

VS_GERICHTE C1 21 291 vom 4. April 2024

VS Kantonsgericht, 2024-04-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_21_291

FR: VS_GERICHTE C1 21 291 du 4 avril 2024

IT: VS_GERICHTE C1 21 291 del 4 aprile 2024

Regeste

- 8 - 2.4.2 J _____ avait transmis à E _____ des instructions écrites concernant, d'une part, la protection des poutres durant le transport et la construction et, d'autre part, le montage du dôme lui-même. Pendant cette phase, un monteur d'une entreprise tierce, rémunéré par X _____, était présent sur le chantier pour superviser les travaux et prodiguer des conseils ; cette personne a averti L _____ que l'assemblage n'était pas conforme aux instructions, dès lors que les arcs n'étaient pas montés en croix comme prévu (L _____, R4, 5, 13 et 14, p. 1060 ss ; cf. ég. P _____, R17, p. 834 ; D _____, R2, p. 1222). Cela a engendré un problème d'axe, qui a changé la géométrie du dôme et qui se voyait de l'extérieur (L _____, R16-17, p. 1071 ; cf. jugement déféré, consid. 4.3, p. 11). Dans la nuit du 11 au 12 septembre 2012, une tempête a déchiré les bâches de protection du dôme et la neige s'est engouffrée à l'intérieur de l'édifice (cf. jugement de première instance, consid. 4.3, in fine, p. 11). 2.5 2.5.1

Erwägungen

E. 3

CPC), le but recherché d'une expertise-arbitrage étant souvent d'éviter le passage par une procédure judiciaire (MÜLLER, op. cit., n. 51 ad art. 189 CPC). Or, à lire sa lettre envoyée le 13 août 2013 à la défenderesse – soit alors que T _____ était encore en train d'élaborer les parties 2 à 4 de son expertise (cf. supra, consid. 2.7.2) –, la demanderesse a exprimé avant tout son intention de recevoir un ouvrage sans défauts, tout en n'excluant pas de devoir saisir les tribunaux (pièce 33, p. 567 s. : "En espérant ne pas devoir aller devant les instances ju[diciaires] pour régler ce qui pourrait être un différend grave, nous souhaitons simplement que votre maison nous rende une construction telle que nous l'attendions").

E. 3.1

et les réf.). Le tribunal est également lié par les faits allégués (CHABLOZ, in Chabloz et al. [éd.], Code de procédure civile, Petit commentaire, 2022, n. 22 ad art. 55 CPC ; SUTTER-SOMM/SEILER, in Handkommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, n. 5 ad art. 55 CPC). Les faits allégués – conformément aux règles du CPC – ainsi que les conclusions déterminent l'objet du litige et fixent le cadre du procès (ATF 142 III 210 consid. 2.1 ; 139 III 126 consid. 3.2.3). Le tribunal ne peut fonder son jugement que sur des faits qui ont été présentés par les parties au procès. Ce que les parties n'avancent pas ne doit en principe pas être pris en compte ("quod non est in actis non est in mundo") (arrêt 4A_304/2018 du 23 octobre 2018 consid. 3.2, non publié in ATF 145 III 42 et les réf. ; HURNI, Berner Kommentar, 2012, n. 9 ad art. 55 CPC ; CHABLOZ, loc. cit.). Les faits sur lesquels le demandeur fonde ses prétentions et qui doivent être allégués sont les faits pertinents (cf. art. 150 al. 1 CPC), c'est-à-dire les éléments de fait concrets

- 30 - correspondant aux faits constitutifs de la règle de droit applicable dans le cas particulier (arrêts 4A_126/2019 du 17 février 2020 consid. 6.1.2 ; 4A_243/2018 du 17 décembre 2018 consid. 4.2 ; CHABLOZ, op. cit., n. 5 ad art. 55 CPC).

E. 3.1.1

Conformément à l'art. 189 al. 1 CPC, les parties peuvent convenir que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre. Selon l'art. 189 al. 3 CPC, le tribunal est lié par les faits constatés dans le rapport lorsque le litige est à la libre disposition des parties (let. a), qu'aucun motif de récusation n'était opposable à l'expert-arbitre (let. b) et que le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste (let. c). Le message qualifie l'expertise-arbitrage d'"institution procédurale autonome". Il a pour but de faire constater de manière contraignante des faits pertinents par un tiers (expert). Par la suite, le tribunal de jugement ne doit pas apporter de preuves sur ces faits (Message relatif au Code de procédure civile suisse [CPC] du 28 juin 2006, in FF 2006 p. 6841 ss, spéc. p. 6933). D'un point de vue systématique, l'expertise-arbitrage est réglée parmi les moyens de preuve, à savoir dans la section 5 (art. 183-189) du chapitre, avec le moyen de preuve de l'expertise judiciaire (cf. ATF 141 III 274 consid. 2.4). Avec l'expertise-arbitrage, on renonce d'une part à l'administration des moyens de preuve prévus par la loi (art. 168 CPC). D'autre part, une partie de la procédure civile – à savoir la procédure probatoire – est en quelque sorte "privatisée" et donc sortie de la procédure. Elle se substitue à l'ensemble des moyens de preuve prévus par la loi pour tous les cas sans convention d'arbitrage. En conséquence, l'art. 189 al. 1 CPC dispose que l'expertise-arbitrage doit établir de manière contraignante les "faits litigieux" (arrêts 4A_428/2022 du 25 septembre 2023 consid. 4.1, destiné à publication in ATF ; 4A_460/2018 du 13 juin 2019 consid. 5.3 et les réf.). La question de savoir si l'art. 189 al. 3 CPC ("en ce qui concerne les faits qui y sont constatés") exclut dans tous les cas une expertise arbitrale sur certaines questions juridiques – contrairement à la jurisprudence actuelle publiée (ATF 129 III 535 consid. 2) – a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral (arrêts 4A_428/2022 précité consid. 4.2 ; 4A_254/2011 du 5 juillet 2011 consid. 4.1 ; cf. ég. ATF 141 III 201 consid. 3.2.1). Une séparation précise des questions de droit et de fait n'est parfois guère possible, ou seulement au prix d'efforts disproportionnés, parce que des éléments de fait (par exemple, quelle est l'étendue de la prestation fournie) dépendent d'éléments de droit (par exemple, en quoi consiste la prestation convenue) (arrêt 4A_428/2022 précité consid. 4.2.1). Il existe ainsi des questions de droit, d'importance secondaire ("von

- 21 - untergeordneter Bedeutung"), qui se trouvent étroitement liées aux questions de faits soumises à l'expert-arbitre (telle l'estimation de la valeur d'une action ou d'un immeuble) et auxquelles celui-ci doit au moins implicitement pouvoir y répondre (MÜLLER, in Brunner et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2e éd. 2016, n. 17 ad art. 189 CPC ; DOLGE, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd. 2017, n. 14 ad art. 189 CPC ; SCHMID, in Oberhammer et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd. 2021, n. 1 ad art. 189 CPC). A titre d'exemple, la détermination de l'étendue du dommage – notion juridique – dépend également d'une multitude d'éléments factuels. N'entre en revanche clairement pas dans cette même catégorie de questions le point de savoir si un lien de causalité est adéquat ou si une personne déterminée revêt la qualité d'héritier ; il s'agit là de questions juridiques centrales, sur lesquelles seul le juge peut statuer (MÜLLER, op. cit., n. 17 in fine ad art. 189 CPC). Une exception existe toutefois pour ce qui est d'établir le contenu du droit étranger dans les litiges patrimoniaux,

puisque en vertu de l'art. 150 al. 2 CPC, cette question peut – comme l'usage et les usages locaux – faire l'objet d'une administration de preuves (MÜLLER, op. cit., n. 18 ad art. 189 CPC ; DOLGE, op. cit., n. 15 ad art. 189 CPC).

