REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/13860/2021 **ACJC/452/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 29 MARS 2022

Entre

A_____ SA, sise _____, appelante d'une ordonnance rendue par la 25ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 novembre 2021, comparant par Me François BELLANGER, avocat, Poncet Turrettini, rue de Hesse 8-10, case postale, 1211 Genève 4, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Madame B_____ et Monsieur C_____, domiciliés _____, intimés, comparant par Me Timo SULC, avocat, Dupraz Sulc, rue de la Navigation 21bis, 1201 Genève, en l'Étude duquel ils font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties ainsi qu'au Registre foncier par plis recommandés du 1er avril 2022.

EN FAIT

A. Par ordonnance OTPI/899/2021 du 26 novembre 2021, reçue par les parties le 30 novembre 2021, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a constaté que le montant de 58'088 fr. 78 consigné le 8 octobre 2021 par B_____ et C_____ auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire constituait des sûretés suffisantes au sens de l'article 839 al. 3 CC (ch. 1 du dispositif), dit que ce montant demeurerait consigné jusqu'à droit définitivement jugé sur le fond ou accord entre les parties (ch. 2), que la requête en inscription provisoire d'hypothèque légale déposée le 16 juillet 2021 par A_____ SA à l'encontre de B_____ et C_____ était désormais sans objet (ch. 3), révoqué l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 16 juillet 2021 dans la cause C/13860/2021 (ch. 4), dit que les chiffres 3 et 4 précités ne deviendraient exécutoires qu'après expiration du délai d'appel de l'article 314 al. 1 CPC et, en cas d'appel, pour autant que l'effet suspensif n'ait pas été accordé (ch. 5), imparti à A_____ SA un délai de trois mois pour faire valoir son droit en justice (ch. 6), condamné B_____ et C_____, conjointement et solidairement, à payer à A_____ SA 1'250 fr. au titre des frais judiciaires (ch. 7) et 1'325 fr. à titre de dépens et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).

B. **a.** Le 10 décembre 2021, A_____ SA a formé appel de cette ordonnance, concluant préalablement à ce que la Cour octroie l'effet suspensif à l'appel et, principalement, à ce qu'elle l'annule, constate que le montant de 58'088 fr. 78 consigné par C_____ et B_____ auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire ne constitue pas des sûretés suffisantes au sens de l'art. 839 al. 3 CC, ordonne à son profit l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à concurrence de 38'725 fr. 85 avec intérêts à 5% dès le 17 mars 2021 grevant le bien-fonds n° 1_____ du cadastre de la commune de D_____ [GE] sis 2_____ appartenant à C_____ et B_____, lui impartisse un délai de trois mois pour ouvrir action au fond et la dispense de fournir des sûretés, avec suite de frais et dépens.

b. Par arrêt ACJC/1701/2021 du 21 décembre 2021, la Cour a rejeté la demande de A_____ SA tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance querellée.

Cette dernière a formé recours au Tribunal fédéral contre cette décision. Par ordonnance du 11 février 2022, le Tribunal fédéral a admis la requête de mesures superprovisionnelles formée par A_____ SA tendant à faire interdiction au Conservateur du Registre foncier de radier l'hypothèque légale jusqu'à droit jugé sur l'inscription provisoire. La procédure sur le fond du recours est actuellement pendante devant le Tribunal fédéral.

c. Le 23 décembre 2021, B_____ et C_____ ont conclu à la confirmation de l'ordonnance querellée avec suite de frais et dépens.

d. Les parties ont été informées le 17 janvier 2022 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier.

a. Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 16 juillet 2021, A_____ SA a conclu à ce que le Tribunal ordonne l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à concurrence de 38'725 fr. 85 avec intérêts à 5% dès le 17 mars 2021 sur le bien-fonds n° 1_____ de la commune de D_____, dont C_____ et B_____ sont propriétaires, et lui impartisse un délai de trois mois pour l'introduction d'une action au fond.

