

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

Jurisprudence récente en droit privé de la construction

(01.09.2019 – 30.08.2020)

Benoît Carron



Kammer der Fachanwälte SAV Bau- und Immobilienrecht
Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier
Camera degli avvocati specialisti FSA nel diritto della costruzione e immobiliare
Specialists SBA Real Estate and Construction Law

1

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

I. Le contrat d'entreprise

- A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux
4A_144/2020 du 18 juin 2020
- B. La communication tacite des pouvoirs de représentation
4A_562/2019 du 10 juillet 2020
- C. L'utilité de bons de régie non signés
4A_300/2019 du 17 avril 2020
- D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec des pourparlers transactionnels
4A_32/2020 du 16 juin 2020
- E. L'avance des frais d'exécution par substitution
4A_395/2019 du 2 mars 2020

2

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

I. Le contrat d'entreprise

- F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire
4A_273/2019 du 17 avril 2020
- G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante
4A_273/2019 du 17 avril 2020
- H. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante
4A_273/2019 du 17 avril 2020
- I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard
4A_133/2019 du 10 décembre 2019

3

II. Le contrat d'architecte et d'ingénieur

A. Les sort des rais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

4A_606/2018 du 4 mars 2020

4

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Arrêt 4A_144/2020 du 18 juin 2020

5

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Les faits

Les époux X. ont fait exécuter des travaux de rénovation dans un bâtiment de la commune de Lens. Dès 2009, ils ont confié la direction de ces travaux à l'architecte W.

Celui-ci a subi une hospitalisation du 15 février 2010 jusqu'au mois de juillet suivant. Il est resté limité dans sa mobilité jusqu'au mois de janvier 2011. Ces circonstances ne l'ont pas empêché de poursuivre la direction du chantier, notamment avec l'aide de tiers.

6

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Les faits

Pendant l'hospitalisation, des travaux de couverture, installation sanitaire, chauffage et ventilation ont été commandés à l'entreprise Z. SA. Celle-ci a plus tard reçu d'autres commandes encore et elle a effectivement exécuté des travaux. Le 7 décembre 2012, les maîtres de l'ouvrage ont abruptement mis fin à son activité sur le chantier.

7

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le litige

En substance, les défendeurs soutiennent que les travaux exécutés par la demanderesse ont été commandés par leur architecte W., que celui-ci n'était pas leur «représentant autorisé» aux termes de l'art. 32 al. 1 CO, et que ses commandes ne les obligent donc pas.

8

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le droit

En règle générale, l'architecte chargé de la direction des travaux n'est pas habilité à contracter des obligations au nom du maître de l'ouvrage envers les entrepreneurs. Il n'est notamment pas habilité à conclure de nouveaux contrats d'entreprise, ni à conclure des contrats modifiant ceux en cours, ni à approuver des arrêtés de compte; au contraire, chaque opération de ce genre nécessite une autorisation spécifique du maître.

9

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le droit

En revanche, par l'effet de l'art. 396 al. 2 CO, une **autorisation** du maître habilite l'architecte à traiter au nom de celui-ci et à l'obliger conformément à l'art. 32 al. 1 CO.

«En particulier, le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution.»
(art. 396 al. 2 CO)

10

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le droit

Les défendeurs soulignent que la commande ou l'adjudication initiale est intervenue alors que W. était hospitalisé. Ils n'affirment cependant pas clairement que W. ait alors agi à leur insu ou contre leur gré. Cette hypothèse est d'ailleurs invraisemblable car si les défendeurs n'avaient pas agréé l'entreprise de la demanderesse, celle-ci n'aurait guère pu demeurer active sur le chantier durant plus de deux ans. Il est en effet constaté que **les défendeurs ont participé à la plupart des séances de chantier** et qu'**ils en ont reçu les procès-verbaux.**

11

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le droit

L'argumentation présentée semble donc viser plutôt, et exclusivement, les **commandes et ordres ultérieurs** passés par W., concernant des modifications de l'ouvrage ou des travaux supplémentaires.

12

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le droit

Interrogé en qualité de témoin, W. a déclaré devant le Juge de district qu'il avait « ordonné toutes les modifications de l'ouvrage, qu'il l'avait fait avec l'aval des propriétaires et qu'il n'y avait pas eu de travaux exécutés à son insu ». Cet **aval** des propriétaires, c'est-à-dire des défendeurs, est ici décisif; il produit les effets juridiques attachés aux art. 32 al. 1 et 396 al. 2 CO .

13

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le droit

Les défendeurs tiennent ce témoignage pour **dépourvu de force probante** en raison de l'intérêt de son auteur à échapper aux réclamations qu'ils pourraient élever contre lui par suite de la mauvaise exécution de son mandat de direction des travaux.

14

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Les pouvoirs de représentation de la direction des travaux

Le droit

Cette argumentation ne met en cause que l'appréciation des preuves par les juges du fait. L'art. 8 CC ne régit pas l'appréciation des preuves, de sorte que les défendeurs se réfèrent inutilement à cette disposition. Pour le surplus, les circonstances qu'ils relèvent n'excluent pas **de manière certaine et indiscutable** que W., conformément à son témoignage, ait effectivement commandé tous les travaux exécutés par la demanderesse, ni qu'il ait commandé ces travaux avec l'approbation des maîtres de l'ouvrage.

15

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Arrêt 4A_562/2019 du 10 juillet 2020

16

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Les faits

La société A. SA, agissant par son administrateur unique C., exploite un bureau d'architecture et d'entreprise générale. Elle a été chargée, en qualité d'entrepreneur général, de la construction d'un centre commercial.

17

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Les faits

Par contrat d'entreprise daté du 21 octobre 2013, elle a sous-traité la deuxième étape des travaux de maçonnerie à B. AG, entreprise de construction et de transport.

Lorsqu'il a signé le contrat le 11 novembre 2013, le représentant de B. AG a apposé sur les deux exemplaires du contrat, à la fin de l'art. 7, peu avant l'espace destiné aux signatures, l'ajout manuscrit suivant:

«Hr. F. ist unterschriftberechtigt für den Bauherrn + GU».

18

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Les faits

F. a signé l'avis de réception de l'ouvrage et a établi et contrôlé les métrés. Le 29 mai 2015, il a soumis à la sous-traitante, sans formuler de réserves, le **décompte final** qu'elle était invitée à signer, décompte qui indiquait que le solde serait payé dès qu'aurait été apposée sa seule signature, et en a adressé une copie au chef de projet et directeur des travaux, qui n'a pas réagi. Puis, à la suite de remarques de la sous-traitante, il lui a adressé le décompte final corrigé, arrêté au montant de **767'000 francs**, le 10 juin 2015.

19

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Les faits

Le même 29 mai 2015, F. a été **licencié** par son employeur, soit l'entreprise générale, pour fin juillet 2015, ce dont la sous-traitante n'a pas été informée.

20

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Les faits

En procédure, il a déclaré qu'il «ne savait pas très clairement s'il avait le pouvoir de signer», mais qu'il «avait compris qu'il avait le pouvoir d'engager l'entreprise du fait que le chef de bureau, l'avait chargé de gérer l'ensemble du chantier et de faire les métrés».

21

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Les faits**

Ce n'est que le 5 janvier 2016 que, pour la première fois, l'entreprise générale a contesté le rôle de F. et le fait qu'il a signé pour elle certains documents.

22

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le litige**

La sous-traitante a adressé à l'entreprise générale une facture de **767'600 francs**, ce qui, compte tenu d'un acompte de 192'400 francs versé à titre de garantie, porte le montant total réclamé à 960'000 francs (767'600 fr. + 192'400 fr.). L'entreprise générale a versé un acompte de 400'000 francs le 1er février 2016. Le solde de 560'000 francs est ainsi litigieux.

23

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le droit**

La **représentation civile** est une institution qui permet à une personne - le représentant - d'accomplir un acte juridique avec un cocontractant, qui produit effet pour une autre personne - le représenté.

24

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le droit**

Selon le système des art. 32 ss CO, lorsque le représentant qui conclut le contrat manifeste agir au nom du représenté, le représenté est lié dans trois cas de figure:

- lorsque le représenté avait conféré les pouvoirs nécessaires au représentant dans leurs rapports internes (**procuration interne**; art. 32 al. 1 CO);
- [...]

25

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le droit**

Selon le système des art. 32 ss CO, lorsque le représentant qui conclut le contrat manifeste agir au nom du représenté, le représenté est lié dans trois cas de figure:

- [...]
- en l'absence de pouvoirs internes conférés au représentant par le représenté, lorsque le tiers pouvait déduire l'existence de tels pouvoirs du comportement du représenté dans leurs rapports externes (**procuration apparente**; art. 33 al. 3 CO); et
- [...]

26

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le droit**

Selon le système des art. 32 ss CO, lorsque le représentant qui conclut le contrat manifeste agir au nom du représenté, le représenté est lié dans trois cas de figure:

- [...]
- en l'absence de pouvoirs internes conférés au représentant par le représenté, lorsque celui-ci a **ratifié** le contrat (art. 38 al. 1 CO) Ces règles sont aussi applicables lorsque le représenté est une société anonyme.

27

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le droit**

Ces règles sont aussi applicables lorsque le représenté est une société anonyme.

28

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le droit**

Dans une **première étape**, le juge doit rechercher si le représentant a manifesté agir au nom du représenté et s'il avait des pouvoirs de représentation internes (art. 32 al. 1 CO). Ce n'est que s'il arrive à la conclusion que le représentant a agi sans pouvoirs de représentation internes que le juge devra, dans une **seconde étape**, rechercher si le représenté est contractuellement lié, soit en vertu de l'art. 33 al. 3 CO, soit en vertu de l'art. 38 al. 1 CO.

29

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation**Le droit**

Pour que la **première condition** de l'art. 32 al. 1 CO soit remplie, il faut que le représentant agisse **au nom du représenté** (" fait au nom d'une autre personne "). Il doit manifester - expressément ou tacitement - qu'il n'agit pas en son nom, mais en celui du représenté.

30

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

Pour que la **seconde condition** soit réalisée, il faut que le représentant ait agi en ayant eu les **pouvoirs internes** de le faire («autorisé»). Il doit avoir agi en vertu de l'autorisation qui lui avait été donnée par le représenté, c'est-à-dire en vertu d'une procuration (interne). C'est en priorité la volonté réelle et commune du représenté et du représentant qui est déterminante; ce n'est que subsidiairement, si la volonté réelle ne peut pas être établie, que l'octroi des pouvoirs doit être examiné selon le principe de la confiance.

31

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

L'octroi de pouvoirs par le représenté au représentant peut être soit exprès, soit **tacite**.

32

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

Selon la jurisprudence, l'octroi de **pouvoirs internes tacite** au sens de l'art. 32 al. 1 CO découle soit d'une tolérance («Duldung»), soit d'une apparence («Anschein»).

