

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 17 janvier 2017

Composition : Mme GIROUD WALTHER, juge déléguée
Greffière : Mme Bourqui

Art. 837 al. 1 ch. 3 et 839 al. 3 CC ; 263 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **W.**_____, [...], contre le prononcé rendu le 9 juin 2016 par le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec :

1 - **V.**_____, à [...],

représentée par Me Placidus
Plattner,

2 - [...], à [...],

3 - [...], à [...],

4 - [...], à [...],

5 - [...], à [...],

assistés de Me Christophe Misteli

et ayant tous dénoncé l'instance au sens de l'art. 79 al. 1 let. b CPC, à
V. _____, à [...],

6 - [...], à [...],

7 - [...], à [...],

8 - [...], à [...],

9 - [...], à [...],

10 - [...], à [...],

11 - [...], à [...],

12 - [...], à [...],

13 - [...], à [...],

14 - [...], à [...],

15 - [...], à [...],

16 - [...], à [...],

17 - [...], à [...],

18 - [...], à [...],

19 - [...], à [...],

20 - [...], à [...],

21 - [...], à [...],

22 - [...], à [...],

23 - [...], à [...],

24 - [...], à [...],

25 - [...], à [...],

26 - [...], à [...],

27 - [...], à [...],

28 - [...], à [...],

29 - [...], à [...],

30 - [...], à [...],

31 - [...], à [...],

32 - [...], à [...],

33 - [...], à [...],

34 - [...], à [...],

35 - [...] **GMBH**, au [...],

36 - [...], à [...],

37 - [...], à [...],

38 - [...], à [...],

39 - [...], à [...],

40 - [...], à [...],

41 - [...], à [...],

42 - [...], à [...],

43 - [...], à [...],

44 - [...], à [...],

45 - [...], à [...],

46 - [...], à [...],

47 - [...], à [...],

48 - [...], à [...],

49 - [...], à [...],

50 - [...], à [...],

51 - [...], à [...],

52 - [...], à [...],

53 - [...], à [...],

54 - [...], à [...],

ayant tous dénoncé l'instance au
sens de l'art. 79 al. 1 let. b CPC à **V.**_____, à [...],

la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 9 juin 2016, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : le premier juge) a ordonné la radiation de l'inscription provisoire opérée le 31 juillet 2015 par l'Office du Registre foncier d'Aigle et de la Riviera, en faveur de W._____, aux [...], des hypothèques légales des artisans et entrepreneurs sur les parts de propriété par étages nos [...] à [...] de l'immeuble de base n° [...] de la commune de [...], dont les montants s'entendaient plus intérêts à 5 % l'an dès le 31 juillet 2015, pour un montant total de 4'841'485 fr. 70 (I) et a rendu la décision sans frais ni dépens (II).

En droit, le premier juge a considéré que dès lors que V._____ et les propriétaires des parts de propriété par étages avaient versé le montant des sûretés fixées par prononcé du 22 avril 2016, il convenait de radier les inscriptions provisoires d'hypothèques légales opérées sur les parts de propriété.

B. Par acte du 23 juin 2016, W._____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement, à la réforme du chiffre II en ce sens que les intimés soient condamnés aux frais liés à la procédure de mesures superprovisionnelles et provisionnelles introduite par W._____, que les intimés soient condamnés à verser une indemnité de dépens à W._____ en lien avec la procédure de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, que cette indemnité soit fixée et qu'un délai pour agir au fond lui soit imparti. Subsidiairement, elle a conclu à ce que V._____ soit condamnée aux frais liés à la procédure de mesures superprovisionnelles et provisionnelles et à lui verser une indemnité de dépens, que cette indemnité soit fixée et qu'un délai pour agir au fond lui soit imparti. A titre très subsidiaire, elle a conclu à ce que la cause soit renvoyée à la Chambre patrimoniale cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par courrier du 30 juin 2016, le premier juge a informé la Juge déléguée de la Cour de céans qu'en raison du nombre de consorts et de leur domiciliation à l'étranger, il n'avait pas encore été possible de notifier la requête à tous les consorts. De ce fait, la procédure en cours était encore régie par les mesures superprovisionnelles.

Par réponse du 12 décembre 2016, V._____, agissant pour son compte et pour le compte de cinquante-trois propriétaires des parts de propriété de l'immeuble litigieux lui ayant dénoncé l'instance, a conclu au rejet de l'appel.

C. La Juge déléguée retient les faits pertinents suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

1. Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 31 juillet 2015, introduite par W._____ (ci-après : W._____) contre V._____ (ci-après : V._____) et 99 autres propriétaires d'étages, W._____ a requis l'inscription provisoire au Registre foncier d'Aigle et de la Riviera d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs sur les parcelles nos [...] à [...] du cadastre de [...] propriété des 100 intimés, pour une valeur totale de 5'153'499 fr. 71. W._____ a en outre conclu à ce qu'un délai de trois mois lui soit imparti pour ouvrir action au fond.

2. a) Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 31 juillet 2015, le premier juge a fait droit à cette requête et a ordonné l'inscription provisoire de plusieurs hypothèques légales en faveur de W._____ pour un montant de 5'153'499 fr. 71 sur les parcelles nos [...] à [...] du cadastre de [...].

b) Entre le 6 juillet 2015 et le 23 septembre 2015, par dénonciations d'instance écrites et signées, cinquante-trois propriétaires de diverses parcelles des immeubles litigieux ont dénoncé l'instance à V._____ conformément à l'art. 79 al. 1 let. b CPC.

c) Par déterminations du 25 septembre 2015, V._____ a principalement conclu au rejet de la requête et à la radiation des hypothèques légales inscrites à titre provisoire. Subsidairement, elle a conclu à ce que le montant de la sûreté suffisante soit fixé à 125 % du montant de chaque hypothèque légale ou à tout autre montant à dire de justice.

Elle a en outre produit les déclarations de dénonciation d'instance des cinquante-trois autres intimés en sa faveur et a déclaré accepter ces dénonciations d'instance et procéder à la place des parties qui l'ont dénoncée.

3. Le 12 avril 2016, V._____ agissant toujours en son nom et pour le compte des cinquante-trois autres intimés, a modifié ses conclusions provisionnelles en ce sens que, subsidiairement aux conclusions en rejet de la requête de W._____, le montant de la sûreté suffisante, constituée à titre provisoire, soit fixé à 150 % du montant de chaque hypothèque légale, soit un montant total de 3'227'657 fr. 01.

4. Par prononcé du 22 avril 2016, le premier juge a fixé le montant de la sûreté suffisante au sens de l'art. 839 al. 3 CC, constituée de manière provisoire, à 4'841'485 fr. 70, a désigné le greffe de la Chambre patrimoniale cantonale vaudoise comme autorité de consignation de la sûreté suffisante et a fixé les frais de la cause à 800 fr., ceux-ci suivant le sort de la cause au fond, sans allocation de dépens.

5. Par courrier du 6 juin 2016, le conseil de V._____ a informé le premier juge que le montant total de la sûreté suffisante avait été versé sur le compte du greffe de la Chambre patrimoniale cantonale par sa mandante et a en conséquence requis la radiation des hypothèques légales provisoirement inscrites au Registre foncier.

Le versement de la sûreté suffisante précitée est effectif.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) dans une cause où la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr., l'appel est recevable.

2.

2.1 L'art. 79 al. 1 CPC prévoit que le dénoncé peut intervenir sans autre condition en faveur de la partie qui a dénoncé l'instance (let. a) ou procéder à la place de la partie dénonçante si celle-ci y consent (let. b).

Le dénoncé devient partie principale et conduit le procès en son nom, mais sans être le titulaire du droit litigieux dont la partie dénonçante reste titulaire (Haldy, CPC Commenté, Bâle 2011, n. 3 ad art. 79 CPC ; Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., 2016, n. 6 ad art. 79 ZPO).