E. 3.1.2

Pour conclure une convention d'expertise-arbitrage, la loi prévoit une forme déterminée. L'art. 189 al. 2 CPC renvoie en effet à l'art. 17 al. 2 CPC, qui dispose que la convention doit être passée "en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte", ce qui rejoint également les exigences posées à l'art. 358 al. 1 CPC pour la venue à chef d'une convention d'arbitrage proprement dite. Parmi les autres moyens de preuve par texte, on songe en particulier aux moyens de communication par voie électronique, tels les courriels (MÜLLER, op. cit., n. 43 ad art. 189 CPC). Le respect de la forme prévue à l'art. 17 al. 2 CPC concerne seulement la convention entre les parties, non celle entre ces dernières et l'expert-arbitre (MÜLLER, op. cit., n. 44 ad art. 189 CPC ; BERGER, Berner Kommentar, 2012, n. 5 ad art. 189 CPC). Entre les parties, le respect de la forme doit couvrir les éléments essentiels de la convention d'expertise-arbitrage ; une convention venue à chef oralement ou par actes concludants n'est pas valable (MÜLLER, loc. cit. ; SCHMID, op. cit., n. 6 ad art. 189 CPC ; DOLGE, op. cit., n. 18 ad art. 189 CPC). En particulier, la convention doit spécifier les faits litigieux sur lesquels l'expert-arbitre doit se prononcer, indiquer clairement la volonté des parties que le résultat de l'expertise les liera (de même que le tribunal) et, enfin, désigner l'expert-arbitre ou fixer la procédure permettant de le nommer (cf. MÜLLER, op. cit., n. 33- 35 ad art. 189 CPC ; SCHMID, op. cit., n. 7 ad art. 189 CPC ; WEIBEL, in Sutter-Somm et

- 22 - al. [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3e éd. 2016, n. 9a ad art. 189 CPC). Il est également recommandé de fixer certaines règles de procédure, pouvant porter sur le droit d'être entendu des participants (notamment concernant des questions complémentaires), leur devoir de collaborer (de manière analogue à l'art. 106 al. 1 CPC), la désignation des documents mis à disposition de l'expert-arbitre et les honoraires de ce dernier, en particulier en ce qui concerne leur avance (sur l'ensemble de la question, cf. MÜLLER, op. cit., n. 39 ad art. 189 CPC ; DOLGE, op. cit., n. 31-33 ad art. 189 CPC).

E. 3.1.3

La délimitation entre une expertise-arbitrage (art. 189 CPC) et une sentence arbitrale (art. 381 ss CPC) n'est pas toujours simple (cf. ATF 141 III 274 consid. 2.4 ; 117 Ia 365 consid. 5b in fine). L'arbitre rend un prononcé contraignant ("verbindlich") concernant un rapport de droit, respectivement tranche définitivement un litige, tandis que l'expert-arbitre est désigné, par une convention entre parties, afin d'établir des faits ou éléments constitutifs déterminés. A la différence d'une sentence arbitrale – qui peut constituer un titre d'exécution forcée (ATF 117 Ia 365 consid. 6 ; arrêt 4A_254/2011 précité consid. 4.1) –, l'expertise-arbitrage ne règle que des éléments particuliers d'un litige (MÜLLER, op. cit., n. 20 ad art. 189 CPC et les réf. ; cf. ég. BERGER, op. cit., n. 12 ad art. 189 CPC). Il appartient aux parties, qui souhaitent s'appuyer sur une expertise-arbitrage et les constatations qu'elle contient, de l'introduire en procédure. L'existence d'une expertise-arbitrage n'est pas prise en compte d'office par le tribunal (WEIBEL, op. cit., n. 15b ad art. 189 CPC) mais constitue un fait qui doit être allégué en procédure, au plus tard dans le délai prévu à l'art. 229 CPC (MÜLLER, op. cit., n. 47 ad art. 189 CPC ; BERGER, op. cit., n. 14 ad art. 189 CPC).

E. 3.2.1

Se prononçant sur l'étendue du mandat confié à T _____, la juridiction précédente – partie d'emblée du principe que le prénommé est intervenu en qualité d'expert-arbitre – a relevé de manière pertinente que "la convention du 19 janvier 2013, seul document écrit signé par les parties et respectant les exigences de forme prévues par l'art. 17 al. 2 CPC" ne comprenait aucune mention quant à la détermination de la répartition des responsabilités entre les différents acteurs du chantier. La mission assignée, de manière commune, par les parties à l'expert n'avait en conséquence pu porter sur cette question (cf. jugement déféré, consid. 11.3.1, p. 43 s.).

- 23 - Pour mémoire, la conclusion de la convention du 19 janvier 2013 fait suite à la proposition formulée par l'architecte S _____ de mettre en œuvre des expertises destinées à évaluer la propriété des structures de l'ouvrage, dresser la liste des malfaçons, estimer le coût d'élimination de ces dernières et déterminer si les normes de construction ont été respectées (cf. supra, consid. 2.6.2). Ces notions – qui ont bien trait à l'établissement de faits de nature technique – ont été reprises dans le corps du texte de la "convention de désignation d'un expert" (cf. supra, consid. 2.7.1), sans qu'aucune référence n'ait été directement faite à la question de la détermination des responsabilités. Il n'en est pas allé différemment dans la propre lettre adressée le 13 août 2013 par le directeur de la demanderesse à la société défenderesse, rappelant que la mission confiée à l'expert était "1. de constater les défauts de structure sur [la] construction ; 2. de lister les travaux à accomplir pour que [l]e restaurant puisse [lui] être remis officiellement et conformément au cahier des charges d'origine" (pièce 33, p. 567 s.). De même, quoi qu'en pense la demanderesse dans sa réponse à l'appel (p. 2), le courrier envoyé le 8 janvier 2014 par le premier conseil de la défenderesse, déclarant attendre le rapport "établissant la répartition des responsabilités" (cf. supra, consid. 2.7.1 in fine), ne pouvait valoir avenant à la convention initiale. En effet, cet écrit "n'a pas été signé par les autres parties" – comme souligné à juste titre par l'autorité de première instance (cf. jugement entrepris, consid. 11.3.1, p. 43 in fine) – ni n'a fait l'objet d'une autre forme d'approbation "par un texte" au sens de l'art. 17 al. 2 CPC, par exemple via des courriers ou courriels émanant des autres parties et acquiesçant à une extension du mandat donné au spécialiste. Une convention désignant un expert-arbitre, respectivement un avenant étendant le rôle de ce dernier, ne pouvant venir à chef par actes concluants, la demanderesse a échoué à démontrer que les parties avaient confié la mission à l'expert de se prononcer sur la problématique qui précède.

E. 3.2.2

Outre le fait qu'il est hautement douteux que la question de la répartition des responsabilités – qui ressortit au droit – puisse faire l'objet en tant que tel d'une expertise-arbitrage (cf. supra, consid. 3.1.1), la volonté même des parties d'attribuer le rôle d'expert-arbitre à T _____ est sujette à caution, compte tenu du caractère très succinct de la convention du 19 janvier 2013 qui, pour l'essentiel, a décrit sous quatre tirets les éléments à analyser (propriété des structures ; respect des normes de construction ; démarches pour l'élimination des défauts ; évaluation du comportement attendu).

- 24 - Même s'il n'est pas nécessaire que la convention utilise expressément le terme d'"expertise-arbitre" (cf. MÜLLER, op. cit., n. 34 ad art. 189 CPC), la seule mention selon laquelle les parties s'engageaient "à accepter [l]es conclusions [de l'expert] quels qu'en soient les résultats" ne permet pas d'en déduire que les intéressées ont consenti à ce que les

constatations faites par le spécialiste lient également le tribunal (cf. art. 189 al.

