

# MÉMOIRE DE RECOURS

Présenté par **ARKIS SA**

Représentée par des étudiants et dont le siège se trouve dans le canton du Tessin

Adressé à la **première Cour de droit civil du Tribunal fédéral**

Sise à l'Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne

Contre la décision rendue par l'**instance de recours cantonale du Tessin**

Dans le litige l'opposant à **MANNI SA**

Dont le siège se trouve dans le canton du Tessin

---

## *Compétence*

- 1 L'article 72 LTF stipule en son premier alinéa que le TF est matériellement compétent pour connaître des recours contre des décisions rendues en matière civile. Par le présent mémoire, nous contestons par voie de recours l'ensemble de la décision finale<sup>1</sup> rendue par l'instance de recours cantonale du Tessin ayant pleinement accepté les prétentions présentées par Manni SA à notre égard. Ces prétentions sont de nature pécuniaires et relèvent d'un litige portant sur une relation contractuelle. Partant, la matière est civile et relève du droit des obligations. Le TF est donc matériellement compétent, plus précisément sa première Cour de droit civil (LTF 22 et RTF 31 al. 1<sup>er</sup> lit. a).
- 2 Quant aux motifs, nous reprochons à l'instance cantonale Tessinoise une violation du droit fédéral (LTF 95 lit. a).

## *Recevabilité*

- 3 L'article 100 LTF prescrit en son premier alinéa que le délai de recours au TF est de 30 (trente) jours. En l'espèce, force est de constater que nous respectons ce délai.
- 4 L'article 74 LTF stipule en son premier alinéa, lit. b), que dans les affaires pécuniaires, la valeur litigieuse minimum doit être équivalente à 30'000 CHF. Cette valeur est atteinte dans le cas d'espèce.
- 5 L'article 75 LTF prévoit en son premier alinéa qu'un recours n'est recevable qu'à l'encontre d'une décision rendue par une autorité cantonale de dernière instance. In casu, les voies de recours au niveau cantonal ont été épuisées.
- 6 L'article 76 LTF indique quant à lui en son premier alinéa, qu'à qualité pour agir toute personne à participé à la procédure devant l'instance précédente (LTF 75, cf. paragraphe précédent) et a un intérêt juridiquement protégé à recourir. Tel est indéniablement le cas en l'espèce.
- 7 En conclusion, le recours formé par Arkis SA est pleinement recevable.

---

<sup>1</sup> LTF 90

## *Motifs*

### **Prétention portant sur un montant de 114'240 CHF**

- 8 Nous qualifions le contrat conclu avec Manni SA en décembre 2001 comme un contrat d'architecture global. Il s'agit « du contrat par lequel l'architecte s'engage à exécuter l'ensemble des prestations relatives au chantier, de la préparation du projet à la direction des travaux. »<sup>2</sup> En l'espèce, nous avons été chargés des études d'architecture, techniques, d'éventuelles études de structure et de la direction des travaux. De plus, le contrat de décembre 2001 indique le montant des honoraires pour les travaux préparatoires, soit les projets, ainsi que pour les travaux, soit la surveillance de ces derniers.
- 9 Le contrat d'architecte fait l'objet de débats concernant les règles qui lui sont applicables. Dans l'arrêt de principe Sauter et Dirlor<sup>3</sup>, confirmé à plusieurs reprises<sup>4</sup>, le TF avait modifié une première fois sa jurisprudence en admettant l'application des règles du mandat à l'entier du contrat d'architecte. Cette théorie fut dénommée théorie de l'absorption. Il est revenu à sa pratique antérieure qui était de qualifier le contrat d'architecte de contrat mixte dans l'arrêt Rey-Bellet.<sup>5</sup> Le TF retient dès lors la solution de la Spaltungstheorie ; ainsi, « lorsqu'un architecte est chargé d'établir des plans, des soumissions ou des projets de construction, il se conclut un contrat d'entreprise (art. 363 CO); s'il est chargé des adjudications et de la surveillance des travaux, il s'agit d'un mandat (art. 394 CO); si sa mission englobe des activités relevant des deux catégories, le contrat est mixte et relève, suivant les prestations, du mandat ou du contrat d'entreprise. »<sup>6</sup>
- 10 En l'espèce, notre contrat englobant les deux catégories d'activités (élaboration des plans et surveillance des travaux, cf. § 8), il se présente comme un contrat mixte.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> TERCIER, Contrats spéciaux, § 4180

<sup>3</sup> ATF 98 II 310

<sup>4</sup> ATF 101 II 104, SJ 1978 385 et SJ 1979 403

<sup>5</sup> ATF 109 II 34, traduit au JdT 1983 I 266

<sup>6</sup> ATF 127 III 543 c.2a, voir également ATF 109 II 462 c.3b à 3d, traduit au JdT 1984 I 210

<sup>7</sup> CARRON, p. 163

- 
- 11** Pour définir les règles applicables au contrat d'architecte, il est nécessaire de déterminer in concreto à quelle activité se rapporte la responsabilité en cause.<sup>8</sup>
- 12** En l'espèce, l'expert soutient que le dommage d'un montant de 114'240 CHF découle d'une non application d'un enduit bitumineux. Dans un arrêt non publié, le Tribunal Fédéral a établi que l'application d'un tel enduit constitue une règle de l'art.<sup>9</sup> Dès lors, elle constitue une qualité à laquelle tout maître d'ouvrage est en droit de s'attendre de bonne foi. Prévoir son application dans les plans n'est donc aucunement nécessaire. Notre responsabilité quant à la non application d'un enduit bitumineux relève donc de la surveillance des travaux et non pas de l'élaboration des plans.
- 13** Partant, le dommage reproché rentrant dans le cadre de la surveillance des travaux, il est nécessaire d'appliquer les règles sur la responsabilité du mandataire.
- 14** Les règles du mandat (CO 394 ss.) prévoient une obligation de diligence qui découle de CO 398 al. 2 (« bonne exécution »). Celle-ci nous imposait le respect des règles de l'art et déontologiques. Ces règles n'ont de fait pas été respectées par l'entreprise de construction. Puisqu'il s'agit d'une règle de l'art qui correspond à une pratique si répandue et tellement évidente, il ne nous incombait pas particulièrement, Arkis SA, de veiller à ce qu'une entreprise de construction la respecte. L'enduit bitumineux se contente d'assurer « une meilleure étanchéité » ne garantissant en aucun cas une imperméabilité totale. Son importance est donc marginale. Par ailleurs, nous savions que cette entreprise faisait usage d'un béton à solution hydrofuge permettant une étanchéité proche des 100%. Le terrain ne présentant de plus aucun problème d'infiltrations latérales ou de perméabilité, il n'était pas nécessaire de prêter une attention particulière à cet aspect de l'ouvrage.
- 15** Si une violation devait toutefois être retenue, la réparation du dommage serait subordonnée aux conditions de CO 398 al.1<sup>er</sup> qui renvoie à CO 321e. Cette dernière disposition reprend en réalité le régime général de CO 97<sup>10</sup>. Ainsi, trois conditions doivent être réalisées : il doit y avoir un préjudice, un lien de causalité (naturel et adéquat) et finalement une faute.

---

<sup>8</sup> ATF 109 II 465, traduit au JdT 1984 I 210/213, ATF 127 III 543, traduit au JdT 2002 I 217, ATF 114 II 56, traduit au JdT 1988 I 360 c.2b

