

lichem Anspruch und der Begriff des guten Glaubens, BR/DC 2014 S. 287 f.). Im vorliegenden Fall scheiterte der Unternehmer daran, dass sich der Anspruch nach Art. 671 und Art. 672 ZGB gegen die Grundeigentümerin richtete, welche hier mit der Bestellerin (Totalunternehmerin) nicht identisch war. Eine Bereicherung *der Grundeigentümerin* konnte nicht belegt werden, da sie offenbar alles bezahlt hatte, was sie in ihrem Vertragsverhältnis mit der Totalunternehmerin dieser gegenüber schuldet.

5. Der Unternehmer machte in Bezug auf eine bestimmte Leistung geltend, diese sei im Rahmen einer Abschlags-

zahlung (Akontozahlung) bezahlt und damit von der Totalunternehmerin anerkannt worden. «Unter Akontozahlungen werden im Allgemeinen vorläufige Zahlungen verstanden, welche unter Vorbehalt einer definitiven Abrechnung geleistet werden» (Urteil 4A_307/2020 vom 13. Januar 2021 E. 7.4.1). Die Zahlung einer Akontorechnung ist daher in der Regel keine Anerkennung einer bestimmten Forderungshöhe. Anders wäre dies zu beurteilen, wenn der Unternehmer die konkrete Leistung *definitiv* in Rechnung gestellt hätte und die Totalunternehmerin diese dann im Sinne einer Teilzahlung beglichen hätte (vgl. Urteil 4A_307/2020 vom 13. Januar 2021 E. 7.4.1).

De l'impossibilité fautive de réparer et la perte des droits

Dans cet arrêt, la Cour de Justice procède à une comparaison utile entre les droits de la garantie selon le code des obligations et selon la norme SIA-118, pour apprécier les conséquences de l'impossibilité objective de réparer le défaut par faute du maître d'ouvrage. Dans le régime de la norme SIA-118, le maître perd tous ses droits à la garantie, alors qu'il en conserve dans le régime du code des obligations. C'est l'occasion de rappeler une jurisprudence du Tribunal fédéral, vieille de plus de 30 ans et ses conséquences concrètes.

In diesem Entscheid zieht das Genfer Appellationsgericht einen nützlichen Vergleich zwischen den werkvertraglichen Mängelrechten nach OR und nach der SIA-Norm 118, um sich dann der Frage zuzuwenden, welche Folgen es hat, wenn die Nachbesserung des mangelhaften Werks aufgrund eines Verschuldens des Bauherrn objektiv unmöglich geworden ist. Unter der SIA-Norm 118 verliert der Bauherr alsdann das Recht auf Nachbesserung, Minderung und Wandelung, während die Dinge nach OR anders liegen. Der Entscheid ist zudem Anlass, sich auf eine dreissigjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu besinnen und deren konkreten Folgen zu bedenken.

L'arrêt de la Cour de Justice genevoise ACJC/530/2022 (8.4.2022)

Pascal Pichonnaz, docteur en droit, professeur à l'Université de Fribourg*

Les faits

(521) 1. L'exploitante et propriétaire d'un hôtel a conclu un contrat d'entreprise soumis à la norme SIA-118 avec une entreprise de gestion d'énergies, portant sur des travaux d'installation de ventilation et de chauffage. À la suite des travaux, l'exploitante a allégué que les installations présentaient des défauts dès leur mise en fonction. Elle a déposé une requête au Tribunal de première instance demandant la désignation d'un expert afin de déterminer les travaux nécessaires et les coûts y relatifs.

2. En parallèle, l'exploitante et propriétaire de l'hôtel a vendu sa propriété. Lors de leur visite sur place, les experts ont constaté que des travaux de transformation étaient en cours et que les installations avaient été démontées et évacuées. Ils n'ont donc pu que difficilement examiner les installations.

3. Le maître d'ouvrage a néanmoins exigé le paiement d'une somme en réduction du prix, ce que l'autorité cantonale de première instance a partiellement admis.

L'arrêt

4. La Cour de Justice genevoise rappelle d'abord que dans le régime de l'art. 368 CO, le maître d'ouvrage a le choix d'exiger la réfection de l'ouvrage, la résolution du contrat ou la réduction du prix. Les trois moyens étant alternatifs, lorsqu'il est objectivement impossible de réparer le défaut, par

* Je remercie M. Benoit de Mestral, assistant à la Chaire de droit privé et de droit romain, pour la relecture critique de cette note.

exemple parce que le maître l'a lui-même réparé, le droit de réparation s'éteint, tout comme d'ailleurs le droit à la résolution du contrat. Le fardeau de la preuve de l'impossibilité d'exécuter la réparation repose sur l'entrepreneur qui s'en prévaut.

