

# FR\_GERICHTE 101 2017 326 vom 4. Oktober 2018

FR Kantonsgericht, 2018-10-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2017\\_326](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2017_326)

FR: FR\_GERICHTE 101 2017 326 du 4 octobre 2018

IT: FR\_GERICHTE 101 2017 326 del 4 ottobre 2018

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Werkvertrag

## Erwägungen

### E. 19

octobre 2009. Ces travaux concernaient la Résidence. Par un nouveau contrat signé par les parties les 17 et 19 novembre 2009, les travaux de maçonnerie béton armé relatifs au groupe B des villas de la Résidence ont été adjugés à B. \_\_\_\_\_ SA pour un montant de CHF 846'368.05 (TVA à 7,6 % comprise). Au cours de la même année, l'entreprise a été appelée en urgence par A. \_\_\_\_\_ pour terminer les travaux de maçonnerie béton armé pour le groupe de villas A du même projet, afin de remplacer l'entreprise F. \_\_\_\_\_ en place dont le travail était défectueux. Le 12 novembre 2009, B. \_\_\_\_\_ SA a établi sa facture finale n° 279/8722 relative aux travaux de consolidation du talus, pour un montant de CHF 21'520.--. Cette facture a été réglée par A. \_\_\_\_\_. Le 2 mars 2011, B. \_\_\_\_\_ SA a adressé à A. \_\_\_\_\_ une facture finale n° 90/8722 concernant les travaux de maçonnerie béton armé pour les villas du groupe A, pour un montant total de CHF 234'590.65, présentant un solde en sa faveur de CHF 56'350.75. Elle lui a également adressé une facture finale n° 89/8722 relative aux travaux de maçonnerie béton armé des villas du groupe B, pour un total de CHF 905'612.70 présentant un solde en sa faveur de CHF 305'612.70. De multiples rappels ont été adressés par B. \_\_\_\_\_ SA à A. \_\_\_\_\_. Par courrier du 15 novembre 2011, B. \_\_\_\_\_ SA a envoyé à A. \_\_\_\_\_ un récapitulatif de ses créances. Après déduction des montants versés, le montant réclamé se montait à CHF 185'218.25. B. Le 20 avril 2012, à l'instance de B. \_\_\_\_\_ SA, l'Office des poursuites de Genève a notifié à A. \_\_\_\_\_ un commandement de payer dans la poursuite n° ggg pour un montant de CHF 185'218.25, avec intérêts à 5 % dès le 15 novembre 2011 et pour un second montant de CHF 3'000.--. Il y a formé opposition. Le montant de CHF 185'218.25 réclamé par B. \_\_\_\_\_ SA correspond au solde sur ses factures n° 90/8722 et 89/8722. Le montant de CHF 3'000.-- correspond aux frais de son précédent mandataire. C. Le 27 juin 2012, B. \_\_\_\_\_ SA a, par requête de citation en conciliation, ouvert action contre A. \_\_\_\_\_, en paiement de CHF 185'218.25 plus accessoires. Elle a suivi en cause par demande du 19 octobre 2012 saisissant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Veveyse (ci- après le Tribunal). D. Les parties ont comparu à l'audience du 16 octobre 2013.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 10 Dans l'instruction de la cause, une expertise, requise par chacune des parties, a été mise en œuvre et confiée à G. \_\_\_\_\_, architecte à H. \_\_\_\_\_, par ordonnance du 29 octobre 2013. La mise en œuvre de cette expertise a donné lieu à divers incidents (cf. décision de refus de révocation de l'expert du 17 août 2015 et arrêt TC FR 101 2015 192 & 193 du 26 janvier 2016). L'expert a déposé son rapport le 14 septembre 2016, arrêtant à CHF 128'875.30 le solde dû à l'intimée. Le 14 novembre 2016,

