



POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

101 2013 297

Arrêt du 11 mars 2015

I^e Cour d'appel civil

Composition

Président:	Hubert Bugnon
Juges:	Roland Henninger, Jérôme Delabays
Greffière:	Catherine Faller

Parties

A. _____ SÀRL, défenderesse et appelante,

contre

B. _____ SA, demanderesse et intimée, représentée par
Me Christophe Claude Maillard, avocat

Objet

Inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – contrat d'entreprise (art. 366 al. 1 CO)

Appel du 11 novembre 2013 contre la décision du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère du 23 janvier 2013

considérant en fait

A. B._____ SA est active dans la menuiserie et la charpenterie. A._____ Sàrl a pour but l'exploitation de chalet de vacances, de résidences de vacances, de colonies et de toutes activités dans le domaine de l'audiovisuel. Elle est notamment propriétaire d'un chalet de vacances sis à C._____ (art. ppp plan folio 1 et 5 de la Commune de C._____, désormais Commune de D._____) dans lequel elle accueille en particulier des colonies de vacances.

Le 9 mai 2006, les parties ont passé un contrat d'entreprise portant sur des travaux de construction et de rénovation du chalet; à cette date en effet, l'appelante a confirmé la commande de divers travaux pour un prix total de 118'022 fr. 95 toutes taxes comprises. Les travaux ont débuté le 13 octobre 2006. L'intimée a toutefois quitté le chantier le 31 octobre 2006. Elle a le même jour envoyé sa facture finale de 87'830 fr. 25, ultérieurement ramenée à 86'334 fr. 55. A._____ Sàrl s'est acquittée d'une somme de 47'000 francs en deux acomptes (30'000 + 17'000).

B. Une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs a été inscrite d'urgence le 23 février 2007 sur l'art. ppp susmentionné par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère pour une somme de 57'830 fr. 25 avec intérêt à 8 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006. Par décision de mesures provisionnelles du 4 mai 2007, ce magistrat a provisoirement confirmé l'inscription, ramenant la somme garantie à 39'334 fr. 55 avec intérêt à 8 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006.

C. Le 22 octobre 2007, B._____ SA a ouvert action en inscription définitive de l'hypothèque légale pour le montant de 39'334 fr. 55 plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006, devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère (ci-après: le Tribunal).

A._____ Sàrl a déposé sa réponse le 28 février 2008, concluant principalement au rejet de la demande, "reconventionnellement" à ce qu'il soit constaté que la créance a été éteinte par compensation. En substance, elle a soutenu avoir été en droit de confier à des tiers les travaux que devait initialement exécuter B._____ SA, cette dernière ayant quitté le chantier pour se consacrer à d'autres ouvrages. Le coût d'intervention de ces entreprises était de 57'110 francs. Par ailleurs, les travaux effectués par l'intimée étaient entachés de défauts dont le coût de réfection a été estimé à 15'000 francs.

Dans sa détermination du 16 juin 2008, B._____ SA a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du chef de conclusions reconventionnelles. Elle a pris un nouveau chef de conclusions, soit que A._____ Sàrl soit condamnée à lui verser la somme de 39'334 fr. 55 plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006. Elle a en particulier contesté avoir mis abruptement un terme au contrat, les travaux ayant été stoppés suite aux injonctions du représentant de l'appelante. Elle a enfin soutenu avoir effectué un ouvrage exempt de défaut.

D. Le Tribunal a consacré une première séance à ce litige le 10 septembre 2008. Il a entendu B._____ et E._____. L'appelante a alors allégué un dommage supplémentaire de 10'000 francs lié à des pertes de loyer.

Le 30 septembre 2010, F._____, de G._____ SA, a été désigné comme expert. Il a déposé son rapport le 10 mai 2011, se prononçant sur les défauts allégués par l'appelante; il s'est également déterminé sur le montant final facturé par l'intimée, corrigeant son total à 81'931 francs.

