

# **GE\_GERICHTE C/20155/2005 vom 12. Januar 2006**

GE Cour de justice, 2006-01-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_20155\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_20155_2005)

FR: GE\_GERICHTE C/20155/2005 du 12 janvier 2006

IT: GE\_GERICHTE C/20155/2005 del 12 gennaio 2006

## **Regeste**

EXPERTISE ; OUVRAGE(CONTRAT D'ENTREPRISE) ; DÉFAUT DE LA CHOSE ;  
MESURE PROVISIONNELLE | LPC.323 ; LPC 312 ; CO.367 ; LACC 7

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 331 al. 2 LPC), le recours est recevable. Il est instruit selon la procédure sommaire (art. 331 al. 3 LPC). La Cour statue avec plein pouvoir d'examen (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 7 ad art. 331 LPC), quel que soit le montant litigieux (SJ 1985 p. 478 consid. 2). Saisie d'un recours dirigé contre une ordonnance du Tribunal de première instance statuant sur des mesures provisionnelles relatives à une expertise provisionnelle, la Cour de céans est compétente à raison de la matière (art. 323 et 331 al. 2 LPC).

### **E. 2**

Les recourants reprochent d'abord au Tribunal une violation de l'art. 367 al. 2 CO. A les suivre, en effet, une expertise fondée sur cette disposition ne requerrait pas la condition de l'urgence. Dans une argumentation subsidiaire, ils font également valoir que le premier juge a violé les règles de droit cantonal relatives aux mesures provisionnelles (art. 323 al. 1 LPC).

#### **E. 2.1**

Il convient donc, dans un premier temps, de distinguer la procédure exclusivement régie par l'art. 367 al. 2 CO, de celle réglée par le droit de procédure cantonal.

##### **E. 2.1.1**

A teneur de l'art. 323 al. 1 LPC, le juge peut nommer un ou trois experts lorsqu'il est urgent de vérifier ou de constater l'état d'une personne ou d'un objet. L'expertise provisionnelle, au sens de l'art 323 LPC, concerne une preuve à futur définie comme une procédure probatoire spéciale destinée à prévenir la perte d'un moyen de preuve ou des difficultés de l'administration d'une preuve. Quand bien même cette mesure est indiquée au rang des mesures provisionnelles, elle n'en a pas les caractéristiques dès lors qu'elle n'a pas d'incidence directe sur le droit litigieux, ne préfigure pas la décision qui pourrait être rendue sur le fond de la contestation et n'est pas soumise à l'exigence de validation (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 1 ad art. 323 LPC). Le prononcé d'une expertise provisionnelle est soumis aux conditions suivantes : un contentieux civil, même virtuel; la résolution de ce contentieux nécessite, en vraisemblance suffisante, la constatation ou l'appréciation des faits; il existe un risque concret que la preuve de ces faits

ne puisse être administrée de manière satisfaisante dans le cours ordinaire des procédures probatoires; enfin, l'intérêt du requérant est légitime et supplante celui de tout tiers à s'y opposer ( ACJC/1077/2005 du 29 septembre 2005 consid. 2.2.; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 6 ad art. 323 LPC). S'agissant de l'urgence, les commentateurs admettent que celle-ci peut notamment résulter de la volonté du maître de l'ouvrage de procéder à des travaux palliatifs ou complémentaires, qui viendraient à modifier l'ouvrage affecté des prétendus défauts (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 7 ad art. 323 LPC).

