

# **VD\_GERICHTE JO11.033489 vom 8. September 2015**

VD Tribunal cantonal, 2015-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_JO11.033489](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_JO11.033489)

FR: VD\_GERICHTE JO11.033489 du 8 septembre 2015

IT: VD\_GERICHTE JO11.033489 del 8 settembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 2**

L'appelant se plaint d'une constatation incomplète et inexacte des faits.

#### **E. 2.1**

Il conteste avoir donné à D. \_\_\_\_\_ Sàrl des instructions lacunaires, voire fausses, concernant la construction du mur en ce sens qu'il aurait commandé un mur de séparation et non pas un mur de soutènement. Il relève que la mise à l'enquête mentionne spécifiquement une séparation composée d'un mur de soutènement et que l'expert a également observé qu'un tel mur aurait été prévu. Il résulte du rapport de l'expert Collaud que le mur en question n'a pas été exécuté selon les règles de l'art. Ainsi, non seulement son aspect esthétique est déplorable, mais il présente différents problèmes de statique et de porosité qui rendent nécessaires sa démolition et sa reconstruction dans les règles de l'art. Selon le rapport de l'ingénieur civil, le mur présente un déficit d'encastrement entre sa base et son parement, entraînant déformations et instabilités. Le principe de construction choisi est inapproprié aux sollicitations auxquelles il est soumis. L'ingénieur a expliqué, aux débats, que le mur n'avait pas résisté aux poussées de terre, qu'il aurait fallu mettre une armature du côté de la terre, qui poussait, et que le type de mur construit était un mur de séparation et non de soutènement. Dans le cadre de l'instruction, le maçon, qui a réalisé la construction, a expliqué qu'il ne s'agissait pas d'un mur de soutènement, car les briques n'étaient pas suffisantes pour un mur porteur et que l'idée n'était pas de faire un remblai, mais d'aménager le terrain pour faciliter la tonte du gazon. Au regard de ces déclarations, dont il n'y a aucun motif de

- 14 - s'écarter, on doit admettre que c'est bien un mur de séparation et non de soutènement qui a été exécuté et que l'appelant n'a, en réalité, jamais informé l'entrepreneur qu'il allait remblayer son terrain sur la quasi-totalité de la hauteur du mur. Ni les plans figurant au dossier, ni les propos de l'expert Collaud ne permettent une autre appréciation. En effet, l'architecte a expliqué qu'il avait eu un contact avec l'entrepreneur qui avait construit le mur, qu'il ne lui avait pas indiqué avoir fait un ancrage entre la semelle et le mur et que, selon lui, le mur n'était pas conçu pour retenir une poussée de terre. Il a encore relevé que si le terrain était déjà à la hauteur où il se trouvait aujourd'hui, ce qu'il ignorait, on était alors obligé de construire un mur de soutènement en béton armé ou en coffrage armé. De même, si on voulait éviter la poussée de terre contre le mur, on pouvait créer un talus derrière celui-ci. Enfin, on doit encore relever que, selon les faits qui ne sont pas contestés, les travaux relatifs au mur ont été effectués dans le courant du mois de juin 2007. Or, ce n'est qu'à l'automne 2007 que l'appelant a amené de la terre afin de remblayer l'espace en pente qui bordait son terrain, ce qui a entraîné la déformation du mur. Selon l'ingénieur civil, il a vraisemblablement amené entre 70 et 90 m<sup>3</sup> de terre pour créer ce remblai, ce dont l'entrepreneur n'avait pas été averti. Il n'y a donc pas lieu de modifier l'état de fait sur ce

point.

### **E. 2.2**

L'appelant reproche au premier juge de ne pas avoir retenu que la PPE \_\_\_\_\_ T. n'avait procédé à aucun avis des défauts concernant d'éventuelles malfaçons ou d'erreurs de conception du mur alors que chaque partie avait l'obligation de vérifier l'ouvrage. Savoir quelle partie avait l'obligation de vérifier l'ouvrage est une question de droit et non pas de fait. Au demeurant, il importe peu, dans le cas particulier, de savoir si la PPE \_\_\_\_\_ T. ou l'appelant a procédé ou non à un avis des défauts, la présente cause ne visant pas des questions relatives à un contrat d'entreprise, mais à des relations entre associés.

- 15 -

### **E. 2.3**

L'appelant reproche au premier juge de ne pas avoir retenu le contenu de l'accord formel entre les parties à propos de la hauteur du mur. Cette critique tombe également à faux, la hauteur du mur n'étant pas ou plus un élément pertinent pour trancher le présent litige.

### **E. 2.4**

L'appelant relève que l'intimée n'a jamais versé sa participation par 5'000 fr. à la construction. Ce fait n'est pas contesté. Le premier juge a d'ailleurs relevé à ce sujet que la participation de la PPE \_\_\_\_\_ T., à hauteur de 5'000 fr., aux frais de la construction du mur, certes due à F. \_\_\_\_\_ en vertu de la convention du 19 février 2007, n'était toutefois pas encore exigible et devrait être versée au plus tard un mois après la fin des travaux, conformément à l'accord conclu.

### **E. 3**

Se plaignant d'une violation du droit, l'appelant explique que les parties forment une société simple, dont la volonté était l'édification d'un mur de séparation en limite de propriété, puis son entretien. En revanche, l'hypothèse d'un mur défectueux n'a jamais été réglée entre elles, de sorte qu'il s'agit d'une lacune de la convention. Il souligne que les parties lui ont attribué l'administration de la société simple pour la phase de la construction du mur et que le contrat conclu avec D. \_\_\_\_\_ Sàrl engageait tous les associés, qui sont devenus parties au contrat d'entreprise, solidairement entre eux. Il prétend que sa propre responsabilité est limitée aux conditions de l'art. 399 al. 2 CO, n'ayant violé ses obligations ni dans le choix de l'entreprise, ni dans les instructions données. Il soutient également que tous les associés étaient obligés de vérifier l'état du mur après la livraison et de signaler les défauts à l'entrepreneur, la PPE \_\_\_\_\_ T. n'ayant rien accompli à ce propos. Au moment de la livraison, le défaut n'était par ailleurs pas apparent et en

- 16 - application de l'art. 533 CO, la PPE \_\_\_\_\_ T. aurait dû assumer à part égale les frais liés à la réfection ou reconstruction du mur.

### **E. 3.1**

Conformément à l'art. 652 CC, lorsque plusieurs personnes formant une communauté en vertu de la loi ou d'un contrat sont propriétaires d'une chose, le droit de chacune s'étend à la chose entière. L'art. 653 al. 1 CC prévoit que les droits et les devoirs des communistes sont déterminés par les règles de la communauté légale ou conventionnelle qui les unit. En l'occurrence, il n'est pas contesté que les règles sur la société simple s'appliquent.

### **E. 3.1.1**

Selon l'art. 538 CO, chaque associé doit apporter aux affaires de la société la diligence et les soins qu'il consacre habituellement à ses propres affaires (al. 1). Chaque associé est tenu envers les autres associés du dommage qu'il leur a causé par sa faute, sans pouvoir compenser avec ce dommage les profits qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires (al. 2). Tous les associés, et pas seulement les associés gérants, sont astreints à cette responsabilité. L'objet de la responsabilité est limité à la violation des obligations déduites du contrat de société : ainsi, l'associé qui commet un acte illicite – qui ne se confond pas avec la violation d'un devoir social – ou celui qui exécute mal un contrat de mandat ou d'entreprise en répond conformément aux règles applicables à ces rapports juridiques. Cette disposition instaure une responsabilité contractuelle ordinaire. A ce titre, elle est soumise aux prescriptions générales en la matière : elle suppose un dommage, la violation d'une obligation contractuelle, une faute et un rapport de causalité. La loi fixe le niveau de diligence de manière différente, selon que l'associé gérant est rémunéré pour son activité ou ne l'est pas (Chaix, Commentaire Romand CO I [ci-après : CR CO I], nnos 1 et 6 ss ad art. 538 CO). Cette responsabilité suppose que les associés aient subi un dommage dans le cadre de la société. Le dommage envisagé est, le plus souvent, une diminution patrimoniale (perte effective ou gain manqué)

- 17 - affectant la société ; si le législateur vise un dommage causé aux associés, et non à la société, c'est sans doute en raison de la transparence de celle-ci qui, dépourvue de personnalité morale, ne peut subir de préjudice qui lui soit propre. Mais le dommage peut aussi être directement subi par un ou plusieurs associés, et consister en un dommage corporel aussi bien que matériel (Chaix, CR CO II, 2008, n° 3 ad art. 538 CO). Il s'agit d'une responsabilité pour faute, laquelle est présumée. La faute est le manquement à la diligence due. En dérogation des principes généraux sur ce point (cf. art. 99 al. 1 CO), l'associé ne répond pas de toute faute : les critères ne sont pas ceux de la culpa in abstracto, mais ceux de la culpa in concreto, qui tient compte des facteurs personnels de l'auteur. L'art. 538 al. 1 CO prend, en effet, comme référence une diligence qui se mesure à l'aune des soins que l'associé apporte à ses propres affaires ; on parle ainsi de *diligentia quam in suis*. Cette particularité permet à l'associé d'invoquer des circonstances propres à sa personne pour se libérer : manque de temps, inexpérience dans le domaine concerné, négligence légère ou moyenne (Chaix, CR CO II, n 6 ad art. 538 CO).

### **E. 3.1.2**

Aux termes de l'art. 540 CO, à moins que le présent titre ou le contrat de société n'en dispose autrement, les rapports des associés gérants avec les autres associés sont soumis aux règles du mandat (al. 1). Cette disposition est une norme supplétive qui règle les rapports entre les associés gérants et les autres associés, lorsque le contrat ou une décision sociale ne dispose rien à ce sujet. Aux termes de l'art. 398 CO, la responsabilité du mandataire est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail (al. 1). Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (al. 2). Il 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

- 18 - circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs (al. 3). En cas de substitution, le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué (art. 399 al. 1 CO). Selon l'art. 399 al. 2 CO, s'il avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, il ne répond que du soin avec lequel il a choisi le

sous-mandataire et donné ses instructions. Le substitut au sens de l'art. 398 al. 3 CO se distingue de l'auxiliaire selon l'étendue et l'importance de la participation de chacun d'eux à l'exécution du service (Werro, Commentaire romand CO I (ci- après : CR CO I), 2e éd., 2012, n° 6 ad art. 398 CO). 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, conclu au nom du mandataire (Werro, CR CO I, n° 6 ad art. 398 CO et réf. citées). L'auxiliaire – dépendant ou indépendant du mandataire – se contente d'aider le débiteur dans l'exécution du contrat. Il ne le remplace pas dans cette tâche. Cela ne signifie pas pour autant que son travail soit d'importance subalterne ; ici, le mandataire reste débiteur de la prestation et responsable de l'exécution de celle-ci (Werro, op. cit. et réf. citée note infrapaginale 10). Agit en qualité d'auxiliaire non seulement celui qui est soumis à l'autorité de la partie ou de son mandataire, mais aussi tout agent d'exécution ; un rapport de droit durable avec l'auxiliaire n'est pas nécessaire (ATF 107 Ia 168, JdT 1983 I 315 consid. 2a). Ainsi, selon l'art. 101 al. 1 CO, 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 (ATF 117 II 563 consid. 3a).

### **E. 3.2**

En l'espèce, la convention signée par les parties le 17 février 2007 a pour objet la construction d'un mur mitoyen.

- 19 -

#### **E. 3.2.1**

Concernant l'appréciation de l'existence d'un dommage, il résulte de l'expertise effectuée par Eric Collaud, que cet objet n'a pas été exécuté selon les règles de l'art ; non seulement son aspect esthétique est déplorable, mais il présente différents problèmes de statique et de porosité qui rendent nécessaires sa démolition et sa reconstruction dans les règles de l'art. Le mur présente en particulier les défauts suivants, soit des déformations importantes dans les 2 plans, en longueur et en hauteur ; une tablette supérieure, ou arasée, mal exécutée, y compris pour le muret sous la palissade en bois ; une tête de mur, ouest, également mal terminée, avec joint défectueux et effritement du béton ; de mauvaises fixations de la palissade en bois ; des rhabillage et jointage mal exécutés ; une certaine porosité du mur, en raison des différences entre des parties humides et sèches ; et des déformations du mur qui provoquaient un empiètement sur la propriété de la PPE \_\_\_\_\_ T., au- delà de ce qui était prévu dans la convention du 17 février 2007. Selon le rapport de l'ingénieur civil, le mur présente un déficit d'encastrement entre sa base et son parement, entraînant déformations et instabilités. Le principe de construction choisi est inapproprié aux sollicitations pour lesquelles il est soumis. L'expert a en outre estimé le coût de réfection du mur, sans la repose de la palissade en bois, à 17'550 fr., toutes taxes comprises. Sur le vu de ces éléments, il est manifeste que l'intimée a subi un dommage.

#### **E. 3.2.2**

Concernant la violation d'une obligation, il apparaît que, selon la convention du 17 février 2007, l'appelant était responsable de la mise à l'enquête, de la direction des travaux, du choix de l'entrepreneur pour leur exécution, de la nature des matériaux ainsi que des options retenues. Il lui incombait également de réaliser le gros œuvre avec un souci de qualité

esthétique.

- 20 - Il résulte du texte clair de cet accord que l'appelant était seul responsable de la bonne exécution de l'ouvrage réalisé. Or, celui-ci comporte de nombreux défauts tels qu'énumérés ci-dessus. On doit admettre que l'appelant a violé les obligations suivantes : - Il n'a pas choisi les bonnes options de construction, ni d'ailleurs les matériaux adéquats. Ainsi, selon le rapport de l'ingénieur civil, le principe de construction choisi est inapproprié aux sollicitations auxquelles le mur est soumis. De plus, cet ouvrage présente également des problèmes d'isolation, ce qui atteste du mauvais choix des matériaux. Enfin, au regard des photos figurant au dossier et conformément à l'appréciation de l'expert, on ne peut que relever que l'ouvrage présente des défauts esthétiques. - Il n'a pas instruit suffisamment l'entreprise choisie. L'appelant a également violé ses obligations d'instruction. En effet, selon le témoignage du maçon qui a exécuté l'ouvrage, dont il n'y a aucun motif de s'écarter, l'entreprise mandatée n'a pas été informée qu'un remblai était prévu, élément qui, conformément à l'appréciation des experts, est de nature déterminante pour la construction de l'objet et, plus précisément, sur la question de savoir s'il faut un mur de séparation ou de soutènement.

### **E. 3.2.3**

A propos de la faute de l'associé, il résulte de la teneur de la convention que l'appelant était le maître de l'ouvrage et, par conséquent, responsable de sa bonne exécution et de sa vérification. Or, il a négligé, à l'évidence, le soin à apporter lors de la construction de l'ouvrage et a, de manière fautive, violé les obligations qui lui incombent conventionnellement. Par ailleurs, l'appelant n'a jamais allégué, ni démontré d'aucune manière des circonstances propres à sa personne qui permettraient de penser qu'il ne disposait pas de la possibilité de faire réaliser cet ouvrage selon les règles de l'art.

- 21 -

### **E. 3.2.4**

Concernant le rapport de causalité, il est indéniable que la violation de ses obligations par l'appelant est en lien de causalité avec les dommages constatés.

### **E. 3.3**

Sur le vu de ce qui précède, on doit admettre que la responsabilité de l'appelant est engagée tant en application de l'art. 538 CO que des art. 540 et 399 CO. C'est en effet en vain que l'appelant se prévaut d'une libération de responsabilité de l'art. 399 al. 1 CO.

L'entrepreneur n'était pas un sous-mandataire pour l'exécution du mandat de gestion des affaires sociales liant les associés, mais un auxiliaire lié par un contrat d'entreprise. De toute manière, l'appelant a commis une faute dans les instructions données, comme exposé ci-dessus (consid. 3.2.2 et 3.2.3).

### **E. 4**

L'appelant réclame l'apport des associés par 5'000 fr., ainsi que les dépens de la preuve à futur par 1'000 francs. La participation de l'intimée à hauteur de 5'000 fr. n'est pas encore exigible, le mur devant être démolé, puis reconstruit et ce paiement ne devant intervenir au plus tard qu'un mois après la fin des travaux, conformément aux termes de la convention. En outre, le paiement des dépens engendrés par la preuve à futur est exclu, en l'occurrence, au regard du sort de la cause au fond (art. 106 al. 1 CPC ; CREC 20 novembre 2014/410 consid. 3, spéc. 3.2.2). Ainsi, les prétentions doivent être entièrement rejetées.

## **E. 5**

Au vu de ce qui précède, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté et le jugement entrepris doit être confirmé.

- 22 - Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 894 fr. 60, seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC ; art. 62 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]). L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.