

Droit des obligations Obligationenrecht

Responsabilité du mandataire - ATC (Cour civile I) du 7 février 2017, A. X. et consorts c. Y. Sàrl - TCV C1 15 238

Contrat d'architecte global ; principe de l'exécution personnelle du mandat ; distinction entre l'auxiliaire et le substitut

- Principe de l'exécution personnelle du mandat et exceptions ; critères de distinction entre l'auxiliaire et le substitut ; conséquences quant à la responsabilité (art. 398 al. 1 CO ; consid. 5.1).
- En l'espèce, l'architecte était valablement habilité à déléguer les tâches litigieuses à des substituts agissant de manière autonome dans leur domaine de compétence, de sorte qu'il ne répond que du soin avec lequel il les a choisis et instruits ; en l'occurrence, absence de responsabilité de sa part (art. 399 al. 2 CO et 101 CO ; consid. 5.2).

Globaler Architekturvertrag; Grundsatz der persönlichen Ausführung des Mandats; Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut

- Grundsatz der persönlichen Ausführung des Mandats und Ausnahmen; Kriterien zur Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut; Folgen für die Haftung (Art. 398 Abs. 1 OR; E. 5.1).
- Im vorliegenden Fall war der Architekt befugt, die streitigen Aufgaben auf Dritte zu übertragen, welche in ihrem Zuständigkeitsbereich selbständig handelten, so dass er nur für deren sorgfältige Auswahl und Instruktion haftet; hier keine Verantwortlichkeit des Beauftragten (Art. 399 Abs. 2 und 101 OR; E. 5.2).

Faits (résumé)

A. Dans le cadre d'une promotion immobilière sur la parcelle cédée par leur père, les quatre frères et sœurs A. X., B. X. C. X et D. X ont, le 25 avril 2007 conclu avec Y. Sàrl un contrat d'architecte global portant sur la réalisation de trois résidences E., F. et G.

Le 20 mars 2007, agissant pour les maîtres d'œuvre, Y. Sàrl a conclu deux contrats d'entreprise avec H. et I. Sàrl, le premier portant sur les travaux de chauffage et le seconde sur les installations sanitaires des résidences.

B. A la suite d'un incendie survenu le 16 décembre 2008 au soir dans les bureaux de Y. Sàrl, tout le mobilier, les locaux et les ordinateurs ont été endommagés, de sorte que le responsable du bureau d'archi-

tecte a renoncé à son séjour à l'étranger. La fratrie X., en particulier B. X., a été avertie du sinistre et de ses conséquences. Lors de la dernière séance de chantier de l'année 2008, le 18 décembre 2008, il avait été demandé à C. X., qui se rendait tous les jours sur le chantier, de contrôler régulièrement le remplissage de la citerne à mazout, alors que la tâche de vérifier le fonctionnement du chauffage provisoire incombait à H. Les travaux ont été interrompu le vendredi 19 décembre 2008.

En raison de l'arrêt du système d'aérochauffage par pénurie de mazout, vers le 23 décembre 2008, alors que le chantier était fermé, les serpentins de chauffage remplis d'eau ont gelé, causant des fissures dans les chapes sur tous les étages du bâtiment B.

C. Après refus d'entrée en matière de leur assurance pour les travaux de construction, les maîtres de l'ouvrage ont ouvert une action en responsabilité contre Y. Sàrl.

Considérants (extraits)

5. De l'avis des appelants, la juridiction précédente a enfreint les art. 398 al. 3, 399 et 101 CO en retenant que l'appelée avait été autorisée par eux à déléguer à C. X. la surveillance du niveau de mazout dans la citerne, respectivement à P. le contrôle du fonctionnement de l'aérochauffage. Selon eux, C. X., également maître de l'ouvrage, ne saurait être considéré comme un "tiers" au sens de l'art. 398 al. 3 CO – à qui une tâche revenant initialement à l'architecte aurait pu être déléguée –, et ne pouvait être assimilé à un substitut, agissant à la place de l'architecte, mais au mieux à un auxiliaire (art. 101 CO), dont il répondait des agissements ou omissions. Par ailleurs, que la substitution ait été en définitive autorisée (cf. art. 399 al. 2 CO) ou non (cf. art. 399 al. 1 CO), l'appelée n'aurait en tout état de cause pas démontré avoir instruit correctement C. X., et doit de ce fait être tenue pour responsable du dommage survenu à la suite de l'arrêt du système d'aérochauffage aux alentours du 23 décembre 2008.

