

Mémoire de demande

adressé à

la 1^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral

par

Arkis SA

Représentée par l'équipe n°15 du Swiss Moot Court

contre

Manni SA

Dont les conseils sont des étudiants

Équipe N°15

Langue maternelle : français

RECOMMANDÉ

Tribunal fédéral

1ère Cour civile

29, Av. du Tribunal fédéral

1000 LAUSANNE 14

Lausanne, le 12 octobre 2010

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les juges,

Au nom et par mandat de la société Arkis SA, nous avons l'honneur de vous adresser le présent mémoire de demande, à l'encontre de la société Manni SA.

I. RECEVABILITE

La société Manni SA interjette un recours en matière civile, les dispositions des art. 72 ss LTF sont par conséquent applicables.

L'art. 74 LTF pose tout d'abord une exigence de valeur litigieuse minimale, fixée à 30'000.- à l'al. 1^{er} lettre b. La valeur litigieuse, fixée selon les modalités de l'art. 51 LTF, s'élevant à 614'240.-, l'exigence minimale est dépassée.

L'art. 75 al. 1 LTF précise que le recours est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance. Le recours en matière civile de la demanderesse s'exerce ici à l'encontre du jugement rendu par l'instance de recours cantonale du Tessin.

L'art. 76 al. 1 LTF ajoute que la qualité pour recourir appartient à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, et qui a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, ce qui est le cas de la société demanderesse Arkis SA.

L'art. 95 LTF mentionne enfin la violation du droit fédéral comme motif de recours.

Remis ce jour par le conseil du recourant, au bénéfice d'une procuration, à un bureau de poste suisse, par envoi sous pli recommandé à l'adresse de la juridiction compétente, le présent recours est déposé en temps utile, conformément à l'art. 100 al. 1 LTF. Il répond aux prescriptions de forme posées par la loi et est donc recevable.

II. MOYENS

1. De la qualification du contrat liant les parties

En décembre 2001, Manni SA et Arkis SA ont conclu un contrat. Il convient tout d'abord de qualifier ce contrat. Manni SA, ayant acquis un immeuble nécessitant de gros travaux d'assainissement et d'aménagement, a engagé Arkis SA, afin de pourvoir à cette tâche et lui a confié «*les études techniques, les éventuelles études de structure et la direction des travaux* ».

Le contrat de construction est une forme de contrat d'entreprise, dont la caractéristique principale tient dans le fait que le constructeur a l'obligation d'exécuter des travaux de construction¹. Le constructeur peut se présenter sous différentes formes, notamment sous celle d'entrepreneur général et total. La doctrine et la jurisprudence définissent le contrat d'entreprise générale comme étant le contrat par lequel une partie, l'entrepreneur général, s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer². Dans le cadre de ce rapport, le maître n'a de contrat qu'avec l'entrepreneur général, qui réalise l'ouvrage seul, selon les instructions du maître ou de ses mandataires. L'entrepreneur général se charge de la réalisation de l'ouvrage, personnellement ou avec l'aide de fournisseurs et de sous-traitants qu'il engage en son nom et pour son compte³. Le contrat d'entreprise générale est un contrat d'entreprise, auquel s'appliquent les règles ordinaires, ceci même si l'entrepreneur général n'exécute lui-même aucun travail matériel, se bornant à coordonner et à diriger les travaux⁴. Le contrat dit d'entreprise totale désigne quant à lui le contrat par lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans, contrat qui doit également être qualifié en droit de contrat d'entreprise⁵. L'entrepreneur assume donc à la fois les tâches d'entrepreneur général et celles des mandataires⁶.

Ce contrat se distingue des contrats d'architecte et d'ingénieur en ce sens que, dans le contrat d'architecte et d'ingénieur, le mandataire se borne à conseiller le maître et à le représenter ; les

¹ GAUCH, n. 205.

² ATF 114 II 54.

³ TERCIER, n. 4280.

⁴ TERCIER, n. 4282, ATF 97 II 69, ATF 94 II 161.

⁵ ATF 114 II 53, ATF 117 II 273.

⁶ TERCIER, n. 4286.

contrats passés avec les entrepreneurs qui exécutent l'ouvrage le sont au nom et pour le compte du maître, tandis que dans le contrat d'entreprise générale ou totale, l'entrepreneur agit seul, en son nom et pour son compte⁷. L'architecte et l'ingénieur peuvent cependant très bien être des constructeurs : la dénomination professionnelle et le fait éventuel d'exploiter un bureau d'architecte ou d'ingénieur n'exerce aucune influence sur la qualification du contrat qui a été passé. Si, d'après le contenu du contrat, il doit réaliser une construction contre rémunération, l'architecte ou l'ingénieur est soumis au droit du contrat d'entreprise⁸. Ce n'est que s'il délègue des travaux à des tiers au nom de son partenaire contractuel qu'on se trouve en présence d'un contrat d'architecte ou d'ingénieur et non de construction⁹.

En l'espèce, Arkis SA s'est chargée de l'assainissement et de l'aménagement de l'immeuble nouvellement acquis par la défenderesse, ce qui a notamment induit des prestations d'architectes, d'ingénieurs civils, ainsi que des travaux de réfection des planchers et de l'adjudication de divers travaux supplémentaires, dont la société Arkis SA s'est chargée. Il s'agit bien de travaux de construction, ceux-ci pouvant consister en des travaux de réparation ou de transformation¹⁰. Il ressort par ailleurs clairement de l'état de fait que la défenderesse Manni SA n'a jamais eu directement à faire à des sous-traitants, celle-ci ne s'est toujours adressée qu'à Arkis SA. C'est cette dernière qui était juridiquement liée aux éventuels sous-traitants. Le contrat liant les deux sociétés doit donc être qualifié de contrat d'entreprise totale, et les règles des art. 363 ss CO relatives au contrat d'entreprise lui sont applicables.

Par ailleurs, le fait d'attribuer à l'entrepreneur également des qualités propres à un mandataire n'affecte pas la qualification du contrat. Pour se prononcer sur cette dernière il convient de déterminer l'obligation principale et déterminante du contrat, ce qui n'exclut pas que la partie qui s'engage à l'exécuter assume d'autres obligations d'une autre nature¹¹.

En l'espèce, Arkis SA promet fondamentalement un résultat, la remise en état de l'immeuble, bien qu'il ait d'autres obligations qui sont des moyens, comme la direction des travaux. Il s'agit bien d'un contrat de construction, car la caractéristique principale tient dans le fait que le constructeur a l'obligation d'exécuter des travaux de construction¹², auquel il faut appliquer les art. 363 ss CO pour l'ensemble des activités. Cette solution doit primer, afin de privilégier une unité des règles applicables, comme le prévoit une partie importante de la doctrine¹³, au lieu de choisir une solution de compromis en qualifiant ce type de convention de contrat mixte. Cette dernière hypothèse suivie

⁷ TERCIER, n. 4281.

⁸ GAUCH, n. 241.

⁹ ATF 97 II 66, GAUCH, n. 242.

¹⁰ GAUCH, n. 207.

¹¹ TERCIER, n. 4235.

¹² GAUCH, n. 205.

¹³ GAUCH et TERCIER.

par la jurisprudence permet certes *d'arriver à des solutions appropriées aux circonstances*¹⁴, mais elle amène en contrepartie trop d'incertitudes juridiques en ce qu'il faudra définir pour chaque prestation litigieuse s'il s'agit plutôt de la partie mandat ou celle de l'entreprise pour déterminer quelles règles appliquer. Cette solution nous oblige à utiliser différentes parties spéciales du CO au sein d'un même contrat.

Nonobstant, cette qualification n'a que peu d'importance à l'égard du litige. En effet, à l'une ou l'autre solution s'appliqueraient les mêmes règles, le litige portant d'une part sur un devis excessif et d'autre part sur un défaut de l'ouvrage. Les art. 363 ss CO sont pertinents même s'il s'agit d'un contrat mixte, car nous sommes dans la partie du contrat qui concerne les tâches de l'entrepreneur. Il faut appliquer les règles du contrat d'entreprise lorsqu'il apparaît que celui qui s'engage est objectivement en mesure de promettre le résultat escompté, parce que sa réalisation dépend principalement de lui¹⁵. Or la réalisation d'un devis dépend bien de l'entrepreneur¹⁶, tout comme la garantie en raison des défauts.

2. Du devis

Dans le contrat d'entreprise, le prix peut être déterminé de deux manières principales, à savoir les prix fermes et les prix effectifs¹⁷

2.1. Du devis approximatif

Dans le cadre des prix effectifs, l'art 374 CO énonce que le contrat porte sur des prestations qui ne sont pas encore totalement définies au moment de sa signature et qui sont donc destinées à être développées ultérieurement par l'entrepreneur total dans le respect du contrat et des objectifs fixés.

En l'espèce, le contrat prévoyait plusieurs travaux de rénovation d'un immeuble, auxquels le maître de l'ouvrage avait fixé un ordre de grandeur pour le montant des dépenses. En effet, l'architecte de Manni SA n'avait lui-même établi qu'une estimation sommaire des coûts avant les travaux, ce qui représente le maximum que l'on puisse faire à ce stade. Dans ce type de contrat, le prix n'étant pas fixé à l'avance, l'entrepreneur fixe sa rémunération selon les prix effectifs, conformément au principe de l'article 374 CO¹⁸. C'est ce montant que le maître doit en principe payer. Lorsqu'une estimation est demandée à l'entrepreneur avant le début des travaux, il est important de rappeler

¹⁴ ATF 114 II 54.

¹⁵ TERCIER, n. 5013, ATF 109 II 34.

¹⁶ ATF 114 II 56.

¹⁷ TERCIER, n. 4658.

¹⁸ TERCIER, n. 4731.

que ce dernier ne garantit pas le prix de cette évaluation. Cependant, lorsqu'il y a un dépassement excessif, l'art. 375 CO donne un droit à la réduction du prix.

Nonobstant, il convient de se demander pendant combien de temps le maître dispose des droits découlant de l'art. 375 CO. En tant que droits formateurs, ni le droit de se départir du contrat, ni le droit à la réduction du prix ne sont sujets à prescription. Il se justifie par contre de soumettre ces droits au délai de péremption d'une année de l'art. 31 CO. Ce délai court dès que le maître a eu pleinement connaissance du dépassement du devis¹⁹.

En l'espèce, nous pouvons affirmer que le 26 février 2004, au plus tard, Manni SA a pleinement eu connaissance du dépassement étant donné qu'elle a procédé au paiement du prix total exigé par Arkis SA. Le maître de l'ouvrage n'a pas manifesté son intention d'ouvrir action avant le 18 juillet 2006, à cette date, le délai est échu et son action est éteinte. Arkis SA n'est, par conséquent, pas tenue de réduire le prix des travaux effectués.

2.2. Du prix plafond

Concernant l'éventualité d'avoir fixé un prix plafond, c'est une hypothèse qui ne peut pas être retenue en l'espèce. Ce procédé prévoit que les parties conviennent que le prix sera calculé selon la méthode effective, mais que le total ne dépassera en aucun cas un montant maximal²⁰. Arkis SA soutient qu'à aucun moment Manni SA n'a été suffisamment claire à ce sujet. En effet, elle n'a jamais précisé que l'estimation à laquelle elle avait soumise les travaux ne pouvait pas être dépassée, mais uniquement qu'il fallait la respecter, c'est-à-dire rester dans le même ordre de grandeur. La défenderesse ne pouvait exiger plus de la défenderesse, car son estimation n'a jamais eu un caractère précis. Cette dernière, particulièrement sommaire, avait été faite par le maître de l'ouvrage et avant même qu'Arkis SA ne soit mandatée pour établir les études d'architecture et de structure. Le maître devait donc s'attendre à un degré d'incertitude plus élevé que dans les cas usuels, dans lesquels l'entrepreneur qui fixe une estimation du prix.

Lorsqu'Arkis SA a accepté le contrat, elle avait conscience de ces éléments et du caractère approximatif de l'estimation. La demanderesse pouvait légitimement supposer que le prix fixé dans le contrat n'avait pour but que de donner une idée grossière du prix final, et non représenter une limite supérieure qu'il ne fallait pas franchir, d'autant que la partie adverse était représentée par un architecte. Par conséquent, on ne peut pas reprocher à la demanderesse de ne pas avoir respecté cette limite.

¹⁹ GAUCH, n. 1005.

²⁰ TERCIER, n. 4755.

En outre, après la conclusion du contrat, Manni SA a demandé l'exécution de nombreux travaux supplémentaires entre la période du mois de mars et du mois de juin 2003. Elle a, certes, toujours précisé que ces travaux devaient rester dans le budget, mais il serait un non-sens d'imaginer que malgré ces travaux, le prix puisse rester identique. Au contraire, il peut être déduit du comportement du maître, ayant occasionné des frais supplémentaires, un comportement fautif. Ces éléments permettent à l'entrepreneur de demander une augmentation du prix²¹. Ainsi, même si un prix plafond devait être retenu, il faut admettre que l'entrepreneur serait dans son droit en exigeant une augmentation du prix forfaitaire de départ.

2.3. De la modification du contrat

Subsidiairement, la question d'une modification ultérieure du contrat peut se poser. En effet, le 28 janvier 2004, Akis SA a établi un décompte final d'une valeur de 2'700'000 Fr. , prix allant au-delà du prix maximal, mais Akis SA a payé ce montant le 26 février 2004. Le décompte final peut être interprété comme une demande de modification du contrat et le paiement comme une acceptation par acte concluant. En agissant ainsi, le maître s'est accommodé du dépassement. En effectuant le paiement, sans formuler de réserves, Arkis SA pouvait légitimement penser que le maître avait ratifié sa proposition de modification et, partant de ce comportement, il serait contraire aux règles de la bonne foi que Manni SA puisse se prévaloir d'une action en restitution de l'argent versé en trop.

3. De la non-étanchéité des murs

3.1. Des conditions d'application de la garantie en raison des défauts dans le contrat d'entreprise

3.1.1. Des conditions de fond, art. 368 à 370 CO

Pour que l'entrepreneur soit tenu à garantie, il faut cumulativement que l'ouvrage présente un défaut (a), qui ne soit pas imputable au maître de l'ouvrage (b), et qui n'ait pas été accepté par celui-ci (c).

a) La notion de défaut se traduit par l'absence d'une qualité promise par l'entrepreneur, ou par l'absence d'une qualité à laquelle le maître peut raisonnablement s'attendre selon les règles de la bonne foi²². Pour apprécier la conformité de l'ouvrage, on tient compte de son état au moment de la

²¹ GAUCH, n. 904.

²² ATF 114 II 239, ATF 93 II 311.

livraison, ainsi que de l'état qu'il doit conserver dans la durée. Si une détérioration anormale apparaît avant le délai de prescription, le maître peut agir en garantie²³. En l'espèce, nous ne contestons pas que l'infiltration d'eau boueuse dans le sous-sol de l'immeuble constitue une conséquence d'un défaut des murs contre terre, leur étanchéité pouvant être raisonnablement attendue.

b) Selon l'art. 369 CO, le maître ne peut invoquer les droits résultant pour lui des défauts de l'ouvrage, lorsque l'exécution défectueuse lui est personnellement imputable, soit à raison des ordres qu'il a donnés contrairement aux avis formels de l'entrepreneur, soit pour toute autre cause. Cela peut notamment être le cas lorsque le maître ou un de ses auxiliaires donne des instructions inadéquates, ou lorsque le maître impose des sous-traitants ou des fournisseurs dont les prestations ne répondent pas aux exigences attendues²⁴. Là encore, la société Manni SA n'étant intervenue à aucun niveau au sujet des murs contre terre, l'accomplissement de cette condition n'est pas contesté.

c) Le maître perd les droits à la garantie s'il accepte l'ouvrage, comme le prévoit l'art. 370 al.1 CO. L'art. 370 al.3 CO précise que si les défauts ne se manifestent que plus tard, le maître est tenu de les signaler à l'entrepreneur aussitôt qu'il en a connaissance ; sinon, l'ouvrage est tenu pour accepté avec ces défauts. L'acceptation peut être expresse ou tacite : elle est expresse si après la réception et la vérification de l'ouvrage, le maître donne décharge à l'entrepreneur ou renonce à invoquer les défauts constatés, elle est en revanche tacite si le maître néglige certaines incombances que la loi impose à l'art. 370 al. 2 et 3²⁵. On ne peut avancer en l'espèce que la société Manni SA a accepté expressément l'ouvrage, au vu de la déclaration selon laquelle de l'eau boueuse s'était infiltrée au sous-sol de l'immeuble, adressée à Arkis SA le 12 septembre 2004. Cependant, nous le verrons au point suivant qui a trait aux conditions d'exercice de la garantie en raison des défauts, il y a lieu de retenir une acceptation tacite de l'ouvrage.

3.1.2. Des conditions d'exercice : le respect des incombances

Selon l'art. 367 al. 1 CO, le maître est tenu de vérifier l'état de l'ouvrage, aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires et d'en signaler, le cas échéant, les défauts à l'entrepreneur. Plus précisément, le maître doit procéder ou faire procéder aux vérifications usuelles²⁶. Ce faisant, il doit faire preuve de l'attention que l'on peut exiger d'un connaisseur moyen, compte tenu du type d'ouvrage considéré, afin de s'assurer que l'ouvrage présente les

²³ TERCIER, n. 4478.

²⁴ TERCIER, n. 4492 et 4493.

²⁵ TERCIER, n. 4500.

²⁶ Art. 201 CO par analogie, TERCIER, n. 4507.

qualités attendues ou promises²⁷. Cette vérification doit avoir lieu après la livraison, et en cas de constatation de l'existence d'un défaut, celui-ci doit immédiatement être signalé à l'entrepreneur, sous peine de perdre les droits relatifs à la garantie.

Cependant, il faut distinguer deux cas de figure: s'il s'agit de défauts apparents, ceux-ci doivent être signalés immédiatement, après la vérification diligente de l'ouvrage, imposée par l'art. 370 al. 1 CO. Sont considérés comme apparents les défauts qui pouvaient être décelés lors de cette vérification. En revanche, s'il s'agit de défauts dits cachés, le maître doit les signaler aussitôt après les avoir découverts, ce qui ressort de l'art. 370 al. 3 CO. Sont des défauts cachés ceux qui ne se manifestent que plus tard, parce qu'ils n'ont pas été ni ne pouvaient être constatés lors de la vérification régulière et diligente de l'ouvrage²⁸.

En l'espèce, l'infiltration d'eau par laquelle ce défaut s'est manifesté peut être la conséquence d'une mauvaise perméabilité du terrain, ou du risque de mouvement et de tassement de celui-ci, provoquant des microfissures dans le béton. Il ne serait par conséquent pas possible de constater ces défauts lors de la vérification usuelle qui est faite après la réception de l'ouvrage, ces phénomènes étant pour l'essentiel évolutifs. Le défaut d'étanchéité des murs contre terre doit donc être qualifié de défaut caché.

Le défaut doit dès lors être signalé aussitôt après avoir été découvert, comme le prescrit l'art. 370 al. 3 CO. Le moment déterminant pour juger de la conformité de l'avis des défauts est celui auquel le maître dispose des éléments nécessaires pour pouvoir adresser à l'entrepreneur un avis conforme aux exigences²⁹. Cela suppose qu'il puisse s'assurer de l'existence des défauts, en mesurer l'importance, et disposer du temps nécessaire à leur communication³⁰. Il dispose pour cela d'un délai de déclaration à l'intérieur duquel il doit prendre sa décision de donner l'avis des défauts et l'exécuter³¹. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a plusieurs fois examiné l'exigence d'immédiateté de l'avis des défauts. Celui-ci considère un avis donné deux à trois jours ouvrables après la découverte du défaut conforme à la loi et seulement « à la rigueur » un avis donné sept jours après la découverte du défaut³². Il précise également qu'il faut faire preuve d'égards envers l'entrepreneur qui n'est pas un professionnel de la construction, et insiste sur la nécessité de prendre en compte les circonstances particulières de chaque situation concrète³³.

²⁷ ATF 107 II 172.

²⁸ TERCIER, n. 4526.

²⁹ ATF 118 II 142.

³⁰ TERCIER, n. 4521.

³¹ ATF 118 II 148.

³² ATF 98 II 191, Arrêts du TF 4C.82/2004 du 3.5.2004 et 4C.143/1996 du 12.11.1996.

³³ Arrêt du TF 4C.130/2006 du 8.5.2007 et ATF 131 III 145.

En l'espèce, l'infiltration d'eau boueuse a été découverte le 4 septembre 2004, et la défenderesse a signalé le défaut le 12 septembre suivant ; huit jours se sont donc écoulés avant l'avis des défauts.

Premièrement, ce laps de temps est plus long que celui que tolère la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, par l'utilisation du terme « à la rigueur », sous-entend déjà qu'un avis donné sept jour plus tard se situe à la limite de l'acceptable. Ensuite, comme le précise également la jurisprudence, il faut prendre en compte les circonstances particulières du cas d'espèce : dans ce litige, il ne faut pas oublier de tenir compte du fait que la société Manni SA est conseillée et représentée par un architecte, M. Rossi. Celui-ci, au vu de sa profession, est censé parfaitement connaître les règles qui ont cours dans ce type de contrat, et les problèmes spécifiques qui peuvent survenir en cas de défaut d'un ouvrage. Celui-ci ne pouvait par conséquent pas ignorer que la société Manni SA encourait le risque d'être déchu de ses droits si celle-ci tardait à faire l'avis des défauts. De plus, même s'il faut tenir compte du laps de temps nécessaire à l'identification exacte du défaut pour pouvoir en donner un avis adéquat, la société Manni SA était en mesure de faire ce constat rapidement étant donné une fois de plus qu'elle pouvait, pour ce faire, compter sur les connaissances techniques de son architecte M. Rossi. Au vu de ces circonstances, il n'y a aucune raison de se montrer particulièrement clément envers la défenderesse. Représentée par un professionnel, cette dernière ne pouvait pas ignorer le risque qu'elle prenait en tardant à faire l'avis des défauts, celui-ci doit donc être considéré comme tardif.

De surcroît, l'avis, dont il vient d'être établi qu'il est tardif, n'est pas conforme aux exigences légales au niveau de son contenu. La lettre de l'art. 370 al. 3 CO se contente d'indiquer que le maître doit signaler les défauts à l'entrepreneur ; ceci doit toutefois être complété par les apports de la doctrine et de la jurisprudence, selon lesquels font partie du contenu nécessaire de l'avis, d'une part la communication des défauts décelés, et, d'autre part, une manifestation de volonté du maître³⁴.

Au sujet de la communication des défauts décelés, une déclaration formulée en termes uniquement généraux en vertu de laquelle « l'ouvrage est défectueux » ne suffit en principe pas pour l'avis des défauts³⁵. L'entrepreneur doit pouvoir déduire de la communication du maître sur quel point et dans quelle mesure celui-ci considère l'ouvrage comme défectueux. Il suffit pour cela que le maître décrive le défaut de son point de vue subjectif, c'est-à-dire comme il peut le voir et le décrire³⁶. En l'espèce, la déclaration de la société Manni SA selon laquelle « de l'eau boueuse s'était infiltrée au sous-sol du côté nord de l'immeuble » peut être considérée comme suffisamment précise.

³⁴ ATF 107 II 175.

³⁵ SJ 1992 105.

³⁶ GAUCH, n. 2131.

A propos de la manifestation de volonté du maître en revanche, celui-ci doit indiquer que, sur la base des défauts communiqués, il entend ne pas tenir l'ouvrage pour conforme au contrat et s'en prendre à l'entrepreneur³⁷. Par conséquent, le maître ne doit pas simplement signaler les défauts, au sens strict du terme, mais également les dénoncer, s'en plaindre. Le mot « signaler » qui est utilisé dans la loi doit donc être compris dans un sens large qui, au-delà de sa lettre, inclut la manifestation de volonté décrite ci-dessus³⁸. Il est vrai que cette manifestation de volonté peut se faire tacitement, par exemple en exerçant immédiatement un des droits de garantie en se fondant sur le défaut signalé. Mais en l'espèce, aucun élément ne permettait à la société demanderesse de déceler une quelconque manifestation de volonté dans la déclaration de Manni SA. Le moins que l'on puisse dire est que le comportement de celle-ci n'est pas clair : le 12 septembre, elle signale un problème d'infiltration d'eau. Sans rien ajouter et sans attendre, celle-ci engage une entreprise tierce pour remédier au problème, ce qui ne correspond à aucun des trois droits énumérés par l'art. 368 CO - à savoir la résiliation du contrat, la réduction du prix ou la réfection par l'entrepreneur. Cela ne peut par conséquent pas être interprété comme la volonté d'exercer un de ces droits de garantie et de retenir une manifestation de volonté tacite. De plus, le prix de l'ouvrage, qui avait été entièrement réglé le 26 février 2004, n'a jamais été remis en question par Manni SA. Ce n'est que près de deux ans plus tard, au moment d'ouvrir action devant le Tribunal de première instance du canton du Tessin, que les intentions de la défenderesse se dessineront clairement.

En raison la tardiveté de l'avis et de son contenu non conforme, l'ouvrage doit être considéré comme tacitement accepté comme le prévoit l'art. 370 al. 2 CO. Cette règle contient une présomption irréfragable, de sorte qu'il y a une fiction d'acceptation. L'ouvrage est irréfutablement considéré comme accepté sans qu'il importe de savoir si le maître avait la volonté de l'accepter et comment il a été compris par l'entrepreneur. Le maître ne peut ni se prévaloir d'une erreur de déclaration ni du fait que l'omission résulte d'une simple négligence, y compris, le cas échéant, de son représentant, par exemple son architecte³⁹. La troisième condition de fond de la garantie en raison des défauts faisant donc défaut – la non-acceptation du maître de celui-ci -, la société Manni SA ne peut pas s'en prévaloir.

Enfin, les règles de la garantie en raison des défauts ayant le pas sur les règles générales traitant de l'inexécution des obligations⁴⁰, il en découle que le maître auquel un entrepreneur a livré un ouvrage défectueux ne peut se prévaloir, ni cumulativement, ni alternativement, des règles des art. 97 ss CO. Il n'est pas controversé que seule la voie de la garantie en raison des défauts peut être

³⁷ ATF 107 II 175.

³⁸ GAUCH, n. 2133.

³⁹ GAUCH, n. 2106.

⁴⁰ ATF 118 II 152.

suivie. La société Manni SA ne peut par conséquent pas réclamer la couverture de ses frais de réparation à la demanderesse à un autre titre.

Subsidiairement, si la qualification du contrat d'entreprise ne devait malgré tout pas être prise en compte, les mêmes conclusions devraient être retenues en vertu du contrat de mandat :

1. Du dépassement du devis

L'obligation de diligence est un des grands volets des diverses obligations du mandataire. Sa violation entraîne la responsabilité du mandataire, qui doit veiller à la bonne et fidèle exécution du mandat, en vertu de l'art. 398 al. 2 CO. Le mandataire doit agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation. La responsabilité s'apprécie selon l'ensemble des circonstances⁴¹.

L'action en dommages-intérêts du mandant est soumise aux mêmes règles que celles dans le droit du travail. Ce dernier reprend le régime ordinaire des art. 97 et 101 CO⁴². Cela signifie que la responsabilité du mandataire est soumise à 4 conditions : le préjudice, la violation du contrat, le lien de causalité naturelle et adéquate et la faute⁴³.

Le préjudice correspond à une diminution involontaire du patrimoine⁴⁴. Il représente la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁴⁵. En l'occurrence, cela correspond à la différence entre la situation actuelle et celle dans laquelle on serait si le contrat avait été exécuté correctement. En vertu de l'art. 8 CC, c'est à Manni SA d'apporter la preuve du dommage. Selon elle, le dommage s'élèverait à 500'000 Fr., à savoir la différence entre le devis du 8 mai 2003 et le décompte final du 28 janvier 2004.

Tout d'abord il faut relever que le décompte final correspond au coût que les travaux effectifs ont engendré, ainsi que les honoraires. Le devis, étant une estimation des coûts de travaux futurs, ne peut pas garantir un montant exact que le mandataire peut être tenu de respecter. D'autant plus que des exigences supplémentaires ont été formulées par la défenderesse. La demanderesse a dû faire face à des difficultés apparues en cours de chantier, notamment une incidence négative du renforcement des planchers sur les autres travaux, et cela ne l'a pas empêchée de finir les travaux dans les délais escomptés. Le décompte final correspond aux dépenses nécessaires pour garantir l'exécution conforme des travaux.

⁴¹ TERCIER, n. 5117.

⁴² TERCIER, n. 5192, art. 398 al. 1 CO, art. 321e CO.

⁴³ TERCIER, n. 5196 et ss.

⁴⁴ TERCIER, n. 5197.

⁴⁵ ATF 127 III 76 consid. 4.

Postérieurement, Manni SA n'est pas en mesure d'apporter la preuve du dommage dans le sens où elle aurait pu arriver au même résultat mais en de moindre frais⁴⁶. La défenderesse ne peut pas prouver qu'elle aurait adopté un comportement différent, afin de réduire certains coûts⁴⁷. De plus, la doctrine et la jurisprudence considèrent qu'il n'y a pas de dommage dans la mesure où le prix supplémentaire est compensé par la plus-value objective de l'immeuble⁴⁸. En l'espèce, les travaux exécutés par Arkis SA étant de bonne qualité, comme le relève l'expert, et nécessaires à une rénovation complète, ont forcément augmenté la plus-value de l'immeuble de proportion au moins égale au montant final. Par conséquent, l'existence d'un dommage ne saurait être reconnue.

Subsidiairement, si le Tribunal fédéral retient qu'il y a dommage, le conseil de la demanderesse soutient qu'il n'y a pas de faute, qu'elle soit intentionnelle ou par négligence. Arkis SA n'a aucunement violé son devoir de diligence. En effet, elle a, certes, revu à la hausse son devis, mais cela s'inscrivait dans les travaux et exigences supplémentaires formulées par Manni SA. Les travaux ayant été terminés le 17 juillet 2003, soit seulement 3 mois après le devis du 8 mai 2003, la mandatrice ne pouvait pas, en cours de travaux, aviser la défenderesse que le devis serait augmenté, vu qu'elle-même ne pouvait le savoir à ce moment-là. Ce n'est qu'en faisant un décompte final, qu'Arkis SA s'est rendue compte que le montant de la facture serait plus élevé que le devis. De plus, l'obligation d'informer n'est pas requise lorsque le mandant connaît ou doit connaître les risques qu'il encourt⁴⁹. Manni SA, étant représentée par M. Rossi, un professionnel, devait s'attendre à ce que le coût final des travaux dépasse le montant du devis. La condition de faute ne peut donc pas être retenue.

Dans le cas où la Cour retiendrait la faute, elle ne peut omettre la faute concomitante de la défenderesse. Selon l'art. 44 al. 1 CO, le juge peut réduire le montant des dommages-intérêts, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsqu'elle est responsable de faits qui ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou à aggraver la situation du débiteur. Le conseil de la demanderesse demande donc une réduction du montant du dommage en raison de la contribution de la défenderesse à la survenance du dommage.

2. Des obligations du mandant

Le mandant est principalement tenu à des obligations pécuniaires qui se distinguent en deux volets, à savoir le remboursement des impenses et le paiement des honoraires.

⁴⁶ ATF 119 II 249.

⁴⁷ ATF 122 III 61, Arrêts du TF 4C.71/2003 du 27.05.2003, 4D_131/2009 du 16.12.2009.

⁴⁸ WERRO, n. 1002, note 231, ATF 122 III 61.

⁴⁹ TERCIER, n. 5146.

2.1. Du remboursement des impenses

En vertu de l'art. 402 al. 1 CO, le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a encourus pour l'exécution régulière du contrat. Cette obligation est subordonnée à deux conditions.

Premièrement, le mandataire doit avoir fait des impenses⁵⁰. Il s'agit de prestations pécuniaires que le mandataire a faites volontairement en faveur du mandant⁵¹. En l'occurrence, cela concerne le coût que les travaux ont engendré, sans tenir compte des honoraires. Le coût final, s'élevant à 2'700'000, soustrait de 375'000, note d'honoraires, se monte donc à 2'325'000.

Deuxièmement, les avances et frais doivent avoir été faits dans une exécution régulière du mandat⁵². Cela signifie que les dépenses doivent avoir été objectivement nécessaires à l'exécution du mandat⁵³. Ici, plusieurs travaux ont été commandés par la défenderesse durant les mois de mars et de juin 2003, elle devait donc s'attendre à ce que la demanderesse ne puisse pas rester dans les limites prévues. Dès lors, le montant final de 2'325'000 francs correspond bien aux dépenses nécessaires que la mandatrice a dû engendrer pour les travaux. Arkis SA, ayant exécuté toutes les demandes de Manni SA relatives aux travaux supplémentaires, respecté les délais, et ayant fait face aux difficultés apparues sur le chantier, est en droit de réclamer le remboursement des impenses.

En conséquence, le montant payé par la défenderesse le 26 février est justifié et ne constitue en aucun cas un enrichissement illégitime au sein de la demanderesse.

2.2. Du paiement des honoraires

L'art. 394 al. 2 CO prévoit une rémunération due au mandataire si la convention ou l'usage le prévoit. Par convention, les parties peuvent fixer le montant selon plusieurs solutions imaginables. Dans les contrats d'architectes et d'ingénieurs, il est habituel que le montant des honoraires soit fixé en proportion du prix global de l'ouvrage⁵⁴. Il est à tort de considérer, dans cette affaire, que les parties auraient fixé un forfait convenu d'avance. Elles ont fixé un budget global, dans lequel le montant des honoraire était inclus. Comme il s'agissait d'une estimation et que le montant global a été revu à la hausse, il est donc naturel que les honoraires augmentent en conséquence. Les honoraires dont il faut tenir compte sont ceux calculés en fonction du résultat et il si justifiait pour la mandatrice d'avoir encaissé 375'000 CHF d'honoraires.

⁵⁰ WERRO, n. 673.

⁵¹ TERCIER, n. 5229.

⁵² WERRO, n. 675.

⁵³ TERCIER, n. 5230.

⁵⁴ TERCIER, n. 5260.

3. De la non-étanchéité des murs

3.1. Des conditions d'application de la responsabilité pour une bonne et fidèle exécution du contrat de mandat

Les règles concernant la responsabilité du mandataire dans l'exécution du contrat se trouvent à l'art. 398 CO. L'al. 2 du présent article mentionne que le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. L'al. 1 de ce même article nous renvoie aux règles sur la responsabilité du travailleur dans ses rapports de travail, plus précisément à l'art. 321e CO, lequel reprend les conditions d'application de l'art. 97 CO⁵⁵.

Pour que le mandataire engage sa responsabilité selon l'art. 97 CO, il faut cumulativement que le mandant ait subi un dommage (a), que le mandataire ait violé le contrat (b), qu'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre le dommage et la violation du contrat (c) et que le mandataire ait commis une faute (d).

a) La notion de dommage de l'art. 97 al. 1 CO reprend la définition consacrée aux art. 41ss CO, traitant de la responsabilité civile, consécutivement au renvoi de l'art. 99 al. 3 CO. Le dommage se définit comme étant une diminution involontaire du patrimoine ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine attendrait si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁵⁶. Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif⁵⁷.

En l'espèce, nous ne contestons pas le dommage de 114'240 CHF subi par la défenderesse qui représente la somme que cette dernière a dû dépenser pour remédier à l'infiltration d'eau boueuse survenue dans les sous-sols de l'immeuble.

b) Une violation du contrat est établie lorsque le mandataire a violé une obligation que celui-ci lui impose. Il peut s'agir d'une obligation principale ou accessoire. Etant donné que le mandataire n'est pas tenu du résultat escompté, l'échec du résultat ne constitue pas, à lui seul, la preuve d'une violation du contrat ; il appartient au mandant de prouver que le mandataire a violé son obligation de diligence⁵⁸.

⁵⁵ TERCIER, n. 5192.

⁵⁶ ATF 133 III 462.

⁵⁷ ATF 132 III 359.

⁵⁸ TERCIER, n. 5199.

La diligence, consacrée à l'art. 398 al. 2 CO, représente la manière dont le mandataire doit exécuter son obligation. Celui-ci doit agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation. Pour déterminer l'étendue de ce devoir, il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce⁵⁹.

Le contrat conclu en décembre 2001 entre les parties avait pour but la rénovation et l'assainissement d'un immeuble dans le but d'y installer des locaux destinés aux activités professionnelles de la défenderesse. Pour que cet immeuble soit utilisable à de telles fins, il paraît évident qu'il se doit d'être étanche et qu'il ne doit pas laisser passer des infiltrations d'eau. Pour ce faire, l'expert judiciaire a établi que deux méthodes sont possibles, à savoir soit l'utilisation d'un béton hydrofuge, soit l'utilisation d'un enduit bitumeux. La demanderesse a, pour sa part, choisi la première méthode.

Dans son rapport, l'expert a affirmé que l'utilisation d'un béton hydrofuge est conforme aux usages dans le domaine de la construction. Il faut donc admettre que des motifs justificatifs doivent être avancés si l'on veut soutenir que cette méthode est inadéquate.

Toujours selon l'expert, cette méthode présente un risque de 5% que l'étanchéité ne soit pas efficace, en particulier lorsque le terrain est peu perméable ou est exposé à des infiltrations souterraines latérales. Il y a donc lieu d'admettre qu'en présence d'un terrain présentant de telles caractéristiques, il serait justifié de ne pas utiliser un béton hydrofuge. En outre, l'expert a constaté que le terrain sur lequel a été bâti l'immeuble ne présente aucun problème de perméabilité, ni d'infiltrations souterraines latérales. Poser un enduit bitumeux aurait alors engendré des coûts disproportionnés que les circonstances n'imposaient pas dans le cas d'espèce vu les risques minimes potentiels. Nous en concluons donc qu'il n'existait aucun motif justifiant la non-utilisation d'un béton hydrofuge lors de la construction des murs dans le sous-sol de l'immeuble.

Partant, nous considérons que la demanderesse n'a pas violé son devoir de diligence et n'a donc pas violé le contrat la liant à la demanderesse.

Les conditions d'application de l'art. 97 CO étant cumulatives et la condition de la violation du contrat n'étant pas remplie, nous concluons que la demanderesse n'engage pas sa responsabilité contractuelle envers la défenderesse.

⁵⁹ TERCIER, n. 5117.

III. CONCLUSIONS

En tant que représentants autorisés de la partie demanderesse du recours en réforme interjeté au Tribunal fédéral, nous avons l'honneur de conclure, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise à la Cour civile du Tribunal fédéral :

1. Réformer le jugement du Tribunal cantonal de 2^{ème} instance dans la cause Manni SA contre Arkis SA.
2. En conséquence, exclure le remboursement des travaux de réparation pour la somme de 114'240 CHF ainsi que le remboursement de 500'000 CHF, correspondant à un dépassement du devis.

BIBLIOGRAPHIE

ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997.

GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4^e éd., Zurich 1996.

GAUCH Peter, Le contrat d'entreprise, Schulthess Zurich 1999 [ci-après : GAUCH]

GAUCH Peter, Überschreitung des Kostenvoranschlags-Notizien zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieure), BR 1989 [ci-après : GAUCH, UK]

GUGGENHEIM Daniel, Le droit suisse des contrats, Georg, Genève 1995.

GUHL Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess, Zurich 1991.

PICHONNAZ Pascal, Garantie pour les défauts : présentation générale, Zurich 2010

TERCIER Pierre, Le droit des obligations, 4^e éd., Zurich 1999. [ci-après : TERCIER, DO]

TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève Zurich Bâle 2009. [ci-après : TERCIER]

SCHLOSSER Ralph/VILLA Marco, Les contrats de service, Cedidac, Lausanne 1993.

WERRO Franz, Le mandat et ses effets : une étude sur le contrat d'activité indépendant selon le Code suisse des obligations : analyse critique et comparative [ci-après : WERRO], Fribourg 1993

TABLE DES ARRETS

Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral

ATF 93 II 311	ATF 113 III 145	ATF 118 II 150
ATF 94 II 161	ATF 114 II 53	ATF 119 II 147
ATF 97 II 66	ATF 114 II 239	ATF 122 III 61
ATF 98 II 191	ATF 117 II 273	ATF 127 III 73
ATF 107 II 172	ATF 118 II 142	ATF 133 III 462

Arrêts non publiés

Arrêt du TF 4C.143/1996 du 12.11.1996

Arrêt du TF 4C.71/2003 du 27.5.2003

Arrêt du TF 4C.82/2004 du 3.5.2004

Arrêt du TF 4C.130/2006 du 8.5.2007

Arrêt du TF 4D_131/2009 du 16.12.2009

LISTE DES ABREVIATIONS

Al. : Alinéa

Art. : Article

ATF : Arrêt du Tribunal fédéral

c. : Considérant

ch. : Chiffre

CHF : Francs Suisses

CO : Code des obligations du 30 mars 1911 (RS. 220)

Éd. : Edition

let. : Lettre

LTF : Loi du le Tribunal fédéral

M. : Monsieur

n. : Numéro marginal

p. : Page

Rep : Repertorio di giurisprudenza patria, Bellinzone.

SA : Société anonyme

ss. : Suivant (e)

TF : Tribunal fédéral