

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 6 novembre 2018

---

Composition : M. ABRECHT, président  
MM. Hack et Kaltenrieder, juges  
Greffière : Mme Gudit

\*\*\*\*\*

**Art. 377 CO**

Statuant sur l'appel interjeté par **U.**\_\_\_\_\_, à [...],  
demanderesse, contre le jugement rendu le 9 octobre 2017 par la  
Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec  
**P.**\_\_\_\_\_, à [...], défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal  
considère :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 9 octobre 2017, motivé le 13 décembre 2017 et notifié le lendemain aux parties, la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : les premiers juges) a rejeté les conclusions prises par la demanderesse U.\_\_\_\_\_ le 19 janvier 2016 (I), a arrêté les frais judiciaires de première instance à 10'030 fr. et les a mis à la charge de la demanderesse (II), a condamné celle-ci à rembourser à la défenderesse P.\_\_\_\_\_ la somme de 265 fr., versée à titre d'avance des frais judiciaires (III), a condamné la demanderesse à verser à la défenderesse la somme de 14'700 fr. à titre de dépens (IV) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En droit, les premiers juges ont été appelés à statuer sur une demande en paiement de 156'857 fr. 60 formée par U.\_\_\_\_\_ (ci-après : la demanderesse ou l'appelante) contre P.\_\_\_\_\_ (ci-après : la défenderesse ou l'intimée), à titre d'indemnisation pour l'exécution d'un contrat d'entreprise portant sur des travaux d'isolation réalisés par la première pour le compte de la seconde. Les premiers juges ont notamment retenu que la demanderesse avait sous-traité à une entreprise tierce des travaux d'isolation sans l'accord de la défenderesse et que des travailleurs engagés sur le chantier par la demanderesse s'y étaient trouvés en situation irrégulière. Ils ont néanmoins estimé qu'en l'absence de fixation par la défenderesse d'un délai de grâce pour rétablir la situation, l'art. 377 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220) s'appliquait à la résiliation immédiate du contrat d'entreprise, la défenderesse devant alors pleinement indemniser la demanderesse pour le travail accompli. Les premiers juges ont considéré que cette dernière supportait le fardeau de la preuve de son dommage, ainsi que des frais et des dépenses occasionnés par le travail déjà exécuté, et que dès lors qu'elle n'avait pas introduit en procédure les éléments de fait nécessaires au calcul de son indemnité, ses prétentions devaient être rejetées.

**B.**           **a)** Par acte du 25 janvier 2018, U.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre ce jugement, en concluant, sous suite de frais et dépens de première et deuxième instances, à l'admission de l'appel (1), à l'annulation du jugement entrepris (2) et, principalement, à la condamnation de P.\_\_\_\_\_ à lui verser le montant de 156'857 fr. 60, avec intérêts à 5 % l'an dès le 3 juillet 2014 (3.I), à la mainlevée définitive de l'opposition formée par celle-ci au commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites du canton de [...] à hauteur du même montant (3.II), à la mise des frais de poursuite à la charge de P.\_\_\_\_\_ (3.III) et au rejet de toutes autres ou plus amples conclusions (3.IV). Subsidiairement, l'appelante a conclu au renvoi du dossier de la cause aux premiers juges pour nouvelle décision et nouvelle instruction dans le sens des considérants.

A l'appui de son appel, U.\_\_\_\_\_ a produit un bordereau de deux pièces de forme.

Par réponse du 8 mai 2018, P.\_\_\_\_\_ a, en substance, conclu au rejet de l'appel, sous suite de frais et dépens.

**b)** Une audience de conciliation s'est tenue le 19 juin 2018 devant le juge délégué de la cour de céans.

**C.**           La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**1.**           **a)** La demanderesse et appelante U.\_\_\_\_\_ est une société de droit suisse active dans le domaine de la technique du bâtiment, dont le siège est à [...] et dont l'associé gérant unique est S.\_\_\_\_\_, au bénéfice de la signature individuelle.

**b)** La défenderesse et intimée P.\_\_\_\_\_ est une société de droit suisse dont le siège est à [...] et dont le but consiste notamment en l'exploitation d'une entreprise de génie climatique.

**2.** Le 14 octobre 2013, en prévision de travaux à effectuer sur le chantier de [...], à [...], la défenderesse a transmis à la demanderesse une déclaration dans le cadre de la lutte contre le travail clandestin et une charte contractuelle de sécurité pour les entreprises sous-traitantes. La défenderesse a invité la demanderesse à souscrire aux deux documents, afin de l'agréer en tant que sous-traitante pour les travaux à exécuter.

Le 17 octobre 2013, la demanderesse a renvoyé les deux documents à la défenderesse, dûment complétés et signés.

**3.** Par courriel du 6 mars 2014, la demanderesse, en qualité d'entreprise sous-traitante, a transmis à la défenderesse, en qualité d'entrepreneur général, une offre relative à des travaux pour l'isolation des gaines de ventilation de [...], pour un total net de 160'805 fr., arrondi à 160'000 fr., TVA par 8 % en sus.

**4.** Selon un document libellé « Commande Sous-Traitant N° PO-14-01558 », daté du 17 mars 2014, la défenderesse a attribué à la demanderesse les travaux d'isolation des gaines de ventilation de [...] qui faisaient l'objet de l'offre du 6 mars 2014, pour un montant total de 156'857 fr. 58 TTC, expressément stipulé ferme et non révisable. Le document précise notamment que la facture du sous-traitant ne sera prise en compte pour son paiement qu'après réception d'une convention de sous-traitance signée, remise en annexe, et prévoit dans ses conditions générales que l'acceptation de la commande entraîne l'acceptation de la convention de sous-traitance.

Cette dernière convention, pré-signée par la défenderesse et datée du 17 mars 2014, prévoit en substance, à son chiffre V, que le sous-traitant ne peut pas céder, faire apport ou sous-traiter tout ou partie des travaux objet de la convention sans l'autorisation préalable et écrite de la défenderesse. A son chiffre X, elle mentionne également qu'en cas de non-respect, par le sous-traitant, d'une quelconque de ses obligations

contractuelles et pour quelque cause que ce soit, la défenderesse pourra, après mise en demeure restée infructueuse pendant un délai de huit jours, résilier tout ou partie du contrat de sous-traitance.

**5.** Les travaux confiés à la demanderesse ont débuté à la fin du mois de mars 2014.

**6. a)** Le 26 juin 2014, [...], inspecteur du marché du travail auprès du Contrôle des chantiers de la construction dans le canton de Vaud, a mené une inspection sur le chantier de [...]. Il a procédé au contrôle de quatre travailleurs, soupçonnés de travailler pour le compte d'U.\_\_\_\_\_.

**b)** Deux rapports (n° 2014.3085 et n° 2014.3086) établis par [...] à la suite du contrôle mentionnent notamment des infractions aux conventions collectives de travail (CCT) ainsi que l'absence d'autorisation de travail et d'annonce à l'Office des migrations (ODM).

**7. a)** Par courrier recommandé du 3 juillet 2014, la défenderesse s'est référée à l'inspection du 26 juin 2014 et a reproché à la demanderesse de graves manquements à la législation, ainsi qu'aux conventions collectives et à son dossier d'agrément. Elle a dès lors déclaré mettre fin, avec effet immédiat, à toute relation contractuelle avec la demanderesse.

**b)** Par courrier recommandé du 8 juillet 2014, la demanderesse a contesté les accusations portées contre elle et a notamment exposé avoir respecté ses engagements pris envers la défenderesse. Elle a dès lors invité celle-ci à reconsidérer la résiliation du contrat.

**8. a)** Par correspondance du 17 juillet 2014, la demanderesse s'est adressée au Service de l'Emploi (SDE) pour contester les faits reprochés et a reconnu une erreur d'ordre purement administratif concernant l'un de ses employés.

**b)** Par courrier du 18 juillet 2014, ledit service a répondu que, compte tenu des éléments en sa possession, le dossier concernant la demanderesse était classé, l'attention de celle-ci étant toutefois attirée sur le fait qu'une instruction serait ouverte contre un sous-traitant avec lequel elle était liée et qui pourrait se voir sanctionné d'une amende pour n'avoir pas respecté la procédure d'annonce.

**9. a)** Par courriel du 28 juillet 2014, la demanderesse a transmis le courrier du SDE à la défenderesse en lui demandant de régler, d'ici au 30 juillet 2017, une facture du 16 avril 2014 de 37'800 fr., une facture du 9 mai 2014 de 1'296 fr., trois factures du 15 mai 2014 de 5'400 fr., 3'564 fr. et 2'862 fr., ainsi qu'une facture du 23 mai 2014 de 1'404 fr., pour un total de 52'326 francs. La demanderesse a proposé à la défenderesse de s'entretenir la semaine suivante afin de discuter de la suite de leurs relations.

**b)** La défenderesse a confirmé la résiliation du contrat par courrier recommandé du 30 juillet 2014 et a indiqué qu'elle allait effectuer le paiement des factures mentionnées dans le courriel de la demanderesse, à hauteur de 90 %. Elle a expliqué que le solde du paiement s'effectuerait dès réception d'une garantie bancaire de 5'232 fr. 60, soit de 10 % du montant total, la validité de cette garantie devant courir jusqu'au 30 juin 2016 afin de couvrir les travaux de garantie.

**10. a)** Le 30 juillet 2014, la demanderesse a adressé à la défenderesse une facture sous la forme d'une demande d'acompte de 43'200 fr. net, payable à soixante jours.

**b)** Par courrier recommandé du 8 août 2014, la défenderesse a prié la demanderesse de rééditer sa facture du 30 juillet 2014 et de l'accompagner d'un justificatif d'avancement, selon un modèle joint à sa correspondance. Elle a par ailleurs fait savoir à la demanderesse que le montant de la facture du 30 juillet 2014 lui paraissait surévalué et qu'il devait plutôt s'élever à 7'200 fr. hors taxes, soit 320 m<sup>2</sup> à 22 fr. 50 le

mètre carré. La défenderesse a invité la demanderesse à corriger sa facture en conséquence, afin que celle-ci soit prise en compte au plus tôt.

La demanderesse n'a pas donné suite à ce dernier courrier.

**11. a)** Par courrier recommandé du 12 août 2014, la demanderesse a renouvelé ses précédentes explications à la défenderesse.

**b)** Par correspondance du 27 août 2014, l'assurance de protection juridique de la demanderesse a écrit à la défenderesse en soulignant notamment qu'une résiliation du contrat ne pouvait intervenir qu'après une mise en demeure restée infructueuse durant huit jours. Sur la base de l'art. 377 CO, l'assurance de la demanderesse a revendiqué, au nom de cette dernière, le paiement des 156'857 fr. 58 convenus pour l'exécution des travaux, dans un délai de vingt jours. Elle a en outre précisé qu'en prenant un engagement auprès de la défenderesse, la demanderesse avait renoncé à d'autres chantiers et qu'elle subissait un dommage au regard de l'inexécution, qualifiée d' « injustifiée », du contrat d'entreprise liant les parties.

**12. a)** Par courrier du 5 septembre 2014, le Contrôle des chantiers de la construction dans le canton de Vaud a confirmé à la défenderesse que, lors du contrôle du 26 juin 2014, la demanderesse et son sous-traitant effectuaient des travaux d'isolation et de calorifugeage sur les réseaux de gaines de ventilation. Il a précisé qu'à cette occasion, de multiples infractions à la loi sur le travail au noir (LTN), à la loi sur les travailleurs détachés (LDét) et à la convention collective de travail avaient été constatées.

**b)** Sur la base de cette dernière correspondance, la défenderesse a, par courrier du 9 septembre 2014, rappelé à la demanderesse que l'attribution de la commande de sous-traitance l'engageait, d'une part, sur l'obligation de ne pas sous-traiter ses

prestations sans son accord et, d'autre part, sur celle de respecter strictement la législation en vigueur.

**c)** S'en est suivi un échange de courriels entre l'assurance de protection juridique de la demanderesse et le Contrôle des chantiers de la construction dans le canton de Vaud, ce dernier déclarant finalement s'en tenir au constat figurant dans ses rapports.

**13.** Sur la base d'une réquisition de poursuite introduite le 17 décembre 2014 par la demanderesse, un commandement de payer a été notifié le 18 février 2015 à la défenderesse dans le cadre de la poursuite n° [...], pour un montant de 156'857 fr. 60, avec intérêts à 5 % l'an dès le 3 juillet 2014 et frais de poursuite de 690 francs. La défenderesse a formé opposition.

**14.** La demanderesse a ouvert action contre la défenderesse par requête de conciliation déposée le 7 juillet 2015 auprès de la Chambre patrimoniale cantonale.

Par demande du 19 janvier 2016, la demanderesse a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer le montant de 156'857 fr. 50, avec intérêts à 5 % l'an dès le 3 juillet 2014 (1), à ce que l'opposition formée contre le commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites du canton de [...] soit définitivement levée à hauteur de ce montant (2) et à ce que les frais de poursuite soient mis à la charge de la défenderesse (3).

Par réponse du 11 avril 2016, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la demanderesse et à ce qu'il soit constaté que la poursuite n° [...] « n'ira pas sa voie ».

La demanderesse s'est déterminée sur la réponse le 7 septembre 2016.

## **En droit :**

### **1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 309 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), l'appel est recevable, en matière patrimoniale, contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) dans les causes dont la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit auprès de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

**1.2** En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dirigé contre une décision finale de première instance dans une affaire non visée par l'art. 309 CPC et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

**2.** L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

### **3.**

**3.1** Il sied d'emblée de constater qu'aucune des parties ne remet en cause l'application de l'art. 377 CO au cas d'espèce, avec raison d'ailleurs puisque, comme l'ont relevé les premiers juges, l'absence de

fixation d'un délai de grâce par la défenderesse excluait que l'on se base sur une autre disposition, en particulier sur l'art. 366 al. 2 CO. Ainsi, même si les versions des parties diffèrent quant au déroulement des événements, ces divergences demeurent sans conséquences sur le sort de la procédure d'appel, seuls les effets de l'art. 377 CO étant à cet égard déterminants.

**3.2** Les parties sont divisées sur la question du fardeau de la preuve dans l'application de l'art. 377 CO, laquelle disposition autorise le maître à se départir du contrat d'entreprise tant que l'ouvrage n'est pas terminé, moyennant qu'il paie le travail fait et qu'il indemnise complètement l'entrepreneur.

L'appelante soutient que les deux méthodes de calcul reconnues par le Tribunal fédéral (« méthode positive » et « méthode de la déduction ») conduiraient à la reconnaître comme la créancière de l'intimée du prix convenu forfaitairement pour l'entier de l'ouvrage, soit de 156'867 fr. 60. Quant à l'intimée, elle se rallie aux considérations émises par les premiers juges. Elle fait valoir que l'appelante, à laquelle le fardeau de la preuve incomberait, n'aurait pas apporté la preuve de son dommage et qu'elle ne pourrait, en tous les cas, pas prétendre à une indemnité d'un montant supérieur au total de ses dépenses pour les travaux exécutés, respectivement supérieur au prix de l'ouvrage après déduction des économies réalisées du fait de la résiliation anticipée.

### **3.3**

**3.3.1** La jurisprudence précise que, sur la base de l'art. 377 CO, le maître a le droit de résilier de façon prématurée le contrat, qui prend fin *ex nunc* (ATF 129 III 738 consid. 7.3). En contrepartie, il doit payer une rémunération pour la partie de l'ouvrage et/ou les prestations déjà exécutées, et indemniser complètement l'entrepreneur (TF 4A\_566/2015 du 8 février 2016 consid. 4.1.1 ; Gauch, *Der Werkvertrag*, 5<sup>e</sup> éd. 2011, n. 535 ; Tercier/Bieri/Carron, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd. 2016, n. 4160). Cette indemnisation correspond à des dommages-intérêts positifs, couvrant l'intérêt qu'avait l'entrepreneur à exécuter complètement le

contrat ; elle inclut donc le gain manqué (ATF 96 II 192 consid. 5 ; TF 4A\_566/2015 précité consid. 4.1.1 ; cf. également ATF 117 II 273 consid. 4b ; TF 4A\_189/2017 du 5 octobre 2017 consid. 3.2.1).

Selon la jurisprudence et la doctrine, deux méthodes entrent en considération pour calculer l'indemnisation de l'entrepreneur. La « méthode de la déduction » (*Abzugsmethode*) consiste à soustraire du prix de l'ouvrage l'économie réalisée par l'entrepreneur du fait qu'il n'a pas terminé les travaux, et le gain qu'il s'est procuré ailleurs ou qu'il a délibérément renoncé à se procurer. La « méthode positive » (*Additionsmethode*) implique de déterminer la totalité des dépenses effectives engagées par l'entrepreneur pour les travaux déjà exécutés et d'y ajouter le bénéfice brut pour l'ouvrage (hypothétiquement) achevé. Ce bénéfice est à déterminer sur la base du contrat, voire de tarifs, d'indices ou des comptes de l'entrepreneur (ATF 96 II 192 consid. 5 ; Gautschi, Berner Kommentar, 2<sup>e</sup> éd. 1967, n. 15 ad art. 377 CO ; TF 4A\_189/2017 précité consid. 3.2.1).

**3.3.2** A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que les deux méthodes de calcul pouvaient être admises, tout en laissant indécise la question de savoir laquelle des deux était préférable. Il a, à cet égard, précisé que les deux méthodes reposaient sur des données de fait sûres et qu'elles aboutissaient pratiquement aux mêmes résultats, le choix dépendant des circonstances d'espèce, notamment des possibilités de preuves (cf. notamment ATF 96 II 192 consid. 5 ; TF 4C.120/1999 du 25 avril 2000 consid. 5a ; TF 4A\_566/2015 précité consid. 4.1.2 ; TF 4A\_189/2017 du 5 octobre 2017 consid. 3.1). Dans un arrêt 4A\_96/2014 du 2 septembre 2014 (consid. 4.1), notre Haute Cour, se référant aux auteurs Zindel/Pulver, a néanmoins relevé qu'il était soutenu, en doctrine, que seule la méthode dite positive était conforme à l'art. 377 CO (Zindel/Pulver, in Basler Kommentar, OR I, 5<sup>e</sup> éd. 2011, n. 17 ad art. 377 CO).

Ayant également statué à plusieurs reprises en application de l'art. 377 CO, la cour de céans et la Cour civile du Tribunal cantonal se

sont toutes deux référées à la jurisprudence fédérale (CACI 19 mars 2014/137 consid. 6b.cc ; CACI 10 septembre 2015/411 consid. 3.1.4 ; CACI 14 novembre 2016/614 consid. 5.4 ; CCIV 28 janvier 2015/7/2015 consid. VI.a).

La doctrine n'est quant à elle pas unanime. De nombreux auteurs admettent l'application des deux méthodes, certains précisant que le choix de l'une ou de l'autre appartiendrait à l'entrepreneur (cf. notamment Gautschi, op. cit., n. 15d ad art. 377 CO ; Dessemontet, Les contrats de service, in RDS 1987 II 93 ss., p. 196 ; Bühler, in Zürcher Kommentar, Art. 363-379 OR, 3<sup>e</sup> éd. 1998, n. 40 ad art. 377 CO ; Chaix, in Commentaire romand, CO I, 2<sup>e</sup> édition 2012, n. 16 ad art. 377 CO). Koller relève par ailleurs que l'art. 184 al. 2 de la norme SIA 118 prévoit lui-même l'application de la méthode de la déduction (Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, n. 1056). D'autres auteurs contestent en revanche l'applicabilité de cette dernière méthode, inspirée de l'art. 649 du code civil allemand (actuellement art. 648), et considèrent qu'elle serait contraire à l'art. 377 CO (cf. notamment Pedrazzini, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7, Halbd. 1 [Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag], 1977, pp. 497 ss., p. 549, nbp 27 ; Gauch, Le contrat d'entreprise, adaptation française par Carron, 1999, nn. 551-553 ; Gauch, Der Werkvertrag, op. cit., nn. 552-553 ; Zindel/Pulver/Schott, in Basler Kommentar, OR I, 6<sup>e</sup> éd. 2015, n. 17 ad art. 377 CO ; Tercier/Bieri/Carron, op. cit., n. 4164). Gauch et Tercier/Bieri/Carron estiment néanmoins que les parties pourraient convenir de l'application de la méthode de la déduction d'un commun accord, comme dans le cadre de l'art. 184 de la norme SIA 118 (Gauch, Le contrat d'entreprise, op. cit., n. 553 ; Gauch, Der Werkvertrag, op. cit., n. 553 ; Tercier/Bieri/Carron, loc. cit.).

**3.3.3** Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la question du fardeau de la preuve dans l'application de l'art. 377 CO en se fondant sur l'art. 8 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210). Se référant à Zindel/Pulver/Schott, ainsi qu'à Chaix, il a précisé qu'il incombait à l'entrepreneur de prouver les frais et les dépenses occasionnés par le

travail qu'il avait déjà exécuté ainsi que son dommage, et ce quelle que soit la méthode de calcul utilisée (TF 4A\_566/2015 précité consid. 4.3, avec réf. à Zindel/Pulver/Schott, op. cit., n. 22 ad art. 378 [recte : 377] CO et à Chaix, op. cit., n. 22 ad art. 377 CO). En outre, saisi d'un recours du maître dans un cas où l'instance précédente s'était référée à la méthode de la déduction, respectivement à l'art. 184 al. 2 de la norme SIA 118, pour faire supporter au maître le fardeau de la preuve des économies réalisées par l'entrepreneur, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur cette dernière question, faute de motivation suffisante du recours. Il a néanmoins considéré qu'il était justifié d'exiger du maître qu'il allègue et prouve des économies supérieures à celles reconnues par l'entrepreneur (TF 4C.216/2003 du 20 octobre 2003 consid. 2.6).

La cour de céans, se référant également à Chaix (loc. cit.), a considéré qu'il appartenait à l'entrepreneur de démontrer son dommage ainsi que les frais et dépenses pour le travail déjà exécuté, alors que le maître devait établir les faits qui ne justifiaient pas une indemnité de l'entrepreneur (CACI 19 mars 2014/137 consid. 6b.cc ; CACI 10 septembre 2015/411 consid. 3.1.4). Dans un dernier arrêt CACI 14 novembre 2016/614 (consid. 5.4), elle a repris la jurisprudence fédérale en estimant que le fardeau de la preuve incombait en tous les cas à l'entrepreneur ; elle a estimé, dans le cas qui lui était soumis, qu'à défaut pour celui-ci d'avoir offert la preuve par expertise, ses conclusions devaient être rejetées (CACI 14 novembre 2016/614 consid. 5.4 et 5.5).

Pour les auteurs favorables à l'application des deux méthodes de calcul de l'art. 377 CO, l'entrepreneur, en tant que créancier, est tenu d'apporter la preuve de l'étendue de son dommage selon les règles générales sur le fardeau de la preuve et peut donc choisir la méthode par laquelle il est en mesure de se procurer les éléments de preuve les plus fiables (Gautschi, op. cit., n. 15d ad art. 377 CO ; Bühler, op. cit., n. 40 ad art. 377 CO ; Chaix, op. cit., n. 16 ad art. 377 CO). Chaix précise en outre que si les faits à prouver sont différents selon que l'entrepreneur se détermine pour la méthode positive ou la méthode de la déduction, le choix de la méthode ne conduit toutefois pas à un renversement du

fardeau de la preuve (Chaix, op. cit., n. 22 ad art. 377 CO). Plusieurs auteurs défavorables à la méthode de la déduction soutiennent également que, même dans le cas où cette méthode devrait être admise, cela ne devrait pas conduire à un renversement du fardeau de la preuve ; le maître ne serait donc pas tenu d'établir si et dans quelle mesure des économies auraient été réalisées par l'entrepreneur, ce dernier restant tenu de supporter le fardeau de la preuve (Zindel/Pulver/Schott, op. cit., n. 22 ad art. 377 CO). Par ailleurs, tant Chaix que Zindel/Pulver/Schott soutiennent que le fardeau de la preuve n'incomberait au maître que dans la mesure où il ferait valoir que les faits ne justifieraient aucune indemnité en faveur de l'entrepreneur – ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le maître supporterait par ailleurs les conséquences de l'absence de la preuve des gains – et non des économies – réalisés par l'entrepreneur à la suite de la résiliation (Chaix, loc. cit. ; Zindel/Pulver/Schott, loc. cit.). Minorisés, Pedrazzini et Gauch plaident pour un renversement du fardeau de la preuve, en ce sens que le maître devrait prouver les économies réalisées par l'entrepreneur. Gauch précise néanmoins que, même dans le cas où la preuve de ces économies incomberait à l'entrepreneur, il reviendrait au maître d'alléguer et de prouver que des économies plus importantes auraient été réalisées (Pedrazzini, op. cit., p. 549, n° 27 ; Gauch, Le contrat d'entreprise, op. cit., n. 552 ; Gauch, Der Werkvertrag, op. cit., n. 552).

**3.3.4** Il ressort de ce qui précède que tant la jurisprudence que la doctrine majoritaire excluent un renversement du fardeau de la preuve qui libérerait l'entrepreneur d'apporter la preuve de son dommage. Dans la méthode de la déduction, l'entrepreneur reste ainsi tenu d'apporter la preuve du prix de l'ouvrage ainsi que des économies et gains réalisés ou omis du fait de la résiliation, le maître ne supportant quant à lui que la preuve d'économies ou de gains supérieurs.

En définitive, il apparaît que, dans la méthode positive, l'entrepreneur doit prouver la totalité de ses dépenses effectives, ainsi que le bénéfice sur l'ouvrage qui aurait dû être achevé. De fait, il doit également apporter la preuve du montant qu'aurait représenté l'ouvrage

terminé, puisque le bénéfice représente précisément la différence entre ce dernier montant et le prix forfaitaire convenu. L'entrepreneur doit donc établir *i)* ses dépenses, *ii)* ce qu'il aurait dépensé pour l'ouvrage terminé et *iii)* le prix forfaitaire.

Dans la méthode de la déduction, l'entrepreneur doit prouver, en sus du prix de l'ouvrage, l'économie réalisée du fait que l'ouvrage n'est pas terminé, ainsi que le gain éventuel qu'il se serait procuré ailleurs. Si ce dernier élément n'a certes pas à être prouvé dans la méthode positive, la preuve de l'économie réalisée n'est toutefois pas dissociable de celle des dépenses effectuées. Pour connaître cette économie, il faut en effet déterminer les dépenses effectives, de même que le coût qu'aurait représenté l'ouvrage achevé.

Il ressort de ces considérations que, dans les deux méthodes, des éléments identiques doivent être déterminés, soit le prix forfaitaire, la dépense effective de l'entrepreneur, ainsi que celle qui aurait été nécessaire pour terminer l'ouvrage. Dans cette mesure, le fait de faire supporter à l'entrepreneur le fardeau de la preuve des économies réalisées, tant dans la méthode positive que dans celle de la déduction, n'apparaît au final pas problématique.

En tout état de cause, il sied de relever que la fixation des économies effectivement réalisées par l'entrepreneur a déjà été effectuée selon un mode abstrait par le Tribunal fédéral. Ainsi, dans l'ATF 96 II 192 précité (cf. *supra* consid. 3.3.1 et 3.3.2), notre Haute Cour a procédé au calcul des économies réalisées par l'entrepreneur en déduisant la valeur des travaux d'achèvement alléguée et prouvée par le maître - demandeur dans le cadre d'une action en libération de dette - du prix forfaitaire de l'ouvrage, avant d'y ajouter les charges évitées par l'entrepreneur, arrêtées d'office à 15 % du coût des travaux d'achèvement.

Même si cette solution n'apparaît pas des plus satisfaisantes compte tenu de son caractère abstrait et du fait qu'elle ne tient pas compte des gains réalisés ou omis, elle n'est pas totalement incompatible

avec l'exigence d'apport de la preuve par l'entrepreneur telle que souhaitée par le Tribunal fédéral : il peut en effet être requis de l'entrepreneur qu'il prouve, à tout le moins, le prix forfaitaire de l'ouvrage ainsi que la valeur d'achèvement des travaux. Il demeure néanmoins que cette solution pourrait ne pas être conforme à l'exigence jurisprudentielle en vertu de laquelle l'entrepreneur devrait prouver les frais et les dépenses occasionnés par le travail déjà exécuté, quelle que soit la méthode applicable (cf. *supra* consid. 3.2.3).

**3.4** Pour en revenir au cas d'espèce, force est de constater que l'appelante a uniquement allégué et prouvé le prix forfaitaire de l'ouvrage. Elle n'a en revanche ni allégué, ni établi ses dépenses effectives. Elle n'a pas davantage établi le coût qu'aurait représenté pour elle l'ouvrage achevé, ni le bénéfice qu'elle en aurait retiré, ni enfin le montant des économies réalisées du fait de l'absence d'achèvement des travaux.

Faute pour l'appelante d'avoir présenté les éléments de fait nécessaires au calcul de son indemnité, quelle que soit la méthode choisie pour ce calcul, c'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont rejeté sa demande en paiement d'une indemnité sur la base de l'art. 377 CO.

#### **4.**

**4.1** Compte tenu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et le jugement confirmé.

**4.2** Vu l'issue du litige, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'568 fr. (art. 62 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

**4.3** L'appelante devra en outre verser à l'intimée de pleins dépens de deuxième instance, arrêtés à 3'000 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile  
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté.
- II. Le jugement est confirmé.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'568 fr. (deux mille cinq cent soixante-huit francs), sont mis à la charge de l'appelante U.\_\_\_\_\_.
- IV. L'appelante U.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée P.\_\_\_\_\_ le montant de 3'000 fr. (trois mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Christophe Oberson (pour U.\_\_\_\_\_),
- Me Bruno Megevand (pour P.\_\_\_\_\_),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente de la Chambre patrimoniale cantonale.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :