959, p.67ss = SCHAUMANN, n°52.

- Le directeur des travaux omet de rendre le maître attentif aux conséquences financières des modifications que ce dernier souhaite apporter à l'ouvrage en cours de construction <sup>37</sup> ;
- Le directeur des travaux omet de vérifier dans les délais l'ouvrage livré et d'aviser l'entrepreneur concerné d'un défaut affectant la construction, ce qui entraîne pour le maître la perte de ses droits de garantie;
- Le directeur des travaux ne surveille pas les travaux de garantie;
- Le directeur des travaux tait sciemment au maître le fait que sa responsabilité est engagée dans la survenance d'un défaut;
- Le directeur des travaux a choisi comme option architecturale de laisser les plafonds en béton brut. Il surveille mal la pose des fers à béton avant coulage. Après décoffrage, il s'avère que les fers ne sont pas pris assez profondément dans la masse et, trop proches de la surface des dalles, provoquent de vilaines taches de rouille en s'oxydant. Pour remédier à cette violation des règles de l'art, il n'y a pas d'autre solution que de procéder à un ponçage onéreux, ou que d'abandonner le parti architectural projeté et poser une couche de peinture sur le béton taché.
- Le directeur des travaux omet de s'informer suffisamment sur la technique d'utilisation de plaques isolantes pour le toit <sup>38</sup> .
- Le directeur des travaux omet de se renseigner auprès de spécialistes, alors qu'il ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires à l'utilisation correcte d'éternit pour le toit <sup>39</sup> .

---

<sup>37</sup> Entre autres: Kantonsgericht, Grisons, 22.11.1976, PKG 1976, p.53ss, n.10 = BR/DC 1979/1, p.10, n°3 = SCHAUMANN, n°74.

<sup>38</sup> Cour d'appel, Fribourg, 22.09.1986, Extraits 1986, p.24ss = BR/DC 1988/3, p.65s., n°66 et BR/DC 1989/1, p.16, n°4 = SCHAUMANN, n°242.

<sup>39</sup> ATF 93 II 311ss (arrêt GENDRE S.A. c. JAEGER et RATZE).

- Le directeur des travaux ne rend pas le maître attentif au fait que son instruction est contraire aux règles de l'art <sup>40</sup>.
- Le directeur des travaux omet d'ordonner des mesures de sécurité sur le chantier, ou en ordonne d'insuffisantes. Exemples <sup>41</sup> : il ne veille pas à ce qu'une barrière de protection entoure de manière permanente une cage d'escalier <sup>42</sup> ; par manque d'information des mesures de sécurité, une personne s'électrocute sur le chantier <sup>43</sup> ; deux enfants se noient dans une mare transformée en véritable lac en raison des matériaux d'excavation retenant les eaux d'un ruisseau <sup>44</sup>.

En outre, agit en violation du contrat le directeur des travaux qui ne respecte pas les instructions reçues du maître <sup>45</sup>, qui s'en écarte sans justification, qui omet de se référer à son mandant pour obtenir ses instructions, ou encore qui ne lui donne absolument pas l'occasion d'émettre son avis. Ce non-respect n'aboutira pas forcément à un défaut "matériel"; l'ouvrage ne sera toutefois pas conforme à la convention, et présentera un défaut "architectural" <sup>46</sup>. Exemples:

- Le directeur des travaux, en cours de chantier, ordonne au maçon d'élever un mur de séparation entre la cuisine et le coin à manger, alors que le maître avait expressément souhaité un espace ouvert.

---

<sup>40</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°490.

<sup>41</sup> Ces cas ne sont pas tous susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle du directeur des travaux. Si le maître est lésé, on peut y voir des cas de violation positive du contrat.

<sup>42</sup> ATF 95 II 93ss = JT 1970 I 330ss.

<sup>43</sup> ATF 104 IV 96ss = JT 1979 IV 138ss = BR/DC 1980/3, p.49, n°41.

<sup>44</sup> ATF 93 II 89ss = JT 1968 I 322ss.

<sup>45</sup> Cf. supra, p.41ss.

<sup>46</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°546.

Sur la notion de défaut architectural, cf. infra, p.115ss.

- Le directeur des travaux ordonne au peintre de poser une couche de peinture blanc pur alors que le maître avait souhaité une teinte pastel.

D'autre part, le directeur des travaux doit diriger, surveiller et coordonner les activités des personnes travaillant sur le chantier. S'il remplit mal ces obligations, il répond des faits dommageables qui surviennent. Quelques exemples jurisprudentiels:

- Lors de travaux de réfection destinés à renforcer les fondations d'une piscine, le directeur des travaux néglige d'ordonner les mesures nécessaires pour protéger la conduite d'écoulement du bassin <sup>47</sup>.
- Le directeur des travaux ne prévoit pas des mesures suffisantes pour empêcher des infiltrations d'eau et ne s'assure pas que les mesures de drainage ordonnées sont effectivement exécutées <sup>48</sup>;
- En présence d'un terrain difficile, l'architecte projette un bâtiment sans tenir compte de la nature du sol et sans procéder à des sondages; puis, en tant que directeur des travaux, il improvise au fur et à mesure de l'avancement du terrassement <sup>49</sup>;
- Le directeur des travaux prescrit des mesures insuffisantes pour éviter des éboulements dans la fouille <sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> ATF 93 II 317ss = JT 1969 I 143ss (arrêt KALBERMATTEN).

<sup>48</sup> Tribunal cantonal, Valais, 09.10.1959, RTC VS 1959, p.89, n°30 = SCHAUMANN, n°53; voir également un arrêt du Tribunal fédéral, du 11 janvier 1968 (Rep. 1968, p.6ss = SCHAUMANN, n°48), dans lequel le directeur des travaux, qui a omis de prendre les mesures propres à éviter l'infiltration d'eau dans l'immeuble jouxtant le chantier en cours, a été tenu responsable du dommage causé au voisin sur la base de l'art.41 CO.

<sup>49</sup> Tribunal cantonal, Valais, 07.03.1946, RTC VS 1946, p.36ss = SCHAUMANN, n°56.

<sup>50</sup> ATF 115 II 42ss = JT 1989 I 531ss.

Le devoir de surveillance du directeur des travaux n'est toutefois pas absolu: il ne peut pas contrôler toutes les prestations fournies par des spécialistes sur un chantier, où il ne peut être présent à chaque instant. A noter qu'un manque de surveillance du directeur des travaux ne libère pas l'entrepreneur responsable d'une mauvaise exécution; en telle occurrence, directeur des travaux et entrepreneur peuvent être solidairement responsables du dommage (solidarité imparfaite) <sup>51</sup>.

## 2. *L'exécution défectueuse, ou violation positive du contrat (art.97 al.1 CO)*

L'art.97 al.1 CO ne concerne stricto sensu que l'inexécution d'une prestation devenue impossible. Le Tribunal fédéral <sup>52</sup> et la majorité des auteurs <sup>53</sup> admettent toutefois d'étendre les art.97 à 101 CO à tous les cas dans lesquels un préjudice résulte de la violation d'un contrat. On parle alors d'exécution défectueuse, ou de violation positive du contrat: l'exécution cause un dommage au créancier et, de ce fait, n'est pas conforme à ce qui était attendu du débiteur de l'obligation <sup>54</sup>. Contrairement à la première hypothèse de l'art.97 al.1 CO, le débiteur cause au créancier un dommage par la manière d'exécuter la prestation promise, sans que celle-ci ne devienne impossible pour autant.

Sont ici visés "tous les cas d'exécution défectueuse qui ne sont pas déjà spécialement visés par les règles sur l'inexécution d'une obligation impossible (CO 97ss) et sur la demeure du débiteur (CO 102ss)" <sup>55</sup>. Exemples:

- Le directeur des travaux viole son devoir de discrétion.

---

<sup>51</sup> Cf. infra, p.213ss.

<sup>52</sup> Notamment ATF 41 II 736ss. Cf. également ATF 69 II 243ss = JT 1944 I 136ss.

<sup>53</sup> Pour un exposé de cette théorie dominante, cf. WERRO, mandat, n°809ss. Cf. également CUENDET, p.54ss; ENGEL, p.478; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1572ss.

<sup>54</sup> ENGEL, p.479.

<sup>55</sup> ENGEL, p.478; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1573.

- Lors d'importants travaux de rénovation d'un immeuble, le directeur des travaux néglige d'assurer un accès praticable pour les camions lourdement chargés, dont le passage répété endommage le chemin, propriété du maître, et les canalisations enfouies sous le bitume.

### 3. *L'exécution tardive (art.102ss CO) <sup>56</sup>*

Il y a exécution tardive lorsque le directeur des travaux n'exécute pas son obligation au moment où il devrait le faire, pour des motifs dont il répond. Exemples:

- Le directeur des travaux ne se présente pas au jour fixé pour une réunion de chantier importante, ce qui reporte l'exécution de certains travaux;
- Il diffère sans raison - ou par pure convenance personnelle - le début du chantier ou l'une de ses phases.

L'obligation du directeur des travaux est exigible et celui-ci doit s'exécuter au moment déterminé par le contrat conclu et les circonstances du cas, particulièrement selon l'avancement des travaux <sup>57</sup> [art.75 CO; voir également les art.4.3, 4.4 et 4.5 Règlement SIA 102 (1984) et les art.4.1.7 à 4.1.10 Règlement SIA 103 (1984)].

Si l'exécution est encore possible, les règles sur la demeure sont applicables. Aussi longtemps que la prestation est possible, le créancier ne subit - théoriquement du moins - pas de dommage, puisqu'il conserve dans son patrimoine une créance en exécution. Le maître peut alors mettre en demeure par interpellation le directeur des

---

<sup>56</sup> Cf. surtout *infra*, p.207ss.

<sup>57</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°438 (éd.1989).

travaux qui ne s'exécute pas alors que son obligation est exigible et encore possible (art.102ss et 107ss CO) <sup>58</sup>.

#### E. CONCOURS DE RESPONSABILITES

La violation d'une obligation contractuelle peut aussi constituer un acte illicite; il y aura alors concours de l'action contractuelle avec l'action délictuelle si les conditions posées à leur exercice sont remplies. Cette conception est très majoritairement admise <sup>59</sup>. Exemple: Le maître, ou l'un des employés du directeur des travaux, se blesse grièvement en tombant dans une cage d'escalier qui n'était pas entourée d'une barrière de protection: il y a tout à la fois violation contractuelle (absence de mesure de sécurité) et acte illicite (atteinte à l'intégrité corporelle). Le créancier a néanmoins avantage à actionner le débiteur sur le plan contractuel: la faute contractuelle est présumée, alors que la faute en responsabilité aquilienne ne l'est pas, et le délai de prescription est beaucoup plus long (dix ans dès que la créance est devenue exigible, au lieu d'une année à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est l'auteur). Au surplus, en cas de responsabilité pour les auxiliaires, le créancier ne peut se faire opposer la preuve libératoire de la diligence requise, telle qu'elle est prévue à l'art.55 al.1 CO <sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cf. infra, p.207ss.

<sup>59</sup> CUENDET, p.212ss; DERENDINGER, n°198; ENGEL, p.508ss; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1289ss; OFTINGER / STARK, I, p.682ss. Cf. cependant les avis de von TUHR / ESCHER, p.108ss, et JÄGGI, vertraglichen Ersatzforderung, p.183 et 193.

<sup>60</sup> Cf. infra, p.140.

## II. LE PREJUDICE SUBI PAR LE MAITRE

### A. GENERALITES

La deuxième condition posée à la responsabilité contractuelle du directeur des travaux est que le maître ait subi un préjudice <sup>61</sup>. La notion de préjudice est la même en responsabilité contractuelle et extracontractuelle <sup>62</sup>. La condition est remplie dès l'instant où le maître subit une diminution involontaire de sa fortune <sup>63</sup> (préjudice économique, patrimonial, "dommage") ou de son bien-être <sup>64</sup> (tort moral). Constitue un préjudice économique la différence entre la fortune du maître à un moment déterminé et ce qu'elle devrait être au même moment si le contrat avait été régulièrement et parfaitement exécuté <sup>65</sup>. Il y a préjudice économique en cas de gain manqué (*lucrum cessans*: non-augmentation de l'actif ou non-diminution du passif) ou de perte éprouvée (*damnum emergens*: diminution de l'actif ou augmentation du passif) <sup>66</sup>.

### B. FARDEAU DE LA PREUVE DU PREJUDICE

Il incombe au maître d'apporter la preuve de son préjudice (art.8 CC; art.42 al.1 CO) <sup>67</sup>. Lorsque son montant ne peut être établi avec exactitude, ou lorsque son estimation exigerait des moyens disproportionnés (par exemple une expertise trop onéreuse), il

---

<sup>61</sup> DERENDINGER, n°214ss; FELLMANN, n.333ss ad 398 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.111.

<sup>62</sup> Notamment ENGEL, p.483; GAUTSCHI, n.28b ad 398 CO.

<sup>63</sup> DERENDINGER, n°215; FELLMANN, n.333 ad 398 CO.

<sup>64</sup> WERRO, mandat, n°951 et les réf. citées.

<sup>65</sup> FELLMANN, n.333 ad 398 CO.

<sup>66</sup> Notamment FELLMANN, n.333 s. ad 398 CO; KELLER, I, p.52; STARK, n°48.

<sup>67</sup> DERENDINGER, n°233; ENGEL, p.475; GAUTSCHI, n.28 a ad 398 CO; KELLER, I, p.62ss.

appartient au juge de le déterminer équitablement, "en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée" (art.42 al.2 CO).

Le préjudice subi par le maître une fois établi, il appartient au juge de déterminer "l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute" (art.43 al.1 CO), en tenant compte également des autres facteurs de réduction éventuels mentionnés à l'art.44 CO. Les faits à prendre en considération sont ceux survenus jusqu'au moment du jugement, que le juge peut connaître <sup>68</sup>.

### C. PREUVE LIBERATOIRE

Pour se libérer, le directeur des travaux doit prouver que le maître n'a pas subi de préjudice. Cette preuve libératoire est excessivement difficile à rapporter. Ce n'est pratiquement que dans les cas où le maître invoque un dommage dû à un dépassement des coûts de construction que le directeur des travaux aura la possibilité de se libérer en prouvant que son cocontractant n'a pas subi de dommage en raison de la plus-value dont il bénéficie; mais le Tribunal fédéral n'admet cette compensation qu'avec la plus grande retenue <sup>69</sup>.

### D. LES DIFFERENTES FORMES DE PREJUDICE

Les distinctions ne manquent pas pour ordonner les différents types de préjudices. La liste qui suit se veut avant tout pratique: elle énumère les formes de préjudice que le maître subit le plus souvent en raison des agissements de son directeur des travaux:

---

<sup>68</sup> Notamment CUENDET, p.74, n°145 et p.206, n°421; von BÜREN, AT, p.47; OFTINGER / STARK, I, p.255; von TUHR / PETER, p.123.

<sup>69</sup> Cf. infra, p.108ss.

## 1. Le défaut de l'ouvrage

### a. Généralités

Constitue un défaut de l'ouvrage la divergence que présente la construction par rapport à ce qui avait été explicitement ou tacitement convenu <sup>70</sup>. Contrairement à l'entrepreneur, qui répond causalement de tout défaut affectant la construction, le directeur des travaux n'en répond que s'il a commis une faute ayant causé le défaut ou ayant contribué à sa survenance. De manière générale, on peut dire que la construction "doit correspondre à ce que le maître était de bonne foi en droit d'attendre, compte tenu de l'ensemble des circonstances" <sup>71</sup> (instructions données au directeur des travaux, promesses faites par ce dernier, état de la technique et règles de l'art reconnues au moment de l'exécution des travaux <sup>72</sup>, etc.).

Le défaut affectant la construction peut être matériel (exemples: le toit n'est pas étanche; l'isolation phonique est insuffisante <sup>73</sup>; sur les murs apparaissent des fissures) ou juridique (exemple: la construction est grevée d'une hypothèque légale en faveur d'un sous-traitant que l'entrepreneur n'a pas payé <sup>74</sup>). Il y a également défaut lorsque l'ouvrage n'offre pas une sécurité suffisante pour l'usage auquel il est destiné [exemples: un toit engazonné et entouré d'un muret haut de 25 cm ne permet pas de tondre le gazon avec une sécurité suffisante, et donc présente un défaut fondant la

---

<sup>70</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°915ss; ATF 100 II 32 c.2 = JT 1975 I 75 c.2.

<sup>71</sup> TERCIER, *défauts de l'ouvrage*, JDC 1983, p.93.

<sup>72</sup> Et non pas au moment de la conclusion du contrat, ni au moment de la livraison, ni au moment du jugement; cf. GAUCH, *Werkvertrag*, n°954; TERCIER, *défauts de l'ouvrage*, JDC 1983, p.93; Tribunal fédéral, 27.06.1988, SJ 1989, p.309s. = BR/DC 1989/4, p.92, n°110; Cour de justice, Genève, 11.06.1982, SJ.1983, p.23s., c.6 = BR/DC 1983/1, p.14, n°2.

<sup>73</sup> Tribunal cantonal, Neuchâtel, 05.06.1979, RJN 1977-1981, I, p.292ss, spécialement p.299ss = BR/DC 1981/1, p.14, n°9.

<sup>74</sup> Pour un exemple, cf. ATF 104 II 348ss.

responsabilité du propriétaire de l'immeuble<sup>75</sup> (art.58 CO); la portance d'une dalle de béton est insuffisante pour l'usage d'entrepôt auquel les locaux sont destinés].

Le maître propriétaire de l'ouvrage voit sa responsabilité engagée si le vice de construction de l'ouvrage est à l'origine d'un dommage subi par un tiers (art.58 CO). Exemple: un tiers se blesse en glissant sur le sol dallée d'un revêtement trop glissant; un tiers occupé à tondre un toit engazonné et entouré d'un petit muret tombe et se tue. Le maître recherché par le tiers lésé en raison du vice de construction peut se retourner contre l'architecte ou le directeur des travaux responsable du défaut affectant le bâtiment.

#### *b. Défaut et respect des prescriptions administratives*

L'ouvrage doit être conforme aux dispositions administratives applicables en la matière<sup>76</sup> (dispositions concernant le plan d'alignement, les gabarits, etc.). Toutefois, conformité ne rime pas forcément avec absence de défaut: l'ouvrage peut en effet présenter un défaut même s'il est par ailleurs conforme aux prescriptions. On pense avant tout aux directives ayant pour but de prévenir les accidents professionnels dans le secteur du bâtiment<sup>77</sup>. En cas d'accident, la question se pose de savoir dans quelle mesure ces dernières influencent l'appréciation de la responsabilité d'une personne selon le droit privé. En d'autres termes, une violation du contrat doit-elle être retenue dès l'instant où le directeur des travaux n'a pas respecté les prescriptions administratives applicables? Le principe veut que le juge civil n'est pas lié par les dispositions du droit administratif<sup>78</sup>; il est donc libre d'examiner la question de la responsabilité d'une personne selon les seules dispositions du droit privé; il est également

---

<sup>75</sup> ATF 106 II 208ss = JT 1981 I 159ss = BR/DC 1981/3, p.59, n°67.

<sup>76</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°967.

<sup>77</sup> Voir notamment les ordonnances fédérales édictées à ce sujet, dont la liste figure au RS 832.31.

<sup>78</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.127, n°47; KELLER, I, p.186; voir également OFTINGER / STARK, II/1, p.207s.

libre d'apprécier les exigences en matière de sécurité selon les principes généraux, sans se fonder uniquement sur les dispositions administratives édictées à ce sujet. Un exemple jurisprudentiel <sup>79</sup> : un ouvrier se tue en tombant d'un toit, à un endroit non protégé par un échafaudage; la défenderesse, une société anonyme propriétaire des échafaudages, invoque qu'un inspecteur de la CNA, en visite sur le chantier, avait déclaré que tout était en ordre; les juges retiennent néanmoins que l'ouvrage - l'échafaudage <sup>80</sup> - n'était pas conforme aux prescriptions fédérales de sécurité, notamment parce qu'il n'avait pas été monté à l'endroit où la chute mortelle s'était produite; l'absence de l'échafaudage à cet endroit constitue bien un vice de construction, défaut dont la société propriétaire de l'ouvrage répond (art.58 CO).

### *c. Délais de prescription*

Les droits du maître à l'encontre du directeur des travaux obéissent à des délais de prescription différents selon que le défaut affecte un ouvrage immobilier (1.) ou un ouvrage mobilier (2.):

#### *1. En cas de défaut affectant une construction immobilière*

A teneur de l'art.371 al.2 CO <sup>81</sup>, les prétentions du maître fondées sur le défaut d'une construction immobilière se prescrivent par cinq ans à compter de la réception. Lorsque la construction a été exécutée par plusieurs entrepreneurs et a connu plusieurs réceptions successives, le délai de prescription de l'action du maître contre le

---

<sup>79</sup> Tribunal cantonal, Neuchâtel, 28.03.1977, RJN 1973-1977, I, p.603ss, spécialement p.605s. = BR/DC 1981/3, p.59, n°69.

<sup>80</sup> Un échafaudage est un ouvrage mobilier: cf. ATF 113 II 264ss = JT 1988 I 13ss; ATF 96 II 359 c.II.1.

<sup>81</sup> Cette disposition figure au titre onzième du Code des obligations ("Du contrat d'entreprise"), mais trouve aussi application dans les cas où le maître actionne "l'architecte ou l'ingénieur qui a collaboré à l'exécution de l'ouvrage". Il serait en effet inéquitable que les droits du maître se prescrivent par cinq ans contre l'entrepreneur par la grâce de l'art.371 al.2 CO, et par dix ans contre l'architecte ou l'ingénieur selon l'art.127 CO.

directeur des travaux qui a dirigé toute la construction commence à courir à la réception de chaque partie d'ouvrage<sup>82</sup>. Ce délai de cinq ans n'est pas impératif: il peut être allongé ou abrégé<sup>83</sup> conventionnellement. Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) reprennent la disposition légale (art.1.8.2); ils n'allongent, ni n'abrègent le délai de prescription.

Si le directeur des travaux a frauduleusement dissimulé le défaut d'une construction immobilière, on applique, par analogie avec le contrat d'entreprise<sup>84</sup>, le délai de prescription ordinaire de 10 ans à compter de la réception.

## 2. *En cas de défaut affectant une construction mobilière*

Les prétentions du maître envers l'entrepreneur fondées sur le défaut d'une construction mobilière se prescrivent par un an (art.210 al.1 CO, par renvoi de l'art.371 al.1 CO). Par analogie, ce délai de prescription d'une année s'applique-t-il au contrat de direction de chantier ? La loi est muette sur ce point, mais la ratio legis de cette disposition justifie une réponse positive<sup>85</sup>. Les prétentions du maître à l'encontre de son directeur des travaux en raison d'un défaut affectant une construction mobilière se prescrivent donc par un an. Un exemple "historique", fondé sur une ancienne jurisprudence du

---

82 ATF 115 II 456ss = JT 1990 I 308ss; en telle occurrence, il y a livraison/réception lorsqu'une partie de l'ouvrage exécutée par un entrepreneur est utilisée par un autre entrepreneur qui poursuit la construction de l'ouvrage.

83 Le délai de 5 ans peut être raccourci, pour autant que l'exercice de ce droit ne soit pas rendu plus difficile pour le créancier, de manière inéquitable: cf. ATF 108 II 194ss = JT 1983 I 119ss.

84 Auquel on applique par analogie l'art.210 al.3 CO: cf. ATF 100 II 30ss = JT 1975 I 73ss.

85 En ce sens GAUCH, *Werkvertrag*, n°1673s.; TERCIER, dans une note in BR/DC 1986/3, p.62, n°85, au sujet d'un arrêt du Tribunal cantonal vaudois, rendu le 14 février 1984, paru in RSJ 1986, p.149, n°13.

Tribunal fédéral <sup>86</sup> : mandaté pour diriger d'importants travaux de ravalement de façades, le directeur des travaux donne des instructions inadéquates aux ouvriers chargés de la tâche, ce qui entraîne un défaut du revêtement.

Si le directeur des travaux a frauduleusement dissimulé le défaut d'une construction mobilière, on applique le délai ordinaire de 10 ans (art.210 al.3 CO par analogie) <sup>87</sup> .

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne contiennent aucune disposition spécifique relative à la prescription des droits du maître à l'encontre du directeur des travaux en cas de défaut affectant une construction mobilière. Les dispositions légales qui viennent d'être rappelées sont donc applicables en cas de litige entre les parties qui ont valablement intégré l'un ou l'autre de ces Règlements à leur convention.

Le caractère dispositif de l'art.371 CO peut conduire à des inégalités. Un exemple nous est fourni par l'art.180 al.1 Norme SIA 118 (1977/1991). Cette disposition a la teneur suivante: "Les droits du maître en cas de défauts se prescrivent par cinq ans à partir de la réception de l'ouvrage ou de la partie d'ouvrage". La ratio legis de l'art.371 al.2 CO était de consacrer l'égalité entre l'entrepreneur, l'architecte et l'ingénieur ayant collaboré à l'exécution d'une construction immobilière, afin d'éviter que l'un d'entre eux ne réponde plus longtemps que l'autre à l'égard du maître en raison d'un défaut. Mais le caractère dispositif de cette réglementation va à l'encontre de sa volonté égalitaire. En effet, dans un arrêt relativement récent <sup>88</sup> , le

---

<sup>86</sup> ATF 93 II 242ss = JT 1968 I 333ss, où le Tribunal fédéral avait jugé que le ravalement de façades n'était pas une construction immobilière. Notre haute cour a depuis modifié sa jurisprudence: dans un arrêt ultérieur (ATF 114 II 261ss = JT 1989 I 75ss), il a été jugé que le crépi des façades est bien une construction immobilière. La question avait déjà été résolue dans ce sens par une cour cantonale (cf. Tribunal cantonal, Jura, 14.06.1984, FJJ J/9/1, arrêt longuement commenté par DREYER, dans son article paru in BR/DC 1985/3, p.52ss).

<sup>87</sup> ATF 89 II 409 c.2b.

<sup>88</sup> Tribunal fédéral, 21.12.1988, Pra 1989, p.802ss, n°229, spécialement p.804= BR/DC 1990/4, p.101, n°135.

Tribunal fédéral a jugé que le délai de prescription de cinq ans prévu par l'art.180 al.1 Norme SIA 118 concerne les prétentions du maître à l'encontre de l'entrepreneur fondées sur un défaut affectant non seulement un ouvrage immobilier, mais encore un ouvrage mobilier. Ceci a pour conséquence de défavoriser l'entrepreneur par rapport à l'architecte ou l'ingénieur éventuellement responsable. En effet, l'entrepreneur lié au maître par un contrat d'entreprise auquel la Norme SIA 118 (1977/1991) a été valablement intégrée répond pendant cinq ans à l'égard du maître du défaut affectant un ouvrage mobilier, tandis que l'architecte ou l'ingénieur, partie à un contrat de mandat auquel le Règlement SIA 102 ou 103 (1984) a été ou non valablement intégré, ne répond que durant un an, par la grâce des art.371 al.1 et 210 al.1 CO.

*d. Délai d'avis du défaut ?*

Contrairement au contrat d'entreprise, qui distingue délai de prescription de la prétention du maître envers l'entrepreneur et délai d'avis d'un défaut, le contrat de mandat, auquel est soumis le contrat de direction de chantier, ne prévoit pas que le créancier, pour sauvegarder ses droits, doive aviser le débiteur du défaut dans un certain délai.

Un bref rappel: l'avis à l'entrepreneur d'un défaut qui affecte l'ouvrage au moment de la livraison et qui peut être constaté doit être fait immédiatement à réception, faute de quoi l'ouvrage est réputé accepté et le maître perd ses droits à la garantie (art.370 al.1 et 2 CO). L'avis à l'entrepreneur d'un défaut qui ne se manifeste qu'après la réception doit être fait aussitôt que le maître - ou son directeur des travaux - en a connaissance (art.370 al.3 CO), sinon l'ouvrage est tenu pour accepté avec ce défaut. Les art.172 et 173 Norme SIA 118 (1977/1993) prévoient un délai de deux ans dès la réception pour faire l'avis d'un défaut à l'entrepreneur <sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Il ne s'agit pas d'un délai de prescription, mais d'un délai d'avis. Cf. GAUCH, *Werkvertrag*, n°1974ss. Cf. également, du même auteur, le commentaire d'un arrêt du Tribunal fédéral, du 21.12.1988 (Pra 1989, p.802ss, n°229), in BR/DC 1990/4, p.101, n°134.

Les dispositions particulières qui régissent la relation maître-entrepreneur ne s'appliquent toutefois pas par analogie à la relation maître-directeur des travaux: le maître n'a pas à aviser ce dernier d'un défaut dans un certain délai. Pour se libérer, le directeur des travaux ne peut invoquer la tardiveté de l'avis. L'art.1.8.2 in fine Règlements SIA 102 et 103 (1984) prévoit bien que les défauts (d'une construction immobilière) "doivent être signalés sans retard". Il est toutefois douteux que la sanction à l'inobservation de cette disposition soit la perte des droits du maître envers le directeur des travaux <sup>90</sup>.

## 2. *Le dommage matériel*

Le dommage matériel "résulte d'une atteinte portée à des objets mobiliers ou immobiliers" <sup>91</sup>. Il peut toucher l'ouvrage du maître en construction, en transformation ou en rénovation, ou un autre de ses biens. Exemple: par la faute du directeur des travaux, une construction voisine du chantier, appartenant également au maître, est endommagée <sup>92</sup>.

Prescription: les prétentions du maître en raison d'un dommage matériel se prescrivent par 10 ans [art.127 CO; art.1.8.1 Règlements SIA 102 et 103 (1984)].

## 3. *Le dommage corporel*

Il y a dommage corporel lorsque le maître subit une atteinte à son intégrité corporelle ou décède des suites de la violation contractuelle du directeur des travaux. Exemple: le maître se blesse grièvement - ou se tue - alors qu'il visitait le chantier en tombant dans une excavation qui, en raison d'une surveillance de chantier inadéquate, n'était pas entourée d'une barrière de protection. Le préjudice corporel peut constituer un dommage consécutif à un défaut affectant l'ouvrage dont le directeur des travaux est responsable. Exemple: une dalle de béton

---

<sup>90</sup> En ce sens HEIM / BAUDRAZ, JT 1984 I, p. 132.

<sup>91</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.48, § 3, ch.2, n°20.

<sup>92</sup> Tribunal cantonal, Vaud, 09.01.1973, RSJ 1973, p.379s., n°168.

qui vient d'être coulée et dont le coffrage n'offre pas une résistance suffisante s'effondre et tue le maître en visite sur le chantier.

Prescription: les prétentions du maître - ou de ses héritiers si celui-ci est décédé - en raison d'un dommage corporel se prescrivent par 10 ans [art.127 CO; art.1.8.1 Règlements SIA 102 et 103 (1984)].

#### *4. Le dommage consécutif à un défaut de l'ouvrage*

Le directeur des travaux est tenu de réparer le dommage consécutif à un défaut de l'ouvrage dont il est responsable et que le maître subit. Exemple: le mobilier du maître est endommagé par de l'eau que le toit, non-étanche par la faute du directeur des travaux, a laissé s'infiltrer.

Prescription: les prétentions du maître en raison d'un dommage consécutif à un défaut de l'ouvrage se prescrivent dans les délais prévus à l'art.371 CO <sup>93</sup>, soit par un an ou par cinq ans, selon que le défaut affecte un ouvrage mobilier ou immobilier.

#### *5. Le dommage purement patrimonial*

Un dommage purement patrimonial est un dommage qui n'est ni matériel, ni corporel. Exemples: le dommage provoqué par une erreur dans le contrôle des factures <sup>94</sup>; les frais d'expertise privée <sup>95</sup>, si celle-ci était nécessaire ou utile; les pertes locatives dues à un retard de chantier imputable au directeur des travaux; le montant versé aux voisins par le maître à titre de dommages-intérêts en raison des nuisances provoquées par le chantier, que le directeur des travaux, en violation de ses obligations contractuelles, n'a pas cherché à limiter; les frais engendrés par le procès opposant le maître et ses voisins.

---

<sup>93</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°1586, 1588 et 1593; GAUTSCHI, n.7d ad 371 CO; SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°654.

<sup>94</sup> ATF 102 II 413ss = JT 1978 I 62ss.

<sup>95</sup> Note d'honoraires d'un architecte chargé par le maître de vérifier le décompte établi par un autre architecte: Tribunal fédéral, 08.04.1909, SJ 1909, p.487ss = SCHAUMANN, n°79.

Autre exemple: suite à un éboulement intervenu en cours de chantier par la faute du directeur des travaux, le locatif a mauvaise réputation; les logements sont difficilement loués, et à des conditions moins favorables <sup>96</sup>.

Prescription: les prétentions du maître en réparation d'un dommage purement patrimonial se prescrivent en règle générale par dix ans (art.127 CO).

*6. Le dommage causé par un dépassement des coûts de construction imputable à un comportement fautif du directeur des travaux*

Les travaux une fois achevés et le décompte final une fois établi, le maître peut avoir la mauvaise surprise d'apprendre qu'il doit s'acquitter, pour l'exécution de l'ouvrage, d'un montant qui dépasse ce qui avait été convenu dans le devis ou ce qu'il eût été correct de verser pour les prestations exécutées. Se pose alors la question de savoir si, et dans quelle mesure, le maître doit prendre en charge l'intégralité du dépassement, ou s'il peut en faire supporter tout ou partie par le directeur des travaux.

*a. Les causes possibles de dépassement des coûts*

Le dépassement des coûts de construction imputable à faute d'un mandataire engendre généralement un dommage pour le maître. Il peut avoir pour origine:

- Soit une mauvaise estimation des coûts par l'architecte chargé d'un contrat de projet ou d'un contrat global <sup>97</sup>. Il y a alors dépassement du devis, dans la mesure où la construction coûte en définitive plus cher que ce qui avait été convenu dans le devis. Exemples: oubli ou sous-estimation d'un poste du devis; mauvais

---

<sup>96</sup> Cour de justice, Genève, 11.07.1903, SJ 1903, p.538ss, spécialement p.543 = SCHAUMANN, n°65a.

<sup>97</sup> La responsabilité contractuelle du directeur des travaux, qui fait l'objet de notre étude, n'est ici pas engagée.

examen du sol; erreur de calcul; mauvaise évaluation des prix, de l'ampleur des travaux en régie nécessaires, etc.

- Soit des dépenses supplémentaires engendrées en cours de chantier par les instructions du directeur des travaux:

En définitive, la construction coûte plus cher que ce qu'il eût été convenable de verser si le directeur des travaux avait travaillé avec diligence. Les frais supplémentaires sont dûs à une mauvaise exécution du contrat de direction de chantier. C'est cette situation qui sera plus particulièrement examinée dans notre travail.

Les instructions du directeur des travaux peuvent en effet se révéler inadéquates, et générer de ce fait des dépenses inutiles. Exemples: Un entrepreneur doit détruire le mur qu'il vient d'élever conformément aux instructions erronées du directeur des travaux et doit le reconstruire selon de nouvelles instructions; le directeur des travaux fait engager des entrepreneurs trop chers, commande des fournitures plus onéreuses que ce qui avait été convenu dans le devis, ne fait pas respecter les délais d'exécution des travaux, coordonne mal les travaux, choisit une technique de construction qui se révèle inadaptée, etc.

Les instructions du directeur des travaux peuvent aussi aller à l'encontre des ordres du maître. Exemple: le directeur des travaux ordonne à un entrepreneur d'ériger une séparation entre cuisine et coin à manger; le maître, qui avait souhaité un espace ouvert, ordonne au directeur des travaux de s'en tenir à sa première idée.

Le directeur des travaux peut également violer son devoir de diligence par omission. Exemple: il omet de rendre le maître attentif aux conséquences financières des modifications que ce dernier souhaite apporter à la construction en cours de chantier.

En principe, les frais engendrés par une exécution défectueuse du contrat de direction de chantier sont intégralement à charge du directeur de travaux, sous réserve d'une éventuelle plus-value <sup>98</sup>.

- Soit la combinaison de ces deux facteurs. Exemple: l'architecte chargé d'un contrat global oublie le poste "mur de soutènement dans le jardin"; en cours de travaux, il viole les instructions reçues du maître à ce sujet; l'entrepreneur est obligé de recommencer l'ouvrage ou son travail.

*b. Les problèmes posés par le dépassement des coûts quant à la détermination du dommage subi par le maître*

Quelle que soit l'origine du dépassement des coûts de construction, les problèmes à résoudre sont nombreux et épineux. S'agissant plus particulièrement du calcul du dommage subi par le maître, trois questions se posent: Quels sont les postes du dépassement à charge du maître (1. <sup>99</sup>) ? Quel est le rôle de la marge de tolérance (2. <sup>100</sup>) ? Dans quelle mesure faut-il tenir compte de l'éventuelle plus-value acquise par l'immeuble (3. <sup>101</sup>) ? Pour résoudre ces différents problèmes, les règles légales font défaut. Quant aux Règlements SIA 102 et 103 (1984), ils prévoient seulement des marges de tolérance <sup>102</sup>. C'est à la doctrine et à la jurisprudence que revient le mérite d'avoir posé certains principes - parfois schématiques, parfois critiquables - destinés à calculer le plus précisément possible le dommage subi par le maître.

Certains problèmes, comme les postes du dépassement à charge du maître (1.) ou la prise en compte de l'éventuelle plus-value acquise par l'immeuble (3. <sup>103</sup>), sont communs à tous les types de

---

<sup>98</sup> Cf. infra, p.104ss.

<sup>99</sup> Cf. infra, p.101ss.

<sup>100</sup> cf. infra, p.102ss.

<sup>101</sup> Cf. infra, p.104ss.

<sup>102</sup> Cf. infra, p.103.

<sup>103</sup> Cf. infra, p.104ss.

dépassement. D'autres, comme la prise en compte de la marge de tolérance (2. 104), ne concerne que le dépassement du devis.

### 1. *Les postes du dépassement à charge du maître*

En présence d'un dépassement des coûts, quelle que soit son origine, quel(s) montant(s) le maître doit-il prendre à sa charge ? Selon la doctrine <sup>105</sup> et la jurisprudence <sup>106</sup> unanimes, le maître doit supporter:

- le montant correspondant aux travaux devisés, ou contractuellement prévus ou justifiés, qui ont effectivement été réalisés,
- le montant correspondant aux travaux supplémentaires qu'il a ordonnés ou auxquels il a consenti en cours de chantier,
- si les parties ont prévu une rémunération calculée en pourcent du coût de la construction, les honoraires de l'architecte calculés sur la marge de tolérance admissible in casu, sur les travaux supplémentaires commandés par le maître et ceux auxquels il a consenti en cours de chantier, et sur la plus-value imputable au maître. Les honoraires de l'architecte pour les prestations concernant les travaux devisés et effectivement réalisés sont en règle générale déjà compris dans le devis.

---

<sup>104</sup> Cf. infra, p.102ss.

<sup>105</sup> Voir notamment COTTIER, JDC 1981, p.6ss; GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.79ss; WERRO, responsabilité de l'architecte, BR/DC 1993/4, p.96ss; Voir également: SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°725ss; ZEHNDER, n°180ss (spécialement n°226ss) et n°279ss (spécialement n°284ss).

<sup>106</sup> Notamment Tribunal cantonal, Neuchâtel, 01.12.1980, RJN 1980-81, p.77 c.3 = BR/DC 1984/1, p.13, n°3 = SCHAUMANN, n°73; Tribunal cantonal, Valais, 17.09.1985, RVJ 1985, p.310 = BR/DC 1987/1, p.14ss, n°3 et 5 = BR/DC 1987/3, p.65, n°71 = SCHAUMANN, n°70. Voir également ZEHNDER, n°234, note 87.

## 2. *Le rôle de la marge de tolérance en cas de dépassement des coûts dû au directeur des travaux*

### a. *La marge de tolérance: généralités*

Le devis établi par l'architecte ou l'ingénieur chargé d'un contrat de projet ou d'un contrat global ne peut être qu'imprécis, en raison d'événements aléatoires, comme l'évolution de la conjoncture<sup>107</sup>. C'est pourquoi doctrine et jurisprudence admettent une marge de tolérance, calculée en pourcent de la somme totale des travaux devisés. Cette marge de tolérance peut être ou non<sup>108</sup> convenue à l'avance par les parties au contrat; elle peut avoir été fixée expressément ou tacitement. Dans tous les cas, elle n'a qu'une valeur indicative. Elle ne constitue qu'une double preuve fondée sur l'apparence<sup>109</sup> (preuve "prima facie", qui n'équivaut pas à une présomption): d'une part, un dépassement de devis inférieur au pourcentage admissible n'est pas imputable à une violation du devoir de diligence de la part de l'architecte ou de l'ingénieur, mais doit être supporté par le maître; d'autre part, un dépassement supérieur constitue a contrario une violation du contrat par l'architecte ou l'ingénieur, qui doit en supporter les conséquences. La preuve contraire peut néanmoins être apportée par les parties<sup>110</sup>: le maître a la faculté de prouver qu'un dépassement inférieur à la marge de tolérance admissible est dû à une faute de son mandataire, et celui-ci peut apporter la preuve qu'un dépassement supérieur à la marge de

---

<sup>107</sup> Cour civile, Fribourg, 14.03.1969, Extraits 1969, p.74 = SCHAUMANN, n°75.

<sup>108</sup> Cf. SCHUMACHER, in Recht 1994, p.136.

<sup>109</sup> SCHUMACHER parle d'"Anscheinsbeweis", et non de "Vermutung". Cf. SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°759.

<sup>110</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°760; cf. aussi Cour d'appel, Fribourg, 22.09.1987, Extraits 1987, p.23 = BR/DC 1989/4, p.90, n°107 = SCHAUMANN, n°248.

tolérance admissible ne peut lui être imputé à faute. En d'autres termes, la marge de tolérance ne constitue pas une limitation de responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur <sup>111</sup>.

Le pourcentage de tolérance en cas de dépassement des coûts est variable. Il dépend notamment du type de chantier considéré : la jurisprudence <sup>112</sup> ainsi que la doctrine tiennent pour admissible un dépassement de 10% de la somme devisée s'agissant des bâtiments neufs; ce pourcentage peut être supérieur dans le cas d'une rénovation d'immeubles <sup>113</sup>, qui réserve bien souvent de mauvaises surprises. Le Règlement SIA 102 (1984) prévoit différentes marges de tolérance: 25% pour une estimation sommaire au stade de l'avant-projet (art.4.1.4), 20% pour une estimation au stade du projet (art.4.2.2), et 10% pour le devis général (art.4.2.5). L'art. 3.7 Règlement SIA 103 (1984) prévoit également différentes marges de tolérance: + ou - 25% en cas d'étude préliminaire ou préalable, + ou - 20% en cas d'avant-projet, et + ou - 10% en cas de projet définitif. Rappelons que dans tous les cas, la marge de tolérance n'est pas impérative et peut être modifiée par la volonté des parties <sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> SCHUMACHER, in Recht 1994, p.136.

<sup>112</sup> Notamment Cour d'appel, Fribourg, 22.09.1987, Extraits 1987, p.22 = BR/DC 1989/4, p.90, n°107 = SCHAUMANN, n°248; Tribunal cantonal, Valais, 17.09.1985, RVJ 1985, p.309 = BR/DC 1987/1, p.14ss, n°3 et 5 = BR/DC 1987/3, p.65, n°71 = SCHAUMANN, n°70; Kantonsgericht, Saint-Gall, 09.11.1984 / 22.03.1985, RSJ 1986, p.179, n°27 et les réf. = BR/DC 1986/3, p.61s., n°84 = SCHAUMANN, n°72; Kantonsgericht, Grisons, 22.11.1976, PKG 1976, n°10, p.56 = BR/DC 1979/1, p.10, n°3 = SCHAUMANN, n°74; Cour civile, Fribourg, 14.03.1969, Extraits 1969, p.75 = SCHAUMANN, n°75; Tribunal cantonal, Vaud, 14.04.1965, RSJ 1966, p.127, n°78 = SCHAUMANN, n°140.

<sup>113</sup> Dépassement de 25% admis, notamment parce qu'il s'agissait de transformer un ancien bâtiment: Tribunal cantonal, Valais, 17.09.1985, RVJ 1985, p.310 = BR/DC 1987/1, p.14ss, n°3 et 5 = BR/DC 1987/3, p.65, n°71 = SCHAUMANN, n°70; un dépassement de devis de 10 % a été jugé admissible même en cas de rénovation d'un immeuble vétuste par le Tribunal cantonal de Neuchâtel (cf. jugement du 01.12.1980, RJN 1980-81, p.77 c.3 = BR/DC 1984/1, p.13, n°3 = SCHAUMANN, n°73).

<sup>114</sup> Cf. supra, p.102.

*b. La marge de tolérance en cas de dépassement des coûts dû au directeur des travaux*

Lorsque le dépassement des coûts est dû aux instructions inadéquates du directeur des travaux, on ne tiendra pas compte de la marge de tolérance <sup>115</sup>. Celle-ci ne joue un rôle que dans les cas de dépassement du devis. C'est en effet l'imprécision inhérente du devis qui justifie la marge de tolérance: celle-ci n'entre en ligne de compte que dans la mesure où le dépassement du devis est dû à son imprécision; les dépassements de coûts dûs à d'autres causes, par exemple à des instructions erronées du directeur des travaux en cours de chantier, n'ont pas à être supportés par le maître, même s'ils restent dans la marge de tolérance admissible <sup>116</sup>. Le but de la marge de tolérance est de palier à l'inexactitude du devis et non de permettre à l'architecte ou à l'ingénieur d'échapper aux conséquences de sa responsabilité.

Exemple: le directeur des travaux donne une mauvaise instruction à l'électricien, qui doit refaire en partie son travail; le surplus de coût causé par cette instruction inadéquate, même s'il est encore compris dans la marge de tolérance admissible in casu, devra être intégralement pris en charge par le directeur des travaux.

*3. L'imputation de la plus-value*

Le dépassement des coûts de construction, quelle que soit son origine, peut avoir pour effet d'augmenter la valeur objective de la construction. Exemple: Sans s'en référer au maître, le directeur des travaux fait poser un revêtement de sol beaucoup plus onéreux que celui qui avait été projeté. Se pose alors la question de savoir si le maître doit se laisser imputer cette plus-value.

---

<sup>115</sup> Notamment SCHUMACHER, in *Recht* 1994, p.136.

<sup>116</sup> GAUCH, *Überschreitung*, BR/DC 1989/4, p.83; voir aussi une note du même auteur in BR/DC 1986/3, p.62 relative à un jugement du Tribunal cantonal de St-Gall, 09.11.1984/22.03.1985, RSJ 1986, p.179ss, n°27; SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°761; ZEHNDER, n°289.

Cette situation doit être distinguée des cas où les frais supplémentaires occasionnés par le directeur des travaux n'engendrent aucune plus-value objective pour la construction. C'est le cas de frais supplémentaires correspondant à des travaux inutiles, que le directeur des travaux a causés en violation de son contrat, et qui auraient pu être évités s'il avait correctement rempli ses obligations. En telle occurrence, la question de l'imputation au maître de la plus-value ne se pose pas, puisqu'il n'y a justement pas de plus-value <sup>117</sup>.

La question de l'imputation au maître de la plus-value acquise par la construction a essentiellement été examinée sous l'angle de la plus-value résultant du dépassement d'un devis inexact. Les réponses qui y ont été apportées sont contrastées. La problématique n'a pas encore trouvé de solution claire et unanimement admise. Un bref rappel des positions de la doctrine et de la jurisprudence s'impose:

*a. L'imputation de la plus-value selon la doctrine*

Les avis exprimés par la doctrine divergent en ce qui concerne l'imputation de la plus-value sur la créance du maître:

- SCHUMACHER <sup>118</sup> n'admet d'imputer au maître la plus-value objective acquise par la construction que si elle présente, subjectivement, un intérêt pour lui. Il convient donc d'examiner de cas en cas si la prestation ayant entraîné le dépassement de devis apporte objectivement une plus-value à la construction et, si tel est le cas, si la plus-value augmente subjectivement la fortune du maître. L'imputation de la plus-value ne doit en outre pas désavantager le maître: celui-ci ne doit pas pâtir de l'augmentation de sa fortune due à l'imputation de la plus-value <sup>119</sup>. En d'autres termes, il doit pouvoir supporter

---

<sup>117</sup> En ce sens GAUCH, *Überschreitung*, BR/DC 1989/4, p.80 in initio, I.1.1.a.

<sup>118</sup> SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°779ss.

<sup>119</sup> SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°680 (éd.1989) et n°781 (éd.1995).

financièrement cette augmentation de fortune causé par la plus-value pour que l'on puisse la lui opposer <sup>120</sup>. L'imputation de la plus-value devrait rester une exception en pratique <sup>121</sup>.

- GAUCH <sup>122</sup> partage l'avis exprimé par l'auteur précédent. Il n'admet lui aussi l'imputation de la plus-value qu'à la condition qu'elle soit supportable pour le maître selon les règles de la bonne foi (art.2 CC). Il rappelle en outre le principe posé à l'art.672 al.3 CC <sup>123</sup> : lorsqu'un tiers de mauvaise foi érige une construction sur le fonds d'autrui avec les matériaux dont il est propriétaire, ceux-ci deviennent partie intégrante du fonds (art.671 al.1 CC); s'ils sont laissés en place, le propriétaire du fonds doit verser à leur propriétaire une indemnité qui, en raison de la mauvaise foi de ce dernier, "pourra ne pas excéder la valeur minimale des constructions pour le propriétaire du fonds" (art.672 al.3 CO). Par analogie, ce n'est pas la plus-value objective qui doit être imputée au maître, mais la plus-value subjective, c'est-à-dire l'augmentation de valeur que présente la construction pour le maître lui-même. En conséquence, on ne doit imputer au maître aucune plus-value lorsque celle-ci lui est inutile ou lorsque son imputation mettrait le maître dans une situation financière insupportable ("untragbar"). Lorsqu'un devis s'avère par la suite inexact, le maître subit un dommage <sup>124</sup> ("Vertrauensschaden") né de la confiance - déçue - qu'il avait placée dans l'homme de

---

<sup>120</sup> Cf. aussi SCHUMACHER, in Recht 1994, p.140.

<sup>121</sup> SCHUMACHER, in Recht 1994, p.137.

<sup>122</sup> GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.79ss, spécialement p.85, III.1.a; voir également la note du même auteur parue in BR/DC 1986/3, p.61s., n°84, au sujet d'un arrêt du Kantonsgericht, St-Gall, 09.11.1984/22.03.1985, RSJ 1986, p.179ss, n°27.

<sup>123</sup> Cet article était déjà cité par SCHUMACHER [cf. SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°677, note 282 (éd.1989)].

<sup>124</sup> GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.81, 1.2.A.3.

l'art choisi comme architecte; on tiendra compte de la valeur subjective de la construction pour calculer ce dommage <sup>125</sup> .

- ZEHNDER <sup>126</sup> fait appel à l'art.44 al.2 CO, qui permet au juge de réduire les dommages-intérêts dûs par le débiteur lorsque la réparation du préjudice l'exposerait à la gêne, dans les cas où il n'a causé le dommage ni intentionnellement, ni par grave négligence ou imprudence. Mutatis mutandis <sup>127</sup> , l'architecte n'est à son avis tenu de réparer le dommage que si l'imputation au maître de la plus-value, qui résulte du dépassement de devis et à laquelle le maître ne s'attendait pas, exposerait ce dernier à une gêne financière. Cet auteur arrive ainsi à la conclusion que l'imputation de la plus-value au maître se justifie dans de nombreux cas <sup>128</sup> .
- WERRO <sup>129</sup> , commentant un arrêt du Tribunal fédéral <sup>130</sup> relatif à un dépassement des coûts dû à un devis inexact, estime pour sa part que les dépenses supplémentaires qui correspondent à des

---

<sup>125</sup> GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.85, III.1.b.

<sup>126</sup> ZEHNDER, n°247ss, spécialement n°251.

<sup>127</sup> L'art.44 al.2 CO a été édicté en faveur du responsable d'un préjudice: l'on ne saurait exiger de ce dernier le versement de l'intégralité des dommages-intérêts destinés à couvrir un dommage, notamment lorsque cela l'exposerait à la gêne. ZEHNDER veut modifier la portée initiale de cette disposition, en appliquant les principes tirés de la gêne financière à la personne "lésée", in casu le maître: l'on ne saurait à son avis exiger du maître qu'il prenne à sa charge la totalité de la plus-value acquise par la construction lorsque cela l'exposerait à la gêne.

<sup>128</sup> ZEHNDER, n°254.

<sup>129</sup> WERRO, responsabilité de l'architecte, BR/DC 1993/4, p.96ss, spécialement p.98s.

<sup>130</sup> ATF 119 II 249ss = JT 1994 I 303ss = BR/DC 1994/2, p.47ss, n°87-90. Cf. infra, p.109.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires. Cf. notamment GAUCH, in BR/DC 1994/2, p.47ss, n°87 à 90; HONSELL, in PJA 1993, p.1260ss; SCHUMACHER, in Recht 1994, p.126ss; WERRO, in BR/DC 1993/4, p.96ss; ZEHNDER, n°373ss.

prestations non comprises dans le devis, mais qui trouvent une contrepartie dans la valeur de la construction, doivent en principe être supportées par le maître. Lorsque le montant qui dépasse le devis trouve une contrepartie dans la plus-value objective de l'immeuble, on ne saurait à son avis parler de dommage. Par contre, lorsque l'architecte a promis l'exactitude du devis, le maître a droit à une construction à un prix déterminé; l'architecte doit alors prendre à sa charge les coûts supplémentaires éventuels, qui ne sauraient être imputés au maître.

*b. L'imputation de la plus-value selon la jurisprudence*

Pour tenir compte de la plus-value acquise par l'immeuble en cas de dépassement d'un devis inexact, quelques cours cantonales<sup>131</sup> ont procédé à un calcul en deux étapes. Première étape: le dommage subi par le maître équivaut au montant dépassant le pourcentage de tolérance admis, diminué du prix des travaux éventuellement exigés ou approuvés par le maître. Deuxième étape: il convient de partager en deux le montant obtenu et de faire supporter chaque moitié à chacune des parties, pour tenir compte - notamment - de la plus-value acquise par l'immeuble.

Au fil du temps, cette manière de procéder, certes simple et commode, a suscité des critiques de plus en plus vives. Dans un arrêt de juillet 1993, le Tribunal fédéral a souhaité améliorer ce calcul de Salomon<sup>132</sup> :

<sup>131</sup> Par exemple Tribunal cantonal, Valais, 17.09.1985, RVJ 1985, p.310, commenté - et critiqué - par GAUCH in BR/DC 1987/1, p.15s., n°5, point 8 (= SCHAUMANN, n°70). Autres exemples: Obergericht, Grisons, 22.11.1976, PKG 1976, n°10, p.57 = BR/DC 1979/1, p.10, n°3 = SCHAUMANN, n°74; Tribunal cantonal, Fribourg, 14.03.1969, Extraits 1969, p.78, qui est à l'origine de cette pratique (= SCHAUMANN, n°75). Voir également COTTIER, JDC 1981, p.8 et les références jurisprudentielles citées, ainsi que ZEHNDER, n°234, note 88.

<sup>132</sup> Terme relevé chez TERCIER, dans sa note parue in BR/DC 1988/3, p.64, n°62, au sujet d'un arrêt du Tribunal cantonal tessinois, 17.02.1986, Rep.1987, p.214ss; cf. également WERRO, responsabilité de l'architecte, BR/DC 1993/4, p.98.

Le Tribunal fédéral <sup>133</sup> fait sien l'avis de GAUCH <sup>134</sup> et retient que le fait pour l'architecte d'établir un devis inexact équivaut à la violation de son devoir d'informer le maître sur les coûts de construction; l'architecte responsable d'une telle violation est tenu de réparer le dommage subi de ce fait par le maître; il s'agit en l'occurrence du "Vertrauensschaden" <sup>135</sup>, c'est-à-dire du dommage résultant du fait que la confiance, que le maître avait placée dans les capacités de l'homme de l'art choisi comme architecte, a été trahie par la violation contractuelle de ce dernier. Pour calculer le dommage, le Tribunal fédéral ne retient pas la plus-value objectivement acquise par la construction du fait des dépenses supplémentaires, car le maître n'a pas voulu cette plus-value; faisant sien l'avis de SCHUMACHER <sup>136</sup>, il n'admet d'imputer au maître la plus-value objective acquise par la construction que si elle présente, subjectivement, un intérêt pour lui. Le dommage subi par le maître du fait de sa confiance déçue équivaut selon les juges fédéraux à la différence entre le coût effectif de la

---

<sup>133</sup> ATF 119 II 252 c.3 bb).

Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires. Cf. notamment GAUCH, in BR/DC 1994/2, p.47ss, n°87 à 90; HONSELL, in PJA 1993, p.1260ss; SCHUMACHER, in Recht 1994, p.126ss; WERRO, in BR/DC 1993/4, p.96ss; ZEHNDER, n°373ss.

<sup>134</sup> GAUCH, in BR/DC 1989/4, p.81s.

<sup>135</sup> Cette qualification est approuvée par SCHUMACHER, in Recht 1994, p.139; WERRO, in BR/DC 1993/4, p.98; ZEHNDER, n°384. Elle est critiquée par HONSELL, in PJA 1993, p.1261.

HONSELL est d'avis que qualifier le dommage subi par le maître de "Vertrauensschaden" est inexact: il estime que l'établissement d'un devis inexact constitue une violation positive du contrat au sens des art.398 al.2 et 97 CO, et que le dommage du maître réside dans la différence existant entre le montant atteint par les coûts de construction ensuite de l'erreur de l'architecte et le montant que les coûts auraient atteint si l'architecte avait correctement rempli ses obligations (cf. HONSELL, PJA 1993, p.1261). L'avis exprimé par HONSELL est critiqué par GAUCH (cf. Commentaire de GAUCH de l'ATF 119 II 249ss, in BR/DC 1994/2, p.48, n°89, chiffre 4).

<sup>136</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°677 (éd.1989).

construction et sa valeur subjective; celle-ci est égale au montant du devis, augmenté de la marge de tolérance et du coût des travaux commandés ou acceptés par le maître <sup>137</sup>. Si les dépenses excédant le devis ne sont d'aucune utilité pour le maître, l'architecte doit prendre à sa charge la différence qui existe entre le montant du devis et la facture finale. Le Tribunal fédéral fait également référence à l'art.672 al.3 CC et se fonde sur GAUCH <sup>138</sup> pour juger qu'une plus-value que le maître n'a pas voulu, et qui ne présente aucun intérêt pour lui ou dont la charge financière lui serait intolérable ne doit pas être imputée au maître <sup>139</sup>.

Cet arrêt fédéral, rendu en juillet 1993, a très vite trouvé un large écho, mais ne fait pas l'unanimité <sup>140</sup>. Malgré cette jurisprudence, les praticiens restent encore le plus souvent perplexes devant les problèmes complexes soulevés par la responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur en cas de dépassement des coûts de construction. Les commentaires qui ont suivi la parution de cet arrêt tout à la fois approuvent et critiquent la solution des juges sur des points différents. Le sujet est loin d'être épuisé. Chacun attend une nouvelle décision avec impatience et curiosité.

Quoiqu'il en soit, la rigueur avec laquelle notre haute cour a jugé l'architecte ne doit pas faire oublier que le juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation (art.43 al.1 et 44 al.2 CO), peut équitablement réduire les dommages-intérêts dus par l'architecte ou l'ingénieur au maître, notamment lorsque le préjudice causé par le dépassement de

---

<sup>137</sup> Le calcul de la valeur subjective tel qu'il est effectué par le Tribunal fédéral est critiqué par GAUCH (cf. Commentaire de GAUCH de l'ATF 119 II 249ss, BR/DC 1994/2, p.49, n°90, chiffre 4). A son avis, cette manière de procéder conduit à considérer - de manière erronée - tout coût supplémentaire ayant pour cause l'inexactitude inhérente au devis comme un poste du dommage subi par le maître dès l'instant où il dépasse la marge de tolérance admissible.

<sup>138</sup> GAUCH, Überschreitung, BR/DC 1989/4, p.79ss.

<sup>139</sup> SCHUMACHER approuve le Tribunal fédéral sur ce point, avec cependant quelques réserves s'agissant de la prise en compte des ressources financières du maître (cf. SCHUMACHER, in Recht 1994, p.140).

<sup>140</sup> Cf. les critiques mentionnées en cours d'exposé.

devis n'a été causé ni intentionnellement, ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le responsable à la gêne...

#### 4. *Les autres postes du dommage engendré par un dépassement des coûts*

Le dépassement des coûts de construction peut engendrer certains frais qui tombent à charge du maître; ils constituent une partie du dommage qu'il a subi. Exemples: les honoraires d'un architecte tiers chargé de vérifier les coûts de construction <sup>141</sup>; l'augmentation de la charge hypothécaire du maître <sup>142</sup>, qui a dû recourir au crédit dans une plus large mesure que ce qui avait été prévu initialement; les frais de notaire, de banque, etc., relatifs à la constitution d'un crédit supplémentaire; les augmentations de primes d'assurance, d'impôts immobiliers; les frais d'entretien plus élevés; le fait d'avoir dû réaliser des valeurs à un cours désavantageux pour se procurer des liquidités <sup>143</sup>, etc.

#### c. *Solution proposée*

La solution proposée ici n'a pas la prétention de clarifier une fois pour toutes l'ensemble des problèmes soulevés par le calcul du dommage subi par le maître et celui des dommages-intérêts dus par l'homme de l'art en cas de dépassement fautif des coûts de construction. Le lecteur doit plutôt y voir un mode d'emploi, qui par essence se veut pratique avant tout:

En cas de dépassement fautif des coûts de construction, le maître doit dans tous les cas prendre à sa charge:

---

<sup>141</sup> Tribunal fédéral, 08.04.1909, SJ 1909, p.490 litt.d = SCHAUMANN, n°79.

<sup>142</sup> Cour civile, Fribourg, 14.03.1969, Extraits 1969, p.77 = SCHAUMANN, n°75.

<sup>143</sup> Cour civile, Fribourg, 14.03.1969, Extraits 1969, p.77 = SCHAUMANN, n°75.

1. Le montant correspondant aux travaux devisés - ou contractuellement prévus ou justifiés - qui ont effectivement été réalisés et qui font l'objet d'une facturation correcte.

Exemple: Lors d'une rénovation, et après l'enlèvement de lambris boisés, le directeur des travaux s'aperçoit que les murs, sur lesquels il avait été projeté de mettre de la tapisserie, sont en beaucoup plus mauvais état que prévu, contrairement à toutes les assurances du maître à ce sujet. Avant de poser la tapisserie, il faut faire appel aux services du maçon pour consolider et lisser les murs. La facture de cet entrepreneur doit être intégralement prise en charge par le maître.

2. Le montant correspondant aux travaux supplémentaires qu'il a ordonnés ou auxquels il a consenti en cours de chantier.

Exemple: En cours de chantier, le maître se rend compte qu'il lui serait bien utile d'avoir une prise électrique à la cave, ce qui lui permettrait d'y installer un congélateur. Il doit prendre à sa charge les frais de cette installation.

3. Si les parties ont prévu une rémunération calculée en pourcent du coût de la construction, les honoraires du directeur des travaux calculés sur la marge de tolérance admissible in casu, sur les travaux supplémentaires commandés par le maître et ceux auxquels il a consenti en cours de chantier, et sur la plus-value imputable au maître. Les honoraires de l'architecte ou de l'ingénieur pour les prestations concernant les travaux devisés et effectivement réalisés sont en règle générale déjà compris dans le devis.
4. La plus-value qui peut lui être imputée in casu <sup>144</sup>. Nous sommes d'avis que les coûts relatifs aux travaux ayant engendré un

---

<sup>144</sup> La question de l'imputation de la plus-value au maître se pose aussi bien dans les cas de devis inexact que dans les cas de direction de chantier défectueuse. Se limiter à l'examen de cette question dans les seuls cas de devis inexact n'est pas justifié, et reviendrait à avantager l'architecte chargé

accroissement de la valeur vénale de la construction doivent être imputés au maître. Nous partageons donc l'avis - minoritaire - de WERRO <sup>145</sup>, pour qui l'on ne saurait parler de dommage lorsque le montant qui dépasse le devis trouve une contrepartie dans la plus-value objective de l'immeuble.

*d. Délais de prescription*

Le dépassement des coûts de construction peut être provoqué ou non par les travaux de réfection nécessités par un défaut de construction dont le directeur des travaux répond. Les délais de prescription sont à notre avis différents selon que l'instruction inadéquate du directeur des travaux, cause du dépassement, a eu pour effet ou non de provoquer un défaut de construction ayant entraîné des frais de réfection.

*1. Le dépassement des coûts de construction ne résulte pas d'un défaut de construction dont le directeur des travaux répondrait*

La prétention du maître à l'encontre du directeur des travaux se prescrit par 10 ans à compter de l'acte dommageable <sup>146</sup> [art.127 CO; art.1.8.1 Règlements SIA 102 et 103 (1984)].

Exemple: sans s'en référer au maître, le directeur des travaux fait poser un revêtement de sol plus onéreux que celui qu'il avait choisi.

*2. Le dépassement des coûts de construction résulte d'un défaut de construction dont le directeur des travaux répond*

Lorsqu'une instruction inadéquate du directeur des travaux provoque un défaut de construction, qui entraîne des frais de

---

de l'établissement d'un devis qui exécute mal sa prestation par rapport au directeur des travaux chargé de la conduite d'un chantier qui remplit mal ses obligations.

<sup>145</sup> WERRO, in BR/DC 1993/4, p.96ss, spécialement p.98s.

<sup>146</sup> ZEHNDER, n°325.

réfection, qui eux-mêmes constituent le dépassement des coûts, le délai de prescription est à notre avis de 5 ans [art.371 al.2 CO; art.1.8.2 Règlements SIA 102 et 103 (1984)].

Exemple: le directeur des travaux donne à l'entrepreneur une instruction inadéquate s'agissant du coulage d'une dalle; la dalle présente un défaut si grave qu'elle doit être entièrement démolie, puis refaite; les frais qui en découlent provoquent un dépassement des coûts de construction.

## 7. *Le tort moral*

Du fait de son directeur des travaux, le maître peut subir un préjudice sous forme de diminution involontaire de son bien-être. Il peut ressentir des souffrances physiques ou morales lorsque la violation contractuelle du directeur des travaux se traduit par une atteinte à son intégrité corporelle ou à sa personnalité. Par renvoi de l'art.99 al.3 CO, sont applicables également dans les cas de responsabilité contractuelle<sup>147</sup> les art.47 (réparation morale ensuite de lésions corporelles ou de mort d'homme) et 49 CO (réparation ensuite d'atteinte à la personnalité).

En vertu de l'art.47 CO, le maître blessé par la faute de son directeur des travaux peut exiger de sa part le versement d'une indemnité à titre de réparation morale. Exemple: le directeur des travaux omet de prendre des mesures de sécurité suffisantes sur le chantier; le maître, en visite sur le chantier, se blesse grièvement en tombant dans une cage d'escalier qui n'était pas entourée de barrières de protection. Si le maître décède par la faute du directeur des travaux, ses proches, à certaines conditions, peuvent également exiger le versement d'une indemnité à titre de réparation morale (art.47 in fine CO).

Aux termes de l'art.49 CO, si le maître subit une atteinte illicite à sa personnalité, il a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que le directeur des travaux ne lui ait pas donné satisfaction autrement.

---

<sup>147</sup> GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1588.

Exemple: le directeur des travaux viole son devoir de discrétion en divulguant les plans d'une de ses réalisations architecturales sans avoir demandé d'autorisation au maître; si la gravité de l'atteinte le justifie, le maître peut exiger une réparation morale.

Prescription: Les droits du maître en réparation du tort moral fondés sur la violation du contrat se prescrivent par dix ans (art.127 CO). Ce délai court dès le jour où le fait dommageable s'est produit <sup>148</sup>.

### 8. *Le défaut architectural*

Il y a défaut architectural lorsque la construction, sans être affectée d'un défaut au sens strict, n'est pas conforme à la convention: contrairement à la volonté du maître, la construction ne présente pas un caractère spécifique <sup>149</sup>. Le défaut architectural est généralement dû au directeur des travaux qui n'a pas respecté les instructions du maître ou qui ne lui a pas donné l'occasion de s'exprimer <sup>150</sup>. Exemples: le maître souhaitait une cuisine ouverte sur le coin à manger, mais le directeur des travaux, en cours de chantier, a donné à l'entrepreneur l'instruction d'ériger un mur de séparation; le directeur des travaux choisit les revêtements de sol à la place du maître, qui ne s'était pas encore décidé sur ce point.

Le défaut architectural peut avoir pour conséquence d'augmenter ou de diminuer la valeur de la construction. Exemple de plus-value: le directeur des travaux fait poser un parquet de chêne au lieu du tapis tendu choisi par le maître. Exemple de moins-value: le directeur des travaux fait poser des appareils ménagers bas-de-gamme dans une cuisine que le maître souhaitait luxueuse. Lorsque le défaut architectural augmente la valeur de la construction, le directeur des travaux responsable de ces frais supplémentaires doit les prendre à sa

---

<sup>148</sup> ATF 106 II 134ss.

<sup>149</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°546.

<sup>150</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°546.

charge, sous réserve de l'imputation de la plus-value au maître <sup>151</sup>. Lorsque le défaut architectural diminue la valeur de la construction, le directeur des travaux responsable doit prendre à sa charge tous les frais nécessités par une "remise en état" de la construction, pour autant que celle-ci soit possible et n'entraîne pas de dépenses excessives <sup>152</sup> (art.368 al.2 CO par analogie).

Prescription: Les prétentions du maître pour défaut architectural se prescrivent par dix ans (art.127 CO) <sup>153</sup>. Le délai de prescription de cinq ans pour les prétentions relatives à un défaut de construction au sens strict (art.371 al.2 CO) ne s'applique pas.

#### E. LES REGLEMENTS SIA 102 ET 103 (1984)

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) traitent tous deux du dommage que doit réparer l'architecte / l'ingénieur responsable à l'article 1.6 <sup>154</sup>. Ils prévoient tous deux que l'architecte / l'ingénieur "est tenu de réparer le dommage direct subi par le mandant". La portée de cette clause est discutée (1.), et sa validité même mise en doute (2. <sup>155</sup>):

##### 1. *La notion de "dommage direct" et la portée de l'art.1.6 Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne précisent pas ce qu'il faut entendre par "dommage direct". Cette notion est vague. Doctrine et jurisprudence ne sont pas unanimes:

---

<sup>151</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°549. Au sujet de l'imputation de la plus-value au maître, cf. supra, p.104ss.

<sup>152</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°548.

<sup>153</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°547 (et la note 331) et n°657.

<sup>154</sup> Au sujet de cette clause, cf. également TRÜMPY, p.9ss.

<sup>155</sup> Cf. infra, p.118.

- Il y a dommage direct en cas de perte effective (*damnum emergens*), et dommage indirect en cas de gain manqué (*lucrum cessans*) <sup>156</sup> .
- Le dommage direct dont répondrait l'architecte / l'ingénieur est limité aux atteintes matérielles portées à la construction ("*Mangelschäden*"), à l'exclusion des dommages "indirects" ("*Mangelfolgeschäden*") <sup>157</sup> .
- L'art.1.6 Règlement SIA 102 (1984) [et, par analogie, l'art.1.6 Règlement SIA 103 (1984)] reprend l'esprit de la loi, dans la mesure où l'architecte / l'ingénieur ne répond que du dommage résultant d'une violation contractuelle, conformément à la théorie de la causalité adéquate <sup>158</sup> .
- Cette clause ne met à charge de l'architecte que "la valeur de la prestation et les frais qui résultent de l'inexécution de cette prestation, à l'exclusion du dommage économique ou des dettes du mandant occasionnées par la violation du mandat" <sup>159</sup> .

Ces définitions ne se recourent pas exactement. La portée que la SIA souhaite voir donner à ces clauses ne ressort pas du texte. Les tribunaux n'ont à notre connaissance pas eu à trancher le problème. A notre avis, la question de la portée des articles 1.6 Règlements SIA 102 et 103 (1984) doit être reléguée au second plan: la question essentielle est bien plutôt de savoir si ces derniers, vu leur nature et

---

<sup>156</sup> Selon la terminologie d'ENGEL, p.325. Cf. également HEIM / BAUDRAZ, JT 1984 I, p. 131. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le dommage direct au sens de l'art.208 al.2 CO se limite à la perte effective, à l'exclusion du gain manqué (ATF 79 II 376ss).

<sup>157</sup> HESS, p.97, n°26 et p.98, n°30.

<sup>158</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°558.

<sup>159</sup> ABRAVANEL, nouveaux Règlements SIA 102 et 103, JDC 1985, p.75 (contribution commune avec SUTER et JOYE).

leur contenu, trouvent application dans le contrat de mandat qu'est le contrat de direction de chantier:

## 2. *La validité de l'art.1.6 Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

A juste titre, la validité même de l'art.1.6 est mise en doute. On lui reproche son aspect atypique du mandat<sup>160</sup> et son imprécision<sup>161</sup>. On lui trouve même un caractère insolite<sup>162</sup>.

Faut-il tenir l'art.1.6 pour insolite? Le maître qui accepte d'intégrer le Règlement SIA 102 (1984) ou le Règlement SIA 103 (1984) au contrat conclu avec le directeur des travaux ignore généralement la présence d'une clause modifiant le régime de la responsabilité, car c'est le plus souvent un néophyte. Faut-il en conséquence dénier à cette clause tout effet dans les cas où le maître n'a aucune expérience de la branche et a accepté une intégration globale du Règlement considéré, sans que son attention n'ait été attirée sur l'existence de cette disposition? Certains auteurs sont de cet avis<sup>163</sup>. Toutefois, le seul fait que le maître ignore la présence d'une clause modifiant le régime de la responsabilité dans des conditions générales qu'il a acceptées globalement ne suffit pas à lui donner un caractère insolite. Il faut au surplus que la clause en question soit étrangère à l'affaire<sup>164</sup>.

Puisque chacun s'accorde à dire que l'art.1.6 est obscur, le maître peut opposer à son mandataire la règle de l'ambiguïté ("in dubio

---

<sup>160</sup> ABRAVANEL est d'avis que cette clause, atypique du mandat, devra être "abrogée" (cf. ABRAVANEL, qualification, in *Le droit de l'architecte*, 1989, n°138).

<sup>161</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°555ss.

<sup>162</sup> ZEHNDER, n°345.

<sup>163</sup> C'est semble-t-il l'avis de SCHUMACHER et ZEHNDER (Cf. SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°557; ZEHNDER, n°345).

<sup>164</sup> SCHÖNENBERGER / JÄGGI, n.498s. ad I CO; ATF 109 II 452ss = JT 1984 I 470ss.

contra proferentem")<sup>165</sup> qui, à notre avis, conduit en l'espèce à refuser toute application à l'art.1.6. Il ne faut admettre la validité de cette clause que dans les cas où elle a fait l'objet d'une négociation individualisée, par laquelle les parties ont précisé sa portée, et où le maître, qu'il soit ou non versé dans l'art de construire, a accepté en toute connaissance de l'intégrer au contrat conclu avec le directeur des travaux. Dans le cas contraire, il convient à notre avis de lui refuser toute application, et donc partir de l'idée que l'architecte ou l'ingénieur est a priori tenu de réparer tout dommage subi par le mandant.

### III. LA FAUTE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX

#### A. GENERALITES

Pour être tenu civilement responsable, le directeur des travaux doit avoir commis une faute<sup>166</sup>.

##### 1. Définition de la faute

On peut donner à la faute le sens d'un "manquement à la diligence due par l'auteur"<sup>167</sup> d'un dommage. Le degré de diligence attendue du directeur des travaux est déterminé par la convention des parties. S'agissant du contrat de mandat, l'art.398 al.1 CO renvoie à l'art.321e CO, qui traite de la responsabilité du travailleur. Ainsi, pour déterminer la mesure de la diligence attendue du mandataire, on tiendra compte "du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités" du mandataire en question (art.321e al.2 CO). Comme dans le contrat de travail, on examinera l'ensemble des circonstances pour juger s'il y a eu faute (par exemple;

<sup>165</sup> SCHÖNENBERGER / JÄGGI, n.489 ad 1 CO; ATF 99 II 292ss = JT 1974 I 361ss; ATF 82 II 452 c.2 = JT 1957 I 366 c.2.

<sup>166</sup> Notamment DERENDINGER, n°241s.; FELLMANN, n.462ss ad 398 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.110s.

<sup>167</sup> ENGEL, p.312.

genre de mandat, risque professionnel, temps à disposition, degré de formation et connaissances techniques que requiert le mandat confié, etc. <sup>168</sup> ). Au surplus, il peut y avoir violation du devoir de diligence par action ou omission.

La faute est la condition subjective mise à la responsabilité; elle doit être distinguée de la violation du contrat, qui constitue une condition objective de la responsabilité <sup>169</sup> . Cette distinction théorique rencontre quelques difficultés dans son application pratique, essentiellement pour les deux raisons suivantes:

- La violation du contrat de mandat consiste en la violation d'un devoir de diligence, qui se confond avec la faute <sup>170</sup> .
- La faute elle-même peut, selon l'approche adoptée, recevoir une définition objectivée ou non. Entre ces deux approches de la faute, la doctrine est en effet partagée. Un très bref rappel s'impose.

---

<sup>168</sup> Notamment FELLMANN, n.479 et 484 ad 398 CO; GAUTSCHI, n.24 a et ss ad 398 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.2 ad 398 CO; TERCIER, contrats spéciaux, n°4015.

<sup>169</sup> Cf. supra, p.75ss.

<sup>170</sup> Notamment FELLMANN, n.352ss ad 398 CO; GÜNTER, in RSJ 1993, p.96; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.113s. et 117s.; WERRO, mandat, n°852.

## 2. *L'approche objectivée et l'approche subjective de la faute*

### a. *L'approche objectivée de la faute*

Une partie - majoritaire - de la doctrine<sup>171</sup>, ainsi que la jurisprudence, optent pour une définition objectivée de la faute<sup>172</sup> : on apprécie le comportement de l'auteur d'un dommage, par rapport au comportement qu'aurait eu, dans les mêmes circonstances, une personne diligente, avisée, doté du même profil professionnel et social que l'auteur du dommage.

Cette approche a pour conséquence que la personne dont la responsabilité est engagée ne pourra pas faire valoir, pour se libérer, des motifs d'excusabilité personnels, comme le stress, la fatigue ou la maladie par exemple<sup>173</sup>. Le directeur des travaux ne peut ainsi échapper aux conséquences d'une direction de chantier défectueuse en invoquant une surcharge de travail.

### b. *L'approche subjective de la faute*

Une partie de la doctrine<sup>174</sup> - plutôt minoritaire - défend une conception dualiste de la faute: celle-ci présente à la fois un aspect objectif (1.) et un aspect subjectif (2.). C'est la réunion de ces deux aspects qui compose la faute:

---

<sup>171</sup> Notamment BREHM, n.184ss ad 41 CO; OFTINGER / STARK, I, p.205ss; PIOTET, p.54ss.

<sup>172</sup> S'agissant de l'objectivation de la faute de l'architecte, cf. SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°511ss (éd.1989).

<sup>173</sup> Cf. BREHM, n.190 ad 41 CO; OFTINGER / STARK, I, p.206 et 211.

<sup>174</sup> Voir surtout CUENDET, p.84-122, et WERRO, capacité de discernement et faute, n°41ss, 278ss et 359ss, ainsi que mandat, n°863ss; voir également GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1613ss.

### *1. L'élément objectif de la faute*

L'aspect objectif de la faute réside en la "violation d'un devoir imposé par l'ordre juridique ou le contrat" <sup>175</sup>, plus particulièrement dans la "différence qui existe entre la conduite qu'aurait adoptée une personne avisée, placée dans les mêmes circonstances que l'auteur du préjudice et la conduite qu'a eue celui-ci" <sup>176</sup>. Violation d'un devoir de diligence et faute objective ne font donc qu'un <sup>177</sup>.

### *2. L'élément subjectif de la faute*

L'aspect subjectif de la faute réside dans "l'erreur d'usage que l'individu fait de ses facultés intellectuelles et/ou volontaires en relation avec l'erreur de conduite incriminée" <sup>178</sup>. En d'autres termes, "commet une faute subjective, l'auteur qui n'a pas évité la faute objective alors qu'il n'en n'était pas empêché par suite d'incapacité de discernement" <sup>179</sup>.

### *3. Les modalités de la faute: la faute intentionnelle et la faute par négligence*

Dans le domaine de la responsabilité civile, la distinction traditionnellement opérée entre faute intentionnelle et faute par négligence n'a pas grande importance, car le débiteur engage déjà sa responsabilité par simple négligence <sup>180</sup>.

---

<sup>175</sup> WERRO, capacité de discernement et faute, n°279ss, spécialement n°283.

<sup>176</sup> WERRO, capacité de discernement et faute, n°360ss, spécialement n°361.

<sup>177</sup> WERRO, mandat, n°851 et n°863ss.

<sup>178</sup> WERRO, capacité de discernement et faute, n°363.

<sup>179</sup> WERRO, mandat, n°867.

<sup>180</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.82, § 7, ch.2, n°18.

a. *La faute intentionnelle*

Commet une faute intentionnelle - ou dol - le directeur des travaux qui a voulu la violation contractuelle. Dans la pratique, le dol simple <sup>181</sup>, soit l'intention au sens strict, se présente - heureusement - rarement. Par contre, le dol éventuel <sup>182</sup>, qui est lui aussi une des formes de l'intention, est plus fréquent: commet un dol éventuel le directeur des travaux qui ne voulait pas directement le résultat qui s'est produit, mais qui l'a accepté pour le cas où il se produirait <sup>183</sup>. Exemple: pour terminer le chantier dans les délais, le directeur des travaux ordonne la pose des chapes avant séchage suffisant des dalles; les dallages posés ensuite présentent quelques mois plus tard des fissures.

b. *La faute par négligence*

Le directeur des travaux engage le plus souvent sa responsabilité pour avoir fait preuve de négligence. Même le meilleur architecte peut être parfois négligent: ce qui se comprend humainement ne s'excuse toutefois pas sur le plan juridique.

La négligence peut être définie comme un "manque de diligence dû à l'inertie de la volonté" <sup>184</sup>: le directeur des travaux engage sa responsabilité pour n'avoir pas pris les mesures nécessaires à éviter le résultat qui s'est produit. Exemples jurisprudentiels: le directeur des travaux néglige d'ordonner les mesures destinées à prévenir efficacement un éboulement dans la fouille <sup>185</sup>, ou les mesures nécessaires pour protéger l'ouvrage lors de travaux de réfection <sup>186</sup>.

---

<sup>181</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.82, § 7, ch.2, n°21.

<sup>182</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.82, § 7, ch.2, n°21.

<sup>183</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.82, § 7, ch.2, n°21.

<sup>184</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.83, § 7, ch.2, n°24.

<sup>185</sup> ATF 115 II 42ss = JT 1989 I 531ss.

<sup>186</sup> ATF 93 II 317ss = JT 1969 I 143ss (arrêt KALBERMATTEN).

#### 4. *L'intensité de la faute*

La faute peut être grave<sup>187</sup> ou légère. Cette distinction, au demeurant quelque peu artificielle<sup>188</sup> et souvent critiquée pour son schématisme, n'a qu'une portée très limitée, car le directeur des travaux répond de toute faute (art.99 al.1 CO).

L'intensité de la faute commise joue néanmoins un rôle dans les cas suivants:

- La gravité de la faute est prise en compte par le juge lors de la fixation des dommages-intérêts (art.43 al.1 et 44 al.2 CO).
- La gravité de la faute joue un rôle capital en droit des assurances (cf. par exemple l'art.14 LCA, qui permet à l'assureur de réduire sa prestation selon la gravité de la faute commise par le preneur).
- La faute grave rend nulle toute clause exclusive ou limitative de responsabilité (art.100 al.1 CO).
- A teneur de l'art.100 al.2 CO, "le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité"<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Exemple de faute grave: le dépassement des coûts de construction s'élève à plus de 50% du montant du devis, sans que l'attention du maître ait été attirée sur l'explosion des coûts (Kantonsgericht, Grisons, 13/14.06.1956, PKG 1956, n°14, p.64ss = RSJ 1957, p.332 = SCHAUMANN, n°77).

<sup>188</sup> Voir les commentaires de DESCHENAUX / TERCIER, p.85, § 7, ch.3, n°38.

<sup>189</sup> Au sujet de l'application de cette disposition au contrat d'architecte, cf. infra, p.166ss.

- La faute grave du directeur des travaux, imputable au maître en vertu de l'art.101 al.1 CO <sup>190</sup>, peut interrompre le lien de causalité adéquate dans un cas de responsabilité de l'entrepreneur résultant du contrat d'entreprise conclu entre le maître et l'entrepreneur.

#### 5. *L'auteur de la faute*

La faute peut avoir été commise aussi bien par le directeur des travaux en personne que par son auxiliaire. La faute d'un auxiliaire n'est toutefois pas une condition mise à la responsabilité du débiteur <sup>191</sup>.

#### 6. *L'imputation au maître de la faute du directeur des travaux*

La faute du directeur des travaux, considéré comme un auxiliaire du maître au sens de l'art.101 al.1 CO, est généralement imputée à ce dernier <sup>192</sup>.

### B. FARDEAU DE LA PREUVE DE LA FAUTE

En responsabilité contractuelle, la faute est présumée. Le maître n'a donc pas à la prouver <sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> Cf. infra, p.219ss.

<sup>191</sup> Cf. infra, p.139.

<sup>192</sup> Cf. infra, p.219ss.

<sup>193</sup> Contra: WERRO, qui est d'avis que les art.97 et 101 CO ne sont adaptés qu'aux obligations de résultat, et qu'il devrait appartenir au créancier de prouver la faute du débiteur ou de son auxiliaire lorsque l'obligation est de moyen (WERRO, commentaire d'un arrêt du Tribunal fédéral paru in BR/DC 1991/4, p.95s., n°150): "Quand un résultat est suffisamment certain pour faire l'objet de la promesse, il est normal que le débiteur explique que son manque de diligence n'est pas la cause de l'échec quand il ne l'obtient pas. C'est le contraire qu'il faut retenir lorsque le résultat est aléatoire: en effet, il n'est pas anormal qu'une diligence appropriée n'aboutisse pas au résultat souhaité et il se peut très bien que l'échec repose sur la réalisation

## C. PREUVE LIBERATOIRE

### 1. Généralités

Pour se libérer, le directeur des travaux doit prouver qu'aucune faute ne lui est imputable. Cet exercice lui est extrêmement difficile, voire impossible. En effet, la faute est généralement objectivée<sup>194</sup> : si le maître prouve qu'il y a - objectivement - violation du contrat, la faute - subjective - est alors bien souvent prouvée<sup>195</sup>. Dans ces circonstances, la preuve libératoire est impossible à rapporter.

### 2. Faute et respect des usages de la profession

Le directeur des travaux peut-il se libérer s'il prouve qu'il a respecté les usages ou les habitudes de la profession ? En principe, non. Le fait d'avoir agi conformément à la pratique, à l'usage ou aux habitudes prévalant au sein d'une corporation ne conduit pas automatiquement à la libération de la personne responsable d'un dommage<sup>196</sup>. Le fait que tous les membres d'une profession, ou une majorité d'entre eux, agissent de la même manière dans les mêmes circonstances ne signifie en effet pas que cette façon de faire ne constitue pas une faute<sup>197</sup>. D'autre part, de mauvaises "habitudes" peuvent être courantes dans le milieu professionnel considéré<sup>198</sup>.

---

du risque qui fonde l'aléa". Voir également, du même auteur: mandat, n°872ss.

<sup>194</sup> Cf. supra, p.121ss.

<sup>195</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°584. Voir également FELLMANN, n.445 ad 398 CO; WEBER, in PJA 1992, p.185.

<sup>196</sup> BREHM, n.186 ad 41 CO et les réf. jurisprudentielles.

<sup>197</sup> ENGEL, p.312; SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°578.

<sup>198</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.83, § 7, ch.2, n°28.

Par contre, l'inobservation de clauses des Règlements et Normes SIA ayant valeur d'usage <sup>199</sup> peut équivoir à une faute lorsque ces clauses sont l'expression de la mesure de la diligence que l'on est en droit d'exiger d'un professionnel de la construction <sup>200</sup>, même si elles émanent d'une association professionnelle de droit privé <sup>201</sup>.

### 3. *Faute et respect des prescriptions administratives ou des règlements de police*

La construction regorge de prescriptions administratives ou de règlements de police. Le directeur des travaux peut-il se libérer s'il prouve qu'il les a respectés ? La réponse doit être nuancée:

- Le respect de dispositions légales ne conduit pas ipso facto à la libération du responsable <sup>202</sup>. En certaines circonstances, il convient en effet d'aller au-delà des mesures de prudence codifiées <sup>203</sup>.
- Pour se libérer, la personne tenue pour responsable ne peut pas non plus invoquer l'accord donné ou l'autorisation délivrée par une autorité, quelle qu'elle soit <sup>204</sup>.

---

<sup>199</sup> Le Tribunal fédéral a jugé que les règles fixées dans la Norme SIA 154 (1973) sur la publicité pouvaient être considérées comme l'expression de l'usage de la profession d'architecte: cf. ATF 104 Ia 478 c.3 = JT 1981 I 32 (rés.) = SJ 1980, p.159 = RJB 1980, p.254 = BR/DC 1981/1, p.19, n°29 = SCHAUMANN, n°224.

<sup>200</sup> BREHM, n.187 in fine ad 41 CO et les références jurisprudentielles. Cf. également ZUFFEREY, JDC 1993, p.26, n°3 et 4.

<sup>201</sup> A ce sujet, cf. également OFTINGER / STARK, I, p.216.

<sup>202</sup> BREHM, n.186 in fine ad 41 CO; OFTINGER / STARK, I, p.216.

<sup>203</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.83, § 7, ch.2, n°28 et les réf. jurisprudentielles.

<sup>204</sup> BREHM, n.186 ad 41 CO; OFTINGER / STARK, I, p.217.

- A contrario, l'inobservation de prescriptions administratives ou de police ne constitue pas une faute dans les cas où les circonstances permettaient une dérogation <sup>205</sup> .

#### 4. *La faute d'un auxiliaire*

Lorsque le directeur des travaux voit sa responsabilité engagée du fait d'un de ses auxiliaires, il ne peut pas se libérer en prouvant que l'auxiliaire n'a pas commis de faute. La faute de son auxiliaire n'est en effet pas une condition posée à sa responsabilité <sup>206</sup> . Pour se libérer, il doit rapporter la preuve que s'il avait agi à la place de son auxiliaire, aucun défaut de diligence ne pourrait lui être reproché.

#### 5. *La faute d'un autre entrepreneur*

Le directeur des travaux responsable solidairement avec un entrepreneur d'un défaut de construction et recherché seul par le maître n'a pas la faculté de se libérer, même partiellement, en invoquant la faute de l'entrepreneur <sup>207</sup> . Rappelons brièvement que notre ordre juridique privilégie l'entrepreneur par rapport à l'architecte lorsque tous deux sont responsables solidairement d'un dommage lésant le maître. L'entrepreneur recherché seul par le maître pour la réparation de l'entier du dommage peut en effet se libérer - totalement ou partiellement - s'il prouve que la survenance du dommage est imputable - en tout ou partie - à l'architecte, considéré comme un auxiliaire du maître. Ceci découle notamment des dispositions régissant le contrat d'entreprise (art.369 CO: fait du maître ou de son auxiliaire). Le directeur des travaux n'a pas cette faculté: recherché seul par le maître pour un dommage dont il estime l'entrepreneur également - ou seul - responsable, il peut tout au plus dénoncer le litige à cet entrepreneur. Mais encore faut-il que les règles de

---

<sup>205</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.83, § 7, ch.2, n°28 in fine. Cf. également OFTINGER / STARK, I, p.216.

<sup>206</sup> Cf. infra, p.139.

<sup>207</sup> Cf. infra, p.242s.

procédure cantonales lui en donnent la possibilité. Le cas échéant, les règles sur la solidarité s'appliquent.

#### 6. *La faute concomitante du maître*

La faute du maître, si elle est suffisamment grave, peut interrompre le rapport de causalité adéquate entre le fait du directeur des travaux et le dommage subi <sup>208</sup>.

Au stade du calcul des dommages-intérêts dûs au maître par le directeur des travaux, la faute commise par le premier peut être invoquée par le second comme facteur de réduction de la réparation. L'art.44 al.1 CO permet en effet au juge de réduire les dommages-intérêts dûs au maître par le directeur des travaux - ou même de n'en point allouer - lorsque les faits dont le maître lésé est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du directeur des travaux. Un exemple jurisprudentiel <sup>209</sup> : La faute grave de l'architecte - avoir établi un devis inexact - est atténuée par la faute du maître, qui a eu connaissance au fur et à mesure de toutes les soumissions des entrepreneurs et qui, ayant reçu tous les décomptes établis par le directeur des travaux, n'a pas jugé bon de faire suspendre les travaux ou de demander à son mandant de prendre des mesures pour diminuer les frais de construction.

A noter que le maître versé dans l'art de construire ne commet pas une faute s'il ne supervise pas les travaux ou les prestations du directeur des travaux; il a en effet le droit, comme tout un chacun, de s'adjoindre les services d'un homme du métier et d'exiger de ce dernier qu'il remplisse correctement sa tâche <sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> Cf. infra, p.133ss.

<sup>209</sup> Tribunal cantonal, Vaud, 28.04.1911, RSJ 1912, p.121, n°112 = SCHAUMANN, n°78. Cf. également Tribunal cantonal, Neuchâtel, 06.06.1994, RJN 1994, p.87s., c.5 b), arrêt commenté par TERCIER et WERRO in BR/DC 1995/4, p.87ss.

<sup>210</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°580.

#### D. LES REGLEMENTS SIA 102 ET 103 (1984)

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne contiennent aucune disposition traitant spécifiquement de la faute de l'architecte / de l'ingénieur. Leurs articles 1.6 respectifs ont la même teneur et consacrent la responsabilité de l'architecte / de l'ingénieur en cas d'"exécution défectueuse et fautive" du mandat.

#### IV. LE LIEN DE CAUSALITE ADEQUATE

##### A. GENERALITES

##### 1. *La causalité adéquate*

La responsabilité contractuelle du directeur des travaux est subordonnée à la condition qu'il existe un lien de causalité entre la violation contractuelle et le préjudice subi par le maître <sup>211</sup>. Selon la théorie soutenue par la doctrine majoritaire <sup>212</sup> et la jurisprudence <sup>213</sup>, la causalité doit être non seulement naturelle, mais encore adéquate:

Il y a causalité naturelle entre deux événements lorsque le premier est la condition sine qua non à la survenance du second <sup>214</sup>. Selon la définition incontournable du Tribunal fédéral <sup>215</sup>, "la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et

---

<sup>211</sup> FELLMANN, n.457 ad 398 CO.

<sup>212</sup> BECKER, n.11ss ad 41 CO; BREHM, n.102ss ad 41 CO; von BÜREN, AT, p.47ss et 54ss; ENGEL, p.326ss; FELLMANN, n.457ss ad 398 CO; OFTINGER / STARK, I, p.109ss. Voir également DESCHENAUX / TERCIER, p.53, § 4, ch.1, n°3.

<sup>213</sup> Notamment ATF 112 II 439ss; ATF 103 II 245 c.4; ATF 101 II 73 c.3.

<sup>214</sup> Notamment DESCHENAUX / TERCIER, p.54, § 4, ch.2, n°7; ENGEL, p.327.

<sup>215</sup> ATF 112 II 442, c.1 d.

l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit".

La théorie de la causalité adéquate a fait l'objet d'une discussion nourrie; elle a été critiquée par une minorité de la doctrine <sup>216</sup>, pour le motif principal qu'il est contraire à la notion même de causalité d'opérer des distinctions selon son "intensité". Quoiqu'il en soit, la question du lien de causalité adéquate ne pose que peu de problèmes dans le domaine qui nous occupe.

## 2. *Casuistique*

La jurisprudence a admis dans de très nombreux cas un lien de causalité adéquate entre la violation contractuelle du directeur des travaux et le dommage subi par le maître. Un exemple particulièrement intéressant: le Tribunal fédéral a admis un rapport de causalité adéquate entre la violation contractuelle du directeur des travaux, qui n'avait pas conseillé au maître la conclusion d'une assurance RC alors que le chantier présentait certains risques, et le préjudice subi par le maître; le dommage consiste - entre autres - en dommages-intérêts que le maître a dû verser à ses voisins, dont la propriété avait été endommagée par des éboulements provoqués par le chantier <sup>217</sup>.

### B. FARDEAU DE LA PREUVE DU LIEN DE CAUSALITE

La causalité naturelle relève du fait; la causalité adéquate relève du droit <sup>218</sup>. Il devrait donc théoriquement appartenir au maître de prouver le lien de causalité naturelle entre la violation contractuelle du directeur des travaux et le dommage subi, et au juge de se

---

<sup>216</sup> Nous n'aborderons plus ce sujet, que nous effleurons pour mémoire. Cf. DESCHENAUX / TERCIER, p.61, § 4, ch.3, n°44ss.

<sup>217</sup> ATF 111 II 72ss = JT 1985 I 589s. = BR/DC 1986/3, p.61, n°83 et surtout p.70, n°100 = SCHAUMANN, n°45.

<sup>218</sup> Voir notamment BREHM, n.110 et 122 ad 41 CO; DESCHENAUX / TERCIER, p.54, § 4, ch.1, n°5s.; ENGEL, p.327; FELLMANN, n.460 ad 398 CO; SCHWEIZER, p.178; ATF 113 II 89 c.1 a et b (notamment).

prononcer sur le lien de causalité adéquate entre ces deux événements. Paradoxalement, le fardeau de la preuve de la causalité adéquate incombe lui aussi au maître lésé, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral: "En vertu de l'art.8 CC, il incombe au lésé de prouver la relation de causalité adéquate entre le défaut de l'ouvrage ou l'absence de mesure de protection, d'une part, et le préjudice qu'il a subi, d'autre part" <sup>219</sup>. Le maître lésé doit donc prouver un point de fait (la causalité naturelle) et un point de droit (la causalité adéquate) <sup>220</sup>.

### C. PREUVE LIBERATOIRE

Le directeur des travaux peut se libérer s'il prouve que le rapport de causalité adéquate a été interrompu par la force majeure (1.), la faute grave ou le fait d'un tiers (2.), la faute grave ou le fait du maître lésé (3.).

#### 1. La force majeure

La force majeure <sup>221</sup> est un "événement imprévisible et extraordinaire survenant avec une force irrésistible" <sup>222</sup>. Il ne s'agit donc pas d'un simple cas fortuit qui, lui, n'interrompt pas le rapport de causalité adéquate <sup>223</sup>. Peuvent notamment constituer des cas de force majeure les phénomènes naturels, comme les tremblements de terre, les avalanches, les glissements de terrain, la foudre, etc. La jurisprudence est restrictive, et n'a retenu que très exceptionnellement

---

<sup>219</sup> ATF 90 II 232 c.3.

<sup>220</sup> Sur ce paradoxe, voir SCHWEIZER, p.179.

<sup>221</sup> BREHM, n.142s. ad 41 CO.

<sup>222</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.62, § 4, ch.4, n°56.

<sup>223</sup> BREHM, n.141 ad 41 CO.

la force majeure en faveur du responsable. Exemples: pluies torrentielles <sup>224</sup>, avalanche <sup>225</sup>.

## 2. *La faute grave ou le fait d'un tiers*

En vertu des règles régissant la solidarité <sup>226</sup>, le directeur des travaux n'est pas libéré de sa responsabilité lorsqu'une autre personne - un entrepreneur <sup>227</sup> le plus souvent - répond solidairement avec lui du dommage. Toutefois, la faute du tiers responsable peut être si grave ou le fait dont il répond si déterminant qu'ils relèguent à l'arrière-plan la faute du directeur des travaux ou l'acte dont il répond <sup>228</sup>. En telle occurrence, le directeur des travaux sera peut-être libéré de toute responsabilité. La jurisprudence est très rigoureuse: elle n'a pour ce motif que rarement admis une libération du débiteur recherché <sup>229</sup>.

## 3. *La faute grave ou le fait du maître lésé*

Le maître lésé peut avoir commis une faute ou un acte ayant contribué à la survenance du dommage qu'il subit. Le directeur des travaux est libéré de toute responsabilité lorsque la faute du maître est si grave, ou l'acte qu'il a commis si déterminant, qu'ils relèguent la faute ou le fait du directeur des travaux à l'arrière-plan et constituent alors la cause exclusive du dommage <sup>230</sup>. La faute ou le fait du maître doivent donc atteindre un niveau élevé de gravité pour

---

<sup>224</sup> ATF 49 II 254ss = JT 1924 I 41ss.

<sup>225</sup> ATF 80 II 216ss = JT 1955 I 290ss.

<sup>226</sup> BREHM, n.140 ad 41 CO.

<sup>227</sup> Pour le directeur des travaux, l'entrepreneur est un tiers, et non un auxiliaire du maître. Cf. infra, p.243.

<sup>228</sup> BREHM, n.140 ad 41 CO.

<sup>229</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.64, § 4, ch.4.3, n°65ss.

<sup>230</sup> BREHM, n.134 ss ad 41 CO.

interrompre le rapport de causalité adéquate<sup>231</sup>. Ils ne constituent sinon que des facteurs de réduction des dommages-intérêts dûs au maître par le directeur des travaux (art.43 al.1 et 44 al.1 CO). Exemple: Le maître en visite sur le chantier néglige les mesures de prudence les plus élémentaires et ignore les mises en garde du directeur des travaux; il tombe et se blesse grièvement.

---

<sup>231</sup> BREHM, n.134 ad 41 CO.

## TITRE DEUXIEME

### LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR LES ACTES DE TIERS

La personne chargée de la direction des travaux de construction est un mandataire; à teneur de l'art.398 al.3 CO, elle est tenue d'exécuter son mandat personnellement. Le rapport de confiance existant entre mandant et mandataire, caractéristique du contrat de mandat, justifie le renversement de la règle générale de l'art.68 CO, selon lequel le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à cette exécution personnelle.

Le principe de l'art.398 al.3 CO est aujourd'hui fortement tempéré et connaît de nombreuses exceptions <sup>1</sup>. Le directeur des travaux recourt en effet souvent à des tiers - auxiliaire ou, plus rarement, mandataire substitué - pour exécuter le mandat dont il a été chargé.

L'intervention d'auxiliaires est fréquente et usuelle : le personnel d'un bureau d'architecte ou d'ingénieur (apprenti, dessinateur, technicien, ingénieur, architecte, personnel administratif) est mis quotidiennement à contribution pour aider le directeur des travaux mandaté à accomplir ses tâches. Celui-ci retire de cette division du travail un avantage économique certain; en contrepartie, il est responsable envers son cocontractant du dommage causé par le fait de son auxiliaire <sup>2</sup> (I. <sup>3</sup>).

Il arrive parfois que le directeur des travaux fasse appel à un autre mandataire indépendant (géologue, géomètre, ingénieur, architecte, etc.). Cette substitution de mandat peut être autorisée ou non (art.398 al.3 CO); dans l'un et l'autre cas, le directeur des travaux

---

<sup>1</sup> Cf. le point de vue de WERRO (mandat, n°549ss).

<sup>2</sup> Notamment ATF 114 Ib 71 c.1c.

<sup>3</sup> Cf. infra, p.136ss.

peut voir sa responsabilité engagée, par son propre fait ou par celui du substitut (art.399 CO; II. 4).

## I. LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR LES ACTES DE SON AUXILIAIRE (ART.101 AL.1 CO)

### A. GENERALITES

Il est fréquent et usuel que le directeur des travaux fasse appel à des auxiliaires pour accomplir les tâches qui lui incombent en vertu du contrat conclu avec le maître. Selon l'art.101 al.1 CO, le mandataire est responsable envers son cocontractant du dommage causé par l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail.

Le directeur des travaux qui, contrairement à la volonté clairement exprimée du maître de voir les travaux dirigés personnellement par l'architecte qu'il a mandaté, charge un auxiliaire de l'exécution totale ou partielle de cette tâche, contrairement à l'interdiction du maître, est responsable du dommage subi par ce dernier du fait de cette violation contractuelle (art.398 al.2 CO); au surplus, il répond des actes de son auxiliaire en vertu de l'art.101 al.1 CO<sup>5</sup>.

L'art.101 al.1 CO distingue l'auxiliaire de l'exécution (Erfüllungsgehilfe), chargé de l'exécution d'une obligation, de l'auxiliaire de la jouissance (Ausübungsgehilfe ou Nutzungsgehilfe), chargé quant à lui de l'exercice d'un droit dérivant d'un rapport obligationnel<sup>6</sup>. Cette distinction n'a guère de portée pratique; nous n'y reviendrons pas.

---

<sup>4</sup> Cf. infra, p.144ss.

<sup>5</sup> Par exemple GUHL / MERZ / KOLLER, p.229; KOLLER, Art.101 OR, n°226ss.

<sup>6</sup> Notamment BECKER, n.5 et 6 ad 101 CO; von BÜREN, AT, p.397; KOLLER, Art.101 OR, n°3 et 478.

## B. LA DEFINITION DE L'AUXILIAIRE SELON L'ART.101 AL.1 CO

L'auxiliaire est toute personne, physique ou morale, dépendante ou indépendante, à laquelle le directeur des travaux confie, expressément ou tacitement, le soin d'exécuter une obligation ou une incombance à sa charge aux termes du contrat qui le lie au maître, ou d'exercer un droit - dérivant de ce rapport obligationnel<sup>7</sup> - dont il jouit. Le Tribunal fédéral interprète extensivement la notion d'auxiliaire<sup>8</sup>.

Auxiliaire et directeur des travaux peuvent ou non entretenir des relations juridiques durables ou suivies<sup>9</sup>; si de telles relations existent, peu importe leur qualification<sup>10</sup>. Un rapport de subordination n'est pas non plus nécessaire<sup>11</sup>: l'auxiliaire peut travailler avec le directeur des travaux ou seul, avec ou sans ses instructions. La tâche confiée à un auxiliaire n'est donc pas forcément d'importance subalterne. Un indépendant peut être un auxiliaire du débiteur<sup>12</sup>. Exemples: un architecte indépendant peut être l'auxiliaire du bailleur d'un immeuble locatif<sup>13</sup> ou du maître de l'ouvrage<sup>14</sup>. Rien n'empêche donc qu'un architecte indépendant soit l'auxiliaire d'un autre architecte, si celui-ci a fait appel à lui dans son propre intérêt et non pas dans celui du maître de l'ouvrage<sup>15</sup>.

---

<sup>7</sup> BEGUELIN, FJS n°581, p.2, point A.2.b).

<sup>8</sup> Par exemple ATF 99 II 48 = JT 1973 I 637; ATF 95 II 53 (arrêt HOFER) = JT 1970 I 72.

<sup>9</sup> ATF 111 II 506 c.3b = JT 1986 I 325 c.3b; ATF 107 Ia 169s. c.2a = JT 1983 I 316 c.2a.

<sup>10</sup> BECKER, n.10 ad 101 CO; SPIRO, p.131.

<sup>11</sup> ATF 70 II 220 c.4 = JT 1945 I 47 c.4.

<sup>12</sup> BECKER, n.9 ad 101 CO.

<sup>13</sup> Tribunal cantonal, Vaud, 23.10.1990, DB 1991, p.27, n°25.

<sup>14</sup> ATF 95 II 43ss (arrêt HOFER) = JT 1970 I 66ss.

<sup>15</sup> Selon la jurisprudence parue in ATF 112 II 353 c.2 (arrêt SOTHEBY) = JT 1987 I 30 c.2. Cf. infra, p.148.

### C. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ART.101 AL.I CO

Pour que l'art.101 al.I CO trouve application, il faut que soient cumulativement réunies les conditions générales (1. à 3.) et spécifique (4.) suivantes <sup>16</sup> :

1. Le maître a subi un préjudice.
2. Il y a eu acte ou omission dommageable de l'auxiliaire du directeur des travaux. L'auxiliaire n'a pas fait preuve de la diligence attendue du directeur des travaux. Le contrat conclu par ce dernier avec le maître est ainsi violé.
3. Il y a un lien de causalité adéquate entre l'acte ou l'omission et le dommage.
4. L'auxiliaire a commis l'acte ou l'omission dommageable dans l'accomplissement du travail dont il était chargé. Il y a un "rapport de causalité fonctionnelle" entre l'acte ou l'omission dommageable et l'exécution du contrat <sup>17</sup>. Le Tribunal fédéral interprète cette condition très largement: l'auxiliaire qui commet un acte dommageable alors même qu'il outrepassé les instructions reçues engage la responsabilité de la personne qui a fait appel à ses services <sup>18</sup>. Exemple: le Tribunal fédéral a jugé qu'un employé de l'architecte qui avait falsifié les visas sur les assignations en paiement de matériaux avait empêché l'exécution complète et correcte de toutes les obligations contractuelles de

---

<sup>16</sup> Entre autres KOLLER, Art.101 OR, n°14ss.

<sup>17</sup> Cf. ATF 98 II 292 c.4 = JT 1973 I 642 c.4.

<sup>18</sup> Cf. ATF 92 II 18s. c.3 = JT 1966 I 526s. c.3 et les réf. (un médecin de clinique qui séduit une jeune fille atteinte de troubles psychiques graves a agi dans l'accomplissement de son travail, donc a agi en qualité d'auxiliaire de l'hôpital, dont il engage la responsabilité); ATF 85 II 267ss, spécialement p.270 (un pilote de ligne qui dérobe une caisse d'or dans la cargaison de l'avion engage la responsabilité de la compagnie d'aviation qui l'emploie).

l'architecte et qu'il avait ainsi agi en qualité d'auxiliaire de ce dernier au sens de l'art.101 CO <sup>19</sup> .

Selon la doctrine dominante <sup>20</sup> , il n'est pas nécessaire que l'auxiliaire ait commis une faute pour que la responsabilité du directeur des travaux soit engagée. Une faute personnelle du directeur des travaux n'est pas non plus une condition d'application de l'art.101 al.1 CO <sup>21</sup> . Le juge tient toutefois compte d'une faute éventuelle de l'auxiliaire ou du directeur des travaux, ainsi que de sa gravité <sup>22</sup> , lors de la fixation du montant de la réparation due au maître lésé (art.43 al.1 CO). A noter également que si les conditions d'application de l'art.101 al.1 CO sont réunies, et si, en plus, le directeur des travaux a commis lui-même une faute - par exemple s'il a confié l'exécution d'une obligation contractuelle à un auxiliaire qu'il savait ne pas avoir les qualifications requises -, sa responsabilité au sens de l'art.398 al.2 CO pourra être engagée à double titre, soit pour son fait personnel (art.97 al.1 CO), soit pour le fait de son auxiliaire (art.101 al.1 CO) <sup>23</sup> .

Comme la responsabilité fondée sur l'art.101 al.1 CO ne dépend pas d'une faute du directeur des travaux, celui-ci ne peut pas se libérer en prouvant qu'il n'en n'a pas commise: apporter la preuve qu'il n'a commis aucune faute dans le choix, l'instruction et la surveillance de son auxiliaire ne lui est d'aucune utilité. Il ne peut se libérer qu'en prouvant que s'il avait agi lui-même à la place de son auxiliaire, aucun

---

<sup>19</sup> ATF 90 II 17ss c.2 et 3 = JT 1964 I 556ss c.2 et 3.

<sup>20</sup> BECKER, n.20 ad 101 CO; ENGEL, p.500; KELLER, I, p.376; KOLLER, Art.101 OR, n°22 et 313; contra von BÜREN, AT, p.395.

<sup>21</sup> BUCHER, AT, p.350; GUHL / MERZ / KOLLER, p.229; KOLLER, Art.101 OR, n°22 et 312.

<sup>22</sup> Notamment ATF 92 II 240s. c.3 = JT 1967 I 243s. c.3; ATF 91 II 296s. c.4 = JT 1966 I 186s. c.4; ATF 82 II 534s. c.6 = JT 1957 I 246s. c.6.

<sup>23</sup> KOLLER, Art.101 OR, n°234.

défaut de diligence ne pourrait lui être reproché <sup>24</sup> ; cette preuve est excessivement difficile à rapporter.

#### D. LES ARTICLES 55 ET 101 CO

Du fait de son auxiliaire, le directeur des travaux peut encourir une responsabilité contractuelle ou/et délictuelle. Le sujet de ce travail se limite à sa responsabilité contractuelle. Un bref rappel des dispositions légales en cause nous paraît néanmoins bienvenu :

L'art.101 al.1 CO, on l'a vu, concerne la responsabilité contractuelle du débiteur pour les actes de son auxiliaire. Il doit être distingué de l'art.55 al.1 CO, qui s'applique en cas de responsabilité délictuelle du débiteur. Ces deux dispositions sont soumises à des régimes différents :

- L'art.101 CO ne suppose pas, contrairement à l'art.55 CO, l'existence d'un lien de subordination entre l'auxiliaire et le débiteur;
- L'art.101 CO permet - théoriquement du moins - au débiteur de se libérer s'il prouve que s'il avait agi à la place de son auxiliaire, aucun défaut de diligence ne pourrait lui être reproché. L'art.55 CO fonde une responsabilité objective. Si l'employeur entend en être déchargé, il doit faire la preuve de la diligence objective, c'est-à-dire prouver que lui-même, ou un tiers, a rempli ses obligations dans le choix, l'instruction et la surveillance de son auxiliaire, ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire;
- La prétention en dommages-intérêts fondée sur l'art.101 CO - combiné avec une norme de violation du contrat, par exemple

---

<sup>24</sup> BECKER, n.15 ad 101 CO; CUENDET, p.185s.; ENGEL, p.501; KELLER, I, p.376 et les réf. jurisprudentielles; ATF 113 II 426 c.1b et les réf.; ATF 91 II 296 c.3 = JT 1966 I 186s. c.3; ATF 70 II 221 c.4 = JT 1945 I 47 c.4.

l'art.398 al.2 CO - se prescrit par dix ans, tandis que celle fondée sur l'art.55 CO se prescrit par un an.

Un concours entre les articles 55 et 101 al.1 CO est possible, si l'acte ou l'omission dommageable de l'auxiliaire constitue à la fois une violation du rapport contractuel liant débiteur et créancier et un acte illicite <sup>25</sup>.

#### E. LA PRETENTION EN DOMMAGES-INTERETS DU DIRECTEUR DES TRAVAUX CONTRE SON AUXILIAIRE

Le directeur des travaux doit prendre à sa charge le préjudice subi par le maître du fait de son auxiliaire. Quant à celui-ci, il peut devoir réparer le dommage résultant pour le directeur des travaux de son manque de diligence.

Les fondements juridiques de la prétention en dommages-intérêts du directeur des travaux contre son auxiliaire sont divers:

- Ce peut être l'art.321e al.1 CO, si directeur des travaux et auxiliaire sont liés par un contrat de travail,
- ou l'art.398 al.2 CO, s'ils sont liés par un contrat de mandat,
- ou l'art.41 CO, si l'auxiliaire a commis une atteinte illicite à un droit juridiquement protégé du directeur des travaux <sup>26</sup>.
- L'art.51 CO, combiné avec l'art.50 CO, fonde une créance récursoire du directeur des travaux contre son auxiliaire, si celui-ci a commis un acte illicite au détriment du maître. En telle occurrence, directeur des travaux et auxiliaire répondent en effet

---

<sup>25</sup> ENGEL, p.50Is.; JT 1945 I 49 c.8 (arrêt du Kursaal de Berne; passage non reproduit aux ATF 70 II 215ss).

<sup>26</sup> A cet égard, le patrimoine comme tel n'est pas directement protégé. Il y a donc absence d'illicéité au sens de l'art.41 CO en cas de dommage purement patrimonial du directeur de travaux. Cf. ATF 119 II 127ss, spéc. c.3 = JT 1994 I 299ss. Cet arrêt a été commenté de manière approfondie par GAUCH, in BR/DC 1994/2, p.42ss.

du dommage subi par le maître en vertu d'une solidarité imparfaite: le directeur des travaux sur la base de l'art.101 CO (combiné avec l'art.398 al.2 CO) et l'auxiliaire sur la base de l'art.41 CO <sup>27</sup> .

## F. LES DROITS DU MAITRE CONTRE L'AUXILIAIRE

Aucun rapport contractuel ne préexiste entre auxiliaire et maître lésé. Ce dernier ne peut donc s'en prendre contractuellement qu'au directeur des travaux.

Si l'auxiliaire a commis un acte illicite au détriment du maître, celui-ci sera fondé à lui demander directement réparation sur la base de l'art.41 CO. En telle occurrence, le maître pourra d'ailleurs actionner solidairement (solidarité imparfaite) auxiliaire, en se fondant sur l'art.41 CO, et directeur de travaux, en invoquant l'art.101 al.1 CO - combiné avec l'art.398 al.2 CO, puisque la violation du contrat est une condition de la responsabilité selon l'art.101 CO - ou l'art.55 al.1 CO.

## G. LES CONVENTIONS MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR SON AUXILIAIRE

### 1. *Le cadre légal*

L'art.101 al.2 CO autorise le débiteur à limiter ou exclure sa responsabilité du fait de son auxiliaire, même en cas de faute intentionnelle ou de faute grave <sup>28</sup> . L'art.101 al.2 CO est - curieusement - plus large que l'art.100 al.1 CO, qui prévoit la nullité de toute stipulation "tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave".

La clause limitative ou exclusive fondée sur l'art.101 al.2 CO a pour but de libérer partiellement ou entièrement le directeur des

<sup>27</sup> ENGEL, p.502.

<sup>28</sup> Notamment BECKER, n.24 ad 101 CO; BEGUELIN, FJS n°581, p.4, point B.2.c)α); ENGEL, p.502.

travaux de sa responsabilité pour les actes de son auxiliaire. Elle ne déploie aucun effet en ce qui concerne les actes personnels du directeur des travaux: celui-ci répond en conséquence de la manière dont il a choisi, instruit et surveillé son auxiliaire <sup>29</sup>, même en présence d'une clause limitative ou exclusive valable.

L'art.101 al.3 CO autorise quant à lui l'exclusion de toute responsabilité pour un auxiliaire dans le cas d'une faute légère seulement, lorsque le créancier est au service du directeur des travaux ou lorsque la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité <sup>30</sup>.

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne contiennent aucune disposition modifiant le régime de la responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur pour son auxiliaire. Ils <sup>31</sup> rappellent simplement que l'architecte / l'ingénieur a la faculté de recourir à des auxiliaires et est responsable de leur activité. Ils reprennent donc la loi sans y apporter de modification <sup>32</sup>.

2. *Les effets d'une clause modifiant le régime de la responsabilité du directeur des travaux pour son fait personnel sur le régime de la responsabilité pour les actes d'un auxiliaire*

Une clause modifiant le régime de la responsabilité du directeur des travaux pour son fait personnel, fondée sur l'art.100 al.1 CO, déploie-t-elle aussi des effets s'agissant de la responsabilité du directeur des travaux pour les actes de son auxiliaire ? La réponse est nuancée: certains auteurs <sup>33</sup> admettent qu'une clause modifiant le régime de la responsabilité du débiteur pour son fait personnel déploie tacitement les mêmes effets sur la responsabilité du débiteur pour le

---

<sup>29</sup> von BÜREN, AT, p.397.

<sup>30</sup> Cf. infra, p.171ss.

<sup>31</sup> Art.1.4.5 Règlements SIA 102 et 103 (1984).

<sup>32</sup> HESS, p.86, n.88.

<sup>33</sup> Par exemple von BÜREN, AT, p.395; KOLLER, Art.101 OR, n°362 et les réf.

fait de son auxiliaire. D'autres <sup>34</sup> sont d'avis qu'il faut interpréter la clause pour délimiter ses effets sur la responsabilité du débiteur pour le fait de ses auxiliaires.

## II. LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX EN CAS DE SUBSTITUTION DE MANDAT (ART.398 AL.3 ET 399 CO)

### A. GENERALITES

Il peut arriver que le directeur des travaux fasse appel à un autre mandataire indépendant (géologue, géomètre, ingénieur, architecte, etc.) en cours d'exécution de son mandat, sans que ce dernier ne noue de relation contractuelle directe avec le maître. Lorsque les actes du mandataire indépendant causent un préjudice au maître, qui répond de ce dommage: est-ce uniquement le mandataire indépendant ou le directeur des travaux, ou les deux répondent-ils solidairement du préjudice ? La réponse à cette question dépend des circonstances. Il faut déterminer de cas en cas si la substitution était autorisée ou non (1.). Il faut également apprécier de cas en cas si le mandataire indépendant, au moment où il a agi, avait qualité d'auxiliaire du directeur des travaux ou de mandataire substitué (2. <sup>35</sup>).

#### 1. *Substitution autorisée et substitution non autorisée*

##### a. *Le système légal*

Il y a substitution lorsque le mandataire, agissant en son nom mais pour le compte du mandant, charge un tiers d'exécuter tout ou partie du mandat, à titre indépendant et sous sa responsabilité. Le droit suisse distingue la substitution autorisée de la substitution non autorisée:

---

<sup>34</sup> Par exemple BECKER, n.28 ad 101 CO.

<sup>35</sup> Cf. infra, p.146ss.

Est autorisée la substitution qui intervient dans les trois cas prévus par l'art.398 al.3 CO: un mandataire peut transférer tout ou partie de son mandat à un tiers lorsque le maître l'y autorise, les circonstances l'y contraignent <sup>36</sup>, ou l'usage le lui permet. En ce qui concerne le mandat de direction des travaux de construction, seules les deux premières situations peuvent entrer en considération, puisqu'il n'existe aucun usage permettant à un architecte de transférer à un tiers indépendant l'exécution du mandat qui lui a été confié <sup>37</sup>.

La substitution qui intervient dans tous les autres cas n'est pas "autorisée" au sens du Code des obligations.

*b. Les modifications conventionnelles apportées au système légal*

L'art.398 al.3 CO est de droit dispositif: les parties peuvent donc modifier la réglementation légale à leur convenance, dans les limites de la loi, par exemple en interdisant la substitution en toute circonstance, en prévoyant d'autres cas de substitution autorisée, etc <sup>38</sup>. Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne traitent pas de la substitution de mandat. Ils <sup>39</sup> rappellent simplement que l'architecte / l'ingénieur "ne répond pas des prestations fournies par des tiers indépendants qui sont en relation contractuelle directe avec le seul mandant".

*c. Mandat de substitution et mandat de remplacement*

On parle de mandat de remplacement lorsque le directeur des travaux, avec l'accord du maître, se décharge en tout ou partie de l'exécution d'un mandat sur un autre directeur des travaux et où se crée une relation contractuelle directe entre le maître et le

---

<sup>36</sup> Exemple: le directeur des travaux, victime d'un accident, est incapable de travailler pendant quelques semaines.

<sup>37</sup> HESS, p.86, n.85.

<sup>38</sup> GAUTSCHI, Auftrag, p.38.

<sup>39</sup> Art.1.7 Règlements SIA 102 et 103 (1984).

remplaçant <sup>40</sup>. En telle occurrence, le directeur des travaux ne répond que de la bonne et fidèle exécution de sa tâche, à savoir du soin avec lequel il a choisi le mandataire-remplaçant et donné ses instructions <sup>41</sup>. La responsabilité du directeur des travaux principal est donc la même en cas de mandat de remplacement qu'en cas de mandat de substitution. A noter toutefois que dans le premier cas, elle se fonde sur l'art.398 al.2 CO, et, dans le second, sur l'art.399 al.2 CO. En cas de doute entre mandat de remplacement et substitution, le premier devrait céder le pas à la seconde <sup>42</sup>. Le mandat de remplacement ne sera pas abordé plus avant.

## 2. *La distinction entre auxiliaire et mandataire substitué*

### a. *La problématique*

Lorsque le directeur des travaux principal fait appel à une autre personne de sa profession, elle aussi indépendante, pour s'occuper de la direction du chantier, quel est le statut de ce second directeur des travaux ? S'agit-il d'un mandataire substitué ? S'agit-il d'un auxiliaire ? De la réponse donnée à cette question dépend le traitement réservé à la responsabilité du directeur des travaux principal: si le second directeur des travaux a agi comme auxiliaire, le directeur des travaux principal répondra de ses actes comme s'ils étaient siens (art.101 al.1 CO), tandis que s'il a agi comme mandataire substitué, le directeur des travaux principal ne répondra que du soin avec lequel il a choisi le substitut et lui a donné des instructions (art.399 al.2 CO).

La question de la distinction ne se pose pas si l'on se trouve en présence d'une substitution non autorisée, c'est-à-dire si le recours au tiers a eu lieu sans l'accord du maître ou sans que le directeur des travaux y ait été contraint par les circonstances (art.398 al.3 CO). Le directeur des travaux qui se substitue indûment un tiers viole son

---

<sup>40</sup> MUSTAFA, p.122; OSER / SCHÖNENBERGER, n.17-21 ad 399 CO.

<sup>41</sup> HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.75.

<sup>42</sup> Cf. Cour de justice civile, Genève, 30.10.1942, SJ 1943, p.231ss.

contrat de mandat. Il répond non seulement de cette violation, mais encore des actes du second directeur des travaux comme si c'étaient les siens. Les effets juridiques sont donc les mêmes, que l'on considère le second directeur des travaux comme un auxiliaire (art.101 al.1 CO) ou comme un tiers indûment substitué (art.399 al.1 CO).

*b. Les critères de distinction*

Si la distinction entre auxiliaire et substitut est largement admise dans le cadre même du mandat, tant par la doctrine que par le Tribunal fédéral, elle reste néanmoins délicate à opérer, car les critères de distinction abondent sans que l'unanimité à leur égard ne règne.

Pour certains auteurs <sup>43</sup>, le substitut remplace le débiteur dans l'exécution du contrat; pour le mandataire principal, l'exécution du contrat se résume donc à transférer le mandat à autrui.

Pour d'autres <sup>44</sup>, le critère principal de distinction réside dans l'indépendance technique: le substitut agit de manière indépendante, sans recevoir d'instructions du mandataire principal sur la manière de travailler et sans surveillance, contrairement à l'auxiliaire.

D'autres <sup>45</sup> encore mettent l'accent sur l'indépendance économique du substitut: celui-ci est un indépendant et n'est pas dans un rapport de subordination avec le mandataire.

Selon le Tribunal fédéral <sup>46</sup> et une partie de la doctrine <sup>47</sup>, le substitut doit certes disposer d'une indépendance juridique, économique et technique, mais ce critère reste insuffisant pour

---

<sup>43</sup> von BÜREN, Auftrag, p.87s.; WERRO, mandat, n°555, qui approuve von BÜREN.

<sup>44</sup> BUCHER, AT, p.352; GAUTSCHI, n.7c ad 399 CO; KOLLER, Art.101 OR, n°410; von TUHR / ESCHER, p.124.

<sup>45</sup> OSER / SCHÖNENBERGER, n.2 ad 399 CO.

<sup>46</sup> ATF 112 II 353 c.2a (arrêt SOTHEBY) = JT 1987 I 30 c.2a (rés.).

<sup>47</sup> von BÜREN, AT, p.398 in fine; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.74; MUSTAFA, p.128s.

distinguer un auxiliaire d'un mandataire substitué; le critère supplémentaire nécessaire réside dans l'intérêt à ce que le mandat soit confié à une tierce personne.

Dans le domaine qui nous occupe, cette dernière conception conduit aux distinctions suivantes:

- Si le directeur des travaux principal a fait appel aux services d'une autre personne dans son propre intérêt, celle-ci doit être considérée comme un auxiliaire du premier, qui répond du dommage selon l'art.101 al.1 CO. Exemple: le directeur des travaux connaît une surcharge de travail momentanée, et confie la direction de chantier à un autre architecte ou ingénieur.
- Par contre, si le directeur des travaux principal a fait appel aux services d'une autre personne dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, celle-ci doit être considérée comme un mandataire substitué. Ce dernier est responsable du dommage subi par le maître, tandis que le directeur des travaux principal reste responsable de la manière dont il a choisi et instruit le mandataire substitué <sup>48</sup>. Exemple: En cours de travaux, le maître ordonne la pose d'une pompe à chaleur et de panneaux solaires, installations non prévues au départ; le spécialiste auquel le directeur des travaux est obligé de faire appel est un mandataire substitué. Autre exemple: Le directeur des travaux doit faire appel aux connaissances d'un géologue en cours d'excavation, les forages ayant révélé la présence de gisements instables, non détectés par un autre géologue mandaté quelques années auparavant par le maître.

En cas de doute quant au statut de la personne à laquelle il a été fait appel, préférence doit être donnée à la qualification d'auxiliaire <sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cf. infra, p.150ss.

<sup>49</sup> KELLER, I, p.407 in fine.

**B. LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX EN CAS DE SUBSTITUTION  
AUTORISEE (ART.399 AL.2 ET 3 CO)**

**1. Généralités**

Il y a substitution autorisée lorsque le directeur des travaux - mandataire principal -, autorisé par le maître ou contraint par les circonstances (maladie, absence obligatoire non prévisible, etc.), transmet à un autre directeur des travaux indépendant - mandataire substitué ou sous-mandataire - tout ou partie du mandat dont il est chargé, de sorte que le directeur des travaux agit à sa place, en toute indépendance, et mène l'affaire sous sa propre responsabilité <sup>50</sup>.

Le directeur des travaux substitué devient le mandataire du directeur des travaux principal, et non pas le mandataire du maître; il n'y a entre directeur des travaux substitué et maître aucune relation contractuelle <sup>51</sup>.

Nous avons vu qu'en cas de substitution autorisée, le sous-mandataire exécute le mandat de direction de chantier de façon indépendante, sous sa propre responsabilité. Il doit disposer pour ce faire d'une indépendance juridique, économique et technique <sup>52</sup>. Ceci a notamment pour conséquence que le directeur des travaux principal n'a envers le maître de l'ouvrage, sauf convention contraire, aucune obligation de surveillance du sous-mandataire <sup>53</sup>, raison pour laquelle il ne répond que du soin avec lequel il a choisi le directeur des travaux substitué et lui a donné ses instructions (art.399 al.2 CO) <sup>54</sup>. Le directeur des travaux principal a l'obligation de choisir avec soin et diligence le sous-mandataire <sup>55</sup>; il viole cette obligation s'il choisit

---

<sup>50</sup> Entre autres SPIRO, p.91s.

<sup>51</sup> DÜRR, mandat, p.91s.

<sup>52</sup> ATF 103 II 61s. c.1a = JT 1977 I 523s. c.1a.

<sup>53</sup> FELLMANN, n.68 ad 399 CO; GAUTSCHI, n.7c ad 399 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.2 ad 399 CO.

<sup>54</sup> BUCHER, BT, p.232; von BÜREN, BT, p.131.

<sup>55</sup> GAUTSCHI, Auftrag, p.165.

par exemple comme substitut, pour diriger un chantier présentant des difficultés techniques particulières, une personne qu'il sait ne pas disposer des qualités professionnelles et de l'expérience nécessaires.

## 2. *Mandat et contrat d'entreprise: deux régimes différents*

Le législateur a prévu, dans le cadre du contrat de mandat, un régime de responsabilité différent pour le mandataire principal selon qu'il fait appel à un mandataire substitué ou à un auxiliaire.

Le mandataire chargé de la direction des travaux qui se substitue valablement un autre mandataire aura une position bien meilleure que celle de l'entrepreneur qui travaille sur le même chantier et qui fait appel à un autre entrepreneur - considéré alors comme un sous-traitant - pour exécuter certains travaux. En effet, le contrat d'entreprise ne connaît pas une institution semblable à celle de la substitution: la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard du maître pour les actes de son sous-traitant reste pleine et entière (art.101 al.1 CO), tandis que par la grâce de l'art.399 al.2 CO, la responsabilité du directeur des travaux principal est limitée (*cura in eligendo et instruendo*).

Certains auteurs critiquent d'ailleurs le traitement juridique de faveur réservé par le législateur au mandataire qui se substitue valablement quelqu'un<sup>56</sup>, ou du moins préconisent une application restrictive de l'art.399 al.2 CO<sup>57</sup>.

## 3. *Les droits du maître à l'encontre du directeur des travaux principal et du directeur des travaux substitué*

Comme en cas de substitution non autorisée<sup>58</sup>, le maître lésé peut faire valoir directement contre le directeur des travaux substitué

---

<sup>56</sup> BÄCHLER, p.19ss; von BÜREN, BT, p.131; FRIEDRICH, RJB 1955, p.462; GUHL / MERZ / DRUEY, p.498.

<sup>57</sup> HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.77; KOLLER, Art.101 OR, n°412.

<sup>58</sup> Cf. infra, p.152ss.

les droits que le mandataire principal a contre lui (art.399 al.3 CO), quand bien même ils ne sont pas en relation contractuelle directe <sup>59</sup>.

Une action du maître contre le directeur des travaux principal est possible, mais celui-ci ne sera responsable que dans la mesure où il a mal choisi le substitut ou lui a donné des instructions inadéquates (art.399 al.2 CO). Le cas échéant, le directeur des travaux principal et le substitut sont tenus solidairement <sup>60</sup> à l'égard du maître de l'exécution du contrat. En conséquence, le maître peut exercer envers l'un ou l'autre les droits qui découlent du contrat de mandat qu'il a passé avec le directeur des travaux principal <sup>61</sup>.

#### 4. *Les droits du directeur des travaux substitué*

Le directeur des travaux substitué peut opposer au maître de l'ouvrage non seulement les exceptions et objections qu'il détient contre lui personnellement, mais encore les exceptions et objections qu'il possède contre le mandataire principal <sup>62</sup>.

Par contre, comme il n'existe entre le maître et le sous-mandataire aucun rapport contractuel, ce dernier ne peut faire valoir envers le maître <sup>63</sup> aucun droit fondé sur le contrat, à moins que le directeur des travaux principal ne procède valablement à une cession de ses droits <sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> DÜRR, mandat, p.92 et Werkvertrag und Auftrag, p.165; SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°676ss.

<sup>60</sup> Les deux directeurs des travaux répondent en vertu d'une solidarité parfaite s'ils ont causé ensemble le dommage, par une faute commune au sens de l'art.50 CO. Cf. ATF 104 II 225ss = JT 1979 I 546ss.

<sup>61</sup> GAUTSCHI, Auftrag, p.40s.

<sup>62</sup> Notamment FELLMANN, n.110 ad 399 CO; cf. aussi ATF 91 II 447 c.3 = JT 1966 I 342 c.3.

<sup>63</sup> DÜRR, mandat, p.92.

<sup>64</sup> DÜRR, mandat, p.92; OSER / SCHÖNENBERGER, n.10 ad 399 CO.

## 5. *Les clauses modifiant le régime de la responsabilité*

La nature juridique de l'art.399 al.2 CO est controversée:

Pour certains auteurs, l'art.399 al.2 CO est de droit relativement impératif: les parties peuvent y déroger, mais sans péjorer la situation du mandant. Il ne leur est par exemple pas possible de prévoir de substitution excluant le devoir de diligence dans le choix et l'instruction du substitut, car le contrat de mandat ne se conçoit pas sans diligence<sup>65</sup>. Elles ont par contre la faculté d'instaurer pour le mandataire principal une responsabilité plus lourde<sup>66</sup>, en prévoyant par exemple une obligation de surveillance du substitut à sa charge<sup>67</sup>. A noter que l'obligation de surveillance tombe lorsque la substitution est autorisée par les circonstances<sup>68</sup> (exemple: le directeur des travaux tombe gravement malade), car elle devient impossible sans faute du débiteur.