E. 3.2.3

En tout état de cause, devrait-on considérer les différents rapports de T _____ comme valant expertise-arbitrage, celle-ci ne permettrait que d'établir dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure, moyennant allégation dans des écritures (cf. art. 55 al. 1 et 221 ss CPC), certains faits – tels l'existence de malfaçons, susceptibles d'être qualifiées juridiquement de défauts, et le coût de leur élimination –, mais non pas encore de démontrer que l'ensemble des conditions de fond de l'action introduite contre la défenderesse étaient remplies.

E. 3.3

; 126 III 230 consid. 7a/aa). Le maître peut faire procéder à la réfection par un tiers sans s'en faire avancer les frais ; il devra, après la réparation des défauts, agir contre l'entrepreneur pour faire valoir à la fois son droit à la réfection par substitution, ainsi que sa prétention en remboursement des dépenses effectivement engagées pour cette réfection par le tiers (ATF 141 III 257 consid. 3.3). Le maître peut aussi agir d'abord en paiement d'une avance pour les frais de réfection par un tiers (cf. ATF 128 III 416 consid. 4.2.2 ; arrêt 4A_359/2019 du 2 mars 2020 consid. 4.4.2 in fine). Lorsque le maître n'a renoncé qu'à la réparation des défauts (mais non au contrat), l'entrepreneur reste tenu de fournir les autres prestations non visées par la réfection de l'ouvrage (cf. NIKLAUS, op. cit., no 2.64, p. 83 ; cf. ég. KOLLER, Berner Kommentar, n. 5c ad art. 364 CO et n. 489 ad art. 366 CO). De son côté, le maître demeure redevable envers l'entrepreneur de la rémunération convenue, mais pourra en compenser tout ou partie du paiement avec la facture du tiers, sous réserve de dommages-intérêts supplémentaires (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3751, p. 515). La simple fixation d'un délai par le maître (cf. supra, consid. 4.1.2.1) n'est pas suffisante ; la menace de l'exécution par un tiers est nécessaire. L'entrepreneur doit en effet être informé des conséquences de son éventuelle passivité. Le maître doit donc indiquer qu'à l'échéance du délai, il aura recours aux services d'un tiers (ATF 142 III 321 consid. 4.4 ; CHAIX, op. cit., n. 33 ad art. 366 CO ; NIQUILLE-EBERLE, Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten, in Koller [Hrsg.], Neue und alte Fragen zum Privaten Baurecht, St. Galler Baurechtstagung 2004, p. 63 ss, no 26, p. 78 s.).

- 29 - 4.1.2.2.2 Dans la seconde hypothèse, le maître dispose, comme en cas de retard dans l'exécution des travaux (cf. art. 366 al. 1 CO), des facultés offertes au créancier par l'art. 107 al. 2 CO (ATF 126 III 230 consid. 7a/bb ; arrêts 4A_96/2014 du 2 septembre 2014 consid. 3.1, in DC 2015, p. 146 ; 4A_518/2011 précité consid. 3). Dans ce cas, le maître pourra soit renoncer à la prestation promise et exiger la réparation de son intérêt positif sous forme de dommages-intérêts, soit se départir du contrat en étant dispensé de payer à l'entrepreneur la rémunération due – sous réserve de la valeur des prestations qu'il peut utiliser –, et il pourra en plus éventuellement exiger des dommages-intérêts correspondant à son intérêt négatif (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3751 in fine, p. 515). Le recours à une telle solution peut s'avérer nécessaire par exemple lorsque l'élimination du défaut se révèle objectivement impossible (CHAIX, op. cit., n. 39 ad art. 366 CO).

E. 4

Sur ce point justement, l'appelante et défenderesse rappelle que la demanderesse, à lire sa réplique du 28 janvier 2016 en page 19 (dos., p. 563), fonde ses prétentions sur l'art. 97 al. 1

CO, soit l'action ordinaire en responsabilité contractuelle pour mauvaise exécution. Ayant retenu que les travaux de couverture et d'étanchéité avaient été terminés le 15 octobre 2013 et que ce n'était qu'en avril 2014 que la défenderesse avait présenté un décompte au maître afin de réclamer le solde du prix de l'ouvrage, la juridiction précédente a considéré que l'ouvrage n'était "pas livré achevé en décembre 2012" (moment de l'ouverture du restaurant) et a en a tiré la conclusion suivante (appel, ch. 2.1, p. 5 s. et jugement entrepris consid. 12.3.2, p. 47 s., spéc. p. 48 in initio) : Partant, nous sommes dans un cas de dommage causé en cours d'exécution, donc avant la livraison, et la responsabilité de l'entrepreneur découle des dispositions générales sur l'inexécution des contrats, soit aux art. 97 ss CO, et non pas des dispositions sur la garantie des défauts (ATF 111 II 170 consid. 2).

- 25 - L'appelante objecte que cette argumentation ne résiste pas à l'examen. L'arrêt auquel se réfère l'autorité de première instance ne vise selon elle pas la problématique d'un défaut de l'ouvrage – comme in casu –, mais d'un dommage provoqué par un accident survenu durant les travaux de montage d'une grue. En appliquant l'art. 97 CO, la juridiction précédente a méconnu la jurisprudence fédérale qui, en cas de défaut de l'ouvrage, exclut le concours entre les droits à garantie et l'action générale en dommages-intérêts (cf. ATF 136 III 273 ss). En refusant d'examiner l'argumentation de la défenderesse relative à l'absence d'avis des défauts, le premier juge a commis un déni de justice formel, commandant l'annulation du jugement (appel, ch. 2.2 - 2.3, p. 6 s.). L'appelante ne conclut toutefois pas, principalement, au renvoi de la cause au juge de district, faisant valoir que l'autorité d'appel peut d'emblée rejeter l'action de la demanderesse. Cette dernière n'a en effet pas formulé d'allégués pertinents au regard de l'art. 368 al. 2 CO, par exemple des faits permettant d'opérer, en vertu de la méthode relative, une réduction du prix, respectivement de faits démontrant qu'un avis des défauts avait été donné aussitôt (appel, ch. 2.4.1 - 2.4.3, p. 7 ss).

E. 4.1.1

L'entrepreneur est tenu de livrer un ouvrage sans défaut (TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, nos 3755, p. 516). L'ouvrage livré est entaché d'un défaut lorsqu'il n'est pas conforme à ce qui avait été contractuellement prévu. Le défaut peut résider dans l'absence d'une qualité convenue expressément ou tacitement par les parties, ou dans l'absence d'une qualité à laquelle le maître pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi (ATF 114 II 239 consid. 5a/aa ; arrêt 4A_361/2022 du 25 avril 2023 consid. 4). Pour déterminer si une qualité a été convenue, il y a lieu d'appliquer les principes généraux concernant l'interprétation des contrats, sans se limiter à ce qui a été expressément spécifié par les parties, pour rechercher ce à quoi l'entrepreneur s'est obligé dans le cas particulier. Quant à la qualité légitimement attendue, elle porte, d'une part, sur la matière utilisée – qui ne doit pas être de qualité inférieure à la moyenne (art. 71 al. 2 CO) – et, d'autre part, sur les propriétés nécessaires ou usuelles pour l'usage convenu (arrêt 4A_428/2007 du 2 décembre 2008 consid. 3.1 ; GAUCH, Der Werkvertrag, 6e éd. 2019, nos 1361 ss p. 657 ss). Lorsque l'utilisation prévue est usuelle, l'ouvrage doit correspondre, au minimum, aux règles de l'art reconnues ou à un standard équivalent (arrêts 4A_361/2022 précité consid. 4 ; 4A_428/2007 précité consid. 3.1). Le maître peut par exemple s'attendre à ce qu'aucune trace d'humidité n'apparaisse sur le plafond et

