

# L'égalité de traitement entre les entrepreneurs ayant droit à l'hypothèque légale et le changement de rang

**par**

**Mathu Mitha Sritharan**

**sous la direction du Professeur Denis Piotet**

Mémoire de maîtrise universitaire de droit

Lausanne, session de juin 2023

# Table des matières

<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>III</b>
<b>TABLE DES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>VIII</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>TITRE I - LA THÉORIE GÉNÉRALE DES HYPOTHÈQUES LÉGALES DES ARTISANS ET DES ENTREPRENEURS</b> .....	<b>2</b>
CHAPITRE 1- LES GRANDS PRINCIPES .....	2
§1. <i>La ratio legis</i> .....	2
§2. <i>Conditions générales du droit à l'inscription</i> .....	3
A. L'ayant droit .....	3
B. L'objet .....	3
C. Le travail .....	4
D. Le délai d'inscription .....	4
E. La reconnaissance de la créance .....	4
F. L'absence de sûretés suffisantes .....	5
G. Autres conditions .....	5
§3. <i>Les enjeux engendrés en présence de sous-traitants</i> .....	5
§4. <i>L'inscription de l'hypothèque légale</i> .....	6
A. Inscription provisoire .....	6
B. Inscription définitive .....	7
CHAPITRE 2 - LE PRIVILÈGE DES ENTREPRENEURS ET ARTISANS (ART. 841 CC) .....	8
§1. <i>Ratio legis de l'art. 841 CC</i> .....	8
§2. <i>Action en exécution</i> .....	10
§3. <i>Les conditions du privilège</i> .....	10
A. Les conditions objectives .....	10
a. Une perte .....	11
b. Une charge hypothécaire excessive .....	11
c. Une mauvaise affectation du crédit .....	11
B. La condition subjective .....	12
CHAPITRE 3 - LE RANG DES HYPOTHÈQUES LÉGALES DES ARTISANS ET ENTREPRENEURS .....	13
§1. <i>La ratio legis de l'art. 840 CC et introduction au principe d'égalité de traitement</i> .....	13
§2. <i>Le lien entre les articles 840 et 841 CC</i> .....	14
§3. <i>Devoir de la banque sous les exigences du principe d'égalité de traitement</i> .....	15
§4. <i>Illustration de l'enjeu du principe d'égalité de traitement</i> .....	15
§5. <i>La controverse</i> .....	17
A. Approche du Tribunal fédéral .....	17
a. ATF 115 II 136 = JdT 1989 I 629 .....	18
B. Controverse doctrinale .....	19
a. Andrea Ermotti .....	19
b. Rainer Schumacher et Pascal Rey .....	20
c. Dieter Zobl .....	21
§6. <i>Commentaire</i> .....	23
<b>TITRE II - LES PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LE RANG ET LA CASE HYPOTHÉCAIRE</b> .....	<b>25</b>
CHAPITRE 1 - LES MODES DE FIXATION DU RANG .....	25
§1. <i>Prior tempore potior iure</i> .....	25
§2. <i>Les cases hypothécaires fixes</i> .....	26

A. Les conséquences du système des cases hypothécaires .....	27
B. Le droit de profiter des cases libres .....	27
§3. <i>Le rang des hypothèques légales</i> .....	28
CHAPITRE 2 - CONFLIT ENTRE LE RANG FIXE ET LE RANG FLEXIBLE .....	28
§1. <i>La servitude antérieure au gage</i> .....	29
§2. <i>La servitude postérieure au gage</i> .....	29
§3. <i>Droit de gage constitué postérieurement à la servitude mais dans une case libre avant la servitude</i> ...	29
§4. <i>La double mise à prix et l'art. 840 CC</i> .....	30
§5. <i>Le rang relatif</i> .....	30
<b>TITRE III - LA MODIFICATION DU RANG</b> .....	<b>32</b>
CHAPITRE UNIQUE - LA CONVENTION DE POSTPOSITION .....	32
§1. <i>Les enjeux de la convention de postposition des entrepreneurs</i> .....	33
A. La convention hypothécaire d'un entrepreneur .....	33
a. Atteintes causées par l'entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque conventionnelle .....	34
b. Prétention en indemnisation des entrepreneurs lésés .....	35
B. Le changement de rang .....	36
a. L'atteinte aux attentes des autres entrepreneurs .....	37
b. Prétention en indemnisation des entrepreneurs lésés .....	38
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>41</b>

## Bibliographie

### Ouvrage et commentaire

- BOHNET François, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse / I. - II.*, in Bohnet François (édit), *Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, Fond et procédure*, Bâle, Neuchâtel 2012, p. 50 ss.
- BOVEY Grégory, *Code civil II : art. 837 – 841*, Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-BOVEY, Art. X N Y).
- CARRON Blaise / FELLAY Maud, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste*, in Bohnet François (édit), *Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*, Bâle 2012, p. 1 ss.
- DE HALLER Jean-Claude, *Le droit à l'inscription de l'hypothèque légale de l'entrepreneur*, Lausanne 1970.
- DUBOIS Thierry, *Code civil II : art. 813*, Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-DUBOIS, Art. 813 N Y).
- DUBOIS Thierry, *Le rang des droits de gage immobiliers (fixation et modification)*, RNRF 91/2010, p. 201 ss (cité : DUBOIS, *Le rang*).
- DUBOIS Thierry, *La modification du rang des droits de gage immobiliers ensuite de convention de postposition*, Zurich 2003 (cité : DUBOIS, *La modification*).
- ERMOTTI ANDREA, *La banque face à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs - crédit de construction et surveillance du chantier*, Zurich 2012 (cité : ERMOTTI, *La banque*).
- ERMOTTI ANDREA, *Le privilège de l'art. 841 CC et le principe de l'égalité de traitement entre entrepreneurs*, DC 2013, p. 170 ss (cité : ERMOTTI, *Le privilège de l'art. 841 CC*).
- GAPANY Pierre, *Hypothèques légales : La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009*, JdT 2013 II, p. 72 ss.
- GEISER Thomas / WOLF Stephan (édits), *Zivilgesetzbuch II : Art. 457-977*, Basler Kommentar, 7<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR, Art. X N Y).
- GEISSBÜHLER Grégoire, *Le droit des obligations*, Zürich 2020.

- GROSSEN Jacques-Michel, *Quelques problèmes actuels concernant l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (Conférence présentée devant le Congrès de la Fédération des notaires de Suisse, le 8 septembre 1972, à Soleure)*, RNRF 54/1973, p. 65 ss.
- HAEFLIGER Charles, *Le rang et le privilège de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : Étude des articles 840 et 841 du Code civil*, Thèse de l'université de Lausanne, Lausanne 1957.
- HUBER Eugen, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, das Sachenrecht*, Berne 1902.
- HÜRLIMANN-KAUP Bettina / STEINAUER Paul-Henri, *Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs/Bauhandwerkerpfandrecht*, DC 2017, p. 387 ss (cité : HÜRLIMANN-KAUP / STEINAUER, 2017).
- HÜRLIMANN-KAUP Bettina / STEINAUER Paul-Henri, *Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs/Bauhandwerkerpfandrecht*, DC 2016, p. 369 ss (cité : HÜRLIMANN-KAUP / STEINAUER, 2016).
- JACCARD Pierre, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*, Berne 1944.
- MAILLEFER Michel, *Le privilège de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, Etude de l'action de l'art. 841 CC*, Thèse de l'université de Berne, Berne 1961.
- MOOSER Michel, *Les hypothèques légales de droit privé, plus spécialement l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*, Not@lex 2017, p. 117 ss.
- MOOSER Michel, *Code civil II : art. 972*, commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-MOOSER, Art. 972 N Y).
- MOSER Robin, *Die Behandlung von nachrangigen Grundpfandrechten - in der Zwangsverwertung aufgrund von Betreibung - auf Pfandverwertung*, Bâle 2011.
- PASQUIER Bruno, *Clauses contractuelles pour la faillite dans le contrat de construction*, Revue de l'avocat 2018, p. 256 ss.
- PICHONNAZ Pascal / FOËX Bénédicte / PIOTET Denis (édits), *Code civil II : art. 457-977*, Commentaire romand, Bâle 2016 (cité : CR CC II-AUTEUR, Art. X N Y).

- PERREN Ruben, *Der Vorrechtsanspruch des Bauhandwerkers i.S.v. Art. 841 ZGB*, PJA 2006, p. 702 ss.
- PETER Hansjörg, *Le rang des droits réels et la réalisation des immeubles*, RNRF 78/1997, p. 377 ss.
- PIOTET Denis, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : les principes*, JdT 2010 II, p. 3 ss (cité : PIOTET, *Les principes*).
- PIOTET Denis, *Le rôle du rang des droits de gage immobilier dans l'exécution forcée*, in Hottelier Michel/ FOËX Bénédicte (édits), *Les gages immobiliers : constitution volontaire et réalisation forcée*, Genève 1999, p. 155 ss (cité : PIOTET, *Le rôle du rang*).
- PIOTET Paul, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, Fribourg 1978 (cité : PIOTET, *Les droit réels limités*).
- PRAPLAN Christian R., *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : Mise en œuvre judiciaire*, JdT 2010 II, p. 37 ss.
- SCHMID Jürg, *Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs*, TREX 2001, p. 148 ss.
- SCHUMACHER Rainer, *Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, (cité : SCHUMACHER, art. X N Y).
- SCHUMACHER Rainer, *Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum: eine besondere Herausforderung an den Grundbuchverwalter*, RNRF 95/2014, p. 1ss (cité : SCHUMACHER, *Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum*).
- SCHUMACHER Rainer / REY Pascal, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, Zurich 2021.
- SCHWARZ Jörg, *Revision des Sachenrechts - ein erster Überblick für Eilige*, Zurich 2012.
- SIMOND Frédéric, *L'hypothèque légale de l'entrepreneur en droit suisse*, Thèse de l'université de Lausanne, Lausanne/Genève 1924.
- STOFFEL Walter / CONSTANTIN Arnaud, *Journées suisses du droit de la construction 2017*, Fribourg 2017.

- THURNHERR Christoph, *Das Bauhandwerkerpfandrecht - eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken*, RJB 142/2006, p. 909 ss (cité : THURNHERR, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*).
- THURNHERR Christoph, *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII*, Zurich 2017 (cité : THURNHERR, *Sanierung und Insolvenz*).
- VALLAT Damien, *L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'exécution forcée*, Thèse de l'université de Lausanne, Lausanne 1999.
- VAN'T DACK Margot, *Das Vorrecht der Handwerker und Unternehmer im Lichte der Gerichtspraxis*, BJM 2007, p. 57 ss.
- JOYE-YERLY Camille, *Le registre foncier*, Zurich 2018.
- ZARB Delphine, *L'hypothèque légale*, Revue de l'avocat 2018, p. 125 ss.
- ZOBL Dieter, *Der Baukreditvertrag*, DC 1987, p. 3 ss (cité : ZOBL, *Der Baukreditvertrag*).
- ZOBL Dieter, *Bauhandwerkerpfandrecht: Das Gleichbehandlungsprinzip des Baukreditgebers bei der Auszahlung von Baukrediten Entscheid des Bundesgerichtes (II. Zivilabteilung) vom 21. April 1989 in Sachen Basler Kantonalbank c. Paul Welker AG: BGE 115 II 136 ff. = Pra 1989 Nr. 205*, DC 1990, p. 94 ss (cité : ZOBL, *Das Gleichbehandlungsprinzip*).

### **Jurisprudences fédérales**

Arrêt du TF 9C\_630/2020, du 8 septembre 2021.

ATF 131 III 300/303, du 5 janvier 2005.

Arrêt du TF 5C.136/2001, du 7 janvier 2002.

ATF 129 III 32, du 4 septembre 2002.

ATF 119 III 32, du 11 février 1993.

ATF 119 II 426, du 21 septembre 1993.

ATF 119 II 429, du 23 septembre 1993.

ATF 115 II 136, du 21 avril 1989.

ATF **112 II 493**, du 23 décembre 1986.

ATF **111 III 8**, du 18 juillet 1985.

ATF **102 Ia 81**, du 4 mars 1976.

ATF **86 I 265**, du 14 décembre 1960.

ATF **53 II 467**, du 16 décembre 1927.

ATF **51 II 122**, du 11 mars 1925.

ATF **43 II 606**, du 10 octobre 1917.

### **Jurisprudence cantonale**

Züricher Obergericht Urteil, **NE020034** (ZH-Oger), du 16 septembre 2003.

### **Publication officielle**

CARONI Andrea, **Postulat 19.4638**, Pour une hypothèque des artisans et entrepreneurs plus juste, du 20 décembre 2019.

**Message du conseil fédéral** à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904, FF 1904 IV 1/80 ss.



## Table des abréviations

al.	aliéna
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
c.	considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	confer
ch.	chiffre
CHF	francs suisses
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième) du 30 mars 1911 (RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	commentaire romand
DC	Droit de la construction
éd.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
ibid.	<i>ibidem</i>
id.	<i>idem</i>
in	dans
JdT	Journal des tribunaux, Lausanne
lit.	lettre
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites du 11 avril 1889 (RS 281.1)
ORF	Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (RS 211.432.1)
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1929 (RS 281.42)
p.	page
PJA	Pratique juridique actuelle
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RNRF	Revue suisse de jurisprudence, Zurich
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ss	et suivants
TREX	L'expert fiduciaire
TF	Tribunal fédéral
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

## Introduction

L'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs est un droit de gage prévu par le législateur qui permet aux entrepreneurs ayant contribué à la construction ou à la rénovation d'un bâtiment d'obtenir une garantie sur celui-ci. Ce droit a été instauré pour protéger les artisans et les entrepreneurs de la construction contre les risques d'impayés. La particularité de cette hypothèque légale se dessine lors de la réalisation forcée, lors de laquelle les entrepreneurs sont traités de manière égale. Toutefois, cette question d'égalité des entrepreneurs ayant droit à l'hypothèque légale et par ailleurs, le changement de rang sont devenus des sujets controversés. Nous verrons que la pratique constante du Tribunal fédéral consiste à traiter les entrepreneurs de manière égale, sans discrimination, indépendamment du rang, avec toutes les conséquences qui en découlent, qui pourtant est très critiquée par des auteurs.

L'objectif de ce travail est d'analyser la réglementation de l'hypothèque légale en droit suisse et de déterminer si les dispositions légales actuelles garantissent effectivement une égalité de traitement entre les entrepreneurs ayant droit à l'hypothèque légale. Nous commencerons donc par exposer, une théorie générale sur les hypothèques légales des artisans et des entrepreneurs (Titre I, Chap. I) et par ce biais, nous examinerons les enjeux du principe d'égalité de traitement (Titre I, Chap. II et III). Nous verrons les principes posés par le Tribunal fédéral, ainsi que les critiques doctrinales y relatives (Titre I, Chap. III). Nous constaterons dès lors que l'égalité de traitement entre les entrepreneurs n'est pas toujours assurée. Ainsi, nous élaborerons la solution d'une éventuelle possibilité de changement de rang par l'entrepreneur en vue d'avoir le meilleur rang puisque l'égalité entre les entrepreneurs n'est pas toujours favorable à tous les entrepreneurs.

Dans une deuxième partie, nous introduirons les principes généraux sur le rang et la case hypothécaire (Titre II). Cette partie permettra de comprendre et d'évaluer les conséquences du mécanisme de changement de rang qui sera traité dans une troisième partie. Notre contribution visera en effet à évaluer les implications et les possibilités d'un changement de rang effectué par un entrepreneur (Titre III, Chap. I), ainsi que de savoir si cette pratique est conforme aux principes de l'égalité entre les entrepreneurs.

Aussi nous précisons que notre contribution emploiera souvent la terminologie d'« entrepreneur(s) », celui-ci incluant également les « artisans ». En outre, nous examinerons surtout la problématique des entrepreneurs dans le cadre du droit de la construction, impliquant des entités comme les banques (octroyant un crédit de construction).

# Titre I

## La théorie générale des hypothèques légales des artisans et des entrepreneurs

### Chapitre 1

#### Les grands principes

##### §1. *La ratio legis*

L'art. 837 al. 1 CC<sup>1</sup> prévoit trois types d'hypothèques légales dont l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs au chiffre 3 de cette disposition<sup>2</sup>. Celle-ci constitue en pratique, le cas le plus important des hypothèques légales indirectes<sup>3</sup>. Une hypothèque légale indirecte signifie que le droit de gage ne prend naissance que par l'inscription au registre foncier<sup>4</sup>. Le droit à l'inscription de cette hypothèque légale correspond à une créance de nature personnelle dont l'origine est dans la loi<sup>5</sup>. Il est à préciser que dans la pratique, les entrepreneurs ne sont pas payés d'avance car le maître de l'ouvrage veut souvent vérifier la qualité du travail avant de procéder au paiement<sup>6</sup>. Par ailleurs, il est d'usage que les entrepreneurs ne puissent pas demander des sûretés au maître puisque celles-ci se révèlent insuffisantes au vu de l'immeuble déjà grevé de plusieurs autres droits de gage<sup>7</sup>. En outre, il n'est pas possible pour l'entrepreneur de stipuler un pacte de réserve de propriété, voire d'exercer un droit de rétention puisqu'en effet, le principe d'accession et de spécialité engendre la pleine propriété du propriétaire de l'immeuble sur les matériaux utilisés par l'entrepreneur<sup>8</sup>. Dans le cas de la faillite du débiteur, il est désavantageux d'être un simple créancier chirographaire puisqu'ils ne sont pas payés de préférence par rapport à ceux qui ont des droits d'être payé de manière préférable<sup>9</sup>. Dès lors, la loi a prévu l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs afin de les protéger contre le risque de ne pas être payé<sup>10</sup>. Le seul fait d'avoir une créance contre le propriétaire du bien-fonds ne lui confère pas nécessairement la qualité de créancier gagiste ou hypothécaire<sup>11</sup>. En effet, il n'est que créancier chirographaire. Pour bénéficier du privilège par rapport aux autres créanciers, il est nécessaire pour l'entrepreneur de requérir l'inscription de l'hypothèque légale

---

<sup>1</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

<sup>2</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 837, N 1.

<sup>3</sup> *Id.*, N 12.

<sup>4</sup> GAPANY, p. 76.

<sup>5</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 837, N 13.

<sup>6</sup> ERMOTTI, *La banque* p. 6.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 8.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

au registre foncier<sup>12</sup>. Ce n'est qu'une fois l'inscription effectuée que l'entrepreneur devient créancier hypothécaire. Dès lors, certaines conditions nécessitent d'être respectées<sup>13</sup>.

## §2. Conditions générales du droit à l'inscription

Il existe plusieurs conditions découlant de l'art. 837 et 839 CC pour que l'inscription de l'hypothèque légale puisse être opérée par le conservateur du registre foncier.

### A. *L'ayant droit*

La première condition tient à la personne habilitée à requérir l'inscription. Ce droit appartient aux entrepreneurs ou aux artisans, soit des indépendants travaillant sur un immeuble sur la base d'un contrat d'entreprise<sup>14</sup>. Tel que le prévoit l'art. 837 CC, il est nécessaire qu'il y ait une fourniture de matériaux et de travail ou de travail seulement, ainsi qu'une participation effective et directe aux travaux de construction proprement dits<sup>15</sup>. Il n'est toutefois pas indispensable que les entrepreneurs soient engagés directement par le propriétaire du bien-fonds, car les sous-traitants jouissent également de la protection offerte par les art. 837 ss<sup>16</sup>. Néanmoins, il existe la situation particulière des architectes et des ingénieurs<sup>17</sup>. L'avis de la doctrine majoritaire et du Tribunal fédéral convergent en ce sens que l'inscription de l'hypothèque légale leur est refusée<sup>18</sup>. La raison de ce refus réside dans la prestation immatérielle de ce corps de métier, soit une prestation qui n'apporte pas à la construction des matériaux dont ils risquent de perdre la propriété<sup>19</sup>.

### B. *L'objet*

Les travaux donnant lieu à une hypothèque légale consistent en des bâtiments ou autres ouvrages immobiliers<sup>20</sup>. Par bâtiment, il faut entendre des constructions attachées au sol abritant des hommes ou des choses, ou toute modification du sol qui est le produit de l'homme<sup>21</sup>. Quant à l'expression d'autres ouvrages, il s'agit de chose fixée par l'homme au sol à l'aide de moyens techniques<sup>22</sup>. Il peut s'agir d'une construction, transformation ou réparation<sup>23</sup>.

---

<sup>12</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 8.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 839, N 18.

<sup>15</sup> JACCARD, p. 6.

<sup>16</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 10.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Voir en particulier BOHNET, p. 54 ; ERMOTTI, *La banque*, p. 13 ; ZARB, p. 127 ; ATF 131 III 300, c. 2.2.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> JACCARD, p. 9.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 15

<sup>23</sup> JACCARD, p. 9.

### *C. Le travail*

L'entrepreneur souhaitant faire inscrire une hypothèque légale doit avoir fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement selon la loi.<sup>24</sup> En conséquence, une personne qui ne fournit que des matériaux n'est pas protégé<sup>25</sup>. L'entrepreneur requiert d'être protégé en raison de sa position particulière car il n'est souvent pas payé immédiatement en raison de travaux qui nécessitent très souvent un crédit demandé par le maître de l'ouvrage<sup>26</sup>.

### *D. Le délai d'inscription*

La loi a introduit un délai pour faire inscrire l'hypothèque légale pour une raison précise. Effectivement, une hypothèque légale devrait être empêchée d'être inscrite plusieurs mois après l'achèvement des travaux puisqu'en cas d'achat de l'immeuble par un acheteur, celui-ci doit pouvoir être sûr que l'immeuble ne comporte aucune hypothèque légale<sup>27</sup>. L'entrepreneur peut obtenir l'inscription (au moins provisoire) de l'hypothèque légale dès la conclusion du contrat mais au plus tard dans les quatre mois suivant l'achèvement des travaux<sup>28</sup>. Le Tribunal fédéral précise que non seulement la réquisition d'inscription doit intervenir dans ce délai, mais aussi l'inscription effective<sup>29</sup>. Il est à mentionner que l'inscription est sauvegardée par une annotation provisoire.

### *E. La reconnaissance de la créance*

La condition de la reconnaissance de la créance résulte de l'idée que l'entrepreneur puisse faire inscrire une hypothèque légale sur l'immeuble d'un tiers, même sans l'autorisation de ce dernier<sup>30</sup>. La condition est réalisée dans deux situations. La première consiste à admettre que le propriétaire autorise l'inscription qui reviendrait à une reconnaissance du montant garanti par gage selon le Tribunal fédéral<sup>31</sup>. La deuxième situation concerne le propriétaire reconnaissant le montant du gage. Il convient dès lors de distinguer la reconnaissance du montant garanti par le gage et la reconnaissance du montant de la dette car souvent le propriétaire se trouve dans l'impossibilité de reconnaître la dette, notamment en présence de sous-traitants<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 16.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 17.

<sup>28</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 839, N 84.

<sup>29</sup> *Id.*, N 84 ; ATF 119 II 429, c. 3a.

<sup>30</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 20.

<sup>31</sup> ATF 111 III 8, c. 2.

<sup>32</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 21.

### *F. L'absence de sûretés suffisantes*

Le propriétaire ne doit pas avoir offert une sûreté suffisante à l'entrepreneur pour que ce dernier puisse requérir l'inscription de l'hypothèque légale<sup>33</sup>. Il s'agit d'une faculté intéressante pour le propriétaire possédant les moyens financiers<sup>34</sup>. La sûreté est considérée comme suffisante si elle offre le même degré de protection que l'hypothèque légale<sup>35</sup>. Par conséquent, il est nécessaire qu'elle couvre les intérêts en sus des travaux<sup>36</sup>. En cas de litige sur ce point, il appartient au juge d'en décider le sort et non au conservateur du registre foncier<sup>37</sup>.

### *G. Autres conditions*

En sus de toutes ces conditions, le travail doit avoir été commandé par le propriétaire du bien-fonds en question ou par une personne ayant commandé des travaux qui a reçu l'accord du propriétaire (art. 837 al. 1 ch. 3 CC)<sup>38</sup>.

### §3. Les enjeux engendrés en présence de sous-traitants

Dès lors que plusieurs créances de divers titulaires font l'objet d'inscription en vertu de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, les problèmes s'accroissent<sup>39</sup>. La loi décide d'octroyer à chaque intéressé un droit indépendant dans son exercice<sup>40</sup>. En d'autres termes, la loi ne fait pas de distinction entre l'entrepreneur général et le sous-traitant qui ont chacun le droit de réclamer tant des sûretés qu'une hypothèque légale<sup>41</sup>. Cependant, cette solution est largement néfaste, voire injuste pour le propriétaire, puisque ce dernier ne connaissant très souvent rien dans la construction, s'en remet généralement à un intermédiaire tel que l'entrepreneur général<sup>42</sup>. Il ignore la participation de certaines personnes à la construction, ainsi que les dettes qu'il n'avait initialement pas l'intention d'assumer<sup>43</sup>. Il est certain qu'en cas de dommage, le maître de l'ouvrage puisse s'en prendre à l'entrepreneur général, mais encore faut-il qu'il soit solvable ou qu'il ne se soit pas enfui à l'étranger<sup>44</sup>. Cette situation est problématique dans la mesure où le propriétaire devra faire face aux sous-traitants et leurs exigences<sup>45</sup>. En effet, en raison d'une hypothèque légale inscrite au nom du sous-traitant et de l'entrepreneur général, le maître de l'ouvrage serait

---

<sup>33</sup> JACCARD, p. 10.

<sup>34</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 22.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> JACCARD, p. 10.

<sup>39</sup> DE HALLER, p. 59.

<sup>40</sup> *Id.*, p. 60.

<sup>41</sup> SIMOND, p. 156.

<sup>42</sup> DE HALLER, p. 60.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

contraint à un double paiement des travaux<sup>46</sup>. En effet, le maître de l'ouvrage n'est pas lié par un contrat avec le sous-traitant<sup>47</sup>. Il en résulte que le maître de l'ouvrage n'a pas de droit direct à l'encontre du sous-traitant. Il n'est pas non plus responsable des obligations contractuelles liant l'entrepreneur général et le sous-traitant. Le sous-traitant conserve son droit à l'inscription d'une hypothèque légale bien que le maître de l'ouvrage ait complètement ou partiellement désintéressé ce dernier. Ainsi, il peut arriver par exemple que l'entrepreneur tombe en faillite et ne paie pas les sous-traitants, ce qui conduit le maître de l'ouvrage à effectuer un double paiement des mêmes travaux<sup>48</sup>. Selon le postulat 19.4638 du 20 décembre 2019, le droit à l'inscription du gage devrait au moins être refusé aux sous-traitants qui ont été consultés de manière illicite ou dont le maître d'ouvrage n'a pas connaissance et ne peut pas avoir eu connaissance. Toutefois, le postulat ne combat pas le risque de double paiement de manière générale, mais vise à affaiblir le droit à l'inscription de gage à l'égard du tiers propriétaire du gage qui est également maître d'ouvrage<sup>49</sup>.

#### §4. L'inscription de l'hypothèque légale

##### A. Inscription provisoire

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'hypothèque légale ne naît que par l'inscription de cette dernière au registre foncier. L'entrepreneur qui s'est obligé à exécuter le travail peut requérir l'inscription de l'hypothèque légale dans un délai de quatre mois. Ce délai de préemption peut être sauvegardé par l'annotation d'une inscription provisoire<sup>50</sup>. L'art. 76 al. 3 ORF<sup>51</sup> prévoit à cet effet, la possibilité pour l'entrepreneur de requérir une inscription provisoire en cas de litige sur le montant de la créance garantie<sup>52</sup>. Cet article renvoie à l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC permettant l'inscription provisoire pour celui qui allègue un droit réel<sup>53</sup>. Par ailleurs, le Tribunal fédéral applique cette disposition à l'inscription de l'hypothèque des entrepreneurs. Le renvoi à l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC au lieu de l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC est discutable puisque le requérant ne fait pas valoir un droit réel mais une créance *propter rem*<sup>54</sup>. L'inscription est alors constitutive de l'effet réel si bien qu'antérieurement à cette dernière, il n'existe qu'une créance en inscription. En d'autres termes, il convient mieux de procéder à une restriction du droit de disposer (art. 960 al. 1 ch. 1 CC) qu'à une inscription provisoire (art. 961 al. 1 ch. 1 CC) qui présuppose un droit réel existant et pas seulement un droit réel obligatoire<sup>55</sup>. Toutefois, afin de satisfaire à la loi, il est plus judicieux d'appliquer l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC car

---

<sup>46</sup> SIMOND, p. 157.

<sup>47</sup> STOFFEL/CONSTANTIN, p. 81.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> SCHUMACHER/REY, p. 67.

<sup>50</sup> HÜRLIMANN-KAUP/STEINAUER, 2016, p. 370.

<sup>51</sup> Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (RS 211.432.1).

<sup>52</sup> DE HALLER, p. 81.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> BOHNET, p. 74.

<sup>55</sup> SCHWARZ, p. 29.

l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC ne peut pas être considérée comme une inscription au sens de l'art. 839 al. 2 CC<sup>56</sup>. Dans ce cas, l'inscription consiste en une annotation déclarative, ce qui implique que la situation matérielle ne se modifie pas et que ce droit est opposable aux tiers qui en connaissent l'existence<sup>57</sup>. L'effet de cette inscription consiste en l'exclusion de la bonne foi du tiers<sup>58</sup>. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral<sup>59</sup>, l'inscription provisoire de l'hypothèque légale ne peut être guère refusée si le droit allégué paraît exister<sup>60</sup>. Le refus d'inscription ne peut intervenir que lorsque la réquisition est manifestement abusive<sup>61</sup>.

### *B. Inscription définitive*

Bien que l'exercice du droit à l'inscription de l'hypothèque légale reste préjudiciable pour les intérêts du propriétaire, toutes les démarches menant à cette inscription nécessitent d'être prises avec précaution puisqu'elle peut dans certains cas engendrer la perte définitive du droit de gage<sup>62</sup>. En principe, l'entrepreneur agit en paiement de la dette et en inscription définitive par un cumul d'actions (art. 15 al. 2 CPC<sup>63</sup>) par la voie du cas clair<sup>64</sup>. Toutefois, ces actions restent indépendantes l'une de l'autre. En d'autres termes, l'entrepreneur qui n'a pas pris de conclusions en paiement ne va pas être entravé dans son action en inscription définitive de l'hypothèque légale<sup>65</sup>. Dès lors, l'action concerne seulement l'établissement du montant garanti par l'hypothèque légale mais pas la créance elle-même<sup>66</sup>. L'inscription définitive de l'hypothèque légale ne constitue donc pas en soit un titre de mainlevée définitive pour le gage<sup>67</sup>. En outre, dès que l'annotation a été opérée au registre foncier, l'hypothèque légale devient opposable aux tiers (art. 960 al. 2 CC)<sup>68</sup>. L'entrepreneur ne détient pas la possibilité d'exiger la réalisation préalable du gage au sens de l'art. 41 al. 1bis LP<sup>69</sup> si le droit de gage était inscrit postérieurement au commandement de payer<sup>70</sup>. Et enfin, contrairement à l'inscription provisoire, l'inscription définitive de l'hypothèque légale exige la preuve stricte de la qualité d'entrepreneur, ainsi que de la fourniture d'une prestation matérielle sur l'immeuble<sup>71</sup>.

---

<sup>56</sup> SCHWARZ, p. 29.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> DE HALLER, p. 81.

<sup>59</sup> ATF 86 I 265, c. 3 ; ATF 102 Ia 81, c. 2a ; ATF 119 II 426, c. 2a.

<sup>60</sup> ZARB, p. 126.

<sup>61</sup> DE HALLER, p. 83.

<sup>62</sup> PRAPLAN, p. 37.

<sup>63</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272).

<sup>64</sup> BOHNET, p. 50.

<sup>65</sup> MOOSER, p. 125.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> MOOSER, p. 125.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite d 11 avril 1889 (RS 281.1).

<sup>70</sup> MOOSER, p. 125

<sup>71</sup> HÜRLIMANN-KAUP /STEINAUER, 2017, p. 387.



## Chapitre 2

### Le privilège des entrepreneurs et artisans (art. 841 CC)

#### §1. *Ratio legis* de l'art. 841 CC

Nous avons étudié l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC et avons constaté que l'inscription de l'hypothèque légale des entrepreneurs était possible bien que l'entrepreneur n'aie pas contribué à la plus-value de l'immeuble. En revanche, nous verrons que le privilège prévu par l'art. 841 CC nécessite une plus-value. Bien que la date de l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs fixe son rang, il peut arriver que cette hypothèque soit entravée par des droits de gage de rang antérieur d'un montant égal ou supérieur à la valeur de l'immeuble<sup>72</sup>. En effet, un surendettement de l'immeuble en raison des créances de rang antérieur implique de protéger les entrepreneurs<sup>73</sup>. Une solution à ce problème est proposée par la loi en prévoyant un privilège en leur faveur<sup>74</sup>. Ce privilège consiste en un droit de recours contre certains créanciers de rang antérieur à certaines conditions<sup>75</sup> : « Si les artisans subissent une perte lors de la réalisation de leurs gages, les créanciers de rang antérieur les indemnisent sur leur propre part de collocation, déduction faite de la valeur du sol, dans la mesure où ces créanciers pouvaient reconnaître que la constitution de leurs gages porterait préjudice aux artisans et entrepreneurs »<sup>76</sup>. Cette situation résulte de l'idée que les créanciers de rang antérieur bénéficient de la plus-value créée par les entrepreneurs lors de la réalisation forcée de l'immeuble, tandis que ces derniers ne sont pas désintéressés<sup>77</sup>. La nature de cette action consiste en conséquence, au créancier de rang antérieur de payer à l'entrepreneur une certaine somme d'argent qui dépend directement de la perte subie, de la part de collocation du créancier de rang antérieur et de la plus-value découlant de la construction<sup>78</sup>. Ainsi, dans la mesure où les conditions<sup>79</sup> sont réalisées, le privilège prend la forme d'une créance en faveur de l'entrepreneur qu'il peut opposer aux créanciers de rang antérieur après la réalisation forcée. Cette créance tend au paiement de la plus-value ajoutée à l'immeuble par l'entrepreneur<sup>80</sup>. De l'avis de Pierre GAPANY, cela implique en outre que l'entrepreneur ayant inscrit son hypothèque légale et ayant subi une perte lors de la réalisation forcée peut prétendre à une partie de la plus-value même s'il n'a lui-même pas contribué objectivement à une plus-value de l'immeuble, ou que cette plus-value n'est pas quantifiable<sup>81</sup>. En revanche, Denis PIOTET est de l'avis que seuls les entrepreneurs ayant effectivement contribué à la plus-value ont le droit de participer au

---

<sup>72</sup> MAILLEFER, p. 9.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> CARRON /FELLAY, p. 39.

<sup>78</sup> MAILLEFER, p. 11.

<sup>79</sup> Cf. *infra*, Titre I, Chap. 2, § 3.

<sup>80</sup> CARRON /FELLAY, p. 40.

<sup>81</sup> GAPANY, p. 87.

privilège<sup>82</sup>. Il existe dès lors, toujours des controverses sur la nature de ce privilège, l'art. 841 CC ne faisant toujours pas l'objet de révision dans le Code civil. Ce privilège étant un droit de contestation spécial, se fonde sur les actions révocatoires pauliennes des art. 285 ss LP. Les actions du CC et de la LP se ressemblent dans la mesure où elles produisent toutes deux des effets après la réalisation forcée. Toutefois l'action paulienne relève du droit des poursuites et l'action résultant de l'art. 841 CC est de nature civile<sup>83</sup>. Une autre composante du privilège découlant de l'art. 117 ORFI<sup>84</sup>, consiste à accorder à l'entrepreneur au bénéfice de l'hypothèque légale un *privilège d'exécution forcée* à la condition d'ouvrir action dans les dix jours suivant l'exécution forcée<sup>85</sup>. En d'autres termes, les entrepreneurs au bénéfice d'une créance à l'encontre des créanciers antérieurs ont le droit à un régime de faveur, soit ils disposent d'un droit de faire suspendre la distribution des deniers tant que la question du privilège n'est pas réglée (art. 117 al. 2 ORFI). Si l'action n'est pas intentée dans les dix jours, la distribution des deniers va être opérée sans tenir compte des prétentions des entrepreneurs (art. 117 al. 4 ORFI). Cependant, ils ne perdent pas leur privilège de l'art. 841 CC mais le privilège d'exécution forcée<sup>86</sup>. En effet, les entrepreneurs peuvent faire valoir leur privilège même après la procédure de réalisation forcée puisque l'action en paiement se fonde sur un acte illicite du créancier gagiste de rang antérieur et se prescrit par trois ans (art. 41 et 60 CO).

Afin d'illustrer le privilège des entrepreneurs, imaginons qu'un immeuble est grevé d'un gage en faveur du créancier A pour un montant de CHF 800'000.-. L'entrepreneur E effectue des travaux et obtient une hypothèque légale sur l'immeuble pour un montant de CHF 200'000.-. L'immeuble est vendu aux enchères et rapporte seulement CHF 700'000.-. Dans ce cas, le créancier A obtient les CHF 700'000.- et l'entrepreneur E ne touche rien conformément à l'art. 817 CC<sup>87</sup>. Cet exemple illustre bien l'inégalité de traitement entre le créancier de rang antérieur et l'entrepreneur qui a contribué à la plus-value de l'immeuble ayant bénéficié le premier. Dès lors, si les conditions du privilège sont réalisées, l'entrepreneur peut demander une indemnisation au créancier gagiste A.

Qui plus est, ce privilège ne consiste pas en un privilège de rang, il ne s'agit que d'un droit à une indemnisation<sup>88</sup>. De l'avis de Rainer SCHUMACHER et Pascal REY, un rang privilégié aurait été injuste car il aurait permis aux entrepreneurs de bénéficier d'un droit préférentiel sur la valeur de l'immeuble alors qu'ils n'ont pas forcément contribué à créer cette valeur<sup>89</sup>. Le

---

<sup>82</sup> PIOTET, *les principes*, p. 36.

<sup>83</sup> VAN'T DACK, p. 65.

<sup>84</sup> Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920 (RS 281.42).

<sup>85</sup> CARRON/FELLY, p. 40.

<sup>86</sup> MOOSER, p. 132.

<sup>87</sup> Emprunté à ERMOTTI, *La banque*, p. 27

<sup>88</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 28.

<sup>89</sup> SCHUMACHER / REY, p. 62 ; ERMOTTI, *La banque*, p. 29.

système mis en place par le législateur fonctionne malgré quelques controverses<sup>90</sup> existant à ce sujet<sup>91</sup>.

## §2. Action en exécution

Un litige est susceptible de survenir quant à l'existence du privilège, notamment lorsque les créanciers gagistes antérieurs contestent ce dernier. Dans ce cas, l'entrepreneur peut ouvrir une action en exécution permettant de couvrir la plus-value apportée à l'immeuble par les travaux<sup>92</sup>. Cette action peut s'exercer de deux manières. La première consiste à intenter une procédure de réalisation forcée dans un délai de péremption de dix jours (art. 117 al. 1 ORFI)<sup>93</sup>. La deuxième consiste à ouvrir action après la distribution des deniers dans le délai de prescription ordinaire d'une année<sup>94</sup>. En revanche, la créance en paiement du privilège se prescrit selon le CO (art. 60 CO<sup>95</sup>) par trois ans<sup>96</sup>. Il est à relever que si l'entrepreneur n'agit pas dans le délai de dix jours selon l'art. 117 ORFI, il perd son privilège d'exécution forcée mais ne perd pas son droit au paiement du privilège, c'est-à-dire qu'il devra le faire valoir en dehors de la procédure de réalisation forcée<sup>97</sup>.

## §3. Les conditions du privilège

La doctrine et la jurisprudence distinguent les conditions objectives des conditions subjectives, qui peuvent également être décelées de la loi<sup>98</sup>. Nous étudions ces conditions afin d'exposer les enjeux du principe d'égalité de traitement, car leurs effets sur ce principe sont non négligeables.

### A. Les conditions objectives

Il existe trois conditions objectives, en sus de la condition de l'existence effective d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs<sup>99</sup>. En effet, en présence d'un simple droit de gage conventionnel, le privilège n'existe pas<sup>100</sup>.

---

<sup>90</sup> Voir notamment MAILLEFER, p. 9 ; SIMOND, p. 199.

<sup>91</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 29.

<sup>92</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 841, N 5.

<sup>93</sup> *Id.*, N 6.

<sup>94</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 841, N 6.

<sup>95</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (RS 220).

<sup>96</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 841, N 8.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 32.

<sup>99</sup> *Id.*, p. 33.

<sup>100</sup> *Ibid.*

### a. Une perte

L'entrepreneur doit avoir subi une perte au moment de la réalisation forcée (*bei der Pfandverwertung*) de l'immeuble grevé de l'hypothèque légale<sup>101</sup>. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'entrepreneur se soit vu délivrer un acte de défaut de bien contre le maître de l'ouvrage<sup>102</sup>. Ainsi, est-il suffisant que le produit de réalisation de l'immeuble ne couvre pas l'hypothèque légale des entrepreneurs<sup>103</sup>. Dès lors, en cas de délivrance d'un acte d'insuffisance de gage, le préjudice est réalisé<sup>104</sup>. Le calcul de cette perte s'effectue par la différence entre le montant de la créance garantie par l'hypothèque légale et le montant effectivement distribué à l'entrepreneur après la réalisation de l'immeuble<sup>105</sup>. Sont considérés comme des actes préjudiciables, le crédit de construction qui n'est pas utilisé en faveur des entrepreneurs au bénéfice d'une hypothèque mais utilisé par l'emprunteur pour payer ses dettes commerciales par exemple ou le comportement de la banque ne respectant pas la répartition égale entre les entrepreneurs<sup>106</sup>.

### b. Une charge hypothécaire excessive

En sus de la perte, pour donner lieu à un privilège, la perte doit résulter de la constitution d'un ou de plusieurs droits de gages antérieurs, soit généralement le droit de gage d'une banque (créancier gagiste de rang antérieur) profitant de la plus-value créée par l'entrepreneur<sup>107</sup>. Cela implique d'une part que le gage antérieur grevant l'immeuble est excessif et d'autre part que le crédit octroyé par le créancier gagiste antérieur n'a pas été correctement employé<sup>108</sup>. La charge hypothécaire équivaut au montant attribué au titulaire du droit de gage après la réalisation forcée<sup>109</sup>. Il est également nécessaire de tenir compte de la valeur de l'immeuble avant les travaux<sup>110</sup>. Cette dernière correspond à la *valeur du sol* selon l'art. 841 CC<sup>111</sup>. Ce terme se comprend comme la valeur de l'immeuble sans les travaux. Le calcul de cette valeur doit être effectué au moment de la réalisation forcée<sup>112</sup>.

### c. Une mauvaise affectation du crédit

La dernière condition objective consiste en la mauvaise affectation du crédit. En effet, le droit de gage en faveur du créancier gagiste doit porter préjudice à l'entrepreneur. Le préjudice risque

---

<sup>101</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 841, N 15.

<sup>102</sup> MAILLEFER, p. 11.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 33.

<sup>106</sup> Cf. *infra*, Titre I, Chap. 3, §3 ; ZOBL, *Der Baukreditvertrag*, p. 8

<sup>107</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 34 ; CR CC II-BOVEY, Art. 841, N 15.

<sup>108</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 34.

<sup>109</sup> *Id.*, p. 35.

<sup>110</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 36.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

de se réaliser si le crédit garanti a été employé de telle manière à léser l'entrepreneur. Cela signifie que le créancier gagiste a commis une faute délictuelle. Dès lors que le propriétaire utilise le crédit au cours des travaux de construction à bon escient, l'entrepreneur n'aura pas le droit au privilège. La mauvaise affectation du crédit est réalisée dans deux situations ; premièrement, lorsque les paiements (crédit) ont été effectués à d'autres personnes que les entrepreneurs, deuxièmement, lorsque le crédit a été utilisé pour payer les entrepreneurs mais que le paiement a été effectué sans respecter le principe d'égalité de traitement<sup>113</sup>.

Nous pouvons nous poser la question de savoir dans quelle mesure le créancier gagiste cédant ses droits de gage à un tiers de bonne foi peut être tenu responsable d'indemnisation conformément à l'art. 841 CC. Si les tiers (cessionnaires) sont de bonne foi, les entrepreneurs ne peuvent pas agir contre eux. Dès lors, le législateur a réglé la situation à l'art. 841 al. 2 CC. En d'autres termes, le créancier gagiste cédant doit réparer le dommage subi par l'entrepreneur en raison de cette cession<sup>114</sup>. L'action de l'art. 841 al. 1 CC dirigée contre le créancier gagiste de rang antérieur résulte d'une prétention obligatoire de nature réelle puisqu'elle est rattachée à l'immeuble. Tandis que l'action de l'art. 841 al. 2 CC résulte d'une prétention purement obligatoire puisqu'elle n'est plus liée à l'immeuble. En effet, la réparation concerne le dommage causé par l'aliénation<sup>115</sup>.

### *B. La condition subjective*

En sus des conditions objectives, il est nécessaire qu'une condition subjective soit réalisée, soit le fait que les créanciers de rang antérieur aient pu reconnaître que leurs gages peuvent porter préjudice aux entrepreneurs<sup>116</sup>. Le mécanisme de protection des entrepreneurs prévu par le législateur touche de manière indéniable les établissements de crédits dont les banques. En effet, ces derniers sont les plus susceptibles d'être visés par les termes de créanciers gagistes de rang antérieur<sup>117</sup>. Nous verrons que la jurisprudence a prévu certaines obligations de la banque à l'égard des entrepreneurs et que celle-ci est fortement critiquée<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> ERMOTTI, p. 44 ss ; Cf. *infra*, Titre I, Chap. 3.

<sup>114</sup> VANT'T DACK, p. 59.

<sup>115</sup> *Id.*, p. 60.

<sup>116</sup> ERMOTTI, p. 93.

<sup>117</sup> HAEFLIGER, p. 71.

<sup>118</sup> Cf. *infra*, Titre I, Chap. 3, §4.

## Chapitre 3

### Le rang des hypothèques légales des artisans et entrepreneurs

#### §1. Le *ratio legis* de l'art. 840 CC et introduction au principe d'égalité de traitement

En principe, si un droit de gage immobilier est constitué par acte juridique au sens de l'art. 794 al. 1 CC, son rang par rapport aux autres droits de gage immobilier est déterminé selon le système des cases fixes<sup>119</sup>. En revanche, les hypothèques légales indirectes sont régies selon le principe de priorité dans le temps. En d'autres termes, l'ordre de priorité des droits de gage se base sur la date de leurs constitutions. L'art. 840 CC prévoit une exception à ce principe, soit que les différentes hypothèques des entrepreneurs inscrites sur l'immeuble concourent à droit égal d'être satisfait par le produit du gage, bien que les dates d'inscription soient différentes<sup>120</sup>. L'art. 840 CC prévoit en effet que « *les artisans et entrepreneurs au bénéfice d'hypothèques légales séparément inscrites concourent entre eux à droit égal, même si les inscriptions sont de dates différentes* ». Selon Christoph THURNHERR, cela vaut également pour les droits de gage contractuels entre les différents entrepreneurs œuvrant sur l'immeuble<sup>121</sup>. Pourtant cette idée n'est pas partagée par d'autres auteurs.

L'art. 840 CC a été introduit afin de permettre aux entrepreneurs d'être traités de manière égale entre eux<sup>122</sup>. En effet, la nature des travaux implique nécessairement qu'un entrepreneur intervienne avant un autre (le vitrier interviendrait avant le peintre), dès lors le principe de priorité dans le temps engendrerait des inégalités de traitement<sup>123</sup>. Cette disposition prévoit en conséquence une règle de distribution de deniers et non de rang, soit lors de la réalisation forcée, les entrepreneurs recevront leur montant au prorata de leurs créances garanties par le gage<sup>124</sup>. Il y a lieu de constater que le législateur a limité le principe d'égalité de traitement aux artisans et entrepreneurs donc il ne s'applique pas à n'importe quel créancier gagiste<sup>125</sup>. Si un immeuble est grevé de plusieurs hypothèques des artisans et entrepreneurs, chacune de ces hypothèques reçoit un rang séparé. Si le produit du gage couvre entièrement toutes les créances hypothécaires de construction, tous les entrepreneurs doivent être désintéressés dans l'ordre d'inscription des hypothèques des artisans et entrepreneurs. En d'autres termes, l'art. 840 CC ne s'applique pas dans ce cas<sup>126</sup>.

---

<sup>119</sup> SCHMACHER/REY, p. 638 ; Cf. *infra* Titre II, Chap. 1, §2.

<sup>120</sup> MOSER, p. 7.

<sup>121</sup> THURNHERR, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, p. 933 ; Cette idée n'est pas défendue par tous les auteurs. Nous verrons que Charles HAEFLIGER considère que les entrepreneurs titulaires d'un gage conventionnel ne devraient pas bénéficier de l'art. 840 CC, ni de l'art. 841 CC, cf. *infra*, Titre III, Chap. 1, §1. a.

<sup>122</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 840, N 3.

<sup>123</sup> CR CC II-BOVEY, Art. 840, N 4.

<sup>124</sup> *Id.*, N 5.

<sup>125</sup> ZOBL, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, p. 96.

<sup>126</sup> THURNHERR, *Sanierung und Insolvenz*, p. 60.

Cette disposition suppose une opération en deux étapes. Le premier processus implique la répartition du produit de la vente entre les créanciers en fonction de l'ordre de leurs inscriptions, sans prendre en compte l'origine de leurs créances. Le deuxième processus s'applique uniquement aux entrepreneurs, il implique la combinaison de toutes les créances garanties par l'hypothèque légale en une seule somme, puis la répartition de cette somme entre les entrepreneurs en proportion de leurs différentes prétentions<sup>127</sup>. Les entrepreneurs dont le droit de gage est entièrement couvert doivent donc accepter une réduction de leurs prétentions au profit des entrepreneurs dont le droit de gage n'est pas couvert ou est moins important<sup>128</sup>. D'un point de vue de l'égalité de traitement, selon Frédéric SIMOND, il n'est pas possible d'imaginer le système d'après lequel l'inscription de la première hypothèque légale des artisans et entrepreneurs attribue le rang de toutes les autres hypothèques légales. Si ce système était admis, un créancier gagiste bénéficiant d'un droit de gage inscrit entre deux hypothèques légales des entrepreneurs, serait payé seulement après que les entrepreneurs ont eu été désintéressés et subirait la charge déficitaire. Ce système n'est dès lors pas concevable dans la mesure où les droits des autres créanciers sont atteints de manière injustifiée<sup>129</sup>.

## §2. Le lien entre les articles 840 et 841 CC

Au vu de ce qui précède, les entrepreneurs doivent être traités de manière égale dans la répartition du crédit de construction selon la pratique du Tribunal fédéral<sup>130</sup>. À son avis, les entrepreneurs sont « objectivement désavantagés » lorsque le crédit de construction est utilisé de manière inégale entre ces derniers. Cependant, ni le texte, ni le but de l'art. 841 al. 1 CC exigent l'obligation de traitement égal, qui est d'ailleurs impraticable<sup>131</sup>. Ce principe est donc controversé en doctrine<sup>132</sup>. Le créancier gagiste octroyant le crédit de construction encourt une responsabilité dans le contexte de l'emploi du crédit, en ce sens que le crédit doit être employé pour payer les travaux de construction et cela en respectant le principe d'égalité de traitement entre les entrepreneurs ayant contribué à la création de la plus-value de l'immeuble<sup>133</sup>. Ce problème surgit lorsque les travaux coûtent plus que ce qui avait été prévu initialement<sup>134</sup>. En réalité, si le créancier de rang antérieur (ci-après la banque) octroie un crédit dont le montant est nettement inférieur à la valeur de l'ensemble des travaux, cela signifie que le devis est largement dépassé. Outre cette situation, si la banque n'a pas suffisamment surveillé l'emploi du crédit qu'a fait le propriétaire de l'immeuble s'agissant des paiements des entrepreneurs et sous-traitants, le problème d'égalité de traitement prend toute son importance<sup>135</sup>. Les critiques

---

<sup>127</sup> SIMOND, p. 180.

<sup>128</sup> SCHMID, p. 159.

<sup>129</sup> SIMOND, p. 180.

<sup>130</sup> ATF 115 II 136, c. 4a.

<sup>131</sup> SCHUMACHER, art. 841 N 3.

<sup>132</sup> Voir notamment ERMOTTI, *La banque*, p. 78 ss ; SCHUMACHER/REY, p. 676 ; ZOBL, p. 96 ss.

<sup>133</sup> ERMOTTI, *Le privilège de l'art. 841 CC*, p. 2.

<sup>134</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 51.

<sup>135</sup> *Ibid.*

émises par la doctrine consistent notamment à admettre qu'il ne peut pas être exigé de la banque de veiller à ce que les entrepreneurs soient désintéressés de manière absolument égale et que dans le cadre d'une construction, la nature des choses fait que certains entrepreneurs soient satisfaits avant les autres<sup>136</sup>.

### §3. Devoir de la banque sous les exigences du principe d'égalité de traitement

La pratique du Tribunal fédéral impose sous l'angle de l'égalité de traitement entre les entrepreneurs, que la banque satisfasse à quelques exigences<sup>137</sup>. Premièrement, il n'est pas exigé de la banque de répartir le crédit proportionnellement entre les entrepreneurs (voire les sous-traitants) si le devis n'est pas dépassé. Ainsi, elle se limite à s'assurer que l'emploi du crédit serve à payer les entrepreneurs<sup>138</sup>. Deuxièmement, lorsque le devis est dépassé, la banque doit s'assurer que les entrepreneurs sont effectivement payés proportionnellement au devis. Ainsi, la banque doit éviter qu'un entrepreneur soit désintéressé avant les autres<sup>139</sup>. Par conséquent, selon le Tribunal fédéral<sup>140</sup>, si le propriétaire est incapable de payer les entrepreneurs et que la banque n'accepte pas l'augmentation du crédit, l'immeuble fera l'objet de réalisation forcée, ainsi la banque risque de se voir opposer l'art. 841 CC. Afin de contrecarrer cet article, la banque devra démontrer qu'elle a respecté le principe d'égalité de traitement et que chaque entrepreneur a été payé proportionnellement à son devis<sup>141</sup>. Il convient en effet d'ajouter qu'un comportement préjudiciable aux entrepreneurs n'entraîne une responsabilité de la banque qu'en relation avec une faute du créancier gagiste précédent<sup>142</sup>.

### §4. Illustration de l'enjeu du principe d'égalité de traitement

Afin de comprendre les enjeux du principe d'égalité de traitement, Andrea ERMOTTI propose une illustration : La banque B<sub>II</sub> bénéficie d'une hypothèque de premier rang sur le terrain pour un montant de CHF 100'000.-. La banque B<sub>I</sub> octroie un crédit de construction de CHF 500'000.- au propriétaire X et bénéficie d'une hypothèque de deuxième rang pour CHF 515'000.-. La valeur du sol s'élève à CHF 100'000.-.

Avant le commencement des travaux, l'entrepreneur E<sub>1</sub> présente un devis de CHF 50'000.-, E<sub>2</sub> présente un devis de CHF 300'000.- et E<sub>3</sub> de CHF 150'000.-. Le prix effectif des travaux de E<sub>1</sub> s'élève au même montant que le devis, soit CHF 50'000.-. B<sub>I</sub> donne donc son accord pour

---

<sup>136</sup> PERREN, p. 705.

<sup>137</sup> *Ibid.* ; ATF 115 II 136, c. 2c.

<sup>138</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 52.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Arrêt du TF 5C.136/2001 du 7 janvier 2002, c. 2b.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> SCHUMACHER / REY, p. 667.



désintéresser entièrement E<sub>1</sub>. Par la suite, E<sub>2</sub> présente la facture d'un montant de CHF 450'000.- et E<sub>3</sub> de CHF 200'000.-.

B<sub>I</sub> permet le versement d'acompte en faveur de E<sub>2</sub> à hauteur de CHF 311'538.-<sup>143</sup> et décide de bloquer le reste du paiement. E<sub>3</sub> reçoit un acompte de CHF 138'462.-<sup>144</sup>. Le propriétaire X a puisé son crédit et se trouve dans l'incapacité de désintéresser les deux entrepreneurs. En outre, la banque refuse d'augmenter le crédit.

Dès lors, E<sub>2</sub> et E<sub>3</sub> décident dans les délais, de faire inscrire une hypothèque légale d'un montant respectif de CHF 138'462.- (450'000 – 311'538) et de CHF 61'538.- (200'000 – 138'462). Par la suite, l'immeuble est vendu et rapporte CHF 770'000.- permettant de désintéresser B<sub>II</sub> pour CHF 105'000.- et B<sub>I</sub> pour CHF 515'000.-. Ainsi, il reste un solde de CHF 150'000.- permettant d'être réparti entre les entrepreneurs au prorata de leurs contributions (art. 840 CC), soit CHF 103'846.- en faveur de E<sub>2</sub><sup>145</sup> et CHF 46'154.- en faveur de E<sub>3</sub><sup>146</sup>.

Les pertes subies par E<sub>2</sub> et E<sub>3</sub> s'élèvent respectivement à CHF 34'616.- et CHF 184'616.-, montants pour lesquels les entrepreneurs peuvent agir à l'encontre de B<sub>I</sub> en vertu de l'art. 841 CC. En effet, la première condition objective de la « perte » est réalisée, de plus la condition de la charge hypothécaire excessive est également réalisée. Qui plus est, le crédit de construction est effectivement utilisé pour payer les entrepreneurs. Dès lors, *quid* du principe d'égalité de traitement ?

Le total des créances de construction s'élève à CHF 700'000 (50'000 + 450'000 + 200'000). En revanche, la plus-value créée par la construction d'élève à CHF 670'000 (770'000 – 100'000). Dans la mesure où les entrepreneurs doivent être payés en proportion de la plus-value ajoutée à l'immeuble, les entrepreneurs auraient dû recevoir 95,71% (670'000 / 700'000 x 100) de leurs créances. Partant, les créances respectives de E<sub>2</sub> et E<sub>3</sub> sont de CHF 430'714.-<sup>147</sup> et CHF 191'429.-<sup>148</sup>. Il manque donc CHF 15'330.-<sup>149</sup> chez E<sub>2</sub> et CHF 6'813.- chez E<sub>3</sub><sup>150</sup>.

---

<sup>143</sup> Le calcul est le suivant :  $[450'000 / (450'000 + 200'000) \times 450'000] = 311'538$ . Il y a lieu de diviser les 450'000 (représentant la créance de E<sub>2</sub>) par 650'000 (addition entre la créance de E<sub>2</sub> et de E<sub>3</sub>) afin de connaître la proportion que représente la part de E<sub>2</sub> par rapport à E<sub>3</sub>. Ensuite, le résultat de cette division nécessite d'être multiplié par 450'000, soit le montant que la banque B<sub>I</sub> a encore à disposition pour désintéresser les entrepreneurs.

<sup>144</sup> Le calcul est le suivant :  $[200'000 / (450'000 + 200'000) \times 450'000] = 138'462$ . Il y a lieu de diviser les 200'000 (représentant la créance de E<sub>3</sub>) par 650'000 (addition entre la créance de E<sub>2</sub> et de E<sub>3</sub>) afin de connaître la proportion que représente la part de E<sub>3</sub> par rapport à E<sub>2</sub>. Ensuite, le résultat de cette division nécessite d'être multiplié par 450'000, soit le montant que la banque B<sub>I</sub> a encore à disposition pour désintéresser les entrepreneurs.

<sup>145</sup> Le calcul est le suivant :  $138'462 / 200'000 \times 150'000 = 103'846$ . Les 200'000 correspondent au total des HLAE.

<sup>146</sup> Le calcul est le suivant :  $61'538 / 200'000 \times 150'000 = 46'154$ .

<sup>147</sup> Le calcul est le suivant :  $450'000 \times 95,71\% = 430'714$ .

<sup>148</sup> Le calcul est le suivant :  $200'000 \times 95,71\% = 191'429$ .

<sup>149</sup> Le calcul est le suivant :  $430'714 - 311'538 - 103'846 = 15'330$ .

<sup>150</sup> Le calcul est le suivant :  $191'429 - 138'462 - 46'154 = 6'813$ .

D'un point de vue du principe de l'égalité, E<sub>2</sub> et E<sub>3</sub> touchent le même pourcentage de 92,31%<sup>151</sup>, partant, ils sont traités de manière égale et B<sub>1</sub> a respecté le principe d'égalité de traitement s'agissant du paiement. Toutefois, E<sub>1</sub> a reçu la totalité de sa créance donc il est mieux traité que les deux autres entrepreneurs.

Force est de constater qu'il n'est pas possible d'opposer le privilège de l'art. 841 CC à la banque, car elle n'a pas manqué à ses devoirs et l'élément subjectif n'est pas réalisé. En effet, au moment de payer E<sub>1</sub>, le devis de construction n'était pas dépassé<sup>152</sup>. En conséquence, lorsqu'il n'y a plus assez d'argent pour désintéresser les entrepreneurs et que la banque a déjà désintéressé certains au moment des travaux, le principe d'égalité de traitement n'est pas respecté. Il est alors possible d'opposer à la banque l'art. 841 CC, ce qui toutefois est possible dans la mesure où les conditions objectives et subjectives sont réunies.

Au vu de ce qui précède, nous étudions l'approche du Tribunal fédéral en la matière ainsi que les critiques émises à son égard.

## §5. La controverse

### A. Approche du Tribunal fédéral

L'approche du Tribunal fédéral consiste à s'opposer au versement inégal du crédit de construction entre les entrepreneurs au bénéfice d'une hypothèque légale<sup>153</sup>. Un traitement favorable à certains entrepreneurs au détriment d'un autre engendrerait un préjudice pour ce dernier. Par la suite, le Tribunal fédéral déduit en se basant sur l'article 841 CC qu'il était possible de contester un crédit si certains entrepreneurs du bâtiment étaient traités avec faveur lors de l'attribution des paiements, à la condition que le prêteur ait constaté que cela mettait en danger la couverture des autres entrepreneurs du bâtiment<sup>154</sup>. Dans un arrêt de 1927, il aboutit à la conclusion que les acomptes ne peuvent être versés que progressivement en fonction de l'avancement des travaux, ce qui permettrait à chaque entrepreneur d'être désintéressé proportionnellement à son devis<sup>155</sup>. Une action était dès lors possible sur la base de l'art. 841 CC à l'encontre du créancier gagiste antérieur (en l'occurrence la banque). Toutefois, cet arrêt ne contenait pas de justification au regard du principe d'égalité de traitement.

---

<sup>151</sup> Démonstration :  $415'384 / 450'000 = 92,31\% \equiv 184'616 / 200'000 = 92,31\%$ .

<sup>152</sup> ERMOTIL, *la banque*, p. 55.

<sup>153</sup> ATF 43 II 606.

<sup>154</sup> ATF 51 II 122, c. 5b.

<sup>155</sup> ATF 53 II 467, c. 6.

a. ATF 115 II 136 = JdT 1989 I 629

L'arrêt de principe du 21 avril 1989 fait l'objet de nombreuses critiques<sup>156</sup>. Il s'agit de la première fois où le Tribunal fédéral explique la raison d'être du principe d'égalité de traitement. Par ce jugement, le Tribunal fédéral condamne une banque (de crédit à la construction) pour violation du principe d'égalité de traitement, bien qu'il ne ressorte ni des considérants de la Cour suprême de Soleure (instance précédente) ni de ceux du Tribunal fédéral si et à partir de quand le désavantage (prétendument objectif) de certains entrepreneurs par des paiements inégaux pouvait être reconnaissable pour la banque<sup>157</sup>. En effet, il décide que le privilège s'applique lorsque les créanciers hypothécaires de rang supérieur versent le montant du crédit de construction dépassant la valeur du sol, de manière inégale aux différents créanciers hypothécaires, de sorte qu'un ou plusieurs créanciers hypothécaires en reçoivent proportionnellement moins que les autres<sup>158</sup>. Il rappelle par la suite le fondement de l'art. 841 CC, en considérant que « la protection accordée par la loi aux créances des constructeurs s'inspire de cette idée que la plus-value apportée à l'immeuble par les prestations des constructeurs ne doit pas profiter aux créanciers hypothécaires en vertu d'un droit de gage antérieur, mais qu'elle doit servir de *gage commun* aux artisans et entrepreneurs »<sup>159</sup>. En d'autres termes, chaque entrepreneur a le droit à une partie de la plus-value en proportion de ce à quoi il a contribué. Il constate également que cette règle ne peut être tirée de la loi mais de l'interprétation des art. 840 et 841 CC<sup>160</sup>. Dans son raisonnement, il affirme que la plus-value résulte d'un effort collectif. Ainsi, il y a lieu de traiter tous les entrepreneurs de manière égale car dans le cas contraire, un entrepreneur interviendrait dans le cours ordinaire des choses, avant un autre et se verrait plus avantagé que les entrepreneurs subséquents, ce qui serait naturellement injuste. Ainsi, le Tribunal fédéral considère que le principe dégagé est conforme au but de la loi<sup>161</sup>. Une partie de la doctrine et la partie défenderesse ayant critiqué la jurisprudence du Tribunal fédéral comme étant impraticable, ce dernier soutient que cette jurisprudence est admise depuis plusieurs décennies et qu'aucune difficulté majeure n'a encore été causée. Par ailleurs, ce principe ressemble dans sa nature, ses conditions et son application aux actions révocatoires des art. 285 ss LP<sup>162</sup>. Force est de constater que l'art. 288 LP permet d'agir contre le débiteur qui effectue des actes qui ont pour effet de porter préjudice aux créanciers ou des actes qui tendent à favoriser certains créanciers au détriment des autres. Ainsi, le principe d'égalité de traitement décrété par le Tribunal fédéral concernant l'art. 841 CC ne constitue pas une innovation<sup>163</sup>. Dans la suite de son raisonnement, il fait remarquer que les exigences imposées à la banque ne sont pas insurmontables car la banque n'indemnise les

---

<sup>156</sup> Cf. *infra*, Titre I, Chap. 3, §6.b

<sup>157</sup> HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID / SCHUMACHER, p. 198.

<sup>158</sup> SCHUMACHER / REY, p. 676.

<sup>159</sup> ATF 115 II 136, c. 4.a.

<sup>160</sup> ATF 115 II 136, c. 5.a.

<sup>161</sup> ATF 115 II 136, c. 5.a ; ERMOTTI, *la banque*, p. 60.

<sup>162</sup> ATF 115 II 136, c. 6.b.

<sup>163</sup> ERMOTTI, *la banque*, p. 61.

bénéficiaires du privilège que pour autant que la condition subjective soit respectée. Il précise que l'élément subjectif protège suffisamment et de manière adaptée les banques<sup>164</sup>. Enfin, il confirme que sa méthode de calcul est plus efficace que celle proposée par certains auteurs<sup>165</sup>. Le Tribunal fédéral a admis le principe depuis déjà longtemps et l'a confirmé dans plusieurs de ses décisions, il ne compte dès lors pas modifier sa jurisprudence<sup>166</sup>. Cet arrêt sera décisif pour tous les développements ultérieurs s'agissant du principe d'égalité de traitement. En effet, cette décision a permis aux auteurs de comprendre enfin le raisonnement ayant conduit à décréter ce principe et partant, le critiquer<sup>167</sup>.

## B. Controverse doctrinale

Le principe d'égalité de traitement entre les entrepreneurs est controversé en doctrine. En effet, les auteurs partagent des avis divergents à ce propos. Dès lors, il est nécessaire de parcourir les diverses conceptions en sus de celle du Tribunal fédéral.

### a. Andrea Ermotti

L'auteur procède étape par étape à une interprétation de l'art. 841 CC selon les méthodes approuvées par la jurisprudence. Il en découle de l'interprétation littérale que l'art. 841 CC ne mentionne aucunement une égalité de traitement entre les entrepreneurs. La « perte » subie par les entrepreneurs selon cet article consiste en la différence entre la créance garantie par l'hypothèque légale et le montant touché par l'entrepreneur lors de la réalisation forcée. Contrairement à ce qu'indique le Tribunal fédéral<sup>168</sup>, rien ne permet de conclure que la « perte » correspond à la différence entre ce que chaque entrepreneur touche dans les faits et ce qu'il aurait pu hypothétiquement toucher si la banque avait eu la diligence de répartir proportionnellement le crédit entre les entrepreneurs. Partant, l'interprétation littérale n'informe en rien sur le principe d'égalité de traitement<sup>169</sup>.

S'agissant de l'interprétation historique, ni Eugen HUBER<sup>170</sup>, ni le message du Conseil fédéral<sup>171</sup> ne traitent du principe d'égalité de traitement<sup>172</sup>. Dans son interprétation systématique, l'auteur constate que le principe d'égalité de traitement déduit de l'art. 841 CC ne pose pas de problème quant à sa cohérence dans la loi. De plus, le devoir de distribution proportionnelle de la banque n'entre pas en contradiction avec d'autres règles légales. Toutefois, l'auteur affirme que la structure des art. 840 et 841 CC va à l'encontre d'une interprétation favorable au principe

---

<sup>164</sup> ATF 115 II 136, c. 6.b. ; ERMOTTI, *la banque*, p. 61.

<sup>165</sup> ATF 115 II 136, c. 7.b.

<sup>166</sup> Notamment l'ATF 43 II 606.

<sup>167</sup> ERMOTTI, *la banque*, p. 62.

<sup>168</sup> ATF 115 II 136, c. 4a.

<sup>169</sup> ERMOTTI, *la banque*, p. 79.

<sup>170</sup> HUBER, p. 262 ss.

<sup>171</sup> FF 1904 IV 1/80 ss.

<sup>172</sup> ERMOTTI, *la banque*, p. 81.

d'égalité de traitement. Son opinion se tourne vers l'idée selon laquelle il n'est pas hasardeux que les art. 840 et 841 CC soient séparés car elles visent deux situations différentes. Qui plus est, la note marginale de l'art. 840 CC mentionne le « rang », tandis que l'art. 841 CC mentionne le « privilège ». L'auteur constate d'ailleurs que l'art. 840 CC ne vise que les rapports internes entre les entrepreneurs, tandis que l'art. 841 CC régit les rapports externes entre les entrepreneurs et les créanciers gagistes. Partant, l'interprétation systématique ne permet pas non plus de conclure au principe d'égalité de traitement<sup>173</sup>.

Concernant l'interprétation téléologique, le but de l'art. 841 CC est de protéger l'entrepreneur contre la mauvaise utilisation du crédit de construction, mais seulement lorsque le crédit est utilisé pour payer d'autres personnes que les entrepreneurs. Selon l'auteur, il ne peut être imposé aux banques, un devoir de contrôle en extension à la protection. De surcroît, bien que l'art. 840 CC évoque l'idée d'égalité entre les entrepreneurs, il n'est pas possible de l'étendre à l'art. 841 CC, son but étant axé sur le privilège. Sachant que la situation des entrepreneurs a évolué depuis l'entrée en vigueur du Code civil car les entrepreneurs ont la possibilité de demander des acomptes au maître de l'ouvrage, il n'est pas pertinent d'étendre l'interprétation de l'art. 840 CC à l'art. 841 CC. Dès lors, cette méthode d'interprétation ne permet pas non plus de déduire de l'art. 841 CC le principe d'égalité de traitement<sup>174</sup>.

L'auteur ajoute enfin « l'argument réaliste » à son raisonnement qui va permettre d'affiner l'interprétation. Il constate qu'exiger des banques un devoir de contrôle est impraticable puisqu'il est difficile pour elle de savoir à l'avance combien vont coûter les travaux, ni combien va rapporter la vente aux enchères. Par conséquent, même dans la pratique, le principe d'égalité de traitement est difficilement réalisable<sup>175</sup>.

#### b. Rainer Schumacher et Pascal Rey

De l'avis de Rainer SCHUMACHER et Pascal REY, le principe d'égalité de traitement ne résulte ni de l'interprétation téléologique, ni systématique. L'étendue du privilège de l'art. 841 CC ne peut pas être justifiée par l'égalité de traitement résultant de l'art. 840 CC. Ces deux normes règlent deux situations différentes. L'art. 840 CC implique qu'en cas de produit de réalisation insuffisant pour désintéresser tous les créanciers hypothécaires, le produit restant doit être distribué proportionnellement entre ces créanciers. En revanche, dans la mesure où il n'existe aucun produit de réalisation, l'art. 840 CC ne s'applique pas puisqu'il n'y a plus rien à répartir entre les créanciers. Tandis que l'art. 841 CC s'applique malgré l'absence de produit de réalisation. Par conséquent, l'art. 841 CC s'applique dans les relations extérieures et sanctionne la soustraction illégale du produit de réalisation par des tiers et l'art. 840 CC régit les rapports

---

<sup>173</sup> ERMOTTI, *la banque*, p. 84.

<sup>174</sup> *Id.*, p. 85.

<sup>175</sup> *Id.*, p. 89.

internes, soit une inégalité légitime de la répartition du produit entre les créanciers hypothécaires de la construction, due à l'ordre légal de priorité des droits de gage<sup>176</sup>. Il est donc inadmissible d'ériger en quelque sorte en règle générale ce principe qui est adapté à un état de fait très particulier et de le transposer par analogie à l'art. 841 CC. Une telle analogie législative est interdite, ne serait-ce que parce que l'art. 841 CC est une disposition d'exception qui doit être appliquée de manière restrictive selon les principes généraux d'interprétation. Pour des raisons systématiques également, l'application du principe d'égalité de traitement en relation avec l'art. 841 CC doit donc être refusée<sup>177</sup>.

En pratique, le principe d'égalité de traitement n'est pas réalisable dans le domaine bancaire, notamment dans le contexte des prêts de construction. Les banques ne peuvent pas prévoir avec certitude les coûts finaux des travaux, y compris les coûts de modifications de commande ou les travaux en régie, ce qui rend difficile l'égalité de traitement des créanciers. En outre, les banques n'ont pas nécessairement connaissance de l'utilisation des fonds par le maître d'ouvrage ou des versements effectués par les autres créanciers hypothécaires. L'auteur mentionne un arrêt du Tribunal cantonal de Zurich jugeant que l'égalité de traitement des créanciers de la construction était pratiquement impossible à réaliser sans exiger que la banque retarde le paiement de tous les créanciers jusqu'à ce que tous les travaux soient terminés, ce qui serait difficilement acceptable<sup>178</sup>.

### c. Dieter Zobl

Le Professeur Dieter ZOBL s'oppose à l'obligation d'égalité de traitement entre les entrepreneurs, décrétée par l'ATF 115 II 136. La question de principe que l'auteur se pose est de savoir si le créancier gagiste de rang antérieur doit respecter le principe d'égalité de traitement entre tous les entrepreneurs œuvrant sur l'immeuble. Tout d'abord, l'auteur fait remarquer que l'art. 840 CC prévoit que les créanciers ont le droit d'être désintéressés de leur gage, disposent d'un droit d'action indépendamment de leur droit de gage et ce, de manière proportionnelle à leur contribution. Toutefois, ce principe ne s'applique qu'aux créanciers, qui au moment de la réalisation forcée, bénéficient d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. *A contrario*, les créanciers qui ne sont pas au bénéfice de cette hypothèque ne profitent pas de l'art. 840 CC<sup>179</sup>. Quant à l'art. 841 CC créé un ordre de priorité entre les obligations contractuelles et non contractuelles, soit entre les créanciers gagistes et les créanciers bénéficiaires d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs<sup>180</sup>. Le privilège de l'art. 841 CC nécessite que des conditions soient respectées. S'agissant de la condition de la charge excessive est réalisée lorsque les droits de gages des créanciers gagistes antérieurs

---

<sup>176</sup> SCHUMACHER/REY, p. 676.

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> ZH-OGer NE020034 (16.9.2003), c. 2d ; SCHUMACHER/REY, p. 676.

<sup>179</sup> ZOBL, *Das Gleichbehandlungsprinzip*, p. 97.

<sup>180</sup> *Ibid.*

dépasse la valeur de l'immeuble et qu'ainsi les entrepreneurs subissent un préjudice. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont considérés comme des actes préjudiciables les paiements qui favorisent certains entrepreneurs du bâtiment par rapport à d'autres, en ce sens que le versement aux entrepreneurs du bâtiment a été effectué de manière inégale. La question se pose maintenant de savoir si l'assimilation par le Tribunal fédéral de l'état de fait du paiement inégal des créanciers de la construction à celui de l'utilisation non conforme du crédit de construction est compatible avec la loi<sup>181</sup>.

L'auteur procède donc à une interprétation de la loi et considère, selon l'interprétation littérale, que les art. 840 et 841 CC ne prévoient pas dans leurs termes "le principe d'égalité"<sup>182</sup>. L'interprétation systématique conduirait également à la même conclusion, en ce sens que le principe d'égalité est ancré en l'art. 840 CC, en revanche il ne peut pas s'étendre à l'art. 841 CC<sup>183</sup>. L'interprétation historique ne permet pas de retenir ce principe<sup>184</sup>. Enfin, l'interprétation téléologique confirme les autres méthodes d'interprétation. En effet, le but de la loi est de protéger les entrepreneurs qui ont contribué à la plus-value, contre l'utilisation du crédit à d'autres fins. Si l'on étendait ce but à l'obligation du créancier gagiste de rang antérieur de veiller à ce que le crédit de construction soit réparti proportionnellement entre les entrepreneurs, cela élargirait excessivement le cadre légal et limiterait de manière exagérée la liberté contractuelle. Il serait difficile de payer différents sous-traitants en même temps et de surveiller tous les paiements dans le cadre de grandes constructions impliquant plusieurs entrepreneurs. L'auteur remarque que ce devoir imposé aux banques est impraticable car si le propriétaire de l'immeuble et la banque se mettent d'accord que la banque financera seulement l'entrepreneur X et que les autres entrepreneurs seront financés par les fonds propres du propriétaire et que ce dernier ne paie finalement pas, la banque risque de se voir opposer l'art. 841 CC. De plus, il convient de relever que les constructions se déroulent souvent sous l'empire d'un contrat d'entreprise général. Dès lors, il est pratiquement impossible pour la banque de surveiller les différentes chaînes de sous-traitants. Par ailleurs, les entrepreneurs travaillent à différentes périodes selon la nature des travaux. Il est donc naturel que les premiers intervenants soient désintéressés avant les autres. L'approche du Tribunal fédéral selon laquelle il est possible de se retourner contre la banque pour violation du principe d'égalité de traitement en cas de perte subie par un entrepreneur, est incompatible avec l'interprétation réaliste de la loi<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> ZOBL, *Das Gleichbehandlungsprinzip*, p. 96.

<sup>182</sup> *Id.*, p. 97.

<sup>183</sup> ZOBL, *Das Gleichbehandlungsprinzip*, p. 97.

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.*

## §6. Commentaire

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de relever que les questionnements autour du principe d'égalité de traitement résultent d'un problème d'interprétation. Nous constatons que les critiques émises à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral résultent d'un manque d'arguments convaincants et un manque de prise en considération des plusieurs problèmes de sa part. La méthode d'interprétation utilisée par le Tribunal fédéral n'est d'ailleurs pas celle qui est communément admise par les juridictions<sup>186</sup>. S'agissant de l'extension de l'art. 840 CC à l'art. 841 CC, il nous semble également, comme le soulignent les différents auteurs, que plusieurs éléments n'ont pas été pris en considération. Nous constatons que le Tribunal fédéral ne prend pas considération les circonstances entourant les enchères, le contexte économique régnant au moment de la réalisation forcée et d'autres circonstances difficiles à prévoir ou à contrôler. Charles HAEFLIGER fait remarquer « qu'il suffit que quelques amateurs s'intéressent sérieusement à l'acquisition d'un immeuble pour que le prix de la vente forcée monte aussitôt ; cela profite naturellement à tous les créanciers gagistes, spécialement à ceux des derniers rangs, qui sont le plus souvent les entrepreneurs dont les hypothèques légales seront alors couvertes si le prix de réalisation est assez élevé »<sup>187</sup>. Nous constatons ainsi que le créancier gagiste de rang antérieur n'est pas nécessairement en mesure de prendre en compte ces éléments. Qui plus est, nous relevons qu'aucune référence au crédit de construction n'est faite dans le Code civil. Lors de l'élaboration du Code civil en 1912, les comportements que devaient adopter les établissements financiers étaient absents. Ceux-ci sont développés par la suite par la jurisprudence. Il y a lieu de relever qu'en 1912, une méfiance régnait à l'égard des établissements financiers et immobiliers<sup>188</sup>. C'est pourquoi, la jurisprudence est intervenue pour fixer les contours du crédit de construction et pour protéger les entrepreneurs. Toutefois, nous pensons que les devoirs imposés à la banque à la lumière du principe d'égalité de traitement par le Tribunal fédéral sont trop sévères. De surcroît, étant donné que les crédits de construction sont versés au fur et à mesure de l'avancement des travaux, chaque paiement individuel entraînerait objectivement une inégalité de traitement. Cette position pointue montre que la position du Tribunal fédéral ne peut pas être correcte. Une application conséquente des principes établis par le tribunal aurait pour conséquence que chaque paiement effectué par la banque devrait être effectué proportionnellement à tous les entrepreneurs. Cela aurait pour conséquence que les banques ne pourraient plus traiter les crédits de construction en bonne conscience comme elles le faisaient jusqu'à présent.

Nous avons également constaté que le principe d'égalité de traitement n'est pas nécessairement bénéfique pour les entrepreneurs voulant être complètement désintéressés. En conséquence, nous verrons au Titre III que des solutions se présentent pour l'entrepreneur afin d'être mieux

---

<sup>186</sup> Arrêt du TF 9C\_630/2020 du 8 septembre 2021, c. 5.1.

<sup>187</sup> HAEFLIGER, p. 55.

<sup>188</sup> *Id.*, p. 73.



désintéressé. En effet, nous étudierons la possibilité d'une convention hypothécaire ainsi que la convention de postposition d'un entrepreneur, ce qui impliquera que d'autres titulaires de droit sur l'immeuble subissent un préjudice. Nous examinons donc au Titre II les différents principes régissant les différents droits réels limités grevant l'immeuble afin de comprendre les raisons de ces éventuels préjudices.

## Titre II

### Les principes généraux sur le rang et la case hypothécaire

#### Chapitre 1

##### Les modes de fixation du rang

Le propriétaire d'un immeuble a la possibilité de grever son immeuble de plusieurs droits réels limités, voire de faire annoter l'immeuble de droits personnels. Ces droits coexistent de façon pacifique. Cependant, il existe des situations dans lesquelles ces droits peuvent se gêner mutuellement. Dès lors, il est primordial de fixer un ordre de priorité (un rang) entre les différents droits. À cette fin, le législateur a prévu deux méthodes permettant de fixer l'ordre de priorité, soit le principe de priorité dans le temps et le système des cases hypothécaires fixes. Ceux-ci règlent des situations différentes<sup>189</sup>. En effet, selon le type de droit réel et en fonction d'une situation particulière donnée, le principe appliqué n'est pas le même. Nous verrons que le système prévalant pour les hypothèques légales des artisans et entrepreneurs est le principe de priorité dans le temps. Nous introduisons dans cette partie de notre contribution les principes généraux sur les rangs et les cases hypothécaires pour ensuite examiner les rapports entre les différents droits réels limités et ainsi montrer les enjeux d'un éventuel changement de rang effectué par un entrepreneur.

##### §1. Prior tempore potior iure

Le propriétaire doit pouvoir grever son immeuble de droits de nature différente sans qu'ils ne portent atteinte aux anciens droits grevés. La règle *prior tempore potior iure* résout effectivement le rapport entre ces droits en prévoyant que la préférence est donnée au droit le plus ancien<sup>190</sup>. Dès lors, l'inscription d'une charge réelle postérieure ne peut pas nuire au titulaire du droit antérieur et une extension d'un droit antérieur ne peut pas être imposée à ce dernier<sup>191</sup>. Cette règle ne résulte pas du Code civil, mais elle est déduite des art. 813 al. 2 et 972 CC<sup>192</sup>.

Le principe de priorité dans le temps règle les rapports de rang entre divers droits réels restreints grevés sur un immeuble<sup>193</sup>. Les droits concernés sont les servitudes, charges foncières, gages et droits personnels<sup>194</sup> annotés au registre foncier. La priorité dans le temps est consacrée par l'art. 972 al. 1 CC considérant que le droit réel naît, prend le rang et reçoit sa date par l'inscription

---

<sup>189</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 203.

<sup>190</sup> DUBOIS, *La modification*, p. 24.

<sup>191</sup> CR CC II-Mooser, Art. 972, N 5.

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> PIOTET, *Le rôle du rang*, p. 156.

<sup>194</sup> Notre contribution emploiera souvent le terme de « charge(s) réelle(s) » comprenant un ou tous les droits cités.

au grand livre. Ainsi, le droit le plus ancien a la priorité sur les droits subséquents<sup>195</sup>. Il est à préciser qu'il est nécessaire de considérer la fiction selon laquelle la date déterminante pour fixer le rang remonte à la date d'inscription au journal. En conséquence à ce principe, tantôt le droit inscrit au registre foncier est opposable à toute personne au bénéfice d'un droit réel inscrit en aval, tantôt la radiation d'un droit de rang prioritaire fait avancer les droits de rang subséquent<sup>196</sup>. On peut dès lors parler de « rang flexible », selon lequel le propriétaire ne peut pas remplacer un droit radié par un nouveau droit de même rang<sup>197</sup>. Le principe de priorité dans le temps produit ses effets en amont et en aval de l'exécution forcée. S'agissant du dernier cas, l'effet pourrait se produire lors de la détermination du créancier gagiste antérieur contre lequel il est possible d'opposer la prétention de l'art. 841 CC<sup>198</sup>. En effet, comme nous l'avons mentionné, les créanciers gagistes antérieurs profitent de la plus-value créée par les entrepreneurs, bien que ces derniers ne soient pas encore ou pas entièrement désintéressés. Dès lors, après la réalisation forcée, il y a lieu de déterminer selon le principe de priorité dans le temps, lesquels des créanciers antérieurs ont profité de la plus-value.

## §2. Les cases hypothécaires fixes

Tandis que le principe de priorité dans le temps règle les rapports entre les différents droits réels limités, les cases hypothécaires fixes (art. 813 ss CC) concernent seulement les rapports entre les gages immobiliers volontaires, soit une *lex specialis* par rapport au principe de l'art. 972 al. 1 CC<sup>199</sup>. Les gages comprennent alors l'hypothèque, la cédule hypothécaire, ainsi que la lettre de rente encore inscrite au registre foncier<sup>200</sup>. Ce système consiste à attribuer une case hypothécaire à chaque gage et non à leur attribuer une date d'inscription par laquelle ils obtiendraient un rang<sup>201</sup>. L'idée consiste à admettre que le droit du créancier gagiste ne porte pas sur l'ensemble de la valeur de l'immeuble mais seulement une fraction de celle-ci, que l'on nomme case hypothécaire<sup>202</sup>. La case hypothécaire naît de la manifestation de volonté des parties. Les parties peuvent dès lors décider de faire primer un droit nouveau sur un droit ancien à la condition qu'une case soit libre<sup>203</sup>. Par déclaration unilatérale, un propriétaire peut grever son immeuble d'un droit de gage immobilier sous la forme d'une cédule hypothécaire du propriétaire ou d'une obligation au porteur avec hypothèque. Il détermine ainsi le rang du droit de gage immobilier. En cas de nantissement contractuel, il appartient aux parties de fixer le rang dans le contrat de gage. Toutefois, l'indication du rang n'est pas une condition de validité du contrat de gage ou de constitution du droit de gage. Si, malgré l'absence d'indication de rang, le conservateur du registre foncier accepte l'inscription d'un droit de gage au registre

---

<sup>195</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 203.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 203.

<sup>198</sup> PIOTET, *Le rôle du rang*, p. 160

<sup>199</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 203.

<sup>200</sup> BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 813, N 5.

<sup>201</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 203.

<sup>202</sup> CR CC II-DUBOIS, Art. 813, N 1.

<sup>203</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 204.

foncier, le principe de rang légal de l'art. 972 CC s'applique en lieu et place de l'art. 813 CC, soit le droit de gage prend rang après la date de l'inscription au journal<sup>204</sup>.

#### A. *Les conséquences du système des cases hypothécaires*

L'art. 813 al. 2 CC confère la possibilité au propriétaire de constituer un droit de gage en un rang quelconque, à la condition que le montant de la case soit inscrit au grand livre. En conséquence, le propriétaire peut se réserver une case libre pour l'utiliser plus tard afin de constituer un gage de rang préférable dans les limites du montant inscrit de la case<sup>205</sup>. En outre, l'art. 814 CC prévoit, contrairement au principe de priorité dans le temps, que le système de case hypothécaire ne fait pas avancer les droits de gage subséquent en cas de suppression d'un droit de gage. En revanche, il libère la case hypothécaire pour permettre au propriétaire de le grever d'un autre gage<sup>206</sup>. Il convient de mentionner que plusieurs gages peuvent occuper une seule et même case hypothécaire, soit au même rang. Les droits de gages concourent alors à égalité, ce qui permet lors de la réalisation forcée de désintéresser les créanciers gagistes proportionnellement au montant de leurs créances<sup>207</sup>. De surcroît, l'attribution d'une case hypothécaire déterminée n'a pas seulement des effets dans le cadre des droits de gage, mais détermine également, avec sa date de constitution, le rapport de priorité entre les droits de gage, d'une part, et les servitudes, les charges foncières et les droits personnels annotés, d'autre part<sup>208</sup>.

#### B. *Le droit de profiter des cases libres*

Le droit de profiter des cases libres (art. 814 al. 3 CC) est un mécanisme qui permet de déroger au système des cases hypothécaires fixes. Ainsi, le propriétaire donne son consentement par une convention permettant à un créancier gagiste inscrit dans une case subséquente, le droit d'avancer dans la case devenue libre par extinction d'un droit de gage antérieur<sup>209</sup>. Le propriétaire peut utiliser la case libre pour tout type de droit de gage dans les limites du montant du droit de gage radié ayant occupé la case<sup>210</sup>. Il ne s'agit pas d'un retour au principe de priorité dans le temps, puisque le propriétaire consent à l'avancement du rang, qui n'est donc pas automatique<sup>211</sup>.

---

<sup>204</sup> BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 813, N 6.

<sup>205</sup> CR CC II-DUBOIS, Art. 813, N 5.

<sup>206</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 204.

<sup>207</sup> CR CC II-DUBOIS, Art. 813, N 7.

<sup>208</sup> BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 813, N 4.

<sup>209</sup> CR CC II-DUBOIS, Art. 813, N 15.

<sup>210</sup> CR CC II-DUBOIS, Art. 814, N 10.

<sup>211</sup> *Id.*, N 16.

### §3. Le rang des hypothèques légales

En principe, les hypothèques légales indirectes (dont celles des entrepreneurs) obtiennent leur rang en fonction de la date de l'inscription au registre foncier conformément à l'art. 972 CC, soit selon le principe de priorité dans le temps<sup>212</sup>. Donc l'hypothèque légale indirecte avance d'un rang lorsqu'un droit de gage de rang préférable s'éteint<sup>213</sup>. De plus, si le propriétaire laisse une case libre pour la constitution d'un droit de gage, l'hypothèque légale indirecte ne pourra pas l'occuper lors de sa constitution puisque l'hypothèque légale ne possède pas de case<sup>214</sup>. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs se voit appliquer le principe de priorité dans le temps<sup>215</sup>. Tandis que l'art. 840 CC prévoit que les entrepreneurs seront traités à égalité de rang entre les entrepreneurs (à l'exclusion des autres titulaires de droit sur l'immeuble). Nous pouvons penser que ces règles sont en contradiction. En réalité, comme nous l'avons mentionné précédemment, elles ne le sont pas puisque l'art. 840 CC concerne le droit des poursuites et faillites, soit la réalisation forcée et cette disposition ne constitue qu'une simple règle de distribution de deniers<sup>216</sup>. En effet, les entrepreneurs seront traités de manière égale au moment de la réalisation, comme s'ils avaient tous le même rang<sup>217</sup>. Nous ne traiterons pas le sujet des hypothèques légales directes par manque de pertinence pour notre contribution.

## Chapitre 2

### Conflit entre le rang fixe et le rang flexible

Après avoir observé que les servitudes, les charges foncières et les droits personnels annotés suivent le principe de la priorité dans le temps, alors que les droits de gage immobiliers sont classés dans des cases hypothécaires, il est maintenant nécessaire d'étudier la hiérarchie entre d'une part les charges réelles et d'autre part les droits de gage immobiliers<sup>218</sup>. Avant la réalisation forcée, un état des charges qui grèvent l'immeuble doit être établi, soit le rapport entre les divers droits réels limités se rapportant à l'immeuble (art. 140 LP). Le conflit entre les deux principes reste toutefois controversé en doctrine et pas encore tranché par le Tribunal fédéral<sup>219</sup>. Voyons donc les solutions se présentant lorsque plusieurs droits réels sont grevés sur un immeuble.

---

<sup>212</sup> Cf. *Supra*, Titre II, Chap. 1, §1.

<sup>213</sup> MOOSER, p. 129.

<sup>214</sup> BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 813, N 14.

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> DUBOIS, *La modification*, p. 193.

<sup>217</sup> BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 813, N 15.

<sup>218</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 205.

<sup>219</sup> PIOTET, *les principes*, p. 28.

### §1. La servitude antérieure au gage

Lorsqu'une servitude est inscrite antérieurement au droit de gage immobilier, le principe de priorité dans le temps s'applique, ce qui implique que la servitude prime le droit de gage. En raison de la publicité de la servitude au registre foncier, le créancier gagiste est censé connaître l'existence de ce droit avant de grever son droit sur l'immeuble. Par conséquent, la double mise à prix est dans ce cas exclue<sup>220</sup>. La même solution se doit d'être appliquée dans le cas d'un usufruit antérieur au droit de gage<sup>221</sup>.

### §2. La servitude postérieure au gage

Lorsqu'une servitude est grevée postérieurement à un gage sur un immeuble, le gage peut être affecté de telle manière à ce que l'immeuble voit sa valeur se déprécier. Dans ce cas de figure la procédure de double mise à prix (art. 142 LP) prend toute son importance. Dans un premier temps, l'immeuble sera vendu avec la servitude, ainsi la vente est définitive si le cas se réalise. Dans le cas contraire, l'immeuble sera vendu sans la servitude, dans la mesure où le prix d'adjudication dépasse le prix de la première enchère. La procédure de double mise à prix intervient, en effet, systématiquement lorsqu'un droit réel postérieur porte préjudice à un droit constitué antérieurement lors de la vente de l'immeuble à l'acquéreur<sup>222</sup>.

### §3. Droit de gage constitué postérieurement à la servitude mais dans une case libre avant la servitude

L'enjeu est important puisque le créancier gagiste dispose de la double mise à prix s'il établit que la charge postérieure diminue la valeur de l'immeuble (art. 812 al. 2 CC et 142 LP). La doctrine majoritaire admet que la case hypothécaire produit des effets dans les relations avec les servitudes, les charges foncières et droits personnels annotés<sup>223</sup>. Hansjörg PETER donne un exemple à cet effet : sur l'immeuble X existent en premier lieu une case libre constituée par le propriétaire, puis une servitude et enfin un droit de gage. Le propriétaire consent à ce que le droit de gage profite de la case libre. À son avis, le créancier gagiste peut demander la double mise à prix de la servitude. Le titulaire de la servitude aurait pu éviter cette situation en demandant la radiation de la case libre<sup>224</sup>.

Par opposition, Thierry DUBOIS n'est pas de cet avis en fondant son argumentation sur les méthodes d'interprétation. Il conclut en effet que la case hypothécaire ne peut être étendue à ce

---

<sup>220</sup> PETER, p. 392.

<sup>221</sup> PIOTET, *Le rôle du rang*, p. 161.

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> Voir notamment PETER, p. 401 ; PIOTET, *les droits réels limités*, p. 16.

<sup>224</sup> PETER, p. 402.

cas de figure et qu'elle ne s'applique que dans les rapports entre gages immobiliers<sup>225</sup>. Ensuite, s'agissant des rapports entre les droits de gage et les autres droits réels limités, la règle générale de l'art. 972 al. 1 CC s'applique. En d'autres termes, il y a lieu d'appliquer le principe de priorité dans le temps donc ce qui est déterminant est la date de constitution du gage et non la date de la case hypothécaire<sup>226</sup>. En conséquence, le droit de gage ne prime pas la servitude, bien qu'il soit inscrit dans une case libre avant la servitude.

#### §4. La double mise à prix et l'art. 840 CC

Lorsqu'un entrepreneur demande la double mise à prix d'une charge réelle de rang subséquent, il y a lieu de se demander dans quelle mesure les autres entrepreneurs peuvent prétendre au partage. Premièrement, l'art. 840 CC ne permet pas à un entrepreneur de rang subséquent de requérir la double mise à prix d'une charge réelle dépréciative antérieure à ce dernier en invoquant le principe d'égalité de rang avec l'entrepreneur de rang préférable à la charge réelle<sup>227</sup>. En effet, l'art. 840 CC n'intervient pas dans les relations avec les autres droits réels limités grevant l'immeuble<sup>228</sup>. En réalité, l'entrepreneur qui requiert avec succès la double mise à prix de la charge réelle, peut exiger que la valeur de cette charge réelle lui soit payée par préférence. Toutefois, cette valeur devra être répartie entre tous les entrepreneurs au bénéfice d'une hypothèque légale en vertu de l'art. 840 CC<sup>229</sup>.

#### §5. Le rang relatif

Un droit réel limité grevant un immeuble devrait idéalement avoir un rang qui est le même à l'égard de tous les autres droits grevant le même immeuble, soit un rang absolu. Cette situation n'est toutefois pas infaillible puisque le Code civil permet à un créancier gagiste de postposer son droit à un autre droit réel limité<sup>230</sup>. Imaginons que sur un immeuble il existe une hypothèque en faveur de A en premier rang, puis une hypothèque en faveur de B en deuxième rang. Par la suite, l'immeuble est grevé d'un usufruit en faveur de C. C passe un accord avec A permettant à C de faire primer son usufruit sur l'hypothèque de A. Dans ce cas, l'usufruit de C prime effectivement l'hypothèque de A mais pas l'hypothèque de B, bien que l'hypothèque de A prime l'hypothèque de B. Il s'agit donc d'un cas de rang relatif. Le Tribunal fédéral confirme la possibilité d'une situation de rang relatif, ainsi que la possibilité de déroger au principe de priorité dans le temps dans un arrêt de 1993<sup>231</sup>.

---

<sup>225</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 207.

<sup>226</sup> DUBOIS, *Le rang*, p. 208.

<sup>227</sup> VALLAT, p. 201.

<sup>228</sup> PIOTET, *Le rôle du rang*, p. 180.

<sup>229</sup> VALLAT, p. 201.

<sup>230</sup> Cf. *infra*, Titre III, Chap. 1.

<sup>231</sup> ATF 129 III 32, c. 1c. ; DUBOIS, *Le rang*, p. 210.

Une autre situation de rang relatif peut intervenir en relation avec le principe de publicité des droits réels. Une illustration est proposée par Denis PIOTET : une servitude en faveur de C grève l'immeuble en 1970, mais elle est radiée à tort en 1990. Un droit de gage en faveur de A est créé en 1992 et connaît l'existence de la servitude et de son irrégularité. L'immeuble est ensuite grevé d'un droit de gage en faveur de B en 1993 dans une case subséquente, mais il ignore de l'irrégularité de bonne foi. Dans ce cas d'espèce, la servitude de C est postposée au droit de gage de B puisqu'il est protégé dans sa bonne foi. Tandis qu'à l'égard de A, la servitude reste de rang préférable, bien que le droit de gage de A prime le droit de B. Cela implique qu'en cas de réalisation forcée, B peut invoquer la double mise à prix de la servitude de C, tout en ne pouvant pas être payé avant A, qui lui-même ne peut pas invoquer la double mise à prix. En l'absence de solution, il y a lieu de répartir le montant selon les règles de l'équité<sup>232</sup>.

Nous avons examiné les différents principes régissant les droits réels limités grevés sur un immeuble. Nous analyserons dans le Titre III le cas de la modification du rang, opéré par l'entrepreneur et ce, au moyen de ce que nous venons de voir.

---

<sup>232</sup> PIOTET, *Le rôle du rang*, p. 165.



## Titre III

### La modification du rang

#### Chapitre unique

#### La convention de postposition

Notre législation permet au créancier gagiste de modifier conventionnellement son rang. Le principe de priorité dans le temps (valant pour les droits réels limités) n'étant pas de nature impérative, les parties peuvent librement y déroger<sup>233</sup>. L'opération consiste à conclure une convention, communément nommée convention de postposition, qui constituera la cause juridique de l'acte de disposition. S'en suit l'accomplissement de l'acte de disposition réel, soit la réquisition de la modification du rang effectuée par la manifestation de la volonté des parties. Le processus s'achève par l'écriture au registre foncier octroyant l'effet réel à la convention. La conclusion de la convention de postposition implique pour le créancier gagiste l'obligation avec son cocontractant de modifier le rang de leurs droits. Cette convention n'est pas spécialement réglée par la loi, partant, il s'agit d'un contrat *sui generis*<sup>234</sup>. Il convient de le distinguer du simple contrat qui ne constitue qu'un acte obligatoire liant seulement les parties au contrat et ne produisant aucun effet réel<sup>235</sup>. En principe, aucune forme n'est requise quant à cette convention, toutefois les parties doivent effectuer une déclaration sous la forme écrite afin d'appuyer la réquisition au registre foncier<sup>236</sup>. De surcroît, cette convention ne nécessite pas l'accord du propriétaire grevé s'agissant des charges respectant le principe de priorité dans le temps, en raison de son absence de droit de disposition sur l'avancement du rang du bénéficiaire. En revanche, concernant le changement de case hypothécaire ou les relations entre les cases hypothécaires et les charges réelles, lorsque la case redevient libre, le propriétaire reprend son droit de disposition sur cette case et donne son accord pour une éventuelle occupation de celle-ci<sup>237</sup>. Par ailleurs, lorsqu'il existe un rang intermédiaire entre le rang du bénéficiaire et du renonçant, le titulaire du rang intermédiaire ne doit donner son consentement que s'il ne subit un préjudice. Il s'agit ainsi d'un cas de rang relatif puisqu'il existe une postposition vis-à-vis de l'un mais pas de l'autre droit qu'il prime. Qui plus est, le rang relatif n'est pas prohibé par l'ordre juridique suisse<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> JOYE-YERLY, *Le registre foncier*, p. 324.

<sup>234</sup> CR CC II-DUBOIS, Art. 812, N 32.

<sup>235</sup> DUBOIS, *La modification*, p. 109.

<sup>236</sup> BSK ZGB II-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 813, N 12.

<sup>237</sup> PIOTET, *Le rôle du rang*, p. 163.

<sup>238</sup> *Ibid.*

## §1. Les enjeux de la convention de postposition des entrepreneurs

Tout d'abord, nous examinerons s'il est possible pour un entrepreneur de conclure une hypothèque conventionnelle avec le propriétaire en lieu et place de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs<sup>239</sup>. Ensuite nous verrons s'il est admissible pour un entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque légale de conclure une convention de postposition avec un titulaire d'une charge réelle sur l'immeuble<sup>240</sup>.

### A. La convention hypothécaire d'un entrepreneur

En premier lieu, constatons que l'art. 837 al. 3 CC prévoit que « l'ayant droit ne peut renoncer d'avance [aux] hypothèques légales ». Il s'agit d'une disposition de nature impérative<sup>241</sup>. Il est opportun d'examiner cette disposition car selon le sens que l'on peut lui donner, la possibilité pour un entrepreneur de conclure une convention hypothécaire ne pourrait pas se présenter. Dès lors, notre attention se porte sur le choix du législateur des termes « renoncer *d'avance* ». En effet, nous pouvons nous interroger s'il s'agit d'une question de temps. En d'autres termes, cela signifierait que le propriétaire peut valablement soulever que l'entrepreneur a renoncé aux droits de se prévaloir des art. 837 ss CC. Nous pouvons considérer que lorsqu'un entrepreneur renonce à une hypothèque légale avant l'inscription, cette renonciation est nulle. En revanche, le consentement donné à la radiation d'une hypothèque déjà inscrite est possible<sup>242</sup>. En sus de ce raisonnement, Frédéric SIMOND ajoute que la « stipulation de renonciation n'est nulle que si elle a précédé ou accompagné la conclusion du contrat [d'entreprise ou de construction] »<sup>243</sup>. La liberté contractuelle reste malgré tout le pilier du Code des obligations et l'art. 837 al. 3 CC porte atteinte à cette liberté. Dès lors, il y a lieu d'interpréter restrictivement cette disposition. Il y a lieu d'admettre qu'en aval d'une convention librement conclue, lorsque l'entrepreneur renonce à l'hypothèque légale, il le fait en connaissance de cause et est en mesure d'en apprécier les conséquences<sup>244</sup>. Nous pouvons ainsi en conclure que l'entrepreneur a la possibilité de renoncer à une hypothèque légale et conclure une convention hypothécaire.

De surcroît, si un entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque conventionnelle ne profite pas du privilège de l'art. 841 CC, il est légitime de ne pas lui appliquer l'art. 840 CC et de lui laisser les avantages propres au rang<sup>245</sup>. Il convient dès lors d'examiner pourquoi l'art. 841 CC ne s'appliquerait pas aux entrepreneurs au bénéfice d'une hypothèque conventionnelle. Tout d'abord, il y a lieu de s'intéresser à la raison pour laquelle le législateur a choisi l'hypothèque légale pour protéger les entrepreneurs. Il s'agit d'éliminer un excès du droit de gage puisqu'un

---

<sup>239</sup> Cf. *infra*, Titre III, chap. 1, §1. a.

<sup>240</sup> Cf. *infra*, Titre III, chap. 1, §1. b.

<sup>241</sup> SCHUMACHER, *Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum*, p. 26

<sup>242</sup> SIMOND, p. 192.

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> *Id.*, p. 194.

<sup>245</sup> HAEFLIGER, p. 21.

créancier gagiste met dans sa poche ce que l'entrepreneur a gagné par son travail. Cela va à l'encontre du bon sens de la justice.

Comme nous le savons, le privilège est un moyen de protection des entrepreneurs car il arrive que l'immeuble soit déjà grevé de droit de gage pour un montant allant au-delà de la valeur de l'immeuble, et de ce fait, les entrepreneurs n'ont qu'une protection fictive. Par opposition, un entrepreneur peut décider de conclure une convention hypothécaire car il en voit un avantage et certainement que cette convention lui permet d'obtenir un rang privilégié avec tous les avantages y relatifs. Dès lors, il ne se justifie pas d'accorder à ce dernier le privilège de l'art. 841 CC<sup>246</sup>. En effet, tout d'abord, force est de constater que l'hypothèque légale des entrepreneurs est consacrée dans les trois derniers articles du chapitre portant sur les hypothèques. Selon Charles HAEFLIGER, si le législateur avait voulu accorder le privilège de l'art. 841 CC aux entrepreneurs bénéficiant d'une hypothèque conventionnelle, il l'aurait placé sous une « autre rubrique marginale avant de traiter des hypothèques légales »<sup>247</sup>. De plus, le privilège dépend de la loi et non d'un contrat conclu entre les parties, ce qui implique que le privilège ne doit pas être applicable aux hypothèques conventionnelles. Par ailleurs, une hypothèque conventionnelle occupe un rang déterminé ou une case libre, permettant au titulaire de bénéficier de tous les avantages d'un créancier gagiste ordinaire. Ainsi, cet entrepreneur ne se verra pas appliquer l'art. 840 CC, permettant à ce dernier de toucher, lors de la réalisation forcée, la part qui lui revient sans devoir partager avec les autres entrepreneurs<sup>248</sup>.

#### a. Atteintes causées par l'entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque conventionnelle

Voyons au moyen d'un exemple dans quelle mesure un entrepreneur n'ayant pas opté pour une hypothèque légale mais à une hypothèque conventionnelle peut porter atteinte aux entrepreneurs titulaires d'une hypothèque légale. Imaginons que le propriétaire ait créé une case libre. Ensuite viennent grever l'immeuble chronologiquement dans leur rang, une servitude, une hypothèque des entrepreneurs en faveur de A, une hypothèque des entrepreneurs en faveur de B et enfin, une hypothèque conventionnelle en faveur de l'entrepreneur C. Le propriétaire consent à ce que C occupe la case libre. Lors de la réalisation forcée, la servitude diminue la valeur de l'immeuble, donc C demande la double mise à prix de cette dernière. Toutefois, le produit de réalisation couvre C et les autres titulaires des droits réels ne sont pas couverts. Dans cette situation, le comportement de C porte préjudice aux entrepreneurs A et B, soit ceux qui bénéficient de l'hypothèque légale. L'art. 840 CC ne s'applique pas de telle manière à ce que le produit de réalisation attribué à C soit réparti entre A, B et C puisque C n'est pas un entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque légale. Si la postposition n'avait pas été opérée, l'entrepreneur A aurait pu demander la double mise à prix de la servitude, ce qui aurait permis

---

<sup>246</sup> HAEFLIGER, p. 35.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> *Ibid.*

à B de bénéficier d'un plus grand produit de réalisation. Nous remarquons que si nous suivons la théorie de Hansjörg PETER, la double mise à prix demandée par C est possible, tandis que si nous suivons le raisonnement de Thierry DUBOIS, la double mise à prix n'aurait pas été possible<sup>249</sup>.

Imaginons une autre situation dans laquelle trois entrepreneurs ( $E_1$ ,  $E_2$ ,  $E_3$ ) bénéficient d'une hypothèque légale, qu' $E_1$  est désintéressé par le propriétaire et que l'entrepreneur B au bénéfice d'une hypothèque conventionnelle se réserve le droit de profiter des cases libres (le rang occupé par  $E_1$  étant une case libre). Deux questions sont susceptibles de se poser. En cas de réalisation forcée,  $E_2$  et  $E_3$  peuvent-ils s'opposer à la radiation de l'hypothèque de  $E_1$  ? Et s'agissant de B, l'annotation de la convention concernant le droit de profiter des cases libres, suffit-elle de prendre la place de  $E_1$  sans égards à  $E_2$  et  $E_3$ , inscrits postérieurement ? Nous savons désormais que l'art. 840 CC ne se rapporte qu'à la situation de réalisation forcée et ne concerne pas les créanciers gagistes ordinaires. De l'avis de Frédéric SIMOND, la première question doit se résoudre par l'affirmative et la seconde par la négative. Il admet exceptionnellement que l'extinction de la créance de  $E_1$  profite en priorité aux autres entrepreneurs inscrits sur l'immeuble, soit ils bénéficient du droit de profiter des cases libres au prorata de leur créance<sup>250</sup>.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons nous demander dans quelle mesure une action révocatoire (action paulienne) en vertu des art. 285 ss LP peut s'appliquer. En effet, l'action permet de soumettre à l'exécution forcée des biens qui ont été soustraits, notamment dans le cas où le débiteur a accompli des actes portant préjudice à ses créanciers ou favorise certains au détriment des autres (art. 288 LP). L'action paulienne a également pour but de protéger des créanciers entrepreneurs contre des atteintes à l'égalité de traitement mais seulement lorsque les actes comprennent une intention dolosive du débiteur et lorsque l'autre contractant participe à la fraude<sup>251</sup>. Dès lors, nous pouvons nous demander si le créancier B, évincé par les entrepreneurs  $E_2$  et  $E_3$  dans la case libre, peut faire valoir l'action de l'art. 285 ss LP. Dans la mesure où le propriétaire débiteur des créances consent le droit de profiter des cases libres aux entrepreneurs  $E_2$  et  $E_3$ , et que l'intention de nuire au créancier gagiste B est démontré, il est possible pour B d'intenter l'action révocatoire.

#### b. Prétention en indemnisation des entrepreneurs lésés

Nous pouvons nous demander dans quelle mesure les entrepreneurs au bénéfice d'une hypothèque légale peuvent invoquer l'art. 841 CC sachant que le défendeur de cette disposition est le créancier gagiste de rang antérieur. Lorsqu'un entrepreneur obtient une hypothèque conventionnelle de rang préférable aux hypothèques légales des entrepreneurs, celui-ci risque

---

<sup>249</sup> PETER, p. 402 ; DUBOIS, *Le rang*, p. 208

<sup>250</sup> Emprunté à SIMOND, p. 183.

<sup>251</sup> BRUNO, p. 260.

de profiter de la plus-value créée par les autres entrepreneurs. Dès lors, aucune raison ne justifie de les traiter plus favorablement qu'un créancier gagiste de rang antérieur de l'art. 841 CC<sup>252</sup>. Dans l'ATF 51 II 122, le Tribunal fédéral tranche la question. L'arrêt concerne un créancier gagiste de rang antérieur qui est un entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque conventionnelle, dont la créance résulte d'un prêt en plus de sa créance de construction. De l'avis du Tribunal fédéral, son droit de gage est apte à porter préjudice aux autres entrepreneurs. Dès lors, les autres entrepreneurs peuvent demander une indemnisation au créancier gagiste de rang antérieur. Le droit d'action contre ce créancier gagiste détenant un droit de gage garantissant un crédit de construction, est possible dans la mesure où les paiements sont effectués en faveur de certains entrepreneurs au détriment des autres. De plus, il doit avoir été reconnaissable pour ce créancier gagiste que la constitution de son hypothèque porterait préjudice aux entrepreneurs. Le Tribunal fédéral ne va pas plus loin dans son raisonnement<sup>253</sup>.

### *B. Le changement de rang*

Comme nous l'avons examiné précédemment, les entrepreneurs ne sont en réalité pas traités de manière égalitaire. Un entrepreneur peut vouloir trouver une solution pour être mieux désintéressé dans sa créance. Ainsi, pourrait se présenter la solution du changement de rang par convention de postposition. La question que nous nous posons alors est de savoir dans quelle mesure un entrepreneur dispose de la possibilité de changer de rang par une convention de postposition et quelles conséquences cela engendrerait pour les autres entrepreneurs.

Comme nous l'avons mentionné, l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs est régie par le principe de priorité dans le temps. Nous savons également que le Tribunal fédéral a admis la nature dispositive de ce principe<sup>254</sup>. Il est donc possible pour un entrepreneur, comme pour tout créancier gagiste, d'effectuer une modification du rang de son droit au moyen d'une convention de postposition. Nous savons également que l'art. 840 CC établit une règle simple d'égalité dans la répartition des deniers entre les entrepreneurs si le prix de vente de l'immeuble n'est pas suffisant pour tous les rembourser. Cette disposition n'affecte donc pas le rang des hypothèques légales. En conséquence, l'entrepreneur peut librement céder son rang d'hypothèque au titulaire d'un droit réel limité sur le même immeuble, ce qui peut déprécier son rang. Ainsi, sur le plan des droits réels, l'art. 840 CC ne peut pas empêcher la modification du rang d'une hypothèque légale pour les entrepreneurs<sup>255</sup>. Si cette disposition devait interdire une construction contractuelle des droits de gage, une révision de celle-ci aurait déjà été opérée. Qui plus est, l'art. 840 CC suit la règle de l'art. 972 CC, soit le principe de priorité dans le temps, qui ne vaut que pour les hypothèques des entrepreneurs. Ce système ne devrait pas s'appliquer

---

<sup>252</sup> HAEFLIGER, p. 38.

<sup>253</sup> ERMOTTI, *La banque*, p. 58.

<sup>254</sup> ATF 119 III 32, c. 1c.

<sup>255</sup> DUBOIS, *La modification*, p. 195.

à un entrepreneur n'ayant pas inscrit une hypothèque légale, mais qui détient un droit de gage octroyé par un contrat.

Selon Charles HAEFLIGER, « s'il y a plusieurs hypothèques d'entrepreneurs, et que seule l'une d'entre elles est au bénéfice d'une clause dite profit des cases libres [art. 814 al. 3 CC], il faut admettre que ce sont tous les entrepreneurs qui profiteront de cette clause, sinon le principe d'égalité de l'article 840 CC ne serait pas respecté »<sup>256</sup>. À notre avis, le droit de profiter des cases libres ne doivent bénéficier que les entrepreneurs disposant d'une hypothèque conventionnelle et non légale. En effet, le droit de profiter des cases libres se rattache au principe des cases fixes se rapportant aux rapports entre les gages. L'hypothèque légale des entrepreneurs suit le principe de priorité dans le temps, partant elle ne devrait pas se voir appliquer le principe des cases libres. Dans la mesure où plusieurs hypothèques des entrepreneurs sont inscrites mais qu'un entrepreneur a conclu une hypothèque conventionnelle en décidant avec le propriétaire de profiter d'une case libre, l'art. 840 CC ne devrait pas lui être appliqué.

#### a. L'atteinte aux attentes des autres entrepreneurs

Bien que le changement de rang soit possible, ce système est susceptible de porter atteinte aux intérêts des autres entrepreneurs lorsque leurs droits portent sur le même immeuble. Imaginons que sur l'immeuble X sont inscrits une hypothèque légale en faveur de l'entrepreneur A, puis un usufruit en faveur de Y et enfin une hypothèque légale en faveur de B. A décide de postposer son droit à l'usufruit contre une indemnisation de Y à A. Effectivement, comme nous l'avons examiné auparavant, dans cette situation A n'est plus en mesure de demander la double mise à prix à l'encontre de Y, A n'étant plus de rang préférable. Dans le cas de la réalisation forcée de l'immeuble X, la double mise à prix n'étant plus possible, la valeur de l'immeuble est réduite. Il apparaît dès lors que l'entrepreneur B est désavantagé en raison de la postposition puisqu'il ne peut plus bénéficier de la procédure de double mise à prix qui aurait pu être demandée par l'entrepreneur A si la postposition n'existait pas<sup>257</sup>. En conséquence, le montant résultant de la réalisation forcée est réduit donc A et B se distribuent des deniers plus faibles que si la postposition n'existait pas.

Le second exemple illustre le préjudice que peut subir un entrepreneur en présence d'un autre créancier gagiste. Imaginons que tout d'abord, une hypothèque légale de CHF 100'000.- en faveur de l'entrepreneur A est grevée sur l'immeuble X. Ensuite sont grevées une cédule hypothécaire de CHF 800'000.- en faveur de B et enfin une hypothèque légale de CHF 100'000.- en faveur de l'entrepreneur C. Entre-temps, A décide de postposer son droit à celui de B contre une certaine somme d'argent. Ainsi, l'ordre des droits de gage sur l'immeuble est le suivant :

---

<sup>256</sup> HAEFLIGER, p. 14.

<sup>257</sup> Emprunté à DUBOIS, *La modification*, p. 194.

Cédule hypothécaire en faveur de B, hypothèque légale en faveur de A et hypothèque légale en faveur de C. Dans la réalisation forcée, l'immeuble est vendu pour CHF 800'000.-, ne pouvant couvrir que le gage de B. A et C ne sont pas désintéressés. Force est de constater que si A n'avait pas conclu la convention de postposition avec B, A et C aurait pu se répartir les CHF 100'000.- à raison de CHF 50'000.- chacun conformément à l'art. 840 CC<sup>258</sup>.

S'agissant des cases libres, étudions un exemple permettant de démontrer que l'art. 840 CC devrait s'appliquer si nous voulons assurer une égalité de traitement entre les entrepreneurs. Imaginons qu'un immeuble est grevé d'un premier droit de gage en faveur de A dans une case libre pour un montant de CHF 100'000.-. Ensuite viennent se grever un autre droit de gage en faveur de B pour CHF 80'000.-, puis une hypothèque des entrepreneurs en faveur de C pour CHF 50'000.-, une hypothèque légale en faveur de D pour CHF 60'000.- et enfin, une hypothèque légale en faveur de E pour CHF 80'000.-. A est complètement désintéressé par le propriétaire et voit son droit radié du registre foncier. C s'étant réservé le droit de profiter des cases libres, occupe la case après la radiation du droit de A<sup>259</sup>. Lors de la réalisation forcée de l'immeuble, la valeur de la vente est de CHF 100'000.-. C obtient CHF 50'000.- et B également. Si nous considérons que l'art. 840 CC devrait s'appliquer, c'est-à-dire que si un entrepreneur bénéficie d'une case libre, les autres bénéficient également de ses avantages, alors les CHF 50'000.- obtenu par C devrait être répartis entre C, D et E au prorata de leur contribution à l'immeuble. En revanche, si l'art. 840 CC ne s'applique pas, l'entrepreneur C bénéficierait des CHF 50'000.-, donc entièrement couvert, tandis que les deux autres entrepreneurs ne seraient même pas désintéressés. Ainsi les entrepreneurs ne sont pas traités de manière égale. Nous constatons que cette situation n'est pas avantageuse pour les entrepreneurs. A notre avis, l'art. 841 CC ne peut pas être opposé à l'entrepreneur C puisqu'il a lui-même contribué à la plus-value. Dans l'ATF 112 II 493, le Tribunal fédéral admet qu'on ne puisse pas invoquer l'art. 841 CC contre un entrepreneur sans hypothèque légale lorsqu'il a lui-même contribué à la plus-value de l'immeuble. Nous pouvons dès lors admettre qu'il en est de même pour les entrepreneurs disposant d'une hypothèque légale. En conséquence, nous proposons la solution de la plainte contre le tableau de distribution lorsque le principe de l'art. 840 CC est violé.

#### b. Prétention en indemnisation des entrepreneurs lésés

Un entrepreneur a postposé son droit et de ce fait a contribué à une réduction des deniers à partager entre les autres entrepreneurs. Nous examinons donc sur quelle base un entrepreneur peut demander une indemnisation à l'entrepreneur ayant postposé son droit de gage.

---

<sup>258</sup> Emprunté à DUBOIS, *La modification*, p. 195.

<sup>259</sup> Comme mentionné précédemment, notre avis ne converge malgré tout pas sur le fait qu'un entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque légale puisse profiter de la case libre, puisque le principe de priorité dans le temps lui est applicable.

Tout d'abord, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure l'art. 841 CC est apte à s'appliquer dans ce cas de figure. Nous avons vu que l'art. 841 CC prévoyait le cas de privilège d'un entrepreneur dans la réalisation forcée lorsqu'il contribue à la plus-value de l'immeuble. En effet, l'entrepreneur détient une prétention conférant un droit personnel à l'encontre de tout créancier gagiste de rang antérieur qui savait ou devait savoir que son gage pouvait léser des entrepreneurs (élément subjectif). En conséquence, il y a lieu de constater que l'entrepreneur n'a qu'une prétention contre le créancier gagiste conventionnel de rang antérieur sachant que tout autre défendeur n'entre pas en considération. De l'avis de Thierry DUBOIS, il n'est pas possible d'étendre le champ d'application de l'art. 841 CC à un comportement d'un entrepreneur vis-à-vis des autres entrepreneurs, simplement en raison du texte clair de l'art. 841 CC<sup>260</sup>.

L'art. 841 CC ne s'appliquant pas dans le cas d'espèce, il y a lieu de définir la nature du droit à l'égalité dans le partage des deniers consacré par l'art. 840 CC. En effet, c'est en raison d'une violation de la règle de partage que certains entrepreneurs ont subi un préjudice, celui-ci résultant de la postposition de l'hypothèque d'un des entrepreneurs. Nous nous demandons ainsi si le droit à l'égalité de traitement consiste en un droit absolu, un droit relatif ou un autre droit.

Nous savons que le privilège de l'art. 841 CC est un droit relatif donc une créance qui repose sur un acte illicite des créanciers de rang antérieur<sup>261</sup>. Nous pouvons nous demander si la nature relative de l'art. 841 CC peut s'étendre par analogie à celle de l'art. 840 CC en considérant qu'il y a lacune de la loi. A notre avis, cette extension n'est pas possible puisque les deux articles visent deux situations différentes, comme nous l'avons examiné auparavant. L'art. 841 CC concerne une relation entre un entrepreneur au bénéfice d'une hypothèque légale et un créancier gagiste de rang antérieur. Tandis que l'art. 840 CC ne concerne que les relations entre les entrepreneurs au bénéfice d'une hypothèque légale. Le droit à l'égalité de traitement n'exige pas un devoir de comportement de la part d'un entrepreneur. Il n'incombe aucun devoir à l'entrepreneur de respecter ce principe. En effet, le devoir est attribué à l'office des poursuites de veiller à ce que ce principe soit respecté. En cas de violation, une plainte contre le tableau de distribution peut être déposée<sup>262</sup>. Partant, le droit de l'art. 840 CC ne consiste pas en un droit relatif.

Étant donné qu'il n'est pas question de faire dériver l'action d'un rapport contractuel, la source de cette action doit résulter de la volonté du législateur (soit la disposition légale institue l'action) ou nous devons l'envisager comme délictuelle. À notre avis, il ne ressort pas de l'art. 840 CC qu'une prétention puisse être déduite à l'encontre d'un entrepreneur ayant postposé son droit de gage. Cette disposition n'institue qu'une règle de partage égale dans la réalisation forcée. Dès lors, nous pouvons nous demander si l'indemnisation peut se fonder sur un acte

---

<sup>260</sup> DUBOIS, *La modification*, p. 196.

<sup>261</sup> PIOTET, *Les principes*, p. 32.

<sup>262</sup> VALLAT, p. 190.



illicite. Dans le cas présent, l'atteinte est portée au patrimoine du lésé. L'entrepreneur lésé cherche à réparer un dommage purement économique. Dès lors, l'illicéité doit résulter d'une norme de comportement ayant pour but de protéger la victime<sup>263</sup>. Toutefois, aucune norme ne protège les victimes contre ce comportement. En outre, nous partageons l'idée qu'il n'existe pas d'illicéité de résultat supposant une atteinte au droit absolu du lésé, puisqu'il n'existe aucun droit absolu à l'égalité de traitement dans le partage des deniers. Le texte de la loi ne laisse aucun indice quant à l'opposabilité de ce principe à tout un chacun. De plus, le droit absolu en question concernerait dans le cas d'espèce le droit réel limité de l'entrepreneur, soit son droit de gage et son rang. Toutefois, nous constatons que le rang n'est pas affecté par l'art. 840 CC, partant le principe d'égalité ne consiste pas en un droit absolu.

Contrairement à ce que peut laisser croire la note marginale de l'art. 840 CC, cette disposition n'affecte pas le rang mais établit une règle d'égalité dans la distribution des deniers lorsque le produit de réalisation n'est pas suffisant pour désintéresser les entrepreneurs. Dès lors, cette disposition ne relève pas du droit matériel mais consiste en une disposition spéciale du droit de l'exécution forcée<sup>264</sup>. Avec Thierry DUBOIS, nous constatons que le rang n'est pas affecté donc l'entrepreneur est libre de modifier le rang de son hypothèque en le postposant au profit d'un autre titulaire de droit réel limité. En conséquence, il y a lieu de relever que sur le plan des droits réels, l'art. 840 CC n'empêche pas un entrepreneur de modifier le rang de son hypothèque légale<sup>265</sup>. Dès lors, nous pouvons conclure que l'art. 840 CC relève du droit de l'exécution forcée et qu'aucune indemnité ne peut être exigée de l'entrepreneur ayant postposé son droit de gage.

Par ailleurs, nous pouvons nous pencher sur l'art. 167 du Code pénal. Effectivement, cette disposition punit le propriétaire qui favorise certains créanciers au détriment des autres. Toutefois, la postposition entre droits réels limités n'est pas visée par l'art. 167 CP<sup>266</sup>, ni par l'action révocatoire (art. 285 ss LP) puisque le droit postposé ne concerne pas le débiteur<sup>267</sup>.

En réalité, si le premier entrepreneur ayant demandé l'inscription de son hypothèque bénéficie d'un avantage en raison de sa diligence et de sa rapidité à protéger ses droits, les autres entrepreneurs ou artisans ne peuvent pas considérer cet avantage comme intouchable ou indiscutable pour eux-mêmes<sup>268</sup>. Cela signifie que chaque entrepreneur doit protéger ses propres intérêts et droits dans le respect des règles établies par la loi, sans pouvoir prétendre automatiquement aux avantages obtenus par d'autres de par leur rapidité. Si l'on suit cette règle, toute prétention en indemnisation fondée sur l'art. 841 CC et 41 CO est exclue<sup>269</sup>. Pour

---

<sup>263</sup> GEISSBÜHLER, *Le droit des obligations*, p. 237.

<sup>264</sup> SCHMID, p. 159

<sup>265</sup> DUBOIS, *La modification*, p. 195.

<sup>266</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

<sup>267</sup> PIOTET, *Les principes*, p. 31.

<sup>268</sup> PIOTET, *Le rôle du rang*, p. 180.

<sup>269</sup> *Id.*, p. 181.

conclure, nous constatons que l'entrepreneur lésé ne dispose pas de prétention en indemnisation à l'encontre de l'entrepreneur postposant son droit de gage.

## Conclusion

L'étude du principe d'égalité de traitement entre les entrepreneurs, ainsi que celle du changement de rang de ces derniers nous amènent à conclure que les contours de ces problématiques sont encore flous puisqu'elles sont controversées. Dès l'entrée en vigueur du Code civil, les art. 837 al. 1 ch. 3, 839, 840 et 841 CC faisaient déjà l'objet de nombreuses controverses doctrinales<sup>270</sup>. Ces articles restent encore aujourd'hui matière à réflexion.

Nous avons constaté que la jurisprudence du Tribunal fédéral au regard du principe d'égalité de traitement n'a pas beaucoup évolué dans le temps, si ce n'est que le tribunal a seulement précisé celle-ci au moyen d'un raisonnement. Nous sommes d'avis que l'intention du Tribunal fédéral de protéger l'entrepreneur, soit une partie relativement vulnérable dans le contexte de l'hypothèque, du paiement et de la construction, est justifiée. Toutefois, son raisonnement ne prend pas en considération plusieurs problématiques et ajoute des exigences quasiment impraticables. Il ne ressort pas du hasard que les arguments de notre Cour suprême fédérale fassent couler beaucoup d'encre. À notre avis, une interprétation correcte de la loi doit correspondre à sa lettre et à son esprit. Le juge doit se positionner dans la peau d'un législateur idéal en essayant de trouver la *ratio legis* de la disposition. Le Tribunal fédéral aurait dû essayer de justifier son raisonnement à la lumière de la raison, de l'équité, de l'utilité et du bien social.

Nous avons également étudié la possibilité pour un entrepreneur de devenir un créancier hypothécaire conventionnel. Nous pouvons inférer que le comportement préjudiciable de ce dernier à l'égard des entrepreneurs titulaires d'une hypothèque légale engendre les mêmes conséquences que s'il était un créancier gagiste ordinaire. Par ailleurs, une hypothèque légale des entrepreneurs est apte à changer de rang, ce qui peut selon le cas porter préjudice aux autres entrepreneurs et ainsi porter atteinte au principe d'égalité de traitement.

---

<sup>270</sup> GROSSEN, p. 66.