<sup>9</sup> 4A\_428/2007

<sup>10</sup> TERCIER, Contrats spéciaux, n°4074

- 
- 16** S'agissant du lien de causalité adéquat, celui-ci est établi lorsque l'évènement dommageable est propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un effet tel que celui qui s'est produit.
- 17** En l'espèce, l'évènement dommageable, soit la non application de l'enduit bitumineux n'est pas de nature à engendrer un dommage de 114'240CHF. S'il avait été appliqué, l'enduit n'aurait pas sensiblement amélioré l'étanchéité des murs contre terre, déjà perméables à 95%, si bien qu'un dommage aurait tout autant pu se produire s'il avait été protégé selon les règles de l'art. Il n'y a donc pas causalité adéquate.
- 18** Il y a faute lorsque l'auteur de dommage sait ou qu'il peut et doit subjectivement savoir que son comportement risque de léser les biens d'autrui. En outre, il y a négligence lorsque l'auteur n'a pas voulu, ni accepter de léser un bien d'autrui, mais qu'il aurait pu le prévoir s'il avait fait preuve de l'attention dont on pouvait raisonnablement attendre de sa part. Par ailleurs et de façon objective<sup>11</sup> il faut et il suffit que le comportement de l'auteur s'écarte du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances une personne raisonnable partageant les mêmes capacités que l'auteur.
- 19** En l'espèce, nous tenions pour acquis un niveau d'étanchéité suffisant découlant de l'utilisation par l'entreprise de construction de béton avec solution hydrofuge. Ceci est confirmé par les propos de l'expert lorsque celui-ci affirme que le recours à un béton avec solution hydrofuge est conforme à l'usage et permet d'assurer l'étanchéité. A fortiori, l'entreprise de construction à laquelle nous avons fait appelle fournit un excellent travail ce qui est aussi confirmé par l'expert puisqu'il retient la bonne qualité générale de l'aspect des bétons ainsi que le caractère homogène du matériau et l'absence de nid de gravier. Nous souhaitons dès lors mettre en avant le caractère insignifiant de notre légère faute commise par négligence provoquant la non application de l'enduit bitumineux qui n'aurait apporté qu'une étanchéité supplémentaire inférieure à 3% s'ajoutant au 95% déjà présents. Objectivement, cet aspect ne faisait pas l'objet d'un contrôle particulier puisque ce n'est que depuis 2008 que l'application d'un enduit bitumineux constitue une obligation susceptible d'être violée. Cela prévalait pour tous les professionnels de la branche. Dès lors un professionnel raisonnable n'aurait pas nécessairement vérifié l'application d'enduit. Par conséquent, la non-surveillance de cet aspect de la construction ne constitue pas une faute.
- 20** En conclusion, nous refusons de rembourser le dommage d'un montant de 114'240 CHF

---

<sup>11</sup> TERCIER, PDO, n° 1890

- 21 Cependant, si le point de vue du Tribunal venait à diverger, ce dernier ne pourrait retenir qu'une faute légère par négligence. Cela conduirait à appliquer les normes (CO 43 et 44) permettant de réduire dans une large mesure l'indemnité. En application de CO 43 al.1<sup>er</sup> le juge doit déterminer l'étendue de la réparation en fonction de la gravité de la faute. De plus, CO 43 al.1<sup>er</sup> permet au juge, par la clause générale qu'il contient, d'inclure comme cause de réduction de nouveaux motifs tirés des circonstances du cas. Font partie de ces circonstances une simple imprudence ou une faute de peu de gravité causant un dommage très élevé. stipule une réduction de l'indemnité lorsque la faute apparaît légère en comparaison du dommage causé.<sup>12</sup> Pour le TF : « Un certain équilibre doit être établi entre la faute et l'obligation de réparer le préjudice. Lorsqu'une simple imprudence a pour résultat un dommage extraordinaire, le juge doit réduire les dommages-intérêts dans une mesure équitable. »<sup>13</sup> En l'espèce, la cause du dommage correspond à la non-vérification d'un produit améliorant l'étanchéité d'un mur déjà imperméable à 95% que de deux ou trois pourcents supplémentaires. Le dommage en découlant représente la somme importante de 114'240CHF. Il y a donc disproportion évidente entre le comportement qui nous est imputable et le dommage en ayant résulté. Nous estimons, aux vu des circonstances, que la diminution des dommages-intérêts devra correspondre à 70% du montant du dommage.

## **Prétention portant sur un montant de 500'000 CHF**

### *Modification du contrat*

- 22 Les conditions de l'existence d'un contrat sont remplies. Nous renvoyons pour cet aspect au §§ 8 et suivants du présent mémoire. Le prix était à l'origine fixé à 1'700'000 CHF. Suite à des problèmes encourus pendant les travaux de construction, Manni nous a accordé un crédit supplémentaire ce qui consiste en une modification du contrat. Par pli du 8 mai 2003 nous avons souhaité indiqué à Manni SA que les travaux effectués à ce jour rentreraient probablement dans ce budget ajourné à 2'200'000 CHF. Or Manni nous a commandé des travaux passés cette date, ce qui a engendré des frais supplémentaires conséquents. Il nous a donc été nécessaire de proposer une modification du contrat.

---

<sup>12</sup> ENGEL, p. 509

<sup>13</sup> ATF 59 II 364/370

- 
- 23** En effet, nous avons soumis une offre (CO 1 et 2 ), soit une proposition ferme de modifier le contrat, en envoyant le décompte final du 28 janvier 2004. Une modification doit comprendre tous les éléments essentiels du contrat. En l'espèce, le décompte du 28 janvier 2004 incluait les parties au contrat, Manni et nous-même, le coût final des travaux fixé à 2'700'000, ainsi que ces derniers, soit la réfection et l'aménagement de l'ouvrage. Par conséquent nous avons émis une offre.
- 24** L'acceptation correspond au miroir de l'offre. Elle est une manifestation de volonté portant sur tous les éléments essentiels du contrat. « On parle d'acte concluant lorsqu'un comportement dirigé vers une certaine fin autorise la déduction d'une volonté déterminée. La volonté peut notamment ressortir d'un acte accompli avec la volonté de manifester une intention juridique. L'auteur a donc conscience de manifester sa volonté.» Manni SA s'étant contentée de régler le montant que nous lui demandions, elle a dès lors procédé à l'acceptation de notre offre.
- 25** Il y a réciprocité lorsque chaque partie est la destinataire de la manifestation de volonté de l'autre. En l'espèce, notre offre a été adressée à Manni SA et leur paiement nous était destiné.
- 26** Finalement, la concordance est établie dès lors que les parties se sont entendues sur tous les points essentiels du contrat. Il ne nous est pas possible de chercher à établir la réelle et commune intention des parties, soit de procéder à l'interprétation subjective des manifestations de volonté, à ce stade de la procédure. Cependant, l'interprétation objective, soit l'application du principe de la confiance, est invocable. Cela implique que « les manifestations de volonté peuvent et doivent être comprises dans le sens que le destinataire pouvait et devait leur donner compte tenu de l'ensemble des circonstances. »<sup>14</sup> En l'espèce, le paiement ne peut qu'être compris comme la volonté d'accepter l'offre et, partant, la modification du contrat. En effet, la durée de réflexion d'un mois ayant précédé le règlement de la facture ne peut que laisser penser à une acceptation mûrement réfléchie.
- 27** Nous avons effectivement informé Manni SA en date du 8 mai 2003 que nous serions à mêmes de respecter le budget de 2'200'000 CHF. Cependant, Manni a commandé des travaux supplémentaires passé cette date. Il est donc tout à fait cohérent de penser que Manni souhaitait nous rétribuer.
- 28** Les 500'000CHF versés par Manni SA reposent sur une cause valable. Manni ne peut donc émettre de prétention en remboursement de cette somme.

---

<sup>14</sup> ATF 133 III 675 c.3.3

---

Subsidiairement, CO 63, paiement volontaire d'un indû

- 29** Si le Tribunal était amené à refuser l'existence d'une cause valable en application de CO 62, nous invoquons l'article 63 du Code des obligations. Rentrant dans cet article les cas où il n'y jamais eu de cause au sens de CO 62 al. 2. En plus des conditions de CO 62, l'application de CO 63 nécessite la réalisation de deux conditions supplémentaires afin de pouvoir répéter l'indû :
- 30** Dans un premier temps l'appauvri doit avoir effectué un paiement involontaire. Un paiement est involontaire lorsqu'il résulte d'une contrainte, telle la crainte fondée. En l'espèce, Manni n'a subi aucune contrainte. Cette première condition n'est donc pas réalisée.
- 31** Dans un second temps, le paiement doit avoir été effectué par erreur. Tel est le cas lorsque celui qui paie volontairement croyait par erreur qu'il devait ce qu'il a payé. Peu importe que l'erreur soit importante ou excusable. En l'espèce, le paiement a été effectué en connaissance de cause par Manni SA. En effet, elle était consciente de l'absence de cause. Cela découle notamment du fait que Manni n'a payé qu'au bout d'un mois.

Subsidiairement, CO 398, diminution du dommage et absence de faute

- 32** Dans le cas extrême où le TF refuserait de se joindre à nos vues, il est dès lors nécessaire de retourner aux règles sur le contrat d'architecte global. Conformément à ce qui a été exposé auparavant, les prestations qui relèvent de la surveillance des travaux sont soumises aux règles du mandat (Cf. § 9). En effet, le reproche concernant un dépassement de devis découle de manquement à la surveillance des travaux. C'est la solution que retient le TF qui « a ainsi jugé que [...] devait être qualifiée de contrat d'architecte global. [...]. Dans ce type de contrat la jurisprudence admet que les règles du mandat s'appliquent à la responsabilité de l'architecte pour une mauvais évaluation du coût des travaux. »<sup>15</sup> Nous appliquons donc les règles sur la responsabilité du mandataire.
- 33** Il faut à nouveau se tourner vers CO 398 al.2 qui stipule une obligation de fidélité (« fidèle exécution »). Il en découle notamment une obligation d'informer. Celle-ci implique que le mandant doit être tenu informé par le mandant et de façon régulière de l'évolution des travaux de manière à

---

<sup>15</sup> Arrêt non publié 4A.124/2007 qui renvoie à l'arrêt ATF 127 III 543 c.2a



---

lui faire part de toute circonstance importante qui pourraient être propres à influencer les instructions.<sup>16</sup>

**34** Nous admettons avoir failli à notre obligation. Cependant, d'après CO 398 al.1<sup>er</sup>, et la notion de dommage que nous retenons, nous contestons devoir répéter l'entier des 500'000 CHF. Effectivement, la méthode de calcul du dommage retenue dans un tel cas par le TF, et exprimée par Werro, est la suivante : « pour calculer le dommage résultant du devis inexact, on retenait la différence entre le coût total des travaux, diminué des augmentations de coûts imputables aux modifications de commande exigées par le maître, et le montant du devis, augmenté de la marge de tolérance de 10%. Cette différence était ensuite partagée par moitié pour éviter l'enrichissement du maître de l'ouvrage, au cas où il pouvait être établi que le maître aurait de toute façon construit et que les constructions faites en plus apportaient une plus-value à l'immeuble. »<sup>17</sup>

**35** On procède donc de la façon suivante :

2'700'000 (facturés le 28 janvier 2004)

– 500'000 (travaux entre 8 mai et juin 2003)  
– 1'700'000 (devis initial du 21 octobre 2001)  
+ 170'000 (correspondant à 10% du devis initial)  
= 330'000 CHF de dommage.

**36** Le montant facturé (2'700'000 CHF) était supérieur de 500'000 CHF suite à la modification du contrat du 3 novembre 2002 qui portait le budget à 2'200'000 CHF. Manni ne peut dès lors prétendre au remboursement de la différence entre le montant du dommage et le montant effectivement facturé.

**37** Concernant la faute, condition nécessaire à l'application de CO 398 al.1<sup>er</sup> (Cf. § 18), nous ne nous en sommes pas rendu coupable, ni intentionnellement, ni par négligence. Par rapport à la négligence et sa vision objective, mentionons tout d'abord que Manni étant assistée par un architecte tiers, M.Rossi. Il était donc évident qu'une personne mise à notre place aurait aussi déduit de ce fait que Manni se tenait correctement informée de l'évolution des travaux, ainsi que des conséquences des travaux supplémentaires commandés entre le 9 mai 2003 et juin de la même année. M.Rossi ayant été capable d'évaluer correctement un premier budget à 1'700'000 CHF il est

---

<sup>16</sup> TERCIER, Contrats spéciaux, n°4040

<sup>17</sup> WERRO, Responsabilité de l'architecte, p. 98

indiscutable de constater qu'il aurait été capable d'évaluer la suite des travaux avec un écart nettement inférieur à 330'000 CHF.

**38** Par ailleurs, nous n'avons pas commis de faute intentionnelle. Il n'y a pas de faute intentionnelle que dans les cas où l'on agit avec conscience ou que l'on aurait dû avoir conscience d'agir à l'encontre du droit.<sup>18</sup> En effet, nous avons clairement relevé, le 3 septembre 2002, que le budget risquait d'être dépassé d'environ 10%. De ce fait, nous n'avons pas cherché à cacher un possible dépassement du devis. Ce qui exclut nécessairement la faute intentionnelle.

**39** En conclusion, nous refusons de devoir les 500'000 CHF qui ont été facturés en plus.

**40** Si en fin de compte une faute venait à nous être imputée, et en application de CO 44, le montant du dommage fixé à 330'000 CHF devrait être réduit, et ce pour la raison suivante ; Manni SA a commis une faute concomitante « lorsque les faits dont elle (la partie lésée) est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. » (CO 44 al.1<sup>er</sup>). La faute concerne ici l'adoption d'un comportement imprudent et non la violation d'un devoir envers autrui : il faut que tout homme raisonnable ait pu éviter l'attitude dommageable. En l'espèce, Manni SA aurait dû consulter son architecte quant à l'évaluation des coûts inévitablement élevés, engendrés par les travaux supplémentaires commandés. Ainsi nous demandons une réduction de 50% du montant des dommages-intérêts (330'000 CHF).

---

<sup>18</sup> ENGEL, p.462

## *Conclusions*

Nous avons l'honneur de conclure, avec suite de frais et dépends à ce qu'il plaise à la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral prononcer

⚖ Au préalable, le recours est formellement admis

⚖ A titre principal, l'arrêt de l'instance de recours cantonal est annulé et la cause est renvoyée à cette instance afin qu'elle rende un nouveau jugement dans le sens des présents considérants.

Pour Arkis SA, Equipe 13

---

## ***Bibliographie***

- CARRON Benoît, *Le mandataire face à l'entreprise générale ou totale*, in : JDC 2007, Fribourg p.161.

Cité - CARRON

- CHAIX François, *La violation par l'entrepreneur de ses devoirs d'information vis-à-vis du maître de l'ouvrage*, in SJ 2009 II 117

- ENGEL Pierre, *Le droit des obligations*

Cité - ENGEL

- GAUCH Peter, *Le contrat d'entreprise*, adaptation française CARRON Benoît, Zürich, 1999.

Cité - GAUCH

- PICHONNAZ Pascal, *Le dépassement de devis dans le contrat d'architecte global*, in BR/DC 2009, pp. 8 à 10

Cité - PICHONNAZ

- TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> édition, Schulthess, Genève, 2009.

Cité - TERCIER, Contrats spéciaux

- TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 4<sup>e</sup> édition, Schulthess, Genève, 2009.

Cité - TERCIER, PDO

- WERRO Franz, *Le mandat et ses effets : une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations : analyse critique et comparative*, Editions universitaires, Fribourg, 1993

Cité - WERRO, Mandat

- WERRO Franz, *La responsabilité de l'architecte pour le dépassement du devis et la réparation du dommage né de la confiance déçue*, in BR/DC 1993 pp. 96 à 99

Cité - WERRO, Responsabilité de l'architecte

## *Table des abréviations*

§	Paragraphe
Al.	Alinéa
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
BR / DC	Baurecht / Droit de la construction
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (état au 1 <sup>er</sup> février 2010)
Cf.	<i>Confer</i>
CHF	Francs suisses
CO	Code des Obligations du 30 mars 1911 (état au 1 <sup>er</sup> janvier 2010)
In	Dans
JDC	Journées suisses du droit de la construction
JdT	Journal des Tribunaux
Lit.	<i>Littera</i>
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (état au 1 <sup>er</sup> janvier 2009)
N°	Numéro
p.	Page
RTF	Règlement sur le Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (état au 1 <sup>er</sup> janvier 2009)
SJ	Semaine judiciaire
TF	Tribunal fédéral suisse