- 26 - sur les murs d'un local et à ce que les planches d'une façade en bois ne se déforment pas (GAUCH, op. cit., no 1422 p. 679 et les réf.). Le défaut peut être matériel ou fonctionnel, lorsqu'il altère les propriétés physiques de l'ouvrage (par exemple, une isolation insuffisante), ou esthétique, si l'aspect extérieur de l'ouvrage est aussi déterminant

(GUIGNARD, La garantie pour les défauts, in Journées du droit de la construction, 2013, p. 1 ss, spéc. p. 8 et les réf.). L'origine du défaut importe peu. Cela signifie d'abord que le défaut peut provenir d'une faute de l'entrepreneur, de celle d'un auxiliaire mais également d'une autre circonstance indépendante de tout reproche. Cela implique ensuite que le défaut peut provenir d'une cause liée au travail, mais aussi d'un vice affectant les matériaux fournis (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3783, p. 520 et les réf.). Il ne peut y avoir de défaut qu'en présence d'un ouvrage achevé et livré (ATF 94 II 161 consid. 2c ; GUIGNARD, op. cit., p. 5). Tant qu'il n'y a pas eu réception – par quoi l'on entend la remise au maître par l'entrepreneur de l'ouvrage qu'il a achevé et réalisé conformément au contrat (ATF 97 II 350 consid. 2c ; arrêt 4C.301/2003 du 4 février 2004 consid. 4.1) –, le maître ne peut agir qu'en exécution du contrat et, s'il subit un dommage, en réparation du préjudice selon les règles générales (cf. art. 97 ss CO ; infra, consid. 4.1.3.2) ; à certaines conditions, le maître peut également exercer des droits anticipés (cf. infra, consid. 4.1.2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3778, p. 520, no 3710, p. 508 et no 3732, p. 512 et les réf.).

E. 4.1.2

Aux termes de l'art. 366 al. 2 CO, s'il est possible de prévoir avec certitude, pendant le cours des travaux, que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage sera exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut alors fixer ou faire fixer à l'entrepreneur un délai convenable pour parer à ces éventualités, en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur. La prévisibilité d'une exécution défectueuse est donnée, par exemple, lorsqu'un défaut apparaît sur l'ouvrage au cours de l'exécution ou lorsque l'entrepreneur viole son devoir de diligence en utilisant un matériau inadéquat et qu'il en découle un risque certain de création d'un défaut (CHAIX, in Commentaire romand, Code des obligations I, 3e éd. 2021, n. 28 ad art. 366 CO ; GAUCH, op. cit., nos 875-876, p. 420 s.). Le maître a deux possibilités successives (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3748, p. 515).

- 27 -

E. 4.1.2.1

Le maître peut fixer (ou faire fixer par l'autorité compétente) un délai à l'entrepreneur pour qu'il supprime immédiatement – sans attendre la livraison – les défauts qui sont constatés. Ce faisant, il exerce par anticipation son droit à la réfection de l'ouvrage (cf. art. 368 al. 2 CO) (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3749, p. 515). L'art. 108 ch. 1 CO prévoit que la fixation d'un délai n'est pas nécessaire s'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet. Cette règle s'applique non seulement au délai envisagé à l'art. 107 al. 1 CO mais aussi, par analogie, à celui prévu par l'art. 366 al. 2 CO ; en conséquence, quelle que soit l'option choisie par le maître, celui-ci peut se dispenser de la sommation et du délai lorsque l'entrepreneur s'est révélé incapable de réaliser un ouvrage conforme à ses obligations contractuelles (arrêt 4A_518/2011 du 21 décembre 2011 consid. 4, in DC 2012, p. 87 et résumé in JdT 2012 II p. 260) ou qu'il ne manifeste, de façon expresse ou par actes concluants, qu'il entend ne rien modifier à la situation (arrêt 4C.77/2005 du 20 avril 2005 consid. 4 ; CHAIX, op. cit., n. 34 ad art. 366 CO). Le maître peut aussi, exceptionnellement, être dispensé de fixer un délai lorsque le risque généré par l'état défectueux de l'ouvrage s'avère si imminent que le premier nommé ne peut y remédier qu'en procédant à la

réfection immédiate de la construction (GAUCH, op. cit., no 1827, p. 816 ; cf. ég. NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, 1999, no 2.48, p. 76). La sommation avec fixation d'un délai d'exécution, selon les art. 107 al. 1 ou 366 al. 2 CO, correspond au régime légal et ordinaire de l'exécution des obligations. Même si l'entrepreneur exécute l'ouvrage de manière incorrecte, il ne doit normalement pas s'attendre à une rupture du contrat, ni à une exécution par substitution, aussi longtemps qu'il n'a pas reçu de sommation. En vertu de l'art. 8 CC, il incombe à la partie demanderesse d'alléguer et de prouver les faits propres à permettre aux juges de constater une pareille incapacité de réaliser un ouvrage conforme au contrat (arrêt 4A_518/2011 précité consid. 5). En cas de doute sur l'attitude du débiteur (i.e. l'entrepreneur), il est judicieux de lui fixer un délai supplémentaire de durée convenable (cf. art. 107 al. 1 CO ; THÉVENOZ, in Commentaire romand, Code des obligations I, 3e éd. 2021, n. 5 in fine ad art. 108 CO ; NIKLAUS, op. cit., no 2.50, p. 77).

E. 4.1.2.2

A l'expiration du délai, le maître peut menacer l'entrepreneur qui n'obtempérerait pas (cf. ATF 126 III 230 consid. 7a/bb ; arrêt 4A_518/2011 précité consid. 3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3750, p. 515) : - soit de procéder à une exécution par substitution,

- 28 - - soit de faire valoir les droits tirés de la demeure qualifiée (art. 366 al. 1 CO par analogie). 4.1.2.2.1 Dans la première hypothèse, le maître maintient le contrat et procède à une exécution par substitution, en faisant effectuer la réparation par un tiers ou en la réalisant lui-même, "aux frais et risques de l'entrepreneur" selon la loi. En d'autres termes, le risque de l'augmentation des coûts est supporté par l'entrepreneur ; le maître est créancier d'une prétention égale à ces coûts (CHAIX, op. cit., n. 38 ad art. 366 CO). L'obligation de faire qui incombait à l'origine à l'entrepreneur en vertu du contrat d'entreprise se transforme en une obligation de payer les frais de l'exécution par substitution ; le droit du maître de se faire payer les frais de réparation par un tiers est ainsi une prétention en exécution et non en dommages-intérêts (ATF 141 III 257 consid.

E. 4.1.3.1

L'art. 58 al. 1 CPC prévoit que le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse ("ne eat iudex ultra petita partium"). Il s'agit là de la conséquence principale de la maxime de disposition, qui est l'expression en procédure du principe de l'autonomie privée. Il appartient aux parties, et à elles seules, de décider si elles veulent initier un procès et ce qu'elles entendent y réclamer ou reconnaître (arrêts 5A_88/2020 du 11 février 2021 consid. 8.3 ; 4A_563/2019 du 14 juillet 2020 consid. 4.2, non publié in ATF 146 III 339). En d'autres termes, le tribunal est lié par les conclusions prises par les parties (ATF 141 III 596 consid. 1.4.5 ; arrêt 5A_664/2021 du 15 novembre 2021 consid.

E. 4.1.3.2

Dans le domaine du contrat d'entreprise, les règles de la garantie pour les défauts ont le pas sur les règles générales traitant de l'inexécution des obligations (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3759, p. 517). Le maître de l'ouvrage ne peut pas, en lieu et place des droits alternatifs qui lui sont octroyés par l'art. 368 CO (résolution du contrat ; réfection de l'ouvrage ; réduction du prix), soutenir qu'il y a mauvaise exécution du contrat et se prévaloir des art. 97 ss CO (ATF 136 III 273 consid. 2.2 ; 117 II 550 consid.

4b/cc ; GAUCH, op. cit., no 1852, p. 824 et no 2324, p. 995 in fine). Lorsque la violation des devoirs de l'entrepreneur se traduit par un défaut au sens de la loi (cf. supra, consid. 4.1.1), le maître ne peut agir qu'en application des règles spéciales applicables à la garantie pour les défauts. Il peut aussi par ce biais demander la réparation du préjudice consécutif au défaut – par exemple, le coût d'une expertise avant procès –, mais il doit le faire à cette occasion et aux conditions spécifiques de la garantie pour les défauts, tant en ce qui concerne les conditions de fond que les conditions d'exercice, et les délais de prescription (cf. art. 371 CO) sont également applicables (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3762, p. 517, no 3932, p. 542 et no 3938, p. 543). Lorsqu'au contraire la violation des obligations de l'entrepreneur ne se traduit pas par un défaut, mais que le maître subit néanmoins un dommage, il peut agir selon les voies ordinaires applicables en cas d'inexécution des obligations (art. 97 ss CO), en particulier l'action en dommages-intérêts (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3763, p. 517 ; cf. ég. arrêt 4A_531/2022 du 20 octobre 2023 consid. 3.1.1). Ainsi en va-t-il en présence d'un dommage accessoire ("Begleitschaden"), soit celui que provoque l'entrepreneur (ou l'un de ses auxiliaires [cf. art. 101 CO]) à l'occasion de l'exécution ou de la livraison de l'ouvrage. Un tel dommage peut, par exemple, résulter du fait que l'entrepreneur raye les vitres du maître lors du nettoyage de fin de chantier (ATF 89 II 232 consid. 5 ; arrêt 4A_531/2022 précité consid. 3.1.1), occasionne une fuite de gaz qui fait exploser la maison (ATF 90 IV 247) ou provoque la chute d'une grue en cours de montage, qui blesse deux personnes et endommage de nombreuses installations du maître (ATF 111 II 170 consid. 2 ; pour ces exemples et d'autres, cf. GAUCH, op. cit., no 1858, p. 825). A l'inverse du dommage accessoire, les frais accessoires à la réfection ("Begleitkosten") – en particulier ceux relatifs aux travaux préparatoires (par exemple, de démontage d'une installation pour accéder au défaut) et de remise en état – découlent du contenu de l'obligation de réfection et n'ont rien à voir avec la réparation du dommage en tant que

- 31 - tel (sur l'ensemble de la question, cf. GAUCH, op. cit., no 1860, p. 826 et nos 1721-1722, p. 776 s.). Comme le soulignent à juste titre des auteurs, on constate parfois des confusions dans la pratique entre les diverses actions à propos des frais de réparation d'un défaut (cf. ATF 107 II 438). Le montant de ces frais peut être réclamé à titre de substitution de la réfection proprement dite (cf. supra, consid. 4.1.2.2.1), voire comme moins-value dans le contexte de la réduction du prix (cf. art. 368 al. 2 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3936, p. 543).

E. 4.2.1

Initialement formulées pour la somme de 199'131 fr. 90, selon les détails fournis aux allégués 28 (moins-values esthétiques pour 172'400 fr. [cf. supra, consid. 2.7.5]), 36 (coût total de la remise en état au 27 août 2014 de 431'710 fr. 80 [cf. supra, consid. 2.8.2]) et 47 ss (montants à déduire) de la demande s'appuyant sur les rapports de l'expert T _____, les conclusions de la demanderesse ont été abaissées à 186'681 fr. 65 (plus intérêts à 5 % l'an dès le 3 septembre 2012) au terme de sa plaidoirie écrite du 31 mai 2021 (cf. supra, let. B). Comme l'a mis en évidence la juridiction de première instance (cf. jugement entrepris, consid. 13.1.1, p. 48), ce montant est articulé comme il suit : - coût total de la remise en état : 431'710 fr. 80 (selon décompte du 27 août 2014) - part assumée par l'assurance : - 148'362 fr. 03 - part assumée par I _____ : - 46'767 fr. 12

236'581 fr. 65 A ce montant vient s'ajouter 176'100 fr. pour les moins-values esthétiques selon l'expert judiciaire (cf. supra, consid. 2.9 in fine), ce qui porte le total des prétentions

de la demanderesse à 412'681 fr. 65, dont il y a lieu de déduire 226'000 fr. à titre de reliquat du prix de l'ouvrage dû à la défenderesse (1'026'000 fr. [prix forfaitaire convenu, avec la TVA] – 800'000 fr. [total des acomptes versés]), d'où un solde au final de 186'681 fr. 65. Les prétentions que fait valoir la demanderesse sont donc toutes en lien avec les malfaçons dont serait responsable la défenderesse lors de la réalisation des travaux de construction du restaurant "M _____", en vertu du contrat signé le 14 juin 2012. La demanderesse a par ailleurs toujours affirmé – encore dans sa réponse du 1er février

- 32 - 2022 à l'appel (p. 4) – que l'ouvrage n'était pas achevé en décembre 2012 et que l'on se trouvait en présence d'un dommage causé "en cours d'exécution, donc avant la livraison", comme retenu par l'autorité de première instance (cf. jugement entrepris, consid. 12.3.2 in fine, p. 48). Si l'autorité d'appel souscrit jusque-là à ce raisonnement, il n'en va pas de même pour ce qui est de la suite, soit la référence faite à l'ATF 111 II 170 et à l'application des dispositions générales sur l'inexécution des contrats, soit les art. 97 ss CO. En effet, dans cet arrêt, qui concernait les conséquences d'une chute de grue en cours de montage sur un chantier, la violation des devoirs par l'entrepreneur n'avait pas occasionné un défaut de l'ouvrage à proprement parler, mais un dommage accessoire ("Begleitschaden"), à analyser sous l'angle des art. 97 ss CO. Dans le cas particulier, les manquements au contrat d'entreprise imputés à la défenderesse, dénoncés en cours d'exécution des travaux (cf. supra, consid. 2.5.1 - 2.5.2), s'étant matérialisés en des défauts – matériels et esthétiques –, l'intéressée devait en répondre en vertu des règles spécifiques prévues à l'art. 366 al. 2 CO. Or, la demanderesse n'a jamais allégué et encore moins démontré avoir, conformément à ce qu'exige cette disposition, imparti à la défenderesse un délai pour qu'elle supprime ces défauts, à défaut de quoi elle aurait recours, aux frais de la dernière nommée, aux services d'entreprises tierces (cf. exécution par substitution), ses courriels des 18 octobre 2012 et 30 novembre 2012 évoquant seulement la mise en œuvre d'une expertise destinée à établir les parts de responsabilités des différents intervenants (cf. supra, consid. 2.5.2). La demanderesse n'a pas davantage régulièrement allégué durant la procédure de première instance – mais seulement en une ligne dans son écriture d'appel (p. 4 in medio) – que la défenderesse aurait été d'emblée dans l'incapacité de procéder à l'élimination des défauts, ce qui l'aurait ainsi dispensée d'avoir à lui impartir un tel délai de grâce (cf. supra, consid. 4.1.2.1). Pareille affirmation se retrouverait d'ailleurs être en contradiction avec les éléments au dossier, en particulier le décompte établi le 9 avril 2014, faisant état, sous les positions 11 à 13, de l'intervention de la sous-traitante de la défenderesse (G _____ [cf. all. 41]) pour réaliser certains travaux d'étayage et de renforcement, tandis que d'autres prestations du même type (cf. position 24, JJ _____ : travaux de renforcement avec vis et résine pour 25'472 fr. 35 [facture payée le 11 novembre 2013] ; position 27, LL _____ : travaux de renfort du plancher sous-sol : 10'000 fr. [facture acquittée le 24 décembre 2012]) ou correspondant à des frais accessoires à la réfection (cf. par exemple position 5, AA _____ : travaux de

- 33 - démontage et remontage dans le faux-plafond ; position 34, QQ _____ : travaux de démontage et remontage des gaines de ventilation) ont d'emblée été confiées à des entreprises tierces (cf. supra, consid. 2.8.1). Les conditions pour que la défenderesse assume les frais de remise en état, non déjà pris en charge par des tiers (cf. assurance), ainsi que les moins-values esthétiques, ne sont ainsi pas remplies, ce qui doit conduire au rejet des prétentions en paiement de la demanderesse.

