

GE_GERICHTE ACJC/466/2011 vom 22. November 2010

GE Cour de justice, 2010-11-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_466_2011

FR: GE_GERICHTE ACJC/466/2011 du 22 novembre 2010

IT: GE_GERICHTE ACJC/466/2011 del 22 novembre 2010

Erwägungen

E. 1

Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un recours dirigé contre une ordonnance notifiée aux parties avant le 1er janvier 2011, la présente cause est régie par l'ancien droit de procédure.

E. 2

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 331 al. 2 aLPC), le recours est recevable. Il est instruit selon la procédure sommaire (art. 331 al. 3 aLPC). La Cour statue avec plein pouvoir d'examen, quel que soit le montant litigieux. Elle peut connaître de moyens nouveaux, respectivement de pièces nouvelles, tout en étant liée par la maxime des débats (ACJC/1010/2010 consid. 1; ACJC/1121/2009 consid. 1; ACJC/1235/2006 consid. 1; ACJC/802/2003 consid. 1; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987, n. 7 ad art. 331 aLPC).

E. 3

Les mesures provisionnelles sont prises dans le cadre d'une procédure rapide et sommaire, selon la vraisemblance des faits (ACJC/866/2010 consid. 2; ACJC du 9 mars 2000 consid. 3 = SJ 2001 I p. 4). La rapidité de la procédure entraîne une

- 15/33 -

C/21497/2010 limitation des moyens de preuve à ceux qui peuvent être administrés sans délai. Les expertises judiciaires sont en règle générale exclues. Dans le cadre de la vraisemblance, l'expérience de la vie, les connaissances empiriques et le comportement d'une partie ainsi que son exposé plausible en comparution personnelle jouent un rôle bien plus important que dans le cadre de la preuve stricte. Un certain poids peut être accordé aux expertises privées et aux déclarations écrites pour l'appréciation des preuves. L'admission, au degré de la vraisemblance, d'un fait sur la base du résultat partiellement incomplet de l'administration de tels moyens de preuve ne doit pas être soumise à des exigences trop importantes (LEUENBERGER, Glaubhaftmachen, in Der Beweis im Zivilprozess, 2000, p. 107 ss, p. 119).

E. 4

L'art. 837 al. 1 ch. 3 CC prescrit que les artisans et entrepreneurs employés à des bâtiments ou autres ouvrages peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, en garantie de leurs créances contre le propriétaire ou un entrepreneur. Seul est litigieux en l'espèce le montant de la créance garantie, l'intimée ne contestant pas la qualité de la recourante pour requérir l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et d'entrepreneurs, ni

l'observation du délai de l'art. 839 al. 2 CC.

Conformément à l'art. 961 al. 3 CC, le juge prononce après une procédure sommaire et permet l'inscription provisoire si le droit allégué lui paraît exister. Vu la brièveté et l'effet péremptoire du délai de l'art. 839 al. 2 CC, l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ne peut être refusée que si l'existence du droit à l'inscription définitive du gage immobilier paraît exclue ou hautement invraisemblable (ATF 112 Ib 482 consid. 3b = RNRF 1989 p. 46; ATF 102 Ia 81 consid. 2a; ATF 86 I 265 consid. 3; arrêts du Tribunal fédéral 5A_475/2010 consid. 3.1.2, 5A_208/2010 consid. 4.2 et 5A_777/2009 consid. 4.1). Autrement dit, à moins que le droit à la constitution de l'hypothèque n'existe manifestement pas, le juge qui en est requis doit ordonner l'inscription provisoire (arrêts du Tribunal fédéral 5A_475/2010 consid. 3.1.2, 5A_208/2010 consid. 4.2 et 5A_777/2009 consid. 4.1). Le juge tombe ainsi dans l'arbitraire lorsqu'il refuse l'inscription provisoire de l'hypothèque légale en présence d'une situation de fait ou de droit mal élucidée, qui mérite un examen plus ample que celui auquel il peut procéder dans le cadre d'une instruction sommaire; en cas de doute, lorsque les conditions de l'inscription sont incertaines, le juge doit ordonner l'inscription provisoire et laisser la décision finale au juge du fond (ATF 102 Ia 81 consid. 2b/bb; ATF 86 I 265 consid. 3; arrêts du Tribunal fédéral 5A_475/2010 consid. 3.1.2, 5A_208/2010 consid. 4.2, 5A_777/2009 consid. 4.1 et 5A_227/2007 consid. 2.1 = DC 2008 p. 76). Le chiffrage de la prétention garantie ne doit pas non plus être soumis à des exigences excessives; ce

- 16/33 -

C/21497/2010 qui est décisif, ce n'est pas une prétention avérée, mais la vraisemblance de son existence et de son montant (arrêt du Tribunal fédéral 5A_102/2007 consid. 2.1 = DC 2007 p. 173), étant rappelé qu'en raison de l'effet péremptoire du délai de l'art. 839 al. 2 CC, le montant ne peut pas être augmenté par la suite.

L'inscription provisoire de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs exige ainsi un faible degré de vraisemblance (PRAPLAN, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneur : Mise en œuvre judiciaire, in JdT 2010 II p. 37 ss, p. 48).

E. 5

Sont soumis aux règles du contrat d'entreprise tant le contrat conclu par le maître avec l'entrepreneur général que celui passé avec l'entrepreneur total, ce dernier étant chargé de l'établissement des études de projets et des plans, en sus des tâches de l'entrepreneur général (ATF 114 II 53 consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 4A_471/2010 consid. 4.3.1 et 4C_87/2003 consid. 4.3.1).

Il est constant que les relations contractuelles entre les parties sont régies par les art. 363 ss CO. En revanche, la qualification d'entreprise générale ou totale peut rester en l'état incertaine.

E. 5.4

al. 7 du contrat.

La Cour retient à cet égard que cette disposition ne s'applique vraisemblablement pas, puisque celle-ci ne vise que les "contraintes complémentaires" communiquées par l'intimée à la recourante tandis qu'en l'espèce, il s'agit de travaux préconisés par cette dernière.

Même si la recourante n'a apparemment pas fait d'offre pour cette prestation, celle-ci a été exécutée et acceptée par l'intimée (cf. supra consid. 7). Il s'ensuit que

- 26/33 -

C/21497/2010 la recourante rend sa créance vraisemblable dans son principe et dans son montant, une facture de son sous-traitant étant produite.

L'hypothèque légale portera ainsi également sur ce montant.

E. 6

La recourante se prévaut en premier lieu du solde du prix du contrat de base de 4'969'775 fr. TTC, prétention admise par le premier juge. L'intimée n'a pas recouru contre l'ordonnance querellée, ce qui implique que la Cour statue, conformément à la maxime de disposition, dans le cadre des conclusions de la recourante, lesquelles déterminent dans quelle mesure la décision de première instance peut être modifiée, et ne peut ainsi réformer le dispositif de la décision attaquée au détriment de la recourante (ATF 134 III 151 consid. 3.2) en diminuant le montant de l'inscription provisoire arrêtée par le premier juge. En revanche, dès lors que l'intimée persiste à contester la prétention de la recourante en paiement du solde du prix forfaitaire en faisant notamment valoir que les travaux contractuels n'ont pas été exécutés dans leur intégralité et que conformément à la convention du 11 août 2010, un montant de 190'000 fr. HT, soit 204'440 fr. TTC doit être déduit du prix forfaitaire au prorata des prestations exécutées (cf. réponse ch. 32, p. 14), la Cour n'est pas dispensée d'examiner la vraisemblance de la créance sur ce point.

En l'espèce, les éléments de la procédure ne permettent pas de déterminer, même au degré de la vraisemblance, la part des travaux non achevés. Ce point ne peut être résolu que par des mesures probatoires, en particulier par une expertise judiciaire, qui ne peuvent pas être administrées dans une procédure de nature sommaire. Par conséquent, on ne peut exclure qu'une part importante des travaux relatifs aux aménagements extérieurs aient été exécutés par la recourante, de sorte qu'il est en l'état impossible de fixer un éventuel prorata de la déduction de 190'000 fr. Vu ce doute, il ne peut être procédé à la déduction réclamée par l'intimée.

- 17/33 -

C/21497/2010

E. 7

La recourante reproche au premier juge d'avoir écarté certains travaux supplémentaires au motif qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un avenant écrit.

E. 7.1

Même si les parties sont convenues de soumettre leur contrat à la forme écrite (cf. art. 16 CO), cette réserve de forme peut toujours être levée par actes concluants (ATF 125 III 263 consid. 4c; ATF 105 II consid. 1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_554/2009 consid. 2.2 et 4C_57/1999 consid. 3a). Tel est notamment le cas, lorsque les parties exécutent et acceptent sans réserve les prestations contractuelles (ATF 105 II 75 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_554/2009 consid. 2.2). De manière générale, il n'est pas nécessaire que le maître ait commandé les travaux supplémentaires pour qu'ils soient mis à sa charge; il suffit qu'il les ait acceptés (arrêts du Tribunal fédéral 4C_385/2005 consid. 9, 4C_23/2004 consid. 4, 4C_57/1999 consid. 3b et 4C_375/1993 consid. 3c = SJ 1995 p. 100).

E. 7.2

Sauf convention contraire, le prix des modifications doit être déterminé conformément à l'art. 374 CO, c'est-à-dire en fonction de la valeur des matériaux utilisés et du travail effectué (arrêts du Tribunal fédéral 4C_23/2004 consid. 4.1 et 4C_409/1999 consid. 1c/cc; arrêt du Tribunal fédéral 4C_375/1993 consid. 3d = SJ 1995 p. 100). Selon son texte clair, cette disposition ne concerne que la détermination du montant de la rémunération; elle s'applique lorsque - faute d'accord sur ce point - il faut fixer après coup la quotité de la rémunération (ATF 127 III 519 consid. 2c). Il incombe à l'entrepreneur d'apporter la preuve de la modification de la commande et des frais supplémentaires en résultant (arrêt du Tribunal fédéral 4C_23/2004 consid. 4.1).

E. 7.3

En l'espèce, selon le contrat du 29 novembre 2007, les prestations complémentaires autres que celles réservées par l'annexe 6b du contrat devaient faire l'objet d'un avenant écrit. Les "contraintes complémentaires" transmises par l'intimée à la recourante n'entraînaient pas de modification de la rémunération, sauf avis contraire de la recourante dans les dix jours à compter de la notification desdites "contraintes", auquel cas l'éventuelle rémunération complémentaire devait faire l'objet d'un avenant écrit.

Cela étant, hormis les travaux concernant l'aménagement extérieur pour lesquels une déduction de 190'000 fr. HT sur le prix forfaitaire a été convenue par les parties le 11 août 2010, l'intimée ne conteste pas que les travaux dont se prévaut la recourante pour réclamer une rémunération supplémentaire aient été exécutés. Force est de constater à cet égard que le procès-verbal de réception du 30 juin 2010 ne constate que des défauts de l'ouvrage, mais pas l'absence d'exécution de travaux proprement dite. De même, à l'exception des travaux précités, la convention du 11 août 2010 ne relève pas l'inexécution d'autres travaux. Par conséquent, la Cour tient pour vraisemblable que les travaux dont se prévaut la recourante à l'appui de sa prétention en inscription provisoire ont été exécutés.

- 18/33 -

C/21497/2010 Hormis les travaux découlant de circonstances survenues en cours de chantier, le changement des batteries et l'augmentation de la puissance électrique, tous les autres travaux résultent d'ordres de l'intimée. Celle-ci n'allègue pas par ailleurs qu'elle s'est opposée à la réalisation des travaux au motif qu'elle ne les avait pas commandés, ni qu'elle en a refusé la réception. Les seules réserves de l'intimée concernaient le principe de la rémunération. Par conséquent, il doit être admis au degré de la vraisemblance que l'intimée a accepté lesdits travaux et on ne peut exclure qu'elle ait renoncé par actes concluants à l'exigence de la forme écrite. Ces questions devront être tranchées par le juge du fond. Ainsi le premier juge ne pouvait pas écarter certaines prétentions de la recourante relatives à la réalisation de travaux supplémentaires du seul fait qu'ils n'avaient pas été entérinés par des avenants écrits, ce d'autant moins qu'il en avait admis d'autres nonobstant l'absence d'avenants. Il y a lieu par conséquent de rechercher si la recourante rend vraisemblable les différents postes de sa créance.

E. 8

La recourante fait valoir une rémunération supplémentaire de 163'744 fr. 40 HT, soit 176'188 fr. 97 TTC du chef des travaux visés par le projet d'avenant no 5, prétention que le premier juge a admise. Bien que n'ayant pas recouru contre l'ordonnance entreprise, l'intimée conteste la prétention de la recourante (cf. réponse sur appel, ch. 35, p.14), de sorte

que la Cour doit examiner sa vraisemblance (cf. supra consid. 6). En l'espèce, le projet d'avenant ayant été établi par l'intimée, il y a lieu de tenir le montant précité pour vraisemblable. En revanche, il ne saurait en être ainsi du montant de la moins-value y figurant. Il résulte en effet du courrier du 12 janvier 2009 que l'exercice des options d'échanges de prestations portaient sur les postes no 2 "surveillance vidéo" et no 3 "option d'accès" alors que les prestations auxquelles l'intimée avait renoncé, selon le projet d'avenant, portaient sur les appareils à courant faible. Or, à teneur de l'annexe 6b, seules les positions visées par ladite lettre pouvaient faire l'objet d'un échange. Enfin et surtout, l'intimée ne produit ni calcul, ni décompte, notamment de son architecte relatif à cette moins-value. Le premier juge a, à juste titre, tenu pour vraisemblable la créance de la recourante sur ce point.

E. 9

La recourante prétend à un prix supplémentaire en 2'003'315 fr. HT, soit 2'155'566 fr. 90 TTC, au titre des travaux de renforcement consécutifs à la désolidarisation des dalles des 17 premiers étages de la Tour, prétention admise par le Tribunal. L'intimée contestant celle-ci en se référant à ses déterminations de première instance (cf. réponse, ch. 42, p. 15), la Cour n'est pas dispensée d'examiner la vraisemblance de la prétention de la recourante (cf. supra consid. 6).

- 19/33 -

C/21497/2010

E. 9.1

Selon 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 (al. 1); toutefois, si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat (al. 2). Cette disposition est de droit dispositif et n'exclut ainsi pas une renonciation aux droits qui y sont prévus, dans les limites de l'art. 27 CC (GAUCH, *Der Werkvertrag*, 1996, n. 1128 à 1130). L'application de l'art. 373 al. 2 CO suppose des circonstances extraordinaires, non imputables au comportement de l'entrepreneur, qui rendent l'exécution de l'ouvrage difficile à l'excès, difficulté qui se traduit par des coûts de construction plus élevés; une disproportion manifeste entre le prix stipulé et la prestation de l'entrepreneur doit toutefois exister (ATF 104 II 314 consid. 314 consid. b = JdT 1979 I p. 602; arrêt du Tribunal fédéral du 24 mars 1993 consid. 1a = SJ 1993 p. 656), les frais supplémentaires étant pris en considération sans le bénéfice (ATF 104 II 314 consid. 314 consid. b = JdT 1979 I p. 602). Une limite à partir de laquelle la disproportion est grave ne peut être tracée de manière abstraite et les circonstances de chaque cas concret sont déterminantes. Dans ce contexte on peut rechercher la volonté hypothétique des parties, à savoir celle qu'elles auraient formée raisonnablement et de manière loyale si elles avaient eu connaissance des faits extraordinaires. Il convient également de déterminer à qui est imputable la difficulté d'exécution. Lorsqu'elle n'est imputable à aucune des parties, les règles précitées s'appliquent. Lorsqu'elle est imputable au maître, l'entrepreneur peut se prévaloir de l'art. 373 al. 2 CO, même si la difficulté n'est pas excessive. Lorsque l'entrepreneur est responsable de la difficulté, celui-ci ne peut se prévaloir de cette

disposition (CHAIX, Commentaire romand, 2003, n. 24 ad art. 373 CO). Si les conditions de l'art. 373 al. 2 CO sont réalisées, l'entrepreneur a droit à un versement supplémentaire fixé en équité (TERCIER/FAVRE/CARRON, Les contrats spéciaux, 4ème ed., 2009, n. 4712).

E. 9.2

En l'espèce, il résulte des constatations du Prof. F_____, dont les compétences n'ont pas été contestées par l'intimée, que la désolidarisation des dalles remontait à la construction de la Tour et ne résultait pas des travaux d'assainissements. Ce constat n'est pas contredit par l'appréciation de E_____ SA selon laquelle ce problème ne s'était pas manifesté avant la reconstruction de la Tour; le Prof. F_____ indique également qu'il s'agit d'un défaut caché. Dès lors que l'expertise judiciaire n'a pas sa place dans le cadre de la présente procédure, il y a lieu de tenir pour vraisemblable les constatations du Prof. F_____, étant

- 20/33 -

C/21497/2010 précisé que l'on ne peut non plus en inférer que la difficulté est imputable à l'intimée. Par ailleurs, savoir si les parties entendaient déroger à l'art. 373 al. 2 CO par l'art. 2.6 al. 5 du contrat de base est affaire d'interprétation qui ne peut être menée à bien de façon complète dans le cadre de la présente procédure. Il doit cependant être admis au degré de la vraisemblance que la clause précitée ne s'appliquait pas aux défauts cachés. Il s'ensuit que l'application de l'art. 373 al. 2 CO au bénéfice de la recourante n'est pas exclue.

La quotité des frais supplémentaires de 2'003'315 fr. encourus par la recourante est rendue vraisemblable par les nombreuses factures de sous-traitants produites. A défaut de connaître les marges bénéficiaires de la recourante en tant qu'entrepreneur, il n'est pas possible de se prononcer dans le cadre de la présente procédure sur le caractère disproportionné des frais supplémentaires précités. En tout état de cause, compte tenu de leur montant non négligeable, il ne peut être exclu que les parties auraient convenu d'une augmentation du prix si elles avaient eu connaissance de la désolidarisation des dalles. Par conséquent, l'inscription provisoire sera étendue au montant desdits frais supplémentaires.

E. 10

La recourante fait valoir une prétention de 389'506 fr. HT du chef des travaux réalisés dans le secteur de la rue 3_____. L'intimée soutient sur ce point que ces travaux ne constituaient qu'une précision du projet et non sa modification, de sorte que l'avis de la plus-value en résultant était tardif au regard de l'art. 5.4 al. 7 du contrat.

A teneur de cette disposition contractuelle, les "contraintes complémentaires" communiquées par l'intimée à la recourante n'entraînaient pas de modification de la rémunération, sauf avis contraire de la recourante dans un délai de dix jours à compter de la notification desdites "contraintes". La convention prévoit par ailleurs des travaux complémentaires à choix et décrits dans l'annexe 6b, ainsi que d'autres travaux complémentaires. Savoir de quelle manière les parties avaient entendu distinguer les "contraintes complémentaires" des travaux complémentaires est une question qui relève de l'interprétation du contrat et de l'établissement des faits, qui suppose des investigations approfondies, notamment l'audition des personnes ayant participé aux pourparlers contractuels et, le cas échéant, une expertise judiciaire portant sur l'importance de la modification du projet initial induite par les travaux litigieux. Sur ce dernier point, dans la mesure où l'administration d'une expertise judiciaire n'est pas compatible avec le caractère

sommaire de la procédure et qu'aucun élément ne vient contredire de manière convaincante le rapport du 3 décembre 2010 de H_____, architecte EPFZ, dont les compétences ne sont pas contestées

- 21/33 -

C/21497/2010 par l'intimée, la Cour tient pour vraisemblable que les travaux emportaient une modification importante du projet de base.

Il s'ensuit qu'il est vraisemblable que les travaux entrepris par la recourante ne résultaient pas de "contraintes complémentaires" et qu'ils ne devaient ainsi pas faire l'objet d'un avis de plus-value dans le délai contractuel précité.

A l'appui de la quotité de sa prétention, la recourante produit un décompte ainsi qu'un nombre important des factures des sous-traitants. La nature de la présente procédure ne lui permettant pas d'établir le montant de sa prétention par d'autres moyens de preuve, en particulier par une expertise judiciaire, la Cour retient que la prétention du chef des travaux litigieux en 389'506 fr. HT est établie au degré de la vraisemblance, ce d'autant plus que H_____ a constaté que ce montant avait été correctement comptabilisé.

Il s'ensuit que l'hypothèque légale provisoire sera étendue au montant précité, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge.

E. 11

La recourante prétend à une rémunération supplémentaire de 398'540 fr. HT en se prévalant des travaux portant sur la modification de la distribution des surfaces du rez-de-chaussée, des 1er, 3 au 5ème, 12ème, 16ème et 17ème étages ("Modifications Convergence").

L'intimée fait valoir que les travaux entrepris portaient sur des modifications d'ordre technique qui s'inscrivaient dans la flexibilité requise par le contrat et qui n'appelaient ainsi pas de rémunération supplémentaire.

Aux termes du contrat du 29 novembre 2007, la recourante s'engageait à exécuter toutes les prestations non expressément décrites, mais nécessaires à l'exécution de celles qui étaient expressément stipulées (art. 2.3). En outre, le cahier des charges prévoyait une organisation modulaire assurant une flexibilité d'utilisation des surfaces et une mobilité des éléments.

Il est vraisemblable que la flexibilité d'utilisation prévue par le contrat soit un concept général de l'organisation modulaire, sans que l'on puisse cependant en inférer *prima facie* la possibilité pour l'intimée de changer à discrétion les éléments à construire. En tout état de cause, ce point relève de l'interprétation du contrat, qui peut difficilement être menée à bien de manière complète dans le cadre d'une instruction sommaire (cf. *supra* consid. 10). Par ailleurs, savoir si les travaux litigieux constituaient des prestations non expressément décrites, mais nécessaires à l'exécution de celles qui étaient expressément stipulées est une question de nature technique pour laquelle le juge n'a pas sur tous les plans les connaissances nécessaires et qui peut rendre nécessaire la désignation d'un expert judiciaire (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, *op. cit.*, n. 1 ad art. 255 aLPC).

- 22/33 -

C/21497/2010

Ainsi, pour les motifs précédemment exposés (cf. *supra* consid. 10), il y a lieu d'ajouter foi aux constatations de H_____ selon lesquelles les travaux réalisés constituent des

prestations supplémentaires au projet de base. La Cour tient par conséquent pour vraisemblable que ces prestations n'étaient pas couvertes par le prix forfaitaire. C'est en vain que l'intimée fait valoir que la fourniture des cloisons était déjà incluse dans l'avenant N° 4, puisque apparemment ni le décompte, ni l'annexe au courrier du 2 septembre 2009 ne contiennent de position relative à cette prestation. Quoi qu'il en soit, cette question de nature technique ne peut être résolue que par un examen approfondi, le cas échéant par une expertise judiciaire.

A défaut de pouvoir administrer d'autres moyens de preuve dans la présente procédure, la quotité de la prestation en 398'540 fr. HT, qui est estimée plausible par H_____, sera tenue pour vraisemblable.

Par conséquent, l'hypothèque légale provisoire portera également sur le montant précité.

E. 12

La recourante fait valoir une rétribution supplémentaire de 4'013'317 fr. HT du chef des travaux induits par l'augmentation des places de travail, qui portent en grande partie sur l'augmentation de la capacité de ventilation.

L'intimée soutient que ces travaux résultent d'un défaut de conception de la ventilation imputable à la recourante et que l'annonce de la plus-value a été effectuée tardivement au regard de l'art. 5.4 al. 7 du contrat.

Le rapport du 18 août 2009 de J_____ SA et celui du 30 novembre 2010 de K_____ SA ont des contenus contradictoires, dans la mesure où il résulte du premier que l'ajout d'un monobloc supplémentaire pour atteindre la capacité de ventilation de 50'000 m³/h initialement prévue était de la responsabilité de la recourante, alors qu'il découle du second que la capacité de ventilation initialement prévue était de 20'250 m³/h pour 810 personnes, et que l'augmentation du nombre de personnes présentes dans la Tour à 1'200 postes de travail et 200 visiteurs induite par les plans datant de 2008 imposait des installations et des gaines plus importantes afin de garantir un débit d'air suffisant.

Bien qu'il n'appartienne pas en l'état à la Cour d'arbitrer entre deux expertises des parties, il est vraisemblable que les plans remis le 9 avril 2008 à la recourante impliquaient une augmentation importante des places de travail par rapport au projet initial et, partant, celle de la capacité de ventilation, ce d'autant plus que le "Bilan ventilation" établi par M_____ SA indique également que le descriptif d'avril 2008 portait le nombre de postes de travail à 1'401 unités et imposait une augmentation du débit d'air ainsi que des équipements à cette fin, notamment le dédoublement des monoblocs. Le fait que l'intimée ait affecté 638

membres de
- 23/33 -

C/21497/2010 son personnel dans la Tour fin 2010 est sans portée puisqu'il s'agit du nombre de postes de travail effectif et non de la capacité prévue.

Comme déjà exposé (cf. supra consid. 10), savoir si les travaux considérés tombent sous le coup des "contraintes complémentaires" ou sous celui des travaux complémentaires est affaire d'interprétation et d'expertise judiciaire. Cela étant, au vu de l'augmentation des postes de travail de l'ordre de 50% et de l'ampleur des travaux nécessaires pour augmenter la capacité de ventilation de la Tour, dont il est acquis, au degré de la vraisemblance, qu'ils ont été réalisés, il est douteux qu'il s'agisse de "contraintes complémentaires" impliquant

l'annonce de la plus-value dans le délai contractuel, sous peine de déchéance du droit à une rémunération supplémentaire.

A l'appui de la quotité de sa prétention, la recourante produit un décompte et un grand nombre de factures de sous-traitants. A défaut pour la recourante de pouvoir disposer, dans le présente procédure, d'autres moyens de preuve pour établir le montant exact du prix des travaux, telle une expertise judiciaire, il n'est pas invraisemblable que celui-ci s'élève à 4'013'317 fr. HT. A cela s'ajoute qu'un montant de cet ordre ne peut être exclu au vu de l'ampleur et de la nature des travaux effectués sur un immeuble comportant 18 étages, soit notamment le doublement d'un important équipement de ventilation en toiture et le renforcement de la superstructure du bâtiment en résultant, ainsi que l'augmentation des gaines et de leurs sections.

Par conséquent, l'hypothèque légale portera également sur le montant de 4'013'317 fr. HT.

E. 13

La recourante prétend à une rémunération supplémentaire de 1'482'673 fr. 55 HT du chef de l'installation d'équipements techniques supplémentaires induite par l'augmentation du nombre de bureaux de 175 à 251 résultant elle-même de celle des places de travail.

L'intimée soutient que cette prestation entraine dans le cadre de la flexibilité du projet prévue par le cahier des charges, si bien qu'elle ne donne pas droit à une augmentation du prix. Elle fait également valoir que les travaux réalisés résultaient d'une erreur de conception de la recourante et, en outre, que la plus-value a été annoncée tardivement.

Comme exposé ci-dessus (cf. supra consid. 11), la flexibilité prévue par le cahier des charges ne permet pas prima facie de conclure à la possibilité pour l'intimée de varier à discrétion le nombre de bureaux. Par ailleurs, bien que l'hypothèse d'une erreur de conception paraisse douteuse dès lors que les travaux litigieux ont été exécutés sur la base des plans remis le 9 avril 2008 à la recourante par l'architecte de l'intimée, savoir si les travaux réalisés par la recourante résultent d'une telle erreur de sa part ne peut être résolue qu'au moyen d'investigations

- 24/33 -

C/21497/2010 approfondies, le cas échéant par une expertise judiciaire. Il importe peu à cet égard de savoir à ce stade si les parties ont conclu un contrat d'entreprise générale ou totale. Par ailleurs, savoir si les travaux considérés entrent dans la catégorie des "contraintes complémentaires" ou dans celle des travaux complémentaires est affaire d'examen approfondi, d'interprétation et d'expertise judiciaire, étant précisé qu'au vu de l'importance des prestations litigieuses, il paraît en l'état vraisemblable qu'il ne s'agisse pas de "contraintes complémentaires" impliquant l'annonce de la plus-value dans le délai contractuel, sous peine de déchéance du droit à une rémunération supplémentaire.

A l'appui de sa prétention, la recourante produit un décompte détaillé. Le montant articulé par celle-ci ne paraît pas excessif au regard des travaux sur l'ensemble des étages. Il est vrai qu'aucune facture de sous-traitants n'est présentée; toutefois, il n'est pas contraire à l'expérience générale que, comme le soutient la recourante, tous les sous-traitants ne lui aient pas encore adressé leurs décomptes, si bien que la recourante ne dispose pas encore d'autres moyens preuves. Dans ces circonstances, le montant de la prétention en 1'482'673 fr. 55 HT n'est pas invraisemblable. Il s'ensuit que l'inscription provisoire doit être également augmentée de ce montant.