Le Tribunal a tenu une seconde séance le 4 octobre 2012. Il a entendu l'expert, de même que les témoins H._____ et I._____. B._____ et E._____ ont été brièvement interpellés. Le Tribunal a siégé une troisième fois dans ce litige le 17 janvier 2013 et a entendu le témoin J._____. L'intimée a ensuite réduit sa facture finale à 84'497 fr. 05, et a réclamé un solde en capital de 37'497 fr. 05. E._____ a été à nouveau entendu, de même que K._____. A._____ Sàrl a enfin modifié ses conclusions dans le sens qu'elle a reconnu devoir à l'appelante une somme de 5'000 francs. La procédure probatoire a été close.

E. Par décision du 23 janvier 2013, le Tribunal a partiellement admis la demande et ordonné l'inscription définitive d'une hypothèque légale pour une somme de 36'604 fr. 65 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006. Il a par ailleurs condamné l'appelante à payer ce montant. La demande reconventionnelle de A._____ Sàrl a été rejetée et les dépens mis à sa charge.

F. A._____ Sàrl recourt en appel le 11 novembre 2013, concluant à ce que la décision querellée soit réformée en ce sens que l'hypothèque légale ne soit définitivement inscrite que pour une somme de 5'000 francs avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006, qu'elle soit en outre condamnée à payer ce montant à l'intimée, et que les frais soient supportés par cette dernière. Elle a sollicité la réouverture de la procédure probatoire.

Dans sa réponse du 17 février 2014, B._____ SA a conclu au rejet de l'appel, avec suite de frais.

en droit

1. a) La procédure de première instance, introduite le 18 janvier 2007, est soumise au droit de procédure cantonale, en particulier au code du 28 avril 1953 de procédure civile (CPC/FR), désormais abrogé.

Le jugement ayant été rendu en 2013, la procédure de recours est en revanche régie par les dispositions du code de procédure civile (CPC) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) Aux derniers états des conclusions, B._____ SA a conclu au paiement de 37'497 fr. 05. L'appel est donc recevable, la valeur litigieuse étant supérieure aux 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC).

En appel, B._____ SA conclut à la confirmation de la décision du 23 janvier 2013 ordonnant une inscription définitive de l'hypothèque légale pour une somme de 36'604 fr. 65. A._____ Sàrl y consent à hauteur de 5'000 francs seulement. Le recours civil au Tribunal fédéral est donc ouvert (74 al. 1 let. b de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [RS 173.110; LTF]).

c) Le jugement motivé a été notifié au mandataire de l'appelante le 11 octobre 2013; déposé le lundi 11 novembre 2013 à un office postal, l'appel respecte le délai de 30 jours de l'art. 311 al. 1 CPC.

d) L'appel est dûment motivé et doté de conclusions. Il est recevable en la forme.

e) La Cour statue sans débats (art. 316 al. 1 CPC). La réouverture de la procédure probatoire requise par A. _____ Sàrl ne se justifie en effet pas (cf. *infra* consid. 2.c et 3.b).

2. a) B. _____ SA agit en paiement et en inscription définitive de l'hypothèque. Seuls sont litigieux le montant de la créance de l'entrepreneur ("Schuldsumme"), respectivement la somme à concurrence de laquelle l'immeuble devra répondre ("Pfandsumme") (ATF 126 III 467 consid. 3). Il n'est en effet pas contesté que les parties étaient liées par un contrat d'entreprise, que B. _____ SA a fourni du travail et des matériaux sur l'immeuble de l'appelante, et qu'elle a respecté le délai de trois mois de l'art. 839 al. 2 CC dans sa teneur jusqu'au 1^{er} janvier 2012, applicable en l'espèce dès lors que les faits litigieux remontent à 2006 (A. EIGENMANN, Les modifications des dispositions générales sur les gages immobiliers, *in* Collection genevoise, 2012, p. 93; pour un résumé des positions doctrinales: B. CARRON/M. FELLE, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: ce qui change et ce qui reste, *in* F. BOHNET (éditeur), Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, 2011, p. 35).

b) La première question à trancher est de déterminer le montant dû par l'appelante à l'intimée pour les travaux facturés le 31 octobre 2006; ensuite, il conviendra de déterminer quelles sommes peuvent être portées en compensation, exception invoquée par A. _____ Sàrl qui ne nécessite pas, en première instance ou en appel, un chef de conclusions reconventionnelles dès lors qu'il ne s'agit pas d'une prétention indépendante (Extraits 1982 p. 32; également TF, arrêt 4P.25/2006 du 2 juin 2006 *in* RSPC 2006 p. 375).

