

# **NE\_GERICHTE CACIV.2016.51 vom 13. Juli 2016**

NE Tribunal cantonal, 2016-07-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CACIV.2016.51](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2016.51)

FR: NE\_GERICHTE CACIV.2016.51 du 13 juillet 2016

IT: NE\_GERICHTE CACIV.2016.51 del 13 luglio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Introduit dans les formes et délai légaux, l'appel est recevable.

### **E. 2**

L'appel est recevable contre les décisions de refus d'une requête de preuve à futur, si la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs ([CACIV.2013.50, non publié] non contredit sur ce point par l'arrêt du TF du 23.06.2014 [4A\_143/2014] ). La requérante allègue dans ses écritures une créance de 117'319,70 francs, représentant le solde dû pour les travaux qu'elle dit avoir effectués dans l'immeuble sis sur l'article [xxx] du cadastre de B. La valeur litigieuse est ainsi largement supérieure au seuil de 10'000 francs ici déterminant.

### **E. 3**

Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte au cours de la procédure d'appel que s'ils sont produits sans retard et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 CPC). Si l'on excepte la décision querellée elle-même, les titres annoncés par l'appelante et ceux produits par l'intimée sont tous irrecevables. Ils pouvaient en effet être produits en première instance.

### **E. 4**

a) « En vertu de l'article 158 al. 1 let. b CPC , une preuve à futur peut être obtenue dans deux cas : lorsque la preuve est mise en danger (cas no 1) ou lorsque le requérant a un intérêt digne de protection (cas no 2). Dans le premier cas, la preuve à futur a pour but d'assurer la conservation de la preuve, lorsque le moyen de preuve risque de disparaître ou que son administration ultérieure se heurterait à de grandes difficultés. L'administration de la preuve, qui intervient normalement au cours des débats principaux (art. 231 CPC), est soit avancée à un stade antérieur du procès, soit effectuée hors procès, avant même l'ouverture de l'action (cf. art. 158 al. 1 in initio CPC, qui contient les termes « en tout temps »)» (arrêt du TF du 23.06.2014 [4A\_143/2014] cons. 3). Un des moyens de preuve admis par la loi est l'expertise (art. 168 al.1 let. c CPC ). Le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, demander une expertise à un ou plusieurs experts. Il doit pour cela entendre préalablement les parties (art. 183 al. 1 CPC). b) En l'espèce, l'appelante se prévaut de la mise en danger de la preuve. Elle a rendu vraisemblable qu'il sera impossible de se procurer une expertise permettant de déterminer l'ampleur des travaux effectués par ses soins sur l'immeuble sis sur l'article [xxx] du cadastre de B., si les travaux de rénovation envisagés par l'intimée devaient être exécutés. L'intimée a, quant à elle, confirmé au cours de l'audience de première instance qu'après la rénovation complète du bâtiment, il ne sera plus possible d'effectuer une expertise ayant pour objet les travaux de la recourante. Il convient dès lors d'admettre que la preuve requise est mise en danger. Celle-ci est en outre

utile à l'appelante dans le cadre de la procédure qu'elle a intentée le 6 mai 2016 aux fins de déterminer jusqu'à concurrence de quel montant les sûretés fournies par l'intimée en lieu et place de l'hypothèque légale devaient définitivement répondre de la créance qu'elle prétend avoir contre A. Savoir si l'expertise doit être doublée d'une inspection au sens des articles 181 ss CPC peut être laissé à l'appréciation de la première juge, ce point n'ayant à ce stade pas été spécifiquement discuté. Reste à savoir si l'appelante a correctement dirigé sa requête de preuve à futur, ce que la première juge a nié, rejetant dès lors la requête.

#### **E. 5**

« D'après l'article 839 al. 3, 2e phrase, aCC (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 et applicable au présent litige en vertu de l'article 1 al. 1 Tit. Fin. CC), l'inscription de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs ne peut être requise, si le propriétaire fournit des sûretés suffisantes au créancier. On peut relever que l'actuel article 839 al. 3, 2e phrase, CC reprend exactement la teneur de la norme en force avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Les sûretés tenant lieu, respectivement prenant la place de l'inscription d'une hypothèque légale des entrepreneurs au sens de l'article 839 al. 3 aCC doivent offrir la même couverture que l'hypothèque elle-même. Les sûretés peuvent en particulier être fournies sous la forme d'une consignation. Elles peuvent être apportées durant la procédure tendant à l'inscription, provisoire ou définitive, du gage. Le juge saisi de l'action en inscription définitive d'une hypothèque légale des entrepreneurs n'examine qu'à titre préjudiciel la créance personnelle de l'entrepreneur en paiement de ses prestations (Schuldsumme), à seule fin de fixer le montant à concurrence duquel l'immeuble doit répondre, autrement dit la somme garantie par le gage (Pfandsomme). Sauf stipulation complémentaire expresse mettant définitivement fin au litige, l'accord sur la fourniture de sûretés laisse subsister le litige au stade où il se trouvait avant que les sûretés ne soient fournies ; l'action qui continue contre les propriétaires est toujours celle qui porte sur le montant du gage » (arrêt du TF du 16.12.2015 [4A\_449/2015] cons.3.1 et les références citées). Ces principes valent, car découlant directement de l'article 839 al. 3 CC, dans l'hypothèse expressément visée aussi bien dans l' ATF 110 II 34 que par Steinauer (Les droits réels, III N. 2884), soit lorsque le « propriétaire peut éviter l'inscription de l'hypothèque légale en fournissant des sûretés suffisantes » (arrêt de la Cour de céans du 16.03.2016 [CACIV.2014.51]). Au vu de cette jurisprudence, la requête de preuve à futur était recevable contre l'intimée, qui a constitué les sûretés de 120'000 francs, pour échapper à l'inscription d'une hypothèque légale, même si le fondement et, cas échéant, le montant de la créance de l'appelante se détermineront en fonction de travaux fournis pour un tiers. L'action en validation des sûretés concerne en effet l'intimée, dès lors que celle-ci est désormais propriétaire de l'immeuble (raison du reste pour laquelle l'inscription de l'hypothèque légale la menaçait). A ce titre, c'est elle qui doit en outre tolérer les inconvénients pratiques liées à la mise en œuvre des preuves sollicitées (inspection des travaux, expertise judiciaire).

#### **E. 6**

L'intimée reproche à l'appelante de ne pas avoir déposé avec sa requête de preuve à futur un questionnaire destiné à l'expert. On relèvera que cette exigence ne découle pas de l'article 158 CPC et que, si le fait de disposer d'un questionnaire facilite l'examen par le juge appelé à trancher s'il existe un intérêt digne de protection à obtenir cette preuve, un questionnaire n'est nullement indispensable dans un contexte où il saute aux yeux que l'état du bâtiment est appelé à changer et où l'intimée elle-même admet qu'une fois effectués les travaux qu'elle projette, la preuve ne pourra plus être recueillie.

## **E. 7**

Dans ses conclusions, l'appelante sollicite que la décision de mesures superprovisionnelles du 4 avril 2016 soit confirmée. En d'autres termes, elle demande que l'interdiction de procéder à des travaux soit étendue jusqu'à ce que l'inspection et l'expertise sollicitées aient pu intervenir. Cette requête est justifiée et il convient d'étendre cette interdiction au-delà de la procédure d'appel (effet déjà atteint par l'ordonnance du 14 juin 2016).

## **E. 8**

Comme indiqué dans la décision sur requête d'effet suspensif du 14 juin 2016, l'interdiction pour l'intimée de procéder dans l'immédiat aux travaux qu'elle envisageait aura des conséquences sur les possibilités qu'elle a de faire fructifier son immeuble, notamment en le louant à des tiers. C'est pourquoi elle requiert, dans sa détermination, le versement de sûretés. Il n'est pas certain que l'application (analogique, selon CPC- Schweizer, art. 158 N 15) des dispositions relatives aux mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC) s'étende au versement de sûretés, dès lors que celles-ci doivent couvrir, selon l'article 264 al. 2 CPC, le « dommage causé par des mesures provisionnelles injustifiées » et que – le cas d'une preuve requise abusivement ou de manière chicanière excepté – l'administration d'une preuve peut difficilement être injustifiée (la pertinence de la preuve étant une autre question). Tout en admettant la rareté des cas d'application, Guyan (Basler Kommentar, N 9 ad art. 158 CPC) admet sur le principe la possibilité de sûretés. Fellmann (Sutter-Somm et al., ZPO Komm., N 25 ad art. 158) en fait de même. Vu la nature de bien productif de l'immeuble sur lequel doit porter la preuve, dans le cas d'espèce, on ne peut résolument écarter d'emblée l'éventualité d'un dommage au sens précité, de sorte que le principe de sûretés sera admis. La durée nécessaire à effectuer les actes indispensables à l'établissement de l'expertise portant sur les travaux dont le paiement est contesté est probablement de quelques semaines, le temps de désigner un expert, de lui adresser un questionnaire et pour lui de se rendre sur les lieux pour une inspection et évaluation des travaux, la rédaction de son rapport et les réponses aux éventuelles questions complémentaires ne nécessitant pas forcément une nouvelle inspection des lieux. Une durée de six mois apparaît toutefois trop longue et on peut considérer que ces opérations seront réalisées d'ici l'automne. Faute de disposer des éléments précis permettant de chiffrer le dommage (l'ordonnance d'effet suspensif précise que l'acte notarié fourni par l'intimée a été expurgé des éléments qui auraient pu permettre une première appréciation du rendement de l'immeuble qui abrite – si on cumule les numéros 2 et 4 de la rue [aaaa] – 12 appartements et un restaurant), on peut en arrêter une première estimation à 35'000 francs. Le maintien des sûretés au-delà de la procédure de preuve à futur dépendra de l'ouverture éventuelle d'un procès en dommages-intérêts, au sens de l'article 264 al. 2 CPC, et il appartiendra le cas échéant à la première juge d'impartir un délai à l'intimée pour ce faire (art. 264 al. 3 CPC).

## **E. 9**

Au vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être annulée et l'affaire renvoyée au Tribunal civil pour que la preuve soit administrée. Les frais et dépens de la procédure seront mis à la charge de l'appelante, y compris les frais de la procédure d'appel. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les frais et les dépens dans le cadre d'une procédure de preuve à futur sont mis à la charge de la partie qui introduit la requête et qui a un intérêt à celle-ci, sous réserve d'une répartition différente dans un éventuel procès au fond (ATF 140 III 30 qui pose le principe d'une répartition des frais et dépens en fonction de l'intérêt à la cause et non pas selon les principes ordinaires de gain ou perte du procès, faute de partie qui

succombe). Les frais et dépens alloués en première et en deuxième instances sont donc répétables par la requérante à la preuve à futur, en fonction du sort final de la cause au fond qu'elle a introduite.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.