

COUR CIVILE

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant
A.G._____ et **B.G.**_____, tous deux en [...], d'avec **C.**_____, à [...]
(VS).

Audience du 14 décembre 2010

Présidence de Mme CARLSSON, juge instructeur
Greffier : M. Intignano

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur
considère :

En fait et en droit:

Vu la requête de mesures provisionnelles du 18 novembre
2010 déposée par les requérants A.G._____ et B.G._____ à l'encontre
de l'intimé C._____ dont les conclusions principales tendent, avec suite
de frais et dépens, à l'inscription de restrictions du droit de d'aliéner sur
les immeubles n° 1590 et 1590-1 à 1590-11 dont l'intimé est propriétaire
sur le territoire de la Commune de Z._____ et, subsidiairement, à ce

qu'interdiction soit faite à l'intimé, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 du Code pénal (ci-après: CP; RS 311.0), d'aliéner ou d'engager dits immeubles,

vu le procédé complémentaire déposé par les requérants à l'audience du 14 décembre 2010 confirmant les conclusions prises dans la requête du 18 novembre 2010,

vu les déterminations déposées par l'intimé à dite audience tendant au rejet, avec suite de frais et dépens, de la requête du 18 novembre 2010,

vu le dispositif de la présente ordonnance notifié aux conseils des parties le 24 décembre 2010, reçu le 3 janvier 2011 par le conseil des requérants et le 28 décembre 2010 par le conseil de l'intimé,

vu les pièces du dossiers;

ouï, à l'audience du 14 décembre 2010, le conseil des requérants, dispensés de comparution personnelle, et l'intimé assisté de son conseil;

considérant que l'intimé C. _____ est promoteur immobilier,

que les requérants, désireux d'investir des sommes importantes dans l'immobilier de la région, lui ont consenti un prêt de 8'778'068 fr. versé en cinq fois, soit à l'occasion des cinq achats immobiliers suivants:

- 2'178'368 fr. le 1^{er} juin 2006, immeuble n° 872 de la Commune de [...]
- 2'183'600 fr. le 25 octobre 2006, immeuble à [...]
- 716'100 fr. le 15 novembre 2006, immeuble n° 930 de la Commune de [...]

- 700'000 fr. le 2 janvier 2007, villa [...] à [...]
- 3'000'000 fr. le 8 octobre 2007, immeuble n° 1590 de la Commune de Z. _____,

qu'une convention a été signée après ces versements, le 17 octobre 2007, entre les requérants d'une part et l'intimé d'autre part,

que le prêt a été accordé à un taux d'intérêt de 5% l'an,

que la convention prévoit en outre que, sur demandes des créanciers, l'intimé s'engage à faire établir, à ses frais, une cédule hypothécaire au porteur en faveur des requérants, d'un montant maximum (garantie bancaire comprise) ne dépassant pas les 80% de la valeur vénale des immeubles,

que les parties sont convenues, au chiffre 2 du préambule de cette convention, de soumettre à un arbitrage toutes contestations futures pouvant naître de dite convention, selon la procédure décrite dans le concordat suisse sur l'arbitrage, tout en fixant son siège à Sion,

que dans le cadre d'une précédente procédure devant la cour de céans, les requérants ont requis et obtenu du juge instructeur, par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 1^{er} décembre 2008, l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner l'immeuble n° 1590 de la Commune de Z. _____, propriété de l'intimé,

que les parties ont signé une nouvelle convention le 16 février 2009 dans laquelle ils ont notamment confirmé l'existence et le contenu de la convention du 17 octobre 2007,

que la nouvelle convention mentionne que, au jour de sa signature, un montant de 3'349'000 fr. avait déjà été remboursé par l'intimé aux requérants,

que dite convention avait pour but de garantir le

remboursement de l'intégralité des prêts octroyés, en capital et intérêts, tout en permettant à l'intimé de réaliser les immeubles acquis dans de bonnes conditions,

qu'en ce qui concerne l'immeuble n° 1590 de la Commune de Z._____, la convention mentionne qu'il est grevé de deux cédules hypothécaires au porteur de respectivement 5'700'000 fr. et 1'300'000 fr., inscrites le 7 décembre 1989,

qu'il est outre mentionné que cette parcelle doit être vendue en la forme de propriétés par étages (ci-après: PPE), pour un total de 9'675'000 francs,

que le chiffre 3 de la convention (p. 6) prévoit la radiation de l'annotation de la restriction du droit d'aliéner la parcelle n° 1590 de la Commune de Z._____ ordonnée le 1^{er} décembre 2008,

qu'au chiffre 5 de dite convention (p. 7), parties ont donné mandat à l'avocat Me F._____, à [...], notamment d'obtenir la consignation en son étude de la cédule hypothécaire d'une valeur de 1'300'000 fr., en 2^{ème} rang, grevant l'immeuble n° 1590 de la Commune de Z._____, de la garder en gage au bénéfice des requérants et de la libérer au fur et à mesure des ventes à intervenir,

qu'il est également donné mandat à Me F._____ de faire radier l'annotation provisoire inscrite sur la parcelle n° 1590 de la Commune de Z._____,

qu'enfin, parties sont convenues de fixer le for à Z._____ pour tous litiges pouvant intervenir dans l'exécution de la convention du 16 février 2009,

qu'il ressort des pièces au dossier que Me F._____ a effectué trois versements en faveur des requérants pour le compte de l'intimé de respectivement 1'000'000 fr. le 2 juillet 2009, 2'000'000 fr. le 7 août 2009

et 2'404'068 fr. le 31 décembre 2009,

qu'ainsi, au 31 décembre 2009, le montant total versé par l'intimé aux requérants était de 8'753'068 fr. (3'349'000 + 1'000'000 + 2'000'000 + 2'404'068), déduction faite de la commission de 25'000 fr. retenue par Me Paul Dorsaz pour ses frais et honoraires,

que dans un courrier du 10 mai 2010, le requérant A.G. _____ a d'ailleurs confirmé à Me F. _____ que le prêt de 8'000'000 fr. était remboursé, seules les questions des intérêts et des frais de l'intimé demeurant en suspens,

que le 22 juillet 2010, Me F. _____ a écrit aux parties pour leur proposer un décompte final de leurs prétentions respectives,

qu'il a en outre précisé dans ce courrier, ce qui suit:

"Par convention du 16 février 2009, différentes garanties avaient été constituées par Monsieur C. _____, sous ma responsabilité, pour garantir les créances [des requérants].

Monsieur C. _____ ayant honoré ses engagements, toutes les garanties seront libérées dans les 45 jours, soit pour le 5 septembre 2010."

que les requérants ont refusé d'avaliser ce décompte par courrier _____ du 28 juillet 2010 et ont présenté une contre-proposition prévoyant le versement préalable, au 31 juillet 2010, par l'intimé, de 1'000'000 fr. suivi de l'engagement de pourparlers afin d'aboutir à un décompte final,

que l'intimé a accepté la contre-proposition par l'intermédiaire de Me F. _____, ce que ce dernier a confirmé aux requérants par courrier du 2 août 2010,

qu'il établit avoir payé aux requérants, par l'intermédiaire de

Me F. _____, le montant de 1'000'000 fr. le 10 août 2010,

que le 18 novembre 2010, le nouveau conseil des requérants a interpellé Me F. _____ pour obtenir copie de la cédula hypothécaire d'une valeur de 1'300'000 fr. consignée par devers lui selon la convention du 16 février 2009,

que Me F. _____ a répondu le 19 novembre 2010 que, selon sa lettre du 22 juillet 2010, toutes les garanties avaient été libérées le 5 septembre 2010,

que le 7 décembre 2010, il a adressé un nouveau décompte au conseil des requérants qui, compte tenu d'une créance d'intérêts de 757'368 fr., se solde par un montant de 852'506 fr. en faveur des requérants, compensés par diverses créances de l'intimé à hauteur de 906'968 fr. 90, soit un solde de 54'462 fr. 90 en faveur de ce dernier,

qu'enfin, selon divers extraits Internet du site [...] datés du 14 décembre 2010, il apparaît que plusieurs lots de PPE en ville de Z. _____ sont à vendre,

que les annonces mentionnent comme contacts la gérance [...], un certain [...] et une société [...] SA;

considérant que la requête a été déposée le 18 novembre 2010, soit avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (ci-après: CPC; RS 272),

qu'à teneur de l'art. 404 CPC, les procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance,

que l'instance a donc été ouverte sous l'empire du Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 (ci-après: CPC-VD; RSV

270.11) et n'est pas close à ce jour,

que le CPC-VD est dès lors applicable à la présente cause,

qu'il en va de même de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après: LDIP; RS 291; cf. la règle transitoire contenue à l'art. 197 de la nouvelle teneur de cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011);

considérant que les requérants sont domiciliés en [...] et l'intimé dans le Canton du Valais,

que dans la convention du 17 octobre 2007, parties ont adopté une clause compromissoire en faveur d'un tribunal arbitral à constituer selon le concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (RS 279; RO 2005 1241) dont le siège serait à Sion,

que dans la convention du 16 février 2009 en revanche, les parties ont fixé le for de tout litige y relatif à Z. _____,

qu'à teneur de l'art. 5 LDIP, en matière patrimoniale, les parties peuvent convenir d'une élection de for par écrit, sauf dans les cas prévus à l'alinéa 2 de cette disposition,

qu'à teneur de l'art. 6 LDIP, le tribunal saisi est compétent lorsque le défendeur procède sans faire de réserve de compétence,

qu'en l'espèce, les prétentions soulevées par les requérants ressortissent autant à la convention du 17 octobre 2007 qu'à celle du 16 février 2009 qui prévoient des fors et des juridictions compétentes différents,

qu'on ne se trouve pas dans un cas d'application de l'art. 5 al. 2 LDIP, de sorte que ces élections de fors sont valables,

que l'intimé a toutefois procédé sur la requête de mesures provisionnelles sans soulever le déclinatoire *ratione loci* ou l'exception d'arbitrage,

que le juge de céans est donc compétent à raison du lieu et de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 de la loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01) pour statuer sur la requête du 18 novembre 2010,

que celle-ci est dès lors recevable;

considérant que les requérants cherchent à obtenir l'annotation provisoire d'une restriction du droit d'aliéner l'immeuble n° 1590 ainsi que les lots de PPE qui le composent (n° 1590-1 à 1590-11) sis sur la Commune de Z. _____,

qu'ils invoquent ainsi l'application de l'art. 960 ch. 1 du Code civil du 10 décembre 1907 (ci-après: CC; RS 210),

qu'à teneur de cette disposition, les restrictions apportées au droit d'aliéner certains immeubles peuvent être annotées lorsqu'elles résultent d'une décision officielle, rendue pour la conservation de droits litigieux ou de prétentions exécutoires,

que le législateur fédéral n'a pas assorti la protection juridique accordée par l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC de règles procédurales particulières, de sorte qu'elle doit être mise en œuvre selon les règles de la procédure cantonale (TF 4P_97/2004 du 23 juin 2004 c. 3.1),

que les articles 101 ss CPC-VD permettent d'obtenir une annotation provisoire au registre foncier selon l'art. 960 al.1 ch. 1 CC en tout état de cause, même avant l'ouverture de l'action et même sans urgence (art. 102 al. 1 ch. 6 CPC-VD; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure

civile vaudoise, 3^{ème} éd., 2002, n. 3 ad art. 101 CPC),

qu'au stade des mesures provisionnelles, le juge examine ainsi à titre préliminaire et sommairement si le droit matériel invoqué existe et si le procès a des chances de succès (ATF 100 Ia 18 consid. 4a, JT 1975 II 80; ATF 97 I 481 consid. 3a, JT 1972 I 494; JT 1994 III 116 consid. 5),

que quelle que soit la nature des conclusions prises ou à prendre au fond, la partie requérante doit rendre vraisemblable l'existence de ce droit et montrer que les conditions matérielles d'une action en justice sont bien réunies (ibid.)

que les prétentions visées par l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC sont personnelles et doivent se rapporter à l'immeuble même qui est en cause et entraîner, quand elles sont reconnues, des effets au registre foncier, à l'exclusion de simples créances pécuniaires (TF 5P_195/2004 du 23 août 2004 c. 3.2; Steinauer, Les droits réels, tome I, 4^{ème} éd., n. 771a, et les références citées; Deschenaux, Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, volume V, tome II, 2, pp. 284-285; Pelet, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, n. 202),

que l'annotation ne peut être opérée qu'en prévision d'une inscription au sens de l'article 958 CC, d'une annotation définitive ou de la radiation de ces écritures (ATF 104 II 170 consid. 5, JT 1979 I 68; Pelet, op. cit., n. 202).

qu'à teneur de l'art. 958 CC, le registre foncier est destiné à l'inscription des droits réels immobiliers suivants: la propriété, les servitudes, les charges foncières et les droits de gage (principe de *numerus clausus* des droits réels; cf. Steinauer, op. cit., n. 120),

que l'art. 793 CC prévoit la constitution de droits de gage immobilier sous trois formes uniquement - toute autre étant prohibée - à savoir l'hypothèque, la cédule hypothécaire et la lettre de rente

(Steinauer, op. cit., nn. 34-35 et 45 ss),

que le contrat de gage immobilier n'est valable que s'il est passé en la forme authentique (art. 799 al. 2 CC),

qu'en particulier, la cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 CC),

qu'en l'espèce, les requérants sont instants à l'annotation de restrictions du droit d'aliéner les immeubles dont est propriétaire l'intimé,

qu'ils doivent ainsi rendre vraisemblable non seulement l'existence d'une créance personnelle à l'encontre de l'intimé, mais aussi la possibilité d'inscrire au registre foncier le droit de gage qu'ils invoquent,

qu'ils font valoir que l'intimé leur devrait à ce jour environ 4'000'000 fr. en vertu des conventions de prêt signées les 17 octobre 2007 et 16 février 2009,

que l'intimé allègue pour sa part qu'il a entièrement remboursé le prêt que les requérants lui ont accordé en vertu de dites conventions,

que le requérant a admis, dans son courrier du 10 mai 2010, que le capital de 8'000'000 fr. avait été remboursé par l'intimé, de sorte que les requérants ne rendent pas vraisemblable qu'une créance en capital demeure à ce jour due,

qu'en revanche, les requérants font valoir, sans que l'intimé ne prouve le contraire, que les intérêts à hauteur de 757'368 fr. ne leur ont pas été remboursés,

que le paiement d'intérêts est prévu dans les conventions de prêt susmentionnées,

qu'il apparaît d'ailleurs, selon les divers décomptes établis par Me F. _____, que l'intimé n'a jamais contesté devoir des intérêts,

qu'il a même admis devoir 753'368 fr. au titre d'intérêts,

qu'il oppose toutefois en compensation des créances pour un montant supérieur,

que l'existence et le montant de ces créances - qui sont contestées - ne sont toutefois pas rendus vraisemblables,

que les requérants rendent donc vraisemblable qu'ils ont encore une créance personnelle contre l'intimé en paiement des intérêts du prêt accordé par convention du 17 octobre 2007,

que les requérants doivent aussi rendre vraisemblable la possibilité d'inscrire au registre foncier le droit de gage qu'ils invoquent,

qu'il ressort de la convention du 16 février 2009, dont le but déclaré est de garantir le paiement en capital et intérêts du prêt du 17 octobre 2007, que les mesures adoptées venaient remplacer les mesures de garantie prévues par la convention du mois d'octobre 2007,

que la volonté exprimée des parties était de permettre - voire de favoriser - la vente des parts PPE de la parcelle n° 1590 de la Commune de Z. _____ afin d'obtenir une quote-part du prix de vente de ces lots, éteignant de la sorte leur créance progressivement,

que comme cela ressort des extraits du registre foncier au dossier, la cédule hypothécaire d'une valeur de 1'300'000 fr. mentionnée dans les conventions était en réalité déjà constituée et inscrite au moment de l'octroi du prêt à l'intimé,

que les requérants ne se voyaient donc pas octroyer, dans l'une quelconque des conventions, un droit de gage immobilier, opération

qui n'aurait par ailleurs pas été valable en l'absence de forme authentique,

qu'ils ont uniquement obtenu un droit à la consignation en leur faveur de cette cédule hypothécaire au porteur auprès de Me F._____, laquelle devait être libérée au fur et à mesure de la vente des parts de PPE sur la parcelle n° 1590 de la Commune de Z._____,

que la consignation de la cédule hypothécaire au porteur auprès de Me F._____ avait pour but de garantir que l'intimé ne l'aliène pas ou ne la libère pas au détriment des requérants,

que les requérants ne sont ainsi titulaires que d'un droit à la consignation d'un papier-valeur et non pas d'une prétention en constitution d'un droit réel restreint sur la propriété de l'intimé en la forme d'un gage immobilier,

que le titre au porteur en question, à supposer qu'il n'ait pas été entièrement libéré, ce qui n'est au demeurant pas rendu vraisemblable, ne donnerait aux requérants que le droit, en cas de vente de l'immeuble grevé, à une partie du prix de vente de l'immeuble si les porteurs de cédules de rang antérieur ont été payés,

que même si les requérants ne sont pas porteurs de la cédule hypothécaire, ils n'en demeure pas moins qu'ils sont toujours titulaires d'une prétention pécuniaire en dommages et intérêts à l'égard de l'intimé qui n'a, par hypothèse, pas exécuté son obligation en paiement des intérêts,

qu'ainsi, la prétention qu'ils invoquent, bien que personnelle, ne se rapporte pas à l'immeuble n° 1590 de la Commune de Z._____, mais uniquement au prêt octroyé dans la convention du 17 octobre 2007,

que cette prétention, même si elle est rendue vraisemblable, ne peut entraîner d'effets au registre foncier,

que les conclusions I à XII de la requête déposée le 18 novembre 2010 doivent dès lors être rejetées;

considérant que les requérants concluent, à titre subsidiaire, à ce qu'interdiction soit faite à l'intimé d'aliéner de quelque manière que ce soit l'immeuble n° 1590 de la Commune de Z._____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP,

que cette conclusion doit être examinée au regard des règles cantonales relatives aux mesures provisionnelles (art. 101 ss CPC-VD),

que les requérants rendent vraisemblable que les lots de PPE de l'immeuble en question sont en vente, ce que l'intimé ne conteste d'ailleurs pas,

que même si les acquéreurs potentiels ne sont, de l'aveu de l'intimé, pas nombreux – deux lots seraient actuellement en pourparlers de vente – cela ne suffit pas à affirmer que l'urgence n'est pas réalisée en l'espèce,

qu'en revanche, on l'a vu, les requérants ne disposent que d'une prétention pécuniaire à l'égard de l'intimé, de sorte que leur requête se heurte à l'art. 101 al. 2 CPC-VD qui ne permet pas d'ordonner des mesures provisionnelles pour la sûreté de créances dont l'exécution forcée est régie par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1; Deschenaux, op. cit., pp. 324 ss; Pelet, op. cit., nn. 258 ss; Meister, Vorsogliche Massnahmen bei immobilien-sachenrechtlichen Streitigkeiten, thèse Zurich 1977, pp. 135 ss),

que de surcroît, les requérants ne rendent pas vraisemblable qu'ils s'exposent à un dommage difficile à réparer,

que l'intimé, de l'aveu même du requérant, a déjà remboursé

le prêt en capital à ce jour, qui s'élève à plus de 8'000'000 francs,

que rien ne permet de penser qu'il ne s'acquittera pas non plus des intérêts encore dus, lesquels s'élèvent à quelque 800'000 fr. sous réserve d'éventuelles créances opposées en compensation,

que rien n'indique non plus qu'il soit insolvable,

qu'ainsi, les conditions d'octroi de mesures provisionnelles dans ce contexte est exclu,

que la conclusion subsidiaire XIII doit dès lors également être rejetée;

considérant que les requérants supporteront les frais de la procédure provisionnelle par 2'700 francs;

considérant que l'intimé, qui obtient entièrement gain de cause, a droit à l'allocation de pleins dépens (art. 92 CPC),

qu'au vu de la valeur litigieuse et des opérations accomplies, des dépens d'un montant de 2'500 fr. lui seront alloués;

considérant que le dispositif de la présente ordonnance a été expédié le 24 décembre 2010 aux parties,

qu'il a été notifié le 28 décembre 2010 au conseil de l'intimé et le
3 janvier 2011 au conseil des requérants,

que dans ce cas, le principe selon lequel la détermination des voies de droit se fonde sur le jour de réception provoque une situation inextricable, une partie ayant reçu la décision sous l'empire du CPC-VD et

l'autre sous l'empire du CPC,

que la doctrine préconise, dans ce cas exceptionnel, de considérer comme déterminant le jour où le dispositif a été expédié (Tappy, Le droit applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure fédérale unifiée *in* JT 2010 III 32),

que c'est donc la voie de l'appel selon le CPC-VD qui est ouverte à l'encontre de la présente ordonnance.

**Par ces motifs,
le juge instructeur,
statuant à huis clos et
par voie de mesures provisionnelles :**

- I. Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 18 novembre 2010 par les requérants A.G. _____ et B.G. _____ contre l'intimé C. _____.

- II. Arrête les frais de la procédure provisionnelle à 2'700 fr. (deux mille sept cents francs) pour les requérants A.G. _____ et B.G. _____, solidairement entre eux.

- III. Condamne les requérants, solidairement entre eux, à verser à l'intimé le montant de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de la procédure provisionnelle.

Le juge instructeur :

D. Carlsson

Le greffier :

G. Intignano

Du

L'ordonnance qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 24 décembre 2010, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification de la présente ordonnance en déposant au greffe de la Cour civile une requête motivée, en deux exemplaires, désignant l'ordonnance attaquée et contenant les conclusions de l'appelant.

Le greffier :

G. Intignano