

VD_FINDINFO 54/2011/FAB vom 11. März 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-03-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_54_2011_FAB

FR: VD_FINDINFO 54/2011/FAB du 11 mars 2011

IT: VD_FINDINFO 54/2011/FAB del 11 marzo 2011

Regeste

CONTRAT D'ENTREPRISE GÉNÉRALE, CONTRAT D'ENTREPRISE TOTALE, DEMEURE DU DÉBITEUR, DROIT À LA RÉOLUTION DU CONTRAT | 107 CO, 109 CO, 363 CO, 368 CO, 377 CO

Erwägungen

E. 25

mars 2005 qui avait pour but la création d'un bar à café. En dépit de son intitulé « contrat d'entreprise », il contient non seulement des prestations qui relèvent de ce contrat (cf. ch. 1.2 : « travaux de construction »), mais aussi des prestations qui relèvent du contrat d'architecte (cf. ch. 1.1 : projet, mise à l'enquête, dessins d'exécution, direction architecturale). Il s'agit donc d'un contrat d'entreprise total auquel les règles du contrat d'entreprise s'appliquent en principe. Il n'est pas contesté que le prix était à forfait. Le demandeur a sous-traité la réalisation et la livraison de l'ouvrage, notamment à R._____. Certes, le défendeur soutient que s'il avait su que le demandeur n'était pas un architecte agréé, il n'aurait pas conclu le contrat, et que le demandeur a caché un fait essentiel à la conclusion. Outre le fait que son ignorance sur ce point n'est pas établie, le défendeur ne tire aucun droit de ce fait ; en particulier, il n'a pas déclaré invalider le contrat pour erreur essentielle (art. 31 al. 1 CO). Dans cette mesure, il convient de partir du principe que le contrat est bien valable, et qu'il lie les parties. II. a) Le demandeur réclame le paiement du montant forfaitaire convenu dans le contrat du 25 mars 2005, soit 116'000 fr., sous déduction de travaux à moins-value, par 4'640 fr. et 5'000 fr., soit 9'640 fr., et des acomptes versés, par 50'000 francs. Il soutient avoir exécuté les travaux sans aucun défaut jusqu'à ce que le défendeur, de connivence avec R._____, résilie abusivement le contrat, aux fins de l'évincer et de traiter directement avec ce sous-traitant. Il relève que le défendeur était, aux dires de l'expert technique, satisfait des travaux presque terminés par le sous-traitant, et que la résiliation l'a empêché de faire les travaux de finition et de retouche. La résiliation du contrat d'entreprise serait dès lors infondée. Le demandeur aurait ainsi droit a) au paiement du travail fait et b) à une indemnisation complète, en application de l'art. 377 CO. Le travail fait étant équivalent à 95 % du travail commandé, son coût ascenderait à 110'200 fr. (= 116'000 fr. x 95 %); le demandeur déduit de ce montant les moins-values, ainsi que l'acompte versé, ce qui donnerait pour ce poste un solde de 50'560 francs. Dans la mesure où la facture finale ascende à 63'650 fr., le demandeur devrait être indemnisé pour la différence, soit 13'090 francs (= 63'650 fr. – 50'560 fr.). L'un dans l'autre, le défendeur serait son débiteur d'un montant de 63'650 francs. b) Dans ses conclusions reconventionnelles, le défendeur réclame au demandeur le paiement de 122'000 francs. Dans aucune de ses écritures, il n'explicite pas en quoi consiste précisément ce montant. En particulier, dans son mémoire, il n'en justifie qu'une partie. Il soutient à titre