A. \_\_\_\_\_ a requis la récusation de l'expert, rejetée car tardive par décision du 19 janvier 2017. La Cour de céans a déclaré irrecevable le recours formé par A. \_\_\_\_\_ contre cette décision (arrêt TC 101 2017 39 du 27 mars 2017). E. Par jugement du 7 septembre 2017, le Tribunal a partiellement admis la demande en paiement. Il a ainsi condamné A. \_\_\_\_\_ à verser à B. \_\_\_\_\_ SA la somme de CHF 107'355.30, avec intérêts à 5 % l'an dès le 15 novembre 2011 et a partant prononcé la mainlevée définitive de l'opposition précitée à concurrence de CHF 107'355.30, avec intérêt à 5% l'an dès le 15 novembre 2011. Il a réparti les frais à raison de 20% à la charge de B. \_\_\_\_\_ SA et de 80% à la charge de A. \_\_\_\_\_, les a arrêtés à CHF 19'000.-- dont CHF 3'800.-- à la charge de B. \_\_\_\_\_ SA et CHF 15'200.-- à la charge de A. \_\_\_\_\_, partiellement prélevés sur les avances effectuées, le solde par CHF 2'699.50 devant être acquitté par A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ SA ayant droit au remboursement par ce dernier du montant avancé dépassant la part qui lui incombe. Il a également décidé que A. \_\_\_\_\_ supporte ses propres dépens et 60% de ceux de B. \_\_\_\_\_ SA, à savoir CHF 9'449.15 (60 % de CHF 15'748.55). F. Le 9 octobre 2017, A. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre le jugement précité en prenant les conclusions suivantes sous suite de frais: « 1. Le présent recours est admis. 2. A titre principal La décision rendue le 7 septembre 2017 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Veveyse est réformée et le dispositif de cette décision est modifié comme suit: 1. La demande est rejetée. 2. abrogé 3. abrogé 4. Les frais sont mis à la charge de B. \_\_\_\_\_ SA. A titre subsidiaire La décision rendue le 7 septembre 2017 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Veveyse est annulée. La cause est renvoyée à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. 3. Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge de B. \_\_\_\_\_ SA. » Invité à prêter une avance de frais de CHF 12'000.-, A. \_\_\_\_\_ a versé CHF 10'000.- le 31 octobre 2017 puis, après rappel, le solde de CHF 2'000.- le 7 novembre 2017. G. Le 11 décembre 2017, B. \_\_\_\_\_ SA a déposé sa réponse à l'appel, concluant au rejet de celui-ci sous suite de frais.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 10 en droit 1. 1.1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de CHF 10'000.- au moins (art. 308 al. 2 CPC). Ecrit et motivé, il doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC). En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à CHF 10'000.-, l'appel est recevable. 1.2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 (JEANDIN, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JEANDIN, art. 310 CPC n. 6; JdT 2011 III 43 et les réf. cit.) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt TF 4A\_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2). 1.3. Vu le montant encore litigieux en procédure d'appel (CHF 107'355.30), la valeur litigieuse exigée pour un recours en matière civile est largement dépassée (art. 51 al. 1 let. a et 74 al. 1 let. b LTF). 2. 2.1. Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, l'appelant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu. Il soutient que le Tribunal n'a pas administré l'entier

de l'expertise, en retirant du mandat d'expertise ses questions. Admettant qu'il n'a pas versé sa part de l'avance de frais en lien avec cette expertise, il fait valoir que la partie adverse l'a cependant versée à sa place, de sorte que la preuve devait être entièrement administrée. Il indique qu'il a, aussi, été exclu de la rencontre du 30 juin 2016 entre l'expert et la partie adverse et qu'il n'a pas eu connaissance des pièces transmises par celle-ci à cette occasion. L'appelant prétend, enfin, qu'il n'a pas pu se déterminer sur le rapport d'expertise. Il soutient que l'autorité précédente a prononcé la clôture de la procédure probatoire sans statuer sur sa demande de révocation, respectivement de prolongation du délai pour se déterminer sur le rapport d'expertise. 2.2. L'intimée soutient que l'appelant adopte un comportement contraire à la bonne foi en invoquant une telle violation, notamment en ne prestant pas l'avance de frais pour l'expertise puis en se plaignant de sa mise en œuvre. Elle relève aussi que l'appelant indique qu'il n'a pas pu participer à l'expertise alors qu'il a eu un rendez-vous avec l'expert. 2.3. Le droit d'être entendu, ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. en tant que garantie constitutionnelle minimale et à l'art. 53 CPC, implique notamment le droit pour toute personne de pouvoir s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves

Tribunal cantonal TC Page 5 de 10 essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (arrêt TF 5A\_28/2015 du 22 mai 2015 consid. 3.1.1 et 3.2). Le droit d'être entendu est un grief de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). Par exception, une violation du droit d'être entendu, pour autant qu'elle ne soit pas particulièrement grave, peut être réparée lorsque l'intéressé a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. Par ailleurs, même si la violation du droit d'être entendu est grave, une réparation de ce vice procédural devant l'autorité de recours est également envisageable si le renvoi à l'autorité inférieure constituerait une vaine formalité. L'allongement inutile de la procédure qui en découlerait est en effet incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 137 I 195 consid. 2.3.1 et 2.3.2; 133 I 201 consid. 2.2). 2.4. Aux termes de l'art. 102 CPC, chaque partie avance les frais d'administration des preuves qu'elle requiert (al. 1). Lorsque les parties requièrent les mêmes moyens de preuve, chacune avance la moitié des frais (al. 2). Si l'avance n'est pas fournie par une partie, elle peut l'être par l'autre partie, faute de quoi, les preuves ne sont pas administrées. L'administration des preuves dans les affaires dans lesquelles le tribunal doit établir les faits d'office est réservée (al. 3). Selon le texte légal, le critère est bien le fait d'avoir demandé la preuve concernée, non le fardeau de la preuve ou la provenance de l'allégué concerné: une partie devra ainsi avancer les frais même d'une contre-preuve qu'elle sollicite sur un allégué de la partie adverse dont la preuve incombe en principe à cette dernière (TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, art. 102 CPC n. 3, p. 391 et la réf. cit.). Contrairement à l'art. 98 CPC, l'art. 102 al. 1 CPC, lex specialis par rapport à l'art. 98 CPC, est en principe une norme impérative, de telle sorte que le tribunal n'est pas libre de décider d'une autre répartition (TAPPY, art. 102 CPC n. 4). Faute d'avance des frais d'administration d'une preuve, il sera normalement renoncé à celle-ci (art. 102 al. 3 1ère phr. in fine CPC). Il s'agit d'une conséquence particulière d'un défaut au sens où le définit l'art. 147 al. 1 CPC, à laquelle la partie doit avoir été rendue attentive (art. 147 al. 3 CPC), en général par un avis joint à la décision fixant l'avance exigée, faute de quoi la sanction ne paraît pas applicable selon TAPPY. L'art. 102 al. 3 CPC

