

Auteurs :

Me Nicolas Maternini et Me Barbara Kern avec la collaboration de Me Clelia Fumagalli, av.-st.

**CUMUL D' ACTIONS EN INSCRIPTION DÉFINITIVE EN HYPOTHÈQUE LÉGALE**  
**ET EN PAIEMENT**

**Résumé :**

La doctrine et la jurisprudence sont partagées sur la question de savoir s'il peut être renoncé au préalable de la conciliation, dans le cas d'un cumul d'actions d'une inscription en hypothèque légale (non soumise à la conciliation préalable) et en paiement (soumise à la conciliation préalable).

Les pratiques cantonales reconnaissent en tous les cas que l'on ne peut jamais renoncer à la conciliation préalable pour la procédure qui y est soumise si les parties ne devaient pas être les mêmes dans l'action en paiement et dans la procédure d'inscription d'hypothèque légale ou si le montant devait être différent dans une des deux procédures.

Pour une partie de la doctrine, l'ensemble des prétentions devrait être soumis au préalable de la conciliation (même celles de la procédure qui n'y serait pas soumise).

Quelques cantons (Vaud et Berne au moins) admettent que si le cumul d'action concerne *les mêmes parties et le même montant*, il peut être renoncé à la procédure de conciliation préalable. D'autres le refusent (notamment Zürich) et la position du TF semble aller dans ce dernier sens.

La position du Tribunal cantonal Zurichois paraît être la plus conforme à celle du TF. Selon la pratique zurichoise, il ne peut pas être renoncé à la conciliation préalable, étant donné que l'art. 198 CPC est exhaustif et ne fait pas mention du cumul d'action, cela peu importe que les parties soient les deux les mêmes (à la procédure en paiement ou à la procédure en inscription définitive) et que les montants soient identiques. Ceci ne viole pas le principe de célérité non plus, puisque le demandeur a suffisamment de temps, lors du délai qui lui a été octroyé pour le dépôt de l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale, de déposer également une requête de conciliation pour le paiement du montant revendiqué (en général 2 à 3 mois).

Les auteurs du présent article sont d'avis que le préalable de conciliation est obligatoire, en toutes circonstances, afin de respecter la *ratio legis* de l'art. 197 CPC (soit *de décharger les*

*tribunaux d'une part, et, d'autre part, de limiter les frais pour les parties et d'éviter le durcissement du litige*) ; il s'agit d'ailleurs de la position du TF.

En effet, en passant par le préalable de conciliation pour l'action en paiement (qui est somme toute, le nerf de la guerre, l'inscription en hypothèque légale n'étant qu'un instrument pour obtenir la somme revendiquée), les parties auront de (bonnes) chances d'éteindre rapidement leur litige en transigeant, rendant de fait la question de la procédure d'hypothèque légale sans objet.

---

## **Introduction**

En cas de litige portant sur le prix d'un ouvrage immobilier, il est d'usage que l'entrepreneur fasse inscrire provisoirement au registre foncier de situation de l'immeuble, dans les 4 mois qui suivent l'achèvement des travaux, une hypothèque légale pour le montant revendiqué, qui grèvera le bien du maître de l'ouvrage (le propriétaire).

Dans de nombreux cas, le maître de l'ouvrage (le propriétaire) est en outre représenté auprès de l'entrepreneur par un entrepreneur total ou général (ET ou EG), lequel est en lien contractuel direct avec l'entrepreneur.

Si aucun accord n'est trouvé entre les parties, l'entrepreneur n'aura d'autre choix que de requérir l'inscription définitive de l'hypothèque légale. Parallèlement, il devra obtenir un jugement entré en force, condamnant le propriétaire (ou l'entrepreneur total ou général) à le payer, ce qui lui permettra de faire, cas échéant, réaliser l'ouvrage grevé, et être au final payé.

Comment doit-il agir ? Peut-il déposer un seul acte en justice et conclure tant à l'inscription définitive de l'hypothèque légale qu'au paiement ?

### **I. Les règles en présence**

Le Code de procédure civile suisse prévoit à l'art. 15 al. 2 que le cumul d'actions est possible, lorsque « *plusieurs prétentions présentant un lien de connexité sont élevées contre un même défendeur* » ; ainsi chaque tribunal compétent le sera pour statuer sur l'une d'entre elles.

L'art. 90 CPC prévoit en outre que le demandeur peut réunir dans la même action plusieurs prétentions contre le même défendeur aux conditions cumulatives suivantes : le même tribunal est compétent à raison de la matière et les prétentions sont soumises à la même procédure.

Dans le cas typique d'une action en paiement (non soumise à la procédure sommaire), le CPC prévoit obligatoirement que les parties doivent procéder par une conciliation obligatoire préalable prévue à l'art. 197 ss CPC, avant d'agir au fond.

Si cette étape est obligatoire pour l'action en paiement, **elle ne l'est pas pour le dépôt de l'action en inscription définitive d'hypothèque légale, lorsque le tribunal a fixé un délai** pour le dépôt de la demande au fond (art. 198 let. h CPC).

## II. La position d'une partie de la doctrine (les deux prétentions devraient être soumise au préalable de conciliation)

Le Prof. François Bohnet estime qu'un cumul est manifestement possible entre une prétention devant faire l'objet d'un préalable de conciliation et une prétention pour laquelle tel n'est pas le cas, si elles sont soumises à la même procédure (BK ZPO-MARKUS, art. 90 N 13 ; TAPPY, Cumul objectif, 187). A son sens, il faut admettre dans ce cas que l'ensemble des prétentions fasse l'objet du préalable de conciliation (BOHNET François, CR CPC, ad art. 90, n° 9c). Cet auteur pense en particulier à une demande en inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (dispensée du préalable de conciliation) cumulée avec une demande en paiement (CR CPC art. 197 n° 20).

## III. Solutions jurisprudentielles, selon un ordre chronologique

Les pratiques jurisprudentielles cantonales ne sont pas harmonisées comme il sera vu ci-après.

### **Canton de VD :**

- TC/VD CACI du 5 octobre 2011/287 consid. 4c, in JT 2012 III 12 : Il s'agit d'une première position du TC VD qui a évolué par la suite. *In casu*, seule deux parties sont en présence, le cumul d'action impose de procéder à la conciliation à toutes les conclusions, même celles pour lesquelles elle serait exclue. Il s'agit de la mise en pratique de l'avis de Bohnet tel qu'exprimé ci-avant.

Cet arrêt traite de la question de savoir comment procéder si l'une des procédures est soumise à conciliation préalable obligatoire et l'autre pas (action en libération de dette et action en paiement en l'espèce) : pour la Cour cantonale vaudoise la conciliation est obligatoire pour le tout, quand bien même le demandeur a pris des conclusions en libération de dette pour lesquelles la conciliation préalable est en principe exclue. Cette

autorité s'est ralliée à l'avis d'une partie de la doctrine (TAPPY/NOVIER, La procédure de conciliation et la médiation dans le Code de procédure civile suisse, Cours de formation Codex-OJV, p. 7; BOHNET, Code de procédure civile commenté, n. 20 ad art. 198 CPC), selon laquelle le droit de cumuler des conclusions (art. 90 CPC) ne saurait être restreint du fait que la conciliation n'est obligatoire que pour certaines conclusions, alors qu'elle est exclue pour d'autres. Dans ce cas, le plus logique est de revenir à la règle selon laquelle en principe la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation, en considérant que celle-ci sera possible par attraction même pour les prétentions pour lesquelles elle serait en soi exclue.

- TC/VD CACI du 27.3.2013 (2013/180), note COLOMBINI in JdT 2013 III 98: Il s'agit de la 2<sup>ème</sup> position du TC/ VD. In casu, la conciliation n'est plus estimée nécessaire si les deux actions portent *sur le même* montant et sont dirigées *contre la même* personne.

Dans cet arrêt, contrairement à son précédent arrêt, la Cour cantonale vaudoise estime que si les deux procédures sont dirigées contre la même personne et concernent le même montant, il n'y a pas lieu de procéder à une conciliation préalable, pour aucune des deux procédures. Le fondement de la règle exprimée par la jurisprudence JdT 2012 III 12 (TC/VD du 5.10.2011/287 [v. note sous art. 197, B.c.]) est d'éviter que le demandeur soit tenté de cumuler des prétentions essentiellement pour éviter le préalable de conciliation. Cependant, pour une action en paiement cumulée avec une action en inscription définitive d'une hypothèque légale [en validation d'une inscription provisoire, cf. art. 263 et 198 lit. h], la Cour cantonale a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'exiger la conciliation préalable, si les deux actions portaient sur le même montant et étaient dirigées contre la même personne: pour trancher l'action en inscription définitive, il est nécessaire de statuer à titre préjudiciel sur la créance objet de l'action en paiement; il n'y a dans ce cas aucun risque de cumul des prétentions pour éviter le préalable de la conciliation et c'est le principe de célérité qui doit l'emporter (Colombini, note publiée in JT 2013 III 103 relative à la décision TC/VD CACI du 27 mars 2013/180 précitée).

Cette solution est critiquable puisqu'elle n'intègre pas les principes de la jurisprudence fédérale ; elle n'est au surplus pas suivie par les autres cours cantonales, comme il sera vu plus loin.

## Position du TF

- Arrêt du TF 4A\_413/2012 (décision du 14 janvier 2013) qui précise que le cumul d'actions ne permet pas d'éviter la conciliation.

Le TF a considéré que la reconnaissance de l'existence des conditions d'un cumul d'actions au sens de l'art. 90 CPC ne permet pas d'exempter la partie de la procédure de conciliation. En effet, le cumul d'actions ne figure pas parmi les **exceptions exhaustives** de l'art. 198 CPC.

De fait, le TF contredit la position de la Cour cantonale vaudoise dans son arrêt TC/VD CACI du 27.3.2013 (2013/180) (note COLOMBINI in JdT 2013 III 98). Le TF a considéré que la nécessité de la conciliation, qui **est une condition procédurale**, ne constitue ni un abus de droit, ni du formalisme excessif. Ainsi, la procédure de conciliation s'impose pour l'action en paiement. En outre, les effets du cumul peuvent être rétablis ultérieurement par la jonction des causes (art. 125 let. c CPC), le cas échéant après la suspension de la partie du procès ne devant pas être soumise à la conciliation préalable (art. 126 CPC).

## Canton de Zurich

- OGer/ZH du 17.9.2014 (LB130063) c. III. 3c, qui reprend la position du TF développé dans son arrêt 4A\_413/2012 ; Il n'existe pas de motif valable de renoncer à la procédure de conciliation prescrite par la loi. La Cour cantonale zurichoise critique (à bon droit) la position de la Cour cantonale vaudoise (TC/VD CACI du 27.3.2013 (2013/180))

Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal zurichois critique la position de l'arrêt vaudois susmentionné ; il n'est pas entré en matière en ce qui concerne l'action en paiement liée à la requête d'inscription définitive au registre foncier (une action condamnatoire - art. 84 CPC), car cette action n'a pas été précédée d'une procédure de conciliation (art. 197 CPC) ; partant, les conditions de l'autorisation de procéder (art. 209 CPC) n'étaient pas remplies. **La liste des exceptions à la procédure de conciliation prévues à l'art. 198 CPC est exhaustive.** Le cumul d'actions prévu à l'art. 90 CPC n'en fait pas partie. Il est donc exclu que l'action condamnatoire soit ouverte sans une procédure de conciliation préalable liée à l'action en inscription définitive de l'hypothèque au registre foncier.

**En résumé, pour la Cour cantonale zurichoise, rien ne permet de renoncer à la procédure de conciliation.**

- **S'agissant du principe de célérité, il n'est pas un motif valable pour renoncer à la procédure de conciliation** ; les autorités de conciliation peuvent être saisies pour l'action condamnatoire avant même l'inscription de l'hypothèque légale. L'expression « trois mois pour ouvrir action » constitue dans ce cas le temps nécessaire pour effectuer la tentative de conciliation. Il s'agit du délai qui avait été imparti au demandeur pour déposer l'action en inscription définitive.
- **L'invocation de l'art 124 al. 3 CPC**, qui permet au tribunal en tout état de la cause de tenter une conciliation des parties, n'est d'aucune utilité non plus, puisqu'elle est offerte à toutes les procédures.
- En outre, la Cour cantonale remarque que dès lors que s'il est vrai que la procédure sommaire peut être menée par oral ou par écrit (art. 253 CPC), la possibilité de tenter la conciliation ne se présenterait dès lors pas forcément lors de cette procédure. Il n'y a dès lors pas de motif valable de renoncer à la procédure de conciliation prescrite par la loi. Il n'existe donc aucun motif réel pour renoncer valablement à la procédure de conciliation<sup>18</sup>. TC ZH LB130063 (17.09.2014) ; ZR 2014, N. 80, pp. 271 ss. = BR/DC 2015, p. 165 s. n. 256 (avec une note de Rainer Schumacher).

### **Canton de Berne**

- OGer/BE du 25.6.2015 (ZK 15 153) c. 10 ss:(Berne). La procédure de conciliation n'est pas nécessaire pour la demande en paiement de la créance garantie par l'hypothèque, cumulée avec l'inscription définitive de l'hypothèque légale, uniquement si celles-ci sont dirigées contre la même partie.

Pour la Cour cantonale bernoise, le préalable de conciliation n'est pas nécessaire pour la demande en paiement de la créance garantie par l'hypothèque, si cette demande est introduite cumulativement avec la demande en inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et qu'elle est dirigée contre la même partie (art. 198 lit. h CPC).

Eu égard au fait que dans le cadre de la procédure en inscription de l'hypothèque, il sera statué à titre préjudiciel sur l'existence et le montant de la créance, c'est-à-dire que la créance elle-même – en raison de la connexité entre le montant à garantir et le montant de la créance – constitue l'un des thèmes de la procédure en inscription, il faut admettre

que la demande en paiement, dans la mesure où elle est dirigée contre la même partie, est elle aussi visée par l'exception au préalable de conciliation obligatoire que prévoit l'art. 198 lit. h CPC (consid. 10).

En outre, traiter les deux créances séparément, malgré leur connexité, serait contraire à la position préférentielle que le législateur a accordée aux artisans et entrepreneurs par l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. De plus, le demandeur ne peut pas planifier le dépôt d'une requête de conciliation préalable avec la certitude nécessaire qu'au moment où l'action en inscription définitive de l'hypothèque légale doit être déposée, l'autorisation de procéder soit disponible (consid. 11). Enfin, le fait qu'en l'espèce, une amplification ultérieure des conclusions en inscription définitive de l'hypothèque, par l'ajout d'une conclusion en paiement, soit admissible au titre de modification de la demande (art. 227 CPC), s'oppose également à un préalable de conciliation obligatoire pour l'action en paiement (consid. 12).

---

La position du TC Bernois tente de répondre aux objections qui ont été dégagées par la position du TC zurichois, sans convaincre toutefois. En effet, la réforme de la procédure civile a placé comme élément essentiel que les parties soient astreintes à une procédure de conciliation préalable, sauf exceptions exhaustives. L'un des buts poursuivis par le législateur consistait à réduire le nombre de litiges pendants.

De fait, passer par une procédure de conciliation obligatoire préalable pour ce qui est de l'action en paiement sera conforme à la *ratio legis* de l'art. 198 CPC.

En effet, en tentant la conciliation sur les prétentions en paiement (qui sont le nerf de la guerre) les parties auront pris de (bonnes) chances d'éteindre rapidement leur litige en transigeant, rendant cas échéant la question de la procédure d'hypothèque légale sans objet.