La première facture de l'intimée s'élevait à 87'830 fr. 25. Elle l'a ensuite corrigée à 86'334 fr. 55. Le Président du tribunal a pris en considération ce montant lorsqu'il a ordonné l'inscription provisoire de l'hypothèque. Dans son expertise du 10 mai 2011, F. _____ a considéré, pour divers motifs, que la facture devait être réduite à 81'931 francs. A la séance du 4 octobre 2012, B. _____ SA a en définitive arrêté sa facture à 84'497 fr. 05 (PV du 17 janvier 2013 DO VI p. 54). A. _____ Sàrl a admis pour sa part une somme de 77'384 francs (77'389 fr. 99) dans sa détermination du 22 décembre 2011 (DO V p. 31).

Dans sa décision du 23 janvier 2013, le Tribunal a arrêté le solde dû à l'intimée à 36'604 fr. 65 après déduction des acomptes de 47'000 francs, soit une facture finale de 83'604 fr. 65. Pour ce faire, il a relevé, tout d'abord, que B. _____ SA avait corrigé sa facture à 84'497 fr. 05 en la réduisant de 1'038 fr. 30 (p. 26). Il a ensuite abordé les points de la facture contestés par l'appelante, respectivement ceux que l'intimée avait accepté de réduire, qu'il a examinés en détail. Il est arrivé à la conclusion que le montant à déduire n'était pas de 1'038 fr. 30, mais de 1'902 fr. 20 (p. 28). Dans ces conditions, il aurait dû arrêter le solde dû par A. _____ Sàrl à 35'594 fr. 85 (84'497.05 - 1'902.20 - 47'000), et non à 36'604 fr. 65. Cette erreur de calcul portant sur 1'009 fr. 80, relevée par les deux parties (appel p. 13 et réponse p. 12), même si elles ne s'accordent pas sur son ampleur, doit être corrigée.

Pour le surplus, A. _____ Sàrl, dans son appel du 11 novembre 2013, ne remet pas véritablement en cause les considérants des premiers juges. Elle n'expose pas, par exemple, quel

poste aurait été retenu à tort. Elle se limite à noter l'erreur de calcul des premiers juges et à exposer que les montants invoqués en compensation doivent être déduits "*après corrections de factures*" (appel p. 12 *in fine*). Ce faisant, elle ne s'en prend pas aux considérants de l'arrêt par une motivation correspondant aux exigences de l'art. 311 CPC (sur cette question ATF 138 III 374). Il peut dès lors être retenu pour établi que le solde dû à B. _____ SA, après déduction des acomptes, est de 35'594 fr. 85 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006. Reste à déterminer si A. _____ Sàrl peut opposer valablement l'exception de compensation.

3. a) A. _____ Sàrl porte en déduction un montant de 8'500 francs lié au report et à l'annulation de locations de sa colonie de vacances pour les mois d'octobre à décembre 2006 (appel p. 12 ch. 2.3.4). Cette prétention a été émise pour la première fois lors des débats du 10 septembre 2008 (PV p. 2 DO II p. 53), l'appelante sollicitant l'audition d'un organe de sa fiduciaire. Elle a été précisée à la séance du 4 octobre 2012, A. _____ Sàrl se réservant au besoin la production ultérieure de pièces comptables relatives aux entrées de location pour les périodes d'octobre à décembre pour les exercices 2001 à 2012 (PV p. 2 DO VI p. 26). L'intimée n'a en définitive pas fourni le moindre moyen de preuve à l'appui de sa prétention. Or, elle devait le faire jusqu'au début de l'administration des preuves, soit au début de la séance du 10 septembre 2008 (art. 130 al. 2 première phrase CPC/FR). Il est en effet clair qu'elle pouvait, déjà à ce moment-là, fournir aux juges les éléments démontrant son éventuel manque à gagner durant les mois d'octobre à décembre 2006. Aucun retard excusable (art. 130 al. 2 deuxième phrase CPC/FR) n'a du reste été allégué, encore moins démontré. A. _____ Sàrl ne peut tenter de remédier à cette carence en appel. Sa requête de réouverture de la procédure probatoire doit partant être rejetée, et sa prétention en tout état de cause écartée.

