

# FR\_GERICHTE 101 2015 186 vom 12. Juli 2016

FR Kantonsgericht, 2016-07-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2015\\_186](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2015_186)

FR: FR\_GERICHTE 101 2015 186 du 12 juillet 2016

IT: FR\_GERICHTE 101 2015 186 del 12 luglio 2016

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Kauf und Tausch

## Erwägungen

### E. 15

août 2015 inclus (art. 145 al. 1 let. b CPC). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de CHF 10'000.- au moins (art. 308 al. 2 CPC; cf. art. 91 al. 1 1e phrase CPC). Lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle s'opposent, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention la plus élevée. Lorsque les demandes reconventionnelle et principale ne s'excluent pas, leurs valeurs litigieuses respectives sont additionnées pour déterminer les frais (art. 94 CPC). En l'espèce, vu les montants encore litigieux au moment du

Tribunal cantonal TC Page 6 de 14 prononcé du jugement de première instance, la valeur litigieuse est largement supérieure à CHF 10'000.- et même à CHF 30'000.-. b) La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). Les maximes des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) sont applicables. c) Des débats ne paraissant pas nécessaires, il sera statué sur pièces conformément à la possibilité prévue par l'art. 316 al. 1 CPC. d) aa) A l'appui de leur deuxième grief (p. 5 ss, let. B), les appelants annexent (bordereau, pce 2) la publication de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier (ci-après USPI) relative au mode standard de calcul des surfaces. Ils relèvent que la méthode générale de calcul des surfaces entrée en vigueur récemment est équivalente aux recommandations vaudoises sur lesquelles s'est basé l'expert privé, si bien que les résultats de l'expertise ne peuvent qu'être approuvés. En fin de ce deuxième grief, ils requièrent « à toutes fins utiles et pour autant que le Tribunal cantonal l'estime nécessaire malgré l'abondance des preuves et l'aveu du défaut de contenance [...] une nouvelle audition de M. F. \_\_\_\_\_ [...] » et qu'une expertise soit ordonnée. Dans sa réponse, l'intimé soutient que ce moyen de preuve, nouvellement produit au stade de l'appel, doit être déclaré irrecevable dès lors que cette pièce aurait pu être produite dans le cadre de la procédure de première instance en faisant preuve de la diligence requise. Il rappelle que lors de la séance du 17 mai 2013, à la suite de la clôture des débats d'instruction, le Président a ouvert les débats principaux. Une deuxième séance a eu lieu le 13 septembre 2013 ainsi qu'une troisième le 29 janvier 2015 ayant toutes deux également pour objet les débats principaux. L'intimé souligne que lors de cette dernière séance la procédure probatoire a été close et les plaidoiries finales des mandataires des parties ont eu lieu. Concernant en particulier la seconde réquisition, l'intimé relève que les appelants n'avaient pas requis en première instance que soit ordonnée une expertise judiciaire, se contentant alors des conclusions favorables de leur expertise privée. Par conséquent, il conviendrait de ne pas entrer en matière s'agissant des réquisitions de preuve formulées en appel. bb) Selon l'art.

