

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 25 avril 2019

Composition : M. OULEVEY, juge délégué
Greffière : Mme Pitteloud

* * * * *

Art. 837 al. 1 ch. 3 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **D.**_____, à [...], intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 22 août 2018 par la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec **I.**_____, à [...], requérante, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 22 août 2018, dont les considérants ont été adressés aux parties le 23 octobre 2018, la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : le premier juge) a confirmé l'inscription provisoire à l'Office du Registre foncier des districts d' [...], en faveur de la requérante Q. _____, à [...], inscrite au Registre du commerce du canton de Fribourg sous référence IDE [...], d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs d'un montant de 1'493'594 fr. 15, plus intérêts à 2 % l'an dès le 1^{er} janvier 2018 et d'un montant de 3'366'187 fr. 50, plus intérêt à 2 % l'an dès le 9 mai 2018, y compris tous les accessoires légaux, sur la parcelle n° [...] de la Commune de [...], dont l'intimée D. _____, à [...], inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud sous référence IDE [...], est propriétaire (I), a dit que l'inscription provisoire de l'hypothèque légale resterait valable jusqu'à l'échéance d'un délai de trois mois après droit connu sur le fond du litige (II), a imparti à la requérante Q. _____ un délai échéant au 30 novembre 2018 pour faire valoir son droit en justice (III), a statué sur les frais (IV et V) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (VI).

En droit, s'agissant de la question de la légitimation active de Q. _____ (désormais I. _____), le premier juge a considéré qu'il était établi que cette société avait fourni, par le recours à des sous-traitants, des prestations d'entrepreneur général sur la parcelle dont est propriétaire D. _____, en exécution du contrat d'entreprise forfaitaire conclu le 15 septembre 2009. Le premier juge s'est référé à un arrêt zurichois (Obergericht ZH 17 septembre 2014, ZR 113/2014 p. 271 [n° 80]) dans lequel l'Obergericht a considéré que les entrepreneurs généraux et totaux n'étaient pas légitimés à requérir une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs lorsqu'ils ne réalisaient pas eux-mêmes des travaux. Le premier juge a toutefois considéré que cette jurisprudence n'était pas applicable aux inscriptions provisoires, soumises à la procédure sommaire. Il a ainsi retenu qu'au stade des mesures provisionnelles, dont le degré de preuve se limitait à la vraisemblance, l'entrepreneur principal avait un

droit propre à l'inscription d'une hypothèque légale, même pour les prestations exécutées par le sous-traitant.

B. Par acte du 5 novembre 2018, D._____ a interjeté appel de l'ordonnance du 22 août 2018, en concluant, sous suite de frais et dépens et en substance, à sa réforme en ce sens que la requête de mesures provisionnelles déposée le 5 avril 2018 par Q._____ soit rejetée et que l'inscription provisoire inscrite sur la parcelle n° [...] de la Commune de [...] dont elle est propriétaire soit radiée.

C. Le juge délégué retient les faits pertinents suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. a) Par « contrat d'entreprise forfaitaire pour entreprise générale » du 15 septembre 2015, M._____, en sa qualité de maître de l'ouvrage, a confié à Q._____ (actuellement I._____), en sa qualité d'entrepreneur général, les travaux portant sur la rénovation et l'agrandissement de [...], soit sur la parcelle n° [...] appartenant à D._____

Conformément à l'art. 9 de ce contrat, Q._____ était chargée de conclure avec les sous-traitants et fournisseurs, en son nom et à ses frais, tous les contrats d'entreprise nécessaires. Au total, une soixantaine de sous-traitants ont œuvré sur ce chantier.

b) A teneur de l'art. 12.1 du contrat du 15 septembre 2015, le prix forfaitaire de l'ouvrage convenu entre Q._____ et M._____ s'élevait à 14'900'000 fr. (TVA et hausses des prix comprises).

2. a) Le chantier de [...] a démarré en octobre 2015 et s'est achevé en décembre 2017.

b) Sur le prix de l'ouvrage de 14'900'000 fr. TTC, M._____ ne s'est acquittée des acomptes dus contractuellement qu'à hauteur de 13'406'405 fr. 85.

Sur ce montant, M._____ reste ainsi devoir à I._____ (anciennement Q._____) la somme de 1'493'594 fr. 15 TTC (14'900'000 fr. - 13'406'405 fr. 85), ce qui n'est contesté ni par M._____, ni par D._____. Ce montant se réfère aux factures n^{os} [...] du 22 novembre 2017 d'un montant de 1'340'000 fr. TTC portant sur l'acompte n° 37, [...] du 18 janvier 2018 d'un montant de 150'000 fr. TTC portant sur l'acompte n° 37 et [...] du 4 avril 2018 d'un montant de 3'594 fr. 15 TTC.

c) Le 4 avril 2018, Q._____ a adressé à M._____ une facture n° [...] d'un montant total de 3'366'187 fr. 50 TTC. Celle-ci était accompagnée d'un tableau récapitulatif de l'ensemble des travaux complémentaires réalisés sur la parcelle n° [...] sise à [...]. Cette facture, contestée par M._____ et D._____, reste impayée à ce jour.

3. a) Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles adressée au premier juge le 5 avril 2018, Q._____ a en substance conclu, sous suite de frais et dépens, à ce qu'il soit donné ordre à l'Office du Registre foncier des districts d' [...] de procéder immédiatement à l'inscription provisoire, en sa faveur, d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs d'un montant de 1'493'594 fr. 15, avec intérêts à 2 % dès le 1^{er} janvier 2018, et d'un montant de 3'366'187 fr. 50 TTC, avec intérêts à 2 % dès le 9 mai 2018, y compris tous accessoires légaux, sur la parcelle n° [...] dont est propriétaire D._____, à [...], et à ce qu'elle soit dispensée de fournir des sûretés. A titre provisionnel, elle a conclu à ce qu'un délai de six mois lui soit imparti pour faire valoir ses prétentions en justice, l'hypothèque légale provisoirement inscrite restant valable jusqu'à l'échéance d'un délai d'un mois à compter de l'entrée en force du jugement statuant sur ses prétentions au fond, et à ce qu'en cas de rejet, même partiel, de la requête de mesures provisionnelles, l'inscription provisoire soit maintenue durant un délai de

vingt jours pour lui permettre d'obtenir un effet suspensif auprès de l'autorité de recours.

b) Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 5 avril 2018, le premier juge a fait droit aux conclusions superprovisionnelles prises par Q._____. L'inscription a été opérée le même jour au Registre foncier des districts d' [...].

c) Le 17 mai 2018, D._____ a déposé un procédé écrit sur mesures provisionnelles, au pied duquel elle a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par Q._____, a requis que l'inscription de l'hypothèque légale sur l'immeuble n° [...] de la Commune de [...] soit radiée et, subsidiairement, a sollicité que Q._____ soit astreinte à verser en sa faveur un montant de 100'000 fr. à titre de sûretés.

A l'appui de cette écriture, D._____ a notamment allégué que Q._____ n'avait jamais réalisé le moindre travail sur sa parcelle (cf. all. 81). Elle a requis la production en main de Q._____ d'une pièce 151, établissant la contre-preuve de ce fait.

Dans un courrier du 9 juillet 2018, Q._____ a informé le premier juge que la pièce requise 151 n'existait pas, dès lors qu'elle avait intégralement sous-traité les travaux de construction proprement dits. Il est dès lors établi que Q._____ a sous-traité tous les travaux et qu'elle n'a fourni elle-même aucune prestation matérielle sur la parcelle d'D._____

d) Q._____ a répliqué par procédé du 13 juillet 2018, tandis qu'D._____ a déposé une duplique le 6 août 2018.

Une audience a été tenue le 7 août 2018 par le premier juge.

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 de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les décisions portant sur des mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 et 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 ; BLV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

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, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., 2019, 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) et peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC).

En matière de mesures provisionnelles, la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 138 III 636 consid. 4.3.2 ; TF 5A_823/2013 du 8 mai 2014 consid. 1.3 ; TF 5A_812/2015 du 6 septembre 2016 consid. 5.2).

3.

3.1 D. _____ (ci-après : l'appelante) soutient qu'il ressortirait sans contestation possible de la procédure que Q. _____ (actuellement I. _____ [ci-après : l'intimée]) a sous-traité l'intégralité des travaux et se serait ainsi limitée à des prestations d'ordre immatériel. Il s'ensuivrait qu'elle ne devrait pas se voir accorder le privilège de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Selon l'appelante, la légitimation active et passive dans le cadre des mesures provisionnelles devrait nécessairement se déterminer en fonction de la procédure principale. Elle reproche ainsi au premier juge d'avoir considéré que la jurisprudence zurichoise (cf. Obergericht ZH 17 septembre 2014) selon laquelle les entrepreneurs généraux ne peuvent pas requérir l'inscription d'une hypothèque légale ne s'appliquait pas au stade des mesures provisionnelles.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2012, soit après l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 11 décembre 2009 modifiant cet article (RO 2011 4637), les artisans et entrepreneurs employés à la construction ou à la destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages, au montage d'échafaudages, à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables, peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale 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.