E. 4.2.2

Il n'en irait pas différemment si l'on devait considérer que, du fait de l'exploitation du restaurant "M _____" dès la mi-décembre 2012, la demanderesse a consenti à une livraison (partielle) de l'ouvrage (cf. ATF 115 II 456 consid. 4 ; arrêt 4A_319/2017 du 23 novembre 2017 consid. 2.3.1) et que les règles de la garantie pour les défauts tirées de l'art. 368 CO, auxquelles se réfère expressément la défenderesse dans son appel (p. 5 ss), devaient entrer en considération. En vertu de cette disposition, la demanderesse pouvait – après avoir donné à l'entrepreneur l'avis des défauts aussitôt ces derniers découverts, à peine de péremption des droits à garantie (cf. art. 367 ss CO ; arrêt 4A_251/2018 du 11 septembre 2018 consid. 3.1 ss et les réf.) – opter pour l'un des trois droits formateurs alternatifs que constituent la résolution du contrat, la réduction du prix ou la réparation de l'ouvrage. Le choix d'une option s'effectue par une déclaration de volonté adressée à l'entrepreneur, qui est irrévocable et entraîne la perte des autres options (arrêts 4A_288/2018 du 29 janvier 2019 consid. 5.1 ; 4A_643/2014 du 25 novembre 2015 consid. 4.2 non publié in ATF 141 III 596). Par ailleurs, le droit formateur ne peut être exercé que par celui auquel il appartient ; le juge ne peut en principe pas suppléer une volonté qui n'a pas été manifestée (ATF 136 III 273 consid. 2.2 ; 135 III 441 consid. 3.3). Dans le cas particulier, si la signature le 19 janvier 2013 par la défenderesse, consciente d'être mise en cause pour son travail (cf. all. 151), de la "convention de désignation d'un expert" peut – à la rigueur – être interprétée comme emportant renonciation de l'intéressée à se prévaloir du caractère éventuellement tardif d'un avis des défauts pour un ouvrage (partiellement) livré un mois plus tôt (cf. GAUCH, op. cit., no 2163, p. 918 et les réf.), l'option choisie par la demanderesse, après avoir reçu les résultats de l'expertise T _____, n'a fait l'objet d'aucune allégation. La seule réaction qu'elle a avancée en procédure (cf. all. 52), et dûment établie (cf. pièce 12, p. 428), consiste en la notification, le 10 novembre 2014, à la défenderesse d'un commandement de payer la somme de 145'226 fr. 35 en raison du "dommage constaté selon [l']expertise-arbitrage

- 34 - T _____" (cf. supra, consid. 2.10). Cette seule mention ne permet pas d'en déduire que la demanderesse a, ce faisant, exercé son droit formateur à la réduction du prix, ne serait-ce que de manière tacite (cf. GAUCH, op. cit., no 1643, p. 754).

E. 4.2.3

Il suit de ce qui précède que ni les conditions légales d'une prise en charge par la défenderesse des frais de réparation effectués par substitution ni d'une réduction du prix de l'ouvrage n'ont été établies. L'appel sur ce point doit donc être accueilli et la demanderesse se voir débouter de ses prétentions pécuniaires.

E. 5

De son côté, la défenderesse critique dans son appel (p. 9 ss) le rejet de sa conclusion reconventionnelle en paiement de la somme de 302'000 francs (cf. jugement déféré, consid. 14.1 - 14.2, p. 53 s.). Cette prétention ressort de son allégué 86 et de la pièce 6, à laquelle elle renvoie, soit le décompte du 14 avril 2014, étant spécifié toutefois que la note de crédit de 54'528 fr. 05 pour un paiement effectué à G _____, n'avait pas à être portée en déduction (cf. jugement entrepris, consid. 14, p. 53 s.).

E. 5.1.1

La reconvention est une action introduite par le défendeur contre le demandeur dans le procès pendant. Ce n'est pas un moyen de défense, mais une véritable action qui poursuit un but propre (cf. ATF 142 III 713 consid. 4.2 ; TAPPY, in Commentaire romand, Code de

procédure civile, 2e éd. 2019, n. 3 ad art. 224 CPC). Des conclusions ayant pour seule fin d'obtenir la libération des prétentions du demandeur ne sont pas reconventionnelles. La reconvention ne doit pas être confondue avec la compensation (art. 120 CO), que le défendeur peut invoquer par voie d'exception pour obtenir le rejet de la demande intentée contre lui : en brandissant ce moyen, le défendeur n'introduit pas une nouvelle action avec un effet de litispendance ; il entend simplement faire échec à l'action du demandeur (ATF 141 III 549 consid. 6.5 ; TAPPY, op. cit., n. 4 ad art. 224 CPC). Seuls les montants effectivement réclamés entrent en considération, à l'exclusion de ceux invoqués à titre compensatoire (ATF 102 II 397 consid. 1a ; arrêt 4A_317/2019 du 30 juin 2020 consid. 1.3.1 in fine).

E. 5.1.2

A teneur 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). 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). Le prix ferme fixe ainsi une

- 35 - limite tant minimale que maximale à la rémunération de l'entrepreneur (arrêt 4A_458/2016 du 29 mars 2017 consid. 6.1 et les réf.). Le prix forfaitaire est un prix ferme qui fixe une somme unique pour tout un ouvrage, pour une partie d'un ouvrage ou pour un résultat déterminé (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 3980, p. 548). Il sera dû indépendamment des coûts effectifs de réalisation de l'ouvrage, des quantités effectivement fournies, des dépenses engagées (arrêts 4A_156/2018 du 24 avril 2019 consid. 4.1 ; 4C.90/2005 du 22 juin 2005 consid. 3.2). Le caractère définitif du prix ferme n'est toutefois pas absolu. Le prix ferme arrêté par les parties n'est, en effet, déterminant que pour l'ouvrage alors projeté, sans modifications qualitatives ou quantitatives (arrêt 4C.203/2005 du 9 janvier 2006 consid. 4.1, résumé in DC 2006 p. 66). Les modifications de commande donnent droit à une augmentation du prix en cas de prestations supplémentaires de l'entrepreneur, rémunération qui se calcule, sauf convention contraire, sur la base de l'art. 374 CO, c'est-à-dire en fonction de la valeur des matériaux utilisés et du travail effectué (ATF 113 II 513 consid. 3b ; arrêt 4A_433/2017 du 29 janvier 2018 consid. 3.1.2). En pratique, il est souvent difficile de déterminer si l'on est en présence d'une modification de commande ou si la prestation litigieuse s'inscrit encore dans le cadre du contrat d'origine. Dans la mesure où il prétend à une rémunération supplémentaire, l'entrepreneur supporte le fardeau de la preuve de la modification de commande et des frais supplémentaires en résultant (arrêts 4A_156/2018 précité consid. 4.2.3 ; 4C.23/2004 du 14 décembre 2004 consid. 4.1) Lorsque rien n'a été prévu, on retient les prix usuels, soit les prix qui couvrent les frais effectifs et un bénéfice raisonnable. Le juge doit au besoin recourir à l'appréciation d'experts (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 4040, p. 557 in fine et s. et les réf. ; cf. ég. CHAIX, op. cit., n. 15 ad art. 374 CO).

E. 5.2.1

A juste titre, l'autorité précédente a relevé qu'une partie de la demande reconventionnelle était fondée, puisque la demanderesse avait reconnu (cf. supra, consid. 4.1.3.1) être redevable à la défenderesse de 226'000 à titre de paiement du solde du prix de l'ouvrage (cf. jugement déferé, consid. 13.4.3 et consid. 14.1, p. 53). A la différence du jugement de première instance toutefois, ce montant est effectivement dû par la demanderesse

principale, ses propres prétentions en paiement en raison des défauts de l'ouvrage (236'581 fr.65 + 176'100 fr. ; cf. supra, consid. 4.2.1) – desquelles les 226'000 fr. avaient été retranchés – ayant été rejetées en appel.

- 36 - En l'absence d'interpellation antérieure, cette somme porte intérêts moratoires, au taux de 5 % l'an, non pas dès la date du dépôt de la demande reconventionnelle comme sollicité, mais dès le 1er janvier 2016, correspondant au jour suivant la réception de cette écriture par la demanderesse principale (cf. THÉVENOZ, op. cit., n. 9 in fine ad art. 104 CO et les réf.), intervenue au plus tôt le (jeudi) 31 décembre 2015.

E. 5.2.2

La différence de 76'000 fr. (302'000 fr. – 226'000 fr.) correspond à l'addition (arrondie) des deux postes suivants figurant dans le décompte du 14 avril 2014 (cf. supra, consid. 2.8.3) : - Intempéries (hors assurance) Bâchage, débâchage, déblayage neige) 24'000 fr. - Facture 11072013 (annexe) 52'700 fr. Les deux montants en question n'ont fait l'objet d'aucune assertion spécifique de la défenderesse en procédure – l'allégué 86 dans sa réponse se contentant de mentionner la somme globale de 302'000 fr. –, lors même que la demanderesse avait remis en cause leur bien-fondé au stade de la demande déjà (cf. all. 45). Les parties étant liées en vertu du contrat d'entreprise signé le 14 juin 2012, prévoyant une rémunération forfaitaire de 950'000 fr. (TVA en sus) pour la réalisation de l'ensemble de l'ouvrage (cf. supra, consid. 2.2.1), il appartenait à l'entrepreneur d'alléguer et de démontrer notamment en quoi consistaient les travaux complémentaires et de fournir toute information utile permettant de déterminer l'ampleur de la rétribution additionnelle réclamée, ce qu'elle a omis de faire. En l'absence d'allégations correspondantes, la juridiction précédente n'avait pas à ordonner la mise en œuvre d'une expertise sur ce point, la preuve ayant pour objet selon l'art. 150 al. 1 CPC les faits pertinents et contestés, ce qui présuppose qu'ils aient été allégués (cf. CHABLOZ/COPT, in Chabloz et al. [éd.], Code de procédure civile, Petit commentaire, 2022, n. 12 ad art. 150 CPC). En tout état de cause, l'expert judiciaire a relevé qu'il n'avait pu analyser le bien-fondé de la "plus-value intempéries" de 24'000 fr. et du montant de 52'700 fr., n'ayant pas eu en sa possession le détail des factures correspondantes (cf. supra, consid. 2.9). La défenderesse ne peut dès lors que supporter l'échec de la preuve (art. 8 CC), et se voir débouter de ses prétentions en paiement du montant (arrondi) de 76'000 fr., en sus des 226'000 fr. pour le règlement du solde du prix forfaitaire de l'ouvrage. Sous cet angle, l'appel de la défenderesse est infondé.

- 37 -

E. 5.2.3

Toute autre ou plus ample prétention que celle reconnue ci-avant (cf. supra, consid. 5.2.1) est rejetée.

E. 6

X _____ SA versera à Y _____ S.A. une indemnité réduite de 5250 fr. (4050 fr. [première instance] ; 1200 fr. [appel]) à titre de dépens. Ainsi jugé à Sion, le 4 avril 2024.

E. 6.1.1

Lorsqu'elle statue à nouveau au sens de l'art. 318 al. 1 let. b CPC, l'autorité d'appel doit se prononcer sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC) ; en effet, dans la mesure où le litige est tranché de façon différente que ne l'avait fait le premier juge, la répartition des frais à laquelle il s'était livré doit être revue (JEANDIN, in Commentaire romand, Code de

procédure civile, 2e éd. 2019, n. 7 ad art. 318 CPC). D'une manière générale, selon l'art. 106 al. 1, 1re phrase, CPC, les frais – qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – sont mis à la charge de la partie succombante. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Cette réglementation octroie au juge un large pouvoir d'appréciation (arrêts 5D_108/2020 du 28 janvier 2021 consid. 3.1 ; 5A_80/2020 du 19 août 2020 consid. 4.3), en particulier quant au poids accordé aux diverses conclusions litigieuses (arrêt 5A_190/2019 du 4 février 2020 consid. 4.1.2). Lorsqu'il existe une action principale ("Hauptklage") et une action reconventionnelle ("Widerklage" ; cf. supra, consid. 5.1.1), il faut tenir compte du fait que les deux parties peuvent à la fois avoir gain de cause et succomber (PESENTI, Gerichtskosten [insbesondere Festsetzung und Verteilung] nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, no 819, p. 292 ; cf. ég. GRIEDER, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, no 402, p. 159). Dans cette constellation, les frais sont répartis selon l'art. 106 al. 2 CPC en fonction de l'issue de la cause ; il faut déterminer, pour chaque conclusion (principale ou reconventionnelle), dans quelle mesure une partie a eu gain de cause ou succombé, et la mettre en relation avec la valeur totale de l'action principale et de l'action reconventionnelle (en ce sens, cf. PESENTI, op. cit., no 820, p. 292 [avec un exemple chiffré] ; cf. ég. GRIEDER, op. cit., nos 403 ss, p. 159 ss).

E. 6.1.2

Initialement chiffrées à 199'131 fr. 90 au total, la demanderesse a abaissé ses prétentions pécuniaires à 186'681 fr. 65 au stade ultime du dépôt de la plaidoirie écrite (cf. supra, let. B). De son côté, la défenderesse a formulé des conclusions reconventionnelles – qui ne s'excluaient pas avec celles de la demande (cf. art. 94 al. 2 CPC) – à hauteur de 302'000 francs. L'enjeu de la cause patrimoniale se montait ainsi globalement à 501'131 fr. 90 en première instance (199'131 fr. 90 [~ 40 %] + 302'000 fr.

- 38 - [~ 60 %]). Au final, la demanderesse se voit intégralement débouter de ses prétentions, tandis que la défenderesse obtient approximativement trois quarts des siennes ($[226'000 \text{ fr.} / 302'000 \text{ fr.}] \times 100 = 74,83 \%$). Dans ces circonstances, en application de l'art. 106 al. 2 CPC, il se justifie que la demanderesse assume 85 % des frais de première instance, qui correspond à la mesure dans laquelle elle succombe (40 % [propres conclusions] + 45 % $[60 \% \times \frac{3}{4} \{\text{prétentions de la défenderesse}\}]$). Partant, les frais encourus devant le tribunal de district, arrêtés à 37'500 fr. (émolument : 21'927 fr. 65 ; frais d'expertise : 14'585 fr. 75 ; témoins : 886 fr. 60 ; débours huissier : 100 fr. [cf. jugement déféré, consid. 15.2.2, p. 54 s.]), sont mis à la charge de la demanderesse à hauteur de 31'875 fr. ($37'500 \text{ fr.} \times 85 \%$), le solde de 5625 fr. étant supporté par la défenderesse. Au total, les avances des parties en première instance représentaient la somme de 40'836 fr. 60 (14'244 fr. 50 pour la demanderesse [12'000 fr. + 144 fr. 50 + 2100 fr.] ; 26'592 fr. 10 pour la défenderesse [15'000 fr. + 442 fr. 10 + 9400 fr. + 1750 fr.]). Vu ses propres avances (14'244 fr. 50) et la part de frais qu'elle doit supporter (31'875 fr.), la demanderesse versera 17'630 fr. 50 à la défenderesse à titre de restitution d'avances (31'875 fr. – 14'244 fr. 50). Quant au greffe du tribunal de première instance, il remboursera à la défenderesse le solde de 3336 fr. 60 (26'592 fr. 10 [propres avances de la prénommée] – 5625 fr. [part de frais à sa charge] – 17'630 fr. 50 [montant à restituer par la demanderesse]).

E. 6.1.3

Tant la demanderesse que la défenderesse étaient assistés d'un mandataire, dont l'activité utilement déployée en première instance (cf. art. 27 LTar) a été largement similaire et a consisté, pour l'essentiel, en l'envoi de deux écritures principales (demande et réplique, respectivement réponse et duplique), d'une douzaine de courriers, en la participation à trois audiences (débats d'instruction du 26 avril 2016 [0h30] ; séance en preuves des 17 janvier 2017 [2 h] et 12 janvier 2021 [1h15]), ainsi qu'en la rédaction d'une plaidoirie écrite. Sur le vu de ce travail, de la fourchette légale en fonction de la valeur litigieuse déterminante pour le calcul des frais (i.e. 501'131 fr. 90 ; cf. indemnité comprise entre 24'500 fr. et 30'800 fr. lorsque la valeur litigieuse oscille entre 500'001 fr. et 600'000 fr. [art. 32 al. 1 LTar]), des difficultés et ampleurs non négligeables de la cause sans toutefois sortir de l'ordinaire (cf. art. 29 al. 1 LTar a contrario), l'indemnité à titre de dépens est arrêtée pour chacune des parties en plein à 27'000 fr., honoraires, TVA et débours (frais de port et de copie) compris.

- 39 - Vu le sort des frais de première instance, la demanderesse versera à la défenderesse une indemnité, réduite, de 22'950 fr. (27'000 fr. x 85 %) à titre de dépens et celle-ci à celui-là une indemnité, réduite également, de 4050 francs (27'000 fr. x 15 %).

E. 6.2.1

La répartition et liquidation des frais s'opère également en seconde instance selon les art. 104 ss CPC. Les frais de la procédure d'appel sont en principe répartis conformément à l'art. 106 CPC (ATF 145 III 153 consid. 3.2.2 ; JENNY, in Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3e éd. 2016, n. 6 ad art. 106 CPC). Le succès se mesure à l'aune de la modification obtenue du jugement de première instance (cf. arrêt 4A_146/2011 du 12 mai 2011 consid. 7.3). La partie succombante est celle qui a fait appel à tort, respectivement au détriment de laquelle un appel a été admis (TAPPY, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd. 2019, n. 20 ad art. 106 CPC ; STOUDMANN, in Chabloz et al. [éd.], Code de procédure civile, Petit commentaire, 2022, n. 12 ad art. 106 CPC).

E. 6.2.2

L'émolument d'appel est calculé par référence au barème applicable en première instance (cf. not. art. 16 LTar ; cf. ég. art. 19 LTar). Les critères de fixation des frais en première et en seconde instance sont identiques (cf. art. 13 al. 1 LTar). Le degré de difficulté de la cause et son ampleur devant le Tribunal cantonal doivent être qualifiés de moyen. La juridiction précédente avait condamné la défenderesse à verser à la demanderesse le montant de 89'997 fr. 10 (plus accessoires), tout en écartant la demande reconventionnelle de la première nommée (i.e. 302'000 francs). En seconde instance, la défenderesse a conclu à libération pour ce qui est de la demande principale et à l'accueil de ses prétentions reconventionnelles ; de son côté, la demanderesse a sollicité le rejet de l'appel (cf. supra, let. D). Aussi, eu égard à la valeur litigieuse déterminante en application de l'art. 94 al. 2 CPC en appel – de 391'997 fr. 10 (89'997 fr. 10 + 302'000 fr.) –, à la situation pécuniaire non défavorable des parties, aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, notamment, les frais de seconde instance sont fixés à 10'000 francs (cf. art. 16 al. 1 LTar : de 9000 fr. à 42'000 fr., lorsque la valeur litigieuse oscille entre 200'001 fr. et 500'000 fr. ; art. 19 CPC : réduction possible en appel jusqu'à 60%). Par rapport à l'enjeu global en seconde instance (391'997 fr. 10), la défenderesse et appelante voit sa conclusion libératoire intégralement admise (89'997 fr. 10) et celle, reconventionnelle, partiellement, à hauteur de 226'000 francs ; autrement dit, elle obtient

- 40 - gain de cause pour quelque 80 % de ses prétentions ([89'997 fr. 10 + 226'000 fr.] / 391'997 fr. 10 x 100). En application de l'art. 106 al. 2 CPC, les frais d'appel sont en conséquence répartis entre la demanderesse à concurrence de 8000 fr. (10'000 fr. 80 %) et de la défenderesse à raison de 2000 francs. L'avance de frais en appel (10'000 fr.) ayant été effectuée par la défenderesse, la demanderesse lui restituera le montant de 8000 francs (cf. art. 111 al. 2 CPC).

E. 6.2.3

L'activité utilement déployée, de manière largement similaire également en seconde instance, par les conseils respectifs des deux parties a consisté pour l'essentiel en l'envoi de deux écritures (appel, respectivement réponse à celui-ci, ainsi qu'une détermination). Sur le vu de ce travail, de la fourchette légale en fonction de la valeur litigieuse déterminante en appel pour le calcul des frais (i.e. 391'997 fr. 10 ; cf. indemnité comprise entre 19'400 fr. et 26'200 fr. lorsque la valeur litigieuse oscille entre 350'001 fr. et 400'000 fr. [art. 32 al. 1 LTar]), ainsi que des autres critères mentionnés à l'art. 29 al. 2 LTar (disproportion entre le travail réalisé et la rémunération due) et du coefficient de réduction applicable en appel (– 60% ; cf. art. 35 al. 1 let. a LTar), l'indemnité à titre de dépens est arrêtée pour chacune des parties en plein à 9000 fr., honoraires, TVA et débours (frais de port et de copie) compris. Eu égard au sort réservé à l'appel, la demanderesse versera à la défenderesse une indemnité, réduite, de 7200 fr. (9000 fr. x 80 %) à titre de dépens et celle-ci à celui-là une indemnité, réduite également, de 1800 francs (9000 fr. x 20 %). Par ces motifs,

- 41 - Prononce L'appel est partiellement admis ; en conséquence, il est statué : 1. La demande de Y _____ S.A. est rejetée. 2. La demande reconventionnelle de X _____ SA est partiellement admise.

Y _____ S.A. versera à X _____ SA le montant de 226'000 fr., plus intérêts au taux de 5 % l'an dès le 1er janvier 2016 à titre de règlement du solde du prix de l'ouvrage. 3. Toute autre ou plus ample conclusion est rejetée. 4. Les frais de justice, arrêtés à 47'500 fr. (37'500 fr. [première instance] ; 10'000 fr. [appel]), sont répartis entre Y _____ S.A. à concurrence de 39'875 fr. (31'875 fr. [première instance] ; 8000 fr. [appel]) et X _____ SA à hauteur de 7625 fr. (5625 fr. [première instance] ; 2000 fr. [appel]). 5. Y _____ S.A. versera à X _____ SA une indemnité réduite de 30'150 fr. (22'950 fr. [première instance] ; 7200 fr. [appel]) à titre de dépens et 25'630 fr. 50 (17'630 fr. 50 [première instance] ; 8000 fr. [appel]) à titre de restitution des avances de frais.

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