5.1.1 Aux termes de l'art. 398 al. 3 CO, le mandataire est tenu de l'exécuter personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que

l'usage ne permette une substitution de pouvoirs. En prévoyant l'obligation de principe d'exécuter personnellement, l'art. 398 CO semble déroger à la règle générale prévue à l'art. 68 CO, qui veut que le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a un intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même ; en réalité, l'art. 398 al. 3 CO – qui constitue sous cet angle une "lex specialis" par rapport à l'art. 68 CO (Weber, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 2015, n. 5 ad art. 398 CO) –, n'apporte une limitation qu'au droit du mandataire de faire appel à des substituts (Werro, Le mandat, n. 544, p. 187).

Comme à l'art. 68 CO, l'art. 398 exige que l'exécution soit le fait du débiteur lui-même lorsque ses qualités strictement individuelles sont en jeu ; on peut citer à titre d'exemple la prestation de l'artiste ou l'opération délicate promise par un chirurgien connu. En revanche, là où les aptitudes strictement individuelles ou personnelles du débiteur ne sont pas essentielles, le mandataire a le droit de faire appel à des auxiliaires, comme tout autre débiteur (Werro, Le mandat, n. 551, p. 189), en particulier pour des tâches subalternes, telle la prise de sang par une assistante chez un médecin, la mise en forme d'une écriture par la secrétaire de l'avocat (Fellmann, Commentaire bernois, n. 529 ad art. 398 CO) ou des travaux de recherche juridique confiés à un stagiaire (arrêt 4P.317/2001 du 28 février 2002 consid. 5).

La différence entre les art. 68 et 398 al. 3 CO concerne le recours aux substituts : selon l'art. 68 CO, la substitution est permise, sauf si le créancier a un intérêt particulier à ce qu'elle n'ait pas lieu ; l'art. 398 al. 3 CO prévoit en revanche qu'il ne peut y avoir substitution que dans trois hypothèses (Werro, Le mandat, n. 553, p. 189), à savoir si elle est autorisée en vertu d'un accord exprès ou implicite (Werro, Commentaire romand, Code des obligations I, 2012 [cité ci-après : Werro, Commentaire romand], n. 10 ad art. 398 CO), si le mandataire y est contraint par les circonstances (par exemple en cas d'accident ou de maladie ; cf. Weber, op. cit., n. 5 ad art. 398 CO) ou, enfin, si l'usage permet une substitution de pouvoirs (cf. Schaller, in Honsell [éd.], Obligationenrecht, Kurzkommentar, Bâle 2014, n. 18 ad art. 398 CO) ; ainsi, est-il d'usage au sein d'un cabinet médical ou d'une étude d'avocats qu'un collègue du mandataire intervienne en cas d'urgence. Le substitut doit cependant être suffisamment qualifié et disposer des capacités nécessaires (arrêt 4A_407/2007 du 14 mars 2008 consid. 2.3 ; cf. ég. Weber, op. cit., n. 5 ad art. 398 CO). Puisque le législateur

pose le principe de l'exécution personnelle de la prestation par le mandataire (art. 398 al. 1 CO), celui-ci doit prouver qu'il a été habilité à transférer l'exécution du mandat à un substitut (Fellmann, op. cit., n. 587 ad art. 398 CO ; cf. ég. Cerrutti, *Der Untervertrag*, Thèse Fribourg 1990, n. 411, p. 102).

