

Hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs et recours au Tribunal fédéral

par

Luc Pittet, avocat à Lausanne

Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction	2
II. L'inscription définitive	2
A. Des particularités de l'action en inscription définitive	2
B. La contestation civile.....	5
C. La valeur litigieuse et le caractère final de la décision.....	7
III. L'inscription provisoire	9
A. Une mesure provisionnelle.....	9
B. Une décision finale.....	11
C. L'effet suspensif et les mesures provisionnelles requises devant le Tribunal fédéral.....	14
IV. Conclusion.....	17

I. Introduction

1. Ni l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse au 1^{er} janvier 2011, ni celle des modifications apportées au Code civil au 1^{er} janvier 2012 n'entraînent de changements fondamentaux sur le régime des recours au Tribunal fédéral contre les décisions rendues en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Les dispositions pertinentes en la matière sont en effet contenues dans la Loi sur le Tribunal fédéral entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Pour le praticien, les dispositions de la LTF font ainsi figure de *terra cognita* en comparaison notamment des règles de procédure civile que les plaideurs s'efforcent d'appliquer depuis bientôt une année.
2. Il nous est néanmoins apparu utile de faire le point et de profiter de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions du Code civil pour se pencher plus attentivement sur les questions auxquelles le praticien peut être confronté au moment de saisir le Tribunal fédéral d'une décision rendue en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Dans le cadre de cet examen, nous distinguerons entre l'inscription provisoire et l'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Les questions seront traitées dans l'ordre inverse de l'évolution habituelle du litige et nous commencerons par examiner le recours au Tribunal fédéral contre une inscription définitive, avant de relever les particularités d'un recours dirigé contre une inscription provisoire. Nous n'aborderons en revanche pas les recours contre les décisions rendues en matière d'action découlant du privilège des artisans et entrepreneurs.

II. L'inscription définitive

A. Des particularités de l'action en inscription définitive

3. La reconnaissance judiciaire du droit à l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs se déroule généralement en deux phases. Dans une première phase, l'hypothèque légale fait l'objet d'une inscription provisoire, au sens de l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC, afin de respecter le délai péremptoire

prévu à l'art. 839 al. 2 CC. Celui qui entend se prévaloir de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs doit ainsi non seulement requérir mais également obtenir l'inscription dans le délai de l'art. 839 al. 2 CC¹. Dans la plupart des cas, il est impossible d'obtenir un jugement définitif dans le délai de l'art. 839 al. 2 CC. Le système légal permet donc au requérant d'annoter son droit à titre provisoire, ce qui suffit à sauvegarder le délai de l'art. 839 al. 2 CC. Sous l'empire du régime en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2012, on déduit cette faculté de l'art. 22 al. 4 de l'Ordonnance sur le registre foncier (ci-après : ORF) qui renvoie expressément à l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC. D'après le projet de l'ORF disponible au moment de la rédaction de la présente contribution², ce système sera reconduit. C'est l'art. 76 al. 3 ORF qui traitera dès le 1^{er} janvier 2012 de l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Tout comme l'art. 22 al. 4 de l'ORF en vigueur jusqu'à fin 2011, l'art. 76 al. 3 renvoie à l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC. L'art. 76 al. 3 précise en outre expressément ce que l'on déduisait de l'art. 22 al. 4 ORF, soit que le délai péremptoire de l'art. 839 al. 2 est sauvegardé par une inscription provisoire au sens de l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC.

4. L'entrepreneur qui a sauvegardé ses droits en obtenant une inscription provisoire, sous forme d'annotation au registre foncier, se voit impartir un délai dans lequel faire valoir son droit en justice, pour reprendre la formulation de l'art. 961 al. 3 CC. Par le biais d'une action et d'une procédure postérieure à celle qui lui aura permis d'obtenir l'inscription d'une annotation au sens de l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC, l'entrepreneur doit donc valider l'inscription de l'hypothèque légale.
5. L'objet de cette action en validation d'une inscription provisoire n'est pas de faire constater la créance de l'entrepreneur

¹ Pour l'interprétation du droit en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2012, voir notamment PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, tome III, Berne 2003, N 2883, p. 282 et 283. La version modifiée au 1^{er} janvier 2012 de l'art. 839 al. 2 CC précise désormais que l'inscription doit être « *obtenue* » dans les quatre mois.

² Voir communiqué de presse du Département fédéral de justice et police du 23 septembre 2011 et projet d'Ordonnance sur le registre foncier annexé.

(« *Werklohnforderung* »), mais le droit à l'inscription définitive du gage en fonction de la rémunération (« *Werklohn* ») et seulement en tant que montant du gage (« *Pfandsomme* »)³. Dans le cadre de l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale, il suffit donc que la question de l'étendue de la créance soit débattue et tranchée à titre préjudiciel, notamment lorsque cette action oppose un entrepreneur sous-traitant au propriétaire de l'immeuble objet de la garantie.

6. Le Tribunal fédéral a déduit de ce qui précède que l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale peut être ouverte contre le propriétaire indépendamment d'une action en paiement de la créance de l'entrepreneur qui se prévaut de l'hypothèque légale. Le sous-traitant n'a ainsi pas à agir simultanément en paiement contre l'entrepreneur général pour être légitimé à obtenir l'inscription définitive de son droit de gage⁴.
7. Les cas où l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale est introduite indépendamment de celle en paiement de la créance de l'entrepreneur pourraient devenir plus fréquents après l'entrée en vigueur des dispositions du Code de procédure civile suisse (ci-après : CPC) au 1^{er} janvier 2011. Le système mis en place par les art. 263 et 198 let. h CPC est en effet de nature à compliquer le cumul de ces deux actions. L'art. 263 CPC prescrit ainsi au magistrat qui a rendu une décision d'inscription provisoire de l'hypothèque légale d'impartir au requérant un délai pour le dépôt de la demande, à l'instar de l'art. 961 al. 3 CC. Or, l'art. 198 let. h CPC prescrit que la procédure de conciliation n'a pas lieu lorsque le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande. Il faut déduire de ce qui précède que l'action portant sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale doit être introduite directement auprès du juge du fond et non de l'autorité de conciliation⁵. Il est ainsi probable que l'entrepreneur se trouvera souvent en pratique en position de devoir valider l'inscription de l'hypothèque légale au terme d'un délai qui ne lui

³ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 31 août 2000, ATF 126 III 467, consid. 3b/cc, p. 472 ; voir également STEINAUER, op. cit., N 2888, p. 287.

⁴ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 31 août 2000, ATF 126 III 467, notamment.

⁵ Voir à ce sujet le commentaire de RAINER SCHUMACHER au sujet d'un arrêt de la Cour de cassation zurichoise du 1^{er} novembre 2010, in : DC 2/2011, p. 68.

aura pas permis de se faire délivrer l'autorisation de procéder pour l'action en paiement de sa créance, que cette créance soit dirigée contre un entrepreneur général ou contre le propriétaire lui-même. A tout le moins au moment d'introduire l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale, l'entrepreneur ne sera donc pas en mesure de cumuler les deux actions⁶.

B. La contestation civile

8. La décision d'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est considérée comme étant une contestation civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF. Le litige portant sur le principe et l'étendue du droit d'un entrepreneur de garantir sa créance en paiement par l'inscription d'une hypothèque sur un immeuble soumis au droit privé est ainsi manifestement un litige donnant lieu à une décision rendue en matière civile. Le constat était, jusqu'au 1^{er} janvier 2012, d'autant plus limpide que l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur un immeuble du patrimoine administratif, soit soumis au droit public, était exclue. La doctrine a ainsi considéré que « (...) *l'inscription d'une hypothèque légale, qui a pour objet de conférer un droit de réalisation, est incompatible avec l'affectation d'un immeuble à un service public. Tant qu'il demeure affecté à une tâche publique et fait partie du patrimoine administratif de la collectivité publique, un tel immeuble est inaliénable et irréalisable. Il ne peut donc être grevé d'une charge tendant à sa réalisation et, par là même, à le soustraire à son affectation. Le droit public exclut cet effet que le droit civil, soit l'art. 837 CC, attache à la propriété immobilière* »⁷. Le Tribunal fédéral a

⁶ Savoir quelles mesures peuvent être prises pour remédier à cet inconvénient dépasse le cadre de la présente contribution. On peut toutefois évoquer la solution consistant à ce que le juge fixe un délai suffisamment long pour permettre le déroulement jusqu'à son terme de la procédure de conciliation portant sur l'action en paiement de la créance de l'entrepreneur. Si ce délai n'est pas suffisant, on peut songer à demander la prolongation du délai imparti pour valider l'inscription. Ce délai, fixé par le juge, devrait en effet être considéré comme étant prolongeable (voir STEINAUER, op. cit., N 2892b, p. 289).

⁷ Voir JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET, Patrimoine administratif et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, in : « *Mélanges Henri Zwahlen* », Lausanne, 1977, p. 497 et suiv., spéc. p. 506-507. Voir également STEINAUER, op. cit., N 2874b, p.

récemment confirmé ce principe dans le cadre d'un arrêt concernant l'Etablissement Hospitalier Multi-sites Cantonal du canton de Neuchâtel⁸. Lorsqu'il a connaissance d'un recours portant sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale sur un immeuble prétendument affecté à une tâche d'intérêt public, le Tribunal fédéral est saisi d'un litige portant sur l'applicabilité du droit civil, soit les art. 837 et suiv. CC. Il est ainsi justifié de maintenir la qualification du litige de contestation civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF, quand bien même il devrait être examiné, à titre préjudiciel, quel est le statut de l'immeuble sur lequel l'inscription est requise. Cet examen s'opère généralement au moyen de règles de droit public fédéral ou cantonal.

9. Le principe de l'exclusion de l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur le patrimoine administratif ne sera pas remis en cause par les modifications du Code civil qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2012. En revanche, le législateur a entendu améliorer la protection des artisans et entrepreneurs dont les travaux sont exécutés sur un immeuble du patrimoine administratif. Trois alinéas ont ainsi été ajoutés à l'art. 839 CC, pour prévoir notamment que le propriétaire répond envers les artisans et entrepreneurs conformément aux règles sur le cautionnement simple, si l'immeuble sur lequel les travaux ont été exécutés fait incontestablement partie du patrimoine administratif⁹.
10. En prévoyant désormais un cautionnement légal, pour des travaux exécutés sur un immeuble du patrimoine administratif, le législateur a créé un instrument supplémentaire. On peut se demander si cet instrument, qui n'est manifestement pas une hypothèque, ni même une sûreté réelle, se devait de figurer sous le titre concernant le gage

275 et références citées.

⁸ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2011, 5A_78/2011.

⁹ Voir art. 839 al. 4 CC. Les art. 839 al. 4 et 6 CC ne faisaient pas partie du projet du Conseil fédéral et sont apparus lors des débats devant le Conseil national (voir BOCN 2009 627). Le projet du Conseil fédéral s'était borné à prévoir que l'artisan, l'entrepreneur ou le sous-traitant pouvaient faire inscrire provisoirement une hypothèque légale, lorsqu'il est difficile de discerner d'emblée si un immeuble appartient au patrimoine administratif ou financier d'une collectivité (voir FF 2007 5052).

immobilier, au chapitre de l'hypothèque, dans un article ayant pour objet l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs¹⁰.

11. Quoi qu'il en soit, en application de ce nouveau système, l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale pourra donc avoir comme objet la radiation de l'hypothèque inscrite à titre provisoire et son remplacement par un cautionnement légal, dont les règles sont identiques à celles du cautionnement simple. Quand bien même la caution sera une collectivité et que l'activité de cette dernière en rapport avec la dette garantie concernera l'exécution d'une tâche de droit public, on demeurera à notre sens dans une contestation civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF. La garantie du cautionnement légal à disposition de l'entrepreneur est en effet prévue par le droit privé et de nature civile. L'introduction des art. 839 al. 4 à 6 CC ne devrait donc pas modifier le régime de la recevabilité du recours au Tribunal fédéral contre les décisions d'inscription définitive des hypothèques légales des artisans et entrepreneurs.

C. La valeur litigieuse et le caractère final de la décision

12. L'action en inscription définitive d'une hypothèque légale est une contestation pécuniaire, au sens de l'art. 74 al. 1 LTF. La recevabilité du recours en matière civile, sous réserve de l'existence d'une question juridique de principe au sens de l'art. 74 al. 2 LTF, est donc soumise à la condition que la valeur litigieuse s'élève au moins à CHF 30'000.–.
13. On peut souligner une particularité au sujet du calcul de la valeur litigieuse. Appliquant l'art. 52 LTF, qui prescrit d'additionner les divers chefs de conclusions formés dans une affaire pécuniaire par la même partie, à moins qu'ils ne s'excluent, le Tribunal fédéral a considéré que la valeur litigieuse de l'action relative au contrat

¹⁰ Le cautionnement légal du nouveau droit, tout comme le régime général de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, se justifie pour pallier aux inconvénients, pour ces artisans et entrepreneurs, du régime de l'accession. On aurait ainsi pu songer à placer les nouvelles règles sur le cautionnement légal après l'art. 672 CC.

d'entreprise, soit au paiement de la créance de l'entrepreneur, s'additionne à celle de l'inscription définitive d'une hypothèque légale pour le montant de cette créance. Dans une affaire où un entrepreneur faisait valoir un montant de CHF 20'285.55, tant à titre du solde du prix de l'ouvrage que du montant du gage à inscrire définitivement pour en garantir le paiement, il a ainsi été retenu que la valeur litigieuse s'élevait à CHF 40'571.10 et non à CHF 20'285.55, de sorte que la voie du recours en matière civile était ouverte *in casu*¹¹. Cette opinion nous paraît fondée, notamment dans la mesure où, comme évoqué ci-dessus, il faut distinguer entre l'action en paiement et l'action en inscription de l'hypothèque légale, la seconde n'étant pas l'accessoire de la première¹². On peut également relever que la règle de l'addition de la prétention en paiement et de celle en inscription du gage devrait également prévaloir devant les instances précédant le Tribunal fédéral, notamment parce que l'art. 93 al. 1 CPC prévoit que les prétentions sont additionnées, à moins qu'elles ne s'excluent, en cas de consorité simple ou de cumul d'actions.

¹¹ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} juillet 2009, 4D_30/2009, consid. 1.1, partiellement publié aux ATF 135 I 221.

¹² On trouve néanmoins dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des arrêts adoptant une solution contraire, rendus tant sous l'empire de POJ (voir arrêt du Tribunal fédéral du 25 août 2003, 4C.95/2003) que sous l'empire de la LTF (voir arrêt du Tribunal fédéral du 16 juin 2011, 4A_183/2011), se fondant sur la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral selon laquelle « *la valeur du gage n'est pas additionnée à la créance qu'il garantit, pour autant que le montant de la créance soit inférieur à la valeur de l'objet mis en gage* ». Dans les deux décisions précitées, le Tribunal fédéral renvoie à l'un de ses arrêts du 7 février 1980, publié aux ATF 106 II 22. Cet arrêt du 7 février 1980 concerne une action en inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et retient, à son consid. 1^{er}, que « *bei Pfandrechten ist der Betrag der zu sichernden Forderung als Streitwert zu betrachten, sofern dieser Betrag geringer ist als der Wert der Pfandsache* », renvoyant à un arrêt publié aux ATF 55 II 41. L'arrêt du 7 février 1980 concernait toutefois un cas où l'entrepreneur s'était limité à introduire l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale, sans cumul avec l'action en paiement de la créance, les défendeurs à ces deux actions étant distincts. Il est ainsi manifestement erroné de raisonner par analogie avec les considérants de cette décision lorsque l'action en paiement de la créance de l'entrepreneur est cumulée avec celle en inscription de l'hypothèque légale.

14. Il ne fait enfin pas de doute que la décision portant sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est finale au sens de l'art. 90 LTF.

III. L'inscription provisoire

15. Comme évoqué ci-dessus, la procédure d'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sera généralement précédée par une décision d'autorisation d'inscription provisoire de l'hypothèque, sous la forme d'une annotation au registre foncier, en application de l'art. 961 al. 3 CC et de l'art. 22 al. 4 de la version de l'ORF en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011¹³. Nous traiterons ci-après du recours au Tribunal fédéral contre la décision autorisant ou refusant l'inscription provisoire.

A. Une mesure provisionnelle

16. La jurisprudence rendue sous l'empire de la LTF considère avec constance que la décision d'inscription provisoire d'une hypothèque légale a pour objet des « *mesures provisionnelles* » au sens de l'art. 98 LTF. En conséquence, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels¹⁴. Cette jurisprudence a été initiée par un arrêt du 29 juin 2007, en allemand, qui retient sans autre développement que la requête en inscription provisoire d'une hypothèque légale constitue une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF, de sorte que seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels¹⁵.

¹³ L'art. 22 al. 4 ORF sera vraisemblablement remplacé par l'art. 76 al. 3 ORF dès le 1^{er} janvier 2012 (cf. note 3 ci-dessus).

¹⁴ Voir notamment arrêt du Tribunal fédéral du 11 janvier 2008, 5A_227/2007, consid. 1.2; arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} février 2010, 5A_777/2009, consid. 1.3; arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 2010, 5A_208/2010, consid. 1.3 et arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 2010, 5A_475/2010, consid. 1.2.

¹⁵ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 29 juin 2007, 5A_102/2007, spéc. consid. 1.3. Cet arrêt portait sur l'inscription d'une hypothèque légale garantissant le droit aux contributions de la communauté des copropriétaires d'étages, au sens de l'art. 712 i CC. Il ne fait néanmoins pas de doute que les principes qui y sont dégagés peuvent s'appliquer dans le domaine de l'inscription provisoire d'une hypothèque

17. Pour certains juristes romands, dont les juristes vaudois, cette qualification n'est de loin pas choquante. Dans le canton de Vaud, selon l'art. 115 du CPC vaudois en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, la décision d'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs était en effet rendue en la forme des mesures provisionnelles, par le Juge des mesures provisionnelles du tribunal compétent *ratione valoris* pour le litige concernant l'inscription définitive¹⁶. La qualification est plus discutable dans certains cantons alémaniques, où l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs faisait l'objet d'une procédure séparée, indépendante de celle concernant l'inscription définitive¹⁷.
18. On peut à vrai dire douter que l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs doive être qualifiée de mesure provisionnelle au sens strict. On pourrait ainsi soutenir que la procédure d'annotation n'a pas pour effet de sauvegarder un état de fait litigieux ou d'assurer l'exécution forcée d'une prétention vraisemblable mais constitue, dans la plupart des cas, le nécessaire préalable à l'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, en ce sens qu'elle permet de respecter la condition temporelle de l'art. 839 al. 2 CC. Une telle interprétation trouve un certain appui dans les dispositions du Code de procédure civile suisse, qui distingue à son art. 248, portant sur l'application de la procédure sommaire, entre les « *mesures provisionnelles* » et les « *cas prévus par la loi* », notamment. Or, l'art. 249 CPC, sous ch. 5 de la lettre b, mentionne l'inscription provisoire d'hypothèques légales comme une affaire soumise à la procédure sommaire et semble par

légale des artisans et entrepreneurs, notamment au regard de l'art. 712 i al. 3 CC, qui prévoit que les dispositions relatives à la constitution de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs s'applique par analogie à celle de l'hypothèque légale garantissant le droit aux contributions des frais et charges communs de la propriété par étages des trois dernières années.

¹⁶ Voir notamment à ce sujet DENIS TAPPY, Le recours en matière civile, in : « *La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral* », Travaux de la Journée d'études organisée par le CEDIDAC le 5 octobre 2006, Lausanne 2007, p. 53 et suiv., spéc. p. 76.

¹⁷ Voir à ce sujet FRIDOLIN WALTHER, Eintragung provisorischer Bauhandwerkerpfandrechte nach neuer ZPO – Ein Fall für die Handelsgerichte ? RSPC 2011, p. 447 et suiv.

là indiquer que l'inscription provisoire n'est pas une « *mesure provisionnelle* » au sens de l'art. 248 CPC mais un « *cas prévu par la loi* » au sens de la disposition précitée¹⁸.

19. Les considérations qui précèdent ne devraient néanmoins pas conduire le Tribunal fédéral à modifier sa jurisprudence en matière de qualification de la décision d'inscription provisoire d'une hypothèque légale. Il est en effet admis dans la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'on puisse appliquer les restrictions de l'art. 98 LTF en matière de recevabilité de griefs à des décisions qui peuvent techniquement ne pas être des décisions de mesures provisionnelles, telles par exemple les décisions portant sur les actions possessoires au sens des art. 927 et 928 CC¹⁹. Le plaideur qui entend déférer devant le Tribunal fédéral une décision portant sur l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs veillera donc à invoquer et motiver ses griefs de violation des droits fondamentaux, de manière à respecter l'art. 106 al. 2 LTF. Pour le praticien, il est en outre important de souligner que la qualification de « *mesures provisionnelles* » a pour effet que les délais ne sont pas suspendus pendant les fêtes judiciaires. L'art. 46 al. 2 LTF, à l'instar de l'art. 145 al. 2 CPC pour la procédure sommaire, exclut en effet la suspension des délais pour les procédures concernant, notamment, les mesures provisionnelles.

B. Une décision finale

20. L'entrée en vigueur de l'art. 90 LTF, au 1^{er} janvier 2007, a manifestement étendu la notion de décision finale pour les recours dirigés contre les décisions prises en matière civile. Certaines mesures qui étaient considérées sous l'empire de la Loi d'organisation judiciaire comme n'étant que provisoires sont considérées comme finales au regard de l'art. 90 LTF, dans la mesure où elles sont prises indépendamment d'une procédure

¹⁸ Au sujet de cette controverse et des conséquences pratiques de ce débat dans certains cantons alémaniques s'agissant de la compétence d'ordonner l'inscription provisoire de l'hypothèque légale, voir les considérations de FRIDOLIN WALTHER, op. cit., p. 447 et suiv.

¹⁹ Voir ATF 133 III 638, consid. 2.

principale²⁰. S'agissant particulièrement de l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, l'entrée en vigueur de l'art. 90 LTF a été d'autant plus marquante que le Message, lorsqu'il expose que la notion de décision finale introduite par la LTF constitue une nouveauté pour la juridiction civile, dans la mesure où le régime de l'art. 48 OJ est abandonné, donne comme exemple la décision d'inscription provisoire d'une hypothèque légale. Ainsi, pour les rédacteurs du Message, « *les décisions de dernière instance en matière de protection de l'union conjugale (art. 172 ss CC), voire l'inscription provisoire de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs (art. 839, 961 CC) seront désormais considérées comme des décisions finales* »²¹.

21. Se fondant sur cette nouvelle notion de décision finale, nombre d'arrêts rendus depuis 2007 posent en tant que principe que la décision d'inscription provisoire de l'hypothèque légale est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF²². La jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière a apparemment été inaugurée avec un arrêt du 29 juin 2007²³, dont on a vu ci-dessus qu'il avait également posé le principe que la décision d'inscription provisoire d'une hypothèque légale était une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF. Pour motiver son opinion quant au caractère final de la décision d'inscription provisoire, le Tribunal fédéral renvoie au passage du Message cité ci-dessus et à l'exemple donné dans ce Message, de l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en tant que décision mettant fin à la procédure, devant être qualifiée de finale au sens de l'art. 90 LTF.
22. Il ne semble pas ressortir de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral qu'il faudrait distinguer, s'agissant du caractère final, selon que la décision ordonne ou refuse l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Ainsi, les considérants sur la recevabilité du recours sont identiques, que l'on

²⁰ Voir YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2008, N 3205 ad art. 90, p. 1200.

²¹ FF 2001, p. 4129.

²² Voir notamment arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} février 2010, 5A_777/2009, consid. 1.1.

²³ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 29 juin 2007, 5A_102/2007.

ait à faire à un recours contre une décision refusant l'inscription²⁴ ou contre une décision ordonnant l'inscription²⁵.

23. Il est pourtant permis de douter qu'une décision ordonnant l'inscription, à titre provisoire, de l'hypothèque légale, soit de nature finale au sens de l'art. 90 LTF. Au regard de la jurisprudence qui considère qu'une décision ordonnant une inscription provisoire doit permettre au requérant de saisir directement le tribunal compétent au fond, sans passer par la procédure de conciliation, on pourrait considérer que l'inscription provisoire n'est que le nécessaire préalable à l'inscription définitive, dont l'objet se limite à sauvegarder provisoirement le délai de péremption de l'art. 839 al. 2 CC. Lorsque l'inscription est opérée, le Tribunal saisi de l'action en validation sera en effet à même de se prononcer à nouveau et définitivement sur l'éventuelle péremption des droits de l'entrepreneur. La décision d'inscrire l'hypothèque légale à titre provisoire ne met donc pas fin à l'instance sous l'angle procédural, dans la mesure où ses effets dépendent du respect par le requérant du délai imparti pour faire valoir son droit.
24. Bernard Corboz estime ainsi que « *l'exemple de l'inscription provisoire de l'hypothèque légale que l'on trouve dans le Message du Conseil fédéral (FF 2001, 4129) conduit à penser qu'il s'agit de décisions finales, mais il nous paraît plus logique de conclure dans le sens inverse en raison du lien avec la procédure sur le fond* »²⁶. Fabienne Hohl se prononce également en défaveur de la recevabilité d'un recours au Tribunal fédéral contre une décision admettant l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs²⁷. L'auteure précitée qualifie en effet une telle décision d'incidente et considère qu'il faut la soumettre au régime de l'art. 93 LTF. Elle distingue ainsi entre la décision qui refuse l'inscription provisoire, qu'elle qualifie de finale

²⁴ Voir par exemple arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} février 2010, 5A_777/2009, consid. 1.1.1.

²⁵ Voir par exemple arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 2010, 5A_475/2010, consid. 1.1.1.

²⁶ Voir BERNARD CORBOZ, in : Commentaire de la LTF, Berne 2009, N 10 ad art. 90 LTF, p. 884.

²⁷ Voir FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome II, Berne 2010, N 1577, p. 287.

au sens de l'art. 90 LTF, et celle permettant l'inscription, qui serait incidente au sens de l'art. 93 LTF.

25. Pour les motifs évoqués ci-dessus notamment, il nous paraît pertinent de distinguer entre la décision admettant et celle rejetant l'inscription provisoire. Il ne peut ainsi être exclu que le Tribunal fédéral soit amené dans le futur à préciser sa jurisprudence et à relativiser le renvoi au Message de la LTF, en distinguant selon que l'inscription a été ordonnée ou non. Dans la seconde hypothèse, la décision serait qualifiée de finale, comme c'était le cas sous l'empire de l'art. 87 OJ, applicable avant 2007 au recours de droit public²⁸. Dans la première hypothèse, il faudrait en revanche appliquer l'art. 93 LTF et qualifier la décision d'incidente. Cas échéant, le recourant devrait établir que l'inscription, à titre provisoire, d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs lui cause un préjudice irréparable. Fabienne Hohl est d'avis que tel ne sera généralement pas le cas²⁹. A tout le moins le recourant devra-t-il indiquer concrètement, dans le recours, en quoi consiste le préjudice irréparable conditionnant la recevabilité du recours³⁰. Pour autant qu'il puisse l'établir à satisfaction par devant le Tribunal fédéral, il semble que le propriétaire dont la parcelle fait l'objet d'une inscription provisoire devrait pouvoir se prévaloir d'un préjudice irréparable lorsque l'existence d'une hypothèque légale empêche de clôturer le crédit de construction et de consolider le prêt hypothécaire, de sorte que le montant des intérêts dus par le propriétaire s'en trouve augmenté.

C. L'effet suspensif et les mesures provisionnelles requises devant le Tribunal fédéral

26. Dans la plupart des cas, l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est en premier lieu ordonnée par une décision de mesures superprovisionnelles. Lorsque la procédure de mesures provisionnelles aboutit à une solution inverse, à savoir

²⁸ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 1998, 5P_382/1998, consid. 1 a.

²⁹ Voir FABIENNE HOHL, op. cit., N 1577, p. 287.

³⁰ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 28 juin 2011, 4A_178/2011, publié in : RSPC 2011, p. 382.

que la requête en inscription provisoire est rejetée, la décision de mesures provisionnelles ordonnera la révocation de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles. Le magistrat ne devrait ordonner cette révocation qu'à l'échéance du délai de recours, y compris le délai de recours au Tribunal fédéral. Il n'en demeure pas moins que celui qui entend contester la décision de rejet devant le Tribunal fédéral devra prêter garde à requérir l'effet suspensif à son recours, au sens de l'art. 103 LTF. A défaut, la révocation de l'ordonnance de mesures provisionnelles entraînera la radiation de l'inscription opérée à titre de mesure superprovisionnelle. Or, la radiation de l'inscription superprovisionnelle aboutira dans la plupart des cas à la péremption du droit à l'inscription, dans la mesure où la procédure de recours devant le Tribunal fédéral intervient généralement après l'échéance du délai de l'art. 839 al. 2 CC.

27. Si le recourant se trouve néanmoins encore dans le délai pour procéder à l'inscription, et que celle-ci lui a été refusée par les autorités cantonales, il sera manifestement insuffisant de se contenter de requérir l'effet suspensif au sens de l'art. 103 LTF. Le recourant devra requérir que le juge instructeur ordonne l'inscription provisoire à réception du recours, si nécessaire à titre de mesure superprovisionnelle³¹. Dans un arrêt du 23 décembre 2005, rendu sous l'empire de l'art. 94 OJ, auquel correspond le contenu de l'art. 104 LTF³², le Tribunal fédéral a semblé ne pas exclure que l'entrepreneur puisse faire parvenir au Tribunal fédéral une requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles – fondée à la date de l'arrêt sur l'art. 94 OJ – tendant à requérir qu'il soit ordonné au conservateur de faire procéder à l'inscription provisoire³³. Pour qu'une telle requête de mesures superprovisionnelles ait un sens, il faut bien entendu se trouver encore dans le délai de l'art. 839 al. 2 CC.

³¹ Au sujet de la possibilité que le Tribunal fédéral ordonne des mesures superprovisionnelles, fondées sur l'art. 104 LTF, voir BERNARD CORBOZ, op. cit., N 23 ad art. 104 LTF, p. 1016.

³² BERNARD CORBOZ, op. cit., N 2 ad art. 104 LTF, p. 1011.

³³ Voir arrêt du 23 décembre 2005, 5P_344/2005, publié in RSPC 2006, p. 163.

28. On signalera enfin le problème de la recevabilité du recours contre une décision de mesures superprovisionnelles, faute pour une telle décision d'être considérée comme une décision de dernière instance cantonale au sens de l'art. 75 al. 1 LTF. Il ressort en effet de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral que la possibilité d'obtenir la modification ou la révocation de la décision de mesures superprovisionnelles constitue un moyen de droit cantonal qui doit être préalablement épuisé. Or, par moyen de droit cantonal, il faudrait entendre toutes les voies de droit qui sont ouvertes au recourant pour faire disparaître le préjudice juridique allégué, notamment la possibilité d'obtenir des mesures provisionnelles³⁴. On pourrait en déduire que l'entrepreneur n'aurait aucun moyen de porter sa cause devant le Tribunal fédéral lorsque les autorités cantonales ont refusé d'inscrire son hypothèque à titre de mesure superprovisionnelle et que la décision rendue suite à l'audience de mesures provisionnelles intervient après l'échéance du délai de péremption. Ce serait toutefois à notre sens méconnaître le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui aménage une exception au principe de l'irrecevabilité du recours contre une décision de mesures superprovisionnelles. En matière de suspension de la poursuite, lorsqu'une action au sens de l'art. 85 a LP a été introduite et que l'audience de faillite a déjà été fixée, le Tribunal fédéral a ainsi considéré comme recevable le recours contre une décision de mesures superprovisionnelles, « *car si le juge a rejeté la requête d'extrême urgence et que la faillite du poursuivi est prononcée, aucune décision de mesures provisionnelles ne pourra se substituer à celle refusant la suspension à titre préprovisoire* »³⁵. Le Tribunal fédéral semble ainsi poser le principe de la recevabilité du recours contre une décision de mesures superprovisionnelles, lorsque le refus de telles mesures mettrait définitivement en péril la prétention du recourant, rendant sans objet la procédure ultérieure. On peut à notre sens appliquer ce raisonnement au cas où les autorités cantonales ont rejeté d'emblée la requête d'inscription présentée à titre superprovisionnel et où il

³⁴ Voir FABIENNE HOHL, op. cit., N 3082, p. 547. Pour un exemple récent de cette jurisprudence, voir arrêt du Tribunal fédéral du 4 octobre 2011, 4A_577/2011.

³⁵ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 2 décembre 2008, 5A_712/2008, consid. 1.2, cité notamment par FABIENNE HOHL, op. cit., N 3082, p. 547.

apparaît qu'une décision de mesures provisionnelles ne pourra pas être rendue, ni exécutée, avant l'échéance du délai de péremption de l'art. 839 al. 2 CC, de sorte que la décision de mesures superprovisionnelles de rejet a pour effet d'entraîner l'extinction définitive du droit à l'inscription de l'hypothèque.

IV. Conclusion

29. Ce bref survol nous permet de conclure que la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de recevabilité du recours contre les décisions d'inscription d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs est généralement bien établie. Sous réserve de la question de la valeur litigieuse, cette jurisprudence est cohérente. Il n'en demeure pas moins qu'une évolution pourrait intervenir en ce qui concerne la recevabilité du recours contre une décision admettant l'inscription d'une hypothèque légale à titre provisoire. Une telle décision est à l'heure actuelle qualifiée sans autre de finale, au sens de l'art. 90 LTF. Or, elle ne paraît pas remplir tous les critères nécessaires à une telle qualification. La décision d'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est ainsi manifestement en lien avec la procédure ultérieure d'inscription définitive, à tout le moins lorsque l'inscription provisoire est opérée et qu'un délai est imparti pour valider l'inscription. Dans le cadre de cette procédure ultérieure, le Juge de l'inscription définitive pourra réexaminer toutes les questions tranchées par le Juge de l'inscription provisoire, au stade de la vraisemblance. Cela devrait amener à conclure que les décisions admettant l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ne met pas fin à la procédure mais qu'il s'agit d'une décision incidente, qui peut faire l'objet d'un recours aux conditions de l'art. 93 LTF.