

LE NOUVEAU DROIT DE L'HYPOTHÈQUE  
LÉGALE DES ARTISANS ET ENTREPRENEURS

Fond et procédure



# LE NOUVEAU DROIT DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES ARTISANS ET ENTREPRENEURS

Fond et procédure

Edité par  
François Bohnet

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel  
Helbing Lichtenhahn

**unine**

UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

[www.unine.ch/droit](http://www.unine.ch/droit)

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3185-5

© 2012 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

## Préface

Nouveau délai pour l'inscription, prise en compte de divers travaux exclus jusqu'alors par la jurisprudence : le droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs évolue. Sur un plan matériel et formel. Formel tout d'abord, avec l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 du Code de procédure civile adopté le 19 décembre 2008, qui impose de nouveaux réflexes en matière procédurale. Matériel ensuite, la révision du Code civil du 11 décembre 2009, consacrée à la cédule hypothécaire de registre et aux modifications des droits réels, et dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2012, redéfinissant en partie le droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.

Le présent ouvrage réunit les textes des exposés présentés lors de la matinée organisée le 25 novembre 2011 par le CEMAJ à l'attention des praticiens, sur le thème de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier les auteurs, les conférenciers et les participants au colloque, ainsi que Madame Sylvia Staehli secrétaire à la Faculté de droit, pour la relecture des textes et l'élaboration du manuscrit, ainsi que Madame Anouk Gillabert pour l'organisation de la journée.

François Bohnet

Neuchâtel, décembre 2011



## Sommaire

Blaise Carron Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat Maud Felley, MLaw, avocate-stagiaire L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste .....	1
 François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse .....	 45
 Luc Pittet Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, avocat Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et recours au Tribunal fédéral .....	 95
 Modifications des articles 837, 839 et 961 CC.....	113
 Extraits du Message du 27 juin 2007 concernant la révision du code civil suisse.....	115
 Code civil suisse - Projet (FF 2007 5079).....	119





## Abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BO CN/CE	Bulletin officiel du Conseil national/Conseil des Etats
BSK	Basler Kommentar
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	comparer ( <i>conferre</i> )
ch.	chiffre(s)
cit.	cité(e)(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220)
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

## Abréviations

ctt	contrat
éd.	édition/éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
H LAE	Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs
in	dans
infra	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
let.	lettre
lit.	lettre(s)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
N	note
NRCP	Nuova rivista di diritto procedurale
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
Patr. adm.	Patrimoine administratif
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
RDS	Revue de droit suisse
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral

## Abréviations

RSJB	Revue de la société des juristes bernois
RSPC	Revue suisse de procédure civile
SJ	Semaine judiciaire
spéc.	spécialement
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
supra	ci-dessus
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral

# L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Introduction .....	47
II. L'inscription provisoire .....	47
A. Le for.....	47
B. Le tribunal compétent.....	51
C. Les parties .....	52
D. Les délais .....	56
E. Le procès.....	61
1. La procédure applicable.....	61
2. La requête.....	62
a) <i>La forme</i> .....	62
b) <i>Les allégations</i> .....	63
3. La prise de position du requis .....	64
a) <i>Le principe</i> .....	64
b) <i>Les prétentions reconventionnelles</i> .....	65
c) <i>L'absence d'appel en cause</i> .....	66
d) <i>Le mémoire préventif</i> .....	66
e) <i>Les sûretés</i> .....	67
4. Le droit de réplique .....	69
5. Les conclusions .....	70
a) <i>Du requérant</i> .....	70
b) <i>Du requis</i> .....	71

6. Les preuves .....	72
a) <i>Le fardeau de la preuve</i> .....	72
b) <i>Le degré de la preuve</i> .....	73
c) <i>Les moyens de preuve</i> .....	74
d) <i>Le moment de l'apport des preuves</i> .....	76
7. Les audiences .....	76
8. Le prononcé .....	77
a) <i>Sur conclusions à titre superprovisionnel</i> .....	77
b) <i>Sur conclusions à titre provisionnel</i> .....	78
c) <i>La modification du prononcé</i> .....	79
d) <i>Les frais et dépens</i> .....	80
9. L'appel et le recours .....	80
a) <i>Les décisions attaquables</i> .....	80
b) <i>L'absence d'effet suspensif</i> .....	81
c) <i>Les moyens</i> .....	82
d) <i>Les faits et moyens de preuve nouveaux</i> .....	83
III. L'inscription définitive .....	83
A. Le for .....	83
B. Les parties .....	84
C. Le délai pour « agir en justice » .....	85
D. Le procès (quelques éléments particuliers) .....	88
1. La conciliation préalable .....	88
2. La procédure applicable .....	89
3. Les conclusions .....	91
4. Le fardeau de la preuve .....	91
5. Le degré de preuve .....	92
6. La fourniture de sûretés en cours de procès .....	93
IV. Excursus : L'exécution forcée .....	93

## I. Introduction

1. En l'espace d'un an, le praticien aura vu le droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs évoluer tant sur le plan formel que matériel. L'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011 du Code de procédure civile impose de nouveaux réflexes en matière procédurale. Quant à la révision du Code civil du 11 décembre 2009, consacrée à la cédula hypothécaire de registre et aux modifications des droits réels, elle redéfinit en partie le droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Il faut donc prendre garde à la nouvelle mouture des articles 837, 839 et 961 al. 3 CC et aux dispositions du CPC au moment de faire valoir son droit en justice.
2. Notre contribution présente de manière synthétique le « profil procédural » de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs au vu de ces récentes nouveautés législatives. Elle débute par l'inscription provisoire de l'hypothèque, se poursuit par son inscription définitive et se conclut par quelques remarques en matière d'exécution forcée.

## II. L'inscription provisoire

3. Afin d'assurer une certaine clarté des droits, l'art. 839 al. 2 CO exige que l'hypothèque soit obtenue dans un délai bref dès l'achèvement des travaux – porté de trois à quatre mois par la révision du 11 décembre 2009. Or un procès prend du temps. A moins que le cas soit d'une parfaite limpidité<sup>1</sup>, l'artisan ou l'entrepreneur débutera par requérir l'annotation d'une inscription provisoire de l'hypothèque légale, qui pourra intervenir rapidement grâce à des conditions procédurales allégées.

### A. *Le for*

4. L'inscription provisoire d'une hypothèque légale est une *mesure provisionnelle*, compte tenu du cadre dans lequel elle s'inscrit et des condi-

---

<sup>1</sup> Infra, N 126.

tions qu'elle suppose<sup>2</sup>. On peut dès lors s'interroger sur la portée dans ce domaine de l'art. 13 CPC qui traite spécifiquement du for des mesures provisionnelles. Cette disposition réserve cependant « les dispositions contraires de la loi ». Or l'art. 29 al. 1 let. c CPC fixe le for en matière d'actions en constitution de droits de gage légaux. Cette disposition ne vaut cependant que pour l'inscription définitive, compte tenu de la nature provisionnelle de l'inscription provisoire, même si celle-ci est revêtue d'effets propres<sup>3</sup>. De toute manière, le for de l'art. 13 CPC correspond au for ouvert au fond et à celui du lieu où la mesure devra être exécutée<sup>4</sup>, lieu qui n'est autre que celui de l'*inscription de l'immeuble au registre foncier*<sup>5</sup> auquel se réfère l'art. 29 al. 1 let. c CPC, puisque la mesure consiste en l'annotation de l'inscription provisoire.

5. Le for de l'art. 29 al. 1 let. c CPC est *unique*. Le choix offert sous l'empire de la LFors entre le lieu de l'inscription de l'immeuble au registre foncier et le domicile du défendeur n'a pas été maintenu. Selon le message CPC<sup>6</sup>, ce for unique est « d'une impérieuse nécessité ». S'il ne faut sans doute pas aller aussi loin, on peut admettre que

---

<sup>2</sup> Dans ce sens, BLAISE CARRON / PETER REETZ, *Le nouveau CPC en droit de la construction*, Journées suisses du droit de la construction, Fribourg 2011, p. 86 ; MARTIN KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 249 N 5 ; BSK ZPO-MAZAN, Art. 249 N 19 ; ISAAK MEIER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zurich 2010, p. 259, 367 ; CHRISTIAN RAPLAN, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : Mise en oeuvre judiciaire*, JDT 2010 II 37, 38 ; COCCHI / TREZZINI / BERNASCONI, *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero*, Lugano 2010, p. 1109 ; MANUELA RAPOLD / RETO FERRARI-VISCA, *Die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in den Handelsgerichtskantonen*, Jusletter 14 novembre 2011, p. 4-5 et les nombreuses réf. en n. 46 ; RAINER SCHUMACHER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage*, Zurich 2011, N 548 (ci-après : complément) ; FRIDOLIN WALTHER, *Eintragung provisorischer Bauhandwerkerpfandrechte nach neuer ZPO – ein Fall für die Handelsgerichte ?* p. 447, 450.

<sup>3</sup> *Infra*, N 22.

<sup>4</sup> Dans ce sens, RAPLAN (n. 2), p. 38 ; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 562.

<sup>5</sup> Le lieu de l'inscription de l'immeuble au registre foncier ne correspond pas nécessairement au lieu de situation de l'immeuble, ce que CARRON / REETZ (n. 2), p. 88, ne précisent pas.

<sup>6</sup> FF 2006 6886.

de désigner un seul lieu permet d'éviter une éventuelle dispersion spatiale de procédures portant sur le même immeuble. Mais comme les requêtes portant sur le même immeuble peuvent être l'objet de divers artisans et entrepreneurs, contre divers défendeurs, et être déposées à des dates différentes, rien ne garantit que le même juge soit saisi de toutes les requêtes.

6. Si le for de l'art. 29 al. 1 let. c CPC est unique, il n'est en revanche *pas impératif* (au contraire du for prévu pour les affaires gracieuses portant sur des droits réels immobiliers, voir art. 29 al. 4 CPC). Cela signifie que les parties peuvent convenir d'une *prorogation de for* (art. 17 CPC)<sup>7</sup>. Celle-ci vaudra aussi pour la requête en inscription provisoire, l'art. 13 CPC permettant à l'entrepreneur d'agir en matière provisionnelle au for ouvert pour le fond ou au lieu où la mesure devra être exécutée.<sup>8</sup>
7. Une clause de prorogation de for n'est cependant valable que si elle concerne un rapport de droit déterminé et si elle est passée par écrit, forme définie aux art. 12 ss CO, ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte. Plusieurs formes simplifiées sont ainsi admises, comme l'échange de fax et d'e-mails. A notre sens, la jurisprudence dite *typographique* du Tribunal fédéral<sup>9</sup>, selon laquelle une clause de prorogation de for doit être mise en évidence et placée à un endroit bien visible du contrat, clause dont la validité dépend également du fait que le cocontractant est ou non une personne expérimentée en affaires, est toujours d'actualité compte tenu de son rattachement au principe de la confiance<sup>10</sup>. Dès lors, on peut douter de la validité de la clause de prorogation de for en faveur du domicile du défendeur incluse à l'art. 37 al. 2 de la *norme SLA 118*, placée à la fin du premier chapitre de la norme et généralement ignorée du

---

<sup>7</sup> BSK ZPO- TENCHIO, Art. 29 N 22 ; DANIEL FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 29 N 16 ; RAPLAN (n. 2), p. 38 ; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 553 ss.

<sup>8</sup> CPC-HALDY, art. 13 N 5.

<sup>9</sup> ATF 118 Ia 297.

<sup>10</sup> Le Tribunal le confirme à notre avis dans un arrêt TF 4A.347/2011 consid. 2, qui renvoie à l'arrêt 4C.282/2003. Voir également ATF 128 I 273 et RSPC 2005 116 et note FRANÇOIS BOHNET.



cocontractant non professionnel<sup>11</sup>. En tout cas, une offre qui mentionne la norme SIA, sans l'annexer, ne peut de bonne foi être considérée par son auteur comme une renonciation du destinataire aux fors légaux<sup>12</sup>.

8. Une *acceptation tacite* (art. 18 CPC) est également envisageable, mais elle suppose que la demande en inscription définitive soit d'ores et déjà introduite au moment du dépôt de la requête en inscription provisoire. En effet, les fors de l'art. 13 sont impératifs si bien qu'une acceptation tacite est exclue en matière provisionnelle.
9. Un *cumul d'actions* (art. 15 al. 2 CPC) est possible. Ainsi, si le requérant agit en paiement et en inscription définitive par la voie du cas clair, subsidiairement en inscription provisoire<sup>13</sup>, il peut en principe agir au domicile du défendeur (31 CPC), compte tenu de la connexité entre ces trois prétentions. S'il s'agit de consommation courante, un cumul n'est envisageable qu'au for partiellement impératif du domicile du consommateur (art. 32 CPC)<sup>14</sup>. Le fait que l'inscription provisoire n'interviendra que dans la mesure où l'inscription définitive serait déclarée irrecevable faute de cas clair ne remet pas en cause le for à notre avis : l'irrecevabilité est sans lien avec la compétence locale du tribunal dans un tel cas. On devrait aussi l'admettre si la demande en paiement était elle-même déclarée irrecevable faute de cas clair, la conclusion subsidiaire dépendant par nature du sort de la conclusion principale.
10. Une *erreur sur le for* peut avoir des conséquences graves : le temps que le juge se déclare incompetent, le délai de quatre mois<sup>15</sup> pour une inscription provisoire peut être échu. L'art. 63 CPC qui prévoit que l'instance n'est pas interrompue si l'intéressé agit devant le tribunal compétent dans le mois dès la décision d'irrecevabilité est donc ici

---

<sup>11</sup> Dans ce sens, SCHUMACHER (complément, n. 2), N 555.

<sup>12</sup> Comp. TF 4A.347/2011 consid. 2 : même si l'offre indique que les conditions générales sont à disposition sur demande.

<sup>13</sup> Voir infra, N 126.

<sup>14</sup> Comp. ATF 137 III 311 consid. 4.2.

<sup>15</sup> Voir infra, N 24 ss.

sans portée pratique<sup>16</sup>. Une inscription provisoire opérée suite au prononcé d'un juge incompétent localement et dont la décision est annulée par l'autorité de recours doit être radiée.

### ***B. Le tribunal compétent***

11. L'inscription provisoire doit être requise devant le tribunal désigné par le canton (art. 3 CPC). Il doit en principe s'agir d'un tribunal de première instance, puisque la décision sur requête d'inscription provisoire est sujette à appel ou recours selon la valeur litigieuse<sup>17</sup> (art. 75 al. 2 LTF : double instance cantonale). Si le canton a instauré un *tribunal de commerce* (c'est le cas de Zürich, Berne, Argovie et St-Gall) et que ce tribunal est compétent pour l'inscription définitive, l'inscription provisoire entre dans sa compétence, même si celle-là est demandée avant le dépôt de la demande au fond (art. 6 al. 5 CPC). La question est cependant controversée dans les cantons concernés, plusieurs tribunaux ayant retenu, contre l'avis de la doctrine majoritaire, que l'inscription provisoire n'était pas une mesure provisionnelle au sens des art. 261 ss CPC, mais un cas particulier soumis à la procédure sommaire (art. 249 let. d ch. 5 CPC)<sup>18</sup>.
12. Les parties ont la possibilité de prévoir la compétence de l'instance cantonale supérieure lorsque la valeur litigieuse atteint CHF 100'000.– (art. 8 al. 1 CPC). Si une clause du contrat entre les parties prévoit une telle solution et que cette clause lie la partie attaquée en vertu du principe de la confiance<sup>19</sup>, l'inscription provisoire portant sur un gage de CHF 100'000.– ou plus devrait être demandée devant cette instance cantonale unique (art. 8 al. 2 et 5 al. 2 CPC ; 75 al. 2 let. c LTF).
13. Une clause compromissoire peut lier les parties, le litige en matière d'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

---

<sup>16</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 580.

<sup>17</sup> Voir *infra*, N 93 ss.

<sup>18</sup> Voir en particulier CARRON / REETZ (n. 2), p 86 s. ; RAPOLD / FERRARI-VISCA (n. 2) ; FRIDOLIN WALTHER (n. 2), p. 447 ss.

<sup>19</sup> Voir *supra*, N 6.

étant à la libre disposition des parties (art. 354 CPC). Dans ce cas, le *tribunal arbitral* peut, sauf convention contraire, prendre toutes les mesures provisionnelles utiles (art. 374 al. 1 CPC). Compte tenu de l'urgence et du temps nécessaire à la constitution du tribunal, il sera généralement préférable de saisir le juge étatique (art. 374 al. 1 CPC)<sup>20</sup>. A notre sens, il s'agit du juge « ordinaire » désigné par le canton pour ordonner des mesures provisionnelles, plutôt que du juge d'appui<sup>21</sup>.

### ***C. Les parties***

14. Celui qui prétend être l'auteur de travaux (art. 837 al. 1 ch. 3 CC) réalisés ou à réaliser<sup>22</sup> (art. 839 al. 1 CC) comme artisan, entrepreneur ou sous-traitant de l'artisan ou l'entrepreneur (art. 837 al. 1 ch. 3 CC) a *qualité pour agir* en inscription (provisoire) d'une hypothèque légale sur l'immeuble concerné.
15. Par *artisans et entrepreneurs*, on entend les indépendants qui fournissent une prestation matérielle sur l'immeuble (matériaux et travail ou travail seulement), y compris désormais<sup>23</sup> la destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages, le montage d'échafaudages, la sécurisation d'une excavation ou les autres travaux semblables (art. 837 al. 3 CC),

---

<sup>20</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 561.

<sup>21</sup> DOMINIK GASSER / BRIGITTE RICKLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar*, Zurich 2010, art. 374 N 3 ; NETZLE, in THOMAS SUTTER-SOMM / FRANZ HASENBÖHLER / CHRISTOPH LEUENBERGER, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zurich 2010, art. 374 N 10, implicitement. Pour des développements : CPC-SCHWEIZER, art. 374 N 10.

<sup>22</sup> *Infra*, N 24. Voir CARRON / FELLE, dans cet ouvrage, N 106.

<sup>23</sup> Le montage d'un échafaudage n'était pas couvert sous l'ancien droit d'après le Tribunal fédéral, comp. ATF 136 III 6, consid. 5-6, JdT 2010 I 303 ; 131 III 300, consid. 3. Voir CARRON / FELLE, dans cet ouvrage, N 38 ss.

en principe en vertu d'un contrat d'entreprise<sup>24</sup>. Ne sont pas compris l'architecte et l'ingénieur pour leurs prestations immatérielles<sup>25</sup>.

16. La *qualité pour défendre* appartient au propriétaire de l'immeuble.
17. Si le débiteur de la créance est un *locataire, un fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble* (mais non s'il s'agit d'un artisan ou d'un entrepreneur, comp. art. 837 al. 1 ch. 3 et 837 al. 2 CC), il reviendra au requérant d'alléguer (art. 55 al. 1 CPC) et de prouver (art. 8 CC) que le propriétaire foncier avait donné préalablement son accord à l'exécution des travaux (art. 837 al. 2 CC, qui n'exige pas la forme écrite<sup>26</sup> ; FF 2007 5052)<sup>27</sup>. Le texte légal ne donne en effet de droit à l'inscription qu'en cas d'un tel accord du propriétaire. A défaut d'accord, l'hypothèque légale ne doit pas être inscrite selon le texte de l'art. 837 al. 2 CC, alors même que l'entrepreneur serait de bonne foi<sup>28</sup>.
18. Il y a *consortité nécessaire active* (art. 70 al. 1 CPC) entre les membres d'un consortium de construction constitué sous forme de société

---

<sup>24</sup> Est aussi couverte la livraison de matériel de remplissage, lorsque l'intéressé effectue d'autres prestations relevant du contrat d'entreprise (ATF 125 III 113, JdT 2000 I 22). Voir également ATF 131 III 300 consid. 2 et les réf. ; HG ZH, ZR 2010 268 consid. IV B c.

<sup>25</sup> Voir ATF 119 II 426 ; 131 III 300 consid. 2.2, 4.2 ; 136 III 6, consid. 5.2, JdT 2010 I 303 ; PETER GAUCH, *Le contrat d'entreprise*, Zurich 1999, N 1308 ; DENIS PIOTET, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : les principes*, JdT 2010 II 3, p. 13 ; PAUL-HENRI STEINAUEUR, *Les droits réels*, Tome III, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2003, p. 270, et les réf. en n. 13.

<sup>26</sup> Ce quand bien même la loi exigerait un accord écrit dans un autre contexte, en particulier pour les travaux de rénovation ou de modification effectués par le locataire (art. 260a al. 1 CO), voir ATF 126 III 505 consid. 4b/cc, JdT 2001 I 166, qui cite l'arrêt TF 5C.118/1999 ; RAINER SCHUMACHER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, N 910. Voir CARRON / FELLE, dans cet ouvrage, N 30 ss.

<sup>27</sup> Codification de la jurisprudence ATF 116 II 677, JdT 1993 I 190, 126 III 505, JdT 2001 I 166 et 134 III 147, JdT 2008 I 207, sans maintien de l'exigence de l'augmentation durable de la valeur de l'immeuble, comp. PIOTET (n. 25), 18.

<sup>28</sup> Contra, sous l'ancien texte, KG SG RSJ 2003 206 consid. 2b ; SCHUMACHER (n. 26), N 911 ss ; STEINAUER (n. 25), 280.

simple (art. 544 al. 1 CO<sup>29</sup>) qui intervient par exemple comme entreprise générale<sup>30</sup>.

19. Il n'existe en revanche aucun lien de consorité nécessaire entre plusieurs entrepreneurs ou sous-traitants souhaitant obtenir une hypothèque légale sur le même immeuble. Ils peuvent cependant agir ensemble comme *consorts simples formels actifs* (art. 71 CPC : « faits semblables »)<sup>31</sup>, quand bien même chacun a un intérêt à être inscrit en premier, pour une question de rang<sup>32</sup>.
20. Il y a *consorité nécessaire passive* (art. 70 al. 1 CPC) entre les *propriétaires communs* de l'immeuble sur lequel l'inscription de l'hypothèque est requise<sup>33</sup>. Il en va manifestement de même en cas de *copropriété simple*, faute de localisation des parts. Le requérant peut demander l'inscription de l'hypothèque légale pour le tout sur le feuillet de base, à condition cependant qu'aucun gage ne soit encore inscrit sur les parts de copropriété (art. 648 al. 3 CC)<sup>34</sup>, ou ventiler l'hypothèque sur chaque feuillet en fonction des parts de copropriété<sup>35</sup>. En cas de *copropriété par étages*, il convient de distinguer suivant que les travaux ont été exécutés sur une part privative ou sur une partie commune, le principe étant que l'inscription du gage légal ne peut porter que sur l'immeuble qui a bénéficié des travaux et dans la mesure de la

---

<sup>29</sup> Comp. ATF 130 III 248 consid. 3.2 *in fine*.

<sup>30</sup> RAPLAN (n. 2), p. 39, qui cite la thèse de référence sur le thème de la consorité : MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, La consorité en procédure civile, Neuchâtel 1993, p. 363 et 373.

<sup>31</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 735.

<sup>32</sup> Comp. ATF 126 III 462 consid. 2c/aa, JdT 2001 I 178.

<sup>33</sup> TF in SJ 2003 I 299 consid. 2.2 : « les quatre enfants de X. forment une société simple relativement à la parcelle où se trouve la villa litigieuse, il en découle que ce bien-fonds leur appartient en commun (art. 544 al. 1 CO), qu'ils ne peuvent en disposer que conjointement, qu'ils revêtent donc la qualité de consorts nécessaires à cet égard et, partant, qu'ils devaient être actionnés ensemble en vue de l'inscription de l'hypothèque légale ».

<sup>34</sup> ATF 126 III 462, JdT 2001 I 178 ; 113 II 157, JdT 1987 I 660. Laisse encore ouvert in ATF 111 II 31 consid. 3, JdT 1987 I 124.

<sup>35</sup> ATF 111 II 31, JdT 1987 I 124 ; PIOTET (n. 25), p. 23 ; SCHUMACHER (n. 26), N 1367 ; STEINAUER (n. 25), p. 276.

plus-value qui en résulte<sup>36</sup>. Dans le second cas, la solution est la même que pour la copropriété simple<sup>37</sup> : l'hypothèque légale doit grever toutes les parts de copropriété au prorata de leur valeur, suivant les millièmes. Dans le premier cas, l'inscription doit intervenir au feuillet de la part privative concernée par les travaux<sup>38</sup>. Une dissociation doit intervenir lorsque les travaux sont intervenus tant sur les parts privatives que communes<sup>39</sup>, en tenant compte, le cas échéant, des acomptes versés.

21. Si les travaux ont été réalisés sur *plusieurs immeubles*, l'hypothèque doit être demandée sur chacun d'eux, en proportion du travail effectué<sup>40</sup>. Lorsque les immeubles appartiennent à des propriétaires différents, il est possible d'agir contre eux ensemble en qualité de *consorts simples formels*<sup>41</sup> *passifs* (art. 71 CPC : « faits semblables »).
22. En cas de *transfert de l'immeuble* en cours de procédure, celle-ci se poursuit avec l'acquéreur, si celui-ci l'accepte (art. 83 al. 1 CPC)<sup>42</sup>. A défaut, dans la mesure où le transfert de propriété est intervenu après le dépôt de la requête mais avant l'inscription provisoire, il revient au requérant de déposer une nouvelle demande dirigée contre le propriétaire actuel. Si le transfert intervient après l'inscription provisoire, la validation devra être faite contre le nouveau propriétaire<sup>43</sup>, à moins que l'inscription provisoire n'ait été refusée en raison

---

<sup>36</sup> ATF 119 II 421 consid. 3b.

<sup>37</sup> ATF 126 III 462 consid. 2b, JdT 2001 I 178 ; 125 III 113, consid. 3a, JdT 2000 I 22 ; ATF 111 II 31, consid. 4a, JdT 1987 I 124.

<sup>38</sup> ATF 112 II 214 consid. 4, JdT 1987 I 310 ; 111 II 31 consid. 4c, JdT 1987 I 124.

<sup>39</sup> ATF 111 II 31, JdT 1987 I 124 ; 125 III 113, JdT 2000 I 22 ; PIOTET (n. 25), p. 23.

<sup>40</sup> ATF 119 II 421 consid. 3b ; 102 Ia 81 consid. 2b/aa ; STEINAUER (n. 25), p. 278 n. 62.

<sup>41</sup> Voir FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, Neuchâtel et Bâle 2011, p. 100 s.

<sup>42</sup> Certaines dispositions cantonales, par exemple l'art. 25 CPCN, prévoyaient une substitution de par la loi, voir RJN 2000, 72, 74 et ATF 126 III 467. STEINAUER (n. 25), p. 279 n. 67, soutient que le transfert devrait intervenir de par la loi, ce qui relève cependant du droit de procédure, et le CPC ne retient pas cette solution. On ne peut pas plus considérer, comme le suggère cet auteur et SCHUMACHER (n. 26), N 1475, que le juge doit fixer un délai au requérant pour déposer une nouvelle demande : le CPC ne prévoit rien de ce genre.

<sup>43</sup> RSPC 2005 144.

de sûretés accordées par l'ancien propriétaire. Dans un tel cas, le procès au fond doit être introduit contre celui-ci<sup>44</sup>. Sur le fond, et compte tenu de la nature *propter rem* du droit à l'inscription<sup>45</sup>, il faut retenir avec Piotet<sup>46</sup> que le propriétaire de bonne foi peut se prévaloir du fait qu'il ne connaissait pas l'existence de travaux au moment de son acquisition pour s'opposer à l'inscription. En revanche, si le transfert intervient après l'inscription provisoire, celle-ci est opposable à l'acquéreur compte tenu de la nature de droit réel accessoire de l'inscription provisoire, qui jouit de la publicité foncière (art. 960 al. 1 ch. 1 CC)<sup>47</sup>. Notons encore qu'une *succession universelle* entraîne une substitution des parties (art. 83 al. 4 CPC)<sup>48</sup>.

23. En cas de *transfert de la créance* en cours de procédure, celle-ci se poursuit avec le cessionnaire, si celui-ci le souhaite (art. 83 al. 1 CPC), ce qui sera en principe le cas. A défaut, la partie adverse pourra faire valoir le défaut de légitimation du requérant suite à la cession<sup>49</sup>. A relever que la cession intervient avec ses accessoires (art. 170 al. 1 CO), en particulier le droit à la constitution de l'hypothèque légale<sup>50</sup>.

#### ***D. Les délais***

24. L'hypothèque légale peut être inscrite à partir du jour où l'artisan ou l'entrepreneur s'est obligé à exécuter le travail ou les ouvrages

---

<sup>44</sup> RAPLAN (n. 2), p. 59, qui le déduit justement de l'ATF 110 II 34.

<sup>45</sup> ATF 92 II 227, consid. 1, JdT 1967 I 264 ; 120 Ia 240 consid. 3c ; 134 III 147, consid. 4.3, JdT 2008 I 207. Pour des développements, voir DAMIEN VALLAT, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée, Thèse Lausanne 1998, p. 121 ss.

<sup>46</sup> PIOTET (n. 25) p. 10. Dans ce sens également, mais avec une autre motivation, GAUCH (n. 25), N 1305 ss. Contra : BSK-HOFSTETTER, art. 839-840 CC N 22-23 ; STEINAUER (n. 25), p. 279 et les réf. en n. 70 ; SCHUMACHER (n. 26), N 244 ss. Le TF a laissé la question ouverte, 126 III 505 consid. 5, JdT 2001 I 166 ; voir également 134 III 147, consid. 4.3, JdT 2008 I 207.

<sup>47</sup> PIOTET (n. 25), p. 11 ; ATF 120 Ia 240 consid. 3b.

<sup>48</sup> RAPLAN (n. 2), p. 43.

<sup>49</sup> FRANÇOIS BOHNET (n. 41), p. 107.

<sup>50</sup> Piotet (n. 25), p. 14.

(art. 839 al. 1 CO) et doit désormais être obtenue dans les *4 mois* dès l'achèvement des travaux (art. 839 al. 2 CC<sup>51</sup>) ou la résiliation du contrat<sup>52</sup>. Il faut entendre par là l'inscription effective au registre foncier ; la seule requête au juge, la citation en conciliation<sup>53</sup>, la demande au fond ou encore la réquisition au registre foncier ne suffisent pas<sup>54</sup> :

« Cette disposition ne s'adresse pas uniquement à l'entrepreneur, mais envisage la tenue du registre foncier et le monde des affaires. Elle a notamment pour but de permettre à tout tiers qui s'intéresse à un immeuble et consulte le registre foncier plus de trois mois après l'achèvement de travaux d'avoir la certitude qu'aucune hypothèque légale d'entrepreneur ne sera constituée si aucune annotation ni inscription ne figure au registre. L'information de tous les tiers éventuellement intéressés ne peut être assurée que par l'annotation au registre foncier »<sup>55</sup>.

25. Le délai de l'art. 839 al. 2 CO est un *délai de péremption*<sup>56</sup>, qui ne peut être interrompu<sup>57</sup>, suspendu ou prolongé<sup>58</sup>. L'art. 148 CPC sur la restitution des délais n'est pas applicable, puisqu'il ne concerne que les délais fixés par le juge ou le Code de procédure civile lui-même<sup>59</sup>.
26. Ce délai peut être sauvegardé par l'annotation d'une *inscription provisoire* selon l'art. 76 al. 3 nouvelle ORF (art. 22 al. 4 ORF en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011)<sup>60</sup>. Le respect du délai de l'art. 839 al. 2

---

<sup>51</sup> Modification de l'art. 839 al. 2 CC adoptée par les Chambres fédérales, voir BO CN 2008 419 ; BO CE 2008 627-629.

<sup>52</sup> TF 5P.344/2005 consid. 3.1 ; ATF 120 II 389 consid. 1a. 102 II 206 consid. 1a : « Lorsque, avant l'achèvement des travaux, ceux-ci sont retirés à l'entrepreneur, c'est la date de ce retrait, et non celle du dernier travail exécuté, qui constitue le point de départ du délai. Il en va de même quand l'entrepreneur refuse de poursuivre les travaux et se retire du contrat ».

<sup>53</sup> TF 5P.344/2005 consid. 3.1.

<sup>54</sup> ATF 126 III 462 consid. 2c/aa, JdT 2001 I 178 ; 119 II 429 consid. 3a.

<sup>55</sup> TF 5P.344/2005 consid. 3.1.

<sup>56</sup> ATF 126 III 462 consid. 2c/aa, JdT 2001 I 178 ; ATF 119 II 434 ; 119 II 429 consid. 3a ; 89 II 304 consid. 3.

<sup>57</sup> ATF 119 II 429 consid. 3b.

<sup>58</sup> Comp. ATF 119 II 434.

<sup>59</sup> CPC-IAPPY, art. 142 N 7 ; BSK ZPO-BENN, art. 142 N 6-7.

<sup>60</sup> ATF 126 III 462 consid. 2c/aa, JdT 2001 I 178 ; 119 II 429 consid. 3a ; 95 II 22 consid. 1.



CC ne dépend donc pas uniquement de l'attitude du requérant : il doit prendre en compte le temps qu'il faudra au juge pour se prononcer et ordonner l'inscription (le cas échéant, en cas d'urgence, par téléphone ou mail, art. 48 al. 2 let. b nouvelle ORF : « sans forme »).

27. Par *achèvement des travaux*, on entend l'exécution des travaux qui font l'objet du contrat d'entreprise. Des travaux de peu d'importance ou secondaires qui ont pour seul but de compléter l'ouvrage (par exemple les prestations commandées en surplus sans qu'on puisse les considérer comme entrant dans le cadre élargi du contrat) ou de le réparer, comme le remplacement de pièces livrées mais défectueuses ou la réparation d'autres défauts, n'entrent pas dans cette catégorie<sup>61</sup>. Toutefois, la jurisprudence retient que des travaux de peu d'importance sont considérés comme des travaux d'achèvement lorsqu'ils sont indispensables, le critère déterminant étant qualitatif plutôt que quantitatif<sup>62</sup>. Ainsi, du béton frais, livré en petites quantités par rapport au volume de l'ensemble de la prestation contractuelle, mais servant à l'achèvement du raccordement d'une canalisation entre la maison et le collecteur constitue des travaux indispensables pour l'achèvement de l'ouvrage<sup>63</sup>. Il en va de même du scellement de deux regards pour des questions de sécurité<sup>64</sup>. Ne sont pas des travaux secondaires des travaux d'éclairage de la toiture (d'un montant de CHF 20'000.–, soit 1% environ de la facture totale) prévus par le contrat d'entreprise et qui n'ont pas encore été effectués<sup>65</sup>.
28. L'*envoi de la facture* est un élément probant en faveur de la fin des travaux : il donne à penser, en règle générale, que l'entrepreneur estime

---

<sup>61</sup> TF 5A\_475/2010, SJ 2011 I 173 ; 5A\_208/2010 consid. 4.1 ; ATF 125 III 113, consid. 2b, JdT 2000 I 22 ; 102 II 206 consid. 1a, et les réf.

<sup>62</sup> TF 5A\_475/2010, SJ 2011 I 173 ; 5A\_208/2010 consid. 4.1 ; ATF 125 III 113, consid. 2b, JdT 2000 I 22 ; 106 II 22 consid. 2b, JdT 1981 I 17 ; 102 II 206 consid. 1b/aa.

<sup>63</sup> ATF 125 III 113, consid. 2b, JdT 2000 I 22.

<sup>64</sup> ATF 102 II 206 consid. 1b.

<sup>65</sup> CJ GE, DC 2010 196 N 368.

l'ouvrage achevé<sup>66</sup>. Mais des travaux effectués ultérieurement peuvent être compris dans une facture établie antérieurement<sup>67</sup>.

29. Lorsque les travaux qui ont été réalisés par l'entrepreneur *constituent une unité*, le délai court de manière uniforme. C'est en particulier le cas lorsque les travaux effectués sur *plusieurs constructions* constituent un seul travail spécifique. La jurisprudence l'admet pour la répétition de commandes identiques sur la base d'un même contrat, par exemple la livraison de béton frais pour une maison et un garage fonctionnellement interdépendants, construits d'un seul trait sur le même fonds<sup>68</sup>. Elle l'admet également pour les différentes maisons d'un même complexe lorsque le même entrepreneur fournit successivement une prestation commune à chacun des bâtiments sur la base d'un unique contrat d'entreprise<sup>69</sup>. Ces conditions ne sont en revanche pas remplies en cas de constructions « multi-blocs », caractérisées par l'échelonnement des travaux et des ventes des maisons construites et par le morcellement au cours des travaux, alors même que ceux-là se fondent sur le même contrat<sup>70</sup>.
30. Il y a également unité et délai courant de manière uniforme alors même que *plusieurs contrats* auraient été conclus successivement, lorsque les commandes sont identiques (livraison de béton frais) et peuvent être considérées comme formant dans leur ensemble un seul travail spécifique<sup>71</sup>, ou lorsque des travaux sont à ce point imbriqués les uns dans les autres qu'ils forment un tout (creusement dans un terrain limoneux et construction parfaitement étanche en sous-sol), et que les derniers travaux exécutés constituent en réalité l'achèvement de ce tout<sup>72</sup>. On doit aussi l'admettre en cas de travaux supplémentaires constituant une unité avec les travaux de construction initialement prévus, par exemple la modification de com-

---

<sup>66</sup> TF 5A\_475/2010, SJ 2011 I 173 ; ATF 101 II 253 ; CJ GE SJ 1981 103.

<sup>67</sup> TF 5A\_475/2010, SJ 2011 I 173 ; ATF 102 II 206 consid. 1b.

<sup>68</sup> ATF 111 II 343, JdT 1986 I 170 ; 76 II 134 consid. 1.

<sup>69</sup> ATF 125 III 113, consid. 3b, JdT 2000 I 22.

<sup>70</sup> ATF 111 II 343 consid. 2d, JdT 1986 I 170 ; 111 II 31, JdT 1987 I 124.

<sup>71</sup> ATF 104 II 348 consid. II.2 ; 111 II 343, JdT 1986 I 170.

<sup>72</sup> ATF 106 II 123 c. 5b et c, qui précise l'ATF 104 II 348.

mande<sup>73</sup>. En revanche, lorsqu'un entrepreneur se voit attribuer après coup d'autres travaux de nature différente, le délai commence à courir pour chacun d'eux séparément, à partir de l'achèvement des travaux auxquels il se rapporte<sup>74</sup>.

31. L'art. 961al. 3 CC<sup>75</sup> prévoit que le juge détermine exactement la *durée et les effets* de l'inscription. Lorsque celui-ci, plutôt que de prévoir que l'inscription provisoire déploiera ses effets tant que la décision relative à l'inscription définitive ne sera pas devenue exécutoire<sup>76</sup>, limite à une certaine date la validité de l'inscription provisoire, le bénéficiaire doit le cas échéant requérir une prolongation et obtenir son inscription avant l'échéance du délai initial<sup>77</sup>. A défaut, l'annotation de l'inscription provisoire devrait être radiée d'office en vertu de l'art. 76 ORF en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011<sup>78</sup>. Le projet de nouvelle ORF est muet sur ce point.
32. Lorsque l'inscription provisoire opérée en temps utile a été radiée, une *réinscription* provisoire n'est possible qu'à la condition que le délai de l'art. 839 al. 2 CC ne soit pas encore échu<sup>79</sup>.
33. L'inscription provisoire déploie ses effets tant qu'elle n'est pas *radiée*<sup>80</sup>. Dès lors, il revient au requis libéré par une ordonnance de s'assurer de son exécution<sup>81</sup>. Ainsi, si celle-ci est maintenue au-delà du délai fixé pour agir au fond, et que la demande en inscription définitive est finalement déposée avant sa radiation, il n'est pas exclu

---

<sup>73</sup> Hypothèse mentionnée dans l'arrêt TC JU, RJJ 1991 263.

<sup>74</sup> ATF 76 II 134 consid. 1 ; 104 II 348 consid. II.2 ; 111 II 343, JdT 1986 I 170. Voir également TC JU, RJJ 1991 263.

<sup>75</sup> Voir infra, N 70.

<sup>76</sup> ATF 101 II 63 ; 98 Ia 241 consid. 2a : « ou mieux jusqu'à l'expiration d'un certain délai – par exemple 14 jours – dès l'entrée en force du jugement dans le procès au fond » ; 53 II 220. A Neuchâtel, il est d'usage de prévoir que l'inscription provisoire reste valable jusqu'à l'échéance d'un délai de 20 jours dès l'entrée en force du jugement au fond, voir RJN 2002 94.

<sup>77</sup> ATF 101 II 63, qui renvoie à l'ATF 98 Ia 241 plus clair sur ce point.

<sup>78</sup> ATF 98 Ia 241.

<sup>79</sup> TF 5P.344/2005 consid. 3.1 ; ATF 119 II 429 consid. 3c ; 66 II 105 consid. 2.

<sup>80</sup> ATF 119 II 429.

<sup>81</sup> ATF 119 II 429 consid. 3c.

que ses effets doivent être maintenus. Le principe est le même lorsque le demandeur agit uniquement en paiement dans un premier temps, puis modifie ses conclusions pour demander l'inscription définitive<sup>82</sup>.

34. Le délai fixé par le juge pour agir en inscription définitive est selon nous soumis aux dispositions du CPC. Il peut être prolongé<sup>83</sup> et restitué le cas échéant. Il est à notre sens suspendu pendant les vacances judiciaires<sup>84</sup>. A noter que l'art. 961 al. 3 CC<sup>85</sup> n'impose au juge d'impartir au bénéficiaire un tel délai que si cela est nécessaire, en particulier lorsque le procès au fond n'est pas encore pendant<sup>86</sup>.

## *E. Le procès*

### **1. La procédure applicable**

35. L'art. 249 let. d ch. 5 CPC soumet l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à la *procédure sommaire*. Cette procédure s'applique également en raison de la nature provisionnelle de l'inscription requise<sup>87</sup>. L'art. 263 CPC permet d'ailleurs au requérant d'introduire une requête de mesures provisionnelles avant le dépôt de la demande au fond. Dans la grande majorité des cas, la requête d'inscription provisoire précède le dépôt de la demande d'inscription définitive.
36. Les articles 252-256 CPC qui traitent de la procédure sommaire en général sont applicables, de même que les articles consacrés aux mesures provisionnelles (art. 261 à 265 et 267 à 290 CPC).
37. La procédure sommaire se veut *simple et rapide*, comme son nom l'indique. Ces deux caractéristiques découlent de la finalité de cette

---

<sup>82</sup> Voir TC NE 7574 du 19 mai 1999.

<sup>83</sup> Comp. ATF 119 II 434 consid. 2b.

<sup>84</sup> Controversé, voir infra, N 112.

<sup>85</sup> Voir infra, N 70.

<sup>86</sup> ATF 98 Ia 491.

<sup>87</sup> Supra, N 2.

procédure, à savoir en principe le prononcé rapide d'une décision qui ne tranche que provisoirement le litige<sup>88</sup>.

38. Le caractère simple et rapide de la procédure sommaire se marque tant dans la forme des actes que dans le déroulement du procès et dans l'examen de la cause par le juge.

## 2. La requête

### a) *La forme*

39. La procédure sommaire débute par le dépôt d'une *requête en justice* qui fixe la litispendance (art. 62 al. 1 CPC). Elle n'est pas précédée d'une requête en conciliation (art. 198 let. a CPC).
40. La requête peut être écrite et adressée au tribunal sous forme de document papier ou électronique (art. 252 et 130 al. 1 CPC). La rédaction peut être *simple*. A notre sens, la forme prévue pour la demande n'est pas requise en procédure sommaire<sup>89</sup>. On ne peut pas appliquer l'art. 219 CPC, qui retient que les règles de la procédure ordinaire s'appliquent par analogie à la procédure sommaire à moins que la loi n'en dispose autrement, puisque, précisément, la loi prévoit le dépôt d'une *requête* (comme en conciliation par exemple) et non d'une *demande* (comp. art. 62 al. 1 CPC). Du reste, le Conseil fédéral a mis à disposition, sur la base de l'art. 400 al. 2 CPC, des formulaires de requête qui ne reprennent pas le formalisme de la demande<sup>90</sup>. Il en existe un spécifique en matière d'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. A lire ce formulaire, nul besoin de présenter l'acte sous forme d'allégués numérotés et de mentionner les preuves offertes en dessous de chaque allégation. Une présentation simple et compréhensible des faits à laquelle seront jointes les pièces utiles suffit.

---

<sup>88</sup> Voir FRANÇOIS BOHNET, La procédure sommaire, in : Procédure civile suisse, les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, p. 196.

<sup>89</sup> CPC-BOHNET, Art. 252 N 7. Contra : BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 9 ss.

<sup>90</sup> Disponible sur le site [www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch), rubrique procédure civile>formulaire.

41. La requête doit être signée (art. 130 al. 1 CPC) ou certifiée par signature électronique (art. 130 al. 2 CPC). A défaut, un délai est accordé par le juge au requérant pour réparer le vice (art. 132 al. 1 CPC).
42. Si le cas est simple ou urgent, la requête peut également être déposée oralement au « tribunal », ce qui suppose selon nous qu'elle puisse être consignée sans travail démesuré au procès-verbal (art. 252 al. 2 CPC). Il faut donc l'exclure alors même que le cas est urgent, lorsque par exemple les faits à l'appui de la requête sont fort complexes<sup>91</sup>. Par « tribunal », il faut entendre l'institution, et non pas le juge ou la cour en charge de statuer. Il reviendra ainsi au personnel du greffe de verbaliser la requête, éventuellement sur la base d'un formulaire préétabli, sur le modèle de celui établi par le Conseil fédéral<sup>92</sup>. Le procès-verbal devrait en principe être signé par le requérant.

### ***b) Les allégations***

43. Le requérant doit alléguer :
  - qu'il est un artisan ou un entrepreneur ;
  - qu'il a fourni une prestation matérielle (à décrire) sur l'immeuble (à décrire par son inscription au RF) au sens de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC ;
    - le cas échéant, il fera valoir que l'appartenance de l'immeuble au patrimoine administratif est contestée (art. 839 al. 5 CC)<sup>93</sup> ;
    - le cas échéant, il donnera des précisions si l'immeuble est en propriété commune, en copropriété ou en propriété par étages<sup>94</sup> et mentionnera dans ce dernier cas si les travaux

---

<sup>91</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 586 s.

<sup>92</sup> Supra, N 40.

<sup>93</sup> Pour un exemple de refus d'hypothèque pour ce motif, voir TF 5A\_78/2011. Voir CARRON / FELLE, dans cet ouvrage, N 87 ss.

<sup>94</sup> Comp. TF 5A\_777/2009 consid. 4.2 (copropriété ordinaire et non copropriété par étages).

ont été faits sur une part commune ou privative, en précisant le montant à inscrire sur chaque part en proportion des millièmes<sup>95</sup> ;

- que sa créance n'a pas été acquittée ;
- lorsque le débiteur de la créance n'est pas le propriétaire ou un entrepreneur, que le propriétaire foncier avait donné préalablement son accord à l'exécution des travaux (art. 837 al. 2 CC)<sup>96</sup> ;
- qu'il a agi dans le délai de péremption de l'art. 839 al. 2 CC<sup>97</sup> ;
  - il mentionnera à cet égard la date d'achèvement des travaux<sup>98</sup>, en donnant des précisions sur le caractère unitaire en cas de construction de plusieurs bâtiments<sup>99</sup>.

### 3. La prise de position du requis

#### *a) Le principe*

44. L'art. 253 CPC prévoit que lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne au requis l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit. En principe la détermination intervient avant le prononcé. Toutefois, si le demandeur requiert – et obtient – des mesures à titre superprovisionnel, le requis est entendu après coup<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> Supra, N 20.

<sup>96</sup> Supra, N 17.

<sup>97</sup> CJ GE SJ 1981 103 : « Le délai de 839 al. 2 CC est un délai de péremption. Or le respect d'un tel délai est une des conditions de l'exercice du droit ; dès lors, celui qui invoque un droit doit prouver qu'il l'exerce en temps utile. C'est à l'entrepreneur qu'il incombe d'établir – ou tout au moins de rendre vraisemblable – que sa requête en inscription d'une hypothèque légale est bien présentée avant l'expiration du délai de déchéance de trois mois. Ce n'est pas au propriétaire de prouver la tardiveté de la requête ».

<sup>98</sup> Supra, N 27.

<sup>99</sup> Supra, N 29.

<sup>100</sup> Infra, N 83.

45. Alors même qu'il ne répondrait pas dans le délai fixé, le requis devrait avoir la possibilité, si une audience était fixée, de déposer une prise de position écrite en début d'audience, lors de son tour de parole. En revanche, si le juge entend éventuellement renoncer à une audience, il devrait à notre sens mentionner cette éventualité dans le courrier fixant ledit délai. Si cette information devait faire défaut, le requis de bonne foi (en cas de représentation professionnelle, on peut partir de l'idée que le mandataire doit connaître les conséquences du défaut), considérant qu'une audience serait fixée ultérieurement, pourrait faire valoir une violation de son droit d'être entendu. Il ne nous paraît pas que l'art. 223 CPC concernant l'absence de réponse en procédure écrite et qui prévoit que le juge doit fixer un bref délai supplémentaire au requis pour se prononcer par écrit, en l'avertissant qu'il se prononcera sur la base du dossier à l'échéance dudit délai (art. 147 al. 3 CPC), s'applique en procédure sommaire<sup>101</sup>, pour les motifs exposés plus haut<sup>102</sup>.

### ***b) Les prétentions reconventionnelles***

46. Le défendeur peut formuler des prétentions reconventionnelles, dans sa prise de position écrite ou à l'audience. La prétention élevée à titre reconventionnel doit toutefois être soumise à la même procédure (art. 224 al. 1 CPC) et ne pas retarder de manière excessive la procédure principale (comp. art. 254 al. 2 let. a CPC)<sup>103</sup>.

*Exemples.* On peut envisager une demande reconventionnelle par la voie du cas clair, si la prétention du requis est indiscutable, par exemple lorsqu'un

---

<sup>101</sup> Dans ce sens, CPC-TAPPY, art. 223 N 26. Contra : BSK-MAZAN, art. 253 N 16 ; BSK-FREI/WILLISEGGER, art. 223 N 17 ; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht – Eine kritische Darstellung aus Sicht von Lehre und Praxis, Zurich 2010, p. 413.

<sup>102</sup> Supra, N 40.

<sup>103</sup> Message CPC, FF 2006 6957 ; BSK-FREI/WILLISEGGER, art. 224 N 4 ; ERIC PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, art. 224 N 32. L'exigence semble raisonnable, compte tenu de la nature de la procédure sommaire. Contra : JEAN-MARC REYMOND, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in : Lukic (édit.), Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, p. 39.



entrepreneur a signé une reconnaissance de dette en raison d'un défaut à sa charge entraînant une réduction du prix. Autre situation : le propriétaire demande de faire constater par la voie du cas clair qu'il n'est pas débiteur du gage (imaginons que l'inscription est demandée sur la mauvaise parcelle et contre le mauvais propriétaire) et que la poursuite intentée à son encontre est nulle<sup>104</sup>.

### ***c) L'absence d'appel en cause***

47. L'appel en cause, par exemple de l'entrepreneur par le propriétaire attaqué par un sous-traitant, est expressément exclu en procédure sommaire par l'article 81 al. 3 CPC.

### ***d) Le mémoire préventif***

48. Lorsqu'un propriétaire craint qu'un entrepreneur dépose une requête urgente d'inscription provisoire d'une hypothèque légale, il peut adresser un mémoire préventif au tribunal du lieu d'inscription de l'immeuble au registre foncier, où il craint qu'une telle requête ne soit formée.
49. Dans le silence du CPC, il faut retenir que le mémoire prend la forme d'une prise de position à requête de mesures provisionnelles. La pratique antérieure au CPC admettait que le mémoire mentionne l'adresse et les coordonnées d'un mandataire, qui pourrait être brièvement amené à s'expliquer si la requête était déposée. Cet échange très bref devrait intervenir à notre sens, si le temps à disposition le permet. Il ne remplace cependant pas le droit d'être entendu « complet » prévu par le Code (art. 265 al. 2 CPC).
50. L'article 270 al. 2 CPC exclut que le mémoire préventif soit transmis à l'adversaire potentiel avant qu'il ait introduit une procédure.
51. Le Code prévoit que le mémoire perd toute validité six mois après son dépôt (art. 270 al. 3 CPC).

---

<sup>104</sup> Comp. ATF 120 II 20, c. 3b, JdT 1995 I 130 ; TF 4A\_459/2009 consid. 2.1 ; CPC-BOHNET, art. 88 N 26.

### *e) Les sûretés*

52. L'inscription de l'hypothèque légale « ne peut être requise si le propriétaire fournit des sûretés suffisantes au créancier » (art. 839 al. 3 CC ; 22 al. 3 ORF en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011). Il est fréquent que le propriétaire – le cas échéant par l'entremise d'un entrepreneur général – tente d'éviter une inscription, déjà au stade provisoire, par l'octroi de sûretés.
53. Les sûretés<sup>105</sup> peuvent consister en une garantie, un cautionnement (solidaire selon la doctrine récente<sup>106</sup>) ou une consignation d'espèces au tribunal ou en mains d'un tiers. En cas de sûretés personnelles, la personne du garant devra en principe être une banque ou une assurance de première catégorie avec siège en Suisse<sup>107</sup>.
54. Les sûretés doivent donner la même couverture que l'hypothèque elle-même. Elles doivent donc couvrir la créance pour les travaux que le requérant fait valoir en capital, les frais de poursuite et les intérêts moratoires (sans limite dans le temps<sup>108</sup>) au sens de l'art. 818 al.1 ch. 1 et 2 CC<sup>109</sup>. Elles ne sont pas suffisantes si elles ne sont données que pour une durée absolue, par exemple, deux ans. En revanche, la durée peut être relative<sup>110</sup>. Il peut par exemple être prévu qu'il faudra avoir recours à la garantie bancaire dans les trois mois

---

<sup>105</sup> Pour des développements, voir SCHUMACHER (n. 26), N 1268 ss ; HG ZH, ZR 2010 268 consid. III A. Comp. également ATF 103 Ia 462.

<sup>106</sup> SCHUMACHER (n. 26), N 1288 ; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP / JÖRG SCHMID, SACHENRECHT, 2<sup>e</sup> éd. Zurich 2033, N 1747 ; CHRISTOPH THURNHERR, Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken, RSJB 2006 909 ss, 921 n. 40.

<sup>107</sup> SCHUMACHER (n. 26), N 1269.

<sup>108</sup> Ce qui rend parfois difficile l'octroi de sûretés, voir les développements de SCHUMACHER (n. 26), N 1257. A notre sens, la couverture des intérêts est en tout cas suffisante si elle est offerte pour une durée équivalant à 1,5 fois la durée probable des procédures qui détermineront l'exigibilité de la garantie. Pour RAPLAN (n. 2), p. 57, on admet en pratique une durée de 3, 5 voire 7 ans en fonction de la durée probable des procédures.

<sup>109</sup> ATF 121 III 445, JdT 1997 I 154 consid. 5a ; 97 I 209.

<sup>110</sup> SCHUMACHER (n. 26), N 1261 ; RAPLAN (n. 2), p. 57.

dès jugement définitif sur la créance ou dès délivrance de l'acte de défaut de biens.

55. Lorsqu'elles consistent en une garantie bancaire ou un cautionnement et qu'elles ne sont constituées qu'à titre provisoire, les sûretés doivent à notre sens être assorties d'un engagement du requis d'accepter le for du lieu d'inscription de l'immeuble au registre foncier pour l'action au fond<sup>111</sup>, faute de quoi les sûretés ne seraient pas suffisantes, le requérant devant ensuite agir au domicile du défendeur, le for de l'art. 29 al. 1 let. c CPC n'étant plus ouvert, faute de conclusion en constitution d'un droit de gage légal. Il faut bien sûr réserver les cas où le domicile du requis correspond au lieu d'inscription ou les clauses de prorogation de for valables<sup>112</sup>.
56. Au stade de la requête en inscription provisoire, les sûretés ne sont en principe constituées qu'à *titre provisoire*, en remplacement du droit à l'annotation d'une inscription provisoire de l'hypothèque légale. L'entrepreneur doit ensuite agir au fond dans le délai qui lui sera fixé : « la contestation au fond subsiste ; mais au lieu de porter sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale avec détermination du montant de la créance garantie par gage (art. 22 al. 2 nouvelle ORF), elle porte sur le montant à concurrence duquel la sûreté fournie devra définitivement répondre. Comme la contestation se retrouve au stade où elle était avant la fourniture des sûretés, il incombe à l'entrepreneur ou au sous-traitant demandeur, dans le procès au fond, de prouver – comme il le devait auparavant – qu'il disposait bien d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale d'un certain montant, qu'il remplit toutes les conditions pour exercer un tel droit (art. 837 ch. 3 CC) et qu'il l'a fait valoir dans le délai légal de l'art. 839 CC »<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Dans ce sens, HÜRLIMANN-KAUP/ SCHMID (n. 106), N 1748 ; RAPLAN (n. 2), p. 58 ; SCHUMACHER (n. 26), N 1264 ss, 1267 ; KG ZH, ZR 1987 147 consid. 11. Comp. ATF 103 Ia 462 consid. 2c, qui laisse cette question ouverte, tout comme l'ATF 121 III 445, JdT 1997 I 154.

<sup>112</sup> *Supra*, N 6.

<sup>113</sup> ATF 110 II 34.

57. Il faut réserver la constitution de sûretés *à titre définitif*, ce qui suppose une déclaration expresse du requis. Dans ce cas, les sûretés se substituent à l'inscription définitive de l'hypothèque légale<sup>114</sup>.
58. La constitution de sûretés peut résulter d'un *accord entre les parties*. Il s'agit d'une transaction judiciaire (art. 241 CPC) lorsque cet accord intervient après le dépôt de la requête de sûretés. Les parties prendront soin de déterminer si les sûretés sont accordées à titre provisoire ou définitif. Si un délai est prévu pour que le bénéficiaire agisse au fond, les sûretés sont manifestement fournies à titre provisoire<sup>115</sup>. En cas de contestation, il revient au juge, et non au conservateur du registre foncier, de déterminer si les sûretés données sont suffisantes<sup>116</sup>. Si des sûretés suffisantes sont fournies après l'inscription, le juge (du fond après le dépôt de la demande en inscription définitive<sup>117</sup>) peut être requis d'ordonner la radiation de l'annotation<sup>118</sup>.

#### 4. Le droit de réplique

59. Si le requis dépose une détermination écrite, le juge doit la transmettre au requérant, qui a la faculté de lui adresser spontanément<sup>119</sup> une *réplique*<sup>120</sup> en vertu des art. 6 CEDH et 29 al. 2 Cst., droit qui doit (en tout cas) être rappelé à une partie non représentée en justice en vertu de la jurisprudence de Strasbourg<sup>121</sup>.

---

<sup>114</sup> ATF 110 II 34.

<sup>115</sup> ATF 110 II 34.

<sup>116</sup> THURNHERR (n. 106), p. 921 ; RAPLAN (n. 2), p. 56, 58 ; SCHUMACHER (n. 26), N 1314, 1316.

<sup>117</sup> KG ZH, ZR 1987 147 consid. 8.

<sup>118</sup> HG ZH, ZR 2010 268 consid. III A ; CJ GE, SJ 1986 273 ; RAPLAN (n. 2), p. 58 ; SCHUMACHER (n. 26), N. 1314.

<sup>119</sup> ATF 133 I 98 consid. 2.1 ; 133 I 100 consid. 4.8 ; voir également RSPC 2010, p. 10, p. 121, p. 138.

<sup>120</sup> ATF 133 I 100, c. 4.3-4.6, JdT 2008 I 368 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 15.

<sup>121</sup> Schaller-Bossert c. Suisse du 28 octobre 2010, §42 ; note in : RSPC 2011 147. Voir également les développements de STEPHAN FRATINI, La mise en œuvre du droit à la réplique dans les nouveaux codes de procédure suisses, in Jusletter 14 novembre 2011.

60. Le requis peut *répliquer à son tour*, selon le même processus. Et ainsi de suite. Si le temps presse, le requérant aura en principe intérêt à mettre un terme à cet échange.

## 5. Les conclusions

### *a) Du requérant*

61. Le requérant conclut à ce qu'il soit ordonné l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, pour un (ou plusieurs) montant(s) donné(s), avec intérêt à 5 % dès une certaine date, sur une (ou plusieurs) parcelle(s) définie(s) d'un certain cadastre, propriété d'un ou de plusieurs défendeurs (avec siège ou domicile à...), le tout avec suite de frais judiciaires et dépens (art. 95 et 106 CPC)<sup>122</sup>.
62. Même si le juge prononce d'office les *mesures d'exécution* qui s'imposent (art. 267 CPC, en lien avec art. 262 let. c CPC), il n'est pas inutile que le requérant précise que le juge doit *charger le conservateur du registre foncier* de procéder à l'inscription.
63. Il n'est pas non plus inutile que le requérant mentionne le *délai* qu'il souhaite se voir accorder *pour agir au fond* (art. 961 al. 3 CC ; 263 CPC), lorsque sa demande d'inscription définitive n'est pas encore pendante.
64. En cas d'*urgence particulière* (art. 265 al. 1 CPC), en particulier lorsqu'il ne reste que peu de jours avant l'échéance du délai de 4 mois, le requérant peut demander à titre principal que l'inscription provisoire intervienne *sans audition préalable* de la partie adverse. Il prendra une conclusion subsidiaire en inscription provisoire après audition. A toutes fins utiles, il demandera, pour l'hypothèse où la requête serait rejetée après avoir été admise à titre superprovisionnel, que

---

<sup>122</sup> Voir supra, N 43, pour les allégations nécessaires. Voir également SCHUMACHER (complément, n. 2), N 590.

l'inscription soit maintenue pendant le délai nécessaire pour obtenir un effet suspensif de l'autorité de recours<sup>123</sup>.

### *b) Du requis*

65. Le requis conclut au rejet – le cas échéant partiel – de la requête et à la condamnation du requérant aux frais judiciaires et dépens. Il peut conclure au rejet parce qu'il a fourni en lieu et place de l'inscription provisoire<sup>124</sup> des sûretés équivalentes (art. 22 al. 3 ORF en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011)<sup>125</sup> et demander qu'un délai soit fixé au requérant pour agir au fond<sup>126</sup>. Il peut aussi conclure principalement au rejet faute de vraisemblance du droit à l'inscription, et subsidiairement au rejet compte tenu des sûretés fournies<sup>127</sup>, dont il demande la libération à hauteur du montant non retenu par le juge, le tout avec fixation d'un délai au requérant pour agir au fond.
66. Comme l'inscription provisoire ne risque en principe pas de lui causer un dommage, il ne demandera généralement pas que la mesure soit subordonnée à l'octroi de *sûretés* (art. 264 al. 1 CPC)<sup>128</sup>.
67. On peut envisager qu'il prenne des conclusions reconventionnelles, si la procédure sommaire s'applique, en particulier en matière de cas clair<sup>129</sup>.

---

<sup>123</sup> Voir infra, N 87.

<sup>124</sup> Voir supra, N 56.

<sup>125</sup> Comp. ATF 97 I 209 ; 110 II 34.

<sup>126</sup> Comp. ATF 110 II 34.

<sup>127</sup> Comp. ATF 103 Ia 462.

<sup>128</sup> Voir SCHUMACHER (complément, n. 2), N 630 ; ATF 86 I 265 consi. 3, JdT 1961 I 332.

<sup>129</sup> Supra, N 126.

## 6. Les preuves

### a) *Le fardeau de la preuve*

68. L'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est soumise à la *maxime des débats* (art. 55 al. 1 CPC). Il revient au requérant de démontrer que les conditions de l'inscription provisoire sont réunies. C'est lui qui supporte le risque de l'absence de preuve. Ainsi, c'est à lui de démontrer les faits qu'il allègue<sup>130</sup>, en particulier :
- qu'il est un artisan ou un entrepreneur (1) ;
  - qu'il a fourni une prestation matérielle (2) sur l'immeuble (3) au sens de l'art. 837 al. 3 CC<sup>131</sup> ;
  - lorsque le débiteur de la créance n'est pas le propriétaire ou un entrepreneur, que le propriétaire foncier avait donné préalablement son accord (4) à l'exécution des travaux (art. 837 al. 1 ch. 3 CC) ;
  - qu'il a agi dans le délai de péremption de l'art. 839 al. 2 CC (5)<sup>132</sup>.
69. En revanche, si le propriétaire fait valoir que le requérant a été payé, c'est à lui de le démontrer, puisqu'il s'agit d'un fait négatif<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Supra, N 43.

<sup>131</sup> TF 4A\_547/2008 consid. 2 : « (...) Il restait à élucider quels étaient les travaux promis par la demanderesse, d'une part, et il fallait vérifier si elle les avait entièrement accomplis, d'autre part. Au regard de l'art. 8 CC qui répartit le fardeau de la preuve dans les contestations soumises au droit civil fédéral, il s'agissait de faits générateurs dont la preuve incombait à la demanderesse ; en cas d'échec de la preuve, la Cour de justice devait donc statuer au détriment de cette partie-ci ».

<sup>132</sup> CJ GE SJ 1981 103 : « Le délai de 839 al. 2 CC est un délai de péremption. Or le respect d'un tel délai est une des conditions de l'exercice du droit ; dès lors, celui qui invoque un droit doit prouver qu'il l'exerce en temps utile. C'est à l'entrepreneur qu'il incombe d'établir – ou tout au moins de rendre vraisemblable – que sa requête en inscription d'une hypothèque légale est bien présentée avant l'expiration du délai de déchéance de trois mois. Ce n'est pas au propriétaire de prouver la tardiveté de la requête ».

<sup>133</sup> Voir par exemple TF, RSPC 2011 304 ; BOHNET (n. 41), p. 227.

### ***b) Le degré de la preuve***

70. Le Tribunal fédéral applique l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC à l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs<sup>134</sup>. C'est discutable, dans la mesure où le requérant ne fait pas valoir un droit réel, mais une simple créance *propter rem*, si bien qu'il conviendrait plutôt de retenir l'application de l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC<sup>135</sup>. Le rattachement à l'art. 961 est cependant confirmé par l'art. 76 al. 3 nouvelle ORF, qui ne modifie pas sur ce point l'art. 22 al. 4 ORF en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011.
71. L'art. 961 al. 3 CC, modifié par le CPC, retient que « le juge statue sur la requête et autorise l'inscription provisoire si le droit allégué lui paraît exister ». Dès lors, l'inscription doit être accordée lorsque l'artisan ou l'entrepreneur rend *vraisemblable* que les conditions de l'inscription sont réunies. On retrouve ainsi les conditions de l'art. 261 CPC en matière de mesures provisionnelles. Il faut donc rendre vraisemblables, d'une part, les faits à l'appui de la prétention et, d'autre part, que celle-ci fonde vraisemblablement un droit<sup>136</sup>.
72. La jurisprudence développée sur la base de l'art. 961 al. 3 CC est *peu exigeante* à cet égard. Selon le Tribunal fédéral, l'inscription provisoire ne peut être refusée que si l'existence du droit à l'inscription définitive du gage immobilier paraît exclue ou hautement invraisemblable<sup>137</sup>. Ce n'est que si le droit à la constitution de l'hypothèque *n'existe clairement pas* que le juge doit refuser l'inscription provisoire. Dès lors, en cas de doute, lorsque les conditions de l'inscription sont incertaines, en particulier en présence d'une situation de fait ou de droit mal élucidée, qui mérite un examen plus ample que celui au-

---

<sup>134</sup> TF 5A\_475/2010, SJ 2011 I 173 consid. 3.1.2; 5A\_777/2009 consid. 4.1; 5A\_227/2007 consid. 2.1; 5P.344/2005 consid. 3; ATF 119 II 429 consid. 3c; 102 Ia 81 consid. 2b/bb; 86 I 265 consid. 3.

<sup>135</sup> PIOTET (n. 25), p. 11; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 537; STEINAUER (n. 25), p. 287 N 2889a; CPC-BOHNET, art. 965 N 9.

<sup>136</sup> Comp. ATF 104 Ia 408 consid. 4; 120 II 398 consid. 4c.

<sup>137</sup> TF 5A\_475/2010, SJ 2011 I 173 consid. 3.1.2; TF 5A\_777/2009 consid. 4.1; 5A\_227/2007 consid. 2.1; ATF 86 I 265 consid. 3.



quel il peut être procédé dans le cadre d'une instruction sommaire, le juge doit ordonner l'inscription provisoire<sup>138</sup>.

*Exemple.* Lorsque des doutes existent sur le caractère unitaire des travaux exécutés et par voie de conséquence sur la date d'achèvement des travaux, il faut en principe admettre l'inscription à titre provisoire<sup>139</sup>, de même lorsque la nature et l'importance des travaux à achever sont peu claires<sup>140</sup>. En revanche, si le délai d'inscription est manifestement échu au moment du prononcé, l'inscription provisoire doit être refusée<sup>141</sup>, de même si la prestation n'entre pas dans le champ d'application de l'hypothèque légale<sup>142</sup>, ou qu'une autre condition légale n'est manifestement pas remplie<sup>143</sup>.

### *c) Les moyens de preuve*

73. En procédure sommaire, la preuve est en principe apportée par *titres* (art. 177 CPC). En matière d'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, on pense avant tout aux extraits du registre foncier<sup>144</sup> (qui ne représentent pas des faits notoires, contrairement aux inscriptions au registre du commerce suisse, qui peuvent être consultées sans difficulté sur Internet conformément à la possibilité réservée par l'art. 931 al. 2bis CO<sup>145</sup>), au contrat d'entreprise, aux rapports de chantier, aux devis, factures<sup>146</sup>, rappels et autres documents

---

<sup>138</sup> TF 5A\_475/2010, SJ 2011 I 173 consid. 3.1.2 ; TF 5A\_777/2009 consid. 4.1 ; 5A\_227/2007 consid. 2.1 ; 5P.344/2005 consid. 3 ; ATF 102 Ia 81 consid. 2b/bb ; 86 I 265 consid. 3.

<sup>139</sup> Comp. TF 5A\_777/2009 consid. 4.3.

<sup>140</sup> TF 5A\_208/2010 consid. 5.

<sup>141</sup> TF 5A\_227/2007 consid. 2.1, 2.6 (impossibilité de reporter, après l'expiration du délai légal de trois mois, une inscription provisoire sur la parcelle de base, sur les unités d'étages. Comp. ATF 119 II 429 consid. 3c, où le délai semblait respecté, *prima facie*).

<sup>142</sup> ATF 119 II 426 (prestation d'architecte).

<sup>143</sup> ATF 102 Ia 81 2b/bb (gage collectif).

<sup>144</sup> En prenant en garde que l'immeuble correspond à l'article du registre foncier auquel on se réfère, au risque sinon pour le mandataire professionnel d'engager sa responsabilité, voir ATF 117 II 563.

<sup>145</sup> TF 5A\_62/2009 ; 5A\_65/2008.

<sup>146</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 617.

propres à démontrer les travaux effectués et la créance en résultant, comme des photos ou des plans.

74. Selon la jurisprudence<sup>147</sup>, l'entrepreneur qui entend faire inscrire une hypothèque légale a un intérêt légitime à consulter le *feuille de l'immeuble* en cause et à en obtenir des extraits, sans devoir rendre vraisemblable la probabilité d'une menace concrète et actuelle de la créance que l'hypothèque est destinée à garantir. Il peut donc consulter le journal, avant même qu'une inscription ait été reportée au grand livre. L'entrepreneur a intérêt à le faire, puisque lorsque les conditions requises pour consulter le registre foncier sont remplies, la fiction de l'art. 970 al. 4 CC déploie ses effets, lesquels s'étendent aux inscriptions figurant au journal. Il en va en particulier ainsi lorsque le requérant a connaissance de l'éventuelle constitution d'une PPE sur la parcelle<sup>148</sup>.
75. Les *autres moyens de preuve* énoncés à l'article 168 CPC ne sont admis dans notre domaine que dans la mesure où leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure (art. 254 al. 2 let. a CPC). L'audition de *témoins* pourrait ainsi se concevoir<sup>149</sup> dans des cas particuliers, par exemple après une inscription à titre superprovisionnel sans audition préalable de la partie adverse (art. 265 CPC)<sup>150</sup>. Une inspection locale, susceptible d'intervenir rapidement, n'est pas exclue<sup>151</sup>. Des *déclarations écrites de témoins*, ayant simple valeur de titres au sens de l'art. 177 CPC, devraient également pouvoir être produites<sup>152</sup>.
76. Selon une jurisprudence toujours d'actualité selon nous, dans la mesure où la preuve se restreint ici à la vraisemblance<sup>153</sup>, le requérant

---

<sup>147</sup> TF 5A\_227/2007 consid. 2.5 ; ATF 112 Ib 482.

<sup>148</sup> TF 5A\_227/2007 consid. 2.5.

<sup>149</sup> Voir un vieil arrêt neuchâtelois : CCC V 315, 319.

<sup>150</sup> Infra, N 81 ss.

<sup>151</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 624.

<sup>152</sup> On l'admettait par exemple en procédure neuchâtelaise, voir RJN 2001 145. Voir également COCCHI / TREZZINI / BERNASCONI, Commentario al codice di diritto processuale civile svizzero, art. 157, p. 722 ss, art. 265, p. 1205.

<sup>153</sup> Supra, N 70.

n'est pas limité aux moyens de preuve légaux : « s'il semble digne de foi et que ses allégués sont plausibles, son affirmation peut déjà suffire »<sup>154</sup>.

#### **d) Le moment de l'apport des preuves**

77. En principe, le requérant joint à sa requête tout document utile ; c'est dans son intérêt, tout particulièrement lorsqu'il demande un prononcé superprovisionnel<sup>155</sup>. Le Message<sup>156</sup> en fait une obligation, en vertu de l'art. 221 al. 2 CPC, qui s'appliquerait également à la procédure sommaire en vertu du renvoi général de l'art. 219 CPC. Le renvoi ne nous paraît pas évident puisque la procédure sommaire se distingue en particulier de la procédure ordinaire par une renonciation à tout formalisme. Il n'est pas mentionné jusqu'à quel moment les pièces peuvent être produites.
78. Dans le silence de la loi, on peut supposer que tout document ou autre preuve peut être présenté ou requis lors des écritures (requête, prise de position du requis, éventuelles « répliques ») et jusqu'à la fin de l'administration des preuves s'il est tenu une, voire plusieurs audiences. Si tel n'est pas le cas, le juge devrait fixer un délai aux parties pour le dépôt de leurs moyens de preuve, en précisant qu'il sera statué sur pièces.

### **7. Les audiences**

79. En matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, il n'y a en principe qu'une audience, vu le bref délai de 4 mois prévu pour l'inscription dès l'achèvement des travaux<sup>157</sup>, en tout cas lorsqu'une inscription provisoire n'est pas intervenue dans un premier temps à titre superprovisionnel<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> Voir TF 5P.285/2000 consid. 2c ; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1979, p. 323, n. 28.

<sup>155</sup> Infra, N 81 ss.

<sup>156</sup> FF 2006 6957.

<sup>157</sup> Supra, N 24.

<sup>158</sup> Infra, N 81.

80. Le Code prévoit que les débats *peuvent être supprimés* par le juge, qui statuera sur pièces dans un tel cas. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 256 CPC). Il n'y en a pas en matière d'inscription d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs. Notons par ailleurs que le droit à la tenue d'une audience publique, garanti par l'art. 6 par. 1 CEDH, ne s'applique que lorsque la procédure en cause aboutit à une décision définitive<sup>159</sup>, ce qui n'est pas le cas d'une inscription provisoire au registre foncier.

## 8. Le prononcé

### a) *Sur conclusions à titre superprovisionnel*

81. En matière d'inscription d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, il est très fréquent que le requérant demande un prononcé *sans audition préalable* de l'adversaire. Faute de *conclusion* en ce sens (le cas échéant implicite, au vu de l'urgence alléguée dans la requête<sup>160</sup>), le juge ne peut pas prononcer de mesures superprovisionnelles, le principe de disposition (art. 58 al. 1) s'appliquant.
82. Si l'*urgence* le justifie, en particulier lorsque l'échéance du délai de quatre mois<sup>161</sup> est proche, et que les conditions d'inscription semblent remplies sous l'angle de la vraisemblance au vu des pièces déposées<sup>162</sup>, le tribunal accordera l'inscription provisoire à titre superprovisionnel et adressera sans plus attendre au conservateur du registre foncier une réquisition<sup>163</sup> « sans forme » (art. 48 al. 2 let. b nouvelle ORF), lorsque l'échéance du délai est *imminente*.

---

<sup>159</sup> ATF 129 I 103 consid. 2.1 ; TF 5P.188/2004, RSPC 2005 65. Sur la renonciation aux débats, voir l'avis critique de PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Les procédures rapides, in : TRIGO TRINDADE / JEANDIN (édit.), Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Genève/Zurich/Bâle, p. 91 ss, p. 101 s.

<sup>160</sup> Voir SCHUMACHER (complément, n. 2), N 594.

<sup>161</sup> Supra, N 24.

<sup>162</sup> Supra, N 71.

<sup>163</sup> TF 5A\_777/2009 consid. 4.1 ; 5P.344/2005 consid. 3.

83. Le Tribunal citera dans son ordonnance (qui doit être motivée<sup>164</sup>) les parties à une audience, qui doit avoir lieu sans délai (art. 265 al. 2 CPC). Si une audience ne s'impose pas, en particulier lorsque l'audition des parties ne semble pas nécessaire et que les faits peuvent être établis par un simple échange écrit, le juge peut également fixer un délai à la partie adverse pour se prononcer par écrit. Le droit d'être entendu de l'adversaire respecté, après le cas échéant usage du droit de réplique par les parties<sup>165</sup>, le juge se prononce à nouveau et confirme, infirme ou modifie son prononcé superprovisionnel.
84. Si un prononcé à titre superprovisionnel ne se justifie pas, le juge notifiera la requête à la partie adverse pour qu'elle se prononce par écrit ou citera les parties à son audience (art. 253 et 256 CPC). Cela, à moins que la requête ne soit manifestement irrecevable ou mal fondée (art. 253 CPC).

***b) Sur conclusions à titre provisionnel***

85. Le juge accorde l'inscription provisoire lorsque le requérant a rendu vraisemblable que les conditions qu'elle suppose sont réunies malgré les éventuelles tentatives du requis de démontrer que l'existence du droit à l'inscription définitive du gage immobilier est exclue ou hautement invraisemblable<sup>166</sup>, ou que des sûretés suffisantes ont été données<sup>167</sup>.
86. La décision est communiquée aux parties par la remise du dispositif écrit, soit en audience, soit par la poste (art. 239 al. 1 CPC). Si la décision est communiquée en audience, le tribunal exposera oralement ses motifs de manière sommaire. La motivation écrite de la décision n'est pas obligatoire et il revient aux parties de la demander dans les

---

<sup>164</sup> RSPC 2005 64 s., toujours d'actualité selon nous, voir CPC-BOHNET, art. 265 N 13.

<sup>165</sup> Supra, N 59.

<sup>166</sup> Supra, N 72.

<sup>167</sup> Supra, N 89 ss.

10 jours qui suivent sa communication (art. 239 al. 2 CPC)<sup>168</sup>. A défaut, elles sont réputées avoir renoncé à recourir contre la décision.

87. Si le juge *infirme son prononcé* rendu à titre superprovisionnel et rejette la requête, il pourrait ordonner au conservateur du registre foncier de ne radier l'inscription provisoire que par exemple vingt jours après son prononcé, afin de permettre au requérant de requérir l'effet suspensif devant l'autorité de recours. Cela se justifie d'autant plus lorsque son ordonnance n'est pas motivée : elle est immédiatement exécutoire<sup>169</sup> dans un tel cas également (comme l'est manifestement l'ordonnance superprovisionnelle non motivée accordant l'inscription provisoire, sauf à la priver de toute portée), alors que le recours ou l'appel ne peut pas encore être formé. Il faut cependant admettre que l'autorité de recours peut malgré tout, dans un tel cas, ordonner des mesures superprovisionnelles consistant à suspendre le prononcé rejetant la requête.

### *c) La modification du prononcé*

88. Le juge peut modifier au stade provisoire le prononcé qu'il a rendu au stade superprovisoire, rejeter dès lors entièrement ou partiellement la requête, et inviter le conservateur du registre foncier à modifier ou radier l'annotation<sup>170</sup>.
89. Le requis peut également demander ultérieurement, à l'occasion du procès au fond ou auparavant, pendant le délai pour agir au fond, s'il fournit des sûretés suffisantes, que l'inscription soit radiée<sup>171</sup>. Il peut requérir à notre sens la radiation pour un autre motif, par exemple le paiement de l'entrepreneur (art. 268 al. 1, 2<sup>e</sup> hypothèse, CPC), ou la preuve liquide de l'absence de droit du bénéficiaire (art. 268 al. 1, 1<sup>re</sup> hypothèse, CPC).

---

<sup>168</sup> Message CPC, FF 2006 6958.

<sup>169</sup> Dans ce sens, DANIEL STAEHELIN in SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, ZPO Komm., art. 239 N 35 ; contra, CPC-TAPPY, art. 239 N 22.

<sup>170</sup> Supra, N 87.

<sup>171</sup> Supra, N 58.

#### ***d) Les frais et dépens***

90. Le requérant avance en principe les frais judiciaires (art. 98 CPC). En revanche des sûretés sont exclues en procédure sommaire (art. 99 al. 3 let. c CPC). La répartition des frais judiciaires et dépens est en principe fonction du sort de la cause (art. 106 CPC), à moins que l'équité ne justifie une dérogation (art. 107 CPC).
91. S'agissant de l'inscription provisoire, le juge peut renvoyer le sort des frais à la décision finale (art. 104 al. 3 CPC). Dans un tel cas, si le requérant n'agit pas au fond, les frais doivent être mis à sa charge (art. 106 al. 1 CPC).
92. Si le requis paie le montant dû ou fournit des sûretés suffisantes après le dépôt de la requête seulement, il faut admettre qu'il succombe, son comportement devant être assimilé à un acquiescement de fait, ce qui entraîne la condamnation aux frais judiciaires et dépens (art. 106 al. 1 *in fine* CPC)<sup>172</sup>.

### **9. L'appel et le recours**

#### ***a) Les décisions attaquables***

93. Un appel peut être formé contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC). La valeur litigieuse minimale est de CHF 10'000.–. Lorsque cette valeur n'est pas atteinte, le recours est ouvert (art. 319 let. a CPC).
94. Si l'inscription provisoire est accordée à titre superprovisionnel, la partie requise ne peut recourir que contre le prononcé du juge rendu après son audition<sup>173</sup>. Le Tribunal fédéral retient le même principe en cas de refus d'un prononcé à titre superprovisionnel<sup>174</sup>. Dans un arrêt destiné à la publication, il considère qu'un recours devant lui

---

<sup>172</sup> Comp. TC NE RJN 2003 202.

<sup>173</sup> Comp., devant le Tribunal fédéral, TF 5A\_678/2007 ; TF 5P.307/2004, RSPC 2005 202 ss, et la note de FRIDOLIN WALTHER.

<sup>174</sup> TF 4A\_242/2011 consid. 1.4.

n'est *en principe* pas ouvert contre un prononcé d'un tribunal de commerce refusant d'accorder des mesures à titre superprovisionnel<sup>175</sup>. La solution n'est manifestement pas satisfaisante dans les cas d'extrême urgence pour lesquels seules des mesures superprovisionnelles de l'instance de recours et le cas échéant du Tribunal fédéral peuvent sauver la situation, si bien qu'il faut dans de telles situations admettre une *exception au principe*. C'est en particulier le cas lorsque le premier juge refuse de se prononcer à titre superprovisionnel sur une inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs alors qu'il ne reste que 6 jours avant l'échéance du délai selon le recourant et que le juge a fixé l'audience au delà dudit délai. Le Tribunal fédéral semble du reste admettre la recevabilité du recours devant lui et le prononcé de mesures superprovisionnelles dans un tel cas<sup>176</sup>.

95. A notre sens, si la requête de mesures superprovisionnelles est rejetée, le requérant peut donc interjeter appel contre ce prononcé (art. 308 al. 1 let. b CPC), lorsque la valeur litigieuse de CHF 10'000.– est atteinte. A défaut, le requérant pourra déposer un recours, en rendant vraisemblable qu'il est exposé à un préjudice difficilement réparable selon l'art. 319 let. b ch. 2 CPC. Faute d'ouverture immédiate, les droits du requérant seront souvent perdus : le prononcé à titre provisionnel pourrait intervenir après que le délai de quatre mois est parvenu à son terme<sup>177</sup>.

### ***b) L'absence d'effet suspensif***

96. Le délai de quatre mois dès l'achèvement des travaux pour requérir l'inscription d'une hypothèque légale n'est pas suspendu en cas d'appel (art. 315 al. 5 CPC) ou de recours (art. 325 al. 2 CPC). Il en résulte que l'intéressé qui voit l'inscription provisoire accordée à titre superprovisionnel refusée au stade provisoire doit demander

---

<sup>175</sup> TF 4A\_577/2011. Voir également TF 5A\_638/2011 consid. 1, qui rappelle qu'il existe des exceptions.

<sup>176</sup> TF 5P.344/2005 in : RSPC 2006 163.

<sup>177</sup> Dans ce sens : SCHUMACHER (complément, n. 2), N 640, 642 ss.



d'urgence *l'octroi de l'effet suspensif*, faute de quoi son appel ou recours est privé d'intérêt en cas de radiation dans l'intervalle<sup>178</sup>. A notre avis, il peut le requérir alors même que le premier juge a rendu une ordonnance non encore motivée (art. 239 al. 1 CPC) : la communication de la décision dessaisit formellement le juge qui l'a rendue et son prononcé est immédiatement exécutoire<sup>179</sup>.

### *c) Les moyens*

97. Tant l'appel que le recours sont ouverts pour violation du droit. En revanche, si l'appelant peut invoquer la constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC), le recourant ne peut faire valoir que leur constatation *manifestement inexacte* (art. 320 let. b CPC).

La question de l'achèvement des travaux relève du droit lorsqu'il s'agit de déterminer si tel ou tel acte entre dans la notion de travail de finition<sup>180</sup>. En revanche, la question de savoir quel acte a été réalisé quel jour relève du fait.

98. La vraisemblance qui préside à l'octroi de l'inscription provisoire porte tant sur les faits que sur le droit<sup>181</sup>. S'il conteste le refus d'inscription, l'appelant ou le recourant doit faire valoir que c'est en violation de la loi ou au terme d'un constat inexact des faits (manifestement inexact en cas de recours) que le juge de 1<sup>re</sup> instance a refusé l'inscription provisoire. S'il conteste l'inscription, l'appelant ou le recourant doit à l'inverse démontrer que le premier juge a violé le droit ou constaté les faits de manière inexacte (manifestement inexacte en cas de recours) en refusant de considérer que l'existence du droit à l'inscription définitive du gage immobilier était exclue ou hautement invraisemblable, ou que des sûretés suffisantes avaient été données<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> TF 5P.344/2005 in RSPC 2006 163 : « l'octroi de l'effet suspensif (...) constitue le seul moyen dont dispose l'entrepreneur pour obtenir le maintien de l'inscription ordonnée préprovisoirement » ; ATF 119 II 429 consid. 3c ; 66 II 105 consid. 2 ; Voir aussi TC NE, RJN 2002 85.

<sup>179</sup> Supra, N 87.

<sup>180</sup> Supra, N 27.

<sup>181</sup> Supra, N 71. Voir également SCHUMACHER (complément, n. 2), N 608.

<sup>182</sup> Supra, N. 85.

### ***d) Les faits et moyens de preuve nouveaux***

99. En matière de faits et moyens de preuve nouveaux, on retrouve au stade de l'appel le même mécanisme que devant la première instance : ils ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard alors qu'ils 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 (art. 317 al. 1 CPC).
100. On peut donc invoquer en appel des faits et moyens de preuve à proprement parler nouveaux (dépôt de sûretés pendant le délai de recours<sup>183</sup> ; lettre d'un entrepreneur postérieure au prononcé, qui mentionne la date de la fin des travaux, etc.), ou des *pseudo nova*, soit des faits ou moyens de preuve inconnus de la partie qui s'en prévaut (par exemple, document existant au moment du prononcé mais inconnu de l'intéressé). En revanche, on ne peut déposer en appel des moyens de preuve que l'on avait renoncé à faire valoir devant le premier juge.
101. Des faits et moyens de preuve nouveaux (*novas et pseudo novas*) sont irrecevables en instance de recours (art. 326 CPC).

## **III. L'inscription définitive**

### ***A. Le for***

102. L'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est demandée en principe (à moins d'une prorogation de for<sup>184</sup>) au lieu d'inscription de l'immeuble au registre foncier, for unique offert par l'art. 29 al. 1 let. c CPC en matière d'actions en constitution de droits de gage<sup>185</sup>.
103. Lorsque la demande porte également sur le paiement de la créance pour laquelle l'inscription définitive est requise, elle peut être formée

---

<sup>183</sup> CJ GE, SJ 1986 273.

<sup>184</sup> Supra, N 6.

<sup>185</sup> Supra, N 5.

au domicile ou au siège du défendeur (art. 31 CPC)<sup>186</sup>, compte tenu de la connexité entre les deux prétentions (art. 15 al. 2 CPC : cumul objectif d'actions). Quant au for du lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée (art. 31 CPC), il se confond le plus souvent avec le lieu d'inscription de l'immeuble au registre foncier, à moins que les circonscriptions judiciaires et celles du registre foncier ne se recoupent pas.

104. Si la demande est formée contre plusieurs défendeurs, propriétaires communs ou copropriétaires de l'immeuble et codébiteurs solidaires de la créance en paiement, la demande peut être introduite contre tous au domicile ou siège de l'un d'eux (art. 31 et 15 al. 1 CPC). Un sous-traitant pourrait également agir en inscription définitive contre le propriétaire et en paiement contre l'entrepreneur général, le tout au domicile ou siège de ce dernier (art. 31, 71 al. 1 et 15 al. 1 CPC). Le propriétaire et l'entrepreneur représentent dans ce cas des consorts simples formels<sup>187</sup>. En revanche, les consorts simples ne peuvent pas être attaqués au for ouvert à l'égard de l'un d'eux sur la base d'une prorogation de for (art. 15 al. 1 *in fine* CPC).

### ***B. Les parties***

105. Les parties au procès en inscription définitive de l'hypothèque légale sont en principe les mêmes qu'au stade de l'inscription provisoire<sup>188</sup>. Il convient de réserver l'hypothèse d'un transfert de propriété de l'immeuble après le prononcé de l'inscription provisoire. Dans un tel cas, comme mentionné ci-dessus<sup>189</sup>, la demande au fond doit être formée contre le nouveau propriétaire<sup>190</sup>, à moins que l'inscription provisoire n'ait été refusée en raison de sûretés accordées par

---

<sup>186</sup> Comp. ATF 126 III 467.

<sup>187</sup> Infra, N 106.

<sup>188</sup> Supra, N 14 ss.

<sup>189</sup> Supra, N 22.

<sup>190</sup> RSPC 2005 144.

l'ancien propriétaire. Dans ce cas, le procès au fond doit être introduit contre celui-ci<sup>191</sup>.

106. Le sous-traitant peut agir en inscription définitive contre le propriétaire et, dans le même procès, en paiement contre l'entrepreneur général. Il s'agit d'un cas de *consortité simple formelle* (art. 71 al. 1 CPC)<sup>192</sup>.
107. Le propriétaire attaqué par un sous-traitant pourrait *appeler en cause*<sup>193</sup> l'entrepreneur (art. 81 CPC). Attention : cette possibilité n'est offerte qu'en procédure ordinaire (art. 81 al. 3 CPC). Cela suppose que les conclusions prises par le propriétaire contre l'entrepreneur soient soumises à la même procédure<sup>194</sup> et au même tribunal<sup>195</sup>, ce qui sera en principe le cas, à moins par exemple que le propriétaire et l'entrepreneur soient liés par une clause compromissoire (art. 357 CPC). L'appel en cause n'est pas possible si le propriétaire et l'entrepreneur sont liés par une clause de prorogation de for et que le procès principal intervient en un autre lieu<sup>196</sup>.
108. Dans de telles situations, le propriétaire devra se contenter d'une *dénonciation d'instance* (art. 78 CPC)<sup>197</sup>.

### ***C. Le délai pour « agir en justice »***

109. Si le juge accorde l'inscription provisoire, il fixe au requérant un délai pour faire valoir son droit en justice (art. 961 al. 3 CC ; 263 CPC). L'art. 263 CPC parle uniquement de « dépôt de la demande » car lorsque le tribunal fixe un délai au demandeur pour procéder, il n'y a *pas de préalable de conciliation* (art. 198 let. h CPC).

---

<sup>191</sup> RAPLAN (n. 2), p. 59, qui le déduit justement de l'ATF 110 II 34.

<sup>192</sup> Comp. TF, SJ 2003 I 299 ; 4A\_271/2007 consid. 2.1.2, qui relève qu'il n'existe pas de lien de consortité nécessaire dans un tel cas.

<sup>193</sup> SCHUMACHER (n. 26), N 1482 ss.

<sup>194</sup> CPC-HALDY, art. 82 N 9 ; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 750.

<sup>195</sup> CPC-HALDY, art. 16 N 5 s.

<sup>196</sup> CPC-HALDY, art. 16 N 3 ; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 747.

<sup>197</sup> Comp. ATF 126 III 467 consid. 3b/bb. Sur les précautions à prendre pour éviter de se voir attaqué par un sous-traitant, voir ATF 136 III 14 consid. 2.3 et 4C.215/2004 consid. 3.1.

110. Ni l'art. 961 al. 3 CC, ni l'art. 263 CPC ne précisent la durée du délai. Le Code est également muet sur la durée des délais judiciaires dans sa partie générale (comp. art. 142 ss CPC). En pratique, le délai de 30 jours qui était prévu par l'article 28e al. 2 CC se révélait souvent insuffisant. D'une manière générale, le juge, qui tiendra compte des circonstances de l'espèce<sup>198</sup>, ne devrait cependant pas accorder un délai supérieur à *trois mois*. Ce délai correspond au délai légal octroyé au demandeur pour procéder suite à l'échec de la tentative de conciliation.
111. Le délai *court dès le lendemain de la notification* de la décision (art. 142 al. 1 CPC), puisque celle-ci est immédiatement exécutoire (art. 315 al. 4 let. b et 325 al. 1 CPC)<sup>199</sup>. Cela vaut même si la décision est communiquée sans motivation (art. 239 CPC). Un effet suspensif ne peut pas être accordé à l'appel (art. art. 315 al. 5 CPC) ou au recours (art. 325 al. 2 CPC) formé contre la décision accordant l'inscription provisoire : cela signifierait généralement la perte du droit au gage compte tenu du délai pour son inscription provisoire, alors que de son côté le recourant ne risque pas de subir un préjudice difficilement réparable en raison de l'inscription provisoire.
112. La *prolongation* du délai fixé par le juge n'est pas exclue (art. 144 al. 2 CPC)<sup>200</sup>, par exemple en cas de négociation des parties<sup>201</sup>. Une *restitution* (art. 148 CPC) peut aussi être envisagée. Le délai est à notre sens suspendu pendant les *vacances judiciaires* puisqu'il ne concerne plus une procédure sommaire (art. 145 al. 2 let. b CPC), mais bien un délai pour agir, en principe en procédure ordinaire ou simplifiée<sup>202</sup>.
113. Lorsque le délai *arrive à échéance* un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral (1<sup>er</sup> août, art. 110 al. 3 Cst.) ou le droit cantonal du siège du tribunal, le délai expire le premier jour ouvrable qui suit (art. 142 al. 3 CPC).

---

<sup>198</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 680.

<sup>199</sup> Peu clair à cet égard : SCHUMACHER (complément, n. 2), N 685.

<sup>200</sup> Comp. ATF 119 II 434 consid. 2b.

<sup>201</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 690.

<sup>202</sup> Contra : KG ZH BR 2011 68 N 184 (décision soumise à l'ancien droit, mais qui se réfère également au CPC) ; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 688.

114. Si le demandeur agit dans le délai qui lui a été imparti, mais devant le mauvais tribunal (incompétence locale ou matérielle<sup>203</sup>, y compris la saisine incorrecte de l'autorité de conciliation<sup>204</sup>) ou selon une mauvaise procédure, l'art. 63 CPC prévoit que l'instance n'est pas interrompue si l'intéressé agit à nouveau dans le mois dès la décision d'irrecevabilité devant le tribunal compétent.
115. Il y a lieu d'examiner les moyens à disposition du requérant lorsque celui-ci ne voit sa requête en inscription provisoire que partiellement accueillie. S'il décide de recourir contre l'ordonnance, le requérant devrait parallèlement agir en inscription définitive pour la partie reconnue ou, éventuellement, demander une prolongation du délai en justifiant celle-ci par l'attente d'une décision sur son recours.
116. Lorsque la demande en justice a été introduite dans le délai fixé, l'annotation effectuée à titre provisoire reste valable jusqu'à droit connu sur le fond<sup>205</sup>.
117. Il est fréquent que le demandeur agisse en paiement et en inscription définitive<sup>206</sup>. La validation peut aussi intervenir par le biais d'une demande reconventionnelle<sup>207</sup>. Une action en inscription définitive d'hypothèque légale dirigée contre le propriétaire de l'immeuble n'est cependant pas indissolublement liée à une action dirigée parallèlement contre le débiteur du sous-traitant, si ce débiteur n'est pas aussi le propriétaire de l'immeuble (mais par exemple un entrepre-

---

<sup>203</sup> CPC-BOHNET, art. 63 N 9 ; MARKUS MÜLLER -CHEN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 63 N 6 ; COCCHI / TREZZINI / BERNASCONI, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2010, art. 63 p. 614 ; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 691, et les réf. en n. 809. Plus restrictifs (application uniquement en cas d'incompétence locale) : BSK ZPO-INFANGER, art. 63 N 6, 9 ; CARRON / REETZ (n. 2), p. 86.

<sup>204</sup> CPC-BOHNET, art. 63 N 9 s. ; COCCHI / TREZZINI / BERNASCONI, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2010, art. 63 p. 614 ; SCHUMACHER (complément, n. 2), N 697. Contra : CARRON / REETZ (n. 2), p. 90.

<sup>205</sup> ATF 119 II 429 consid. 3c ; 112 II 496 consid. 2, SJ 1987 50 ; 101 II 63 consid. 4 ; 99 II 388 consid. 3 ; 98 Ia 241 consid. 2a.

<sup>206</sup> Voir par exemple TF 4A\_535/2011 ; 4A\_85/2011 ; 4A\_183/2011 ; 4D\_104/2010 ; 4A\_389/2010.

<sup>207</sup> Voir TF 4A\_233/2011.

neur général) et que le propriétaire n'a pas reconnu cette dette<sup>208</sup>. En revanche, une demande qui prend pour seule conclusion le paiement de la dette est insuffisante<sup>209</sup>.

118. Lorsque l'hypothèque a été remplacée par une *autre sûreté* (art. 839 al. 3 CC)<sup>210</sup>, l'action au fond porte sur le principe de l'affectation de cette sûreté à la garantie de la créance et sur la détermination du montant jusqu'à concurrence duquel la sûreté fournie devra répondre<sup>211</sup>.

## ***D. Le procès (quelques éléments particuliers)***

### **1. La conciliation préalable**

119. Comme déjà mentionné ci-dessus, il n'y a en principe *pas de préalable de conciliation* puisque l'inscription définitive intervient généralement après qu'un délai a été fixé par le juge au bénéficiaire de l'inscription provisoire<sup>212</sup>. Il n'y en a pas non plus en cas de procédure sommaire (art. 198 let. a CPC).
120. Le demandeur peut cependant débiter son procès au fond avant l'octroi de l'inscription provisoire (comp. art. 963 al. 4 CC). Dans un tel cas, il doit déposer une requête de conciliation. Cela lui permet d'agir en même temps en paiement.
121. Qu'en est-il si le bénéficiaire de l'inscription provisoire entend agir en inscription définitive et en paiement ? L'art. 90 CPC n'exclut pas un cumul lorsque de telles prétentions, connexes, relèvent de la même procédure. Le fait que le préalable soit ou non exigé ne peut pas être considéré comme signifiant que les prétentions seraient soumises à deux procédures différentes. L'entrepreneur peut-il dé-

---

<sup>208</sup> ATF 126 III 467, suite à l'arrêt TC NE, RJN 2000 72 ; TF in SJ 2003 I 299 ; TF 5P.153/2003.

<sup>209</sup> L'arrêt 112 II 496 consid. 3, SJ 1987 506, laissait la question ouverte.

<sup>210</sup> Voir supra, N 52 ss.

<sup>211</sup> ATF 110 II 34. Voir également TA TI, NRCP 2008 438 : le respect du délai assigné pour agir au fond s'impose également.

<sup>212</sup> Supra, N 109.

poser une demande au fond pour le tout sans passer par la conciliation pour les conclusions en paiement, qui ne font pas l'objet du prononcé sur requête en inscription provisoire ? A notre sens, il faut plutôt admettre que le préalable s'impose pour le tout dans un tel cas, faute de quoi le demandeur pourrait être tenté de cumuler des prétentions essentiellement pour éviter le préalable de conciliation. Le délai pour agir en justice est alors respecté par le dépôt de la requête de conciliation. Ce délai remplace par ailleurs quant à sa durée le délai de trois mois pour agir depuis la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 et 4 CPC)<sup>213</sup>.

## 2. La procédure applicable

122. La procédure applicable dépend en principe de la *valeur litigieuse*. Celle-ci est fonction des conclusions (art. 91 al. 1 CPC). Les conclusions *s'additionnent*, à moins que certaines ne soient que subsidiaires (art. 91 al. 1 CPC).
123. Il convient donc de *cumuler* la conclusion en reconnaissance de l'hypothèque légale et de son inscription définitive et celle en paiement<sup>214</sup>, conclusions qui ne vont pas nécessairement de pair<sup>215</sup>.
124. En particulier, lorsque le propriétaire de l'immeuble n'est pas le débiteur de la créance en paiement, l'intéressé doit agir contre le propriétaire d'une part et contre le débiteur de la créance en paiement de l'autre, le cas échéant en qualité de *consorts simples*<sup>216</sup>. L'art. 93 al. 1 CPC prévoit que dans un tel cas les prétentions sont additionnées, puisqu'elles ne s'excluent pas. En revanche, le type de procédure pour chaque prétention est maintenu en cas de consorité simple, malgré l'addition des valeurs litigieuses (art. 93 al. 2 CPC)<sup>217</sup>. Cela si-

---

<sup>213</sup> CPC-BOHNET, art. 198 N 20.

<sup>214</sup> Comp. TF 4D\_30/2009, consid. 1.1. Contra désormais SCHUMACHER (complément, n. 2), N 726 n. 836.

<sup>215</sup> Supra, N 117. Dans ce sens également, l'article de LUC PITET dans cet ouvrage, N 6, 11.

<sup>216</sup> Voir supra, N 106.

<sup>217</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 725, retient inexactement ce principe même



gnifie que si l'inscription définitive est demandée pour CHF 25'000.– à l'encontre du propriétaire et que le paiement est demandé pour le même montant contre l'entrepreneur, la procédure simplifiée demeure applicable. En revanche, si ces deux prétentions sont élevées à l'encontre du même défendeur, la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.–. Si, pour une raison ou une autre, la prétention contre le propriétaire est inférieure à CHF 30'000.– et celle contre l'entrepreneur supérieure, deux actions séparées doivent être introduites puisque la procédure applicable n'est pas la même (art. 71 al. 2 CPC).

125. La *procédure ordinaire* est applicable lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.– (art. 243 al. 1 CPC, *a contrario*). La *procédure simplifiée* s'applique jusqu'à ce montant (art. 243 al. 1 CPC).
126. L'inscription provisoire peut également, dans des cas évidents, être validée par une requête en protection dans les cas clairs<sup>218</sup>, soumise à la *procédure sommaire* (art. 248 let. b CPC). Les conditions du cas clair seront cependant rarement remplies<sup>219</sup>. Il est en tout cas nécessaire de conclure principalement à l'inscription définitive et subsidiairement à l'inscription provisoire. Un tel *cumul* est en effet possible, la procédure sommaire s'appliquant dans les deux cas<sup>220</sup>.
127. Le déroulement du procès n'est pas traité ici : il suit les règles habituelles de la procédure ordinaire, simplifiée voire sommaire.

---

lorsque les prétentions sont élevées contre un seul défendeur. Voir CPC-BOHNET, art. 90 N 8 et les réf. ; DANIEL FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 90 N 6 ; COCCHI / TREZZINI / BERNASCONI, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2010, p. 366.

<sup>218</sup> Comp. FF 2006 6963.

<sup>219</sup> SCHUMACHER (complément, n. 2), N 775.

<sup>220</sup> Voir *supra*, N 9.

### 3. Les conclusions

128. En principe, le demandeur prend des conclusions tant sur le gage que sur la créance en paiement, ce à moins que le propriétaire ne soit pas le débiteur de la créance en paiement<sup>221</sup>.
129. S'il veut obtenir la mainlevée définitive de l'opposition faite au gage sur la base du simple jugement, le demandeur doit demander au juge non seulement qu'il ordonne l'inscription définitive<sup>222</sup>, mais également qu'il reconnaisse l'existence de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (*prononcé formateur* au sens de l'art. 87 CPC et des art. 656 al. 2, 665 et 963 al. 2 CC<sup>223</sup>). Si le jugement se limite à ordonner l'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, un extrait du Registre foncier attestant de l'inscription sera nécessaire pour une mainlevée définitive de l'opposition faite au gage<sup>224</sup>.

### 4. Le fardeau de la preuve

130. Comme l'inscription provisoire, l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est soumise à la *maxime des débats* (art. 55 al. 1 CPC). Il revient au demandeur de démontrer que les conditions de l'inscription définitive sont réunies. C'est lui qui supporte le risque de l'absence de preuve<sup>225</sup>.
131. En revanche, si le propriétaire fait valoir que le requérant a été payé, c'est à lui de le démontrer, puisqu'il s'agit d'un fait négatif<sup>226</sup>.

---

<sup>221</sup> Voir supra, N 123 s.

<sup>222</sup> Voir RJB 1945 400, résumé in JdT 1946 II 11 : Refus de la mainlevée définitive sur la base d'un jugement ordonnant l'inscription, tant que l'inscription n'est pas intervenue.

<sup>223</sup> VALLAT (n. 45), p. 166. Ce point est controversé, voir SCHUMACHER (complément, n. 2), N 670.

<sup>224</sup> Voir infra, N 138 s.

<sup>225</sup> Supra, N 68 ss.

<sup>226</sup> Voir par exemple TF, RSPC 2011 304 ; BOHNET (n. 41), p. 227.

132. Avec SCHUMACHER<sup>227</sup>, il faut admettre que le propriétaire peut faire valoir l'ensemble des moyens à disposition du prétendu débiteur de la créance en paiement pour contester l'étendue du gage, puisque celui-ci n'existe qu'en garantie de ladite créance. La jurisprudence cantonale l'admet en tout cas lorsque le propriétaire peut démontrer de manière liquide que les travaux n'ont pas été réalisés correctement<sup>228</sup>.

## 5. Le degré de preuve

133. Alors que l'inscription provisoire intervient lorsque le droit allégué paraît exister (art. 961 al. 3 CC)<sup>229</sup>, l'inscription définitive implique une *preuve stricte* (certitude). Le fait est établi si le juge est convaincu de l'exactitude d'une allégation de fait, mais non s'il éprouve des doutes ou si les faits ont simplement été rendus vraisemblables<sup>230</sup>.
134. Le demandeur doit démontrer qu'il est en droit d'obtenir l'inscription définitive de l'hypothèque légale, ce qui suppose une inscription provisoire opérée dans les délais<sup>231</sup>, des travaux réalisés sur l'immeuble en question et pour lesquels une inscription peut bel et bien intervenir et enfin une créance en raison desdits travaux.
135. Lorsque le demandeur ne conclut pas au paiement, parce que le débiteur des travaux n'est pas le propriétaire, il suffit que la question de l'étendue de la créance soit débattue et tranchée à titre préjudiciel<sup>232</sup>. Le procès ne porte à titre principal que sur le principe de l'hypothèque légale et sur le montant du gage<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> SCHUMACHER, (n. 26), N 1510.

<sup>228</sup> HG ZH, ZR 2010 268, 288-289 ; OG LU, LGVE 2006 I 23.

<sup>229</sup> Supra, N 70 ss.

<sup>230</sup> ATF 128 III 271 ; RSPC 2007 165.

<sup>231</sup> ATF 119 II 429 consid. 3c.

<sup>232</sup> ATF 126 III 467 consid. 3b/bb.

<sup>233</sup> ATF 126 III 467 consid. 3b/bb.

## 6. La fourniture de sûretés en cours de procès

136. Si des sûretés suffisantes sont fournies en cours de procès, le défendeur peut requérir la radiation de l'inscription provisoire<sup>234</sup>. Le procès ne devient sans objet que dans l'hypothèse où les sûretés sont fournies à titre définitif, ce qui doit résulter des déclarations du défendeur. Généralement, les sûretés ne visent qu'à éviter (ou radier) l'inscription provisoire, le principe du gage ou de son étendue demeurant contesté<sup>235</sup>.
137. Dans ce cas, les conclusions de la demande doivent être *modifiées* et porter désormais sur le montant à concurrence duquel la sûreté fournie devra définitivement répondre. Les conditions des art. 227 et 230 CPC sont manifestement remplies : il y a fait nouveau, allégué du reste par la partie adverse, et connexité entre les conclusions d'origine et les conclusions nouvelles. Il ne nous semble pas en revanche que la modification intervienne de manière automatique<sup>236</sup>. Il revient au demandeur d'y procéder.

## IV. Excursus : L'exécution forcée

138. La reconnaissance par le juge de l'existence de l'hypothèque légale et son inscription définitive au registre foncier ne permettent que la levée définitive de l'opposition formée au gage (art. 153 al. 4 LP ; 85 al. 1 ORFI) : « La reconnaissance par le propriétaire<sup>237</sup> ou par le

---

<sup>234</sup> Voir supra, N 58.

<sup>235</sup> Voir supra, N 56 et KG ZH, ZR 1987 147 consid. 8c.

<sup>236</sup> Pour les controverses sur ce point sous l'ancien droit, voir KG ZH, ZR 1987 147 consid. 10.

<sup>237</sup> Sur la reconnaissance par le propriétaire, voir OG BE, RJB 1994 93 : « Vu la position indépendante du tiers propriétaire, la reconnaissance portant sur la dette et sur le droit de gage doit émaner de lui et non du débiteur de la créance poursuivie. Le créancier poursuivant ne pourra donc obtenir la mainlevée de l'opposition formée par le tiers poursuivi que s'il présente un document signé d'où résulte sans équivoque la volonté du tiers d'être (aussi) tenu pour le débiteur de la dette qu'il garantit » et TC VS, RVJ 1995 250 : « La reconnaissance du gage consiste en une déclaration écrite et signée du tiers propriétaire, en vertu de laquelle il reconnaît avoir constitué en faveur du créancier un droit de gage d'un montant déterminé

juge n'emporte aucun effet sur l'existence et le montant de la créance elle-même, mais avec les conséquences qui en découlent lors de la réalisation du gage : l'entrepreneur ne pourra faire écarter l'opposition que s'il est au bénéfice d'un titre de mainlevée, provisoire ou définitif, non seulement pour le gage, mais aussi pour le montant de la créance (...). Tel sera le cas lorsque le propriétaire – maître de l'ouvrage – aura, après l'exécution des travaux, reconnu non seulement le montant de garantie, mais aussi, explicitement, la créance en tant que telle »<sup>238</sup>.

139. Autant dire que l'entrepreneur doit disposer tant de l'inscription définitive de l'hypothèque légale que d'un jugement sur la créance ou, à tout le moins, d'une reconnaissance de dette, pour pouvoir aller de l'avant.

---

ou déterminable ».

<sup>238</sup> ATF 126 III 467 consid. 3b/bb. Voir également VALLAT (n. 45), p. 163 ss.