La distinction entre auxiliaire et substitut est controversée et la doctrine avance divers critères pour les délimiter (Werro, *Commentaire romand*, n. 5 ad art. 398 CO ; Fellmann, op. cit., n. 538 ad art. 398 CO ; Schaller, op. cit., n. 19 ad art. 398 CO ; cf. ég. Schumacher, op. cit., n. 589, p. 191 s.). L'indépendance technique, voire économique et juridique, du tiers plaide en faveur de l'existence d'une substitution (Fellmann, op. cit., n. 539-541 ad art. 398 CO ; cf. ég. ATF 103 II 59 consid. 1a). En effet, le substitut est une personne indépendante du mandataire, qui remplace ce dernier dans l'exécution du service ou d'une partie de celui-ci ; il est engagé par un sous-mandat, indépendant du contrat principal. L'auxiliaire se contente quant à lui d'aider le débiteur dans l'exécution du contrat ; il ne le remplace pas dans cette tâche (Werro, *Commentaire romand*, n. 6 ad art. 398 CO et les réf.). L'intérêt à la substitution constitue un autre critère de délimitation : lorsque le recours à un tiers (par exemple, un spécialiste) a lieu dans l'intérêt du mandant, on penchera en faveur de la substitution, alors que lorsqu'il l'est dans celui du mandataire, on sera plus enclin à qualifier le tiers d'auxiliaire (Schaller, loc. cit. ; cf. ég. Fellmann, op. cit., n. 545 ad art. 398 CO) ; enfin, lorsque le recours à un tiers se produit dans l'intérêt tant du mandataire que du mandant, la qualification de substitut a été retenue (Schaller, loc. cit. et la réf. à l'arrêt 4A_407/2007 précité consid. 3.2).

Dans tous les cas, lors de l'utilisation de ces critères de délimitation, une pesée d'intérêts de l'ensemble des circonstances du cas particulier est nécessaire (Fellmann, op. cit., n. 546 ad art. 398 CO ; cf. ég. arrêt 4A_407/2007 précité consid. 2.3).

5.1.2 Selon l'art. 399 al. 1 CO, le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué. La substitution non autorisée constitue en soi déjà une violation des obligations contractuelles et conduit à la responsabilité du mandataire (Schaller, op. cit., n. 2 ad art. 399 CO ; Weber, op. cit., n. 5 ad art. 399 CO), sauf si ce dernier parvient à prouver que le substitut n'a pas commis de faute (cf. Werro, *Commentaire romand*, n. 2 ad art. 399 CO, qui parle à cet égard

d'un renversement du fardeau de la preuve et d'une responsabilité causale simple ; cf. ég. Fellmann, op. cit., n. 30-31 ad art. 399 CO).

L'art. 399 al. 2 CO prévoit quant à lui que s'il avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions. La responsabilité du mandataire est alors limitée au soin avec lequel il a choisi et instruit le tiers (Fellmann, op. cit., n. 45 ad art. 399 CO). En raison de l'indépendance du substitut, le mandataire n'est en revanche pas tenu de le surveiller ("cura in custodiendo"), contrairement à ce que prévoit la règle générale sur la responsabilité du fait du tiers (Werro, Commentaire romand, n. 4 ad art. 399 CO ; Tercier/Bieri/Carron, op. cit., n. 4426-4427, p. 630).

Une partie de la doctrine (Hofstetter, in TDS VII/2, Freiburg 1994, pp. 73 ss), suivie par le Tribunal fédéral dans des arrêts déjà relativement anciens (cf. notamment ATF 112 II 347), considère que la règle tirée de l'art. 399 al. 2 CO dérogerait sans raison à l'art. 101 CO (responsabilité pour les auxiliaires, également applicable aux auxiliaires en cas de délégation autorisée, cf. ATF 107 II 245) et qu'il faudrait par conséquent en limiter l'application (Werro, Commentaire romand, n. 5 ad art. 399 CO ; Weber, op. cit., n. 3 ad art. 399 CO). D'après cette conception, une distinction s'impose selon qu'il y a substitution (autorisée) dans l'intérêt du mandataire (par exemple afin d'augmenter les performances de son entreprise ou sa rémunération) ou dans celui du mandant : dans le premier cas, il n'y a pas de raison d'exonérer le mandataire de la responsabilité prévue par le droit commun ; dans le second, une atténuation de la responsabilité se justifie ; ainsi en va-t-il lorsque le mandataire s'adresse à un spécialiste pour assurer une exécution appropriée du mandat (ATF 112 II 347 consid. 2b ; arrêt 4C.313/2004 du 21 janvier 2005 consid. 5.3). D'autres auteurs ajoutent que le privilège de responsabilité prévu à l'art. 399 al. 2 CO ne se justifie que lorsque le substitut exécute sous sa propre responsabilité une partie du mandat et qu'il est ainsi soustrait au domaine direct d'influence et de contrôle du mandataire (Fellmann, op. cit., n. 49 ad art. 399 CO et les réf.). Enfin, un dernier courant de doctrine soutient que, sans égard à la question de savoir si la substitution est intervenue dans l'intérêt du mandataire, du mandant, ou des deux, tout ne doit pas se passer comme si le mandataire agissait lui-même ; du moment que la substitution n'est pas indue, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le substitut et donné ses

