

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	101 (1982)
Artikel:	L'hypothèque légale de l'entrepreneur : des solutions nouvelles à de vieux problèmes?
Autor:	Haller, Jean-Claude de
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896395

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 16.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

L'hypothèque légale de l'entrepreneur

Des solutions nouvelles à de vieux problèmes?

Rapport présenté par JEAN-CLAUDE DE HALLER

Docteur en droit, Master of Comparative Law

Chef du Service cantonal vaudois de justice et législation

Table des matières

Avant-propos	195
Chap. I Du nouveau à propos du droit à l'inscription de l'hypothèque légale	197
1.1 Introduction	197
1.2 Obligations propter rem et restrictions du droit d'aliéner: l'état de la controverse	200
1.2.1 Le problème	200
1.2.2 Existe-t-il un «effet réel typique» propre aux obligations propter rem?	201
1.2.2.1 Droits personnels et effets réels	201
1.2.2.2 La jurisprudence et la théorie de la «zone intermédiaire»	202
1.2.2.3 La «protection renforcée» des droits personnels	205
1.2.2.4 La théorie du droit réel accessoire	207
1.2.2.5 L'arrêt Seka et le ralliement du Tribunal fédéral	208
1.2.2.6 Critiques de cette jurisprudence	210
1.3 Conclusion	213
1.3.1 En général	213
1.3.2 Un arrêt surprenant	214
1.3.3 Une confusion fâcheuse	217
Chap. II La créance garantie, condition de l'existence du droit à l'hypothèque légale de l'entrepreneur	220
2.1 Un élément central	220
2.2 La créance du constructeur	220
2.2.1 Une créance contractuelle	220
2.2.2 Les prestations garanties	223
2.2.3 Le montant de la créance garantie	227
2.3 La créance cédée	229
Chap. III La perte du droit à l'hypothèque légale de l'entrepreneur, en particulier la préemption	235
3.1 Introduction	235
3.2 Nullité et extinction de la créance garantie	236
3.2.1 La nullité	236
3.2.2 Le paiement	236
3.2.3 Résiliation et résolution du contrat	239

3.3 Mort et faillite des parties	240
3.3.1 L'entrepreneur	240
3.3.2 Le propriétaire	241
3.4 La préemption	244
3.4.1 Remarques préliminaires	244
3.4.2 Le délai de préemption de trois mois et son point de départ: la fin des travaux	245
3.4.3 Le cas des contrats multiples	248
3.4.3.1 Le problème	248
3.4.3.2 L'arrêt Gigon	249
3.4.3.3 L'arrêt Le Trajan et les critiques de Steinauer	249
3.4.3.4 L'arrêt Mobag	250
Chap. IV L'objet de l'hypothèque légale de l'entrepreneur	252
4.1 Introduction	252
4.2 L'hypothèque légale pour des constructions concernant plusieurs immeubles	253
4.2.1 Le lotissement (Gesamtüberbauung)	253
4.2.2 Le cas particulier de l'annexe commune (Anmerkungsparzelle)	254
4.2.3 L'hypothèque légale en garantie de travaux relatifs à une installation accessoire (art. 676 al. 1 CC)	256
4.2.4 L'hypothèque légale de l'entrepreneur dans la propriété par étages	259
4.2.4.1 La propriété par étages et son objet dans le Code civil suisse	259
4.2.4.2 La mise en gage d'un immeuble en PPE et ses conséquences dans la réalisation forcée	261
4.2.4.3 Le cas particulier de l'hypothèque légale de l'entrepreneur	263
4.2.4.4 En définitive	268
4.3 L'hypothèque légale sur un immeuble intégré dans un périmètre de remaniement parcellaire	269
Chap. V Deux points délicats à propos du privilège de l'article 841 CC: la détermination du sujet passif de l'obligation d'indemniser et le mode de calcul de l'indemnité	273
5.1 Introduction	273
5.2 La légitimation passive: le créancier de rang antérieur	274
5.3 Le calcul de l'indemnité	276
5.3.1 La règle de partage	276
5.3.2 La part des créanciers de rangs antérieurs: la valeur du sol	277
5.3.3 L'objet du privilège: la valeur des travaux et fournitures de matériaux	277
Chap. VI L'hypothèque légale de l'entrepreneur: un vieil édifice solide mais des travaux de restauration nécessaires	279
6.1 Réflexions générales	279
6.2 Pour une hypothèque légale sans inscription	283
6.2.1 Une solution souhaitée et souhaitable	283
6.2.2 Hypothèques légales et restrictions de la propriété	284

L'hypothèque légale de l'entrepreneur	193
6.2.3 Les hypothèques légales et le registre foncier	284
6.2.4 Propositions	286
6.3 L'hypothèque légale des sous-traitants	289
6.3.1 Un risque inacceptable	289
6.3.2 Les réactions	290
6.3.3 Vers une réglementation de la sous-traitance	292
6.3.3.1 Notion de la sous-traitance	292
6.3.3.2 Licéité de la sous-traitance	294
6.3.3.3 Les moyens de protection du propriétaire en droit positif	295
6.3.4 Propositions	297
Conclusion	300
Liste des abréviations	302
Liste des arrêts	303
Bibliographie	307

Avant-propos

«... Rassurons-nous, les lois ne vieillissent pas, j'entends au sens où les hommes attachent la vieillesse au dépérissement des forces plus qu'à l'écoulement du temps ...

... On sait bien qu'une trop vieille loi accuse parfois une technique désuète. Encore peut-on effacer ses rides. Et il arrive aussi qu'elle prenne dans sa vieillesse une beauté qu'elle n'avait pas dans sa jeunesse, tels les vieillards dont l'âge a corrigé d'une certaine majesté l'aspect disgracieux de l'adolescence. Loin d'empêcher les améliorations utiles, l'ancienneté des lois les favorise. Il est facile de réparer un vieil édifice si les murs sont assez solides pour que les travaux de réfection ne les ébranlent pas. La stabilité de l'ordre juridique autorise même les exceptions et les dérogations temporaires. Comme on ne saurait se tromper sur leur caractère, les principes essentiels restent intacts ...»

GEORGES RIPERT, membre de l'Institut,
Les forces créatrices du droit, Paris 1955.

Le Code civil suisse est une vieille loi. Appliqué depuis 79 ans, mais conçu par son auteur il y a quasiment un siècle, notre code régit, aujourd'hui comme alors, les relations privées des habitants de ce pays avec une autorité que lui reconnaissent les auteurs les plus récents. Certes les réformes n'ont-elles pas manqué, qui tendaient soit à modifier des dispositions dépassées par le temps et les événements, soit à les compléter pour tenir compte de la nécessité d'étendre la protection de la loi à des conflits d'intérêts qui n'existaient pas au début du siècle, ou alors qui n'étaient pas perçus par les gens de l'époque comme des problèmes devant être réglés par le législateur, c'est-à-dire par l'Etat. L'évolution de notre Code civil est particulièrement évidente dans le domaine du droit de la famille, qui a fait ces dernières années et qui fera encore dans la décennie à venir l'objet d'une mutation que l'on peut qualifier de fondamentale.

Il n'en demeure pas moins que l'œuvre de codification de notre droit privé s'est révélée d'une solidité réellement extraordinaire, surtout pour les juristes de notre génération, plus habitués au droit prétorien des ordonnances fédérales, voire des arrêtés d'urgence, qu'à la patiente élaboration d'un droit destiné à durer.

EUGÈNE HUBER s'est acquis, à cet égard, un mérite auquel on ne peut aujourd'hui que rendre hommage.

Chargé par la Société suisse des juristes de préparer un rapport sur l'un des difficiles problèmes que soulève, depuis longtemps, l'application de quelques articles de notre code, nous ne voudrions pas manquer l'occasion de rappeler ici la part prise par notre société, dans le passé, à l'élaboration du droit privé suisse. C'est à son initiative qu'est due la mise en chantier des travaux législatifs confiés à EUGÈNE HUBER, et ses efforts n'ont cessé depuis de provoquer la mise en question de ce droit et d'en favoriser l'évolution chaque fois que cela s'avérait nécessaire ou utile. Année après année, les membres de la société chargés d'établir un rapport sur tel ou tel sujet ont contribué, par leur travail et leurs réflexions, à l'enrichissement d'une doctrine à laquelle notre droit positif est redevable de nombre de solutions judicieuses et originales.

Notre rapport est consacré, conformément au mandat reçu, au problème de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *de lege lata et de lege ferenda*. Il n'a pas la prétention de résoudre, en quelques dizaines de pages, les nombreux problèmes que suscite aujourd'hui encore l'application de textes qui ont été l'objet de l'attention soutenue des auteurs suisses et de la jurisprudence de nos tribunaux, ni de proposer le système magique permettant de régler toutes les difficultés rencontrées jusqu'ici dans l'application de ces dispositions. Beaucoup plus modestement, notre travail tentera d'abord de faire le point sur la question, en rappelant les nombreuses propositions et critiques formulées à ce jour. Il s'efforcera ensuite de rechercher s'il n'existe pas de moyen plus simple de fournir aux gens de la construction la garantie privilégiée que le législateur fédéral veut leur fournir, non sans s'interroger, au passage, sur le bien-fondé d'un tel privilège. Si nous devions parvenir, même dans une mesure très imparfaite, à soumettre aux praticiens de ce pays quelques éléments utiles de réflexion, nous nous sentirions moins indigne du redoutable honneur que nous a fait la Société suisse des juristes, que nous tenons, en tout état de cause, à remercier ici de la confiance témoignée.

Chapitre I. Du nouveau à propos du droit à l'inscription de l'hypothèque légale

1.1 *Introduction*

Tout le monde connaît aujourd’hui suffisamment les raisons qui ont amené le législateur à introduire dans le Code civil suisse une disposition protégeant spécialement les artisans et entrepreneurs¹: il s’agissait de garantir les bénéficiaires contre le risque de pertes résultant de l’insolvabilité du propriétaire. La sollicitude du législateur s’expliquait par la situation particulière – ou jugée telle² – des intéressés: soumis à la règle générale de l’article 82 du Code des obligations, l’entrepreneur qui a travaillé à une construction immobilière ne dispose pas des moyens de protection que peut utiliser en général celui qui a affaire à un cocontractant en demeure, à commencer par la faculté de se départir du contrat en réclamant la restitution par l’autre partie de son enrichissement (art. 83 al. 2 CO), puisque la plus-value dont bénéficie l’immeuble est en principe irrévocablement incorporée à celui-ci. Les risques de dommages en cas d’insolvabilité du maître de l’ouvrage sont dès lors particulièrement graves pour l’entrepreneur, qui n’est pas non plus en mesure de se protéger en exerçant un droit de rétention ou en faisant inscrire une réserve de propriété.

La protection accordée consiste dans le droit d’obtenir une sûreté réelle, sous la forme d’une hypothèque soumise à la réglementation générale applicable à cette forme de gage immobilier (art. 793 et ss CC), à laquelle s’ajoutent des dispositions spéciales concernant la préemption (art. 839 CC), le rang des hypothèques légales d’entrepreneurs entre elles (art. 840 CC), et un droit privilégié du titulaire de se faire indemniser par les

¹ Cf. notamment deux arrêts récents: ATF 103 II 33 = JT 1977 I 534; ATF 105 II 264 = JT 1981 I 120. Voir aussi les réflexions de SIMOND, p. 15 ss, qui ont gardé tout leur intérêt, et celles plus récentes de WIPFLI, RNRF 52 (1971), p. 66 et de SCHUMACHER, № 5 à 15.

² Nous verrons plus bas que ce point est discutable.

créanciers gagistes de rang antérieur sur la part de collocation de ces derniers (art. 841 CC).

L'application de ces règles, tant générales que spéciales, ne va évidemment pas sans soulever de nombreuses questions, ce qu'attestent l'abondance des études de doctrine, et les nombreux arrêts rendus par les autorités judiciaires de ce pays. Il sera fait une très large place dans cet ouvrage à ces problèmes, mais il faut admettre que ceux-ci concernent moins la période suivant l'inscription du gage que celle précédant cette opération. Il y a à cela vraisemblablement deux raisons. La première est que l'hypothèque légale, une fois inscrite, devient un droit de gage immobilier comme un autre, doté d'un rang assigné en fonction de la date de sa constitution et qui, hormis les problèmes pouvant se poser à propos du privilège lors de la réalisation forcée, obéit aux dispositions ordinaires, bien connues et largement pratiquées, régissant les hypothèques. La seconde raison – de loin, selon nous, la plus importante – est que bien rares sont les procédures aboutissant à une inscription définitive. La plupart du temps, les litiges se nouent à propos de l'inscription provisoire et se résolvent à ce moment-là, soit par la négative – requête présentée hors délai, défaut de légitimation active en raison de la personne du requérant ou des travaux qu'il a effectués – soit, le plus souvent, par une ordonnance d'inscription provisoire que le propriétaire grevé cherche aussitôt à faire radier en fournissant une garantie bancaire. Il est certain en effet que le système de l'hypothèque légale, avec les charges qu'il représente pour le propriétaire et les risques qu'il comporte pour les créanciers-gagistes, ne tient pas assez compte des lois économiques régnant sur le marché de la construction. Il faut bien admettre que l'impact matériel de la garantie légale accordée aux entrepreneurs a été très largement sous-évalué: le maître de l'ouvrage subit une telle atteinte – même potentielle – à son crédit qu'il ne peut que très rarement se permettre de mener à son terme un procès, en général fort long, sans compromettre ses relations avec ses créanciers antérieurs, et notamment ceux qui lui fournissent le crédit de construction. Il y a incontestablement une réalité pratique que l'on ne peut pas ignorer, et qui a pour conséquence inévitable que, pour les intéressés, c'est au stade de l'inscription provisoire que la bataille se gagne ou se perd.

L'importance de cet élément, qu'il faut toujours garder en mémoire lorsque l'on cherche à résoudre des problèmes d'hypothèque légale d'entrepreneur, explique à elle seule la place assez extraordinaire que tient, dans la doctrine et la jurisprudence, la

question de la nature du droit à l'inscription de l'hypothèque légale. Selon que l'on y voit une prétention personnelle, réelle ou mixte, que l'on admet son éventuel « renforcement » et la possibilité de lui attribuer un rang (art. 972 CC), on étend ou restreint la portée de la garantie fournie à l'entrepreneur dans ses relations avec le propriétaire et ses ayants causes, ou avec les autres personnes titulaires de droits sur l'immeuble.

L'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC fait naître un droit de nature personnelle, dont le sujet passif est le propriétaire de l'immeuble sur lequel les travaux ont été effectués, selon la théorie de *l'obligation propter rem*, reconnue aujourd'hui pratiquement par les auteurs unanimes³. Mais, dans la mesure où l'on admet, comme nous l'avons fait à la suite notamment de PIOTET⁴ que le rattachement *propter rem* en lui-même n'a pas d'autre effet que de désigner le sujet passif du droit, il faut bien réaliser que l'on n'explique pas la plupart des effets que la jurisprudence reconnaît aujourd'hui au droit de l'entrepreneur, en particulier son opposabilité aux créanciers de la masse en faillite du propriétaire⁵. Nous entrons ici de plein pied dans une controverse qui ne paraît pas près de s'éteindre⁶ sur les effets et la portée du rattachement *propter rem* d'un droit personnel. Il nous faut tenter de faire le point sur une question de doctrine qui déborde certes du cadre de notre étude, puisqu'elle concerne l'ensemble des nombreux droits bénéficiant en droit suisse d'un rattachement réel⁷, mais qui n'en est pas moins essentiel pour expliquer la portée du droit de l'entrepreneur.

³ Voir notamment SCHUMACHER, № 215 et ss; DESCHENEAUX, RNRF 43 (1962), p. 282 et ss et Festgabe Gutzwiller, p. 711 et ss; LIVER, SPR V/1, p. 21; RJB 1962, p. 209 et ss, plus particulièrement 229; Einleitung, rem. 157; GROSSEN, RNRF 54 (1973), p. 66; PIOTET, RNRF 49 (1968), p. 193 et ss; RNRF 50 (1969), p. 34 et ss; notes au JT 1967 I 272 et JT 1970 I 130; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, rem. 267 et ss; DE HALLER, p. 29 et ss et JT 1978 I 635.

⁴ Cité en note 3. Voir aussi dans le même sens ENGEL, RNRF 54 (1973), p. 333.

⁵ ATF 95 II 31 = JT 1970 I 153; ATF 95 II 221 = JT 1970 I 143, plus particulièrement 150; voir aussi note de PIOTET, JT 1970 I 140.

⁶ On en veut pour preuve le débat très vif opposant LIVER et PIOTET dont les derniers développements ont été publiés dans la RNRF 61 (1980), p. 257 et 62 (1981), p. 129.

⁷ On peut citer, outre les droit prévus par l'art. 837 CC, ceux découlant des art. 619^{quinquies} CC et 218^{quinquies} CO, 712 litt. i CC, 730 al. 2 CC, 814 CC, 12 LPR, 850 CO et, bien sûr, tout à fait typiquement, la charge foncière.

1.2 *Obligations propter rem et restrictions du droit d'aliéner: l'état de la controverse*

1.2.1 Le problème

Paradoxalement, l'obligation *propter rem* – appelée souvent obligation réelle, traduction du terme allemand «Realobligation» – n'a rien de réel⁸ comme cela résulte d'ailleurs de la définition qu'en donne le Tribunal fédéral⁹:

«... chaque fois que, dans notre système légal, le débiteur – et aussi souvent le créancier – d'un rapport d'obligation est désigné par un droit réel ou par la possession d'une chose, on est en face d'une obligation dite réelle ...»

On ne peut pas être plus clair: la «connexion réelle», pour reprendre une expression de DESCHENEAUX¹⁰, n'a qu'un seul et unique effet, soit désigner le ou les sujets du rapport de droit. Le titulaire d'une créance, pécuniaire ou non, dont le sujet passif est désigné *propter rem* n'a qu'un seul et unique débiteur: le titulaire du droit réel auquel est rattaché, du côté passif, cette créance. Que ce débiteur puisse changer en fonction d'un transfert éventuel du droit ne modifie nullement le caractère exclusivement et purement personnel de la relation, qui n'oblige qu'une seule personne déterminée à la fois à l'exclusion de tiers, et reste régie quant à ses effets par les articles 68 et suivants du Code des obligations¹¹.

Il est pourtant clair que de certains rapports de droit *propter rem* découlent des effets plus étendus, notamment parce qu'ils sont opposables à d'autres personnes que celles qu'ils lient. C'est cette sorte d'analogie avec le droit réel limité qui est au centre du problème: tout le monde reconnaît le phénomène, mais les thèses s'affrontent – parfois vivement – quant à son explication et à sa justification dogmatique. Il s'agit de bien situer le domaine et les effets de l'obligation *propter rem* par rapport à ceux des droits réels, et il faut bien admettre que la tâche n'est guère facile. Notre Code civil présente en effet la double caractéristique de recourir fréquemment au rattachement *propter rem* d'un rapport de droit personnel¹², sans en réglementer systématiquement les

⁸ DESCHENEAUX, RNRF 43 (1962), p. 283.

⁹ Définition tirée de l'arrêt Robusti (ATF 92 II 229 = JT 1967 I 266) et citée par ENGEL, RNRF 54 (1973), p. 333.

¹⁰ RNRF 43 (1962), p. 284.

¹¹ Cf. YUNG, p. 123.

¹² Cette tendance s'est vérifiée lors des récentes modifications du Code: les no-

conditions et les effets¹³. Il faut donc tenter, en se fondant sur un examen simultané de dispositions diverses, réglant des situations parfois fondamentalement différentes¹⁴, de dégager les limites de cette espèce de «zone intermédiaire» que notre droit privé instaure entre les droits réels et les droits purement personnels.

1.2.2 Existe-t-il un «effet réel typique» propre aux obligations *propter rem*?

1.2.2.1 Droits personnels et effets réels

L'obligation *propter rem* est tenue, par une partie importante de la doctrine, pour une institution mixte cumulant certaines caractéristiques des droits personnels et des droits réels¹⁵. Nous avons déjà eu l'occasion en 1970¹⁶, de contester ce point de vue en démontrant, avec référence notamment à NEUENSCHWANDER et PIOTET¹⁷, que le droit suisse ne s'accomode pas de ce «monstre bicéphale», notre système légal ne connaissant que des droits réels ou personnels.

Si nous croyons devoir revenir aujourd'hui sur la question, c'est que cette conception paraît avoir été reprise à son compte par le Tribunal fédéral, et que les considérants de notre Haute Cour nous paraissent loin d'être décisifs. Dans l'arrêt le plus récent consacré à cet objet au moment où nous écrivons¹⁸, la deuxième cour civile écrit ce qui suit, à propos de l'hypothèque légale de l'article 712i CC, garantissant le droit de la communauté des co-propriétaires aux contributions des trois dernières années dues par le détenteur d'une part:

«... Le droit de la communauté des co-propriétaires à la constitution d'une hypothèque pour trois contributions annuelles a le caractère d'une obligation réelle. Bien que l'obligation de payer les contributions ne passe pas, en temps que telle et de par la loi, à l'acquéreur de l'unité d'étage concerné, le droit d'exiger

velles introduisant la propriété par étages (loi fédérale du 19 décembre 1963, ROLF 1964, p. 989 à 1001) et modifiant le régime du droit de superficie et du transfert des immeubles (loi fédérale du 19 mars 1965, ROLF 1965, p. 449 à 454) ont introduit de nouveaux cas d'obligations *propter rem*.

¹³ Cf. les critiques de PIOTET, RNRF 50 (1969), p. 35 et 75.

¹⁴ Pour une énumération des cas d'obligations *propter rem*, nous renvoyons le lecteur au commentaire (édition 1981) de MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, rem. 276 et ss ainsi qu'à SCACCHI, p. 51 à 53.

¹⁵ Voir notamment GUHL, Festgabe für das Bundesgericht, p. 97; HOMBERGER, rem. 17 ad art. 959 CC; OSTERTAG, rem. 3 ad art. 959 CC; JOST, p. 60.

¹⁶ Cf. DE HALLER, p. 31.

¹⁷ NEUENSCHWANDER, p. 88; PIOTET, RNRF 50 (1969), p. 42.

¹⁸ ATF 106 II 183 = JT 1981 I 211, plus particulièrement 214.

l'inscription d'une hypothèque légale en garantie de ces contributions peut, selon la loi, être invoqué «à l'égard de tout co-propriétaire actuel» (gegenüber dem jeweiligen Stockwerkeigentümer). *Le droit à l'hypothèque déploie donc un effet réel, ce qui est une caractéristique de l'obligation réelle».*

Cette dernière phrase, qui ne démontre rien, nous constraint à rechercher dans les arrêts antérieurs et auprès des auteurs cités la justification d'une telle affirmation.

1.2.2.2 La jurisprudence et la théorie de la «zone intermédiaire»

Dans un arrêt B. c. Hoirs E. et consorts, du 5 février 1979¹⁹, notre Haute Cour s'était pourtant exprimée avec plus de nuance:

«... dans la doctrine récente, on appelle «obligation réelle» les rapports juridiquement obligationnels qui obligent une personne à faire des prestations positives en raison de la propriété, d'un autre droit réel ou de la possession qu'elle a sur la chose (...) L'obligation réelle ne devient pas un droit réel du fait qu'elle est attachée à une chose (...) mais elle a tout de même un effet qui correspond à celui d'un droit réel ou du moins s'en rapproche ...»

Et le Tribunal fédéral de conclure que l'action accordée au titulaire d'un rapport de droit *propter rem* ne saurait être une réclamation personnelle au sens de l'article 59 de la Constitution fédérale (garantie du for du domicile du défendeur), en se référant notamment aux arrêts rendus à propos du droit à l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur²⁰.

Mais c'est dans un arrêt de 1966, concernant le droit à l'attribution de la propriété d'un immeuble résultant d'un droit d'emption annoté – cas véritablement d'école – que l'on trouve finalement l'analyse la plus affinée du phénomène et de ses conséquences²¹. Partant de prémisses exactes, le Tribunal fédéral aboutit à une conclusion contestable. Ces prémisses sont les suivantes:

- une distinction claire entre les actions personnelles, soit celles «... qui ont pour objet une créance fondée sur une obligation» et les actions réelles «... qui naissent de rapports de droit dont le contenu juridique n'est pas consommé par les prestations de telle personne, qui s'est obligée, et ne disparaît pas par l'accomplissement de la prestation, mais subsiste encore après celle-ci ...»

¹⁹ ATF 105 Ia 23 = JT 1980 I 204.

²⁰ ATF 93 I 551; ATF 94 I 50; ATF 95 II 33. Voir toutefois les nuances introduites récemment par la jurisprudence, lorsque l'hypothèque légale a été remplacée par une garantie bancaire (ATF 103 Ia 462) et à propos de l'action de l'entrepreneur contre le créancier gagiste de rang antérieur (ATF 105 II 12).

²¹ ATF 92 I 36 = JT 1966 I 308.

- l'annotation du droit d'emport lui donne un «effet réel» ou un «caractère réel» (en allemand: *Verdinglichung*) qui met son titulaire dans une situation analogue à celle de l'acheteur qui actionne le vendeur après avoir obtenu l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner au sens de l'article 960 chiffre 1 CC;
- cette annotation ne change pas la nature du droit, qui reste personnelle, mais qui reçoit «une garantie renforcée».

Il est difficile de ne pas s'étonner de voir le Tribunal fédéral, partant de telles bases, aboutir à une conclusion qui contredit presque instantanément les constatations qui précèdent:

«... le droit annoté réunit des éléments personnels et réels et se trouve être un intermédiaire entre les deux catégories de droit. De même, des commentaires plus récents désignent le droit personnel annoté comme une transition entre les droits personnels et les droits réels ...»

Cette théorie d'un «droit de transition», qui rejoint les conceptions exposées récemment notamment par LIVER²² et MEIER-HAYOZ²³, revient à admettre l'existence, entre le *noir* des droits réels et le *blanc* des droits personnels, d'une sorte de zone intermédiaire *grise*, réservée à une catégorie spéciale de rapports juridiques à composante double. Mais, dans un système légal comme le nôtre, une telle construction ne peut être acceptée que si on en explique le mécanisme: comment un droit permettant, par l'intermédiaire d'une personne déterminée et au moyen d'une prestation positive ou négative de celle-ci, de disposer d'un immeuble ou de l'utiliser, peut-il tout d'un coup et comme par magie procurer à son titulaire une maîtrise directe de la chose et la faculté, par conséquent, d'exercer son droit sans recourir à la collaboration du sujet passif?

Les obligations *propter rem*, qu'elles soient légales ou volontaires, selon la distinction traditionnelle²⁴, sont des «*Zustand-obligationen*», c'est-à-dire qu'elles sont liées à un état de choses permanent, à une certaine situation de fait²⁵. C'est toujours la loi qui prévoit cette conséquence nécessaire d'une certaine situa-

²² Einleitung, rem. 153.

²³ Syst. Teil, rem. 267.

²⁴ Voir en particulier DESCHENEAUX, RNRF (1962), p. 285, et MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, rem. 277 et 279. Remarquons en passant que cette distinction est quelque peu académique: les obligations dites volontaires sont aussi légales, la possibilité de les créer étant toujours expressément prévue par le texte de la loi, comme le relève LIVER, SPR V/1, p.22.

²⁵ Cf. HEIER-HAYOZ, Syst. Teil, rem. 274; SCACCHI, p.27.

tion: elle le fait en utilisant en général les expressions «... chaque propriétaire est tenu (art. 669 CC)... aux frais du propriétaire du fonds (art. 671 al. 2 CC)... subsiste contre tout propriétaire (art. 681 al. 1 et 683 al. 1 CC)... le propriétaire est tenu (art. 689, 690 et 691 CC)... il (le co-propriétaire) est tenu d'entretenir (art. 712a al. 3 CC)... sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie (art. 779 b CC)... peut demander à tout superficiaire actuel (art. 779 i CC)... assujetti envers un tiers le propriétaire actuel (art. 782 al. 1 CC)... oblige tout acquéreur (art. 260 al. 2 CO)...»

C'est le recours à cette formulation type qui élargit certes le cercle des débiteurs possibles, tout en n'en désignant qu'un seul à la fois, et sans l'étendre non plus à l'ensemble des justiciables, qui révèle l'existence d'une obligation *propter rem*. C'est le seul effet typique de cette dernière, et il n'a rien de réel, au sens où l'entend le droit civil suisse (maîtrise immédiate de la chose opposable à l'ensemble des justiciables)²⁶.

En revanche, lorsque la loi va plus loin en déclarant expressément qu'un droit déploie des effets s'imposant aux tiers en général, c'est-à-dire à un cercle indéterminé de personnes, on peut parler d'un «effet réel», ou d'une analogie avec les droits réels. Tel est le cas typiquement lors des annotations (art. 959, 960 et 961 CC), sauf lorsqu'elles sont purement déclaratives²⁷, ainsi que lorsque des droits sont issus de restrictions de la propriété découlant directement de la loi (art. 641 al. 2 et 680 al. 1 CC)²⁸. Mais cet effet n'est sûrement pas propre aux obligations *propter rem*, puisque certaines d'entre elles en sont toujours dotées (art. 682 CC, droits personnels annotés, par exemple²⁹), d'autres jamais (art. 669 CC), d'autres enfin ne l'acquérant que parfois, au moyen d'une annotation (art. 850 al. 3 CO). Dans l'arrêt Stala, le Tribunal fédéral le reconnaît d'ailleurs avec toute la netteté désirable: si un droit personnel annoté, de même que le droit de l'acheteur à la mise en possession de l'immeuble lorsqu'une res-

²⁶ Pour un commentaire récent à propos des caractéristiques des droits réels, voir HAAB, Einleitung, rem. 51 à 53; PIOTET, SPR V/3, p. 7.

²⁷ PIOTET, RNRF 50 (1969), p. 34 et ss.

²⁸ Sur les notions de restriction directe et indirecte de la propriété, voir MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, rem. 339 et ss, et HAAB, rem. 18 ad art. 641 CC.

²⁹ Nous ne voulons pas entrer ici dans le détail de la controverse au sujet du rattachement *propter rem* des droits annotés (voir à ce sujet le débat opposant DESCHENEAUX, RNRF 43 (1962), p. 282 et ss; RDS 1964, p. 301) à PIOTET, surtout RNRF 46 (1965), p. 129 et ss. Voir aussi l'analyse de SCACCHI, p. 81 et ss. Nous admettons quant à nous, avec PIOTET et la majorité des auteurs, un tel rattachement.

triction du droit d'aliéner a été annotée (art. 960 ch. 1 CC), prend un «caractère réel» (Verdinglichung), c'est à l'annotation qu'il le doit; et le Tribunal fédéral d'en arriver à une conclusion tout à fait capitale à notre sens:

«... Ainsi, le droit d'emption annoté se rapproche beaucoup d'un droit réel quant à ses effets, *parce qu'il jouit d'une protection renforcée et parce que l'obligation est rattachée à la propriété par une relation réelle subjective ...*».

Si donc un rapport de droit *propter rem* déploie des effets qui vont au-delà de ceux d'une simple obligation, l'explication doit en être recherchée dans l'étude de deux phénomènes distincts, soit d'une part précisément le rattachement *propter rem*, et d'autre part l'existence d'une protection renforcée. Nous avons vu quelle était la portée du rattachement réel. Il faut maintenant nous attarder sur ce qu'il faut entendre par «protection renforcée».

1.2.2.3 La «protection renforcée» des droits personnels

Il faut se référer ici à la théorie dualiste de l'obligation, et à la distinction qu'elle opère au sein de celle-ci entre le rapport de dette (Schuld) et le rapport de responsabilité (Haftung)³⁰. Le rattachement *propter rem* de la qualité de sujet passif de l'obligation concerne le premier rapport: en un sens, on peut parler de renforcement, puisqu'il en résulte d'une part un élargissement du cercle des débiteurs potentiels, et d'autre part l'assurance qu'une prétention relative à un objet ne sera pas compromise par l'aliénation de cet objet. Nous nous sommes suffisamment étendu sur cet aspect du problème pour qu'il soit inutile d'y revenir et, d'ailleurs, la «protection renforcée» dont parle l'arrêt Stala ne se résume manifestement pas à cela.

Le rapport de responsabilité consiste dans la garantie que fournit notre droit positif au créancier de pouvoir s'en prendre au patrimoine de son débiteur pour assurer l'exécution de la prestation, ou pour en compenser l'inexécution. Mais il faut ici opérer une distinction, suivant l'excellente démonstration de PELET³¹:

a) Au sens étroit du terme, cette garantie comprend des moyens qui sont nécessairement mis à la disposition du créancier, et qui sont ainsi intrinsèques à l'obligation, que l'on ne conçoit

³⁰ Voir à ce sujet GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 87 et 97; ENGEL, p. 35 et ss; VON TUHR/PETER, Allg. Teil I/17; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbemerkungen, rem.50 et 51; PELET, op. cit. C'est à ce dernier auteur que nous empruntons la terminologie utilisée dans ce paragraphe.

³¹ p. 291 ss.

pas en droit suisse complètement démunie de sanction³². Il s'agit pour l'essentiel des actions judiciaires et, surtout, des voies d'exécution forcée que fournissent la législation fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, d'une part, les procédures cantonales d'autre part. Le créancier concourt ici à égalité avec les autres personnes pour faire valoir un droit de même nature permettant de s'en prendre au même patrimoine.

b) Au sens large, le rapport de responsabilité comprend, en outre, des moyens de garantie extérieurs, qui assurent eux aussi à titre accessoire l'exécution de l'obligation, soit en instituant un rapport obligatoire complet (cautionnement, par exemple) soit en créant un droit réel (gage). Ces «moyens de remplacement», pour reprendre la terminologie utilisée par PELET³³, assurent au créancier un droit *préférentiel* à l'exécution sur tel ou tel élément du patrimoine du débiteur – ou parfois d'un tiers –. Ils ne constituent pas un élément nécessaire de l'obligation, à laquelle ils ne sont reliés, accessoirement, que par l'effet de la loi ou par la volonté des parties.

Le droit positif suisse consacre ainsi un concept d'obligation qui implique nécessairement et intrinsèquement une sanction, c'est-à-dire la faculté pour le titulaire du rapport de droit de s'en prendre, au moyen des procédures prévues à cet effet, aux biens de son débiteur pour obtenir l'exécution de la prestation ou, si elle n'est plus possible, la compensation du dommage subi. Il n'y a pas d'obligation véritable qui ne soit pas garantie par un tel pouvoir du créancier. Cette garantie peut de cas en cas être améliorée et renforcée, en quelque sorte *de l'extérieur*, par des droits accessoires qui fournissent soit une position privilégiée quant à la mainmise sur le patrimoine réalisé, soit la possibilité de s'en prendre aux biens d'un tiers. La garantie «interne» et la possibilité d'y ajouter une garantie «externe» existent pour tous les rapports de droit obligationnels, qu'ils soient *propter rem* ou non.

Il reste à déterminer auquel de ces deux phénomènes se rattache «l'effet réel» dont fait état l'arrêt Stala, tout en précisant d'entrée de cause que la réponse ne fait pas de doute pour nous: comme l'a démontré il y a déjà plus de dix ans PIOTET³⁴, lorsqu'un droit de nature personnelle voit sa garantie renforcée, soit parce que la loi le prévoit directement, soit parce que cela résulte d'une

³² On renvoie, pour les obligations naturelles ou imparfaites, à l'étude de PELET à propos des cas de «dettes sans responsabilité» (op cit., p. 135 et ss).

³³ p. 293.

³⁴ RNRF 50 (1969), p. 43 et ss.

annotation au registre foncier, le phénomène s'explique par la naissance d'un droit réel accessoire qui double le droit personnel en cause et qui l'emporte selon les règles habituelles sur les droits relatifs et les droits réels postérieurs faisant obstacle à son exercice notamment dans l'exécution forcée. Il s'agit donc clairement d'une garantie externe au rapport d'obligation, qui vient s'ajouter à la garantie intrinsèque à ce dernier.

1.2.2.4 La théorie du droit réel accessoire

Cette théorie est soutenue essentiellement par PIOTET, comme cela vient d'être rappelé, et elle peut certainement être attachée au nom du titulaire de la chaire de droit civil de l'Université de Lausanne, qui l'a récemment complétée et affinée³⁵, bien que HOMBERGER³⁶ l'ait déjà envisagée dans son commentaire. Elle peut se résumer de la manière suivante:

La «protection réelle» d'un droit personnel, qu'elle intervienne à forme de l'article 959, 960 ou 961 CC – mais exception faite du cas de l'annotation purement déclarative –, consiste dans une priorité accordée à ce droit par rapport «... à tout droit relatif en conflit avec le sien et (à) tout droit absolu postérieur sur l'immeuble (droit réel stricto sensu, restriction au droit d'aliéner ou droit d'exécution forcée) ...»³⁷. Cette priorité résulte d'une part de l'existence d'un droit réel accessoire, appelé restriction du droit d'aliéner, qui double le droit personnel en cause et l'emporte, selon les règles habituelles, sur les droits dont l'exercice entre en conflit avec lui, et d'autre part de l'obligation imposée *propter rem* – c'est-à-dire rattachée à la titularité d'un droit sur l'immeuble – à tout tiers de postposer son droit, voire d'en tolérer l'extinction, dans la mesure où il pourrait faire obstacle à l'exercice du droit protégé.

Pour rendre plus explicite la nature juridique exacte de la restriction au droit d'aliéner, PIOTET recourt au concept de *l'expectative de droit réel* (Anwartschaft), qu'il définit comme «... la perspective (Aussicht) d'acquérir un droit subjectif avec une certaine probabilité, parce que les faits formateurs (Tatbestand) de l'acquisition sont déjà partiellement réalisés...»³⁸. Le droit accessoire est soit un droit réel actuel (annotation d'un bail, par exem-

³⁵ RNRF 61 (1980), p.257 et ss, plus spécialement p.265 et ss.

³⁶ Rem.21 ad art.960 CC. Voir toutefois les doutes exprimés par PIOTET quant à la conception de HOMBERGER, RNRF 61 (1980), p.265 note 23.

³⁷ PIOTET, RNRF 50 (1969), p.74.

³⁸ PIOTET cité en note 35, p.273. Voir aussi LIVER, SPR V/I, p.22 et WELTERT, SJZ 77 (1981), p.349, plus spécialement p.355.

ple, en admettant bien sûr que le contrat ne stipule pas une condition suspensive), soit le plus souvent un droit conditionnel au sens large, autrement dit une expectative de droit réel (annotation d'une créance pécuniaire éventuelle – art. 619^{quinq} CO – ou d'un droit personnel à une mutation du statut réel de l'immeuble). La situation est ici tout à fait semblable à celle d'un droit réel inscrit au journal, mais ne figurant pas encore au grand livre: le droit lui-même n'existe pas encore (art. 972 al. 1 CC), mais son titulaire est protégé parce que son droit, une fois inscrit au grand livre, l'emportera sur ceux des tiers acquis entre les deux opérations, au bénéfice du rang qui lui est assigné par l'inscription au journal (art. 972 al. 2 CC). C'est précisément ce dernier point qui est essentiel: qu'il soit actuel ou conditionnel, le droit réel accessoire a un rang, qui dépend d'une inscription – au sens large – au registre foncier, le principe de la publicité s'appliquant intégralement.

1.2.2.5 L'arrêt Seka et le ralliement du Tribunal fédéral

Dans l'arrêt Seka contre Masse en faillite Jäger, du 18 mai 1978³⁹, le Tribunal fédéral s'est rallié à la thèse de PIOTET comme étant «... celle qui correspond le mieux à la réalité ...». Cette conversion de notre Haute Cour, qui lui a valu plusieurs critiques que nous examinerons, mérite d'être commentée non seulement au regard des considérants de l'arrêt Seka, mais encore à la lumière des décisions qui l'ont immédiatement précédé. Nous allons donc nous y attarder quelque peu.

L'état de fait de l'arrêt Seka concerne la vente d'une part de PPE, le contrat étant conclu, mais le transfert pas encore opéré au registre foncier. L'acheteur ouvrit action en exécution de la vente, et obtint préalablement à la faillite du vendeur un «blocage du registre foncier» par voie de mesures provisionnelles. La question posée au Tribunal fédéral était ainsi de savoir si l'acheteur pouvait faire valoir son droit – personnel – à l'exécution du contrat, nonobstant la faillite de son co-contractant, ou s'il devait se satisfaire de la transformation de sa réclamation en une créance pécuniaire conformément à l'article 211 alinéa 1 LP. Les juges de la deuxième cour civile l'ont résolu par la négative, considérant qu'un blocage du registre foncier selon le droit cantonal, à supposer qu'il soit compatible avec le droit fédéral (question laissée ouverte), n'avait pas d'effet réel, *contrairement à ce qui se passe lorsque le droit de l'acheteur bénéficie d'une restric-*

³⁹ ATF 104 II 170 = JT 1979 I 68 (résumé au JT 1980 II 22).

tion du droit d'aliéner annoté en application de l'article 960 alinéa 1 chiffre 1 CC. Ce sont évidemment les réflexions de la cour sur ce point précis qui nous intéressent plus particulièrement ici.

Pour le Tribunal fédéral, il n'est pas contraire aux règles de l'exécution forcée de reconnaître aux restrictions du droit d'aliéner annotées au registre foncier un caractère réel dans la faillite, et c'est au contraire la conséquence nécessaire de la réglementation adoptée par le législateur (opposabilité aux droits acquis postérieurement sur l'immeuble). On peut échapper à l'objection – faite par l'instance cantonale – selon laquelle, en droit suisse, un droit patrimonial est soit réel soit personnel, en admettant avec PIOTET qu'un droit personnel tel le droit à l'exécution d'un contrat de vente peut être lié à un droit accessoire de nature réel. Dès lors, et se référant à sa jurisprudence antérieure relative à l'efficacité des droits personnels annotés (art. 959 CC) dans la saisie, la cour civile conclut qu'il faut abandonner la position adoptée jusqu'alors⁴⁰ également en ce qui concerne les restrictions du droit d'aliéner prévues par l'article 960 alinéa 1 chiffre 1 CC.

Cette référence à la jurisprudence antérieure concerne l'arrêt B. S.A.⁴¹, du 23 février 1976, d'une part, et l'arrêt Blum contre Bancofin S.A.⁴² du 15 décembre 1977, d'autre part, tous les deux critiqués par GILLIÉRON. Il faut y ajouter un arrêt Masse en faillite de Casa Strada A.G. contre Stadlin, du 12 octobre 1978⁴³. Dans le premier, le Tribunal fédéral a décidé que le droit d'emprise annoté au registre foncier était opposable à une saisie postérieure, pour le motif que, le propriétaire ayant disposé de son bien en concluant un pacte d'emprise, la faculté du titulaire de parfaire la vente par simple déclaration unilatérale de volonté ne saurait être paralysée par l'application des règles d'exécution forcée (art. 96 LP). Si le titulaire n'exerce pas son droit avant ou pendant l'exécution forcée, le droit annoté est délégué à l'adjudicataire, comme une charge de l'immeuble; s'il l'exerce, celui-ci échappe à la saisie.

Dans le second arrêt, il est jugé qu'une vente immobilière peut être assortie d'un pacte d'emprise annoté destiné à lui servir de

⁴⁰ ATF 72 III 7.

⁴¹ ATF 102 III 20 = JT 1977 II 154, commenté par une note de GILLIÉRON.

⁴² ATF 103 III 97 = JT 1979 II 130, commenté par une note de GILLIÉRON. Cet arrêt a également été publié, avec un commentaire de HUBER dans la RNRF 60 (1979), p. 369.

⁴³ Cet arrêt non publié au RO a été reproduit dans la RNRF 60 (1979), p. 381 et ss, avec un commentaire du rédacteur HANS HUBER, p. 385.

sûreté réelle, avec la conséquence qu'elle est «... *complétée par un autre acte avec effet réel* ...» qui protège l'acheteur contre des actes postérieurs (transfert à un tiers; droit d'exécution forcée découlant d'une poursuite introduite par des créanciers avant l'exécution de la vente).

Enfin, et dans l'arrêt *Casa Strada*, le Tribunal fédéral affirme qu'un droit d'emption – c'est-à-dire un droit formateur qui s'éteint lorsqu'il est exercé – n'est considéré comme exercé qu'une fois le transfert de propriété inscrit au registre foncier, et que la protection découlant de l'annotation s'étend jusqu'à ce moment-là, et non seulement jusqu'à la déclaration d'exercice du droit.

Ces récents et intéressants développements de la jurisprudence à propos de la nature et des effets des restrictions du droit d'aliéner méritent un commentaire. Nous allons donc nous y attarder quelque peu, en examinant par la même occasion quelques-uns des griefs qui lui ont été faits.

1.2.2.6 Critiques de cette jurisprudence

Dans une note consécutive à l'arrêt *Seka*⁴⁴, GILLIÉRON s'élève contre ce qu'il appelle le «langage métaphorique» du Tribunal fédéral et l'admission par ce dernier d'un effet réel du droit annoté rendant ce dernier opposable aux créanciers de la masse. Pour le rédacteur du *Journal des Tribunaux*, le seul «effet réel» découlant de l'annotation est de faire porter le droit protégé à l'état des charges de l'immeuble, avec la conséquence qu'il sera soit délégué à l'adjudicataire, s'il est couvert par le prix d'adjudication, soit transformé en un droit à être indemnisé par préférence sur le solde de ce prix, s'il est radié pour permettre aux créanciers de rangs antérieurs, bénéficiaires de la double mise à prix, d'assurer la couverture de leurs propres créances. En revanche, pour notre auteur, il n'est pas question que cet «effet réel» permette de soustraire l'immeuble à cette sorte d'expropriation que représente l'exécution forcée, seule la revendication d'un droit de propriété justifiant un tel résultat. Ainsi, le titulaire d'un droit d'emption annoté, après l'exercice de ce droit, est-il dans la même situation qu'un acheteur avant le transfert du droit de propriété, par rapport à une saisie ou à une faillite portant sur l'immeuble. En particulier, il n'a aucun droit sur ce dernier, mais seulement un droit opposable à son propriétaire et à ses ayants cause à titre particulier acquéreurs d'un droit réel sur l'immeuble, condition que ne remplissent pas les créanciers participant à une

⁴⁴ JT 1980 II 23.

saisie ou à une faillite. Un droit d'emport annoté ne saurait donc en aucun cas leur être opposable.

Les arguments développés par GILLIÉRON sont loin de démontrer l'inexactitude des conclusions de l'arrêt Seka. En particulier, la constatation selon laquelle seul un droit de propriété, dûment revendiqué, permet d'obtenir la soustraction de l'immeuble à l'exécution forcée n'est pas pertinente: il est certain que le droit réel accessoire appelé restriction du droit d'aliéner n'est pas un droit de propriété, et personne ne l'a soutenu, à notre connaissance. Ce droit ne peut, à l'évidence, qu'avoir la portée et les effets d'un droit réel limité. Si on se limite, comme le fait GILLIÉRON, au problème particulier de l'exécution forcée, est décisif le point de savoir si la restriction du droit d'aliéner est ou non portée à l'état des charges de l'immeuble à réaliser, puisque ce document énumère de façon exhaustive les droits qui, en fonction de leur rang, doivent être protégés contre les pertes pouvant résulter de la réalisation, en application des principes de la délégation et de la couverture⁴⁵. La réponse est évidemment affirmative, comme le relève GILLIÉRON lui-même, avec référence aux articles 34, 102 et 125 ORI. Cela signifie que la restriction du droit d'aliéner – pour autant qu'elle soit couverte bien sûr – n'est pas affectée par la réalisation et qu'elle continuera à grever l'immeuble, la prétention qu'elle garantit n'ayant pas à être convertie dans la faillite (art. 211 LP). Ce n'est que si la charge est radiée à la suite d'une procédure de double mise à prix, faute d'être couverte, que son bénéficiaire se verra attribuer un droit préférentiel à être indemnisé sur le produit de la réalisation excédant la valeur des droits de rangs antérieurs. Ce mécanisme, que tout le monde paraît admettre, révèle clairement l'existence d'un droit réel, seul ce dernier permettant d'obtenir en priorité le produit de la réalisation d'un objet soumis à une exécution forcée⁴⁶. Dès lors, si on veut échapper à l'impossibilité juridique d'un droit à la fois réel et personnel, la solution consacrée par l'arrêt Seka s'impose.

La démonstration de GILLIÉRON se heurte également à la jurisprudence dans la mesure où elle affirme que le titulaire d'un droit

⁴⁵ Un droit qui n'est pas porté à l'état des charges s'éteint à l'égard de l'adjudicataire de bonne foi même s'il était inscrit au registre foncier (ATF 106 II 183 = JT 1981 I 211, plus particulièrement 218). Mais depuis longtemps le Tribunal fédéral admet que le droit de l'entrepreneur à l'hypothèque légale doit être porté à l'état des charges dès qu'il est au bénéfice d'une inscription provisoire, condition suffisante mais nécessaire (ATF 83 III 138 = JT 1958 II 63).

⁴⁶ Voir PIOTET, RNRF 61 (1980), p.267, qui renvoie dans le même sens à NEUENSCHWANDER, p.251 et 252.

d'emption annoté, après avoir exercé son droit, se trouve dans la même situation qu'un acheteur. Dans les arrêts B. S.A. et Casa Strada, notre Haute Cour précise ce qu'il en est, au bénéfice de considérants qui ne sont certes pas à l'abri de toute critique⁴⁷, et qui méritent en tout cas d'être explicités. Pour le Tribunal fédéral, un droit d'emption annoté n'est considéré comme exercé qu'au moment où son bénéficiaire, qui a fait valoir son droit par déclaration unilatérale de volonté, a été inscrit au registre foncier comme propriétaire, la protection résultant de l'annotation étant efficace jusqu'à cette date. Les juges de Mon-Repos, revenant sur leur ancienne jurisprudence⁴⁸, réfutent notamment l'argument tiré de l'article 96 LP (interdiction et nullité des actes de dispositions postérieures à l'exécution forcée) en relevant que c'est en concluant le pacte d'emption – soit une vente sous condition suspensive – que le propriétaire dispose de son bien.

Il faut ici bien s'entendre sur ce qu'on appelle acte de disposition, et rappeler à ce sujet la division classique, au sein de l'acte juridique, entre l'acte *obligatoire* et l'acte de *disposition réelle*⁴⁹. Ce dernier, s'agissant du transfert et de l'acquisition d'un droit réel immobilier, consiste dans la réquisition d'inscription au registre foncier⁵⁰, laquelle n'est pas compatible avec une condition (art. 12 ORF)⁵¹. La condition qui affecte l'acte de vente, dans le pacte d'emption, ne peut concerner que l'acte obligatoire, et il n'est dès lors pas exact – ou en tout cas imprécis – de considérer que c'est en concluant le pacte d'emption annoté que le propriétaire dispose de l'immeuble. Cet acte de disposition intervient au moment de l'annotation au registre foncier, c'est-à-dire lorsque le propriétaire fait inscrire au registre foncier une *expectative de droit réel* qui protège le droit – conditionnel – de son co-contratant à une mutation du statut réel de l'immeuble, pour reprendre la terminologie de PIOTET. L'annotation sauvegarde le rang qu'aura le droit réel une fois transféré et acquis, en faisant rétroagir cette acquisition au moment de l'annotation, de la même manière que l'inscription d'un droit réel remonte à l'époque où elle a été faite

⁴⁷ Voir notamment les remarques de HANS HUBER, cité en note 43.

⁴⁸ ATF 47 III 139 et 140.

⁴⁹ Voir à ce propos CLOPATH, SJZ 66 (1970), p. 49 et ss, plus particulièrement p. 65, N° 17.

⁵⁰ La doctrine est pratiquement unanime sur ce point. Voir en particulier MEIER-HAYOZ, rem. 34 ad art. 656 CC; HAAB, rem. 12 ad art. 656 CC; HOMBERGER, rem. 8 ad art. 963 CC.

⁵¹ La possibilité de retirer une réquisition d'inscription avant que celle-ci ne soit opérée reste controversée. Voir WELTERT, SJZ 77 (1981), p. 349.

dans le journal (art. 972 al. 2 CC), ce qui explique qu'une exécution forcée intervenant entre-temps ne puisse empêcher le processus de vente d'aller à son terme. Le titulaire d'un droit d'emption annoté n'est donc pas, comme l'écrit GILLIÉRON, dans la même position que l'acheteur avant le transfert de la propriété : il est dans la situation de l'acheteur bénéficiaire d'une inscription au journal, ou aussi d'une restriction du droit d'aliéner annotée à forme de l'article 960 alinéa 1 chiffre 1 CC.

1.3 Conclusion

1.3.1 En général

Le système de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC impose au propriétaire actuel d'un immeuble l'obligation de garantir le paiement des travaux faits sur celui-ci en le mettant en gage au bénéfice de l'auteur de ces travaux. Avant l'inscription provisoire prévue par l'article 22 ORF, avec renvoi à l'article 961 alinéa 1 chiffre 1 CC, il n'existe qu'un rapport de droit personnel rattaché du côté passif à la propriété de l'immeuble – sauf en cas d'acquisition de bonne foi de celui-ci – et qui ne concerne pas les tiers. Après l'inscription provisoire, l'immeuble lui-même est grevé d'une restriction au droit d'aliéner, soit d'un droit accessoire de nature réelle opposable aux tiers titulaires de droits personnels, de droits personnels annotés ou réels ainsi qu'aux bénéficiaires de procédure d'exécution forcée postérieure à l'inscription provisoire. Après l'inscription définitive, l'entrepreneur est un créancier gagiste ordinaire, jouissant toutefois, en cas de réalisation forcée, d'un privilège équivalant dans son essence à un droit de gage légal sur la part de collocation des créanciers gagistes de rangs antérieurs.

Telles étaient, en substance, les conclusions auxquelles nous étions arrivés en 1970 après avoir étudié en détail la nature du droit à l'inscription de l'hypothèque légale⁵². Les récents développements de la jurisprudence à propos des restrictions au droit d'aliéner, que nous venons de rappeler, ne nous incitent pas à modifier notre adhésion à une construction que le Tribunal fédéral a approuvée en ce qui concerne les restrictions du droit de disposer annotées en application des articles 959 et 960 CC.

⁵² Cf DE HALLER, p. 36 et 37.

Assez curieusement, toutefois, notre Haute Cour ne paraît pas disposée à poursuivre son raisonnement dans le domaine des inscriptions d'hypothèques légales indirectes.

1.3.2 Un arrêt surprenant

Dans une décision à laquelle nous avons déjà fait référence (arrêt du 12 novembre 1980, Communauté des co-propriétaires Müllistrasse c/Hänni et Leibold)⁵³, le Tribunal fédéral avait à résoudre deux questions: la première concernait la possibilité de faire réinscrire au profit d'une communauté de co-propriétaires une hypothèque légale (art. 712i CC) déjà inscrite sous l'appellation d'hypothèque légale d'entrepreneur, puis radiée faute de couverture à la suite d'une poursuite en réalisation de gage au bénéfice de créanciers gagistes de rang antérieur. La seconde question était celle de savoir si les adjudicataires de l'immeuble (la part de co-propriété) étaient tenus de souffrir l'inscription de l'hypothèque légale quand bien même elle ne figurait pas à l'état des charges.

Le premier point a été résolu par la négative, au bénéfice des explications suivantes: l'hypothèque légale de la communauté garantit des créances échues, comme le prévoit le texte de l'article 712i alinéa 1 CC; dans une exécution forcée, ces hypothèques ne sont en aucun cas déléguées à l'adjudicataire, mais radiées après paiement par prélèvement préférentiel sur le produit de la réalisation (art. 135 al. 1 LP; art. 46 ORI), si elles sont couvertes; une fois radié, le gage ne saurait renaître, l'essence d'un gage étant de donner le droit de faire réaliser l'objet et de s'éteindre avec cette réalisation, quel que soit son résultat financier; l'obligation légale de constituer l'hypothèque ne peut donc pas être transférée à l'adjudicataire, nonobstant son caractère *propter rem*.

Si ces réflexions n'appellent pas de commentaire particulier, il n'en va pas de même des considérants par lesquels le Tribunal fédéral a justifié sa position quant à la seconde question posée. Compte tenu de l'analogie existant entre l'hypothèque légale accordée aux co-propriétaires et celle des entrepreneurs, il vaut la peine d'en reproduire l'essentiel.

Se demandant si le droit de la communauté des co-propriétaires à l'inscription d'une hypothèque légale pour les contribu-

⁵³ ATF 106 II 183 = JT 1981 I 211 et ss.

tions échues doit être considéré comme faisant partie des charges de l'immeuble, le Tribunal fédéral s'exprime comme suit:

«... Comme il a été exposé au début, ce droit est une obligation réelle, c'est-à-dire une prétention de nature obligationnelle, qui déploie un effet réel et qui peut être invoquée à l'égard de tout propriétaire actuel. Cet effet réel a pour conséquence que le droit grève l'immeuble de la même façon qu'une charge réelle. Il représente donc pour l'enchérisseur une charge grevant l'immeuble, tout comme une hypothèque légale directe ou un droit de gage contractuel, dont il doit avoir connaissance avant la vente aux enchères pour pouvoir faire une offre raisonnable. Dans l'intérêt de l'adjudicataire, il faut donc que le droit de la communauté des co-propriétaires à l'inscription d'une hypothèque pour les contributions échues soit produit et mentionné dans l'état des charges. L'obligation d'être inscrit dans l'état des charges s'applique aussi à une autre catégorie importante d'obligations réelles, à savoir aux droits personnels annotés au registre foncier selon l'article 959 CC (...). On ne verrait pas pourquoi un droit personnel annoté au registre foncier ne pourrait plus être invoqué à l'encontre de l'adjudicataire si on a omis de le mentionner dans l'état des charges, alors que le droit à la constitution d'une hypothèque de la communauté des co-propriétaires pourrait l'être. La similitude des intérêts en cause interdit de les traiter de manière différente.»

Relevant ensuite que le droit à la constitution de l'hypothèque légale ne peut être délégué, parce que concernant la garantie d'une dette échue, le Tribunal fédéral en tire la conséquence que la communauté doit toujours faire inscrire son droit, si elle ne veut pas le perdre:

«... Dans ce but, la communauté des co-propriétaires peut, même durant la procédure d'exécution forcée, encore obtenir du juge, conformément à l'article 961 alinéa 1 CC, l'inscription provisoire de son droit qui devrait alors être mentionné d'office dans l'état des charges ...»

Après avoir souligné que le caractère *propter rem* d'une prétention qui s'est éteinte dans une réalisation forcée ne saurait la faire renaître contre l'adjudicataire, et avoir réfuté la comparaison faite avec l'hypothèque légale garantissant le droit du propriétaire à la rente de superficie (qui peut concerner des créances futures), le Tribunal fédéral conclut:

«... En résumé, on constate que la demanderesse n'a pas non plus le droit d'exiger des défendeurs la constitution d'un gage pour les contributions dues par leurs prédécesseurs dans la mesure où le droit de gage n'a pas été inclus dans l'état des charges lors de la réalisation des unités d'étages ...»

L'argumentation du Tribunal fédéral ne peut pas nous laisser sans réaction. Passant de manière assez inexplicable sous silence sa jurisprudence récente relative aux annotations des articles 959 et 960 alinéa 1 chiffre 1 CC⁵⁴, le Tribunal fédéral affirme à

⁵⁴ Voir ci-dessus section 1.2.2.5.

nouveau qu'un rapport de droit *propter rem* est caractérisé par un effet réel, qui fait qu'il grève l'immeuble de la même façon qu'une charge réelle. Cette constatation ne peut pas être approuvée. Un rapport de droit *propter rem* n'est pas un droit sur l'immeuble – même pas un *jus ad rem*, notion inconnue du droit suisse⁵⁵ – mais un droit permettant d'obtenir du propriétaire d'un immeuble une prestation déterminée, en général positive. La caractéristique du droit est d'être rattachée du côté passif à la titularité d'un droit réel sur l'immeuble – le plus souvent un droit de propriété – pour la bonne raison que seule cette personne a le pouvoir de disposition que requiert l'exécution de l'obligation. Le rattachement *propter rem* améliore sans aucun doute la position du créancier, puisqu'il lui garantit qu'il aura toujours en face de lui un débiteur susceptible d'exécuter en nature la prestation promise ou imposée. Mais il faut rappeler que c'est normalement son seul effet: en cas d'inexécution, le créancier n'a aucun droit préférentiel sur l'immeuble, et il ne peut que s'en prendre par les voies de droit ordinaire à son débiteur, qui répond sur tous ses biens⁵⁶.

Avant d'être inscrit provisoirement (art. 961 al. 1 ch. 1 CC), le droit à une hypothéque légale indirecte ne figure pas au registre foncier. Il ne sera donc pas porté à l'état des charges sur la base de l'extrait du registre foncier que l'office doit requérir (art. 28 et 34 litt. b ORI). S'il fait l'objet d'une production, celle-ci devra être écartée par l'office en application de l'article 36 ORI, s'agissant d'une créance qui n'implique pas une charge pour l'immeuble. Ne possédant pas un droit sur celui-ci, le titulaire du droit à l'inscription ne saurait être considéré comme un «autre intéressé» au sens de l'article 138 alinéa 2 chiffre 3 LP⁵⁷. Admettre ce droit à l'état des charges avant qu'une inscription provisoire n'ait été prise, comme le fait le Tribunal fédéral, revient à l'assimiler à un droit réel existant sans inscription (hypothèques légales de l'article 836 CC ou servitudes des articles 676 alinéa 3 et 691 CC, par exemple)⁵⁸. Mais un tel résultat est absolument incompatible avec le système choisi par le législateur, soit celui de l'hypothèque légale indirecte, et le Tribunal fédéral le constate d'ailleurs lui-même avec beaucoup de pertinence dans l'arrêt

⁵⁵ Voir nos remarques ci-dessus à propos de la théorie de LIVER.

⁵⁶ Le cas de la charge foncière doit bien entendu être réservé, puisque la loi limite expressément la responsabilité du propriétaire grevé (art. 782 al. 1 CC).

⁵⁷ Cf. AMMONN, p. 220. Cet auteur utilise l'expression «andere dingliche Berechtigte».

⁵⁸ ATF 101 III 36 = JT 1976 II 20. Voir aussi RNRF 57 (1976), p. 241.

Müllistrasse⁵⁹. Les créances garanties par une hypothèque légale sans inscription doivent être produites dans l'exécution forcée et portées à l'état des charges pour être payées en espèces lors de la vente par imputation sur le prix si elles sont exigibles (art. 46 ORI), ou déléguées à l'adjudicataire sans imputation, dans le cas contraire (art. 49 a. 1 litt. b ORI)⁶⁰. Leurs titulaires sont incontestablement porteurs de droits réels sur l'immeuble, au sens de l'article 138 alinéa 1 chiffre 3 LP, et leur situation est tout à fait différente de celle des ayants droit au sens des articles 712 litt. i CC et 837 CC.

L'analogie faite par notre Haute Cour avec les droits personnels annotés n'entre pas davantage en ligne de compte. C'est précisément parce qu'ils figurent au registre foncier que ces droits doivent être portés à l'état des charges d'office, au bénéfice de l'annotation qui les double d'une restriction au droit d'aliéner, soit d'un droit réel ou d'une expectative de droit réel, comme on l'a vu, grevant l'immeuble et bénéficiant d'un rang, selon la théorie développée par PIOTET et à laquelle le Tribunal fédéral s'est rallié. C'est ce droit réel, et lui seul, qui explique la délégation à l'adjudicataire ou le paiement en priorité sur le produit de la réalisation. Aucune analogie n'est concevable avec un droit qui n'est pas protégé par une restriction au droit d'aliéner, et qui ne peut l'être qu'après avoir fait l'objet d'une inscription provisoire.

1.3.3 Une confusion fâcheuse

L'arrêt Müllistrasse ne fait donc qu'entretenir la confusion, et il faut d'autant plus le regretter que les récents développements de la jurisprudence laissaient entrevoir la fin d'une période d'incertitude quant à la nature et aux effets des droits personnels renforcés par une restriction du droit de disposer. Aussi, au moment de conclure ce premier chapitre de notre étude, nous paraît-il nécessaire de réaffirmer quelques points essentiels.

Un droit personnel n'a pas d'effet réel, et notre droit positif ne connaît aucun moyen qui permette de lui en attribuer. Une créance oblige un débiteur; elle ne grève pas un immeuble ni ne s'impose au titulaire de droits réels sur celui-ci. Dans l'exécution forcée, elle n'est pas protégée par le principe de la couverture, ni déléguée à l'adjudicataire, mais elle donne un droit à participer à la distribution des deniers et à être admis, le cas échéant, à l'état de collocation dans l'ordre fixé par la loi (art. 219 LP).

⁵⁹ Cité ci-dessus en note 53, plus particulièrement considérant 3 litt. d.

⁶⁰ On se réfère à l'arrêt cité en note 58. Voir aussi ATF 42 III 331.

Seul un droit réel fournit à son titulaire, dans la procédure de réalisation forcée, une position privilégiée, puisqu'il est mis à l'abri d'une réalisation dommageable pour lui de l'objet grevé par l'application des principes de la couverture et de la délégation⁶¹, par la possibilité de faire radier dans la procédure de double mise à prix les droits postérieurs en rang, et enfin par un droit préférentiel au produit de réalisation s'il doit lui-même être éteint dans une telle procédure au bénéfice de créanciers gagistes de rangs préférables. Mais un droit réel, en matière immobilière, apparaît au registre foncier en application du principe absolu (art. 971 CC) ou relatif (art. 656 al. 2 CC) de l'inscription, réserve faite des droits occultes, et il jouit d'un rang fixé par cette inscription. C'est en fonction de ce rang qu'il est ou non opposable aux créanciers dans l'exécution forcée, seul le droit constitué avant l'ouverture de celle-ci jouissant de cet avantage, à moins que la loi elle-même ne stipule un rang préférable (art. 680 CC).

S'il ne connaît pas de droit intermédiaire ou mixte, cumulant les caractères et les effets propres à ces deux catégories de droits, notre système légal prévoit en revanche la possibilité de rattacher accessoirement un droit personnel à un droit réel (art. 730 al. 2 CC) ou, inversement, un droit réel à un droit personnel (gage, charge foncière), que celui-ci soit ou non lié, du côté passif, à la propriété d'un immeuble. C'est le phénomène qui se produit lorsque des restrictions au droit d'aliéner sont annotées au registre foncier. Le Tribunal fédéral l'a reconnu pour les annotations prévues par les articles 959 et 960 alinéa 1 chiffre 1 CC.

Les raisons pour lesquelles cette construction n'est pas admise lorsque la loi accorde à certains créanciers un droit personnel à l'inscription d'une hypothèque légale, notamment d'entrepreneur, avec la possibilité de requérir une inscription provisoire dont l'effet essentiel, comme cela se passe pour les annotations, est de rendre le droit opposable au tiers (art. 961 al. 2, 2^e phrase) nous échappent. Ce ne sont en tout cas pas les explications fournies par les considérants de l'arrêt Müllistrasse qui nous convaincront. Le fait qu'un tel droit soit attaché *propter rem* à la propriété de l'immeuble en cause ne le renforce pas ni ne modifie sa nature essentiellement personnelle en lui donnant un effet réel «grevant l'immeuble de la même manière qu'un droit réel», avec la conséquence notamment qu'il peut être exercé après l'ouverture d'une procédure d'exécution forcée et porté à l'état des

⁶¹ Il faut rappeler, en passant, que le principe de la couverture ne s'applique pas dans la faillite, le patrimoine du failli étant nécessairement réalisé.

charges. Mais nous rejoignons ici un problème que nous avons déjà examiné en détail en 1970, et nous ne pouvons que renvoyer le lecteur à la critique que nous avons émise alors quant à la position du Tribunal fédéral dans ce domaine précis⁶².

⁶² Cf. DE HALLER, p.47 ss.

Chapitre II. La créance garantie, condition de l'existence du droit à l'hypothèque légale de l'entrepreneur

2.1 Un élément central

L'hypothèque légale est une sûreté, c'est-à-dire la garantie de l'exécution correcte d'une obligation⁶³. Cette dernière est évidemment l'élément central qui détermine dans quelles conditions, au bénéfice et à la charge de quelle personne le mécanisme de la garantie peut fonctionner.

A forme de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, «... peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale (...) les artisans et entrepreneurs employés à des bâtiments ou autres ouvrages, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement...». C'est à partir de ce texte que l'on peut et doit découvrir les réponses à une série de questions relatives aux deux rapports de droit prévus par cette disposition, et à leurs sujets actifs et passifs. La doctrine admet en principe que la créance en constitution de l'hypothèque légale de l'entrepreneur est un *accessoire non strictement personnel*⁶⁴ de la créance en paiement du prix de l'ouvrage. Disons tout de suite que cette assertion mérite d'être vérifiée, mais elle va nous permettre, ce faisant, de faire le tour des problèmes qui se posent tout au long de cette période critique que délimite l'article 839 CC, et pendant laquelle le propriétaire d'un immeuble est exposé à des procédures en inscription d'hypothèques légales de constructeurs.

2.2 La créance du constructeur

2.2.1 Une créance contractuelle

Le droit de requérir l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur suppose la titularité d'une créance d'entrepre-

⁶³ Cf. SCYBOZ, DPS VII/2, p.23.

⁶⁴ Art. 114 et 170 CO. Voir PIOTET, RNRF 49 (1968), p. 193. Voir aussi un arrêt valaisan RNRF 54 (1973), p.265, sur lequel nous reviendrons.

neur⁶⁵. Se qualifie comme telle la créance résultant d'un contrat dont l'objet est la fabrication et la livraison d'un ouvrage impliquant un travail spécial⁶⁶. Il est assez remarquable que le législateur ne se soit pas référé expressément au contrat d'entreprise (art. 363 CO), mais qu'il ait défini par son objet, soit la prestation caractéristique, la relation contractuelle sur laquelle peut venir se greffer le droit accessoire à la garantie légale. Et, contrairement à ce qu'une réflexion superficielle pourrait faire admettre, la formulation de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC n'a pas manqué de soulever des problèmes délicats. Si la question a été relativement rapidement tranchée, s'agissant de la livraison de choses fongibles, non préalablement et nécessairement destinées à l'immeuble en cause⁶⁷, ou de la prestation de l'architecte ou de l'ingénieur⁶⁸, il n'en demeure pas moins que plusieurs types de contrats, ou combinaison de contrats, entrent en ligne de compte, parce qu'ils lient un artisan ou un entrepreneur à un maître d'ouvrage en vue de la réalisation d'une construction. SCHNEWLIN⁶⁹ en dénombre cinq (contrat d'entreprise, y compris le contrat d'entreprise total et général, mandat, contrat de travail, vente d'un objet futur, société simple), avec la possibilité de les combiner, et auxquels il ajoute l'hypothèse d'un contrat *sui generis*. En revanche, cet auteur limite le droit à l'hypothèque légale aux constructeurs mis en œuvre en vertu d'un contrat d'entreprise au sens strict. De même le Tribunal fédéral admet-il⁷⁰ que le droit suisse connaisse plusieurs types de contrats ayant pour objet l'exécution de travaux, mais il exclut, avec référence à GAUTSCHI⁷¹ et à notre sens avec raison, l'hypothèse d'un contrat *sui generis*. Sont ainsi concevables, pour notre haute cour, outre

⁶⁵ Nous disons bien ici qu'il faut que le requérant soit titulaire d'une créance d'entrepreneur. Autre chose est le point de savoir si cette exigence comporte la qualité de partie à un contrat d'entreprise proprement dit. Sur la notion de travail d'artisan, voir SJ 1981, p. 32; DC 1981, p. 16.

⁶⁶ ATF 105 II 266; ATF 103 II 33 = JT 1977 I 534; ATF 97 II 214.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ ATF 65 II 1. GAUTSCHI, rem. 43c ad art. 394 CO. Relevons toutefois, sans pouvoir entrer dans le détail, que la solution n'est peut-être pas aussi évidente, en particulier en ce qui concerne l'architecte, dont le rôle dans la construction est devenu beaucoup plus complexe et nécessiterait probablement un réexamen du problème. Voir à ce sujet, outre GAUTSCHI, cité ci-dessus, SCHUMACHER, N° 71 à 74; GAUCH, N° 229 à 231; cf. aussi l'intéressant article de SCHWAGER, DC 1980, p. 19.

⁶⁹ Cf. SCHNEWLIN, RNRF 61 (1980), p. 365 et ss.

⁷⁰ ATF 104 II 108 = JT 1980 I 77.

⁷¹ Remarque 56 ad art. 394 CO.

le contrat d'entreprise bien évidemment, le contrat de travail, le mandat et ses variantes, ainsi que la société simple.

Toutes ces relations juridiques correspondent à des situations que notre droit positif distingue expressément, et les auteurs s'accordent généralement pour dégager une série de critères permettant de les différencier⁷². Mais ces différents critères – objet du contrat (ouvrage, par exemple), rémunération, indépendance de l'activité exercée, etc. – ne permettent pas d'écartier sans autre l'application de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, et si nous voulons bien admettre que la position adoptée généralement par la doctrine⁷³, selon laquelle le privilège légal est limité aux auteurs d'un ouvrage au sens de l'article 363 CO, correspond à une certaine logique et vraisemblablement aux intentions du législateur, il faut bien relever qu'il s'agit du résultat d'une interprétation restrictive du texte légal qui ne peut invoquer que la référence aux mots «*artisans et entrepreneurs*»⁷⁴. On ne peut manquer non plus de remarquer que la garantie mise à disposition des constructeurs n'a pas été intégrée aux dispositions du Code des obligations traitant du contrat d'entreprise, mais reste régie par une disposition particulière du Code civil qui n'est pas limitée à ce seul cas. Enfin, la remarque faite par GAUTSCHI⁷⁵, pour lequel il n'est ni logique ni satisfaisant d'accorder un droit légal de rétention au mandataire qui a acquis une chose mobilière ou un droit dans l'intérêt de son mandant, et de lui refuser dans le même temps le bénéfice de l'hypothèque légale, ne peut pas laisser indifférent.

De la casuistique du Tribunal fédéral, on peut citer quelques arrêts récents qui montrent que la jurisprudence, en cette matière, n'est peut-être pas encore très bien fixée. Il a ainsi été jugé que la construction d'une villa «*clé en mains*» constituait la prestation caractéristique d'un contrat d'entreprise et non de mandat⁷⁶, avec la conséquence que le constructeur, même s'il n'a pas exécuté lui-même les travaux, a droit à la garantie légale. Les juges de la deuxième cour civile en ont décidé de même à propos de la livraison de garages préfabriqués, dans lesquels ils ont re-

⁷² Voir notamment VISCHER, SPR VII/1, p. 302 et ss.

⁷³ Cf. SIMOND, p. 21 ss; SCHUMACHER, N° 110 et 111. LEEMANN, rem. 34 et 36 ad art. 837 CC; WIELAND, rem. 7 ad art. 837 CC; SCHNEWLIN, RNRF 61 (1980), p. 365 et ss.

⁷⁴ Il n'y a en particulier rien à tirer des travaux préparatoires. L'exposé des motifs (p. 621) parle de «*créance du chef d'une construction*», ce qui est évidemment beaucoup plus large, alors que le message est muet.

⁷⁵ Remarque 43c in fine ad art. 394 CO.

⁷⁶ ATF 97 II 66 = JT 1971 I 526.

fusé de voir une construction mobilière, au sens de l'article 677 CC, considérant qu'il s'agissait d'objets destinés à devenir partie intégrante de l'immeuble auquel ils devaient être liés de manière durable et sans que la séparation puisse se faire aisément⁷⁷. Est également bien connue la jurisprudence relative à la livraison de béton⁷⁸, considérée en principe par notre Haute Cour comme résultant d'un contrat d'entreprise susceptible d'être garanti par une hypothèque légale. L'arrêt peut-être le plus intéressant rendu récemment sur ce problème concerne la livraison de fers à béton⁷⁹. Le Tribunal fédéral admet en effet qu'une hypothèque légale soit inscrite en faveur du fabricant des fers, bien que le contrat liant ce dernier au maître de l'ouvrage ne soit pas à proprement parler un contrat d'entreprise, mais bien un contrat de *livraison d'ouvrage*, qualifié par la cour de «type contractuel intermédiaire». Si cette tendance de la jurisprudence de considérer les prestations mixtes comme susceptibles d'être garanties par l'hypothèque légale, on peut envisager qu'à l'avenir celle-ci soit accordée en garantie du paiement des travaux les plus divers, par exemple des services de l'architecte dans le cadre d'un contrat d'entreprise général ou total⁸⁰, ou ceux d'un conducteur de trax se louant avec sa machine pour l'accomplissement de travaux déterminés⁸¹.

2.2.2 Les prestations garanties

L'hypothèque légale a pour but de garantir la rémunération de l'entrepreneur pour les prestations (matériaux et travail ou tra-

⁷⁷ ATF 105 II 266. Les considérants de cet arrêt ne sont pas très convaincants. Si on tient compte des critères invoqués (liaison durable avec l'immeuble, séparation difficile nécessitant outre des frais, des travaux délicats et un équipement et un personnel spécialisé), on peut les appliquer sans autre à une espèce semblable (construction d'un jeu de quilles), dans laquelle le Tribunal fédéral a jugé en sens contraire, admettant la construction mobilière (ATF 96 II 181 = JT 1971 I 286). Que penser, dans le même ordre d'idées, du remplacement d'un ascenseur? On renvoie également à un arrêt du Tribunal cantonal du canton du Tessin, cité et critiqué à notre avis à juste titre par la rédaction de la revue Droit de la construction (DC 1979, p.13).

⁷⁸ ATF 97 II 212; ATF 104 II 348.

⁷⁹ ATF 103 II 33 = JT 1977 I 534, plus particulièrement cons. 2b.

⁸⁰ Voir DC 1979, p.13 N° 21, note de la rédaction.

⁸¹ ATF 97 II 126 cons. 2b (La question de l'hypothèque légale ne se posait pas en l'espèce). Dans un arrêt antérieur (ATF 91 II 291 = JT 1966 I 180), le Tribunal fédéral avait admis l'application des règles du bail. Dans le même sens, il faut citer une ordonnance de mesures provisionnelles du 24 août 1976 du juge instructeur de la Cour civile vaudoise (Grandchamp c/Etat de Vaud) refusant l'hypothèque légale dans un tel cas.

vail seulement) fournies sur un immeuble. Ces prestations doivent être dues contractuellement comme nous l'avons vu ci-dessus, même si la convention y donnant droit n'est pas nécessairement un contrat d'entreprise, ou en tout cas un contrat d'entreprise au sens étroit. Cette condition exclut que le droit à l'hypothèque puisse être revendiqué par celui qui ne se fonde pas sur une relation contractuelle avec le propriétaire ou un entrepreneur, pour reprendre les termes mêmes de la loi⁸².

On ne saurait dès lors offrir la garantie légale à d'autres catégories de créanciers. Nous nous référerons à cet égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a admis à deux reprises qu'un entrepreneur n'ayant pas de relations contractuelles avec le propriétaire avait contre ce dernier une créance fondée sur l'article 672 CC (droit du propriétaire des matériaux à une indemnité en cas d'accession), et que cette créance pouvait être garantie par une hypothèque légale⁸³. A la suite de PIOTET⁸⁴, nous avons exposé les raisons qui nous faisaient considérer ce résultat comme erroné⁸⁵, raisons qui ont été approuvées par POUDRET⁸⁶, et sur lesquelles il nous paraît inutile de revenir, si ce n'est pour rappeler que la jurisprudence incriminée pourrait bien se révéler passagère⁸⁷.

Est de même exclue la garantie d'une créance de nature délictuelle, hypothèse théorique qu'il faut mentionner ici pour mémoire⁸⁸, ou quasi contractuelle⁸⁹.

⁸² Contra WIELAND, rem. 7 litt. c ad art. 837 CC. L'exemple choisi par cet auteur n'est peut-être pas le meilleur: la gestion d'affaires sans mandat donne naissance à une créance quasi contractuelle.

⁸³ ATF 95 II 221 = JT 1970 I 143; ATF 99 II 131 = JT 1974 I 130. Il s'agissait, dans le premier cas, d'un entrepreneur mis en œuvre par un gérant d'hôtel sans pouvoir, dans le second d'un sous-traitant.

⁸⁴ JT 1970 I 130 et SJZ 1975, p. 17.

⁸⁵ JT 1974 I 322.

⁸⁶ Mélanges ZWAHLEN, p. 508.

⁸⁷ Voir l'arrêt Zehtner (ATF 103 II 227 = JT 1978 I 322) et notre note au JT 1978 I 636. Signalons aussi un arrêt du Tribunal cantonal de Zurich, qui s'est écarté de cette jurisprudence et a refusé de reconnaître à un électricien une créance fondée sur l'accession et garantie par l'hypothèque légale (ZR 77 [1978], p. 302; DC 1979, p. 14 N° 23, accompagné d'une note de la rédaction).

⁸⁸ Encore faut-il signaler que, selon une jurisprudence récente et nouvelle, l'entrepreneur qui se fait payer par le propriétaire en cachant à celui-ci l'existence de sous-traitants non payés commet une escroquerie (ATF 105 IV 102 = JT 1980 IV 107) pouvant donner naissance à une créance du sous-traitant en réparation du préjudice allant le cas échéant au-delà de ses droits contractuels, situation encore une fois très théorique.

⁸⁹ Contra WIELAND, rem. 7 litt. c ad art. 837 CC, qui admet la protection d'une créance résultant de la gestion d'affaires sans mandat.

La question la plus difficile reste de savoir si toutes les préentions qu'un entrepreneur peut faire valoir contractuellement sont susceptibles d'être garanties par une hypothèque légale. Même si on se limite à l'hypothèse du contrat d'entreprise au sens strict (art. 363 CO), la réponse est loin d'être évidente. Indépendamment du prix de l'ouvrage, à proprement parler, le maître peut être amené à devoir payer d'autres montants qui ne lui sont pas nécessairement assimilables. Si nous admettons sans grande difficulté que la garantie doit couvrir l'augmentation du prix forfaitaire dans le cas visé par l'article 373 alinéa 2 CO (exécution plus difficile sans que cela soit imputable à l'entrepreneur), de même que l'indemnité équitable pour les travaux exécutés lorsqu'une partie seulement de l'ouvrage se réalise (art. 375 al. 2 et 379 al. 2 CO), nous sommes beaucoup moins affirmatif lorsqu'il s'agit du droit de l'entrepreneur à certaines indemnités, notamment au remboursement de ses dépenses. L'hypothèque légale doit être accordée selon nous lorsque les dépenses ne sont qu'un moyen de déterminer le prix d'un ouvrage exécuté (art. 374 CO). Mais le remboursement des dépenses non comprises dans le prix de l'ouvrage perdu (art. 376 al. 3 CO), ou impossible à exécuter (art. 378 al. 1 CO), ainsi que le droit à des dommages-intérêts (art. 376 al. 3 in fine, 377 et 378 al. 2 CO), ne peut pas sans autre être mis au bénéfice de la même solution, puisqu'il s'agit la plupart du temps d'indemniser l'entrepreneur non pas pour des matériaux et du travail fournis sur un immeuble, mais pour atténuer les conséquences financières résultant du fait que le contrat n'est pas – ou pas entièrement – exécuté. Ni le texte de l'article 837 al. 1 ch. 3 CC, ni sa *ratio legis* – l'immeuble ne bénéficie pas d'une plus-value correspondant à ces indemnités – n'imposent logiquement l'extension de la garantie légale à ces cas.

D'une manière générale, la doctrine n'admet pas que la créance en dommages-intérêts soit garantie par hypothèque légale⁹⁰. Fait exception SIMOND⁹¹, pour lequel entre en ligne de compte le total des préentions de l'entrepreneur, soit naturellement sa rémunération proprement dite, et le prix des fournitures et matériaux, mais aussi les autres dépenses. Cet auteur admet la garantie des préentions à des dommages-intérêts, en invoquant le fait que ces indemnités sont censées représenter le manque à gagner, que leur source remonte au contrat lui-même, enfin qu'il s'agit d'une «... *compensation pour les frais engagés en vue de*

⁹⁰ LEEMANN, rem. 43 ad art. 837 CC: SCHUMACHER, N° 446; SCHEIDEGGER, p. 9.

ATF 103 II 33 = JT 1977 I 534. Contra: SJZ 78 (1982), p. 76.

⁹¹ p. 49 ss.

l'exécution du travail, autrement dit de valeurs qui eussent de toute façon été comprises dans la créance, si le contrat avait été tenu et quand bien même l'immeuble n'en aurait pas retiré une plus-value directe».

Ces explications ne nous convainquent guère. Le système de l'hypothèque légale fait répondre un immeuble, respectivement son propriétaire, du paiement de certaines dettes dont ce dernier n'est pas nécessairement débiteur. Les conditions posées par la loi ne sauraient être interprétées extensivement, s'agissant d'une restriction du droit de propriété qui peut être grave, parce que susceptible de déboucher sur une exécution forcée, soit, pour reprendre une image utilisée judicieusement par GILLIÉRON⁹², sur une expropriation au profit des créanciers. Lorsque le texte légal fait profiter de la garantie les entrepreneurs *employés à des bâtiments ou autres ouvrages pour lesquels ils ont fourni des matériaux ou du travail*, il démontre clairement, en accord avec la *ratio legis*, que les créances privilégiées sont celles correspondant à du travail et à des matériaux exécutés, respectivement livrés⁹³. Cette condition peut certes être remplie même lorsque l'ayant droit n'a pas travaillé directement à l'immeuble, mais que le produit de son travail y a été intégré par un autre entrepreneur, voire par le maître de l'ouvrage. Elle ne l'est pas, en revanche, lorsque cette intégration fait défaut.

A cela s'ajoute encore un autre élément. Garantir au moyen de l'hypothèque légale la réparation du préjudice subi par l'entrepreneur lorsque l'ouvrage n'est pas exécuté ou pas complètement exécuté, que ce soit dans un cas général de demeure (art. 97 CO), ou dans les hypothèses prévues par les dispositions spéciales citées plus haut (perte de l'ouvrage, impossibilité d'exécution), reviendrait souvent à faire supporter au propriétaire de l'immeuble grevé les conséquences de la faute du maître de l'ouvrage, puisque l'élément faute est essentiel dans ce domaine, comme la loi le prévoit expressément. Le maître défaillant et le propriétaire n'étant pas toujours nécessairement la même personne, un tel résultat serait difficilement acceptable, l'immeuble lui-même ne bénéficiant pas des travaux⁹⁴. Il faudrait en tout cas

⁹² Voir notamment note au JT 1980 II 24, déjà citée.

⁹³ On renvoie sur ce point à l'exposé des motifs, p.620, ch.2.

⁹⁴ C'est le lieu de rappeler que la raison d'être de l'hypothèque légale est d'éviter qu'un immeuble ne bénéficie de prestations qui lui sont en principe irrévocablement incorporées, même s'il n'en résulte pas toujours une plus-value économique, au détriment des entrepreneurs non payés et renvoyés à agir, en concurrence avec les autres créanciers, contre un insolvable.

traiter différemment le cas des travaux commandés par le propriétaire du cas des sous-traitants, différence qui ne paraît pas compatible avec le système voulu par le législateur.

2.2.3 Le montant de la créance garantie

Le droit à l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur suppose donc *l'existence* d'une créance de construction. Conformément à la loi (art. 839 al. 3 CC; art. 22 ORF), cette créance doit être *établie*, cette preuve se rapportant par titre (art. 22 al. 1 ORF), à quoi il faut ajouter l'exigence de la reconnaissance par le propriétaire ou par le juge du *montant* (art. 22 al. 2 ORF). Les lignes qui suivent vont tenter de tirer au clair certaines des questions que soulève la terminologie utilisée par le texte légal.

De la question de l'existence de la créance garantie, condition nécessaire de toute hypothèque, doivent être distinguées les notions de liquidité et d'exigibilité. Une créance est liquide (art. 69 CO) lorsqu'elle est certaine quant à son existence et déterminée quant à son montant, c'est-à-dire soit reconnue par le débiteur, soit admise par jugement⁹⁵; elle est exigible (art. 75 CO) quand elle n'est pas soumise à un terme⁹⁶, c'est-à-dire à partir du moment où le créancier est en droit d'exiger l'exécution de la prestation, au besoin par une action en justice. L'exigibilité ne se confond pas avec l'exécutabilité (art. 75 et 81 CO)⁹⁷. Selon les concepts généraux du droit suisse, une créance peut donc exister avant d'être liquide ou exigible; elle peut de même être garantie par une hypothèque alors même que son montant n'est pas déterminé (art. 824 al. 1 et 825 al. 1 CC), la loi prévoyant alors l'inscription au registre foncier d'un montant maximal (art. 794 al. 2 CC)⁹⁸.

Mais ce régime, applicable aux hypothèques conventionnelles, ne saurait être transposé sans autre dans le domaine des hypothèques légales indirectes, c'est-à-dire de droits de gages dont l'existence comme droits réels dépend d'une inscription au registre foncier, mais dont les conditions résultent de la loi elle-même. S'agissant de l'hypothèque légale de l'entrepreneur, le texte de l'article 839 alinéa 3 CC stipule, à notre sens tout à fait claire-

⁹⁵ Cf. ENGEL, p. 420, N° 169 B; BECKER, rem. 7 ad art. 69 CO.

⁹⁶ ENGEL, cité en note 95 ci-dessus; JEANPRÊTRE, Mélanges Deschenaux, p. 273.

⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 43.

⁹⁸ Voir par exemple TUOR/SCHNYDER, p. 673.

ment, que l'inscription ne peut avoir lieu que pour une créance liquide correspondant au prix des prestations fournies sur l'immeuble, établie par les titres exigés par l'article 22 alinéa 1 ORF, et dont le montant a été reconnu ou fixé par décision judiciaire.

Et pourtant, se fondant sur le texte allemand de cette dernière disposition⁹⁹, une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence¹⁰⁰ estime qu'il faut opérer une distinction entre la créance de l'ayant droit en paiement de ses prestations et la créance garantie par gage (en allemand *Pfandsumme*). LEEMANN¹⁰¹ relève à ce sujet, en substance, que le propriétaire serait bien en peine de reconnaître une créance que l'entrepreneur ne possédera qu'une fois les travaux terminés et qu'il s'agit en fait de garantir une créance future au moyen d'une hypothèque maximum. Pour WIELAND¹⁰², le recours à l'hypothèque maximum est certes possible, mais lors de la phase de l'inscription provisoire seulement, l'inscription définitive devant indiquer un montant effectivement dû. SCHUMACHER¹⁰³ enfin, dont la position n'est pas absolument claire, est d'avis que la procédure en inscription de l'hypothèque légale est un procès en constatation de droit (*Feststellungsprozess*), qui doit fixer non pas le montant de la créance, mais la charge maximum pour laquelle l'immeuble doit être grevé en faveur de l'ayant droit.

Nous ne croyons à vrai dire pas à l'utilité d'une telle distinction, un peu artificielle, et dont on ne voit pas très bien en quoi elle faciliterait la compréhension du système. A cela s'ajoute le fait que ses auteurs – LEEMANN notamment – semblent confondre l'existence de la créance – qui est sans conteste une condition de l'inscription – avec son exigibilité: c'est précisément parce que la créance de l'entrepreneur n'est pas exigible au moment où il effectue sa propre prestation que la loi lui offre le bénéfice d'une garantie légale qui ne suppose nullement que soient déjà résolues, à ce stade, les difficultés résultant des différentes objections ou exceptions permettant d'arrêter le montant exigible (compensation, défaut, etc.).

⁹⁹ «... ist erforderlich, daß die *Forderung als Pfandsumme* vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist ...» (Fait ressorti par nous).

¹⁰⁰ Voir surtout SCHUMACHER, N° 448 et les références citées, notamment LIVER, RJB 98 (1962), p. 223 ss et LEEMANN, rem. 4 ad art. 839 CC. Sur les inconvénients d'une telle solution, voir une note de BRÜGGER, RNRF 61 (1980), p. 62 et 63.

¹⁰¹ Cité en note précédente.

¹⁰² Rem. 2 litt.i ad art. 839 CC.

¹⁰³ Cité en note 100.

En réalité, tout le litige nous paraît se limiter à une question de terminologie et, surtout, de preuve, ou plus exactement d'appréciation plus ou moins rigoureuse de celle-ci. L'hypothèque légale garantit la rémunération de l'entrepreneur pour certaines prestations caractéristiques. Cette rémunération est appréciée en espèces¹⁰⁴, et elle peut être soit déterminée en fonction d'un prix, forfaitaire, global ou unitaire (art. 373 CO), soit déterminable au moyen de la valeur du travail et des dépenses effectués (art. 374 CO). Il appartient à l'instant à l'inscription – qui est l'ayant droit (art. 15 al. 3 ORF) en dérogation à la règle générale de l'art. 963 CC – de prouver l'existence et le montant de sa créance en produisant les titres nécessaires (contrat, forfait éventuel, devis, métrés, etc.), conformément à l'article 22 alinéa 1 ORF, ainsi que sa liquidité, soit qu'elle n'est pas contestée ou qu'il existe un titre exécutoire (jugement) en application de l'article 22 alinéa 2 ORF. S'il n'y parvient pas, deux voies s'ouvrent à lui:

- soit le propriétaire autorise l'inscription (art. 22 al. 2 in fine ORF), ce qu'il fera peut-être pour éviter une procédure. Dans cette hypothèse seulement, à notre avis, l'inscription d'un montant maximum est possible en application de l'article 794 alinéa 2 CC, les parties étant d'accord.
- soit il requiert une inscription provisoire conformément à l'article 961 alinéa 1 chiffre 1 CC¹⁰⁵, ce qui ne le dispense nullement d'établir que les conditions sont remplies, et notamment l'existence d'une créance de constructeur liquide, mais lui permettra de bénéficier, sur le plan de la preuve, d'une jurisprudence constante selon laquelle il suffit de rendre vraisemblable son droit pour que le juge donne suite à la requête, sans se montrer rigoureux quant au degré de vraisemblance¹⁰⁶.

2.3 *La créance cédée*

Conformément à l'article 170 CO, la cession d'une créance entraîne de par la loi le transfert des droits qui en dépendent, et notamment de ceux qui lui servent de garantie. La doctrine ad-

¹⁰⁴ SIMOND, p. 49 et 50, envisage que tel ne soit pas le cas, mais cite un arrêt de la cour de justice civile de Genève allant en sens contraire.

¹⁰⁵ Le renvoi à cette disposition est inexact et malheureux. Cf. PIOTET, RNRF 49 (1968), p. 203 à 205; RNRF 50 (1969), p. 38.

¹⁰⁶ ATF 86 I 265 = JT 1961 I 332; SJ 1964, p. 454.

met, avec une unanimité tout à fait remarquable, que ce principe doit s'appliquer aussi à l'hypothèque légale des entrepreneurs¹⁰⁷. Le Tribunal fédéral paraît avoir adopté une position semblable, encore qu'il s'agisse d'une affaire ancienne dont il est difficile de tirer des conclusions définitives, compte tenu des circonstances très particulières de l'espèce¹⁰⁸. Il nous paraît toutefois que cette question mérite d'être quelque peu développée, car il faut en tout cas distinguer plusieurs situations bien différentes.

Remarquons, préliminairement, qu'il ne fait pas de doute que la créance de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage en paiement de son travail soit cessible: l'entrepreneur peut, à l'évidence, céder son droit à un tiers, par exemple à une banque, ou à un autre entrepreneur. La vraie question n'est pas là: elle est de savoir si le droit à la constitution du gage, qui n'est pas nécessairement dirigé contre le maître de l'ouvrage, ainsi que l'hypothèque légale elle-même une fois inscrite, peuvent passer au cessionnaire et si celui-ci acquiert en tout état de cause tous les droits et priviléges du cédant. Cette question ne peut pas être résolue simplement par l'affirmative ou la négative, et elle appelle au contraire une réponse nuancée.

La position adoptée par la doctrine, rappelée ci-dessus, se heurte tout d'abord à une objection sérieuse et manifeste: elle contredit le texte légal et sa ratio. La loi énumère aux articles 837 et 841 CC les personnes qualifiées d'ayants droit, et fixe ainsi des limites relativement étroites, aussi bien au cercle des créanciers concernés que des créances garanties. S'agissant d'un droit de gage légal, il faut bien admettre que ces définitions font partie des conditions déterminant le fonctionnement du système, et qu'on ne peut pas facilement se satisfaire d'une interprétation très large de ces dispositions, surtout si on tient compte du fait que le Code civil, dans ce domaine, institue pratiquement une sorte de responsabilité légale des propriétaires d'immeubles¹⁰⁹. On ne peut soutenir le contraire, et par conséquent élargir par interprétation le cercle des ayants droit au-delà des indications du texte lui-même, que si on a des raisons impérieuses de penser que celui-ci est incomplet (art. 1 al. 1 CC), ou que l'expression utilisée ne

¹⁰⁷ Cf. GUHL, p. 240; LEEMANN, rem. 55 ad art. 837 CC; BECKER, rem. 2 ad art. 170 CO; SIMOND, p. 52; SCHUMACHER, N° 116. PIOTET, RNRF 49 (1968), p. 193 semble bien être du même avis, encore qu'il ne se soit pas prononcé directement sur la question.

¹⁰⁸ ATF 53 II 467 = JT 1928 I 546.

¹⁰⁹ LIVER, RJB 98 (1962), p. 215; ATF 39 II 214 = JT 1914 I 85.

correspond pas au sens véritable de la norme¹¹⁰. On ne voit pas très bien ce qui permet d'affirmer que tel serait le cas ici: d'une part, selon un principe constant, une disposition restreignant le droit de propriété ne doit pas être interprétée extensivement, de manière à limiter au maximum l'atteinte portée au droit lui-même, et d'autre part l'esprit et le but de la réglementation prévue à l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC ne peuvent que confirmer la lettre du texte légal. Il s'agit de privilégier, notamment dans l'exécution forcée, des créanciers dont les prestations en faveur de l'immeuble, soit la fabrication et la livraison d'un ouvrage impliquant un travail spécial, créent une plus-value susceptible d'être récupérée par d'autres créanciers ayant un droit préférable sur l'immeuble¹¹¹. La situation d'un cessionnaire est tout à fait différente: il n'est pas tenu de faire crédit ni d'accepter un débiteur sans pouvoir en mesurer la solvabilité, et c'est dès lors en négociant les conditions de la cession qu'il doit prendre en compte les risques d'insolvabilité éventuelle; à la différence de l'entrepreneur, il est à même de prendre le cas échéant des précautions.

A cette objection principale, s'ajoute un argument tiré de l'article 170 alinéa 1 CO. Cette disposition stipule en effet que les droits accessoires *inséparables de la personne du cédant* ne suivent pas le sort de la créance cédée. Nous avons déjà vu que, dans sa majorité, la doctrine considère le droit à l'inscription de l'hypothèque légale comme un accessoire non strictement personnel de la créance en paiement du prix de l'ouvrage¹¹². Dans la mesure où il faut admettre, en bonne logique, que cela signifie que le droit de l'entrepreneur qui cède sa créance est transféré au cessionnaire¹¹³, nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir, qui nous paraît méconnaître complètement le fait que la loi fait dépendre la naissance du droit à l'inscription de conditions relatives aussi à *la personne du créancier*, et non seulement à la créance elle-même. Il ne suffit pas, si on lit attentivement le texte de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, d'acquérir et de faire valoir une créance en paiement d'un ouvrage incorporé à un immeuble. Il faut encore avoir été employé à la réalisation de cet ouvrage, c'est-à-dire avoir été mis en œuvre à cette fin, par le propriétaire

¹¹⁰ Sur les conditions d'une interprétation «*contra legem*», voir ATF 105 Ib 62 et les arrêts cités.

¹¹¹ ATF 105 II 266.

¹¹² Voir ci-dessus section 2.1.

¹¹³ Dans ce sens, expressément, GUHL, p. 240; SIMOND, p. 52 et 53; SCHUMACHER, N° 116 à 121.

ou un entrepreneur¹¹⁴. Il s'agit d'un cas où le droit accessoire est rattaché à la fois à la créance et à la personne du créancier¹¹⁵, et on ne voit pas très bien en fonction de quoi il est possible de décider quel est le rattachement principal. La situation est comparable à celle du droit de rétention de l'article 895 CC: savoir si ce droit peut ou non être cédé avec la créance garantie est une question très controversée en doctrine¹¹⁶, mais la tendance majoritaire paraît être d'admettre la cession du droit de rétention civil de l'article 895 alinéa 1 CC, mais pas celle du droit de rétention commercial de l'article 895 alinéa 2 CC¹¹⁷, position qui nous paraît devoir être approuvée.

Il est vrai toutefois que le cas de l'hypothèque légale de l'entrepreneur est plus compliqué que celui du droit de rétention commercial, compte tenu des différentes phases qui précèdent pratiquement toujours la création du gage:

- avant l'inscription provisoire, le droit personnel à la constitution de l'hypothèque légale n'est pas séparable, à notre avis, de la personne du créancier, qui détermine à la fois les conditions légales de l'inscription et la légitimation du requérant; si la créance principale est cédée, il n'est plus possible de demander la garantie découlant de l'hypothèque légale: l'entrepreneur n'est plus créancier¹¹⁸, et le créancier ne remplit pas les conditions¹¹⁹. C'est dès lors tout à fait à tort que l'on ordonnerait l'inscription¹²⁰.
- la situation n'est pas différente, à notre avis, si la créance principale est cédée après l'inscription provisoire: sans doute,

¹¹⁴ C'est déjà en raison de cette exigence tout à fait fondamentale à notre sens, du législateur, que nous avons refusé de reconnaître le droit à l'hypothèque légale à un entrepreneur qui n'était pas mis en œuvre par le propriétaire ou un entrepreneur (p.ex. locataire). Cf. DE HALLER, p. 113 et ss.

¹¹⁵ La doctrine oppose *privilegia causae* à *privilegia personae*: OSER/SCHÖNENBERGER, rem. 2 ad art. 170 CO.

¹¹⁶ Voir OFTINGER/BÄR, rem. 167 ad art. 895 CC; ATF 80 II 109 = JT 1955 I 48, cons. 3, et les références citées.

¹¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 1840; BECKER, rem. 5 ad art. 170 CO. Contra ENGEL, p. 590, qui considère que la cession doit être la règle, dès lors que le droit accessoire est né en la personne du cédant, et qui se réfère à OFTINGER/BÄR cité en note 116, dont la position semble beaucoup moins nette.

¹¹⁸ Voir un arrêt tessinois cité par la SJZ 65 (1969), p. 317.

¹¹⁹ Quid toutefois si la cession intervient en faveur d'un autre entrepreneur qui a travaillé lui aussi sur l'immeuble? La question doit selon nous également être résolue par la négative: le cessionnaire n'est pas dans la situation visée à l'article 837 al. 1 ch. 3 CC, c'est-à-dire celle de l'entrepreneur qui doit contractuellement intégrer sa prestation à l'immeuble avant de se faire payer.

¹²⁰ Voir un arrêt valaisan qui a autorisé l'inscription en faveur d'une banque cessionnaire: RVJ 1971, p. 67 = RNRF 54 (1973), p. 264.

comme on l'a vu plus haut, le droit personnel à l'inscription est-il dès ce moment doublé d'une restriction du droit d'aliéner, soit d'un droit réel – ou d'une expectative de droit réel –. Mais il s'agit là d'un droit de préférence lié à une annotation au registre foncier, dont le sort est lié en principe au droit principal (qui est le droit à l'inscription)¹²¹. Celui-ci ne pouvant plus être exercé par le cessionnaire, qui ne remplit pas les conditions légales, le droit accessoire s'éteint également.

- reste alors le cas de la cession intervenue postérieurement à l'inscription, c'est-à-dire à un moment où l'entrepreneur est devenu créancier gagiste (ordinaire), sous réserve de l'action privilégiée prévue par l'article 841 CC. Ne serait-ce précisément l'existence de cette dernière disposition, nous pourrions sans doute admettre la thèse de SIMOND¹²², selon laquelle le cessionnaire d'une créance de constructeur d'ores et déjà pourvue d'une hypothèque légale acquiert le droit d'exercer «l'action hypothécaire». Mais on ne voit alors vraiment pas au bénéfice de quel artifice un créancier qui ne répond pas plus à la définition de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC qu'à celle de l'article 841 CC, et qui n'a qu'un droit de gage ordinaire (SIMOND dixit), devrait être autorisé à s'en prendre à la part de collocation des créanciers gagistes préférables en rang. Dans un arrêt déjà ancien¹²³, qui paraît approuvé par LEEMANN¹²⁴ et HAEFLIGER¹²⁵, le Tribunal fédéral a expliqué que, le privilège étant attaché à la créance et non au titulaire de celle-ci, l'hypothèque une fois acquise porte sur la plus-value donnée au fond, quelle que soit la personne du créancier hypothécaire. Admettre le contraire reviendrait, selon notre cour suprême, à reconnaître que l'hypothèque n'a d'effet que pour l'entrepreneur ou l'artisan personnellement, et qu'un tel résultat – valable également pour le gage des vendeurs et des co-héritiers et autres indivis – «... *ne peut évidemment pas se concevoir*». Cette affirmation est véritablement un peu courte pour que l'on puisse s'en contenter. Nous pensons quant à nous que cette solution exclue par le Tribunal fédéral est précisément la seule qui soit compatible avec le texte clair de la loi et le système voulu par le législateur. Nous ne voyons en tout cas absolument pas ce qui justifierait qu'une banque cessionnaire d'une

¹²¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 1835; ENGEL, p. 590.

¹²² p. 52.

¹²³ ATF 53 I 467 = JT 1928 I 546.

¹²⁴ Rem. 10a ad art. 841 CC.

¹²⁵ p. 29, note 2.

créance de constructeur garantie par hypothèque légale puisse prétendre être indemnisée sur la part de collocation de ses collègues au bénéfice d'un gage de rang antérieur, voire s'en prendre personnellement à eux en cas de cession (art. 841 al. 2 CC). Il s'agit finalement d'un professionnel du marché de l'argent qui octroie, ou plus exactement reprend, un crédit permettant de réaliser une construction, et aucun des motifs qui ont poussé le législateur à édicter les règles sur l'hypothèque légale de l'entrepreneur ne peuvent être invoqués pour justifier une dérogation au principe que les gages sont couverts en fonction de leur rang.

Chapitre III. La perte du droit à l'hypothèque légale de l'entrepreneur, en particulier la préemption

3.1 *Introduction*

Nous avons vu ci-dessus que le droit à l'inscription naît dès que les conditions légales sont remplies, le cas échéant avant même le début des travaux, ce qui suppose notamment l'existence d'une créance liquide, c'est-à-dire certaine quant à son existence et déterminée quant à son montant. C'est avec le problème de l'extinction du droit que nous allons poursuivre notre étude.

S'il est exercé, le droit à l'inscription s'éteint tout à fait normalement le jour où l'hypothèque légale est inscrite¹²⁶: dès cette date, le titulaire obtient un gage immobilier sous la forme d'une hypothèque, au bénéfice d'un rang déterminé. Cette hypothèse ne présente pas de grandes difficultés, si ce n'est peut-être qu'il faut rappeler que l'extinction du droit est définitive. Si l'hypothèque inscrite est par la suite radiée, par exemple dans une réalisation forcée infructueuse, le droit à l'inscription ne saurait renaître, même si, par hypothèse, la préemption n'était pas acquise, car une réinscription est exclue à priori¹²⁷.

Avant l'inscription de l'hypothèque légale, plusieurs circonstances sont susceptibles d'entraîner la déchéance du droit de l'entrepreneur. Certaines sont propres à la créance garantie elle-même, dont il est un accessoire. A côté du cas de la cession, déjà traité¹²⁸, nous examinerons rapidement les conséquences de la nullité et de l'extinction de cette créance. D'autres événements, touchant la personne des parties intéressées, peuvent également intervenir: nous nous attarderons quelque peu sur les problèmes que peuvent poser la mort ou la faillite de l'entrepreneur ou du propriétaire. Enfin, d'autres causes générales d'extinction existent, parmi lesquelles on peut citer la destruction de l'immeuble,

¹²⁶ Cf. SCHUMACHER, N° 130.

¹²⁷ ATF 106 II 183 = JT 1981 I 211, cons. 2.

¹²⁸ Voir plus haut, section 2.3.

puisqu'elle constitue un cas d'extinction des gages immobiliers (art. 801 CC), l'expropriation de cet immeuble, l'adjudication, puisqu'elle éteint, comme nous l'avons vu,¹²⁹ tous les droits non portés à l'état des charges, enfin et surtout la préemption.

3.2 Nullité et extinction de la créance garantie

3.2.1 La nullité

Etant une hypothèque ordinaire, à la différence de la cédule hypothécaire ou de la lettre de rente, l'hypothèque légale de l'entrepreneur n'a pas d'autre but que de servir de garantie à une créance (art. 824 al. 1 CC), qui peut être future ou éventuelle, mais qui doit être valable. On peut renvoyer ici aux observations de SCYBOZ, qui se rapportent certes au cautionnement, mais qui peuvent être admises, *mutatis mutandis*, en matière de gage immobilier¹³⁰. L'invalidité de la créance, notion qui comprend l'inexistence, la nullité et l'annulabilité¹³¹, entraîne la perte du droit à l'inscription et la radiation d'une éventuelle inscription provisoire¹³².

3.2.2 Le paiement

Conséquence légale du principe de l'accessoriété, le droit à l'inscription s'éteint avec l'obligation qu'il a pour but de garantir (art. 114 CO), de la même manière qu'une hypothèque, si ce n'est que cette dernière doit en outre être radiée (art. 801, 826 et 863 CC). L'extinction de la créance peut intervenir à la suite de causes très diverses, énumérées de manière non exhaustive au titre troisième du Code des obligations¹³³. Elle doit être distinguée de la fin du rapport d'obligation, soit du contrat¹³⁴. Comme il est exclu d'entrer ici dans le détail de ces différents cas, nous

¹²⁹ Voir ci-dessus section 1.2.2.6, et note 45.

¹³⁰ p. 52 ss.

¹³¹ Voir sur ce sujet VON TUHR/PETER, par. 29; ENGEL, p. 180; GAUCH/SCHLUER/TERCIER, N° 391 à 395; ATF 97 II 390 = JT 1973 I 80, plus spécialement 86.

¹³² Cf. expressément WIELAND, rem. 3 c ad art. 824/825 CC.

¹³³ GAUCH/SCHLUER/TERCIER, N° 1533, ENGEL, p. 410 et ss, et 512 et ss. Citons, à titre exemplaire, la remise de dette (art. 115 CO), la confusion (art. 118 CO), l'impossibilité d'exécution subséquente et non fautive (art. 119 CO), la compensation (art. 120 CO).

¹³⁴ GAUCH/SCHLUER/TERCIER, N° 1543; GUHL, p. 260.

nous bornerons à traiter rapidement le cas normal de l'extinction de l'obligation, soit le paiement, parce qu'il pose un problème en raison de l'intervention possible de sous-traitants, et renvoyons pour le surplus à la doctrine¹³⁵.

Le paiement du prix des travaux éteint la créance de l'entrepreneur, qui perd bien sûr son droit à la garantie. Si ce paiement est partiel, ce que l'entrepreneur n'est en principe pas tenu d'accepter (art. 69 CC), mais qui est souvent prévu (voir par exemple Normes SIA 118, art. 144 et ss), la créance s'éteint à concurrence des montants versés et subsiste pour le solde, tout à fait normalement¹³⁶.

L'existence de sous-traitants peut soulever des difficultés importantes. Les circonstances peuvent en effet contraindre un propriétaire à régler directement un sous-traitant¹³⁷, avec la conséquence qu'en principe la créance de ce dernier s'éteint, le droit suisse admettant que l'exécution par un tiers éteint la dette, hormis les cas où le créancier peut refuser (art. 68 CO)¹³⁸, sans que le propriétaire soit libéré de son obligation de payer la créance de l'entrepreneur général, qui englobe celle du sous-traitant, et pour laquelle il reste exposé à une procédure d'inscription. C'est une situation que l'on peut qualifier de classique, mais qui n'en reste pas moins parfaitement inconfortable et parfois tout à fait dramatique pour le propriétaire, qui ne peut même pas régler convenablement la difficulté en renonçant à payer le sous-traitant, parce qu'il s'expose alors à deux procédures pour un montant cu-

¹³⁵ Outre les auteurs cités en note 133, voir BECKER, *Vorbemerkung ad art. 114 à 142 CO*, rem. 4 à 31.

¹³⁶ Voir GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 1092 et 1093; ENGEL, p.420; BECKER, rem.9 ad art.69 CO. La conséquence de l'interdiction d'exécution partielle prévue à l'article 69 CO est que le débiteur qui offre un paiement partiel sans que cela ait été stipulé est en demeure pour le tout. Appliqué au cas du propriétaire intimé dans une procédure en inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur, cela signifie que la garantie peut être demandée pour la totalité de la créance, sans égard au paiement fait ou offert. S'agissant d'un gage légal, cette conclusion ne nous paraît pas acceptable.

Remarquons en outre que le cas du paiement partiel doit être distingué du fractionnement du contrat (art. 372 al.2 CO par exemple), qui permet d'échelonner l'exécution et le paiement du prix afférant à chaque partie. Voir normes SIA 118 art.157; BECKER, rem.6 ad art.69 CO; PEDRAZZINI, SPR VII/1, p.534.

¹³⁷ Voir notre analyse de cette relation compliquée à trois personnes (entrepreneur – sous-traitant – propriétaire), DE HALLER, p.59ss, plus spécialement 75ss.

¹³⁸ ENGEL, p.415. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 952 et ss; BECKER, rem.8 ad art.68 CO.

mulé¹³⁹. La solution qui vient à l'esprit immédiatement est celle qui permettrait au propriétaire d'éteindre, par compensation, sa dette à l'égard de l'entrepreneur général à concurrence du montant payé. Mais cela suppose d'une part qu'il acquière la créance du sous-traitant, et d'autre part que les conditions de la compensation soient réunies (art. 120 CO).

Une subrogation du propriétaire payeur dans les droits du sous-traitant payé permettrait de résoudre la première difficulté, mais elle ne va pas de soi: les articles 110 chiffre 1 CO et 827 alinéa 2 CC règlent le cas du gage existant, mais ne s'appliquent pas sans autre lorsque le propriétaire cherche à échapper à l'obligation – fût-elle légale – de grever son immeuble. Nous avons soutenu que l'application par analogie de ces dispositions s'imposait, au bénéfice du pouvoir créateur du juge (art. 1 al. 2 CC) tant il paraît arbitraire de traiter différemment les deux situations¹⁴⁰. Nous sommes toujours de cet avis, et il sera intéressant de voir si le problème sera un jour posé en procédure¹⁴¹. En l'absence d'une subrogation, il ne reste au propriétaire qu'à prendre la précaution de se faire céder la créance du sous-traitant, ou alors à tenter de faire valoir une créance délictuelle, dans la mesure où la mise en œuvre de sous-traitants «occultes» peut être assimilée à un acte illicite, et où on admet que le montant du dommage correspond à la somme payée¹⁴².

Mais, ce premier obstacle franchi, il demeure une objection importante à lever: la compensation n'est possible, selon le texte de la loi, que pour des créances exigibles (art. 120 al. 1 in fine CO). Or, si la créance du sous-traitant que le propriétaire reprend à son compte l'est en principe, dans notre hypothèse, tel n'est pas nécessairement le cas dans la créance de l'entrepreneur général, qui peut fort bien agir en vue d'une inscription d'une

¹³⁹ Voir à ce propos les remarques de SCHUMACHER, № 236 et ss, plus spécialement 257 et 258, qui suggèrent un certain nombre de mesures de protection tout en soulignant que cette dernière n'est jamais absolue.

¹⁴⁰ Cf. DE HALLER, p. 292. Sur l'admissibilité d'un comblement d'une lacune de la loi, voir nos remarques, op. cit., p. 114 et ss.

¹⁴¹ Dans l'affaire Le Trajan (ATF 104 II 348), la situation était claire parce que l'hypothèque légale avait été inscrite définitivement. La possibilité d'une subrogation a été admise comme allant de soi, au regard des art. 110 al. 1 CO et 827 al. 2 CC, aussi bien par la Cour civile vaudoise que par le Tribunal fédéral, mais la compensation a été refusée pour un motif tiré du droit des poursuites (subrogation intervenue postérieurement à l'octroi d'un sursis concordataire).

¹⁴² Rappelons que le Tribunal fédéral a récemment admis que l'entrepreneur général qui cachait l'existence de sous-traitants non payés se rendait coupable d'escroquerie (ATF 105 IV 102 = JT 1980 IV 107).

hypothèque légale sans attendre que le prix soit échu. Cette difficulté peut être levée si, avec certains auteurs¹⁴³, on admet que la formule utilisée à l'article 120 CO est trop large, et qu'il suffit que la créance compensante (celle de l'auteur de la compensation) soit exigible.

3.2.3 Résiliation et résolution du contrat

Il ne s'agit plus ici d'un cas d'extinction de la créance, prise individuellement, mais de l'ensemble du rapport de droit. Doivent être envisagées les différentes hypothèses dans lesquelles il est mis fin au contrat d'où est issue la créance dont la garantie est demandée. La décision de terminer une relation contractuelle peut être le fait des deux parties (contrat résolutoire en principe informel, art. 115 CO) ou de l'une d'entre elles qui dénonce le contrat (résiliation) ou l'annule avec effet rétroactif (résolution)¹⁴⁴. On peut ainsi citer, en se limitant au contrat d'entreprise proprement dit, les cas visés par les articles 366 alinéa 1, 368 alinéa 1, 375 et 377 CO¹⁴⁵, dont les conditions et les conséquences sont différentes, mais qui ont en commun le fait que, la résolution agissant *ex tunc*¹⁴⁶, l'entrepreneur n'a plus de créance en paiement de ses services et qu'il perd par conséquent aussi le droit à l'hypothèque légale. Autre chose est de savoir s'il naît alors un droit à une restitution des prestations ou à un dédommagement, et si ce droit peut aussi bénéficier de la garantie légale. Mais nous rejoignons là un point déjà abordé¹⁴⁷.

¹⁴³ Dans ce sens GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 1674; ENGEL, p. 545 et les auteurs cités. Mais il faut noter que ces mêmes auteurs exigent que la créance compensée soit exécutable, c'est-à-dire que le débiteur ait le droit d'exécuter, ce qui est en principe le cas lorsque le prix dû par le propriétaire n'est pas encore exigible, le terme étant stipulé dans son seul intérêt. Sur le problème de l'exigibilité des créances à compenser en cas de faillite, voir ATF 107 III 27.

¹⁴⁴ Voir GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 1544 et ss.

¹⁴⁵ ATF 98 II 113 = JT 1973 I 172; ATF 98 II 118 = JT 1973 I 274; ATF 98 II 303. Il faut faire attention à la terminologie utilisée par le Tribunal fédéral qui ne respecte pas strictement les distinctions traditionnelles entre résiliation et résolution, et parle indifféremment tantôt de résiliation et de rédhibition.

¹⁴⁶ Cf. PEDRAZZINI, SPR VII/1, p. 550.

¹⁴⁷ Cf. ci-dessus section 2.2.2.

3.3. *Mort et faillite des parties*

3.3.1 L'entrepreneur

Assez souvent, la mort d'une partie met fin, ou permet de mettre fin, aux rapports contractuels¹⁴⁸. Ainsi, le décès de l'entrepreneur met fin au contrat lorsque les conditions de l'article 379 alinéa 1 CO sont remplies, c'est-à-dire lorsque ses aptitudes personnelles sont essentielles. Subsiste alors une créance des héritiers en paiement du prix des travaux déjà exécutés, qui correspond en principe à la valeur objective des parties de l'ouvrage livré, et non au prix du travail et au remboursement des dépenses, comme la loi le prévoit dans les hypothèses visées par les articles 376 alinéa 3 et 378 alinéa 1 CO¹⁴⁹. Dans les autres cas, il appartient aux parties de décider si et dans quelles conditions le contrat sera poursuivi, les héritiers assumant les droits et obligations du défunt, et le maître ayant de toute manière la faculté de résilier en application de l'article 377 CO. En tout état de cause, le transfert à titre successoral du droit à l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur se heurte aux mêmes objections que nous avons déjà faites à propos de la cession de la créance garantie¹⁵⁰: le ou les héritiers acquièrent sans doute la créance en paiement du prix de l'ouvrage, mais ils ne remplissent les conditions posées par la loi ni pour requérir l'inscription (art. 837 al. 1 ch. 3 CC), ni pour faire valoir le droit au privilège de l'article 841 CC. Il est clair, pour nous, que la mort de l'entrepreneur entraîne la perte du droit à l'inscription: si ce droit n'a pas encore été exercé, les héritiers acquièrent une créance chirographaire ordinaire. Si le gage a été inscrit, ils sont créanciers hypothécaires, au bénéfice d'un rang, et sans avoir la possibilité d'exercer l'action privilégiée de l'article 841 CC. Si le décès intervient en cours de procédure, après l'inscription provisoire, le ou les héritiers sont en principe substitués à la partie instantanée, selon les règles générales de procédure¹⁵¹. Mais, s'agissant d'une question purement procédurale, cette substitution ne donne aux héritiers que la qualité pour agir (Prozessführungsbefugnis), mais pas la légitimation active, qui suppose la réalisation des conditions légales en la

¹⁴⁸ PIOTET, DPS IV, p. 10.

¹⁴⁹ Dans ce sens, PEDRAZZINI, SPR VII/1, p. 551; contra GAUTSCHI, rem. 17 ad art. 378/379 CO.

¹⁵⁰ Voir plus haut section 2.3.

¹⁵¹ Voir art. 17 PCF; art. 69 CPC; HABSCHIED, p. 195.

personne des héritiers. Il s'agit là d'un problème de fond, le défaut de légitimation entraînant la perte du procès¹⁵². Le décès de l'entrepreneur entraînera dès lors la fin du droit à l'inscription, à moins que l'héritier ne remplisse lui-même les conditions de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, hypothèse qui devrait être rare mais qui ne saurait être exclue (par exemple lorsque la succession, avec la créance garantie, échoit au fils de l'ayant droit qui a été associé aux travaux).

La faillite de l'entrepreneur n'a pas du tout les mêmes conséquences. L'ouverture de la faillite fait tomber la créance en rémunération de l'entrepreneur dans la masse active, qui comprend l'ensemble du patrimoine devant être réalisé au profit des créanciers, et le droit à la garantie légale suit le même sort. Il est clair que dès ce moment l'entrepreneur ne pourra plus faire valoir ses droits lui-même, puisqu'il est déchu du droit de disposition sur ses biens¹⁵³ (art. 204 LP) et restreint dans ses facultés d'ester en justice¹⁵⁴. C'est à l'administration de la masse, respectivement à l'assemblée des créanciers (art. 238 LP) qu'incombe dès cet instant la décision de faire valoir le droit à l'inscription et d'entamer ou de poursuivre les procédures nécessaires. Ces organes faisant valoir les droits du failli, en lieu et place de celui-ci¹⁵⁵, et non des droits propres acquis par les créanciers à la suite de la faillite¹⁵⁶, il n'y a aucun obstacle à ce qu'ils puissent faire valoir le droit à l'hypothèque légale.

3.3.2 Le propriétaire

Le décès du propriétaire ouvre sa succession. L'immeuble susceptible d'être grevé d'une hypothèque légale est acquis par un successeur, *ipso jure* s'il s'agit d'un héritier ab intestat ou institué, ou d'une communauté d'héritiers (art. 560 al. 1 et 602 CC), et dès l'inscription au registre foncier s'il s'agit d'un légataire. L'obligation de constituer l'hypothèque légale, attachée *propter rem* à la propriété de l'immeuble, est mise normalement à la charge du nouveau propriétaire. Ce cas ne soulève guère de difficultés, si ce n'est éventuellement de procédure, puisqu'il faudra rechercher le cas échéant tous les membres d'une hoirie. En revanche, des

¹⁵² Voir sur ces différentes questions HABSCHEID, p. 173 à 179.

¹⁵³ Voir par exemple TAILLENS, p. 20 et 21.

¹⁵⁴ FAVRE, p. 265.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 283. Voir aussi ATF 106 Ib 366.

¹⁵⁶ Les créanciers n'acquièrent aucun droit sur le patrimoine du failli, et notamment pas la propriété. Voir par exemple AMMONN, p. 264.

problèmes peuvent surgir en cas de répudiation, d'acceptation sous bénéfice d'inventaire et de liquidation officielle de la succession.

Durant le délai de répudiation, les biens du défunt forment un patrimoine spécial, destiné à passer aux héritiers de remplacement (art. 572 CC) ou à être liquidé par l'office des faillites (art. 573 CC) en cas de répudiation¹⁵⁷. Ce patrimoine est géré, en principe, par l'héritier provisoire qui en est propriétaire, mais dont la gestion est restreinte, en vertu de l'article 571 alinéa 2 CC, aux actes nécessités par la bonne administration et la continuation des affaires, sous peine de déchéance du droit de répudier. La question est évidemment de savoir si ce même héritier, intimé dans une procédure d'inscription d'hypothèque légale, peut reconnaître la créance ou autoriser l'inscription (art. 22 al. 2 ORF), ou encore fournir des sûretés au moyen de biens provenant du patrimoine spécial (art. 22 al. 3 ORF). A notre avis, et sauf circonstances tout à fait particulières, ces différentes décisions que l'héritier provisoire peut être amené à devoir prendre restent dans le cadre autorisé par l'article 571 alinéa 2 CC, et doivent être considérées comme relevant d'une gestion raisonnable des biens¹⁵⁸, l'héritier pouvant être bien inspiré, en cas de doute, de requérir l'approbation de l'autorité cantonale compétente¹⁵⁹.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire d'un héritier du propriétaire pose un autre problème: seules les dettes inventoriées sont transmises avec la succession (art. 589 al. 1 CC), l'héritier en répondant sans limites (art. 589 al. 3 CC). Les créances non inventoriées ne peuvent en principe pas faire l'objet d'une action contre l'héritier (art. 590 al. 1 CC), la loi prévoyant toutefois deux cautèles en faveur des créances garanties par gage (dont le paiement peut être normalement exigé) et de celles qui n'ont pas été produites sans faute ou qui n'ont pas été inventoriées bien que produites (l'héritier n'en répond qu'à concurrence de son enrichissement, soit dans les limites fixées par les articles 62 et suivants CO, applicables par analogie)¹⁶⁰. S'agissant du droit à

¹⁵⁷ PIOTET, *Précis*, p. 122.

¹⁵⁸ PIOTET, DPS IV, p. 534 et ss, plus spécialement 537. Cet auteur considère en principe que la continuation des procès ou l'ouverture d'une procédure nouvelle urgente reste dans le cadre de l'administration autorisée par l'art. 571 al. 2 CC: *op. cit.*, p. 555.

¹⁵⁹ Dans le canton de Vaud, le juge de paix: art. 2 ch. 16 LVCC; art. 540 et ss CPC.

¹⁶⁰ Voir sur ces questions PIOTET, DPS IV, p. 729/730.

l'inscription, ces principes entraînent les conséquences suivantes: si une inscription provisoire a eu lieu, la créance de l'entrepreneur et son accessoire sont inventoriés d'office (art. 583 al. 1 CC) et peuvent être exercés normalement contre l'héritier qui accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, ou contre les héritiers de remplacement. Dans le cas contraire, il appartient à l'entrepreneur de faire porter sa créance à l'inventaire. S'il ne le fait pas, il est déchu du droit à la garantie, sauf dans l'hypothèse visée à l'article 590 alinéa 2 CC (défaut de production non fautif), qui ne lui permettra que d'obtenir une hypothèque limitée au montant de l'enrichissement de l'héritier soit, pratiquement, à la plus-value objective de l'immeuble.

Reste enfin le cas de la succession soumise à liquidation officielle (art. 593 et ss CC), qu'il ne faut pas confondre avec celui de la liquidation par l'office des faillites des successions insolubles ou présumées telles (art. 573 CC). La liquidation officielle est réservée aux successions solvables (art. 597 CC *a contrario*)¹⁶¹: elle a pour conséquence que le patrimoine du défunt reste la propriété des héritiers – avec création, s'il y a un héritier unique, d'un patrimoine spécial distinct de celui de l'héritier – mais est administré par un tiers désigné par l'autorité, dont la mission est définie par l'article 596 CC, et comprend notamment l'exécution des obligations du défunt, après qu'elles aient été inventoriées (art. 595 al. 2 CC), les règles des articles 580 et 581 CC s'appliquant par analogie¹⁶². Pratiquement, la position de l'entrepreneur quant à ses possibilités de requérir une hypothèque légale sera identique à celle qui vient d'être décrite dans l'hypothèse d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Nous renonçons à reprendre, dans le cadre de ce rapport, l'examen des problèmes posés par l'exercice du droit à l'inscription de l'hypothèque légale dans la faillite du propriétaire, si ce n'est pour rappeler que le Tribunal fédéral, après avoir longtemps résolu cette question par la négative, a opéré en 1969 un spectaculaire revirement de jurisprudence, que nous avons mentionné en passant au début de notre étude¹⁶³. Nous ne voulons pas revenir ici sur les raisons qui nous font considérer cette position comme erronée, et ne pouvant en tout cas pas se justifier par le caractère *propter rem* de l'obligation de constituer l'hypothèque légale¹⁶⁴.

¹⁶¹ Ibidem, p. 735.

¹⁶² Ibidem, p. 743.

¹⁶³ Voir ci-dessus section 1.1 et les citations mentionnées en note 5.

¹⁶⁴ DE HALLER, p. 51 et ss.

3.4 *La préemption*

3.4.1 Remarques préliminaires

A forme de l'article 839 alinéa 1 CC, l'inscription de l'hypothèque légale des entrepreneurs est possible dès le jour où l'ayant droit s'est obligé à exécuter le travail ou les ouvrages promis. Cette disposition n'a jamais suscité de grands commentaires bien que, placée dans le contexte qui réglemente l'institution, sa compréhension puisse poser des problèmes.

Il faut tout d'abord remarquer que le législateur semble manifester une intention délibérée de fournir aux gens de la construction la possibilité de se garantir avant même l'exécution de leurs propres prestations, un peu comme il l'a fait d'une manière générale pour toute partie à un contrat bilatéral, à l'article 83 CO, en allant il est vrai plus loin puisqu'il n'offre pas simplement la faculté de résilier le contrat¹⁶⁵. D'une manière générale, l'hypothèse d'une requête en inscription avant le début des travaux est considérée comme théorique, et par conséquent dépourvue d'intérêt, et de fait nous n'avons pas connaissance de décisions judiciaires traitant d'une telle situation. Il n'en demeure pas moins que l'article 839 alinéa 1 CC peut poser quelques problèmes. Si on excepte peut-être le cas du prix forfaitaire au sens de l'article 373 CO, le requérant aura passablement de peine à établir sa créance, ou même simplement à la rendre vraisemblable. La contradiction avec l'alinéa 3 n'a du reste pas échappé à la doctrine, qui a cherché à l'expliquer peut-être un peu facilement, soit par une distinction entre l'inscription provisoire et l'inscription définitive¹⁶⁶, soit en recourant à l'hypothèque maximale¹⁶⁷. A dire vrai, le premier alinéa de l'article 839 CC nous paraît surtout en contradiction avec les conditions mises par la loi à la naissance du droit de l'inscription: l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC ne fait pas dépendre celui-ci d'un engagement juridique de l'ayant droit, mais de prestations *effectuées* par une personne *employée* à un bâtiment ou à un ouvrage.

¹⁶⁵ Nous aurons l'occasion d'y revenir.

¹⁶⁶ Cf. WIELAND, rem. 1 ad art. 839 CC, qui n'explique toutefois rien.

¹⁶⁷ LEEMANN, rem. 4 ad art. 839 CC; SCHUMACHER, N° 335. Nous avons déjà exprimé notre scepticisme à l'égard de cette construction (voir ci-dessus section 2.2.3).

3.4.2 Le délai de préemption de trois mois et son point de départ: la fin des travaux

La deuxième alinéa de l'article 839 CC institue un délai de préemption de trois mois, ce qui signifie que le droit à l'inscription s'éteint irrémédiablement, sans possibilité de prolongation ni d'interruption du délai, si l'inscription n'est pas opérée dans les trois mois qui suivent la fin des travaux¹⁶⁸. Compte tenu du développement de la construction dans ce pays, et de l'extrême variété des situations que l'on peut rencontrer, l'existence d'un délai de forclusion pose toute une série de problèmes, à commencer bien sûr par la définition de ce qu'il faut entendre par achèvement des travaux. L'importance de la question doit à notre avis être soulignée, parce qu'il est certain que, dans la pratique, l'objection de la tardiveté de la requête sera un des seuls moyens de défense du propriétaire intimé dans une procédure d'inscription, en particulier d'inscription provisoire.

Selon une jurisprudence bien établie, qui n'a jamais été contestée par la doctrine, à notre connaissance, il y a achèvement des travaux quand l'ouvrage qui est l'objet du contrat d'entreprise a été exécuté et peut par conséquent être livré¹⁶⁹. Remarquons, en passant, que le Tribunal fédéral se réfère expressément, de par la terminologie utilisée, au contrat d'entreprise, à la différence du législateur¹⁷⁰. Quoi qu'il en soit, nous admettons avec notre Haute Cour que le moment déterminant est celui où l'ayant droit a fourni ses prestations, telles qu'elles sont définies par le contrat le liant à l'auteur de la commande. Il s'agit de l'instant à partir duquel l'entrepreneur est en mesure de livrer l'ouvrage effectué, et d'exiger sa rémunération (art. 82 CO). Décider quand les travaux ont été terminés est à la fois une question de fait et de droit: relève de l'établissement des faits la détermination des travaux réellement effectués à la date limite, alors que concerne l'application du droit le point de savoir si ces travaux permettent de livrer l'ouvrage¹⁷¹.

Dans le contrat d'entreprise, la fin des travaux ne se confond pas exactement avec la livraison de l'ouvrage, dont elle est évi-

¹⁶⁸ ATF 89 II 304 = JT 1964 I 171; ATF 95 II 31 = JT 1970 I 153. SCHUMACHER, № 337.

¹⁶⁹ ATF 101 II 253 = JT 1977 I 158; ATF 106 II 22 = JT 1981 I 20; SJ 1981, p. 103; SCHUMACHER, № 338.

¹⁷⁰ Mais l'exposé des motifs parle bien «d'achèvement des ouvrages» (p. 621).

¹⁷¹ ATF 102 II 208; SCHUMACHER, № 339.

demment une condition essentielle¹⁷², puisque le contrat d'entreprise en droit suisse a pour objet la fourniture d'un ouvrage, soit d'un produit fini que son destinataire doit pouvoir utiliser aux fins prévues¹⁷³. Schématiquement, il faut distinguer différentes phases: l'ouvrage est commandé, exécuté, livré/reçu, contrôlé cas échéant corrigé, accepté et enfin payé¹⁷⁴. L'achèvement des travaux appartient à la phase de l'exécution, et précède en principe immédiatement celle de la livraison ou réception, notions corrélatives¹⁷⁵ qui prennent une signification tout à fait décisive en l'espèce. Il faut ici rappeler que le Code des obligations ne connaît pas la réception provisoire, mais uniquement la réception de l'ouvrage (Abnahme, art. 367, 371, 372 CO) d'une part, et l'acceptation de celui-ci (Genehmigung) d'autre part. La livraison/réception est indépendante de la présence d'éventuels défauts, qui concernent en revanche l'acceptation de l'ouvrage reçu et son admission par le maître comme étant réalisé de manière conforme au contrat¹⁷⁶. Cette phase comporte normalement la remise matérielle – respectivement la restitution – de l'ouvrage achevé et réalisé dans chacune de ses parties conformément à la commande¹⁷⁷. Mais, s'agissant de constructions immobilières qui ne permettent pas une telle remise, la livraison consiste dans la communication, expresse ou tacite mais en tout cas reconnaissable, de l'achèvement de l'ouvrage au maître qui le considère de son côté comme terminé¹⁷⁸. Dans les contrats soumis aux normes SIA, cette communication ne peut pas être tacite, et elle se fait sous la forme d'un avis à la direction des travaux, soit normale-

¹⁷² GAUCH, N° 990.

¹⁷³ ATF 97 II 350 = JT 1972 I 280; SJZ 75 (1979), p. 132.

¹⁷⁴ Il s'agit, faut-il le rappeler, d'un schéma: il est évident que, dans la pratique, le paiement s'échelonne par acomptes successifs, s'agissant de constructions immobilières, le solde étant normalement retenu jusqu'à la fin du délai de garantie (normes SIA 118, art. 144, 145, 147 à 152).

¹⁷⁵ La livraison et la réception sont les deux aspects de la même opération. Voir GAUCH, N° 96 et DC 1981/2, p. 13, N° 8; OSER/SCHÖNENBERGER, rem. 1 ad art. 370 CO; SCYBOZ/GILLIÉRON, notes ad art. 372 CO; ATF 89 II 405 = JT 1964 I 251; voir aussi normes SIA 118 art. 157 al. 2 première phrase.

¹⁷⁶ GAUCH, N° 93 et 723; PEDRAZZINI, SPR VII/1, p. 524; ATF 89 II 405 = JT 1964 I 251. Contra GAUTSCHI, rem. 13 a ad art. 367 CO; rem. 4 ad art. 370 CO et rem. 4 litt. a ad art. 371 CO qui se réfère à la définition allemande (art. 640 BGB) et semble assimiler réception et acceptation.

¹⁷⁷ ATF 97 II 350 = JT 1972 I 284 et les arrêts cités. Voir aussi GAUCH, N° 91 et 92, et PEDRAZZINI, SPR VII/1, p. 523.

¹⁷⁸ ATF 89 II 405 = JT 1964 I 251.

ment l'architecte, à qui il appartient de constater l'achèvement de l'ouvrage, condition de la réception¹⁷⁹.

La recherche du point de départ du délai de l'article 839 alinéa 2 CC doit donc inciter les parties – et le juge – à déterminer le moment où l'ouvrage est en état d'être livré, respectivement reçu. L'essentiel n'est pas de savoir quand, dans la matérialité des faits, le dernier ouvrier employé sur l'ouvrage a terminé son travail¹⁸⁰, ni si les factures ont été établies¹⁸¹. L'entrée en jouissance du maître n'est pas davantage décisive, parce qu'elle peut intervenir avant l'achèvement des travaux¹⁸². Ce qui compte, c'est l'aptitude à la livraison de l'ouvrage à la date déterminante, c'est-à-dire au maximum trois mois avant le jour où l'inscription doit être opérée au registre foncier. Si la livraison a eu lieu, ou a tout le moins débuté, dans les contrats SIA, par l'avis de l'entrepreneur (art. 158 al. 1), il y en tout cas présomption que les travaux sont achevés.

Tout le reste est une question de preuve: en principe, il incombe à l'entrepreneur d'établir, ou en tout cas de rendre vraisemblable, que le délai de forclusion n'est pas échu, et non au propriétaire de prouver la tardiveté de la requête¹⁸³. Il faut toutefois relever que cette répartition du fardeau de la preuve est en principe correcte¹⁸⁴, mais qu'il faut en souligner le caractère théorique: le délai de l'article 839 alinéa 2 CC est stipulé en faveur du propriétaire, et pratiquement c'est bien ce dernier qui devra convaincre le juge que la préemption est acquise, le requérant pouvant se borner à alléguer sous une forme négative que les travaux n'ont pas été terminés plus de trois mois avant le dépôt de la requête.

Point n'est besoin d'insister, pensons-nous, sur la très fâcheuse incertitude résultant de l'extrême difficulté que l'on éprouve très souvent à fixer avec exactitude le point de départ du délai de

¹⁷⁹ Normes SIA 118 art. 158; SCHWAGER, DC 1980/3, p. 39, N° 6 litt. a.

¹⁸⁰ Les prestations non prévues dans le contrat, ou les simples finitions ou retouches, qui peuvent être différenciées intentionnellement, ne sont pas prises en considération: ATF 106 II 22 = JT 1981 I 20. Contra un arrêt tessinois qui paraît critiquable: DC 1979/1, p. 15, N° 27.

¹⁸¹ Une facture permet tout au plus de présumer que son auteur considère avoir terminé son travail: SJ 1981, p. 103.

¹⁸² PEDRAZZINI, SPR VII/1, p. 524; GAUCH, N° 100 et les arrêts cités. Voir toutefois normes SIA 118 art. 158 1 in fine, qui stipulent que le maître qui utilise de son propre chef l'ouvrage achevé est censé avisé de la fin des travaux.

¹⁸³ SJ 1981, p. 103.

¹⁸⁴ Sur le problème général de la répartition du fardeau de la preuve, notamment à propos de faits négatifs, voir DESCHENEAUX, DPS II/1, p. 233 et ss.

péremption, dans le système voulu par le législateur. Il faut se demander pourquoi le *dies a quo* n'a pas été fixé au moment de la livraison, qui dépend, s'agissant de constructions immobilières, non pas d'un simple fait ou ensemble de faits souvent difficiles à établir, mais d'une déclaration de volonté soumise à réception, conformément au principe général adopté implicitement par notre code pour les déclarations de volonté indirectes, c'est-à-dire entre absents¹⁸⁵. Un tel système présenterait l'avantage indéniable de fixer le point de départ du délai fatidique à un moment auquel la réglementation actuelle du CO, dans le domaine du contrat d'entreprise, accorde une importance capitale. La livraison/réception permet à l'entrepreneur d'exiger le prix de l'ouvrage (art. 372 CO) et fait partir le délai de prescription de cette créance (art. 130 CO); elle correspond au point de départ du délai de vérification (art. 367 al. 1 CO; normes SIA 118 art. 158 chif. 2), du délai de prescription de l'action en garantie des défauts (art. 371 CO), ainsi qu'au transfert des risques (art. 376 al. 1 CO; normes SIA 118 art. 157 ch. 2). On pourrait craindre, peut-être, que la péremption du droit de l'entrepreneur ne puisse être indûment reportée, puisqu'il appartient à l'ayant droit lui-même de fixer le *dies a quo* en choisissant le moment de la livraison. Le risque ne nous paraît toutefois pas déterminant, à la réflexion: d'une part, l'entrepreneur peut déjà, au bénéfice de la règle actuelle, ralentir la fin des travaux; d'autre part, et surtout, il n'a pas intérêt à retarder la livraison, soit parce qu'il risque la demeure, soit parce qu'il repousse également l'exigibilité de sa propre rémunération, soit enfin parce qu'il continue pendant ce temps à assumer les risques de perte par cas fortuit (art. 376 al. 1 CO).

Dans la mesure où on ne résout pas le problème de l'article 839 CC par la suppression de l'exigence de l'inscription, comme nous le proposerons, il y aurait sans aucun doute lieu de rattacher, par interprétation jurisprudentielle, le point de départ du délai à la livraison/réception, notion qui correspond pratiquement à la fin des travaux comme l'a constaté le législateur allemand (art. 646 BGB).

3.4.3 Le cas des contrats multiples

3.4.3.1 Le problème

La détermination du point de départ du délai de péremption de l'article 839 alinéa 2 CC dépend étroitement, comme nous

¹⁸⁵ GAUCH/SCHLUER/TERCIER, N° 158.

venons de le voir, du contrat lui-même liant l'entrepreneur à l'auteur de la commande. C'est en fonction de ce qui a été convenu entre parties que l'on peut délimiter les prestations dues par le requérant et décider, au vu du résultat de l'administration des preuves, si ce qui a été fait leur correspond.

Il nous faut souligner quelques conséquences découlant de cette constatation. D'une part, chaque ayant droit peut, dès qu'il a terminé ses propres travaux, requérir l'inscription d'une hypothèque légale, sans attendre l'achèvement de l'ensemble de la construction, pour autant bien sûr qu'il soit personnellement au bénéfice d'un contrat: c'est la confirmation de la règle selon laquelle chaque entrepreneur qui remplit les conditions légales dispose d'un droit indépendant à la garantie, même s'il n'est que sous-traitant. D'autre part, si l'exécution du contrat est interrompue, par exemple en cas de résiliation, il faut admettre que le droit à l'hypothèque légale devra être exercé, pour autant qu'il existe¹⁸⁶, dès la date de cette interruption¹⁸⁷. Enfin et surtout, chaque contrat doit être pris en compte en principe isolément. La question s'est très rapidement posée de savoir si ce principe devait s'appliquer également lorsqu'un entrepreneur a été mis en œuvre en vertu de plusieurs contrats distincts. La jurisprudence du Tribunal fédéral ayant dégagé des solutions nuancées, en particulier dans des arrêts récents, il nous paraît judicieux de nous y arrêter quelque peu.

3.4.3.2 L'arrêt Gigon

Dans cet arrêt déjà ancien¹⁸⁸, le principe a été posé que l'entrepreneur possède autant de créances qu'il y a eu de contrats, et que le délai d'inscription commence à courir «... pour chacun de ces contrats à partir de l'achèvement des travaux auxquels il se rapporte». Cette position, tout à fait claire et logique, paraît avoir été approuvée par la doctrine¹⁸⁹.

3.4.3.3 L'arrêt Le Trajan et les critiques de Steinauer

L'état de fait de cet arrêt¹⁹⁰, rendu en 1978, peut être brièvement résumé comme suit:

¹⁸⁶ Voir plus haut section 3.2.3.

¹⁸⁷ Voir SCHUMACHER, N° 350. ATF 102 II 208.

¹⁸⁸ ATF 76 II 134 = JT 1951 I 102.

¹⁸⁹ Cf. LEEMANN, rem. 15 ad art. 839 CC; SCHUMACHER, N° 363; STEINAUER, DC 1980/2, p. 26 et 27.

¹⁹⁰ ATF 104 II 348 = SJ 1980, p. 129.

Une société a fait construire un bâtiment et a adjugé à cette fin les travaux de béton armé et de maçonnerie à un entrepreneur qui a lui-même sous-traité la fabrication et la fourniture du béton dont il avait besoin à une autre entreprise. Aucun accord unique et préalable portant sur la fourniture du béton frais n'a été passé entre l'entrepreneur et le sous-traitant. Au contraire, l'entreprise de maçonnerie a commandé chaque livraison au fabricant de béton (en gros une cinquantaine en cinq mois), en indiquant chaque fois la qualité et le dosage au gré des besoins selon l'état d'avancement de la construction.

Se fondant sur ces constatations de fait, le Tribunal fédéral a considéré que la solution de l'arrêt Gigon, satisfaisante lorsque l'entrepreneur se voit attribuer divers travaux de nature différente, ne convenait pas en présence de commandes certes répétées mais identiques, pouvant être considérées comme «... *formant dans leur ensemble un seul travail spécifique*». Pour des raisons pratiques, et aussi pour tenir compte de la *ratio legis*, notre Haute Cour a admis que l'on puisse ne pas s'arrêter strictement à la forme juridique de la convention liant les parties, mais que l'on considère les relations de ces dernières dans leur ensemble.

Dans un bref commentaire de cet arrêt¹⁹¹, STEINAUER a regretté que l'on substitue un critère pragmatique à la solution claire et juridique dégagée par l'arrêt Gigon. Craignant pour l'égalité entre les justiciables et la sécurité du droit, cet auteur relève que le critère de l'arrêt Le Trajan ne devrait pas être généralisé, la règle de l'arrêt Gigon devant être considérée comme en principe applicable.

3.4.3.4 L'arrêt Mobag

Le hasard ayant voulu que le Tribunal fédéral soit, peu après l'arrêt Le Trajan, à nouveau confronté au problème, l'occasion a été offerte aux juges de Mon-Repos de préciser leurs vues. Il s'agissait cette fois¹⁹² de trois contrats passés entre deux sociétés constructrices et un entrepreneur, prévoyant respectivement l'exécution de parois moulées, de terrassements et du gros œuvre. Ces travaux furent exécutés à des périodes différentes, du reste par un sous-traitant. Ce dernier ayant requis et obtenu l'inscription d'une hypothèque légale pour l'ensemble du solde du prix lui restant dû, la question se posait à nouveau de savoir s'il fallait

¹⁹¹ Cité ci-dessus en note 189. Cf. également SCHUMACHER, DC 1982/1, p. 10 ss.

¹⁹² ATF 106 II 123. Voir aussi une note publiée au DC 1981/3, p. 57, N° 61.

prendre en considération, pour le calcul du point de départ du délai d'inscription, l'achèvement de la totalité de l'ouvrage, ou au contraire la fin des travaux prévus par chaque contrat particulier. Le Tribunal fédéral confirma à cette occasion la solution de l'arrêt *Le Trajan* en apportant quelques précisions intéressantes.

Il ne s'agit pas, affirme en substance notre Cour suprême, de substituer un critère «pragmatique» à un critère juridique, mais d'utiliser selon les circonstances celui qui est le mieux adapté. La solution de l'arrêt *Gigon* n'est pas satisfaisante lorsque des travaux, bien que prévus dans des contrats distincts «... sont à ce point imbriqués les uns dans les autres qu'ils forment un tout, et que les derniers travaux exécutés constituent en réalité l'achèvement de ce tout ...». En d'autres termes, le juge ne saurait, abstrairement, s'en tenir à l'existence de conventions juridiques formellement séparées, mais il doit bien plus, au regard des circonstances de l'espèce, se demander si les relations entre parties ne constituent pas, déjà dans l'esprit de celles-ci, une unité se prêtant mal ou pas du tout à être dissociée.

Ce raisonnement du Tribunal fédéral, même s'il ne supprime pas les objections de *STEINAUER*, nous paraît convaincant dans la mesure où il incite les autorités judiciaires à se fonder plus sur la réalité des faits que sur la forme juridique d'un acte ne correspondant pas nécessairement à la réelle volonté des parties. De même qu'en matière d'interprétation des contrats il faut s'efforcer de dégager, au-delà de la lettre, l'esprit de la convention¹⁹³, de même convient-il de rechercher ici, en fonction de l'attitude des parties avant et pendant l'exécution du contrat, si les prestations fournies par le requérant ne forment pas un tout. Il est certain que la tâche du juge, et en particulier du juge du fait, ne sera pas toujours aisée à cet égard. Pour prendre un exemple, on peut se demander laquelle des deux règles, de l'arrêt *Gigon* ou des arrêts *Le Trajan* et *Mobag*, devra être appliquée au cas d'un entrepreneur se faisant adjuger dans une première phase l'exécution des fenêtres d'un immeuble, et dans une seconde celle des stores ou des volets. Tout dépendra finalement des circonstances du cas, et il ne nous paraît pas que s'en remettre sur ce point à l'appréciation du juge comporte, pour la sécurité du droit et l'égalité entre parties, des risques inacceptables.

¹⁹³ *GAUCH/SCHLUEP/TERCIER*, N° 569 et les arrêts cités.

Chapitre IV. L'objet de l'hypothèque légale de l'entrepreneur

4.1 Introduction

Dans le système de la garantie voulue par le législateur, l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC institue ce que nous nous sommes permis d'appeler, en passant, une sorte de responsabilité légale du propriétaire d'un immeuble¹⁹⁴. Est affecté à la sûreté des créances d'entrepreneurs «... *l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail, ou du travail seulement*». Aux termes de cette définition, l'hypothèque légale ne peut grever qu'un objet non mobilier (art. 713 CC) sur lequel il est possible, matériellement, d'effectuer des travaux d'artisan ou d'entrepreneur, ou d'incorporer un ouvrage. Cet objet doit être en outre, juridiquement, un immeuble au sens de l'article 655 CC.

Il faut garder soigneusement à l'esprit ces deux exigences de la loi lorsque l'on tente de résoudre des cas où la difficulté est de déterminer précisément l'objet de l'hypothèque légale, autrement dit, techniquement, l'immeuble sur le feuillet duquel l'hypothèque sera inscrite. Nous allons examiner dans les pages qui vont suivre les solutions qui ont été proposées dans les cas où plusieurs immeubles entrent en ligne de compte, et où la difficulté consiste précisément à choisir l'objet du gage.

Malheureusement, et compte tenu de la nécessité de ne pas donner au présent rapport une ampleur excessive, nous avons dû renoncer à faire porter notre étude sur une série de problèmes qui concernent l'aptitude d'un immeuble à être l'objet d'une hypothèque légale d'entrepreneur, et il faut certainement le regretter, s'agissant de questions d'actualité, souvent, essentielles. Nous voudrions mentionner ici surtout le problème bien connu de la garantie au moyen de l'hypothèque légale de travaux effectués sur un immeuble appartenant au patrimoine administratif d'une collectivité publique. Nous renvoyons sur ce point essen-

¹⁹⁴ Voir plus haut p.228.

tiellement à l'étude de POUDRET¹⁹⁵, non sans signaler qu'en l'état de la jurisprudence il n'est pas possible d'inscrire une hypothèque légale d'entrepreneur sur le patrimoine administratif d'une commune¹⁹⁶ ou d'un canton¹⁹⁷, solution qui n'est certainement pas à l'abri de toute critique¹⁹⁸.

4.2 L'hypothèque légale pour des constructions concernant plusieurs immeubles

4.2.1 Le lotissement (Gesamtüberbauung)

Il s'agit du cas le plus simple, dans lequel des constructions ont été érigées en vertu d'un contrat collectif sur différentes parcelles. La solution de principe retenue par le Tribunal fédéral¹⁹⁹ est celle de la répartition, chaque bien-fonds étant grevé séparément pour un montant correspondant à la plus-value reçue, même si la division en lots a eu lieu postérieurement à la signature du contrat²⁰⁰. L'hypothèque légale collective est en principe exclue, sauf peut-être exceptionnellement «... lorsque les immeubles forment une unité économique par la destination que les travaux leur donnent»²⁰¹. Cette solution paraît avoir été approuvée.

¹⁹⁵ Mélanges ZWAHLEN, p. 497 et ss.

¹⁹⁶ ATF 95 I 97 = JT 1970 I 286.

¹⁹⁷ ATF 103 II 227 = JT 1978 I 322.

¹⁹⁸ Cf. DE HALLER, JT 1978 I 632 et ss. Il faut signaler que la Division fédérale de la justice était arrivée à une conclusion contraire, s'agissant précisément d'un bâtiment postal des PTT (JAAC 40 [1976] N° 20) en relevant avec une certaine pertinence que l'argument tiré de la solvabilité nécessaire des collectivités publiques n'était pas décisif, compte tenu de l'existence possible de sous-traitants sans relation juridique directe avec le maître de l'ouvrage.

Il est aussi intéressant de constater que le Tribunal fédéral n'hésite pas à admettre l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur sur un hôpital régional propriété d'une association privée (ATF 107 II 44) bien que les arguments invoqués par notre Haute Cour pour s'opposer au grèvement d'immeubles publics (la saisie et la réalisation de tels immeubles seraient inconciliables avec leur destination, savoir l'accomplissement d'une tâche publique) gardent intégralement leur valeur. La contradiction n'a du reste pas échappé à SCHUMACHER, (DC 1981/3, p. 58, N° 65), et il faut véritablement se demander si l'ensemble de la question ne mériterait pas d'être revu.

¹⁹⁹ ATF 102 Ia 85 = JT 1977 I 625.

²⁰⁰ Précisons tout de même, en passant, que le parcellement doit avoir été porté au registre foncier pour qu'une répartition du gage soit possible (art. 797 al. 2 CC).

²⁰¹ Par exemple l'édification d'une usine et de ses locaux annexes sur un terrain constitué par la réunion de plusieurs parcelles (JT 1977 I 625).

vée unanimement par la doctrine et la jurisprudence²⁰² et nous pouvons nous y rallier sans difficulté, en en soulignant deux conséquences pratiques: d'une part, le délai d'inscription doit être calculé séparément pour chaque gage²⁰³, et d'autre part il faudra diviser la créance totale en tenant compte de la valeur des travaux fournis sur chaque immeuble, ce qui pourra se révéler le cas échéant un véritable casse-tête²⁰⁴.

4.2.2 Le cas particulier de l'annexe commune (Anmerkungsparzelle)

Dans le cadre d'un lotissement, il arrive assez souvent que certaines installations destinées à desservir en commun tous les lots soient concentrées sur une parcelle immatriculée séparément au registre foncier (voies d'accès, garage collectif, places de jeu, etc.). Ce bien-fonds est détenu en co-propriété par les propriétaires du lotissement, et le feuillet qui lui a été ouvert au registre foncier mentionne non pas le nom des co-propriétaires, mais les numéros des biens-fonds appartenant à ces derniers, avec mention sur les feuillets correspondants (art. 32 ORF). Juridiquement, chaque part de co-propriété sur l'immeuble commun est rattachée *propter rem* au droit de propriété d'un des lots, la situation étant dans les faits – mais pas sur le plan juridique – assez semblable à celle d'un immeuble en propriété par étages, avec ses parties soumises à jouissance exclusive et ses parties communes.

La question s'est posée de savoir si l'entrepreneur requérant une hypothèque légale pour des travaux relatifs aux installations communes devait obtenir un gage unique sur l'immeuble de situation de celle-ci, ou s'il devait au contraire répartir ses prétentions, *pro rata valoris*, sur les biens-fonds «dominants». Un arrêt rendu récemment par le Tribunal cantonal du canton de Zurich²⁰⁵ a tranché en faveur de la seconde solution, mais il est loin de convaincre, bien qu'il ait été approuvé notamment par SCHUMACHER²⁰⁶. Il n'est certes pas contestable que les installations communes, annexes des constructions principales, leur

²⁰² Voir SCHUMACHER, N° 191 et ss et les références citées, auxquelles on peut ajouter récemment un arrêt argovien (AGVE 1979, p. 18) et un arrêt genevois (SJ 1981, p. 98 et ss).

²⁰³ Voir notamment un arrêt zuricois (RNRF 62 [1981], p. 278).

²⁰⁴ SCHUMACHER, N° 193.

²⁰⁵ ZR 79 (1980), p. 270.

²⁰⁶ N° 209; voir aussi SCHNEIDER, RNRF 57 (1976), p. 1 et ss, plus particulièrement p. 11.

soient liées de manière très intense, au point qu'il soit effectivement difficile de concevoir qu'elles en soient séparées, par exemple à l'issue d'une procédure de réalisation forcée²⁰⁷. Mais cela n'en fait pas pour autant, juridiquement, des accessoires (art. 644 et 645 CC), un immeuble n'étant par définition pas susceptible d'être rattaché accessoirement à un autre²⁰⁸. Il est vrai que le rattachement *propter rem* de la propriété d'un bien-fonds à celle d'un autre crée également une sorte de relation d'accessoriété, mais uniquement sur le plan de la technique du registre foncier²⁰⁹. Le fait que son propriétaire est désigné au registre foncier par la titularité d'un droit réel sur un autre immeuble n'empêche pas la parcelle concernée d'avoir une existence juridique propre et d'être, le cas échéant, grevée d'un gage que son propriétaire – ou ses co-propriétaires – au patrimoine duquel elle est incorporée, est tenu de subir en vertu de la loi. Nous ne voyons en tout cas pas pourquoi le mode particulier de désignation au registre foncier du propriétaire de l'immeuble litigieux pourrait empêcher que l'hypothèque légale ne soit inscrite, conformément au texte clair de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, sur l'immeuble qui a été matériellement l'objet des travaux. Peu importe, à cet égard, qu'en cas de co-propriété il se crée de par les circonstances une espèce de communauté forcée (*Zwangsgemeinschaft*) parce que l'affectation de l'immeuble objet de la co-propriété a un but durable et exclut le partage (art. 650 al. 1 CC). L'obligation *propter rem* de constituer l'hypothèque légale des entrepreneurs fait partie des charges de l'immeuble, que chaque co-propriétaire doit supporter au pro rata de sa part (art. 649 al. 1 CC), et il conviendra simplement de les actionner tous (art. 648 al. 2 CC). L'intérêt particulier qu'ils peuvent avoir à éviter la réalisation forcée n'est finalement pas tellement différent de celui de n'importe quel propriétaire à ne pas être privé de son bien, et ils pourront de toute façon échapper au danger en fournissant des garanties suffisantes (art. 839 al. 3 in fine CC). Mais nous ne voyons pas, encore une fois, en quoi des circonstances pourraient justifier une répartition du gage sur les biens-fonds appartenant en propre à chaque co-propriétaire, qui ne correspondent pas à la définition de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC.

²⁰⁷ SCHUMACHER cite l'exemple d'une installation de chauffage à distance desservant en commun une série d'immeubles distincts.

²⁰⁸ Cf. MEIER-HAYOZ, rem. 11 ad art. 644/645 CC; LIVER, SPR V/1, p. 44; TUOR/SCHNYDER, p. 526.

²⁰⁹ Voir notamment LIVER, cité en note précédente, et PIOTET, JT 1972 I 322, plus spécialement 328.

La situation peut en revanche se compliquer si les parts de propriété elles-mêmes ont été immatriculées au registre foncier (art. 655 al. 2 ch. 4 et 943 al. 1 ch. 4 CC, art. 10a ORF) et sont devenues des immeubles distincts à la fois de l'immeuble de base sur lequel elles portent et des biens-fonds distants appartenant en propre à leur titulaire. Doit en outre être examiné à part le cas de l'hypothèque légale demandée pour des installations annexes d'un immeuble au sens de l'article 676 alinéa 1 CC, mais situées sur un autre bien-fonds. La première hypothèse nous rapproche du problème de l'hypothèque légale sur la propriété par étages, et il sera traité comme tel plus loin. La seconde constitue un cas très particulier, mais intéressant, que nous évoquerons ici de manière malheureusement sommaire, renvoyant toutefois pour plus de détails aux explications de PIOTET²¹⁰.

4.2.3 L'hypothèque légale en garantie de travaux relatifs à une installation accessoire (art. 676 al. 1 CC)

Dans l'arrêt Quartz d'Hormy S.A. c/ Studer, du 16 décembre 1971²¹¹, le Tribunal fédéral a jugé d'une part qu'une installation de transport, d'évacuation et de stockage de matériaux extraits d'une gravière, située sur une parcelle voisine, devait être assimilée à une «autre conduite» au sens de l'article 676 alinéa 1 CC et exister comme servitude sans inscription au registre foncier en raison de son caractère apparent, et d'autre part que les travaux de construction de cette installation pouvaient donner lieu à une inscription d'hypothèque légale d'entrepreneur sur la gravière, cette dernière constituant l'entreprise visée par la loi.

Cette solution mérite d'être discutée au regard notamment des critiques exprimées par PIOTET. Ce dernier²¹² distingue trois hypothèses:

- l'installation de conduite accessoire est érigée au bénéfice d'une servitude personnelle cessible de superficie (seul cas visé par l'art. 676 al. 1 CC), et les travaux de construction ne peuvent pas être garantis par une hypothèque légale;
- s'il y a eu constitution d'une servitude foncière de superficie, l'hypothèque légale peut être inscrite sur le fonds dominant, même si ce dernier ne comporte pas d'ouvrage desservi par les conduites;

²¹⁰ JT 1972 I 322 et ss.

²¹¹ ATF 97 II 326 = JT 1972 I 337.

²¹² Cité ci-dessus en note 210.

- si ces dernières sont l'objet d'une servitude – nécessairement personnelle – de superficie constituée en droit distinct permanent, l'hypothèque légale est possible, mais elle doit grever le droit distinct et permanent lui-même.

Compte tenu de l'importance qui a été donnée à la notion de conduite, qui comprend notamment les téléphériques et les voies de raccordement²¹³, l'hypothèse d'une inscription d'hypothèque légale pour des travaux de ce genre est bien loin d'être théorique. Il vaut donc la peine de lui trouver une solution correcte, et il nous paraît utile de rappeler à cet égard deux principes de notre droit civil:

- l'hypothèque légale des entrepreneurs grève *l'immeuble* sur lequel des ouvrages ou bâtiments ont fait l'objet de travaux;
- conformément au principe de l'accession, consacré en d'autres termes par l'article 667 CC, les constructions sont partie intégrante du bien-fonds de situation. Ce principe s'applique aux conduites et autres installations traversant un immeuble mais supporte des exceptions, notamment lorsqu'il s'agit de constructions mobilières (art. 677 CC) ou d'accessoires d'une entreprise (art. 676 CC).

Le cas des constructions mobilières peut être laissé de côté, le problème de l'hypothèque légale ne se posant pas²¹⁴. En revanche, pour être considérée comme accessoire au sens de l'article 676²¹⁵, et échapper à la règle de l'accession et être rattachée *propter rem* à la propriété d'une entreprise, une installation doit

²¹³ Cf. MEIER-HAYOZ, rem. 10 ad art. 676 CC; HAAB, rem. 1 ad art. 676, approuvées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Quartz d'Hormy. Pour plus de commodité, nous parlerons par la suite d'installation, ce terme devant être compris au sens large.

²¹⁴ ATF 105 II 264. Il faut signaler que le Tribunal fédéral semble ne pas vouloir admettre facilement l'existence d'une construction mobilière, en tout cas en tant qu'il s'agit de décider de l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur. Dans la présente espèce, il a considéré que l'installation de garages préfabriqués donnait droit à la garantie légale, compte tenu à la fois de l'élément objectif (intensité du lien unissant la chose au fonds) et de l'élément subjectif (intention du propriétaire). Il a confirmé cette manière de voir, s'agissant de citernes à mazout métalliques posées à l'air libre sur des socles en béton (arrêt du 9 octobre 1980 commenté par SCHUMACHER, DC 1981/3, p. 57 N° 64).

²¹⁵ Il s'agit d'une notion d'accessoires différente de celle des articles 644 et 645 CC (ATF 97 II 37 = JT 1972 I 331; LIVER, SPR V/1, p. 189; MEIER-HAYOZ, rem. 34 ad art. 676 CC).

être en principe au bénéfice d'une servitude – normalement un droit de superficie –, éventuellement d'une concession d'utilisation du domaine public²¹⁶. Cette servitude peut être personnelle ou foncière, et elle suppose, comme normalement tout droit réel, un titre (contrat, jugement, loi) et une inscription au registre foncier, réserve faite du cas de la servitude apparente (art. 676 al. 3 CC).

Nous ferons abstraction du cas particulier de la concession d'utilisation du domaine public, qui pose encore d'autres problèmes, pour nous limiter à celui de la servitude. Il faut envisager deux hypothèses:

a) Celle d'une servitude foncière, dont le fonds dominant est soit l'immeuble de situation de l'entreprise, soit éventuellement, si celle-ci appartient à un superficiaire dont le droit a été immatriculé comme droit distinct et permanent, ce droit lui-même traité comme un immeuble (art. 655 al. 2 ch. 2 CC). L'arrêt Quartz d'Hormy admet que l'hypothèque légale grève alors le fonds dominant dont la servitude est en quelque sorte partie intégrante et suit nécessairement le sort. Cette solution, approuvée par la doctrine²¹⁷, doit être considérée comme correcte.

b) Celle d'une servitude personnelle dont le titulaire est le propriétaire de l'ouvrage desservi par l'installation, qu'il soit ou non simultanément propriétaire de l'immeuble de situation. L'inscription peut avoir lieu soit sur le fonds de situation de l'entreprise, soit sur celui des installations accessoires, c'est-à-dire sur le fonds servant de la servitude²¹⁸. La première solution a été retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Quartz d'Hormy, mais elle est critiquée, à notre sens à juste titre, par PIOTET²¹⁹: les travaux en question n'ont pas été directement incorporés à l'immeuble grevé, et celui-ci n'en bénéficie que très indirectement par l'utilité qu'en retire le propriétaire de l'entreprise qui y est située; on ne voit d'ailleurs pas pourquoi cet im-

²¹⁶ Cf. MEIER-HAYOZ, rem. 7 et ss ad art. 676 CC, plus particulièrement rem. 18, 23 et 29. Dans le même sens, voir LIVER, SPR V/1, p. 188 et le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Quartz d'Hormy (cons. 4). La position de HAAB, rem. 2 et ss, plus particulièrement 7 ad art. 676 CC paraît moins claire.

²¹⁷ PIOTET, *ibidem*, p. 326 et LEEMANN, rem. 20 ad art. 837 CC.

²¹⁸ Une troisième possibilité consiste à inscrire l'hypothèque légale sur la servitude elle-même, constituée en droit distinct et permanent. La question de l'inscription de l'hypothèque légale sur un droit distinct et permanent a fait l'objet d'études auxquelles nous nous permettons de renvoyer le lecteur (PIOTET, JT 1972 I 322 plus particulièrement 329 et de HALLER, p. 124).

²¹⁹ JT 1972 I 322 plus particulièrement p. 327 à 330.

meuble devrait être grevé lorsqu'il y a une simple servitude personnelle, et échapper à l'inscription lorsqu'il y a droit distinct et permanent, la situation au regard de la plus-value créée étant la même. D'un autre côté, faire porter l'hypothèque légale sur le fonds servant ne correspond pas au but recherché par le législateur: sans doute, les conduites ou installations sont-elles, physiquement, édifiées sur l'immeuble, mais elles ne le desservent pas économiquement et, surtout, elles en sont détachées juridiquement. Lorsqu'il refuse l'hypothèque légale pour des constructions mobilières, le Tribunal fédéral se fonde essentiellement sur le fait que celles-ci ne sont pas partie intégrante du fonds²²⁰ et, comme le relève PIOTET, la situation est ici analogue. Le fait que le propriétaire du fonds servant ne tire aucun bénéfice de l'installation accessoire construite sur son immeuble en vertu d'une servitude, et qu'il ne puisse pas en disposer, exclut qu'on lui impose l'obligation *propter rem* de constituer l'hypothèque légale. A cela s'ajoute que la créance garantie n'est dirigée ni contre lui, ni contre un entrepreneur mis en œuvre par lui²²¹. Il faut dès lors considérer, avec PIOTET, que les travaux d'un entrepreneur sur une conduite ou installation accessoire au sens de l'article 676 alinéa 1 CC ne donnent pas droit à l'hypothèque légale. Cette dernière n'est possible, sur le fonds dominant, que lorsqu'une servitude foncière a été créée – cas non visé par l'article 676 alinéa 1 CC – ou sur un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier.

4.2.4 L'hypothèque légale de l'entrepreneur dans la propriété par étages

4.2.4.1 La propriété par étages et son objet dans le Code civil suisse

Tel qu'il a été introduit dans le Code civil, le 1^{er} janvier 1965, le système de la propriété par étages consiste à attribuer au propriétaire d'étage une part de co-propriété sur un immeuble liée à un droit d'usage exclusif sur une partie déterminée de celui-ci²²². Il s'agit d'un droit réel «*sui generis*» à composante double: chaque propriétaire d'étage reçoit d'une part le droit de co-pro-

²²⁰ ATF 92 II 227 = JT 1967 I 264; ATF 105 II 264.

²²¹ Le rattachement *propter rem* de l'obligation de constituer l'hypothèque légale ne justifie pas la garantie de travaux commandés par un tiers. Cf. notamment PIOTET, JT 1970 I 136; DE HALLER, p. 109.

²²² Cf. MAGNENAT, p. 29.

priété, qui porte sur l'ensemble de l'immeuble, et d'autre part un droit exclusif de jouissance et d'administration portant sur des parties physiquement délimitées. Il n'y a pas parcellement matériel de l'immeuble²²³, la co-propriété en droit suisse se caractérisant comme un partage de l'exercice du droit de propriété sur une chose et non comme un partage de la chose elle-même²²⁴. Comme tout co-propriétaire, le propriétaire d'étage possède une part d'un immeuble, intellectuellement individualisée et assimilée juridiquement à un immeuble. Autorisé à participer à l'exercice du droit de propriété sur le tout, le propriétaire d'étage n'a pas un droit réel de propriété sur la partie de l'immeuble dont il a la jouissance exclusive²²⁵. La propriété par étages est ainsi en droit suisse un droit réel de participation aux facultés inhérentes à la propriété, très semblable bien que plus étendu et mieux protégé, au droit d'habitation du système de la co-propriété – servitude²²⁶, certaines facultés pouvant être exercées isolément, d'autres relevant de la communauté.

Très brièvement résumé²²⁷, l'objet de la propriété par étages est un immeuble avec un bâtiment comportant des parties susceptibles d'être aménagées intérieurement et utilisées séparément du tout. Ces unités, appelées étages mais pouvant se limiter à une partie d'étage ou au contraire s'étendre à plusieurs étages, doivent former un tout disposant d'un accès propre (art. 712 b al. 1 CC). Elles s'opposent aux parties communes dont la loi donne une liste non exhaustive (art. 712 b al. 2 CC).

Au registre foncier, on ouvre un feuillet pour l'immeuble entier (feuillet de base), qui reçoit toutes les indications de droits concernant cet immeuble, et un feuillet pour chaque quote-part (feuillet spécial) qui reçoit les inscriptions concernant exclusivement cette dernière. Sur le feuillet de base, le propriétaire est indiqué par renvoi numéroté aux feuillets spéciaux, chaque co-propriétaire étant mentionné au répertoire des propriétaires (art. 10 a ORF).

Deux points nous paraissent devoir être ici soulignés, parce qu'ils sont tout à fait essentiels pour aboutir à un raisonnement logique dans la recherche d'une solution correcte du problème de

²²³ Cf. LAURENT, p. 16.

²²⁴ Voir MEIER-HAYOZ, rem. 2 ad art. 646 CC.

²²⁵ Cf. FRIEDRICH, FJS 1301, p. 4.

²²⁶ Voir MAGNENAT, p. 17 et FLATTET, p. 14.

²²⁷ Pour un exposé clair et complet des grandes lignes de la réglementation de la propriété par étages, nous renvoyons à LAURENT, p. 18 et aux auteurs cités par lui.

l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur dans la propriété par étages:

- L'ouverture de feuillets séparés pour chaque part a toujours lieu lorsqu'un immeuble est constitué en propriété par étages, alors qu'elle n'est que facultative dans la co-propriété ordinaire²²⁸.
- Contrairement à la réglementation allemande, le feuillet du bien-fonds, respectivement de l'immeuble de base, n'est pas clos une fois les parts immatriculées²²⁹, le législateur ayant ici très clairement manifesté son intention de voir le bien-fonds subsister comme tel et rester juridiquement un immeuble susceptible d'être grevé séparément des parts²³⁰.

4.2.4.2 La mise en gage d'un immeuble en propriété par étages et ses conséquences dans la réalisation forcée

Nous abordons ici l'une des questions les plus compliquées que le législateur et les tribunaux de ce pays aient eu à régler en droit privé. L'entrée en vigueur en 1975 du régime de la propriété par étages a constraint le Tribunal fédéral à revoir la réglementation régissant la réalisation forcée des immeubles, et les juges de Mon-Repos ont démontré à cette occasion une maîtrise tout à fait remarquable des subtilités de notre système des droits réels, même s'ils ne sont pas toujours parvenus à éviter le traditionnel perfectionnisme helvétique²³¹. Il est hors de question d'exposer ici dans le détail le régime extrêmement difficile des gages dans la propriété par étages, et nous renvoyons aux études nombreuses et fouillées de la doctrine²³². Dans les grandes lignes, ce régime est le suivant:

- a) La propriété par étages détermine deux objets susceptibles d'être grevés d'un gage immobilier, soit l'immeuble comme tel et

²²⁸ Voir MEIER-HAYOZ, rem. 34 et 35 ad art. 646 CC. L'ouverture d'un feuillet pour la part de co-propriété reste évidemment nécessaire si on veut en faire, juridiquement, un immeuble au sens de l'article 655 CC.

²²⁹ Voir notamment LAURENT, p. 27 et LIVER, SPR V/1, p. 99.

²³⁰ Cf. Message du Conseil fédéral, FF 1962 II 1481.

²³¹ Ordonnance du Tribunal fédéral du 4 décembre 1975 modifiant l'ORI (ROLF 1976 I 164 et ss). Les juges de la Chambre des poursuites et faillites ont exposé très en détail leur manière de voir dans un rapport au Tribunal fédéral, du 18 septembre 1975 (BlschK 1976, p. 33 et ss), ainsi que dans une communication du 5 juillet 1976 adressée à l'inspecteurat du notariat du canton de Zurich (RNRF 57 [1976], p. 244–254).

²³² Outre LAURENT, p. 45 et ss, voir MEIER-HAYOZ, rem. 78 et ss ad art. 646 CC; HAAB, rem. 16 et ss ad art. 646 CC; KELLENBERGER, RNRF 58 (1977), p. 2; RUEDIN, RNRF 56 (1975), p. 321 et ss.

les parts; ces dernières peuvent être mises en gage collectivement (art. 798 al. 1 CC) ou individuellement (art. 646 al. 3 et 800 CC).

b) L'hypothèque – pour nous limiter à cette forme de gage immobilier – grevant l'immeuble comme tel est inscrite sur le feuillet de base. Elle constitue une charge supportée par les propriétaires d'étages en proportion de leur part (art. 712 h al. 1 CC), cette obligation étant rattachée *propter rem* à la propriété de la part²³³. A forme de l'article 648 alinéa 3 CC, l'inscription d'une hypothèque sur le feuillet de base n'est plus admise dès que l'une des parts a été grevée elle-même d'un gage.

c) L'hypothèque grevant une part est inscrite sur le feuillet spécial y relatif, mention en étant faite au feuillet de base (art. 47 al. 3 ORF). Le propriétaire d'étage est placé dans la même situation que n'importe quel propriétaire immobilier (art. 646 al. 3 CC).

d) La mise en gage simultanément et en garantie de la même créance de plusieurs parts, voire de toutes les parts, s'effectue également au moyen d'une inscription sur les feuillets spéciaux avec mention au feuillet de base. Si l'hypothèque est collective – ce qui suppose la réalisation des conditions de l'article 798 alinéa 1 CC – chaque part garantit la totalité de la créance; si elle est répartie, ce qui suppose l'accord des créanciers, les parts répondent du montant qui leur est «attribué», le partage se faisant normalement et sauf convention contraire *pro rata valoris*.

e) La co-existence de gage sur l'immeuble comme tel et sur les parts est possible. Il n'y a en principe pas de problème de rang, au sens strict, entre les gages grevant les parts et les charges inscrites sur le feuillet de base, s'agissant de deux objets juridiquement distincts²³⁴. En fait, toutefois, la réalisation forcée d'un gage inscrit au feuillet de base aboutit à l'adjudication en pleine propriété de l'immeuble entier, l'extinction de la co-propriété et la disparition des parts. Les créanciers au bénéfice d'une hypothèque sur celles-ci perdent l'objet de leur gage, et n'ont droit qu'à un éventuel solde afférant à la part engagée²³⁵. Pratiquement, le créancier-gagiste garanti par l'immeuble comme tel est désintéressé avant les créanciers au bénéfice de droits sur les parts, ce qui équivaut à une priorité de fait²³⁶. C'est pour tenir compte de cet

²³³ Cf. MEIER-HAYOZ, rem. 3 ad art. 649 CC; PETER-RUETSCHI, p. 40.

²³⁴ C'est en tout cas l'avis de la doctrine dominante et du Tribunal fédéral, cités par LAURENT, p. 110. Contra notamment OTTIKER, p. 223, critiqué par LAURENT, p. 71.

²³⁵ Cf. LIVER, SPR V/1, p. 77.

²³⁶ ATF 95 I 568 = JT 1970 I 570, plus spécialement 573.

élément que le législateur proscrit la mise en gage de l'immeuble postérieurement aux parts (art. 648 al. 3 CC) et que certains auteurs conseillent la répartition, dès la constitution de la propriété par étages, des gages inscrits au feuillet de base sur les feuillets spéciaux²³⁷.

f) Dans la procédure de réalisation forcée, il faut distinguer deux cas²³⁸:

- lorsque l'immeuble comme tel n'est pas grevé, la réalisation d'une part a lieu comme pour n'importe quel immeuble, par application des articles 25 à 72 ORI (par renvoi de l'article 73 litt. i ORI) et 73 alinéas 1 et 3 ORI pour la saisie, dispositions auxquelles il faut ajouter en cas de poursuite en réalisation de gage l'article 192 ORI, et en cas de faillite les articles 130 litt. a, b, c alinéa 1, d alinéa 1 et f ORI. En cas d'échec de la réalisation, les gages immobiliers qui grèvent la part s'éteignent, la créance hypothécaire devant être traitée comme une créance non garantie dans la mesure où il n'existe pas d'autre sûreté que la quote-part irréalisable;
- lorsque des hypothèques sont inscrites au feuillet de base, même si elles ne grèvent pas directement les parts, les co-propriétaires en répondent (solidairement ou *pro rata valoris*), et le fait que les créanciers puissent exiger la réalisation de l'immeuble et son adjudication en pleine propriété à un tiers diminue la valeur des parts. La réalisation est alors soumise à une réglementation spéciale: on cherche à obtenir, par entente entre les intéressés, la répartition du gage sur les parts (art. 73 litt. e al. 1 ORI), ou la dissolution de la propriété par étages (art. 73 litt. e al. 2 ORI). En cas d'échec, on vend uniquement la ou les parts concernées, l'adjudicataire succédant au débiteur en ce qui concerne les gages grevant l'immeuble comme tels et reprenant à proportion de sa part la créance garantie sans imputation sur le prix de vente (art. 73 litt. f et g ORI).

4.2.4.3 Le cas particulier de l'hypothèque légale de l'entrepreneur

L'hypothèque légale de l'entrepreneur permet à l'ayant droit de se faire payer par préférence sur le produit de réalisation de

²³⁷ Voir notamment LAURENT, p. 78. Cette opération de ventilation a été suggérée initialement par CHARLES BESSON, directeur du cadastre vaudois, dans une conférence du 17 avril 1970 aux membres de l'Association des préposés aux poursuites et de l'Association des employés de poursuites. Cette proposition n'a pas été suivie par le Tribunal fédéral (BlschK 1976, p. 37).

²³⁸ Voir MEIER-HAYOZ, rem. 78 et ss ad art. 646 CC; RUEDIN, RNRF 56 (1975), p. 329 et ss.

l'immeuble auquel il a incorporé ses prestations. Dans le système suisse de la propriété par étages, et compte tenu du fait que l'immeuble comme tel conserve une identité juridique manifestée au registre foncier par le maintien du feuillet de base, la garantie légale peut être fournie soit par l'immeuble lui-même, soit par les parts, et la difficulté consiste précisément à déterminer sur quel feuillet l'inscription doit être opérée.

Deux cas peuvent être rapidement réglés: d'une part, la créance de l'entrepreneur qui a travaillé uniquement sur les locaux soumis au droit exclusif d'un propriétaire d'étage sera garantie au moyen d'un gage grevant cette part²³⁹; d'autre part, l'hypothèque collective (art. 798 al. CC) sur les parts peut être pratiquement exclue, sauf dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, par exemple lorsque toutes les parts sont détenues par une seule et même personne, qui est en même temps maître de l'ouvrage.

Reste donc à examiner le problème que pose la garantie du paiement de travaux concernant sinon tout l'immeuble, en tout cas certaines parties communes en plus des parties privées. La solution consiste soit à grever l'immeuble comme tel, soit à répartir le gage sur les feuillets spéciaux, toute la question étant alors de savoir si la règle de l'article 648 alinéa 3 CC doit s'appliquer également au cas des hypothèques légales indirectes.

La doctrine quasiment unanime est d'avis que l'interdiction de grever l'immeuble comme tel alors que les parts sont elles-mêmes engagées concerne aussi les hypothèques légales, et elle en tire la conclusion que l'hypothèque légale de l'entrepreneur doit être répartie au *pro rata* de la valeur des parts (Wertquoten)²⁴⁰. Seul WIPFLI²⁴¹ est d'un avis contraire, et soutient que la seule solution correspondant véritablement au texte et à l'esprit de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC est d'inscrire l'hypothèque légale sur le feuillet de base, réserve faite bien sûr du cas où les travaux ne touchent pas les parties communes, mais concernent exclusive-

²³⁹ Cette solution paraît être admise sans problème par la doctrine: voir LAURENT, p. 86 et les auteurs cités, et SCHUMACHER, N° 182.

²⁴⁰ Voir surtout MEIER-HAYOZ, rem. 44 ad art. 648 CC et les auteurs cités. Cf. aussi LAURENT, p. 80 et ss, MAGNENAT, p. 132 et SCHUMACHER, N° 170 et ss, ce dernier auteur adoptant une position quelque peu particulière, puisqu'il distingue, s'agissant du mode de répartition, entre les travaux sur les parties communes (répartition selon la valeur des parts) et ceux qui ne concernent que les étages (répartition selon la valeur effective des prestations) N° 186. Un arrêt bernois (RJB 1977, p. 315) tranche en faveur de la répartition pro rata valoris.

²⁴¹ RNRF 52 (1971), p. 65 et ss.

ment les locaux soumis au droit exclusif d'un ou de plusieurs propriétaires d'étage. A notre avis, WIPFLI a raison, en substance pour les motifs suivants:

a) Il faut d'abord relever, avec le Tribunal fédéral dans l'arrêt Hausmann²⁴² que l'interdiction de grever la chose elle-même après que des gages ont été inscrits sur un ou des feuillets de parts n'a pas une portée absolue: rien n'empêche les co-propriétaires de grever l'immeuble comme tel d'un gage primant les charges sur les parts, ce qui nécessite bien sûr l'accord de tous les intéressés. L'article 648 CC, norme de droit dispositif et non impératif²⁴³, organise le pouvoir de disposition des co-propriétaires sur leur chose, et il ne peut trouver application que dans la mesure où ce pouvoir existe et n'est pas déjà restreint par d'autres normes qui sont, elles, de droit impératif. L'obligation *propter rem* de constituer les hypothèques légales de l'article 837 constitue une telle restriction.

b) Le législateur n'a pas laissé au choix des parties – ni du juge – le soin de désigner l'objet de l'hypothèque légale: il s'agit de l'immeuble, au sens matériel et juridique du terme, auquel un bâtiment ou un ouvrage a été incorporé notamment au moyen du travail et des fournitures du requérant, et de cet immeuble seulement. C'est justement parce que la loi détermine exactement l'objet de l'hypothèque légale que l'obligation de constituer celle-ci a été rattachée *propter rem* à la propriété de cet objet, de manière à ce que le titulaire ne soit pas gêné, voire empêché d'exercer son droit par d'éventuelles transactions portant sur l'immeuble, en particulier par un transfert de celui-ci à un tiers. L'entrepreneur qui remplit les conditions légales peut obliger le propriétaire actuel de l'immeuble à fournir la garantie légale, même s'il n'est pas lui-même débiteur de la créance²⁴⁴, et ce n'est pas parce que l'exercice des facultés découlant du droit de propriété est réparti entre plusieurs personnes dans la propriété par étages que l'on doit se croire autorisé à faire porter le gage sur un objet distinct, fût-ce seulement juridiquement, de celui que vise la norme légale.

c) Cet argument prend d'autant plus de poids que, dans le système suisse de propriété par étages, l'immeuble comme tel garde une existence juridique propre distincte de celle des parts. En 1963, le législateur a renoncé à ordonner la clôture du feuillet

²⁴² ATF 95 I 568 = JT 1970 I 570, plus spécialement 573.

²⁴³ Cf. MEIER-HAYOZ, rem. 2 ad art. 648 CC; HAAB, rem. 1 ad art. 648 CC.

²⁴⁴ Il faut résERVER le cas de l'acquisition de bonne foi, cf. DE HALLER, p. 46 et ss.

de base dès la constitution de la propriété par étages, et la répartition des charges sur les feuillets spéciaux. Il s'agit d'un choix fait en connaissance de cause, et la lecture de l'exposé des motifs révèle que les dangers que comporte pour la propriété par étages l'existence de charges sur l'immeuble lui-même, dangers qui constituent l'argument le plus souvent invoqué par les partisans de la répartition, n'avaient nullement échappé aux auteurs du projet²⁴⁵. Mais la propriété par étages en droit suisse n'est pas simplement une addition des parties privées, puisqu'elle suppose nécessairement l'existence d'éléments communs, qui sont même les plus importants (art. 712 b al. 2 CC). L'immeuble en propriété par étages constitue aussi un patrimoine communautaire dont la disposition, la jouissance et l'administration relèvent de la communauté des propriétaires d'étages qui, si elle n'a pas à proprement parler la personnalité juridique au sens des articles 52 et suivants CC, jouit d'une capacité civile qui lui est propre (art. 712 litt. 1 CC)²⁴⁶. Il est absolument normal que ce patrimoine communautaire, qui apparaît de manière indépendante au registre foncier, réponde des engagements qui concernent et dont bénéficie l'ensemble des co-propriétaires.

d) L'argument selon lequel l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur grevant l'immeuble comme tel met en péril l'existence même de la propriété par étages et peut entraîner la disparition des parts, ne peut pas être déterminant. Par définition, pour un propriétaire quel qu'il soit, la mise en gage de son bien comporte des risques de se voir privé de son droit de propriété, «exproprié» au profit des créanciers dans l'exécution forcée. La situation du propriétaire d'étage n'est pas différente, si ce n'est qu'il peut paraître choquant de lui faire courir ce risque en raison de l'insolvabilité – ou du refus d'exécution – de l'un ou l'autre de ses co-propriétaires. Mais le système de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC est ainsi fait: le propriétaire de l'immeuble qui a été l'objet des travaux est tenu *propter rem* de le mettre en gage, ou de fournir des sûretés suffisantes. Peu importe que son droit de propriété soit partagé entre plusieurs titulaires et exercé selon des modalités particulières, et peu importe qu'il soit ou non débiteur de la créance garantie: l'acheteur de l'immeuble ne peut pas invoquer qu'il a payé le prix, pas plus que le maître de l'ouvrage qui a payé l'entrepreneur général ne peut opposer ce fait au

²⁴⁵ FF 1962 II 1481 et 1482.

²⁴⁶ Cf. MICHAUD, p. 19 et 20.

sous-traitant²⁴⁷. On peut certes déplorer l'extrême rigueur que peut revêtir, selon les circonstances, l'obligation de constituer une hypothèque légale d'entrepreneur, mais cette rigueur n'est en tout cas pas propre à la propriété par étages, et nous ne voyons finalement pas de raison de traiter le propriétaire d'étage plus favorablement que n'importe quel propriétaire foncier.

e) Mais, en définitive, l'objection la plus sérieuse à la répartition de l'hypothèque légale des entrepreneurs sur les parts réside, à notre sens, dans la réglementation particulière concernant le rang de ce gage. Le législateur a renoncé à accorder aux ayants droit une hypothèque privilégiée, c'est-à-dire primant les gages antérieurs, et il a prévu que la garantie des entrepreneurs prendrait rang normalement en fonction de la date de son inscription. Deux règles particulières corrigent toutefois le système: les entrepreneurs concourent entre eux à droit égal (art. 840 CC) et ils ont une prétention à être désintéressés en priorité sur la part de collocation des créanciers de rang antérieur à concurrence de la valeur de l'ouvrage et des fournitures effectuées (art. 841 CC). La première disposition a pour but d'éviter de désavantager les maîtres d'état qui travaillent nécessairement après que d'autres ont terminé leurs travaux, alors que la seconde correspond à l'idée de base du système, qui est d'empêcher que la plus-value résultant des prestations des ayants droit ne soit réalisée, à leur détriment, au profit de tiers (propriétaires ou créanciers gagistes antérieurs). Or, la répartition de l'hypothèque légale sur les feuillets spéciaux des étages empêche ces correctifs de fonctionner. Comme on l'a vu, les gages sur l'immeuble comme tels priment en fait les gages sur les parts, parce que la réalisation de l'immeuble entraîne la perte des parts de co-propriété et des droits qui les grèvent; mais il n'y a pas entre eux de rapports de rang, au sens de l'article 813 CC²⁴⁸, parce qu'ils portent sur des objets juridiquement distincts. Les entrepreneurs dont les gages seraient répartis sur les parts verraient ainsi les titulaires d'hypothèques sur l'immeuble comme tel – y compris, éventuellement, un maître d'état au bénéfice d'une hypothèque légale – être désintéressés avant eux sans pouvoir faire valoir leur droit à l'égalité de rang (art. 840 CC) ou au privilège (art. 841 CC). On ne peut échapper

²⁴⁷ C'est le lieu de rappeler que, selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, erronée selon nous, le propriétaire est tenu de constituer l'hypothèque légale en garantie de travaux commandés à son insu par un locataire. Cf. DE HALLER, p. 105 et ss.

²⁴⁸ Voir arrêt Hausmann, cité ci-dessus en note 242.

à cet inconvénient – absolument majeur à nos yeux – que si la précaution est prise, au moment de la constitution de la propriété par étages, de répartir *tous* les gages existant sur l'immeuble²⁴⁹. Mais cette opération, si elle est à conseiller sans doute possible, ne peut être imposée au créancier gagiste, et nous ne voyons pas comment elle pourrait l'être au bénéficiaire d'hypothèque légale.

4.2.4.4 En définitive

L'hypothèque légale de l'entrepreneur sur un immeuble en propriété par étages grève l'immeuble comme tel et doit être inscrite sur le feuillet de base, hormis les cas où les travaux concernent exclusivement une ou plusieurs unités d'étages. Telle est donc la solution à laquelle nous arrivons au terme de nos réflexions sur ce problème, parce qu'elle est la seule qui corresponde au texte légal et qui permette de fournir aux ayants droit la protection que le législateur avait en vue, c'est-à-dire un gage sur l'objet de leurs travaux, avec la possibilité de s'en prendre aux créanciers gagistes de rangs antérieurs dont la priorité entraînerait une perte lors de la réalisation de ce gage. On ne voit pas comment, en l'état de la législation, et parce qu'une seule quote-part aurait, par hypothèse, été vendue et grevée pour elle-même, on pourrait refuser à l'installateur en chauffage ou au charpentier, par exemple, une hypothèque légale sur l'immeuble sur lequel ils ont travaillé, et les renvoyer à exercer leurs droits sur chaque part individuellement. Imposer une telle contrainte aux entrepreneurs revient non seulement à les obliger à supporter le risque de pertes que peut comporter l'existence de gages antérieurs sur le feuillet de base, mais encore à compromettre à la fois leur droit à l'égalité de rang entre maîtres d'état et à l'exercice du privilège de l'article 841 CC. Une telle conception dénature aussi bien le système de l'hypothèque légale des entrepreneurs que celui de la propriété par étages, qui, dans notre système légal et il faut le rappeler, ne consiste pas en la réunion de plusieurs propriétés distinctes, mais dans la répartition des facultés découlant du droit de propriété sur un immeuble.

Mais, si la solution dégagée ci-dessus nous paraît être la seule possible au regard du droit positif, cela ne veut pas dire qu'elle soit satisfaisante pour autant. A dire vrai, ses inconvénients sautent aux yeux, puisqu'en sauvegardant les intérêts de l'entrepreneur elle compromet ceux des propriétaires d'étages, ce qui est défendable à certains égards, et ceux des créanciers hypothé-

²⁴⁹ Ce que suggèrent notamment LAURENT et BESSON, cités en note 237 ci-dessus.

caires garantis par les parts, ce qui l'est moins. Comment attendre en effet d'un créancier qu'il se satisfasse de la garantie que représente l'unité d'étage, que ce soit conventionnellement ou par obligation (art. 648 al. 3 CC), s'il doit s'attendre à voir inscrire sur le feuillet de base une hypothèque légale d'entrepreneur postérieure en date? Une telle situation ne peut que nuire gravement au crédit du propriétaire d'étage, et par là même à l'institution de la propriété par étages elle-même.

4.3 L'hypothèque légale sur un immeuble intégré dans un périmètre de remaniement parcellaire

Les problèmes que soulève l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur sur un immeuble en propriété par étages soulignent bien les difficultés que l'on peut rencontrer lorsqu'il faut appliquer une disposition légale relativement précise à des circonstances concrètes qui peuvent évoluer et revêtir les aspects les plus divers. Lorsqu'il a défini l'objet de l'hypothèque légale comme étant l'immeuble pour lequel l'ayant droit a fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, le législateur ne pouvait évidemment pas imaginer tous les cas d'application possibles, en tenant compte notamment de l'évolution du droit. Le cas de l'immeuble faisant l'objet d'une procédure de remaniement parcellaire est tout à fait révélateur et il présente à cet égard un grand intérêt, même si l'on doit admettre son caractère véritablement exceptionnel.

Dans un arrêt Cuenet c/Liardet du 6 février 1969²⁵⁰, le Tribunal fédéral a eu à faire face à une situation très singulière: l'inscription d'une hypothèque légale était requise en garantie de travaux effectués sur un terrain n'appartenant pas au maître de l'ouvrage, mais destiné à lui être transféré à la suite d'un remaniement parcellaire, en échange de trois parcelles dont il était propriétaire. La question posée au Tribunal fédéral concernait en substance le point de savoir si l'hypothèque légale devait être inscrite sur les parcelles appartenant au maître de l'ouvrage, mais non construites – solution adoptée par l'autorité de première instance – ou si, au contraire, l'objet de l'hypothèque légale devait être l'immeuble qui avait effectivement reçu la construction, sans appartenir encore au constructeur. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision du premier juge – qui avait entre-temps été

²⁵⁰ ATF 95 II 22 = JT 1970 I 158.

cassée par l'instance de recours cantonale – en substance pour les raisons suivantes :

Une procédure de remaniement parcellaire réunit en une seule masse toutes les parcelles concernées. Chaque propriétaire concerné est tenu d'accepter la nouvelle parcelle qui lui sera attribuée par décision de l'autorité, chacun restant jusqu'alors propriétaire de sa ou ses parcelles de l'ancien état et pouvant en disposer, dans la mesure où il n'en résulte pas de préjudice pour le remaniement en cause. Durant la procédure, chaque propriétaire a une «prétention idéale» non encore matérialisée par une inscription au registre foncier, à l'attribution des autres terrains. Dans ces conditions, conclut le Tribunal fédéral, il était correct de requérir l'inscription sur la parcelle de l'ancien état, bien que ce ne soit pas sur cette parcelle que les travaux aient eu lieu, le gage devant ensuite être transféré, en application de l'article 802 CC, sur l'immeuble reçu en échange une fois les formalités du remaniement terminées et inscrites au registre foncier.

La solution retenue dans cette affaire est critiquable à deux points de vue: d'une part l'inscription a été opérée, contre le texte légal, sur un immeuble qui n'était absolument pas concerné par les travaux et qui n'en a retiré aucune plus-value; d'autre part, le système choisi par le législateur à l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, et en particulier le rattachement *propter rem* de l'obligation de constituer l'hypothèque légale, exclut l'hypothèse d'un transfert de gage d'une parcelle sur une autre, à forme de l'article 802 CC.

Une procédure de remaniement parcellaire comporte toujours les caractéristiques suivantes, quelles que soient les modalités particulières prévues par la législation cantonale: dans un certain périmètre, à un ancien état des parcelles, succède un nouvel état des parcelles. A un moment déterminé, par décision étatique, la propriété change de mains, les nouveaux propriétaires acquérant leurs droits sur leurs nouvelles propriétés avant toute inscription au registre foncier. Avant cette décision, qui est attributive de propriété, chaque propriétaire d'une parcelle de l'ancien état conserve son droit de propriété, affecté toutefois d'une restriction du droit de disposer lui interdisant tout acte de disposition pouvant compromettre le remaniement.

Durant le déroulement de cette procédure, il n'existe pas d'incertitude quant à l'identité des propriétaires des différentes parcelles concernées, que ce soit dans l'ancien état ou dans le nouveau. Même en admettant, avec le Tribunal fédéral, que chaque propriétaire de l'ancien état a une prétention «idéalisée» à l'at-

tribution de l'une ou l'autre des parcelles du nouvel état²⁵¹, il ne dispose pas sur elles d'un droit réel de propriété, avant que la décision de transfert n'ait été prise. Nous ne voyons dès lors pas pourquoi il faudrait renoncer à appliquer tout à fait normalement la loi, en faisant porter l'hypothèque légale sur l'immeuble qui a été l'objet des travaux. Il est dépourvu de sens de rattacher *propter rem* au droit de propriété sur un immeuble l'obligation de constituer l'hypothèque légale et d'admettre en même temps que cette dernière puisse être transférée d'une parcelle à une autre, parallèlement à un changement de propriétaire. Par définition, l'hypothèque légale et l'obligation de la constituer ne peuvent concerner qu'un seul et unique immeuble, à la différence d'un gage conventionnel, et un transfert à forme de l'article 802 CC est tout à fait exclu. On peut s'en convaincre facilement en imaginant à quel résultat conduirait la solution de l'arrêt Cuenet appliquée à une situation inverse: au lieu d'ordonner l'inscription de l'hypothèque légale sur un immeuble qui n'a pas été l'objet des travaux, pour la transférer au moment de l'entrée en vigueur du nouvel état sur la propriété construite, il faudrait, dans la logique de l'arrêt Cuenet, également transférer l'hypothèque légale de la parcelle qui a bénéficié des travaux sur l'immeuble attribué au maître de l'ouvrage dans le nouvel état. Un tel transfert est en contradiction absolue avec le système voulu par le législateur, qui a rattaché *propter rem* à la propriété de l'immeuble en cause l'obligation de constituer l'hypothèque légale précisément pour éviter qu'une mutation du droit de propriété sur cet immeuble ne gêne ou compromette l'exercice du droit de l'entrepreneur. Dans la situation de fait qui était celle de l'arrêt Cuenet, l'obligation de constituer l'hypothèque légale incombait au propriétaire de la ou des parcelles de situation du bâtiment, et non au maître de l'ouvrage.

Il est vrai que cette solution revient à imposer l'obligation de fournir la garantie légale à un propriétaire qui n'est pas débiteur de la créance garantie. Il s'agit là d'une objection tout à fait sérieuse, à nos yeux, parce que nous avons soutenu, et soutenons encore, que le fait que le droit de l'entrepreneur soit rattaché, du côté passif, à la propriété de l'immeuble en cause ne saurait étendre le champ d'application de la garantie à d'autres créances que celles qui sont visées par l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC (créance contre le propriétaire ou un entrepreneur). Mais cet

²⁵¹ Le Tribunal fédéral se référerait-il, implicitement, à la notion d'expectative de droit réel (Anwartschaft)? Voir ci-dessus p. 205 sections 1.2.2.4.

obstacle ne devrait pas gêner le Tribunal fédéral, qui admet qu'un propriétaire doit souffrir l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur pour des travaux ordonnés par un locataire²⁵².

Il faut dès lors bien admettre qu'il n'est pas facile de résoudre correctement, au regard des dispositions actuelles, le problème posé par l'existence d'une procédure de remaniement parcellaire. En réalité, le choix est le suivant: ou bien on accepte, comme le fait le Tribunal fédéral, que l'hypothèque légale peut garantir la créance d'un tiers, qui n'est ni le propriétaire ni un entrepreneur, et la solution de l'arrêt Cuenet est certainement erronée. Ou bien l'on s'en tient strictement à la définition légale des créances susceptibles d'être garanties par l'hypothèque légale, et on en arrive à la conclusion que l'inscription ne peut être ordonnée ni sur l'immeuble qui a été l'objet des travaux, parce que le requérant ne dispose pas d'une créance que la loi met au bénéfice de la garantie légale, ni sur l'immeuble appartenant au débiteur de l'entrepreneur, parce que cet immeuble n'a pas été l'objet des travaux²⁵³. On peut comprendre que les juges de Mon-Repos, face à une telle alternative, aient jugé un tel résultat choquant, et qu'ils se soient estimés en droit de combler une lacune de la loi. Mais il aurait été souhaitable d'une part qu'ils le disent et d'autre part qu'ils recourent alors à une solution analogue à celle retenue dans le cas des travaux commandés par un locataire.

²⁵² Depuis le célèbre arrêt Robusti (ATF 92 II 227 = JT 1967 I 264).

²⁵³ Il est des circonstances qui excluent le fonctionnement de la garantie légale.

Voir par exemple le cas de l'installation accessoire (art. 676 al. 1 CC) érigée au bénéfice d'une servitude personnelle. Voir section 4.2.3 ci-dessus.

Chapitre V. Deux points délicats à propos du privilège de l'article 841 CC: la détermination du sujet passif de l'obligation d'indemniser l'entrepreneur et le mode de calcul de l'indemnité

5.1 Introduction

La question de la nature juridique du privilège, tel qu'il est prévu à l'article 841 CC et organisé à l'article 117 ORI, est depuis longtemps l'objet d'une controverse dans laquelle il nous paraît inutile d'entrer au cours de cette étude²⁵⁴. Selon la démonstration de PIOTET²⁵⁵, il faut admettre qu'il s'agit d'une action personnelle en indemnisation, de nature délictuelle ou quasi délictuelle²⁵⁶, accessoire de l'hypothèque légale et rattachée *propter rem* du côté passif à un droit bénéficiant d'un rang préférable, cette créance étant en outre doublée d'un privilège de poursuite soumis à préemption (dix jours dès l'avis de l'office des poursuites) qui permet de prélever l'indemnité sur la part de collocation du créancier de rang antérieur (art. 117 al. 2 ORI) ou d'attribuer à l'entrepreneur la co-titularité partielle d'un droit de gage délégué à l'adjudicataire (art. 117 al. 3 ORI).

Depuis qu'elle a été proposée par le professeur lausannois, cette construction n'a pas été critiquée à notre connaissance. Il semble même que le Tribunal fédéral envisage de s'y rallier²⁵⁷, encore que sa jurisprudence récente témoigne de grandes hésitations²⁵⁸. De toute manière, ce n'est encore une fois pas ce point

²⁵⁴ Voir PIOTET, RNRF 53 (1972), p. 141 et ss et les auteurs cités.

²⁵⁵ Ibidem. Voir aussi RNRF 49 (1968), p. 208 et ss.

²⁵⁶ Donc soumise à la prescription annale de l'art. 60 CO.

²⁵⁷ ATF 100 III 57 = JT 1975 II 72, plus spécialement 78 «... des motifs qui méritent d'être considérés avec attention parlent en faveur de l'opinion selon laquelle l'action de l'art. 841 CC correspondrait de toute façon à une obligation réelle grevant le gage immobilier dès l'origine ...».

²⁵⁸ Après avoir considéré longtemps que l'action de l'entrepreneur était de nature personnelle, par analogie avec l'action révocatoire de la LP (ATF 39 II 285 et 302 = JT 1913 II 106 et 107), le Tribunal fédéral refuse depuis quelque temps de se prononcer clairement (ATF 96 III 126 = JT 1972 I 226 cons. 8; ATF 105 II 11 cons. 2 in fine), cette réticence pouvant s'expliquer par le fait qu'il

qui va nous retenir dans les lignes qui vont suivre, que nous consacrerons à l'examen de deux questions précises: la légitimation passive à l'action, d'une part, et le mode de calcul de l'indemnité, d'autre part.

5.2. *La légitimation passive à l'action: le créancier de rang antérieur*

L'article 841 CC impose l'obligation d'indemniser les entrepreneurs aux «créanciers de rangs antérieurs». Que cette rédaction soit trop vague n'a pas besoin d'être souligné²⁵⁹ et force est dès lors bien de se livrer à une interprétation.

Se référant à la *ratio* de cette disposition, qui tend à réservier pour la garantie des entrepreneurs la plus-value résultant de leurs activités et de leurs apports, le Tribunal fédéral considère qu'est tenu de payer l'indemnité celui qui prive les ayants droit de cette sécurité en obtenant un gage excédant la valeur du terrain²⁶⁰. Selon notre Haute Cour, sont donc visés en premier lieu les créanciers au bénéfice d'un gage immobilier, auxquels il faut assimiler les titulaires de droit de gage mobilier constitué par le propriétaire sur un titre de gage immobilier grevant l'immeuble²⁶¹. Cette définition, qui paraît approuvée par SCHUMACHER²⁶², n'est certes pas contestable, mais elle est à l'évidence insuffisante.

D'une part, compte tenu de la règle de l'article 840 CC, qui impose l'égalité de rang des entrepreneurs entre eux, quelle que soit la date d'inscription de leur gage, il est possible que la perte subie par le bénéficiaire d'une hypothèque légale soit due, en tout cas en partie, à une hypothèque *postérieure en rang*. Dans une telle hypothèse – sans doute assez théorique – on peut admettre qu'il serait arbitraire de s'en tenir strictement à la lettre de

s'agit souvent de trancher des questions de for, et que des raisons assez évidentes militent contre l'application du for personnel de l'art. 59 CF à l'action privilégiée de l'art. 841 CC. Dans la jurisprudence précitée (JT 1972 I 239), le Tribunal fédéral s'est distancé de l'opinion émise par WIELAND, rem. 2 ad art. 841 CC, qui voit dans l'action de l'entrepreneur une action révocatoire identique à celle de l'art. 288 LP.

²⁵⁹ Voir notamment HAEFLIGER, p. 36, MAILLEFER, p. 38.

²⁶⁰ ATF 100 II 314 = JT 1976 I 244, plus spécialement 247.

²⁶¹ ATF 100 III 57 = JT 1975 I 72. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question du gage mobilier constitué par un tiers sur un titre de gage immobilier. Cette solution, qui est peut-être la seule praticable en l'état de la législation, est certainement discutable (cf. PIOTET, RNRF 53 [1972], p. 152).

²⁶² N° 512.

l'article 841 CC et qu'il faut, comblant une lacune de la loi, autoriser l'ayant droit à faire valoir sa créance également contre un créancier gagiste postérieur en rang. Telle paraît bien être la position de la doctrine²⁶³ à laquelle nous nous rallions, bien qu'il ne soit pas facile de se résoudre à appliquer une disposition légale contre son texte clair.

D'autre part, en raison de son rattachement *propter rem*, du côté passif, à la titularité de droit, notamment de gage, portant atteinte aux droits de l'entrepreneur, la créance de celui-ci peut par définition être exercée contre le cessionnaire de ce gage. Mais il faut ici distinguer: si la règle de l'article 841 alinéa 1 CC s'applique sans problème lorsque le créancier de rang antérieur est au bénéfice d'une hypothèque²⁶⁴, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un titre de gage, parce que l'on se heurte aux dispositions spéciales protégeant la bonne foi des acquéreurs de papiers-valeurs²⁶⁵. Avec PIOTET, il faut admettre que l'entrepreneur ne peut se faire indemniser par le cessionnaire qu'en cas de dol de celui-ci, c'est-à-dire lorsqu'il y a dessein de priver l'entrepreneur de son privilège²⁶⁶. Dans les autres cas, le cessionnaire est protégé, l'entrepreneur devant s'en prendre au cédant en application de l'article 841 alinéa 2 CC, et faire valoir une créance non privilégiée.

Enfin et surtout, la logique du système de l'article 841 CC implique que le bénéficiaire du privilège puisse s'en prendre à d'autres personnes qui ne sont pas nécessairement créanciers hypothécaires, mais dont les droits ont des effets analogues²⁶⁷. C'est ainsi que le droit à l'excédent du produit de réalisation que possède le titulaire d'une servitude ou d'une charge foncière radiée à la suite d'une double mise à prix demandée par un créancier gagiste de rang antérieur a le même effet pour l'entrepreneur qu'un droit de gage préférable en rang, en ce sens qu'il

²⁶³ Cf. LEEMANN, rem. 12 ad art. 841 CC; HAEFLIGER, p. 36 et 37; MAILLEFER, p. 38 et 39.

²⁶⁴ Lorsqu'une obligation propter rem est occulte, c'est-à-dire qu'elle n'apparaît pas au registre foncier, elle lie tout acquéreur, même de bonne foi. Cf. PIOTET, RNRF 49 (1968), p. 196; DE HALLER, p. 42.

²⁶⁵ Voir art. 872 CC, qui correspond aux articles 979, 1007, 1143 et 1146 CO. Cf. PIOTET, RNRF 53 (1972), p. 148 et 149.

²⁶⁶ Ibidem, p. 150. Cet auteur souligne avec d'autres (voir notamment HAEFLIGER, p. 39), que, pratiquement et compte tenu de la charge maximum prévue par l'art. 848 CC pour la lettre de rente, l'hypothèse ne concerne que la cédule hypothécaire. Pour le cas particulier de l'obligation hypothécaire au porteur, voir HAEFLIGER, p. 42 et ss.

²⁶⁷ C'est la constatation faite par PIOTET, RNRF 49 (1968), p. 211 et ss.

peut aussi le priver de la plus-value résultant de ses travaux. Il en va de même des restrictions du droit d'aliéner annoté au registre foncier (droit d'emption, bail, etc.) et des créances ordinaires bénéficiant d'un droit d'exécution forcée antérieur à l'hypothèque légale et profitant de cette plus-value²⁶⁸. Comme le relève avec raison PIOTET²⁶⁹, il ne serait pas admissible que ces ayants droit soient mieux traités que les créanciers hypothécaires, et cet auteur considère à bon droit qu'il appartient au juge, dans le cadre de l'article 1 alinéa 2 CC, d'éviter une telle injustice en les incluant dans la liste des défendeurs possibles à l'action de l'article 841 CC.

5.3 *Le calcul de l'indemnité*

5.3.1 La règle de partage

De par son fonctionnement, le privilège de l'article 841 CC a pour objet le partage du produit de la réalisation forcée d'un immeuble entre deux ou plusieurs ayants droit, ou catégories d'ayants droit. Si les règles selon lesquelles ce partage doit être effectué ne sont pas toujours d'une compréhension aisée, le principe retenu par le législateur peut s'énoncer de manière relativement simple: il faut distinguer deux parts distinctes dans le montant que les créanciers retirent de la vente forcée d'un immeuble grevé d'hypothèque légale; la première, appelée «la valeur du sol» est répartie entre les différents créanciers normalement, en fonction de leur rang; la seconde, correspondant à la plus-value résultant des travaux, est attribuée en priorité aux entrepreneurs. Le calcul de l'indemnité due à ces derniers par les créanciers de rangs antérieurs suppose donc que l'on commence par déterminer la «valeur du sol» pour la soustraire du produit net de la réalisation, le solde étant affecté totalement ou partiellement à la satisfaction prioritaire des entrepreneurs, selon une procédure faisant entrer en ligne de compte l'existence de la créance garantie par hypothèque légale, l'utilisation des crédits de construction, la perte subie par les ayants droit, son caractère reconnaissable et son lien de causalité avec la constitution des gages de

²⁶⁸ Le jugement de faillite, ou une saisie, entraîne également une restriction au droit d'aliéner, dont l'annotation (art. 960 al. 1 ch. 2 CC) n'est que déclarative (cf. DE HALLER, p. 49 et 50).

²⁶⁹ Cité ci-dessus en note 267, plus particulièrement p. 213.

rangs antérieurs, ainsi que la nécessité de répartir l'ensemble de la plus-value entre les différents ayants droit²⁷⁰.

5.3.2 La part des créanciers de rangs antérieurs: «la valeur du sol»

Il est certain que l'expression utilisée par le législateur pour définir le montant du produit de la réalisation forcée qui échappe au privilège de l'entrepreneur ne saurait être prise à la lettre : par valeur du sol, il faut entendre la valeur objective de l'immeuble, construit ou non, avant le début des travaux dont le paiement est garanti par les hypothèques légales. Ce point ne paraît pas contestable, et n'est du reste pas contesté à notre connaissance²⁷¹.

En revanche, se pose la question de savoir à quel moment l'estimation de cet élément doit être faite, et cette question revêt une importance considérable si on considère les fluctuations importantes et parfois rapides de la valeur des immeubles et la longueur des travaux de construction. Le problème est, en d'autres termes, de déterminer à qui doit profiter une plus-value – ou éventuellement une moins-value, encore que l'hypothèse apparaisse assez théorique dans la conjoncture actuelle – de l'immeuble, non comprises les prestations des constructeurs. Dans l'arrêt Bonomo Söhne²⁷², le Tribunal fédéral a jugé que la «valeur du sol» devait être estimée au moment de la réalisation de l'immeuble, ce qui revient à exclure que le privilège des entrepreneurs puisse porter sur une éventuelle plus-value conjoncturelle.

Dans le même arrêt, notre Haute Cour a également décidé que la «valeur du sol» devait être augmentée de la quote-part afférante des intérêts et des frais. Enfin, dans un arrêt Zimmermann déjà cité²⁷³, le Tribunal fédéral a estimé que lorsque les travaux concernaient la réparation ou la transformation d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage, la valeur du terrain et du bâtiment comprenait la totalité des charges de l'immeuble avant l'exécution des travaux, les entrepreneurs n'ayant droit qu'au surplus.

5.3.3 L'objet du privilège: la valeur des travaux et fournitures de matériaux

²⁷⁰ ATF 105 II 14.

²⁷¹ Voir LEEMANN, rem. 16 ad art. 841 CC; HOMBERGER, FJS N° 638, p. 5; SCHUMACHER, N° 487; MAILLEFER, p. 15; ATF 82 II 18 = JT 1956 I 233.

²⁷² ATF 86 II 145 = JT 1961 I 85 cons. 2. Dans le même sens, LEEMANN, rem. 36 ad art. 841 CC.

²⁷³ Cf. note 271 ci-dessus.

Le solde résultant de la soustraction de la « valeur du sol », telle que définie ci-dessus, du produit de réalisation représente l'objet sur lequel peut porter la prétention des entrepreneurs à une indemnité. Il s'agit d'un montant maximum qui, compte tenu des conditions posées par la loi, ne leur sera pas nécessairement attribué, leurs droits étant limités à plusieurs égards.

La première limite résulte de la condition légale de la perte subie: ce n'est que si et dans la mesure où le produit de la réalisation ne couvre pas la créance garantie par l'hypothèque légale que l'ayant droit peut s'en prendre à la part de collocation des créanciers de rangs antérieurs, cette perte correspondant à la différence entre le montant de l'hypothèque légale et sa propre part de collocation²⁷⁴.

Une seconde restriction – liée d'ailleurs à la première – résulte de l'exigence d'un rapport de causalité entre la perte de l'entrepreneur et la constitution des gages de rangs antérieurs: l'entrepreneur n'est pas lésé par l'attribution aux créanciers de rangs antérieurs d'une part de collocation allant au-delà de la « valeur du sol » dans la mesure où la créance couverte par cette part correspond à des montants qui ont été utilisés effectivement pour payer les constructeurs. Ces sommes sont soustraitees des prétentions de ces derniers, et profitent aux créanciers de rangs antérieurs qui peuvent ainsi prétendre être payés en priorité, conformément à leur rang, non seulement sur la « valeur du sol » mais également sur la valeur de la construction créée par les titulaires d'hypothèques légales au moyen des fonds qu'ils ont effectivement mis à leur disposition²⁷⁵.

Enfin, le droit des entrepreneurs est encore limité par l'article 841 CC en ce sens que, en vertu d'une jurisprudence constante²⁷⁶, ils ne peuvent se faire indemniser de leurs pertes que proportionnellement à leur propre participation à l'ensemble des frais de construction. Il convient de préciser, à cet égard, qu'il faut prendre en considération non pas le rapport existant entre la créance du demandeur et le montant total des créances d'entrepreneurs, mais du rapport existant entre la plus-value réelle résultant du travail du demandeur et la plus-value réelle due à la construction entière²⁷⁷.

²⁷⁴ Cf. notamment MAILLEFER, p. 11 et les auteurs cités. SCHUMACHER, N° 475.

²⁷⁵ Arrêt Bonomo Söhne, cité ci-dessus en note 272.

²⁷⁶ ATF 76 II 142 = JT 1951 I 107; ATF 82 II 18 = JT 1956 I 233.

²⁷⁷ Cf. MAILLEFER, p. 14.

Chapitre VI. L'hypothèque légale de l'entrepreneur: un vieil édifice solide mais des travaux de restauration nécessaires

6.1 Réflexions générales

Etant ainsi arrivé au terme de notre analyse du droit positif, il est temps de nous retourner sur l'itinéraire parcouru pour tenter de tirer quelques enseignements des difficultés affrontées.

Avant de le faire, toutefois, il nous paraît utile de consacrer quelques instants de réflexion à une question véritablement fondamentale, qui est de savoir s'il se justifie toujours d'accorder une protection privilégiée aux gens de la construction.

Nous nous sommes référé, tout au début de ce rapport, à la *ratio* générale des dispositions du Code civil garantissant les créances d'entrepreneurs. Un examen attentif des travaux préparatoires nous apprend que ces règles étaient conçues comme une véritable législation anti-abus, visant à protéger les ayants droit contre des spéculations caractérisées tendant à s'approprier à bon compte les prestations des artisans et entrepreneurs employés à un immeuble²⁷⁸.

Il est possible que dans les premières années du siècle, la situation de la construction immobilière ait été telle que nous la décrivent les auteurs de notre code, c'est-à-dire apparemment dominée par gens malhonnêtes. Mais nous doutons que des motifs aussi particuliers puissent justifier aujourd'hui encore la sollicitude de la loi à l'égard de gens qui ne sont certes pas les seuls à s'exposer, dans la conclusion et l'exécution d'un contrat bilatéral, aux risques que représente un co-contractant insolvable. Le monde de la promotion et de la construction immobilières est certes ce qu'il est, mais il n'apparaît pas que ce risque doive être considéré comme exceptionnellement élevé dans ce domaine

²⁷⁸ Dans son rapport (p. 618), EUGÈNE HUBER expose les «... manœuvres typiques au moyen desquelles des spéculateurs peu scrupuleux parviennent à acheter des maisons à des prix dérisoires en recourant aux services de prête-noms insolubles». Voir aussi le Message du Conseil fédéral, p. 80 et 81.

particulier. Aucun commerce ne se fait sans risque, et l'obligation d'effectuer des prestations «à découvert», c'est-à-dire en faisant, dans une mesure plus ou moins grande, crédit à ses partenaires, est pratiquement générale de nos jours.

La justification dogmatique du droit à l'hypothèque légale de l'entrepreneur réside dans la nécessité de protéger une partie à un contrat contre la mise en péril de ses droits par l'insolvabilité ou la détérioration de la situation financière de son partenaire. Elle doit s'apprécier au regard des règles générales prévues par le législateur à cet effet, que les dispositions de l'article 837 CC complètent en quelque sorte sur des points particuliers. En réglementant l'exécution des contrats bilatéraux, la loi prévoit deux cautèles générales: le droit à l'exécution simultanée (art. 82 CO) et le droit à une garantie (art. 83 CO). La première permet d'opposer une exception dilatoire en refusant sa prestation jusqu'à ce que le co-contractant s'acquitte de son obligation, ou offre de le faire. La seconde donne la possibilité de ne pas exécuter le contrat si une garantie n'est pas fournie, et même de s'en départir avant même que le risque d'inexécution de la contre-prestation ne se soit réalisé, c'est-à-dire avant que cette dernière ne soit exigible (art. 107 CO). Il s'agit ici avant tout de protéger la partie qui doit exécuter la première, parce qu'il faut lui donner la possibilité de prévenir la survenance du dommage – ou d'en diminuer l'importance – qu'elle subirait si elle devait attendre que les conditions de la demeure soient réalisées, la résiliation à ce moment-là et la réclamation de dommages-intérêts n'ayant plus qu'un intérêt limité, pour ne pas dire nul, en cas d'insolvabilité²⁷⁹.

Mais la faculté de retenir sa prestation jusqu'à ce que l'autre partie s'exécute, offre de s'exécuter ou garantisse l'exécution, que certains auteurs assimilent à un droit de rétention personnel²⁸⁰, ne suffit pas encore à assurer la protection recherchée, parce qu'elle ne permet souvent pas d'éviter le dommage, et qu'elle ne procure pas le moyen de le compenser. La situation de celui qui doit réaliser et livrer un ouvrage l'illustre tout à fait bien: livraison et paiement ont en principe lieu «trait pour trait», que ce soit en vertu de la règle générale de l'article 82 CO, ou de

²⁷⁹ La règle est conçue pour les contrats bilatéraux parfaits, c'est-à-dire dans lesquels les prestations des parties s'échangent, mais s'applique par analogie aux contrats bilatéraux imparfaits (voir GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 1079 et les arrêts cités).

²⁸⁰ Cf. OFTINGER/BÄR, rem. 202 ad art. 895 CC; GIGER, rem. 189 ad art. 184 CO.

la règle spéciale de l'article 372 alinéa 1 CO, mais l'exécution précède nécessairement la livraison²⁸¹. L'article 82 CO ne protège pas l'entrepreneur, et ne joue qu'en faveur de son partenaire. L'article 83 ne lui fournit qu'une couverture très partielle, dans la mesure où il peut l'invoquer avant d'avoir commencé l'exécution de l'ouvrage, ce qui suppose que les conditions légales (insolvabilité) soient déjà réalisées et connues. La résiliation en cours d'exécution ne le prémunît que dans la mesure où, libéré de l'obligation de livrer, il peut être désintéressé sur la valeur de l'ouvrage, ce qui suppose qu'il puisse faire réaliser celui-ci, soit comme propriétaire, soit comme créancier gagiste.

Tous ces éléments n'ont certes pas échappé aux auteurs de notre code, qui ont prévu dans nombre de cas d'accorder un droit réel de gage, dont le but est certes d'autoriser un débiteur à retenir sa prestation en invoquant une exception, mais aussi et surtout de créer un droit réel sur la chose d'autrui permettant non seulement de garder cette chose, mais encore de la faire réaliser pour se payer sur le prix de vente. Il s'agit bien sûr du droit de rétention général de l'article 895 CC, mais aussi des différents droits spéciaux institués par la loi en faveur par exemple du bailleur (art. 272 CO), de l'employeur et du travailleur (art. 339 a al. 3 CO), du mandataire (art. 401 al. 3 CO), du commissionnaire (art. 434 CO), du voiturier (art. 451 al. 2 CO) et de l'entrepositaire (art. 485 al. 3 CO)²⁸².

Tels sont les objectifs et la justification de l'hypothèque légale de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC: compléter la protection très insuffisante résultant des articles 82 et 83 CO par un droit réel de rétention sur l'ouvrage fourni; compte tenu du fait que cet ouvrage est incorporé à un objet immobilier, ce qui exclut un droit de rétention proprement dit²⁸³, il ne reste qu'à recourir à l'hypothèque²⁸⁴.

Cette solution correspond à la systématique de notre droit, qui se caractérise par une tendance certaine à chercher à garantir au moyen d'un droit réel de gage les intérêts de la partie qui, dans un contrat bilatéral, est tenue de s'exécuter la première.

²⁸¹ ATF 94 II 161 = JT 1969 I 650; l'entrepreneur est débiteur d'une prestation préalable (en allemand: vorleistungspflichtig). Voir BECKER, rem. 6 ad art. 83 CO; GAUTSCHI, rem. 2 ad art. 372 CO.

²⁸² Voir sur tous ces cas de rétention, souvent soumis à des règles spéciales, OFTINGER/BÄR, rem. 184 et ss ad art. 895 CC.

²⁸³ Cf. OFTINGER/BÄR, rem. 28 ad art. 895 CC.

²⁸⁴ L'hypothèque est le seul gage immobilier dont le titre peut être légal (voir PIOTET, RNRF 44 [1963], p. 66).

On pourrait certes se demander s'il ne conviendrait pas de rechercher dans le domaine des sûretés personnelles des solutions certainement moins compliquées. Nous pensons en particulier aux possibilités qu'offre la technique très développée des assurances dans le domaine de la construction²⁸⁵. Mais, à vrai dire, les objections demeurent nombreuses. D'une part la possibilité existe déjà aujourd'hui pour le propriétaire de substituer à l'hypothèque légale une garantie personnelle (garantie bancaire, cautionnement), et nous ne croyons pas que l'on puisse affirmer que cette faculté a permis de résoudre les problèmes de manière satisfaisante. D'autre part, il faudrait alors que la loi oblige directement le propriétaire qui veut entreprendre des travaux sur un immeuble à fournir des sûretés, en dehors du système de l'article 83 CO et indépendamment des conditions posées par cette norme générale, ce qui serait particulièrement fâcheux pour la systématique du code.

En réalité, la recherche de solutions autres que l'hypothèque légale permet à celui qui la tente de laisser libre cours à son imagination: on peut penser à toutes sortes de systèmes²⁸⁶, mais on s'aperçoit assez vite que chacun d'entre eux comporte passablement d'inconvénients, et que l'idée de donner à celui qui fabrique un ouvrage un droit réel sur celui-ci, avec la possibilité de se faire payer sur le produit de réalisation, est probablement la meilleure²⁸⁷.

Il n'en demeure pas moins que l'adaptation du système actuel aux exigences de la vie pratique s'impose si on veut bien penser un instant aux innombrables problèmes que pose l'application de l'article 837 CC, et dont les pages qui précèdent ne sont qu'une brève évocation. Dans cet esprit, nous allons rechercher tout d'abord s'il n'est pas possible d'éliminer les difficultés considérables résultant de la nécessité de faire inscrire l'hypothèque légale (délai péremptoire, inscription provisoire) et du rang partiellement privilégié de cette dernière. Nous tenterons ensuite de pro-

²⁸⁵ Le problème de l'assurance dans la construction a notamment été mis à l'ordre du jour du Séminaire pour le droit de la construction, Fribourg 1981 (exposé de M. R. Brehm).

²⁸⁶ Voir par exemple REGAMEY dont la thèse, antérieure à l'entrée en vigueur du Code civil, énumère et commente différents projets en droit suisse et allemand notamment.

²⁸⁷ Il n'est pas inintéressant à cet égard de constater que l'Allemagne (art. 647 et 648 BGB) et la France (art. 2095 et 2103 du Code civil français) recourent également à un système de sûretés réelles grevant l'immeuble sur lequel les ayants droits ont travaillé.

poser une solution à ce qui constitue sans conteste le défaut majeur de la législation actuelle, soit la concurrence de droits indépendants à la garantie légale au profit de l'entrepreneur général et du sous-traitant, avec les risques de double paiement qui en découlent pour le propriétaire.

6.2 Pour une hypothèque légale sans inscription

6.2.1 Une solution souhaitée et souhaitable

L'idée de remplacer le système actuel de l'hypothèque légale indirecte, c'est-à-dire résultant d'une prétention légale à l'inscription d'un gage immobilier ordinaire, par une hypothèque dont le titre serait directement la loi et dont l'existence ne dépendrait pas de l'inscription au registre foncier ne date pas d'aujourd'hui. PIOTET²⁸⁸ l'a suggérée plusieurs fois, et les auteurs de la loi du 19 décembre 1963 modifiant le livre quatrième du Code civil (introduction de la propriété par étages) paraissaient proposer à leur corps défendant un système analogue à l'actuelle hypothèque légale de l'entrepreneur en ce qui concerne le droit de gage de la communauté des co-propriétaires pour les contributions échues (art. 712i CC), regrettant au fond de devoir préférer la sécurité du droit à la simplicité²⁸⁹.

Il ne fait pas de doute que la réglementation actuelle pourrait être avantageusement simplifiée par l'institution d'un gage légal existant directement de par la loi. Seraient en particulier résolues toutes les difficultés relatives à l'inscription provisoire soumise à préemption, au rang, ainsi qu'à l'opposabilité dans l'exécution forcée et en cas d'acquisition de bonne foi²⁹⁰. Il est non moins évident qu'une hypothèque légale occulte comporte de graves inconvénients sur le plan de la sécurité des transactions, surtout si elle est privilégiée, totalement ou partiellement. Avant donc de nous rallier à une réforme aussi fondamentale du système de l'actuel article 837 CC, il nous paraît nécessaire de rappeler quelques principes applicables aux droits réels existant sans inscription.

²⁸⁸ RNRF 49 (1968), p. 210 et 211; JT 1970 I 142.

²⁸⁹ FF 1962 II 1498; voir aussi OTTIKER, p. 83 et ATF 106 II 183 = JT 1981 I 214.

²⁹⁰ Voir sur ces différentes questions DE HALLER, p. 39 et ss.

6.2.2 Hypothèques légales et restrictions de la propriété

L’obligation faite à un propriétaire de subir un droit de gage légal constitue une des restrictions que notre ordre juridique impose à une institution qu’il garantit et protège par ailleurs comme un droit constitutionnel. Sans vouloir ni pouvoir entrer dans le détail des régimes juridiques des différentes restrictions²⁹¹, il n’est pas inutile d’en rappeler les grandes lignes.

Au sens large, sont des restrictions du droit de propriété toutes les limites fixées par le droit objectif et toutes les charges résultant de l’existence de droits subjectifs d’autrui. Au sens étroit, le concept se réduit aux restrictions résultant de la loi, que ce soit dans le domaine du droit privé ou dans celui du droit public, soit aux restrictions légales proprement dites. Celles-ci se divisent en restrictions directes et indirectes. Les premières sont générales et définissent le contenu du droit dont elles sont partie intégrante (art. 641 al. 1 in fine CC), et elles n’apparaissent pas au registre foncier (art. 680 al. 1 CC)²⁹². Les secondes sont régies pour l’essentiel par les articles 680 à 703 CC, et consistent en limitations du droit d’aliéner (art. 681 à 683 CC), en obligations découlant des rapports de voisinage (art. 684 à 698 CC), en certains droits sur les fonds d’autrui (art. 699 à 701 CC) ainsi qu’en divers pouvoirs reconnus aux collectivités publiques (art. 702 et 703 CC). Elles sont en quelque sorte potentielles, en ce sens qu’elles ne grèvent la propriété d’un immeuble que dans certaines conditions, et correspondent en général à un droit d’autrui sur cet immeuble, soit sous la forme d’une obligation *propter rem*, soit sous celle d’un droit réel. Lorsqu’elles comportent la constitution d’un droit réel, celui-ci est inscrit au registre foncier, conformément au principe général de la publicité des droits réels, à moins que la loi ne prévoie expressément le contraire.

6.2.3 Les hypothèques légales et le registre foncier

L’hypothèque est la seule forme de gage immobilier dont le titre puisse être légal²⁹³. On peut dire que notre code recourt

²⁹¹ On renvoie sur ce point à la doctrine très abondante. Pour les auteurs les plus récents, voir MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, rem. 339 et ss et rem. 52 et ss ad art. 680 CC; HAAB, rem. 18 ad art. 641 CC et Vorbemerkungen ad art. 667 CC. rem. 2 et ss; LIVER, SPR V/I, p. 194 et ss.

²⁹² La référence faite à l’alinéa 2 de l’article 680 CC à l’exigence d’un acte authentique et d’une inscription est une erreur. Voir à ce sujet les explications de LIVER, SPR V/I, p. 198.

²⁹³ Voir ci-dessus note 284.

assez volontiers au système de l'hypothèque légale, cette tendance s'étant notamment manifestée lors de ses plus récentes modifications²⁹⁴.

En ce qui concerne l'inscription constitutive au registre foncier, la loi l'exige en principe (art. 837 et ss, 779d, i, k et 712i CC), mais aménage des exceptions importantes (art. 808, 810 al. 2, 819 CC), et laisse aux cantons la liberté d'en décider pour les hypothèques légales de droit public (art. 836 CC). Il reste à examiner rapidement quelles sont les conséquences de ces différents régimes.

L'hypothèque légale indirecte (donc correspondant au type de l'actuel article 837 CC) n'existe que par l'inscription, qui est constitutive, qui fixe son rang et lui attribue une case hypothécaire fixe (art. 813 CC)²⁹⁵. Sous réserve d'un privilège éventuel, résultant d'une disposition légale spéciale, il s'agit d'un gage immobilier tout à fait ordinaire.

L'hypothèque légale directe, donc indépendante d'une inscription constitutive, peut néanmoins apparaître au registre foncier, soit sous la forme d'une inscription déclarative ou d'une mention, dont la portée concerne essentiellement l'opposabilité du droit dans l'exécution forcée et au tiers de bonne foi, soit sous celle d'une inscription conservatoire, dont l'effet est d'empêcher l'extinction du droit après un certain délai²⁹⁶. Elle peut aussi être tout simplement occulte, c'est-à-dire ne pas être susceptible d'être inscrite au registre foncier.

En ce qui concerne le rang, l'hypothèque légale sans inscription constitutive peut être privilégiée, c'est-à-dire qu'elle prime toutes les charges inscrites sur l'immeuble. C'est le système des articles 808 et 810 CC notamment, ainsi que de certaines hypothèques légales de droit public cantonal²⁹⁷. Les droits de ce genre concourent entre eux à égalité de rang, les hypothèques légales de droit public primant toutefois celles de droit privé (art. 836 CC). Lorsqu'elles ne sont pas privilégiées, elles ont un rang qui est fixé par la date de leur naissance, qui correspond à celle de la

²⁹⁴ Loi fédérale du 19 décembre 1963 introduisant la propriété par étages (art. 712i) et loi fédérale du 19 mars 1965 révisant les dispositions du Code civil et du Code des obligations sur le droit de superficie et le transfert des immeubles (art. 779d et i).

²⁹⁵ Cf. TUOR/SCHNYDER, p. 660, note 23; GUHL, SJZ 11 (1914), p. 34 et ss; LEEMANN, rem. 15 ad art. 836 CC.

²⁹⁶ Voir sur ces questions PIOTET, RNR 44 (1963), p. 69 et ss.

²⁹⁷ Pour le canton de Vaud, par exemple, voir art. 190 al. 2 LVCC.

créance garantie, et elles sont donc primées par les charges de rang antérieur, inscrites ou non.

Autre chose est le point de savoir si ces hypothèques légales participent au système légal des cases fixes (art. 813 et 815 CC) qui modifie les règles relatives au rang des gages immobiliers (le rang est déterminé non pas par le moment de la constitution du gage, mais par celui de la création de la case, qui peut être antérieure à la naissance du droit réel)²⁹⁸. Ce système s'applique sans autre aux gages conventionnels, et les auteurs l'admettent également pour les hypothèques légales soumises au principe de l'inscription constitutive²⁹⁹. Une telle réglementation est toutefois mal adaptée aux hypothèques légales sans inscription, parce que la primauté des cases libres sur l'hypothèque légale permet le cas échéant au propriétaire d'enlever toute valeur pratique à celle-ci. Si ce risque est acceptable en matière d'hypothèque conventionnelle, parce que le titulaire consent à la postposition de son droit, il ne l'est pas pour les gages légaux, parce qu'on impose au créancier des restrictions voulues unilatéralement par le propriétaire. Selon PIOTET³⁰⁰, qu'il faut approuver à notre avis, l'hypothèque légale non privilégiée doit profiter des cases libres et prendre le meilleur rang possible d'après l'état de celles-ci, son extinction libérant à nouveau la case, sauf s'il s'agit d'une hypothèque occulte.

6.2.4 Propositions

Compte tenu de toutes les données du problème, il nous paraît qu'il faut garantir la créance des entrepreneurs au moyen d'une *hypothèque légale occulte privilégiée, garantissant le prix des travaux effectués après mention de leur début au registre foncier, et s'éteignant à l'échéance d'un délai de trois ans dès la réception de l'ouvrage.*

Quelques explications sont ici nécessaires:

a) On peut légitimement se demander s'il ne convient pas de retirer les dispositions réglementant la garantie des entrepreneurs du Code civil pour les intégrer aux règles régissant le contrat d'entreprise dans le Code des obligations. C'est le système du code civil allemand, et il nous paraîtrait finalement plus logique

²⁹⁸ Voir notamment PIOTET, SPR V/3, p.16 et FRIEDRICH, RNRF 58 (1977), p.330 et ss.

²⁹⁹ Voir ci-dessus note 295.

³⁰⁰ RNRF 44 (1963), p.77.

en raison des circonstances très caractéristiques permettant d'invoquer la garantie légale, circonstances qui sont, comme nous l'avons vu³⁰¹, propres au contrat d'entreprise et à quelques types de conventions analogues. Il ne nous paraît toutefois pas nécessaire de prendre ici une position définitive sur un point qui n'est, en tout état de cause, pas essentiel.

b) L'hypothèque légale de l'entrepreneur peut être libérée des exigences de l'inscription constitutive. Les inconvénients d'une telle exception au principe de la publicité des droits réels ne nous échappent certes pas, parce qu'ils sont assez évidents: dommage que peut subir le tiers de bonne foi auquel on oppose un droit occulte dont il ignore sans faute l'existence, dépréciation des droits de gage conventionnels, insécurité des transactions³⁰². Mais ces difficultés sont compensées par des avantages non moins importants: la solution proposée supprime les procédures compliquées, longues et surtout périlleuses (risque de préemption), et elle résout les difficultés relatives à l'opposabilité du droit de l'entrepreneur au tiers de bonne foi et au droit d'exécution forcée. D'ailleurs, l'atteinte portée à certains intérêts par l'existence d'un droit réel n'apparaissant pas au registre foncier ne doit pas être exagérée, et elle peut en outre être atténuée. D'une part, l'intervention d'un maître d'état sur un immeuble est en général reconnaissable, même s'il faut admettre que ce ne sera pas toujours le cas³⁰³, notamment pour les créanciers gagistes de rangs antérieurs qui ne visitent pas nécessairement régulièrement l'objet de leur gage. D'autre part et surtout, la loi connaît un moyen très simple de faire apparaître au registre foncier l'intervention des entrepreneurs: la mention du début des travaux (art. 841 al. 3 CC) qui a actuellement essentiellement un effet de blocage du registre foncier (interdiction de constituer des gages sous la forme de cédules hypothécaires et de lettres de rente), mais qui poursuit aussi un but d'information. A vrai dire, les possibilités de renseignements qu'offre la mention au registre foncier sont aujourd'hui largement sous-exploitées³⁰⁴, et il faut le regretter dans la mesure où elle pourrait jouer un rôle des plus utiles, en

³⁰¹ Voir section 2.2.1.

³⁰² Voir notamment PIOTET, RNRF 44 (1963), p. 67; ATF 85 I 32 = JT 1959 I 382.

³⁰³ Cf. DE HALLER, p. 45. On a ici une situation un peu comparable à celle où le législateur admet qu'une publicité naturelle peut remplacer l'inscription au registre foncier (voir par exemple art. 676 al. 3 et 691 al. 3 CC). Voir toutefois les objections de PIOTET, SPR V/3, p. 48.

³⁰⁴ Cf. par exemple LIVER, RNRF 50 (1969), p. 10 et ss.

particulier dans le domaine qui nous occupe, en faisant apparaître au registre foncier des situations de fait dont certains tiers peuvent attendre des conséquences juridiques. Il est vrai que la mention du début des travaux n'est communiquée qu'au propriétaire (art. 81 ORF), et qu'il dépend du bon vouloir de l'ayant droit de la requérir. Il s'impose dès lors de prendre deux mesures législatives qui ne posent pas de problèmes particuliers:

- Il faut modifier l'ordonnance sur le registre foncier, pour prévoir que la mention du début des travaux est communiquée non pas seulement au propriétaire, mais à tous les titulaires de droits inscrits au registre foncier;
- Il faut limiter en tout état de cause le *montant* de la créance garantie au prix des travaux effectués postérieurement à la mention. Ce système est assez semblable à celui du droit français, qui n'accorde le privilège de l'article 2103 chiffre 4 du Code civil français qu'en garantie de la rémunération des prestations postérieures à l'inscription – constitutive il est vrai – du privilège.

Sur la question du rang, l'octroi d'une hypothèque privilégiée se justifie parce qu'il est généralement considéré comme équitable que les frais faits par une personne en faveur d'un immeuble et correspondant à une plus-value ou à une absence de moins-value de celui-ci soient payés avant les gages ordinaires, qui en bénéficient. Cette règle est valable aussi bien en droit public qu'en droit privé³⁰⁵.

Il faut admettre, sans doute, que l'octroi d'un rang privilégié est de nature à porter atteinte aux droits de certaines personnes qui ne tirent pas nécessairement profit de la plus-value réalisée par l'immeuble, et dont les intérêts peuvent le cas échéant être mis en péril par une réalisation forcée. On pense en particulier au titulaire d'une servitude de passage, pour lequel la construction de la parcelle grevée ne comporte pas d'avantages particuliers. Il faut aussi citer le cas des droits de gage garantissant les prêts de construction, puisque celui qui consent de tels emprunts prend évidemment en considération, pour apprécier la garantie fournie par l'immeuble, les travaux qui vont y être effectués. Mais, et dans la mesure où les intéressés sont nécessairement informés de l'intervention des maîtres d'état, il nous paraît que le sacrifice qui leur est imposé est supportable, puisqu'ils peuvent prendre à

³⁰⁵ Telle est la justification des gages privilégiés prévus par les articles 808 alinéa 3, 810 alinéa 3 et 820 CC. Voir à ce sujet PIOTET, RNRF 44 (1963), p. 76; WIELAND, rem. 8 ad art. 808 CC; LEEMANN, rem. 35 ad art. 808 CC.

temps des mesures pour sauvegarder leurs droits, notamment en s'assurant que les fonds prêtés serviront d'abord à désintéresser les entrepreneurs.

e) Compte tenu de la règle de l'article 807 CC (imprescriptibilité des créances garanties par gage immobilier), il s'impose de limiter la *durée* de l'hypothèque privilégiée, tant il est évident qu'il serait excessif d'imposer au propriétaire une hypothèque légale privilégiée illimitée dans le temps. Deux systèmes sont concevables: on peut soit prévoir une exception à l'article 807 CC, en stipulant que la créance garantie par une hypothèque légale d'entrepreneur reste prescriptible, soit prescrire l'extinction du gage après un certain délai (art. 821 al.2 CC, par exemple). La seconde solution nous paraît la meilleure, à condition que l'on prévoie un délai relativement court, ainsi qu'un point de départ facilement déterminable. Un délai de trois ans à compter de la réception nous semble remplir ces conditions.

6.3. *L'hypothèque légale des sous-traitants*

6.3.1 Un risque inacceptable

En 1970, nous avons consacré à peu près le tiers de notre thèse de doctorat à exposer le problème que pose la garantie simultanée des créances de sous-traitants – en nombre indéterminé et souvent inconnu du propriétaire – et de celles de l'entrepreneur général, et à rechercher – sans réellement y parvenir, des solutions susceptibles de sauvegarder l'ensemble des intérêts en présence³⁰⁶.

Plus de dix ans après, et bien que cette question lancinante soit revenue à plusieurs reprises à la surface, comme nous le verrons, il est permis d'affirmer que la difficulté n'est toujours pas surmontée. Or, il n'est pas possible de se satisfaire d'un tel constat d'échec, et nous n'hésitons pas à affirmer ici qu'il n'est pas sérieux de proposer le maintien d'une hypothèque légale au profit des entrepreneurs sans remédier à cet état de choses.

Rappelons brièvement les principales données du problème. Tout le monde admet sans difficulté que le droit à l'hypothèque légale de l'entrepreneur peut être revendiqué, à forme de l'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, par un entrepreneur qui n'a pas traité

³⁰⁶ Cf. DE HALLER, p. 59 à 99.

avec le propriétaire lui-même, mais qui a simplement reçu une commande d'un autre entrepreneur, le cas échéant à l'insu du maître de l'ouvrage. Le propriétaire est ainsi tenu légalement de garantir – c'est-à-dire, si les choses vont mal, de payer – des montants dont il n'est pas débiteur, et dont il peut ignorer l'existence et le montant. Qui plus est, ces créances peuvent se rapporter à des travaux qu'il a déjà payés à l'entrepreneur général, ou en tout cas sur le paiement duquel il a déjà effectué de substantielles avances. Seule la solvabilité de l'unique personne à qui il peut demander des comptes est susceptible de lui éviter des pertes lourdes, voire la catastrophe, et on peut se dispenser d'insister sur le caractère aléatoire de ce recours: lorsque les sous-traitants en viennent à demander des hypothèques légales, c'est qu'ils ne sont pas payés, et s'ils ne sont pas payés, c'est que leur débiteur n'en a en général plus les moyens!

L'article 837 alinéa 1 chiffre 3 CC, dans sa teneur actuelle, laisse le propriétaire sans défense véritable, même si on admet comme nous l'avons fait qu'une interprétation de cette disposition conforme à son but limite quelque peu les risques³⁰⁷.

6.3.2 Les réactions

Cette situation déplorable n'est évidemment pas demeurée sans réaction. Dénoncée avec vigueur il y a plus de vingt ans par un illustre magistrat genevois³⁰⁸, elle n'a pas cessé de préoccuper les tribunaux chargés de statuer sur les requêtes d'inscription d'hypothèques légales émanant de sous-traitants abandonnés à leur sort par un entrepreneur général insolvable³⁰⁹.

Le Tribunal fédéral, pour sa part, a eu l'occasion au cours des dix dernières années de consacrer deux arrêts importants à ce problème.

Le premier a été rendu le 2 mai 1969 dans la cause S.I. Semailles Voirets A.SA contre Macullo³¹⁰. Après avoir constaté que la loi accordait un droit propre aux sous-traitants, sans laisser au propriétaire la faculté d'opposer en compensation à ce dernier les versements faits à l'entrepreneur général, le Tribunal fédéral souligne les risques encourus à cet égard par le maître de l'ou-

³⁰⁷ Cf. DE HALLER, p. 76 à 79, et p. 89 à 93.

³⁰⁸ Voir BARDE, note à la SJ 1959, p. 183.

³⁰⁹ Cf. DE HALLER, p. 95 à 98 et les références citées.

³¹⁰ ATF 95 II 87 = JT 1970 I 158.

vrage, suggère – sans avoir l'air de trop y croire – une ou deux parades possibles³¹¹, et conclut:

«... l'institution d'une double hypothèque légale en faveur de l'entrepreneur général, d'une part, et du sous-traitant, d'autre part, entraîne ainsi des conséquences extrêmement rigoureuses pour le propriétaire, surtout s'il est de condition modeste. Il apparaît dès lors souhaitable que le législateur examine à nouveau si la stricte application du droit en vigueur n'appelle pas un tempérament. Dans l'affirmative, il pourrait compléter la loi en édictant des dispositions impératives qui assurent au propriétaire une protection efficace contre le risque de payer deux fois les travaux ...»

Cet appel sans équivoque est pourtant demeuré sans écho. Près de dix ans plus tard, dans le fameux arrêt *Le Trajan* que nous avons déjà eu l'occasion d'examiner sur un autre point³¹², le Tribunal fédéral se retrouvait confronté à la même situation, qualifiée cette fois non plus de rigoureuse, mais de choquante³¹³. Il a de nouveau assuré le propriétaire de sa sollicitude, approuvé en cela par STEINAUER³¹⁴, et a proposé cette fois de déplacer le débat sur le terrain de l'exécution du contrat (art. 368 al. 2 CO): la livraison d'un ouvrage grevé d'une hypothèque légale de sous-traitant ne correspond pas à une exécution correcte de l'obligation principale de l'entrepreneur; le résultat n'est pas celui qui a été voulu par les parties parce qu'il est affecté d'un défaut analogue à un défaut juridique, et le maître est en droit d'opérer une réduction sur le prix convenu.

Il faut sans aucun doute saluer ce nouvel effort de notre cour suprême en vue de remédier à un état de choses encore une fois inacceptable. Il n'en reste pas moins que la solution proposée n'en est pas réellement une, parce qu'elle ne résout pas le problème des paiements *déjà effectués* en mains d'un insolvable, alors que des sous-traitants «occultes» ont été mis en œuvre. En fait, il n'y a pas de solution véritable en l'état de la législation, parce que, comme nous le constatons en 1970³¹⁵, celle-ci n'est pas adaptée aux circonstances pratiques dans lesquelles elle doit s'appliquer, et en particulier à l'usage qui veut que l'entrepreneur reçoive des versements anticipés sous forme d'acomptes, en gé-

³¹¹ Notre Haute Cour envisage ainsi que l'on prévoie, contractuellement, le paiement direct des sous-traitants, le cas échéant par l'intermédiaire d'un tiers, ou que l'on consigne les versements faits à l'entrepreneur général, ce dernier ne les acquérant qu'au fur et à mesure qu'il prouve avoir payé ses propres créanciers. Voir DE HALLER, p. 99 et 100.

³¹² ATF 104 II 348; voir ci-dessus section 3.4.3.3.

³¹³ Cons. 3b.

³¹⁴ DC 1980/2, p. 27.

³¹⁵ Cf. DE HALLER, p. 93.

néral mensuels, mais parfois selon un plan de paiement (par exemple art. 144 et 147 normes SIA 118). Si cet usage ne présente pas d'inconvénient majeur dans les rapports contractuels directs (la possibilité de compenser et la retenue de garantie permettent en général au propriétaire de redresser une situation compromise), il peut mener à la catastrophe lorsqu'il faut accorder un droit réel permettant de faire réaliser l'immeuble à des personnes qui n'ont aucune relation juridique avec le propriétaire.

La seule solution consiste à fournir au propriétaire un moyen de protection opposable aux sous-traitants, ou alors à rendre impossible l'intervention de ces derniers à l'insu du maître de l'ouvrage, ce dernier devant être en outre couvert par une garantie de l'entrepreneur général. Comme le relevait le Tribunal fédéral dans l'arrêt Semailles Voiret, cela suppose que l'on complète la loi en édictant des dispositions impératives sur la sous-traitance. Il faut approuver cette conclusion, d'ailleurs indépendamment du problème de l'hypothèque légale, car il faut bien admettre que l'importance prise par le phénomène de la sous-traitance dans le monde de la construction justifie amplement la sollicitude du législateur.

6.3.3 Vers une réglementation de la sous-traitance

6.3.3.1 Notion de la sous-traitance

Une définition de la sous-traitance ne peut évidemment pas être recherchée dans notre droit positif: la loi n'en fait pas un contrat nommé, et la jurisprudence se borne à prendre acte de son existence, soit pour en examiner la licéité dans un cas particulier³¹⁶, soit pour constater qu'un entrepreneur, sous-traitant ou non, a droit à l'hypothèque légale s'il en remplit les conditions³¹⁷.

Force est dès lors bien de rechercher dans le droit comparé et dans la pratique les éléments caractéristiques de ce contrat si important.

Si le droit positif allemand est aussi muet que le nôtre, le législateur français a³¹⁸, pour sa part, récemment adopté une réglementation spéciale qui définit la sous-traitance comme « ... *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-trai-*

³¹⁶ ATF 103 II 52 = JT 1977 I 452.

³¹⁷ ATF 105 II 267.

³¹⁸ Loi N° 75-1334 du 31 décembre 1975 (dite loi Neuwirth).

tant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage».

Le jurisprudence belge définit le *sous-traité* comme un contrat de louage d'industrie par lequel un entrepreneur confie à un autre l'exécution de tout ou partie des travaux faisant l'objet de son marché, et ce qu'il s'agisse de la mise en œuvre de matériaux fournis aux sous-traitants par l'entrepreneur principal, ou de cette mise en œuvre et de la fourniture des matériaux par le sous-traitant³¹⁹.

En Suisse, et dans le silence de la loi, le principal point de référence est l'article 29 chiffre 1 de la norme SIA 118, qui définit sobrement la sous-traitance comme le contrat par lequel un entrepreneur confie à un tiers l'exécution de tout ou partie des travaux dont il est chargé³²⁰.

De ce qui précède, on peut déduire que la sous-traitance est un contrat d'entreprise ordinaire présentant les caractéristiques suivantes:

- le maître de l'ouvrage (Besteller) est lui-même lié par un contrat d'entreprise (contrat principal) envers un tiers qui peut être soit le bénéficiaire final de la construction, soit un autre entrepreneur.
- la prestation promise par le sous-traitant est nécessairement englobée dans celle qui fait l'objet du contrat principal.
- la sous-traitance crée une chaîne de contrats d'entreprise (au moins deux) dans laquelle chaque entrepreneur répond de ses propres prestations et de celles de ses sous-traitants à l'égard de son co-contractant exclusivement, qu'il peut seul actionner en paiement³²¹.

Nous pouvons donc définir le contrat de sous-traitance comme *un contrat d'entreprise par lequel un entrepreneur, qui s'est lui-*

³¹⁹ Voir FLAMME, N° 66.

³²⁰ Dans le domaine – très important pour la construction – des soumissions de travaux publics, de nombreux textes de droit public interviennent à côté du Code des obligations et des normes SIA. Il faut citer l'ordonnance fédérale sur les soumissions du 31 mars 1971 (RS 172 056 12), ainsi que les conditions générales complétant la norme SIA 118 émise par les grandes régies fédérales (CFF, PTT) ou le Service fédéral des routes et des digues. Presque tous les cantons – et parfois les communes – ont édicté des règles particulières qui ne définissent toutefois pas la sous-traitance, se bornant en général à l'interdire ou à la soumettre à certaines conditions.

³²¹ Mais le droit français prévoit d'une part le paiement direct des sous-traitants pour les montants excédant une certaine somme (art.4 de la loi Neuwirth) dans les contrats intéressant les collectivités publiques, ainsi qu'une action directe des sous-traitants dans les autres contrats (art.12).

*même engagé envers le maître par un contrat principal à réaliser un ouvrage, confie à ses frais, risques et périls, l'exécution de tout ou partie de cet ouvrage à un autre entrepreneur*³²².

6.3.3.2 Licéité de la sous-traitance

La sous-traitance pose le problème de l'admissibilité de l'exécution par un tiers de tout ou partie des obligations de l'entrepreneur.

Le droit suisse ne consacre pas un principe général de l'exécution *personnelle* des obligations. Au contraire, l'article 68 CO stipule la présomption que le créancier d'une prestation n'a pas intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur personnellement, mais ce principe, applicable surtout pour les obligations de donner (Sachleistungsobligationen), subit de nombreuses exceptions, principalement en ce qui concerne les obligations de faire (Arbeitsobligationen, articles 321, 364 alinéa 2, 392 alinéa 3, 398 alinéa 3 CO)³²³.

Dans le cas particulier du contrat d'entreprise, le principe est donc renversé – en théorie en tout cas –: l'entrepreneur doit exécuter l'ouvrage personnellement, ou en tout cas sous sa direction personnelle, l'exécution par un tiers constituant l'exception et n'étant admise que lorsque les qualités propres de l'entrepreneur sont sans importance d'après la nature de l'ouvrage³²⁴. En dehors de ces exceptions, la sous-traitance est illicite, parce que l'exigence de la direction personnelle des travaux n'est pas compatible avec la mise en œuvre d'un sous-traitant indépendant³²⁵.

Nous verrons plus loin si l'interdiction de principe de la sous-traitance dans le droit actuel est, le cas échéant, de nature à protéger le propriétaire contre la mise en œuvre de sous-traitants occultes. Mais il faut en tout état de cause souligner que la portée pratique de ce principe est toute relative. D'une part, l'interdiction ne vaut que pour autant que les parties n'en aient pas disposé autrement contractuellement, l'interdiction de la sous-traitance n'étant pas de droit impératif³²⁶. D'autre part, dans le monde

³²² Cette définition est très largement inspirée de celle qui a été proposée aux Journées du droit de la construction 1980 (exposé de MM. Tercier, Cottier et Steinauer).

³²³ Voir notamment ENGEL, p.414 et GAUTSCHI, rem. 7b et ss ad art.364 CO.

³²⁴ Cf. PEDRAZZINI, SPR VII/1, p.531; GAUCH, N° 50 et ss.

³²⁵ Voir par exemple GAUTSCHI, rem. 11b ad art.364 CO qui considère que seul le personnel subordonné directement à l'entrepreneur est effectivement soumis à sa «direction personnelle».

³²⁶ Voir notamment GAUCH, N° 55 et 63, qui rappelle les cas dans lesquels la norme SIA 118 autorise la sous-traitance (art.29 al.3).

moderne de la construction, la part occupée par ce que nous appelerons le contrat d'entreprise simple (Einzelunternehmervertrag) tend à céder la place à deux formes particulières de contrats qui comportent par définition l'intervention de sous-traitants, soit le contrat d'entreprise général et le contrat d'entreprise total³²⁷.

La règle de l'interdiction de la sous-traitance, telle qu'elle découle de l'article 364 alinéa 2 CO, paraît donc bien tomber peu à peu en désuétude et, même si le Tribunal fédéral a tenu à réaffirmer récemment, avec une certaine emphase, son existence, notamment pour des raisons tirées de l'hypothèque légale des sous-traitants³²⁸, on doit bien admettre avec BUCHER³²⁹ que l'exception aménagée par le texte légal peut être considérée comme la règle, les exceptions à l'exception tendant à se faire rares. Il ne reste qu'à en tirer les conséquences, et à moins de trouver dans le droit positif un moyen de protection du propriétaire qui soit opposable au sous-traitant, qu'à modifier la loi.

6.3.3.3 Les moyens de protection du propriétaire en droit positif

Nous avons déjà vu³³⁰ que diverses parades ont été proposées, notamment par le Tribunal fédéral, pour éviter que le propriétaire ne soit exposé au risque de double paiement de certains travaux lorsque des hypothèques légales de sous-traitants grèvent son immeuble. Nous avons aussi constaté l'efficacité tout à fait insuffisante de ces moyens.

Seule la découverte d'une exception opposable au sous-traitant lui-même est en mesure de mettre le propriétaire à l'abri de dommages dont tout le monde paraît bien admettre le caractère inéquitable. En fait, il faut que le propriétaire soit en mesure d'opposer en compensation à la créance pour laquelle le sous-traitant a droit à une hypothèque légale les versements faits à l'entrepreneur général et correspondant aux travaux concernés par cette créance. Mais, compte tenu de l'absence de relations juridiques directes entre ces deux personnes qui caractérisent en

³²⁷ Voir GAUCH, N° 245 et ss; SCHNEWLIN, RNRF 61 (1980), p. 365 et ss; SCHAUB, p. 44. Il s'agit certes de deux formes particulières de contrat d'entreprise, mais soumises exclusivement à la réglementation des art. 363 et ss CO, la jurisprudence écartant résolument l'application du droit régissant le mandat (ATF 94 II 162 = JT 1969 I 650; ATF 97 II 66 = JT 1971 I 526).

³²⁸ ATF 103 II 52 = JT 1977 I 542.

³²⁹ p. 120, par. 10/II ch. 1a.

³³⁰ Sect. 6.3.2.

principe la sous-traitance³³¹, il faut nécessairement chercher cette solution en dehors des règles contractuelles³³².

A vrai dire, nous ne voyons pas le moyen d'y parvenir. L'application de l'article 112 CO (stipulation pour autrui), à laquelle on pourrait un instant songer, est exclue en l'absence d'une disposition contractuelle ou d'un usage prévoyant que l'entrepreneur n'est, en ce qui concerne le paiement des travaux sous-traités, qu'un intermédiaire³³³. Dans la chaîne de contrats que constitue la sous-traitance, l'entrepreneur général ne stipule pas le paiement des travaux en faveur de ses sous-traitants, mais exclusivement en sa faveur. D'ailleurs, une telle construction ne servirait à rien: le propriétaire ne pourrait pas invoquer à l'encontre des sous-traitants les exceptions personnelles qu'il a contre l'entrepreneur général, et notamment pas la compensation, faute de réciprocité (art. 122 CO)³³⁴.

Reste l'hypothèse d'une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle du sous-traitant à l'égard du propriétaire sur l'immeuble duquel il a travaillé sans en être chargé contractuellement, et sans avoir vérifié que l'entrepreneur général était autorisé à le mettre en œuvre en dérogation du principe de l'article 264 alinéa 2 CO. Une telle solution paraît avoir été retenue, à l'occasion, par les tribunaux belges³³⁵. Mais la construction nous semble bien difficile en droit suisse, au regard des exigences relatives à l'illicéité et à la faute. Il est vrai que, dans un arrêt récent³³⁶, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation pour escroquerie d'un entrepreneur général qui avait caché au maître de l'ouvrage l'existence de sous-traitants non payés en encaissant le solde du prix. Mais les sous-traitants n'étaient pas impliqués dans cette affaire, et on ne voit pas très bien comment ils auraient pu l'être.

³³¹ Il peut certes y avoir des exceptions, reposant presque toujours sur des aménagements contractuels.

³³² Dans l'arrêt Bonomo (ATF 99 II 131 = JT 1974 I 130), et s'agissant des relations juridiques possibles entre un sous-traitant et le maître de l'ouvrage, le Tribunal fédéral a exclu l'existence de rapports contractuels, de même d'ailleurs que l'application des règles régissant la gestion d'affaires, la responsabilité pour auxiliaire (art. 55 CO) ou l'enrichissement illégitime (art. 62 CO). Il a en revanche admis – à tort selon nous (JT 1974 I 322) – le droit à une indemnité au sens de l'art. 672 CC.

³³³ Mais on se trouverait alors dans une situation qui ne correspond plus à la sous-traitance, mais qui est proche de celle de l'assignation (art. 466 CO) qui suppose un rapport juridique de base entre l'assignant et l'assignataire (ATF 105 II 104 = JT 1979 I 489). Voir aussi GAUCH, N° 85 et ss.

³³⁴ Voir GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 2232; ENGEL, p. 291.

³³⁵ Voir FLAMME, N° 77.

³³⁶ ATF 105 IV 102 = JT 1980 IV 107.

Celui qui exécute des travaux en sous-traitance ne connaîtra en général pas les conditions du contrat principal, et il ne sait pas si son partenaire est ou non autorisé à sous-traiter, et à quelles conditions. Une faute ne peut lui être imputée que si elle constitue la violation non pas d'une obligation prévue par le contrat principal, qui ne le concerne pas, mais d'une obligation générale découlant des règles légales applicables à sa profession. Hormis des cas tout à fait particuliers, dans lesquels le sous-traitant aurait participé à des travaux en sachant être mis en œuvre sans droit et à l'insu du propriétaire – mais on peut présumer qu'il prendra alors des dispositions pour se faire payer – et compte tenu du fait que, comme nous l'avons vu, l'admissibilité de la sous-traitance tend à devenir la règle, nous ne voyons pas qu'il soit possible au propriétaire d'invoquer une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle – ou encore un abus de droit – pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale de sous-traitant.

6.3.4 Propositions

Dès lors, et en raison de la généralisation de la sous-traitance dans le domaine de la construction immobilière, et des dangers qu'elle représente pour le maître de l'ouvrage, nous pouvons affirmer, avec le Tribunal fédéral, que l'adoption de règles légales impératives propres à ce contrat s'impose.

Nous proposons d'introduire dans le Code des obligations, au chapitre traitant du contrat d'entreprise, une nouvelle réglementation dont les grands lignes devraient être les suivantes:

a) La loi doit définir le contrat de sous-traitance, et nous renvoyons sur ce point à la définition que nous avons dégagée ci-dessus.

b) Le principe et les modalités de la sous-traitance doivent être acceptés expressément par le maître de l'ouvrage. Deux mots d'explication sont peut-être nécessaires ici. Il est tout à fait normal que le principe de la sous-traitance soit subordonné à l'accord du maître, et tous les textes qui traitent de cette question le prévoient³³⁷. Le problème est peut-être un peu plus délicat en ce qui concerne les conditions et modalités, parce que les parties peuvent avoir de bonnes raisons de ne pas dévoiler au maître

³³⁷ C'est le cas en particulier de la norme SIA 118 (art. 29 ch. 3, qui prévoit une exception pour les travaux secondaires, exception qui doit selon nous disparaître) et des règlements cantonaux régissant l'adjudication des travaux publics. Voir aussi en France la loi Neuwirth art. 1 ch. 3.

certains éléments de leur accord (prix, notamment). D'un autre côté, la protection des intérêts du maître exige qu'une sous-traitance n'ait pas lieu à des conditions susceptibles de porter préjudice à l'ouvrage, sur le plan technique notamment. A l'étranger, la loi ou la jurisprudence rendent applicable à des degrés plus ou moins étendus, à la sous-entreprise, les clauses du contrat principal, et notamment le cahier des charges techniques³³⁸. De même, la norme SIA 118 impose-t-elle la reprise dans le contrat de sous-traitance des clauses du contrat principal *nécessaires à la sauvegarde des intérêts du maître*. Quelle que soit finalement la forme sous laquelle ce contrôle de la sous-traitance par le maître doit se faire, nous estimons en tout cas nécessaire que l'agrément de la sous-traitance porte également sur les conditions stipulées.

c) Les travaux sous-traités doivent faire l'objet d'une réception séparée, nécessairement antérieure à la réception de l'entreprise principale, et le maître de l'ouvrage doit être avisé de la réception et de son résultat. Les risques qu'entraîne la sous-traitance pour le propriétaire, et l'intérêt qui est le sien à être tenu au courant de l'évolution des travaux sous-traités sont suffisamment évidents : il est nécessaire en particulier que le maître soit informé à temps d'éventuelles difficultés relatives à des travaux sous-traités, pour pouvoir retenir d'éventuels paiements.

d) Enfin, et il s'agit à notre avis de la pierre angulaire des réformes à apporter dans le domaine de la sous-traitance, l'entrepreneur qui remet tout ou partie des travaux qui lui sont confiés à un tiers doit être tenu de fournir au maître une garantie d'exécution. Une telle obligation se justifie à nos yeux par le fait incontestable que la sous-traitance aggrave les risques encourus par le propriétaire qui réalise une construction immobilière. Indépendamment des dommages possibles résultant, comme d'une manière générale pour tous les contrats, de l'inexécution, de l'exécution tardive ou de l'exécution défectueuse³³⁹, dont les conséquences sont réglées par la loi (obligation de garantir de l'art. 368 CO) et peuvent être couverts par des assurances³⁴⁰, le propriétaire est exposé à un péril très particulier : celui d'être «exproprié» au bénéfice de créanciers hypothécaires qui sont pour lui des tiers, bien qu'il ait reçu, accepté et payé un ouvrage livré dans

³³⁸ C'est le cas en Belgique (voir FLAMME, N° 69) et en France, la loi Neuwirth obligeant même l'entrepreneur principal ou général à communiquer sur demande les contrats de sous-traitance au maître.

³³⁹ Dans la doctrine, on parle parfois d'un quatrième cas de responsabilité contractuelle, qui est «l'exécution autrement dommageable».

³⁴⁰ Voir notamment le cautionnement prévu par l'art. 181 de la norme SIA 118.

les délais et exécuté correctement. La situation n'est du reste pas extraordinaire au point de ne pas avoir été envisagée par le législateur, qui a prévu que le propriétaire d'un bien grevé de gage au bénéfice d'un tiers pourrait être contraint de payer celui-ci pour éviter de perdre sa propriété, et qui en a fait un cas de subrogation légale (art. 110 ch. 1 CO). Mais la parade présente peu d'intérêt pratique dans le cas de l'hypothèque des sous-traitants, tant il est évident que l'insolvabilité du débiteur rendra la cession légale de créances aussi dépourvue d'intérêt pratique que la solution imaginée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Le Trajan*³⁴¹.

L'entrepreneur qui sous-traite reste tenu envers le maître à l'exécution parfaite d'un ouvrage correspondant aux conventions passées³⁴². Cet engagement de bonne exécution comporte l'obligation de payer ses sous-traitants, et d'une manière plus générale de prendre à sa charge l'ensemble des frais qui résultent de la réalisation de l'ouvrage même s'ils dépassent le prix convenu, par exemple dans le cadre d'un éventuel forfait³⁴³. Compte tenu de la restriction très grave que la loi impose au propriétaire – garantir la dette d'un tiers – il s'impose absolument de faire partager cette charge à la seule personne qui, dans la chaîne de contrats que constitue la sous-traitance, est juridiquement liée à chaque partie, soit l'entrepreneur général. Il faut donc que ce dernier soit impérativement tenu de fournir une sûreté en garantissant la disponibilité de fonds auprès d'un tiers indépendant et solvable, pour le cas où le maître aurait une revendication à faire valoir (garantie bancaire, assurance cautionnement)³⁴⁴. C'est la solution qui a été retenue en droit français pour le contrat de promotion immobilière, et l'analogie existant entre les deux situations, et les problèmes qu'elle soulève, justifient amplement à nos yeux le recours au même remède³⁴⁵.

³⁴¹ Voir section 6.3.2 ci-dessus. Il ne faut d'ailleurs pas voir autre chose, à notre avis, dans cette assimilation de l'hypothèque légale des sous-traitants à un défaut juridique de l'ouvrage qu'une tentative acrobatique de trouver une solution à une situation choquante. La définition traditionnelle du défaut au sens de l'art. 367 CO limite l'application de l'art. 368 CO aux défauts qui altèrent l'état de l'ouvrage et qui peuvent être contrôlés par des experts (art. 367 al. 2 CO; voir ATF 96 II 58 = JT 1971 I 274).

³⁴² Voir GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N° 920.

³⁴³ ATF 96 II 58 = JT 1971 I 274. Inversement, si la réalisation se révèle moins onéreuse que prévue, l'entrepreneur a également droit au prix stipulé (art. 373 al. 3 CO).

³⁴⁴ Voir DOHM, DC 1981/1, p. 3.

³⁴⁵ Voir décret N° 72-1238 du 29 décembre 1972 portant application du titre IV de la loi N° 71-579 du 16 juillet 1971, relatif au contrat de promotion immobilière, art. 9.

Conclusion

«Si tel de mes successeurs possède le discernement requis pour garder ce pays en ordre, qu'il porte attention à ce que j'ai gravé sur ma stèle: celle-ci lui expliquera la marche et la conduite à suivre, en lui rappelant les sentences que j'ai rendues à mon pays et les décisions que je lui ai portées ...»

Près de 3800 ans se sont écoulés depuis que cette exhortation a été inscrite en caractères cunéiformes au revers d'une haute stèle de basalte noir que l'on peut voir aujourd'hui au Musée du Louvre, à Paris, et qui est plus connue sous le nom de Code d'Hammourabi. Quel législateur moderne ne souhaiterait-il pas pouvoir partager la tranquille conviction du roi de Babylone, manifestement très sûr de ses mérites, d'avoir établi à l'intention de ses administrés et des générations futures une réglementation aussi parfaite ?

Les réalités de notre époque ne permettent pas de garder beaucoup d'illusions à cet égard. Dans une société se transformant à grande vitesse, politiquement, économiquement et socialement, les règles de droit s'efforcent péniblement de soutenir le rythme des mutations, tentant même parfois de les anticiper, avec plus ou moins de bonheur. Dans cet effort permanent d'adaptation, deux grandes tentations existent: celle de reconstruire chaque fois tout l'édifice au lieu de se borner à remplacer ou à ajouter les éléments qui doivent l'être, ainsi que celle de tomber dans l'excès de technicité. Si, dans l'ensemble, notre droit privé a bien su résister à la première, il est à craindre en revanche qu'il ne soit peu à peu en train de céder à la seconde.

Même s'il est regrettable, le phénomène s'explique relativement aisément. *Simplicité et efficacité sont sœurs*, écrivait PIERRE ENGEL en guise de conclusion à son traité des obligations en droit suisse. On ne peut qu'approuver cet axiome, même s'il faut souligner que son application en matière de législation est chose plus facile à dire qu'à faire. Le monde moderne est compliqué, et aucune des relations juridiques qui se nouent entre les particuliers, ou entre ceux-ci et la collectivité, n'échappe à cette con-

trainte. Il ne faut donc pas se faire d'illusions: réglementer simplement des situations complexes et adapter les normes législatives aux réalités de la vie quotidienne tout en en permettant la compréhension par tous ne peut qu'être une tâche extrêmement difficile et de nature à inciter celui qui l'entreprend à la plus grande modestie. Que cette ultime réflexion nous soit permise au terme de ce rapport qui nous a donné l'occasion d'affronter cette difficulté sur un point particulier de notre droit.

Lausanne, janvier 1982

Liste des abréviations

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907.
CO	Loi fédérale complétant le Code civil (RS 210) suisse (livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220).
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).
LVCC	Loi vaudoise du 30 novembre 1910 d'introduction dans le canton de Vaud du Code civil suisse (RSV 3.1).
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre foncier du 22 février 1910 (RS 211–432.1).
ORI	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920 (RS 281.42).
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs.
DC	Droit de la construction.
DPS	Traité de droit privé suisse.
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse.
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération.
JT	Journal des tribunaux.
RDS	Revue de droit suisse.
RJB	Revue des juristes bernois.
RNRF	Revue suisse du Notariat et du Registre foncier.
SJ	Semaine judiciaire.
SJZ	Revue suisse de jurisprudence.
SPR	Schweizerisches Privatrecht.
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.

Liste des principaux arrêts

ATF 107 II 44	HLE sur un immeuble appartenant à une collectivité privée, mais affecté à un but d'utilité publique.
107 III 27	Compensation de créances dans la faillite. Exigibilité.
106 II 22 = JT 1981 I 20	HLE; achèvement des travaux au sens de l'art. 839 al.2 CC.
106 II 123	HLE; notion d'achèvement des travaux lorsque ceux-ci font l'objet de plusieurs contrats.
106 II 183 = JT 1981 I 211	Droit de la communauté des copropriétaires par étages à la constitution d'une hypothèque pour garantir les créances de contributions contre les propriétaires par étages (art. 712i CC).
105 Ia 23 = JT 1980 I 204	For. Action tendant à l'exclusion de la communauté des copropriétaires.
105 Ib 49	Conditions d'une interprétation «contra legem».
105 II 11	Compétence en raison du lieu pour l'action de l'art. 841 al.2 CC.
105 II 264 = JT 1981 I 120	HLE. Constructions mobilières au sens de l'art. 677 CC.
105 IV 102 = JT 1980 IV 107	Non-paiement du sous-traitant. Escroquerie (art. 148 CP).
104 II 108 = JT 1980 I 77	Contrat bilatéral ayant pour objet l'exécution d'un certain travail.
104 II 170 = JT 1979 I 68	Restriction du droit d'aliéner annotée au registre foncier; art. 960 al. 1 ch. 1 CC.
104 II 348	HLE (art. 837 al.1 ch.3 CC); créance pour livraison de béton frais – départ du délai de trois mois – livraison d'un ouvrage grevé d'une HLE en faveur d'un sous-traitant.
103 Ia 462	Garantie bancaire en tant que sûreté selon l'art. 839 al.3 CC. For de l'action en reconnaissance d'une dette ainsi garantie.
103 II 33 = JT 1977 I 534	Droit de requérir l'inscription. Notion d'ouvrage (fourniture de fers à béton). Livraisons mixtes.
103 II 52 = JT 1977 I 542	Licéité de la sous-traitance.
103 II 227 = JT 1978 I 322	HLE sur un immeuble appartenant à une collectivité publique.

- 103 III 97 = JT 1979
II 130
Acte de défaut de biens provisoire. Action révocatoire. Promesse de vente et d'achat pour soi ou son nommable. Droit d'emption accessoire annoté au registre foncier.
- RNRF 60 (1979) p.381
Annotation d'un droit d'emption art.959 al.2 CC.
- ATF 102 Ia 81 = JT 1977
I 625
La décision par laquelle l'autorité compétente refuse l'inscription provisoire est une décision finale. Possibilité d'une HLE collective? Conditions de l'inscription provisoire.
- 102 II 208
102 III 20 = JT 1977
II 154
Notion d'achèvement des travaux.
Le droit d'emption annoté au RF devient opposable à une saisie opérée postérieurement à l'annotation.
- 101 II 253 = JT 1977
I 158
Notion d'achèvement des travaux.
- 101 III 36 = JT 1976
II 20
Réalisation des immeubles. Délai pour produire des droits sur l'immeuble. HLE valable sans inscription; art. 138 al.2 ch.3 LP; art. 836 CC.
- 100 II 314 = JT 1976
I 244
Evaluation du fonds grevé (art. 841 CC).
- 100 III 57
99 II 131 = JT 1974
I 130
Légitimation passive à l'action de l'art. 841 CC. Action dirigée par un sous-traitant qui n'a pas été entièrement payé par l'entrepreneur général et qui n'est pas garanti par une HLE. Droit à indemnité du propriétaire des matériaux.
- 98 II 113 = JT 1973
I 172
Contrat d'entreprise. Résiliation par le maître moyennant indemnité.
- 98 II 118 = JT 1973
I 274
Contrat d'entreprise. Droits du maître en cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage. Réhabilitation du contrat.
- 98 II 303
Conditions d'application de l'art. 375 CC. Effets ex tunc de la résolution du contrat selon l'art. 375 al. 1 CO.
- 97 II 37 = JT 1972
I 331
Notion d'accessoire au sens de l'art. 676 CC et des art. 644 et 645 CC.
- 97 II 66 = JT 1971
I 526
Construction d'une maison clefs en mains: contrat d'entreprise avec la conséquence que le constructeur a droit à la garantie légale.
- 97 II 126
97 II 212
97 II 326 = JT 1972
I 337
Contrat mixte.
Créance pour livraison de béton frais.
- 97 II 350 = JT 1972
I 280
Problème du droit de gage pour l'installation d'une conduite ayant qualité d'accessoire.
- 97 II 390 = JT 1973
I 80
Contrat d'entreprise. Peine conventionnelle stipulée en vue de l'inexécution du contrat au temps convenu devient caduque si le maître ne la fait pas valoir au plus tard au moment de la livraison de l'ouvrage.
- 96 II 351 = JT 1971
Résiliation d'un contrat générateur d'obligations de longue durée fondé sous l'empire de l'ancien droit cantonal.
- Contrat d'entreprise. Droit du maître en cas

I 288	d'exécution défectueuse de l'ouvrage. — Art. 368 CO.
96 III 126 = JT 1972	For de l'action de l'art. 841 CC.
I 226	
95 I 97 = JT 1970	
I 286	La décision par laquelle l'autorité compétente refuse l'inscription provisoire est une décision finale. HLE sur un immeuble appartenant à une collectivité publique.
95 I 568 = JT 1970	Copropriété. Engagement des parts de copropriété (art. 646 al. 3 CC) et de la chose elle-même dont plusieurs personnes sont copropriétaires (art. 648 al. 2 et 3 CC).
I 570	HLE (art. 837 CC). Remaniement parcellaire.
95 II 22 = JT 1970	
I 158	Validité d'une inscription provisoire postérieure à la déclaration de faillite du propriétaire.
95 II 31 = JT 1970	La créance garantie peut aussi être l'indemnité due en vertu de l'art. 672 al. 1 CC.
I 153	
95 II 221 = JT 1970	Art. 59 CF. L'action en délivrance d'un montant consigné à titre de sûreté n'est pas une «réclamation personnelle».
I 143	
94 I 50	Art. 59 CF. L'action en délivrance d'une somme d'argent consignée en main d'un tiers pour garantir une créance litigieuse n'est pas une réclamation personnelle lorsque le dépôt est substitué à un droit de gage ou de rétention.
93 I 549	Nature juridique du droit à l'inscription HLE en cas de construction mobilière ?
92 II 227 = JT 1967	Art. 59 CF. Pacte d'emption. For. Réclamation personnelle. Recours de droit public. Recevabilité. Distinction entre une action personnelle et une action réelle.
I 264	
92 I 36 = JT 1966	HLE. Rejet de l'action introduite dans le délai fixé en raison d'un vice de procédure. Application de l'art. 139 CO par analogie.
I 308	Architecte (mandat) — Prescription (durée du délai). Entrepreneur — Prescription (point de départ du délai, durée du délai).
89 II 304 = JT 1964	Conditions de l'inscription provisoire de l'HLE.
I 1971	HLE. Privilège.
89 II 405 = JT 1964	
I 251	HLE. Action contre le créancier de rang antérieur conformément à l'art. 841 CC.
86 I 265 = JT 1961	Cession de créance. Droit de rétention.
I 332	
86 II 145 = JT 1961	HLE. Ouvrage donnant droit à l'HLE. Délai d'inscription. Conditions de l'action de l'art. 841 CC.
I 85	
82 II 15 = JT 1956	L'existence d'une restriction du droit d'aliéner annotée en vertu de l'art. 960 ch. 1 CC fait-elle obstacle à la réalisation forcée de l'immeuble ?
I 233	
80 II 109 = JT 1955	
I 48	
76 II 134 = JT 1951	
I 102	
72 III 7	

- 65 II 1 Hypothèque des artisans. L'architecte ne bénéficie pas de ce privilège pour sa créance d'honoraires (art. 837 ch. 3, 839 ss CC).
- 53 II 466 = JT 1928
I 546 La cession d'une créance entraîne de par la loi le transfert des droits qui en dépendent, et notamment de ceux qui lui servent de garantie. Principe applicable aussi à l'HLE.
- 47 III 137 Art. 683 et 959 al. 2 CC; 96 LP – Le titulaire d'un droit d'emption doit tenir compte de la situation créée par la saisie de l'immeuble frappé de ce droit et doit dès lors, avant de l'exercer, solliciter l'autorisation de l'office.
- 42 III 331 Moment où doivent être produites les créances garanties par une HLE sans inscription.
- 39 II 214 = JT 1914
I 77 HLE. Sous-traitance. Point de départ du délai de trois mois. Créance garantie.
- 39 II 285 = JT 1913
II 106 Application des art. 841 CC et 249 LP. Faillite – HLE inscrite après d'autres hypothèques conventionnelles – Etat de collocation colloquant ces créances au rang correspondant à leur inscription au RF – Tableau de distribution n'allouant aucun dividende à l'entrepreneur.

Bibliographie

- AMMONN, KURT. *Grundriß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Berne 1980.
- BECKER, H. *Obligationenrecht. Allg. Bestimmungen (art. 1–183 OR)*, Commentaire Berne 1941.
- BRÜGGER, PAUL. *Genügt zur Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts die richterliche Feststellung der maßgebenden Pfandsumme?*, RNRF 61 (1980), p. 62–63.
- BUCHER, EUGEN. *Skriptum zum Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Zurich 1981.
- CLOPATH, GION. *Quelques problèmes relatifs à la double vente, spécialement en matière immobilière*, SJZ 66 (1970), p. 49 ss.
- DESCHEAUX, HENRI. *Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier*, RNRF 43 (1962), p. 282 ss.
- *Obligations propter rem*. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Bâle 1959.
 - *Les restrictions légales de la propriété foncière et le registre foncier*, RNRF 38 (1957), p. 321 ss.
 - *Encore les effets de l'annotation de droits personnels au registre foncier*, RDS 83 (1964), I, p. 301 ss.
 - *Le Titre préliminaire du code civil*, DPS II.
- DOHM, JÜRGEN. *Les garanties bancaires dans le domaine de la construction*, DC 1981/1, p. 3 ss.
- ENGEL, PIERRE. *Traité des obligations en droits suisse*, Neuchâtel 1973.
- *La cession des droits réels et des droits personnels annotés*, RNRF 54 (1973), p. 321 ss.
- FAVRE, ANTOINE. *Droit des poursuites*, 3^e éd. 1974.
- FLAMME, MAURICE-ANDRÉ ET PHILIPPE. *Le contrat d'entreprise. Dix ans de juris-prudence (1966–1975)*, Larcier – Bruxelles 1976.
- FLATTET, GUY. *La propriété par étages*. Sixième journée juridique, Genève 1967.
- FRIEDRICH, HANS-PETER. *Grundbuch und öffentliches Recht*, RNRF 51 (1970), p. 193 ss.
- *Erfahrungen mit Stockwerkeigentum*, RNRF 54 (1973), p. 129 ss.
 - *Der Rang der Grundstücksrechte*, RNRF 58 (1977), p. 321 ss.
- GAUCH, PETER. *Der Unternehmer im Werkvertrag*, 2^e éd., Zurich 1977.
- GAUCH/SCHLUEP/TERCIER. *Partie générale du droit des obligations (Tomes I et II)*, Zurich 1978.
- GAUTSCHI, GEORG. *Obligationenrecht. Der einfache Auftrag (art. 394–406 OR)*, Commentaire Berne, 3^e éd. 1971.
- *Obligationenrecht. Der Werkvertrag (art. 363–379 OR)*, Commentaire Berne, 2^e éd. 1967.

- GILLIÉRON, PIERRE ROBERT. Note sur l'arrêt B. SA, JT 1977 II 156.
- Note sur l'arrêt Blum, JT 1979 II 149.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL. Quelques problèmes actuels concernant l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, RNRF 54 (1973), p. 65 ss.
- GUHL, THEO. Das Schweizerische Obligationenrecht, 6^e éd., Zurich 1972.
- Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Schweizerischen Bundesgerichtes, p. 93 ss.
- HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL. Sachenrecht. Das Eigentum (art. 641–729 ZGB), Commentaire Zurich, 2^e éd. 1977 (cité HAAB).
- HABSCHEID, WALTHER J. Droit judiciaire privé suisse, Genève 1975.
- HAEFLIGER, CHARLES. Le rang et le privilège de l'hypothèque légale de l'entrepreneur, thèse Lausanne 1957.
- DE HALLER, JEAN-CLAUDE. Le droit à l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur, thèse Lausanne 1970.
- Note sur l'arrêt Umberto Bonomo Söhne AG, JT 1974 I 322.
 - L'hypothèque légale de l'entrepreneur, le patrimoine administratif et la «responsabilité subsidiaire» des collectivités publiques. Le point après un arrêt du TF, JT 1978 I 632.
- HOMBERGER, A. Sachenrecht. Besitz und Grundbuch (art. 919–977 ZGB), Commentaire Zurich 1940.
- HUBER, EUGÈNE. Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police, Berne 1902.
- HUBER, HANS. Notes sur les arrêts Blum et Casa Strada, RNRF 60 (1979), p. 369 et 383.
- JEANPRÊTRE, RAYMOND. Remarques sur l'exception d'inexécution. *Mélanges Henri Deschenaux*, Fribourg 1977.
- JOST, ARTHUR. Die Realobligation als Rechtsinstitut, thèse Berne 1956.
- KELLENBERGER, ALFRED. Heutige Probleme der Grundbuchführung, RNRF 58 (1977), p. 1 ss.
- LAURENT, JEAN-FRANÇOIS. Les gages grevant la propriété par étages, thèse Lausanne 1980.
- LEEMANN, HANS. Sachenrecht (art. 730–918 ZGB), Commentaire Berne 1925.
- LIVER, PETER. Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Commentaire Zurich, 3^e éd. 1980.
- Das Eigentum, SPR V/1, p. 1 ss.
 - Die Anmerkung, RNRF 50 (1969), p. 10 ss.
 - Die Vormerkung des Gewinnanspruches der Miterben gemäß dem revidierten Art. 619 ZGB – Eine Entgegnung, RNRF 62 (1981), p. 129 ss.
- MAGNENAT, HENRI-E. La propriété par étages. Guide juridique et pratique, Lausanne 1965.
- MAILLEFER, MICHEL. Le privilège de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, thèse Lausanne 1961.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Sachenrecht. Das Eigentum. Syst. Teil und Allg. Bestimmungen (art. 641 à 654 ZGB), Commentaire Berne 1981.
- Sachenrecht. Das Eigentum. Das Grundeigentum I/art. 655–679 ZGB, Commentaire Berne 1974.
 - Sachenrecht. Das Eigentum. Das Grundeigentum II/art. 680–701 ZGB, Commentaire Berne 1975.
- MICHAUD, PATRICE. L'organisation de la communauté des propriétaires par étages, thèse Lausanne 1974.
- NEUENSCHWANDER, URS. Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksich-

- tigung des Nachbarrechts, thèse Zurich 1966.
- OFTINGER/BÄR. *Sachenrecht. Das Fahrnispfand* (art. 884–918 ZGB), Commentaire Zurich, 3^e éd. 1981.
- OSER/SCHÖNENBERGER. *Obligationenrecht. Teil 1–3* (art. 1–529 OR), Commentaire Zurich, 2^e éd. 1929/1936/1945.
- OSTERTAG FRITZ. *Sachenrecht. Besitz und Grundbuch* (art. 919 à 977 ZGB), Commentaire Berne, 2^e éd. 1917.
- OTTIKER, MORITZ. *Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum*, thèse Berne 1972.
- PEDRAZZINI, MARIO M. *Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag*, SPR VII/1, p. 495 ss.
- PELET, JEAN. *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, thèse Lausanne 1937.
- PETER-RUETSCHI, TINA. *Das schweizerische Stockwerkeigentum*, Zurich 1980.
- PIOTET, PAUL. *Précis de droit successoral*, Berne 1976.
- *Droit successoral*, DPS IV, Fribourg 1975.
 - *Note sur le droit à la constitution d'une hypothèque légale*, JT 1967 I 272–274.
 - *Le droit à l'hypothèque légale et le privilège de l'entrepreneur*, notamment quand l'immeuble est acquis par un tiers ou réalisé dans une exécution forcée, RNRF 49 (1968), p. 193 ss.
 - *Des effets de l'annotation au Registre foncier des rapports de droit personnels*, RDS 79 (1960), p. 401 ss.
 - *Du nouveau quant aux rapports de droit personnels annotés au Registre foncier*, RNRF 46 (1965), p. 129 ss.
 - *Les effets typiques des annotations au Registre foncier*, RNRF 50 (1969), p. 34 ss.
 - *L'entrepreneur a-t-il droit à l'hypothèque légale en cas de constructions sur le fonds d'autrui ou de faillite du propriétaire?*, JT 1970 I 130.
- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS. *Patrimoine administratif et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*. Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977.
- REGAMEY, CHARLES. *La protection des créanciers des constructions dans l'industrie du bâtiment*, thèse Lausanne 1904.
- RUEDIN, ROLAND. *Propriété par étages et poursuite pour dettes et faillite*, RNRF 56 (1975), p. 321 ss.
- SCACCHI, DIEGO. *L'obligation propter rem et les droits personnels annotés au registre foncier*, thèse Genève 1970.
- SCHAUB, RUDOLF P. *Der Engineeringvertrag*, Zurich 1979.
- SCHNEIDER, BENNO. *Probleme des subjektiv-dinglichen Miteigentums*, RNRF 57 (1976), p. 1 ss.
- *Das Schweizerische Miteigentumsrecht*, thèse Berne 1973.
- SCHNEWIN, BLISS. *Zur Rechtsnatur des Bauvertrages insbesondere des Generalunternehmervertrages*, RNRF 61 (1980), p. 365 ss.
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI. *Obligationenrecht* (art. 1–529 OR), Commentaire Zurich, 3^e éd. 1973.
- SCHUMACHER, RAINER. *Das Bauhandwerkerpfandrecht. Systematische Darstellung der Praxis*, Zurich 1979.
- SCHWAGER, RUDOLF. *Der Architekt als Vertreter des Bauherrn*, DC 1980/1, p. 19 ss.
- SCYBOZ, GEORGES. *Le contrat de garantie et le cautionnement*, SPR VII/2, p. 1 ss.
- SIMMEN, ROBERT. *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags* (OR 82), Berne 1981.
- SIMOND, FRED. E. *L'hypothèque légale de l'entrepreneur en droit suisse*, thèse Lausanne 1924.

- STARK, EMIL W. Sachenrecht. Besitz und Grundbuch. Der Besitz (art. 919–941 ZGB), Commentaire Berne 1976.
- STEINAUER, PAUL-HENRI. A propos de l'arrêt «Le Trajan», DC 1980/2, p. 26.
- TAILLENS, EMILE. Des effets de la faillite sur les contrats du débiteur, thèse Lausanne 1950.
- VON TUHR/PETER. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (Tomes I et II), 3^e éd., Zurich 1974.
- TUOR/SCHNYDER. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9^e éd., Zurich 1975.
- VISCHER, FRANK. Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1, p. 279 ss.
- WELTERT, THOMAS. Rückziehbarkeit der Grundbuchanmeldung?, SJZ 77 (1981), p. 349 ss.
- WIELAND, C. Les droits réels dans le code civil suisse (Tomes I et II), Traduction H. Bovay, Lausanne/Paris 1914.
- WIPFLI, PETER. Das gesetzliche Pfandrecht für Leistungen der Bauhandwerker an mehreren Liegenschaften und an Liegenschaften mit Eigentumswohnungen, RNRF 52 (1971), p. 65 ss.
- YUNG, WALTER. Etudes et articles, Genève 1971.
- SIA. Société suisse des ingénieurs et des architectes. Normes 118 (éd. 1977). Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction.