

# FR\_GERICHTE 101 2020 318 vom 30. November 2020

FR Kantonsgericht, 2020-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2020\\_318](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2020_318)

FR: FR\_GERICHTE 101 2020 318 du 30 novembre 2020

IT: FR\_GERICHTE 101 2020 318 del 30 novembre 2020

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Berufung/Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 lit. b und 319 lit. a ZPO)

## Erwägungen

### E. 30

juin 2019 en cas d'imprévu, une pénalité de retard de CHF 300.- par semaine en cas de dépassement de ce dernier délai étant due par celle des parties qui sera en retard (III. CONDITIONS DE VENTE, ch. 3). Le descriptif de l'immeuble présenté dans la plaquette de vente de la société G. \_\_\_\_\_ SA se rapporte à la construction à F. \_\_\_\_\_ d'une « villa contemporaine en pignon de 4.5 pièces, Finitions au gré du preneur ». Le prix de la villa avec le terrain est de CHF 725'000.-, dont CHF 72'500.- « offerts en cash par le promoteur », d'où un montant à payer de CHF 652'500.-, par reprise du prêt hypothécaire à hauteur de CHF 580'000.- et CHF 72'500.- au moyen des 2ème et 3ème piliers (P. n° 4 du bordereau des requérants du 16 décembre 2019). Le descriptif technique de C. \_\_\_\_\_ SA (P. n° 5 du bordereau des requérants du 16 décembre 2019, p. 6) réserve pour les finitions, à disposition des acquéreurs, les points suivants : « APPAREILS SANITAIRES BAINS ET BUANDERIE CHF 9'000.00 AGENCEMENT DE CUISINE ET APPAREILS CHF 25'000.00 PORTES INTERIEURES, MAINS COURANTES CHF 5'000.00 CARRELAGE, PARQUET, PLINTHES CHF 15'000.00 AMENAGEMENT JARDIN, ACCES PLACE DE PARC, CLÔTURES CHF 7'500.00 PEINTURES, PAPIERS PEINTS OU RUSTICS INTERIEURS CHF 9'000.00 DIVERS ET IMPREVUS CHF 5'000.00 TOTAL CHF 75'000.00 » B. Le 16 décembre 2019, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont déposé une requête de conciliation doublée d'une requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles à l'encontre de C. \_\_\_\_\_ SA, dans le cadre d'une action en exécution par substitution (art. 366 al. 2 CO). Parallèlement, ils ont requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire (DO I/1-19). Par décision du 17 décembre 2019, la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles et réservé les frais (frais judiciaires et dépens ; DO I/20 et 21). Le même jour, elle a communiqué aux parties une attestation de dépôt d'acte introductif d'instance (DO I/22).

Tribunal cantonal TC Page 3 de 14 Dans le délai qui lui avait été imparti à cet effet, la partie intimée s'est déterminée le 30 décembre 2019 et a conclu au rejet de l'ensemble des conclusions de la requête de mesures provisionnelles du 16 décembre 2019 de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_. Elle relève qu'aucun contrat d'entreprise n'a été conclu par les parties, de sorte que les requérants ne sont pas fondés à requérir l'exécution par substitution des travaux au sens de l'art. 366 al. 2 CO, dont les conditions ne sont manifestement pas remplies. Elle signale que les travaux devraient être achevés prochainement et la livraison

de la villa devrait intervenir avant le 31 janvier 2020 (DO I/27 et 28). Le 8 janvier 2020, les requérants ont modifié leurs conclusions et demandé, à titre préliminaire, par voie de mesures provisionnelles, la désignation en qualité d'expert, de H. \_\_\_\_\_, du bureau d'architecte H. \_\_\_\_\_ Sàrl, sa mission consistant à constater et décrire les défauts affectant la maison familiale de F. \_\_\_\_\_ nécessitant une intervention urgente, ainsi que leur origine, à déterminer le mode et la durée de réparation de ces défauts urgents, ainsi qu'à estimer la somme nécessaire pour procéder auxdits travaux. Les parties, assistées de leur mandataire, ont comparu à l'audience de conciliation du 9 janvier 2020. Après discussions, elles ont conclu la convention suivante : 1. C. \_\_\_\_\_ SA s'engage à terminer les travaux et à livrer l'immeuble article n° eee du registre foncier de la commune de F. \_\_\_\_\_ au plus tard le 31 janvier 2020 et à obtenir dans la mesure du possible un permis d'habiter. 2. Dès cette date, les parties procéderont à un état des lieux en contradictoire et en présence d'un architecte neutre que les demandeurs choisiront personnellement, sous réserve de conflits d'intérêt concret possible. Il sera procédé à cet état des lieux indépendamment de l'obtention du permis d'habiter ou de l'achèvement complet des travaux prévus sous chiffre 1. C. \_\_\_\_\_ SA s'engage à mettre en place, à ses frais, pour la séance d'état des lieux, une structure permettant aux personnes présentes à l'état des lieux d'accéder au toit en toute sécurité. 3. Les frais de l'architecte qui sera présent à l'état des lieux seront pris en charge par les demandeurs, sous réserve d'une somme de CHF 500.- qui sera versée pour ce mandat par C. \_\_\_\_\_ SA, qui s'en acquittera en faveur des demandeurs dans un délai de 5 jours dès l'envoi d'un bulletin de versement. 4. Au vu du résultat de l'état des lieux et d'éventuelles investigations structurelles à mettre en œuvre, les demandeurs requerront au besoin la reprise de la procédure en sollicitant notamment la mise en œuvre d'une expertise judiciaire. 5. Dans l'attente de la livraison, au 31 janvier 2020, de l'immeuble mentionné sous chiffre 1, et du résultat de l'état des lieux qui doit s'ensuivre, les procédures au fond et de mesures provisionnelles introduites le 16 décembre 2019 sont suspendues. (DO I/38-39). Par décision du 21 janvier 2020, l'assistance judiciaire a été accordée, dès le 16 décembre 2019, à A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ dans le cadre de l'action en exécution par substitution (art. 366 al. 2 CO), avec mesures (super)provisionnelles, qui les oppose à C. \_\_\_\_\_ SA (exonération des frais

Tribunal cantonal TC Page 4 de 14 judiciaires, des avances et d'éventuelles sûretés) suite à leur requête du 16 décembre 2019 (DO I/40). C. 1. Le 27 janvier 2020, les requérants ont informé la Présidente du Tribunal de la Gruyère que, conformément à la convention du 9 janvier 2020, ils avaient choisi de faire appel au bureau d'architecture H. \_\_\_\_\_ Sàrl. Leur mandataire a notamment précisé que « pour le bon ordre, je vous informe que la visite aura lieu le lundi 3 février, à 14h00, étant précisé que compte tenu du calendrier de l'architecte et de mes mandants, il s'agissait de la seule date qui pouvait jouer. Je vous informe que, compte tenu de la situation, mes mandants refuseront un report de la visite locale, étant rappelé que l'intimée est au courant depuis le 8 janvier 2020 qu'une visite locale devait avoir lieu dès le 31 janvier 2020 et qu'il leur appartenait de prendre les dispositions nécessaires. » (DO I/41-42). 2. Les 2 et 3 avril 2020, les requérants ont déposé des écritures complémentaires, requis la reprise de la procédure de conciliation et de mesures provisionnelles conformément au chiffre 4 de la convention du 9 janvier 2020 (DO I/43-54 et I/94-97) et produit le 2 avril 2020 un rapport d'expertise, comportant 39 pages, établi le 3 mars 2020, par le bureau d'architecture H. \_\_\_\_\_ Sàrl (DO I/55-93). Ce rapport indique que l'objet de l'expertise est d'établir une liste des défauts constatés. Il se fonde sur l'analyse des documents mis à disposition de l'expert, une première visite de

l'immeuble le 10 février 2020 en présence des requérants, de leur avocat, du représentant de l'intimée et de son avocate (DO I/56) en vue de déterminer les éléments à expertiser, des investigations effectuées par l'expert le 17 février 2020 et des constatations faites (DO 57). Après la visite in situ et de visu, l'expert se détermine comme suit : « Le florilège de photos démontre la très mauvaise exécution de l'ensemble de l'ouvrage. Les infiltrations sont générales et les finitions ne sont pas acceptables. L'entreprise générale n'a pas fourni un bâtiment réalisé dans les règles de l'art. Les normes SIA, règlements d'exécutions et les recommandations des fournisseurs n'ont pas été respectés. L'accumulation des erreurs constructives élémentaires est telle que l'objet devra être entièrement assaini. Il faut réagir sans tarder, sans quoi l'ouvrage va très vite se dégrader et mettre en péril la stabilité du bâtiment. Il y va de même pour la santé des futurs locataires. On ne peut pas imaginer que des gens puissent habiter un tel objet, dans l'état d'insalubrité actuel. Pour la remise en état, nous conseillons la réalisation des travaux avec des entreprises compétentes, dignes de confiance et qui œuvrent dans les règles de l'art. Au vu de ce que nous avons constaté, les entreprises qui sont intervenues sur le chantier sont totalement incompétentes et démontrent un manque de professionnalisme à tous niveaux.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 14 C'est pourquoi, nous ne pouvons que conseiller au maître de l'ouvrage, avant l'acquisition, de réhabiliter l'objet en fonction des normes et règlements. Il faudrait également exiger une garantie décanale (recte : décennale). » (DO I/83-84). 3. Sur demande de la Présidente du Tribunal de la Gruyère, du 6 avril 2020 (DO I/99), les requérants ont répondu le 17 avril 2020 qu'ils requerraient la délivrance d'une autorisation de procéder et non pas une nouvelle audience de conciliation, dénuée de toute utilité, du fait que « la société intimée n'entend manifestement pas respecter les éventuels accords qui pourraient être trouvés en audience » (DO I/103-109). 4. Le 20 avril 2020 (DO I/108-109), les requérants ont déposé un rapport d'expertise complémentaire du même jour, établi par le bureau d'architecture H. \_\_\_\_\_ Sàrl, à la suite d'une visite de l'immeuble effectuée le 18 avril 2020 en présence des seuls A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_. Le rapport conclut en indiquant qu'« (i)l est très important de ne pas laisser le bâtiment dans cet état ; l'eau est en train de s'infiltrer à de nombreux endroits, dégrader les revêtements ainsi que pénétrer en profondeur dans la structure même de la bâtisse. » (p. 11). 5. Le 22 avril 2020, l'intimée a déposé une détermination sur les écritures complémentaires des requérants des 2 et 3 avril 2020 (DO I/110-119). Elle conteste le rapport d'expertise « privée » du 3 mars 2020, notamment tous les défauts allégués, l'ouvrage n'étant pas terminé, et précise que les mesures mentionnées par le rapport ont été réalisées par l'architecte sans la présence de l'intimée ou de son conseil. Elle expose que « (l)es conclusions de l'expertise privée procèdent à une analyse erronée de la construction qui n'est pas encore terminée en raison des délais de livraison de certains matériaux et de la crise sanitaire actuelle. Le jugement moral auquel se prête l'expert privé sur les entreprises œuvrant sur le chantier est inadmissible » (DO I/112, Ad f. Conclusions). Pour le reste, elle ne s'oppose pas à la reprise de la procédure de mesures provisionnelles, ni à la procédure de conciliation, et requiert l'audition de témoins, avec lesquels elle a conclu directement des contrats d'entreprise, tout en précisant que ces auditions doivent plutôt être réservées à la procédure au fond. Elle demande enfin qu'un délai lui soit imparti pour se déterminer sur les mémoires complémentaires des 8 janvier, 17 et 20 avril 2020. Elle prend les conclusions suivantes, sous suite de frais judiciaires et dépens : Par la voie des mesures provisionnelles : 1. A titre préliminaire – procédure de preuve à futur I. La requête de mesures provisionnelles de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ tendant à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire est

rejetée. II. Les frais judiciaires et dépens sont mis à la charge de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_. 2. Sur le fond I. La requête de mesures provisionnelles de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ est rejetée. Partant, les conclusions principales a. b. et c. et les conclusions subsidiaires a. b. c. et d. de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont rejetées. II. Les frais judiciaires et dépens sont mis à la charge de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ (DO I/ 118-119).

Tribunal cantonal TC Page 6 de 14 6. Le 5 mai 2020, les requérants ont déposé une réplique spontanée à la détermination de l'intimée du 22 avril 2020 et un jeu de pièces, ainsi que les 19 et 27 mai 2020 deux courriels avec annexes et photos qui leur ont été transmis les mêmes jours par l'architecte H. \_\_\_\_\_. 7. Par courrier du 28 mai 2020, la Présidente du Tribunal de la Gruyère, constatant que les photos produites le 27 mai 2020 étaient pratiquement les mêmes que celles fournies d'entrée de cause, a suggéré aux requérants de mettre un terme à leurs interventions, à moins qu'elles ne soient absolument nécessaires, afin qu'elle puisse rendre une décision de mesures provisionnelles. 8. Le 18 juin 2020, l'intimée s'est déterminée sur les courriers des requérants des 8 janvier, 17 avril, 20 avril, 19 mai et 27 mai 2020 et a conclu, avec suite de frais judiciaires et dépens, au rejet de l'ensemble des conclusions prises par A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ (DO II/16-19, et pièces produites DO II/20-34). D. Une autorisation de procéder, datée du 13 mai 2020, rectifiée à la requête des parties le 15 juin 2020, a été délivrée aux requérants. Elle a la teneur suivante : I. L'autorisation de procéder est délivrée à A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_, qui sont en droit de porter l'action devant l'autorité compétente dans un délai de 3 mois à compter de sa délivrance. II. Les conclusions de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont les suivantes : Conclusions de la requête de conciliation du 16 décembre 2020 1. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont autorisés à faire exécuter les travaux de réfection et la continuation des travaux par un tiers, C. \_\_\_\_\_ SA étant condamnée à leur payer une avance de frais correspondant aux coûts des travaux de réfection et de continuation des travaux qui sera fixée par l'expert, dans un délai de cinq jours dès l'entrée en force du jugement. 2. Faute d'exécution du paiement dans ledit délai, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont autorisés à prélever le montant correspondant à l'avance de frais du prêt hypothécaire actuellement ouvert auprès de I. \_\_\_\_\_ sous le compte n° jjj destiné à l'acquisition de la maison individuelle, article eee RF de la Commune de F. \_\_\_\_\_. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ porteront ce montant en déduction de la somme finale qu'ils devront verser à C. \_\_\_\_\_ SA, en tenant compte des défauts et pénalités à la charge de cette dernière. 3. C. \_\_\_\_\_ SA ou tout employé de celle-ci ainsi que toute entreprise mandatée par celle-ci sont astreints à cesser immédiatement tout type d'activité sur le chantier actuellement en cours sur la maison individuelle inscrite à l'art. eee de la Commune de F. \_\_\_\_\_ et à quitter immédiatement le chantier précité sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP qui réprime l'insoumission à une décision de l'autorité. 4. Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge de C. \_\_\_\_\_ SA.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 14 Conclusions de la requête de conciliation modifiées le 8 janvier 2020 1. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont autorisés à faire exécuter les travaux de réfection et la continuation des travaux par un tiers, C. \_\_\_\_\_ SA étant condamnée à leur payer une avance de frais correspondant aux coûts des travaux de réfection et de continuation qui sera fixée par l'expert, dans un délai de cinq jours dès l'entrée en force du jugement. 2. C. \_\_\_\_\_ SA ou tout employé de celle-ci ainsi que toute entreprise mandatée par celle-ci sont astreints à cesser immédiatement tout type d'activité sur le chantier actuellement en cours sur la maison individuelle inscrite à l'art. eee RF de la

Commune de F.\_\_\_\_\_ et à quitter immédiatement le chantier précité, sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP qui réprime l'insoumission à une décision de l'autorité. 3. Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge de C.\_\_\_\_\_ SA. III. La procédure, ouverte par requête de conciliation du 16 décembre 2019, est une action en exécution par substitution (art. 366 al. 2 CO). IV Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge de A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_. Ils sont fixés à CHF 1'000.-, sous réserve de l'assistance. Il n'est pas alloué de dépens. Lorsque la demande est déposée, les frais de la procédure de conciliation suivent le sort de la cause (DO II/15-16). E. Par décision du 16 juillet 2020, la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 16 décembre 2019 par A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ à l'encontre de C.\_\_\_\_\_ SA, confirmé la décision de mesures superprovisionnelles rendue le 17 décembre 2019 et renvoyé la décision sur les frais (frais judiciaires et dépens) à la décision finale. A l'appui de sa décision, la Présidente du tribunal estime que se pose en premier lieu la question de savoir si les requérants ont entendu déposer une requête de preuve à futur au sens de l'art. 158 al.1 CPC dans le procès pendant ou une requête d'expertise judiciaire à titre de preuve dans le procès au fond (art. 231, 226 al. 3 CPC ; décision attaquée p. 10, DO 42 verso). Sur le vu de la jurisprudence qu'elle expose (ATF 142 III 40, arrêts TF 4A\_128/2017 du 12 mai 2017 consid. 1, 2, 5.4 et 5.5, 4A\_229/2016 du 6 octobre 2016 consid. 1), elle conclut qu'une procédure de preuve à futur peut intervenir en tout temps, soit également en dehors de tout procès, lorsque les conditions légales en sont remplies (art. 158 CPC). L'art. 158 CPC ne règle donc que l'administration de preuve atypique dans ses modalités, autrement dit s'écartant de l'ordonnancement normal de la procédure, qui peut ou doit intervenir aux conditions fixées par le texte, soit à deux conditions alternatives et exhaustives mentionnées aux lettres a et b de l'art. 158 al. 1 CPC (décision attaquée p. 10-12, DO II/42-43 verso, § 3 et 4). Considérant que, d'une part, dans la procédure de mesures provisionnelles, les requérants, au vu du but de l'expertise judiciaire requise et de leurs allégués, ne demandent pas uniquement de faire constater ou apprécier un certain état de fait, mais requièrent une expertise judiciaire couverte par l'assistance judiciaire accordée, et d'autre part, qu'il n'existe pas de droit à l'assistance judiciaire dans la procédure de preuve à futur selon l'art. 158 al. 1 let. b CPC dès lors qu'il ne s'agit pas de statuer sur les droits ou obligations des parties, la Présidente du tribunal en déduit que les requérants demandent à ce qu'il soit statué sur

Tribunal cantonal TC Page 8 de 14 leurs conclusions prises à titre de mesures provisionnelles, sans que l'on puisse se fonder, en l'état, sur une expertise judiciaire, ce qui s'avère impossible (décision attaquée p. 12 et 13, ch. 7. 8 et 9, DO II/43 verso et 44). Le rapport d'expertise privée du 3 mars 2020 et son complément du 20 avril 2020, sur lesquels se fondent les requérants, consistent à établir une liste des défauts constatés, et non pas de déterminer, selon les conclusions prises, « les travaux de réfection d'urgence tels que fixés par l'expert », et encore moins « l'avance de frais correspondant aux coûts des travaux de réfection d'urgence qui sera fixée par l'expert », qui n'est aucunement chiffrée dans les rapports précités (p. 13, ch. 10, DO II/44). De plus, de jurisprudence constante, une expertise privée n'est pas un moyen de preuve au sens du CPC, mais une simple allégation avancée par une partie. Elle peut le devenir, lorsqu'elle est supportée par des indices prouvés selon les moyens de preuves énumérés à l'art. 168 al. 1 CPC. « En l'espèce, tel n'est pas le cas, de sorte que les allégués contestés ne peuvent être considérés comme prouvés. » (p.14 et 15, DO II/44 verso et 45, not. § 2). « La requête de mesures provisionnelles devant être rejetée déjà pour les motifs précités, il n'y a pas lieu d'examiner

ici la question de la qualification du contrat liant les parties, ouvrant ou non le droit à l'exécution par substitution, seul le contrat d'entreprise conférant le droit à l'exécution par substitution tel que prévu à l'art. 366 al. 2 CO. » (p. 15 ch. 11, DO II/45). F. La décision du 16 juillet 2020 a été notifiée aux parties le 27 juillet 2020. Par mémoire remis à la poste le 6 août 2020, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont appelé de cette décision. Ils ont pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens : I. Préliminairement La procédure probatoire est réouverte (recte : rouverte) et une expertise judiciaire est ordonnée. Partant : a) Il est ordonné la mise en œuvre d'une expertise judiciaire, dont l'expert sera désigné par l'instance d'appel du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg. b) La mission de l'expert consiste à : i. Constater et décrire les défauts affectant la maison familiale à F. \_\_\_\_\_ (art. eee RF de F. \_\_\_\_\_) nécessitant une intervention urgente ainsi que leur origine. ii. Déterminer le mode de réparation et la durée de réparation de ces défauts urgents. iii. Estimer la somme nécessaire pour procéder aux travaux de réfection urgents. II Sur le fond A Principalement 1. L'appel est admis. 2. Partant, les chiffres 1 et 2 de la décision du 16 juillet 2020 de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère sont modifiés comme suit : 1. La requête de mesures provisionnelles déposée le 16 décembre 2019 par A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ à l'encontre de C. \_\_\_\_\_ SA est admise. a. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont autorisés à faire exécuter les travaux de réfection d'urgence tels que fixés par l'expert par un tiers, C. \_\_\_\_\_ SA

Tribunal cantonal TC Page 9 de 14 étant condamnée à leur payer une avance de frais correspondant aux coûts des travaux de réfection d'urgence qui sera fixée par l'expert, dans un délai de cinq jours dès le prononcé des mesures provisionnelles. b. C. \_\_\_\_\_ SA ou tout employé de celle-ci ainsi que toute entreprise mandatée par celle-ci sont astreints à cesser immédiatement tout type d'activité sur le chantier actuellement en cours sur la maison individuelle inscrite à l'art. eee de la Commune de F. \_\_\_\_\_ et à quitter immédiatement le chantier précité sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP qui réprime l'insoumission à une décision de l'autorité. 2. Partant la décision de mesures superprovisionnelles rendue le 17 décembre 2019 est annulée et remplacée par la décision de mesures provisionnelles. 3. Inchangé. B. Subsidiairement 1. L'appel est admis. 2. Partant les chiffres 1 et 2 de La décision du 16 juillet 2020 de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère sont modifiés comme suit : 1. La requête de mesures provisionnelles déposée le 16 décembre 2019 par A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ à l'encontre de C. \_\_\_\_\_ SA est admise. a. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sont autorisés à faire exécuter les travaux de réfection d'urgence tels que fixés par l'expert par un tiers. Pour ce faire, ils sont d'ores et déjà autorisés à prélever sur le compte hypothécaire actuellement ouvert auprès de I. \_\_\_\_\_ sous le compte n° jjj destiné à l'acquisition de la maison individuelle inscrite à l'art. eee de la Commune de F. \_\_\_\_\_, le montant correspondant aux coûts des travaux de réfection d'urgence fixés par l'expert. b. Ordre est donné à I. \_\_\_\_\_ de mettre à libre disposition de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ sur le compte hypothécaire n° jjj destiné à l'acquisition de la maison individuelle inscrite à l'art. eee de la Commune de F. \_\_\_\_\_, le montant correspondant aux coûts des travaux de réfection d'urgence fixé par l'expert c. C. \_\_\_\_\_ SA ou tout employé de celle-ci ainsi que toute entreprise mandatée par celle-ci sont astreints à cesser immédiatement tout type d'activité sur le chantier actuellement en cours sur la maison individuelle inscrite à l'art. eee de la Commune de F. \_\_\_\_\_ et à quitter immédiatement le chantier précité sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP qui réprime l'insoumission à une décision de l'autorité. 2. Partant la décision de mesures superprovisionnelles rendue le 17 décembre 2019 est annulée et remplacée par

la décision de mesures provisionnelles. 3. Inchangé.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 14 C. Plus subsidiairement L'appel est admis. Partant, la cause est renvoyée à l'autorité de première instance (Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère) pour nouvelle décision dans le sens des considérants. III. Les frais et les dépens de la procédure d'appel sont mis à la charge de C. \_\_\_\_\_ SA. G. Par arrêt du 26 août 2020, le Président de la Ie Cour d'appel civil a accordé, pour l'appel, l'assistance judiciaire à A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ et leur a désigné un défenseur d'office en la personne de Me Joao Lopes, avocat à Fribourg. H. Le 8 septembre 2020, les appelants ont produit un rapport complémentaire 2 de l'architecte H. \_\_\_\_\_, ainsi qu'une décision de mesures superprovisionnelles, rendue le 1er septembre 2020 par la Présidente du Tribunal de la Gruyère, ordonnant l'inscription – sous forme d'annotation – d'une restriction du droit d'aliéner au Registre foncier de la Gruyère au profit de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ concernant l'immeuble art. eee RF de la Commune de F. \_\_\_\_\_. I. Le 11 septembre 2020, C. \_\_\_\_\_ SA a déposé sa réponse et conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel pour autant que recevable et à la confirmation du jugement du 16 juillet 2020 de la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère. J. Le 14 septembre 2020, les appelants ont formé une requête de mesures provisionnelles urgentes tendant à ce qu'ordre soit donné à C. \_\_\_\_\_ SA ou tout employé de celle-ci ainsi que toute entreprise mandatée par celle-ci de cesser immédiatement tout type d'activité sur le chantier actuellement en cours sur la maison individuelle inscrite à l'art. eee de la Commune de F. \_\_\_\_\_ et à quitter immédiatement le chantier précité sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP. Par courrier du 15 septembre 2020, le Président de la Ie Cour d'appel civil, considérant que l'interdiction requise avait déjà été demandée dans le recours du 6 août 2020 et qu'elle serait examinée dans l'arrêt au fond, a décidé de ne pas rendre de mesures provisionnelles et informé les parties que la procédure probatoire serait close le 21 septembre 2020. Des écritures ont été déposées les 15 (appelants) et 21 (intimée) septembre 2020. en droit 1. 1.1. La décision de rejet des mesures provisionnelles, dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est manifestement supérieure à CHF 10'000.-, est appellable (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). 1.2. La décision attaquée ayant été notifiée aux requérants le 27 juillet 2020, l'appel interjeté le 6 août 2020 l'a été dans le délai légal de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Tribunal cantonal TC Page 11 de 14 1.3. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). La Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces (art. 316 CPC). 2. 2.1. Les appelants relèvent que, selon la Présidente du tribunal, il lui a été impossible de statuer sur leurs conclusions, faute de pouvoir se fonder sur une expertise judiciaire (décision attaquée, p. 13 ch. 9). Elle considère que se pose en premier lieu la question de savoir si les requérants ont entendu déposer une requête de preuve à futur au sens de l'art. 158 al. 1 CPC dans le procès pendant ou une requête d'expertise judiciaire à titre de preuve dans le procès au fond (art. 231, 226 al. 3 CPC). Ce faisant, la Présidente du tribunal part de la prémisse erronée qu'une expertise judiciaire ne peut avoir lieu que dans le cadre de la procédure au fond ou dans le cadre d'une requête de preuve à futur, mais pas dans le cadre de mesures provisionnelles à proprement parler. Or, selon les appelants, le Tribunal fédéral a expressément évoqué la possibilité d'une expertise judiciaire dans le cadre des mesures provisionnelles (ATF 139 III 86 consid. 1.1.2 ; cf. ég. BOHNET, in CPC, Code de procédure civile commenté, art. 254 n. 4). Dès lors, la Présidente du tribunal aurait pu et dû ordonner une expertise judiciaire dans le cadre

des mesures provisionnelles. 2.2. Par mémoire du 16 décembre 2019, les appelants ont ouvert action par citation aux fins de conciliation contre la société intimée. L'action tendait notamment à ce que les requérants soient autorisés à faire exécuter les travaux de réfection et la continuation des travaux par un tiers, conformément à l'art. 366 al. 2 CO, la société intimée étant astreinte à leur payer une avance de frais correspondant aux coûts des travaux de réfection et de continuation des travaux qui sera fixée par l'expert. A titre préliminaire et de manière superprovisionnelle (16 décembre 2019), puis provisionnelle (8 janvier 2020), les appelants demandaient la désignation en qualité d'expert de H.\_\_\_\_\_, du bureau d'architecte H.\_\_\_\_\_ Sàrl, sa mission consistant à constater et décrire les défauts affectant la maison familiale de F.\_\_\_\_\_ nécessitant une intervention urgente, ainsi que leur origine, à déterminer le mode et la durée de réparation de ces défauts urgents, ainsi qu'à estimer la somme nécessaire pour procéder auxdits travaux (mémoire du 8 janvier 2020, p. 6, DO I/34). De son côté, l'intimée a conclu au rejet de l'ensemble des conclusions de la requête de mesures provisionnelles, contestant en particulier l'existence d'un contrat d'entreprise et, partant, l'exécution par substitution des travaux au sens de l'art. 366 al. 2 CO (mémoire du 30 décembre 2019, p. 1 et 2, DO I/27-28). 2.3 Aux termes de l'art. 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes, savoir qu'elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. a et b). Par « mesures provisionnelles », le législateur entend des décisions à caractère temporaire qui règlent une situation juridique dans l'attente d'une réglementation définitive au moyen d'une décision principale ultérieure. Ces mesures ne sont que l'accessoire d'une action au fond, qui réglera définitivement la situation juridique (cf. BOHNET, CPC annoté, art. 261 n. 1). Le Tribunal administre les preuves en tout temps, notamment lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant (art. 158 [Preuve à futur] al. 1 let. b CPC). Une partie peut donc requérir une expertise ou une autre preuve sur des faits qu'elle entend invoquer dans un

Tribunal cantonal TC Page 12 de 14 procès éventuel (preuve à futur « hors procès »), en vue de prévenir la perte de ce moyen de preuve. Mais la possibilité de requérir une expertise à titre de preuve à futur dans le procès pendant, soit à un stade antérieur à celui où elle serait normalement administrée (art. 231, 226 al. 3 CPC ; par exemple au stade des mesures provisionnelles : ATF 139 III 86 consid. 1.1.2), est réservée (ATF 142 III 40 ; cf. aussi ATF 131 III 473 consid. 2.2 et les références). 2.4 Dans le cadre des mesures provisionnelles, le juge peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs du requérant et de l'intimé (ATF 131 III 473 consid. 2.3). En l'espèce, dans le cadre d'une action en exécution par substitution (art. 366 al. 2 CO) les appelants ont requis à titre de mesures provisionnelles qu'une expertise judiciaire soit ordonnée à l'effet de constater et décrire les défauts affectant la construction litigieuse nécessitant une intervention urgente ainsi que leur origine, de déterminer le mode et la durée de la réparation desdits défauts et d'estimer leurs coûts. Les mesures provisionnelles n'étant que l'accessoire de l'action au fond, il faut que celle-ci n'apparaisse pas, au regard d'un examen sommaire du droit, dénuée de fondement. Le droit à l'exécution par substitution est ouvert, aux conditions légales, au seul maître de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise (art. 268 al. 2 CO). L'intimée conteste l'existence d'un tel contrat et, partant, l'exécution par substitution des travaux au sens de l'art. 366 al. 2 CO. La Présidente du

tribunal a laissé la question indécise (décision attaquée p. 15, ch. 11., DO II/45). Le point de savoir si l'on est en présence d'un contrat mixte (vente et entreprise), comme le prétendent les appelants, et le cas échéant si les conditions d'une exécution par substitution au sens de l'art. 366 al. 2 CO sont réalisées, ou si, comme le soutient l'intimée, on a affaire à un contrat de vente pur et simple qui n'ouvre pas le droit à l'exécution par substitution, doit être tranchée préalablement pour juger de la pertinence d'ordonner, à titre provisionnel, l'expertise judiciaire requise. Selon la doctrine et la jurisprudence, on est en présence d'un contrat mixte (vente immobilière et entreprise) lorsque le vendeur s'engage vis-à-vis de l'acheteur à construire, transformer ou achever un bâtiment sur le bien-fonds vendu (GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6e éd. 2019, n° 348 ; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5e éd. 2016, p. 480 n° 3539 ; ATF 118 II 42 consid. 1a / JdT 1993 I 300). Il n'en va différemment (vente d'une chose future) que si l'acheteur n'exerce pas d'influence sur le processus de fabrication (même pas sur le choix des finitions ; TERCIER/BIERI/CARRON, p. 480 n° 3539). En cas de contrat mixte, cumulant la vente d'un immeuble et d'autres prestations du vendeur, il est loisible aux parties de convenir d'un prix global qui sera la contrepartie de ce bien et de ces autres prestations. Certes, il faut alors que ces dernières soient également spécifiées dans l'acte authentique, car c'est à cette condition, seulement, que l'acte satisfait à l'exigence de l'indication exacte et complète de tous les éléments affectant le rapport entre les prestations qui incluent une vente d'immeuble, d'une part, et la contre-prestation d'autre part. Cela concerne, en particulier, le contrat mixte de vente et d'entreprise, où la vente d'un bien-fonds est combinée avec la promesse d'y réaliser une construction (ATF 135 III 295 consid. 3.2 ; cf. aussi TERCIER/BIERI/CARRON, p. 138 n° 981 ; GAUCH, n° 411). A la lecture du « CONTRAT DE VENTE du 10 décembre 2018 », on cherche en vain la moindre allusion à des éléments d'entreprise liant les acquéreurs aux entrepreneurs ou même au vendeur.

Tribunal cantonal TC Page 13 de 14 Aucune référence au descriptif technique (P. n° 5 du bordereau des requérants du 16 décembre 2019) n'y figure. Il est précisé, en ce qui concerne les documents remis aux acquéreurs ou consultés par ceux-ci, que toutes les illustrations, DVD, site internet, documents 3D sont illustratif et non contractuels (P. n° 3 du bordereau des requérants du 16 décembre 2019, II. PRIX DE VENTE, ch. 3 § 3). Sous l'angle de la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, on doit en conclure que les parties sont liées par un contrat de vente portant sur une chose future, figure juridique qui n'ouvre pas le droit à l'exécution par substitution au sens de l'art. 366 al. 2 CO. Il s'ensuit que l'action au fond apparaît d'emblée problématique de sorte que les mesures provisionnelles qui en sont l'accessoire sont elles aussi compromises. L'expertise requise à ce titre, à l'effet de constater et décrire les défauts affectant la construction litigieuse nécessitant une intervention urgente ainsi que leur origine, de déterminer le mode et la durée de la réparation desdits défauts et d'estimer leurs coûts, doit pour ce motif déjà être rejetée. Le point de savoir si les rapports de l'architecte H. \_\_\_\_\_, « privés » (en dépit de la présence de l'intimée et de son avocate à la visite de l'immeuble du 10 février 2020, DO I/56), étaient suffisamment circonstanciés pour justifier une expertise au stade des mesures provisionnelles peut dès lors rester indécis. Les acquéreurs, s'ils entendent maintenir le contrat – ce qui semble être le cas (ainsi la décision de mesures superprovisionnelles, rendue à leur requête le 1er septembre 2020 par la Présidente du Tribunal, ordonnant l'inscription – sous forme d'annotation – d'une restriction du droit d'aliéner au Registre foncier de la Gruyère au profit de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ concernant l'immeuble art. eee RF de la Commune de F. \_\_\_\_\_) –, peuvent agir en exécution de la vente et

demander la livraison de l'immeuble, qui leur ouvrira la garantie de l'art. 205 CO, en particulier l'action en réduction du prix, ainsi que dès le paiement du prix de vente, les garanties légales à l'endroit des entreprises mandatées par la venderesse, que celle-ci s'est engagée à leur céder (P. n° 3 du bordereau des requérants du 16 décembre 2019, III. CONDITIONS DE VENTE, ch. 2 § 2). 2.5. Il s'ensuit que l'appel du 6 août 2020 doit être rejeté. La requête de mesures provisionnelles du 14 septembre 2020 est sans objet. 3. 3.1. La décision sur les frais judiciaires et les dépens de première instance est renvoyée à la décision finale (art. 104 al. 1 et 3 CPC). 3.2. Pour l'appel, les frais judiciaires, sous réserve de l'assistance judiciaire qui leur a été accordée, et les dépens sont mis solidairement à la charge des appelants qui succombent (art. 106 al. 1 CPC). Ils sont fixés à CHF 1'500.-. 3.3. Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice (RJ; RSF 130.11). En cas de fixation globale, comme en l'espèce, l'autorité tient compte notamment de la nature, de la difficulté et de l'ampleur de la procédure et du travail nécessaire de l'avocat, ainsi que de l'intérêt et de la situation économiques des parties (art. 63 al. 2 RJ). L'indemnité maximale en cas de recours contre une décision du juge unique est de CHF 3'000.-, montant pouvant être doublé si des circonstances particulières le justifient (art. 64 al. 1 let. e et al. 2 RJ). En l'espèce, compte tenu de ces critères, les dépens d'appel de l'intimé seront arrêtés globalement à la somme de CHF 2'000.-, débours compris mais TVA par CHF 154.- en sus (7.7 % de CHF 2'000.-).

Tribunal cantonal TC Page 14 de 14 la Cour arrête : I. L'appel est rejeté. Partant, la décision de mesures provisionnelles rendue le 16 juillet 2020 par la Présidente du Tribunal civil de la Gruyère est confirmée. II. La requête de mesures provisionnelles du 14 septembre 2020 est sans objet. III. Les frais d'appel sont mis solidairement à la charge de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_, sous réserve de l'assistance judiciaire. Les frais judiciaires dus à l'Etat sont fixés à CHF 1'500.-. Les dépens d'appel de C. \_\_\_\_\_ SA sont fixés globalement à la somme de CHF 2'000.-, débours compris, plus la TVA par CHF 154.-. IV. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Fribourg, le 30 novembre 2020/dhe Le Président : La Greffière :

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