prévoit deux exceptions à la renonciation à administrer des preuves lorsque des avances ont été requises et non versées: d'une part, la dernière phrase réserve l'administration des preuves dans les affaires dans lesquelles le tribunal doit établir les faits d'office, et d'autre part, la preuve sera néanmoins administrée si l'avance non payée par la partie à la charge de qui elle avait été mise l'est par la partie adverse (art. 102 al. 3, 1ère phr. principio; TAPPY, art. 102 CPC n. 11-12). Cela se produira essentiellement quand les deux parties ont invoqué le moyen de preuve et doivent prêter chacune la moitié de l'avance de frais requise (URWYLER/GRÜTTER, ZPO Kommentar, 2016, p. 776-777). Il peut aussi arriver qu'un plaideur non instant à une preuve demandée par son adversaire, par exemple un témoignage, ne souhaite pas qu'il y soit simplement renoncé. La partie adverse peut donc reprendre en quelque sorte cette preuve à son compte, en payant elle-même l'avance non effectuée. Un délai pour se déterminer et faire le cas échéant ce versement devra donc lui être imparti à l'échéance du délai de versement non utilisé par son adversaire (TAPPY, art. 102 CPC n. 13). Si la preuve n'est pas administrée en cas de non-versement de l'avance requise, les conséquences de l'absence de preuve sont régies par l'art. 8 CC.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 10 2.5. 2.5.1. En l'espèce, les deux parties ont requis une expertise à l'appui de leurs allégations (DO 21 et 51) et cette expertise vise en substance le même but, à savoir vérifier les factures en fonction des travaux effectués. Les parties se sont accordées sur la personne de l'expert et une première avance de frais de CHF 3'500.- a été requise de chacune d'elles le 29 octobre 2013 (DO 88 et 90, 93); elles ont presté ces avances les 8 et 29 novembre 2013. Les parties ont été invitées à déposer un projet de questionnaire destiné à l'expert (DO 93). L'intimée a déposé ses questions le 5 décembre 2013 (DO 106) et l'appelant le 9 janvier 2014 (DO 108). Le mandat d'expertise a été définitivement avalisé par le Tribunal par décision du 13 janvier 2014 (DO 111); il en ressort quatre questions. Le Tribunal a invité l'expert à débiter son travail. Par courrier du 11 juillet 2014, l'expert a indiqué qu'il requerrait un supplément d'honoraires de CHF 3'000.-, dès lors que l'appelant refusait de se rendre dans les locaux de l'expert et qu'il lui demandait plutôt de se déplacer chez lui (DO 123 et annexes). Le Tribunal a tout d'abord enjoint l'appelant de prêter cette avance de frais complémentaire, par ordonnance du 18 juillet 2014, avant de révoquer le délai, suite à la contestation de l'appelant, et de demander à l'expert de justifier le montant complémentaire (DO 124 ss). Suite aux justifications de l'expert, le Tribunal a, à nouveau, imparti un délai à l'appelant pour prêter l'avance de frais complémentaire pour les frais de déplacement de l'expert. Après deux prolongations du délai, l'appelant, qui a finalement accepté de se déplacer, a indiqué au Tribunal que l'avance de frais complémentaire était devenue sans objet (DO 138-146). Une séance a eu lieu avec l'expert et les parties le 4 février 2015; par courrier du 5 février 2015, l'expert s'est adressé à l'appelant pour lui indiquer qu'un entretien serein n'était pas possible en sa présence et a demandé qu'il produise différents documents afin de poursuivre son expertise (DO 149). Différents échanges ont eu lieu à ce sujet. Par courrier du 9 mars 2015, l'appelant a demandé la désignation d'un nouvel expert (DO 157). Par courrier du 24 mars 2015, l'expert a indiqué la suite envisagée de l'expertise et a estimé ses honoraires à CHF 10'000.- pour la poursuite de celle-ci, adressant une liste d'honoraires de CHF 7'000.- pour les opérations déjà effectuées (DO 162 et annexe). Les parties se sont déterminées. Par ordonnance du 17 août 2015, le Tribunal a rejeté la requête de révocation de l'expert et, considérant que l'expert s'était trompé dans l'estimation initiale de son devis mais que son devis revu était cependant trop élevé, il lui a imparti un délai pour terminer son expertise pour un montant total de CHF 14'000.-; dans cette même ordonnance, il a également imparti

un délai aux parties pour prêter une avance de frais complémentaire de CHF 3'500.- chacune (DO 177). L'appelant a recouru contre cette ordonnance auprès de la Cour de céans qui a déclaré son pourvoi irrecevable (arrêt 101 2015 192&193 du 26 janvier 2016). L'appelant n'ayant pas presté l'avance de frais complémentaire dans le délai prolongé par la Cour de céans, le Président du Tribunal s'est adressé à l'intimée par courrier du 16 mars 2016 pour l'informer de la possibilité pour elle de verser cette avance à la place de la partie défaillante conformément à l'art. 102 al. 3 CPC (DO 198). Le 30 mars 2016, l'intimée a indiqué que le montant des honoraires de l'expert avait été fixé par décision judiciaire à CHF 14'000.-, que les avances de frais versées se montaient à CHF 10'500.-, et que deux des quatre questions du mandat d'expertise étaient des questions de l'appelant, de sorte que, celui-ci étant considéré comme défaillant, il pouvait y être renoncé et l'expertise poursuivie sans cette ultime avance de frais complémentaire de CHF 3'500.- (DO 199). Invité à se prononcer sur la possibilité de traiter uniquement les deux questions de l'intimée, l'expert a, par courrier du 14 avril 2016, indiqué qu'il procéderait lui-même aux métrés avec l'aide de son technicien et a estimé ses honoraires pour la poursuite de l'expertise à CHF 10'000.- (DO 201). Par courrier du 3 juin 2016, le Président du Tribunal a rappelé à l'expert que la décision fixant le montant maximal de l'expertise à CHF 14'000.- n'avait pas fait l'objet d'un recours de sa part, que le complément d'avance de frais non presté par l'appelant l'avait actuellement été par l'intimée de sorte que ses honoraires étaient

Tribunal cantonal TC Page 7 de 10 couverts à concurrence du montant précité et qu'il ne devait répondre qu'à deux des quatre questions initialement posées sauf impossibilité technique de les dissocier (DO 209). L'expert a, à nouveau, estimé ses honoraires à CHF 17'000.- et le Président du Tribunal l'a enjoint sous menace de sanction pénale à déposer son rapport, lui rappelant que le montant de ses honoraires ferait l'objet d'une décision et qu'il pourrait justifier une modification du mandat justifiant un montant supplémentaire (DO 214). L'expert a déposé son rapport le 14 septembre 2016 (DO 218). Par courrier du 19 septembre 2016, le Président du Tribunal l'a fait notifier aux parties et leur a imparti un délai échéant le 31 octobre 2016 pour se déterminer sur le rapport (DO 279). Ce délai a été prolongé à une reprise. L'intimée a déposé ses déterminations le 10 novembre 2016 (DO 290) et l'appelant a déposé le 14 novembre 2016 une demande de récusation, concluant également à la révocation du délai pour se déterminer sur la suite de la procédure et subsidiairement à ce qu'un nouveau délai lui soit imparti pour se déterminer sur l'expertise si sa demande de récusation doit être rejetée (DO 292). Par décision du 19 janvier 2017, le Tribunal a notamment rejeté la demande de récusation et prononcé la clôture de la procédure probatoire sous réserve de la production d'une pièce par l'appelant. Le recours interjeté à l'encontre de cette décision par l'appelant a été déclaré irrecevable par arrêt cantonal du 27 mars 2017 (101 2017 39).

2.5.2 De ce qui précède, il ressort que le Tribunal n'a pas avisé les parties de la conséquence à laquelle elles s'exposaient si elles ne prestaient pas l'avance de frais pour l'administration d'un moyen de preuve. L'ordonnance du 17 août 2015 (DO 177) est en effet muette à cet égard et la sanction applicable en cas d'inobservation du délai ne doit ainsi pas s'appliquer. Cela se justifie d'autant plus qu'en cas d'inobservation, la partie n'aura pas droit à un bref délai supplémentaire au sens de l'art. 101 al. 3 CPC (cf. TAPPY n. 10 art. 102) et que la conséquence est particulièrement lourde puisque faute d'avance des frais d'administration de preuve, il sera normalement renoncé à celle-ci au sens de l'art. 102 al. 3 CPC. En outre, on constate que l'avance de frais complémentaire de CHF 3'500.- qui n'a pas été prestée par l'appelant l'a finalement été par l'intimée, de sorte que le montant des honoraires de l'expert arrêté par le Tribunal à CHF

14'000.- et correspondant aux avances de frais requises était entièrement couvert. En d'autres termes, les avances de frais pour cette expertise requise par les deux parties étaient versées (2 x 7'000.- répartis entre les deux parties, l'intimée ayant versé CHF 10'500.- et l'appelant CHF 3'500.-), ce qui avait pour conséquence que l'expertise devait être administrée et ceci conformément au mandat d'expertise arrêté par décision du 13 janvier 2014. A cet égard, la loi est claire puisque si l'avance de frais n'est pas versée, le moyen de preuve n'est pas administré, sauf si notamment l'autre partie verse l'avance de frais que doit celle qui n'a pas payé. En l'occurrence, si l'intimée n'avait pas presté les CHF 3'500.- dus par l'appelant, l'expertise n'aurait tout simplement pas eu lieu. La conséquence du non-versement de l'avance de frais est bien la renonciation à l'administration du moyen de preuve et non la déchéance du droit de participer à l'administration de celui-ci, comme semblent pourtant l'avoir compris le Tribunal et l'intimée. Une fois l'avance de frais totale prestée, l'expertise devait être administrée comme le prévoyait le mandat d'expertise. Si une modification du mandat devait être envisagée ce n'est qu'après consultation des deux parties (cf. art. 185 al. 2 CPC). Or, il ressort du dossier que la réduction du mandat d'expertise a été proposée par l'intimée et l'appelant, considéré à tort comme défaillant faute d'avoir payé l'avance de frais, n'a pas été consulté. Dans ces conditions, c'est à tort que l'expertise n'a pas eu lieu dans son entier et que le mandat d'expertise a été modifié en ce sens qu'il a été renoncé aux questions posées par l'appelant, ce d'autant plus que ce dernier avait tout de même versé CHF 3'500.- en vue de l'administration de ce moyen de preuve.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 10 2.6. 2.6.1.L'appelant prétend également qu'il a été exclu de la rencontre du 30 juin 2016 entre l'expert et la partie adverse et qu'il n'a pas eu connaissance des pièces transmises par celle-ci à cette occasion. 2.6.2.L'expert peut être amené à procéder personnellement à des investigations telles qu'examen d'un dossier, audition, vision locale, remise de plans (DOLGE, Basler Kommentar ZPO, 2017, art. 186 n. 1). Les investigations de l'expert sont conduites conformément aux instructions données en application de l'art. 185 al. 1 CPC, ou accomplies avec l'assentiment du tribunal comme le préconise l'art. 186 al. 1 CPC. En cas d'investigations effectuées personnellement par l'expert, les parties doivent être informées et peuvent être présentes (art. 155 al. 3 CPC; BOHNET, procédure civile, 2014, p. 333). S'agissant du respect du principe contradictoire et du droit d'être entendu des parties lors des investigations de l'expert, le Tribunal fédéral admet restrictivement un droit à assister aux mesures d'instruction effectuées par l'expert. Les parties ne disposent d'un tel droit que lorsque leur présence est nécessaire pour déterminer l'état de fait à expertiser (ATF 104 Ia 69; 99 Ia 42). Dès lors que l'on ne se trouve pas dans cette hypothèse, le droit d'être entendu est respecté si les parties peuvent ultérieurement avoir accès au rapport de l'expert et que l'occasion leur est donnée de se déterminer sur ses conclusions (ATF 99 II Ia 42 consid. 3b; BETTEX, L'expertise judiciaire, Berne 2006, p. 163). Est ainsi conforme au droit d'être entendu le fait que le conseil d'une partie ne puisse pas assister à une expertise médicale (ATF 119 Ia 260). Il est même exceptionnellement possible d'effectuer une expertise sans que l'expert n'ait vu la personne sur laquelle devait porter l'examen (ATF 127 I 54). Le respect du droit d'être entendu en matière d'expertise est suffisamment garanti par le fait que les parties peuvent avoir accès au dossier et se déterminer sur les conclusions de l'expert (BETTEX, p. 163). De plus, elles ont encore la faculté de demander que celui-ci effectue un complément d'expertise ou de requérir une surexpertise (VOUILLOZ, p. 846). Compte tenu de ces possibilités, la participation des parties à l'expertise n'est pas indispensable. En outre, elle

risque d'entraver l'expert dans son travail et de retarder la procédure (BETTEX, p. 163; cf. aussi POUDRET, Expertise et droit d'être entendu, Bâle 1993, p. 621). 2.6.3. Il ressort du dossier que l'appelant n'a pas été invité à participer à la séance du 30 juin 2016 entre l'expert et la partie adverse et qu'il n'a pas pu prendre connaissance des pièces remises à cette occasion par la partie adverse à l'expert. Comme rappelé ci-dessus, le fait que l'appelant n'a pas presté l'avance de frais complémentaire n'a pas d'incidence procédurale dès le moment où la partie adverse l'a versée à sa place. Il s'ensuit que le droit d'être entendu de l'appelant a été violé lorsqu'il a été exclu de la mise en œuvre concrète de l'expertise alors que la partie adverse y a participé. De surcroît, on ignore quels documents ont été transmis par l'intimée à l'expert lors de la réunion du 30 juin 2016; l'expertise se limite à indiquer: « 30 juin 2016, séance au bureau de l'expert pour transmission des pièces par B. \_\_\_\_\_ » (DO 222). L'expertise mentionne sous « pièces consultées »: « rapport journalier de l'entreprise B. \_\_\_\_\_; Plans et coupes nos A278/10c – A278/102a – A278/103a – A278/104a – A278/104 – A278/112, A278/113 – A278/118 - A278/119 – A278/120 – A278/121 – A278/122 – A278/124 – AB0501a – B502 – B520a; facture finale n° 89/8722, 279/8722, 90/8722 » (DO 223). Les factures ont été produites en procédure, contrairement aux autres documents indiqués comme ayant été consultés par l'expert, lesquels ne figurent pas non plus dans l'expertise. Or, ces documents servaient précisément à déterminer l'état de fait à expertiser, puisque une partie de la mission de l'expert consistait à métrer lui-même

Tribunal cantonal TC Page 9 de 10 « selon plan » les « articles » des factures qui étaient contestés par l'appelant dans leur quantité (cf. expertise « méthodologie de l'expertise » DO 223-224). Même si en principe l'expert peut procéder à des investigations personnelles avec l'assentiment du tribunal, il se doit de respecter l'égalité de traitement entre les parties et leur droit d'être entendu dans les limites jurisprudentielles rappelées ci-dessus. N'ayant pas pu assister à la séance et faute de retranscription de ces documents dans le rapport d'expertise, l'appelant n'en a pas pris connaissance. Son droit d'être entendu n'a ainsi pas été respecté. 3. 3.1. L'appelant se plaint également de ne pas avoir pu se déterminer sur l'expertise. Il reproche au Tribunal d'avoir clos la procédure probatoire sans examiner sa demande de révocation du délai pour se déterminer et sans même lui en avoir imparti un nouveau comme requis. 3.2. En vertu de l'art. 187 al. 4 CPC, le tribunal donne aux parties l'occasion de demander des explications ou de poser des questions complémentaires, en vertu de leur droit d'être entendu (art. 53 al. 1 CPC; BOHNET, p. 333). 3.3. En l'espèce, le Tribunal a fait notifier le rapport d'expertise aux deux parties en leur impartissant un délai pour se déterminer sur la suite de la procédure (DO 279-281); après une première prolongation du délai, l'appelant a déposé une requête de récusation de l'expert et a requis que le délai imparti soit révoqué voire à nouveau imparti si sa demande de récusation était rejetée. Par décision du 19 janvier 2017, le Tribunal a rejeté la demande de récusation et a prononcé la clôture de la procédure probatoire; le recours contre cette décision a été déclaré irrecevable par arrêt cantonal du 27 mars 2017. Il appert ainsi que l'appelant n'a effectivement pas eu l'occasion de se déterminer sur le rapport d'expertise avant la clôture de la procédure probatoire. Quand bien même sa demande de récusation a été jugée tardive, son comportement procédural ne saurait encore être considéré comme contraire à la bonne foi. Sa requête de récusation certes tardive a été déposée dans un délai trop court pour qualifier ce comportement de manifestation abusif. L'appelant a en outre expressément requis dans son écriture que le délai pour se déterminer sur l'expertise soit révoqué, voire à nouveau imparti en cas de rejet de sa requête de récusation. Faute d'avoir pu finalement se

déterminer sur le rapport d'expertise, son droit d'être entendu a, partant, été violé. 4. Au vu de ce qui précède, le droit d'être entendu de l'appelant, notamment le droit à la preuve, à participer à l'administration d'une preuve et de se déterminer sur un moyen de preuve, a été violé à plusieurs reprises en lien avec l'expertise. Ses griefs sont ainsi fondés. L'appel doit partant être admis et la décision attaquée annulée. Une réparation en instance d'appel n'est pas envisageable, de sorte qu'il convient de renvoyer la cause aux premiers juges. Vu l'issue de l'appel, il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen des autres griefs soulevés par l'appelant. 5. 5.1. Les frais de la procédure d'appel doivent être mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). 5.2. Ils comprennent notamment les frais de justice dus à l'Etat, fixés à CHF 3'500.- qui seront prélevés sur l'avance de frais effectuée par l'appelant, qui a droit à leur remboursement par l'intimée (art. 111 al. 1 CPC).

Tribunal cantonal TC Page 10 de 10 5.3. S'agissant des dépens, l'honoraires de base (CHF 250.-/h: art. 65 du Règlement sur la justice [RJ]) doit être majoré selon l'échelle prévue à l'art. 66 al. 2 RJ. La valeur litigieuse étant calculée conformément à l'art. 91 ss CPC, et non à l'art. 308 al. 2 CPC (art. 66 al. 3 RJ), est déterminant le montant litigieux en appel, in casu CHF 107'355.30, et non en première instance, soit CHF 185'218.25. La majoration est ainsi de 38.40 % (art. 66 al. 2 lit. a RJ), soit un tarif/horaire de CHF 346.-. Les opérations notées par 5 à 10 minutes entrent dans les opérations à forfait rémunérées in casu à concurrence de CHF 400.-. S'y ajoutent environ 10 heures pour la préparation de l'appel, une correspondance du 12 décembre 2017, et la prise de connaissance du présent arrêt. Ainsi, les honoraires du mandataire de l'appelant pour la procédure d'appel sont arrêtés à CHF 3'860.- ([10 x 346.-] + 400); les débours sont de CHF 145.- (5 % de ([10 x 250] + 400)) et la TVA de 8 % – la quasi-totalité des opérations sont antérieures au 1er janvier 2018 – de CHF 320.40, soit un total de CHF 4'325.40. la Cour arrête: I. L'appel est admis. Partant, la décision du 7 septembre 2017 est annulée et la cause renvoyée en première instance pour reprise de la procédure. II. Les frais d'appel seront supportés par B.\_\_\_\_\_ SA. Les frais judiciaires d'appel dus à l'Etat sont fixés à CHF 3'500.-. Ils sont prélevés sur l'avance effectuée par A.\_\_\_\_\_, qui a droit à leur remboursement par B.\_\_\_\_\_ SA. Les dépens d'appel de A.\_\_\_\_\_ sont fixés au montant de CHF 4'005.-, débours compris, plus la TVA par CHF 320.40 et sont mis à la charge de B.\_\_\_\_\_ SA. III. 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 4 octobre 2018/cfa Le Président: La Greffière-rapporteure:

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