principal que, comme le demandeur était en demeure d'exécuter et de livrer l'ouvrage convenu, et qu'il lui a en vain fixé un délai de grâce, il a valablement résolu le contrat avec effet « ex tunc », sur la base de l'art. 107 al. 2 CO. Le défendeur serait ainsi en droit de refuser de verser au demandeur la rémunération convenue (y compris pour la partie de l'ouvrage déjà livrée), réclamer à celui-ci la restitution de l'acompte versé, par 50'000 francs (art. 109 al. 1 CO), ainsi que la réparation de l'intérêt négatif (art. 109 al. 2 CO) correspondant au gain manqué établi par l'expert, par 46'800 francs. Subsidiairement, dans l'hypothèse où il serait jugé qu'une résolution avec effet « ex tunc » ne pourrait pas être retenue, il faudrait considérer que le défendeur a résilié le contrat avec effet « ex nunc ». Celui-ci demeurerait alors, certes, débiteur de la valeur des prestations qu'il peut utiliser, soit du solde de la facture du 7 octobre 2005, par 63'650 fr. ; mais il serait aussi en droit de réclamer des dommages-intérêts, notamment pour couvrir les frais d'achèvement et de réparation de l'ouvrage, par 32'993 fr., ainsi que le préjudice découlant d'un éventuel retard dans la livraison, soit le gain manqué, par 46'800 fr., et le montant de 30'000 fr. que le défendeur a versé à R._____ pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale (art. 107 al. 2 CO). Dans le premier cas, le montant dû s'établirait à 96'800 fr. (= 50'000 + 46'800), tandis que dans le second cas, vu la compensation avec le solde du prix de l'ouvrage, il serait de 46'143 fr. (= 63'650 fr. - 32'993 fr. - 46'800 fr. - 30'000 fr.). c) Les parties sont ainsi divisées, d'une part, sur le principe de la demeure du demandeur de livrer l'ouvrage convenu, d'autre part, sur les suites juridiques de cette demeure. Il convient donc d'examiner successivement ces questions. III. a) Selon l'art. 363 CO, la première obligation de l'entrepreneur consiste à « exécuter un ouvrage », puis livrer celui-ci au maître. Il est tenu de l'exécuter en personne ou de le faire exécuter sous sa direction personnelle (art. 364 al. 2 CO) ; lorsque, d'après la nature de l'ouvrage, les aptitudes de l'entrepreneur sont sans importance, il est autorisé à confier tout ou partie des prestations à des tiers qui agiront comme sous-traitants sur la base d'un contrat indépendant (art. 364 al. 2 i.f. CO). En cas de sous-traitance, l'entrepreneur reste personnellement tenu à l'égard du maître, et répond des sous-traitants, qui agissent en qualité d'auxiliaires au sens de l'art. 101 CO (Tercier/Favre/Carron, op. cit., nn. 4377 à 4387 et les références citées, pp. 660 s.). b) Comme le contrat s'exécute dans la durée, le respect des délais par l'entrepreneur y joue un rôle déterminant. Le principe est que l'entrepreneur a l'obligation de livrer l'ouvrage au terme fixé par le contrat (Tercier/Favre/Carron, op. cit., n. 4401, p. 663). Le terme est le moment à partir duquel la livraison de l'ouvrage achevé devient exigible (art. 75 et 366 al. 1 CO). A cet effet, les parties sont libres de fixer le terme de la livraison de manière précise (par exemple en s'accordant sur une date du calendrier) ou en convenant d'un délai à l'échéance duquel la livraison deviendra exigible (par exemple : cinq mois dès la signature du contrat) ; si le terme de la livraison convenu est une date du calendrier ou peut être calculé de façon certaine, il s'agit d'un « jour de l'exécution ... déterminé d'un commun accord », au sens de l'art. 102 al. 2 CO. L'entrepreneur est ainsi mis en demeure par la seule expiration de ce jour (Gauch, *Le contrat d'entreprise*, Zurich 1999, nn. 646 et 647, p. 194 et les références citées). Sauf convention contraire, la demeure de l'entrepreneur dans la livraison de l'ouvrage (ou déjà avant la survenance du terme de livraison : cf. art. 366 al. 1 CO) ne présuppose aucune faute de sa part. Pour que l'entrepreneur tombe en demeure, le retard doit cependant constituer une violation objective de ses obligations. Cette exigence fait défaut dans certaines circonstances, par exemple si la prestation est devenue objectivement impossible (art. 378 CO), si l'entrepreneur est en droit de refuser sa prestation en raison d'une exception (art. 82 ou 83 CO), ou si le retard est imputable au

maître (parce qu'il empêche l'exécution, ou est en demeure d'effectuer certains travaux préparatoires, etc. ; Gauch, op. cit., nn. 676 à 680, pp. 202 s. et les références citées). Sauf si les retards ne lui sont pas imputables, l'entrepreneur doit tout mettre en œuvre pour respecter le délai fixé, notamment en engageant à ses frais des moyens supplémentaires. Dans tous les cas, il doit aviser le maître du retard, des mesures prises et de leurs éventuelles conséquences (Tercier/Favre/Carron, op. cit., n. 4403). Enfin, il est responsable du fait de son sous-traitant (art. 101 al. 1 CO ; ATF 116 II 305, JT 1991 I 173 ; Thévenoz, in : Thévenoz/Werro, Commentaire romand, Code des obligations I, nn. 4 et 11 ad art. 101 CO, pp. 596 à 598). c) Selon le contrat conclu entre les parties le 25 mars 2005, les travaux devaient débuter sept jours après la signature du contrat, soit dès le 1^{er} avril 2005, et durer soixante jours ouvrables. Ils devaient donc se terminer vers la fin du mois de juin 2005. Le terme du 30 juin 2005 est du reste le terme prévu dans le contrat de sous-traitance passé le 29 avril 2005 par le demandeur avec R._____. Il faut en conclure que les parties étaient convenues que les travaux seraient livrés au plus tard à fin juin 2005. Or, à cette date, ils ne l'étaient pas. C'est du reste pour ce motif que, le 22 juillet 2005, le demandeur a mis R._____ en demeure de les terminer. Le demandeur était donc bien en demeure de livrer l'ouvrage à l'échéance du terme fixé par le contrat. Certes, le demandeur invoque que cette demeure était imputable au défendeur, plus précisément que le retard pris dans l'exécution des travaux serait la conséquence des changements décidés en cours de travaux à l'insu du demandeur. Il ressort de l'expertise technique que les travaux relatifs à la porte coulissante étaient déjà prévus dans le contrat d'entreprise général. On ne saurait dès lors considérer qu'un changement de commande ait eu lieu sur ce point. En ce qui concerne la peinture, le témoin T._____ a déclaré qu'il avait fait, à la demande du défendeur, une deuxième fois la peinture. Toutefois, cela ne veut pas encore dire qu'il s'agissait d'une modification de commande. Il est vrai aussi que, selon l'expert, le défendeur a changé de projet, celui-ci passant d'un bar à café à un magasin, puis enfin à un café-restaurant. Force est cependant de relever que cet expert mentionne que le premier changement d'affectation (magasin) est intervenu dès le mois de juillet 2006, soit une année après l'échéance du 30 juin 2005. Il ne résulte nullement de l'instruction que les travaux relatifs aux nouvelles affectations, en particulier la modification du bar, de la ventilation ainsi que l'installation d'une cuisine, aient été entrepris, voire même exigés, avant cette échéance. Dans ces circonstances, il n'est pas établi que le changement d'affectation mentionné par l'expert soit intervenu dans le délai d'exécution échu au 30 juin 2005 et ait eu une quelconque incidence sur la demeure. Quant à la thèse du demandeur, selon laquelle un complot aurait lié le défendeur au sous-traitant, aux fins de l'évincer, elle n'est pas établie. En tout état de cause, cette thèse repose sur des circonstances postérieures, notamment sur le fait que le défendeur aurait eu le même avocat que R._____ ; elle n'explique pas ni ne justifie que les travaux n'étaient pas terminés ni livrés au 30 juin 2005. L'instruction n'a ainsi révélé aucune circonstance de fait permettant de conclure que le retard pris était justifié, au sens de ce qui a été exposé plus haut, en particulier qu'il serait imputable au maître. Au contraire, il ressort de l'état de fait, notamment de la lettre que le demandeur a adressée à R._____ le 22 juillet 2005 qu'à ce moment-là, le demandeur imputait le retard pris exclusivement à son sous-traitant, et en particulier au manque de professionnalisme de celui-ci : « A ce jour, le chantier est une fois de plus, sans raison, arrêté. Il n'a jamais été conduit de façon professionnelle et continue. Je ne connais pas et n'ai pas à connaître vos dépenses. Je pense toutefois que s'il avait été conduit de manière professionnelle, il vous aurait certainement coûté nettement moins cher. » L'expert arrive à la même conclusion. Il confirme que le sous-traitant avait stoppé ses

travaux, et ce pour une question financière ; le seul grief que l'expert fait au demandeur est du reste d'avoir mal choisi son sous-traitant. En outre, comme déjà dit, la résiliation du sous-contrat d'entreprise par le demandeur repose également sur le fait que R._____ a cessé de travailler. Dans ces conditions, il convient de retenir que le demandeur s'est trouvé en demeure de livrer l'ouvrage le

E. 30

juin 2005, et que cette demeure constitue une violation objective de ses obligations. IV. a) Si l'entrepreneur est en demeure de livrer l'ouvrage promis, les effets juridiques sont régis par les art. 103 à 109 CO (ATF 116 II 452, JT 1991 I 184 ; Gauch, op. cit., no 659 ss, pp. 197 ss ; Tercier/Favre/Carron, op. cit., no 4405, p. 664). L'art. 103 CO énonce le régime général de la demeure, en disposant que le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts, sauf s'il prouve qu'il s'est trouvé en demeure sans faute de sa part. Les art. 104 à 106 CO instaurent un régime spécial pour les dettes d'argent. Enfin, dans les contrats bilatéraux, les art. 107 à 109 CO permettent au créancier de mettre un terme à la demeure en renonçant à la prestation en souffrance pour exiger une indemnisation complète, voire en exerçant un droit de résolution pour faire cesser les effets du contrat. Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter (art. 107 al. 1 CO). Sauf dans les cas où la loi dispense le créancier de cette incombance parce qu'elle serait inutile (art. 108 CO), le créancier doit enjoindre le débiteur d'exécuter telle obligation désignée dans un délai déterminé, dont la durée dépend des circonstances (ATF 103 II 102 c. 1b, JT 1978 I 66). Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, le créancier a le choix entre trois voies : 1°) continuer d'exiger l'exécution en nature tout en conservant, le cas échéant, le droit aux dommages-intérêts pour cause de retard (art. 103 et 106 CO) et à un intérêt moratoire (art. 104 CO) ; 2°) renoncer à l'exécution en nature et exiger l'indemnisation de son intérêt à l'exécution du contrat (dommages-intérêts dits positifs), soit en échange de sa propre prestation, soit sous imputation de la valeur de celle-ci (méthode de la différence ; art. 107 CO) ; 3°) résoudre le contrat, se libérer de ses propres obligations, provoquer la restitution des prestations déjà fournies et exiger l'indemnisation de l'intérêt négatif (art. 109 CO). Ce choix s'exerce par une déclaration de volonté sujette à réception qui – comme tout acte formateur – est unilatérale et, en principe, inconditionnelle et irrévocable (ATF 123 III 16 c. 4, JT 1999 I 99, spéc. 105-106; Thévenoz, in Commentaire romand précité, n. 16 ad art. 107 CO, pp. 635 s.; Thier, Kurzkomentar, Obligationenrecht, n. 10 ad art. 107 CO; Weber, Berner Kommentar, nn. 82 et 114 ad art. 107 CO). Le choix du créancier peut être déclaré avant l'expiration du délai de grâce, et notamment en même temps que sa fixation. Cette déclaration anticipée ne déploie cependant ses effets qu'à la condition que la prestation reste inexécutée à l'expiration du délai de grâce (ATF 86 II 221, JT 1961 I 203; ATF 103 II 102, JT 1978 I 66; ATF 116 II 436 c. 3, rés. in JT 1991 I 189; Thévenoz, op. cit., n. 19 ad art. 107 CO; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} éd., p. 729). Comme le relèvent les commentateurs, les non-juristes (et parfois même les juristes) distinguent difficilement la deuxième voie de la troisième, les déclarations étant à cet égard souvent ambiguës (Thévenoz, op. cit., n. 22 ad art. 107 CO, p. 636 ; Wiegand, in Honsell/Vogt/Wiegand (éd.) ; Basler Kommentar, OR I, 3^{ème} éd. Bâle 2003, n. 15 ad art. 107, p. 595); dans la mesure où il n'est pas établi que les parties l'ont comprise de manière concordante, la déclaration d'option du créancier doit dès lors s'interpréter selon le principe de la confiance (ATF 123 III 16 c. 4b, JT 1999 I 99 ; Kissling, Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit des Wahlerklärung des Gläubigers im Schuldnerverzug, PJA 1997,

pp. 1287 ss, spéc. pp. 1291-1293); il s'agit donc de rechercher le sens que le débiteur devait et pouvait lui donner de bonne foi au vu de l'ensemble des circonstances (ATF123 III 16 c. 4b in fine, JT 1999 I 99, spéc. 106; Thévenoz, *ibidem*, avec les références citées; Engel, *op. cit.*, p. 732). Le maître doit manifester clairement s'il choisit la réparation du dommage résultant de la non-exécution de la prestation, auquel cas il reste tenu, par une application analogique de l'art. 379 al. 2 CO, d'accepter les parties déjà exécutées et d'en payer le prix – ou s'il se départit du contrat (art. 109 CO), ce qu'il peut faire d'entrée de cause, au moment de la fixation du délai de grâce (Gauch, *op. cit.*, n. 662 p. 198). b) En l'espèce, par courrier du 15 août 2005, le défendeur, par son représentant, a mis en demeure le demandeur de terminer les travaux au plus tard au 31 août 2005. Le demandeur ne lui a jamais signifié que ce délai était insuffisant. Ce faisant, le défendeur a fixé au demandeur en demeure un délai convenable, au sens de l'art. 107 al. 1 CO. On constate qu'à l'échéance de ce délai l'ouvrage n'était toujours pas terminé. En fixant le délai de grâce, le défendeur a en outre déclaré que si l'exécution n'intervenait pas à l'échéance, le mandat serait révoqué, le contrat annulé et la restitution de l'avance de 50'000 fr. exigée. En mentionnant la caducité du contrat ainsi que la restitution de l'acompte versé, le défendeur a opté, de manière reconnaissable par le demandeur, pour la troisième voie, celle de la résolution du contrat. Ce choix étant irrévocable, le fait que, le 27 septembre 2005, le défendeur ait déclaré résilier avec effet immédiat le contrat signé le 25 mars 2005 est sans incidence. V. a) La troisième voie confère au créancier le droit de résoudre le contrat. La mise à néant du contrat avec effet rétroactif est cependant une fiction (ATF 114 II 152 c. 2d, JT 1988 I 523; ATF 123 III 16 c. 4b, JT 1999 I 99). Selon la conception moderne que le Tribunal fédéral a fait sienne, la résolution entraîne la transformation du contrat en un rapport de liquidation, qui engendre des obligations de restitution des prestations déjà fournies dont l'exécution trait pour trait rétablit le « *statu quo ante* ». Les obligations de restituer résultant de la résolution du contrat sont des obligations contractuelles par lesquelles le contrat résolu continue d'exister (avec un contenu modifié) comme rapport de liquidation (ATF 132 III 226 c. 3.1 et les arrêts cités, *rés. in* JT 2007 I 445). Le contrat reste donc efficace en vue d'annuler les effets qu'il a produits jusqu'alors, ce qui exprime l'effet "ex tunc" de la résolution (Gauch, *op. cit.*, n. 684 p. 205 et les références citées). La restitution des prestations doit se faire trait pour trait et comprend les fruits et les profits, cas échéant l'intérêt sur les sommes d'argent. Le restituant peut toutefois exiger le remboursement des impenses utiles et nécessaires (Thévenoz, *op. cit.*, n. 12 ad art. 109 CO). Les prestations matérielles sont à restituer en nature. En revanche, les services déjà fournis, d'autres avantages immatériels ou toutes prestations s'inscrivant dans la durée ne donnent en principe pas lieu à une restitution (*ibidem*, n. 10). En effet, dans les contrats qui ont déjà été exécutés pendant un certain temps, la restitution de prestations (périodiques ou continues) passées est souvent impossible en nature, les prestations ayant déjà été consommées (service, usage), transformées ou aliénées. En valeur, elle est généralement inutile puisque prestations et contre-prestations sont en principe échangées au fur et à mesure, de sorte que l'exécution passée du contrat ne donne pas lieu à un déséquilibre, sinon depuis le moment à partir duquel il n'a plus été exécuté par l'une des parties. Ainsi, lorsque la résiliation est valable, elle ne devrait généralement déployer ses effets que pour les obligations en souffrance et pour les prestations futures. Elle a donc en principe des effets limités semblables à ceux d'une résiliation (Venturi-Zen-Ruffinen, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, in SJ 2008 II 1 ss, spéc. pp. 9-10; Thévenoz, *op. cit.*, n. 36 ad art. 107 CO, p. 639 et nn. 19 et 20 ad art. 109 CO, p. 650). Dans le cas particulier du contrat d'entreprise, la doctrine admet que, si en

dépit du caractère inachevé de l'ouvrage, le maître peut "utiliser" les parties de l'ouvrage déjà exécutées (cf. art. 379 al. 2 CO), le droit de se départir du contrat est transformé sans autre en un simple droit de résiliation, qui ne permet de mettre fin au contrat qu'"ex nunc". Tel est en particulier le cas, lorsque les parties d'ouvrage déjà exécutées ont été construites sur le fonds du maître ou avec de la matière lui appartenant ou encore lorsque l'ouvrage est déjà achevé (Gauch, op. cit., n. 688, p. 206; Tercier, *Le droit des obligations*, 3^{ème} éd., pp. 238, 239 n. 1213). Tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître ne peut se départir du contrat qu'en payant le travail fait (art. 377 CO; ATF 98 II 113, JT 1973 I 174). Toutefois, la résolution du contrat par le maître pour cause de demeure ne donne, à la différence de l'art. 377 CO, aucun droit à l'entrepreneur d'être indemnisé pour la partie de l'ouvrage non encore livrée; elle peut au contraire obliger ce dernier à réparer l'intérêt négatif aux conditions de l'art. 109 al. 2 CO (Gauch, op. cit., nn. 683 p. 204, n. 689 p. 206). Le débiteur doit replacer le créancier dans la situation patrimoniale où il serait s'il n'avait jamais envisagé la conclusion du contrat. Ainsi, le débiteur n'est pas tenu de réparer le gain manqué sur le contrat résolu. Les dommages-intérêts négatifs couvrent essentiellement : les frais exposés en vain dans la négociation, la conclusion puis le début d'exécution du contrat résolu; les dommages-intérêts dus à des tiers en raison de l'inexécution du contrat résolu; le gain manqué sur d'autres affaires auxquelles le créancier a renoncé en raison du contrat résolu (Thévenoz, op. cit., n. 14 ad art. 109 CO; Tercier, op. cit., p. 239, n. 1213; Engel, op. cit., pp. 734-735). Aux dommages-intérêts négatifs s'ajoutent les dommages-intérêts de retard dus au créancier conformément à l'art. 103 al. 1 CO (Thier, in *Kurzkommentar*, op. cit., n. 4 ad art. 109 CO). Ceux-ci indemnisent le créancier de l'ensemble du dommage causé par la demeure. Le créancier doit être replacé dans la situation qui serait la sienne si l'obligation avait été exécutée à temps. Ces dommages comprennent notamment : le gain manqué, la diminution de la valeur de la prestation, les coûts du remplacement temporaire de la prestation en demeure, le coût des autres mesures tendant à diminuer le dommage commandées par l'obligation du créancier de diminuer son dommage, d'éventuelles indemnités dues à des tiers - telle des pénalités de retard -, le coût de la rétention de la contre-prestation, les dépenses nécessaires à obtenir l'exécution de la prestation en souffrance - par exemple les honoraires et frais de l'activité extrajudiciaire d'un avocat (Thévenoz, op. cit., n. 5 ad art. 103 CO et n. 29 ad art. 107 CO, pp. 615 s. et 637 et les références citées; Engel, op. cit., pp. 691-692). Conformément à l'art. 8 CC, le créancier supporte le fardeau de la preuve de la demeure du débiteur, du dommage et la causalité (ATF 123 III 241 c. 3a, JT 1998 I 290 ; ATF 117 II 256 c. 2b, JT 1992 I 308 ; Thévenoz, op. cit., n. 6 ad art. 103 CO ; sur la causalité, cf. Wiegand, op. cit., n. 5 ad art. 103 CO, p. 610). Les règles générales sur l'évaluation du dommage et la fixation de l'indemnité sont applicables (art. 42 et 44 CO par renvoi de l'art. 99 CO), l'application de l'art. 99 al. 2 CO pour la fixation de l'indemnité étant controversée. Il est souvent difficile d'apporter une preuve stricte du gain manqué ou de la diminution de la valeur de la prestation. Le juge doit alors fixer le montant du dommage en se fondant sur des critères objectifs, le cours ordinaire des choses et les mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 et 99 al. 3 CO ; Thévenoz, op. et loc. cit.). Aux art. 97 al. 1, 103 al. 2 et 107 CO, la faute du débiteur qui tombe en demeure est présumée. Celui-ci peut donc se libérer en apportant la preuve du contraire, c'est-à-dire en prouvant qu'il a personnellement exercé toute la diligence que son créancier était en droit d'attendre de lui en vue d'assurer l'exécution à l'échéance. Lorsque la demeure est imputable à un auxiliaire, la preuve libératoire est celle de l'art. 101 CO ; c'est alors au débiteur d'établir que son auxiliaire a, lors de l'exécution de sa prestation, agi

avec toute la diligence que l'on pouvait attendre de lui (Thévenoz, op. cit., nn. 11 à 13 ad art. 103 CO et n. 31 ad art. 107 CO, pp. 617 s. et 638 ; Wiegand, op. cit., 4^{ème} éd., n. 19 ad art. 101 CO, n. 14 ad art. 103 CO et n. 23 ad art. 107 CO, pp. 602, 613 et 627). b) En l'espèce, on l'a vu, le demandeur s'est trouvé en demeure de livrer l'ouvrage convenu. Pour ce motif, il a du reste résilié le contrat qui le liait à son sous-traitant. Le demandeur n'a pas apporté la preuve libératoire qui lui incombait. Au contraire, il ressort clairement de l'expertise judiciaire que la demeure est imputable à ce sous-traitant. En outre, interrogé sur le point de savoir si le demandeur n'avait pas « commis de nombreuses erreurs dans l'exécution du contrat », l'expert répond par la négative, à l'exception du fait que le demandeur ne s'était pas inquiété de savoir si le sous-traitant avait les capacités professionnelles requises pour assumer tous les corps de métier représentés dans son cahier des charges. Il convient ainsi d'examiner successivement les prétentions des parties. VI. Le demandeur réclame le solde du prix de l'ouvrage majoré d'une indemnité pour résiliation abusive. Il ressort de l'instruction qu'à l'époque de la résolution du contrat liant les parties, certains travaux avaient été exécutés par le demandeur et acceptés par le défendeur. En effet, selon la convention conclue entre le défendeur et R. _____, le demandeur avait déjà exécuté les travaux d'installation sanitaire à 95 %, de ventilation à 90 %, de carrelage à 100 %, d'électricité à 95 %, de construction des murs à 100 % et des plafonds à 97 %, de pose des portes de toilettes à 100 % et de peinture à 90 %. Le rapport d'expertise enseigne également que tous les travaux, "presque terminés", avaient été exécutés à l'entière satisfaction du défendeur. Dans son mémoire de droit, le demandeur admet que les travaux qui lui ont été confiés ont été exécutés en moyenne à 95 %. Compte tenu des éléments qui précèdent, cette proportion peut être retenue. Dans sa facture du 7 octobre 2005, le demandeur a en sus comptabilisé des « travaux supplémentaires », soit 6'000 fr. pour une « Porte coulissante automatique (à charge de la gérance) », 990 fr. pour « Fourniture carrelage (22m²) » et 300 fr. pour « Fourniture peinture ». Comme déjà relevé, l'expertise mise en œuvre sur l'allégué 21 indique que la porte coulissante était déjà mentionnée dans le contrat d'entreprise général, tandis que l'audition du témoin T. _____ n'a pas permis d'établir que le défendeur ait exigé un travail supplémentaire, en ce qui concerne la peinture. Il n'est dès lors pas établi, et en particulier par l'expertise mise en œuvre sur le bien-fondé de la facture en question, que le défendeur ait exigé les travaux qui y sont mentionnés au titre de travaux non compris dans le contrat du 25 mars 2005. La résiliation du contrat liant les parties ayant été motivée par la demeure qualifiée du demandeur, c'est en vain que ce dernier réclame une indemnité par 13'090 francs. L'ouvrage livré représentant le 95 % de l'ouvrage commandé, on doit admettre que le prix du travail effectué ascende au 95 % du montant forfaitaire convenu, soit à 110'200 fr. (116'000 fr. x 95 %). Dans la facture susmentionnée, et dans ses conclusions, le demandeur admet de déduire de ce montant l'acompte déjà payé de 50'000 fr. et un montant de 9'640 fr., notamment pour des agencements fournis par le défendeur. Le défendeur doit ainsi payer au demandeur un montant de 50'560 francs (110'200 fr. – 50'000 fr. – 9'640 fr.). VII. a) Le défendeur réclame d'abord la restitution de l'acompte qu'il a versé, de 50'000 francs. Cette prétention doit être rejetée, car elle supposerait que le défendeur se soit départi du contrat avec effet « ex tunc ». Or, comme on l'a vu, la résolution du contrat qui a déjà – comme en l'espèce – été exécuté ne produit pas d'effets rétroactifs. L'acompte versé, qui est pris en compte dans le prix de l'ouvrage livré, ne peut être répété. b) Le défendeur réclame ensuite la perte du chiffre d'affaires qu'il aurait pu réaliser durant les trois mois qui séparent le terme prévu du contrat de la "résiliation" de celui-ci, soit 72'000 francs. Dans les calculs établis dans son mémoire

de droit, il a ramené cette prétention à 46'800 fr., en s'appuyant sur la conclusion de l'expert comptable. Ce poste correspond à un prétendu manque à gagner. En tout état de cause, le calcul opéré par l'expert repose sur des faits hypothétiques, qui ne sont pas tous allégués, ni a fortiori établis, soit le fait que le demandeur avait l'intention d'ouvrir un établissement public le 1^{er} juillet 2005, qu'il avait pris des dispositions en ce sens, notamment engagé deux personnes, qu'il avait requis ou qu'il disposait de la licence pour bar à café délivrée par la police du commerce, que cet établissement serait fréquenté par cent personnes par jour, qu'il serait ouvert six jours sur sept, etc. Selon l'expert technique, le défendeur n'a obtenu la licence pour bar à café qu'au 1^{er} novembre 2005. A supposer même que le défendeur ait engagé du personnel et ait eu le local en question au 1^{er} juillet 2005, il n'aurait pas pu l'exploiter sans autorisation. Sa prétention doit donc être rejetée. c) Le défendeur demande également le remboursement des travaux d'achèvement et de réparation de l'ouvrage, pour un montant total de 33'343 francs : 26'263 fr. + 1'200 fr. + 2'930 fr. + 600 fr. + 350 fr. + 350 fr. + 1'650 francs), qu'il limite à 32'993 fr. dans son mémoire. Il a en outre prétendu que l'ouvrage livré était défectueux et qu'il a dû supporter des frais de réparation. Il a affirmé que le demandeur n'avait pas respecté les règles de l'art et que c'était – avec le retard – le motif de la résiliation. ca) L'inachèvement de l'ouvrage signifie que tous les travaux qui étaient dus en vertu du contrat d'entreprise concret (y compris les éventuelles modifications de commande) n'ont pas encore été effectués. Dans ce cas, les règles sur la garantie pour les défauts n'entrent pas en ligne de compte (Gauch, op. cit., n. 1446, p. 418). Le défaut de l'ouvrage se rapporte à l'état d'un travail exécuté, tandis que l'inachèvement concerne un travail dû qui n'a pas du tout été effectué. Tant que l'ouvrage est inachevé, le maître peut recourir aux règles sur la demeure du débiteur (Gauch, op. cit., nn. 1487-1488). Si un défaut de l'ouvrage est de moindre importance, le maître dispose d'un droit à la réduction du prix et d'un droit à la réfection de l'ouvrage : il peut obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais (art. 368 al. 2 CO; Gauch, op. cit., nn. 1487 ss, pp. 428 et 429). En revanche, en cas de défauts majeurs, le maître a un droit à la résolution du contrat nonobstant la livraison de l'ouvrage (art. 368 al. 1 CO; Gauch, op. cit., n. 1488, p. 428). Le maître dispose du choix du droit formateur qu'il entend exercer. On parle de droits alternatifs, et l'exercice de l'un d'eux par le maître éteint les autres. Toutefois, le droit à des dommages-intérêts pour le préjudice consécutif au défaut doit toujours être exercé cumulativement avec l'un des droits formateurs choisis par le maître. Les règles sur la garantie des défauts imposent au maître, notamment une vérification et un avis des défauts en temps utile, l'absence du fait du maître et l'absence d'acceptation de l'ouvrage (TF 4A_89/2010 du 1^{er} avril 2010; Chaix, in Commentaire romand, nn. 3 et 4 ad art. 368 CO). En effet, le maître perd le droit à la garantie s'il accepte l'ouvrage (art. 370 al. 1 CO ; Tercier/Favre/Carron, op. cit., n. 4498, p. 678). cb) En l'espèce, il ressort de l'expertise technique que tous les travaux étaient « presque terminés » par le sous-traitant à la date de la résolution et, de manière générale, que le défendeur les a acceptés. Il est retenu que l'ouvrage était achevé à 95 %, lorsque le défendeur a résolu le contrat. Dans la mesure où la résolution du contrat a eu pour effet de libérer les parties de leurs obligations non encore exécutées au 31 août 2005, on doit considérer que dès le 1^{er} septembre 2005, le demandeur n'était plus tenu d'exécuter les travaux résiduels, estimés à 5 % de l'ouvrage entier, ni le défendeur en payer le prix. En tout état de cause, comme on l'a vu (cf. Faits, chiffre 15), le défendeur n'a pas apporté la preuve qu'il a effectué les travaux d'achèvement qu'il a allégués, ni a fortiori pour les montants prétendus. Les travaux qui devaient être faits n'ont pas été allégués précisément ; ceux qui restaient à faire à la date de la résolution non plus, ni

au demeurant leur coût. L'expertise judiciaire n'apporte pas d'éléments sur ce point. Au demeurant, elle n'a pas été mise en œuvre sur les allégués 83d à 83n. Or, seul un expert aurait été à même de préciser si, parmi les travaux et les coûts allégués par le défendeur figuraient des travaux d'achèvement. Il ressort cependant de l'expertise précitée que le projet du défendeur a évolué, passant d'un bar à café à un kebab ; or, certaines de ces factures, indubitablement, sont en relation avec l'agencement d'un kebab et non d'un bar à café. Tel est en particulier le cas s'agissant de la facture de M. _____ Sàrl, d'un montant de 26'263 fr., pour l'agencement d'une cuisine. L'expert précité va aussi dans le même sens puisqu'il relève que certains agencements livrés par le demandeur ont été non pas achevés, mais totalement transformés. Dans sa conclusion, il relève que le défendeur a, de sa propre initiative, tout démonté et tout changé à part le carrelage et les sanitaires de sa propre initiative, précisant qu'il a engagé des entreprises de peinture et de carrelage complémentaire, un électricien et un sanitaire, notamment pour "raccorder les appareils, ventilation, cuisine avec comptoir de distribution, vitrier ainsi que le mobilier", dans le but d'obtenir la licence lui permettant d'exploiter son restaurant. cc) S'agissant des défauts allégués, l'expertise technique ne retient pas que le demandeur n'a pas respecté les règles de l'art, mais que des défauts mineurs (alignement et joints) ont affecté la pose des carreaux. L'expert a en particulier nié qu'il y ait eu un défaut au bar et à la ventilation. Quoi qu'il en soit, l'entrepreneur n'est tenu à garantie que si le maître n'a pas accepté l'ouvrage défectueux. Or, en l'espèce, l'expert relève à plusieurs reprises que le défendeur était satisfait des travaux, notamment au niveau du carrelage, et qu'il les avait validés en ordre. Du reste, le défendeur allègue lui-même « qu'il était satisfait du travail effectué par la société R. _____ » (all. 71). Dans ces circonstances, il faut admettre que le défendeur a renoncé aux droits qu'il aurait pu déduire de la garantie des défauts. De toute manière, à supposer que le défendeur ait rempli toutes les conditions (de fond et d'exercice) de son droit à la garantie, il faudrait constater qu'il n'a pas vraiment expliqué quelle action spécifique prévue par l'art. 368 CO il entendait exercer, et comment celle-ci pouvait s'harmoniser avec sa déclaration de résolution. Certes, on a vu plus haut (cf. cons. VIIc) qu'il réclame 33'343 fr. à titre de remboursement des travaux d'achèvement et de « réparation de l'ouvrage » (all. 83 e). Il ne distingue cependant pas ce qui relève de l'achèvement de ce qui relève de la réparation. Quoi qu'il en soit, l'expertise enseigne qu'il n'a pas fait réparer les imperfections du carrelage. cd) Les prétentions du défendeur déduites du non-achèvement de l'ouvrage ou de la garantie des défauts doivent donc être rejetées. d) Enfin, le défendeur fait valoir qu'« afin d'éviter l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, il a dû verser directement au sous-traitant la somme de 30'000 fr. », et que ce « versement est une conséquence directe des manquements du demandeur (all. 83d) ». Certes, il ressort de la convention passée le 23 septembre 2005 que le défendeur a pris l'engagement de payer 30'000 fr. au sous-traitant. Toutefois, il ne ressort pas de cette pièce que ce montant (ou un autre montant) ait été « versé » à R. _____. Il est vrai que l'engagement pris par le défendeur de payer 30'000 fr. à R. _____ suffit à établir l'existence d'une créance et qu'il y a donc accroissement du passif du défendeur. Il s'agirait cependant en l'espèce d'une créance qui appartient à une société qui n'existe plus, donc qui s'est éteinte. Enfin, il ne ressort pas de l'état de fait que le demandeur était en demeure de payer son sous-traitant. Le seul fait que celui-ci ait réclamé un montant de 39'164 fr. 85 ne suffit pas pour le retenir. L'expertise technique relève pour sa part que le contrat de sous-traitance prévoyait un prix forfaitaire de 60'000 fr. et que 45'000 fr. avaient été payés à la date de la pose du carrelage. Comme le contrat de sous-traitance n'a pas été

allégué, on ignore quand les 15'000 fr. restants devaient être payés par le demandeur. Il ressort du reste de la lettre du 22 juillet 2005 que le demandeur a adressée à son sous-traitant que celui-ci avait des prétentions qui excédaient le prix forfaitaire. Il n'est ainsi pas établi que l'engagement du défendeur de payer 30'000 fr. à R. _____ soit en lien de causalité naturelle ou adéquate avec la demeure du demandeur. La prétention du défendeur en paiement de 30'000 fr. doit donc être rejetée. e) En définitive, aucun des montants réclamés par le défendeur du fait de la demeure du demandeur n'est ainsi dû. Les conclusions reconventionnelles en paiement de 122'000 fr. sont donc rejetées. VIII. Le défendeur doit ainsi 50'560 fr. au demandeur. L'intérêt moratoire sur cette somme est dû dès le lendemain de la date de la notification par l'Office des poursuites de Morges au défendeur du commandement de payer la somme de 63'650 fr. dans la poursuite n° [...], soit dès le 26 novembre 2005 (art. 104 al. 2 CO). Le juge civil saisi d'une action en reconnaissance de dette peut, en même temps qu'il statue sur le fond, prononcer la mainlevée si les conditions en sont réunies (ATF 120 III 119, JT 1997 II 72; ATF 107 III 60 c. 3, JT 1983 II 90). Dès lors, l'opposition au commandement de payer formée par le défendeur dans la poursuite précitée doit être définitivement levée à concurrence des montants en capital et intérêt alloués ci-dessus au demandeur. IX. Tant le demandeur que le défendeur ont pris une conclusion en radiation de poursuite. a) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 7B.88/2006 du 19 septembre 2006 c. 2.2), le droit fédéral ne ménage aucune possibilité de radier l'inscription d'une poursuite dans les livres, avant trente ans dès leur clôture (art. 2 al. 2 de l'Ordonnance sur la conservation des pièces relatives aux poursuites et aux faillites, RS 281.33). Il existe cependant un équivalent à la radiation : c'est l'exclusion, prévue par l'art. 8a al. 3 LP. Aux termes de l'art. 8a al. 3 let. a LP, les offices ne doivent pas porter à la connaissance de tiers les poursuites nulles ainsi que celles qui ont été annulées sur plainte ou à la suite d'un jugement. L'office des poursuites ou des faillites peut, même d'office lorsque la cause est portée à sa connaissance et est dûment établie, munir une inscription d'une apostille pour en prohiber la communication lors de la consultation ou la délivrance d'extraits, mentionnant qu'elle a perdu toute valeur (TF 7B.88/2006 c. 2.2 précité). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 132 III 89 c. 1.1, JT 2010 I 244, SJ 2006 I 244; ATF 128 III 334, JT 2002 II 76, SJ 2003 I 93; ATF 125 III 149, JT 1999 II 67, rés. in SJ 1999 p. 374), un débiteur qui a formé opposition à une poursuite en temps utile et dont l'opposition n'a pas été écartée définitivement ne peut ouvrir l'action de l'art. 85a LP, qui régit l'annulation de la poursuite. Il en résulte pour lui un inconvénient, particulièrement s'il a fait l'objet de poursuites injustifiées, vu la publicité du registre des poursuites, lequel est accessible à tous ceux qui, rendant vraisemblable leur intérêt à cette information, requièrent des renseignements sur la solvabilité d'une personne. Même si ce registre se limite à des inscriptions de nature formelle, sans appréciation aucune sur le bien-fondé d'une créance en poursuite, il n'en demeure pas moins que, dans la pratique, les mentions qu'il contient peuvent avoir des conséquences (ATF 132 III 277, JT 2007 II 21, SJ 2006 I 293). Lorsque la poursuite demeure au stade de l'opposition sans que le créancier ouvre action en reconnaissance de dette ou requière la mainlevée de l'opposition, le débiteur indûment poursuivi ne peut pas solliciter l'office des poursuites d'impartir au créancier un délai péremptoire pour agir (ATF 132 III 277, JT 2007 II 21, SJ 2006 I 293; ATF 128 III 334, JT 2002 II 76, SJ 2003 I 93; ATF 120 II 20, JT 1995 I 130; solution préconisée par Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 19 ad art. 85a LP). Le Tribunal fédéral a admis dans un arrêt relativement récent (ATF 128 III 334, JT 2002 II 76, SJ 2003 I 93), qui confirme une décision antérieure (ATF 120 II 20, JT

1995 I 130), que le poursuivi qui se trouve dans une telle situation puisse intenter l'action générale en constatation de l'inexistence de la créance déduite en poursuite, dont le jugement permet d'empêcher la communication de celle-ci aux tiers sur la base de l'art. 8a al. 3 let. a LP (ATF 128 III 334, JT 2002 II 76, SJ 2003 I 93). b) En l'espèce, la conclusion reconventionnelle du défendeur, en paiement de 122'000 fr., étant rejetée, le demandeur a intérêt à ce que la cour constate que le commandement de payer cette somme, qui lui a été notifié le 4 janvier 2006 dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de Vevey, est dépourvu de fondement. X. Le demandeur obtient ainsi gain de cause sur le principe et sur les neuf dixième du montant de sa prétention. Quant au défendeur, il perd sur le principe et le montant de ses conclusions reconventionnelles. Le demandeur a donc droit à des dépens, légèrement réduits, à la charge du défendeur, qu'il convient d'arrêter à 25'493 fr. 80, savoir : a) 19'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 950 fr. pour les débours de celui-ci; c) 5'543 fr. 80 en remboursement partiel de son coupon de justice.

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