

# **VD\_FINDINFO HC / 2018 / 53 vom 26. Januar 2018**

VD Tribunal cantonal, 2018-01-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2018\\_\\_\\_53](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2018___53)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2018 / 53 du 26 janvier 2018

IT: VD\_FINDINFO HC / 2018 / 53 del 26 gennaio 2018

## **Regeste**

CONTRAT D'ENTREPRISE, PRIX FERME, TERRAIN, CIRCONSTANCE EXTRAORDINAIRE | 373 CO

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). L'appel doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

### **E. 1.2**

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dirigé contre une décision finale de première instance et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### **E. 2**

et les réf. cit.) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A\_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2).

### **E. 3.1**

Dans le présent litige, il n'est pas contesté que les parties avaient prévu des prix unitaires – ce qui constitue un prix ferme – et que le montant prévu dans l'offre n° E09.502 de 260'153 fr. 75 était un prix de base (jgt p. 33). Les parties sont en revanche opposées sur le point de savoir si la découverte d'une roche dure constitue une circonstance extraordinaire selon l'art. 373 al. 2 CO. L'appelante soutient en effet que le contrat initial ne prévoyait pas la roche telle que rencontrée, qu'elle aurait immédiatement signalé l'existence de celle-ci à l'intimé et à ses mandataires, en attirant leur attention sur les coûts supplémentaires, qu'une offre complémentaire pour cette roche dure aurait été établie et acceptée par l'intimé, respectivement par ses mandataires, que l'intimé et ses mandataires auraient laissé l'appelante faire le travail en toute connaissance de cause, que l'intimé et ses mandataires auraient été régulièrement tenus informés de l'évolution des coûts, leur attention ayant été attirée sur les surcoûts et leur augmentation et que la facture finale correspondrait au travail effectué et aux tarifs en usage. L'intimé soutient pour sa part que les conditions générales souscrites par l'appelante avaient pour but d'exclure toute plus-value en cas d'événements non expressément envisagés, y compris la découverte de roche dure, qu'il n'était de toute manière pas imprévisible de trouver une telle roche, qu'il n'y aurait eu aucun accord sur des coûts supplémentaires et que les métrés finaux n'auraient pas été validés par les mandataires

du maître de l'ouvrage. Il plaide que c'est à juste titre que les premiers juges se seraient écartés des expertises judiciaires et auraient retenu que le montant de 45'475 fr. 45 – payé en sus du montant contractuel – constituerait en tout état de cause une indemnité équitable au regard de l'art. 373 al. 2 CO. Il y a ainsi lieu d'examiner en premier lieu si, comme le plaide l'intimé, l'application de cette disposition aurait de toute manière été exclue par les parties, ce qui rendrait sans objet, si le moyen était admis, toute discussion sur le caractère extraordinaire de la présence de roche dure.

### **E. 3.2.1**

Aux termes de 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) ; sauf circonstances extraordinaires et imprévisibles (al. 2), c'est l'entrepreneur qui supporte seul le risque. A l'inverse, le maître est tenu de payer le prix intégral, même si l'ouvrage a exigé moins de travail que ce qui avait été prévu (al. 3). En ce sens, on admet que le prix forfaitaire (ou prix ferme) fixe une limite à la fois maximale et minimale pour la rémunération de l'entrepreneur (TF 4C.23/2004 du 14 décembre 2004 consid. 3.1 ; Chaix, CR-CO I, n. 9 ad art. 373 CO ; Gauch/Carron, *Le contrat d'entreprise*, 1999, n. 900, p. 265). Constituent des prix fermes (art. 373 al. 1 et 3 CO) les prix forfaitaires et les prix unitaires, une combinaison de ces deux types de prix étant possible (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 5 ad art. 373 CO). Le prix forfaitaire fixe une somme unique pour tout ou partie d'un ouvrage. Peu importe que la somme soit fixée en fonction d'analyse précise des coûts ou d'estimation grossière ou que des erreurs de calcul soient intervenues. C'est là le risque de l'entrepreneur qui détermine le montant de sa rémunération. Une mauvaise appréciation est à sa charge et il ne peut prétendre à l'assurance d'une bonne affaire. En raison de ces conséquences sévères pour l'entrepreneur, le prix forfaitaire doit résulter de déclarations expresses des parties (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 6 ad art. 373 CO ; Gauch/Carron, op. cit., nos 902 et 903, pp. 265-266). Le prix unitaire fixe les montants retenus pour les unités qui seront nécessaires à l'exécution de l'ouvrage : prix au mètre, au kilo, au mètre cube, à la pièce, etc. La rémunération due pour la prestation en question se calcule en multipliant la quantité d'unités fournies par l'entrepreneur par le prix unitaire correspondant. Dans la mesure où le prix est déterminable, il s'agit également d'un prix ferme. Les quantités déterminantes d'unités peuvent être fixées selon deux méthodes : à la fin des travaux, après le comptage des unités utilisées (mètre effectif) ou, en particulier en matière de construction, sur la base des plans de l'ouvrage (mètre théorique). Si l'on se fonde sur les mètres effectifs, les quantités d'unités exécutées doivent être constatées sur l'objet lui-même. L'entrepreneur et le maître (ou leurs représentants) déterminent ordinairement ensemble les mètres – soit régulièrement à chaque étape des travaux, soit uniquement à la fin – et reconnaissent réciproquement l'exactitude des mètres mesurés dans un document (Gauch/Carron, op. cit., n. 920, p. 272). La fixation des quantités sur la base des mètres théoriques sur plans est une méthode qui se rencontre surtout dans le secteur de la construction (Gauch/Carron, op. cit., n. 924, p. 273). La question de savoir quelle méthode les parties ont adoptée découle du contenu de chaque contrat concret. Dans tous les cas, seul le nombre raisonnable d'unités ou d'heures de travail est rémunéré (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 7 ad art. 373 CO ; Gauch/Carron, op. cit., n. 917, p. 271). La partie qui prétend à l'existence d'un prix ferme au sens de l'art. 373 CO a la charge de la preuve (DC 2/2001, n. 261, p. 80). En cas de doute, on ne présume pas une telle convention et le prix de l'ouvrage doit être déterminé d'après la valeur du travail, conformément à l'art. 374 CO (Gauch/Carron, op. cit., n. 1014 p. 297). La doctrine et

l'usage en matière de construction recommandent de convenir un prix forfaitaire sur la base de documents clairs et complets, notamment pour éviter les problèmes relatifs à la délimitation entre l'objet du contrat et les éventuelles commandes supplémentaires (Gauch/Carron, op. cit., n. 906, p. 267). La présence d'un descriptif détaillé et de plans ne constitue cependant pas une condition nécessaire à la fixation d'un prix ferme : celui-ci peut en effet également résulter d'une estimation grossière des coûts (TF 4C.2312004 du 14 décembre 2004 consid. 3.1 et les réf. cit. ; Gauch/Carron, op. cit., n. 902, pp. 265-266). Lorsque les parties sont convenues de prix unitaires, il appartient à l'entrepreneur d'établir les quantités de mesures qu'il a utilisées. Il lui appartient également de prouver un accord sur le montant de chaque unité (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 35 ad art. 373 CO ; Gauch/Carron, op. cit., n. 917, p. 271).

### **E. 3.2.2**

La rigueur du principe de la force obligatoire des contrats est atténuée, en matière de prix fermes, par l'art. 373 al. 2 CO, qui prévoit que, 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 toutefois, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 13 ad art. 373 CO). Constituent des faits imprévisibles ceux qui sont exclus par la prévision d'un entrepreneur compétent et diligent. Le point de vue doit être objectif. Il suppose un examen diligent des faits qui sont à la base de l'estimation du volume de travail nécessaire à la réalisation de l'ouvrage en question. On doit tenir compte d'éléments subjectifs dans la personne de l'entrepreneur lorsque celui-ci dispose de connaissances, de capacités ou d'expériences particulières (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 16 ad art. 373 CO). On se demande si l'entrepreneur avait compté et, dans la négative, s'il aurait dû compter avec de telles circonstances en appliquant l'attention que l'on est en droit d'attendre d'un spécialiste, la jurisprudence appliquant à cet égard des critères restrictifs (Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5 e éd, n. 4019 p. 554 ; ATF 109 II 333 consid. 2b et 3a, JdT 1984 I 209). Les circonstances en question peuvent exister déjà lors de la conclusion du contrat (par exemple conditions géologiques défavorables d'un terrain à bâtir) ou ne survenir qu'après coup (ATF 109 II 333 consid. 2b, JdT 1984 I 209). Lorsque les faits existent au moment de la conclusion du contrat, mais ne se manifestent que plus tard, la condition d'imprévisibilité consiste à déterminer si l'entrepreneur devait raisonnablement compter avec la présence de ces faits. L'entrepreneur devra, au besoin, s'enquérir auprès du maître des qualités de l'objet confié ou du terrain sur lequel la construction est projetée (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 17 ad art. 373 CO). Au moment de la conclusion du contrat, l'entrepreneur doit s'attendre à des faits (p. ex. en relation avec la nature du sol) qui ne peuvent certes pas être établis avec certitude, mais qui, du point de vue de l'entrepreneur, sont si vraisemblables que la raison commande d'en tenir compte lors de la décision sur la conclusion du contrat (p. ex. un glissement manifeste d'un terrain). Il en va de même pour tous les faits qui, eu égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce, peuvent être qualifiés de normaux (p. ex. l'abondance d'eaux souterraines à proximité d'un fleuve). L'entrepreneur doit même s'attendre à des faits qui sortent de l'ordinaire (p. ex. à la perméabilité anormalement élevée d'un terrain), dans la mesure où ils sont reconnaissables dans le cadre d'un examen attentif des éléments influençant les frais d'exécution. On attend de l'entrepreneur à prix ferme qu'il accomplisse, avant la conclusion du contrat, tout ce qui est en son pouvoir pour se faire une image exacte de tous les éléments qui influencent les frais de l'ouvrage, sauf lorsque le maître a fourni des indications qualifiées sur certains faits

(p. ex. la nature du terrain), qui influencent les frais d'exécution (Gauch/Carron, op. cit., nos 1084 ss). Dans un ATF 58 II 421 (JdT 1933 I 299), le Tribunal fédéral a considéré que la nature hétérogène d'un terrain à la suite des sondages insuffisants ne constituait pas des circonstances imprévisibles. Selon le Tribunal fédéral, si l'indication de la nature des matériaux en question avait été considérée par les parties comme une condition déterminante du contrat et que la non-réalisation de cette condition pouvait justifier une augmentation du prix en vertu de l'art. 373 al. 2 CO, il fallait toutefois relever que cette indication ne devait pas être prise à la lettre par les parties et qu'elle ne pouvait pas être considérée comme déterminante d'une façon absolue, les parties devant se rendre compte que le nombre relativement restreint des sondages effectués pouvait réserver des surprises. Sont également extraordinaires les circonstances exclues par les parties. Ces circonstances sont des faits dont les parties se faisaient une même représentation lors de la conclusion du contrat : ni l'une ni l'autre des parties n'a compté sur l'existence ou la survenance ultérieure de ces faits. Selon la présupposition que les parties ont posée comme base à leur contrat, les faits en question étaient au contraire exclus. Lorsqu'elles ont déterminé le contenu du contrat, elles sont parties de l'idée que ces circonstances ne devaient pas être prises en compte. La représentation commune des parties, lors de la conclusion du contrat, sur l'inexistence d'un fait déterminé, se fonde souvent sur les indications qualifiées du maître sur les facteurs influençant les frais, l'exemple classique étant celui du contrat d'entreprise conclu sur la base d'une expertise portant notamment sur la nature du sol. L'entrepreneur n'a en principe pas l'obligation de vérifier le bien-fondé de ces indications si le maître est expert lui-même ou entouré d'experts (Gauch/Carron, op. cit., n. 1093 ss pp. 314-315 ; Chaix, CR-CO I, op. cit., nn. 20 s ad art. 373 CO). De telles circonstances (« exclues par les prévisions qu'ont admises les parties ») sont toujours extraordinaires au sens de l'art. 373 al. 2 CO, sans qu'il y ait d'exigence supplémentaire (Gauch/Carron, op. cit., n. 1094 p. 314). Elles n'ont dès lors pas nécessairement à être objectivement imprévisibles pour l'entrepreneur, comme dans le premier cas de figure visé à l'art. 373 al. 2 CO. Il faut encore que l'aggravation des frais soit excessive. Ce qualificatif indéterminé fait appel au pouvoir d'appréciation du juge. Le critère principal consiste à comparer le prix convenu à l'origine et l'ensemble des coûts à charge de l'entrepreneur en raison des circonstances nouvelles. Dans ce calcul, on prend en considération les frais supplémentaires de l'entrepreneur au prix coûtant, soit sans bénéfice. Une simple disproportion ne suffit pas ; encore faut-il qu'elle soit grave, singulière, flagrante, évidente, extraordinaire, exorbitante. Tel est le cas lorsqu'il serait contraire au principe de la bonne foi de s'en tenir strictement au prix offert (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 24 ad art. 373 CO). Non exprimées par l'art. 373 al. 2 CO, trois conditions négatives, dont la réalisation empêche la correction du contrat, doivent encore être mentionnées (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 25 ad art. 373 CO) : - les circonstances extraordinaires sont imputables à l'entrepreneur lui-même ou à ses auxiliaires - les circonstances extraordinaires sont le résultat exclusif de la demeure de débiteur de l'entrepreneur - l'entrepreneur exécute l'ouvrage en connaissance des difficultés d'exécution, sans exiger une adaptation des bases de calcul et du prix. Au surplus, l'entrepreneur a le devoir d'informer le maître dès que survient un fait nouveau. Il doit tout faire pour connaître rapidement la nature, l'ampleur et les conséquences du fait nouveau sur l'exécution de l'ouvrage. Ce devoir se limite à signaler les faits susceptibles d'entraîner une disproportion entre les prestations. Ce devoir d'information constitue en fait une incombance découlant de l'art. 365 al. 3 CO dont la violation entraîne la péremption du droit de l'entrepreneur de demander la correction du contrat (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 26 ad art. 373 CO). C'est à

l'entrepreneur de démontrer l'existence de circonstances extraordinaires. Lorsque l'entrepreneur se réclame de l'art. 373 al. 2 CO, il appartient au maître de démontrer qu'une des conditions négatives est réalisée. C'est également au maître de démontrer l'exclusion des circonstances extraordinaires de l'art. 373 al. 2 CO : une interprétation stricte du contrat a lieu d'être et des expressions telles que « prix ferme » ou « prix non modifiable » ne suffisent pas. En cas de doute sur l'interprétation d'une clause d'exclusion, on tranchera pour l'application de l'art. 373 al. 2 CO (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 37 ad art. 373 CO).

### **E. 3.2.3**

Les trois alinéas de l'art. 373 CO sont de droit dispositif. Les parties peuvent ainsi librement préciser quelles circonstances doivent être considérées comme extraordinaires au sens de l'art. 373 al. 2 CO et lesquelles ne doivent pas l'être. Elles peuvent également étendre ou restreindre les droits de l'entrepreneur en cas de circonstances extraordinaires. Une exclusion totale de l'art. 373 al. 2 CO est limitée par la protection contre les engagements excessifs (art. 27 CC) (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 32 ad art. 373 CO).

### **E. 3.3.1**

Les premiers juges ont retenu que la demanderesse avait complété et retourné à la direction des travaux une première offre n° E09.502 du 29 décembre 2009, qu'elle avait également signé les conditions générales de l'atelier d'architecture [...], puis, après que l'intimé lui avait demandé d'affiner son offre, qu'elle avait établi une seconde offre n° E09.502 le 18 février 2010. Ils ont relevé que ces deux offres portaient le même numéro et concernaient exactement les mêmes travaux, sous réserve des ajustements effectués ; elles faisaient par ailleurs référence aux mêmes articles, la seconde offre ne mentionnant toutefois que les numéros de ceux-ci, sans reprendre le descriptif détaillé de chacun d'eux, qui était mentionné uniquement dans l'offre du 29 décembre 2009. Ils ont dès lors considéré qu'il s'agissait d'une seule et même offre, qui avait été remaniée, qu'elle liait les parties dans sa dernière version du 18 février 2010 et que les conditions générales, signées le 29 décembre 2009, faisaient partie intégrante du contrat. Cette appréciation peut être confirmée. Elle n'est d'ailleurs pas contestée comme telle.

### **E. 3.3.2**

L'intimé se prévaut des art. 3.01 et 3.02 des conditions générales de l'atelier d'architecture [...], qui prévoient notamment d'une part que « l'entrepreneur ne pourra, en aucun cas, se prévaloir de son ignorance pour demander des plus-values quelconques, justifier des retards dans l'exécution ou d'une diminution de la qualité et de la valeur des travaux. » (art. 3.01 al. 6), et d'autre part que « les opérations ou fournitures qui n'auraient pas été précisées pour la parfaite exécution des travaux doivent être comprises dans les prix unitaires, qui sont considérés comme globaux, forfaitaires et susceptibles d'aucune plus-value » (art. 3.02. al. 2). Interprété selon le principe de la confiance, à défaut de constatation de fait sur une volonté réelle concordante des parties, l'art. 3.02 al. 2 ne fait que répéter les principes découlant de l'art. 373 al. 1 CO en matière de prix fermes unitaires et rien ne permet de considérer que l'art. 3.01 al. 6 n'en ferait pas de même. Si les parties avaient voulu exclure l'application de l'art. 373 al. 2 CO, elles l'auraient expressément mentionné ou, à tout le moins, auraient fait référence aux circonstances extraordinaires ou imprévisibles de cette disposition et non à une « ignorance » dont on ne voit pas clairement à quoi elle se réfère. En l'absence de résultat certain de l'interprétation, il convient de retenir que l'intimé échoue à prouver que l'application de l'art. 373 al. 2 CO aurait été exclue par les parties.

#### **E. 4.1**

L'appelante fait valoir que la découverte d'une roche aussi dure constituerait un élément impossible à prévoir, respectivement un fait extraordinaire non prévu par le contrat initial.

#### **E. 4.2.1**

Les premiers juges ont retenu qu'il ressortait de l'instruction que le sol était très différent d'un endroit à l'autre, qu'il était impossible de savoir à l'avance exactement le type de sol que l'on allait rencontrer en creusant, que la demanderesse avait procédé à une étude générale de la qualité du sol à divers endroits de la commune sur la base d'extraits du cadastre géologique, mais que ce n'était toutefois pas suffisant pour établir précisément le type de sol présent sur le chantier litigieux, la composition du sol variant fortement d'un endroit à l'autre, et que la demanderesse n'avait pas demandé de renseignements auprès de l'intimé, de l'architecte ou de l'ingénieur.

#### **E. 4.2.2**

Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que la découverte d'une roche dure ne constituait pas un fait imprévisible.

#### **E. 4.3.1**

S'agissant du point de savoir si les parties avaient exclu, par une fausse représentation commune, la présence de roche dure, les premiers juges ont retenu que toutes les parties concernées, à tout le moins les professionnels de la construction, étaient conscientes que les travaux avaient été plus compliqués que prévu, notamment en raison de la découverte d'une roche si dure, et ne pouvaient pas ignorer que le prix tel que prévu initialement dans le contrat ne pouvait pas correspondre à des travaux d'une telle complexité. Il résultait des déclarations du témoin [...], qui avait préparé la soumission, que les conditions réelles différaient de ce qui avait été prévu dans la soumission et que, lorsque la roche dure avait été découverte, il aurait fallu recalculer le prix au m<sup>3</sup>. Il a encore confirmé ne pas avoir prévu, dans la soumission, qu'il y aurait de la roche dure, mais uniquement 5 ou 10 m<sup>3</sup> de molasse, précisant qu'il s'était renseigné et qu'il n'avait pas d'indication lui permettant de prévoir la découverte de ce type de roches. Il a ajouté que pour lui, cette roche dure était imprévisible, qu'il avait plusieurs chantiers dans la région et qu'il n'était jamais tombé sur un os pareil.

#### **E. 4.3.2**

Il en résulte que le contrat de soumission, préparé par les mandataires de l'intimé, en évoquant un prix spécifique à l'art. 1.16 de l'offre n° E09.502 pour la « roche », ne visait pas de la roche dure, mais uniquement de la molasse. On doit ainsi considérer que tant l'appelante que l'intimé, par son mandataire, ont exclu, dans le cadre de la soumission, que de la roche dure pouvait se présenter. Il importe à cet égard peu que l'appelante n'ait pas demandé de renseignements auprès des mandataires de l'intimé, qui auraient répondu que de tels risques n'étaient pas prévus, ce qui a été exprimé dans la soumission. Ainsi, il convient de retenir que les parties avaient exclu par une fausse représentation commune la présence de roche dure, ce qu'admet implicitement le jugement attaqué. L'intimé a d'ailleurs admis devoir assumer des surcoûts à concurrence de 40'000 à 60'000 fr., comme le témoin [...] l'a relevé. Il résulte par ailleurs de l'instruction, notamment du témoignage [...] (ad all. 32), du rapport [...] p. 17 et de l'audition de l'intimé (ad all. 63) que l'information sur la découverte de la roche dure et sur la possibilité de surcoûts qui en résulteraient a été immédiatement

donnée, notamment dans les procès-verbaux de chantier des 12 et 21 mai 2010.

## **E. 5**

Reste à déterminer la quotité des surcoûts qui doivent être retenus.

### **E. 5.1**

L'appelante fait valoir que l'intimé aurait accepté tacitement l'offre du 29 juin 2010 portant sur des plus-values liées aux conditions particulièrement difficiles rencontrées, en ne s'opposant pas aux travaux effectués. Il se prévaut du fait que d'autres offres n'ont pas fait l'objet d'acceptation écrite et qu'il en serait allé de même pour l'offre du 29 juin 2010.

### **E. 5.2**

Les premiers juges ont retenu que l'offre du 29 juin 2010 portant sur des plus-values liées aux conditions particulièrement difficiles rencontrées n'avait pas été formellement acceptée, au contraire du principe de la continuation des travaux qui avait été accepté par l'intimé, que le coût réel des surcoûts n'avait ainsi jamais été déterminé entre les parties, que l'intimé, qui avait accepté le principe d'un surcoût, avait versé un montant de 45'575 fr. 45 en sus du prix de base et qu'il y avait lieu de considérer que ce dernier avait implicitement accepté un surcoût d'un montant équivalent.

### **E. 5.3**

En l'espèce, la comparaison dont se prévaut l'appelante avec les offres pour la voûte en terre cuite, pour les travaux de la charpente ainsi que pour les travaux de fouille intérieure ne convainc pas. Ces offres avaient été sollicitées par l'intimé et, si elles n'ont pas été retournées signées, la commande des travaux concernés a été faite oralement, selon les constatations de fait des premiers juges qui ne sont pas remises en cause. Une telle acceptation orale n'est en revanche pas établie en ce qui concerne l'offre du 29 juin 2010. Tout d'abord, cette offre émanait de l'appelante et n'avait pas été sollicitée par l'intimé, contrairement aux autres offres. On ne saurait déduire du fait que l'intimé ne se soit pas opposé aux travaux qu'il aurait tacitement accepté les conditions de l'offre litigieuse, le principe « qui ne dit mot consent » étant inapplicable (art. 6 CO ; ATF 123 III 53 consid. 5a). Au contraire, le témoin [...] a tout d'abord dit qu'il ne se souvenait pas avoir confirmé ou non cette offre, mais qu'il croyait que non, « l'esprit à ce moment là étant qu'on prenait acte des choses et qu'on avançait, sans les approuver », avant de préciser que cette offre n'avait pas été acceptée. L'existence d'un accord sur ladite offre, dont la preuve incombait à l'appelante (art. 8 CC), n'est pas établie.

### **E. 6.1**

; ATF 138 III 193 consid. 4.3.1 ; ATF 136 II 539 consid. 3.2 ; 133 II 384 consid. 4.2.3). En l'espèce, le vice dont souffrent les expertises provient des questions soumises par les parties à l'expert. Il aurait incombé à l'appelante d'alléguer les frais supplémentaires encourus en raison de la présence de roche dure sans bénéfice et de soumettre ce calcul à l'expert, et il n'appartenait pas au juge de mettre en œuvre une autre expertise, pour procéder à ce calcul, sauf à violer la maxime des débats ancrée à l'art. 55 CPC. Enfin, on ne saurait appliquer l'art. 42 al. 2 CO pour évaluer les frais supplémentaires sans bénéfice, l'appelante ne s'étant pas trouvée dans un état de nécessité probatoire s'agissant d'établir ses coûts de revient (TF 4A\_189/2017 du 5 octobre 2017 consid. 3.3), qu'elle a au contraire omis d'alléguer et qu'elle aurait pu prouver par expertise. Cela étant, en l'absence d'autres éléments probants et dès lors que le fardeau de la preuve de la quotité de la rémunération équitable selon l'art.

373 al. 2 CO appartenait à l'appelante, les premiers juges n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation conféré par cette disposition en considérant qu'il n'y avait pas lieu d'allouer un montant supérieur aux 45'575 fr. 45 implicitement acceptés par l'intimé, ce montant correspondant aux 20% du prix de base.

### **E. 6.2**

Les premiers juges ont retenu que l'instruction n'avait pas permis d'établir que les parties avaient déterminé ensemble les métrés effectifs à la fin de l'ouvrage et que, si la demanderesse avait transmis avec sa facture finale des tableaux indiquant des métrés, ceux-ci n'avaient pas été discutés avec le défendeur ou ses représentants, ni admis par eux, au contraire.

### **E. 6.3**

En l'espèce, le fait que les mandataires de l'intimé aient eu connaissance des métrés ne fait pas la preuve qu'ils les aient validés. Le fait qu'ils aient analysé ces métrés avec l'expert dans le cadre de la procédure judiciaire est par ailleurs sans pertinence. Enfin, en faisant valoir que, dès lors qu'elle s'est vu interdire l'accès du chantier par l'intimé, il était difficile d'effectuer une réception de l'ouvrage en contradictoire, l'appelante admet implicitement qu'une telle réception n'est pas intervenue et que les métrés finaux établis de manière unilatérale par elle n'ont pas pu être validés par l'intimé. Il importe peu qu'elle ait pris toutes les mesures pour sauvegarder la preuve du travail exécuté, en déposant une requête de preuve à futur. L'architecte [...] a d'ailleurs confirmé que les « situations » présentées par l'appelante étaient indigestes et qu'elles n'avaient pas été acceptées par l'intimé.

### **E. 7.1**

L'appelante fait valoir que les premiers juges auraient arbitrairement écarté les expertises judiciaires et qu'il résulterait de ces dernières que sa facture finale serait justifiée à concurrence de 239'493 fr. TTC si l'on suit l'expertise [...] et de 240'676 fr. 60 TTC si l'on suit l'expertise [...], les experts ayant de manière unanime estimé que le calcul des frais devait se faire en fonction des métrés et que les métrés établis par l'appelante étaient conformes au travail réalisé.

### **E. 7.2**

Les premiers juges ont relevé, s'agissant de la première expertise, que pour la plupart des allégués soumis, l'expert s'était contenté de se référer aux documents ou de faire des remarques d'ordre général, sans réellement répondre aux questions. Par ailleurs, ses bases de calcul n'étaient pas toujours très claires, l'expert ayant notamment admis les plus-values supplémentaires facturées par la demanderesse pour la roche, tout en admettant que la découverte de roche dans un terrain était toujours possible, raison pour laquelle elle était prévue en soumission et offerte. Ils ont ajouté que l'expert avait en outre pris en compte certaines offres, sans savoir si elles avaient été formellement admises et sans calculer les différents cas de figure. Les premiers juges ont également relevé que le second expert n'avait pas non plus répondu entièrement à toutes les questions qui lui avaient été soumises, si bien que le rapport ne permettait pas de combler toutes les lacunes du premier rapport d'expertise.

### **E. 7.3**

Il convient de relever que les experts ont calculé la rémunération due comme s'il y avait eu modification de commande ou commande supplémentaire, alors que les conséquences de

l'application de l'art. 373 al. 2 CO sont différentes. En effet, l'entrepreneur, dans le cadre de l'art. 373 al. 2 CO a droit à un versement complémentaire, fixé en équité. Il ne s'agit pas d'une adaptation systématique et complète du prix, comme en cas de modification de commande ; l'entrepreneur n'a droit qu'à un montant couvrant les frais supplémentaires qu'il a eus, dans une proportion qui rétablit selon les règles de la bonne foi l'équilibre rompu par les circonstances extraordinaires. Il ne doit en définitive – au mieux – ni perdre, ni gagner par rapport au prix initialement fixé (Tercier/Bieri/Carron, op. cit., n. 4026 pp. 555 s.). En particulier, lors de la comparaison avec la rémunération convenue, il y a lieu – au mieux – de tenir compte des frais supplémentaires sans bénéfice, car, en vertu de l'art. 373 al. 2 CO, l'entrepreneur peut exiger uniquement que l'exécution du contrat ne lui cause aucune perte et que la disproportion soit ainsi intégralement compensée (ATF 104 II 314, JdT 1979 I 602 ; Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 29 ad art. 373 CO). En définitive, l'augmentation de prix doit simplement rendre tolérable la prestation intolérable de l'entrepreneur ; elle ne doit par contre pas rendre l'affaire rentable, ni même non déficitaire (Gauch/Carron, op. cit., n. 1115, p. 320). En s'écartant des expertises, qui se fondent sur des prémisses erronées et ne tiennent pas compte des principes applicables en matière de rémunération équitable selon l'art. 373 al. 2 CO, les premiers juges n'ont, dans le résultat, pas violé le droit fédéral. Par ailleurs, contrairement à ce que plaide l'appelante, les premiers juges n'auraient pas dû d'office diligenter une autre expertise. Certes, lorsque les conclusions d'une expertise apparaissent douteuses sur des points essentiels, le juge doit cas échéant mettre en œuvre des preuves supplémentaires pour dissiper ces doutes. Le fait de se fonder sur une expertise non concluante, respectivement de ne pas mettre en œuvre des preuves supplémentaires, peut constituer une appréciation arbitraire des preuves (TF 5A\_501/2013 du 13 janvier 2014 consid. 6.1.3.2 ; ATF 141 IV 369 consid.

### **E. 8.1**

Reste encore à déterminer si des modifications de commande sont intervenues, en sus des offres complémentaires nos OC 10.1511 et OC 10.1513.

### **E. 8.2**

Le caractère ferme du prix forfaitaire n'est pas absolu. Une exception est notamment possible en cas de modification de commande. En effet, les modifications de commande peuvent donner droit à une rémunération supplémentaire en faveur de l'entrepreneur à prix forfaitaire ; le prix ferme arrêté par les parties n'est en effet déterminant que pour l'ouvrage projeté, sans modifications qualitatives ou quantitatives (TF 4A\_183/2010 du 27 mai 2010 consid. 3.2 ; TF 4C.211/2005 du 9 janvier 2006 consid. 4 ; Cciv 221/2010/PMR du 8 septembre 2010 consid. II b). L'obligation d'exécuter qui a été convenue est modifiée en ce sens que l'entrepreneur doit par exemple effectuer des travaux supplémentaires ou des travaux en partie différents, ne pas exécuter certains travaux ou les exécuter d'une autre manière que prévue, soit avec d'autres matériaux ou une autre méthode. Les prestations que l'entrepreneur doit fournir découlent du contrat d'entreprise concret et doivent être déterminées en interprétant le contrat dans son ensemble. L'entrepreneur a en principe droit à une rémunération supplémentaire pour les dépenses non prévues dans le contrat, laquelle se calculera, sauf convention contraire, sur la base de l'art. 374 CO (Cciv 221/2010/PMR du 8 septembre 2010 consid. II b et les réf. cit.). Tel n'est pas seulement le cas lorsque la modification provient du maître, mais également lorsqu'elle émane de l'entrepreneur et est acceptée par le maître (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 10 ad art. 373 CO ; Gauch/Carron, op. cit., n. 905, p. 267). Si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été

qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur (art. 374 CO). Le critère déterminant est celui des coûts effectifs qu'un entrepreneur diligent aurait engagés pour une exécution soignée de l'ouvrage (ATF 96 II 58 consid. 2, JdT 1971 I 274 ; TF 4A\_183/2010 du 27 mai 2010 consid. 3.2). Autrement dit, seuls les coûts nécessaires à cette exécution sont pris en compte. Il appartient à l'entrepreneur de déterminer le montant des coûts effectifs, donc également de démontrer la nécessité des frais engagés (art. 8 CC ; TF 4A\_183/2010 précité et les réf. cit.). Il en va de même lorsque l'entrepreneur prétend que les prestations qu'il a exécutées n'étaient pas comprises dans le forfait (Chaix, CR-CO I, op. cit., n. 36 ad art. 373 CO ; Gauch/Carron, op. cit., n. 906, p. 267).

### **E. 8.3**

A cet égard, les premiers juges ont considéré que les experts avaient admis qu'il y avait, dans la facture finale de la demanderesse, 318 postes supplémentaires qui n'étaient pas prévus à l'origine dans la soumission. Il ressortait en effet que le chantier avait un peu évolué au cours des travaux et que certaines modifications étaient intervenues notamment quant aux murs sans que le projet en lui-même soit réellement modifié. Ils ont relevé qu'il avait été demandé à l'expert [...] de détailler les différents postes qui divergeaient de la soumission et de l'offre initiale, avec l'éventuel coût supplémentaire correspondant, de même que les points de la soumission de l'offre initiale qui n'avaient finalement pas été exécutés. L'expert n'ayant pas répondu à la question et s'étant limité à relever qu'il existait 135 postes supplémentaires dans la soumission architecte pour un montant total de 177'850 fr. et 183 postes supplémentaires dans la soumission ingénieur pour un total de 158'018 fr., les premiers juges ont considéré que, faute pour la demanderesse d'avoir réussi à déterminer la nécessité des frais engagés, aucune rémunération supplémentaire ne pouvait être octroyée pour modification de commande.

### **E. 8.4**

En l'espèce, l'appelante insiste sur le fait que la découverte de la roche dure aurait modifié de manière fondamentale le chantier. Il est vrai que, selon l'expert [...], « la découverte de roche sous l'immeuble existant a eu des répercussions très importantes sur la construction du projet mis à l'enquête. L'extraction de la roche mettait en péril la stabilité de l'immeuble, notamment sa partie amont, de construction légère. Il a donc été décidé de démolir les 3/5 de la maison, puis de les reconstruire, une fois la fouille faite et des fondations nouvelles construites. A première vue le projet est le même, les dimensions générales du projet n'ont pas évolué, la disposition des pièces est quasi identique. Mais d'un projet de transformation et d'agrandissement en sous-sol, on en est arrivé à un projet de démolition et de reconstruction avec l'avantage d'un sous-sol d'une surface plus grande que prévue, soit d'environ 25 m<sup>3</sup> en plus, d'où un coût supplémentaire. » (expertise [...], p. 11 ad all. 179). Ce faisant, l'appelante ne s'en prend pas à la motivation topique des premiers juges qui est fondée sur l'échec du fardeau de la preuve, l'expert n'ayant pas détaillé les différents postes qui divergeaient de la soumission et de l'offre initiale, appréciation qui peut être confirmée. Au demeurant, dans la mesure où ces travaux supplémentaires résultaient de la découverte de la roche dure, c'est sous l'angle de l'art. 373 al. 2 CO qu'ils devaient être pris en compte. Il peut ainsi être renvoyé aux considérations ci-dessus.

### **E. 9**

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et le jugement confirmé. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 3'406 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [ tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5 ]), seront mis à la charge de l'appelante O. \_\_\_\_\_, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'appelante devra verser à l'intimé F. \_\_\_\_\_ la somme de 5'000 fr. (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance.

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