E. 14

La recourante fait valoir une augmentation de prix de 242'900 fr. 80 HT du chef des travaux rendus nécessaires par le décrochement de la dalle dans le secteur N_____ qu'elle avait découvert en cours de chantier. Selon le décompte de la recourante, les frais supplémentaires engendrés par ces travaux s'élèvent à 242'900 fr. 80 HT. Ces frais supplémentaires représentant moins de 1% du prix forfaitaire, la Cour retient que leur caractère disproportionné n'est pas avéré quel que soit la marge de la recourante sur l'ensemble du projet. Il s'ensuit que la recourante ne peut prétendre à l'augmentation du prix fondée sur l'art. 373 al. 2 CO.

E. 15

La recourante prétend à une rétribution supplémentaire de 471'771 fr. 39 du chef de l'application du produit "Q_____" à titre de protection anti-feu.

L'intimée soutient que ce produit répondait aux qualités de la substance de protection anti-feu prévues par le cahier des charges, qui ne spécifiait aucun type de produit précis. L'application du produit litigieux s'inscrivait ainsi dans le devoir d'optimisation des prestations stipulé à l'art. 2.1 al. 2 du contrat.

En l'espèce, l'offre de la recourante, qui fait partie intégrante du contrat de base, prévoyait à cet égard l'application par flocage d'un produit "type O_____ ou

- 25/33 -

C/21497/2010 similaire". La recourante a proposé deux produits qui ont été refusés par l'intimée, qui s'appuyait sur les avis de P_____ SA aux termes desquels la première substance présentait des risques pour la santé et la seconde des propriétés irritantes. Toutefois, selon R_____ SA, le laboratoire d'analyse consulté par la recourante, les deux produits étaient conformes à la réglementation en vigueur, le second répondant de surcroît aux meilleures pratiques professionnelles en matière de sécurité.

Au vu de ce qui précède, étant rappelé qu'il n'appartient pas à la Cour d'arbitrer entre deux expertises privées contradictoires, on ne peut pas en l'état exclure que les deux premiers produits proposés par la recourante, à tout le moins le second, et refusés par l'intimée, correspondaient aux exigences de qualité du cahier des charges. Ainsi, il n'est pas invraisemblable que le choix par l'intimée de la substance "Q_____" constitue une commande supplémentaire de sa part. En outre, savoir si ce produit est de qualité similaire au sens de l'offre précitée est affaire de spécialistes qui peut rendre nécessaire l'intervention d'un expert judiciaire. Il est toutefois relevé que l'offre prévoyait la pose des produits par flocage, c'est-à-dire l'application de fibres sur un support recouvert d'un adhésif (cf. www.larousse.fr), alors que la substance finalement choisie est un enduit pâteux, ce qui suppose vraisemblablement des dispositions plus importantes pour son application.

Il n'est donc pas invraisemblable que les prestations relatives à l'application de ce produit exécutées par la recourante ouvre le droit à une rémunération supplémentaire.

Enfin, le montant de cette rémunération en 471'771 fr. 39 HT doit être tenu pour vraisemblable pour les motifs déjà exposés (cf. supra consid. 12 et 13).

Par conséquent, l'hypothèque légale sera également étendue à ce montant.

E. 16

La recourante fait valoir une prétention en 14'208 fr. 30 HT en se prévalant des travaux relatifs à l'augmentation de la puissance électrique de 1'000 à 1'250 ampères.

L'intimée soutient le coût supplémentaire n'a pas été annoncé dans le délai de l'art.

E. 17

La recourante prétend à une rémunération supplémentaire de 2'574 fr. HT du chef du remplacement des batteries des accumulateurs du groupe électrogène destiné à l'alimentation de l'ascenseur réservé au service du feu, soutenant que les batteries s'étaient déchargées par la négligence de l'intimée.

L'intimée fait valoir que le changement de batterie était inclus dans la révision du groupe électrogène prévue par le contrat de base.

Dès lors que la recourante admet que la révision de ce générateur était prévue par le contrat de base (cf. requête, ch. 18, p. 14) et que la négligence imputée à l'intimée n'est pas établie, même au degré de la vraisemblance, il paraît en l'état exclu que le remplacement des batteries constitue une prestation supplémentaire. La prétention de la recourante ne sera ainsi pas admise.

E. 18

La recourante fait valoir une augmentation du prix en 90'156 fr. 45 HT du chef des travaux accomplis pour la modification des éléments des cloisons vitrées.

L'intimée soutient qu'il ne s'agit pas de travaux supplémentaires, mais d'une proposition de la recourante sans indication de plus-value. En outre, celle-ci aurait été annoncée tardivement.

Selon H_____, les travaux litigieux constituaient une modification du projet initial et le coût en 90'156 fr. 45 HT correspondait à un ordre de grandeur plausible.

Pour des motifs déjà exposées, la prétention de la recourante n'est ainsi pas invraisemblable et doit être admise pour l'inscription provisoire.

E. 19

La recourante prétend à des rémunérations supplémentaires de 7'179 fr. 70 HT du chef de l'installation de la chevêtre "eau glacée", de 11' 284 fr. 50 HT relative à la pose d'un rail de levage pour la chaudière, de 26'956 fr. 50 HT relative à la gaine "L 30" et de 95'634 fr. 24 HT pour l'installation de canaux de sol supplémentaires (cf. supra, état de fait, let. m, p et q).

L'intimée soutient que ces prestations n'ont pas fait l'objet d'avis de plus-value dans le délai contractuel.

En l'espèce, pour les raisons déjà exprimées ci-avant (cf. consid. 10), il n'est pas invraisemblable qu'il s'agisse de travaux supplémentaires ouvrant le droit à une

- 27/33 -

C/21497/2010 rémunération supplémentaire. L'intimée ne contestant pas le montant des prétentions, il y a lieu de les tenir pour vraisemblables.

L'hypothèque sera dès lors étendue à ces montants.

E. 20

La recourante prétend enfin à une augmentation du prix de 81'899 fr. 90 du chef de la modification du faux-plancher technique du 16ème étage.

L'intimée soutient qu'une partie de cette modification résulte d'une mauvaise planification des travaux par la recourante qui a rendu impossible la passage de câbles en fibres optiques, de sorte que le coût supplémentaire des travaux en résultant serait à la charge de celle-ci.

En l'espèce, il résulte du rapport de H_____ que l'impossibilité de tirer des câbles proviendrait vraisemblablement d'un manque de coordination entre les mandataires de l'intimée, les usagers des locaux concernés et la recourante en relation avec les propriétés desdits câbles. Toutefois, savoir de façon précise si les travaux exécutés résultent d'une mauvaise planification ou d'une mauvaise conception du faux-plancher par la recourante est une question qui ne peut être résolue que par des investigations approfondies, notamment par une expertise judiciaire. Il ne peut être par conséquent exclu que les travaux litigieux constituent une modification du projet demandée par l'intimée qui appelle une rémunération supplémentaire de la recourante. H_____ ayant constaté que le coût en 81'899 fr. 90 HT des travaux était justifié, l'hypothèque légale sera également étendue à ce montant.

E. 21

La recourante fait valoir une rémunération supplémentaire de 104'687 fr. 41 HT fondée sur l'annexe 6b au contrat, du chef des travaux concernant l'augmentation ou la modification des cloisons et des portes. Même si l'intimée n'a pas recouru contre l'ordonnance entreprise alors que le Tribunal a admis cette prétention, la Cour n'est pas dispensée de l'examen de sa vraisemblance dès lors que l'intimée maintient l'intégralité de son argumentation à son encontre (cf. réponse, ch. 141, p. 29).

L'intimée soutient à cet égard que la réglementation de l'annexe 6b ne s'applique pas puisqu'il s'agissait d'une modification du projet et que la commande y relative était postérieure à la date-limite du 1er octobre 2008.

En l'espèce, force est de constater que l'annexe 6b concerne la modification du projet initial dès lors qu'elle vise des travaux complémentaires à celui-ci. Par ailleurs, il paraît en l'état vraisemblable que la date-limite précitée ne s'imposait qu'à l'intimée afin que les modifications puissent intervenir en temps utile de

- 28/33 -

C/21497/2010 manière à ne pas compliquer la réalisation des travaux supplémentaires compte tenu de l'état d'avancement du chantier.

En tout état de cause, l'intimée admet qu'il s'agit d'une modification du projet initial et ne conteste pas la quotité de la prétention de la recourante à cet égard, si ce n'est que le surcoût serait dû au retard de la recourante et aurait été entièrement compris dans celui de 190'000 fr., objet de l'avenant no 4. Ces griefs, vu leur complexité, ne sauraient être résolus dans le cadre de la présente procédure. Ils ne sauraient, en tout état de cause, être admis sans autre examen. Ainsi, la Cour retient, à l'instar du premier juge, que la créance de la recourante est établie au degré de la vraisemblance.

L'hypothèque légale sera également étendue à ce montant.

E. 22

La recourante fait encore valoir une plus-value de 19'247 fr. 90 HT pour l'installation de détecteurs de présence, soutenant qu'il s'agit de modèles choisis par l'architecte de l'intimée

qui étaient plus coûteux que ceux prévus initialement.

Force est de constater que la désignation par l'architecte de l'intimée, dans son courrier du 11 décembre 2008, du modèle à installer visait des indicateurs d'action (signalisation lumineuse des détecteurs d'incendie) et non pas des détecteurs de présence, ces deux appareils faisant l'objet de positions distinctes dans la soumission. Ainsi, la recourante n'établit pas, même au degré de la vraisemblance, avoir installé des détecteurs de présence d'un modèle plus coûteux que celui prévu dans le projet initial. Sa prétention sera donc écartée. Pour le surplus, la recourante ne fait valoir aucune prétention du chef de l'installation d'indicateurs d'action.

E. 23

Enfin, la recourante fait valoir une prétention de 21'144 fr. HT du chef de l'augmentation de la puissance du courant de secours afin d'assurer le niveau de sécurité requis.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, cette prestation n'incomberait pas spécifiquement à la recourante en tant qu'entrepreneur total (cf. supra consid. 5), puisqu'elle ne relève ni de l'étude des projets ni de l'établissement des plans. Par ailleurs, l'intimée n'indique pas en quoi le cahier des charges astreindrait la recourante à cette tâche. Par conséquent, il n'est pas exclu qu'il s'agisse d'une prestation supplémentaire au contrat entraînant une rémunération. L'intimée ne contestant pas la quotité de la prestation, celle-ci sera admise.

E. 24

septembre 2010.

E. 25

L'intimée oppose en compensation diverses créances et prétend également à la réduction du prix de l'ouvrage.

Il y a lieu d'examiner la vraisemblance des prétentions invoquées par l'intimée. A cet égard, il y a lieu préalablement de rappeler qu'en raison du délai péremptoire de l'art. 839 al. 2 CC, les créances à l'appui de l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ne sont écartées que si leur existence est exclue ou hautement invraisemblable (cf. supra consid. 4). Il s'ensuit que l'intimée doit établir ses prétentions à un degré de vraisemblance excluant ou rendant hautement invraisemblable à due concurrence les créances de la recourante.

E. 26

L'intimée oppose en compensation une créance en réparation du dommage causé par l'exécution tardive du contrat à concurrence de 5'316'706 fr.

E. 26.1

Selon les art. 102 al. 2 et 103 al. 1 CO, le débiteur se trouve en demeure dès l'expiration du délai d'exécution convenu et il doit, dès ce moment, les dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive. Cette responsabilité n'est pas causale, mais suppose la faute, dont la preuve libératoire incombe au débiteur (art. 103 al. 2 CO; ATF 116 II 441 consid. 2b = JdT 1991 I 166).

E. 26.2

En l'espèce, la réception de l'ouvrage est intervenue le 30 juin 2010, alors que les parties avaient convenu qu'il devait être livré le 30 avril 2009. Il s'ensuit qu'en principe, la

recourante était en demeure. Cela étant, la recourante a rendu vraisemblable une prétention en rémunération pour des travaux supplémentaires à concurrence de 15'058'370 fr.70 TTC. Ce montant, qui représente plus du tiers du prix forfaitaire, témoigne de l'importance des travaux supplémentaires. Il est dès lors vraisemblable que l'exécution de ces prestations en sus des travaux prévus par le contrat ait empêché dans une mesure importante l'observation du calendrier d'exécution prévu par les parties. Dans ces circonstances, il est vraisemblable que la recourante apporte la preuve de l'absence de faute et, partant, qu'elle ne soit pas tenue à réparation.

La créance en dommages-intérêts de l'intimée n'est par conséquent pas rendue vraisemblable au point d'exclure ou de rendre hautement invraisemblable la prétention de la recourante.

- 30/33 -

C/21497/2010

E. 26.3

Pour les mêmes motifs, les pénalités de retard invoquées en compensation ne sont pas suffisamment rendues vraisemblables.

E. 27

Se prévalant de l'inscription provisoire sur son droit de superficie distinct et permanent le 11 août 2010 d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à concurrence de 551'413 fr. en capital au bénéfice d'un sous-traitant du sous- traitant de la recourante, l'intimée sollicite la réduction d'autant des prétentions de cette dernière.

E. 27.1

L'entrepreneur général qui, par sa carence, livre un ouvrage grevé d'une hypothèque légale en faveur d'un sous-traitant, soit un ouvrage qui n'est pas franc de charges autres que celles auxquelles peut prétendre l'entrepreneur, n'exécute pas correctement son obligation : le résultat n'est pas celui que les parties au contrat d'entreprise ont voulu d'un commun accord; l'ouvrage est affecté d'un défaut analogue à un défaut juridique. Le maître est donc en droit d'opérer une réduction sur le prix convenu à concurrence de la prétention du sous-traitant, indépendamment de l'action récursoire que lui confèrent les art. 827 CC et 110 CO (ATF 116 II 533 consid. 2a/aa/ccc = JdT 1992 I 34; ATF 104 II 348 consid. III/3/b/bb). Il s'ensuit que la faculté du propriétaire de réduire le prix suppose une carence, soit le défaut de paiement par l'entrepreneur général du sous-traitant (Tribunal cantonal VS du 7 mai 1997 consid. 5b = RVJ 1998 p. 122; SAVIAUX, La double garantie en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, in DC 1999 p. 91 ss, p. 91). En outre, dès lors que l'inscription d'une hypothèque légale constitue un défaut, le droit du maître de demander la réduction du gage suppose qu'il satisfasse aux incombances de l'art. 367 CO, en particulier à l'avis des défauts (SAVIAUX, op. cit., p. 94).

E. 27.2

En l'espèce, l'intimée n'allègue, ni ne rend vraisemblable que la recourante n'a pas payé son sous-traitant. Il s'ensuit que l'intimée ne rend pas vraisemblable la carence de la recourante. Par ailleurs, l'intimée n'allègue pas non plus avoir avisé immédiatement la recourante de l'inscription provisoire d'une hypothèque légale le 11 août 2010.

Il résulte de ce qui précède que l'intimée ne rend pas vraisemblables dans la mesure définie plus haut les faits ouvrant le droit à une réduction du prix.

E. 28

Pour les motifs qui précèdent, la Cour ordonnera l'inscription provisoire de l'hypothèque légale à concurrence de 15'058'370 fr.70 avec intérêts à 5% dès le 24 septembre 2010. La Cour impartira également à la recourante un délai de trente jours à compter de la notification du présent arrêt pour faire valoir son droit en justice (art. 961 al. 3 CC).

- 31/33 -

C/21497/2010

E. 29

Conformément aux art. 3, 24 et 25 aRTG, la Cour met à la charge de la recourante un émolument complémentaire de 1'000 fr. eu égard notamment à l'importance du travail accompli par la Cour.

A l'issue du recours, la recourante obtient pratiquement l'intégralité de ses conclusions initiales. L'intimée succombant pour l'essentiel, le sort des dépens de première instance sera confirmé (art. 176 al. 1 aLPC).

Au regard de la valeur litigieuse devant la Cour, la recourante obtient gain de cause dans la même mesure. Il se justifie donc de condamner l'intimée aux dépens du recours qui comprendront une indemnité de procédure à titre de participation aux honoraires d'avocat de la recourante (art. 181 al. 3 aLPC). * * * * *

- 32/33 -

C/21497/2010 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile :

A la forme : Déclare recevable le recours interjeté par A_____ SA contre l'ordonnance OTPI/682/2010 rendue le 22 novembre 2010 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21497/2010-20 SP. Au fond : Annule cette ordonnance. Statuant à nouveau : Ordonne l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs au profit de A_____ SA à concurrence de la somme de 15'058'370 fr.70 avec intérêts à 5% l'an dès le 24 septembre 2010, sur le droit de superficie distinct et permanent no 1_____ de la commune de Genève, section C_____, dont est titulaire B_____. Impartit à A_____ SA un délai de trente jours à compter de la notification du présent arrêt pour faire valoir son droit en justice. Confirme les dépens de première instance. Condamne A_____ SA à payer un émolument complémentaire de 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui le Service financier du Pouvoir judiciaire. Condamne B_____ aux dépens du recours, qui comprennent une indemnité de procédure de 5'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de A_____ SA. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Monsieur Pierre CURTIN, président; Monsieur Blaise PAGAN et Madame Elena SAMPEDRO, juges; Madame Fatina SCHAERER, greffier.

Le président : Pierre CURTIN

Le greffier : Fatina SCHAERER

- 33/33 -

C/21497/2010

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.

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