### **E. 2.1.2**

Le droit fédéral contient également des dispositions relatives à la conservation des preuves qu'il incombe à l'une ou l'autre des parties à un rapport juridique de solliciter (cf. notamment les art. 202 al. 1, 204 al. 1 et 367 al. 1 CO). De manière générale, le droit cantonal doit se borner à la mise en application de ces dispositions; il ne peut, en particulier, pas subordonner l'ordonnance d'une expertise à la condition de l'urgence si le droit fédéral ne prévoit pas cette exigence (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 5 ad art. 323 LPC). A teneur de l'art. 367 al. 2 CO, chacune des parties a le droit de demander, à ses frais, que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'il soit dressé acte de leurs constatations. Vue sous l'angle du maître, cette disposition a pour but de préserver la preuve du défaut, au moyen d'une expertise judiciaire (CHAIX, Commentaire romand, n. 16 ad art. 367; GAUCH, Der Werkvertrag, 4 ème édition 1996, n. 1516). Cette expertise peut être demandée hors procès, par le biais de la juridiction gracieuse : elle n'est soumise - de par le droit fédéral - ni à la vraisemblance d'un défaut, ni au risque de perte des preuves, ni à la perspective d'un procès (CHAIX, op. cit., n. 18 ad art. 367; GAUCH, op. cit., n. 1517; ZINDEL/PULVER, Commentaire bâlois, n. 23 ad art. 367); une partie de la doctrine parle même de requête qui ne serait soumise à aucune condition (« voraussetzungslos » : BÜHLER, Commentaire zurichois [1998], n. 44 ad art. 367; OSER/SCHÖNENBERGER, Commentaire zurichois [1936], n. 7 ad art. 367). Cette dernière opinion, trop extrême, se trouve d'ailleurs en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de céans. Celle-ci a en effet eu l'occasion de refuser d'ordonner une expertise, lorsque les droits de garantie du maître étaient périmés en raison de l'absence d'avis des défauts en temps voulu ( ACJC/1077/2005 du 29 septembre 2005 consid. 3). Le prononcé d'une expertise au sens de l'art. 367 al. 2 CO est donc soumis aux conditions suivantes, que le requérant doit rendre vraisemblables : les parties sont liées par un contrat d'entreprise; le maître allègue la présence d'un défaut de l'ouvrage; les questions posées se limitent à constater l'état de l'ouvrage et à se prononcer sur l'origine de certains défauts; le maître n'est pas déchu de ses droits de garantie envers l'entrepreneur. La mesure ne doit en revanche pas répondre à la condition d'urgence.

### **E. 2.2**

Les deux procédures qui viennent d'être décrites doivent être distinguées l'une de l'autre, car elles ne sont pas soumises aux mêmes conditions. La première (consid. 2.1.1.) est exclusivement régie par les règles de procédure cantonales, tandis que la seconde (consid. 2.1.2.) est entièrement réglée par le droit fédéral. Cette distinction se retrouve dans d'autres cantons (Tribunal cantonal de Neuchâtel du 21 août 1995, DC 1996 p. 119 N 242) et est mise en évidence par la doctrine (BÜHLER, op. cit., n. 49 ad art. 367; GAUCH, op. cit., n. 1519-1521). A Genève, la procédure de preuve à futur est réglée par le droit cantonal et le requérant doit alors démontrer l'urgence de la mesure, qu'il agisse avant procès (art. 323 al.

1 LPC) ou dans le cadre de la procédure au fond (art. 205 al. 1 LPC) : la procédure est alors contentieuse. Si le maître veut se voir désigner un expert sur la base de l'art. 367 al. 2 CO, il doit agir par le biais de la juridiction gracieuse : l'art. 7 al. 1 lit. e LaCC (RS E 1 05) prévoit alors la compétence du Tribunal de première instance. La loi prescrit une procédure par requête et réserve la possibilité, si le juge l'estime opportun, d'entendre les intéressés (art. 7 al. 2 LaCC).

### **E. 2.3**

En l'espèce, les recourants ont saisi le Tribunal d'une requête en mesures provisionnelles fondées sur l'art. 323 LPC. Dans leurs écritures de première instance, ils ont fondé leur argumentation sur les conditions d'application des mesures provisionnelles de droit cantonal, estimant en particulier que la mesure était urgente. De surcroît, ils ont assigné l'intimée comme partie défenderesse, démontrant de la sorte qu'ils entendaient agir par la voie de la procédure contentieuse. A juste titre, le premier juge a examiné dans ces circonstances la requête au seul regard du droit cantonal de procédure et, encore à raison, a apprécié la condition d'urgence inhérente à toute mesure provisionnelle. Par le biais de leur recours, les maîtres de l'ouvrage ne peuvent convertir leur requête de mesures provisionnelles en une requête de désignation d'expert au sens des art. 367 al. 2 CO et 7 al. 1 lit. e LaCC. En effet, quand bien même la Cour dispose d'un plein pouvoir de cognition, elle est tenue de respecter le principe d'immutabilité du litige (cf. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 4-6 ad art. 312 LPC). Par conséquent, le grief tiré d'une violation de l'art. 367 al. 2 CO doit être écarté.

### **E. 3**

Les recourants font grief au Tribunal d'avoir mal appliqué les règles de droit cantonal relatives aux mesures provisionnelles en matière d'expertise : en particulier, il aurait écarté à tort la condition d'urgence et - toujours à tort - les aurait renvoyés à agir dans le cadre d'une action au fond, alors que le dépôt d'une telle action ne dépendrait pas d'eux. S'il est exact que l'urgence peut résulter de la volonté du maître de l'ouvrage de procéder à des travaux palliatifs ou complémentaires, qui viendraient à modifier l'ouvrage affecté de défauts prétendus, il convient encore d'examiner si le maître rend vraisemblable une certaine imminence à entreprendre ces travaux. Dans le cas présent, le chantier litigieux est arrêté depuis juillet 2004. A cette date, les recourants avaient déjà consulté un architecte indépendant pour les renseigner sur les éventuels manquements du chantier; si ce dernier n'a rendu un rapport complet sur la situation qu'en avril 2005, il avait déjà une bonne connaissance du dossier en été 2004 puisque, d'une part, il était chargé en juillet 2004 de s'occuper du règlement de la facture de l'intimée et, d'autre part, il se trouvait en mesure de déposer une demande d'autorisation de construire le 15 août 2004. Enfin, depuis le 16 février 2005, les recourants disposaient d'une autorisation définitive de construire. En attendant le 14 septembre 2005 pour déposer leur requête provisionnelle en expertise, soit plus d'une année après l'arrêt du chantier et plus de six mois après la délivrance de leur autorisation de construire, les recourants n'ont pas rendu vraisemblable leur volonté d'entreprendre immédiatement les travaux palliatifs qu'ils décrivent dans leurs écritures. L'appréciation du Tribunal sur ce point est donc conforme au droit. La jurisprudence le confirme puisque l'urgence doit être admise avec d'autant plus de circonspection que l'art. 205 al. 1 LPC permet à la partie qui y a intérêt de demander une expertise dès l'introduction de la cause en justice (CJ, SJ 1921 p. 317 consid. 2) : tel pourrait notamment être le cas en l'espèce si les recourants agissaient contre l'intimée pour obtenir, à la suite de la résolution

du contrat, la restitution des montants déjà versés (cf. art. 169 al. 1 ch. 3 Norme SIA-118). En matière de contrat d'entreprise, on peut encore élever davantage le degré d'urgence requis : en effet, il est loisible pour le maître de requérir en tout temps un avis d'expert au sens de l'art. 367 al. 2 CO (cf. consid. 2.1.2); de la sorte, le refus de mesures provisionnelles fondées sur le droit cantonal ne porte pas préjudice aux intérêts du maître qui, comme en l'espèce, est fondé à agir selon l'art. 367 al. 2 CO en saisissant le juge compétent. A cet égard, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, l'incorporation dans leur convention des Normes SIA-118 ne prive pas les parties d'avoir ensuite recours à un expert : l'exclusion des art. 367 et 370 CO prévue à l'art. 173 al. 1 de la Norme ne vise en effet que les conditions d'exercice de l'avis de défauts (art. 367 al. 1 CO), mais pas l'examen par des experts (art. 367 al. 2 CO). Par conséquent, l'ordonnance querellée doit être entièrement confirmée.

#### **E. 4**

Les recourants, qui succombent, seront condamnés aux dépens (art. 176 al. 1 LPC), qui comprendront une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires d'avocat de leur partie adverse (art. 181 al. 3 LPC). \* \* \* \* \*

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