La qualité pour requérir l'inscription d'une hypothèque légale appartient aux artisans et aux entrepreneurs, c'est-à-dire aux indépendants qui, sur la base d'un contrat d'entreprise, fournissent sur un immeuble du travail et des matériaux, ou du travail seulement. La notion recouvre notamment l'entrepreneur total (chargé de la planification et de l'exécution), l'entrepreneur général (responsable pour l'exécution de tous

les travaux), l'entrepreneur partiel (exécutant une partie seulement de l'ouvrage) et le sous-traitant (Carron/Felley, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste, Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, 2012, n. 21 ; Steinauer, Les droits réels, t. III, 4^e éd., 2012, n. 2864). Le sous-traitant a un droit propre et distinct à la constitution de l'hypothèque légale. Ce droit existe parallèlement à celui de l'entrepreneur qui lui a confié des travaux et peut être exercé même si le propriétaire s'est acquitté de sa dette envers cet entrepreneur. Le propriétaire court alors le risque de devoir payer sa dette à deux reprises pour éviter que son immeuble soit réalisé (Carron/Felley, op. cit. n. 70 ; Steinauer, op. cit., nn. 2868 ss). Dans un arrêt du 23 juin 2015, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a considéré que c'était à tort que l'appelant niait le droit de l'intimé, entrepreneur général, de faire inscrire une hypothèque légale pour les factures des sous-traitants (Juge délégué CACI 23 juin 2015/318 consid. 3.1.2).

3.2.2 Dans son arrêt du 17 septembre 2014, l'Obergericht zurichois a considéré que nonobstant sa révision, l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC continuait à mentionner les artisans et les entrepreneurs, lesquels fournissent essentiellement des prestations physiques. Il a par ailleurs retenu que les ouvrages énumérés à l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, dans sa version révisée, étaient tous des ouvrages matériels, si bien que les « autres travaux semblables » auxquels se référait cette disposition légale ne pouvaient pas inclure les prestations d'ordre intellectuel (Obergericht ZH 17 septembre 2014 consid. 2). Il s'ensuivait que l'entrepreneur général qui sous-traitait l'entier des travaux ne fournissait qu'une prestation intellectuelle, laquelle ne lui donnait pas droit au privilège de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC (Obergericht ZH 17 septembre 2014 consid. 3d).

3.3 En l'espèce, il est établi que l'intimée n'a fourni aucune prestation matérielle et qu'elle s'est limitée à sous-traiter les travaux, celle-ci ayant admis ce dernier élément dans son courrier du 9 juillet 2018 adressé au premier juge. Toutefois, ce qui précède ne suffit pas à dénier à l'intimée son droit à faire inscrire une hypothèque légale, que celle-ci soit provisoire ou définitive, sur le fond de l'appelante. En effet, l'arrêt

zurichois auquel se réfère l'appelante - et auquel s'est référé le premier juge - ne convainc pas et est en contradiction avec la doctrine et la jurisprudence précitée (cf. *supra* consid. 3.2.1). Que le législateur n'ait pas voulu étendre le privilège de l'hypothèque légale aux architectes et aux ingénieurs lors de la dernière révision de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC et qu'il ait continué à la réserver aux artisans et aux entrepreneurs n'implique nullement qu'il ait entendu priver les entrepreneurs généraux de la possibilité de faire inscrire une hypothèque légale. En effet, l'entrepreneur général, tout comme le sous-traitant, dispose d'une créance ayant pour cause la prestation matérielle, soit l'exécution des travaux effectuée sur la parcelle à grever.

Pour le surplus, l'appelante ne soutient pas que les autres conditions de l'inscription ne seraient pas réalisées, si bien qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

4.

4.1 Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 *in fine* CPC et l'ordonnance entreprise confirmée.

4.2 Les frais judiciaires, arrêtés à 1'200 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5], seront mis à la charge de l'appelante D._____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée I._____ n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance.

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs), sont mis à la charge de l'appelante D. _____
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

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

- Me Eric Ramel (pour D. _____),
- Me Cyrille Bugnon (pour I. _____),

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

- Mme la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale.

Le juge délégué 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 du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - 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 :