Le droit à la diminution du prix ou celui d'obtenir des dommages-intérêts est en revanche maintenu, puisque les droits de garantie sont alternatifs dans le régime du code des obligations.

5. En revanche, dans le régime de la norme SIA-118, la situation diffère, puisque selon l'art. 169 al. 1 norme SIA-118, le maître doit d'abord exiger de l'entrepreneur qu'il procède dans un délai convenable à l'élimination du défaut. Ce n'est que si l'entrepreneur n'élimine pas le défaut que le maître a le droit de persister à exiger la réfection de l'ouvrage, de faire exécuter cette réfection par un tiers, d'y procéder lui-même (art. 169 al. 1 ch. 1 SIA 118), de déduire de la rémunération due un montant correspondant à la moins-value (art. 169 al. 1 ch. 2 SIA 118), ou encore de se départir du contrat (art. 169 al. 1 ch. 3 SIA 118). Ainsi, conformément à la norme SIA-118, le maître n'a d'abord que le droit (exclusif) d'obtenir l'élimination des défauts; il ne dispose pas des autres droits à la garantie. Dès lors, lorsque le maître est responsable de l'impossibilité pour l'entrepreneur d'exécuter la réparation, il ne peut pas recourir ensuite aux autres droits découlant des défauts que sont la diminution du prix ou la résolution. En effet, le fait de permettre la réparation constitue en quelque sorte une condition préalable à l'exercice des droits du maître. Si ce dernier rend la réparation impossible, il perd toute possibilité de se faire indemniser (cons. 2.1.2).

6. En l'espèce, le contrat est soumis à la norme SIA-118. L'immeuble ayant été vendu par l'appelante, la vente et le démontage de l'installation qui ont suivi ont rendu impossible toute réparation, et l'appelante ne pouvait dès lors pas prétendre aux droits formateurs prévus par la norme SIA-118. Certes, le fardeau de la preuve de l'impossibilité d'exécuter la réparation repose sur l'entrepreneur qui s'en prévaut; toutefois, le maître d'ouvrage aurait pu chercher à démontrer que l'élimination du défaut était toujours possible, ou que son impossibilité résultait de la faute de l'entrepreneur. L'appelante n'a rien démontré de tel. La Cour de justice conclut donc que l'appelante ne pouvait exercer aucun droit formateur et qu'elle est forclosée à invoquer n'importe quel autre remède (cons. 2.3).

Le commentaire

7. La distinction entre le régime alternatif du Code des obligations, et celui – exclusif – de la Norme SIA-118, qui impose au maître de donner d'abord la possibilité à l'entrepreneur de réparer le défaut, avant tout autre moyen fondé sur la garantie pour les défauts, donne lieu à des conséquences différentes. Dans le système du Code, la situation est simple, puisque le maître peut choisir entre les divers moyens à disposition, et en particulier peut renoncer à la réparation

pour exiger notamment une réduction du prix. Dès lors, si l'entrepreneur ne peut pas réparer, parce que le maître d'ouvrage l'a fait lui-même, a chargé un tiers de le faire ou a rendu toute réparation impossible, le maître conserve son droit à une réduction du prix et à la réparation du dommage consécutif au défaut¹.

8. En revanche, dans le régime de la norme SIA 118, le maître d'ouvrage doit donner à l'entrepreneur la possibilité de réparer avant recours à tout autre moyen (art. 169 al. 1 *in initio* SIA-118). Cela provoque ainsi des situations délicates lorsque le maître a fait réparer le défaut par un tiers, sans donner la possibilité à l'entrepreneur de réparer, ou qu'il a simplement empêché l'entrepreneur de réparer, soit en lui empêchant l'accès soit en ayant soustrait le substrat de la réparation (comme en l'espèce).

En effet, l'art. 169 al. 1 *in fine* SIA-118 prévoit que le maître de l'ouvrage a le choix entre les diverses (autres) solutions «si l'entrepreneur n'élimine pas le défaut dans le délai que lui a fixé le maître». Toutefois, pour que l'entrepreneur soit en retard dans l'élimination du défaut, il faut qu'il soit possible de le faire. La situation est ainsi similaire à celle dans laquelle le créancier ne prend pas les mesures nécessaires pour permettre au débiteur d'exécuter sa prestation. Dans un tel cas, la jurisprudence considère qu'il y a *demeure du créancier*, ce qui empêche dès lors que le débiteur soit en demeure.

9. Dans l'ATF 116 II 450 (cons. 2b/bb) de 1990, le Tribunal fédéral avait plutôt considéré qu'il y avait *péremption des droits du maître*², lorsque la réparation n'était pas possible, parce que (dans l'arrêt de 1990) le maître avait fait éliminer le défaut par un tiers, sans donner la possibilité à l'entrepreneur de procéder lui-même à l'élimination du défaut. La Cour de justice indique que le maître «perd tous ses droits» en considérant que «la possibilité de permettre la réparation apparaît en effet, sous le régime de la norme SIA 118, comme une condition à l'exercice des droits du maître. Si celui-ci rend la réparation impossible, il perd toute possibilité de se faire indemniser». La construction à laquelle il est fait allusion se rapproche ainsi de celle d'une incombance, à savoir le devoir de permettre la réparation dans un délai fixé, sans quoi le maître de l'ouvrage perd tous ses droits.

On pourrait aussi y voir une condition suspensive affectée d'un terme («ne pas éliminer le défaut, dans le délai fixé»), dont le maître favorise l'avènement en prenant des mesures qui empêchent que le défaut puisse être éliminé. C'est alors l'art. 156 CO qui joue son rôle, permettant d'ignorer le fait que la condition suspensive est réalisée, afin de lutter contre la manœuvre du maître qui n'a pas donné de délai pour réparer ou qui n'a pas permis la réparation de toute autre manière.

¹ Pour des détails, cf. P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6^e éd., Zurich 2019, N 1626, 1833.

² Mentionné également par GAUCH/STÖCKLI, *Kommentar zur SIA-Norm 118*, 2^e éd., Zurich 2017, Art. 169 SIA-118 N 7.3 (p. 849) («denn diese nachgelagerten Recht [auf Minderung oder Rücktritt] sind verwirkt»).

10. Dans un arrêt de 2006, le Tribunal fédéral avait considéré que le maître qui avait fait réaliser un nouvel ouvrage par un tiers (une nouvelle piste synthétique de course à Genève), empêchant l'entrepreneur de réparer l'ouvrage, alors que les parties avaient contractuellement fixé la réparation comme moyen primaire, avait libéré l'entrepreneur de son obligation de réparer. La conséquence de cette libération n'était pas fixée dans le contrat, néanmoins le Tribunal fédéral avait considéré que le maître ne pouvait rien demander à l'entrepreneur, à l'image de ce qui découle du régime de l'art. 169 al. 1 SIA 118³. La conséquence est sévère, surtout si le contrat ne précise pas la conséquence de l'impossibilité pour l'entrepreneur d'éliminer le défaut (par faute du maître). On pourrait dès lors se demander si cela doit nécessairement entraîner l'exclusion du droit à la réduction du prix.

11. On peut enfin se demander si le maître peut exiger de l'entrepreneur le montant équivalent à ce que celui-ci a économisé en raison de l'impossibilité de réparer. Il me semble qu'il faille répondre négativement⁴. En effet, l'obligation

³ Arrêt du TF 4C.77/2006 (25.6.2006) cons. 4, BR/DC 2007 p. 59, avec note P. PICHONNAZ; cf. cep. P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6^e éd., Zurich 2019, N 2502.

⁴ Dans le même sens, GAUCH/STÖCKLI, *Kommentar zur SIA-Norm 118*, 2^e éd., Zurich 2017, Art. 169 SIA-118 N 7.3 (p. 850); P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6^e éd., Zurich 2019, N 2665.

d'éliminer le défaut étant devenue impossible, durablement, l'entrepreneur est libéré de cette obligation (art. 119 al. 1 CO). Or, cette obligation d'élimination du défaut n'est pas dans une relation d'échange avec la rémunération, mais constitue une obligation supplémentaire qui lui incombe en cas de défaut. Partant, si cette obligation (supplémentaire) d'élimination du défaut tombe, il n'y a pas de conséquence corrélative. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas tranché la question à l'ATF 110 II 52 cons. 4, dès lors que le maître n'avait pas conclu à cela.

12. Le fait d'avoir ignoré le droit de l'entrepreneur à la primauté de l'élimination des défauts a ainsi des conséquences importantes pour le maître, qui perd tout droit à l'élimination des défauts, à la diminution du prix ou à la résolution du contrat. En revanche, il conserve le droit à la réparation du dommage consécutif au défaut, puisque la réparation de celui-ci est indépendante de l'élimination du défaut (article 171 SIA-118: «En cas de dommages causés par le défaut (par ex. du fait d'un incendie ou d'une panne), le maître peut prétendre, *en plus des droits énumérés par l'art. 169*, à des dommages-intérêts selon les art. 368 et 97 ss. CO», mise en évidence de notre fait).