Sans que l'art. 79 CPC ne le précise ou ne l'exclue, le dénoncé a également la possibilité de représenter le dénonçant en application de l'art. 68 al. 1 CPC si celui-ci le demande (Haldy, CPC Commenté, Bâle 2011, n. 3 ad art. 79 CPC).

S'agissant des frais, si le dénoncé a rejoint le procès à titre accessoire ou qu'il l'a repris à titre principal, le tribunal peut, conformément au principe selon lequel celui qui engendre des frais les assume (« Verursacherprinzip »), mettre des frais à sa charge, proportionnellement ou solidairement (art. 106 al. 3 CPC). Si le dénoncé est resté à l'écart du procès ou qu'il a soutenu la partie dénonçante uniquement en dehors de celui-ci, il n'assume aucun frais. Le droit de recours du dénonçant à l'égard du dénoncé s'agissant des frais se détermine cependant toujours sur la base du droit matériel (Takei, in Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., 2016, n. 14 ad art. 80 ZPO).

2.2 En l'espèce, les cinquante-trois propriétaires des lots de propriété pour lesquels une inscription d'hypothèque légale a été requise ont dénoncé l'instance à V. _____ au sens de l'art. 79 al. 1 let. b CPC, de sorte que c'est désormais cette intimée qui représente ces propriétaires, également intimés, dans le cadre de la procédure d'appel.

3. 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, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées).

4.

4.1 L'appelante reproche au premier juge de ne pas lui avoir imparti de délai en application de l'art. 263 CPC pour agir au fond, faisant

valoir qu'à défaut, elle risquait de perdre le droit aux sûretés fournies par les intimés en application de l'art. 839 al. 3 CC.

4.2

4.2.1 Les sûretés visées à l'art. 839 al. 3 CC, dès leur constitution effective, empêchent l'inscription postérieure de l'hypothèque légale, respectivement remplacent celle-ci, qui doit alors être radiée, lorsque leur constitution intervient après que l'inscription a été opérée, même à titre provisoire. Elles constituent également un droit de gage (Schumacher, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 3^e éd., 2008, n. 1239, p. 444). Leur constitution correspond à un droit formateur unilatéral du propriétaire foncier visé par la constitution de l'hypothèque légale, auquel l'entrepreneur ne peut pas s'opposer, le cas échéant, et qu'il ne peut pas non plus exiger, à tout le moins en l'absence d'un engagement contractuel correspondant. Lorsque le montant de la sûreté suffisante est litigieux, le juge tranche. Si la sûreté est jugée suffisante – étant précisé que le caractère suffisant ou non de l'inscription dépend également des conditions stipulées par le requis (cf. Schumacher, *op. cit.*, nn. 1275 ss, pp. 459 ss, ainsi que nn. 1294 ss, pp. 466 ss.) –, le juge refuse l'inscription, respectivement ordonne sa radiation au registre foncier ; dans le cas contraire, il ordonne l'inscription provisoire, respectivement confirme l'inscription opérée à titre superprovisoire, ou ordonne l'inscription définitive de l'hypothèque légale, suivant l'état d'avancement de la procédure (Schumacher, *op. cit.*, nn. 1239 à 1244, pp. 445-446).

Après la constitution des sûretés suffisantes au sens de l'art. 839 al. 3 CC, la contestation se retrouve au stade où elle se trouvait antérieurement, de sorte que sauf cas de constitution définitive des sûretés – supposant une déclaration expresse en ce sens –, il incombe à l'entrepreneur de prouver (au fond), respectivement rendre vraisemblable (en procédure provisionnelle), comme il le devait auparavant, qu'il disposait bien d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale d'un certain montant, qu'il remplit les conditions de son exercice au sens de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC et que le délai de l'art. 839 al. 2 CC a été sauvegardé (ATF 110 II 34 ; Schumacher, *op. cit.*, nn. 1305-1306, p. 470).

