

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 21 février 2020

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

**Art. 2 al. 2, 641, 782 al. 1, 791 CC ; 261 al. 1, 264 al. 1, 308 al. 1
let. b CPC**

Statuant sur les appels interjetés par **D._____SA**, à [...],
requérante, et par **Z._____SA**, à [...], intimée, contre l'ordonnance de
mesures provisionnelles rendue le 2 septembre 2019 par la Juge déléguée
de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant les parties
entre elles, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal
considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 2 septembre 2019, la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale a ordonné au Conservateur du Registre foncier de Morges d'annoter à titre provisoire une restriction du droit d'aliéner la charge foncière « *C. Exploitation : gravière jusqu'au 21.11.2052, Fr. 1'600'000.00, ID.002-2004/005198 en faveur de Z. _____ SA* » grevant les immeubles n^{os} [...] de la Commune de R. _____ (I), a interdit à l'intimée Z. _____ SA, sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP prévue en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, d'aliéner, sous quelque forme que ce soit, la charge foncière précitée grevant les biens-fonds cités (II), a interdit à l'intimée et à ses auxiliaires, sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP, de pénétrer sur les biens-fonds précités (III), a astreint la requérante D. _____ SA, sous peine de caducité des mesures provisionnelles ordonnées, à déposer au greffe de la Chambre patrimoniale cantonale, en faveur de l'intimée, dans un délai de 30 jours dès celui où la présente décision sera devenue définitive, la somme de 1'600'000 fr. en espèces ou une garantie d'un montant équivalent délivrée par une banque établie en Suisse ou par une société d'assurances autorisée à exercer en Suisse (IV), a arrêté les frais judiciaires des procédures superprovisionnelles et provisionnelles à 3'700 fr. (V), a renvoyé la décision sur les frais des mesures provisionnelles à la décision finale (VI) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII), l'ordonnance motivée étant pour le surplus déclarée exécutoire (VIII).

En droit, le premier juge a été appelé à examiner si la requérante, propriétaire de parcelles grevées d'une charge foncière en faveur de l'intimée, pouvait requérir la radiation provisoire de cette charge, subsidiairement l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner cette charge, ainsi que l'interdiction pour l'intimée de pénétrer sur ses biens-fonds et d'y commencer l'exploitation d'une gravière, au motif que cette charge serait nulle. S'agissant d'une requête de mesures

provisionnelles, le premier juge devait donc déterminer la vraisemblance de l'invalidité de la charge foncière.

Dans le cadre de cet examen, il a constaté que la charge foncière avait indirectement la fonction d'une sûreté réelle garantissant le remboursement d'un prêt fait par l'intimée, de sorte qu'ayant été constituée avant le 1^{er} janvier 2012, elle devait suivre les règles de la lettre de rente. Or aucun élément n'attestait qu'elle aurait respecté ces règles, ce qui penchait vers une vraisemblable nullité de la charge foncière. Le premier juge a ensuite examiné si le contrat constitutif du 8 juillet 2004, instrumenté par un notaire, contenait tous les éléments nécessaires à la validité d'une charge foncière. Il a considéré que cette question, discutée par les parties, devait faire l'objet d'un examen détaillé dans le cadre du jugement au fond. Au stade de la vraisemblance, le premier juge a toutefois admis qu'il existait des éléments laissant penser qu'il pourrait y avoir un vice de forme entraînant la nullité, à tout le moins partielle, de l'acte. Partant, la requérante avait rendu vraisemblable la légitimité de sa demande principale.

Le premier juge a examiné si la charge foncière, en admettant qu'elle soit nulle, pourrait être convertie en une servitude. En l'état de la procédure, il a toutefois estimé qu'on ne pouvait considérer qu'une telle conversion était établie avec suffisamment de vraisemblance. Il a en outre considéré qu'on ne pouvait se baser sur l'abus de droit, qui devait être admis restrictivement, pour retenir la vraisemblance de la légitimité de la demande de l'intimée.

Ayant admis que la requérante avait rendu vraisemblable son action, le premier juge a examiné si l'usage par l'intimée de la charge foncière était de nature à causer un préjudice difficilement réparable, ce à quoi il a répondu par l'affirmative, ouvrant ainsi le droit de la requérante à obtenir des mesures provisionnelles.

Quand bien même il a admis le principe de la vraisemblance du droit de la requérante, le premier juge a relevé que de nombreux

points nécessitaient un examen approfondi au fond et que le droit de la requérante ne paraissait pas à ce point certain qu'il ne fallait pas octroyer à l'intimée des sûretés. Il a fixé le montant des sûretés à 1'600'000 fr., soit le montant de la charge foncière, au motif que l'intimée n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle risquait de subir un dommage allant au-delà de ce montant.

B. Par acte du 13 septembre 2019, D._____SA a interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens de première et deuxième instance, principalement à la réforme de son chiffre IV en ce sens qu'elle ne soit pas astreinte à déposer des sûretés et, subsidiairement, à l'annulation du chiffre IV.

Le même jour, Z._____SA a également interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à la réforme de son chiffre III en ce sens qu'elle soit autorisée à pénétrer sur les immeubles n^{os} [...] de la Commune de R._____ et d'y exercer l'activité d'exploitation de gravière et, subsidiairement, à ce que D._____SA soit astreinte à fournir des sûretés d'un montant de 3'375'000 francs.

Par réponse du 16 octobre 2019, D._____SA a conclu au rejet de l'appel de Z._____SA dans la mesure où il est recevable, sous suite de frais.

Par réponse du 17 octobre 2019, accompagnée d'une pièce, Z._____SA a également conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel de D._____SA. Elle a en outre requis l'audition de G._____, directeur de Z._____SA.

Par avis du 29 octobre 2019, le juge de céans a notamment informé les parties qu'il refusait d'entendre G._____, dont les déclarations avaient été verbalisées par le premier juge.

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

1. La société Z._____SA a son siège à [...] et son but est « *achat, vente, échange et location de véhicules utilitaires de transport et de chantier. Exploitation d'un atelier de réparation et d'un dépôt de carburants. Exploitation d'un service de voirie. Transport de personnes ou de matériaux par service privé ou public, exploitation de gravières, traitement et commerce de matériaux de construction, exécution de tous terrassements.* ».

2. Le 22 novembre 2002, Z._____SA et M._____ ont signé un accord intitulé « *convention et contrat d'exploitation de gravière* ». Ce document a la teneur suivante :

« Le domaine agricole « [...] », Commune de R._____, est en procédure de vente. Il figure au PDCAR du Canton de Vaud comme site potentiel d'exploitation de gravier.

M. M._____ est intéressé à l'acquisition de ce domaine agricole et à l'exploitation du gravier.

Dès lors, et sous réserve que l'acquisition et le transfert de propriété de ce domaine soient légalisées, il est convenu que M. M._____ s'engage à :

- concéder à l'entreprise Z._____SA, accessoirement au profit de ses deux actionnaires, soit J._____SA et C._____SA, l'exclusivité des droits d'exploitation du gravier et la mise à disposition gratuite des parcelles [...] de la Commune de R._____, en fonction du ou des permis qui pourraient être délivrés par l'autorité ;
- apporter tout son concours à l'obtention des permis d'exploitation ;
- accepter et à ne pas faire entrave à une collaboration avec d'autres exploitants tiers pour l'exploitation d'un ou des sites adjacents, sur demande ou exigence de l'autorité ou de Z._____SA;
- accepter l'inscription au registre foncier de la présente convention et des droits d'exploitation en faveur de Z._____SA, accessoirement au profit de ses deux actionnaires, soit J._____SA et C._____SA;
- exploiter les zones forestières à déboiser, en fonction du ou des permis délivrés,

et que Z._____SA s'engage à :

- mettre à la disposition de M. M. _____, à la signature de l'acte d'achat, la somme de Fr. 1'600'000.- (un million et six cent mille francs), à titre d'avance sur les futures redevances d'exploitation du gravier dues, cette somme portant intérêt au taux de 4% par année.

Dans le cas où l'achat ne serait pas réalisé, pour quelque raison que ce soit, l'avance précitée devrait être immédiatement restituée à Z. _____ SA, en capital et intérêts, via ses deux actionnaires, soit J. _____ SA et C. _____ SA à raison d'une demie chacun.

- abandonner la créance précitée en cas d'impossibilité légale d'obtenir un ou des permis sur les parcelles précitées, cet abandon valant également postérieurement en cas de renonciation à l'exploitation du site ou de cessation de ladite exploitation, quelle qu'en soit la cause ;
- verser à M. M. _____, sous réserve de compensation jusqu'à concurrence de la créance précitée, en capital et intérêts, une redevance sur les matériaux exploités, cubés en place, selon relevés d'un géomètre officiel, soit Fr. 4.- (quatre francs) / m³ jusqu'à 800'000 m³, puis Fr. 3.- (trois francs) / m³ au-delà ; le prix de la redevance sera indexé selon l'indice des prix KBOB, rubrique 14.21 - sables-graviers (97.4 au 31.10.2002).
- verser une redevance mensuelle provisoire, sur la base des bons de sortie des matériaux de la gravière.
- ne céder tout ou partie de ces droits à des tiers qu'avec le consentement écrit du propriétaire.
- prendre à sa charge tous les frais relatifs à l'exploitation de la gravière, soit l'essouchage, la découverte, l'excavation, le remblayage, la remise en état, le reboisement, les frais de géomètre, les éventuels frais liés au trafic des camions et autres.
- assumer la responsabilité de tous les dommages causés par son personnel à des tiers, sa responsabilité civile étant engagée en conformité des dispositions légales ; elle devra contracter les assurances y relatives.
- assumer la conduite du chantier, sous sa responsabilité et à la décharge du propriétaire.
- se conformer scrupuleusement aux dispositions légales et au(x) permis d'exploitation.

Le présent contrat est valable jusqu'à la fin de l'exploitation des permis qui pourraient être délivrés, soit jusqu'à la libération des garanties bancaires déposées par l'exploitant.

La totalité de matériaux prélevés et le volume de décharge sont propriétés de l'exploitant.

L'exploitation débutera dès l'obtention d'un ou des permis délivré(s) par l'autorité cantonale, en fonction des étapes fixées par celle-ci.

En cas de litige quant à l'interprétation et à l'application de la présente convention, le droit suisse est applicable et le for est à Nyon. »

3. Le 19 mai 2003, M. _____ a acheté la propriété des parcelles n^{os} [...] de la Commune de R. _____.

4. Le 8 juillet 2004, Z. _____ SA et M. _____ ont signé un document, instrumenté par le notaire J. _____, intitulé « *Exploitation de gravière* ». Selon ce document, M. _____ a constitué, en faveur de Z. _____ SA qui a accepté tant pour son compte que pour le compte de ses deux actionnaires (J. _____ SA et W. _____ SA), une charge foncière sur les parcelles n^{os} [...]. Cet acte a notamment la teneur suivante :

« Condition de la charge foncière :

- Cause : Z. _____ SA a prêté à M. _____ la somme d'un million six cent mille francs (fr. 1'600'000.--), cette dette portant intérêt au taux de quatre pour cent l'an (4%/an).

En contrepartie, M. _____ s'est engagé à concéder à Z. _____ SA, l'exclusivité des droits d'exploitation du gravier se trouvant dans le sous-sol des parcelles grevées.

Ces engagements résultent d'une convention du vingt-deux novembre deux mille deux, dont une copie vidimée est ci-annexée à toutes fins utiles.

- Obligation : En vertu de ce qui précède, M. _____, ses ayants causes ou ses ayants droits s'engagent à livrer à Z. _____ SA, respectivement à laisser cette société exploiter les gisements de gravier existants dans les parcelles grevées.

- Exploitation : L'exploitation interviendra dès la délivrance du permis d'exploiter définitif exécutoire, tout délai de recours échu.

La redevance est fixée sur les matériaux exploités, cubés en place, selon un relevé d'un géomètre officiel, à quatre francs (fr. 4.--/m³), jusqu'à un volume exploité de huit cent mille mètres cube et de trois francs le mètre cube (fr. 3.--/m³) au-delà, toute convention ultérieure étant réservée.

Le prix de la redevance sera indexé selon l'indice des prix KBOB, repris de 14.21 - sables-graviers (97.4 au 31 octobre 2002).

La redevance servira à compenser la créance de Z._____SA contre M._____, laquelle sera donc réduite en capital et intérêt en conséquence. Pour le surplus, les parties se réfèrent à la convention ci-annexée.

- Valeur : Elle est fixée à un million six cent mille francs (fr. 1'600'000.--)
Elle est constituée en bloc pour toutes les parcelles concernées et n'est donc pas répartie.
- Échéance : Le vingt et un novembre deux mille cinquante-deux.
- Rachat : Le propriétaire grevé ne pourra racheter la charge foncière qu'à son échéance.
La valeur de rachat fixée ci-dessus sera réduite au montant de la dette résiduelle, en capital et intérêt.
- Radiation : Z._____SA s'engage irrévocablement à requérir la radiation de la charge foncière sitôt que le permis d'exploiter aura été respecté (remise en l'état et reconnaissance définitive) ou dès le versement de la valeur de rachat. »

Les parcelles n^{os} [...] ont fait l'objet d'une inscription au registre foncier sous « charges foncières » formulée comme il suit : « C Exploitation gravière au 21.11.2052, Fr. 1'600'000.00, ID.2004/005198 en faveur de : Société anonyme Z._____SA, [...]. »

5. Le 11 mai 2009, X._____ a adressé au notaire J._____ un courriel dont la teneur est la suivante :

« Faisant suite à un entretien que vous avez eu ce matin avec Monsieur [...], je vous confirme avoir rencontré Monsieur M._____ concernant la reprise éventuelle du domaine des [...] (bois et terres).

Suite à ma rencontre et à mes discussions avec ces personnes, j'ai été clairement informé de la charge foncière qui grève le domaine et du fait que le permis d'exploiter a été signé en vue d'une exploitation prochaine de la gravière. Compte tenu du mode d'exploitation par casiers, non seulement je ne souhaite pas du tout m'opposer à l'exploitation prévue, mais encore je conserve un intérêt à l'achat du domaine. »

6. Le 16 juin 2009, le Département de la sécurité et de l'environnement a adopté le plan d'extraction de graviers [...], confirmé l'autorisation de défrichement et délivré le permis d'exploiter à la société simple « Gravière [...] », formée de Z._____SA et de la F._____SA.

Cette décision est devenue définitive selon arrêt du Tribunal fédéral du 30 avril 2014.

Le 21 décembre 2009, X._____ a adressé un courriel au conseil de Z._____SA, lui transmettant deux conventions et attendant sa confirmation pour leur signature. La première convention, désignée comme une convention cadre de collaboration, devait lier D._____SA - non encore constituée - et Z._____SA. Elle précisait en préambule que, compte tenu de leurs intérêts économiques convergents et de leurs synergies, elles s'étaient entendues pour collaborer activement à l'acquisition et à l'exploitation du domaine des [...]. Cela étant, les parties convenaient en substance que D._____SA poursuive ses démarches pour acquérir le domaine des [...] et qu'elles s'engageaient à collaborer ensemble à l'exploitation de la gravière des [...]. Selon le chiffre 2 de la convention, « *le graviériste aura la responsabilité de gérer l'exploitation de la gravière des [...] conformément au plan d'extraction et à la charge foncière inscrite au Registre foncier. Il est entendu que le graviériste aura l'exclusivité de l'exploitation de la Gravière des [...]* ». Selon le chiffre 5, « *les parties s'engagent à respecter tous les termes et modalités prévues par la charge foncière (...) conférant à Z._____SA un droit d'exploitation de gravière sur le domaine des [...]* ». La seconde convention devait lier les actionnaires de D._____SA, X._____ et son épouse [...], et les actionnaires de Z._____SA, soit J._____SA et C._____SA, « les graviéristes ». Cette convention précisait en préambule que les époux [...] s'apprêtaient à constituer une société de droit suisse D._____SA, dans le but d'acquérir le Domaine des [...], propriété de M._____, et de collaborer avec Z._____SA dans l'exploitation de la gravière. Ces deux conventions n'ont toutefois pas été signées par les personnes désignées comme parties aux conventions.

7. Le 4 février 2010, M._____ a vendu le domaine « [...] », à terme et sous condition suspensive, à D._____SA. Le contrat de vente a notamment la teneur suivante :

« 4.- Occupation - Bail

Sous réserve de la charge foncière (voir article 8 ci-après), les immeubles vendus sont libres de tout bail à loyer et à ferme, ainsi que de tout contrat d'exploitation (i) du bois sur pieds, (ii) du sol et (iii) du sous-sol. Il en sera de même au jour de la signature de la réquisition de transfert.

(...)

8.- Charge foncière

L'acheteur déclare avoir parfaite connaissance des conséquences juridiques et économiques de la charge foncière intéressant les immeubles vendus. Il ne fait aucune réserve à ce sujet, ayant reçu du notaire soussigné l'exercice complet de cette charge foncière, tel que remis par le Registre foncier.

(...)

14.- Prix de vente

Fixé par les parties, sans aucune autre prestation, à SEPT MILLIONS SIX CENT MILLE FRANCS (fr. 7'600'000.-), le prix de vente se compose comme suit :

1. Fr. 6'000'000.- (six millions de francs) payables intégralement, sans intérêt, le jour de la signature de la réquisition de transfert.
2. Fr. 1'600'000.- (un million six cent mille francs) exigibles et payables comme montant fixe sans indexation et sans intérêt, uniquement si la gravière au lieu dit « [...]» - objet d'une demande de permis actuellement en cours de procédure - devait être exploitée, et ce aux conditions stipulées aux alinéas suivants du présent article.

Le complément de prix de vente de fr. 1'600'000.- (un million six cent mille francs) ne sera exigible qu'à la condition que le chantier de la gravière ait valablement débuté sur la base d'un permis d'exploitation délivré par toutes les autorités compétentes et entré en force (premier coup de pioche). Ce complément de prix sera payable au rythme des redevances versées par les exploitants au propriétaire en conformité de l'exercice de la charge foncière numéro 2004/1368/0 (ID.2004/5198) ci-dessus désignée. Toutefois, les parties conviennent expressément qu'au cas où le total des redevances versées par les exploitants au propriétaire devaient être inférieures à fr. 1'600'000.- (un million six cent mille francs), le solde impayé du complément de prix de vente ne serait plus exigible.

L'acheteur accepte par le présent acte que ce complément de prix soit cédé à un tiers. Dans cette hypothèse, le vendeur en informera l'acheteur par écrit, en lui adressant une copie signée de l'acte par lequel la cession au tiers sera intervenue conformément à ce qu'exige l'article 165 du Code des obligations.

(...)

19.- Conditions d'exécution

La signature de la réquisition de transfert au Registre foncier est subordonnée à la réalisation des trois conditions suivantes qui devront être réalisées cumulativement :

(...)

- c) cession du droit au complément de prix de vente de fr. 1'600'000.- (un million six cent mille francs) tel que prévu à

l'article 14 chiffre 2 ci-dessus, en remboursement et à due concurrence du prêt (désigné aussi « avance ») - capital et/ou intérêts - consenti par Z. _____ SA du même montant au vendeur par le contrat d'exploitation de gravière du 22 novembre 2002.

(...)

A propos de la condition c) prévue ci-dessus, le vendeur et l'acheteur entreprendront sans délai toutes démarches nécessaires et utiles auprès du créancier du vendeur, à savoir Z. _____ SA ou tout(es) autre(s) personne(s) à qui sa créance de fr. 1'600'000.- (un million six cent mille francs) aurait été cédée depuis la date de conclusion du contrat d'exploitation de gravière, et ce en vue d'une bonne et rapide exécution de cette condition. Le vendeur s'engage expressément à faire tout ce qu'il est en mesure de faire pour assurer la bonne et rapide exécution de cette condition. Au cas où le créancier Z. _____ SA ou son/ses cessionnaire(s) ne devaient pas donner leur accord à cette cession, l'acheteur aura alors le droit, mais non l'obligation, de rembourser à ses frais, mais pour le compte du vendeur, le prêt (désigné aussi « avance ») mentionné dans la condition c) ci-dessus à hauteur de fr. 1'600'000.- (un million six cent mille francs). Dans l'hypothèse d'un tel remboursement par l'acheteur, le vendeur et l'acheteur conviennent d'ores et déjà (i) que la condition c) ci-dessus sera réputée réalisée et (ii) que ledit remboursement vaudra paiement anticipé de la totalité du complément de prix de vente de fr. 1'600'000.- (un million six cent mille francs) prévu à l'article 14 chiffre 2 ci-dessus, lequel ne pourra plus être exigé par la suite. ».

D. _____ SA a été inscrite au registre du commerce le 22 février 2010. Son siège est à [...] et elle a pour but « *l'exploitation de gravières, sablières et autres ressources du sol et du sous-sol* ». X. _____ en est l'unique administrateur avec signature individuelle.

8. Le 1^{er} mars 2010, D. _____ SA et le notaire Q. _____ ont signé une « *requête à la Commission foncière rurale* » concernant « *la procédure d'autorisation de partage matériel d'une entreprise agricole et d'acquisition d'une entreprise ou d'un immeuble agricole* » et portant sur les parcelles n^{os} [...]. La demande mentionne, en référence à l'art. 64 al. 1 let. c LDFR (loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 : RS 211.412.11) (exceptions au principe de l'exploitation personnelle), l'« *exploitation de ressources du sol selon plan d'extraction et décision du département de la sécurité et de l'environnement du 16 juin 2009* ».

9. Le 11 mai 2010, le conseil de M. _____ a notamment écrit ce qui suit à X. _____ :

« (...) Comme je vous l'écrivais le 29 avril passé, vous avez souhaité la signature de la vente conditionnelle le 4 février passé, malgré nos désaccords quant aux intérêts éventuellement dus à Z. _____ SA, à l'absence d'accord de ce partenaire et au manque de liquidités de mon client pour y faire face si c'est à lui d'y faire face. Vous avez laissé entendre à l'issue de la séance de signatures que vous prendriez contact avec Z. _____ SA pour régler ces problèmes, ce que vous n'avez à ma connaissance pas entrepris. »

En réponse à cette correspondance, D. _____ SA et X. _____, par leur conseil, ont adressé le 28 mai 2010 au conseil de M. _____ un courrier dont la teneur est notamment la suivante : « *Me X. _____ n'a nullement laissé entendre qu'il allait prendre contact avec Z. _____ SA pour s'immiscer dans une relation contractuelle ne concernant pas D. _____ SA, en particulier pour discuter des désaccords quant aux intérêts ou au manque de liquidités de votre client ; bien au contraire, il a toujours été clair pour chacun que D. _____ SA ne voulait pas être mêlée aux rapports internes entre M. M. _____ et Z. _____ SA, notamment au calcul des intérêts résultant du contrat entre eux* ». Ils ont encore précisé ce qui suit s'agissant de la charge foncière : « *la charge foncière déploiera ses effets à l'égard de D. _____ SA pour autant que celle-ci devienne propriétaire. Ceci est une évidence.* » Ce courrier a été envoyé en copie au conseil de Z. _____ SA.

10. Selon un acte de cession signé le 14 juin 2010, M. _____ a cédé à Z. _____ SA son droit au complément de prix de vente de 1'600'000 fr. qu'il détenait envers D. _____ SA conformément à l'art. 14 ch. 2 du contrat de vente du 4 février 2010. L'acte de cession précise que « *la société Z. _____ SA accepte ce jour la présente cession à titre de remboursement intégral et définitif dudit prêt en capital de CHF 1'600'000, prêt consenti par Z. _____ SA à M. _____ par le contrat d'exploitation de gravière du 22 novembre 2002, les intérêts étant réservés comme susmentionné* ».

11. Le 15 juin 2010, D. _____ SA a été inscrite au registre foncier comme propriétaire des parcelles n° [...] de la Commune de R. _____.

12. Le 25 mars 2014, D._____SA a déposé auprès de la Chambre patrimoniale cantonale une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles dirigée contre Z._____SA. A titre provisionnel, elle a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'ordre soit donné au Conservateur du Registre foncier de Morges de procéder à la radiation provisoire de la charge foncière « *C. Exploitation : gravière jusqu'au 21.11.2052, Fr. 1'600'000.00, ID.002-2004/005198 en faveur de Z._____SA* » grevant les biens-fonds n^{os} [...] de la Commune de R._____ et à ce qu'interdiction soit faite à Z._____SA, sous menace de la peine de l'art. 292 CP, d'aliéner, sous toute forme, quelle qu'elle soit, la charge foncière précitée. Subsidiairement, la requérante a conclu à ce qu'ordre soit donné au Conservateur du Registre foncier de Morges d'annoter à titre provisoire une restriction du droit d'aliéner la charge précitée et à ce qu'interdiction soit faite à Z._____SA d'aliéner la charge foncière en question. Plus subsidiairement encore, la requérant a conclu à ce qu'ordre soit donné au Conservateur du Registre foncier d'apposer une mention de blocage sur le feuillet des biens-fonds n^{os} [...], à ce qu'interdiction lui soit faite de procéder à toute opération sur le feuillet des biens-fonds en question et à ce qu'interdiction soit faite à Z._____SA d'aliéner la charge foncière.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 26 mars 2014, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a interdit à Z._____SA, sous la menace à ses organes de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, d'aliéner, sous toute forme, quelle qu'elle soit, la charge foncière « *C. Exploitation : gravière jusqu'au 21.11.2052, Fr. 1'600'000.00, ID.002-2004/005198 en faveur de Z._____SA* » grevant les biens-fonds n^{os} [...] de la Commune de R._____.

Le 16 mai 2014, D._____SA a déposé une nouvelle requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles par laquelle elle a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'interdiction soit faite à Z._____SA et à ses auxiliaires, sous menace de la peine de l'art. 292 CP,

de pénétrer sur les biens-fonds n^{os} [...] et de commencer tout acte d'exploitation de la Gravière des [...].

Le 15 décembre 2014, D. _____ SA a déposé une demande au fond tendant principalement à faire prononcer, respectivement constater, la nullité et/ou l'invalidité de la charge foncière et à la faire radier du registre foncier.

13. Le 16 avril 2016, Z. _____ SA a requis D. _____ SA de lui fournir la preuve, dans un délai de dix jours, qu'elle avait contracté une assurance couvrant les risques découlant de sa responsabilité civile, conformément à la décision finale du Département de la sécurité et de l'environnement et en référence à l'art. 17 de la Loi sur les carrières du 24 mai 1988 (ci-après : LCar ; BLV 931.15).

Par courrier du 26 avril 2016, le conseil de D. _____ SA a répondu au conseil de Z. _____ SA notamment ce qui suit :

« Votre courrier du 19 avril 2016 ne manque pas de surprendre. En effet, vous n'ignorez pas l'objet de la procédure en cours, qui a été suspendue à la demande de votre cliente et qui conteste à celle-ci le droit d'exploiter et de pénétrer sur le terrain de D. _____ SA. En outre, la discussion initiée à la demande de votre cliente est toujours en cours. Il n'apparaît pas au surplus qu'une demande d'exploiter ait pu être présentée et l'ait été. »

14. Le 17 février 2017, un permis d'exploiter a été délivré à la société simple S. _____, p.a. Z. _____ SA, autorisant l'exploitation des casiers C1 et C2. Ce permis a notamment la teneur suivante :

« Le Département du territoire et de l'environnement accorde un permis d'exploiter :

1. Dans le plan d'extraction, en force, adopté le 16 juin 2009.
2. Pour le volume exploitable d'environ 430'000 m³.
3. Selon les prescriptions techniques et administratives annexées.
4. Avec une remise en état conforme au dossier d'enquête et fixée à l'issue de l'exploitation pour le casier n° 1 mais au plus tard le 30 juin 2033 et fixée au 30 juin 2023 pour le casier n° 2.
5. Avec des sûretés d'exécution déposées de CHF 730'500.-.
6. Soumis à un émolument administratif réglementaire de CHF 25'000.-. (430'000 m³ à CHF 0.10 mais au maximum 25'000.-) »

Une copie du permis d'exploiter a été transmise aux propriétaires concernés, parmi lesquels D._____SA.

15. Le 14 mars 2017, la Direction générale de l'environnement (ci-après : DGE) a écrit ce qui suit au conseil de D._____SA, avec copie notamment à la société simple S._____ :

« Nous nous référons à nos entretiens des 8 et 9 mars derniers, par lesquels vous nous avez fait part des inquiétudes de votre cliente, D._____SA, relatives à l'accès à sa propriété par l'exploitante cotitulaire du permis d'exploiter alors qu'un litige de nature civile est pendant entre elles.

A ce propos et selon votre requête, nous vous confirmons que le permis d'exploiter est une autorisation administrative qui ne règle pas des aspects de droit privé, en particulier les questions de droits réels sur les terrains concernés par l'exploitation.

Ainsi, le permis d'exploiter ne constitue en aucun cas un titre juridique de droit privé permettant à lui seul d'accéder au fonds d'autrui et d'entreprendre des travaux liés à l'exploitation de la gravière. »

16. Le 20 octobre 2017, N._____SA a établi à l'attention de Z._____SA un rapport d'« expertise » établissant « *les dommages pour Z._____SA d'une éventuelle non-exploitation des parcelles de D._____SA* ».

17. Par déterminations du 3 novembre 2017, Z._____SA a conclu, sous suite de frais, au rejet de la requête de mesures superprovisionnelles et des conclusions provisionnelles du 25 mars 2014, à l'exception de la conclusion tendant à ce qu'ordre soit donné au Conservateur du Registre foncier d'annoter à titre provisoire une restriction du droit d'aliéner la charge foncière en cause.

Le même jour, l'intimée s'est également déterminée sur la requête du 16 mai 2014. Elle a conclu à son rejet et à ce qu'elle soit autorisée à pénétrer sur les immeubles concernés et à y exercer l'activité d'exploitation de gravière, conformément au permis délivré le 17 février 2017. Subsidiairement, elle a conclu à ce que la requérante soit

condamnée à verser des sûretés d'un montant de 5'000'000 fr. dans un délai de 30 jours, à défaut de quoi l'intimée serait autorisée à pénétrer sur les immeubles et à y exercer l'activité d'exploitation de gravière.

Lors de l'audience du 14 novembre 2017, les parties ont signé une convention partielle, dont la teneur est la suivante :

- « I. A titre de mesures provisionnelles et sans préjudice des conclusions provisionnelles de chaque partie d'ores et déjà déposées, Z._____SA s'engage, pour la durée de la suspension à venir, à ne pas pénétrer sur les fonds propriété de D._____SA, sous réserve des contrôles piézométriques, et de ne pas exploiter les dits fonds.
- II. Parties requièrent que la présente procédure au fond et les procédures provisionnelles soient suspendues jusqu'au 30 juin 2018 au plus tard, sous réserve de prolongation de la suspension requise par les deux parties. »

Le juge délégué a alors ordonné la suspension des procédures provisionnelles et au fond jusqu'au 30 juin 2018 au plus tard.

Par procédé du 24 janvier 2019, D._____SA a conclu à la libération des conclusions formulées par Z._____SA.

Le 29 janvier 2019, l'intimée a déposé des « *déterminations sur le procédé de la requérante du 24 janvier 2019* ».

18. Par courrier du 12 février 2019, la société simple S._____ a sollicité de la DGE une prolongation d'un an au moins de la validité du permis d'exploiter la gravière, en se référant en particulier à un courrier de Z._____SA du 28 juin 2016 et à l'art. 54 LCar.

Le 14 mars 2019, la DGE lui a répondu que, dans la mesure où la possibilité de mise en exploitation de la gravière des [...] dépendait de l'issue d'une procédure judiciaire en cours empêchant actuellement l'accès aux biens-fonds concernés, l'art. 54 LCar ne s'appliquait pas et la validité pleine et entière du permis d'exploiter délivré le 17 février 2017 était confirmée jusqu'à l'échéance qu'il prévoyait. La DGE a encore

indiqué qu'à l'issue de la procédure opposant le propriétaire D. _____ SA à la société simple S. _____, cette dernière devrait lui transmettre sans délai les conclusions du tribunal à la DGE afin que les perspectives de faisabilité de l'exploitation telle qu'actuellement autorisée puissent être évaluées. La décision du département quant au maintien ou à une éventuelle modification des modalités et conditions du permis d'exploiter du 17 février 2017 demeurerait réservée.

19. Les parties, assistées de leurs conseils, ont été entendues lors de l'audience du 3 juillet 2019. A cette occasion, G. _____, directeur général de Z. _____ SA, a été interrogé en qualité de partie. Il a expliqué que les permis d'exploiter étaient délivrés par étapes, quatre au total, et qu'il fallait donc demander ces autorisations quatre fois. Il a relevé qu'ils avaient déjà reçu le permis d'exploiter les casiers C1 et C2 et que pour obtenir le permis pour les casiers suivants, ils devaient avoir extrait la quantité du permis précédent et à la date limite imposée, sachant qu'avant de commencer l'extraction ils avaient des travaux préparatoires à réaliser pour permettre cette extraction, travaux qui duraient environ six mois. Il a précisé que la date finale pour tous les casiers était fixée au 30 juin 2033 et que la première étape devait être terminée au plus tard en 2023, étant précisé qu'ils auraient pu finir d'exploiter cette première étape avant. S'agissant du casier C1, le témoin a déclaré qu'il se situait à cheval sur une propriété de D. _____ SA, de la F. _____ SA et d'une hoirie [...] et que Z. _____ SA devait mettre son installation de lavage à un endroit bien précis de ce casier, comme cela avait été jugé par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal. Il a précisé que cette installation devait être mise sur le terrain de D. _____ SA et a confirmé qu'elle devait rester jusqu'à la fin de l'exploitation, vu qu'elle devait limiter les trajets à l'intérieur de la zone d'exploitation et que tout ce qui était extrait devait y être amené pour être lavé. Il a également confirmé que l'installation sur la propriété de D. _____ SA servirait à traiter l'entier des extractions de tous les casiers et qu'il s'agissait d'une installation de lavage avec des tapis roulants en hauteur, d'une cuve et d'une tour d'environ 20 mètres, correspondant au permis d'exploiter. Il a ajouté que le casier C1 serait ainsi le dernier à être remblayé à la fin de l'exploitation.

Il a précisé que si elle avait l'autorisation de commencer les travaux préparatoires, Z. _____ SA serait en mesure de le faire immédiatement. G. _____ a exposé que Z. _____ SA était en période de récession depuis deux ans, car elle n'avait plus de matière première à exploiter, et qu'elle n'avait plus assez de gravier dans ses gravières propres, raison pour laquelle il était primordial et vital de pouvoir commencer à exploiter la gravière des [...]. Il a ajouté que, comme Z. _____ SA avait obtenu un permis d'exploiter, elle ne pouvait pas obtenir une autre autorisation du Canton pour l'instant. Il a ensuite précisé qu'elle n'avait plus de gravière exploitable en sa faveur actuellement, hormis la gravière de [...] qui lui fournissait encore pour environ 10'000 m³ au maximum. Il a déclaré que Z. _____ SA n'avait pas, seule ou avec d'autres, la possibilité d'exploiter d'autres gravières avant cinq ou dix ans.

Une audience a encore eu lieu le 5 juillet 2019.

En droit :

1. Vu la connexité évidente des deux appels, dirigés contre la même ordonnance, il se justifie de les joindre pour être traités conjointement dans le présent arrêt (art. 125 let. c CPC).

2.

2.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), 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). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 126).

Les prononcés de mesures provisionnelles étant régis par la procédure sommaire (art. 248 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

2.2 En l'espèce, les appels ont été formés en temps utile par des parties qui ont un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portent sur des conclusions qui sont supérieures à 10'000 fr., de sorte qu'ils sont recevables.

3.

3.1 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, CPC, Bâle 2019, 2^e éd., nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. 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 réf. citées).

Dans le cadre de mesures provisionnelles, le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 138 III 636 consid. 4.3.2 ; TF 5A_812/2015 du 6 septembre 2016 consid. 5.2 ; TF 5A_823/2013 du 8 mai 2014 consid. 1.3). Un fait ou un droit est rendu vraisemblable lorsque, au terme d'un examen sommaire, sur la base d'éléments objectifs, ce fait ou ce droit est rendu probable, sans pour autant qu'il faille exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ou que la situation juridique se présente différemment (TF 5A_84/2016 du 5 septembre 2016 consid. 4.1).

3.2

3.2.1 En vertu de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (JdT 2011 III 43 et les réf. citées). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, op. cit., pp. 136-137).

En l'espèce, l'intimée Z. _____ SA a produit à l'appui de sa réponse du 17 octobre 2019 une pièce nouvelle, partant recevable. Cette pièce n'a toutefois pas été prise en compte, n'étant pas utile à la connaissance de la cause (cf. *infra* consid. 6).

3.2.2 Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut décider librement d'administrer des preuves : elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves. Cette disposition ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves. L'instance d'appel peut rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé présentée par l'appelant si celui-ci n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Elle peut également refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 et les arrêts cités). Selon l'art. 150 al. 1 CPC, la preuve n'a pour objet que des

faits pertinents et contestés. Les faits pertinents sont ceux propres à influencer la solution juridique de la contestation (TF 4A_229/2012 du 19 juillet 2012 consid. 4).

En l'espèce, dans sa réponse sur l'appel de D._____SA, l'intimée Z._____SA requiert l'audition de G._____ sur les questions relatives à ses activités de graviériste sur d'éventuels autres chantiers.

G._____ a été entendu en qualité de partie le 3 juillet 2018. Le fait que ses propos soient contestés par D._____SA ne justifie pas qu'il soit entendu à nouveau, raison pour laquelle le juge de céans a informé les parties par avis du 29 octobre 2019 qu'il refusait de l'entendre.

4. Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

Le requérant doit ainsi avant tout rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès, faute de quoi la requête doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire de passer à l'examen des conditions inscrites à l'art. 261 al. 1 CPC (TF 5D_219/2017 du 24 août 2018 consid. 4.2.2 et les réf. citées). Il doit ensuite rendre vraisemblable le motif qui justifie la mesure, qui consiste en une mise en danger ou une violation effective d'une prétention et, enfin, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

Le risque de préjudice difficilement réparable est principalement de nature factuelle ; il concerne tout préjudice patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès (ATF 138 III 378 consid. 6.3). Il est constitué par le fait

que, sans les mesures provisionnelles, le requérant serait lésé dans sa position juridique de fond (ATF 138 III 138 consid. 6.3). En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets. Un préjudice financier n'est en principe pas difficilement réparable, hormis les cas exceptionnels où il est susceptible d'entraîner la faillite de l'intéressé ou la perte de ses moyens d'existence (Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, Lausanne 2018, ch. 5.1 à 5.3 ad art. 261 CPC et les réf. cit.).

Le risque de préjudice difficilement réparable suppose l'urgence. Il faut donc qu'il y ait nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent menaçant les droits du requérant (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2e éd., Berne 2010, n. 1758 p. 322). La notion d'urgence comporte des degrés et s'apprécie moins selon des critères objectifs qu'au regard des circonstances; ainsi, l'urgence apparaît comme une notion juridique indéterminée, dont le contenu ne peut être fixé une fois pour toutes. Il appartient au juge d'examiner de cas en cas si cette condition est réalisée, ce qui explique qu'il puisse se montrer plus ou moins exigeant suivant les circonstances sans s'exposer pour autant au grief d'arbitraire (TF 4P.263/2004 du 1^{er} février 2005 consid. 2.2 TF 4P.224/1990 du 28 novembre 1990, publié in SJ 1991 p. 113, consid. 4c ; plus récemment, cf. Hohl, op. cit., nn. 1757 à 1760 p. 322).

5. L'appelante Z. _____ SA invoque différents griefs en relation avec une mauvaise constatation des faits pertinents et une application erronée du droit, s'agissant en particulier de l'art. 261 CPC. Les griefs invoqués seront examinés dans l'ordre suivant : l'absence d'un trouble illicite (consid. 6), l'absence de vraisemblance de la prétention de la requérante (consid. 7), la non pertinence de l'art. 791 al. 1 CC (consid. 8), l'abus de droit (consid. 9) et une pesée des intérêts incorrecte (consid. 10). Le grief subsidiaire tiré de l'insuffisance des sûretés ordonnées sera examiné en même temps que l'appel de D. _____ SA, lequel porte exclusivement sur cette question (consid. 11).

6.

6.1 L'appelante Z. _____ SA fait valoir que l'action de l'art. 641 al. 2 CC ne peut être dirigée que contre un trouble illicite. Or dans le cas présent, D. _____ SA aurait consenti à l'exploitation de la gravière des [...] et le droit public lui ferait obligation de tolérer l'exécution des permis d'exploiter. L'appelante se réfère en particulier aux art. 16 et 18 LCar, au permis d'exploiter du 16 juin 2009 et à la demande adressée le 1^{er} mars 2010 à la Commission foncière rurale par D. _____ SA, ainsi qu'au permis d'exploiter du 17 février 2017. Sur la base de ces différents documents, l'appelante soutient que l'assentiment de M. _____ s'imposait à l'intimée D. _____ SA, que celle-ci avait au demeurant clairement autorisé l'exploitation de son sous-sol et que c'était avec son accord et son concours que les permis d'exploiter avaient été délivrés aux entreprises exploitantes. Partant, l'intimée ne saurait invoquer l'existence d'un risque d'une atteinte illicite à sa propriété. L'appelante fait également valoir que l'intimée D. _____ SA ne peut invoquer l'existence d'un trouble puisqu'elle-même souhaiterait exploiter une gravière sur ses biens-fonds.

L'intimée pour sa part fait valoir que l'argument tiré du droit administratif est irrecevable. Elle soutient que la délivrance du permis d'exploiter ne permet pas en soi d'exercer des prérogatives de droit privé sur le fonds d'autrui, que le permis aurait été octroyé conjointement avec la F. _____ SA, laquelle ne serait pas partie à la procédure, et qu'elle-même serait co-titulaire du permis d'exploiter selon l'art. 16 al. 1 LCar. A cet égard, elle se réfère au courrier de la DGE du 14 mars 2017.

6.2

6.2.1 Selon l'art. 641 CC, le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi (al. 1) ; il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation (al. 2).

6.2.2 En principe, les procédures civiles et administratives sont indépendantes l'une de l'autre (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, Aménagement du territoire, construction, expropriation, n. 1606 p. 671).

Le droit public est déterminant par rapport à l'utilisation de l'immeuble conformément à sa destination. Là où des formes d'utilisation particulières exigent une autorisation, le tribunal civil est lié par la décision des autorités compétentes fondées sur le droit public. En revanche, le tribunal civil doit statuer sur toutes les autres conditions de la prétention déduite en justice qui relève du droit civil (telles les conditions de l'octroi d'un passage nécessaire ATF 136 III 130, JdT 2010 I 291 consid. 3.2). S'agissant par exemple du permis de construire, l'autorisation de police qui est délivrée ne confère aucun droit subjectif nouveau à son bénéficiaire et se borne à prendre acte qu'aucun empêchement de droit public ne s'oppose à l'activité visée (Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert, op. cit., n. 471 p. 206).

6.3 En l'espèce, l'exploitation d'une gravière est soumise, selon le droit public, à l'exigence d'un permis d'exploiter. En outre, s'agissant de biens-fonds sis en zone agricole, leur acquisition est également soumise à autorisation (art. 61ss LDFR).

Cela étant, même si l'appelante Z. _____ SA a, selon le droit public, un permis d'exploiter valablement délivré par l'autorité administrative compétente, même si le permis « peut » faire l'objet d'une mention au registre foncier et s'il est transféré de par la loi à tout nouveau propriétaire et à tout nouvel exploitant (art. 18 al. 1 LCar), et, enfin, même si l'intimée D. _____ SA a acquis les biens-fonds concernés sis en zone agricole en se fondant sur le permis d'exploiter délivré par l'autorité administrative, il n'en demeure pas moins que l'autorité civile doit examiner sur la base du droit civil si la propriétaire D. _____ SA risque une atteinte à son droit et, partant, si Z. _____ SA se fonde sur un droit réel valable.

Comme l'a constaté la DGE dans son courrier du 14 mars 2017, le permis d'exploiter ne règle pas les aspects de droit privé, en particulier les questions de droits réels sur les terrains concernés, et il ne constitue pas un titre permettant à lui seul d'accéder au fonds d'autrui et d'entreprendre des travaux liés à l'exploitation de la gravière. La seule existence des autorisations administratives délivrées et le besoin cantonal en gravier ne sont ainsi pas de nature à justifier l'atteinte dont se plaint l'intimée D. _____ SA. Cette atteinte doit dès lors être examinée au regard du titre de droit privé dont se prévaut l'appelante, à savoir la charge foncière inscrite au registre foncier.

Enfin, l'argument de l'appelante selon lequel le fait qu'elle souhaite exploiter une gravière ne peut constituer un trouble au motif que l'intimée D. _____ SA souhaiterait elle-même exploiter une gravière est dénué de pertinence. L'intimée prétend que l'appelante n'a aucun droit sur ses biens-fonds et seule l'existence de ce droit importe, sans qu'il soit nécessaire d'examiner ce que l'intimée entend faire elle-même des immeubles dont elle est propriétaire.

6.4 Quant au grief de l'intimée, qui invoque le défaut de légitimation active de l'appelante au motif qu'elle ne serait pas seule titulaire du permis d'exploiter, mais co-titulaire avec son associée F. _____ SA, il est particulièrement mal fondé. D'abord, on doit constater que l'appelante est intimée à la procédure de première instance et que c'est D. _____ SA qui l'a attirée - seule - devant les tribunaux civils. Ensuite, comme on vient de le voir et comme le soutient l'intimée elle-même, le droit public n'a pas d'incidence directe sur la procédure qui oppose les parties. Partant, peu importe que l'appelante soit co-titulaire ou non du permis administratif d'exploiter dès lors que ce n'est pas le fondement de l'action menée devant le juge civil.

7.

7.1

7.1.1 L'appelante Z._____SA reproche au premier juge d'avoir considéré comme vraisemblable la nullité de la charge foncière en regard de la lettre de rente et d'avoir indiqué qu'elle « *n'aurait rien allégué à ce sujet* ». Elle estime avoir répondu à cette question. Pour le surplus, elle conteste que la charge foncière ait eu pour but de garantir le prêt concédé à M._____ et, partant, que les règles de la lettre de rente s'appliquent au cas d'espèce. L'appelante soutient que le but de la charge foncière est de garantir l'exploitation du sol. Elle se prévaut également de la convention du 22 novembre 2002, selon laquelle aucun remboursement du prêt n'était dû si l'exploitation ne pouvait commencer.

L'intimée conteste l'appréciation de l'appelante en se fondant notamment sur le texte du contrat constitutif de la charge foncière. Quant à la teneur de la convention de 2002, elle a fait valoir qu'elle ne modifie pas la nature de garantie voulue par l'appelante pour s'assurer du remboursement de son prêt.

Le premier juge a considéré que la charge foncière, constituée avant le 1^{er} janvier 2012, constituait pour Z._____SA une garantie indirecte de récupérer le montant de 1'600'000 fr. prêté à M._____, garantie à caractère réel puisque le bénéficiaire peut faire réaliser l'immeuble grevé si la prestation promise n'est pas exécutée. Partant, la charge foncière aurait dû suivre les règles de la lettre de rente (cf. art. 848 aCC).

7.1.2 Selon l'art. 782 al. 1 CC, la charge foncière assujettit envers un tiers le propriétaire actuel d'un fonds à certaines prestations pour lesquelles il n'est tenu que sur son immeuble. Elle est le résultat de la combinaison d'une obligation rattachée à un immeuble et d'une garantie spéciale procurée par celui-ci. Elle comprend ainsi deux éléments : une créance et une charge réelle. La créance est le droit personnel permettant d'exiger du propriétaire actuel de l'immeuble grevé une certaine prestation. Tout nouveau propriétaire de cet immeuble en devient de plein droit débiteur. La charge réelle consiste dans l'assujettissement de l'immeuble à la garantie de la dette. La garantie du créancier est limitée à

l'immeuble, de sorte qu'il ne peut prétendre être payé que sur le produit de la réalisation de cet immeuble (Steinauer, Les droits réels, tome III, 4^e éd., Berne 2012, nn. 2578, 2579 et 2581).

Le propriétaire grevé est débiteur d'une obligation *propter rem* ou obligation réelle. Il s'agit de la prestation que le propriétaire actuel doit au bénéficiaire de la charge foncière. Lorsque l'immeuble change de propriétaire, l'acquéreur est de plein droit débiteur des prestations qui font l'objet de la charge foncière (art. 792 al. 1 CC).

Avant le 1^{er} janvier 2012, la charge foncière établie pour la sûreté d'une créance devait suivre les règles de la lettre de rente (art. 785 CC, abrogé par le ch. 1 de la Loi fédérale du 11 décembre 2009 modifiant le Code civil, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012, RO 2011 4637), ce qui supposait notamment comme condition de validité, pour les immeubles non agricoles, une estimation de la valeur de la créance garantie par la lettre de rente selon une procédure officielle mise en place par les cantons (art. 848 CC, abrogé par la loi fédérale du 11 décembre 2009 précitée). La charge foncière constituant en réalité une lettre de rente ne peut plus, sous l'empire de la nouvelle loi, prendre naissance comme droit réel, faute d'estimation officielle ; elle ne peut pas non plus emporter une véritable charge foncière du nouveau droit, supposées ces conditions remplies, car ce qui est inexistant comme droit réel ne peut se voir doter d'effet réel par le seul effet d'un changement de loi (cf. art. 17 al. 1 Tit. fin. CC ; D. Piotet, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, 2^e éd., Bâle 2012, n. 756, p. 221). Les charges foncières pouvant garantir un capital qui n'ont pas été constituées comme lettre de rente avant le changement de loi restent donc nulles, cette nullité étant inguérissable. En particulier, l'inscription au registre foncier ne guérit pas le vice de l'ancien droit (ATF 103 II 176, JdT 1978 I 333 ; CACI 31 mai 2018/319 ; D. Piotet, CR CC II, Bâle 2016, n. 21 ad art. 17 Tit. fin. CC).

7.1.3 On doit donner acte à l'appelante qu'elle a, dans sa réponse du 3 novembre 2017, contesté que la charge foncière ait été faite dans le but de garantir les prêts accordés à M. _____ et, partant, que les règles

de la lettre de rente auraient dû s'appliquer. Cela étant, elle n'a pas allégué que la charge foncière aurait respecté les règles de la lettre de rente, comme l'a retenu le premier juge.

Les parties divergent sur la nature de garantie de la charge foncière. L'art. 18 al. 1 CO dispose que pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi les circonstances antérieures, concomitantes et postérieures à la conclusion du contrat. Déterminer ce qu'un cocontractant savait ou voulait au moment de conclure relève des constatations de fait ; la recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 140 III 86 consid. 4.1 et les réf. citées). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge interprétera les déclarations faites selon la théorie de la confiance ; il devra donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 127 III 444 consid. 1b, JdT 2002 I 213 ; TF 4A_54/2001 du 9 avril 2002 consid. 2b). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 et les réf. citées ; TF 4A_370/2017 du 31 janvier 2018 consid. 2.3 ; TF 4A_665/2010 du 1^{er} mars 2011 consid. 3.1). La détermination de la volonté objective des parties, selon le principe de la confiance, est une question de droit ; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait (TF 4A_370/2017 du 31 janvier 2018 consid. 2.3).

En l'espèce, M._____ et l'appelante Z._____SA ont d'abord signé en 2002, soit avant que le premier achète les parcelles concernées par la charge foncière, une convention par laquelle M._____ s'engageait à concéder à sa cocontractante l'exclusivité des droits d'exploitation du

gravier et la mise à disposition gratuite des parcelles et par laquelle Z. _____ SA s'obligeait à mettre un montant de 1'600'000 fr. à disposition de M. _____, « à titre d'avance sur les futures redevances d'exploitation du gravier dues ». Cette créance serait abandonnée en cas d'impossibilité légale d'obtenir les permis nécessaires.

Le 8 juillet 2004, M. _____ ayant acquis les parcelles visées, il a signé avec Z. _____ SA un acte notarié intitulé « exploitation de gravière », par lequel le premier nommé a constitué en faveur de sa seconde, qui l'a accepté pour son compte et celui de ses actionnaires, une charge foncière. Le texte de cet acte précise comme « cause » le fait que Z. _____ SA a prêté à M. _____ 1'600'000 fr. et qu'en contrepartie, ce dernier s'est obligé à lui céder l'exclusivité des droits d'exploitation du gravier se trouvant dans le sous-sol des parcelles grevées. Le contrat prévoit encore qu'une redevance sera due par Z. _____ SA sur les matériaux exploités, laquelle servira à compenser la créance qu'elle a contre M. _____, laquelle sera réduite en capital et intérêt en conséquence. La valeur de rachat de la charge foncière sera réduite « au montant de la dette résiduelle ». Le texte de l'acte constitutif de la charge foncière mentionne ainsi d'entrée de cause qu'elle a pour cause un prêt, ce qui sous-entend, comme l'a admis le premier juge, qu'il s'agit d'une garantie de récupérer le montant prêté.

Il ressort de ce qui précède que Z. _____ SA a entendu obtenir une garantie réelle de l'engagement pris par M. _____ de lui céder l'exclusivité de l'exploitation du gravier et de lui rembourser ainsi le montant de 1'600'000 fr. par des redevances sur les matériaux exploités. Le fait que Z. _____ SA ait précisément prêté 1'600'000 fr. à M. _____ afin que celui-ci puisse acheter les parcelles sur lesquelles l'exploitation d'une gravière était visée n'y change rien. Le texte de l'acte constitutif du 8 juillet 2004 était clair et il était reconnaissable pour le propriétaire des parcelles que la charge foncière garantissait tant l'exploitation exclusive du sous-sol par Z. _____ SA que le prêt concédé à cette fin. On doit ainsi admettre, avec le premier juge, que la charge foncière avait pour but de garantir une créance, même si ce but n'était pas exclusif. Il se devait donc

de suivre les règles sur la constitution de la lettre de rente et une estimation officielle aurait dû être mise en œuvre. Tel n'a pas été le cas, de sorte qu'il apparaît vraisemblable à ce stade que la charge foncière soit nulle, nonobstant son inscription au registre foncier.

7.2

7.2.1 A supposer que l'intimée ait rendu vraisemblable la nullité de la charge foncière, l'appelante Z._____SA soutient que la charge foncière peut être convertie en une servitude et qu'elle l'a d'ailleurs allégué tant dans la procédure de mesures provisionnelles qu'au fond. Elle reproche à cet égard au premier juge de ne pas avoir considéré ses arguments. S'agissant de la conversion, l'appelante expose qu'il faut non pas comparer l'acte nul et l'acte valable après conversion de manière abstraite, mais qu'il faut se rattacher au but que visaient les parties lorsqu'elles ont conclu l'acte nul. Or les parties souhaitaient la création d'une obligation sans rachat anticipé possible, de sorte que la conversion en une servitude non rachetable respectait la volonté des parties. L'appelante soutient également que même si la question doit être traitée au fond, il apparaît à ce stade hautement vraisemblable qu'elle puisse obtenir l'inscription d'une telle servitude d'exploitation de gravière en se fondant sur la convention du 22 novembre 2002, laquelle s'imposerait à l'intimée D._____SA comme elle s'imposait à M._____.

L'intimée conteste que l'appelante ait invoqué la possibilité d'une conversion dans le cadre des mesures provisionnelles. Elle aurait elle-même expliqué qu'elle ne souhaitait pas une servitude. En tous les cas, la servitude voulue par l'appelante n'aurait aucun fondement contractuel et ne correspondrait pas à la charge foncière voulue. La convention de 2002 ne permettrait en outre pas de retenir que les parties auraient souhaité constituer une servitude. D'une part, cette convention ne lierait pas les parties au litige et, d'autre part, celles-ci n'auraient pas signé d'acte de cession des droits et obligations ressortant de la convention de 2002.

Le premier juge a posé la question de savoir si le principe de la conversion permettrait d'interpréter l'acte juridique nul - la charge foncière - comme un acte valable - une servitude. Il a relevé que Z._____SA n'avait pas invoqué une telle conversion alors que la requérante soutenait qu'elle était impossible. Le premier juge a ainsi considéré que, dans le cadre des mesures provisionnelles et en l'état de la procédure, une telle conversion n'était pas établie avec suffisamment de vraisemblance et nécessitait un examen complet au fond.

7.2.2

7.2.2.1 Les parties ont la charge de l'allégation et le fardeau de la preuve, mais le juge connaît le droit d'office (art. 57 CPC). Il appartient à celui-ci de rechercher la règle de droit matériel abstraite applicable aux faits allégués et d'en tirer les conséquences juridiques sur la prétention réclamée ; à cet égard, il n'est pas limité par l'argumentation des parties et il peut modifier le fondement juridique d'une prétention (Colombini, op. cit., n. 1.1 ad art. 57 CPC et les réf. citées). Le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision soit prise (tiré du droit d'être entendu) s'applique sans restriction pour les questions de fait. Dans la mesure où les éléments factuels en sont réalisés, le tribunal peut appliquer d'office une norme, même si aucune partie ne s'en est prévalu (Colombini, op. cit., n. 4.1 ad art. 57 CPC).

Lorsque les parties ont conclu un contrat qui se révèle nul ou inefficace, il est communément admis que le juge, pour sauver autant que possible l'accord intervenu, peut convertir l'acte juridique vicié en un autre acte juridique valable s'il parvient à la conclusion, par voie d'interprétation, que cet acte répond aux aspirations des parties et qu'il aurait été choisi par elles si elles avaient eu conscience du motif de nullité ou d'inefficacité affectant le contrat qu'elles ont passé en réalité (ATF 135 III 441 consid. 3.3). L'acte juridique nul peut être interprété comme un acte valable permettant d'obtenir approximativement le même résultat à condition que les exigences de l'acte de remplacement soient également remplies, que celui-ci n'aille pas, dans ses conséquences, plus loin que

l'acte nul, et que la conversion ne soit pas contraire au but de la norme dont découle la nullité de l'acte à convertir (ATF 133 III 311 consid. 3.4.2).

7.2.2.2 En l'espèce, il convient à titre préalable de constater qu'il importe peu que l'appelante ait expressément invoqué la possibilité d'une conversion de la charge foncière en servitude dans le cadre des mesures provisionnelles. Il suffit que le premier juge dispose en fait – charge de l'allégation et fardeau de la preuve – des éléments lui permettant de déterminer si la conversion est possible ou non.

7.2.3

7.2.3.1 La servitude est un droit réel limité qui procure à son titulaire l'usage et/ou la jouissance d'une chose. Lorsqu'elle porte sur un immeuble, on distingue les servitudes foncières des servitudes personnelles. Dans le premier cas, le droit appartient au propriétaire actuel d'un autre fonds ; la titularité du droit est donnée par le droit de propriété sur un immeuble et la servitude est constituée pour une durée illimitée. La servitude personnelle quant à elle profite à une personne individuellement déterminée, indépendamment du droit de propriété que celle-ci peut avoir sur un immeuble (Steinauer, Les droits réels, tome II, 4^e éd., Berne 2012, nn. 2190 ss). Sa durée est généralement limitée

L'usufruit est une servitude personnelle proprement dite, soit indissolublement liée à une personne déterminée (Steinauer, Les droits réels, tome I, 6^e éd., Berne 2019, n. 42). Aux termes de l'art. 745 CC, l'usufruit peut être établi sur des meubles, des immeubles, des droits ou un patrimoine (al. 1). Il confère à l'usufruitier, sauf disposition contraire, un droit de jouissance complet sur la chose (al. 2). L'art. 771 CC prévoit que l'usufruit des choses dont la jouissance consiste dans l'extraction de parties intégrantes du sol, notamment celui des mines, est soumis aux règles concernant l'usufruit des forêts. Il ne peut toutefois s'agir que d'une application par analogie, car les produits prélevés épuisent définitivement les ressources du fonds. Le plan d'exploitation vise plutôt à fixer l'extraction d'une quantité moyenne de produits, qui empêche un

épuisement prématuré du fonds (Steinauer, Les droits réels, tome III, précité, n. 2483c).

Le Tribunal cantonal a admis que l'exploitation de gravier constitue un cas spécial d'usufruit, réglé par l'art. 771 CC concernant les mines, qui renvoie aux règles de l'usufruit des forêts (art. 770 CC) (cf. CACI 10 août 2017/343 consid. 4.1.3).

L'usufruit doit faire l'objet d'une inscription au registre foncier et le titre d'acquisition sur lequel il se fonde doit avoir été passé en la forme authentique.

7.2.3.2 En l'espèce, il convient de déterminer, pour le cas où la charge foncière serait nulle, si le juge du fond pourrait la convertir en un droit d'usufruit de l'art. 771 CC. L'acte du 8 juillet 2004 a été passé en la forme authentique. En vertu de cet acte, M. _____ a constitué une charge foncière sur les parcelles dont il était propriétaire. Par ce contrat, « M. _____, ses ayants causes ou ses ayants droits » se sont engagés « à livrer à Z. _____ SA, respectivement à laisser cette société exploiter les gisements de gravier existants dans les parcelles grevées », exploitation qui interviendrait dès la délivrance du permis d'exploiter exécutoire. Les parties ont convenu d'une échéance, ce qui correspond en principe aux servitudes personnelles.

Pour que la conversion soit possible, l'acte nul doit remplir les exigences de l'acte de remplacement. Ce dernier ne peut pas dans son état de fait et ses conséquences aller au-delà de l'acte nul. Limitée par le but de la norme qui est à l'origine de la nullité, la conversion est en outre impossible lorsqu'elle reviendrait à contourner cette norme ou, à tout le moins, à aller à l'encontre de son but (ATF 126 III 182, JdT 2000 I 315).

On doit constater, comme l'a relevé le premier juge, qu'une charge foncière tend en principe à une prestation positive, non à un devoir d'abstention ou de tolérance, lequel relève plutôt de la servitude. Dans le cas présent, la charge foncière visait surtout à laisser la bénéficiaire, soit

l'appelante Z. _____ SA, exploiter une gravière sur les parcelles dont M. _____ était propriétaire. Le contenu du droit convenu par les parties était ainsi plus proche d'une servitude. En revanche, l'effet du droit pour le propriétaire du fonds grevé n'est pas le même selon l'acte : une charge foncière ne confère, en cas d'inexécution, que le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble grevé (art. 791 al. 1 CC) alors qu'une servitude de gravière confère au titulaire le droit d'exploiter le fonds grevé, droit sanctionnée par une action réelle (art. 737 CC). En outre, une charge foncière peut être rachetée par le propriétaire de l'immeuble grevé si le bénéficiaire ne respecte pas le contrat ou en tout cas trente ans après l'établissement de la charge (art. 788 CC). Une servitude de gravière irait ainsi plus loin dans ses conséquences pour le propriétaire du fonds grevé que la charge foncière convenu, de sorte qu'une conversion est de ce fait impossible.

7.2.4 L'appelante fait encore valoir que la question topique ne serait pas de savoir si l'acte du 8 juillet 2004 serait convertible ou pas en servitude, mais si elle disposerait d'un titre, soit la convention du 22 novembre 2002, lui permettant d'inscrire au registre foncier une servitude d'exploitation de gravière grevant les immeubles de l'intimée D. _____ SA. Cet argument est toutefois dénué de pertinence. D'abord, et à titre principal, on notera que l'appelante n'a pas pris de conclusion active en ce sens dans le cadre de la procédure. Or les requêtes de mesures provisionnelles portent, pour la première, sur une restriction du droit d'aliéner la charge foncière et sur une radiation provisoire de cette charge foncière et, pour la seconde, sur une interdiction faite à l'appelante Z. _____ SA de pénétrer sur les fonds concernés et d'y commencer des actes d'exploitation d'une gravière. L'appelante ne fait pas valoir qu'elle aurait engagé une procédure en inscription d'une servitude. Partant, au stade des mesures provisionnelles, on ne peut statuer sur la vraisemblance d'une prétention à faire valoir dans une autre procédure. Ensuite, on doit constater, avec l'intimée, que la convention du 22 novembre 2002 ne lie pas les parties au litige, mais l'appelante Z. _____ SA à M. _____. Or D. _____ SA n'a pas signé avec les précitées un contrat pour la reprise des droits et obligations résultant de cette

convention. Les propos d'X._____ tenus dans son courrier du 11 mai 2009 (« *j'ai été clairement informé de la charge foncière qui grève le domaine et du fait que le permis d'exploiter a été signé en vue d'une exploitation prochaine de la gravière. Compte tenu du mode d'exploitation par casiers, non seulement je ne souhaite pas du tout m'opposer à l'exploitation prévue, mais encore je conserve un intérêt à l'achat du domaine* ») et dans celui du 28 mai 2010 (il avait « *toujours été clair pour chacun que D._____SA ne voulait pas être mêlée aux rapports internes entre M. M._____ et Z._____SA, notamment au calcul des intérêts résultant du contrat entre eux* ») ne permettent pas de considérer que l'intimée D._____SA, l'appelante Z._____SA et M._____ ont convenu d'une reprise par D._____SA des obligations résultant de l'acte de 2002.

7.2.5 Au vu des considérants qui précèdent, une conversion de la charge foncière en servitude n'est pas possible. La prise en compte d'une servitude qui serait fondée sur le contrat de 2002 n'est pas non plus vraisemblable.

8.

8.1 L'appelante Z. _____SA conteste que l'intimée puisse se fonder sur l'art. 791 al. 1 CC pour rendre vraisemblable sa légitimation à l'empêcher de pénétrer sur les fonds. Elle fait valoir que le propriétaire et le bénéficiaire peuvent convenir d'une obligation personnelle, soit au moment de l'inscription de la charge foncière, soit ultérieurement. A cet égard, elle invoque la convention du 22 novembre 2002 qui fonderait clairement l'obligation personnelle de M. _____ de laisser Z. _____SA exploiter la gravière.

8.2 A teneur de l'art. 791 CC, la charge foncière ne donne aucune créance personnelle contre le débiteur, mais seulement le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble grevé (al. 1). Chaque prestation devient dette personnelle trois ans après l'époque de son exigibilité et cesse alors d'être garantie par l'immeuble (al. 2). La charge foncière est en effet un droit réel de garantie et non de jouissance ou d'usage. L'immeuble est affecté à la garantie d'une créance et se rapproche du gage immobilier de ce point de vue. En cas d'inexécution, le bénéficiaire de la charge ne peut pas agir en exécution. Il a seulement le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble grevé, c'est-à-dire d'en demander la réalisation forcée selon les règles applicables aux droits de gage (Steinauer, Les droits réels, tome III, précité, n. 2602). Passé le délai de trois ans, la prestation devient l'objet d'une dette personnelle et cesse d'être garantie par l'immeuble (Steinauer, Les droits réels, tome III, précité, n. 2603).

8.3 En l'espèce, le premier juge a cité la teneur de l'art. 791 al. 1 CC, sans toutefois en tirer des conséquences sur la vraisemblance de la validité de la charge foncière. En effet, il a considéré que la charge foncière n'était vraisemblablement pas valide au motif qu'elle n'avait pas respecté les règles de la lettre de rente.

Cela étant, on doit constater que si la charge foncière avait été constituée valablement, il paraîtrait effectivement douteux que l'appelante Z. _____SA puisse obtenir l'exécution de la charge au vu de

l'art. 791 al. 1 CC. Certes, la charge foncière voulue par M. _____ et Z. _____ SA est inhabituelle dans le sens où, en principe, une charge foncière tend à une prestation positive et non à un devoir de tolérance, ce qui est le propre des servitudes. C'est toutefois la charge qui a été signée par devant notaire et inscrite au registre foncier. Si la validité de la charge foncière devait être admise, ce qui n'est pas le cas (cf. *supra* consid. 7.1), on devrait considérer que l'art. 791 al. 1 CC fait effectivement obstacle à ce que l'appelante puisse obtenir l'exécution de la prestation convenue, soit qu'elle puisse pénétrer sur les parcelles pour exploiter une gravière.

Le contrat signé le 22 novembre 2002 n'y change rien. Encore une fois, l'intimée D. _____ SA n'y est pas partie et aucune servitude n'a été inscrite de ce fait, laquelle lui serait opposable.

9.

9.1 Selon l'appelante Z. _____ SA, c'est à tort que le premier juge a considéré que la question de la bonne foi ne pouvait faire l'objet que d'un examen au fond dès lors que l'abus de droit devait être admis restrictivement. Elle soutient que l'intimée commet un abus de droit manifeste en arguant de la nullité de la charge foncière pour s'opposer à ce qu'elle exploite la gravière des [...] et se prévaut du fait que l'intimée s'est constituée en vue de l'exploitation d'une gravière, qu'elle a pu obtenir l'aval de la commission foncière rurale pour l'achat des parcelles concernées en vue de cette exploitation, qu'X. _____ a expressément déclaré qu'il ne s'opposerait pas à l'exploitation de la gravière et que le conseil de D. _____ SA a écrit qu'il était « évident » que la charge foncière déploierait ses effets.

9.2 Selon l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Savoir s'il y a abus de droit dépend de l'analyse des circonstances du cas concret. L'emploi dans le texte légal du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la

disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 140 III 583 consid. 3.2.4 ; ATF 138 III 401 consid. 2.2 ; TF 4A_254/2016 du 17 juillet 2017 consid. 3.1.3.2 ; TF 5C.312/2001 du 4 février 2002 consid. 6a). Une situation tolérée sans restriction pendant une période prolongée, puis subitement remise en question, peut être sanctionnée par l'interdiction de l'abus de droit, quand bien même il s'agit d'un droit absolu tel que la propriété, fondé sur l'art. 641 CC (TF 5A_655/2010 du 5 mai 2011, consid. 2.1 et 2.2).

La règle prohibant l'abus de droit autorise certes le juge à corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste ; cependant, son application doit demeurer restrictive et se concilier avec la finalité, telle que le législateur l'a voulue, de la norme matérielle applicable au cas concret. Ainsi, pour être qualifié d'abusif, l'exercice d'un droit doit aller à l'encontre du but même de la disposition légale qui le consacre, de telle sorte que l'écart entre le droit exercé et l'intérêt qu'il est censé protéger soit manifeste. En définitive, l'application des règles de la bonne foi ne saurait en aucun cas servir à vider la loi de sa substance et à réaliser des objectifs que le législateur, conscient des divers intérêts qu'il avait à prendre en considération, n'a pas voulu atteindre (ATF 107 la 206 consid. 3b).

9.3 En l'espèce, on doit donner acte à l'appelante que le comportement de l'intimée laisse planer un doute sur sa bonne foi. Cette dernière confirme elle-même dans sa réponse sur appel que son but social et son intention est d'exploiter le sol et le sous-sol des terres dont elle est propriétaire. Elle s'est donc clairement constituée (elle a été inscrite au registre du commerce le 22 février 2010) en vue d'exploiter une gravière sur les immeubles achetés. Le 11 mai 2009, soit avant la vente des parcelles à D. _____ SA, X. _____ a écrit au notaire J. _____ qu'il avait été clairement informé de la charge foncière qui grevait le domaine, du fait que le permis d'exploiter avait été signé en vue d'une exploitation prochaine de la gravière, qu'il ne souhaitait pas du tout s'opposer à l'exploitation prévue et qu'il conservait un intérêt à l'achat du domaine. Le

21 décembre 2009, il a adressé un courriel au conseil de Z._____SA en lui transmettant notamment pour signature une « *convention cadre de collaboration* ». Cette convention, qui n'a pas été signée par les parties, prévoyait que l'intimée D._____SA poursuivrait ses démarches pour acquérir le domaine des [...], que le graviériste Z._____SA aurait la responsabilité de gérer l'exploitation de la gravière, étant précisé qu'il en aurait l'exclusivité, et que les parties s'engageaient toutes deux à respecter tous les termes et modalités prévues par la charge foncière. Le 28 mai 2010, le conseil de l'intimée D._____SA et d'X._____ a écrit au conseil de M._____, s'agissant de la charge foncière, qu'elle déploierait ses effets à l'égard de D._____SA pour autant que celle-ci devienne propriétaire, ceci étant « *une évidence* ».

Il ressort de ce qui précède qu'au moment de l'achat des parcelles de M._____, X._____ - et partant D._____SA - a laissé entendre qu'il souhaitait une collaboration dans laquelle la charge foncière serait respectée. Cela étant, on ignore pourquoi la convention proposée le 21 décembre 2009 - pièce produite dans le cadre de la procédure par l'intimée elle-même - n'a pas été signée par les parties et ce qui a empêché la collaboration envisagée. A l'évidence, X._____ lui-même considérait que la collaboration entre les parties devait être précisée. A ce stade, il est dès lors difficile de dire si l'intimée D._____SA a adopté un comportement contradictoire ou si les pourparlers entre les parties ont échoué avant la signature d'une convention et avant que l'intimée ne prenne conscience du fait que la charge foncière n'était pas valable. S'agissant de mesures provisionnelles, l'abus de droit n'est pas rendu suffisamment vraisemblable et il appartiendra au juge du fond d'examiner plus avant cette question.

10.

10.1 L'appelante fait valoir que le premier juge n'a pas procédé à une pesée correcte des intérêts en présence. Elle soutient que l'intérêt de l'intimée D._____SA à empêcher l'exploitation de la gravière n'est pas prioritaire par rapport à son propre intérêt à respecter les permis

d'exploiter délivrés par le canton, bien au contraire. Elle explique que les permis ne vont plus pouvoir être respectés si elle ne peut pas commencer immédiatement la première étape d'exploitation et que l'intérêt public à l'exploitation est gravement mis en danger.

L'intimée soutient que l'autorité vaudoise accorde usuellement des prolongations de permis d'exploiter et que l'appelante est au courant de cette pratique dont elle a déjà bénéficié.

10.2 Dans l'examen du risque de préjudice irréparable au sens de l'art. 261 al. 1 CPC, il convient de vérifier que la mesure requise à titre provisionnel respecte le principe de la proportionnalité. Cette mesure doit être apte à atteindre le but visé, nécessaire, c'est-à-dire indispensable pour l'atteindre, toute autre mesure ou action judiciaire se révélant inapte à sauvegarder les intérêts du requérant, et proportionnée à ce but, les alternatives les moins incisives devant avoir la préférence (Hohl, op. cit., nn. 1765 et 1766 pp. 323 s.; Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au CPC, FF 2006 p. 6962). Le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée. L'examen du droit et la pesée des intérêts en présence ne s'excluent pas : le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (Hohl, op. cit., n. 1780 p. 326).

10.3 Le premier juge a considéré que le fait pour l'appelante Z. _____ SA de pénétrer sur les biens-fonds de l'intimée et d'y installer des installations lourdes et d'y prélever du gravier, alors qu'aucun accord n'avait été conclu entre les parties s'agissant des modalités et des conditions d'exploitation, empêcherait l'intimée de disposer comme elle l'entendait de sa propriété. Il a considéré que l'annotation provisoire d'une restriction du droit d'aliéner la charge foncière et l'interdiction pour l'appelante d'aliéner cette charge était adéquate et proportionnée. L'appelante avait d'ailleurs adhéré à cette conclusion. Le premier juge a également considéré qu'il devait être fait interdiction à l'appelante de

pénétrer sur les biens-fonds et de commencer tout acte d'exploitation de la gravière.

10.4 En l'espèce, l'intimée a rendu vraisemblable qu'une prétention dont elle est titulaire risque d'être l'objet d'une atteinte et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable. L'annotation provisoire d'une interdiction d'aliéner la charge foncière et l'interdiction faite à l'appelante d'aliéner la charge ne sont pas contestées. Seule est contestée l'interdiction de pénétrer sur les biens-fonds.

Il est patent que la situation est particulièrement grave pour les deux parties. Si les parcelles de l'intimée D. _____ SA sont exploitées par l'appelante, il en résulte une atteinte irréversible aux biens-fonds et un empêchement de l'intimée d'en disposer comme elle le souhaite. Si l'appelante ne peut pas commencer l'exploitation de la gravière, non seulement il y a une perte financière conséquente du fait de la non-exploitation de la gravière selon les plans d'exploiter, mais il y a également le risque qu'une autre entreprise exploite la carrière. Ce n'est toutefois pas ce point qui est mis en avant par l'appelante Z. _____ SA, mais le fait qu'elle doit respecter les permis d'exploiter délivrés par le canton et que l'intérêt public à l'exploitation est gravement mis en danger.

L'intérêt public du canton à ce que la carrière soit exploitée immédiatement n'entre toutefois pas en ligne de compte : la pesée se fait entre les intérêts privés de la requérante D. _____ SA et de la bénéficiaire de la charge foncière Z. _____ SA, non entre ceux de l'Etat et des parties à la présente procédure. Pour le surplus, l'appelante ne conteste pas la pesée des intérêts qui a été effectuée entre les intérêts privés des parties. Les mesures prises peuvent dès lors être confirmées.

11.

11.1 L'appelante D. _____ SA reproche au premier juge de l'avoir astreinte au versement de sûretés d'un montant de 1'600'000 francs. Elle fait valoir que les mesures ordonnées sont des mesures purement

conservatoires et que Z._____SA n'a pas pu démontrer au degré de vraisemblance requise un quelconque dommage. Elle relève également que la garantie réelle de la charge foncière est limitée à la valeur de la charge inscrite et soutient que la fourniture de sûretés reviendrait à doubler le droit litigieux d'une garantie personnelle du même montant que la charge et équivaldrait à un séquestre déguisé. L'appelante invoque encore que la charge foncière ne confère pas de droit à pénétrer sur le terrain grevé, de sorte qu'un préjudice d'exploitation est exclu. Elle relève que soit la charge foncière est valable et la garantie est déjà contenue dans la sûreté réelle de la charge, soit elle est nulle et Z._____SA n'a droit à aucune garantie.

L'appelante et intimée Z._____SA considère, comme l'appelante D._____SA, qu'il est faux de retenir la valeur de la charge foncière pour établir le dommage encouru. Elle fait valoir que son manque à gagner prévu selon l'avis de N._____SA est de 675'178 fr. par année et qu'une durée de procès de 5 ans apparaît probable. Elle requiert dès lors la prise en compte de sa perte de bénéfice, laquelle doit être garantie par les sûretés, lesquelles devraient ainsi s'élever à 3'375'000 francs. L'appelante Z._____SA invoque également que la conversion en une servitude d'exploitation devra être examinée au fond, que la charge est née de la convention du 22 novembre 2002 et que le dommage va donc clairement au-delà de la charge foncière et de la sûreté réelle qu'elle comporte. En lui interdisant de pénétrer sur les biens-fonds et, partant, de commencer l'exploitation de la gravière, le dommage est donc bien constitué par un préjudice d'exploitation.

11.2 Selon l'art. 264 al. 1 CPC, le tribunal peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures provisionnelles risquent de causer un dommage à la partie adverse. Par dommage, on vise toute atteinte au patrimoine, qu'il s'agisse d'une diminution ou non-augmentation de l'actif (perte de bénéfice par exemple) ou d'une augmentation ou non-diminution du passif (Bohnet, Commentaire romand, CPC, précité, n. 2 ad art. 264 CPC).

L'astreinte à la fourniture de sûretés est une faculté conférée au juge, lequel dispose d'une certaine marge d'appréciation (Sprecher, Basler Kommentar ZPO, 2^e éd., 2013, n. 17 ad art. 264 CPC). Il convient de procéder à une pesée des intérêts en jeu et de comparer la vraisemblance de la prétention du requérant avec celle du dommage allégué par l'intimé. Si la première apparaît plus vraisemblable que le second, il se justifie de renoncer à la fourniture de sûretés (Huber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2^e éd., 2013, n. 17 ad art. 264 CPC). De même, on renoncera en règle générale à exiger des sûretés lorsque les mesures provisionnelles requises n'ont pas d'autre but que le maintien d'une situation conforme au droit (Bohnet, op. cit., n. 5 ad art. 264 CPC).

11.3 Le premier juge a considéré que de nombreux points devaient être examinés de manière plus approfondie dans le jugement au fond et que le droit de l'appelante D. _____ SA ne paraissait pas à ce point certain qu'il se justifie de ne pas octroyer de sûretés à l'appelante Z. _____ SA. Il a considéré qu'il était impossible de chiffrer avec certitude le dommage que pourrait subir Z. _____ SA, le rapport du 20 octobre 2017 réalisé par N. _____ SA n'ayant pas valeur d'expertise judiciaire et les calculs reposant sur des projections et hypothèses. Le premier juge a ensuite constaté que les conclusions portaient principalement sur la validité de la charge foncière, dont la garantie réelle était limitée à la valeur de la charge inscrite au registre foncier, soit 1'600'000 francs. C'est ce montant que le premier juge a admis au titre de sûretés, considérant que Z. _____ SA n'avait pas rendu suffisamment vraisemblable qu'elle risquerait de subir un dommage allant au-delà de ce montant.

11.4 En l'espèce, la demande au fond tend à constater la nullité et/ou l'invalidité de la charge foncière et à la faire radier du registre foncier. Les mesures prononcées à titre provisionnel sont l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner la charge et une interdiction de pénétrer sur les biens-fonds concernés par la charge foncière. Elles n'ont dès lors pas pour unique but le maintien d'une situation conforme au droit, mais impliquent pour l'appelante Z. _____ SA que celle-ci ne peut

commencer comme prévu l'exploitation d'une gravière sur les parcelles concernées.

Il y a donc lieu de procéder à une pesée des intérêts en jeu et de comparer la vraisemblance de la prétention de D. _____ SA avec celle du dommage allégué par Z. _____ SA. Comme l'a constaté le premier juge, le droit de la demanderesse au fond ne paraît pas à ce point certain qu'il se justifie de ne pas octroyer de sûretés à l'appelante Z. _____ SA. Or, si D. _____ SA n'obtient pas gain de cause au fond et si la charge foncière n'est pas radiée, la situation est complexe.

Il a déjà été relevé que, dans le cas présent, la charge foncière ne tend pas à une prestation positive du propriétaire des biens-fonds, mais à un devoir de tolérance : le propriétaire doit laisser le bénéficiaire exploiter les gisements de gravier existants. Or, en cas d'inexécution, la charge foncière ne confère que le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble grevé : Z. _____ SA n'aurait ainsi pas de droit à exploiter les biens-fonds et il n'y aurait pas de « *préjudice d'exploitation* ». Il n'y aurait en outre pas de préjudice correspondant à valeur de la charge inscrite, comme le relève l'appelante D. _____ SA, dès lors que Z. _____ SA disposerait de la procédure de réalisation de gage pour se payer sur le prix de l'immeuble grevé.

L'appelante Z. _____ SA invoque la possibilité d'une conversion de la charge foncière en servitude personnelle. Il est vrai que si l'on devait admettre la possibilité d'une telle conversion, le dommage de Z. _____ SA correspondrait à la perte de bénéfice pour les années durant lesquelles aurait duré la procédure. Comme on l'a vu, cette conversion n'apparaît toutefois pas possible et, en tous les cas, peu vraisemblable à ce stade (cf. *supra* consid. 7.2), de sorte que cette hypothèse ne saurait donner lieu à l'allocation de sûretés. Au demeurant, si on admettait qu'une conversion serait possible et qu'un dommage serait dès lors encouru, encore faudrait-il que Z. _____ SA ait rendu vraisemblable son dommage, ce qu'elle soutient avoir fait par la production du rapport d'expertise de N. _____ SA. Ce rapport, déposé le 20 octobre 2017, a été établi à la

demande de Z. _____ SA. Comme indiqué en préambule, ce rapport se fonde sur la prémisse que le mandant ou les tiers désignés lui ont fourni des informations et des documents exacts et complets. Le rapport précité n'a dès lors pas de valeur plus élevée qu'une déclaration de partie. Pour le surplus, on ignore quelles sont les possibilités pour Z. _____ SA de réduire le personnel et d'œuvrer sur d'autres chantiers, cette question faisant à ce stade l'objet d'allégations contradictoires des parties. Partant, même si l'existence d'un dommage devait être admis quant à son principe, il n'a pas été rendu vraisemblable quant à sa quotité. Au demeurant, comme le fait prévaloir à bon droit D. _____ SA, la charge foncière, à la supposer valable et efficace, ne conférerait aucun droit d'exploitation dont Z. _____ SA pourrait demander l'exécution en justice (cf. art. 791 CC) ; elle ne lui donnerait que le droit d'être payé sur le prix de réalisation des immeubles. Il n'y a dès lors pas de dommage au sens de l'art. 264 al. 2 CPC.

Il s'ensuit que des sûretés ne sont pas dues et que l'appel de D. _____ SA sur ce point est bien fondé.

12. En définitive, l'appel de Z. _____ SA doit être rejeté, l'appel de D. _____ SA admis et l'ordonnance réformée en ce sens que cette dernière n'est pas astreinte au versement de sûretés.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 18'750 fr. pour l'appel de Z. _____ SA (art. 62 al. 1 TFJC [Tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; BLV270.11.5]), sont mis à sa charge dès lors qu'elle succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 17'000 fr. pour l'appel de D. _____ SA (art. 62 al. 1 TFJC [Tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; BLV270.11.5]), sont mis à la charge de Z. _____ SA, laquelle lui versera ce montant à titre de restitution d'avance de frais (art. 111 al. 2 CPC).

Cette dernière versera en outre à l'appelante D. _____ SA la somme de 15'000 fr. (art. 7 et 3 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; BLV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC).

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

- I.** Les appels sont joints.
- II.** L'appel de Z. _____ SA est rejeté.
- III.** L'appel de D. _____ SA est admis.
- IV.** L'ordonnance est réformée en ce sens que le chiffre IV de son dispositif est supprimé. L'ordonnance est confirmée pour le surplus.
- V.** Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appel de Z. _____ SA, arrêtés à 18'750 fr. (dix-huit mille sept cent cinquante francs), sont mis à la charge de l'appelante Z. _____ SA.
- VI.** Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appel de D. _____ SA, arrêtés à 17'000 fr. (dix-sept mille francs), sont mis à la charge de l'intimée Z. _____ SA.
- VII.** L'appelante et intimée Z. _____ SA doit verser à l'appelante et intimée D. _____ SA la somme de 32'000 fr. (trente-deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance et de restitution d'avance de frais.

VIII. 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 Philippe Reymond (pour D. _____ SA),
- Me Denis Bettems (pour Z. _____ SA),

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 :