317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admissibles en appel que pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Il appartient au plaideur qui entend invoquer des pseudo nova devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance. La diligence requise suppose que dans la procédure de première instance, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêts TF 5A\_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.2.1, 5A\_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2 s et les réf. citées). Le fait que l'appréciation des preuves par le tribunal n'a pas correspondu aux attentes ne justifie pas à soi seul l'apport d'éléments nouveaux en deuxième instance (arrêt TF 5A\_209/2014 du 2 septembre 2014 consid. 3.2.1). Si le défendeur veut formuler des réquisitions de preuve, ou offrir des preuves (contrepreuve), la bonne foi commande qu'il entreprenne sans retard les démarches nécessaires à la sauvegarde de ses droits, c'est-à-dire qu'il présente les moyens de preuve qu'il tient pour adéquats. Une critique présentée après le moment où l'appréciation des preuves a été effectuée en sa défaveur ne peut pas être entendue (ATF 127 II 227 consid. 1b ; arrêt TF 5A\_92/2008 du 25 juin 2008 consid. 3.3.1).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 14 cc) En l'espèce, les appelants produisent une recommandation du mois d'août 2014, donc un pseudo nova, sans exposer les raisons pour lesquelles cette production n'a pu avoir lieu en première instance. Ainsi, ils ne démontrent pas avoir fait preuve de la diligence requise. Il en est de même s'agissant de l'expertise judiciaire qu'ils auraient pu requérir en première instance déjà, dès lors que la force probante ainsi que le contenu de l'expertise privée qu'ils avaient produite étaient contestés. De plus, ils étaient astreints à prouver que la surface actuelle de leur appartement ne correspondait pas à la surface promise. Dans ces circonstances, les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC n'étant pas remplies, les moyens de preuve nouveaux invoqués en appel sont irrecevables. Quant à la demande d'une nouvelle audition de F. \_\_\_\_\_, la question de recevabilité de ce moyen de preuve peut rester ouverte compte tenu du sort qui sera donné au présent appel. 2. Dans les trois premiers griefs, les appelants invoquent la violation du droit ainsi que la constatation inexacte des faits suite à la modification de l'ordonnance de preuve (1er grief) et en lien avec la preuve du défaut (2e grief). S'agissant de la réalisation du défaut (3e grief), ils invoquent la violation du droit. a) Ainsi, dans leur premier grief (appel, p. 3 s, let. A), les appelants reprochent au Tribunal civil d'avoir modifié l'ordonnance de preuve en leur défaveur à un stade avancé de la procédure, soit après la première audience. Ils avancent qu'à ce stade ils n'étaient plus admis à faire valoir des faits et moyens de preuves nouveaux et que, d'ailleurs, le tribunal ne leur a pas donné cette possibilité. Dans sa réponse (p. 5 ss, Ad A.), l'intimé soutient que le premier juge disposait d'un large pouvoir d'appréciation et qu'il avait le droit de modifier la première ordonnance de preuves. A son avis, les appelants auraient pu faire valoir de nouveaux moyens de preuve. En opposant à ses prétentions une demande reconventionnelle en réduction du prix fondée sur un défaut de contenance, les demandeurs allèguent l'existence d'un défaut à l'appui de leur demande et devraient dès lors supporter le fardeau de sa preuve. b) Dans leur deuxième grief, (appel, p. 4 ss, let. B), les appelants soutiennent que le tribunal a retenu à tort qu'ils n'avaient pas apporté la preuve du défaut. Celui-ci a été prouvé par aveu en référence au courrier adressé par l'intimé à leur mandataire. Ils citent également les

passages de la demande et de la réponse à la demande reconventionnelle dans lesquelles l'intimé aurait également admis le défaut de contenance. Il ressortirait également des déclarations de l'architecte E. \_\_\_\_\_ qu'au moins 10 m<sup>2</sup> de la mezzanine ont été perdus entre les premiers plans sur lesquels la plaquette reposait et l'appartement effectivement réalisé. Ils ajoutent que le défaut de contenance a été enfin largement prouvé par le biais de l'expertise privée et se réfèrent à la publication de l'USPI qui indique que la méthode générale de calcul entrée en vigueur récemment est équivalente aux recommandations vaudoises. Ils soulignent que le premier juge aurait pu auditionner l'expert, dès lors que le moyen de preuve du témoignage de celui-ci avait été offert. A leur avis, le tribunal ne pouvait pas, d'une part, renoncer à faire administrer ce moyen de preuve et, d'autre part, retenir que les appelants n'avaient pas prouvé le défaut de contenance de l'appartement. De même, l'intimé ayant lui-même invoqué l'expertise, lorsqu'il était retenu qu'il lui incombait de démontrer l'existence de sa créance et au vu de l'impasse dans laquelle le revirement opéré par le tribunal aurait mis les appelants, rien ne l'empêchait d'administrer une expertise judiciaire d'office selon l'art. 153 al. 2 CPC ou d'interpeler les parties en ce sens conformément à l'art. 56 CPC. Dans sa réponse (p. 7 ss, Ad B.), l'intimé souligne que, contrairement à ce qui a été retenu en première instance, il n'a pas été prouvé qu'une surface de 181.95 m<sup>2</sup> avait été promise aux

Tribunal cantonal TC Page 8 de 14 appelants. L'acte de vente ne prévoit pas de « surface convenue » et désigne les immeubles tels qu'ils sont décrits dans le registre foncier. En particulier, les appelants n'ont pas soutenu avoir pris connaissance des plans du 13 janvier 2010 déposés au dit registre, si bien qu'on ne saurait s'y référer de manière abstraite en l'absence de mensuration officielle portée au registre foncier et ce d'autant plus qu'ils dataient de plus d'une année. L'intimé soutient qu'il appartenait aux appelants de faire figurer dans l'acte de vente la surface pour faire valoir leurs éventuels droits en cas de défaut éventuel. S'agissant du prétendu aveu contenu dans le courrier, l'intimé affirme que la seule présence de l'annotation ne permet pas de retenir qu'il a reconnu la surface alléguée par ces derniers. En lien avec la demande d'audition de F. \_\_\_\_\_, l'intimé constate que ses déclarations n'auraient pas de valeur probante plus élevée que son expertise écrite. L'intimé relève que les appelants n'indiquent pas pour quelle raison serait applicable à des appartements dans le canton de Fribourg les recommandations du canton de Vaud. Il affirme que les appelants n'ont pas étayé la méthode préconisée par les recommandations vaudoises et on ne saurait pas non plus dire si elles sont équivalentes aux recommandations de l'USPI dont la recevabilité est contestée. c) Dans un troisième grief, (appel, p. 7 s, let. C), les appelants citent la doctrine topique pour affirmer que le fardeau de la preuve de la faute propre du maître d'ouvrage incombe à l'entrepreneur qui s'en prévaut pour contester sa responsabilité. A leur avis, en retenant qu'il leur appartenait de démontrer que le défaut de contenance ne leur était pas imputable, le Tribunal civil a clairement tranché en contradiction avec la doctrine. Ainsi, il appartenait à l'intimé de démontrer que la perte de surface était due aux interventions des appelants et non l'inverse. Lors de son audition, l'architecte aurait clairement admis que le promoteur et elle-même avaient fait le choix de réduire la surface de la mezzanine de 10m<sup>2</sup> et que certaines modifications auxquelles elle avait procédé n'avaient pas été reportées sur les plans. Ils rappellent qu'à l'époque de la facture produite par l'intimé comme preuve de leur intervention sur les surfaces, datée du 23 décembre 2010, ils étaient encore loin d'avoir acheté l'appartement et avaient à peine manifesté leur intérêt audit achat. Ils réitèrent qu'ils ont uniquement modifié la forme de l'escalier intérieur et le mode de couverture des mezzanines. Ils affirment qu'aucune de ces

modifications n'a influencé la surface de l'appartement. Ils rappellent qu'au moment où ils ont visité l'appartement, les murs étaient montés et qu'ils ne les ont pas modifiés. Ils insistent sur le fait que si des mètres carrés manquent cela serait en raison de changements de plan opérés par l'intimé, respectivement par sa mandataire et dont les appelants n'ont pas été informés. Dans sa réponse (p. 12 s, Ad C.), l'intimé soutient que si, par impossible, il devait être retenu que les appelants ont apporté la preuve d'un défaut de contenance portant sur une diminution de 16.05 m<sup>2</sup>, il n'en demeure pas moins qu'ils n'ont pas démontré que ce défaut ne leur est pas imputable. En effet, dès lors que la deuxième ordonnance de preuve devait être maintenue, il leur appartiendrait d'apporter la preuve de leur non-responsabilité. Dans tous les cas, il devrait être retenu que les appelants sont à l'origine d'un éventuel défaut comme retenu dans la décision querellée. Ils auraient diminué en toute connaissance de cause la surface de l'appartement en exigeant des modifications portant sur les travaux de finition et les mezzanines. Le témoin aurait confirmé avoir procédé à des modifications sur instruction des appelants. Etant donné que les appelants sont à l'origine de nombreuses modifications dont ils auraient eu connaissance, ayant reçu les plans y relatifs, ils sont responsables du défaut lié à la réduction de surface si tant est qu'elle soit prouvée. Si par impossible, le défaut allégué par les appelants devait être démontré et imputé à l'intimé, il conviendrait de relever qu'ils n'ont pas apporté la preuve de l'ampleur de la diminution de prix exigée. En effet, le prix convenu par les parties par acte du 2 mars 2011 comprend également une rétribution pour les travaux entrepris par l'appelant, ce qui n'a pas été pris en compte dans le calcul de la diminution du prix. Par ailleurs, selon l'architecte il serait faux