Cette question a une importance particulière lorsque les sûretés sont constituées durant la procédure tendant à l'inscription provisoire de l'hypothèque légale, auquel cas la question se pose de savoir si le droit provisoire à la garantie invoqué par l'entrepreneur est reconnu sous réserve de l'examen du bien-fondé du droit à la garantie définitive dans le procès au fond, ou si, au contraire, les sûretés n'emportent pas même reconnaissance du droit à la garantie provisoire ; en ce dernier cas, la procédure provisionnelle doit se poursuivre au-delà de la constitution des sûretés, par l'examen des conditions d'octroi du droit de gage invoqué à titre provisoire (Schumacher, *ibidem*).

L'art. 961 al. 3 CC retient que le « juge statue sur la requête et autorise l'inscription provisoire si le droit allégué lui paraît exister ». Dès lors, l'inscription doit être accordée lorsque l'artisan ou l'entrepreneur rend vraisemblable que les conditions de l'inscription sont réunies (Bohnet, *Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*, 2012, n. 71, p. 73).

4.2.2 L'art. 263 CPC prévoit que si l'action au fond n'est pas encore pendante - comme c'est le cas en l'espèce -, le tribunal impartit au requérant un délai pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures provisionnelles ordonnées. La norme précitée est de droit impératif et vaut pour toutes les mesures provisionnelles (Schumacher, *Das Bauhandwerkpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage*, 2011, n. 663, p. 208). Faute de mention d'un tel délai dans la décision, les mesures demeurent valides tant qu'elles n'ont pas été modifiées (art. 268 CPC), rectifiées en application de l'art. 334 al. 1 CPC ou annulées par une décision sur recours (cf. Bohnet, in : *CPC commenté*, Bâle 2011, n. 10 ad art. 263). En matière d'hypothèque légale inscrite à titre provisoire, en particulier, si le tribunal omet d'impartir le délai de l'art. 263 CPC pour ouvrir action au fond et ou de rappeler qu'à ce défaut les mesures provisoires ordonnées sont caduques, il appartient au propriétaire du bien fonds grevé de solliciter en recourant aux voies de droit à disposition - rectification, respectivement appel ou recours - le nécessaire complètement du dispositif en ce sens. Dans l'intervalle, le conservateur

du registre foncier n'est pas habilité à radier l'inscription opérée à titre superprovisoire, laquelle reste valable (Schumacher, op. cit., n. 675, p. 211).

4.3 En l'espèce, dans ses déterminations du 25 septembre 2015 et du 12 avril 2016, l'intimée V._____, agissant pour son compte et pour le compte des intimés lui ayant dénoncé l'instance, a expressément contesté le principe du droit de gage invoqué et n'a offert qu'à titre subsidiaire la fourniture de sûretés au sens de l'art. 839 al. 3 CC. Ainsi qu'elle le relève dans la réponse à l'appel, le premier juge n'a pas statué sur la conclusion tendant au rejet du droit à la garantie déduit à titre provisionnel et par conséquent, n'a pas examiné si les conditions d'octroi du gage demandé par l'appelante étaient remplies à titre provisoire, au degré de la vraisemblance.

En outre, l'ordonnance n'a pas formellement pris acte de la constitution effective des sûretés de remplacement jugées suffisantes, de sorte qu'elle n'a pas statué, ou tout au plus implicitement, sur les conclusions formées par l'appelante tendant à la constitution d'un droit de gage à titre provisoire, fut-ce sous forme de consignation du montant litigieux plutôt que de l'inscription d'une hypothèque. Par ailleurs, la décision attaquée n'impartit aucun délai pour l'ouverture de l'action au fond sous peine de caducité des mesures ordonnées.

L'intimée s'oppose certes à la recevabilité de l'appel au motif que la procédure superprovisionnelle ne serait pas close, le premier juge ayant souligné dans son courrier du 30 juin 2016 que la procédure se trouvait encore en phase de mesures superprovisionnelles, ce qui rendrait l'appel prématuré, donc irrecevable faute d'intérêt juridique (art. 59 al. 1 et 2 CPC). Cette opinion ne peut être suivie.

En l'espèce, l'entrepreneur W._____ est confronté à une décision qui radie le droit de gage constitué à titre superprovisoire sans qu'elle lui reconnaisse formellement un droit sur le gage représenté par les sûretés effectivement constituées en application de l'art. 839 al. 3 CC

et dont le caractère suffisant a d'ores et déjà été reconnu. La décision attaquée mentionne certes dans ses considérants la constitution effective des sûretés par V._____ et les autres intimés, mais son dispositif n'en prend pas acte. Faute de pouvoir remettre en cause la décision attaquée, l'entrepreneur risque donc la perte du droit de gage provisoire auquel il prétend, sous quelque forme que ce soit. Il ne peut en particulier pas compter, en application de la doctrine susmentionnée, sur le maintien provisoire des hypothèques légales en l'absence de délai pour ouvrir action au fond, puisque la décision attaquée ordonne précisément leur radiation, à l'inverse de l'hypothèse envisagée par la doctrine en question, tandis qu'au vu du caractère péremptoire du délai de l'art. 839 al. 2 CC, la perte du droit pourrait s'avérer le cas échéant irréversible.

Le grief de l'appelante est donc fondé et implique l'annulation de l'ordonnance afin que le premier juge poursuive son examen des conditions de la protection provisoire requise, en particulier quant au principe du droit de gage invoqué, avant d'ordonner le cas échéant la radiation des hypothèques légales ordonnées à titre superprovisoire et d'impartir un délai pour ouvrir action au fond.

5.

5.1 L'appelante reproche au premier juge d'avoir statué sans frais ni dépens. Elle estime que le versement de sûretés par les intimés en lieu et place des inscriptions d'hypothèques légales équivaldrait à un acquiescement de leur part, ce qui entrainerait leur condamnation aux frais judiciaires et aux dépens.

5.2 L'art. 106 al. 1 CPC dispose que les frais sont mis à la charge de la partie succombante, soit le défendeur en cas d'acquiescement. La fourniture de sûretés après le dépôt de la requête peut être assimilée à un acquiescement de fait, susceptible d'entraîner la condamnation aux frais judiciaires et aux dépens en application de l'art. 106 al. 1 in fine CPC (Bohnet, Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, 2012, n. 92 p. 80 et les réf. cit.).

5.3 En l'espèce, le dispositif de la décision attaquée statue négativement sur la prétention de l'appelante puisque le droit à tout dépens, de quelque partie que ce soit, est refusé, sans autre motivation. Nonobstant le caractère à la fois lacunaire et contradictoire de la décision sur les frais résultant du chiffre II du dispositif de la décision attaquée, il faut, vu l'issue de l'appel et l'annulation de l'ordonnance entreprise, renoncer à trancher cette question ici, qui devra être réexaminée par le premier juge à l'issue de son examen provisionnel quant à l'inscription des hypothèques légales demandée par l'appelante.

6. En définitive, l'appel doit être admis et la décision entreprise annulée. La cause sera renvoyée à l'autorité de première instance afin qu'elle statue dans le sens des considérants qui précèdent.

Succombant à l'appel (art. 106 al. 1 CPC), l'intimée doit supporter les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr. (art. 65 al. 3 TFJC) ; elle restituera en conséquence à l'appelante son avance de frais.

En outre, l'intimée doit des dépens à l'appelante qui peuvent être arrêtés à 3'500 fr. au vu des opérations effectuées dans le cadre de la procédure d'appel et en tenant compte de la disproportion entre ledit travail et le tarif applicable au vu de la valeur litigieuse (art. 7 et 20 al. 2 TFJC).

Par ces motifs,
la juge déléguée
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel est admis.
- II. L'ordonnance est annulée et la cause renvoyée au juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), sont mis à la charge de l'intimée V._____.
- IV. L'intimée V._____ doit verser à l'appelante W._____ la somme de 6'000 fr. (six mille francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais judiciaires de deuxième instance.
- V. L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Alexandre Zen-Ruffinen (pour W._____),
- Me Placidus Plattner (pour V._____ et cinquante-trois consorts),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale,
- Me Christophe Misteli (pour [...]).

La juge déléguée de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :