REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20155/2005 **ACJC/2/2006**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

1ère Section

AUDIENCE DU JEUDI 12 JANVIER 2006

Entre

Monsieur et Madame P_____, contre une ordonnance du Président du Tribunal de première instance de ce canton du 6 octobre 2005, comparant tous deux par Me Soli Pardo, avocat, rue Prévost-Martin 5, case postale 60, 1211 Genève 4, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

et

M_____SARL, ayant son siège, intimée, comparant par Me Jean-Marie Faivre, avocat, rue de la Rôtisserie 2, case postale 3809, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16.01.2006.

EN FAIT

A. **a.** Au milieu de l'année 2003, les époux P_____ ont pris contact avec M_____ SàRL en vue de convertir en pièce habitable et véranda le garage de leur propriété. M_____ SàRL a ainsi sollicité auprès du Département compétent une autorisation de construire, laquelle a été délivrée le 20 janvier 2004.

Le 4 février 2004, les époux P_____ ont confié à M_____ SàRL les travaux consistant à fournir les matériaux et à poser une véranda, une porte de garage, des stores et des menuiseries. A cette date, les parties ont signé un «*devis*» pour un montant de 48'484 fr. 55 TTC, montant corrigé à la main et arrêté à 47'559 fr. 20. Ce document indique un délai de réalisation de sept à huit semaines et mentionne «*Garantie : selon Normes SIA 118 et 118a*».

b. Des divergences sont apparues entre les parties au sujet de la réalisation du projet. De l'avis des époux P_____, les travaux ont été très mal exécutés; pour sa part, M_____ SàRL relève que les propriétaires ont modifié leur projet par rapport à l'autorisation délivrée et dirigé le chantier de manière non professionnelle.

Le 11 juin 2004, M_____ SàRL a informé les époux P_____ que les prestations contractuelles la concernant étaient réalisées, à l'exception d'un élément qui serait livré le 25 juin suivant. Ce courrier était accompagné d'une facture pour un montant total de 55'995 fr. 04 TTC; compte tenu des versements déjà opérés par les époux P_____, le solde s'élevait à 24'227 fr. 44.

Le 23 juin 2004, les époux P_____ se sont plaints auprès de M_____ SàRL de la mauvaise exécution de l'ouvrage et l'en ont tenue pour responsable. Une réunion de chantier a eu lieu le 3 juillet suivant, en présence des parties et d'autres entreprises. Le procès-verbal de cette réunion fait état de désaccords sur les prestations de M_____ SàRL.

Depuis le 3 juillet 2004, le chantier - achevé aux dires des époux P_____ à raison de 65% seulement - est arrêté.

c. A une date indéterminée, les époux P_____ ont consulté un architecte pour énumérer les défauts dont l'ouvrage était entaché et prendre les mesures pour achever le projet. En juillet 2004, il était prévu que cet architecte formule des commentaires à M_____ SàRL sur la réalisation de l'ouvrage et se charge du règlement du solde de la facture. Le 15 août 2004, il déposait une nouvelle demande d'autorisation de construire. En outre, cet architecte a rendu un rapport le 19 avril 2005, dans lequel il fait état de différents défauts (maçonnerie, toiture, isolation, gaine technique, véranda, etc.) et décrit les dispositions prises par les

propriétaires depuis juillet 2004, notamment l'obtention d'une autorisation complémentaire de construire le 16 février 2005.

Le 23 février 2005, l'architecte mandaté par les époux P_____ a informé M_____ SàRL que ces mandants réservaient tous leurs droits pour le futur, dans l'hypothèse où les parties ne trouveraient pas un accord satisfaisant. En réponse, M_____ SàRL a réclamé le solde dû sur la facture du 11 juin 2004, soit 19'227 fr. 44 et, le 21 juin 2005, a fait notifier à un commandement de payer pour cette somme. Les époux P_____ y ont formé opposition.

d. Le 14 septembre 2005, les époux P_____ ont déposé une «*requête en mesures provisionnelles (LPC 323)*» tendant à ordonner une expertise de la véranda de leur villa, y compris du dallage sur lequel la véranda a été posée. Ils ont exposé avoir conclu un contrat d'entreprise avec M_____ SàRL; selon eux, l'ouvrage livré était entaché de défauts, raison pour laquelle ils entendaient se prévaloir de la garantie conventionnelle ; avant d'entreprendre les mesures nécessaires à la réfection de l'ouvrage, ils voulaient qu'un expert constate les défauts.

Sur la base de ces éléments, les requérants estimaient avoir rendu suffisamment vraisemblables l'existence d'un contentieux civil à venir, le risque d'altération ou de disparition des preuves (condition d'urgence) et leur intérêt légitime à agir. Dans leurs écritures, ils ont uniquement visé les art. 320 et 323 LPC relatifs aux mesures provisionnelles.

B. Par ordonnance du 6 octobre, communiquée aux parties par plis du 10 octobre 2005, le Président du Tribunal de première instance a rejeté la requête des époux P_____ tendant à ce que soit ordonnée une expertise provisionnelle de la véranda de leur villa exécutée par M_____ SàRL. Cette décision se fonde essentiellement sur le constat que les requérants n'ont pas rendu vraisemblable la condition d'urgence nécessaire à l'octroi de la mesure sollicitée.

Par acte déposé au greffe de la Cour le 21 octobre 2005, les époux P_____ ont formé recours contre cette ordonnance, dont ils demandent l'annulation. Reprenant leurs conclusions de première instance, les époux P_____ sollicitent que soit ordonnée une expertise provisionnelle relative aux travaux exécutés par M_____ SàRL sur la véranda de leur maison, le tout sous suite de dépens.

De son côté, M_____ SàRL conclut à la confirmation de l'ordonnance et sollicite que les dépens soient mis à la charge des époux P_____.

C. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 331 al. 2 LPC), le recours est recevable. Il est instruit selon la procédure sommaire (art. 331 al. 3 LPC).

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

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

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

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

Le prononcé d'une expertise provisionnelle est soumis aux conditions suivantes : un contentieux civil, même virtuel; la résolution de ce contentieux nécessite, en vraisemblance suffisante, la constatation ou l'appréciation des faits; il existe un risque concret que la preuve de ces faits ne puisse être administrée de manière satisfaisante dans le cours ordinaire des procédures probatoires; enfin, l'intérêt du requérant est légitime et supplante celui de tout tiers à s'y opposer (ACJC/1077/2005 du 29 septembre 2005 consid. 2.2.; BERTOSSA/GAILLARD/ GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 6 ad art. 323 LPC). S'agissant de l'urgence, les commentateurs admettent que celle-ci peut notamment résulter de la volonté du maître de l'ouvrage de procéder à des travaux palliatifs ou complémentaires, qui viendraient à modifier l'ouvrage affecté des prétendus défauts (BERTOSSA/ GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 7 ad art. 323 LPC).

2.1.2. Le droit fédéral contient également des dispositions relatives à la conservation des preuves qu'il incombe à l'une ou l'autre des parties à un rapport juridique de solliciter (cf. notamment les art. 202 al. 1, 204 al. 1 et 367 al. 1 CO). De manière générale, le droit cantonal doit se borner à la mise en application de ces dispositions; il ne peut, en particulier, pas subordonner l'ordonnance d'une expertise à la condition de l'urgence si le droit fédéral ne prévoit pas cette exigence (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 5 ad art. 323 LPC).

A teneur de l'art. 367 al. 2 CO, chacune des parties a le droit de demander, à ses frais, que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'il soit dressé acte de leurs constatations. Vue sous l'angle du maître, cette disposition a pour but de préserver la preuve du défaut, au moyen d'une expertise judiciaire (CHAIX, Commentaire romand, n. 16 ad art. 367; GAUCH, Der Werkvertrag, 4ème édition 1996, n. 1516). Cette expertise peut être demandée hors procès, par le biais de la juridiction gracieuse : elle n'est soumise - de par le droit fédéral - ni à la vraisemblance d'un défaut, ni au risque de perte des preuves, ni à la perspective d'un procès (CHAIX, op. cit., n. 18 ad art. 367; GAUCH, op. cit., n. 1517; ZINDEL/PULVER, Commentaire bâlois, n. 23 ad art. 367); une partie de la doctrine parle même de requête qui ne serait soumise à aucune condition («*voraussetzungslos*» : BÜHLER, Commentaire zurichois [1998], n. 44 ad art. 367; OSER/ SCHÖNENBERGER, Commentaire zurichois [1936], n. 7 ad art. 367). Cette dernière opinion, trop extrême, se trouve d'ailleurs en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de céans. Celle-ci a en effet eu l'occasion de refuser d'ordonner une expertise, lorsque les droits de garantie du maître étaient périmés en raison de l'absence d'avis des défauts en temps voulu (ACJC/1077/2005 du 29 septembre 2005 consid. 3).

Le prononcé d'une expertise au sens de l'art. 367 al. 2 CO est donc soumis aux conditions suivantes, que le requérant doit rendre vraisemblables : les parties sont liées par un contrat d'entreprise; le maître allègue la présence d'un défaut de l'ouvrage; les questions posées se limitent à constater l'état de l'ouvrage et à se prononcer sur l'origine de certains défauts; le maître n'est pas déchu de ses droits de garantie envers l'entrepreneur. La mesure ne doit en revanche pas répondre à la condition d'urgence.

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

A Genève, la procédure de preuve à futur est réglée par le droit cantonal et le requérant doit alors démontrer l'urgence de la mesure, qu'il agisse avant procès (art. 323 al. 1 LPC) ou dans le cadre de la procédure au fond (art. 205 al. 1 LPC) : la procédure est alors contentieuse. Si le maître veut se voir désigner un expert sur la base de l'art. 367 al. 2 CO, il doit agir par le biais de la juridiction gracieuse : l'art. 7 al. 1 lit. e LaCC (RS E 1 05) prévoit alors la compétence du Tribunal de première instance. La loi prescrit une procédure par requête et réserve la possibilité, si le juge l'estime opportun, d'entendre les intéressés (art. 7 al. 2 LaCC).

2.3. En l'espèce, les recourants ont saisi le Tribunal d'une requête en mesures provisionnelles fondées sur l'art. 323 LPC. Dans leurs écritures de première instance, ils ont fondé leur argumentation sur les conditions d'application des mesures provisionnelles de droit cantonal, estimant en particulier que la mesure était urgente. De surcroît, ils ont assigné l'intimée comme partie défenderesse, démontrant de la sorte qu'ils entendaient agir par la voie de la procédure contentieuse.

A juste titre, le premier juge a examiné dans ces circonstances la requête au seul regard du droit cantonal de procédure et, encore à raison, a apprécié la condition d'urgence inhérente à toute mesure provisionnelle. Par le biais de leur recours, les maîtres de l'ouvrage ne peuvent convertir leur requête de mesures provisionnelles en une requête de désignation d'expert au sens des art. 367 al. 2 CO et 7 al. 1 lit. e LaCC. En effet, quand bien même la Cour dispose d'un plein pouvoir de cognition, elle est tenue de respecter le principe d'immutabilité du litige (cf. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 4-6 ad art. 312 LPC).

Par conséquent, le grief tiré d'une violation de l'art. 367 al. 2 CO doit être écarté.

3. Les recourants font grief au Tribunal d'avoir mal appliqué les règles de droit cantonal relatives aux mesures provisionnelles en matière d'expertise : en particulier, il aurait écarté à tort la condition d'urgence et - toujours à tort - les aurait renvoyés à agir dans le cadre d'une action au fond, alors que le dépôt d'une telle action ne dépendrait pas d'eux.

S'il est exact que l'urgence peut résulter de la volonté du maître de l'ouvrage de procéder à des travaux palliatifs ou complémentaires, qui viendraient à modifier l'ouvrage affecté de défauts prétendus, il convient encore d'examiner si le maître rend vraisemblable une certaine imminence à entreprendre ces travaux. Dans le cas présent, le chantier litigieux est arrêté depuis juillet 2004. A cette date, les recourants avaient déjà consulté un architecte indépendant pour les renseigner sur les éventuels manquements du chantier; si ce dernier n'a rendu un rapport complet sur la situation qu'en avril 2005, il avait déjà une bonne connaissance du dossier en été 2004 puisque, d'une part, il était chargé en juillet 2004 de s'occuper du

règlement de la facture de l'intimée et, d'autre part, il se trouvait en mesure de déposer une demande d'autorisation de construire le 15 août 2004. Enfin, depuis le 16 février 2005, les recourants disposaient d'une autorisation définitive de construire.

En attendant le 14 septembre 2005 pour déposer leur requête provisionnelle en expertise, soit plus d'une année après l'arrêt du chantier et plus de six mois après la délivrance de leur autorisation de construire, les recourants n'ont pas rendu vraisemblable leur volonté d'entreprendre immédiatement les travaux palliatifs qu'ils décrivent dans leurs écritures. L'appréciation du Tribunal sur ce point est donc conforme au droit. La jurisprudence le confirme puisque l'urgence doit être admise avec d'autant plus de circonspection que l'art. 205 al. 1 LPC permet à la partie qui y a intérêt de demander une expertise dès l'introduction de la cause en justice (CJ, SJ 1921 p. 317 consid. 2) : tel pourrait notamment être le cas en l'espèce si les recourants agissaient contre l'intimée pour obtenir, à la suite de la résolution du contrat, la restitution des montants déjà versés (cf. art. 169 al. 1 ch. 3 Norme SIA-118).

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

Par conséquent, l'ordonnance querellée doit être entièrement confirmée.

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par les époux P_____ contre l'ordonnance OTPI/766/2005 rendue le 6 octobre 2005 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20155/2005-14 SP.

Au fond :

Le rejette et confirme l'ordonnance entreprise.

Condamne les époux P_____, pris conjointement et solidairement, aux dépens d'appel, lesquels comprendront une indemnité de procédure de 1'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de M_____ SàRL.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; M. Louis PEILA et M. François CHAIX, juges; Mme Fatina SCHAERER, greffier.