33

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

Il y a **tolérance**, c'est-à-dire procuration interne par tolérance («Duldungsbevollmächtigung» ou «Duldungsvollmacht»), lorsque le représenté sait qu'une personne a agi en son nom auprès d'un tiers sans qu'il l'y ait autorisée («ohne seinen Willen»), mais qu'il ne s'est pas opposé à cet acte de représentation non sollicité («unerbetene Vertretung»); ce cas de figure présuppose que le représentant n'avait pas connaissance du fait que le représenté n'avait pas la volonté de lui octroyer des pouvoirs.

34

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

Il y a **apparence**, c'est-à-dire procuration interne apparente («Anscheinsbevollmächtigung» ou «Anscheinsvollmacht»), lorsque, d'un côté, le représenté ne sait pas qu'une personne a agi comme sa représentante auprès d'un tiers, mais qu'il aurait dû le savoir s'il avait fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui, et que, de l'autre côté, la représentante pouvait, selon les règles de la bonne foi («Treu und Glauben»; art. 2 al. 1 CC), interpréter le comportement du représenté comme valant octroi de pouvoirs.

35

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

Selon les constatations de fait de l'arrêt attaqué, les deux exemplaires - produits en procédure - du contrat d'entreprise, rédigé par l'entreprise générale, comprennent en dernière page, à la fin de l'art. 7, peu avant l'espace réservé aux signatures, l'ajout manuscrit suivant, apposé par l'administrateur de la sous-traitante: "**Hr. F. _____ ist unterschriftsberechtigt für den Bauherr + GU.**"

36

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

Que l'administrateur de l'entreprise générale ait signé ce contrat avant la sous-traitante ou l'inverse importe peu. En effet, contrairement à la conception des parties, l'octroi de pouvoirs internes par le représenté au représentant ne découle pas d'un contrat passé entre le représenté et le tiers, mais d'un acte d'octroi du représenté au représentant. La clause contractuelle ajoutée dans le contrat d'entreprise par l'administrateur de la sous-traitante ne peut être comprise que comme communication externe de pouvoirs.

37

B. La communication tacite des pouvoirs de représentation

Le droit

Elle n'établit pas que l'entreprise générale aurait donné des pouvoirs internes à son employé au sens de l'art. 32 al. 1 CO, celui-ci ayant même déclaré qu'il «ne savait pas très clairement s'il avait le pouvoir de signer», mais qu'il «avait compris qu'il avait le pouvoir d'engager l'entreprise du fait que le chef de bureau l'avait chargé de gérer l'ensemble du chantier et de faire les métrés».

38

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Arrêt 300/2019 du 17 avril 2020

39

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Les faits

Par courrier du 17 septembre 2009, l'entreprise générale A. Sa a adjugé à B. SA des travaux de construction (fouilles pose de béton armé et maçonnerie) dans le cadre de la réalisation d'un lotissement pour un montant de 3'781'815 fr. 70.

40

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Les faits

Le 15 décembre 2019, B. SA a remis à A. SA une facture de 4'055'800 francs.

Le 11 octobre 2011, B. SA a adressé à l'administrateur de A. SA une facture distincte pour les derniers travaux commandés, exécutés entre décembre 2010 et septembre 2011, selon une description figurant dans un «**rapport de régie**». Cette seconde facture s'élevait, après rabais et escompte à 25'967 fr. 75.

41

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Le litige

Le 21 mai 2012, la défenderesse a conclu au **rejet intégral** de la demande et, reconventionnellement, au paiement de 146'634 francs. Elle a justifié ce montant en alléguant notamment des facturations erronées pour certains postes, des cas de double facturation pour d'autres postes, des erreurs de calcul (volumes de matériaux), ainsi que des pénalités dont elle a dû s'acquitter en raison de retards partiellement imputables à la demanderesse.

42

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Le litige

L'entreprise générale ne remet pas en cause le fait que les travaux ayant donné lieu aux factures contestées ont été commandés et effectivement réalisés. Elle insiste par contre sur le fait que **les bons de régie n'ont pas été signés**, ce qui exclurait d'emblée le droit à la rémunération de la demanderesse intimée.

43

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Le droit

Il est usuel dans la construction de faire signer par le maître, ou son représentant, des rapports de régie. Les rapports de régie servent un **but purement probatoire**. Le fait qu'un rapport de régie ne soit pas signé n'exclut dès lors pas le droit à la rémunération de l'entreprise de construction, mais le prive simplement de la présomption d'exactitude attachée à un rapport de régie signé.

44

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Le droit

En l'espèce, l'argument de la défenderesse selon lequel l'absence de signature sur les bons de régie l'autorisait à refuser de payer l'intégralité des montants revendiqués par la demanderesse, pour autant qu'il soit recevable (la motivation ne permettant pas d'identifier clairement en quoi le raisonnement des juges cantonaux violerait le droit), apparaît d'emblée mal fondé.

45

C. L'utilité de bons de régie non-signés

Le droit

L'avis pour le moins radical (selon lequel l'absence de signature des bons de régie exclurait toute rémunération) professé par la recourante conduirait d'ailleurs à des résultats choquants : il autoriserait le maître de l'ouvrage (ici : la défenderesse) - même s'il est établi qu'il a commandé les travaux, que ceux-ci ont effectivement été réalisés et que l'entreprise de construction parvient à justifier, preuves à l'appui, l'importance des prestations qu'elle a effectuées - à ne verser aucune rémunération à l'entreprise de construction, au (seul) motif qu'il n'a pas signé (volontairement ou non) les bons de régie.

46

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Arrêt 4A_32/2020 du 16 juin 2020

47

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Les faits

X., architecte et promoteur immobilier a fait construire trois bâtiments d'habitation dans les communes de Pully, de Chavannes-près-Renens et du Mont-sur-Lausanne.
Sur ces trois chantiers, X. a fait exécuter des travaux de couverture et de ferblanterie à l'entreprise individuelle Z.

48

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le litige

Le 6 février 2012, Z. a ouvert action contre X. devant la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud. Le défendeur devait être condamné à payer divers montants déjà réclamés par voie de poursuite; l'autorité était requise de donner mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer.

49

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le litige

Le défendeur a conclu au rejet de l'action. Il a d'abord opposé que le prix des travaux n'était exigible, le cas échéant, que de la société X. architecture SA dont il est l'organe unique. La Chambre patrimoniale a rejeté ce moyen par un jugement incident du 18 février 2014. Le défendeur a ensuite excipé de la prescription et de la compensation avec des créances de dommages-intérêts; celles-ci résultaient prétendument de malfaçons dans les ouvrages réalisés.

50

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le droit

Le 13 mars 2009, les parties ont établi en commun trois arrêtés de compte concernant chacun l'un des trois chantiers. Le demandeur a produit ces documents et la Chambre patrimoniale lui a alloué les soldes de rémunération qui y sont reconnus.

51

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le droit

Le défendeur soutient que son adverse partie n'était pas autorisée à produire ces documents parce qu'ils ont été **créés dans le cadre de pourparlers transactionnels**. Il se prévaut aussi d'une mention « Ce document ne constitue en aucune manière une reconnaissance de dette » présente sur chacun d'eux.

52

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le droit

La Cour d'appel retient que pour deux de ces arrêtés de compte, les montants indiqués sont de toute manière **confirmés par l'expertise judiciaire**. Cela n'est pas sérieusement contesté devant le Tribunal fédéral.
Pour le surplus, l'argumentation présentée est inconsistante.

53

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le droit

«Le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.» (art. 152 al. 2 CPC)

54

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le droit

Une preuve n'est pas « obtenue de manière illicite », aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, du seul fait que les parties l'ont créée d'un commun accord **en relation** avec des pourparlers transactionnels.

55

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

D. La valeur probante d'un arrêté de compte créé d'un commun accord en relation avec pourparlers transactionnels

Le droit

En raison de la mention invoquée par le défendeur, les arrêtés de compte n'ont certes pas la portée d'une reconnaissance de dette selon l'art. 17 CO; néanmoins, le demandeur a reconnu que des travaux ont été exécutés et que leur valeur, sous réserve d'éventuels défauts et après déduction des paiements déjà intervenus, correspondait aux montants indiqués. Chaque arrêté de compte exprime un **aveu extrajudiciaire** dont les juges du fait doivent apprécier la force probante. En l'occurrence, l'appréciation n'est pas critiquée de manière concluante.

56

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

E. L'avance des frais d'exécution par substitution

Arrêt 395/2019 du 2 mars 2020

57

E. L'avance des frais d'exécution par substitution

Les faits

Le 16 mai 2012, Z. SA a conclu avec X. SA, à **Dietlikon**, un contrat d'entreprise générale à prix forfaitaire pour la construction d'un bâtiment à Genève. La livraison de l'ouvrage a eu lieu le 11 août 2015.

Dès le mois de février 2016, Z. SA s'est plainte de **défauts affectant principalement la façade**.

A la suite de l'appel à garantie invoqué par Z. SA, X. SA lui a communiqué qu'elle suspendait les travaux de réfection.

58

E. L'avance des frais d'exécution par substitution

Le litige

Le 7 juin 2016, Z. SA a initié une procédure arbitrale.

Dans ses dernières conclusions du 16 avril 2018, Z. SA a conclu notamment et principalement au versement d'une avance pour les frais des travaux de réfection non encore exécutés d'un montant de **55'779'483 fr. 25**.

X. SA a conclu notamment au rejet de la demande d'avance de frais de réfection.

59

E. L'avance des frais d'exécution par substitution

Le droit

La recourante reproche au tribunal arbitral d'avoir **manifestement** violé les art. 366 al. 2 (par analogie) et 368 al. 2 CO en déterminant une avance des frais sans avoir tranché au préalable la question litigieuse de la **méthode** de réparation et sans avoir fixé de **déla**i à la propriétaire pour procéder à la réparation.

60

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Selon l'art. 368 al. 2 CO, en cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage, le maître a notamment le droit d'obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais. Il n'y a pas lieu d'examiner la condition des dépenses excessives qui n'est pas critiquée par la recourante.

61

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Ce droit initial du maître en exécution contre l'entrepreneur, c'est-à-dire en réparation par l'entrepreneur lui-même, est remplacé par un **droit du maître à l'exécution par un tiers** (ou par lui-même) (droit à l'exécution par substitution; «Recht auf Ersatzvornahme»), en vertu de l'art. 366 al. 2 CO, applicable **par analogie**, soit lorsque l'entrepreneur n'exécute pas son obligation de réparer, tarde à le faire ou en paraît incapable.