A_____ SA a notamment allégué avoir effectué sur la parcelle de ses parties adverses des travaux pour lesquels il avait une créance du montant précité. B_____ et C_____ l'avaient empêché d'accéder au chantier dès le 17 mars 2021, de sorte que cette date constituait le point de départ du délai de quatre mois pour l'inscription de l'hypothèque légale. Celle-ci devait donc être inscrite avant le 17 juillet 2021.

b. Par ordonnance de mesures superprovisionelles du 16 juillet 2021 le Tribunal a notamment ordonné, au bénéfice de A_____ SA, l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à concurrence de 38'725 fr. 85 avec intérêts à 5% dès le, 17 mars 2021 sur le bien-fonds n° 1_____ de la commune de D_____ et dit que cette décision déploierait ses effets jusqu'à l'exécution de la nouvelle décision qui serait rendue après réception des déterminations de B_____ et C_____.

L'inscription a été effectuée le 16 juillet 2021.

c. B_____ et C_____ ont notamment conclu, le 3 août 2021, à la radiation de cette inscription provisoire, faisant valoir qu'ils avaient fourni des sûretés suffisantes au sens de l'art. 839 al. 3 CC.

d. La cause a été gardée à juger par le Tribunal après réception de la détermination du 22 octobre 2021 de A_____ SA, laquelle a soutenu que les sûretés fournies par ses parties adverses, en 58'088 fr. 78, n'étaient pas suffisantes.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

En l'espèce, l'appel a été introduit en temps utile, selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1 et 311 al. 1 CPC), et porte sur des conclusions supérieures à 10'000 fr.

Il est donc recevable.

1.2 La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). La requête en inscription provisoire d'une hypothèque légale étant soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d et 249 let. d ch. 5 CPC), elle peut s'en tenir à la vraisemblance des faits allégués et à un examen sommaire du droit (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_297/2016 du 2 mai 2017 consid. 2.2).

2. Le Tribunal a considéré que les sûretés fournies par les intimés, sous forme de la consignation de 58'088 fr. 78 en mains du Pouvoir judiciaire, qui couvrent la créance de l'appelante et les intérêts sur une durée de dix ans, étaient suffisantes. Il n'y avait pas lieu d'exiger des sûretés couvrant les intérêts de manière illimitée dans le temps car cela reviendrait à rendre pratiquement impossible la fourniture de sûretés par le propriétaire et viderait l'art. 839 al. 3 CC de toute portée pratique. Le Conseil fédéral avait d'ailleurs mis en circulation un avant-projet de révision de cette disposition, précisant que les sûretés étaient suffisantes si elles couvraient les intérêts moratoires pour une durée de dix ans.

L'appelante fait valoir que c'est à tort que le Tribunal a considéré que les intimés avaient fourni des sûretés suffisantes. Cette solution allait à l'encontre d'une jurisprudence claire du Tribunal fédéral. Le fait qu'un projet de révision législative sur ce point était en cours attestait de ce que la loi actuellement en vigueur ne permettait pas d'adopter la solution choisie par le Tribunal.

2.1.1 A teneur de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale, les artisans et entrepreneurs employés à la construction ou à la destruction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages, au montage d'échafaudages, à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, que leur débiteur soit le propriétaire foncier, un artisan ou un entrepreneur, un locataire, un fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble.

L'inscription doit être obtenue au plus tard dans les quatre mois qui suivent l'achèvement des travaux (art. 839 al. 2 CC).

L'inscription être opérée au Registre foncier, dans le délai légal, une inscription provisoire selon l'art. 76 al. 3 ORF étant suffisante (ATF 119 II 429 consid. 3a).

Le délai de quatre mois est un délai de péremption qui ne peut être ni suspendu ni interrompu, à l'expiration du délai de l'art. 839 al. 2 CC, l'ayant-droit perd son droit à l'inscription de l'hypothèque (BOVEY, Commentaire romand, n. 85 ad art. 839 CC; ATF 137 III 563 consid. 3.3).

Lorsque l'inscription provisoire opérée en temps utile a été radiée, une réinscription provisoire n'est possible qu'à la condition que le délai de l'art. 839 al. 2 CC ne soit pas encore échu. L'inscription provisoire déploie ses effets tant qu'elle n'est pas radiée et il revient au propriétaire de l'immeuble de pourvoir à son exécution faute de quoi l'inscription lui est opposable (BOHNET, L'hypothèque légales des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse, in Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs fond et procédure, 2012, n. 32 et 33; ATF 119 II 429 consid. 3c).

2.1.2 Toutefois, l'inscription de l'hypothèque légale ne peut être requise si le propriétaire fournit des sûretés suffisantes au créancier (art. 839 al. 3 CC).

Pour qu'une sûreté soit considérée comme suffisante, il faut qu'elle offre à l'ayant droit les mêmes garanties que l'hypothèque légale, y compris en ce qui concerne les intérêts moratoires (STEINAUER, Les droits réels, tome III, 2021, n. 507).

Dans un arrêt rendu le 5 octobre 2016, le Tribunal fédéral a retenu que pour que les sûretés tenant lieu d'inscription d'hypothèque légale soient considérées comme suffisantes, au sens de l'article 839 al. 3 CC, elles doivent offrir qualitativement et quantitativement la même sécurité que l'hypothèque; du point de vue quantitatif, l'hypothèque légale offre au créancier une sécurité pour le capital et les intérêts moratoires, lesquels ne sont pas limités dans le temps; dès lors, les sûretés doivent aussi offrir pour les intérêts moratoires une sécurité qui n'est pas limitée dans le temps; le Tribunal fédéral a ainsi estimé que la pratique zurichoise, consistant à admettre comme suffisantes des sûretés - sous forme de garantie bancaire - couvrant le capital et des intérêts pour dix ans, n'était pas conforme à la loi; la question de savoir si le procès au fond pourrait à vues humaines être tranché dans un délai plus bref ne changeait rien à cette conclusion juridique (ATF 142 III 738 cons. 4.4.2, JT 2017 II 408).

Précédemment, le Tribunal fédéral avait considéré comme insuffisantes des sûretés couvrant le capital et les intérêts pour un peu plus de trois ans (ATF 121 III 445, JT 1997 I 154).

La solution adoptée par l'ATF 142 III 738 précité concernant la garantie des intérêts a fait l'objet de nombreuses critiques par la doctrine. THURNHERR fait valoir que cette jurisprudence est étrangère à la pratique. Pour cet auteur, exiger la couverture des intérêts pour une durée illimitée conduit à ce que les instruments usuels de garantie ne sont plus utilisables, car une limitation de la somme garantie est incontournable pour des raisons juridiques et pratiques. Dans les faits, une telle exigence a pour conséquence que des sûretés ne peuvent remplacer l'inscription de l'hypothèque légale que si l'artisan ou entrepreneur est d'accord avec ce qui est proposé, ce qui conduit à de sérieuses difficultés pour, par exemple, les entreprises générales; le résultat est que l'article 839 al. 3 2e phrase CC n'est plus applicable, en pratique, qu'avec l'accord du créancier (THURNHERR, in BSK ZGB II, 6e éd., 2019, n. 11 ad art. 839; cf. également SCHUMACHER, Das Bauhandwerkpfandrecht – Systematischer Aufbau, 2008, n. 1250 p. 451, qui relève qu'aucune banque ne peut être requise de garantir les intérêts moratoires sur une durée indéterminée).

PLATTNER se montre également critique envers la jurisprudence précitée relevant que, en règle générale, on peut s'attendre à ce que les procédures ne durent pas plus de dix ans et que la possibilité pour l'entrepreneur d'exiger une garantie illimitée pour les intérêts crée un potentiel d'abus considérable (Die Ersatzsicherheit für Bauhandwerkerpfandrechte, in Droit de la construction 2017, p. 292 ss).

SCHMID et PESCHKE remarquent quant à eux qu'une garantie, laquelle peut être également fournie par une personne autre que le propriétaire de l'immeuble, par exemple l'entrepreneur général, peut présenter des avantages pour l'entrepreneur qui requiert l'hypothèque légale, lesquels sont susceptibles de contrebalancer la limite temporelle de la garantie des intérêts (Bauhandwerkerpfandrecht und hinreichende Sicherheit, in Droit de la construction 2017, p. 163 ss).

La pratique des autorités cantonales concernant la garantie des intérêts n'est pas uniforme. Fréquemment, la durée de cette garantie est limitée dans le temps, par exemple à trois, cinq, voire sept ans, en fonction de la durée probable de la procédure (PRAPLAN, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : mise en œuvre judiciaire, in JdT 2010 III 37; Rapport du Conseil fédéral du 19 août 2020 concernant la révision du code des obligations (défauts de construction), ch. 2.1.3, p. 30-31; ZARB, L'hypothèque légale, in Revue de l'avocat 2018, p. 125 ss).

Postérieurement à la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée, la Cour de justice genevoise a ainsi admis qu'une garantie bancaire couvrant les intérêts pour une durée de 7,6 ans, soit la durée prévisible de la procédure au fond, était suffisante au sens de l'article 839 al. 3 CC (ACJC/590/2018 08 mai 2018 consid. 3.2). La Cour d'appel civile neuchâteloise a admis le caractère suffisant de sûretés

couvrant les intérêts pendant 10,6 ans dans un arrêt du 9 août 2019 (RJN 2019, p. 188). Par contre, dans un arrêt du 6 novembre 2020, cette même Cour a retenu qu'il convenait d'exiger une garantie bancaire couvrant les intérêts de manière illimitée au motif notamment que l'ATF 142 III 738 était clair et ne laissait pas la porte ouverte à des exceptions, de sorte que, même si cette jurisprudence entraînait des inconvénients pratiques, ce problème ne pourrait être résolu que par une révision législative (RJN 2020 p. 249). Le Tribunal cantonal fribourgeois a admis le caractère suffisant de sûretés couvrant 3 ans d'intérêts dans un arrêt du 4 août 2018 (101 2018 56). Dans un arrêt du 24 février 2018, le Tribunal cantonal vaudois a pour sa part considéré suffisantes des sûretés couvrant 7,7 ans d'intérêts (HC/2018/171).

2.1.3 Récemment, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision de l'article 839 al. 3 2e phrase, qui deviendrait, selon la proposition du Conseil fédéral: « *[l'inscription d'une hypothèque légale] ne peut être requise si le propriétaire fournit des sûretés suffisantes au créancier, intérêts moratoires pour une durée de dix ans compris* ».

Le rapport explicatif du 19 août 2020, expose notamment que l'ATF 142 III 738 a *«pour conséquence que le montant des sûretés ne peut pas être déterminé à l'avance puisqu'il dépend des intérêts moratoires, qui en théorie ne sont pas limités dans le temps. Par conséquent, il est pratiquement impossible, en pratique, de substituer une garantie bancaire ou une sûreté réelle à l'hypothèque légale. Il n'est souvent pas possible d'obtenir une garantie bancaire d'un montant indéterminé pour des intérêts moratoires, sinon à des conditions peu attrayantes […] Ceci a pour conséquence que les maîtres d'ouvrage (mais aussi les entrepreneurs généraux et les investisseurs) ne peuvent pas bénéficier des sûretés les plus répandues. En même temps, il y a un risque d'abus, car ce sont souvent des sûretés exorbitantes qui sont exigées pour se substituer à l'hypothèque légale. Afin de redonner une portée pratique à cette disposition légale et d'améliorer la situation des propriétaires fonciers concernés, l'avant-projet prévoit de concrétiser les conditions de la fourniture de sûretés suffisantes; il suffira que les sûretés comprennent les intérêts moratoires pour une durée de dix ans en plus du montant de la créance. Cela rend déterminable le montant des sûretés de substitution et permet donc de chiffrer concrètement le montant d'une garantie bancaire ou la valeur que doit avoir une sûreté réelle. À l'inverse, les intérêts des artisans et entrepreneurs seront à peine touchés: il est rare que les intérêts moratoires courent sur une durée plus longue, car en règle générale, les dix ans suffiront pour liquider les éventuelles procédures judiciaires portant sur les sûretés. Il faut aussi garder à l'esprit que l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné a été rendu en lien avec l'équivalence « quantitative », donc le montant des sûretés. Il ne dit rien sur la qualité économique des sûretés. En pratique, la question de l'équivalence « qualitative » est souvent nettement plus*

importante que la question de savoir si les sûretés peuvent être exigées pour couvrir les intérêts moratoires pour une durée de plus de dix ans. Économiquement, la garantie bancaire sera souvent plus attrayante» (Rapport du 19 août 2020, ch. 2.1.3, p. 30-31; https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80114.html).

2.1.3 Selon l'art. 2 al. 1 CC, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (al. 2).

Il y a abus de droit lorsqu'une institution est utilisée de façon contraire au droit, pour la réalisation d'intérêts que cette institution n'a pas pour but de protéger (ATF 137 V 82; 138 III 401, JdT 2015 II 267).

L'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit constitue un cas d'abus de droit. Il vise l'exercice d'un droit sans aucun intérêt réel pour son titulaire, révélant le plus souvent un dessein de nuire. L'absence de ménagement dans l'exercice d'un droit constitue également un cas d'abus de droit. Lors même que le titulaire d'un droit est libre de choisir la manière dont il exerce celui-ci, il serait abusif de recourir à un mode d'exercice du droit qui nuise à autrui alors qu'un autre mode d'exercice procurerait au titulaire le même avantage sans nuire au tiers. Cette limite vise notamment l'exercice des droits réels, mais également celui des droits formateurs dans le domaine du droit des obligations. (CHAPPUIS, Commentaire romand, n. 34/35 ad art. 2 CC).

2.2 En l'espèce, l'appelante n'explique pas pour quel motif le remplacement de l'hypothèque légale par la garantie fournie par l'intimée, sous forme d'un montant de 58'088 fr. 78 consigné en mains du Pouvoir judiciaire, qui couvre sa créance alléguée en capital plus dix ans d'intérêts, serait susceptible de lui causer un dommage et quels seraient les avantages qu'elle retirerait concrètement du maintien de l'hypothèque légale querellée.

L'appelante n'allègue en particulier pas que la procédure durera plus de dix ans. Compte tenu des caractéristiques de la présente cause, qui ne paraît pas revêtir une complexité inhabituelle, tel ne sera vraisemblablement pas le cas.

A cela s'ajoute que, comme le relèvent à juste titre les intimés, les sûretés en espèces déposées auprès du Pouvoir judiciaire offrent pour l'appelante l'avantage de pouvoir être réalisées plus facilement qu'une garantie réelle.

Il résulte de ce qui précède que l'appelante n'a pas rendu vraisemblable quel est son intérêt concret à exiger le maintien de l'inscription de l'hypothèque légale. Ce maintien est par contre susceptible de causer un préjudice à ses parties adverses, qui, alors qu'elles ont fourni une garantie couvrant vraisemblablement l'intégralité

de la créance de l'appelant, intérêts compris, voient leur bien immobilier grevé d'une hypothèque.

La démarche de l'appelante constitue ainsi un abus de droit, étant rappelé que tant l'exercice d'un droit sans intérêt réel pour son titulaire, que l'absence de ménagement dans un tel exercice contreviennent à l'art. 2 al. 2 CC.

Cela est d'autant plus vrai *in casu* que le droit dont l'appelante se prévaut, à savoir celui d'exiger le maintien de l'inscription de l'hypothèque légale au motif que la garantie fournie par l'intimé ne couvre pas les intérêts de sa créance de manière illimitée, est remis en cause, pour les raisons convaincantes exposées ci-dessus, tant par la doctrine que dans le cadre de projets législatifs récents.

Cette limitation de la notion de garantie suffisante n'est qui plus est pas appliquée en pratique de manière uniforme par les autorités cantonales.

L'ordonnance querellée sera par conséquent confirmée.

3. L'appelante, qui succombe, sera condamnée aux frais d'appel (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 960 fr. (art. 13, 26 et 35 RTFMC) et compensés avec l'avance versée par l'appelante, acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al.1 CPC).

Une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens, TVA et débours inclus, sera allouée à l'intimée (art. 84, 85, 88 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA contre l'ordonnance OTPI/899/2021 rendue le 26 novembre 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/13860/2021-25 SP.

Au fond :

Confirme l'ordonnance querellée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Met à la charge de A_____ SA les frais judiciaires d'appel, fixés à 960 fr. et compensés avec l'avance versée, acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser 2'000 fr. à B_____ et C_____ à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Laura SESSA, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Laura SESSA

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.