Pour d'autres<sup>69</sup>, l'art.399 al.2 CO est de droit dispositif, de sorte que la responsabilité du mandataire fondée sur cette disposition peut être limitée ou exclue, dans les limites de l'art.100 al.1 CO.

### C. LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX EN CAS DE SUBSTITUTION NON AUTORISEE (ART.399 AL.1 ET 3 CO)

#### 1. *Généralités*

Le directeur des travaux qui, sans y être autorisé par le maître ou contraint par les circonstances (art.398 al.3 CO), transmet l'exécution du mandat à un autre indépendant, commet une violation de son contrat. En telle occurrence, le directeur des travaux principal répond du dommage éventuel subi par le maître du fait de la violation de son

---

<sup>65</sup> GAUTSCHI, n.7c ad 399 CO.

<sup>66</sup> GAUTSCHI, Auftrag, p.41.

<sup>67</sup> GAUTSCHI, n.7c ad 399 CO.

<sup>68</sup> GAUTSCHI, n.7d ad 399 CO.

<sup>69</sup> Cf. surtout FELLMANN, n.81ss ad 399 CO; voir aussi CERRUTI, n°454.

devoir de diligence (art.398 al.2 et 3 in initio CO). Il répond en outre des actes du second directeur des travaux comme si c'étaient les siens (art.399 al.1 CO). Sa responsabilité pour le dommage causé par le second directeur des travaux est donc pleine et entière, même dans le cas d'une responsabilité délictuelle <sup>70</sup>. Le directeur des travaux "substitut" est en quelque sorte assimilé à un auxiliaire.

## *2. Les droits du maître à l'encontre du directeur des travaux principal et du directeur des travaux indûment substitué*

Le maître de l'ouvrage peut demander réparation de son dommage au directeur des travaux principal. Il peut également s'en prendre directement au directeur des travaux indûment substitué, et faire valoir à son encontre les droits que son cocontractant indélicat détient contre lui (art.399 al.3 CO); à cet égard, on applique la même réglementation en cas de substitution non autorisée qu'en cas de substitution autorisée.

A l'égard du maître, il y a le plus souvent solidarité imparfaite <sup>71</sup> entre les deux directeurs des travaux pour la réparation du dommage: le directeur des travaux principal répond des actes du second (art.399 al.1 CO) et de la violation de son devoir de diligence que constitue la substitution non autorisée (art.398 al.2 et 3 in initio CO), et le second répond de ses propres actes. Le directeur des travaux principal ne peut pas se libérer en prouvant que le second n'a commis aucune faute, car il répond encore de toute manière de sa propre faute; quant au second, il peut se libérer en prouvant qu'aucune faute ne lui est imputable <sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> DÜRR, *Werkvertrag und Auftrag*, p.164.

<sup>71</sup> Il peut toutefois arriver que les deux directeurs des travaux soient tenus en vertu d'une solidarité parfaite, s'ils ont causé ensemble le dommage par une faute commune au sens de l'art.50 CO. Cf. ATF 104 II 225ss = JT 1979 I 546ss.

<sup>72</sup> GAUTSCHI, *Auftrag*, p.42 et 165.

### **3. *Les droits du directeur des travaux indûment substitué***

Le directeur des travaux indûment substitué ne peut pas faire valoir envers le maître les droits d'un mandataire <sup>73</sup>. Il ne peut exiger de lui, par exemple, le versement de ses honoraires <sup>74</sup>.

### **4. *Les clauses modifiant le régime de la responsabilité***

Le mandataire qui se substitue indûment un tiers commet une faute grave <sup>75</sup>. En conséquence, il faut tenir pour nulle toute clause prévoyant une limitation ou une exclusion de la responsabilité du mandataire principal, aux termes de l'art.100 al.1 CO.

---

<sup>73</sup> GAUTSCHI, Auftrag, p.42.

<sup>74</sup> Cela est aussi vrai en cas de substitution autorisée.

<sup>75</sup> GAUTSCHI, Auftrag, p.42.

## TITRE TROISIEME

### LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX

#### I. GENERALITES

##### A. LE PRINCIPE ET LES DEROGATIONS ADMISES

Le débiteur répond en principe de toute faute (art.99 al.1 CO); sa responsabilité est engagée en cas de dol, de faute grave ou de faute légère. En conséquence, il doit en principe réparer tout le dommage subi par le créancier.

La loi elle-même prévoit certains facteurs qui, s'ils ne restreignent pas l'étendue de la responsabilité, tempèrent la rigueur du principe qui vient d'être rappelé: les circonstances de l'affaire et la gravité de la faute du débiteur (art.43 al.1 CO), le consentement ou la faute concomitante de la partie lésée (art.44 al.1 CO), la gêne éventuelle du débiteur (art.44 al.2 CO) ou la nature particulière de l'affaire (art.99 al.2 CO) par exemple, permettent une réduction du montant de la réparation due par le débiteur.

De leur côté, les parties à un contrat peuvent, en vertu de l'autonomie de la volonté (art.19 al.1 CO) et sauf disposition légale contraire <sup>1</sup>, modifier le régime de la responsabilité contractuelle. Elles peuvent alléger ou aggraver la responsabilité du débiteur, dans les limites fixées par la loi <sup>2</sup>.

Les clauses modifiant le régime de la responsabilité sont fréquentes dans la construction. Le plus souvent contenues dans des

---

<sup>1</sup> Par exemple l'art.87 al.1 LCR, qui prévoit la nullité de toute convention excluant ou restreignant la responsabilité civile découlant de la LF sur la circulation routière.

<sup>2</sup> Cf. infra, p.158ss.

conditions générales - tels les Règlements SIA 102 et 103 (1984) - intégrées au contrat, elles font très rarement l'objet d'une négociation individualisée.

## B. LA FORME DE LA CLAUSE

La clause modifiant le régime de la responsabilité est le plus souvent écrite, qu'elle ait fait l'objet d'une négociation entre parties ou qu'elle soit contenue dans des conditions générales intégrées au contrat. La preuve de son existence et son interprétation sont ainsi facilitées.

Un arrangement oral modifiant le régime de la responsabilité est théoriquement possible. La partie qui s'en prévaut aura toutefois beaucoup de difficulté à prouver son existence <sup>3</sup>.

Une clause limitative ou exclusive peut-elle être convenue tacitement ? La doctrine <sup>4</sup> l'admet, de même que le Tribunal fédéral <sup>5</sup>. A notre avis toutefois, la réponse à cette question doit être négative: une clause limitative ou exclusive de responsabilité doit être expresse. Le principe veut en effet que le débiteur réponde de toute faute et qu'il répare la totalité du dommage subi par le lésé. Un accord dérogeant à ce principe doit être clair, et n'être admis qu'avec circonspection, ce qui exclut à notre sens les accords tacites. On ne saurait par exemple retenir une clause modifiant tacitement le régime de la responsabilité dans les cas suivants:

---

<sup>3</sup> Cf. par exemple ATF 112 II 353 c.2 in initio = JT 1987 I 30 c.2 (rés.), où le débiteur, qui se prévalait d'une clause exclusive de responsabilité convenue tacitement par téléphone, a été débouté faute de preuve.

<sup>4</sup> Notamment BEGUELIN, FJS n°535, p.3, II.1.b.; KOLLER, Art.101 OR, n°362; OESCH, p.35ss.

<sup>5</sup> Cf. ATF 112 II 353 c.2 in initio = JT 1987 I 30 c.2 (rés.), où le Tribunal fédéral ne rejette pas d'emblée la possibilité d'une clause tacite, mais juge qu'in casu, la preuve n'en n'a pas été rapportée par le débiteur qui s'en prévalait.

- Un contrat prévoyant pour le directeur des travaux une rémunération inférieure à la normale ne contient pas de clause tacite de limitation de responsabilité de ce dernier <sup>6</sup>.
- Le maître qui choisit en toute connaissance de cause un directeur des travaux notoirement incompetent ne souscrit pas tacitement à une clause limitant la responsabilité du mandataire qu'il a choisi. On retiendra plutôt une faute concomitante du maître (art.44 al.1 CO).

### C. LE CONTENU DE LA CLAUSE

On distingue traditionnellement les clauses limitatives des clauses exclusives de responsabilité. Les premières limitent la responsabilité du débiteur, les secondes l'excluent.

Les limitations apportées à la responsabilité du débiteur peuvent être si diverses qu'il serait vain de vouloir en dresser une liste exhaustive. Aussi la liste qui suit n'est-elle qu'exemplative:

- a) La responsabilité du débiteur peut être limitée à la faute grave et exclue en cas de faute légère (art.100 al.1 CO).
- b) La clause peut limiter la réparation due à un certain montant ou exclure purement et simplement de la responsabilité certains postes du dommage.

Un exemple historique: A teneur de l'art.6.6 Règlement SIA 102 (1969), "la responsabilité de l'architecte pour un dommage survenu doit toujours rester dans un rapport équitable avec le montant des honoraires perçus"<sup>7</sup>. Cette limitation était imprécise. Le Règlement SIA 102 (1984), comme le Règlement

---

<sup>6</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°597 in fine; dans le même sens, mais pour le contrat d'entreprise, GAUCH, Werkvertrag, n°1856; contra CUENDET, p.225-226, avec quelques nuances.

<sup>7</sup> Source: PERRIN, contrat d'architecte, p.63s.

SIA 103 (1984) d'ailleurs, ne contient plus de limitation de cette nature.

Exemple <sup>8</sup> : Les conditions générales des compagnies d'assurances relatives à la responsabilité civile des ingénieurs et architectes excluent toutes le dommage purement patrimonial de la couverture d'assurance.

- c) Le délai de prescription des droits du maître à l'encontre de son directeur des travaux (art.371 al.2 CO) peut être abrégé <sup>9</sup> , pour autant toutefois que l'exercice des droits du maître ne soit pas entravé de manière inéquitable.

Un exemple historique: L'art.6.7 Règlement SIA 102 (1969) limitait ce délai à deux ans, sauf pour les défauts cachés. Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) n'ont pas repris une telle disposition.

#### D. LES LIMITES POSEES A LA VALIDITE DE LA CLAUSE

Parfois la clause limitative ou exclusive de responsabilité ne déploie aucun effet, malgré son intégration au contrat. L'autonomie de la volonté des parties en ce domaine connaît en effet plusieurs limitations:

##### 1. *Les limites expresses posées par le code*

Aux termes de la loi:

---

<sup>8</sup> L'exclusion citée en exemple concerne les rapports entre l'ingénieur ou l'architecte et son assureur, et ne saurait porter préjudice au maître créancier.

<sup>9</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°1826; GAUTSCHI, n.5d et 28a ad 371 CO; ATF 108 II 196 = JT 1983 I 120s.

- a) Est nulle la clause qui contrevient à une règle de droit impératif (art.19 al.2 et 20 al.1 CO), ou la clause contraire aux moeurs ou à l'ordre public (art.19 al.2 et 20 al.1 CO).
- b) Est nulle la clause qui libère d'avance le débiteur en cas de dol ou de faute grave (car elle contrevient à l'art.100 al.1 CO, qui est de droit impératif), sauf si elle porte sur la responsabilité du fait de l'auxiliaire <sup>10</sup> (art.101 al.2 CO a contrario).
- c) La clause est nulle si elle contrevient aux droits attachés à la personnalité (art.19 al.2 et 20 al.1 CO, ainsi que 27 CC). Selon un courant moderne de la doctrine <sup>11</sup>, une clause ne peut pas, pour cette raison, exclure de réparation pour les dommages corporels.
- d) Lorsque la clause libère d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, elle peut être déclarée nulle par le juge si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (art.100 al.2 CO) <sup>12</sup>.
- e) En cas de responsabilité pour les auxiliaires, "si le créancier est au service du débiteur, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité", la clause est nulle si elle exonère le débiteur en cas de dol ou de faute grave (art.101 al.3 CO) <sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cf. notamment ENGEL, p.502.

<sup>11</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.213, § 22, ch.1, n.7; GAUCH, Werkvertrag, n°1883; KOLLER, Art.101 OR, p.113s.; LÖRTSCHER, p.222; OESCH, p.120; TERCIER, distinction, p.265s.

<sup>12</sup> Cf. infra, p.166ss.

<sup>13</sup> Cf. infra, p.171ss.

## 2. *Les limites posées par le principe de la confiance*

La clause insolite est nulle <sup>14</sup> (art.2 CC et art.1 CO). Est insolite la clause à laquelle la partie cocontractante ne s'attendait pas, et ne devait pas s'attendre: le caractère insolite de la clause peut résulter de son contenu - qui n'est pas celui auquel peut raisonnablement s'attendre le créancier en y souscrivant - , ou de son emplacement dans le contrat ou les conditions générales intégrées dans la convention.

## 3. *Les limites posées par la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) <sup>15</sup>*

L'utilisation de conditions générales abusives constitue un acte de concurrence déloyale. Le cas est visé par l'art.8 LCD, qui a la teneur suivante: "Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui (a.) dérogent notablement au régime applicable directement ou par analogie, ou (b.) prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat". Avant même son entrée en vigueur, cet article a fait l'objet de critiques plutôt négatives <sup>16</sup>, pour les motifs principaux qu'il n'aurait guère de portée pratique, serait ambigu ou inintelligible. Certains

---

<sup>14</sup> BUCHER, AT, p.156; GUHL / MERZ / KOLLER, p.110ss; MERZ, Massenvvertrag, p.148; SCHÖNENBERGER / JÄGGI, n.498s. ad 1 CO; WESSNER, contrats d'adhésion, RDS 1986 I p.171ss; ATF 109 II 456ss et les réf. = JT 1984 I 473.

<sup>15</sup> Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986, entrée en vigueur le 1er mars 1988 (RS 241).

<sup>16</sup> Pour un résumé des diverses positions doctrinales, cf. MARTIN-ACHARD Edmond, La loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986, Lausanne 1988, p.88, point 6; cf. également GUYET Jaques, Les conditions générales, les conditions commerciales "abusives" et l'art.8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, in Mélanges ASSISTA, Genève 1989, p.47ss, spécialement p.66.

auteurs ont au contraire salué cette nouvelle disposition <sup>17</sup>, et le fait qu'elle prévoit la possibilité d'un examen abstrait des dérogations apportées au droit dispositif <sup>18</sup>. Pour l'instant, le temps semble malheureusement donner raison aux critiques doutant de l'utilité de cette disposition: la jurisprudence fédérale <sup>19</sup> à ce sujet est des plus parcimonieuses.

#### E. L'INTERPRETATION DE LA CLAUSE

Le sens d'une clause négociée par les parties au contrat doit être dégagé selon les principes généraux d'interprétation: on interprète la déclaration de volonté des parties à la lumière du principe de la confiance, c'est-à-dire dans le sens que le destinataire pouvait et devait donner à la clause selon les règles de la bonne foi <sup>20</sup>. On recherchera le sens généralement donné dans le langage courant aux termes utilisés <sup>21</sup>. On donnera un sens restrictif aux clauses qui

---

<sup>17</sup> GAUCH Peter, Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" - Unlauterer Wettbewerb nach Art.8 des revidierten UWG, BR/DC 1987/3, p.51ss, spécialement p.60. Cf. également WIDMER Pierre, Variationen über Treu und Glauben oder Il tempo più bello è quello perduto, in Festschrift Arnold KOLLER, Berne 1993, p.185ss, spécialement p.195.

<sup>18</sup> DESSEMONTET François, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne 1988, p.57ss, spécialement p.87; cf. également GUYET Jaques, Les conditions générales, les conditions commerciales "abusives" et l'art.8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, in Mélanges ASSISTA, Genève 1989, p.47ss, spécialement p.66.

<sup>19</sup> Quelques rares décisions ont été rendues par notre haute cour: ATF 119 II 447 c.1c (clause contenue dans les conditions générales d'un bailleur de véhicules automobiles); ATF 117 II 332ss = JT 1993 I 364ss (clause d'une cession de contrat).

<sup>20</sup> BUCHER, AT, p.122; ENGEL, p.167; von TUHR / PETER, p.287; ATF 95 II 328 c.3 et les réf. = JT 1970 I 551s. (rés.).

<sup>21</sup> WESSNER, contrats d'adhésion, RDS 1986 I p.173s.; ATF 116 II 191 = JT 1990 I 613.

privent une partie de ses droits<sup>22</sup>. En cas de doute, la clause sera interprétée contre celui qui l'a rédigée, selon l'adage "in dubio contra stipulatorem"<sup>23</sup>.

Les principes d'interprétation qui viennent d'être rappelés sont applicables dans le cas d'une clause limitative ou exclusive contenue dans des conditions générales intégrées au contrat<sup>24</sup>. Celles-ci doivent elles aussi s'interpréter de manière individuelle. L'interprétation qu'en donne leur auteur n'est pas déterminante.

Lorsque la clause se borne à reproduire une règle légale; on l'interprète selon le sens que le destinataire lui a effectivement donné ou pouvait lui donner en vertu du principe de la confiance<sup>25</sup>, et non pas selon le sens objectif que toute personne donne à la loi.

#### **F. LES EFFETS D'UNE CLAUSE CONTRACTUELLE LIMITATIVE OU EXCLUSIVE DE RESPONSABILITE AU PLAN DELICTUEL**

Il est évident que seules les parties à un contrat peuvent convenir d'une clause contractuelle limitant ou supprimant la responsabilité du débiteur. Lorsque la violation contractuelle de ce dernier constitue également un acte illicite, et que la responsabilité contractuelle comme la responsabilité délictuelle du débiteur sont engagées, se pose la question de savoir si une clause contractuelle valable déploie aussi ses effets au plan délictuel, de sorte que le créancier ne puisse pas, ou pas entièrement, demander réparation à l'auteur du dommage en se fondant à la fois sur les art. 41ss et 97ss CO. Ce point est controversé:

---

<sup>22</sup> ATF 91 II 348 c.2a = JT 1966 I 534 c.2a; ATF 83 II 404 c.2 = JT 1957 I 584 c.2.

<sup>23</sup> GILLIERON, SAS 1987, p.94 et les réf.; ATF 100 II 153 c.4c et les réf. = JT 1975 I 334 c.4c.

<sup>24</sup> BUCHER, AT, p.159; GILLIERON, SAS 1987, p.94; WESSNER, contrats d'adhésion, RDS 1986 I p.173; ATF 110 II 145 c.2b et les réf. = JT 1985 I 24s. (rés.).

<sup>25</sup> DROIN, SJ 1982, p.426 (note faisant suite à un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 16 mars 1982); GILLIERON, SAS 1987, p.95 et les réf. doctrinale et jurisprudentielle; contra ATF 108 II 150s. = JT 1982 I 426 (rés.) = SJ 1982, p.423.

La doctrine minoritaire<sup>26</sup> estime qu'il n'est pas possible de limiter ou d'exclure sa responsabilité délictuelle par une clause contractuelle, pour les motifs que l'on ne saurait s'exonérer par avance des conséquences d'un acte illicite, et que les fondements de la responsabilité contractuelle et ceux de la responsabilité délictuelle ne sont pas les mêmes. La doctrine dominante<sup>27</sup> admet qu'en règle générale, une clause contractuelle limitant ou supprimant la responsabilité déploie également des effets au plan délictuel. L'argument le plus souvent invoqué est un argument logique: si les parties ont voulu modifier le régime de la responsabilité, c'est qu'elles ont voulu le modifier sur tous les plans, sinon la clause serait dans de nombreux cas privée de toute utilité. Certains auteurs<sup>28</sup>, plus nuancés, estiment qu'il faut d'abord interpréter la clause pour savoir si les parties avaient la volonté d'étendre les effets de la clause contractuelle au plan délictuel.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est à ce sujet fluctuante. Après avoir refusé qu'une clause contractuelle limitative ou exclusive de responsabilité déploie des effets sur le plan délictuel<sup>29</sup>, le Tribunal fédéral l'a admis pour la première fois en 1981<sup>30</sup>, et a par la suite confirmé sa jurisprudence<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> CAVIN, DPS VII/1, p.111; GAUTSCHI, Berner Kommentar, 3ème édition, 1971, n.25c ad 398 CO; PERRIN, limitation de la responsabilité contractuelle, SJ 1973, p.211; KELLER, I, p.373s.

<sup>27</sup> BECKER, n.4 ad 41-61 CO; BUCHER, AT, p.337s.; von BÜREN, AT, p.407, n.206; CUENDET, p.203; ENGEL, p.488; SCHÖNLE, p.400ss; nuancés OSER / SCHÖNENBERGER, n.18s. ad 41-61 CO.

<sup>28</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.213, § 22, ch.1, n°8; GAUCH, Werkvertrag, n°1878; GIGER, n.24 ad 199 CO; GILLIARD, obligation de sécurité, p.112ss; LÖRTSCHER, p.121s.; OFTINGER / STARK, I, p.689s.; WESSNER, clause d'exclusion, BR/DC 1987/1, p.12s.

<sup>29</sup> Tribunal fédéral, 04.11.1980, SJ 1981, p.438 c.1b; Tribunal fédéral, 03.10.1933, RSJ 1934-35, p.187 c.3.

<sup>30</sup> ATF 107 II 161ss = JT 1981 I 582ss (cet arrêt est commenté in BR/DC 1987/1, p.10ss par WESSNER).

<sup>31</sup> ATF 120 II 61 c.3 a) = JT 1994 I 756 c.3 a); ATF 111 II 471ss = JT 1986 I 485ss.

## II. LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR SON PROPRE FAIT, POUR LES ACTES DE SON AUXILIAIRE ET EN CAS DE SUBSTITUTION DE MANDAT

Seront examinées successivement les clauses modifiant le régime de la responsabilité du directeur des travaux pour son propre fait (A.), pour les actes de son auxiliaire (B. <sup>32</sup>) et en cas de substitution de mandat (C. <sup>33</sup>).

### A. LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR SON PROPRE FAIT

#### 1. *La réglementation légale*

Le directeur des travaux est un mandataire; il est soumis aux règles du contrat de mandat (art.394ss CO). Selon le principe de la liberté contractuelle (art.19 al.1 CO), les parties à un contrat de mandat sont théoriquement libres, dans les limites de la loi <sup>34</sup>, d'y intégrer une clause limitative ou exclusive de responsabilité. Certains auteurs <sup>35</sup> doutent néanmoins de l'admissibilité d'une telle clause au regard de l'essence même du contrat de mandat. Une clause limitative ou exclusive insérée dans un contrat de mandat porte à leur avis atteinte à un élément essentiel du contrat: le mandataire ne peut tout à

---

<sup>32</sup> Cf. infra, p.171ss.

<sup>33</sup> Cf. infra, p.173ss.

<sup>34</sup> Cf. supra, p.158ss.

<sup>35</sup> Surtout GAUTSCHI, n.73a et ss ad 395 CO et n.25a ad 398 CO. Voir également PERRIN, contrat d'architecte, p.60 et limitation de la responsabilité contractuelle, SJ 1973, p.215; SCHWANDER Paul, BFSa 1986, n°104, p.8, qui exclut les conventions limitatives ou exclusives de responsabilité entre client et avocat pour ce motif, mais curieusement semble les admettre entre architecte ou ingénieur et maître; nuancé KUHN, RSJ 1986, p.355. Cf. également un arrêt lucernois (Tribunal cantonal, Lucerne, 02.07.1969, RIB 1969, p.372), où il a été jugé qu'une clause limitant la responsabilité de l'avocat à la faute grave était nulle.

la fois promettre toute sa diligence en vue d'une bonne et fidèle exécution du mandat (art.398 al.2 CO), et limiter ou exclure sa responsabilité pour les conséquences de son absence de diligence. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore exprimé sur ce point, mais la majorité des auteurs<sup>36</sup> rejettent avec raison cette opinion, pour le motif principal que le principe de la liberté contractuelle prévue par l'art.19 al.1 CO s'étend à tous les types de contrats et que rien ne justifie un traitement différent s'agissant du contrat de mandat. Le principe même de l'admissibilité d'une clause modifiant le régime de la responsabilité dans le contrat de mandat une fois admis, reste encore à garder à l'esprit les points suivants:

Lorsque le maître conclut avec le directeur des travaux un contrat comprenant des conditions générales acceptées globalement, ce dernier a l'obligation d'attirer l'attention de son cocontractant sur l'existence éventuelle et sur l'étendue d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité. S'il la passe sous silence, il viole son devoir de fidélité et la confiance que le maître de l'ouvrage place en lui; il viole également son devoir d'information et de conseil<sup>37</sup>. En telle occurrence, la clause peut-elle valablement être opposée au maître? La réponse dépend à notre avis des circonstances. Si le maître est inexpérimenté, le principe de la confiance justifie de tenir pour insolite une telle clause<sup>38</sup>. Par contre, lorsque le maître est

---

<sup>36</sup> Par exemple FELLMANN, n.515 ad 398 CO; HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.114, point 3 a); OSER / SCHÖNENBERGER, n.1 ad 398 CO; SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°415; TERCIER, contrats spéciaux, n°4088; WERRO, mandat, n°938.

<sup>37</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°416.

<sup>38</sup> Cf. supra, p.160.

Cf. surtout SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°418.

Cf. également BUCHER, AT, p.156; GUHL / MERZ / KOLLER, p.110ss; MERZ, Massenvertrag, p.148; SCHÖNENBERGER / JÄGGI, n.498s. ad 1 CO; WESSNER, contrats d'adhésion, RDS 1986 I p.171ss; ATF 109 II 456ss et les réf. = JT 1984 I 473.

versé dans l'art de la construction, ou lorsqu'il se fait représenter face au directeur des travaux par une personne du métier (par exemple un ingénieur), la clause est à notre sens valable <sup>39</sup>.

Est également valable la clause limitative ou exclusive de responsabilité qui a fait l'objet d'une négociation individualisée entre parties au contrat <sup>40</sup>. Lorsque le maître s'est fait représenter par un mandataire (avocat, notaire, juriste, etc.) lors de la conclusion du contrat de direction de chantier, il faut également admettre la validité d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité incluse dans la convention.

## *2. La profession d'architecte: un cas particulier justifiant l'application de l'art.100 al.2 CO ?*

Une clause excluant la responsabilité du directeur des travaux en cas de faute légère pourrait-elle être tenue pour nulle par le juge, en vertu de l'art.100 al.2 CO ? Cet article a la teneur suivante: "le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère (...) si la responsabilité résulte d'une industrie concédée par l'autorité". On sait que le Tribunal fédéral soumet à cette disposition l'exploitation d'une banque <sup>41</sup>, et que la doctrine s'accorde à y soumettre la profession d'avocat <sup>42</sup>. Qu'en est-il de la profession d'architecte, et plus particulièrement de la profession de directeur des travaux de construction ?

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais dû se prononcer à ce sujet. A notre avis, le fait pour un architecte de devoir être inscrit dans un registre professionnel pour pouvoir exercer son

---

<sup>39</sup> En ce sens SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°418, note 102.

<sup>40</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°418.

<sup>41</sup> ATF 112 II 450ss = JT 1987 I 91ss (rés.).

<sup>42</sup> BECKER, n.8 ad 100 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.5 ad 100 CO; WESSNER, responsabilité professionnelle de l'avocat, RJN 1986, p.24.

métier, ou du moins certains aspects de son métier, nous incite à considérer que la profession est une "industrie concédée" au sens de l'art.100 al.2 et 101 al.3 CO. L'inscription a valeur d'autorisation officielle de pratiquer; l'architecte inscrit bénéficie d'un monopole et jouit d'une présomption de compétence professionnelle. Ce qui nous conduit aux conclusions suivantes:

- Dans la majorité des cantons, la profession d'architecte, comprise dans un sens large (conception de projet et/ou direction des travaux), n'est pas réglementée. L'exercice de cette profession est donc libre sur ces territoires cantonaux. En conséquence, l'art.100 al.2 CO n'entre même pas en ligne de compte.
- Dans les cantons <sup>43</sup> où le dépôt de projets de construction en vue de sanction est réservé aux personnes inscrites dans un registre cantonal, et dans lesquels, en conséquence, la profession d'architecte, sous son aspect "conception de projet", bénéficie

---

<sup>43</sup> Cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Tessin, et Vaud. Cf. également KNAPP, profession d'architecte en droit public, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1660ss, 1714ss et 1739ss.

Canton de Fribourg: cf. art.186ss de la LC sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 9 mai 1983, RSF 710.1.

Canton de Genève: cf. art.3 du Règlement d'application de la LC sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur, du 9 novembre 1983, L.5.2.1.

Canton du Jura (seulement pour les mandats d'étude ou de direction de travaux attribués ou subventionnés par l'Etat): cf. art.7 al.1 de l'Ordonnance concernant le registre professionnel cantonal des bureaux d'architectes, d'ingénieurs et des autres bureaux d'études, du 26 février 1985, Recueil systématique jurassien 721.22.

Canton de Neuchâtel: cf. art.133 de la LC sur les constructions, du 12 février 1957, RSN 720.0.

Canton du Tessin (seulement pour les projets publics): cf. art.6 de la Legge sulla protezione e sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto, du 20 mars 1990, vol.6, n°232.

Canton de Vaud: cf. art.3, 5a et 14 de la LC sur la profession d'architecte, du 13 décembre 1966, RSV 6.1.F.

d'un monopole et jouit d'une présomption de compétence professionnelle, une clause excluant la responsabilité du concepteur de projet en cas de faute légère pourrait être tenue pour nulle par le juge aux termes de l'art.100 al.2 CO <sup>44</sup>.

- Dans les cantons <sup>45</sup> où l'exercice de la profession d'architecte, sous son aspect "direction des travaux" est réservé aux personnes inscrites dans un registre cantonal, et donc bénéficie d'un monopole, une clause excluant la responsabilité du directeur des travaux en cas de faute légère pourrait être considérée comme nulle par le juge aux termes de l'art.100 al.2 CO.
3. *La portée d'une déclaration unilatérale d'exclusion ou de limitation de responsabilité: le cas du panneau de chantier*

Les mises en garde de débiteurs potentiels, adressées à un nombre indéterminé de tiers, créanciers potentiels, ne sont pas rares.

---

<sup>44</sup> HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.114, point 3) a); SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°405.

<sup>45</sup> Cantons de Genève, du Jura, du Tessin et de Vaud. Cf. également KNAPP, profession d'architecte en droit public, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1660ss et 1739ss.

Canton de Genève: cf. art.3 du Règlement d'application de la LC sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur, du 9 novembre 1983, L.5.2.1.

Canton du Jura (seulement pour les mandats de direction de travaux attribués ou subventionnés par l'Etat): cf. art.7 al.1 de l'Ordonnance concernant le registre professionnel cantonal des bureaux d'architectes, d'ingénieurs et des autres bureaux d'études, du 26 février 1985, Recueil systématique jurassien 721.22.

Canton du Tessin (seulement pour les travaux entrepris par une collectivité publique): cf. an.6 de la Legge sulla protezione e sull' esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto, du 20 mars 1990, vol.6, n°232.

Canton de Vaud: cf. art.3, 5a et 14 de la LC sur la profession d'architecte, du 13 décembre 1966, RSV 6.1.F.

Quelques exemples: "attention au chien"<sup>46</sup>, "la direction décline toute responsabilité pour les objets déposés dans la garde-robe", "il est strictement interdit de pénétrer sur le chantier; nous déclinons toute responsabilité en cas d'accident". Ces mises en garde constituent des déclarations unilatérales d'exclusion ou de limitation de responsabilité aquilienne. Leur fréquence est inversement proportionnelle à leur portée: elles n'ont en effet aucune valeur juridique absolue<sup>47</sup>, car il n'est pas possible, en droit suisse, d'exclure ou de limiter de manière générale et unilatérale sa responsabilité aquilienne.

Toutefois, une telle déclaration vaut avertissement pour les tiers, pour autant qu'elle leur fasse clairement comprendre qu'en outrepassant sciemment l'interdiction, ils s'exposent à une situation dangereuse et pourront subir un éventuel préjudice. On pourra donc retenir, selon les circonstances, un fait concomitant à charge du lésé, au sens de l'art.44 al.1 CO (consentement à la lésion, faute grave ou légère ayant contribué à la survenance du dommage) et la responsabilité aquilienne de l'auteur de la déclaration unilatérale pourra éventuellement être exclue ou son obligation de réparer le préjudice restreinte<sup>48</sup>.

Dans le domaine de la construction, un directeur des travaux ou un entrepreneur<sup>49</sup> qui appose un panneau de chantier contenant une déclaration unilatérale d'exclusion ou de limitation de responsabilité ne peut pas s'en prévaloir dans tous les cas. Par contre, si toutes les mesures nécessaires pour éviter qu'un tiers ne pénètre sur le chantier ont été prises (pose de clôtures pour empêcher l'accès aux personnes non autorisées, même aux jeunes enfants; couverture appropriée des fouilles dangereuses etc.), le directeur des travaux ou l'entrepreneur

---

<sup>46</sup> ATF 102 II 236 c.1 bb) = JT 1977 I 123 (rés.) = SJ 1977, p.518s. (rés.).

<sup>47</sup> KOLLER, Art.101 OR, n°364, s'agissant plus particulièrement d'un panneau affiché à l'entrée d'une manifestation sportive (course de bob).

<sup>48</sup> BRUSA, p.86ss; TERCIER, responsabilité civile, JDC 1989, p.38.

<sup>49</sup> Selon l'art.106 Norme SIA 118 (1977/1991), la clôture des chantiers, l'affichage de l'interdiction d'entrer aux personnes non autorisées, l'éclairage, la signalisation et la sécurité d'un chantier sont l'affaire de l'entrepreneur.

recherché pourra invoquer, selon les circonstances, la faute exclusive ou concomitante du lésé pour s'exculper ou limiter son obligation de réparer.

#### 4. *Les Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne contiennent à notre avis aucune limitation ou exclusion de responsabilité valable. Certes, leurs art.1.6 respectifs limitent la responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur au "dommage direct" <sup>50</sup>. Toutefois, une telle limitation est à notre avis ambiguë <sup>51</sup>. Sa portée hautement imprécise justifie à notre sens de lui refuser toute application.

Quant à l'article 1.7 des Règlements SIA 102 et 103 (1984), il ne constitue pas une exclusion de responsabilité, mais un rappel du principe général de la relativité des conventions: un architecte ou ingénieur qui a conclu un contrat de direction de chantier avec le maître n'est pas responsable des actes commis par les autres cocontractants de celui-ci.

L'art.2.4 Règlement SIA 102 (1984) <sup>52</sup> ne saurait constituer dans tous les cas une clause exclusive de responsabilité. L'architecte appelé à collaborer à un ouvrage, par exemple en tant que conseiller en urbanisme, même s'il n'assume pas la direction générale du projet, ni sa coordination générale, engage néanmoins sa responsabilité s'il commet une faute entraînant un dommage pour son cocontractant. Selon les circonstances, on considérera que l'architecte est un auxiliaire de l'ingénieur ou de toute autre personne qui a fait appel à ses services, ou comme un cocontractant du maître.

---

<sup>50</sup> Art.1.6 Règlements SIA 102 et 103 (1984).

<sup>51</sup> A ce sujet, cf. supra, p.118s.

<sup>52</sup> Art.2.4 Règlement SIA 102 (1984): "L'architecte peut être occasionnellement appelé à apporter sa collaboration à l'architecture d'ouvrages qui pour l'essentiel relèvent d'autres disciplines. Il n'assume alors ni la direction générale de l'opération, ni sa coordination générale, et il n'en pône pas la responsabilité".

## B. LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX POUR LES ACTES DE SON AUXILIAIRE

### 1. *La réglementation légale*

L'art.101 al.2 CO permet au directeur des travaux de limiter ou d'exclure sa responsabilité pour le fait de son auxiliaire<sup>53</sup>, et ce même en cas de dol ou de faute grave<sup>54</sup>.

Lorsque la clause limite la responsabilité du directeur des travaux à une faute grave de son auxiliaire, et que celui-ci commet une faute légère, la clause oblige le lésé à s'en prendre à l'auxiliaire uniquement, sur la base des art.41ss CO si les conditions d'application sont remplies. En telle occurrence, une action fondée sur les art.97ss CO n'est en effet possible ni contre le directeur des travaux, qui a valablement exclu sa responsabilité, ni contre l'auxiliaire, puisqu'il n'existe aucune relation contractuelle entre lésé et auxiliaire.

### 2. *La profession d'architecte: un cas particulier justifiant l'application de l'art.101 al.3 CO ?*

Consacré à la responsabilité pour des auxiliaires, l'art.101 al.3 CO prévoit que "(...) si la responsabilité résulte d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère".

---

<sup>53</sup> Si la personne qui a commis l'acte dommageable est un organe de la personne morale agissant en qualité de directeur des travaux, et non un auxiliaire, la responsabilité ne peut être ni exclue, ni restreinte en cas de faute grave: cf. ATF 102 II 264 c.4 = JT 1977 I 221 c.4.

<sup>54</sup> Notamment ENGEL, p.502.

On peut toutefois se demander si une clause exonérant le directeur des travaux de toute responsabilité en cas de dol de son technicien, par exemple, ne serait pas contraire à la bonne foi (art.2 CC).

Les principes dégagés lors de l'examen de l'applicabilité de l'art.100 al.2 CO à la profession d'architecte <sup>55</sup> gardent ici toute leur valeur; appliqués à la responsabilité du directeur des travaux pour les actes de son auxiliaire, ils conduisent aux conclusions suivantes:

- La profession d'architecte, comprise dans un sens large (conception de projet et/ou direction des travaux), n'est pas réglementée dans la majorité des cantons. L'application de l'art.101 al.3 CO n'entre dès lors même pas en ligne de compte.
- Dans les cantons <sup>56</sup> où le dépôt de projets de construction en vue de sanction est réservé aux personnes inscrites dans un registre cantonal, et dans lesquels, en conséquence, la profession d'architecte, sous son aspect "conception de projet", bénéficie d'un monopole et jouit d'une présomption de compétence professionnelle, une clause excluant la responsabilité du

---

<sup>55</sup> Cf. supra, p.166ss.

<sup>56</sup> Cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Tessin, Vaud. Voir également KNAPP, profession d'architecte en droit public, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1660ss, 1714ss et 1739ss.

Canton de Fribourg: cf. art.186ss de la LC sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 9 mai 1983, RSF 710.1.

Canton de Genève: cf. art.3 du Règlement d'application de la LC sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur, du 9 novembre 1983, L.5.2.1.

Canton du Jura (seulement pour les mandats d'étude ou de direction de travaux attribués ou subventionnés par l'Etat): cf. art.7 al.1 de l'Ordonnance concernant le registre professionnel cantonal des bureaux d'architectes, d'ingénieurs et des autres bureaux d'études, du 26 février 1985, Recueil systématique jurassien 721.22.

Canton de Neuchâtel: cf. art.133 de la LC sur les constructions, du 12 février 1957, RSN 720.0.

Canton du Tessin (seulement pour les projets publics): cf. art.6 de la Legge sulla protezione e sull' esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto, du 20 mars 1990, vol.6, n°232.

Canton de Vaud: cf. an.3, 5a et 14 de la LC sur la profession d'architecte, du 13 décembre 1966, RSV 6.1.F.

concepteur de projet en cas de dol ou de faute grave de son auxiliaire est nulle en raison de l'art.101 al.3 CO.

- Dans les cantons <sup>57</sup> où l'exercice de la profession d'architecte, sous son aspect "direction des travaux", est réservé aux personnes inscrites dans un registre cantonal, et donc bénéficie d'un monopole, une clause excluant la responsabilité du directeur des travaux en cas de dol ou de faute grave de son auxiliaire est nulle à teneur de l'art.101 al.3 CO.

### 3. *Les Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne contiennent aucune clause limitative ou exclusive de responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur pour ses auxiliaires. Leurs articles 1.7 respectifs concernent les tiers, et non pas les auxiliaires de l'architecte / de l'ingénieur.

---

<sup>57</sup> Cantons de Genève, Jura, Tessin et Vaud. Voir également KNAPP, profession d'architecte en droit public, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1660ss et 1739ss.

Canton de Genève: cf. art.3 du Règlement d'application de la LC sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur, du 9 novembre 1983, L.5.2.1.

Canton du Jura (seulement pour les mandats de direction de travaux attribués ou subventionnés par l'Etat): cf. art.7 al.1 de l'Ordonnance concernant le registre professionnel cantonal des bureaux d'architectes, d'ingénieurs et des autres bureaux d'études, du 26 février 1985, Recueil systématique jurassien 721.22.

Canton du Tessin (seulement pour les travaux entrepris par une collectivité publique): cf. art.6 de la Legge sulla protezione e sull' esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto, du 20 mars 1990, vol.6, n°232.

Canton de Vaud: cf. art.3, 5a et 14 de la LC sur la profession d'architecte, du 13 décembre 1966, RSV 6.1.F.

**C. LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX EN CAS DE SUBSTITUTION DE MANDAT**

**1. La réglementation légale**

La loi distingue la substitution autorisée (a.) de la substitution non autorisée (b.):

**a. En cas de substitution autorisée**

A teneur de l'art.398 al.3 CO, la substitution est autorisée lorsque le directeur des travaux a reçu l'autorisation du maître de transférer l'affaire dont il avait été chargé à un autre directeur des travaux, ou lorsque les circonstances exigent un tel transfert alors que le directeur des travaux n'est pas en mesure de requérir l'autorisation du maître. Lorsque la substitution de mandat est autorisée, le directeur des travaux principal ne répond que du soin avec lequel il a choisi le substitut et lui a donné ses instructions<sup>58</sup> (cura in eligendo et instruendo), en vertu de l'art.399 al.2 CO.

La nature juridique de l'art.399 al.2 CO est controversée:

- Pour certains auteurs<sup>59</sup>, cette disposition est relativement impérative, de sorte que les parties peuvent y déroger, mais sans péjorer la situation du créancier.
- Pour d'autres<sup>60</sup>, dont nous partageons l'avis, cette règle est dispositive: la responsabilité du mandataire fondée sur l'art.399 al.2 CO peut être limitée ou exclue. En d'autres termes, les risques liés au choix et aux instructions à donner au substitut peuvent être transférés, partiellement ou totalement, du

---

<sup>58</sup> GAUTSCHI, n.7b ad 399 CO; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.75. ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.85s.

<sup>59</sup> Surtout GAUTSCHI, n.7c ad 399 CO, et Auftrag, p.41.

<sup>60</sup> Surtout FELLMANN, n.81ss ad 399 CO; voir aussi CERRUTI, n°454.

mandataire au mandant. Une telle clause n'est toutefois valable que dans les limites tracées par l'art.100 al.1 CO.

*b. En cas de substitution non autorisée*

Toute substitution de mandat intervenue sans que les conditions posées par l'art.398 al.3 CO ne soient remplies est non autorisée. Le directeur des travaux répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué, aux termes de l'art.399 al.1 CO.

Le mandataire qui se substitue indûment un tiers commet une faute grave <sup>61</sup>. Aussi faut-il tenir pour nulle toute clause prévoyant une limitation ou une exclusion de la responsabilité du mandataire principal (art.100 al.1 CO).

*2. Les Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) sont muets sur la responsabilité de l'architecte ou l'ingénieur principal pour le substitut. Leur article 1.7 respectif rappelle simplement que l'architecte ou l'ingénieur ne répond pas des prestations fournies par les tiers indépendants qui sont en relation contractuelle directe avec le maître. Même si l'on devait considérer que l'article 1.7, malgré son texte imprécis, s'applique en cas de substitution autorisée, la réglementation légale ne serait pas modifiée pour autant, dans la mesure où il ne prévoit de toute façon pas que l'architecte ou l'ingénieur principal soit responsable des prestations fournies par l'architecte ou l'ingénieur substitué.

---

<sup>61</sup> GAUTSCHI, Auftrag, p.42.

### **III. LES CLAUSES MODIFIANT LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU MAITRE POUR SON AUXILIAIRE LE DIRECTEUR DES TRAVAUX**

#### **A. LA REGLEMENTATION LEGALE**

Le directeur des travaux agit souvent comme auxiliaire du maître dans la relation contractuelle existant entre maître et entrepreneur <sup>62</sup>.

#### **B. LES CLAUSES MODIFIANT CE REGIME DE RESPONSABILITE**

Selon le principe de l'autonomie de la volonté, les parties au contrat d'entreprise sont libres d'y insérer une clause limitative ou exclusive de responsabilité du maître pour son auxiliaire le directeur des travaux (art. 101 al.2 CO).

#### **C. LA NORME SIA 118 (1977/1991)**

Les parties au contrat d'entreprise ont éventuellement inclu dans leur convention la Norme SIA 118 (1977/1991). Celle-ci ne contient aucune disposition limitative ou exclusive de responsabilité du maître pour son auxiliaire le directeur des travaux.

---

<sup>62</sup> Cf. infra, p.219ss.

## TITRE QUATRIEME

### LES CONSEQUENCES DE L'INEXECUTION DU CONTRAT PAR LE DIRECTEUR DES TRAVAUX

Les conséquences de l'inexécution du contrat par le directeur des travaux sont diverses. Seront examinées successivement la réparation du dommage subi par le maître (I.), la suppression ou la réduction de la rémunération et du remboursement des avances et frais (II. <sup>1</sup>), la révocation du contrat (III. <sup>2</sup>) et les conséquences attachées à la demeure (IV. <sup>3</sup>).

#### I. LA REPARATION DU DOMMAGE SUBI PAR LE MAITRE

En cas d'exécution devenue impossible et d'exécution défectueuse ou de violation positive du contrat, l'art.97 al.1 CO prévoit expressément l'obligation pour le débiteur de réparer le dommage subi par le créancier. L'art.397 al.2 CO reprend cette règle essentielle, mais part d'une hypothèse particulière.

##### A. LES MODES DE REPARATION DU DOMMAGE

Il existe différents modes de réparation du dommage <sup>4</sup>. Dans le domaine qui nous occupe, les modes les plus fréquents sont la réparation en nature (1.) et le versement d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts (2. <sup>5</sup>), ce dernier constituant la règle. Le mode de réparation est fixé par le juge (art.43 al.1 CO, par renvoi de l'art.99 al.3 CO), à défaut d'entente entre parties.

---

1 Cf. infra, p.188ss.

2 Cf. infra, p.194ss.

3 Cf. infra, p.205ss.

4 Cf. notamment CUENDET, p.234ss.

5 Cf. infra, p.180.

## 1. *La réparation en nature*

Le débiteur répare en nature le dommage subi par le créancier en exécutant son obligation conformément à la convention. Le plus souvent, l'exécution en nature procure au créancier une réparation complète de son dommage. Dans certains cas toutefois, le versement supplémentaire d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts s'avère nécessaire pour lui assurer un dédommagement complet.

Le directeur des travaux peut être amené à effectuer une réparation en nature essentiellement en cas de défaut de l'ouvrage dont il répond. En telle occurrence, il répare en nature le préjudice subi par le maître en dirigeant en son propre nom les travaux de réfection, sans percevoir d'honoraires pour cette prestation et en prenant à sa charge tous les frais occasionnés par la remise en état.

En principe, le directeur des travaux n'a pas un droit à la réparation en nature et celle-ci ne peut lui être imposée <sup>6</sup>, sauf convention contraire des parties <sup>7</sup>.

L'art.4.5.3 Règlement SIA 102 (1984), qui traite de la direction des travaux de garantie par l'architecte, prévoit que celui-ci élimine les défauts, notamment en surveillant les entrepreneurs et fournisseurs chargés de cette tâche. Il concerne prioritairement la direction des travaux visant l'élimination des défauts imputables à un entrepreneur, mais s'applique également en cas de défauts dont répond l'architecte en tout ou partie <sup>8</sup>. Si le Règlement SIA 102 (1984) a été valablement intégré au contrat, l'architecte a et le droit et l'obligation de diriger les travaux visant l'élimination de tout défaut affectant la construction <sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°2021; SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°541, note 321.

<sup>7</sup> SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°544.

<sup>8</sup> SCHUMACHER, *Haftung des Architekten aus Vertrag*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°486, 2ème phrase (éd.1989).

<sup>9</sup> SCHUMACHER, *Haftung des Architekten aus Vertrag*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°486 (éd.1989).

L'art.4.1.10 Règlement SIA 103 (1984) prévoit que l'ingénieur, en sa qualité de mandataire principal, contrôle l'élimination des défauts de l'ouvrage. Ce qui vient d'être dit au sujet de l'art.4.5.3 Règlement SIA 102 (1984) est également applicable ici: il faut admettre que si le Règlement SIA 103 (1984) a été valablement intégré au contrat, l'ingénieur chargé de la direction des travaux a et le droit, et l'obligation de diriger les travaux visant l'élimination de tout défaut affectant la construction.

Lorsqu'aucun de ces Règlements n'a été intégré au contrat, et que les parties n'ont rien prévu en ce qui concerne la direction des travaux visant l'élimination des défauts imputables au directeur des travaux, celui-ci a-t-il le droit / l'obligation de diriger lesdits travaux ? La réponse dépend des circonstances:

- Le maître qui souhaite une réparation ne saurait à notre avis s'opposer à la volonté exprimée par l'architecte ou l'ingénieur de diriger les travaux visant l'élimination des défauts dont il est responsable, sauf si les circonstances lui ont fait perdre toute confiance en les qualités du directeur des travaux <sup>10</sup>. Si le rapport de confiance entre les parties n'est pas entamé, mais que le maître confie à un autre mandataire le soin d'éliminer les défauts, le principe qui veut que le créancier fasse en sorte de diminuer son dommage (art.44 al.1 CO) oblige le maître à prendre à sa charge les coûts supplémentaires engendrés par la direction des travaux de remise en état effectuée par un tiers <sup>11</sup>.
- Si l'architecte ou l'ingénieur refuse de diriger personnellement les travaux visant l'élimination des défauts dont il est responsable, le maître ne saurait l'y contraindre <sup>12</sup>. Ce dernier détient contre son mandataire une créance en dommages-intérêts.

---

<sup>10</sup> Cf. également SCHUMACHER, Haftung des Architekten aus Vertrag, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°544.

<sup>11</sup> En ce sens SCHUMACHER, Haftung des Architekten aus Vertrag, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°544.

<sup>12</sup> Notamment SCHUMACHER, Haftung des Architekten aus Vertrag, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°483 (éd.1989).

## 2. *Le versement d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts*

C'est le mode le plus courant de réparation du préjudice subi par le créancier. Dans le mandat, les dommages-intérêts ont pour but de compenser "l'intérêt que le créancier avait à ne pas accorder sa confiance à la promesse du débiteur" <sup>13</sup>. En d'autres termes, ils visent à compenser l'intérêt du créancier à l'exécution. Le directeur des travaux doit prendre à sa charge la perte éprouvée et le gain manqué résultant pour le maître de la violation contractuelle commise. Exemple: Le directeur des travaux responsable unique d'un défaut de construction doit prendre à sa charge les coûts nécessités par la remise en état de la construction (frais de démolition, de fournitures, de main-d'oeuvre, de surveillance, etc.) ainsi que la perte d'exploitation de l'immeuble.

A cet égard, il faut distinguer le montant du préjudice subi par le créancier du montant de la réparation versée par le débiteur: le premier se détermine concrètement et constitue le maximum que peut être appelé à verser le débiteur, tandis que le second est fixé selon la part de responsabilité du débiteur à la survenance du dommage.

### B. L'EVALUATION DU DOMMAGE ET LA FIXATION DES DOMMAGES-INTERETS

Il faut bien évidemment connaître le montant du dommage subi par le lésé (1.) pour pouvoir fixer les dommages-intérêts dus par le responsable (2.):

#### 1. *L'évaluation du dommage*

Pour calculer le montant des dommages-intérêts dus par le responsable, il faut tout d'abord fixer ou apprécier (art.42 CO) le montant du dommage subi par le lésé:

Dans le domaine de la construction, on tiendra compte, dans un premier temps, des paramètres tels que le coût de la remise en état en cas de défaut de construction, le montant du dommage consécutif au

---

<sup>13</sup> WERRO, mandat, n°982.

défaut <sup>14</sup>, les frais d'avocat ou d'expert avant ouverture du procès, la note d'honoraires établie par un autre architecte appelé à vérifier l'ouvrage ou les écritures comptables <sup>15</sup> - pour autant que cette vérification soit nécessaire -, les prétentions en dommages-intérêts de tiers lésés que le maître a dû satisfaire <sup>16</sup>, les intérêts de la dette courant dès la survenance du dommage - à distinguer des intérêts moratoires courant dès l'échéance du délai fixé dans la mise en demeure -, le tort moral éventuel, etc. <sup>17</sup>. Ces postes additionnés constituent le dommage subi par le maître lésé; c'est le maximum que le directeur des travaux responsable pourra être amené à verser.

Dans un deuxième temps, on soustraira du montant obtenu les avantages éventuels résultant pour le maître de la violation du contrat, qui diminuent l'étendue du dommage subi, pour autant qu'il y ait connexité entre l'événement dommageable et l'événement avantageux. Cette imputation des avantages est un principe reconnu depuis longtemps en droit suisse <sup>18</sup>. Exemple: En cas de dépassement des coûts de construction imputable au directeur des travaux, on pourra tenir compte de la plus-value apportée à l'ouvrage <sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Comme exemple de dommage consécutif, on peut citer la perte locative due au fait que l'immeuble ayant mauvaise réputation depuis un écroulement imputable à faute de l'architecte, la location a été difficile et s'est faite à des conditions défavorables (Cour de justice, Genève, 11.07.1903, SJ 1903, p.542-543 = SCHAUMANN, n°65a). Autre exemple: la perte locative due au retard d'exploitation de l'immeuble.

<sup>15</sup> Tribunal fédéral, 08.04.1909, SJ 1909, p.490 = SCHAUMANN, n°79.

<sup>16</sup> Exemple: Le maître est condamné à verser à ses voisins des dommages-intérêts en raison des nuisances provoquées par le chantier, que le directeur des travaux, en violation de ses obligations, n'a pas cherché à limiter.

<sup>17</sup> Cf. supra, p.89ss.

<sup>18</sup> ATF 71 II 89s. = JT 1945 I 565s.

<sup>19</sup> La question de l'imputation de la plus-value est controversée. Cf. supra, p.104ss.

S'agissant de la fixation des dommages-intérêts en cas de dépassement fautif des coûts de construction, cf. infra, p.185ss.

## 2. *La fixation des dommages-intérêts*

L'étendue des dommages-intérêts dus par le responsable au lésé est fixée en fonction du montant total du dommage, en tenant éventuellement compte de différents facteurs de réduction. Ceux-ci peuvent être légaux (a.) ou conventionnels (b.):

### a. *Les facteurs de réduction légaux*

Par renvoi de l'art.99 al.3 CO, les articles 43 al.1 et 44 CO sont applicables en cas de responsabilité contractuelle. Doctrine <sup>20</sup> et jurisprudence <sup>21</sup> n'envisagent toutefois qu'avec retenue l'application des facteurs de réduction prévus par les dispositions légales précitées, pour le motif que le lésé a versé une rémunération et peut prétendre à un comportement non dommageable de la part de son partenaire contractuel <sup>22</sup>. Au surplus, le mandataire professionnel est un spécialiste, qui doit supporter les risques du métier <sup>23</sup>.

Les différents facteurs de pondération dont le juge pourra tenir compte pour déterminer l'étendue de la réparation sont les circonstances de l'affaire et la gravité de la faute du débiteur (art.43 al.1 CO):

a) Les circonstances de l'affaire. On peut citer pour exemples:

- la faute concurrente du maître (art.44 al.1 CO).

Exemple: Le maître donne au directeur des travaux une mauvaise indication concernant l'emplacement de conduites sur son terrain.

---

<sup>20</sup> Par exemple BREHM, n.38ss ad 43 CO; SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°596.

<sup>21</sup> Notamment Cour de justice civile, Genève, 05.07.1957, SJ 1958, p.494. Pour un aperçu, cf. BREHM, n.39 ad 43 CO.

<sup>22</sup> Cf. BREHM, n.38 ad 43 CO.

<sup>23</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°596. Cf. également Cour de justice civile, Genève, 05.07.1957, SJ 1958, p.495.

- l'attitude du maître (art.44 al.1 CO). Le maître lésé a l'obligation de faire en sorte de diminuer son dommage.

Exemple: Le maître, informé d'une fuite d'eau imputable au directeur des travaux dans sa cave, néglige de mettre aussitôt ses bouteilles à l'abri.

- la situation économique des parties, notamment celle du responsable (art.44 al.2 CO).
  - l'intensité du rapport de causalité,
  - le montant de la rémunération versée au directeur des travaux <sup>24</sup> , etc.
- b) La gravité de la faute du directeur des travaux responsable. La faute peut être légère ou grave, intentionnelle ou non <sup>25</sup> .

A noter que le directeur des travaux recherché seul par le maître en réparation du dommage subi ne pourra pas invoquer une faute concomitante d'un tiers - par exemple celle d'un entrepreneur - pour diminuer le montant des dommages-intérêts dûs au maître lésé, sauf circonstances exceptionnelles <sup>26</sup> .

#### *b. La limitation contractuelle de l'étendue de la réparation*

Les parties à un contrat ont la faculté de limiter conventionnellement l'étendue de la réparation, sous réserve du

---

<sup>24</sup> CUENDET, p.226; voir aussi ATF 92 II 242 c.3 d = JT 1967 I 245 c.3 d et ATF 64 II 263 c.II 2 = JT 1939 I 52 c.II 2. Quant à SCHUMACHER (Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°597), il n'approuve qu'avec la plus grande retenue un tel motif de réduction. Cf. au surplus infra, p.184 in fine.

<sup>25</sup> Pour un exemple de faute légère, cf. Tribunal fédéral, 08.04.1909, SJ 1909, p.491 = SCHAUMANN, n°79.

<sup>26</sup> Cf. infra, p.242s.

respect des limites fixées par la loi <sup>27</sup> . Le juge doit tenir compte d'une limitation contractuelle valable du montant des dommages-intérêts dûs.

Un exemple historique: L'article 6.6 Règlement SIA 102 (1969) disposait que la responsabilité de l'architecte devait rester dans un rapport équitable avec le montant des honoraires perçus; le contenu de cette disposition, par ailleurs peu clair, n'a pas été repris dans le Règlement SIA 102 de 1984.

L'art.1.6 Règlement SIA 102 (1984), ainsi que l'art.1.6 Règlement SIA 103 (1984), semblent contenir une limitation de responsabilité de l'architecte / de l'ingénieur, en ce sens qu'il prévoit que ce dernier n'est tenu qu'à la réparation du "dommage direct" subi par le maître. Cette formulation est discutable et discutée. Sa portée imprécise autorise à notre avis le maître à opposer à son mandataire la règle de l'ambiguïté <sup>28</sup> .

Rappelons que ne constitue pas une limitation contractuelle tacite de responsabilité le fait que les parties au contrat aient prévu pour le directeur des travaux une rémunération inférieure à la normale. Une telle circonstance peut-elle constituer un facteur de réduction de l'indemnité due à titre de dommages-intérêts au sens de l'article 43 al.1 CO ? La doctrine est partagée <sup>29</sup> .

---

<sup>27</sup> Cf. supra, p.158ss.

<sup>28</sup> A ce sujet, cf. supra, p.118s.

<sup>29</sup> SCHUMACHER le nie (cf. SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°597).

CUENDET l'admet (cf. CUENDET, p.225-226): il estime que le montant de la rémunération du débiteur fixé par le contrat influence les obligations qu'il doit remplir, en ce sens qu'une faible rémunération a pour conséquence que ses obligations seront moins étendues que s'il avait eu un traitement convenable, du moins en ce qui concerne la responsabilité strictement contractuelle - à l'exclusion des cas d'atteinte à la personne ou aux biens -, et qu'il s'agit là d'une "circonstance" au sens de l'art.43 CO dont le juge doit tenir compte pour fixer l'indemnité. GAUCH l'admet également (cf. GAUCH, in BR/DC 1987/3, p.65, n°71), tout en étant d'avis qu'une telle réduction ne doit être admise qu'avec la plus grande retenue. Nous partageons l'avis de ces deux auteurs: le juge est à notre sens autorisé à tenir compte d'une telle circonstance pour apprécier l'étendue de la

## C. UN CAS PARTICULIER: LA FIXATION DES DOMMAGES-INTERETS EN CAS DE DEPASSEMENT FAUTIF DES COÛTS DE CONSTRUCTION

La responsabilité du directeur des travaux peut être engagée en cas de dépassement des coûts de construction<sup>30</sup>. Les problèmes à résoudre, soit la détermination du dommage subi par le maître<sup>31</sup>, la fixation des dommages-intérêts dus par le directeur des travaux responsable et le calcul des honoraires de ce dernier<sup>32</sup>, comptent parmi les plus délicats du droit de la construction.

La réparation du dommage résultant pour le maître du dépassement des coûts de construction imputable au directeur des travaux obéit aux règles générales et intervient le plus souvent sous forme de versement d'une somme d'argent (1.). Une réparation en nature (2.<sup>33</sup>) est très théoriquement possible.

### 1. Généralités

En principe, le directeur des travaux responsable d'un dépassement des coûts de construction doit réparer tout le dommage en résultant pour le maître. Ce principe connaît toutefois des exceptions, puisque les règles générales (art.43 al.1 et 44 CO) permettent une réduction des dommages-intérêts. En matière de responsabilité contractuelle toutefois, on a vu qu'une réduction des

---

responsabilité, et cela en vertu de l'art.99 al.2 in fine CO, qui prévoit que celle-ci "s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur".

<sup>30</sup> La présente étude se limite à la responsabilité du directeur des travaux en cas de dépassement des coûts de construction; elle exclut l'examen de la responsabilité de l'architecte qui établit un devis inexact. Cf. supra, p.98s.

<sup>31</sup> Cf. supra, p.100ss.

<sup>32</sup> Cf. infra, p.193.

<sup>33</sup> Cf. infra, p.187.

dommages-intérêts fondée sur 43 al.1 CO doit être admise avec retenue <sup>34</sup>.

Théoriquement, les dommages-intérêts dûs au maître par le directeur des travaux responsable d'un dépassement des coûts de construction peuvent être réduits par une faute concomitante du maître. Quelques exemples:

- En cours de chantier, le maître effectue plusieurs commandes de matériel sans s'en référer au directeur des travaux, change plusieurs fois d'avis concernant le revêtement des sols, veut remplacer le système de ventilation devisé, ce qui oblige à modifier l'emplacement des conduites, etc. Bref, il adopte un comportement dont les conséquences financières sont difficilement appréciables pour le directeur des travaux. Dans les cas extrêmes, la responsabilité du directeur de travaux n'est même plus engagée.
- Le maître reste sans réaction malgré l'avertissement du directeur des travaux au sujet d'un dépassement prévisible des coûts.

Quelques cours cantonales ont jugé, à juste titre, que ne peuvent être imputés à faute du maître les comportements suivants:

- Le fait qu'il n'ait que rarement visité le chantier en cours de travaux. Cette attitude ne constitue pas une acceptation tacite du dépassement des coûts de construction: c'est bien la preuve que le maître faisait pleinement confiance à son directeur des travaux, à qui incombe l'obligation de veiller fidèlement à ses intérêts <sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> BREHM, Berner Kommentar, n°38ss ad.43 CO; SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°596. Cf. supra, p.182.

<sup>35</sup> Tribunal cantonal, Neuchâtel, 01.12.1980, RJN 1980-1981, p.76s. c.2 = BR/DC 1984/1, p.13, n°3 = SCHAUMANN, n°73.

- Le fait qu'il honore les factures des entrepreneurs. Ceci ne constitue pas non plus une circonstance permettant de déduire que le maître accepte tacitement le dépassement des coûts <sup>36</sup>.
- Le fait que le maître est obligé, vu l'avancement du chantier, de consentir à des travaux non devisés, qu'il n'avait au surplus ni commandés ni souhaités. Cette circonstance ne fonde pas une réduction des dommages-intérêts dûs par le directeur des travaux responsable d'un dépassement des coûts de construction. Le fait pour le maître de laisser se poursuivre les travaux <sup>37</sup>, comme de s'acquitter des factures des entrepreneurs <sup>38</sup>, ne signifie pas qu'il accepte le dépassement des coûts par actes concluants, ni qu'il renonce à actionner le directeur de travaux en dommages-intérêts <sup>39</sup>. Il est en effet dans l'intérêt du maître d'éviter des poursuites ou l'inscription d'hypothèques légales sur son immeuble.

## 2. *La réparation en nature*

En cas de dépassement des coûts de construction, une réparation en nature du dommage subi par le maître est-elle envisageable de la part du mandataire responsable ? Concrètement, ce dernier reprendrait la construction, dédommagerait entièrement le maître et s'acquitterait à sa place des factures des entrepreneurs. A notre connaissance, les tribunaux n'ont jamais tranché un litige dans ce sens.

---

<sup>36</sup> Tribunal cantonal, Neuchâtel, 01.12.1980, RJN 1980-1981, p.76s. c.2 = BR/DC 1984/1, p.13, n°3 = SCHAUMANN, n°73.

<sup>37</sup> Tribunal cantonal, Valais, 17.09.1985, RVJ 1985, p.311 = BR/DC 1987/1, p.14ss, n°3 et 5 = BR/DC 1987/3, p.65, n°71 = SCHAUMANN, n°70.

<sup>38</sup> Kantonsgericht, Grisons, 22.11.1976, PKG 1976, nr.10, p.56 = BR/DC 1979/1, p.10, n°3 = SCHAUMANN, n°74; Kantonsgericht, Grisons, 13/14.06.1956, PKG 1956, nr.14, p.65s. = RSJ 1957, p.308 c.2 = SCHAUMANN, n°77.

<sup>39</sup> En ce sens Tribunal cantonal, Neuchâtel, 01.12.1980, RJN 1980-81, p.77 c.2 = BR/DC 1984/1, p.13, n°3 = SCHAUMANN, n°73.

SCHUMACHER <sup>40</sup> invoque l'art. 397 al.2 CO, qui prévoit que le mandataire prenne le préjudice à sa charge en certaines circonstances, et soutient qu'une réparation en nature est envisageable dans les cas d'énormes dépassements imputables à faute du mandataire, à condition que la construction ne présente aucune valeur pour le maître, que celui-ci y consente et que le mandataire responsable jouisse d'une capacité financière suffisante.

## II. LA SUPPRESSION OU LA REDUCTION DES HONORAIRES OU DU REMBOURSEMENT DES AVANCES ET FRAIS DUS PAR LE MAITRE AU DIRECTEUR DES TRAVAUX (ART.402 AL.1 CO)

### A. LA REMUNERATION DU DIRECTEUR DES TRAVAUX: GENERALITES

Les honoraires dus par le maître au directeur des travaux sont fixés en premier lieu selon la convention des parties (1.). A défaut, et étant donné qu'il n'existe - pour l'instant du moins - aucun usage dans ce domaine (2.), les honoraires sont fixés selon leur volonté hypothétique (3.). La prescription de la prétention en honoraires du directeur des travaux obéit à la règle générale de l'art.127 CO (4.).

#### 1. *La convention des parties*

Les parties peuvent prévoir librement le montant de la rémunération due au directeur des travaux. Elles peuvent par exemple avoir intégré à leur contrat, expressément ou tacitement <sup>41</sup>, le Règlement SIA 102 ou 103 (1984).

---

<sup>40</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°691s.(éd.1989); ZEHNDER rappelle également cette problématique (cf. ZEHNDER, n°171ss).

<sup>41</sup> L'intégration tacite d'un tarif professionnel est admissible à la condition que le maître ait eu connaissance du tarif en question ou ait eu l'occasion d'en prendre connaissance. Le seul fait qu'il soit publié par l'association professionnelle dont il émane ne suffit pas. Cf. Tribunal cantonal, Fribourg, 11.10.1977, Extraits 1977, p.28.

Le Règlement SIA 102 (1984) énonce les principes du calcul des honoraires et des frais (art.5). Il prévoit que les honoraires pour les prestations ordinaires de l'architecte se calculent en principe soit d'après le temps employé ("tarif-temps", art.6), soit d'après la nature et l'ampleur de l'ouvrage ("tarif-coût" ou "tarif-volume", art.7 à 9) <sup>42</sup>. Le plus souvent, les parties conviennent de rémunérer l'activité de l'architecte en pourcent du coût total de la construction.

L'article 5.2 Règlement SIA 103 (1984) prévoit que les honoraires de l'ingénieur se calculent soit d'après le temps employé (tarif-temps; art.6), soit en pour-cent du coût de l'ouvrage (tarif-coût; art.7); ils peuvent exceptionnellement être arrêtés sous forme forfaitaire ou globale (art.5.2.7).

## 2. *L'absence d'usage*

Il n'existe - pour l'instant du moins - pas d'usage au sens de l'art.394 al.3 CO <sup>43</sup> en ce qui concerne le montant des honoraires d'un architecte. Selon la doctrine <sup>44</sup> et la jurisprudence <sup>45</sup>, les dispositions

---

<sup>42</sup> Sur le problème du calcul des honoraires de l'architecte, cf. EGLI, Das Architektenhonorar, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°885ss. Le système de calcul instauré par les Règlements SIA est, en 1996, en cours de révision.

<sup>43</sup> En ce qui concerne le renvoi à l'usage de l'art.394 al.3 CO, la controverse persiste sur le point de savoir s'il touche le principe ou le montant de la rémunération usuelle. Cf. ATF 117 II 282ss = JT 1992 I 299ss; ATF 101 II 109ss = JT 1976 I 333ss.

<sup>44</sup> ABRAVANEL, devoirs généraux, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°304; EGLI, Das Architektenhonorar, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°923ss; GAUCH, Architekturvertrag, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°74; JÄGGI / GAUCH, n.403 ad 18 CO; TERCIER, concurrence, BR/DC 1993/3, p.64.

<sup>45</sup> A ce sujet, on peut lire avec profit un arrêt très intéressant de l'Obergericht de Lucerne, 21.05.1987, LGVE 1987 I, n°21, p.59, c.4 = BR/DC 1989/1, p.16s., n°3 et 7 = SCHAUMANN, n°244; voir également Tribunal cantonal, Neuchâtel, 08.10.1973, RJN 1973-1977, VI, p.24s. = SCHAUMANN, n°136; contra Obergericht, Bâle-Campagne, 06.02.1990, Amtsbericht des Obergerichts 1990, p.46, commenté - et critiqué - par GAUCH in BR/DC 1992/2, p.36, n°67. Dans un arrêt récent (ATF 117 II

édictees par la SIA relatives au calcul de la rémunération d'un architecte n'ont pas un caractère d'usage, pour le motif principal que ces tarifs sont adoptés par une association professionnelle qui protège unilatéralement les intérêts de ses membres<sup>46</sup>. Les dispositions précitées ne peuvent donc servir de base pour le calcul de la rémunération du directeur des travaux que si les parties les ont intégrées, expressément ou tacitement, dans leur contrat.

### 3. *La volonté hypothétique des parties*

A défaut d'accord au sujet du montant des honoraires dus au mandataire, le contrat doit être complété selon la volonté hypothétique des parties<sup>47</sup>. En telle occurrence, il appartient au juge de fixer le montant de la rémunération. Celle-ci doit correspondre aux prestations effectuées et doit leur être objectivement proportionnée<sup>48</sup>. Le juge tiendra compte de différents critères, notamment la nature et la durée du mandat, la responsabilité assumée par le mandataire ainsi que l'activité professionnelle et la situation de celui-ci.

---

282ss = JT 1992 I 299ss = BR/DC 1992, p.93, n°153), le Tribunal fédéral a abordé, mais n'a pas tranché, la question de savoir si les dispositions du Règlement du Barreau saint-gallois relative à la rémunération de l'avocat pouvaient constituer une base de calcul admissible au regard de l'art.394 al.3 CO; s'agissant de la portée des Normes SIA, le Tribunal fédéral précise clairement qu'il ne les considère pas comme l'expression d'un usage (ATF 117 II 284 c.4b = JT 1992 I 301 c.4b).

<sup>46</sup> ATF 117 II 290 c.5b = JT 1992 I 306 c.5b, où il était question d'un tarif de courtage.

<sup>47</sup> DERENDINGER, n°421; EGLI, Architektenhonorar, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°933; FELLMANN, n.466 ad 394 CO; GAUCH, dans un commentaire d'un arrêt de l'Obergericht de Bâle-Campagne, in BR/DC 1992/2, p.36, n°67; GMÜR, n°344.

<sup>48</sup> EGLI, Architektenhonorar, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°933; ATF 117 II 284 c.4c = JT 1992 I 301 c.4c; ATF 101 II 111 c.2 = JT 1976 I 336 c.2.

#### 4. *La prescription de la prétention en honoraires du directeur des travaux*

La prétention en honoraires du directeur des travaux se prescrit par 10 ans (art.127 CO) <sup>49</sup>. Le délai de 5 ans de l'art.128 ch.3 CO, qui concerne les prétentions en honoraires des médecins et autres gens de l'art, des avocats, procureurs, agents de droit et notaires, notamment, ne s'applique pas. Le délai de dix ans ne peut être modifié conventionnellement en vertu de l'art.129 CO.

### B. LA REMUNERATION DU DIRECTEUR DES TRAVAUX EN CAS D'EXECUTION DEFECTUEUSE DU MANDAT

#### 1. *Le principe*

L'art.402 al.1 CO <sup>50</sup> prescrit que le maître doit rembourser au directeur des travaux, "en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution régulière du mandat (...)". Doctrine <sup>51</sup> et jurisprudence <sup>52</sup> s'accordent à assimiler aux avances et frais la créance en honoraires du mandataire.

L'inexécution ou l'exécution défectueuse du contrat de mandat rend caduc le droit aux honoraires convenus <sup>53</sup> ou au remboursement des frais. Les honoraires portant sur des prestations non exécutées, exécutées imparfaitement ou inutiles <sup>54</sup> pour le maître ne sont pas dûs et les frais engagés inutilement ne doivent pas être remboursés. En cas

---

<sup>49</sup> Cf. également ATF 98 II 184ss.

<sup>50</sup> Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne contiennent aucune disposition relative aux effets de la responsabilité de l'architecte / de l'ingénieur sur le versement des honoraires ou le remboursement des avances et frais.

<sup>51</sup> FELLMANN, n.7 ad 402 CO.

<sup>52</sup> ATF 108 II 198 c.2a = JT 1982 I 550 c.2a.

<sup>53</sup> WERRO, mandat, n°1057. Pour un exposé des positions doctrinales et jurisprudentielle, cf. GMÜR, n°455 et 456.

<sup>54</sup> GMÜR, n°468.

d'exécution défectueuse du mandat, les honoraires du mandataire ne sont donc pas - ou pas entièrement - dûs <sup>55</sup>.

## 2. *Cumul de la réparation du dommage et de la réduction des honoraires ?*

Lorsque le mandataire responsable a réparé tout le dommage subi par son mandant, a-t-il droit à la totalité de sa rémunération calculée comme si le contrat avait d'emblée été correctement exécuté ?

La majorité de la doctrine <sup>56</sup> et la jurisprudence <sup>57</sup> reconnaissent au mandant lésé le droit d'exiger cumulativement la réduction des honoraires dûs au mandataire et la réparation du dommage subi.

Avec raison, un nouveau courant doctrinal <sup>58</sup> tient pour choquante une telle solution, dans la mesure où le mandant peut tout à la fois obtenir l'entière réparation de son dommage et s'abstenir de verser une rémunération complète à son mandataire. Ces auteurs sont d'avis que le mandataire qui a réparé entièrement le dommage subi par son cocontractant a droit à une rémunération complète.

Il est certain que le cumul d'une réduction des honoraires et d'une réparation totale du dommage constitue une double sanction pour le directeur des travaux. Le cumul favorise le maître dont le directeur des travaux n'a pas d'emblée correctement exécuté ses obligations par rapport à celui dont le mandataire n'a commis aucune violation contractuelle.

---

<sup>55</sup> GMÜR, n°460s. ATF 110 II 285 c.3 = JT 1985 I 18 c.3; ATF 110 II 379 c.2.

<sup>56</sup> Sur ce problème, voir notamment WERRO, mandat, n°1069s.; ZEHNDER, n°359. Cf. également SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°609.

<sup>57</sup> Voir notamment Obergericht, Zurich, 25.11.1983, ZR 1984, n°91, p.231 c.VIII.2.

<sup>58</sup> DERENDINGER, n°436ss, spécialement n°446; FELLMANN, n.533ss (spécialement n.535) ad 394 CO; GMÜR, n°536.

### 3. *L'étendue de la réduction des honoraires*

En principe, le directeur des travaux responsable d'une violation du contrat ne perd pas tout droit à une rémunération. Ses honoraires seront "seulement" réduits <sup>59</sup>. Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. La réduction des honoraires doit en principe se faire proportionnellement à la faute commise par le mandataire <sup>60</sup>.

### 4. *Un cas particulier: les honoraires du directeur des travaux en cas de dépassement fautif des coûts de construction*

Les parties au contrat peuvent avoir prévu pour le directeur des travaux une rémunération forfaitaire. En telle occurrence, un dépassement des coûts de construction n'a en principe aucune incidence sur la rémunération du mandataire.

Par contre, si les parties ont prévu pour le directeur des travaux une rémunération sous forme de pourcentage du coût de la construction, les honoraires dûs par le maître au mandataire responsable d'un dépassement des coûts de construction se composent de deux postes bien distincts:

1. D'une part les honoraires portant sur les prestations prévues dans le contrat, qui ont été réalisées effectivement et conformément au contrat.
2. D'autre part un surplus d'honoraires calculé sur la somme des travaux commandés ou acceptés par le maître en cours de travaux, sur le montant correspondant à la tolérance admise <sup>61</sup>,

---

<sup>59</sup> Sur la réduction des honoraires, cf. GMÜR, n°482ss.

<sup>60</sup> GMÜR, n°486ss; WERRO, mandat, n°1074.

<sup>61</sup> Ce point est controversé. Le Tribunal cantonal de Neuchâtel (01.12.1980, RJN 1980-1981, p.77 c.4 = BR/DC 1984/1, p.13, n°3 = SCHAUMANN, n°73) a calculé les honoraires sur la marge de tolérance, tandis que le Tribunal cantonal des Grisons (22.11.1976, PKG 1976, n°10, p.53 = BR/DC 1979/1, p.10, n°3 = SCHAUMANN, n°74) a jugé en sens contraire.

et, à notre avis, sur la plus-value acquise par la construction et opposable au maître.

### III. LA REVOCATION DU CONTRAT DE DIRECTION DE CHANTIER (ART.404 CO)

Le maître a le droit de révoquer le contrat de direction de chantier en tout temps. La responsabilité établie du directeur des travaux de construction n'est pas une condition préalable à l'exercice de ce droit.

L'article 404 CO a fait l'objet ces dernières années de multiples controverses. Aussi nous semble-t-il utile de les rappeler brièvement dans le cadre de cette étude.

#### A. LE PRINCIPE DE LA RESILIATION ET SES EFFETS

##### 1. *La réglementation légale*

L'article 404 al.1 CO prévoit le droit de révoquer (pour le maître) ou de répudier (pour le directeur des travaux) en tout temps le contrat de direction de chantier <sup>62</sup>. Cette distinction terminologique est sans portée: la disposition précitée autorise chacune des parties à mettre fin, unilatéralement et en tout temps, aux relations contractuelles avec l'autre, sans avoir à motiver sa démarche et sans devoir respecter une forme spéciale, un terme ou un délai. Cette spécificité s'explique traditionnellement par le rapport de confiance marquée qui caractérise le contrat de mandat <sup>63</sup>.

Ainsi que nous l'avons précédemment rappelé, il n'est pas nécessaire que le directeur des travaux ait commis une faute pour que

---

<sup>62</sup> Cette possibilité existe non seulement pour le contrat de direction de chantier, qui constitue sans conteste un mandat, mais également pour le contrat d'architecte global, selon l'enseignement de l'arrêt DÜSSEL (ATF 109 II 462ss = JT 1984 I 210ss).

<sup>63</sup> HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.52.

le maître ait le droit de mettre fin unilatéralement au contrat. Par contre, une faute éventuelle du mandataire sera prise en compte quand il s'agira de régler les conséquences de la résiliation <sup>64</sup>.

La résiliation déploie des effets "ex nunc" <sup>65</sup>. Les honoraires pour les prestations déjà accomplies de manière conforme au contrat sont dûs, et les frais déjà engagés utilement doivent être remboursés au directeur des travaux. Par contre, les honoraires relatifs à des prestations imparfaites, contraires à la convention ou inutiles ne sont pas dûs, et les frais inutilement engagés ne doivent pas être remboursés.

L'article 404 al.1 CO est-il de droit impératif ? Les auteurs ont longuement débattu de cette question <sup>66</sup>. Une partie de la doctrine <sup>67</sup> et la jurisprudence <sup>68</sup> tiennent cette disposition pour impérative: les parties ne peuvent ni exclure, ni limiter ce droit. La disparition de la relation de confiance, prépondérante dans le mandat, justifie de pouvoir mettre fin sans délai et sans condition au contrat. De nombreuses voix se sont élevées contre ce dogme <sup>69</sup>, notamment pour

---

<sup>64</sup> Cf. infra, p.198ss.

<sup>65</sup> HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.54.

<sup>66</sup> Pour une vue d'ensemble des divers courants doctrinaux, voir FELLMANN, n.104ss ad 404 CO.

<sup>67</sup> Notamment GAUTSCHI, Berner Kommentar, 3ème édition, 1971, n.10a et ss et 15a et ss ad 404 CO; GUHL / MERZ / DRUEY, p.501; HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, p.52ss, ainsi que mandat, DPS VII/II/1, p.61, point 9 a); MERZ, RJB 1974, p.67; OSER / SCHÖNENBERGER, n. 2 et 3 ad 404 CO.

<sup>68</sup> Notamment dans un arrêt récent: ATF 115 II 466 c.2a et les références jurisprudentielles citées = JT 1990 I 313 c.2a. Cet arrêt a été longuement commenté par GAUCH (Art.404 OR, Recht 1992, p.9ss).

<sup>69</sup> Pour ne citer que certains auteurs: BECKER, n.8 ad 404 CO; BUCHER, RDS 1983 II, p.325 b); von BÜREN, BT, p.140ss; FRIEDRICH, RJB 1955, p.477s.; GAUCH, Art.404 OR, Recht 1992, p.9ss, ainsi que Werkvertrag, n° 58, de même que Geist-Werkvertrag, Recht 1983, p.136, n.10; HESS, p.139, n.10 et p.142, n.20; JÄGGI, Architektenvertrag, RSJ 1973, p.304 b); sur la résiliation du contrat de direction des travaux de construction: KOLLER-TUMLER, Recht 1984, p.55s.; SCHLUEP, SPR VII/2, p.904.

le motif que cette disposition ne devrait s'appliquer qu'aux contrats de mandat gratuits ou éminemment personnels. Certains auteurs<sup>70</sup> admettent le caractère impératif de l'art.404 al.1 CO pour l'une des parties au contrat seulement. Les esprits se sont aujourd'hui quelque peu calmés, même si une approche nouvelle du problème semble se dessiner<sup>71</sup>. Le flot de critiques à l'encontre du caractère impératif de l'art.404 al.1 CO a poussé le Tribunal fédéral à réexaminer le problème. Dans le célèbre arrêt DÜSSEL<sup>72</sup>, il pose, sans la trancher, la question du champ d'application de l'art.404 al.1 CO. Toutefois, dans un arrêt plus récent<sup>73</sup>, il réaffirme avec force le caractère impératif de cette disposition, que ce soit pour les mandats onéreux ou gratuits, typiques ou atypiques.

En raison du caractère impératif de l'art.404 al.1 CO, sont nulles les clauses contractuelles qui supprimeraient le droit de résiliation, ou qui le restreindraient à l'excès. Doit ainsi être tenue pour nulle la fixation forfaitaire du dommage à un niveau excessif<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Par exemple DESSEMONTET, qui souhaite voir admis par la jurisprudence le fait que les parties puissent valablement renoncer à la répudiation du contrat par le mandataire (DESSEMONTET, *contrats de service*, RDS 1987 II, p.175 et 179; voir aussi TERCIER, qui ne retient le caractère impératif de l'art.404 al.1 CO que pour le maître, mais pas pour l'architecte (cf. TERCIER, *extinction prématurée*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1275). Voir également HOFSTETTER, pour qui n'existe aucun argument logique permettant de ne retenir qu'une solution similaire pour le mandant et le mandataire (cf. HOFSTETTER, *mandat*, DPS VII/II/1, p.56, ch.7).

<sup>71</sup> WERRO réactive quelque peu la polémique. Cet auteur est d'avis que si les parties au mandat ont bien le pouvoir de résilier leur contrat en tout temps, elles n'ont le droit d'exercer ce pouvoir qu'en temps opportun ou en conformité avec l'engagement qu'elles ont pris (cf. WERRO, *pouvoir et droit*, BR/DC 1991/3, p.55ss, de même que *mandat*, n°245ss, spécialement n°269ss, ainsi que n°1136s.).

<sup>72</sup> ATF 109 II 467 c.3e = JT 1984 I 214s.

<sup>73</sup> ATF 115 II 465 c.2 = JT 1990 I 313 c.2; cet arrêt a été longuement commenté par GAUCH (*Art.404 OR*, *Recht* 1992, p.9ss).

<sup>74</sup> Cf. également *infra*, p.198ss.

La partie qui résilie exerce un droit; elle ne saurait être tenue de verser à l'autre une indemnité, sauf si la résiliation intervient en temps inopportun <sup>75</sup> .

## 2. *Les Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

Les Règlements SIA 102 et 103 (1984) ne diffèrent pas de la loi s'agissant du principe même de la résiliation. Leurs articles 1.14.1 respectifs stipulent que "dans la mesure où les parties sont soumises aux règles du mandat, celui-ci peut être révoqué ou répudié en tout temps". De toute façon, une réglementation contraire serait nulle vu le caractère impératif de l'art.404 al.1 CO.

La genèse de cette disposition remonte à l'époque où régnait une grande insécurité s'agissant de la qualification juridique de la convention conclue avec une personne chargée d'un contrat de projet: l'arrêt SAUTER <sup>76</sup> date de 1972, l'arrêt DISCH <sup>77</sup> - confirmant le précédent - de 1977, l'arrêt REY-BELLET <sup>78</sup> - soumettant le contrat de géomètre aux règles du contrat d'entreprise - de février 1983 et l'arrêt DÜSSEL <sup>79</sup> de décembre 1983, tandis que les nouveaux Règlements SIA 102 et 103 ont remplacé les anciens en janvier 1984. Leurs auteurs ont préféré prendre certaines précautions quant à la qualification du contrat d'architecte / d'ingénieur, d'où la formulation conditionnelle de ces articles. Quoiqu'il en soit, le contrat de direction de chantier est sans conteste soumis aux règles du mandat.

---

<sup>75</sup> Cf. infra, p.198ss.

<sup>76</sup> ATF 98 II 305ss = JT 1973 I 536ss: le contrat d'architecte, qu'il porte sur les plans ou la direction de chantier, ou qu'il constitue un contrat global, est soumis sans réserve aux règles du mandat.

<sup>77</sup> Tribunal fédéral, 15.09.1977, SJ 1978, p.385ss.

<sup>78</sup> ATF 109 II 34ss.

<sup>79</sup> ATF 109 II 462ss = JT 1984 I 210ss, où le Tribunal fédéral a jugé que le contrat de projet devait être soumis aux règles du contrat d'entreprise, le contrat de direction de chantier à celles du contrat de mandat, et que le contrat global était un contrat mixte soumis à la fois aux règles du contrat de mandat et à celles du contrat d'entreprise.

Les articles 1.14.2 des Règlements SIA 102 et 103 (1984) concernent les effets de la résiliation par le maître. Ils ont la même teneur, et ne diffèrent pas non plus de la réglementation légale: "Si le mandant révoque le contrat, il est tenu de payer les honoraires correspondant aux prestations accomplies selon le contrat jusqu'à la date de la révocation, ainsi que tous les frais que l'architecte / l'ingénieur a dû engager et qu'il peut prouver".

Les articles 1.14.4, 1ère phrase, des Règlements SIA 102 et 103 (1984) concernent les effets de la résiliation par l'architecte / l'ingénieur. Ils sont libellés de manière identique et ne diffèrent pas non plus de la réglementation légale: "Si l'architecte / l'ingénieur répudie le contrat, le mandant lui doit les honoraires correspondant aux prestations accomplies selon le contrat jusqu'à la date de la répudiation, ainsi que le remboursement des frais pouvant être prouvés".

## **B. LES EFFETS DE LA RESILIATION INTERVENUE EN TEMPS INOCCUPANT**

Ce sujet ne concerne pas directement la question des conséquences de l'inexécution du contrat par le directeur des travaux, qui fait l'objet du présent chapitre. La révocation du contrat par le maître qui fait suite à une faute du directeur des travaux n'intervient en effet jamais en temps inopportun. Un bref rappel de toute la problématique entourant la résiliation intervenue en temps inopportun, visée par l'art 404 al.2 CO, ainsi que les rapports entre les deux alinéas de l'art.404 CO nous semble toutefois bienvenu dans le cadre de cette étude.

### ***1. La réglementation légale***

L'article 404 al.2 CO prévoit que "celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit (...) indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause". En principe, la partie qui met fin au contrat ne doit donc aucune indemnité à l'autre, sauf si la résiliation intervient en temps inopportun. Le problème de l'indemnisation ne se pose que lorsque la résiliation du mandat intervient en temps

inopportun. La jurisprudence <sup>80</sup> a peu à peu précisé cette notion fort vague, en posant que la résiliation intervient en temps inopportun lorsque deux conditions cumulatives sont remplies:

- Premièrement, le cocontractant n'a pas enfreint ses obligations contractuelles, ni fourni à celui qui met fin au contrat un motif justifiant la résiliation <sup>81</sup>. Plusieurs négligences, même légères, constituent un juste motif de résiliation, car elles sont de nature à ruiner la confiance du maître <sup>82</sup>. Le caractère inopportun de la résiliation ne résulte donc pas du moment où celle-ci intervient; il s'apprécie selon le comportement du cocontractant.
- Deuxièmement, la résiliation cause au mandataire un dommage particulier en raison du moment où elle intervient et des dispositions prises pour l'exécution du mandat <sup>83</sup>.

Le directeur des travaux dont la responsabilité est engagée ne saurait donc invoquer le caractère inopportun de la résiliation et réclamer une indemnité <sup>84</sup>. Dès l'instant où une violation contractuelle est retenue contre le mandataire, la résiliation éventuelle du contrat par le maître n'intervient jamais en temps inopportun, et partant celui-ci ne saurait être tenu de verser une indemnité à son mandataire. Par contre, il peut arriver que le maître ait un juste motif de résilier le contrat, mais que ce motif ne lui ait pas été fourni par le mandataire (il renonce par exemple à poursuivre la construction pour des raisons d'ordre économique): en telle occurrence, il faut admettre que la résiliation intervient en temps inopportun.

---

<sup>80</sup> ATF 110 II 383 c.3 b = JT 1985 I 277 c.3 b. Cf. également BR/DC 1995/4, p.92, n°241 (note de WERRO).

<sup>81</sup> Cf. DESSEMONTET, *contrats de service*, RDS 1987 II, p.184. Cf. également ATF 104 II 320 c.5 b = JT 1979 I 607 c.5 b.

<sup>82</sup> ATF 104 II 320 c.5 b = JT 1979 I 607 c.5 b.

<sup>83</sup> Cette condition a été posée in ATF 106 II 160 c.2 c = JT 1980 I 372 c.2 c.

<sup>84</sup> ATF 104 II 317ss = JT 1979 I 606ss.

Le fondement de l'indemnité est quelque peu controversé. Pour le Tribunal fédéral <sup>85</sup> et une partie de la doctrine <sup>86</sup>, le fondement de la créance réside dans la violation d'une obligation contractuelle. Selon une autre approche, la résiliation est un droit dont l'exercice ne constitue pas une violation du contrat, même en temps inopportun <sup>87</sup>. La créance serait plutôt une indemnité fondée en équité, visant la réparation du dommage que peut avoir causé l'exercice du droit inconditionnel de résilier <sup>88</sup>.

L'indemnité couvre le dommage particulier causé au cocontractant du fait de la résiliation en temps inopportun <sup>89</sup>, soit les dépenses et frais engagés inutilement. Exemples de dommage: En vue de remplir les obligations résultant du contrat qui a finalement été résilié, le mandataire a dû engager du personnel supplémentaire, ou a dû renoncer à d'autres mandats. Après la résiliation, il lui a fallu un certain temps pour retrouver du travail, et son personnel a été sous-occupé pendant cette période.

L'indemnité vise à couvrir, non pas le dommage causé par la résiliation en tant que telle, mais le dommage résultant de la résiliation en temps inopportun. En ce sens, elle exclut le manque à gagner sur l'affaire en cause <sup>90</sup> (soit l'intérêt positif, ou la perte du bénéfice, ou encore l'intérêt à l'exécution). L'indemnisation n'est donc pas complète.

---

<sup>85</sup> ATF 110 II 380ss = JT 1985 I 274ss; ATF 109 II 462ss = JT 1984 I 210ss.

<sup>86</sup> WERRO, pouvoir et droit, BR/DC 1991/3, p.58, ch.II.1.b: la résiliation en temps inopportun constitue une violation contractuelle.

<sup>87</sup> En ce sens HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.59s., note 29.

<sup>88</sup> En ce sens TERCIER, contrats spéciaux, n°4151.

<sup>89</sup> ATF 110 II 386 c.4 b = JT 1985 I 279 c.4 b; ATF 109 II 470 c.4 d = JT 1984 I 217 c.4 d.

<sup>90</sup> En ce sens HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.58, point 8 c); ATF 110 II 386 c.4 b = JT 1985 I 279 c.4 b; ATF 109 II 469 c.4 d = JT 1984 I 217 c.4 d. Contra ABRAVANEL (404 CO, JT 1987 I p.469s., points 7 et 8), qui est d'avis que l'indemnité prévue à l'art.404 al.2 CO devrait couvrir tout le dommage subi, donc aussi le manque à gagner.

L'indemnité peut-elle couvrir un éventuel tort moral subi par le directeur des travaux ? En principe non, car s'il est vrai que tout mandataire court le risque de perdre un important investissement personnel et affectif en cas de résiliation par le mandant en cours de contrat <sup>91</sup>, la gravité de l'atteinte ne sera jamais assez forte pour fonder l'octroi d'une indemnité pour tort moral <sup>92</sup>.

L'art.404 al.2 CO est de caractère dispositif <sup>93</sup>. Les parties sont donc libres de supprimer toute indemnité, même au cas où la résiliation interviendrait en temps inopportun. A l'inverse, elles ne pourraient pas prévoir une indemnité supérieure au montant du dommage particulier dû à la résiliation. En effet, l'indemnité prévue par l'art.404 al.2 CO représente le maximum de ce que le maître pourra être tenu de verser: une clause prévoyant une indemnisation supérieure se heurterait au caractère impératif de l'art.404 al.1 CO en rendant l'exercice du droit de résilier impossible ou difficile à l'excès et serait nulle en vertu de l'art.20 CO. Toutefois, il faut admettre que le juge puisse réduire l'indemnité en appliquant par analogie l'art.163 al.3 CO (réduction des peines conventionnelles excessives) ou en considérant que les parties auraient retenu un montant inférieur à celui conventionnellement fixé si elles avaient connu le caractère illicite de la clause <sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Cf. DESSEMONTET, contrat d'architecte, p.508s.

<sup>92</sup> Voir un arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, 06.04.1970, RJN 1969-1973, vol. V, 1, p.36ss, spécialement p.42 c.9 et p.44s.: un architecte réclamait une indemnité pour tort moral subi suite à la révocation par le "maître" d'une promesse de confier un mandat; il a été débouté par les juges cantonaux pour les motifs qu'il ne pouvait se prévaloir ni d'une violation contractuelle - l'existence même d'un contrat a été niée -, ni d'un acte illicite de la part du "maître".

<sup>93</sup> En ce sens TERCIER, extinction prématurée, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1187ss.

<sup>94</sup> HÜRLIMANN, p.74 ss.

## 2. *Les Règlements SIA 102 et 103 (1984)*

### a. *La réglementation actuelle*

Les articles 1.14.3 des Règlements SIA 102 et 103 (1984) visent les cas de révocation du contrat en temps inopportun par le maître. Leur formulation est identique: "si la révocation a lieu en temps inopportun et si l'architecte / l'ingénieur n'a commis aucune faute, il a droit en outre à une indemnité égale à 10% des honoraires correspondant aux prestations non accomplies, ou davantage lorsque le préjudice prouvé dépasse ce pourcentage".

Si l'on suit la dernière jurisprudence<sup>95</sup> du Tribunal fédéral au sujet de l'art.8.1 Règlement SIA 102 (1969), il faut admettre que les articles 1.14.3 des Règlements SIA 102 et 103 (1984) prévoient eux aussi une peine conventionnelle en cas de résiliation en temps inopportun. Cette peine conventionnelle est compatible avec l'art.404 al.1 CO, pour autant: a) qu'elle ne soit pas due dans tous les cas, mais seulement lorsque la résiliation intervient en temps inopportun, b) que le montant dû soit en relation avec le dommage (dans le cas contraire, l'indemnité constituerait une restriction excessive au droit impératif de résilier le mandat), et c) qu'elle ne couvre pas le gain manqué. Or, l'indemnité prévue par les articles 1.14.3 des Règlements SIA 102 et 103 (1984) tend à compenser le manque à gagner, puisqu'elle est calculée sur la base des honoraires couvrant les prestations non encore accomplies de l'architecte ou de l'ingénieur<sup>96</sup>. Ces articles sont-ils

---

<sup>95</sup> ATF 110 II 380ss = JT 1985 I 274ss, où le Tribunal fédéral a jugé que l'article 8.1 Règlement SIA 102 (1969) prévoyait bien une peine conventionnelle, et non pas une appréciation anticipée du dommage. Sur toute la problématique de la qualification de l'art.8.1 Règlement SIA 102 (1969) et de son admissibilité, cf. *infra*, p.203ss.

<sup>96</sup> A ce sujet, cf. ABRAVANEL, nouveau Règlement SIA n°102 et qualification, JT 1984 I 465, ainsi que nouveaux Règlements SIA 102 et 103, JDC 1985, p. 94; voir toutefois l'avis exprimé postérieurement par ce même auteur, in 404 CO, JT 1987 I, p.469, point 7; JEANPRETRE Reymond, JT 1984 I 220 n°10 (note faisant suite à la traduction de l'arrêt

dès lors compatibles avec l'art.404 al.1 CO ? Le Tribunal fédéral n'a jamais eu à trancher cette question.

Si l'on part du principe que les articles 1.14.3 sont valables, les 10% prévus sont dûs, à la condition que le montant de l'indemnisation soit en relation avec le dommage subi par le directeur des travaux. Le maître ne peut faire valoir aucun motif légal de réduction. Par contre, le directeur des travaux peut réclamer réparation d'un dommage supérieur s'il arrive le prouver.

Les articles 1.14.4, 2ème phrase, des Règlements SIA 102 et 103 (1984) concernent la répudiation du contrat en temps inopportun par l'architecte / l'ingénieur. Leur formulation est identique: "si cette répudiation intervient en temps inopportun, le mandant a droit à une indemnité correspondant au préjudice qu'il est en mesure de prouver". La réglementation conventionnelle rejoint donc la réglementation légale: il n'est prévu ni fixation anticipée du dommage, ni peine conventionnelle.

*b. Un rappel historique : l'art.8.1 Règlement SIA 102 (1969)*

L'article 8.1 Règlement SIA 102 (1969) prévoyait que si le maître révoquait le contrat sans que l'architecte n'ait commis de faute, celui-ci avait droit aux honoraires correspondant aux prestations accomplies, majorés de 15% ou plus si le dommage que pouvait prouver l'architecte dépassait ce montant.

Une telle disposition était-elle admissible au regard de l'art.404 al.1 CO ? Le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de poser les principes suivants: le libre exercice du droit de résilier ne saurait être restreint par une clause pénale<sup>97</sup> mais, a contrario, le caractère impératif de l'art.404 al.1 CO n'empêche pas les parties d'arrêter à l'avance, par une appréciation anticipée du dommage, l'indemnisation

---

DÜSSEL) et JT 1985 I 280 (note faisant suite à la traduction de l'arrêt T. c. M.).

<sup>97</sup> ATF 104 II 116 c.4 = JT 1980 I 84 c.4 (TALENT-STUDIO).

du mandataire. Dans un arrêt de 1977 <sup>98</sup>, le Tribunal fédéral a eu à trancher la question de savoir si l'article 8.1 Règlement SIA 102 (1969) était compatible avec le caractère impératif de l'article 404 al.1 CO. Il a qualifié la majoration de 15% prévue en cas de résiliation du contrat sans faute de l'architecte d'appréciation anticipée d'un dommage, et non pas de peine conventionnelle; il a jugé que cette majoration était compatible avec l'art.404 al.1 CO, car elle ne limitait pas dans une mesure inadmissible le droit du maître de révoquer le contrat de mandat. Cet arrêt posait la présomption que l'architecte subit un dommage du fait d'une résiliation <sup>99</sup>, a fortiori si elle intervient en temps inopportun. Cette jurisprudence a été critiquée par TERCIER <sup>100</sup>, qui voyait dans la disposition litigieuse une peine conventionnelle plutôt qu'une fixation anticipée du dommage, et qui tenait la solution du Tribunal fédéral pour incompatible avec le régime applicable au mandat.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de trancher à nouveau cette même question dans le célèbre arrêt DÜSSEL <sup>101</sup>. Opérant un revirement de jurisprudence, il y a jugé que l'art.8.1 Règlement SIA 102 (1969) ne prévoyait pas l'appréciation anticipée du dommage, mais constituait bien une peine conventionnelle. Il a toutefois nuancé

---

<sup>98</sup> Arrêt DISCH & Cie S.A. c. BERTOLI, SJ 1978, p.385ss, surtout p.391ss c.3; voir également le compte-rendu d'une sentence arbitrale rendue à ce sujet, in RSJ 1972, p.352.

<sup>99</sup> "Il est en effet conforme à l'expérience de la vie (...) d'admettre que l'architecte subit un dommage en cas de révocation du mandat..." (SJ 1978, p.392). HOFSTETTER exprime la même idée: "..., en ce qui concerne les dépenses déjà engagées et les mesures déjà prises par le mandataire, la révocation intervient forcément en temps inopportun. Il en est de même pour les frais causés par la conclusion du contrat. Si le mandat a provoqué une augmentation des frais généraux du mandataire et que ce dernier n'a pas touché de rémunération, la révocation interviendra toujours en temps inopportun"; "...la révocation survient en temps inopportun quand la perte du mandat ne peut plus être compensée par d'autres affaires" (cf. HOFSTETTER, mandat, DPS VII/II/1, p.58, point 8 d).

<sup>100</sup> TERCIER, nature juridique, BR/DC 1979/1, p.9.

<sup>101</sup> ATF 109 II 462ss, spécialement p.467ss c.4 = JT 1984 I 210ss, spécialement 215ss c.4.

son revirement en précisant qu'une telle peine conventionnelle n'était pas nulle pour autant: elle est invalide lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou contraire aux moeurs (art.163 al.2 CO) et contrevient au caractère impératif de l'art.404 al.1 CO si elle est due dans tous les cas. Elle est par contre valable si elle est prévue en cas de résiliation en temps inopportun. Cette jurisprudence a été critiquée <sup>102</sup>, essentiellement pour le motif qu'on ne peut s'en tenir au dogme strict du caractère impératif de l'art.404 al.1 CO tout en l'affaiblissant en faisant référence à l'art.404 al.2 CO et à une notion aussi imprécise que celle de "moment inopportun". Cette jurisprudence a été confirmée un an plus tard <sup>103</sup>.

#### IV. LES CONSEQUENCES DE LA DEMEURE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX

Il n'a été question jusqu'à présent que des effets de la responsabilité du directeur des travaux en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse de ses obligations, au sens de l'art.97 al.1 CO. Mais il arrive aussi que le directeur des travaux, de manière injustifiée, n'exécute pas, ou pas à temps, une ou plusieurs obligations qui lui incombent, alors que l'exécution est exigible et encore possible. En telle occurrence, le maître dispose des droits suivants: il peut révoquer le contrat (A.), faire appel à une tierce personne (B.), ou mettre le directeur des travaux en demeure (C.).

##### A. LA REVOCATION DU CONTRAT

Le maître peut révoquer unilatéralement et en tout temps le contrat de mandat <sup>104</sup> (art.404 al.1 CO). Une inexécution du contrat par le directeur des travaux n'est donc pas une condition à l'exercice par le maître du droit de mettre fin au contrat. Si, après la révocation, le directeur des travaux invoque et prouve qu'il n'a pas donné à son

---

<sup>102</sup> Notamment par KOLLER-TÜMLER, Recht 1984, p.55.

<sup>103</sup> ATF 110 II 380ss = JT 1985 I 274ss.

<sup>104</sup> Cf. supra, p.194ss.

cocontractant un motif de révoquer (par exemple, il ne s'est pas exécuté à temps en raison de l'attitude du maître), il pourra demander réparation du dommage résultant pour lui de cette révocation en temps inopportun (art.404 al.2 CO). Dans tous les cas, la révocation a un effet "ex nunc", et le maître doit rémunérer le directeur des travaux pour les prestations déjà accomplies conformément au contrat. Quant au directeur des travaux, il doit réparer le dommage éventuel subi par le maître du fait de son inexécution. Exemples de dommages: coût supplémentaire de location des machines et des installations de chantier dû au retard dans l'avancement des travaux provoqué par l'inexécution ou l'exécution tardive, renchérissement des charges salariales, perte d'exploitation de l'immeuble.

#### B. L'APPEL A UNE TIERCE PERSONNE

Le maître peut faire appel à un tiers pour diriger le chantier à la place du directeur des travaux défaillant, aux frais de ce dernier <sup>105</sup>. Il doit pour ce faire obtenir l'autorisation du juge (art.98 al.1 CO) <sup>106</sup>.

Cette procédure est relativement lourde, dans la mesure où le maître est obligé de faire appel aux autorités judiciaires avant de pouvoir poursuivre le chantier. Aussi a-t-il intérêt à mettre son

---

<sup>105</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°619.

<sup>106</sup> En matière de contrat d'entreprise, le Tribunal fédéral a jugé que si l'entrepreneur ne répare pas, par refus ou incapacité, l'ouvrage défectueux, le maître est en droit de confier les travaux à un tiers sans requérir l'autorisation du juge, contrairement à l'art.98 al.1 CO mais conformément à l'art.366 al.2 CO applicable par analogie [ATF 107 II 55s. c.3 = JT 1981 I 275s. c.3 = BR/DC 1982/1, p.18, n°16 (Cet arrêt a été longuement commenté par TERCIER, in BR/DC 1981/2, p.30ss. Cf. aussi les remarques de GAUCH, in BR/DC 1982/2, p.34ss); Cf. également le commentaire de GAUCH in BR/DC 1991/2, p.42s., n°61, relatif à l'ATF 116 II 305ss = JT 1991 I 173ss]. Cette jurisprudence a été critiquée à juste titre, et ne saurait trouver application dans le contrat de mandat [cf. les remarques critiques de GAUCH (BR/DC 1982/2, p.34ss; Werkvertrag, n°1285ss) et de TERCIER (BR/DC 1981/2, p.30ss; contrats spéciaux, n°3583)].

directeur des travaux en demeure (C.), avant de faire appel à un tiers à la fin du délai imposé à la partie défaillante pour s'exécuter (2. <sup>107</sup>); cette procédure présente les avantages d'être plus souple - l'autorisation du juge n'étant alors plus nécessaire - et vraisemblablement plus rapide que celle de l'art.98 al.1 CO, tout en atteignant le même but.

### C. LA MISE EN DEMEURE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX ET SES EFFETS

Lorsqu'un débiteur ne s'exécute pas alors que la créance est exigible et l'exécution possible, le créancier peut le mettre en demeure par interpellation (art.102 al.1 CO). S'agissant des contrats bilatéraux parfaits, comme le contrat de direction de chantier, les règles générales sur la demeure du débiteur prévues aux art.102ss CO sont complétées par les art.107ss CO.

L'application de ces dispositions au contrat de direction de chantier est la suivante: Le maître peut mettre en demeure le directeur des travaux récalcitrant (1.), avec toutes les conséquences que cela implique pour ce dernier (2.), avant d'opérer un choix stratégique (3.):

#### 1. *La mise en demeure*

Lorsque le directeur des travaux n'exécute pas les prestations promises, alors que leur exécution est exigible et encore possible, le maître peut le mettre en demeure par interpellation (art.102 al.1 CO). Le maître lui fait ainsi savoir qu'il exige l'exécution des prestations promises. L'interpellation n'est soumise à aucune forme <sup>108</sup>: elle peut être expresse (écrite ou orale) ou tacite (par actes concluants) <sup>109</sup>. Le maître serait toutefois bien avisé d'interpeller son directeur des travaux par lettre recommandée. L'interpellation n'est pas nécessaire dans certains cas, notamment lorsqu'elle apparaît superflue selon les

---

<sup>107</sup> Cf. infra, p.208.

<sup>108</sup> ENGEL, p.464.

<sup>109</sup> ATF 41 II 249 c.3.

règles de la bonne foi <sup>110</sup>, par application analogique de l'art.108 ch.1 CO. Par exemple, lorsque le directeur des travaux a exprimé clairement qu'il ne s'exécute pas, une sommation du maître est superflue. L'interpellation du maître peut ou non (art.108 CO) fixer au directeur des travaux un délai convenable pour s'exécuter (art.107 al.1 CO): l'interpellation avec fixation d'un délai, qui demeure la règle, met le directeur des travaux en demeure qualifiée, tandis que l'interpellation sans fixation d'un délai (art.108 CO) le met en demeure simple.

## 2. *Les conséquences de la demeure*

Le directeur des travaux en demeure de s'exécuter par sa faute doit des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive (art.103 al.1 CO). Il répond en outre du cas fortuit (art.103 al.1 CO). Sa faute est présumée: la demeure présume en effet que le créancier n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour effectuer sa prestation à temps. Le directeur des travaux peut se soustraire à cette responsabilité s'il prouve qu'il s'est trouvé en demeure sans sa faute, ou que le cas fortuit se serait quand même produit, au détriment du maître, même s'il s'était exécuté à temps (art.103 al.2 CO). A noter que si le directeur des travaux se trouve en demeure du fait de son auxiliaire, il répondra indépendamment de toute faute de sa part (art.101 CO). Il ne pourra pas se libérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute. Il pourra par contre le faire s'il apporte la preuve que son auxiliaire a agi avec la diligence que le maître attendait de lui.

Les dommages-intérêts dus par le directeur des travaux doivent couvrir le dommage causé par le retard du chantier. Exemples: location des machines et des installations de chantier, coût salarial supplémentaire, revenu locatif différé.

Le directeur des travaux en demeure répond même du cas fortuit. Un exemple théorique: le directeur des travaux en demeure, absent du chantier, n'ordonne aucune mesure pour éviter un éboulement dans la

---

<sup>110</sup> ATF 97 II 64 c.5; ATF 94 II 32 c.3a = JT 1969 I 328 c.3a.

fouille. Des intempéries exceptionnellement abondantes surviennent, et provoquent un éboulement qui endommage la fouille et les coffrages déjà réalisés.

### 3. *Le droit d'option du maître*

Lorsque le débiteur en demeure ne s'exécute pas à l'expiration du délai convenable qu'il s'est éventuellement vu fixé (art.107 al.1 CO), le créancier dispose d'un droit d'option (art.107 al.2 CO): soit il exige l'exécution du contrat et réclame des dommages-intérêts pour cause de retard (a.), soit il renonce à l'exécution et réclame des dommages-intérêts positifs pour inexécution (b.), soit il résout le contrat et réclame des dommages-intérêts négatifs (c.). Le droit d'option du créancier existe indépendamment de toute faute du débiteur <sup>111</sup>.

#### a. *La prétention en exécution du maître*

Lorsque le mandataire est en demeure, et qu'il a manifesté expressément ou par actes concluants sa volonté de ne pas s'exécuter, l'action en exécution du mandant ne peut, pratiquement, être mise en oeuvre. En effet, s'agissant d'une obligation de moyens, et non de résultat, l'action se résout en dommages-intérêts <sup>112</sup>. Au surplus, l'action en exécution est dans le contrat de mandat mise en échec par l'art.404 CO <sup>113</sup>.

#### b. *La renonciation à l'exécution et la prétention en dommages-intérêts positifs pour cause d'inexécution*

Le maître renonce à l'exécution du contrat et réclame des dommages-intérêts positifs pour cause d'inexécution. Ceux-ci ont pour but de replacer le maître dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait d'emblée été correctement exécuté. Ils doivent couvrir

---

<sup>111</sup> GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1721.

<sup>112</sup> GAUTSCHI, n.25a ad 395 CO, n.1a ad 398 CO. Cf. ATF 87 II 291 c.4 a).

<sup>113</sup> WERRO, mandat, n°782.

les frais supplémentaires engagés par le maître pour mener à bien le chantier. Exemple: le maître fait appel à une tierce personne pour diriger le chantier. En telle occurrence, l'art.98 al.1 CO ne trouve pas application: le maître n'a pas l'obligation d'obtenir l'autorisation préalable du juge <sup>114</sup>.

*c. La résolution du contrat et la prétention en dommages-intérêts négatifs pour cause de caducité du contrat*

Le maître met fin au contrat de direction de chantier et exige des dommages-intérêts négatifs pour cause de caducité du contrat.

La résolution du contrat selon l'art.109 CO n'a pas d'effet "ex tunc", mais "ex nunc" <sup>115</sup>. La résolution en modifie l'objet, en ce sens qu'il continue d'exister comme rapport de liquidation. Le contrat résolu engendre une obligation contractuelle de restituer les prestations déjà effectuées, en nature ou en valeur. "L'exécution de cette obligation rétablit la situation antérieure au contrat" <sup>116</sup>. En cas de résolution, le maître versera à son directeur des travaux une rémunération pour les prestations déjà effectuées en conformité au contrat, tandis que ce dernier réparera le dommage résultant pour le maître de la caducité du contrat.

---

<sup>114</sup> SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°619.

<sup>115</sup> En ce sens GAUCH, Dauerverträgen, p.209ss; SCHÖNENBERGER / JÄGGI, n.565 ad I CO; ATF 114 II 157ss, spéc. c.2 c) aa) = JT 1988 I 527ss.

<sup>116</sup> Citation tirée du JT 1988 I 527. Cf. au surplus les références doctrinales citées.

## **TROISIEME PARTIE**

**LA RESPONSABILITE SOLIDAIRE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX ET DE  
L'ENTREPRENEUR A L'EGARD DU MAITRE**

1300

## TROISIEME PARTIE

### LA RESPONSABILITE SOLIDAIRE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX ET DE L'ENTREPRENEUR A L'EGARD DU MAITRE

#### I. INTRODUCTION

Plusieurs personnes peuvent être responsables du dommage subi par le maître: le géologue, qui peut avoir mal déterminé la nature du terrain, l'architecte, dont les plans peuvent contenir une erreur de conception, l'ingénieur, dont les calculs peuvent être erronés, le directeur des travaux, dont les instructions sur le chantier peuvent se révéler inadéquates, l'entrepreneur, qui peut livrer un ouvrage défectueux, etc. La troisième partie de notre étude se limite à l'examen des rapports entre maître, directeur des travaux et entrepreneur lorsque ces derniers voient leurs responsabilités contractuelles respectives engagées à l'égard du premier pour lui avoir causé un dommage.

Lorsque directeur des travaux et entrepreneur sont tous deux responsables du dommage subi par le maître, ils en répondent en principe solidairement<sup>1</sup>. Dans la majorité des cas, il s'agit, selon la distinction traditionnelle opérée par le Tribunal fédéral<sup>2</sup>, non pas d'une solidarité parfaite (A.), mais d'une solidarité imparfaite (B.). Les effets de l'une et l'autre (C.) présentent quelques différences. La distinction est d'ailleurs critiquée (D.).

---

<sup>1</sup> Notamment GAUCH, *Werkvertrag*, n°2023ss; GAUTSCHI, n.38a ad 398 CO; PORRET, RSJ 1913, p.388; SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°682ss; TERCIER, *direction des travaux*, JDC 1985, p.31. Contra: BECKER, n.13 ad 51 CO, qui estime que chaque responsable ne répond que du dommage que lui-même - ou son auxiliaire - a causé.

<sup>2</sup> Notamment ATF 115 II 45 = JT 1989 I 534; ATF 93 II 313 = JT 1969 I 156; ATF 93 II 322 = JT 1969 I 147.

## A. LA SOLIDARITE PARFAITE (ART. 50 AL.1 CO)

Il y a solidarité parfaite au sens de l'art.50 al.1 CO lorsque les responsables ont causé le dommage ensemble par une faute commune<sup>3</sup>. Dans le domaine qui nous occupe, extrêmement rares sont les cas où directeur des travaux et entrepreneur commettent une faute commune génératrice d'un dommage pour le maître. Exemples: Directeur des travaux et entrepreneur utilisent pour la construction un matériau moins cher que celui initialement prévu et devisé, sans en avertir le maître et sans modifier la facture finale en conséquence; Ils taisent volontairement au maître une faute commise dans la direction de chantier et génératrice d'un défaut en faisant passer dans la facture finale de l'entrepreneur les frais nécessités par la réfection<sup>4</sup>; Ils clôturent ensemble le chantier à la fin d'une journée de travail et omettent de prendre toutes les mesures utiles à la prévention d'un accident. Dans les exemples cités, directeur des travaux et entrepreneur encourent une responsabilité solidaire fondée sur une faute commune.

## B. LA SOLIDARITE IMPARFAITE (ART.51 CO)

On parle de solidarité imparfaite - ou de concours d'actions - lorsque plusieurs personnes sont responsables du même dommage, mais en vertu de causes distinctes<sup>5</sup>, sans qu'il y ait de faute commune. Dans le domaine de la construction, les cas de solidarité imparfaite sont les plus courants: directeur des travaux et entrepreneur commettent chacun une faute distincte, et leurs responsabilités contractuelles respectives à l'égard du maître lésé se fondent sur la violation fautive du contrat de mandat pour le directeur des travaux et du contrat d'entreprise pour l'entrepreneur. Exemples: L'entrepreneur endommage les tuyaux de chauffage par le sol lors de la pose du

---

<sup>3</sup> Notamment DESCHENAUX / TERCIER, p.280, § 35, ch.1, n°3.

<sup>4</sup> Dernier exemple tiré de SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°683.

<sup>5</sup> Notamment DESCHENAUX / TERCIER, p.281, § 35, ch.1, n°11.

revêtement alors que le directeur des travaux ne l'avait pas rendu attentif aux risques particuliers encourus in casu; Pour coffrer le béton, le directeur des travaux choisit une méthode délicate, mais omet d'en surveiller l'exécution par l'entrepreneur, qui ne dispose pas des connaissances suffisantes et réalise un gros oeuvre défectueux.

### C. LES EFFETS DE LA DISTINCTION ENTRE SOLIDARITE PARFAITE ET SOLIDARITE IMPARFAITE

On peut mentionner plusieurs différences entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite:

1. L'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs vaut également contre tous les autres en cas de solidarité parfaite (art.136 al.1 CO). En cas de solidarité imparfaite, le créancier doit en principe veiller à interrompre la prescription contre tous les responsables potentiels s'il veut conserver ses droits <sup>6</sup>.
2. En cas de solidarité parfaite, le recours du responsable qui a désintéressé le créancier est prévu de manière générale; en cas de solidarité imparfaite, il faut une disposition spéciale <sup>7</sup>.
3. La subrogation du responsable qui a désintéressé le lésé n'existe que dans les cas de solidarité parfaite (art.149 al.1 CO) <sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Notamment DESCHENAUX / TERCIER, p.279, § 34, ch.3, n°20 et p.284, § 35, ch.2, n°28; ATF 115 II 48 = JT 1989 I 537; ATF 104 II 229 = JT 1979 I 550. Ce principe connaît toutefois quelques exceptions, comme l'article 83 al.2 LCR, qui prévoit que "lorsque la prescription est interrompue à l'égard de la personne responsable, elle l'est aussi à l'égard de l'assureur, et vice versa".

<sup>7</sup> Notamment DESCHENAUX / TERCIER, p.280, § 34, ch.3, n°20.

<sup>8</sup> Notamment DESCHENAUX / TERCIER, p.280, § 34, ch.3, n°20 et p.286, § 36, ch.1, n°17; ATF 115 II 48 = JT 1989 I 537.

4. La doctrine majoritaire <sup>9</sup> admet une appréciation différenciée de l'étendue de la solidarité, en autorisant le débiteur solidaire recherché seul par le créancier à faire valoir à son encontre, en sus des exceptions communes à tous les débiteurs, des exceptions personnelles. En d'autres termes, la solidarité n'existe qu'à concurrence de la responsabilité la plus faible.

Certains auteurs <sup>10</sup> interprètent strictement la notion de solidarité et refusent au débiteur solidaire recherché la faculté de soulever des exceptions personnelles, que ce soit en solidarité parfaite ou imparfaite.

Dans une ancienne jurisprudence <sup>11</sup>, le Tribunal fédéral avait admis que la faute concurrente d'un tiers puisse faire apparaître celle de la partie défenderesse comme moins grave, et donc conduire à une diminution de la réparation due par cette dernière.

---

<sup>9</sup> Cf. notamment von BÜREN, AT, p.94s.; CORBOZ, solidarité parfaite et solidarité imparfaite, p.101; DESCHENAUX / TERCIER, p.283s., § 35, ch.2, n°24; ENGEL, p.380; HIRSCH, RDS 1967 II, p.785; KELLER, II, p.157; MERZ, DPS VI/I, p.87, litt. c), s'agissant de la responsabilité contractuelle; OFTINGER / STARK, I, p.500s.; OSER / SCHÖNENBERGER, n.1 et 2 ad 50 CO. La Commission d'étude pour la revision totale du droit de la responsabilité civile admet également une appréciation différenciée de la responsabilité de chaque débiteur, tout en préconisant l'abolition de la distinction et l'institution d'un régime unique de concours d'actions, soumis dans la mesure du possible aux règles de la solidarité passive (cf. Rapport de la Commission d'étude pour la revision totale du droit de la responsabilité civile, Beme 1991, p.103s.). Le nouveau droit de la société anonyme admet aussi une telle solution en cas de responsabilité solidaire (art.759 al.1 CO: "Si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsables dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances").

<sup>10</sup> Cf. notamment CUENDET, p.141; GILLIARD, responsabilité, RDS 1967 II, p.263ss. Cf. également MERZ, SPR VI/1, p.107s., litt.d) et, s'agissant de la responsabilité extracontractuelle, DPS VI/I, p.87, litt. d).

<sup>11</sup> ATF 89 II 123 c.5. Cf. également ATF 97 II 414 c.7d = JT 1973 I 75; ATF 71 II 112s. = JT 1945, p.450; ATF 57 II 35 = JT 1931, p.277s.; ATF 57 II 421 = JT 1932, p.350; ATF 55 II 312s. = JT 1930, p.272ss.

Dans un arrêt récent <sup>12</sup>, il a considéré que cette possibilité devait rester exceptionnelle, voire théorique, de peur que ne soit rendue illusoire la solidarité passive.

#### D. LES CRITIQUES DE LA DOCTRINE ENVERS LA JURISPRUDENCE

La distinction opérée par le Tribunal fédéral entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite a été critiquée par la doctrine <sup>13</sup>, essentiellement pour le motif qu'elle est artificielle, puisqu'elle entraîne des traitements juridiques différents pour des états de faits pratiquement semblables.

La Commission d'étude pour la revision totale du droit de la responsabilité civile fait siennes les critiques formulées par la doctrine <sup>14</sup>. Elle constate que la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite ne repose pas sur un fondement valable et peut conduire à des résultats arbitraires. Elle propose donc un régime unique de concours d'actions, soumis dans la mesure du possible aux règles sur la solidarité passive. La clarté et la sécurité juridique justifie à son avis cette solution unitaire.

Malgré ces nombreuses critiques, le Tribunal fédéral reste sur ses positions. Il s'est encore expliqué à ses détracteurs dans un arrêt récent <sup>15</sup>.

#### II. LES RAPPORTS EXTERNES

Lorsque le directeur des travaux et l'entrepreneur sont tous deux responsables du dommage subi par le maître, le litige en résultant peut

---

<sup>12</sup> ATF 112 II 143s. c.4 a).

<sup>13</sup> Notamment von BÜREN, AT, p.104; CORBOZ, solidarité parfaite et solidarité imparfaite, p.51ss et 121ss; DESCHENAUX / TERCIER, p.279, § 34, ch.3, n°18, qui souhaiteraient voir généralisé le principe du simple concours d'actions; MERZ, RDS 1967 II p.813; OFTINGER / STARK, I, p.495; RUSCONI, RDS 1967 II p.762.

<sup>14</sup> Rapport de la Commission d'étude pour la revision totale du droit de la responsabilité civile, Berne 1991, p.102ss.

<sup>15</sup> ATF 115 II 42 = JT 1989 I 531.

opposer maître et entrepreneur seulement (A.), ou maître et directeur des travaux exclusivement (B.<sup>16</sup>), ou maître, entrepreneur et directeur des travaux (C.<sup>17</sup>).

#### A. LE LITIGE OPPOSE MAÎTRE ET ENTREPRENEUR SEULEMENT

Pour diverses raisons, le litige résultant du préjudice causé au maître par l'entrepreneur et le directeur des travaux peut n'opposer que les deux premiers, à l'exclusion du dernier:

- Le maître peut actionner l'entrepreneur seulement<sup>18</sup>, pour des raisons de solvabilité ou de commodité. Exemples: le directeur des travaux peut être notoirement insolvable; le for pour actionner l'entrepreneur, différent de celui de l'action dirigée contre le directeur des travaux - ce qui empêche une action unique contre les deux débiteurs - peut se révéler plus commode pour le maître.
- L'entrepreneur lui-même peut s'en prendre au maître, qui refuse de lui verser en tout ou partie la rémunération convenue<sup>19</sup>.

Lorsque le maître et l'entrepreneur sont seuls parties au litige, le premier risque de se voir imputer la faute de son directeur des travaux si celui-ci, au moment où il l'a commise, agissait en qualité d'auxiliaire (1.<sup>20</sup>). La solution au litige est par contre différente si, au moment où le directeur des travaux a commis la faute génératrice d'un dommage, il agissait en qualité de tiers par rapport au maître (2.<sup>21</sup>):

---

<sup>16</sup> Cf. infra, p.242s.

<sup>17</sup> Cf. infra, p.243.

<sup>18</sup> Exemple: le maître actionne l'entrepreneur en paiement des frais de réparation probables du défaut de construction [ATF 95 II 43ss = JT 1970 I 66ss = SJ 1969, p.558 rés. (arrêt HOFER)].

<sup>19</sup> Exemple: ATF 93 II 317ss = JT 1969 I 143ss (arrêt KALBERMATTEN).

<sup>20</sup> Cf. infra, p.219ss.

<sup>21</sup> Cf. infra, p.239ss.

1. *Le directeur des travaux a causé le dommage au maître alors qu'il agissait en qualité d'auxiliaire de ce dernier*

a. *Le principe dégagé par le Tribunal fédéral*

C'est dans un arrêt de février 1969<sup>22</sup> que le Tribunal fédéral a pour la première fois posé le principe de l'imputation au maître de la faute de son architecte si celui-ci l'a commise alors qu'il agissait en qualité d'auxiliaire. La question n'avait jamais été débattue auparavant. Il est vrai que dans ce domaine, les litiges se règlent fréquemment par transaction ou arbitrage et, s'ils sont portés devant les tribunaux, opposent le plus souvent maître, architecte ou directeur des travaux et entrepreneur. En telle occurrence, les juges n'ont alors pas à trancher la question de savoir si, face à l'entrepreneur, l'architecte ou le directeur des travaux a agi en qualité d'auxiliaire du maître, puisque les problèmes de responsabilité et de montant des dommages-intérêts dus par chaque débiteur solidaire sont tranchés dans un seul et même jugement. L'absence de débat au sujet de l'imputation - ou de la non-imputation - au maître de la faute de son mandataire est quand même surprenante, dans la mesure où il est généralement admis que si le coresponsable est un auxiliaire du lésé, ce dernier doit se laisser imputer son comportement<sup>23</sup>. S'agissant de

---

<sup>22</sup> ATF 95 II 43ss = JT 1970 I 66ss = SJ 1969, p.558 rés. (arrêt HOFER).

<sup>23</sup> Cf. BREHM, n.42 ad 44 CO et n.31ss ad 51 CO et les réf. citées.

A noter qu'en matière de circulation routière, un créancier (détenteur) peut se voir imputer la faute du conducteur, considéré comme son auxiliaire, selon l'enseignement de l'arrêt FRIDERICI (ATF 99 II 195ss), rendu en juillet 1973, qui constitue un revirement de jurisprudence.

l'imputation au maître de la faute de son architecte, la doctrine<sup>24</sup> approuve de façon unanime et sans le discuter le principe posé par la jurisprudence. Quant au Tribunal fédéral, il a rappelé les conclusions de l'arrêt HOFER dans quelques arrêts ultérieurs<sup>25</sup>.

### 1. *La jurisprudence antérieure à 1969: l'arrêt KALBERMATTEN*<sup>26</sup>

Dans cet arrêt rendu en octobre 1967, le Tribunal fédéral avait à juger les faits suivants:

L'ouvrage à construire était une piscine de 25 mètres de long. Pour renforcer le fond en béton du bassin, qui s'était affaissé par endroits, l'entrepreneur a procédé, sur ordre de l'architecte chargé de la direction des travaux, à des injections de mortier de ciment liquide. Le matériau injecté a partiellement obstrué le canal principal d'écoulement de la piscine. La canalisation a de ce fait dû être enlevée et remplacée. Entre autres pour cette raison, le maître a retenu une partie de la rémunération de l'entrepreneur. Celui-ci l'a actionné en paiement du solde de sa facture. Le maître a déposé alors une demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts et en réfection du bassin. Le Tribunal fédéral a jugé que le directeur des travaux avait commis une faute en ordonnant les injections de ciment sans donner à l'entrepreneur des instructions précises sur la manière d'y procéder et sans le surveiller, et que l'entrepreneur avait lui aussi commis une faute en procédant aux injections sans prendre de mesures de précaution contre le risque d'obstruer le canal d'écoulement. Le Tribunal fédéral a condamné l'entrepreneur, en tant

---

<sup>24</sup> COTTIER, JDC 1981, p.11; GAUCH, *Werkvertrag*, n°514, 1360ss, 2025ss et 2033, ainsi que *Bauleitung*, BRT 1985, p.22ss; HESS, p.37s.; JANSEN, p.121s.; OTT, RSJ 1978, p.285ss; SCHUMACHER, *Generalunternehmer*, BR/DC 1983/3, p.45, ainsi que *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°693; SPIRO, p.187; TERCIER, *direction des travaux*, JDC 1985, p.31s.; WERRO, *contrats d'entreprise générale*, JDC 1991, p.70.

<sup>25</sup> ATF 119 II 130 c. 4 a) = JT 1994 I 299ss; ATF 115 II 45 = JT 1989 I 534s.; ATF 98 II 103s. = JT 1973 I 165.

<sup>26</sup> ATF 93 II 317ss = JT 1969 I 143ss.

que débiteur solidaire, à supporter tout le dommage subi par le maître. Il n'a absolument pas examiné le point de savoir si le directeur des travaux avait agi en qualité d'auxiliaire du maître. Il l'a considéré comme un tiers par rapport au maître, et a confirmé un principe jurisprudentiel posé il y a de nombreuses années déjà <sup>27</sup> :

*"Gleich wie bei echter Solidarität wird auch bei blosser Anspruchskonkurrenz die Haftung eines Schädigers gegenüber dem Geschädigten grundsätzlich nicht dadurch vermindert, dass für den gleichen Schaden auch noch ein Dritter einzustehen hat. Jeder der beiden Verantwortlichen haftet dem Geschädigten für den ganzen Schaden.(...). Dieser Grundsatz erfährt ausnahmsweise dann eine Einschränkung, wenn der vom Dritten zu verantwortende Haftungsgrund den rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Belangten und dem Schaden unterbricht, oder wenn das mitwirkende Verschulden des Dritten dasjenige des Belangten als gemindert erscheinen lässt"* <sup>28</sup>.

## 2. Le revirement de 1969: l'arrêt HOFER <sup>29</sup>

Cette affaire, jugée en février 1969, concerne la responsabilité d'un architecte chargé de dessiner les plans d'une construction. Ses conclusions trouvent néanmoins application en cas de responsabilité du directeur des travaux. Les faits de cet arrêt sont les suivants:

L'architecte chargé par le maître de dessiner les plans et de diriger les travaux de construction avait projeté une chape trop mince. Ce défaut de conception se retrouvait dans l'appel d'offres transmis à l'entrepreneur, spécialiste du type de fonds prévu. Celui-ci avait ensuite construit l'ouvrage sur la base des indications fournies par l'architecte. Le maître a actionné l'entrepreneur en paiement des frais de réparation probables de la chape. L'architecte n'était pas partie au litige. Le Tribunal fédéral a retenu qu'architecte et entrepreneur

---

<sup>27</sup> Cf. ATF 41 II 228 = JT 1915 I 501; plus récemment ATF 112 II 143s. et les références citées = JT 1986 I 596ss (rés.).

<sup>28</sup> ATF 93 II 322.

<sup>29</sup> ATF 95 II 43ss = JT 1970 I 66ss = SJ 1969, p.558s. (rés.).

étaient tous les deux responsables du préjudice subi par le maître: le premier, en raison du défaut de conception, le second, pour n'avoir pas suivi la procédure exigée par l'art.369 CO (avis formel au maître que le mode d'exécution prévu pourrait entraîner des dommages). Il a jugé que l'architecte responsable de cette erreur de conception avait agi en qualité d'auxiliaire du maître car, en fournissant à l'entrepreneur les plans de l'ouvrage, il exécutait une obligation - ou du moins une incombance - de son cocontractant à l'égard de l'entrepreneur. Le Tribunal fédéral a en conséquence imputé la faute de l'architecte au maître et réduit la prétention en dommages-intérêts de ce dernier:

*"Der Architekt trat somit nach dem klar ausgedrückten Willen der Klägerin an deren Stelle für alle mit der Erstellung des Werkes zusammenhängenden Fragen, insbesondere auch in bezug auf die Erfüllung der Verpflichtungen und Obliegenheiten, die das Gesetz oder der Vertrag dem Besteller auferlegen"* <sup>30</sup>.

### 3. Commentaire

Malgré les états de fait très proches de ces deux arrêts, rendus à seize mois d'intervalle, le Tribunal fédéral est arrivé à deux conclusions totalement différentes. Dans l'arrêt KALBERMATTEN, la faute du directeur des travaux consistait à avoir ordonné à l'entrepreneur de procéder à des injections de ciment, sans lui avoir donné d'instructions précises sur la manière de faire, ni surveillé cette exécution. Le Tribunal fédéral n'a absolument pas examiné le point de savoir si le directeur des travaux, au moment où il a commis ces diverses fautes, agissait en qualité d'auxiliaire du maître; il l'a considéré comme un tiers par rapport à ce dernier. Dans l'arrêt HOFER, rendu seize mois plus tard, le Tribunal fédéral a retenu que l'architecte avait agi comme auxiliaire du maître en commettant une erreur de conception de la chape.

---

<sup>30</sup> ATF 95 II 53.

La doctrine a vu, dans les conclusions différentes de ces deux arrêts, tantôt un revirement de jurisprudence<sup>31</sup>, tantôt une distanciation partielle<sup>32</sup>. Parfois les solutions différentes de ces deux arrêts sont mentionnées sans être commentées<sup>33</sup>. A notre avis, il y a revirement de jurisprudence. C'est à tort que le Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt KALBERMATTEN que le directeur des travaux était un tiers par rapport au maître. L'homme de l'art avait commis une faute en ordonnant des injections de ciment sans donner à l'entrepreneur des instructions précises sur la manière d'y procéder, et sans le surveiller. A notre avis, le maître, respectivement son directeur des travaux, avait l'obligation, ou du moins l'incombance, de donner à l'entrepreneur les instructions relatives aux injections de ciment, car celles-ci avaient - notamment - pour but d'éviter un dommage, soit l'affaissement de la piscine<sup>34</sup>. Le directeur des travaux, en violant cette obligation, agissait bel et bien en qualité d'auxiliaire du maître.

*b. L'auxiliaire au sens de l'art. 101 CO et sa définition*

Aux termes de l'art.101 al.1 CO<sup>35</sup>, "celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail". Ainsi donc l'auxiliaire<sup>36</sup>:

---

<sup>31</sup> COTTIER, JDC 1981, p.11; ZAHND, p.111s.

<sup>32</sup> BUCHER, AT, p.352 n.94.

<sup>33</sup> Notamment OTT, RSJ 1978, p.285ss.

<sup>34</sup> Cf. infra, p.228s., ch.3.

<sup>35</sup> Cette disposition régit la responsabilité contractuelle pour les auxiliaires, à la différence de l'art.55 CO, qui traite de la responsabilité pour les auxiliaires en matière extra-contractuelle, et dont il ne sera pas question dans ce chapitre.

<sup>36</sup> Cf. notamment BUCHER, AT, p.352; ENGEL, p.499; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, n°1641; KOLLER, Art.101 OR, p.3; WEBER-HÄUSERMANN, p.53.

- exécute une obligation à charge de celui qui a fait appel à ses services (on parle alors d'auxiliaire de l'exécution), ou
- remplit une incombeance à charge de cette personne, ou
- exerce un droit appartenant à cette personne (on parle alors d'auxiliaire de la jouissance).

L'auxiliaire n'exécute pas forcément des tâches subalternes: il peut être un spécialiste par rapport à celui qui a fait appel à ses services <sup>37</sup>. Exemples: un indépendant <sup>38</sup>, un institut bancaire <sup>39</sup> peuvent être auxiliaires du débiteur. C'est également le cas lorsque le maître, généralement néophyte dans le domaine de la construction, fait appel à un architecte ou un ingénieur <sup>40</sup>.

*c. Les cas dans lesquels le directeur des travaux agit en qualité d'auxiliaire du maître*

Le directeur des travaux qui remplit une obligation ou une incombeance à charge du maître en vertu du contrat d'entreprise conclu par ce dernier avec un entrepreneur, ou qui exerce un droit du maître dérivant du rapport obligationnel précité, agit en qualité d'auxiliaire du maître.

Il faut relever que l'entrepreneur, à l'égard du directeur des travaux, n'agit pratiquement jamais en qualité d'auxiliaire du

---

<sup>37</sup> Cf. supra, p.137.

<sup>38</sup> ATF 95 II 43ss = JT 1970 I 66ss = SJ 1969, p.558s. (rés.).

<sup>39</sup> ATF 114 Ib 67ss; ATF 111 II 504ss = JT 1986 I 323ss (rés.) = SJ 1986, p.441ss.

<sup>40</sup> S'agissant du statut d'un ingénieur-conseil, cf. HESS-ODONI, in BR/DC 1995/1, p.3.

maître <sup>41</sup>. Il faudrait pour cela qu'il exécute une obligation ou une incombance du maître aux termes du contrat de mandat conclu par ce dernier avec le directeur des travaux, ou encore qu'il exerce un droit du maître dérivant du rapport obligationnel précité.

Pour déterminer quels sont les obligations, incombances et droits du maître, il est nécessaire de se référer aux clauses du contrat conclu par maître et entrepreneur, aux conditions générales que ceux-ci peuvent y avoir incluses et, éventuellement, aux art.363ss CO, en cas de silence du contrat. Il est impossible d'établir une liste exhaustive des obligations, incombances et droits du maître. Aussi la liste qui suit n'est-elle qu'exemplative:

### *1. Les obligations et incombances du maître dans le contrat d'entreprise*

#### *a. Le paiement du prix*

Le paiement du prix de l'ouvrage est la seule obligation expressément prévue à charge du maître par le Code des obligations (art.363 CO) <sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Il est vrai que la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a curieusement jugé le contraire. Les faits jugés étaient les suivants: sur un important chantier, un glissement de terrain se produit et provoque la destruction d'un bâtiment voisin, également propriété du maître. La responsabilité de l'architecte, de l'ingénieur et de l'entrepreneur est engagée. Le maître agit en réparation du dommage. La Cour civile a jugé que "le maître de l'oeuvre répond des fautes commises par l'architecte, l'ingénieur et l'entrepreneur considérés chacun à l'endroit des autres comme des auxiliaires du maître (101 CO)" (Tribunal cantonal, Vaud, 09.01.1973, RSJ 1973, p.379s., n°168). La solution de cet arrêt a le mérite de traiter également entrepreneur et architecte, mais elle est à notre avis erronée.

<sup>42</sup> Au sujet de l'obligation de payer le prix et du problème de l'exigibilité de la créance, cf. BUCHER, BT, p.211ss; von BÜREN, BT, p.152ss; CORBOZ, FJS n°458, p.5s.; DÜRR, contrat d'entreprise, p.104ss, ainsi que Werkvertrag und Auftrag, p.84ss; GAUCH, Werkvertrag, n°626ss; GAUTSCHI, n.1ss ad 363 et ad 372 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n.1ss ad 363 CO et ad 372 CO; PEDRAZZINI, DPS VII/1/3, p.38ss; TERCIER, contrats spéciaux, n°3640.

*b. La fourniture à l'entrepreneur des plans de l'ouvrage à exécuter*

C'est généralement le maître qui fournit à l'entrepreneur les plans de l'ouvrage à exécuter <sup>43</sup>. Le plus souvent, le maître charge un architecte de les dessiner.

Fournir les plans constitue une incombeance à charge du maître <sup>44</sup> : s'il ne les livre pas, il empêche purement et simplement l'entrepreneur de remplir à son tour son obligation principale, qui est d'exécuter un ouvrage. En telle occurrence, l'entrepreneur a la possibilité de mettre le maître en demeure (art.91ss CO) <sup>45</sup>.

*c. La détermination de l'implantation générale*

Déterminer l'implantation générale est une obligation du maître, respectivement du directeur des travaux. L'art.114 Norme SIA 118 (1977 / 1991) le prévoit expressément <sup>46</sup>.

*d. La fourniture des moyens qu'exige l'exécution de l'ouvrage et des matériaux de construction*

L'art.364 al.3 CO prévoit 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". L'usage ou la

---

<sup>43</sup> Il convient de distinguer de ce cas habituel celui où le maître conclut avec un entrepreneur ou un architecte un contrat d'entreprise total, par lequel le cocontractant s'engage à fournir au maître, personnellement ou non, toutes les prestations nécessaires à l'érection d'un ouvrage (plans, travaux de construction, surveillance du chantier etc.; cf. notamment SCHUMACHER, Generalunternehmer, BR/DC 1983/3, p.43).

<sup>44</sup> Cf. surtout GAUCH, Werkvertrag, n°899. Cf. également TERCIER, maître de l'ouvrage, JDC 1983, p.7; OTT, RSJ 1978, p.286s. L'art.100 al.1 Norme SIA 118 (1977 / 1991) consacre une obligation du maître, respectivement du directeur des travaux.

<sup>45</sup> Cf. GAUCH, Werkvertrag, n°896 et 898.

<sup>46</sup> TERCIER, maître de l'ouvrage, JDC 1983, p.7.

convention des parties peut donc prévoir que l'obligation de fournir les moyens précités repose sur le maître <sup>47</sup> .

La fourniture des matériaux nécessaires à l'exécution de l'ouvrage incombe au maître, en l'absence de convention ou d'usage contraire <sup>48</sup> . A l'inverse, la Norme SIA 118 (1977 / 1991) prévoit que sauf disposition contraire, c'est l'entrepreneur qui fournit les matériaux de construction (art.10 al.1).

*e. La coordination des travaux*

La coordination des travaux est une incombeance à charge du maître, sauf convention contraire des parties <sup>49</sup> . La Norme SIA 118 (1977 / 1991) prévoit, à l'art.34.3, que la personne chargée de la direction du chantier est responsable de la coordination des travaux entre les entrepreneurs.

*f. Les devoirs de collaboration*

Le maître a l'obligation toute générale de collaborer avec l'entrepreneur, dans le but d'exécuter l'ouvrage qui fait l'objet du contrat. Les devoirs de collaborer sont multiples. Ils portent sur la préparation du terrain où s'érigera la construction projetée, la livraison des plans ou des matières premières, l'obtention du permis de construire, la coordination des travaux, la mise à disposition des locaux destinés à être rénovés, etc. <sup>50</sup> .

---

<sup>47</sup> Notamment CORBOZ, FJS n°458, p.6.

<sup>48</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°69s.; OSER / SCHÖNENBERGER, n.11 ad 365 CO. Voir également GAUTSCHI, n.2a ad 365 CO.

<sup>49</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°182, 899 et 1477.

<sup>50</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°898ss.

*g. Les instructions*

Le maître a-t-il l'obligation de donner des instructions à son entrepreneur ? La réponse à cette question dépend des circonstances, et notamment de l'avancement des travaux :

1. Lors de la conclusion du contrat, le maître a l'obligation de donner à l'entrepreneur les instructions nécessaires pour déterminer le plus précisément possible l'ouvrage à réaliser. Cette obligation n'est pas expressément prévue par la loi; elle découle des circonstances. En effet, si le maître néglige de donner les instructions nécessaires, l'entrepreneur sera empêché de satisfaire à son obligation principale, qui est d'exécuter et livrer un ouvrage. A ce stade, c'est l'existence même du contrat qui dépend des instructions du maître <sup>51</sup>. S'il ne s'exécute pas, il peut être mis en demeure (art.91ss CO).
2. En cours de travaux, le maître n'a en principe pas l'obligation de donner des instructions relatives à la manière d'exécuter l'ouvrage <sup>52</sup>. Selon les circonstances toutefois, on pourra retenir une obligation à sa charge <sup>53</sup>, par exemple lorsque l'entrepreneur a impérativement besoin d'une instruction du maître pour continuer son travail, ou lorsque les parties ont conventionnellement prévu une obligation à charge du maître [art.99 Norme SIA 118 (1977 / 1991) par exemple].
3. Mis à part ces cas particuliers, les auteurs estiment que le fait de donner des instructions est soit une incombance à charge du maître <sup>54</sup>, soit un droit de ce dernier <sup>55</sup>. Le maître qui omet de donner les instructions nécessaires à l'entrepreneur pour éviter un

---

<sup>51</sup> TERCIER, maître de l'ouvrage, JDC 1983, p.7.

<sup>52</sup> TERCIER, maître de l'ouvrage, JDC 1983, p.9.

<sup>53</sup> PEDRAZZINI, DPS VII/1/3, p.47.

<sup>54</sup> En ce sens GAUCH, Werkvertrag, n°899.

<sup>55</sup> En ce sens GAUTSCHI, n.1d ad 397 CO; OTT, RSJ 1978, p.287.

dommage commet une faute (art.44 al.1 CO); si le directeur des travaux qu'il a mandaté néglige de le faire, il se verra imputer son comportement fautif <sup>56</sup> .

*h. Ne pas entraver le travail de l'entrepreneur*

Le maître a l'incombance de ne pas empêcher l'entrepreneur de mener à bien le contrat. Exemple: il doit livrer à temps l'objet à réparer à l'entrepreneur, laisser celui-ci et/ou ses ouvriers pénétrer dans les locaux qu'il s'agit de rénover, etc <sup>57</sup> .

*i. Eviter à l'entrepreneur qu'il ne subisse un dommage*

Le maître a l'obligation toute générale de faire en sorte que l'entrepreneur ne subisse pas de dommage dans l'exécution de son travail. Cette obligation découle de la relation de confiance qui existe entre les parties au contrat d'entreprise <sup>58</sup> . Le maître doit par exemple avertir l'entrepreneur des dangers connus de lui seul, ou prendre toutes les mesures utiles pour éviter que les travaux déjà effectués par l'entrepreneur (fouille de construction, coffrages etc.) ne soient endommagés. La faute du directeur des travaux, qui prend des mesures de sécurité insuffisantes pour éviter que des éboulements provoqués par des chutes de pluie ne se produisent dans la fouille de construction et n'endommagent les coffrages déjà exécutés par l'entrepreneur, doit être imputée au maître, et ce dernier doit prendre à sa charge les frais supplémentaires occasionnés à l'entrepreneur du fait de la destruction d'une partie de l'ouvrage <sup>59</sup> .

---

<sup>56</sup> Cf. Commentaire de GAUCH à l'ATF 115 II 42ss = JT 1989 I 531ss, in BR/DC 1990/2, p.41, n°40, point 2.

<sup>57</sup> PEDRAZZINI, DPS VII/I/3, p.47.

<sup>58</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°894.

<sup>59</sup> GAUCH, commentaire à l'ATF 115 II 42ss = JT 1989 I 531ss, BR/DC 1990/2, p.41s., n°40.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a eu à juger des faits similaires (ATF 119 II 127ss = JT 1994 I 298ss, commenté par GAUCH, in BR/DC 1994/2, p.42ss et par KOLLER, in PJA 1994, p.791ss): Lors du montage

*j. L'obligation de discrétion*

Le maître a une obligation de discrétion à l'égard de l'entrepreneur. Il doit s'abstenir de dévoiler à des tiers des informations sur l'entrepreneur qu'il a apprises à l'occasion de l'exécution du contrat <sup>60</sup>.

*k. La surveillance du travail effectué par l'entrepreneur*

Le maître qui charge un entrepreneur d'exécuter un ouvrage doit-il surveiller ou faire surveiller l'exécution de cet ouvrage ?

---

d'éléments en béton, l'entresol à construire s'effondre. La destruction intervient avant l'acceptation de l'ouvrage par le maître. Les frais de reconstruction sont entièrement pris en charge par l'entrepreneur, qui actionne ... le bureau d'ingénieur (et non le maître), avec lequel il n'est pas lié contractuellement et qu'il tient pour responsable unique du dommage subi. Sur la base d'une expertise, le tribunal de première instance retient que l'entrepreneur est responsable à hauteur de 30% de la survenance du dommage et l'ingénieur à raison de 70%. Ce dernier recourt au Tribunal fédéral, qui rejette l'application de l'art.41 CO, pour le motif qu'il n'y a ni violation d'un droit absolu du lésé, ni atteinte de nature purement économique en violation d'une norme protectrice, mais admet néanmoins l'action en dommages-intérêts de l'entrepreneur contre le bureau d'ingénieur. Son raisonnement est le suivant: ingénieur et entrepreneur sont solidairement responsables du dommage. Le premier est l'auxiliaire du maître, qui doit répondre de ses actes. Le second a supporté seul les frais de reconstruction de l'ouvrage suite à son effondrement. Il a donc répondu du dommage pour une part supérieure à celle qu'il aurait dû supporter par rapport à l'ingénieur. Par la grâce d'une application analogique de l'art.51 CO, l'entrepreneur a un droit de recours contre l'ingénieur pour le trop payé; son action est juridiquement bien-fondée. Sur ce point particulier, cet arrêt a été critiqué à juste titre par GAUCH, qui rejette l'application de l'art.51 CO, notamment pour le motif que cette disposition prévoit un droit de recours en cas de solidarité imparfaite, mais ne constitue pas une norme de responsabilité.

<sup>60</sup> TERCIER, contrats spéciaux, n°3762.

Il n'existe pas d'obligation ou d'incombance légale de surveillance à charge du maître <sup>61</sup>. Certains auteurs estiment que la surveillance est un droit du maître <sup>62</sup>, avec pour conséquence que l'entrepreneur ne peut pas se prévaloir d'une absence ou d'une carence dans la surveillance des travaux pour se libérer <sup>63</sup>. L'art.34 al.2 Norme SIA 118 (1977 / 1991) prévoit pour le maître, respectivement le directeur des travaux, le droit de surveiller le travail de l'entrepreneur, même en dehors du chantier <sup>64</sup>.

### *1. La vérification de l'ouvrage et l'avis des défauts*

L'examen de l'ouvrage et l'avis des défauts prévus par l'art.367 al.1 CO est une incombance à charge du maître, et non pas une obligation <sup>65</sup>. Le maître qui omet de procéder à l'examen de l'ouvrage et à l'avis des défauts perd tous ses droits à la garantie.

### *2. Les droits du maître dans le contrat d'entreprise*

Les articles 363ss CO accordent au maître, implicitement ou explicitement, un certain nombre de droits ou facultés <sup>66</sup>. En voici une liste exemplative:

---

<sup>61</sup> En ce sens GAUCH, *Werkvertrag*, n°1475, 1476 et 2025; SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°695. Voir toutefois OTT, *RSJ* 1978, p.287, note 14.

<sup>62</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°907, qui précise que la surveillance de l'entrepreneur par le maître n'est ni une obligation, ni une incombance légalement à charge du maître; TERCIER, *maître de l'ouvrage*, *JDC* 1983, p.9.

<sup>63</sup> TERCIER, *direction des travaux*, *JDC* 1985, p.30.

<sup>64</sup> GAUCH, *Werkvertrag*, n°907 et 1476.

<sup>65</sup> Notamment CORBOZ, *FJS* n°460, p.4; GAUCH, *Werkvertrag*, n°896; OTT, *RSJ* 1978, p.287.

<sup>66</sup> La Norme SIA 118 (1977 / 1991) supprime certains droits légaux du maître prévus par des articles de droit dispositif. Mais elle en prévoit d'autres, comme par exemple le droit de sous-traiter un travail à un artisan (art.29 al.5).

- Droit de déterminer librement l'ouvrage que devra réaliser l'entrepreneur.
- Droit de recevoir cet ouvrage sans défaut et dans le délai prévu.
- Droit de se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison, dans certains cas (art.366 al.1 CO).
- Droit de fixer ou de faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à l'exécution d'un ouvrage défectueux et de confier la continuation à un tiers (art.366 al.2 CO).
- 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).
- Droit de refuser l'ouvrage lorsqu'il n'est pas conforme à la convention ou qu'il est si défectueux que le maître ne saurait être contraint à l'accepter (art.368 al.1 in initio).
- Droit d'exiger de l'entrepreneur des dommages-intérêts s'il est en faute (art.368 al.1 CO in fine et 368 al.2 CO in fine).
- Droit de réduire le prix en proportion de la moins-value (art.368 al.2 CO in initio).
- Droit d'exiger de l'entrepreneur qu'il répare l'ouvrage à ses frais si la réfection est possible sans dépenses excessives (art.368 al.2 CO).
- Droit de se départir du contrat "lorsque le devis approximatif arrêté avec l'entrepreneur se trouve, sans le fait du maître, dépassé dans une mesure excessive" (art.375 al.1 CO).
- Droit de se départir du contrat tant que l'ouvrage n'est pas terminé, en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur (art.377 CO).

- Droit de surveiller l'entrepreneur <sup>67</sup> .
- Droit de donner des instructions <sup>68</sup> .

*d. Les effets de l'imputation au maître de la faute de son directeur des travaux*

Lorsque le directeur des travaux cause un dommage alors qu'il agit en qualité d'auxiliaire du maître, celui-ci est responsable de ce dommage (art.101 al.1 CO par analogie <sup>69</sup> ). Si un litige oppose maître et entrepreneur seulement, à l'exclusion du directeur des travaux, cette imputation de responsabilité a pour effet de libérer partiellement (2.) ou totalement (3.) l'entrepreneur de sa responsabilité, par application de l'art.44 al.1 CO, éventuellement de l'art.369 CO (1.). Le maître ne pourra que très difficilement se libérer (4.).

*1. Les articles 369 et 44 al.1 CO - Généralités*

L'art.369 CO interdit au maître d'invoquer "les droits résultant pour lui des défauts de l'ouvrage, lorsque l'exécution défectueuse lui est personnellement imputable, soit à raison des ordres qu'il a donnés contrairement aux avis formels de l'entrepreneur, soit pour toute

---

<sup>67</sup> Notamment GAUCH, *Werkvertrag*, n°907, qui précise que la surveillance n'est ni une obligation, ni une incombeance du maître; TERCIER, maître de l'ouvrage, JDC 1983, p.9.

Cf. *supra*, p.230s.

L'entrepreneur ne saurait invoquer le fait que le maître a renoncé à exercer son droit à la surveillance pour échapper à sa responsabilité. En ce sens SCHUMACHER, *Haftung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°695; TERCIER, direction des travaux, JDC 1985, p.30.

<sup>68</sup> En ce sens GAUTSCHI, n.1d ad 397 CO; OTT, RSJ 1978, p.287.

Cf. *supra*, p.228s.

<sup>69</sup> Notamment GAUCH, *Werkvertrag*, n°1361.

autre cause". A teneur de l'art.44 al.1 CO, "le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur" <sup>70</sup>. Ces deux dispositions diffèrent sur trois points: l'art. 369 CO est applicable en cas de défaut de l'ouvrage seulement, et ne traite que de l'exonération pure et simple de l'entrepreneur, que le juge doit prononcer si les conditions d'application de cet article sont remplies, alors que l'art. 44 al.1 CO est une disposition générale qui permet au juge, sans l'y contraindre, de répartir le poids de la réparation. Cette dernière disposition autorise en effet aussi bien une libération qu'une réduction de la responsabilité du débiteur <sup>71</sup>.

Si le fait dont répond le maître a causé le dommage dans une mesure qui n'est pas prépondérante, l'entrepreneur verra sa responsabilité diminuée sur la base de l'art.44 al.1 CO; on appliquera l'art.369 CO dans les cas d'exonération seulement, et en présence d'un défaut de l'ouvrage. Quoiqu'il en soit, c'est à l'entrepreneur qu'il incombe d'apporter la preuve de la faute imputable au maître.

## **2. La libération partielle de l'entrepreneur (art.44 al.1 CO)**

L'entrepreneur est débiteur du maître pour une partie du dommage seulement lorsque le préjudice a été causé en partie par le directeur des travaux agissant en qualité d'auxiliaire du maître lésé <sup>72</sup>. Ce dernier doit s'en prendre à son mandataire pour obtenir le solde.

---

<sup>70</sup> L'art.170 al.3 Norme SIA 118 (1977/1991) prévoit que "lorsque le maître (ou son auxiliaire) a contribué par sa faute à la survenance d'un défaut, les frais de réfection sont équitablement répartis entre l'entrepreneur et le maître".

<sup>71</sup> Notamment GAUCH, *Werkvertrag*, n°1359 et 1478; GAUTSCHI, *Berner Kommentar*, 2ème édition, 1967, n.2 ad 369 CO; Cour de justice, Genève, 11.06.1982, SJ 1983, p.17ss, spécialement p.22 = BR/DC 1983/1, p.14, n°2.

<sup>72</sup> Cf. Tribunal cantonal, Jura, 03.05.1993, RJJ 1993, p.174ss = BR/DC 1994/2, p.52, n°97. Cf. également, pour un cas d'application de l'art.44 al.1

Dans cette seconde procédure, le maître lésé ne peut pas faire valoir le jugement rendu dans le cadre du procès qui l'a opposé à l'entrepreneur seulement, car il n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée <sup>73</sup>.

### 3. *La libération totale de l'entrepreneur (art.44 al.1 ou 369 CO)*

Lorsqu'il s'avère que le directeur des travaux, agissant en qualité d'auxiliaire du maître, est seul responsable du dommage subi par ce dernier, l'entrepreneur est libéré de toute responsabilité en vertu de l'art.44 al.1 CO (ou 369 CO, en présence d'un défaut de l'ouvrage). Le maître lésé est en conséquence débouté de toutes ses prétentions. Il doit alors s'en prendre à son mandataire pour obtenir réparation de tout son dommage.

#### e. *L'exonération du maître à l'égard de l'entrepreneur*

Le maître ne saurait échapper à sa responsabilité du fait de son auxiliaire en prouvant qu'il n'a lui-même pas commis de faute. Il ne peut pas non plus se libérer en prouvant qu'il a fait preuve de diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de son auxiliaire. La seule façon pour le maître de se libérer consiste à prouver que s'il avait agi lui-même à la place de son auxiliaire, aucune faute ne pourrait lui être reprochée.

#### f. *L'imputation de la faute du directeur des travaux au maître est-elle compatible avec le système de la solidarité ?*

##### 1. *Le principe*

L'entrepreneur recherché seul par le maître, qui invoque la faute du directeur des travaux pour se libérer totalement ou partiellement,

---

CO dans le contrat d'entreprise, ATF 116 II 454ss = JT 1991 I 362ss = BR/DC 1991/4, p.97, n°155.

<sup>73</sup> ENGEL, p.378; ATF 93 II 329ss.

fait valoir une exception relative à la situation du créancier lésé. En telle occurrence, ce dernier est responsable des actes de son auxiliaire en vertu de l'art.101 al.1 CO. L'entrepreneur, tiers responsable, peut se prévaloir de la faute de l'auxiliaire, dont le maître répond <sup>74</sup>.

## 2. *Solidarité et "conjonction"*

Formant un courant très minoritaire de la doctrine, deux auteurs estiment qu'il y a dans ces cas-là une brèche dans le système de la solidarité, qui conduit à ce qu'ils appellent la "conjonction". Il y a "conjonction" de responsabilités lorsque "l'on détermine, au niveau des rapports externes, quelle part de l'obligation totale de réparer est à la charge de chacun des responsables en particulier" <sup>75</sup>.

Selon GILLIARD <sup>76</sup>, qui se fonde sur l'arrêt HOFER <sup>77</sup>, lorsqu'un auxiliaire du lésé est coresponsable du dommage, il n'y a pas solidarité imparfaite entre tous les responsables, mais "conjonction"; l'auxiliaire appartient au "groupe du lésé", et sa contribution à la survenance du dommage ne fait pas d'un autre débiteur un coresponsable solidaire. L'équité voudrait à son avis que la responsabilité de l'auxiliaire devienne elle aussi "conjointe" à celle du tiers, car il serait injuste que l'auxiliaire réponde à l'égard du lésé de la totalité du dommage, alors que le tiers bénéficie de la "conjonction".

---

<sup>74</sup> Cf. notamment BREHM, Berner Kommentar, n.42 ad 44 CO et les réf.; DESCHENAUX / TERCIER, p.87, § 7, ch.4, n°52; ENGEL, p.379; GAUCH, Werkvertrag, n°2023ss; OTT, RSJ 1978 p.288; SCHUMACHER, Haftung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°693 et aussi n°709. Voir également RUSCONI, étendue des dommages-intérêts, p.548ss.

ATF 119 II 130 c. 4 a) = JT 1994 I 299ss; ATF 115 II 45 = JT 1989 I 534s.; ATF 98 II 103s. = JT 1973 I 165; 95 II 43ss = JT 1970 I 66ss = SJ 1969, p.558s. (rés.) (arrêt HOFER).

<sup>75</sup> ZAHND, p.107.

<sup>76</sup> GILLIARD, solidarité imparfaite, p.295.

<sup>77</sup> ATF 95 II 43ss = JT 1970 I 66ss.

ZAHND<sup>78</sup> reprend la thèse développée par GILLIARD. Il précise que la conjonction de responsabilités entre architecte et entrepreneur a été admise par le Tribunal fédéral dans l'arrêt HOFER, suite à un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt KALBERMATTEN<sup>79</sup>, dans lequel il avait encore été jugé qu'il y avait solidarité imparfaite entre les coresponsables.

Théoriquement et pratiquement, il est certain que le fait pour l'entrepreneur de pouvoir invoquer la faute du directeur des travaux pour se libérer totalement ou partiellement est une entorse au principe de la solidarité, selon laquelle tous les coresponsables d'un dommage sont chacun débiteurs pour le tout à l'égard du lésé. Le Tribunal fédéral estime toutefois que cette circonstance n'est pas contraire à la solidarité imparfaite<sup>80</sup> :

*"Das steht, entgegen der Meinung der Klägerin, keineswegs im Widerspruch mit den Grundsätzen über die Solidarhaftung mehrerer Schuldner bei sogenannter unechter Solidarität oder Anspruchskonkurrenz. Bei dieser wird zwar die Haftung eines Schädigers gegenüber dem Geschädigten grundsätzlich nicht dadurch vermindert, dass für den gleichen Schaden noch ein Dritter einzustehen hat (BGE 93 II 322). Diese Regel gilt jedoch nicht ausnahmslos. Ist der Dritte gleichzeitig Hilfsperson des Geschädigten in dessen Vertragsverhältnis zum belangten Schädiger, und muss sich daher der Geschädigte das Verhalten dieses Dritten gemäss Art.101 OR als eigenes Verhalten anrechnen lassen, so kann dem belangten Schädiger nicht verwehrt sein, sich zu seiner teilweisen Entlastung auf einen Umstand zu berufen, der als Selbstverschulden des Geschädigten zu werten ist".*

---

<sup>78</sup> ZAHND, p.110ss.

<sup>79</sup> ATF 93 II 317ss = JT 1969 I 143ss.

<sup>80</sup> ATF 95 II 53s. = JT 1970 I 72s. Le résumé en français paru dans SJ 1969 p.559 comporte une traduction très libre de ce passage, qui n'est pas conforme au texte original.

### 3. *Un troisième tempérament au principe de la solidarité ?*

Selon une jurisprudence bien établie <sup>81</sup> et une doctrine presque unanime <sup>82</sup>, un débiteur solidaire ne peut exclure ou limiter sa responsabilité en invoquant la faute d'un tiers que dans deux cas:

1. la faute du tiers est si grave qu'elle interrompt le lien de causalité entre l'acte de la personne rendue responsable et le dommage, ou
2. la faute concurrente du tiers fait apparaître celle du responsable recherché comme moins grave.

Les cas où la loi institue une responsabilité pour le fait d'autrui constituent-ils un troisième tempérament au principe de la solidarité ?

CORBOZ <sup>83</sup>, citant l'arrêt HOFER, semble avancer prudemment cette hypothèse: "Le fait d'un tiers ne peut influencer la responsabilité que s'il rompt le rapport de causalité adéquate ou s'il atténue la faute du responsable. On pourrait peut-être ajouter les cas où la loi institue une responsabilité pour le fait d'autrui, puisque, dans ces hypothèses, le fait d'autrui est considéré comme le propre fait du responsable".

L'hypothèse avancée prudemment, mais à notre avis très justement, par CORBOZ se vérifie dans la pratique: les cas où la loi institue une responsabilité pour le fait d'autrui ont bien les mêmes effets que les tempéraments au principe de la solidarité qui viennent d'être rappelés.

---

<sup>81</sup> Notamment ATF 112 II 143; ATF 89 II 122 c.5; ATF 59 II 369 = JT 1934 I 72; ATF 41 II 228 = JT 1915 I 501.

<sup>82</sup> Pour n'en citer que quelques-uns: DESCHENAUX / TERCIER, p.243, § 28, ch.1, n°10ss; DES GOUTTES, JT 1944 I, p.101; ENGEL, p.379; THILO, JT 1937 I p.299. Contra GILLIARD, responsabilité, RDS 1967 II, p.264.

<sup>83</sup> CORBOZ, solidarité parfaite et solidarité imparfaite, p.86 lettre b.

**2. *Le directeur des travaux a causé un dommage au maître alors qu'il n'agissait pas en qualité d'auxiliaire de ce dernier***

**a. *Le principe***

Le directeur des travaux qui cause avec l'entrepreneur un dommage au maître alors qu'il n'agit pas en qualité d'auxiliaire de ce dernier est considéré comme un tiers. En conséquence, si le maître lésé s'en prend à l'entrepreneur seulement pour exiger réparation de tout son préjudice, celui-ci ne peut échapper ni partiellement, ni totalement à son obligation de réparer en invoquant l'imputation au maître lésé de la faute du directeur des travaux.

Les situations où le directeur des travaux est solidairement responsable avec l'entrepreneur d'un dommage subi par le maître sans avoir agi en qualité d'auxiliaire de ce dernier sont extrêmement rares. Théoriquement, le directeur des travaux qui, au moment où il commet l'acte dommageable, ne remplit aucune obligation ou incombance à charge du maître aux termes du contrat d'entreprise conclu entre ce dernier et l'entrepreneur, ou n'exerce aucun de ses droits résultant du rapport obligationnel précité, n'agit pas en qualité d'auxiliaire du maître. Ce principe, en apparence très clair, se révèle en fait d'un maniement limité, car :

- Le directeur des travaux qui outrepassé les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le contrat de mandat et qui provoque un dommage agit-il dans l'accomplissement de son travail, partant peut-il être considéré comme un auxiliaire au sens de l'art.101 al.1 CO ? Exemple: le directeur des travaux a reçu mandat de diriger les travaux de construction, mais non ceux d'aménagement du jardin, confiés à un jardinier-paysagiste; il outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés et ordonne à l'entrepreneur de créer des remblais artificiels avec la terre excavée; le poids des remblais, allié à une exécution défectueuse de cet ouvrage par l'entrepreneur, provoque un affaissement du terrain, entraînant un dommage pour le maître. En telle

occurrence, le directeur des travaux peut-il être considéré comme un auxiliaire du maître ? Si l'on suit la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui interprète très largement la notion d'auxiliaire <sup>84</sup>, la réponse à cette question semble devoir être positive.

- Le directeur des travaux qui outrepassé les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le contrat de mandat et qui provoque un dommage agit-il en qualité de représentant sans pouvoirs, au sens des articles 38s. CO ? L'admettre reviendrait à permettre au maître d'échapper en quelque sorte à l'imputation de la faute du directeur des travaux en refusant sa ratification (art.39 al.1 CO). Cependant, les art.38s. CO ne sauraient à notre avis trouver ici application: la notion d'auxiliaire étant admise dans un sens très large par la jurisprudence fédérale, on fera prioritairement usage de l'art.101 al.1 CO. Avec pour conséquence que le maître ne saurait échapper à l'imputation de la faute de son auxiliaire.

Finalement, la définition très large donnée par notre haute cour à la notion d'auxiliaire nous conduit au constat que le directeur des travaux agit pratiquement toujours en tant qu'auxiliaire du maître. Il est vrai que dans l'arrêt KALBERMATTEN <sup>85</sup>, le Tribunal fédéral avait implicitement retenu que le directeur des travaux était un tiers par rapport au maître. Il ne ressort toutefois pas des considérants publiés que la question de savoir s'il était un auxiliaire du maître a été examinée, puis rejetée. Rappelons que dans cette affaire, le directeur des travaux avait omis de donner à l'entrepreneur des instructions précises sur la façon de procéder à des injections de ciment destinées à réparer l'affaissement du fond d'une piscine. Le Tribunal fédéral

---

<sup>84</sup> Le Tribunal fédéral a admis qu'un pilote de ligne qui dérobe une caisse d'or dans la cargaison de l'avion (ATF 85 II 267ss, spécialement p.270), ou un médecin de clinique qui séduit une jeune fille atteinte de troubles psychiques graves (ATF 92 II 18s. c.3 = JT 1966 I 526s. c.3 et les réf.), étaient des auxiliaires qui, bien qu'ayant outrepassé les instructions reçues, avaient agi "dans l'accomplissement de leur travail" au sens de l'art.101 al.1 CO et engageaient la responsabilité de leurs employeurs.

<sup>85</sup> ATF 93 II 317ss = JT 1969 I 143ss.

avait retenu une faute à charge du directeur des travaux, mais ne l'avait pas imputée au maître. Cette jurisprudence a été abandonnée en 1969 (arrêt HOFER <sup>86</sup>).

Il est aujourd'hui admis que le fait de donner des instructions, même de nature très technique, et hors de portée de la compréhension d'un maître étranger au domaine de la construction, constitue une obligation, ou du moins une incombance qui, en vertu du contrat d'entreprise, repose sur le maître <sup>87</sup>. Ce dernier a toujours la faculté de recourir aux services d'un auxiliaire spécialisé. Ainsi que cela a déjà été mentionné <sup>88</sup>, un auxiliaire n'effectue pas systématiquement des tâches subalternes: il est bien souvent plus spécialisé dans un domaine que la personne qui a fait appel à ses services.

#### *b. Les conséquences*

Le maître n'est pas responsable des conséquences des actes du directeur des travaux, si celui-ci les a commis alors qu'il n'agissait pas en qualité d'auxiliaire. La faute du directeur des travaux a toutefois une incidence sur la responsabilité de l'entrepreneur dans les deux cas suivants:

- a. La faute du directeur des travaux est si grave qu'elle rompt le lien de causalité entre la violation contractuelle commise par l'entrepreneur et le dommage du maître.

En telle occurrence, une des conditions de la responsabilité de l'entrepreneur fait défaut: celui-ci ne saurait donc être tenu responsable du dommage subi par le maître.

---

<sup>86</sup> ATF 95 II 43ss = JT 1970 I 66ss = SJ 1969, p.558s. (rés.).

<sup>87</sup> Dans ce sens GAUCH, commentaire à l'ATF 115 II 42ss = JT 1989 I 531ss, in BR/DC 1990/2, p.41, n°40, point 2.

Cf. supra, p.228.

<sup>88</sup> Cf. supra, p.137 et 224.

- b. La faute du directeur des travaux fait apparaître celle de l'entrepreneur recherché comme moins grave, ce qui entraîne une limitation de la responsabilité de ce dernier.

Par souci de protection des intérêts du lésé, le Tribunal fédéral est d'avis qu'il ne faut admettre qu'avec la plus grande retenue une limitation de la responsabilité d'un débiteur solidaire tirée du motif que la faute concurrente d'un tiers responsable fait apparaître celle du débiteur recherché comme moins grave. Le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs retenu un tel motif que dans de très rares cas, et seulement dans des circonstances tout à fait particulières <sup>89</sup>.

#### B. LE LITIGE OPPOSE MAÎTRE ET DIRECTEUR DES TRAVAUX SEULEMENT

Pour diverses raisons, il peut arriver que le litige oppose maître et directeur des travaux seulement, à l'exclusion de l'entrepreneur. Exemples: l'entrepreneur peut être notoirement insolvable, contrairement au directeur des travaux; le for pour rechercher le directeur des travaux est préférable à celui de l'action dirigée contre l'entrepreneur; le directeur des travaux actionne le maître en paiement du solde de ses honoraires, que ce dernier retient en invoquant une exécution défectueuse du contrat.

En telle occurrence, le directeur des travaux peut théoriquement invoquer que le préjudice subi par le maître est dû à une cause concurrente imputable à l'entrepreneur pour tenter d'exclure ou de diminuer sa propre responsabilité. Dans le domaine de la construction, la cause concurrente imputable à l'entrepreneur ne peut être qu'une faute. Si cette faute est grave, et que celle du directeur des travaux est par hypothèse légère, elle peut valoir facteur interruptif de la causalité et donc exonérer le directeur des travaux recherché. Si cette faute est légère ou moyenne, elle pourra éventuellement conduire à une réduction des dommages-intérêts dus par le directeur des travaux recherché. Mais on sait que le Tribunal fédéral n'admet que dans des

---

<sup>89</sup> ATF 93 II 323 = JT 1969 I 148s. et les réf. citées. Cf. également ATF 112 II 138ss, spécialement p.143s., c.4.

circonstances exceptionnelles que la faute d'un tiers puisse diminuer la responsabilité du défendeur recherché <sup>90</sup>.

En outre, le directeur des travaux ne peut pratiquement jamais invoquer le fait que le maître répond des actes de son entrepreneur, car celui-ci n'agit pratiquement jamais en qualité d'auxiliaire du maître <sup>91</sup>.

### C. LE LITIGE OPPOSE MAITRE, DIRECTEUR DES TRAVAUX ET ENTREPRENEUR

Lorsqu'en une seule procédure s'affrontent maître, directeur des travaux et entrepreneur, le même jugement tranche les problèmes de responsabilité, de montant du dommage et de fixation des dommages-intérêts, sans qu'il soit nécessaire de régler la question de savoir si le directeur des travaux a agi ou non en qualité d'auxiliaire du maître.

## III. LES RAPPORTS INTERNES

### A. INTRODUCTION

Lorsque le maître lésé est opposé dans une même procédure à tous les responsables solidaires, les problèmes de partage des responsabilités et de répartition du poids de la réparation entre ces derniers sont réglés dans le même jugement. Par contre, si le litige n'a opposé qu'un seul des responsables solidaires au maître lésé, reste encore à régler la question de savoir dans quelle mesure le débiteur solidaire partie au procès, qui a indemnisé le maître en tout ou partie, peut obtenir de l'autre responsable le remboursement de ce qu'il a

---

<sup>90</sup> ATF 112 II 138ss, spécialement p.143s., c.4.

<sup>91</sup> ATF 99 II 134 = JT 1974 I 134; ATF 46 II 258 et les réf. = SJ 1920, p.567; contra Tribunal cantonal, Vaud, 09.01.1973, RSJ 1973, p.379, n°168, où la Cour civile a jugé, curieusement, et à tort, que "le maître de l'oeuvre répond des fautes commises par l'architecte, l'ingénieur et l'entrepreneur considérés chacun à l'endroit des autres comme des auxiliaires du maître (101 CO)". Cf. également DESCHENAUX / TERCIER, p.102, § 9, ch.2, n°34.

payé au-delà de sa part. C'est le problème des rapports internes entre coresponsables. Cas de figure:

- Le directeur des travaux qui, seul débiteur solidaire opposé au maître lésé dans un procès, a réparé le dommage subi par ce dernier dans une mesure excédant sa part de responsabilité, peut intenter contre l'entrepreneur une action récursoire tendant à obtenir le remboursement du trop versé.
- L'entrepreneur qui, seul débiteur solidaire opposé au maître lésé dans un procès, a versé à ce dernier des dommages-intérêts dans une mesure excédant sa part (par exemple, parce qu'il n'a pas invoqué la faute du directeur des travaux pour exclure sa responsabilité ou diminuer le montant des dommages-intérêts dûs, ou n'a pas pu l'invoquer valablement parce que le directeur des travaux n'a pas agi comme auxiliaire du maître), peut intenter contre le directeur des travaux une action récursoire tendant à obtenir le remboursement du montant versé au lésé excédant sa part.

#### **B. LES CONDITIONS DU RECOURS**

Les conditions du recours même doivent être distinguées des conditions de la responsabilité de chaque débiteur solidaire. La responsabilité du demandeur de l'action récursoire a été établie ou admise antérieurement, tandis que celle du défendeur est examinée dans le cadre de l'action récursoire. Les conditions de cette action sont les suivantes:

1. Le demandeur de l'action récursoire est responsable du préjudice qu'il a réparé <sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> BUGNON, p.15.

2. Le défendeur de l'action récursoire encourt une responsabilité à l'égard du lésé <sup>93</sup>. Les conditions de sa responsabilité contractuelle ou aquilienne doivent être remplies.
3. Le demandeur de l'action récursoire a versé au lésé un montant pour l'indemniser, en tout ou partie <sup>94</sup>. Le montant en question comprend l'indemnité versée au lésé, le coût des réparations, les frais de procès, les intérêts, etc <sup>95</sup>.
4. Le montant versé au lésé par le demandeur de l'action récursoire est supérieur à la part qu'il doit prendre à sa charge.
5. Le demandeur jouit d'un droit de recours en vertu des règles sur les rapports internes entre coresponsables <sup>96</sup>.

Cette procédure est indépendante de celle opposant le lésé à l'un des responsables solidaires. La décision rendue dans le cadre du premier procès ne revêt pas l'autorité de la chose jugée dans la seconde procédure opposant les divers responsables <sup>97</sup>, que ce soit en solidarité parfaite ou imparfaite. Pour qu'il y ait chose jugée, il faut en effet identité des parties, des faits et des prétentions <sup>98</sup>. A l'évidence, il n'y a pas identité des parties dans les deux procédures. Il serait néanmoins choquant que le juge saisi d'une prétention récursoire s'écarte sans motif valable des considérants du jugement mettant fin au litige entre le lésé et l'un des responsables solidaires.

---

<sup>93</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.286, § 36, ch.1, n°14.

<sup>94</sup> BUGNON, p.22; DESCHENAUX / TERCIER, p.286, § 36, ch.1, n°15.

<sup>95</sup> BUGNON, p.95ss; DESCHENAUX / TERCIER, p.291, § 36, ch.5, n°45; ATF 69 II 160s. = JT 1943 I 452.

<sup>96</sup> BUGNON, p.52ss; DESCHENAUX / TERCIER, p.286, § 36, ch.1, n°16.

<sup>97</sup> BUGNON, p.123ss; ENGEL, p.378; DESCHENAUX / TERCIER, p.291, § 36, ch.5, n°52; ATF 93 II 333s. c.3 = JT 1969 I 132s.

<sup>98</sup> ATF 105 II 151s. c.1 et les réf. = JT 1980 I 179.

### C. L'ETENDUE DU RECOURS

Aux termes de l'art.50 al.2 CO, l'étendue du recours est déterminé par le juge. Celui-ci doit désigner qui supporte le poids de la réparation, en tenant compte des facteurs de la responsabilité de chaque responsable. La gravité de la faute commise, ainsi que l'équité, auront une importance particulièrement grande. Le juge tiendra toutefois compte d'autres facteurs encore, comme le risque professionnel encouru.

### D. LE FOR DE L'ACTION RECURSOIRE

Selon les règles ordinaires, l'action récursoire doit être intentée au domicile du défendeur, sauf si les parties sont convenues d'une prorogation de for ou d'une clause arbitrale valable.

### E. LA PRESCRIPTION DE L'ACTION RECURSOIRE

La question de la prescription de l'action récursoire, qui n'est pas réglée par une disposition générale, est controversée. Le Tribunal fédéral <sup>99</sup> a longtemps retenu que la créance récursoire se prescrivait comme la créance principale, avant de mettre en doute sa jurisprudence, avec raison, car celle-ci ne tient pas compte du fait que le recourant agit en vertu d'un droit distinct de celui du créancier principal. Le Tribunal fédéral <sup>100</sup> considère aujourd'hui que la prescription de l'action récursoire obéit aux deux délais suivants <sup>101</sup> :

1. Délai relatif: Un an dès le jour où le créancier connaît son droit à la créance récursoire (art.60 al.1 CO).
2. Délai absolu: L'action récursoire se prescrit par dix ans dès le jour où s'est produit le fait dommageable (art.127 CO).

---

<sup>99</sup> ATF 89 II 123 c.5 b).

<sup>100</sup> ATF 115 II 42ss = JT 1989 I 531ss. confirmé par l'ATF 116 II 645ss.

<sup>101</sup> Cf. au surplus la thèse différente soutenue par BUGNON, p.135ss et les réf. et DESCHENAUX / TERCIER, p.292, § 36, ch.5, n°54ss.

## F. LES MOYENS QUE LE DEFENDEUR PEUT OPPOSER AU DEMANDEUR

Le défendeur de l'action récursoire peut opposer au demandeur toutes les exceptions qu'il aurait eues contre le lésé <sup>102</sup>, par exemple la prescription de la prétention du lésé.

---

<sup>102</sup> DESCHENAUX / TERCIER, p.291, § 36, ch.5, n°47.

1300

## **QUATRIEME PARTIE**

### **L'ASSURANCE DE RESPONSABILITE CIVILE PROFESSIONNELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION**

1300

## QUATRIEME PARTIE

### L'ASSURANCE DE RESPONSABILITE CIVILE PROFESSIONNELLE DU DIRECTEUR DES TRAVAUX

#### A. GENERALITES

Le directeur des travaux responsable d'un dommage causé à un tiers (maître, entrepreneur, passant, etc.) dans l'accomplissement de ses tâches professionnelles doit réparation au lésé. En règle générale, il lui versera une somme d'argent. Les montants en jeu peuvent être importants. Aussi le directeur des travaux peut-il conclure auprès d'une compagnie un contrat d'assurance couvrant sa responsabilité civile professionnelle. La conclusion d'un tel contrat est facultative <sup>1</sup>.

Le risque assuré par une assurance RC est "le risque d'une perte patrimoniale que pourrait subir l'assuré en suite d'une prétention en dommages-intérêts formulée contre celui-ci à la suite d'une activité prévue dans la police" <sup>2</sup>. Au surplus, "le risque réside dans le fait que l'assuré doive payer des dommages-intérêts ou effectuer des dépenses pour se défendre contre des prétentions excessives ou infondées" <sup>3</sup>. L'assurance RC est donc une assurance de patrimoine.

Les droits respectifs des lésé, responsable assuré et assureur sont les suivants:

- Le lésé a une prétention en dommages-intérêts envers le responsable assuré; il n'a aucune action directe contre l'assureur,

---

<sup>1</sup> A noter que les Règlements SIA 102 et 103 (1984) sont muets sur ce sujet: ils n'imposent pas, ni même ne conseillent, la conclusion d'un tel contrat d'assurance. Par contre, la Norme SIA 118 (1977 / 1991) prévoit que "l'entrepreneur doit s'assurer contre les risques de sa responsabilité civile à l'égard des tiers" (an.26 al.1).

<sup>2</sup> Définition de BREHM, contrat d'assurance, n°179.

<sup>3</sup> Définition de BREHM, contrat d'assurance, n°183.

mais seulement un droit de gage, jusqu'à concurrence du montant des dommages-intérêts qui lui sont dûs, sur l'indemnité due à la personne assurée (art.60 al.1 LCA).

- Le responsable assuré a contre l'assureur une prétention de couverture: sa créance consiste - à concurrence de la somme d'assurance - soit au remboursement des dommages-intérêts versés au lésé, soit à la libération de réparer le dommage de ce dernier. En pratique, le second terme de l'alternative prévaut: l'assureur répare lui-même le dommage de la personne lésée, en s'acquittant directement en mains de celle-ci (art.60 al.1 in fine LCA).
- L'assureur a le droit de s'acquitter directement en mains du lésé (art.60 al.1 in fine LCA). Ce faisant, il éteint la dette de l'assuré, en agissant au nom et pour le compte de celui-ci.

Il faut distinguer l'assurance couvrant la responsabilité civile professionnelle du directeur des travaux, qui a pour objet le patrimoine de la personne assurée, et l'assurance de chose dans la construction, qui a pour objet un ouvrage. Cette dernière peut être conclue par le maître: elle couvre alors, en règle générale, tous les corps de métier travaillant sur le chantier, directeur des travaux inclu. Elle fonctionne selon les principes d'une assurance casco. Il n'en sera pas question plus avant.

#### **B. LES REGLES REGISSANT LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE L'ASSUREUR ET LE DIRECTEUR DES TRAVAUX**

Les règles régissant les rapports juridiques entre l'assureur et le directeur des travaux sont les suivantes:

1. Le contrat d'assurance et ses éventuels avenants, y compris les conditions générales et complémentaires qui ont été valablement incluses dans la convention.

2. La loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (LCA), dont les dispositions complètent les bases mentionnées ci-dessus (ch.1) lorsqu'un point n'y est pas réglé.

Les dispositions de la police et de ses avenants, ainsi que des conditions générales et complémentaires contraires aux dispositions impératives de la LCA sont nulles.

L'assurance RC est une assurance de patrimoine. Elle est soumise dans une large mesure aux règles qui régissent l'assurance de dommages (art.48ss LCA).

3. Les déclarations écrites du preneur d'assurance contenues dans la proposition et d'autres documents.
4. En cas de lacune dans tous les documents mentionnés ci-dessus (ch.1, 2 et 3), on applique les dispositions du droit des obligations (art.100 al.1 LCA).

#### C. LES PERSONNES ASSUREES

S'agissant du cercle des personnes dont la responsabilité civile est assurée, la liste est généralement celle qui figure dans les conditions générales du contrat d'assurance RC. Il s'agit du preneur (1. <sup>4</sup>), de son représentant (2. <sup>5</sup>), de ses travailleurs et auxiliaires (3. <sup>6</sup>), ainsi que du propriétaire du terrain (4. <sup>7</sup>):

##### 1. *Le preneur d'assurance (dit "le preneur" ou "l'assuré")*

Le preneur est en règle générale une personne physique travaillant à titre indépendant, soit un architecte ou un ingénieur ayant son propre bureau. Le preneur peut également être une personne

<sup>4</sup> Cf. infra.

<sup>5</sup> Cf. infra, p.255s.

<sup>6</sup> Cf. infra, p.256s.

<sup>7</sup> Cf. infra, p.257s.

morale, par exemple un bureau d'architectes ou d'ingénieurs constitué en société anonyme.

L'assurance de responsabilité civile couvre le preneur en sa qualité d'architecte ou d'ingénieur chargé de la direction d'un chantier. En règle générale, la responsabilité civile encourue en qualité de propriétaire, locataire ou fermier de terrains, bâtiments, locaux et installations servant partiellement ou entièrement à l'entreprise assurée est également couverte. Par contre, la responsabilité civile encourue en qualité de propriétaire d'étage ne l'est pas. Est également couverte, en règle générale, la responsabilité civile du preneur en qualité d'entrepreneur général, pour autant qu'il conclue en son propre nom et pour son propre compte les contrats passés avec les divers corps de métier. Sont toutefois exclues les prétentions pour dommages aux ouvrages, s'ils sont dus à une direction des travaux déficiente. La notion d'"entrepreneur général" connaît différentes acceptions: selon la définition courante dans le domaine de la construction <sup>8</sup>, agit en qualité d'entrepreneur général la personne qui se charge d'exécuter, ou de faire exécuter, tous les travaux nécessaires à la construction d'un ouvrage, sur la base des plans qui lui sont fournis. Les conditions générales des assurances RC professionnelle définissent parfois quelque peu différemment l'entrepreneur général <sup>9</sup>: agit en cette qualité la personne qui conclut un contrat avec le maître en vue d'ériger une construction à un prix forfaitaire ou global fixé à l'avance, l'entrepreneur général concluant en son nom et pour son propre compte les contrats avec les différents corps de métier, dont l'architecte chargé de dessiner les plans. Cette définition de l'entrepreneur général se rapproche plutôt de celle de l'entrepreneur total <sup>10</sup>. Quoiqu'il en soit, l'adage "qui peut le plus peut le moins" permet de conclure que si l'assureur couvre la responsabilité civile du

---

<sup>8</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°183ss.

<sup>9</sup> SCHWANDER, Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1579ss (éd.1989) et n°1850s. (éd.1995).

<sup>10</sup> GAUCH, Werkvertrag, n°194ss.

preneur en qualité d'entrepreneur total, il couvre également sa responsabilité civile en qualité d'entrepreneur général <sup>11</sup>.

Sans autre convention, la responsabilité civile du preneur en qualité de maître de l'ouvrage est aussi couverte. La couverture d'assurance est toutefois restreinte: sont notamment exclues les prétentions pour dommages aux ouvrages que le preneur édifie pour son propre compte.

La responsabilité civile du fait de la participation à un consortium n'est pas couverte par l'assurance RC professionnelle <sup>12</sup>. Les membres du consortium doivent conclure un contrat d'assurance RC spécifique.

## 2. *Les représentants du preneur*

Sont également couverts par l'assurance RC professionnelle du preneur les représentants de celui-ci, ainsi que les personnes chargées de la direction ou de la surveillance de l'entreprise assurée (dits "les assurés"), dans l'exercice de leur activité. L'assurance RC professionnelle du directeur des travaux est ainsi conclue à la fois pour le compte du preneur, dans la mesure où elle couvre son propre patrimoine, et pour le compte d'autrui, puisqu'elle couvre également le patrimoine des autres assurés.

Par représentant du preneur, il faut entendre toute personne ayant le pouvoir d'engager valablement le représenté - c'est-à-dire le preneur - face à des tiers <sup>13</sup>. Exemples: les organes <sup>14</sup> de la personne morale qui a conclu l'assurance RC professionnelle; le mandataire (directeur,

---

<sup>11</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1581 (éd.1989).

<sup>12</sup> Voir à ce sujet SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1853s.

<sup>13</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1842.

<sup>14</sup> A noter que la personne ayant fonction d'organe qui commet une faute engage tout à la fois la responsabilité de la personne morale et sa responsabilité personnelle (art.55 al.3 CC).

fondé de pouvoir) au bénéfice d'une procuration lui permettant d'engager valablement l'entreprise assurée.

La responsabilité des personnes chargées de la direction ou de la surveillance de l'entreprise assurée est également couverte par l'assureur, pour autant que celles-ci occupent une fonction dirigeante <sup>15</sup>. Exemple: l'architecte chargé par le preneur de diriger le chantier.

### 3. *Les travailleurs et auxiliaires du preneur d'assurance (dits "les assurés")*

Est couverte par l'assurance la responsabilité personnelle des travailleurs et auxiliaires du preneur dans l'exercice de leur activité pour l'entreprise assurée. Tombent dans cette catégorie les personnes qui n'occupent pas une fonction dirigeante. Exemples: les architectes, ingénieurs et dessinateurs employés dans le bureau du preneur, les apprentis, ou le personnel administratif. Peu importe la nature juridique du rapport liant preneur et travailleur ou auxiliaire, ou la durée de ce rapport.

Par contre, les conditions générales d'assurance RC professionnelle excluent généralement la responsabilité civile d'une personne indépendante à laquelle le preneur a recours. Quelques précisions toutefois:

- a. Cette absence de couverture concerne en premier lieu les entrepreneurs, sous-traitants, etc. auxquels le directeur des travaux fait appel. La mention expresse d'une telle exclusion, qui figure généralement dans les contrats d'assurance RC professionnelle, n'a qu'une valeur de rappel. Le directeur des travaux ne saurait en effet être civilement responsable d'un dommage causé par la faute d'une personne liée contractuellement au maître, avec laquelle il n'a lui-même aucune relation juridique <sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1843.

<sup>16</sup> A noter que le directeur des travaux qui commet une faute dans le choix d'un entrepreneur, ou qui lui donne de mauvaises instructions en cours de

- b. Lorsque le preneur fait appel à un autre architecte indépendant, qu'il charge de tout ou partie des tâches qui lui incombent en vertu du contrat de mandat qui le lie au maître, deux situations doivent être distinguées <sup>17</sup> :

Si le preneur a fait appel à l'architecte indépendant dans son propre intérêt (par exemple, parce qu'il a accepté une direction de chantier pour ne pas laisser échapper le mandat, alors qu'une surcharge de travail l'oblige à confier, même momentanément, la direction du chantier à un tiers indépendant), ce dernier est juridiquement un auxiliaire du preneur, et il faut alors admettre que sa responsabilité civile est couverte par l'assurance RC professionnelle du preneur.

Par contre, si ce dernier a fait appel à l'architecte indépendant dans l'intérêt du maître et avec son consentement (par exemple, parce que le chantier à diriger présente des difficultés particulières que l'architecte indépendant choisi est mieux à même de maîtriser que le preneur), l'architecte indépendant est juridiquement un mandataire substitué (art.398 al.3 CO). Le preneur ne répond alors que du soin avec lequel il a choisi le substitut et donné ses instructions (art.399 al.2 CO). Il n'est par contre pas civilement responsable des dommages causés par la faute du substitut, et partant son assureur ne les couvre pas.

#### 4. *Le propriétaire du terrain (dit "l'assuré")*

Le propriétaire du terrain fait partie du cercle des personnes assurées lorsque le preneur, au bénéfice d'un droit de superficie, n'est

---

chantier, engage sa responsabilité civile, qui est couverte par son assurance RC professionnelle (cf. SCHWANDER Werner, *Haftpflichtversicherung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, p.543, note 13).

<sup>17</sup> S'agissant des critères permettant de distinguer un auxiliaire d'un mandataire substitué, cf. supra, p.146ss.

propriétaire que du bâtiment, et non du terrain sur lequel ce dernier est érigé.

#### D. LES RISQUES COUVERTS PAR LE CONTRAT D'ASSURANCE DE RESPONSABILITE CIVILE

L'assurance RC professionnelle du directeur des travaux couvre plusieurs risques: les prétentions résultant d'un dommage corporel du lésé (1.), les prétentions résultant d'un dommage matériel du lésé (2. <sup>18</sup>), les prétentions résultant d'atteintes à l'environnement (3. <sup>19</sup>) et la défense contre les prétentions injustifiées du lésé (4. <sup>20</sup>):

##### 1. *Les prétentions résultant d'un dommage corporel du lésé*

Par lésions corporelles, il faut entendre la mort ou l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, ainsi que toute atteinte à sa santé. Les conséquences financières d'une lésion corporelle couvertes par l'assurance peuvent être diverses: frais de traitement médical, perte de gain, atteinte à l'avenir économique, perte de soutien, tort moral. Quelques exemples <sup>21</sup> d'atteinte à l'intégrité corporelle tirés de la jurisprudence: une personne se blesse sur le chantier en tombant dans un escalier qui n'était pas entouré d'une barrière de protection <sup>22</sup>; une personne s'électrocute sur le chantier <sup>23</sup>; les matériaux provenant de l'excavation du sol pour les fondations d'un immeuble sont entreposés dans un vallon, augmentant les dimensions de l'étang qui s'y trouve de manière importante - notamment sa profondeur, qui passe de 30 centimètres à 4 mètres -

---

<sup>18</sup> Cf. infra, p.259s.

<sup>19</sup> Cf. infra, p.260.

<sup>20</sup> Cf. infra, p.260s.

<sup>21</sup> Pour d'autres exemples, voir SCHWANDER Werner, *Haftpflichtversicherung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1867ss.

<sup>22</sup> ATF 95 II 93ss = JT 1970 I 330ss.

<sup>23</sup> ATF 104 IV 96ss = JT 1979 IV 138ss.

par le fait qu'ils retiennent les eaux d'un ruisseau, et, faute de mesure de sécurité destinée à protéger les tiers du danger, deux enfants se noient après qu'une fragile pellicule de glace s'est brisée <sup>24</sup>.

## 2. *Les prétentions résultant d'un dommage matériel du lésé*

Il y a dégât matériel en cas de destruction, détérioration ou perte d'une chose. L'assurance couvre le remplacement ou la réparation de la chose, sa diminution de valeur, etc.

Les dommages aux ouvrages sont dans l'assurance RC professionnelle assimilés à des dégâts matériels, et partant bénéficient de la couverture d'assurance. Constituent des dommages aux ouvrages couverts par l'assurance:

- les dommages et défauts frappant des ouvrages de tiers construits selon les plans des personnes assurées ou sous leur direction,
- les dommages et défauts aux ouvrages existants, sur lesquels une activité est exercée selon les plans des assurés ou sous leur direction (il peut s'agir de transformation, rénovation, étayage ou autre),
- Les dommages et défauts aux éléments de construction fabriqués spécialement - selon les plans des personnes assurées ou sous leur direction - pour un ouvrage déterminé afin d'y être ensuite incorporés.

La notion d'ouvrage doit être comprise dans un sens large <sup>25</sup> : bâtiment construit, transformé ou rénové selon les plans du preneur ou sous sa direction, canalisations, installations de jardin ou de bain, piscine, escaliers extérieurs, etc. Par contre, les plans d'un architecte

---

<sup>24</sup> ATF 93 II 89ss = JT 1968 I 322ss.

<sup>25</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1888.

ne sont pas considérés comme ouvrage <sup>26</sup>, même s'ils en constituent un au sens de l'art.363 CO selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et une partie de la doctrine <sup>27</sup>. En conséquence, les frais de remise en état de plans entachés de défauts de conception ne sont pas pris en charge par l'assurance <sup>28</sup>.

Exemples jurisprudentiels de défauts affectant la construction <sup>29</sup> : des dalles présentent une capacité portante trop faible pour l'usage qui doit être fait du bâtiment <sup>30</sup> ; une piscine est trop courte de quelques centimètres <sup>31</sup>.

### 3. *Les prétentions résultant d'atteintes à l'environnement*

Les prétentions en réparation du dommage résultant d'une atteinte à l'environnement <sup>32</sup> sont généralement couvertes, pour autant que celle-ci soit la conséquence d'un événement soudain et imprévu - et non de plusieurs événements similaires, comme l'écoulement répété de substances liquides - et nécessite en outre des mesures immédiates (avis aux autorités compétentes, alarme à la population, etc.).

### 4. *La défense contre des prétentions injustifiées du lésé*

L'assureur RC supporte les frais de défense de son assuré contre les prétentions injustifiées. Les droits qu'un tiers fait valoir à

---

<sup>26</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1888.

<sup>27</sup> Cf. supra, p.64.

<sup>28</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1888.

<sup>29</sup> Pour d'autres exemples, voir SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1894ss.

<sup>30</sup> ATF 105 II 99ss = JT 1980 I 590ss.

<sup>31</sup> ATF 93 II 317ss = JT 1969 I 143ss.

<sup>32</sup> Par quoi il faut entendre l'atteinte durable de l'état naturel de l'air, des eaux de surface et souterraines, du sol, de la flore ou de la faune.

l'encontre du directeur des travaux peuvent en effet être à juste titre contestés: ce dernier peut, par exemple, nier toute responsabilité, ou contester le montant du dommage allégué, ou encore invoquer une réduction des dommages-intérêts réclamés en raison d'une faute légère à sa charge (art.43 al.1 CO) ou d'une faute concomitante du lésé (art.44 al.1 CO). Ces questions de droit nécessitent souvent le recours à un avocat, et parfois même aux tribunaux. Les frais engendrés (honoraires de l'avocat, frais d'expertise, frais de justice, d'arbitrage ou de conciliation, dépens alloués à la partie adverse, etc.) constituent un dommage au sens de l'assurance RC. Ce risque se réalise avant même qu'une indemnité soit due au lésé, et même si la responsabilité du directeur des travaux est finalement écartée. La responsabilité civile de l'assuré n'est donc pas un élément constitutif obligatoire de ce risque au sens de l'assurance RC.

#### E. LES RISQUES NON COUVERTS PAR LE CONTRAT D'ASSURANCE

De façon toute générale, ne sont pas couverts par le contrat d'assurance RC les risques qui ne sont pas mentionnés dans la liste des risques assurés, et ceux qui sont expressément exclus de la garantie.

Les clauses d'exclusion doivent être formulées de manière précise et non équivoque. Dans le cas contraire, la clause d'exclusion ne déploie aucun effet et l'assureur doit prendre le risque à sa charge (art.33 LCA). Les tribunaux interprètent ce genre de clause de manière très stricte, aussi leur formulation est-elle devenue détaillée et même compliquée.

Dans le domaine qui nous occupe, l'assureur rejette généralement les prétentions suivantes: les prétentions résultant de dommages non couverts par l'assurance (1.), les prétentions de certains lésés (2. <sup>33</sup>), et les prétentions fondées sur les exclusions générales (3. <sup>34</sup>).

---

<sup>33</sup> Cf. infra, p.266s.

<sup>34</sup> Cf. infra, p.267ss.

## 1. *Les prétentions résultant de dommages non couverts par l'assurance*

Les plus importantes exclusions prévues par les contrats d'assurance RC professionnelle sont généralement les suivantes:

### a. *Les dommages purement économiques*

Le dommage purement économique, dit aussi dommage de fortune, n'est en règle générale pas pris en charge par l'assurance RC professionnelle du directeur des travaux. Constitue un dommage purement économique le dommage qui n'est ni corporel, ni matériel, ou encore qui n'affecte pas la construction ou n'est pas un dommage consécutif à ces dommages. A contrario, les atteintes au patrimoine du lésé, consécutives à un dommage corporel ou matériel ou à un défaut affectant la construction et dont l'architecte ou l'ingénieur répond, sont couvertes par l'assurance <sup>35</sup>.

Un exemple inspiré par la jurisprudence <sup>36</sup> : le directeur des travaux omet de recommander au maître la conclusion d'une assurance de chantier, alors que la construction comporte des risques particuliers, violant ainsi son obligation générale de le conseiller <sup>37</sup>. Un voisin voit sa propriété endommagée par un éboulement et, invoquant ses droits de voisinage (art.679 CC), demande réparation au maître, propriétaire de la parcelle voisine. Celui-ci, non couvert par une assurance, dédommage le lésé et se retourne contre son directeur des travaux responsable d'une violation de son devoir de conseil. En telle occurrence, le directeur des travaux ne peut bénéficier d'une couverture d'assurance, car le dommage subi par le maître est un dommage purement patrimonial.

---

<sup>35</sup> BREHM, contrat d'assurance, n°223ss; SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1929.

<sup>36</sup> ATF 111 II 72ss = JT 1985 I 589ss.

<sup>37</sup> A noter que les Règlements SIA 102 et 103 (1984) sont muets sur le devoir d'informer le maître sur la possibilité - et nous dirions même la nécessité, vu les implications financières - de conclure une assurance de chantier.

Un autre exemple: un défaut affectant la construction a pour unique responsable un entrepreneur. Le directeur des travaux qui représente le maître avise tardivement cet entrepreneur du défaut. Le maître perd ainsi sa prétention en réparation ou en diminution du prix et doit faire réparer l'ouvrage à ses frais. Le dommage subi par le maître du fait de la faute du directeur des travaux est du point de vue de l'assureur purement patrimonial, puisqu'il n'est pas consécutif à un défaut matériel assuré.

*b. Le dommage résultant d'un "dépassement de devis"*

Les conditions générales d'assurance excluent le plus souvent les prétentions pour "dépassement de devis". Une telle formulation prête à confusion. En effet, faut-il entendre par là que seules sont exclues les prétentions formulées à l'encontre d'un architecte ou d'un ingénieur qui a mal calculé le devis, et que, a contrario, bénéficient de la couverture d'assurance les prétentions élevées contre le directeur des travaux qui, en raison d'une exécution défectueuse du contrat de direction de chantier, provoque un dépassement des coûts, de sorte que la construction coûte finalement plus cher que ce qu'elle aurait dû ? L'adage "in dubio contra stipulatorem" justifie une interprétation stricte de la formulation précitée. En conséquence:

- Sont exclues de la couverture d'assurance les prétentions formulées à l'encontre d'un architecte ou d'un ingénieur qui a mal calculé le devis.
- A notre avis, les prétentions pour dépassement des coûts consécutif à un dommage matériel subi par le maître et couvert par l'assurance bénéficient de la couverture d'assurance, puisque le dépassement constitue alors un dommage consécutif à un dommage matériel<sup>38</sup>. Exemple: En raison de mauvaises instructions, le directeur des travaux provoque l'effondrement de dalles de béton, qui endommage la partie d'ouvrage déjà réalisée.

---

<sup>38</sup> En ce sens SCHWANDER Werner, *Haftpflichtversicherung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1917.

Les coûts supplémentaires engendrés par la remise en état constituent un dommage consécutif au dommage matériel et sont en conséquence couverts par l'assurance.

- A notre avis, sont exclues de la couverture d'assurance les prétentions pour dépassement des coûts non consécutif à un dommage matériel, car le dépassement constitue alors un dommage purement patrimonial <sup>39</sup>. Exemple: Le directeur des travaux fait ériger un mur de séparation entre la cuisine et le coin à manger, alors que le maître avait expressément souhaité un espace ouvert. Les frais engendrés par la démolition du mur et la remise en état ne sont pas couverts par l'assurance RC, pour la raison qu'ils ne sont pas consécutifs à un dommage matériel (qui n'existe d'ailleurs pas).
- c. *Le dommage résultant de l'inobservation des délais d'achèvement des travaux*

Les prétentions pour inobservation des délais d'achèvement des travaux sont généralement exclues de la couverture d'assurance.

A l'instar de SCHWANDER <sup>40</sup>, il convient de nuancer la portée d'une telle exclusion:

- Le dommage qui résulte de la non-observation des délais de finition des travaux consécutive à un dommage matériel assuré est couvert par l'assurance RC professionnelle du directeur des travaux à titre de dommage consécutif. Exemple: Par de mauvaises instructions, le directeur des travaux provoque l'effondrement de dalles de béton; la remise en état demande un certain temps et le chantier se termine en retard; le dommage en résultant est pris en charge par l'assurance RC, car il est consécutif à un dommage matériel couvert.

---

<sup>39</sup> En ce sens SCHWANDER Werner, *Haftpflichtversicherung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1918.

<sup>40</sup> SCHWANDER Werner, *Haftpflichtversicherung des Architekten*, in *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, n°1917s.

- A contrario, le dommage qui résulte de la non-observation des délais de finition des travaux qui n'est pas consécutive à un dommage matériel n'est pas couvert par l'assurance. Exemple: Le dommage résultant du retard de chantier provoqué par une mauvaise coordination entre les entrepreneurs ne bénéficie pas de la couverture d'assurance.

*d. Le dommage résultant d'une erreur dans la comptabilité de chantier*

Le directeur des travaux a notamment pour tâche de tenir la comptabilité du chantier. Il doit par exemple vérifier que les factures des entrepreneurs et des fournisseurs correspondent bien à des travaux effectués ou à des fournitures livrées conformément au contrat, établir les bons de paiement des entrepreneurs et fournisseurs, ainsi que le décompte final à l'intention du maître. En règle générale, le dommage résultant pour ce dernier d'une erreur commise par le directeur des travaux dans la tenue de la comptabilité n'est pas pris en charge par l'assurance RC professionnelle.

*e. L'exclusion de certains dommages matériels*

L'assurance RC du directeur des travaux couvre en règle générale les dommages matériels. Toutefois, certains dommages matériels, qui par leur nature même devraient être pris en charge par l'assurance, en sont exclus en raison de leur origine. Exemple: Les atteintes à la construction provoqués par des mouvements de terrain ne sont généralement pas couverts par l'assurance RC, lorsque les mesures de sécurité nécessaires n'ont pas été prises ou lorsqu'une étude géologique aurait dû être ordonnée vu les doutes qui pouvaient raisonnablement être émis sur la qualité du terrain. Encore faut-il que l'étude géologique puisse être raisonnablement exigée selon les règles du métier. Ne l'est pas l'étude systématique, ou une étude entraînant des frais excessifs <sup>41</sup>. Par contre, les dommages aux installations voisines provoqués par des mouvements de terrain sont généralement

<sup>41</sup> Voir à ce sujet SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1913ss.

couverts. Un exemple <sup>42</sup> : un glissement de terrain endommage la construction érigée sous la direction de l'assuré ainsi que des bâtiments voisins; le dommage subi par la construction n'est pas couvert par l'assurance, alors que ceux causés aux bâtiments voisins le sont.

#### *f. Les risques spéciaux exclus de l'assurance*

Est généralement exclue de l'assurance, sauf convention contraire des parties et moyennant surprime, la responsabilité civile pour les dommages résultant de l'existence et de l'exploitation de tous moyens de transport de personnes par câbles, ainsi que pour les dommages imputables aux effets de radiations ionisantes et à l'utilisation de rayons laser.

#### *2. Les prétentions de certains lésés <sup>43</sup>*

Les prétentions élevées à l'encontre de l'assureur par le preneur ou un autre assuré posent un problème particulier, car elles émanent non pas d'un tiers, mais d'une personne assurée. Le sort des prétentions formulées par le preneur ou les membres de sa famille <sup>44</sup>, ou par un assuré ou les membres de sa famille, est réglé dans les conditions générales d'assurance. En résumé:

- Les prétentions formulées par le preneur ou les membres de sa famille sont dans tous les cas exclues.

---

<sup>42</sup> Exemple cité par SCHWANDER Werner, Hafpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1912.

<sup>43</sup> Ce sujet ne concerne pas directement notre travail. Aussi ne sera-t-il abordé que succinctement.

<sup>44</sup> Sont généralement considérés comme "membres de la famille" (du preneur ou d'un autre assuré) le conjoint, les parents en ligne ascendante et descendante, les frère et soeur vivant en ménage commun avec l'assuré, les enfants issus d'un autre lit du conjoint faisant ménage commun avec l'assuré.

- L'assurance RC prend généralement en charge le dommage causé par le preneur en tant qu'employeur et subi par un travailleur <sup>45</sup>, pour autant qu'il résulte d'un accident professionnel provoqué intentionnellement ou par négligence grave (art.44 al.2 LAA).
- En règle générale, l'assureur prend en charge le dommage que se causent les assurés entre eux <sup>46</sup>.
- Le dommage causé par le preneur et subi par les membres de la famille d'un assuré n'est généralement pas couvert par l'assureur <sup>47</sup>.

### 3. *Les prétentions fondées sur les exclusions générales*

Il n'est pas possible d'énumérer de façon exhaustive toutes les exclusions figurant dans le contrat d'assurance RC du directeur des travaux. En voici les principales:

#### a. *L'exclusion de la responsabilité civile de l'auteur ayant perpétré intentionnellement un crime ou un délit*

L'assurance RC professionnelle exclut généralement la responsabilité civile de l'auteur ayant perpétré intentionnellement <sup>48</sup> un crime ou un délit <sup>49</sup>. La formulation est importante. En effet, si un assuré autre que le preneur cause un dommage par suite de crime ou

---

<sup>45</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1961.

<sup>46</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1961.

<sup>47</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1960.

<sup>48</sup> L'exclusion ne trouve pas application lorsque le délit a été commis par négligence. Cf. SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1985.

<sup>49</sup> L'art.14 al.1 LCA prévoit que "l'assureur n'est pas lié si le sinistre a été causé intentionnellement par le preneur d'assurance ou l'ayant droit".

de délit intentionnel, l'éventuelle responsabilité civile du preneur - responsable du dommage en tant qu'employeur (art.55 al.1 CO ; art.101 al.1 CO) sans être l'auteur de l'acte dommageable - est couverte par l'assurance RC professionnelle <sup>50</sup> .

Les dommages commis par faute grave de l'assuré ne sont en règle générale pas exclus de la couverture d'assurance. L'art.14 al.2 LCA permet toutefois une réduction de la prestation de l'assureur en proportion de la gravité de la faute.

*b. L'exclusion des prétentions fondées sur une responsabilité contractuelle excédant les prescriptions légales*

Les assurances excluent les risques incalculables et incontrôlables. Les risques liés aux engagements excédant les prescriptions légales que le preneur peut prendre à l'égard de son cocontractant en font partie. Aussi les conditions générales les excluent-elles expressément.

L'assureur ne couvre donc pas un dommage si les conditions légales de la responsabilité de son auteur ne sont pas réunies, et ce même si le directeur des travaux s'est engagé par contrat à le réparer. Un exemple très théorique: le directeur des travaux s'engage contractuellement à réparer un défaut de construction même sans faute de sa part. Autre exemple: la peine conventionnelle <sup>51</sup> convenue par le maître et le directeur des travaux, prévoyant par exemple le versement d'une certaine somme d'argent par jour de retard dans l'achèvement des travaux dû au directeur des travaux. Une telle clause péjore la situation du débiteur par rapport à la responsabilité légale encourue <sup>52</sup> , et partant n'est pas prise en charge par l'assurance RC professionnelle.

---

<sup>50</sup> BREHM, contrat d'assurance, n°250; SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1986.

<sup>51</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1927.

<sup>52</sup> BREHM, contrat d'assurance, n°253.

Qu'en est-il de la clause contractuelle prévoyant la fixation anticipée du dommage<sup>53</sup> ? Elle n'est pas sans influence sur l'intervention de l'assureur:

- Lorsque le montant prévu par la clause contractuelle est inférieur au montant du dommage effectivement subi, l'assureur prend à sa charge le montant fixé contractuellement. L'assureur tire ainsi bénéfice d'une limitation contractuelle - ou d'une exclusion - de responsabilité valablement convenue entre maître et directeur des travaux.
- Lorsque le montant prévu par la clause contractuelle est supérieur au montant du dommage effectivement subi, l'assureur ne prend à sa charge que le montant du dommage effectivement subi par le lésé - la couverture d'assurance n'étant donnée que dans les cas de responsabilité légale -, tandis que le directeur des travaux doit s'acquitter de la différence entre la somme versée par l'assureur et le montant du dommage fixé contractuellement.

*c. L'exclusion des prétentions dérivant de l'inexécution d'obligations d'assurance légales ou contractuelles*

Les prétentions formulées suite à l'inexécution d'obligations d'assurance légales ou contractuelles sont généralement exclues de la couverture d'assurance<sup>54</sup>.

*d. L'exclusion de la responsabilité civile pour des dommages dont la survenance était prévisible selon un degré élevé de probabilité*

La responsabilité civile pour des dommages dont la survenance était prévisible selon un degré élevé de probabilité, ou dont la

---

<sup>53</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1927 et la note 58.

<sup>54</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1967.

survenance était délibérément acceptée, est généralement exclue par les conditions générales. Exemple: le directeur des travaux fait poser du parquet sur des chapes encore humides afin d'accélérer les travaux et de terminer le chantier dans les délais; l'assureur ne prendra pas à sa charge le dommage résultant du défaut présenté par le parquet (décollement, pourriture, etc.), défaut dont la survenance a été délibérément acceptée par le directeur des travaux.

A noter que cette exclusion ne concerne que la responsabilité civile pour des dommages dont la survenance était prévisible pour le preneur, son représentant ou les personnes qui sont chargées de la direction ou de la surveillance de l'entreprise. A contrario, cette exclusion ne déploie aucun effet dans les cas où un employé ou un auxiliaire du preneur cause un dommage alors que sa survenance devait lui paraître prévisible <sup>55</sup>.

*e. L'exclusion de la responsabilité civile prise en charge par une autre assurance RC*

L'assurance RC professionnelle exclut généralement la responsabilité civile de l'assuré prise en charge par une autre assurance RC, afin d'éviter la sur-assurance ou la double assurance. Il n'est en effet pas concevable que l'assuré puisse obtenir réparation du même dommage auprès de plusieurs assureurs à la fois. Sont par exemple exclues la responsabilité civile du détenteur de véhicule automobile, et la responsabilité civile découlant de l'existence ou de l'utilisation de bateaux, pour lesquelles une assurance spécifique doit obligatoirement être conclue.

---

<sup>55</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1976.

- f. *L'exclusion des prétentions pour les dommages causés à des choses prises ou reçues par un assuré pour être utilisées, travaillées, gardées, transportées ou pour d'autres raisons (par exemple en dépôt), ou qu'il a prises en location ou à ferme*

En raison de cette exclusion, le directeur des travaux qui endommagerait par exemple les appareils de mesure qu'il loue ne pourrait pas demander à son assureur la prise en charge de ce dommage. Autre exemple: le maître transmet au directeur des travaux les plans dessinés par un autre architecte; le directeur des travaux les endommage gravement ou les égare; en telle occurrence, l'assurance RC professionnelle du directeur des travaux ne prend pas en charge le tirage d'un nouveau jeu de plans.

- g. *L'exclusion des prétentions pour des dommages à des choses résultant de l'exécution ou de l'inexécution d'une activité d'un assuré sur ou avec ces choses*

De manière générale, les assureurs RC ne couvrent pas le risque d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat<sup>56</sup>. L'exclusion dont il est ici question n'a qu'une portée relativement limitée en ce qui concerne la responsabilité civile du directeur des travaux, dont le travail porte essentiellement sur des choses immobilières. En effet, les prétentions pour les dommages matériels causés aux ouvrages sont en règle générale assurées. Exemple: le maître met à disposition du directeur des travaux une construction qu'il s'agit de rénover; la destruction d'un mur ordonnée par le directeur des travaux cause un dommage à la structure même de la chose immobilière, car le mur était porteur; en telle occurrence, le dommage est pris en charge par l'assureur.

---

<sup>56</sup> BREHM, contrat d'assurance, n°259.

#### *h. L'exclusion des frais de prévention de dommages*

En règle générale, le preneur a l'obligation de remédier à ses frais à tout danger pouvant entraîner un sinistre <sup>57</sup>. Toutefois, les frais de prévention de dommages assurés relatifs à des atteintes à l'environnement, dont la survenance est imminente, bénéficient généralement de la couverture d'assurance.

En cas d'inobservation de l'obligation précitée, l'assureur est libéré, sous réserve toutefois de l'art.45 LCA, qui permet à l'assuré de prouver que son inaction n'était pas fautive <sup>58</sup>.

#### **F. LES LIMITES APORTEES A LA COUVERTURE D'ASSURANCE**

##### *1. La somme de couverture*

Le contrat d'assurance prévoit toujours une certaine limite de somme au-delà de laquelle la couverture n'est plus donnée. En règle générale, les dommages corporels et matériels sont assurés jusqu'à deux millions de francs. Pour les dommages à la construction, une somme moins élevée est possible.

Jusqu'à concurrence de la limite de couverture, l'assurance prend généralement à sa charge:

- les prétentions justifiées du lésé,
- les frais nécessités pour s'opposer aux prétentions injustifiées,
- les intérêts compensatoires courant sur le montant du dommage,
- les frais destinés à diminuer le dommage,

---

<sup>57</sup> BREHM, contrat d'assurance, n°336. Il est toutefois possible de prévoir par convention spéciale la couverture des frais engagés pour prévenir un danger imminent, dont la survenance est imprévue, moyennant surprime (cf. BREHM, contrat d'assurance, n°337).

<sup>58</sup> Cf. à ce sujet BREHM, contrat d'assurance, n°336.

- les frais destinés à prévenir les sinistres assurés, pour autant qu'ils soient pris en charge par l'assureur,
- les frais d'expertise et d'avocat, les frais judiciaires, d'arbitrage et de conciliation, les débours et les dépens.

En règle générale, et en réservant la clause du maximum <sup>59</sup>, la limite de couverture intervient "par événement" durant toute la durée du contrat, quelque soit le nombre d'événements dommageables. Par événement, il faut entendre non pas le comportement humain ayant causé le dommage, mais bien les effets de ce comportement <sup>60</sup>.

## 2. *La clause du maximum*

Les conditions générales contiennent systématiquement une "clause du maximum", par laquelle l'assureur limite le montant total qu'il pourra être amené à verser à l'occasion de ses diverses interventions. En règle générale, le total des sommes destinées à couvrir les dommages assurés et les mesures de prévention de sinistres causés au cours de cinq années d'assurance entières ne peut excéder le triple de la somme d'assurance convenue par événement.

## 3. *La franchise*

Les parties au contrat d'assurance prévoient le plus souvent que l'assuré prendra à sa charge une franchise, qui se présente généralement ainsi:

- L'assuré supporte une franchise de cent francs par événement en cas de dégâts matériels et de frais de prévention de sinistres.
- Pour les dommages causés à un ouvrage, les parties conviennent d'une franchise spéciale fixée dans la police. En règle générale,

---

<sup>59</sup> Cf. infra, ch. 2.

<sup>60</sup> SCHWANDER Werner, Haftpflichtversicherung des Architekten, in Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, n°1992.

elles fixent un montant (par exemple fr. 10'000.--) et un pourcentage du dommage résiduel (par exemple, 20% du dommage dépassant fr. 10'000.--) que l'assuré doit prendre à sa charge à chaque événement dommageable. Le montant et le pourcentage prévus influencent la prime d'assurance à payer.

#### 4. *La limite temporelle*

En règle générale, l'assurance de responsabilité civile est conclue pour une certaine durée, et non pas pour un projet ou un chantier particulier. Elle couvre le directeur des travaux pour les dommages causés pendant la durée du contrat. L'intervention de l'assureur est subordonnée à la condition que le fait dommageable remonte à une période couverte par le contrat <sup>61</sup>, et que la prescription ne soit pas acquise. La couverture d'assurance est ainsi donnée pour un dommage assuré dont la survenance est postérieure à l'échéance du contrat, mais dont la cause remonte à la période de validité de ce dernier <sup>62</sup>.

#### 5. *La limite territoriale*

En règle générale, l'assurance n'est valable que pour les dommages survenant en Europe, à l'exclusion de certains pays situés à l'est de ce continent.

---

<sup>61</sup> Théorie de l'événement dommageable. Cf. BREHM, contrat d'assurance, n°321ss, spécialement n°327ss. ATF 100 II 403ss.

<sup>62</sup> Sur toute cette question, cf. GLAVAS, PJA 1993, p.488ss.

## CONCLUSION

La responsabilité que peut encourir l'architecte ou le directeur des travaux est à bien des égards effrayante: elle est facilement admise, aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence, les montants en jeu sont souvent très importants, et les risques ne sont parfois ni assurés, ni même assurables pour l'homme de l'art. Aujourd'hui, la jurisprudence, suivant le courant adopté par une partie de la doctrine, renforce encore la tendance à la rigueur: le Tribunal fédéral, dans un arrêt de juillet 1993 <sup>1</sup>, a rendu une décision extrêmement sévère pour l'architecte qui établit un devis inexact.

L'exercice de la profession d'architecte ou de directeur des travaux nécessite donc des exigences de formation et de connaissances élevées, et une expérience sans défaut. Cette réalité contraste avec l'absence quasi totale de réglementation de la profession. Quelques cantons seulement ont légiféré en ce domaine, et encore les dispositions adoptées ne concernent-elles le plus souvent qu'un aspect de l'exercice de la profession d'architecte, soit la procédure de mise à l'enquête. La grande majorité des cantons n'a posé aucune exigence minimale de formation pour l'exercice de ces professions. Il y a là une lacune, qu'il convient à notre avis de combler: l'exercice de la profession d'architecte ou de directeur des travaux doit être réglementée, comme le sont déjà, par exemple, celles de médecin, d'avocat, ou de notaire. Une telle réglementation protégera bien mieux le public de l'incompétence professionnelle que la rigueur avec laquelle l'homme de l'art est jugé: le rôle préventif de la première est préférable à l'effet purement curatif de la seconde. En outre, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de pallier aux lacunes de la législation par une rigueur que nous jugeons excessive.

Une telle réglementation se justifie d'autant plus que la sévérité précitée peut se révéler à double tranchant pour le maître. Certes, des décisions aux effets rigoureux pour l'homme de l'art assurent au maître une bonne protection de ses intérêts. Mais cette protection peut

---

<sup>1</sup> ATF 119 II 249ss = JT 1994 I 303ss.

s'avérer parfois toute relative, puisqu'en certaines circonstances, le maître peut être tenu responsable des actes de son architecte ou de son directeur des travaux, considéré comme son auxiliaire. Finalement, approuver la rigueur avec laquelle un homme de l'art est systématiquement jugé, c'est approuver qu'un profane puisse parfois répondre des actes d'une personne hautement spécialisée. Si la science juridique y trouve son compte, il n'en est pas de même pour l'équité.