b) L'appelante invoque en compensation une somme de 16'477 fr. 04 relative aux frais supplémentaires consécutifs au fait que l'intimée n'a pas terminé les travaux (appel p. 12 ch. 2.3.5). Son raisonnement est le suivant: B. _____ SA s'était engagée à exécuter les travaux pour un prix de 118'022 fr. 95. Or, en sus du montant de 77'389 fr. 99 admis (cf. *supra* consid. 2b), elle a dû verser aux entrepreneurs ayant pallié le désistement de l'intimée une somme de 57'110 francs, soit 16'477 fr. 04 de plus que ce qui avait été convenu avec celle-ci ($77'389.99 + 57'110 = 134'499.99 - 118'022.95$) (détermination du 22 décembre 2011 p. 5 DO V p. 32). La somme de 57'110 francs est composée des montants qui auraient été versés à L. _____ SA (12'965 francs), M. _____ SA (34'518 francs) et N. _____ (11'593 fr.80) (réponse et demande reconventionnelle du 28 février 2008 DO II p. 19).

L'intimée, qui n'a jamais admis ces versements (réponse à la demande reconventionnelle du 16 juin 2008 p. 10 DO II p. 42), objecte que l'appelante n'a pas prouvé ces paiements; ainsi elle note, s'agissant de N. _____, qu'elle n'a produit qu'une offre et un devis à l'appui des sommes prétendument déboursées; elle ajoute que A. _____ Sàrl n'a pas prouvé à satisfaction de droit que les travaux confiés à des tiers ont été plus coûteux que s'ils avaient été exécutés par elle-même. Elle s'oppose par ailleurs à la réouverture de la procédure probatoire demandée en appel par A. _____ Sàrl (appel p. 12 ch. 2.3.3 et réponse à l'appel p. 9 § 2 et p. 11 ad. 2.3.3).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un devis évaluant le coût prévisible de travaux demandés ne fait qu'établir un pronostic sur un coût futur éventuel. Il n'établit pas que la somme a été effectivement dépensée (diminution de l'actif) ou qu'une somme est due à l'entrepreneur (augmentation du passif). L'existence de ce devis est donc impropre à établir un dommage au sens juridique (ATF 129 III 18 consid. 2.4). L'intimée doit donc être suivie lorsqu'elle soutient que

le dommage de 11'593 fr.80 n'est pas prouvé. Pour les mêmes motifs que ceux déjà exposés (cf. *supra* consid. 2.c), il n'y a aucun motif de rouvrir en appel la procédure probatoire, dès lors que l'appelante aurait pu amener, en première instance déjà, la preuve de ses paiements.

En revanche, la production des factures de M._____ SA (P n° 6 et 7 bordereau du 2 mars 2007) et L._____ SA (P n° 28 bordereau du 28 février 2008) démontre à satisfaction que ces entreprises ont bien exécuté des travaux sur l'immeuble de l'appelante, étant relevé qu'il n'est pas contesté que lesdits travaux ont dû être terminés par des tiers à la suite de la rupture de la relation contractuelle entre les parties.

L'appelante pourrait ainsi invoquer au maximum en compensation du solde de 35'594 fr. 85 un montant de 12'054 fr. 90 ($[35'594.85 + 47'000 = 82'594.85] + [34'518 + 12'965 = 47'483] = 130'077.85 - 118'022.95$).

4. a) Selon l'appelante, c'est B._____ SA qui a résilié, sans juste motif, le contrat d'entreprise. Elle doit partant l'indemniser du dommage qu'elle lui a ce faisant causé en prenant en charge le gain manqué (locations perdues de son chalet, lesquelles n'ont toutefois, on l'a vu, pas été démontrées) et le coût supplémentaire qu'elle a dû verser aux entrepreneurs ayant terminé les travaux (soit 12'054 fr. 90, cf. *supra* consid. 3). Pour l'intimée, c'est A._____ Sàrl qui a abruptement mis un terme au contrat d'entreprise, sans respecter les conditions de l'art. 366 al. 1 CO dès lors, d'une part, qu'elle n'était pas en retard dans l'exécution des travaux, d'autre part qu'aucun délai convenable ne lui a été fixé pour les terminer.