62

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Le maître renonce définitivement à l'exécution par l'entrepreneur et il en confie le soin à un tiers (ou y procède lui-même) aux frais et risques de l'entrepreneur. L'obligation de faire qui incombait à l'origine à l'entrepreneur en vertu du contrat d'entreprise se transforme en une **obligation de payer** les frais de l'exécution par substitution. Le droit du maître de se faire payer les frais de réparation par un tiers est ainsi une prétention en exécution, et non en dommages-intérêts.

63

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Ce droit du maître à l'exécution par substitution de l'art. 366 al. 2 CO, appliqué par analogie, n'est soumis ni à une **sommation** à adresser à l'entrepreneur, ni à la fixation à celui-ci d'un **délai convenable** selon l'art. 107 al. 1 CO, ni à une **autorisation du juge**, comme c'est le cas du droit à l'exécution par substitution découlant de l'art. 98 al. 1 CO; pour empêcher une exécution défectueuse qui est prévisible avec certitude, le maître doit en effet pouvoir, selon les circonstances, agir rapidement, sans avoir à requérir au préalable une autorisation du juge.

64

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Le maître peut faire procéder à la réfection par un tiers **sans s'en faire avancer les frais**. Il devra, après la réparation des défauts, agir contre l'entrepreneur pour faire valoir à la fois son droit à la réfection par substitution, ainsi que sa prétention en remboursement des dépenses effectivement engagées pour cette réfection par le tiers.

Le maître peut aussi agir d'abord en paiement d'une **avance** pour les frais de réfection par un tiers.

65

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Le droit à une **avance** des frais de réfection par substitution d'un tiers représente une nouvelle modification de la prétention initiale en exécution.

Il suppose donc:

- que le maître ait un **droit à la réfection de l'ouvrage** au sens de l'art. 368 al. 2 CO,
- qu'il ait un **droit à l'exécution par substitution d'un tiers** conformément à l'art. 366 al. 2 CO par analogie et
- qu'il ait effectivement l'**intention de faire réparer l'ouvrage** par le tiers.

66

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Cette avance est une estimation des frais présumés (ou prévisibles) de réfection. Elle n'est qu'un **acompte**, qui est, par définition, versé sous réserve d'un règlement définitif des frais. Comme dans le cas où le maître procède à la réfection sans avance de frais, le coût de la réfection devra être examiné à la fin des travaux; un éventuel excédent sera remboursé à l'entrepreneur. Le maître est tenu d'adresser un décompte à l'entrepreneur une fois la réparation terminée par le tiers.

67

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Le jugement concernant l'avance de frais ne règle donc ni la prétention de l'entrepreneur en **restitution de l'avance** excédentaire, ni la prétention complémentaire du maître en **paiement des coûts non couverts** par l'avance.

En revanche, la question du droit du maître à la substitution par un tiers, qui est une condition du droit à l'avance jouit de l'autorité de la chose jugée et ne peut être revue dans le second procès sur le décompte des coûts effectifs.

68

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Si, lorsqu'il effectue lui-même la réparation, l'entrepreneur choisit en principe le mode de réparation, il n'est pas **arbitraire** de considérer, comme l'a fait le tribunal arbitral, que lorsque le maître de l'ouvrage a le droit de faire procéder à la réparation par un tiers, il choisit le mode de réparation **à ses risques et périls** et, s'il utilise une méthode inadéquate ou trop onéreuse, il en subira les conséquences lorsque les décomptes définitifs seront établis. L'avance n'est qu'une estimation, un acompte.

69

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Selon la jurisprudence, le montant de l'avance correspond aux frais présumés (ou prévisibles) de la réparation des défauts. Il s'agit d'une **estimation** à laquelle le juge procède, notamment sur la base de devis, voire d'une expertise. **Le fait que l'avance soit fondée sur une expertise ne change rien** au fait qu'elle n'a que la valeur d'un acompte, versé sous réserve du règlement ultérieur définitif des coûts; elle n'a pas autorité de la chose jugée, mais si elle est ainsi basée sur une expertise, des exigences de motivation élevées seront nécessaires pour s'en écarter.

70

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

E. L'avance des frais d'exécution par substitution**Le droit**

Puisque **le bien-fondé du montant de l'avance de frais peut être revu au moment du décompte final des coûts effectifs** et que le maître, qui a choisi une méthode trop onéreuse, en supporte le risque, cette avance des frais n'est logiquement qu'une prestation provisoire («vorläufige Leistung»).

71

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire**Arrêt 273/2019 du 17 avril 2020**

72

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire

Les faits

Le 17 avril 2004, C. SA a conclu par écrit avec D. SA et B. Frères un « contrat d'entreprise totale » portant sur la réalisation de 5 chalets dans la station de **Verbier**.

La mission de D. SA et de B. Frères s'étendait de l'étude du projet, avec la confection des plans, jusqu'à l'exécution de l'ensemble des travaux.

73

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire

Les faits

La réalisation progressa conformément à la planification convenue jusqu'à la fin de l'année 2004. Des retards survinrent ensuite et des divergences s'élevèrent entre les parties.

Le 3 octobre 2007, la maîtresse de l'ouvrage signifia à ses contractantes qu'elle ferait achever les travaux à leurs frais par des entreprises tierces.

74

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire

Les faits

Selon les plans validés par le permis de construire, les sous-sols des chalets devaient comprendre divers locaux et espaces non habitables. **Ces locaux et espaces furent en réalité aménagés en pièces d'habitation.**

L'autorité communale exigea une nouvelle procédure d'autorisation de construire destinée à régulariser les constructions effectivement réalisées.

75

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire

Les faits

De divers propriétaires voisins et de la commune de Bagnes, la maîtresse de l'ouvrage dut acquérir à prix d'argent les **droits de bâtir** nécessaires à l'augmentation de la surface habitable.

L'autorité communale lui infligea en outre une **amende administrative** au montant de 100'000 francs.

76

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire

Le litige

Le 10 décembre 2007, C. SA a ouvert action contre D. SA et B. Frères devant le Juge des districts de Martigny et Saint-Maurice.

Les défenderesses ont conclu au rejet de l'action et elles ont introduit une action reconventionnelle.

Le Juge de district a alloué à C. SA un montant incluant l'amende administrative infligée à hauteur de 100'000 francs par l'autorité communale.

77

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire

Le droit

Il est constant que l'**amende administrative** prévue par la législation valaisanne sur les constructions doit être infligée à raison de la faute imputable à la personne physique ou morale qui est condamnée. Il s'ensuit que cette amende ne peut pas constituer un dommage sujet à réparation en application du droit civil.

78

F. L'impossibilité de répercuter une amende administrative sur le mandataire

Le droit

Nonobstant les protestations de la demanderesse, le Tribunal cantonal retient à bon droit qu'il incombait à cette partie de **contester** le prononcé de l'autorité communale et de faire valoir, si elle s'y estimait fondée, qu'elle n'assumait aucune responsabilité dans la réalisation d'un ouvrage divergeant des plans autorisés et contraire à la réglementation applicable.

79

G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante

Les faits

Même arrêt que le précédent.

80

G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante

Le droit

Il est aussi constant que l'aménagement de pièces d'habitation supplémentaires dans les sous-sols des chalets s'est accompli conformément à une volonté exprimée par la demanderesse. Selon les juges de première instance et d'appel, les défenderesses s'étaient chargées de la confection des plans. Dans l'exécution de cette tâche, elles auraient dû **avertir** leur cocontractante que l'aménagement de pièces supplémentaires entraînait une augmentation de la surface habitable et que cette augmentation nécessitait l'acquisition de droits de bâtir eux aussi supplémentaires.

81

G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante

Le droit

Elles ont omis cet avertissement et leur responsabilité est par conséquent engagée à titre principal. Néanmoins, en raison des connaissances professionnelles des organes de la demanderesse, ceux-ci auraient pu et dû entrevoir par eux-mêmes les conséquences juridiques et financières de l'aménagement de pièces supplémentaires; c'est pourquoi les juges d'appel imputent une **faute concomitante** à cette partie. Leur raisonnement fait référence à un traité renommé dans le domaine du contrat d'entreprise.

82

G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante

Le droit

La demanderesse avait notamment pour but le développement d'affaires immobilières. Dès avant la demande d'autorisation de construire, le 10 juin 2003, et jusqu'au 23 décembre 2005, elle a eu pour organes non seulement ses deux actionnaires dont les connaissances professionnelles ou autres aptitudes ne sont pas constatées, mais aussi **deux avocats**.

83

G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante

Le droit

La limitation de la surface habitable d'un bâtiment en fonction de la surface constructible du terrain est une **règle classique** du droit des constructions, de sorte que des avocats actifs dans la promotion immobilière ne peuvent guère l'ignorer. Le Tribunal cantonal exerçait un large pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 44 al. 1 CO relatif à la faute concomitante.

84

G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante

Le droit

En dépit de l'opinion différente de la demanderesse, le tribunal a jugé sans abuser de ce pouvoir que les avocats organes de la demanderesse étaient en mesure de discerner que l'aménagement de pièces d'habitation supplémentaires, dans les sous-sols des chalets, pouvait engendrer une irrégularité au regard du permis de construire et de la réglementation applicable. La demanderesse n'est donc pas fondée à se plaindre, sur ce point, d'une violation des règles de la responsabilité contractuelle.

85

G. La réduction des dommages-intérêts alloués au maître de l'ouvrage pour faute concomitante

Le droit

Le Tribunal cantonal n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en jugeant la faute concomitante suffisamment grave, en comparaison avec la faute principale des deux sociétés chargées de la réalisation, pour justifier une réduction de 10 % des dommages-intérêts. Sur ce point également, les critiques de la demanderesse doivent être rejetées.

86

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive

Arrêt 273/2019 du 17 avril 2020

87

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive

Les faits

Même arrêt que le précédent.

88

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive

Le droit

Le Juge de district a alloué à la demanderesse le montant de 1'271'375 fr.20 au titre de la **peine conventionnelle** convenue, pour soixante-sept semaines de retard dans la livraison des cinq chalets.

Le Tribunal cantonal confirme le calcul du juge de première instance. Il retient cependant que la pénalité correspondant à 16,75 % du prix forfaitaire convenu est excessive et sujette à réduction en application de l'art. 163 al. 3 CO. Il la réduit au maximum jugé tolérable, soit à 800'000 fr. correspondant à « un peu plus » de 10 % du prix.

89

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive

Le droit

Devant le Tribunal fédéral, la demanderesse conteste cette réduction.

90

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive

Le droit

Aux termes de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire les peines conventionnelles qu'il estime excessives. Cette disposition lui confère un pouvoir d'appréciation. Une réduction ne se justifie toutefois que **si le montant fixé dépasse toute mesure raisonnable et compatible avec le droit et l'équité.**

91

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive

Le droit

Tel est le cas, notamment, lorsqu'il existe **une disproportion évidente** entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à élever la totalité de sa prétention. Les circonstances de l'espèce sont déterminantes; il convient de tenir compte, en particulier, de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute, de la situation économique des parties et de leur expérience en affaires. Il n'incombe pas au créancier de prouver que la peine convenue est appropriée, mais au débiteur d'alléguer et d'établir des faits propres à justifier une réduction.

92

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive

Le droit

L'approche ainsi adoptée équivaut à poser de manière absolue et générale qu'au regard de l'art. 163 al. 3 CO, une pénalité à calculer en fonction d'un retard dans la livraison de l'ouvrage ne peut pas excéder « un peu plus » de 10 % du prix de l'ouvrage.

93

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive**Le droit**

Un régime pareillement **rigide** ne pourrait se justifier que par des considérations topiques, objectives et irréfutables. Or, celles-ci ne se révèlent pas d'emblée et le Tribunal cantonal ne les expose pas. Il importe plutôt que le juge exerce son pouvoir d'appréciation et fonde une éventuelle réduction de la pénalité sur les circonstances concrètes de la cause.

94

H. La réduction d'une peine conventionnelle excessive**Le droit**

Dans l'affaire présentement discutée, le Tribunal cantonal ne relève **aucun élément** au regard duquel la pénalité calculée conformément au contrat puisse être jugée exorbitante de toute mesure raisonnable et incompatible avec le droit et l'équité. La motivation du jugement d'appel ne parvient donc pas à justifier la réduction de la pénalité.

95

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Arrêt 133/2019 du 10 décembre 2019 (i)

P. Pichonnaz, DC 2020 137

96

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Les faits

Le 8 février 2011, C. conclut avec A. SA et B Sàrl un contrat d'entreprise générale à prix forfaitaire portant sur la construction d'un immeuble.

Le 9 février 2011, A. SA sous-traite les travaux d'excavation à consortium composé des entreprises D. SA et E. SA.

Invoquant de graves manquements, C. met un terme au contrat. Pour éviter l'inscription d'hypothèques légales des entrepreneurs, il s'acquitte néanmoins des factures du sous-traitant, que A. SA n'avait acquittées que partiellement.

97

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Le litige

A. SA et B. Sàrl ouvrent action contre C. en paiement du travail fait et de leur manque à gagner.

Devant le Tribunal fédéral, la résiliation n'est plus remise en cause, mais il s'agit de savoir si le maître de l'ouvrage doit payer le travail déjà effectué et s'il doit indemniser les entrepreneurs pour le bénéfice qu'ils n'ont pas pu réaliser.

98

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Le droit

Lorsqu'au cours des travaux, l'entrepreneur est en retard, le maître de l'ouvrage peut, en respectant les exigences des art. 107 ss CO, mettre un terme anticipé au contrat en vertu de l'art. 366 al. 1 CO.

Selon la doctrine et la jurisprudence, il a alors le choix entre une résolution (ex tunc) et une résiliation (ex nunc).

99

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Le droit

En ce qui concerne la rémunération due à l'entrepreneur pour le travail effectué jusqu'à la résiliation, il convient de se baser sur le prix convenu par les parties pour les travaux d'excavations déjà réalisés, à savoir CHF 1 100 000, et non sur la valeur réelle estimée par un expert à CHF 800 000.

100

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Le droit

En présence d'un prix forfaitaire, le Tribunal fédéral reconnaît qu'on ne peut pas nécessairement appliquer une méthode du pourcentage du contrat réalisé et l'appliquer au montant forfaitaire, puisqu'un certain pourcentage des prestations effectuées ne correspond pas nécessairement au même pourcentage de la rémunération prévue pour l'ensemble de ces prestations.

101

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Le droit

Revoyant librement la question de la rémunération, il retient qu'il est plus approprié d'appliquer au prix de base prévu par le contrat le rapport entre la valeur réelle de la totalité des travaux d'excavations et la valeur réelle des travaux d'excavations effectivement réalisés.

102

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

I. La fin anticipée du contrat d'entreprise pour cause de retard

Le droit

Cette approche qualitative a l'avantage de tenir compte du fait que certaines parties d'un paiement forfaitaire peuvent s'avérer plus coûteuses à réaliser que d'autres; en d'autres termes, un certain pourcentage de l'exécution du travail ne correspond pas nécessairement au même pourcentage de la rémunération.

103

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

II. Le contrat d'architecte et d'ingénieur

**A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur
4A_606/2018 du 4 mars 2020**

104

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Arrêt 606/2018 du 4 mars 2020

105

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Les faits

En février 2012, B. SA a conclu avec A. Sàrl un contrat portant sur des prestations d'ingénierie dans le cadre de la rénovation/construction de l'hôtel C.

Par courrier du 16 juillet 2012, A Sàrl s'est plainte auprès de B. SA. Ses critiques portaient sur la structure de l'organisation du projet et sur les divergences entre le contrat et la réalité sur le chantier.

106

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Les faits

Les 2 juillet et 1^{er} août 2012, A. Sàrl a établi des factures partielles qui n'ont pas été réglées par B. SA.

En septembre 2012, A. Sàrl a suspendu les prestations de planification et de coordination qu'elle estimait dépasser celles convenues dans le contrat.

Par courrier du 13 septembre 2012, B. SA a notamment fait état d'un « dommage financier à sept chiffres » lié au comportement de A.

107

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Les faits

Le 21 décembre 2012, A. Sàrl a présenté à B. SA sa facture finale, par 1'739'156 fr. 90 et 11'508 fr. 48. Ceux-ci n'ont pas été payés.

Le 16 avril 2013, A. Sàrl a déposé une **requête de preuve à futur** contre B. SA portant sur les prestations qu'elles avait fournies dans le cadre du projet de rénovation/construction de l'hôtel C.

108

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le litige

Au terme de la procédure de preuve à futur, le juge de paix a mis les frais à la charge de la requérante. Sa décision a été confirmée par la cour cantonale.

A ce stade, le litige porte sur la prise en charge des frais d'expertise par 114'480 francs - à l'exclusion des frais du complément d'expertise et de l'émolument judiciaire - ainsi que sur les dépens.

109

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

La preuve à futur prévue à l'art. 158 CPC est une procédure probatoire spéciale de procédure civile, qui peut avoir lieu avant l'ouverture de l'action.

L'art. 158 al. 1 let. b CPC prévoit deux cas de preuve à futur.

110

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

Dans le premier cas, elle a pour but d'assurer la conservation de la preuve, lorsque le moyen de preuve risque de disparaître ou que son administration ultérieure se heurterait à de grandes difficultés. Une partie peut donc requérir une expertise ou une autre preuve sur des faits qu'elle entend invoquer dans un procès éventuel, en vue de prévenir la perte de ce moyen de preuve.

111

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

Dans le second cas, la preuve à futur hors procès est destinée à permettre au requérant de clarifier les chances de succès d'un éventuel procès au fond. Le requérant doit établir qu'il a un intérêt digne de protection à l'administration de la preuve. Il ne lui suffit pas d'alléguer avoir besoin d'éclaircir des circonstances de fait; il doit rendre vraisemblable l'existence d'une prétention matérielle concrète contre sa partie adverse, laquelle nécessite l'administration de la preuve à futur.

112

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

Tous les moyens de preuve prévus par les art. 168 ss CPC peuvent être administrés en preuve à futur hors procès, et ce conformément aux règles qui leur sont applicables. Lorsqu'il s'agit d'une expertise, les règles des art. 183 à 188 CPC s'appliquent.

113

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

En particulier, le tribunal nomme un expert, préside au déroulement des opérations, instruit l'expert et lui soumet les questions soumises à expertise (art. 185 al. 1 CPC). Il donne aux parties l'occasion de s'exprimer sur ces questions et de proposer qu'elles soient modifiées ou complétées (art. 185 al. 2 CPC) et fixe à l'expert un délai pour déposer son rapport (art. 185 al. 3 CPC). Il communique ensuite celui-ci aux parties et leur offre la possibilité de demander des explications ou de poser des questions complémentaires à l'expert (art. 187 al. 4 CPC).

114

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur**Le droit**

La procédure de preuve à futur n'a pas pour objet d'obtenir qu'il soit statué **matériellement** sur les droits ou obligations des parties, mais seulement de faire constater ou apprécier un certain état de fait. Une fois les opérations d'administration de la preuve terminées, le juge clôt la procédure et statue sur les frais et dépens.

115

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur**Le droit**

Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a jugé que la partie requérante doit prendre en charge l'émolument judiciaire en cas d'admission de sa requête de preuve à futur, même si la partie intimée a conclu au rejet de la requête. Faute de **décision sur une prétention de droit matériel** à l'issue de la procédure de preuve à futur, il n'y a en effet ni partie qui obtient gain de cause ni partie qui succombe, de sorte que la règle générale de répartition de l'art. 106 al. 1 CPC ne saurait s'appliquer.

116

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur**Le droit**

La répartition des frais **en équité** (cf. art. 107 al. 1 let. f CPC) commande de les faire supporter par la partie qui a intérêt à la preuve à futur, soit au requérant.

117

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

Grâce à l'administration de la preuve requise, celui-ci a en effet la possibilité de sauvegarder un moyen de preuve en péril ou de clarifier ses chances dans un éventuel procès au fond; **s'il choisit d'introduire un tel procès et qu'il obtient finalement gain de cause, il pourra en outre reporter sur la partie succombante les coûts de la procédure de preuve à futur.**

118

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

Les mêmes considérations valent pour les **dépens de la partie intimée**, qui doivent être pris en charge par la partie requérante, sous réserve d'un éventuel remboursement à l'issue du procès principal. En effet, l'intimé est attiré contre son gré à la procédure de preuve à futur et doit dans tous les cas participer à l'administration de la preuve, ce qui, s'il est représenté par un avocat, lui occasionne des coûts.

119

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

Lorsqu'il exerce son droit d'être entendu et pose à l'expert des **questions complémentaires** qui ne sortent pas du cadre défini par le requérant, l'intimé à la requête ne peut pas se voir imposer la prise en charge d'une partie des frais de la mesure probatoire, quand bien même il ne s'est pas opposé à la requête et que ses questions ont occasionné un travail supplémentaire de la part de l'expert.

120

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

Il appartient au juge, auquel la décision définitive sur la formulation des questions incombe, de s'assurer que l'objet du procès déterminé par le requérant **n'est pas étendu** par des questions complémentaires de la partie adverse.

121

Chambre des avocats spécialistes FSA en droit de la construction et de l'immobilier

A. Le sort des frais d'expertise et des dépens d'une preuve à futur

Le droit

S'il remplit l'une des conditions de l'art. 158 al. 1 CPC, l'intimé à la requête peut toujours demander **l'extension de la preuve à futur** à d'autres faits et/ou à d'autres moyens de preuve; il devra alors prendre à sa charge les frais y relatifs.

122