Tribunal cantonal TC Page 9 de 14 d'affirmer que le prix de vente est fixé en fonction de la surface de l'appartement car il dépend de la situation. L'intimé ajoute que le prix de vente dépend également de la valeur du bien-fonds des lots, les aménagements extérieurs comprenant notamment les parties communes de la PPE, le lieu de situation de l'immeuble, etc. 3. a) Selon l'art. 154 CPC, les ordonnances de preuves sont rendues avant l'administration des preuves. Elles désignent en particulier les moyens de preuve admis et déterminent pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve. Elles peuvent être modifiées ou complétées en tout temps. « En tout temps » signifie : « aussi longtemps qu'il n'a pas été jugé » (SCHWEIZER, Code de procédure civile commenté, 2011, art. 154 n. 11 s). Il y a deux moments spécifiques pour l'émission de ces ordonnances : durant la phase qui précède les débats principaux, pour les moyens de preuve proposés par les parties dans le cadre des débats d'instruction; ou durant la phase des débats principaux, après les premières plaidoiries (TREZZINI, La procédure probatoire et l'interrogatoire des parties in Le code de procédure civile, Fondation pour la formation continue des juges suisses, journée du 9 septembre 2009, p. 9). Le tribunal doit indiquer aux parties ce que chacune d'entre elles a la charge de prouver à peine d'échec. Il aurait ainsi le devoir, d'entrée de cause (à tout le moins au moment de statuer sur les offres de preuves), de répartir les rôles à la lumière de l'art. 8 CC, ce qui suppose une connaissance approfondie du dossier, qui certes peut être affinée au fil de l'évolution de la cause (SCHWEIZER, op. cit., art. 154 n. 5). Le fardeau de la preuve est régi par l'art. 8 CC qui prescrit que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition répartit le fardeau de la preuve et détermine sur cette base qui doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 132 III 689, 132 III 449, 131 III 646 et 129 III 18). Le rôle des parties au procès n'implique aucunement un renversement du fardeau de la preuve qui soit analogue à une présomption légale que devrait alors renverser nécessairement le demandeur. En particulier, dans les contestations portant sur

l'existence d'un droit sur la tête du défendeur, c'est pourtant bien ce dernier qui doit établir les faits utiles à légitimer l'existence sur sa tête du droit litigieux. Le seul fait que le demandeur doive fonder en fait le droit déduit en justice ne signifie ainsi pas qu'il a la charge de la preuve de tous les éléments à même de faire condamner le défendeur. Il découle de l'art. 8 CC que la partie à qui incombe la preuve est aussi celle qui, dans le système de la maxime des débats, doit alléguer les faits sur lesquels cette preuve doit être administrée. Le droit à la preuve est restreint aux seules preuves pertinentes dans le cadre juridique du procès. La preuve d'un fait qui est sans influence sur l'allocation de la conclusion de la partie n'est pas couverte par l'art. 8 CC (PIOTET, Commentaire romand - Code civil I, art. 1 - 359 CC, art. 8, n. 40, 60 et 71). b) Aux termes de l'art. 184 al. 1 CO, la vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer. Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant en raison des qualités promises qu'en raison des défauts qui, matériellement ou juridiquement, enlèvent à la chose soit sa valeur, soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure (art. 197 al. 1 par renvoi de l'art. 221 CO). Il répond de ces défauts, même s'il les ignorait (idem, al. 2). Sauf convention contraire, le vendeur est tenu d'indemniser l'acheteur lorsque l'immeuble n'a pas la contenance indiquée dans l'acte de vente (art. 219 al. 1 CO). Si l'immeuble vendu n'a pas la contenance portée au registre foncier d'après une mensuration officielle, le vendeur n'est tenu d'indemniser l'acheteur que lorsqu'il s'y est expressément obligé (art. 219 al. 2 CO). En matière mobilière, le défaut de quantité ne donne pas lieu à garantie, car il est considéré comme une inexécution partielle. En revanche, pour les immeubles, la parcelle achetée est un objet en elle-même, identifiée par un numéro au registre foncier et des limites visibles sur le terrain ; la surface fait en principe l'objet d'une « mensuration officielle ». C'est pourquoi on considère la contenance

Tribunal cantonal TC Page 10 de 14 effective de l'immeuble comme une qualité, la différence par rapport à la contenance promise (assurée) étant un défaut caché. C'est le régime consacré par l'art. 219 al. 1 et 2 CO. Tout autre défaut de quantité est soumis au régime de l'art. 197 CO ; ainsi le volume d'un bâtiment ou la surface de la part de copropriété (TERCIER / FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e éd., 2009, n. 1093). c) L'art. 363 CO définit le contrat d'entreprise comme un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer. Après la livraison de l'ouvrage, le maître doit en vérifier l'état aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires, et en signaler les défauts à l'entrepreneur, s'il y a lieu (art. 367 al. 1 CO). Lorsque les défauts de l'ouvrage ou les infractions au contrat sont de moindre importance, le maître peut réduire le prix en proportion de la moins-value, ou obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais si la réfection est possible sans dépenses excessives ; le maître a, de plus, le droit de demander des dommages-intérêts lorsque l'entrepreneur est en faute (art. 368 al. 2 CO). Tout ouvrage affecté d'un défaut ne possède pas une qualité déterminée qu'il devrait avoir d'après le contrat. Cette non-conformité au contrat constitue le défaut de l'ouvrage. Le défaut de l'ouvrage est donc un état de l'ouvrage contraire au contrat, qui tient au fait que l'ouvrage ne présente pas une qualité requise contractuellement. L'état de l'ouvrage déterminant pour le défaut englobe toutes les caractéristiques de l'ouvrage, y compris par exemple son aspect et ses dimensions, sa situation géographique, ses autres relations avec ce qui l'entoure, de même que ses qualités intrinsèques (comme son aptitude à fonctionner, son caractère économique ou son absence d'entretien) (GAUCH, Le contrat d'entreprise, adaptation

française par CARRON, 1999, n. 1356 ss). Le maître qui tire du caractère défectueux de l'ouvrage des droits de garantie envers l'entrepreneur doit prouver l'existence du défaut qu'il allègue, en tant que fait dont il déduit un droit (art. 8 CC), de la même manière qu'un créancier doit prouver la violation (objective) du contrat s'il en tire un droit à des dommages-intérêts au sens de l'art. 97 al. 1 CO. Le fardeau de la preuve incombe donc au maître et non à l'entrepreneur. En particulier, c'est au maître qu'il incombe de prouver qu'un défaut allégué constitue effectivement un état de l'ouvrage non conforme au contrat et donc un défaut de l'ouvrage au sens de la loi. Le maître ou l'entrepreneur peut faire examiner l'ouvrage par un expert privé et en faire consigner les résultats dans une expertise privée qui n'entre pas en ligne de compte comme moyen juridique de sauvegarder la preuve, ce qui n'exclut toutefois pas que le juge l'intègre, comme n'importe quelle allégation, dans son jugement (GAUCH, op. cit., n. 1507 et 1515). 4. a) En l'espèce et contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal civil dans la première partie de la décision attaquée, l'acte de vente et contrat d'entreprise instrumenté le 2 mars 2011 n'avait pas pour objet la vente d'un lot de deux appartements d'une surface de 181.95 m<sup>2</sup> à réunir, dans le cadre d'une modification, pour en faire un seul appartement qui devait avoir cette même surface (décision attaquée, p. 8, 4e §). Bien que les deux contrats aient été conclus le même jour, leur exécution devait s'effectuer en deux étapes distinctes. En effet, par contrat de vente, l'intimé s'est uniquement engagé à transférer la propriété d'un garage lot PPE n° 2, d'un appartement de 2.5 pièces lot PPE n° 9 pièces et d'un appartement de 4.5 pièces lot PPE n° 10. Ces unités PPE devaient être transférées en l'état (acte de vente et contrat d'entreprise = DO/bordereau du 22 mars 2012, pce 2). Les appelants ne contestent pas que les deux appartements avaient une surface totale de 181.95 m<sup>2</sup> au moment de leur achat. Par contre, ils soutiennent que l'appartement réuni ne l'aurait plus. Or, celui-ci n'est pas l'objet du contrat de vente, lequel portait sur les deux appartements avant leur réunification et le garage. Partant, il convient de retenir qu'en transférant les trois lots en l'état l'intimé a exécuté son obligation contractuelle fondée sur le contrat de vente. De surcroît, il ne ressort pas de l'acte de vente que la surface initiale devait être garantie après la réunification des deux appartements. D'ailleurs et comme retenu dans la

Tribunal cantonal TC Page 11 de 14 deuxième partie de la décision attaquée (p. 11, 2e §), la surface de 181.95 m<sup>2</sup> reste théorique, puisqu'elle peut être éventuellement réduite par l'intégration d'un meuble, d'armoires ou d'autres éléments intégrés dans la construction, les appelants ayant acheté une enveloppe de deux appartements. Par le contrat d'entreprise, l'intimé s'est engagé à livrer l'appartement aux appelants conformément au descriptif technique (acte de vente et contrat d'entreprise = DO/bordereau du 22 mars 2012, pce 2). Ce descriptif est également muet quant au maintien ou non de la surface initiale (annexe à l'acte de vente et contrat d'entreprise = DO/bordereau du 22 mars 2012, pce 2). De plus, il prévoit qu'il peut faire l'objet de modifications de certains travaux ou matériaux en cours de construction si cela est jugé nécessaire par l'architecte. Tout comme il ressort de la proposition relative au contrat d'entreprise du 26 janvier 2011 que certains travaux pouvaient être « coordonnés » par les appelants sans l'architecte. Ainsi, suite à la vente, la surface des appartements était susceptible de varier du fait de l'architecte et/ou des appelants et cela indépendamment de l'intimé. Vu que les parties n'ont pas prévu la garantie de la surface initiale suite aux aménagements et que celle-ci est la seule contestation relative au contrat d'entreprise, il convient de retenir que l'intimé a une nouvelle fois exécuté les engagements pris. Au vu de ce qui précède, il sera retenu que le demandeur intimé a exécuté ses obligations découlant des deux contrats. D'une part, il a respecté le contrat de vente en

transférant en l'état la propriété des trois lots PPE. D'autre part, il a rempli les engagements pris dans le contrat d'entreprise en procédant aux aménagements convenus. Par contre, il ne ressort pas des deux contrats précités qu'il s'est engagé à vendre un appartement réunifié et aménagé ayant la surface totale des deux appartements sis sur les lots 9 et 10. Par surabondance, il est difficilement concevable qu'un vendeur accepte les risques inhérents à un tel engagement vu que, comme en l'espèce, la diminution de la surface peut être le fait de l'acquéreur. b) L'acte de vente et le contrat d'entreprise ont été produits par le demandeur intimé à l'appui de sa demande du 22 mars 2012. Après les échanges d'écritures, les parties ont été citées aux débats principaux par citation du 6 mars 2012 (DO/20 ss). Le 7 mars suivant, le Président a rendu la première ordonnance de preuves qui répartissait la charge de la preuve en fonction des conclusions prises par les parties. Le 28 mai 2013 (DO/34 ss), les parties ont été citées à une nouvelle audience fixée au 17 mai 2013. A cette occasion (DO/pce 32bis ss), le demandeur intimé a déclaré : « La surface de 181,95 m<sup>2</sup> était définie pour les deux appartements pris séparément et non pas pour l'appartement de 6 ½ pièces. [...] Je me suis pas engagé au contrat à livrer un appartement de 6 ½ pièces de 181,95 m<sup>2</sup>, mais deux appartements de 2 ½ et 4 ½ pièces pour cette surface ». Le 13 septembre 2013 (DO/pce 40 ss), l'architecte a déclaré ce qui suit : « Pour des questions d'égalité avec les autres propriétaires, la vente n'a pu porter que sur deux lots PPE de 181,95 m<sup>2</sup> au total. Cette surface a été calculée sur la base des plans des deux lots séparés. Elle reste théorique, puisqu'elle peut être éventuellement réduite par l'intégration d'un meuble, d'armoires, etc. ». Ces déclarations mettent en lumière les passages topiques des contrats conclus et permettent de déterminer les réelles volontés des parties. Sur ces bases, le Président du Tribunal civil a, à juste titre, décidé de modifier l'ordonnance de preuve en chargeant les appelants d'apporter notamment la preuve que la surface totale de l'appartement construit (deux appartements réunis) ne correspond pas à la surface promise au moment de la signature du contrat de vente et que la diminution de la surface présente un défaut qui ne leur est pas imputable (DO/47 ss). En effet, par la production de l'acte de vente et contrat d'entreprise, par ses déclarations et l'audition du témoin, le demandeur a réussi à démontrer qu'il était en droit d'exiger le paiement du montant de CHF 46'500.-. Compte tenu de cela, il appartenait aux défendeurs qui étaient également

Tribunal cantonal TC Page 12 de 14 demandeurs reconventionnels de démontrer non seulement qu'ils n'étaient pas obligés au versement du dit montant mais aussi qu'ils étaient en droit de demander une diminution du prix en raison du prétendu défaut lié à la surface. Les éléments factuels de la cause se sont affinés au fil de l'évolution de la procédure justifiant ainsi la modification de l'ordonnance et le renversement du fardeau de la preuve. De surcroît, la dite ordonnance ne viole pas le droit à la preuve des appelants car, comme évoqué, cette modification peut intervenir durant la phase des débats principaux. c) En conclusion, il ressort du dossier de la cause que la conservation de la surface initiale n'était prévue ni dans l'acte de vente ni dans le contrat d'entreprise. Les appelants, ayant le fardeau de la preuve, n'ont pas réussi à démontrer le contraire, à savoir que le maintien de la surface initiale était convenu contractuellement et qu'il était une condition au paiement de la totalité du montant dû. Vu que les appelants ont échoué dans la démonstration de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner s'ils ont réussi à prouver les deux autres points subséquents, à savoir que la diminution de la surface leur est imputable et que le montant du défaut de contenance est d'au moins CHF 46'500.-. d) Au vu de ce qui précède, les trois premiers griefs sont infondés. 5. a) Dans un quatrième et dernier grief, (appel, p. 8, let. D), les appelants invoquent une fixation erronée des dépens en soutenant que ceux-ci couvrent les

opérations en lien avec le procès. Tandis que les dépenses antérieures au procès ne peuvent être prises en compte que si elles sont destinées à préparer celui-ci. Les autres frais juridiques antérieurs au procès constitueraient un élément du dommage à réparer. Dès lors que l'intimé n'avait pris aucune conclusion en vue d'obtenir une compensation des frais d'avocat antérieurs au procès, le tribunal a à tort et contrairement au droit tenu compte des honoraires encourus entre le 14 novembre 2011 et le 1er mars 2012. Ils précisent qu'il s'agirait d'une violation du droit qui devrait être corrigée même dans l'hypothèse où l'intimé ne succomberait pas sur le fond de l'affaire. Dans sa réponse (p. 13, Ad D), l'intimé soutient que les frais indiqués dans la liste de son mandataire du 9 février 2015 ont été nécessaires à l'introduction de la procédure. Compte tenu de la complexité du litige, les opérations indispensables à l'appréhension des faits et du droit en vue de préparer un procès ont nécessité certes un peu de temps. Or, elles ont été réalisées en vue de l'introduction de l'instance et leur prise en compte serait juste et non contraire au droit. b) Font partie des frais du procès et sont inclus dans les dépens ceux liés à l'instruction, à l'étude des faits et du droit, ainsi qu'à la rédaction des actes et à l'examen de l'éventualité d'un accord hors procès (arrêt TF 4C.55/2006 du 12.05.2006 consid. 4.1 et les réf. citées). Les dépens couvrent les opérations antérieures au procès destinées à préparer celui-ci, notamment en fixant la situation de fait et de droit nécessaire à la rédaction des écritures (D. TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, art. 95 CPC n. 37). Par contre, les frais nécessaires d'avocat engagés avant procès et non couverts ni présumés couverts par les dépens peuvent faire l'objet d'une action en dommages-intérêts (ATF 139 III 190 consid. 4.2 et 4.4 et les réf. citées). c) En l'espèce, la liste de frais produite par le mandataire de l'intimé (DO/118 ss) indique qu'entre la mi-novembre et le 1er décembre 2011 y compris il a pris connaissance des pièces du dossier et a rencontré l'architecte qui a géré le projet. Ceci correspond à l'instruction et étude des faits qui sont englobés dans les dépens. Ensuite, entre la mi-décembre 2011 et mi-janvier 2012, il y a eu une prise de contact entre les avocats des parties lors de laquelle il est usuel qu'ils se communiquent l'existence de leur mandat et tentent de désamorcer le différend avant que le tribunal ne soit saisi. Ces opérations sont également comprises dans les dépens. La suite des

Tribunal cantonal TC Page 13 de 14 opérations indique qu'il y a eu une vision locale le 30 janvier 2012 puis des recherches dans le registre foncier. La liste de frais que le mandataire des appelants avait adressée aux premiers juges pour les dépens mentionne elle aussi ces opérations (DO/110). Par conséquent, les parties accompagnées de leurs mandataires se sont rencontrées à l'appartement qui est l'objet du litige. Cette tentative de discussion doit être aussi prise en compte dans les dépens tout comme les échanges de courriers qui s'en sont suivis. Il n'y a que les opérations des 21 et 28 février 2012 qui devraient être supprimées de la liste de frais car elles semblent n'être qu'indirectement liées à la demande en paiement. En effet, elles s'inscrivent dans la procédure de poursuite qui est conséquente à l'absence de paiement du solde dû par les appelants. Ainsi, il convient de retrancher de la liste de frais les 12 minutes (0.20h) correspondant à l'introduction de la procédure de poursuite par l'intimé. Après cette réduction, le montant total des dépens s'élève à CHF 10'596.85 [CHF 10'644.85 - (0.20h x CHF 240.-), TVA (8%) par CHF 847.75 en sus. d) Au vu de ce qui précède, ce dernier grief est très partiellement fondé et la décision de première instance sera modifiée en conséquence. 6. a) Vu que l'appel n'est admis que sur un détail, les frais seront mis à la charge solidaire des appelants qui succombent en quasi totalité (art. 106 al. 1 et 3 CPC). b) Les frais comprennent d'une part les frais judiciaires par un émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC; art. 124 LJ; art. 10 s. et 19 RJ), et

d'autre part les dépens. Lorsque, comme en l'espèce, la cause ne figure pas dans les cas de fixation globale des dépens, ceux-ci font l'objet d'une fixation détaillée (art. 65 RJ). Celle-ci est effectuée en tenant compte notamment du temps nécessaire à la conduite du procès, dans des circonstances ordinaires ainsi que des intérêts en jeu (art. 63 al. 3 RJ). Elle a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.- (art. 65 RJ). Toutefois les opérations de correspondance et communications téléphoniques qui ne sortent pas du cadre de simple gestion administrative du dossier telles que des courriers de transmission, des requêtes de prolongation de délai ou de renvoi d'audience ne donnent droit qu'à un montant forfaitaire de CHF 500.- au maximum, respectivement de CHF 700.- au maximum si la cause a suscité une correspondance d'une ampleur extraordinaire (art. 67 RJ). Selon l'art. 68 RJ, les débours nécessaires à la conduite du procès sont remboursés au prix coûtant, sous réserve de ce qui suit: l'autorité fixe forfaitairement les frais de copie, de port et de téléphone à 5% de l'indemnité de base sans majoration. Les tirages de l'ordinateur ne sont pas des débours à rembourser, comme le sont les photocopies nécessaires des pièces produites et de certains actes du juge ou de la partie adverse. Enfin, le taux de la TVA est de 8 % (art. 25 al. 1 LTVA). En l'espèce, la liste d'opérations de l'avocat de l'intimé mentionne pour l'appel près de 7 heures d'activité et a été établie sur un tarif horaire, majoré, de CHF 297.40 ; elle s'élève au total à CHF 2'333.75, dont CHF 172.85 pour le remboursement de la TVA. Le temps indiqué peut être considéré comme adapté au dossier de la cause eu égard à l'objet du litige. Le tarif horaire devrait certes être corrigé étant donné que le supplément résultant de la valeur litigieuse est de 18.6% et non pas de 18.96%. Par ailleurs, le montant des débours devrait lui aussi être corrigé étant donné que le forfait pour frais de copies, ports et téléphones n'est pas calculé sur le total des honoraires, comme effectué dans la liste, mais sur le montant de base sans la majoration. Le montant de ces deux corrections serait cependant bien inférieur à ce qu'il faudrait ajouter pour le temps nécessaire à l'analyse de l'arrêt rendu et son explication au client. Les dépens seront donc fixés au montant prétendu.

Tribunal cantonal TC Page 14 de 14 la Cour arrête: I. L'appel est partiellement admis. Partant, le ch. 3, 3e alinéa de la décision du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye du

#### **E. 16**

avril 2015 est modifié comme suit : 3. [inchangé] [inchangé] Les dépens de C.\_\_\_\_\_, à la charge de A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_, sont fixés à CHF 11'444.60, TVA comprise. II.

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