instructions (Werro, *Le mandat*, n. 557 in fine, p. 191 et n. 914 ss, p. 307 ss).

5.2.1 En l'espèce, il a été circonscrit en fait que l'architecte avait été valablement habilité par les maîtres, représentés par B. X., à déléguer à C. X. le contrôle du mazout et à H. celui du fonctionnement du chauffage durant la période des fêtes de fin d'année – soit des tâches faisant normalement partie intégrante de la surveillance des travaux, mais qui ne présentent pas un caractère personnel marqué –, alors que le chantier était fermé.

Le cas de figure d'une substitution induite (art. 399 al. 1 CO) étant écarté, se pose à ce stade du raisonnement la question de savoir si C. X., de même que H., doivent être considérés comme des auxiliaires, dont l'architecte répondrait des actes ou omissions en vertu de l'art. 101 CO, ou en revanche comme des substituts autorisés, auquel cas ledit architecte n'assumerait que la responsabilité de leur choix et de leur instruction (art. 399 al. 2 CO).

Il est vrai que si l'on se concentre sur le critère de l'intérêt – mis en avant par les appelants et demandeurs –, la délégation de la surveillance du mazout et du fonctionnement du chauffage est intervenue essentiellement dans celui de l'architecte, puisque ce dernier avait initialement prévu de partir en vacances durant la fermeture du chantier. Au regard de ce seul critère, C. X. et H. devraient ainsi être considérés comme des auxiliaires, et non comme des substituts.

D'un autre côté, cette délégation n'avait pas pour but de permettre au mandataire de se consacrer à d'autres chantiers à titre professionnel et d'ainsi maximiser ses profits, hypothèse traditionnellement envisagée par la doctrine et par la jurisprudence pour dénier au mandataire le privilège de responsabilité prévu à l'art. 399 al. 2 CO. Les autres critères de délimitation préconisés par la doctrine et la jurisprudence plaident quant à eux en faveur de la qualification de C. X. ou de H. en tant que substituts : tous deux étaient des entrepreneurs indépendants par rapport à l'architecte, tant sur le point de vue économique que juridique, n'étant nullement intégrés à la structure de l'appelée et défenderesse. Ils étaient par ailleurs supposés exécuter leur tâche de surveillance de manière autonome, celle tendant au contrôle, par C. X., du niveau de mazout dans la citerne ne requérant aucune compétence particulière dès lors que celle-ci était relativement transparente, tandis que la tâche relative au contrôle, par H., du bon fonctionnement du

chauffage, entrant parfaitement dans son domaine de compétences, sa Sàrl étant active sur le chantier notamment pour les travaux de chauffage. En tant que les appelants soutiennent que C. X. ne saurait être un "tiers" au sens de l'art. 398 al. 3 CO, à peine d'être "à la fois mandataire et mandant" ce qui serait incongru, ils passent entièrement sous silence le fait que le prénommé assumait déjà une double casquette sur le chantier ; en effet, outre le fait d'être l'un des membres de la fratrie et de revêtir ainsi le statut de maître d'œuvre, C. X. était également un entrepreneur, adjudicataire des travaux de peinture dans le cadre de la promotion immobilière relative aux résidences E., F. et G.

Tenant compte de l'ensemble des circonstances et notamment du but recherché par les parties – qui était de déléguer entièrement la surveillance du niveau de mazout, respectivement du fonctionnement du chauffage, durant l'absence initialement programmée de l'architecte pendant les fêtes de fin d'année, remplacée par la suite par le temps qu'a consacré l'intéressé à la remise en état de ses bureaux à la suite du sinistre survenu le 16 décembre 2008 –, la cour de céans retient par conséquent que C. X. et H. étaient des substituts, et non des auxiliaires (art. 101 CO) de l'appelée.

5.2.2 Vu ce qui précède, c'est à juste titre que l'autorité de première instance a examiné la responsabilité de l'architecte au regard de l'art. 399 al. 2 CO, et non de l'art. 101 CO.

Se prévalant une nouvelle fois de la violation de la maxime d'allégation, les appelants avancent que l'appelée et défenderesse n'a pas dûment exposé en première instance les faits permettant de déduire qu'elle avait choisi avec soin les substituts ni qu'elle les aurait instruits sur la manière de surveiller. Cette critique est toutefois sans fondement, la défenderesse ayant spécifié dans sa réponse que C. X. était adjudicataire des travaux de peinture – donc entrepreneur – et présent à ce titre quotidiennement sur le chantier et, sous l'angle des instructions, que le contrôle de la quantité de mazout pouvait se faire par une jauge sur la citerne ou encore visuellement, puisque la citerne était relativement transparente.

On l'a vu, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le(s) sous-mandataire(s) (1°) et donné ses instructions (2°).

Il a déjà été mis en exergue que tant C. X. que H. étaient des entrepreneurs, donc des spécialistes du domaine de la construction au fait

des risques pouvant survenir sur le chantier, en particulier en cas d'interruption du système d'aérochauffage mis en place pour éviter le risque de gel à l'intérieur du bâtiment. C. X. étant par ailleurs l'un des maîtres, il disposait d'un intérêt évident à ce qu'aucun problème ne vienne perturber le cours des travaux et, en tant qu'entrepreneur en charge des travaux de peinture, était appelé à se rendre fréquemment sur le chantier.

Comme déjà exposé, la tâche confiée à C. X. de vérifier le niveau de mazout dans la citerne (et le cas échéant d'en recommander en cas d'insuffisance imminente) ne nécessitait par ailleurs aucune compétence particulière, le contrôle du contenu de la citerne pouvant être opéré au moyen d'une jauge ou, visuellement, du fait de la transparence de la citerne. L'architecte avait par ailleurs pris le soin de montrer cette installation, au sous-sol, à l'intéressé à l'issue de la séance du 18 décembre 2008. Quant à la fréquence à laquelle C. X. devait procéder à ce contrôle, il a été retenu en fait qu'indépendamment des éventuelles instructions strictes reçues à ce propos, le prénommé, qui a lui-même articulé dans ses écritures un passage tous les deux jours, était conscient de la nécessité de devoir passer fréquemment. Vu l'arrêt de l'aérochauffeur intervenu vers le 23 décembre 2008, faute de mazout, l'intéressé a toutefois manifestement dû omettre de vérifier l'état de la citerne lors de l'un de ses passages annoncés.

S'agissant de la tâche consistant à contrôler le bon fonctionnement de l'aérochauffage, elle était toute destinée à être déléguée à H., dans la mesure où l'entreprise de celui-ci s'était vu confier les travaux de chauffage sur le chantier et devait également s'assurer de la marche de la pompe à relevage, également située dans le garage.

Dans ces circonstances, il ne peut être adressé aucun reproche à l'endroit de l'architecte dans le choix qu'il a opéré au sujet de ses substituts ni quant aux instructions qu'il leur a données. L'appelée ayant observé les requisits posés à l'art. 399 al. 2 CO, aucune responsabilité contractuelle ne peut lui être imputée, les autres mesures de protection du chantier ayant quant à elles été jugées suffisantes sur la base des constatations concluantes de l'expert judiciaire.