

Mémoire de réponse

adressé à

la 1^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral

par

Manni SA

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

contre

Arkis 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 15 novembre 2010

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les juges,

Au nom et par mandat de la société Manni SA, nous avons l'honneur de vous adresser le présent mémoire de réponse, à l'encontre du recours du 15 novembre 2010 dans la cause Arkis SA contre Manni SA.

I. RECEVABILITE

La défenderesse ne conteste pas la recevabilité du recours en ce sens qu'il remplit toutes les conditions de recevabilité.

II. MOYENS

1. De l'application des règles du contrat de mandat

Il convient en premier lieu de définir la nature du contrat conclu entre Manni SA et Arkis SA. Les parties ont conclu un « contrat relatif aux prestations de l'architecte et des ingénieurs civils » en décembre 2001. La défenderesse avait chargé la demanderesse des études d'architecture, des études techniques, des éventuelles études de structure ainsi que la direction des travaux, sur un immeuble.

En vertu de l'art. 394 CO, un contrat de mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. Quant à l'art. 363 CO, il énonce qu'un contrat d'entreprise est un contrat par lequel une des parties s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie s'engage à lui payer.

Trois types de contrats d'architecte et d'ingénieur sont à relever. Il y a tout d'abord le contrat de plan ou de projet, dans lequel l'architecte ou l'ingénieur établit des plans relatifs à l'ouvrage et

procède à une estimation sommaire des coûts, et entre donc dans le cadre du contrat d'entreprise¹. Quant au contrat de direction des travaux, il relève du contrat de mandat. Ici, l'architecte ou l'ingénieur s'engage à diriger, à surveiller, à coordonner les prestations des entrepreneurs et des fournisseurs commis à l'exécution de l'ouvrage². Finalement, il reste le contrat d'architecte global, très difficile à qualifier. En effet, dans ce contrat, l'architecte ou l'ingénieur s'engage à exécuter l'ensemble des prestations, de la préparation du projet à la direction des travaux³. Le Tribunal fédéral qualifie cet acte de contrat mixte qui contiendrait à la fois des éléments du contrat de mandat et des éléments du contrat d'entreprise⁴. Cependant, le conseil de la demanderesse ne se tiendra pas à cette jurisprudence et soutiendra la qualification unitaire du contrat de mandat. Plusieurs raisons poussent à cette prise de position.

Le contrat global se traduit par une activité intellectuelle de l'architecte qui réunit ses différentes prestations. Il doit être considéré comme un tout. Même si l'architecte, par son activité, contribue à la construction d'un bâtiment, il ne s'engage cependant pas sur un quelconque résultat, puisque les travaux de construction sont confiés à des tiers. Dès lors le contrat global échappe donc aux règles du contrat d'entreprise⁵.

Quant à la conception de dissociation du Tribunal fédéral sur le contrat global, elle est totalement erronée. Ce dernier ne saurait être qualifié de contrat mixte, même si l'on considère que le contrat de plan ou de projet relève du contrat d'entreprise. En effet, dans le contrat global, l'activité de planification de l'architecte, n'a pas pour but un résultat qui serait dû de façon indépendante. Au contraire, elle s'inscrit dans une activité globale et en est indissociable. Il est bien plus raisonnable de retenir la qualification unitaire du contrat, si l'ensemble des prestations forment un tout ou que l'une d'elles est l'accessoire de l'autre⁶. On ne peut considérer le contrat de plan ou de projet comme contrat d'entreprise, que s'il fait l'objet d'un contrat séparé. Ce serait une méprise de soumettre les diverses parties du contrat à des régimes juridiques différents, car la somme des prestations prises séparément ne correspond pas à l'activité globale de l'architecte, qualitativement parlant⁷. De plus, on prendrait le risque d'arriver à une solution impraticable⁸. Dans l'ATF 114 II 53, le Tribunal fédéral a soumis la résiliation du maître de l'ouvrage à l'art. 377 CO relatif au contrat d'entreprise. Cependant, dans un considérant non publié dudit arrêt, on se rend compte que

¹ TERCIER, n. 5343, 5360, GAUCH, n. 49, ATF 130 III 363.

² TERCIER, n. 5344, 5367, GAUCH, n. 55, ATF 114 II 56.

³ TERCIER, n. 5345, 5358, GAUCH, n. 57.

⁴ ATF 109 II 464, ATF 114 II 56.

⁵ GAUCH, n. 58.

⁶ WERRO, n. 224.

⁷ GAUCH, n. 59.

⁸ ATF 63 II 177, GVP SG 1986, n. 41, p. 81.

l'art. 377 CO, proclamé applicable, reste sans application. La solution, quant à elle, revient à l'application de l'art. 404 al. 1 CO, relatif au contrat de mandat⁹.

Il faut donc se tenir à l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral qui considère le contrat global comme un contrat de mandat¹⁰.

La partie demanderesse se borne à vouloir résider dans l'erreur en voulant qualifier le contrat de contrat d'entreprise. En effet, si on part du fait que nous ne sommes pas dans un contrat d'architecte global, il se tient aussi de qualifier notre contrat de contrat de mandat. La demanderesse est chargée de la direction des travaux, ainsi que l'adjudication de ceux-ci. Même si Arkis SA participe à la construction ou à l'amélioration d'une construction, l'exécution n'est pas de son ressort, mais de celui des entrepreneurs, auxquels elle a adjugé les travaux¹¹. Ces prestations, par essence, relèvent du contrat de mandat, car le mandataire ne peut garantir la qualité d'un ouvrage à la réalisation duquel d'autres personnes collaborent activement¹².

Si le Tribunal de céans ne voulait pas revenir sur sa jurisprudence et continuait à qualifier le contrat global de contrat mixte, le conseil de la demanderesse prierait le Tribunal de suivre sa jurisprudence récente et dès lors, appliquerait les règles du mandat en matière de responsabilité de l'architecte et de l'ingénieur. En effet, l'évolution de la jurisprudence tend à vouloir soumettre expressément la responsabilité de l'architecte global aux règles du mandat, notamment en cas de dépassement de devis¹³ et de défaut de l'ouvrage¹⁴.

2. De la violation du devoir de diligence du mandataire

Les diverses obligations du mandataire comprennent notamment le devoir de diligence, dont la violation engage la responsabilité du mandataire. Ce dernier doit agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation. Les exigences doivent être analysées selon l'ensemble des circonstances¹⁵.

L'art. 398 al. 1 CO renvoie aux règles du droit du travail en matière de responsabilité, qui reprennent le régime ordinaire des art. 97 et 101 CO¹⁶. Il découle de ces articles, que la responsabilité du mandataire est subordonnée à quatre conditions. Il faut un préjudice (a)¹⁷, une violation du contrat (b)¹⁸, une relation de causalité naturelle et adéquate (c)¹⁹ et la faute (d)²⁰.

⁹ ATF 114 II 53.

¹⁰ ATF 63 II 176.

¹¹ GAUCH, n. 56.

¹² TERCIER, n. 5357.

¹³ ATF 119 II 249, ATF 122 III 61.

¹⁴ ATF 111 II 72, ATF 127 III 543.

¹⁵ TERCIER, n. 5117.

¹⁶ TERCIER, n. 5192.

¹⁷ TERCIER, n. 5197.

¹⁸ TERCIER, n. 5199.

¹⁹ TERCIER, n. 5200.

²⁰ TERCIER, n. 5202.

2.1. Du dépassement du devis

Le 3 novembre 2002, le coût des travaux est estimé en définitive à 2'200'000 CHF, suite à une demande de crédit complémentaire d'Arkis SA. La demanderesse fait d'ailleurs savoir à la défenderesse que la dépense serait de 2'100'000 CHF. et que les 100'000 CHF. restant serviront à financer d'autres travaux dans les étages.

Or le 28 janvier 2004, la demanderesse établit un décompte final s'élevant à 2'700'000 CHF. Il en résulte donc une augmentation de 500'000 CHF par rapport au devis final.

a) S'agissant du dommage subi par le mandant du fait du dépassement du devis, il doit être qualifié de dommage à la confiance déçue²¹. Dès lors, il correspond à la différence entre les coûts effectifs à la réalisation et la valeur subjective de la construction telle qu'elle résulte du contrat²². En l'occurrence, il s'élève à 500'000 CHF, ce qui signifie 2'700'000 CHF, le montant final des travaux, soustrait du devis définitif du 3 novembre 2002.

Contrairement à ce qu'ose prétendre la demanderesse, la défenderesse a bien subi un réel dommage, dans le sens où elle aurait pris d'autres dispositions si elle avait su que le coût final des travaux allait être augmenté de l'ordre de 22%. La mandante avait un budget limité et a rappelé plusieurs fois la mandatrice de se tenir au budget.

b) Concernant la deuxième condition, le contrat a été violé en ce sens que la demanderesse n'a pas respecté le montant de 2'200'000 CHF qui a été convenu entre les parties. Elle a agi de manière illicite, contrairement à ce qu'elle avait promis²³.

c) Quant à la condition de causalité, elle doit être naturelle et adéquate.

Il doit y avoir un lien de causalité naturelle dans le sens où la mauvaise exécution du contrat doit être la condition *sine qua non* de la survenance du dommage. Sans la mauvaise exécution, le dommage ne se serait pas produit²⁴. En l'espèce, si Arkis SA avait respecté le devis, Manni SA n'aurait pas subi une diminution du patrimoine de l'ordre de 500'000 CHF.

Concernant la causalité adéquate, il faut pouvoir déterminer si le résultat était prévisible au vu de la cause. Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le non-respect du budget alloué est propre à entraîner un dommage auprès de la mandante²⁵. La condition de causalité adéquate est donc remplie.

²¹ GAUCH, pp. 79.

²² ATF 119 II 249.

²³ TERCIER, DO, n. 1218.

²⁴ TERCIER, DO, n. 1224.

²⁵ TERCIER, DO, n. 1225.

d) Finalement, pour que la responsabilité du mandataire soit engagée, il faut qu'il ait commis une faute, intentionnellement ou par négligence. Celle-ci est présumée dans le système des art. 97 et ss CO. Il appartient donc au mandataire de prouver qu'il n'a pas commis de faute²⁶.

Contrairement à ce qu'allègue la partie adverse, la violation du contrat lui est totalement imputable, cette dernière ayant commis une faute.

En premier lieu, le dépassement du devis découle du seul comportement d'Arkis SA, qui a clairement manqué de diligence. Par lettre du 8 mai 2003, elle confirme à nouveau le devis définitif du 3 novembre 2002 en faisant état d'un disponible de 100'000 CHF alors que plusieurs travaux supplémentaires avaient été commandés. La demanderesse n'a pas soigneusement établi un devis et n'a pas constamment vérifié que les coûts de construction y correspondaient²⁷.

En deuxième lieu, selon l'art. 397 al. 1 CO, le mandataire doit respecter les instructions du mandant. Or, la demanderesse a bien indiqué qu'il fallait rester dans le budget fixé. De plus, si selon la mandatrice, les instructions concernant le budget étaient opportunes ou irréalisables, elle doit s'en ouvrir à la mandante²⁸. En l'espèce, Arkis SA a signalé que le budget était faible le 10 février 2002, puis a fait une demande de crédit complémentaire le 24 septembre de la même année, ce qui a entraîné une hausse du devis arrêté en définitive à 2'200'000 CHF. Mais, dès le 3 novembre 2002, date à laquelle le coût des travaux est estimé en définitive à 2'200'000 CHF, Arkis SA n'a jamais avisé la défenderesse qu'elle ne pouvait pas respecter le budget. De même, qu'elle a confirmé le devis dans sa lettre du 8 mai 2003. Arkis SA devait savoir que le budget était insuffisant, à tout le moins il aurait dû s'en rendre compte. De toute manière, le devoir d'aviser la mandante est obligatoire même en cas de doute²⁹. Arkis SA a donc violé son devoir de diligence en ne respectant pas son devoir d'avis. Toujours encore sous le volet du devoir de renseigner, Monsieur Rossi a requis plusieurs fois des renseignements sur la situation financière du chantier, et il est resté sans nouvelles de la part d'Arkis SA.

En conclusion, la demanderesse a manqué à son devoir de diligence, premièrement, par une mauvaise estimation des coûts, deuxièmement, par un manque d'informations envers la mandante. Sa responsabilité contractuelle est donc engagée.

2.2. De la non-étanchéité des murs

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

²⁶ TERCIER, n. 5202.

²⁷ ATF 108 II 198.

²⁸ ATF 108 II 197 consid.2a.

²⁹ ATF 108 II 197 consid. 2a.

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 CO³⁰.

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 aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit³¹. 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 passif³².

En l'espèce, le 4 septembre 2004, la défenderesse a subi une infiltration d'eau boueuse dans le sous-sol de l'immeuble, ce qui l'a contrainte à engager une entreprise tierce pour remédier au défaut. Les coûts des travaux pour remettre les lieux en état se sont élevés à 114'240 CHF et on été entièrement pris en charge par la défenderesse. Il convient d'admettre que si l'infiltration d'eau ne s'était pas produite, la défenderesse n'aurait pas eu à dépenser la somme susmentionnée pour corriger le défaut. Celle-ci a donc subi un dommage sous la forme d'une diminution de son actif de 114'240 CHF.

b) Une violation du contrat est établie lorsque le mandataire a violé une obligation que lui impose le contrat. Il peut s'agir d'une obligation principale ou accessoire³³. Il y a notamment une violation du contrat lorsque le mandataire ne respecte pas le devoir de diligence que lui impose le contrat. Ce devoir de diligence est présumé violé lorsque le mandataire a violé une règle de l'art de la profession considérée³⁴.

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

³⁰ TERCIER, n. 5192.

³¹ ATF 133 III 462.

³² ATF 132 III 359.

³³ TERCIER, n. 5199.

³⁴ TERCIER, n. 5125 et 5126.

évident que l'immeuble se doit d'être étanche et qu'il ne doit pas laisser passer des infiltrations d'eau, cette qualité devrait justement être incluse dans des travaux de rénovation et d'assainissement. Selon l'expert judiciaire, il appartient aux règles de l'art en matière de construction de poser un enduit bitumeux sur les murs afin de les rendre étanches. En l'espèce, la demanderesse n'a pas utilisé un tel enduit ce qui a eu comme conséquence que les murs ne présentaient aucune étanchéité. Cela représente, toujours selon l'expert, un grave manquement aux règles de l'art.

La demanderesse se défend en invoquant le fait qu'elle a utilisé une solution hydrofuge, ce qui au vu des circonstances, lui paraissait suffisant. Cependant, l'expert a établi qu'utiliser une telle solution est plus risquée car celle-ci présente une moins bonne étanchéité ainsi que des risques de fissuration, ce que savait ou aurait du savoir la demanderesse en tant que professionnelle dans le domaine de la construction. De plus, la demanderesse a déclaré n'utiliser des bétons hydrofuges que depuis 2001. D'après nous celle-ci n'a donc pas tout le recul nécessaire pour juger de la fiabilité de tels matériaux.

Nous en concluons donc qu'en ayant délibérément violé les règles de l'art en matière de construction, la demanderesse n'a pas respecté son devoir de diligence imposé par le contrat conclu avec la défenderesse ce qui constitue une violation de ce contrat.

c) Il convient maintenant d'établir s'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat par la demanderesse et le dommage de la défenderesse.

Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non³⁵. Il y a donc un lien de causalité naturelle entre la violation du contrat et le dommage lorsque l'on peut établir que sans l'événement dommageable, le dommage ne se serait pas produit.

En l'espèce, si la demanderesse avait utilisé un enduit bitumeux sur les murs, ceux-ci auraient été complètement étanches et aucune infiltration d'eau n'aurait pu se produire. De ce fait, la défenderesse n'aurait pas eu à mandater une entreprise tierce pour corriger le défaut et n'aurait par conséquent pas eu à déboursier la somme de 114'240 CHF. Partant, il existe un lien de causalité naturelle entre la violation du contrat par la demanderesse et le dommage subi par la défenderesse.

Le rapport de causalité est adéquat lorsque le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire qu'un tel résultat doive se produire

³⁵ ATF 129 IV 290.

régulièrement³⁶.

En l'espèce, l'expert a établi qu'utiliser une solution hydrofuge dans le béton ne garantissait une étanchéité qu'à hauteur de 95%. Il existe en conséquence un risque de l'ordre de 5%. Ainsi, il rentre dans le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie qu'utiliser un béton qui n'est pas complètement étanche puisse provoquer des infiltrations d'eau du type de celles qui se sont produites. Il rentre également dans le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie que pour pallier à de telles infiltrations, il faille mandater une entreprise tierce pour une somme aussi élevée que celle déboursée par la demanderesse. Partant, il existe un lien de causalité adéquate entre la violation du contrat par la demanderesse et le dommage subi par la défenderesse.

d) La faute n'engage la responsabilité du mandataire que si elle a été commise intentionnellement ou par négligence. On cherche donc à savoir si on peut lui imputer la violation du contrat³⁷. Il faut, en outre, rappeler que selon l'art. 99 al. 1 CO le mandataire répond de toute faute.

En l'espèce, comme nous l'avons vu plus haut, la défenderesse a décidé d'utiliser une solution hydrofuge en lieu et place d'un enduit bitumeux lors de la construction des murs. Cependant, elle savait, ou tout du moins aurait du savoir en tant que professionnelle de la construction, que cette solution n'était pas la meilleure puisqu'elle présentait certains risques, contrairement à l'application d'un enduit bitumeux.

Partant, la demanderesse a commis une faute par négligence car, parmi, deux procédés à choix, elle a décidé de privilégier le plus risqué.

3. 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.

3.1. Du remboursement des impenses

L'art. 402 al. 1 CO oblige le mandant à rembourser les impenses faites par son mandataire dans l'exécution régulière du mandat. Cette règle suppose la réalisation de deux conditions, la première étant des impenses et la deuxième étant l'exécution régulière du mandat³⁸. Nous ne contestons point la première condition qui est remplie. Cependant, nous alléguons que la deuxième condition fait défaut. En effet, les impenses doivent correspondre aux instructions du mandant.

³⁶ ATF 129 IV 290.

³⁷ TERCIER, n. 5202.

³⁸ TERCIER, n. 5229, 5230.

En l'espèce, la défenderesse a toujours demandé à ce que le coût des travaux s'inscrive dans le budget alloué. Par conséquent, les impenses ne doivent pas dépasser le montant de 1'950'000 CHF, correspondant au prix total (2'200'000 CHF) diminué des honoraires (250'000 CHF).

La demanderesse prend en compte des frais qui ne suivaient pas les instructions de la défenderesse. En effet, elle s'est basée sur le décompte final de 2'700'000 CHF, alors qu'elle ne devait pas dépasser le devis de 2'200'000 CHF. Par conséquent, les dépenses faites au-delà de ce montant ne doivent pas être pris en compte, car ils ne correspondent pas à la volonté du montant.

En l'occurrence, la partie adverse croit à tort que le montant du coût des travaux, s'élevant à 2'325'000 CHF, correspondant au prix total (2'700'000 CHF) diminué des honoraires (375'000 CHF), est une avance de frais que Manni SA doit rembourser.

Dès lors que la deuxième condition n'est pas remplie, Arkis SA ne pouvait pas prétendre aux remboursements des impenses au total de 2'325'000 CHF, mais au montant de 1'950'000 CHF.

3.2. 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, notamment un prix forfaitaire ou un prix en fonction du résultat³⁹.

Nous ne contestons pas que la mandatrice a droit à des honoraires. Cependant, le montant de 375'000 CHF est erroné. Il faut considérer que les honoraires ont été fixés tel un forfait⁴⁰ et non en fonction du résultat. Manni SA a rappelé plusieurs fois que les honoraires devaient s'inscrire dans le budget. Au moment où le devis définitif s'élevait à 2'200'000 CHF, la demanderesse a confirmé que les honoraires se monteraient à 250'000 CHF.

En définitive, Arkis SA n'aurait dû réclamer que 250'000 CHF d'honoraires.

En conclusion, en tenant compte des impenses et des honoraires, Manni n'est tenue qu'à concurrence de 2'200'000 CHF envers son cocontractant.

³⁹ TERCIER, n. 5260.

⁴⁰ TERCIER, n. 5260.

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

1. Du prix plafond

Selon l'art. 374 CO, si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur. La rémunération est fixée après l'exécution de l'ouvrage en fonction des prestations nécessaires, pour cette raison on peut parler de prix effectif⁴¹.

Cependant, il est possible, même dans ce type de contrat, de fixer une limite supérieure liant l'entrepreneur, on parle à ce sujet de prix plafond⁴² ou de pur prix maximal⁴³. Cette notion sert à limiter l'obligation de rémunération dans les cas où elle est déterminée d'après la dépense. Dans ce cas, le maître doit, certes, une rémunération qui se calcule d'après la dépense⁴⁴, mais au plus le prix maximal convenu. L'entrepreneur n'a pas droit à une rémunération qui excéderait ce prix, même si le calcul fondé sur la dépense aboutit à un montant plus élevé⁴⁵. Il s'agit d'un prix forfaitaire auquel on applique les règles ordinaires⁴⁶. La question de savoir si un pur prix maximal ou prix plafond a été convenu dans le cas d'espèce, se tranche par l'interprétation du contrat. Si l'entrepreneur a garanti contractuellement au maître le respect ou l'exactitude d'un devis, le montant du devis peut avoir le sens d'un prix forfaitaire. Dans la doctrine suisse, cette manière de comprendre le « devis garanti » est même prépondérante⁴⁷.

En l'espèce, le contrat conclu en décembre 2001 fait référence à l'estimation du maître de l'ouvrage du 2 février 2001 pour le montant donnant droit aux honoraires. L'entrepreneur, après avoir lui-même procédé à sa propre évaluation des coûts, a donc consenti au calcul du prix fixé par le maître en concluant le contrat. Les deux parties se sont donc liées par un contrat de construction en fixant dès le début une estimation de 1'800'000 CHF pour l'exécution de l'ouvrage, montant qui correspondait à un prix plafond. Dès le départ, Manni SA a donc voulu sceller le sort des dépenses en fixant un prix dans le contrat, afin de donner un cadre à Arkis SA. Il paraît évident que le maître de l'ouvrage voulait, en procédant ainsi, fixer une limite supérieure que l'entrepreneur ne devait en aucun cas franchir. Cette affirmation peut être directement déduite du comportement de Manni SA. En effet, cette dernière a précisé, à différentes reprises, qu'elle voulait respecter ce budget. Elle l'a notamment exprimé lorsqu'Arkis SA a procédé à sa propre estimation, lors de la réunion du 21

⁴¹ TERCIER, n. 4718.

⁴² TERCIER, n. 4755.

⁴³ GAUCH, n. 1036.

⁴⁴ Art. 374 CO.

⁴⁵ GAUCH, n. 1036.

⁴⁶ TERCIER, n. 4755.

⁴⁷ GAUCH, n. 1037.

octobre 2001 et lors des différents travaux supplémentaires commandés entre le mois de mars et juin 2003. A chacun de ces évènements, Manni SA a montré fermement sa préoccupation par rapport au montant des dépenses et par là, sa volonté de ne pas dépasser le prix fixé. Que ce soit avant ou après la conclusion du contrat, cette volonté a toujours été présente et manifestée auprès d'Arkis SA.

Ces éléments sont d'autant plus vrais que lors de la réunion du 21 octobre 2001, Manni a directement fait savoir qu'elle avait déduit 100'000 CHF par rapport à l'estimation initiale, car certains travaux de démolition avaient déjà été effectués. Cet épisode montre bien que le budget de Manni SA était limité et que le montant donné le 2 février 2001 représentait une limite maximale.

Au travers du contrat et du comportement de Manni SA, il devient évident qu'un prix plafond avait été fixé et que jamais cette dernière n'a voulu déroger à cette volonté, même si le 26 février 2004 elle a procédé au paiement des 2'700'000 CHF, représentant bien plus que le montant maximal prévu, agissant davantage par méprise que par volonté d'accepter tacitement une modification du contrat.

Ainsi, comme le prévoit l'art. 373 CO, lorsque le prix a été fixé à forfait, l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage pour la somme fixée, et il ne peut réclamer aucune augmentation, même si l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses que ce qui avait été prévu. Arkis SA se voit donc contrainte d'assumer seule les frais supplémentaires engendrés par l'ouvrage qui n'ont pas été consentis par Manni SA. Ainsi, la demanderesse n'est pas tenue de prendre à sa charge les frais supplémentaires pour la réparation des planchers, la défenderesse ayant donné son accord et par conséquent accepté que ces travaux ne soient pas compris par le forfait fixé. Le décompte final d'Arkis SA aboutit à un montant de 2'700'000 CHF, alors que le devis définitif, après octroi du crédit supplémentaire se montait à 2'200'000 CHF. Le maître de l'ouvrage n'est donc pas tenu au paiement des 500'000 CHF dépassant la limite fixée. Ces frais doivent être retenus intégralement à la charge de l'entrepreneur.

1.1. De l'action en restitution

Le montant total des travaux, excédant le prix plafond, ayant été demandé au maître à la fin des travaux, a été payé par ce dernier le 26 février 2004. Manni SA a donc payé 2'700'000 CHF alors qu'elle ne devait que 2'200'000 CHF. Ne se rendant compte du dépassement que plus tard, elle a exigé la restitution de l'excédent le 18 juillet 2004, lorsqu'elle a saisi le tribunal de première instance. Nous sommes face à une question controversée qui est celle de savoir s'il faut appliquer les règles des art. 127 ss. CO ou la règle de l'art. 67 CO. Il devient capital de définir si le droit à la restitution du maître relève des règles sur l'enrichissement illégitime ou a un caractère contractuel, car dans le premier cas de figure, l'action de Manni SA serait prescrite, le délai d'une année étant écoulé. Celui qui peut, directement ou indirectement, déduire une créance d'un contrat doit utiliser

cette voie, à l'exclusion des règles sur l'enrichissement illégitime⁴⁸. La créance en restitution du surplus payé, fondée sur un prix forfaitaire, est de nature contractuelle. Le caractère contractuel des prétentions en restitutions basées sur l'art. 373 CO ressort des éléments propres à cette action. En effet, l'art. 373 CO interdit à l'entrepreneur d'exiger plus que le prix fixé initialement, il est donc logique que l'action qui permet de récupérer l'argent versé en trop pour cause d'irrespect du forfait prévu par le contrat suive la même prescription. Le lien étroit entre la créance en restitution et le contrat est tel qu'on ne peut que reconnaître la nature contractuelle de cette action, et de ce fait, l'art. 63 CO ne peut être opposé au maître de l'ouvrage. Le délai de prescription n'est donc toujours pas échu.

2. De la non-étanchéité des murs

2.1. Des conditions d'application de la garantie en raison des défauts dans le contrat d'entreprise, art. 367 à 361 CO

2.1.1. Des conditions de fond

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 foi⁴⁹. L'entrepreneur doit un ouvrage utilisable et dont la valeur correspond à un état normal. L'état normal est fonction de ce qui est usuel pour un ouvrage du type considéré et en vue de l'utilisation prévue : l'entrepreneur doit livrer un ouvrage d'une qualité au moins égale à la moyenne⁵⁰. Pour apprécier la conformité de l'ouvrage, on tient compte de son état au moment de la 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 garantie⁵¹. L'existence d'un défaut a par exemple été retenue par la jurisprudence en cas de non-étanchéité d'un toit⁵², ainsi que dans le cas d'apparition de mousse sur une façade rénovée⁵³.

Pour être pleinement utilisable, il est évident qu'un bâtiment doit être entièrement étanche, et l'on peut s'attendre à ce qu'une entreprise de construction assure cette qualité dans tous les cas.

⁴⁸ TERCIER, DO, n. 1817.

⁴⁹ ATF 114 II 239, ATF 93 II 311.

⁵⁰ GAUCH, n. 1410-11.

⁵¹ TERCIER, n. 4478.

⁵² ATF 93 II 311.

⁵³ Rep. 1998 195.

En l'espèce, l'infiltration d'eau boueuse dans le sous-sol de l'immeuble constitue donc clairement une conséquence d'un défaut d'étanchéité des murs contre terre, celle-ci pouvant être raisonnablement attendue, ceci également un peu plus d'une année après la réception de l'ouvrage. L'expert Esperti, qui a examiné l'état du mur, a d'ailleurs relevé qu'il ne présentait aucune étanchéité, et que cela constituait un grave manquement aux règles de l'art.

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 attendues⁵⁴. Là encore, la société défenderesse n'ayant donné aucune instruction particulière au sujet du traitement des murs contre terre, l'accomplissement de cette condition est incontestable.

c) Tel que cela ressort de l'art. 370 al. 1 CO, le maître perd les droits à la garantie s'il accepte l'ouvrage. 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. Au vu de la déclaration du 12 septembre 2004 adressée par la défenderesse à la société Arkis SA, lui signalant que de l'eau boueuse s'était infiltrée au sous-sol du côté nord de l'immeuble, il apparaît clairement que l'ouvrage n'a pas été expressément accepté. Comme nous le verrons au point suivant relatif au respect des incombances, il n'y a pas non plus lieu de retenir une acceptation tacite de l'ouvrage.

2.1.2. Les 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 usuelles⁵⁵. 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 qualités attendues ou promises⁵⁶. Cette vérification doit avoir lieu après la livraison, et en cas de

⁵⁴ TERCIER, n. 4492 et 4493.

⁵⁵ Art. 201 CO par analogie, TERCIER, n. 4507.

⁵⁶ ATF 107 II 172.

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. S'il s'agit de défauts dits cachés en revanche, 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'ouvrage⁵⁷. La jurisprudence a par exemple retenu que constituent un défaut caché les défauts de l'isolation thermique, ceux-ci ne pouvant être décelés qu'en été⁵⁸.

En l'espèce, le défaut d'étanchéité des murs contre terre doit être qualifié de défaut caché. En effet, 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 du celui-ci, provoquant des microfissures dans le béton. Bien que les murs aient présenté un défaut d'étanchéité dès le départ, ceux-ci n'ayant pas été traités correctement de manière à éviter les risques liés aux microfissures et aux problèmes de perméabilité par l'entreprise qui s'est chargée des travaux, il ne serait pas possible de le constater lors de la vérification usuelle qui est faite après la réception de l'ouvrage, les conséquences de ce défaut ne se manifestant que de manière évolutive.

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 exigences⁵⁹. Cela suppose qu'il puisse s'assurer de l'existence des défauts, en mesurer l'importance, et disposer du temps nécessaire à leur communication⁶⁰. Le maître 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'exécuter⁶¹. Il faut en outre tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, en particulier de la nature du défaut considéré⁶².

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.

⁵⁷ TERCIER, n. 4526.

⁵⁸ RJN 1977-1981 I 292.

⁵⁹ ATF 118 II 142.

⁶⁰ TERCIER, n. 4521 et SJ 1996 353.

⁶¹ ATF 118 II 148.

⁶² Arrêt du TF 4A _336 / 2007 du 31.10.2007.

Contrairement aux allégations de la demanderesse, l'avis des défauts n'a pas à être considéré comme tardif. L'infiltration d'eau s'est bien produite le 4 septembre, mais il est naturel que l'identification exacte du problème, permettant de rattacher celui-ci à un défaut d'étanchéité des murs, nécessite une inspection plus approfondie qui ne peut se faire immédiatement. Ceci d'autant plus que cette infiltration d'eau s'est produite un samedi. Même si Manni SA pouvait être assistée de son architecte M. Rossi, il est compréhensible que celui-ci ne puisse se déplacer sur les lieux immédiatement. Il faut donc prendre en considération le temps que nécessitent les démarches indispensables à ce que le maître dispose des éléments exacts nécessaires pour adresser sa requête à l'entrepreneur.

Dans sa jurisprudence, le Tribunal Fédéral a plusieurs fois eu l'occasion d'examiner 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, de même pour un avis donné sept jours après la découverte du défaut⁶³. Une application trop stricte de cette exigence d'immédiateté est par ailleurs déplorée par Gauch, qui estime qu'il se justifie d'appliquer de façon souple l'exigence d'avis immédiat et, en cas de doute, de trancher plutôt en faveur du maître⁶⁴. Le Tribunal Fédéral le relève également dans l'arrêt cité 4C.82/2004 du 3.5.2004 : « *Une partie de la doctrine considère que cette jurisprudence est rigoureuse et que, en matière d'avis des défauts, une sévérité excessive n'a pas sa place, notamment en raison de l'atteinte très grave à la situation juridique du maître que constitue la péremption de tous ses droits de garantie.* ».

En considérant le temps nécessaire à l'identification exacte du défaut, et au vu de ce qui précède, l'avis des défauts donné le 12 septembre 2004 par Manni SA doit donc bel et bien être jugé conforme aux exigences légales.

Enfin, en ce qui concerne le contenu même de l'avis des défauts, il est vrai que l'art. 367 al. 1 CO exige implicitement non seulement une communication des défauts relevés, mais également une manifestation de volonté du maître⁶⁵. Cet avis ne peut pas raisonnablement être jugé non conforme en l'espèce. La manifestation de volonté que doit contenir l'avis des défauts peut être tacite, et, comme le relève Gauch, si la déclaration expresse du maître se résume à la communication du défaut, il faut présumer que cette déclaration contient aussi, tacitement, la manifestation de volonté requise, à moins que les circonstances concrètes du cas d'espèce permettent d'aboutir à autre chose. Cette présomption est conforme à l'expérience générale de la vie selon laquelle la communication d'un défaut est faite dans le but de le dénoncer, ce qui va à tel point de soi pour de nombreux

⁶³ ATF 98 II 191, arrêt 4C.82/2004 du 3.5.2004 et 4C.143/1996 du 12.11.1996.

⁶⁴ GAUCH, n. 2179.

⁶⁵ ATF 107 II 175.

maîtres qu'ils ne l'indiquent pas expressément⁶⁶. De plus, la société Arkis SA, qui a de par son activité entrepreneuriale l'habitude de conclure des affaires en relation avec la construction, ne peut pas raisonnablement prétendre avoir pris la déclaration de Manni SA comme une simple mise en garde dépourvue de conséquences.

Le respect des délais de prescription : afin de pouvoir exercer ses droits, le maître doit encore respecter les délais de prescription de l'art. 371 CO. Ce point n'est pas contesté dans notre affaire.

Les conditions de fond et d'exercice de la garantie en raison des défauts étant remplies, les droits de l'art. 368 CO peuvent alternativement et sous réserve de l'accomplissement de leurs conditions spécifiques être exercés. L'acte par lequel le maître choisit le droit qu'il entend exercer est un acte formateur ; c'est une manifestation de volonté qui n'exige pas l'exercice d'une action en justice⁶⁷. Cette manifestation peut d'ailleurs être tacite⁶⁸. En l'espèce, en ouvrant action, la défenderesse a entendu obtenir la réduction du prix de l'ouvrage, en exigeant de l'entrepreneur qu'il restitue une partie de la rémunération déjà versée, comme le lui permet l'art. 368 CO.

Ce droit existe indépendamment de la question de savoir si le maître a remédié lui-même au défaut, y a remédié par le biais d'un tiers ou n'y a pas remédié du tout⁶⁹. Le maître peut choisir cette voie à condition qu'il existe une différence entre la valeur objective de l'ouvrage sans défaut et la valeur objective de celui-ci avec le défaut. Ainsi, le prix convenu n'est pas déterminant, le maître peut exiger la réduction même si la valeur de l'ouvrage avec le défaut atteint ou dépasse le prix convenu⁷⁰. L'existence du droit à la réduction du prix suppose également que l'ouvrage défectueux ait une valeur minimale et ne soit donc pas dénué de toute valeur⁷¹.

Cette réduction du prix est censée, selon la jurisprudence, se faire selon la méthode dite relative, en fonction de la proportion qui existe entre la valeur objective de l'ouvrage avec défaut et la valeur objective de l'ouvrage sans défaut, le prix convenu étant réduit dans la proportion obtenue⁷². Le Tribunal fédéral a cependant établi deux présomptions à cet égard : la valeur objective de la chose sans défaut est présumée correspondre au prix convenu entre les parties, et le montant de la moins-value est quant à lui présumé correspondre aux frais de réparation qui seraient nécessaires à la suppression du défaut⁷³. Par ailleurs, si le maître a déjà payé le prix, il peut réclamer la différence

⁶⁶ GAUCH, n. 2134.

⁶⁷ TERCIER, n. 4557.

⁶⁸ ATF 98 II 118.

⁶⁹ GAUCH, n. 1626.

⁷⁰ TERCIER, n. 4597.

⁷¹ GAUCH, n. 1639.

⁷² Arrêts du TF 4C.7/2005, 4C.11/2005 du 30.6.2005, ATF 116 II 305 et arrêt 4c.461/2004 du 15.3.2005.

⁷³ ATF 116 II 305, ATF 111 II 72.

au titre de l'enrichissement illégitime, et ce avec intérêts⁷⁴. Ceux-ci courent à partir du moment où la partie du prix concernée a été versée à l'entrepreneur. C'est un intérêt compensatoire, au sens de l'art. 73 CO, qui est dû même sans interpellation⁷⁵.

Il n'est ici pas contestable qu'un défaut d'étanchéité des murs contre terre entraîne une moins-value objective de l'ouvrage global, sans que celui-ci ne soit toutefois dénué de toute valeur, la société défenderesse peut donc demander restitution d'une partie du prix qu'elle a payé à Arkis SA le 26 février 2004. Manni SA ayant engagé une entreprise tierce pour remédier au défaut, celle-ci entend se reposer sur la présomption établie par la jurisprudence selon laquelle le montant de la moins-value correspond aux frais de réparation de l'ouvrage. Elle est donc en droit de réclamer à la demanderesse la somme de 114'240 CHF, qui correspond aux frais qu'elle a engagés pour la réparation. Cette somme ayant été pour la première fois expressément réclamée le 18 juillet 2006, à l'occasion de la saisine du Tribunal de première instance du canton du Tessin, celle-ci porte intérêt de 5% l'an, comme le prévoit l'art. 73 CO, à partir de cette date jusqu'à ce jour. 24'715 CHF sont donc à ajouter à titre d'intérêt compensatoire.

⁷⁴ ATF 117 II 550, ATF 116 II 305.

⁷⁵ Arrêts du TF 4C.7/2005 et 4C.11/2005 du 30.6.2005.

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. Rejeter du recours interjeté par la société Arkis SA, dans la mesure où celui-ci est recevable.
2. Confirmer l'arrêt rendu par le tribunal de seconde instance Tessinois, en ce sens accorder la restitution des montants de :
 - a) 500'000 CHF, avec intérêt de 5% l'an, à savoir 108'133 CHF.
 - b) 114'240 CHF, avec intérêt de 5% l'an, à savoir 23'324 CHF.En conclusion, un montant total de 745'697 CHF.

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-Notizen 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 63 II 176	ATF 116 II 305
ATF 93 II 311	ATF 117 II 550
ATF 98 II 118	ATF 118 II 142
ATF 98 II 191	ATF 119 II 249
ATF 107 II 172	ATF 122 III 61
ATF 108 II 197	ATF 127 III 543
ATF 109 II 464	ATF 129 IV 290
ATF 111 II 72	ATF 130 III 363
ATF 114 II 53	ATF 132 III 359
ATF 114 II 239	ATF 133 II 462

Arrêts non publiés

Arrêt du TF 4C.143/196 du 12.11.1996

Arrêt du TF 4C.82/2004 du 3.5.2004

Arrêt du TF 4c.461/2004 du 15.3.2005

Arrêt du TF 4C.11/2005 du 30.6.2005

Arrêt du TF 4C.7/2005

Arrêt du TF 4A_236/2007 du 31.10.2007

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