Les premiers juges ont retenu la version de l'intimée (décision p. 11 à 15 ch. 4 à 9). Ils ont relevé en substance qu'un litige est né entre les parties s'agissant des délais d'exécution de l'ouvrage. Le 30 octobre 2006, H._____, chef de chantier de B._____ SA, a indiqué à E._____ que les charpentiers avaient terminé leur travail et que les menuisiers ne prendraient pas tout de suite le relais, mais viendraient ultérieurement (une dizaine de jours selon l'intimée, trois semaines selon l'appelante), dès lors qu'ils étaient occupés sur d'autres chantiers. E._____ s'est entretenu l'après-midi même avec B._____ ; la discussion a été orageuse. E._____ a alors indiqué, "dans l'énervement", qu'il ne voyait pas à quoi cela servirait dans ces conditions que les ouvriers reviennent sur le chantier. Le 31 octobre 2006, les parties se sont adressé des courriers dont les envois se sont croisés. B._____ SA a ainsi transmis à l'appelante sa facture finale et un courrier dans lequel elle indiquait stopper les travaux et quitter le chantier conformément à la demande de A._____ Sàrl. Celle-ci s'est plainte dans sa lettre du retard et du fait que les travaux ne seraient pas repris avant le mois de novembre, de sorte qu'elle allait dans l'urgence faire intervenir une autre entreprise pour la réalisation des travaux restants. B._____ SA a répondu le 2 novembre 2006, rappelant qu'elle avait quitté le chantier sur demande de E._____, après avoir terminé les travaux en cours, nettoyé le chantier et évacué les outils. Enfin, dans son courrier du 28 novembre 2006, l'appelante a maintenu que la résiliation du contrat émanait de l'intimée.

Les premiers juges en ont conclu que l'appelante, dès lors qu'elle n'entendait pas encore patienter pour que les travaux soient continués, avait effectivement renoncé à ce que B._____ SA termine ses prestations et les avait confiées à des tiers. C'est dès lors bien A._____ Sàrl qui a mis un terme au contrat.

b) Dans son appel, A._____ Sàrl estime que la discussion orageuse du 30 octobre 2006 n'était qu'un prétexte qui a permis à B._____ SA de mettre un terme au contrat et

s'épargner ainsi des discussions houleuses avec un partenaire avec lequel elle ne s'entendait plus, le chantier étant par ailleurs peu rentable. Elle en veut pour preuve qu'il n'était pas possible pour l'intimée d'établir, le 31 octobre 2006, sa facture finale intégrant les opérations faites le jour même (appel p. 5 ss, en particulier p. 8 ch. 2.1.3).

L'intimée relève avec raison (réponse p. 6) que l'allégation selon laquelle elle aurait pris depuis plusieurs jours la décision de quitter le chantier au moindre prétexte n'a pas été régulièrement introduite en procédure. On n'en trouve nulle trace dans le dossier de première instance, en particulier dans les écritures de A._____ Sàrl. Cela suffit pour l'écarter. Par ailleurs, on ne perçoit pas quel intérêt l'intimée aurait eu à mettre un terme à ce contrat le 30 octobre 2006. Si véritablement il était si peu rentable, elle ne l'aurait tout simplement pas conclu. Il ressort au contraire du dossier qu'elle avait l'intention de le mener à terme, sans pouvoir le faire immédiatement. Il est enfin manifestement inexact qu'il serait impossible d'établir le jour même une facture finale.

Il ressort en réalité du dossier que l'appelante, excédée par ce qu'elle estimait être des retards, a mis l'intimée devant l'alternative suivante: soit le chantier se poursuivait immédiatement et sans interruption, soit elle mettait un terme au contrat et confiait les travaux à des tiers. B._____ SA ne pouvant mettre rapidement des ouvriers à disposition, A._____ Sàrl a dès lors clairement et indubitablement opté pour la seconde option; elle a résilié le contrat "ex nunc". Les propos de E._____ du 30 octobre 2006 ("*dans ces conditions, cela ne sert à rien de revenir sur le chantier*"), le fait qu'il ait demandé à un ouvrier de venir travailler pour son compte sur le chantier (déclarations de I._____ le 4 octobre 2013, PV p. 12 DO VI p. 36: "*Je suis sûr que le propriétaire m'avait demandé personnellement de venir poser les fenêtres car il savait que je quittais l'entreprise. Je n'ai pas accepté.*"), et son courrier du 31 octobre 2006 où il annonce que les travaux seront confiés à des tiers, le démontrent. L'opinion des premiers juges doit partant être confirmée.

c) aa) Aux termes de l'art. 366 al. 1 CO, si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses de la convention, ou si, sans la faute du maître, le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne puisse plus l'achever pour l'époque fixée, le maître a droit de se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt 4A_556/2011 du 20 janvier 2012 consid. 2.4), l'art. 366 CO régit les possibilités pour le maître de l'ouvrage d'intervenir avant la livraison s'il apparaît que l'entrepreneur est en retard ou qu'il va fournir un ouvrage défectueux. Il prévoit notamment la possibilité d'une exécution par substitution. Lorsqu'il est en droit de procéder par substitution, le maître de l'ouvrage peut exécuter lui-même les travaux qui incombait à l'entrepreneur. L'obligation de faire qui incombait à l'entrepreneur se transforme alors en une obligation de payer les frais (ATF 126 III 230 consid. 7a/aa).

L'art. 366 al. 1 CO exige que l'entrepreneur soit en retard; en l'espèce, il est établi que les parties n'avaient pas adopté de plan de travail arrêtant des délais. Aucune date n'avait été contractuellement convenue pour la livraison de l'ouvrage. Après divers reports, l'intimée a indiqué que les travaux débuteraient le 13 octobre 2006, ce qui fut le cas. A._____ Sàrl n'a toutefois pas accepté que le chantier soit, à la fin octobre 2006, interrompu pendant quelques jours. Mais ce délai supplémentaire, aussi ennuyant fût-il, n'entraînait pas un retard tel qu'il permettait à

l'appelante d'avoir recours à l'art. 366 al. 1 CO, dès lors qu'aucun terme de livraison n'avait été expressément convenu.

bb) Du reste, quand bien même un retard aurait pu être reproché à B. _____ SA, l'issue du litige n'en aurait pas été différente. La réglementation de l'art. 366 al. 1 CO doit en effet être complétée en recourant aux règles générales sur la demeure. Le maître doit dès lors fixer à l'entrepreneur un délai raisonnable d'exécution conformément à l'art. 107 al. 1 CO (ATF 115 II 50 consid. 2a; GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5^{ème} édition, 2011 p. 236 N 675), sous réserve de l'art. 108 CO (TERCIER/FAVRE/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} édition, p. 671 N 4449). La question de savoir si le délai est convenable dépend des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la nature de la prestation et de l'intérêt du créancier à une prompt exécution. Le délai sera d'autant plus court que l'intérêt du créancier est grand et la prestation facile à fournir (TF, arrêt 4A_603/2009 du 9 juin 2010 consid. 2.3; PICHONNAZ, *Le temps qui passe en droit privé de la construction - Réflexions en matière de demeure, de délai d'avis et de prescription des droits de garantie*, in *Journées suisse du droit de la construction* 2013 p. 63/71). En l'occurrence, il est constant qu'aucun délai de grâce n'a été imparti par l'appelante. Celle-ci soutient qu'il eut été inutile puisque l'intimée avait clairement fait comprendre, le 30 octobre 2006, qu'elle ne continuerait pas immédiatement l'exécution des travaux (appel p. 10 ch. 2.2.6 et 2.2.7). Mais la sommation avec fixation de délai ne peut être évitée que si elle n'a aucun sens; tel est le cas si le refus du débiteur de s'exécuter apparaît clair et définitif; en revanche, ne suffisent pas à elles seules la demande du débiteur tendant à l'octroi d'un délai, ou son affirmation qu'il ne peut s'exécuter pour l'instant (ATF 110 II 141 consid. 1b et les références citées). En l'espèce, si B. _____ SA a effectivement indiqué ne pas pouvoir mettre des ouvriers à disposition dès le 1^{er} novembre 2006, rien n'indique qu'elle aurait refusé de s'exécuter dans un délai raisonnable. Comme le relèvent du reste pertinemment les premiers juges (décision p. 22), le délai de dix jours avancé par l'intimée pour reprendre et terminer les travaux était du reste précisément raisonnable. Le Tribunal a enfin constaté, sans que cela ne soit contesté en appel, qu'aucune mesure urgente n'était nécessaire sur le chantier. Dans ces conditions, sa décision doit être confirmée sur ce point.

d) En définitive, le jugement doit être pour l'essentiel confirmé. La créance de l'intimée, et le montant garanti par l'hypothèque, seront toutefois arrêtés à 35'594 fr. 85 au lieu de 36'604 fr. 65. Il sera enfin précisé d'office que l'article sur lequel le gage est définitivement inscrit est l'art. ppp de la Commune de D. _____, secteur C. _____.

La modification apportée à la décision querellée, de faible ampleur, ne justifie pas une répartition des dépens de première instance autre que celle décidée par le Tribunal (art. 318 al. 3 CPC). Les dépens seront dès lors laissés à la charge de A. _____ Sàrl qui a largement succombé, la répartition prévue à l'art. 111 al. 2 CPC n'étant qu'une faculté qui ne se justifie pas en l'espèce.

5. a) Pour la procédure d'appel, les frais sont mis à la charge de A. _____ Sàrl, qui succombe pour l'essentiel (art. 106 al. 1 CPC). Les frais judiciaires sont fixés à 3'000 francs (émolument global; art. 95 al. 2 let. b CPC; art. 10 ss et 19 al. 1 du Règlement sur la justice du 30 novembre 2010 [RJ]). Ils seront prélevés sur l'avance de frais effectuée (art. 111 al. 1 CPC).

b) Les dépens sont fixés selon le tarif (art. 105 al. 2 CPC), soit actuellement le Règlement sur la justice du 30 novembre 2010 [RJ]. L'art. 63 al. 3 RJ dispose qu'en cas de fixation détaillée, comme en l'espèce, l'autorité tiendra compte notamment du temps nécessaire à la conduite du procès dans des circonstances ordinaires ainsi que des intérêts en jeu. Le tarif horaire est de 230 francs (art. 65 RJ) et une majoration, à partir d'une valeur litigieuse de 42'000 francs, est

allouée selon une échelle fixée à l'art. 66 al. 2 RJ. A défaut d'une indication particulière sur la liste de frais, sont admises la correspondance et les conférences utiles et en relation directe avec un acte de la procédure (mémoires, séances), qui ne sortent pas d'une simple gestion administrative du dossier: la correspondance et les communications téléphoniques nécessaires à la bonne conduite du procès donnent exclusivement droit à un paiement forfaitaire de 500 francs, voire exceptionnellement de 700 francs (art. 67 RJ). Selon l'art. 68 RJ, les débours nécessaires à la conduite du procès sont remboursés au prix coûtant; il est en général calculé 40 centimes par photocopie, les tirages d'ordinateur n'étant cependant pas des débours mais entrant dans les frais généraux qui justifient le tarif horaire de l'avocat. Enfin, le taux de la TVA est de 8 % pour les opérations postérieures au 1^{er} janvier 2011 (art. 25 al. 1 LTVA).

c) S'agissant de la procédure de première instance, qui a débuté en 2007, les dépens doivent être fixés en deux étapes compte tenu de l'augmentation de la TVA survenue le 1^{er} janvier 2011.

Pour la période du 12 mars 2007 au 31 décembre 2010, l'intimée a produit deux listes de frais. La première a trait à la procédure de mesures provisionnelles (opérations du 12 mars 2007 au 9 mai 2007) et l'avocat indique avoir consacré 4h25 pour la défense de sa mandante. La seconde concerne la procédure au fond (opérations du 5 juillet 2007 au 20 octobre 2010) et 35h40 ont été notées. Le total est donc d'environ 40 heures. D'une façon générale, les listes de frais ne prêtent pas le flanc à la critique, hormis les trois remarques suivantes: premièrement, les mémos ne donnent pas lieu à une rémunération spécifique (hormis bien sûr pour les envois) mais entrent dans les opérations à forfait. Deuxièmement, 7h50 pour l'établissement de la réponse et demande reconventionnelle du 16 juin 2008 (11 pages) est légèrement exagéré. 5 heures seront retenues pour ce poste. Troisièmement, les opérations en relation avec la détermination du 12 novembre 2008 seront ramenées à 2 heures au lieu de 3. C'est dès lors un total de 2'125 minutes, soit 35.4 heures, qui sera pris en compte, pour des honoraires de 8'145 fr 85, arrondis à 8'500 francs compte tenu des opérations à forfait. Les débours se montent à 209 fr. 50. La TVA (7.6 %) est de 661 fr. 95.

Pour les opérations effectuées du 1^{er} janvier 2008 au 14 novembre 2013 (notification du jugement du 23 janvier 2013), l'avocat de l'intimée a noté un total de 29.05 heures. Les 11.30 heures notées les 16 et 17 janvier 2012 pour la préparation de la séance et de la plaidoirie du 17 janvier 2012 sont excessives et seront ramenées à 6 heures. Les opérations pour cette période seront dès lors fixées à 23 heures, soit 5'290 francs, arrondis à 5'500 francs compte tenu des opérations à forfait. Les débours sont de 164 fr. 30 et la TVA (8 %) de 453 fr. 15.

En résumé, pour la première instance, les honoraires de Me Christophe Claude Maillard seront arrêtés à 14'000 francs (8'500 + 5'500), les débours à 373 fr. 80 (209.50 + 164.30), et la TVA à 1'115 fr. 10 (661.95 + 453.15). Le total des dépens est de 15'488 fr. 90.

d) Pour l'appel, la prise de connaissance de l'appel, une heure a été facturée pour l'établissement des listes de frais (ressaisie ancienne compta). Il n'incombe toutefois pas à l'appelante de prendre en charge cette opération. L'étude du dossier, les recherches juridiques et l'établissement de la réponse du 17 février 2014 ont été notés à hauteur de 18.40 heures. Cela est manifestement excessif et résulte du fait que le dossier a, à ce stade, essentiellement été traité par une avocate-stagiaire. 9 heures seront retenues pour l'ensemble de la procédure d'appel, soit 2'070 francs d'honoraires. Les débours s'élèvent à 26 fr. 70. Ils ne comprennent pas les tirages d'ordinateur. La TVA est de 167 fr. 75. Les dépens d'appel s'élèvent donc à 2'264 fr. 45.

la Cour arrête:

I. L'appel est partiellement admis.

Partant, la décision du 23 janvier 2013 du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère est modifiée et prend la teneur suivante :

1. L'action en garantie et en paiement déposée par B. _____ SA contre A. _____ Sàrl est partiellement admise.

Partant, l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en faveur de l'entreprise B. _____ SA, à O. _____, à la charge de l'art. ppp du registre foncier de la Commune de D. _____, secteur C. _____, propriété de A. _____ Sàrl, est ordonnée pour un montant de 35'594 fr. 85 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006.

Madame la Conservatrice du registre foncier de la Gruyère, à Bulle, est requise de procéder à cette inscription.

A. _____ Sàrl est condamnée à verser à B. _____ SA la somme de 35'594 fr. 85 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2006.

2. La demande reconventionnelle déposée par A. _____ Sàrl est rejetée.
3. Les dépens sont mis à la charge de A. _____ Sàrl.

Les frais judiciaires dus à l'Etat sont fixés à 6'000 francs pour l'émolument et à 12'664 fr. 55 pour les débours, soit 18'664 fr. 55 au total. Ils seront prélevés sur les avances de frais effectuées par les parties, la demanderesse ayant droit à leur remboursement par A. _____ Sàrl.

II. Les frais d'appel sont mis à la charge de A. _____ Sàrl.

Les frais judiciaires sont fixés à 3'000 francs (émolument global). Ils sont perçus sur l'avance effectuée par A. _____ Sàrl.

A. _____ Sàrl verse à B. _____ SA des indemnités de 15'488 fr. 90 pour les dépens de première instance (honoraires : 14'000 francs ; débours : 373 fr. 80 ; TVA : 1'115 fr. 10) et de 2'264 fr. 45 pour les dépens d'appel (honoraires : 2'070 francs ; débours : 26 fr. 70 ; TVA : 167 fr. 75), TVA comprise.

III. Communication.

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 11 mars 2015/jde

Président

Greffière