

# L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES ARTISANS ET ENTREPRENEURS ET L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE DU CODE CIVIL SUISSE DU 1er JANVIER 2012

(The Legal Mortgage of Construction and the Partial Revision  
of the Swiss Civil Code on 1<sup>st</sup> January 2012)

Öğr. Gör. Evrim KERMAN\*

## ÖZET

Çalışmada İsviçre ve Türk Hukuklarına göre Yapı Alacaklısı İpotegi incelenmekte, 1 Ocak 2012 tarihli İsviçre Medeni Kanun değişikliğinin getirdiği yeniliklere karşılaştırmalı olarak yer verilmektedir.

Her iki kanun da, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek harcadıkları için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciyi ve zanaatkârı kanuni bir ipotek hakkının tesisi ile korumak istemiş ve bu kişilere önceki rehin hakkı sahiplerine karşı ileri sürmeleri için öncelik hakkı bahşetmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Yapı Alacaklısı İpotegi, Kanuni İpotek Hakkı, Yüklenici ve Zanaatkâr, Öncelik hakkı.

## *Abstract*

In this article, the subject matter of the above mentioned right is analyzed. The legal mortgage of construction guarantees claims of builders and renovators arising from their work in a building. It relates and affects the building where the work was carried. Debts are secured by the mortgage. In fact it will be legal to sell the property on which the mortgage is registered. The judicial selling price is then affected in whole or in part to the payment of the debt of the builder, renovator or material supplier.

After the registration, the mortgage in favor of the contractor and the craftsmen

---

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, Cenevre Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi.

has priority before all other mortgages, even if they are already registered. The priority is limited with the value, added due to the construction.

**Key Words:** 'The legal mortgage of construction, 'Statutory mortgage', 'Contractor and the Craftsmen', 'Priority Right'.

## I. Créancier hypothécaire de la construction

### A. La notion et les caractéristiques

Ce travail consiste à examiner l'hypothèque légale qui donne un droit d'action directe au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.

L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est réglée dans le Code civil suisse (CCs) aux arts. 837 al. 1 ch. 3, al. 2 et 3, 839 à 841 et ainsi que dans le Code civil turc (CCt) à l'art. 893 al. 3.

Pour protéger les artisans et entrepreneurs contre l'insolvabilité du maître de l'ouvrage, les législateurs - suisse et turc - ont institué une hypothèque légale, afin de garantir le droit à la rémunération découlant du contrat d'entreprise, et le paiement des honoraires. Il s'agit donc d'un droit réel limité, portant sur une chose immobilière et garantissant une créance.<sup>1</sup> Brièvement, le créancier hypothécaire peut faire réaliser la chose en cas d'inexécution de la dette.<sup>2</sup> Une créance des entrepreneurs donne la possibilité de faire inscrire l'hypothèque légale en leur faveur<sup>3</sup>.

Conformément à l'art. 793, le Code civil suisse connaît trois formes de gages immobiliers : l'hypothèque, la cédula hypothécaire et la lettre de rente. La cédula hypothécaire et la lettre de rente sont des papiers-valeurs qui incorporent à la fois la créance et le droit de gage.<sup>4</sup> L'hypothèque légale, garantit la plus-value donnée par les artisans et entrepreneurs à l'immeuble par les travaux, matériaux fournis comme tout le gage immobilier.<sup>5</sup> La naissance d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est liée à l'inscription au registre foncier, soit sous la forme d'une inscription déclarative ou d'une mention, soit sous celle d'une inscription conservatoire, dont la constitution nécessite une inscription (art.837 al.1 ch.3 du CCs). L'inscription sera opérée sur le feuillet du registre foncier consacré à l'article sur lequel est érigée

<sup>1</sup> TEKINAY, S.: *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar*, İstanbul 1994.p. 83. ; ERTAS, S. : *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2006. p. 535.

<sup>2</sup> STEINAUER P.-H. : *Les droits réels*, TOME III, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2003, N. 2618. p.94

<sup>3</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN : *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2014,p.983

<sup>4</sup> *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil*, Mars 2004, p.8.

<sup>5</sup> SAVIAUX N., *La double garantie en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. in Droit de la construction 3/99, Institut droit de la construction, Université de Fribourg*, p. 92

la construction ou l'installation<sup>6</sup>. L'inscription est une écriture par laquelle les tiers sont renseignés sur le statut de l'immeuble quant aux droits réels, p.ex. : La constitution d'un gage immobilier, d'une propriété par étages.<sup>7</sup> L'annotation est une écriture juridique du registre foncier qui se borne à conférer à certains droits un effet réel et son existence n'est en principe pas liée au registre foncier.<sup>8</sup> P. ex. : les inscriptions provisoires (art. 961 al.1 du CCs) et les droits personnels (art. 959 al. 1 du CCs).

Suite aux efforts économiques et au travail des artisans et entrepreneurs, qui risquent toujours de subir l'insolvabilité du maître de l'ouvrage, et afin de protéger leurs situations, ces derniers ont le droit d'obtenir une hypothèque légale pour garantir leurs créances notamment en cas d'incapacité de paiement du débiteur, et d'obtenir le remboursement privilégié de leurs avoir. Les artisans et entrepreneurs peuvent ainsi récupérer la plus-value qu'ils ont créée sur l'immeuble.<sup>9</sup>

La concurrence dans le secteur de la construction et le souhait de contrôler la qualité des travaux du maître de l'ouvrage avant de paiement ne donnent toujours pas l'opportunité à l'entrepreneur, de demander à être payé d'avance par le maître de l'ouvrage, ni de sûreté lors de la procédure de soumission ou de la conclusion du contrat<sup>10</sup>. L'existence d'une créance de construction est obligatoire afin de constituer une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.<sup>11</sup>

Bref, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est une garantie prévue par la loi permettant aux artisans, entrepreneurs et sous-traitants de faire inscrire un gage au registre foncier<sup>12</sup> ; cela dans le but de leur permettre d'être payé en priorité sur le produit de la réalisation du gage.<sup>13</sup> Une fois l'inscription définitive de l'hypothèque est acquise, les artisans et entrepreneurs peuvent encaisser leurs créances, une poursuite en réalisation de gage.<sup>14</sup>

L'art. 837 al. 1 ch. 3 du CCs et l'art. 893 du CCt accordent aux artisans et entrepreneurs la possibilité de constituer une hypothèque en garantie de leur honoraire et, ainsi, le pouvoir de faire réaliser à leur profit l'immeuble du maître de l'ouvrage.

<sup>6</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 5.

<sup>7</sup> DELAFONTAINE, J.-C.: La mention au registre foncier : étude de droit privé fédéral et vaudois Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999. p. 18.

<sup>8</sup> Ibid., p. 20.

<sup>9</sup> STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in* Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 219.

<sup>10</sup> SAYMEN, H. / ELBIR, H. K. , Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1983, p. 585; KÖPRÜLÜ, B. / KANETI, S. , Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 – 1983, p. 309.

<sup>11</sup> DE HALLER J.-C. p.227.

<sup>12</sup> AVCI, A. / KÖKSAL ORUÇ, B. : İnşaatçı İpotegi (Yapı Alacaklısı İpotegi), *in* : Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl : 1 - Sayı 2, 2014-2, p. 95.

<sup>13</sup> OVERNEY, A.: L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 3.

<sup>14</sup> Ibid., p.10.

Au contraire du vendeur qui pourrait retenir le bien contre paiement, les artisans et entrepreneurs ne bénéficient pas de la possibilité d'exercer un droit de rétention ou de faire inscrire une réserve de propriété sur les matériaux fournis.<sup>15</sup> Il faut noter que le droit de rétention est un droit accessoire attaché à la créance principale, garantissant la créance pour laquelle il se produit en faveur du titulaire de la créance<sup>16</sup> et pour s'indemniser jusqu'à concurrence de la valeur de sa créance envers le débiteur. La différence principale entre le droit de rétention et le droit de gage immobilier est que ce dernier prend la naissance par un contrat et l'autre (droit de rétention) selon la loi. En résumé, l'inexécution de l'obligation de paiement de l'entrepreneur permet au sous-traitant de ne pas délivrer la chose, objet du contrat.

L'art 837 al.1 ch.3 du CCs a la teneur suivante : « *Les artisans et entrepreneurs employés à la construction ou à la destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages, au montage d'échafaudages, à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, que leur débiteur soit le propriétaire foncier, un artisan ou un entrepreneur, un locataire, un fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble.* »

## B. Le principe

L'hypothèque légale a pour but de garantir la rémunération de l'entrepreneur pour les prestations (matériaux et travail ou travail seulement) fournies sur un immeuble,<sup>17</sup> par le biais de la valeur ajoutée de la propriété immobilière. L'hypothèque légale bénéficie aux personnes qui ont participé à la construction, à la destruction ou à la rénovation d'un immeuble, à la prise de toutes les mesures utiles en vue de payer les artisans et entrepreneurs et leur garantie pour plus-value donnée à l'immeuble du propriétaire. Le propriétaire actuel doit supporter les conséquences relatives de son immeuble grevé d'un droit de gage,<sup>18</sup> ce dernier n'est tenu au paiement du prix de l'ouvrage qu'à son partenaire contractuel. Le droit de gage immobilier est un droit réel destiné à garantir une créance, dont le créancier gagiste est autorisé à requérir la vente forcée de l'immeuble, dès que le débiteur n'acquiesce pas volontairement sa dette et à demander que le produit de la vente lui soit attribué<sup>19</sup>. Selon Saviaux et Steinauer, le propriétaire actuel donne la garantie du paiement pour la plus-value apportée

<sup>15</sup> ATF 103/1977 II 33/35= JdT 1977 I 534/536

<sup>16</sup> ALAI, D. : La cession des créances en droit suisse, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1966, p. 145.

<sup>17</sup> Cour de cassation turque 15<sup>e</sup> cha. civ. du 16 juin.2005/6312/3626

<sup>18</sup> CARRON, B. / FELLE, M., Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste. In : *Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*. Neuchâtel, 2012. p.4

<sup>19</sup> ALAI, D., p. 140.

à son ouvrage en le mettant en gage en faveur des artisans entrepreneurs, en vertu de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CCs.<sup>20</sup>

Selon l'arrêt du 4 décembre 2009 de 2<sup>e</sup> Cour de droit civil du TF,<sup>21</sup> l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur peut être obtenue pour la fourniture de choses fabriquées spécialement en vue d'une construction déterminée et donc difficilement utilisables, voire inutilisables, ailleurs. Les travaux de destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages<sup>22</sup> ou montage d'échafaudages et à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables sont mentionnés à l'art. 837 al.1 ch.3 du CCs, et l'art. 893 al.1 ch.3 du CCt<sup>23</sup> autorisent l'inscription d'un gage immobilier, et ceci non seulement pour les créances envers le propriétaire du bien-fonds, mais également envers le locataire, le fermier ou tout autre ayant droit au bien fonds, ayant réalisé des mandats avec le consentement du propriétaire.

L'arrêt du 18 février 2008 de la 15<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour de cassation turque<sup>24</sup> exprime clairement à l'instar du Tribunal fédéral qu'une personne qui a fourni les matériaux spécialement et/ou incorporé à un ouvrage (en présence d'une prestation pour sa réalisation), peut obtenir la possibilité de constituer une hypothèque légale, que son débiteur soit le propriétaire foncier, qu'il soit un artisan, entrepreneur, locataire, fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble.<sup>25</sup> Le droit de faire inscrire l'hypothèque légale des sous-traitants est indépendante de celui de l'entrepreneur général. Les sous-traitants ont droit de requérir l'inscription de l'hypothèque légale, même si l'entrepreneur général a aussi demandé l'hypothèque découlant de ses créances. « *Tout contrat d'entreprise est autonome et donc indépendant des autres contrats. Il est dès lors possible et admissible que l'immeuble puisse être grevé plusieurs fois d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs.* »<sup>26</sup>

### **C. L'évolution législative des CCs du 1<sup>er</sup> janvier 2012 et débats de la réforme des CCs**

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012, la modification touche l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.<sup>27</sup> Les ch. 1 et 2 de l'al. 1 de l'art. 837 du CCs demeurent

<sup>20</sup> DE HALLER, J.-C. 197, STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs in *Journées suisses de droit de la construction*, 2005, p. 227.

<sup>21</sup> ATF 136 III 6 consid.3. , Pour le béton frais : ATF 104 II 348 c. III/1 p. 351.

<sup>22</sup> Pour la construction dans une école : ATF 126 III 467 consid. 2.b.

<sup>23</sup> AKIPEK, p. 243; BIÇAKÇI, Yapı Alacaklısı İpotegi, İHFM 1982, C. 45, S. 1 – 4, pp. 537 – 568. p. 543.

<sup>24</sup> Cour de cassation turque 15<sup>e</sup> ch. civ. 2006/6606-2008/960.

<sup>25</sup> Également aux titulaires d'un droit d'habitation ou d'usufruits, ou aux futurs acquéreurs de l'immeuble (FF 2007 5015, 5052).

<sup>26</sup> Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.41.

<sup>27</sup> ATF 105 II 264. « *Le sous-traitant qui a fabriqué un ouvrage individualisé exigeant un travail spécial*

rent inchangés. Le ch. 3 de l'art. 837 précise les travaux qui peuvent faire l'objet de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : la destruction d'ouvrages, le montage d'échafaudages et la sécurisation d'excavations peuvent donner lieu à la possibilité de constituer une hypothèque légale.<sup>28</sup> Deuxièmement, la révision élargit le cercle des tiers non propriétaires qui peuvent commander, avec le consentement du propriétaire, des travaux à un artisan et à un entrepreneur et à ceux-ci d'obtenir un droit à l'inscription d'une hypothèque légale pour leur créance en rémunération des travaux effectués dès la conclusion du contrat,<sup>29</sup> (« le ch. 3 règle le droit à l'inscription d'une hypothèque légale en cas de travaux de construction commandés par un locataire, par un fermier ou par une autre personne ayant un droit sur l'immeuble. »<sup>30</sup>) p. ex, ces tiers peuvent être le propriétaire superficiaire, la fiduciaire d'un patrimoine comprenant un immeuble, l'usufruitier ou encore les futurs acquéreurs de l'immeuble. « L'instauration de l'obligation de requérir l'aval du propriétaire foncier pour faire exécuter sur son immeuble des travaux par un artisan ou un entrepreneur lorsque ceux-ci sont commandés par un tiers permet d'élargir le cercle des maîtres de l'ouvrage potentiel. Outre les locataires et les fermiers, les usufruitiers, les titulaires de droits d'habitation ou encore les futurs acquéreurs d'un immeuble pourront commander des travaux pour lesquels les artisans et les entrepreneurs pourront, en cas de non-paiement, requérir l'inscription d'une hypothèque légale.<sup>31</sup> »

Avant la révision, l'artisan ou l'entrepreneur n'avait pas de droit à l'inscription lorsque c'était p. ex. le locataire qui avait passé commande des travaux. (« Selon le droit actuel, l'entrepreneur ne possède pas de droit à l'inscription d'une hypothèque légale si celui qui a commandé les travaux faisant l'objet du contrat d'entreprise et qui est donc le débiteur de la créance du prix de l'ouvrage n'est pas le propriétaire foncier, mais un locataire. »)<sup>32</sup> En même temps, l'avant-projet de la réforme du CCs ne prévoyait pas la possibilité de bénéficier de l'hypothèque légale en faveur des sous-traitants et d'introduire un droit de gage légal en leur faveur. Suite aux critiques véhémentes suscitées par cette proposition ont incité le Conseil fédéral à renoncer à introduire un droit de gage légal pour les sous-traitants et à maintenir le régime actuel qui leur permet de constituer une hypothèque légale.<sup>33</sup>

---

*a droit à l'hypothèque légale. Même s'il a été commis à l'insu du propriétaire actuel de l'immeuble et que l'ouvrage a été posé par un tiers. »*

<sup>28</sup> TERCIER P. / FAVRE P., Le point sur la partie spéciale du droit des obligations *in Revue Suisse de Jurisprudence*, SJZ, 108/2012 p.260.

<sup>29</sup> CARRON B.,/ FELLELY M., p.41.

<sup>30</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, art. 837, du 27 juin 2007.

<sup>31</sup> Ibid.,

<sup>32</sup> Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.42.

<sup>33</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de*

Bref, on voit que la modification du CCs prévoit une formulation très large.<sup>34</sup> Peu importe qui a confié l'ouvrage à l'artisan ou l'entrepreneur. La partie attaquée est toujours le propriétaire foncier. Désormais, les artisans et entrepreneurs disposeront d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale à la condition que le propriétaire foncier a donné son consentement à l'exécution de ceux-ci. Les artisans et entrepreneurs prendront soin de s'assurer la présence de ce consentement sous une forme qui leur permet de le prouver. Si cet artisan ou cet entrepreneur fait appel à un sous-traitant pour l'exécution des travaux, le consentement du propriétaire foncier n'est plus nécessaire: leur débiteur (soit l'entrepreneur principal) n'est pas une personne ayant un droit sur l'immeuble. « *La proposition relative à la révision du CCs voulant que, lorsque des travaux sont commandés par un locataire ou un fermier, l'hypothèque ne peut être inscrite que si le propriétaire foncier a donné son aval à l'exécution de ceux-ci a suscité des réserves.*<sup>35</sup> » Ainsi qu'on l'a vu, l'hypothèque légale n'est constituée qu'à la double condition : que l'artisan ou l'entrepreneur requiert l'hypothèque et que le juge ordonne cette inscription au registre foncier.<sup>36</sup>

Troisièmement, le nouvel art. 839 al. 2 du CCs prévoit que le délai pour obtenir l'inscription de l'hypothèque au registre foncier passe de trois à quatre mois (...la nécessité de prolonger le délai d'inscription pour tenir compte du fait que les délais de paiement sont aujourd'hui plus longs qu'autrefois.)<sup>37</sup> à compter de l'achèvement des travaux principaux (« dernier coup de marteau ») et non pas dès l'établissement de la facture.<sup>38</sup> Par achèvement des travaux, il faut comprendre le moment où tous les travaux qui constituent l'objet du contrat d'entreprise ont été exécutés et où l'ouvrage est livrable.<sup>39</sup> Il faut noter que, l'avant-projet de 2004 ne modifie ni le délai d'inscription de l'hypothèque légale, ni les règles relatives à son point de départ. En même temps, le délai de péremption de trois mois dès l'achèvement des travaux a été trouvé un délai suffisant pour réagir et l'intérêt du propriétaire de savoir si une inscription aura lieu sur son immeuble et les autres dispositions relatives à l'hypothèque légale

---

*registre et autres modifications des droits réels*), 1.1.5 : *Décisions matérielles préliminaires* arrêtées par le Conseil fédéral du 27 juin 2007.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), Modifications relatives à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, 27 juin 2007. ATF 92 II 227 (229) consid.1. = JdT 1967 I 264*

<sup>36</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 7.

<sup>37</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), Modifications relatives à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, 27 juin 2007.*

<sup>38</sup> ATF 5A\_208/2010 du 17 juin 2010, ATF 5A\_227/2007 du 11 janvier 2008.

<sup>39</sup> STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in* Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 228. Voir Notamment : ATF 125/1999 III 113/116=JdT 2000 I 22/24

ne nécessitent pas non plus d'être réformées.<sup>40</sup> L'avant-projet de 2004 a apporté deux nouveautés : les travaux relatifs à la destruction des bâtiments et autres ouvrages peuvent faire l'objet d'une hypothèque légale et avec le consentement du propriétaire, les travaux commandés par le locataire ou le fermier donnent la possibilité de faire inscrire l'hypothèque légale. Conformément à l'avant-projet de 2004 de révision partielle du Code civil (art. 841, al. 1, AP-CC), pour éviter le risque paiement à double du propriétaire, le droit du sous-traitant de l'inscription d'une hypothèque légale a été supprimé et remplacé par un droit à la constitution d'un droit de gage sur la créance que l'entrepreneur principal possède contre son cocontractant<sup>41</sup>. En dépit du fait que l'entrepreneur ne perde pas son droit à l'hypothèque légale, l'avant-projet a prévu un droit pour chaque sous-traitant de requérir à la place de l'entrepreneur principal une inscription provisoire de l'hypothèque légale. (art. 841 a, al. 3, AP-C-Cs). L'organisation nationale de la construction a proposé<sup>42</sup> de combler les lacunes mineures existantes sur le plan de l'avant-projet de 2008, en prolongeant le délai d'inscription à cinq mois et en instaurant des garanties en faveur de l'artisan ou de l'entrepreneur, et en particulier du sous-traitant, pour des immeubles insaisissables du patrimoine administratif.

Avec la révision des dispositions concernant les droits réels du 1<sup>er</sup> janvier 2012, le nouvel article 836 du CCs permet des hypothèques légales pouvaient prendre naissance sans inscription et faire l'objet d'une simple mention au registre foncier, lorsque les dispositions cantonales le permettaient.<sup>43</sup> Après la révision, les hypothèques légales dépassent 1000 francs doivent être formellement inscrites au registre foncier dans les quatre mois à compter de l'exigibilité de la créance sur laquelle elles se fondent ou au plus tard dans les deux ans à compter de la naissance de la créance.<sup>44</sup> Si les hypothèques légales ne sont pas inscrites dans le délai de péremption, celles-ci ne peuvent pas opposées aux tiers qui se sont fondés de bonne foi sur le registre foncier.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.10.

<sup>41</sup> Ibid., p.10.

<sup>42</sup> Reflets de la construction, Analyse de la situation par constructionsuisse, décembre 2008/ No 126, p. 2.

<sup>43</sup> Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil de la République et Canton de *Neuchâtel* à l'appui d'un projet de loi portant modification de diverses lois (hypothèques légales et lettres de rente), 23 mai 2012, p. 1.

<sup>44</sup> Ibid.,

<sup>45</sup> « Il faut noter que le grand Conseil de la république et canton de *Neuchâtel* a déclaré que le système de la mention au registre foncier d'une hypothèque légale sans inscription n'est pas de grande utilité et non consultatif de droit et ce dernier veut éviter les créances occultes et ainsi améliorer l'effet de publicité du registre foncier. » Voir notamment : Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil de la République et Canton de *Neuchâtel* à l'appui d'un projet de loi portant modification de diverses lois (hypothèques légales et lettres de rente), 23 mai 2012, p. 3.

#### **D. La modification du CCt du 22 novembre 2001**

Dans cette rubrique, on essaiera de comparer les articles sur l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs de l'ancien (numéro RS : 743) et de l'actuel Code civil turc (numéro RS : 4721).

La dernière modification du CCt a été faite le 22 novembre 2001 et mise en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002. Comme son grand frère, l'ancien Code civil turc du 1926, ces derniers ont été réceptionnés, avec peu de modifications, par le Code civil suisse.

L'art. 807 du ancien CCt et l'art. 893 du CCt touchent l'hypothèque légale. Je voudrais vous annoncer qu'au moment de la modification, le législateur turc n'était pas si minutieux et a raté quelques points importants sur l'hypothèque légale. Comment ce dernier pouvait-il rédiger l'art. 893 du CCt afin de satisfaire parfaitement les artisans et entrepreneurs qui donnent la plus-value de l'immeuble ?

Dans le Code civil turc, les droits de gages se trouvent au 4<sup>ème</sup> livre au titre « droit réel », à la partie des « *droits limités* » sous le titre « *droit du gage immobilier* ». L'art. 892 du CCt prévoit les droits hypothécaires. En droit turc, comme le droit suisse, il y a deux types des droits hypothécaires : enregistable et non-enregistable.

Pour la naissance d'un droit hypothécaire, l'inscription n'est pas nécessaire comme cité par l'art. 892 du CCt et l'art. 836 du CCs. Avant la modification, l'ancien CCt n'avait pas prévu cette réglementation.

L'art. 893 al.1 du CCt accorde aux artisans et entrepreneurs la possibilité de requérir une hypothèque en garantie de la plus-value donnée par les artisans et entrepreneurs à l'immeuble, grâce à leur travail et à leurs matériaux. Comme on a vu précédemment, les législateurs de deux pays pensent que les artisans et entrepreneurs méritent une protection privilégiée. A ce niveau-là, il n'y pas de différence entre l'ancien et l'actuel du CCt.

La naissance d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est liée à l'inscription au registre foncier. Le droit d'un gage nécessite une inscription, même si la demande d'inscription d'une hypothèque est née directement en vertu de la loi. Pour cette raison, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs se trouve au droit du gage indirect.<sup>46</sup>

L'art. 807 al.1 du ancien CCt et l'art. 893 du CCt ont des points plutôt communs, mais aussi des différences. En vertu de l'art 807 al.1 du ancien CCt, les ouvriers et entrepreneurs peuvent constituer l'inscription d'une hypothèque légale, à

---

<sup>46</sup> CAN, M.: Yeni Medenî Kanun'un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi : *in* : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2004)

raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés, lesquels augmentent la valeur de l'ouvrage. En conséquence, l'art. 893 du CCt accorde aux artisans et sous-traitants de bénéficier de l'hypothèque légale au lieu de l'accorder aux ouvriers<sup>47</sup> et entrepreneurs.

### E. Les bénéficiaires

Le créancier de l'hypothèque doit être un artisan, un entrepreneur ou qu'un sous-traitant. (L'art. 837 al.1 ch.3 du CCs) Comme vu précédemment, le droit à l'inscription d'une hypothèque légale présuppose l'existence d'une créance de construction, donc découlant d'un contrat d'entreprise (l'art. 363 du COs) et/ou d'un contrat de livraison d'ouvrage. En l'absence d'une relation contractuelle entre les parties, les artisans et entrepreneurs ne peuvent prétendre à l'inscription d'une hypothèque légale. Il existe cependant des hypothèques dont la constitution n'exige la conclusion d'aucun contrat : celles-ci existent de par la loi.<sup>48</sup> En 2004, l'avant-projet de la révision partielle du Code civil est prévu une innovation sous la forme d'un droit de gage légal des sous-traitants.<sup>49</sup>

Les arts. 26 et 140 de LPt (la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite turque), concernant les créanciers de l'hypothèque légale, n'autorisent cependant pas les sociétés mettant temporairement du personnel à disposition d'un entrepreneur pour des travaux sur un immeuble, à prétendre à l'inscription d'une hypothèque légale. Les créances des architectes et ingénieurs ne profitent pas de la garantie de l'hypothèque légale et ne peuvent pas grever cet immeuble<sup>50</sup> comme les prestations intellectuelles et immatérielles<sup>51</sup>. La requête de la constitution de l'hypothèque légale doit être dirigée contre le propriétaire actuel de l'ouvrage concerné par les travaux.<sup>52</sup>

La personne qui participe seulement à la livraison des matériaux ne peut pas être protégée par l'hypothèque légale, elle doit être acceptée comme un « *simple vendeur*.<sup>53</sup> » Car, la simple livraison de matériel non spécifique ne justifie pas de droit à l'inscription, puisque ces matériaux sont fabriqués exprès pour un ouvrage déter-

<sup>47</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2014, p.523.

<sup>48</sup> OVERNEY, A. : L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005, p. 2.

<sup>49</sup> Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.10.

<sup>50</sup> ATF 134 III 147 consid. 4.3, JdT 2008 I 207 p. 210 et ATF 131 III 300 SJ 2005 I 467, Voir Notamment : GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1054; SAYMEN/ ELBIR, p. 586; REISOĞLU, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961, p. 40.

<sup>51</sup> CARRON B., FELLE M., p.20.

<sup>52</sup> STEINAUER, P.-H., p.226. Voir Notamment: ATF 92/1966 II 227/230 = JdT 1967 264/267

<sup>53</sup> DUMAN, I.H.: İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010, p.1008

miné, dont ils deviennent partie intégrante, et que ces apports ne peuvent évidemment être récupérés sans destruction de l'objet immobilier.<sup>54</sup>

Le Tribunal fédéral est d'avis que,<sup>55</sup> les matériaux livrés fabriqués spécialement pour l'immeuble, sont individuellement déterminés et/ou incorporés à un ouvrage et peuvent bénéficier de la protection de l'hypothèque légale puisque les matériaux livrés ne peuvent être utilisés sur une autre construction, qui sont corrélée au bien à grever et difficiles à séparer même si l'entrepreneur ne participe pas au montage des matériaux.<sup>56</sup>

Parallèlement aux artisans et entrepreneurs, à raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés augmentant la valeur de l'ouvrage, l'entrepreneur général et le sous-traitant peuvent constituer l'inscription d'une hypothèque légale afin de garantir leurs créances.<sup>57</sup> Certes, chacun d'entre eux pourrait obtenir l'inscription du gage de l'art. 837 du CCs pour garantir sa créance. Ce droit est accepté comme une dette du propriétaire utile et réelle des biens, si les conditions de l'inscription du droit ont été acquises par un tiers, ayant à traiter avec la personne qui est de bonne ou de mauvaise foi.<sup>58</sup> Il est par conséquent possible que le propriétaire actuel à qui la constitution de l'hypothèque est demandée, ne soit pas celui qui a commandé les travaux.<sup>59</sup>

Le nouveau droit de l'hypothèque légale suisse (art. 837 al. 2 du CCs) et droit actuel turc prévoient que les travaux commandés par un locataire ou un fermier donner lieu à une hypothèque légale, si le propriétaire de l'immeuble a donné son consentement à l'exécution des travaux. Si les travaux ont été commandés sans l'accord du propriétaire, le droit à l'inscription dépendra de la bonne foi de l'artisan ou de l'entrepreneur.<sup>60</sup> Si l'entrepreneur sait ou aurait pu savoir que les travaux n'étaient pas commandés (ni autorisés) par le propriétaire, il doit demander l'avis de celui-ci<sup>61</sup> et croire à sa bonne foi, pour pouvoir acquérir l'immeuble et bénéficier d'une hypothèque légale analogue à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs prévue à

---

<sup>54</sup> Réponse à consultation de l'Union démocratique du centre UDC envers la Révision partielle du CCs (droit réels immobiliers et droit du registre foncier), décembre 2004.

<sup>55</sup> Selon la jurisprudence, une chose spécialement créée et adaptée pour une construction peut également constituer une prestation de construction garantie par un gage. : ATF 111 II 343 c. 2a pp. 344 s., = JdT 1986 I 170 ss, 171 s.

<sup>56</sup> ATF 103/1977 II 33/35

<sup>57</sup> SAVIAUX N., p.92. Voir Notamment : ATF 126 II 505.

<sup>58</sup> TEKINAY, p. 85.

<sup>59</sup> Ibid., p.226.

<sup>60</sup> BIÇAKÇI, p. 551-552.

<sup>61</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 3.

l'art. 837 al.1 ch.3 du CCs.<sup>62</sup> Si l'entrepreneur ne le savait pas, il n'y a droit que s'il a fait preuve de la diligence requise par les circonstances.<sup>63</sup>

Selon l'art. 893 al. 1 du CCt, l'une des personnes qui peuvent demander l'inscription d'une hypothèque légale est l'artisan, qui est le créancier du propriétaire de l'immeuble et/ou de l'entrepreneur.

Dans le nouveau code civil turc, le législateur préfère utiliser le mot « artisans » au lieu des « ouvriers », comme cité l'ancien CCt. Cependant, c'est difficile à dire que ce changement n'apporte pas une différence essentielle et importante. Car, il est évident que l'on peut rencontrer le mot « ouvrier » à la place du mot « artisan ». On peut dire que cela est une faute terminologique. Mais il faudrait comprendre que selon l'art. 807 du ancien CCt, un ouvrier est une personne qui participe au travail de façon indépendante et il s'est obligé à exécuter son travail découlant d'un contrat d'entreprise. A la différence de « l'ouvrier », « l'artisan » n'est pas engagé à travailler en vertu d'un contrat de service et il est employé à la construction ou à la destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages, au montage d'échafaudages, à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables, sur l'immeuble. Comme on le voit à cette définition, le législateur turc a utilisé accidentellement le mot « ouvriers » à la place d'« artisans ».

On voit que dans l'art. 893 al. 3 du nouveau CCt, cette fois-ci à la différence du ancien CCt, le législateur a marqué le mot « artisans » au lieu d'« ouvriers ». Donc, le législateur veut que les personnes qui travaillent en vertu du contrat d'entreprise (les artisans) puissent bénéficier de l'hypothèque légale, pas les ouvriers travaillant en vertu du contrat de service.

Selon l'article 897 al. 3 du CCt le droit à l'inscription d'une hypothèque légale présuppose l'existence d'une créance de construction, découlant d'un contrat d'entreprise et/ou d'un contrat de livraison d'ouvrage. Pourtant les travaux qui constituent l'objet du contrat d'entreprise et d'autres contrats peuvent donner la possibilité de constituer l'hypothèque légale. Pourtant, l'art. 897 al.3 du CCt ne se limite pas aux artisans qui demandent l'obtention d'une hypothèque légale, et accepte que les sous-traitants bénéficient aussi de l'hypothèque légale.

Dans un tel cas, il n'existe en principe aucune relation contractuelle directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage<sup>64</sup>, même si le sous-traitant n'a pas la possibilité d'effectuer des revendications contre le maître de l'ouvrage, le sous-traitant est autorisée à obtenir l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrep-

<sup>62</sup> ATF 134 III 147, JdT 2008 I 207, 5 A\_160/2007/5 A\_161/2007, 6 décembre 2007.

<sup>63</sup> STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in* Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 224.

<sup>64</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2014, p.522.

reneurs. « *Le sous-traitant, qui est souvent le maillon le plus faible de la chaîne et qui n'a guère les moyens de se défendre contre certaines clauses du contrat, perd ainsi toute protection de ses droits.* »<sup>65</sup>

## F. Les sûretés

Le maître de l'ouvrage peut empêcher l'inscription de l'hypothèque en montrant la garantie adéquate contre le créancier hypothécaire, en vertu de l'art. 895 du CCt et parallèlement l'art.839 al.3 du CCs. Le principe est clair : L'hypothèque des artisans et entrepreneurs ne peut pas être inscrite et l'annotation ou inscription déjà effectuée doit être radiée lorsque des sûretés suffisantes sont fournies.

Le choix du type de garanties à donner au créancier hypothécaire est sous l'appréciation du propriétaire immobilier. Le propriétaire peut montrer le garant de crédit et constituer un gage mobilier. La loi exige que la requête de l'inscription de l'hypothèque puisse faire procéder, lorsque le montant du gage est établi par la reconnaissance du propriétaire ou il doit aborder par le juge.<sup>66</sup>

En outre, le propriétaire a la possibilité d'empêcher l'inscription de l'hypothèque légale en déposant les sûretés suffisantes dans une banque et/ou par l'intermédiaire de laquelle il recevra une lettre de garantie bancaire. Si la remise de sûretés intervient après l'inscription au registre foncier, le propriétaire peut requérir la radiation (« *suppression définitive* ») de l'inscription hypothécaire.<sup>67</sup>

Selon l'art. 895 du CCt et l'art.839 al.3 du CCs, le propriétaire assujéti à une hypothèque légale peut éviter son inscription en fournissant des sûretés suffisantes au créancier, c'est-à-dire couvrir le capital, les intérêts et les frais au sens de l'art 818 du CCs de la prétention de l'entrepreneur.<sup>68</sup> Les codes civils - turc et suisse - ne spécifient pas les types de sûretés : un cautionnement, une assurance, une garantie bancaire, un nantissement, une consignation d'espèces peuvent être appropriée.<sup>69</sup>

En vertu de l'art. 895 du CCt, les sûretés doivent être suffisantes pour que les créanciers de construction puissent avoir pleinement leurs créances.<sup>70</sup> Par contre, si les parties sont en désaccord sur l'adéquation de sûretés (en cas de contestation), ce différend peut être tranché par le juge. Le créancier de construction peut requérir l'hypothèque provisoire jusqu'à la décision du juge.<sup>71</sup>

---

<sup>65</sup> Réponse à consultation de l'Union démocratique du centre UDC envers la Révision partielle du CCs (droit réels immobiliers et droit du registre foncier), décembre 2004.

<sup>66</sup> STEINAUER, P.-H., p.227.

<sup>67</sup> CARRON B., FELLEYS M., p.31

<sup>68</sup> Ibid., p.30.

<sup>69</sup> STEINAUER P. H., p.226

<sup>70</sup> REISOĞLU, p. 100; BIÇAKÇI, p. 556.

<sup>71</sup> ATF 121/1995 III 445/447 = JdT 1997 I 154/156, Voir Notamment aussi: ATF 97 I 209, JdT 1971 I 625.

Le créancier hypothécaire peut déposer la requête de l'hypothèque légale si la sûreté nécessaire diminue sa valeur dans un temps précis. Evidemment, le propriétaire peut éviter l'inscription de l'hypothèque, au motif qu'il fournit des sûretés supplémentaires. Cela conduira que la requête deviendra sans objet.

Le propriétaire doit séparément fournir les sûretés à chaque créancier hypothécaire.<sup>72</sup> Pour cette raison, les sûretés de l'entrepreneur ont été données, elles n'affectent pas ses sous-traitants et des sûretés doivent être données à eux aussi. Si l'entrepreneur n'a pas réussi à fournir une sûreté suffisante contre les sous-traitants, le propriétaire peut rester en dehors de la protection.<sup>73</sup>

### G. Le montant du gage

La révision du CCs comporte une modification rédactionnelle : selon l'art. 893 al. 3 du CCs, ce n'est pas la créance, mais le montant du gage qui doit être reconnu ou fixé par le juge. Il peut dépendre du bon vouloir des parties si ces-dernières ont décidé le montant. Le prix convenu sera valable lorsque le montant aura été décidé par le prix forfaitaire. En outre, le prix va être déterminé par les parties, relativement aux coûts d'estimation et la valeur de l'ouvrage.

Le coût de la construction a pris comme base le montant de l'hypothèque légale, tant que la construction est faite à un prix inférieur à celle que les parties ont prédéterminée. Car, la créance de construction ne peut pas se limiter à la valeur mesurable et à la plus-value de la construction.<sup>74</sup> Évidemment cette question est valable dans le cas où le coût de la construction est la plus-value que les parties ont décidée.<sup>75</sup> Selon Saviaux, la livraison d'un ouvrage grevé par les droits de gages, peut endommager la valeur de l'ouvrage, et donne le droit de demander une réduction sur le prix de l'ouvrage.<sup>76</sup>

### H. L'hypothèque légale sur l'immobilier et le patrimoine administratif :

Conformément à l'art 713 du CCs, le travail sur le mobilier ne résulte pas de la créance de la construction, et l'hypothèque légale ne peut grever qu'un objet non mobilier<sup>77</sup> et ni évidemment sur des meubles. Par contre des travaux d'excavation, de terrassement ou d'assèchement de terrain ne donnent droit à l'hypothèque légale.<sup>78</sup>

<sup>72</sup> REISOĞLU, p. 100; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1059.; AKIPEK, p. 245.

<sup>73</sup> STEINAUER, P. H., p.221

<sup>74</sup> REISOĞLU, p. 38; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 761; BIÇAKÇI, p. 544.

<sup>75</sup> KÖPRÜLÜ/ KANETI, p. 309.

<sup>76</sup> SAVIAUX, p.92. Voir à ce sujet : ATF 116 II 533

<sup>77</sup> DE HALLER J-C., p.252, REISOĞLU, p. 24.

<sup>78</sup> STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in* Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 223.

Tout d'abord pour la constitution d'une hypothèque légale, l'immobilier doit être enregistrable et il n'y a pas de possibilité de constituer une hypothèque légale sur les immeubles propriétés des collectivités publiques, un tel immeuble est inaliénable et irréalisable (au patrimoine administratif de la collectivité) avant la révision du CCs, en vertu de l'art. 839 al. 6 du CCs. Dans ce cas, le créancier hypothécaire doit supporter seul le risque d'insolvabilité de celui qui a commandé les travaux, sans pouvoir bénéficier d'une sûreté légale, réelle ou personnelle.<sup>79</sup> Seuls les immeubles qui peuvent être réalisés (vendus aux enchères) peuvent être grevés d'une hypothèque légale.<sup>80</sup> La réforme du CCs permet de demander l'inscription provisoire du droit de gage en faveur d'un artisan et d'un entrepreneur qui construit sur un bien-fonds dont il n'est pas sûr qu'il ne fasse pas partie du patrimoine administratif d'une collectivité. « *La protection des artisans et des entrepreneurs sera ponctuellement renforcée. Si ces derniers construisent sur un immeuble dont ils ne sont pas certains qu'il ne fasse pas partie du patrimoine administratif d'une collectivité et, partant, soit insaisissable, ils peuvent demander l'inscription provisoire du droit de gage.* »<sup>81</sup>

Selon la jurisprudence,<sup>82</sup> l'obligation de souffrir la constitution d'une hypothèque légale fondée sur l'art. 837 al. 1 ch. 3 CCs est une obligation « *propter rem* », attachée à la propriété de l'immeuble sur lequel le bâtiment a été érigé ou l'ouvrage exécuté. Il ne peut donc être grevé d'une charge tendant à sa réalisation et, par la même, à le soustraire à son affectation.<sup>83</sup>

Par contre, l'hypothèque peut requérir sur la propriété privée du patrimoine administratif et/ou des entités non gouvernementales, car il est soumis au droit privé. (« *Comme* notamment lorsque la collectivité a délégué l'exécution de certaines tâches publiques, c'est-à-dire les a transférées à des sujets de droit privé »<sup>84</sup>) Il va de soi que pour pallier les inconvénients, afin de ne pas constituer une hypothèque légale sur les immobiliers, et pour que les conditions prévues aux alinéas 4 à 6 de l'art 839 du CCs- révisé, soient remplies, le cautionnement légal la remplace, l'Etat doit proposer d'autres types de garanties afin de garantir les créances. Cependant, le législateur suisse apporte une nouvelle solution en prévoyant la possibilité d'affirmer l'inscription provisoire en cas de doute sur la qualification de patrimoine administratif (art. 839 al. 5 et 6 du CCs) Le législateur a introduit une responsabilité légale de l'Etat

<sup>79</sup> CARRON B./ FELLEY M., p. 28.

<sup>80</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 5.

<sup>81</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007.*

<sup>82</sup> ATF 92 II 227 (229) consid.1. = JdT 1967 I 264

<sup>83</sup> POUURET, J-F., Patrimoine administratif et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, in : *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne, 1977, p.497.

<sup>84</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007. p. 5052.*

selon les règles du cautionnement simple pour les travaux exécutés sur le patrimoine administratif.<sup>85</sup> (art. 839 al. 4 du CCs). « En droit actuel, les hypothèques légales destinées à garantir des créances du droit public ou privé cantonal naissent directement en vertu de la loi, c'est-à-dire sans inscription au registre foncier. Les cantons ont largement usé de la possibilité de garantir de cette façon leurs créances, en particulier dans le domaine fiscal. »<sup>86</sup>

L'inscription provisoire de l'hypothèque légale sur un terrain gouvernemental, est possible, si le bienfonds peut faire l'objet d'une procédure de réalisation forcée sur la base de l'art. 839 al.4 du CCs.<sup>87</sup> Car, parfois, il est difficile de connaître si un immeuble appartient au patrimoine administratif. Il faut noter que, comme on a cité à la page 14, jusqu'à la révision du 1<sup>er</sup> janvier 2012, les hypothèques légales destinées à garantir des créances du droit public ou privé cantonal naissaient directement en vertu de la loi, c'est-à-dire sans inscription au registre foncier.<sup>88</sup>

En tant que bien du domaine public, il ne saurait être l'objet d'une exécution forcée, ni d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs au sens de l'art. 839 du CCs.<sup>89</sup> Autant dire que, dès la révision du CCs, le créancier hypothécaire peut prouver que les conditions de l'art 839 al.4 du CCs sont remplies, le juge détermine à une inscription définitive, si l'immeuble fait partie du patrimoine administratif ou financier. Dans la procédure conduisant à une inscription définitive, le juge déterminera si l'immeuble fait partie du patrimoine administratif ou financier<sup>90</sup>. C'est le créancier hypothécaire qui supporte le risque de l'absence de preuve. Certes, le risque de l'insolvabilité du celui qui commande les travaux passe ainsi du créancier hypothécaire à l'Etat, si les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies.

## II. La constitution de l'hypothèque légale

### A. En général

En droit turc et suisse, la naissance d'une hypothèque légale est sous la volonté

<sup>85</sup> Ibid., p. 41.

<sup>86</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), art. 836, du 27 juin 2007.*

<sup>87</sup> ATF 120 II 321 c. 2b= JdT 1995 I 338. Voir Notamment : CARRON, Benoît. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. *Acquis et Nouveautés*. p. 35.

<sup>88</sup> Rapport du Conseil d'Etat au grand Conseil de la république et canton de Neuchâtel à l'appui d'un projet de loi portant modification de diverses lois (hypothèques légales et lettres de rente), 23 mai 2012, p. 1.

<sup>89</sup> ATF 103 II 227, JdT 1978 I 322; ATF 107 II 44, JdT 1982 I p. 211, 213 Regionalspital St. Maria c. AG für Isolierungen AGI, 27 février 1981; RO 107-II-44.

<sup>90</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), art. 836, du 27 juin 2007. p. 5052.*

du créancier hypothécaire et comme tous les droits de gages la constitution sera faite dès l'inscription auprès du registre foncier.

Selon l'art. 893 du CCt et l'arrêt du 11 octobre 1971 de la 15<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour de cassation turque<sup>91</sup> les artisans et entrepreneurs doivent remplir les conditions suivantes afin de bénéficier l'hypothèque légale : Premièrement, le Code civil de deux pays présupposent l'existence d'une créance de construction. Deuxièmement, le juge aborde ou les parties du contrat se mettent d'accord l'existence ou au montant de la créance. Troisièmement, le propriétaire de l'immeuble ne fournisse pas les sûretés suffisantes. Finalement, les artisans et entrepreneurs doivent respecter le délai de péremption et l'inscription doit être acquise dans ce délai.

En vertu de l'art 893du CCt, les sous-traitants doivent constituer l'hypothèque légale à compter de l'achèvement des travaux ou, éventuellement, après la résiliation anticipée du contrat. Comme on verra aux prochaines pages<sup>92</sup> le délai du trois mois calculé à partir de la date de mise en demeure de l'entrepreneur selon l'article 106 du COt et aussi dès la résiliation de contrat selon l'art. 369 du COt.

L'acceptation des créances par le bienfonds doit être faite par écrit au cas où le prix forfaitaire est indiqué au contrat. Le problème est que le créancier de construction veut déposer la requête de l'hypothèque légale au début du travail au cas où le prix est indéterminable. Dans ce point-là, le législateur suisse et turc ont la même perspective, en vertu de l'art. 373 du CCs, le prix peut être déterminé par la façon *forfaitaire, global* ou *unitaire*, ou bien, selon l'art 374 du CCs, déterminable au moyen de la valeur du travail et des dépenses effectuées.<sup>93</sup>

Pourtant l'inscription provisoire est convenable avant la fin du travail en raison de l'impossibilité de calculer le prix et le montant des créances selon des arts. 766 al. 2 et 796 du CCt. Dans ce contexte, il est possible de déterminer un montant maximal, afin d'obtenir l'inscription provisoire et bien plus définitive d'une hypothèque légale. (L'art. 374 du CCs)\_

On voit deux délais différents à l'art. 837 du CCt : al.1 prévoit l'inscription de l'hypothèque peut demander le plutôt dès la signature du contrat d'entreprise. Le législateur donne des créanciers hypothécaires la possibilité de requérir l'hypothèque avant l'exécution des travaux. Le deuxième délai, c'est que le délai de péremption de trois mois, comme on a vu précédemment à la page 17.

Les créanciers hypothécaires doivent attacher son dossier : l'acceptation de dette par le maître et/ou l'autorisation du juge pour le montant de la créance. En vertu de l'art.37 du Code ORCt (Ordonnance sur le registre du commerce turc) la constitution est faite après la demande « *complète* » et il n'est pas nécessaire de conclure un

<sup>91</sup> Cour de cassation turque 15<sup>e</sup> ch. Civ.: 6201 E. 4652 K.

<sup>92</sup> Voir notamment à la page 31.

<sup>93</sup> DE HALLER J-C., p.229.

autre acte authentique. L'inscription sera opérée sur le feuillet du registre foncier, à la partie des « *idées* » sous le titre « *inscription du créancier hypothécaire* »

En droit turc, l'exigence de la forme authentique sera étendue à l'ensemble des droits de gage immobiliers constitués par un acte juridique. Certes, pour l'inscription d'un droit de gage au registre foncier, il est nécessaire d'avoir un contrat de gage, qui doit être conclu en la forme authentique et le consentement du propriétaire à la demande de l'inscription. La demande doit remplir et signer par le créancier hypothécaire.

## B. Procédure

### 1. Nature et caractéristique

Le droit à l'inscription d'une hypothèque est dirigé contre la personne inscrite au registre foncier en qualité de propriétaire au moment du dépôt de la requête de l'immeuble<sup>94</sup> avec qui les sous-traitants n'ont souvent pas contractés directement.<sup>95</sup> Cette hypothèque peut même naître contre la volonté du propriétaire, de sorte que la créance du sous-traitant se trouve alors garantie par l'hypothèque légale des entrepreneurs. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs peut s'ouvrir, si les travaux sont commandés par une personne qui détient dans la propriété un droit réel, ou une autre personne titulaire d'un droit sur l'immeuble,<sup>96</sup> ou à toute personne qui a le droit de requérir l'inscription d'une hypothèque légale, en vertu de l'art. 837 al.1 ch.3 CCs, qui précise les débiteurs des artisans et entrepreneurs. Selon Saviaux, le principe est le suivant, le droit à l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs existe simultanément pour l'entrepreneur général et le sous-traitant, même si la prestation de ce dernier est incluse dans celle du premier.<sup>97</sup>

Le droit du sous-traitant de constituer une hypothèque légale existe parallèlement<sup>98</sup> et indépendamment celui de l'entrepreneur principal.<sup>99</sup> L'inscription de l'hypothèque en faveur de l'entrepreneur principal n'empêche pas la demande de l'inscription d'une hypothèque par les sous-traitants. En dépit du fait que, si l'entrepreneur principal paye ses dettes partiellement ou complètement, même si le propriétaire aurait acquitté l'intégralité de sa dette envers l'artisan ou l'entrepreneur principal : ces situations n'affecteraient pas la demande de l'inscription d'une hypothèque légale du

<sup>94</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 6.

<sup>95</sup> DE HALLER J.-C. p.224.

<sup>96</sup> CARRON B., FELLELY M., p.12.

<sup>97</sup> SAVIAUX, p.92.

<sup>98</sup> STEINAUER, Droits réels, N 2869.

<sup>99</sup> Arrêt du 8 décembre 2006, du Conseil des Chambres réunies turc, 15 – 702/ 691.

sous-traitant.<sup>100</sup> Pour cette raison, il arrive parfois que les propriétaires immobiliers soient obligés de payer deux fois pour le même acte pour éviter que son immeuble ne soit réalisé. Les propriétaires immobiliers ont fait cela, afin de ne pas supporter le risque de paiement à double. Comme on verra au fil des prochaines pages, pour empêcher le paiement à double, les parties du contrat peuvent additionner des clauses contractuelles<sup>101</sup>, comme dit le Prof. Marchand, « *Le Maître de l'ouvrage ne peut payer directement le sous-traitant ou le fournisseur avec effet libératoire qu'avec l'accord de l'Entrepreneur...* »<sup>102</sup>

## 2. Inscription Définitive

Après la révision du CCs, la cédula hypothécaire de registre peut être constituée par inscription au registre foncier, sans qu'il soit nécessaire d'établir un papier-valeur. Par contre, en droit turc, pour la constitution d'une hypothèque au registre foncier, il est nécessaire d'avoir un contrat de gage immobilier, qui doit être conclu en la forme authentique.<sup>103</sup> Dans le cas où le propriétaire s'abstient de demander l'hypothèque au nom du créancier, le créancier a le droit de faire inscrire l'hypothèque par la voie du juge.

La systématique est séparée de l'hypothèque légale directe (art. 836 du CCs). Car, le but d'acquisition est né directement en vertu de la loi,<sup>104</sup> et le propriétaire de l'immeuble acquiert spontanément la propriété de tout ce qui s'y trouve attaché.<sup>105</sup> C'est-à-dire sans inscription au registre foncier. Conformément à l'art 836 al. 2 du CCs, les hypothèques ne peuvent plus être opposées au tiers qui s'est rapporté de bonne foi au registre foncier si elles ne sont pas inscrites au registre foncier dans les six mois à compter de leur exigibilité ou, au plus tard, dans les deux ans à compter de la naissance de la créance. Cette loi passe au lieu et place des dispositions contractuelles. Cela signifie qu'il n'y a pas besoin du contrat de gage signé dans sa forme authentique (art. 799 al. 2 CCs l'acte constitutif, unilatéral ou bilatéral) afin de constituer une hypothèque légale que les cantons ont prévues dans leur législation pour garantir certaines créances fiscales (impôt foncier, droits de succession, droits de

---

<sup>100</sup> EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, Ekim, 2014. p.608

<sup>101</sup> GÜMÜŞ, M.A. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, Cilt II, İstanbul, 2014, p.14.

<sup>102</sup> MARCHAND, S. : Jonction et coordination des contrats en droit de la construction, in : *Journées suisses du droit de la construction, Institut pour le droit suisse et international de la construction*, Fribourg, 2009.

<sup>103</sup> ATF 110 II 34 consid. 1b; Voir également : ATF 111 III 8, JdT 1988 II 10. Voir Notamment: Fracheboud, H. : L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs dans la poursuite et la faillite, in *Journal des tribunaux*. II, Poursuite pour dettes, no 1-2, Lausanne 2010

<sup>104</sup> AKIN, L, İnşaatçı İpotegi, ABD 1991, S. 5, p. 751.

<sup>105</sup> FAVRE P.G., TERCIER P. Les contrats spéciaux, Schulthess Juristische Medien AG, Genève, 2009.

mutation, impôt sur les gains immobiliers, etc<sup>106</sup>). A la suite de l'inscription définitive, l'entrepreneur devient un créancier gagiste et ce dernier aurait un privilège à un droit de gage légal, contre les créanciers gagistes de rangs antérieurs.<sup>107</sup>

Selon le principe, il faut tout d'abord payer la créance du créancier gagiste du premier rang, puis celle du créancier gagiste du deuxième rang, si le montant obtenu n'est toujours pas suffisant et ainsi de suite jusqu'à ce que tous les créanciers gagistes soient payés.<sup>108</sup>

### 3. Inscription Provisoire

En vertu de l'art.58 du Code ORCt (Ordonnance sur le registre du commerce turc) et l'art. 1011 al. 1 du CCt et l'art. 76 al. 3 ORF (Ordonnance sur le registre foncier suisse) et l'art. 961 al. 3 du CCs, l'inscription provisoire ne peut se réaliser qu'après la demande du propriétaire, du créancier et l'autorisation du juge. (« Le juge statue sur la requête et autorise l'inscription provisoire si le droit allégué lui paraît exister »)

Dans le cas où les parties du contrat ne pourraient pas se mettre d'accord sur l'existence ou au montant de la créance, ils décident que le juge déterminait exactement<sup>109</sup> le montant principal pour la constitution de l'hypothèque est dès lors utile, dans la mesure où le montant des sûretés à fournir par le propriétaire est contesté. Une créance peut donc exister avant d'être liquide ou exigible ; elle peut de même être garantie par une hypothèque alors même que son montant n'est pas déterminé et n'est pas encore chiffré. (Selon l'art. 824 al.1 et 825 al. 1 du CCs) En ce cas, la loi prévoit l'inscription au registre foncier pour un montant maximal.<sup>110</sup> En pratique, on rencontre souvent que le montant de la dette a été déjà fixé par les parties, avant l'exécution des travaux. Le propriétaire de l'immeuble est convenu de l'inscription sur ce montant, donc on l'appelle « *hypothèque en capital* ». <sup>111</sup>

Si le propriétaire et le créancier n'arrivent pas à se mettre d'accord à propos de l'inscription provisoire et que le créancier poursuit en justice, le créancier peut déposer la requête de l'inscription provisoire jusqu'à la décision du juge pour empêcher le délai péremptoire de trois mois (quatre mois en Suisse). Les délais de l'inscription,

<sup>106</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 2.

<sup>107</sup> DE HALLER J-C. p.197.

<sup>108</sup> STEINAUER P. H., p.231.

<sup>109</sup> Art. 839 al. 3 du CCS ; « *L'inscription n'aura lieu que si le montant du gage est établi par la reconnaissance du propriétaire ou par le juge.* »

<sup>110</sup> DE HALLER J-C. p.227. REISOĞLU, p. 97; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1054; KÖPRÜLÜ/ KANETI, p. 317;

<sup>111</sup> SENER, p.342

ont une date limite d'expiration en vertu de l'art. 58 de l'ORCt et 895 al.2 du CCt. L'action doit être intentée contre le propriétaire actuel, même si parfois ce dernier n'a pas commandé les travaux.<sup>112</sup> L'objet de cette action en validation d'une inscription provisoire n'est pas de faire constater la créance de l'entrepreneur, mais le droit à l'inscription définitive du gage en fonction de la rémunération et seulement en tant que montant du gage, au sens de l'art. 961 al. 1 ch.1 du CCs.<sup>113</sup>

Même si le juge ordonne l'inscription au registre foncier dans les trois mois, ce cas prévoit toujours un désavantage pour le créancier hypothécaire.<sup>114</sup> Bien évidemment, la constitution de l'hypothèque serait notamment difficile en faillite du propriétaire et la cession de l'immobilier à un tiers.<sup>115</sup> La situation d'un créancier peut régresser à propos de l'inscription de quelque gage, car la date de l'inscription prévoit ainsi la case de l'hypothèque. Brièvement, c'est le juge qui détermine exactement la durée et les effets de l'inscription provisoire d'une hypothèque légale en vertu de l'art. 961 al. 3 CCs. Au final, le juge devra communiquer sa décision au registre foncier, pour la constitution de l'hypothèque et d'impartir un délai péremptoire au requérant pour agir.<sup>116</sup> Une réinscription provisoire n'est possible qu'à la condition que le délai de l'art. 839 al. 2 du CCs ne soit pas encore échu.<sup>117</sup> Le créancier hypothécaire peut garantir son droit avec l'aide du juge lequel établira le montant garanti, en vertu de l'art. 58 ORCt et l'art 76 al. 3 ORF.

Le créancier peut empêcher le délai de péremption de 3 mois (en Turquie) en protégeant tous ses droits contre le tiers de bonne foi, et permettre ainsi à ce dernier de passer à la position des autres créanciers gagistes. Si le tiers acquéreur n'était pas de bonne foi, ce dernier n'est pas protégé contre la prétention de l'artisan et de l'entrepreneur en constitution du gage légale. D'ailleurs, l'inscription provisoire sera transformée en statut définitif, en cas de faillite du propriétaire et/ou à l'extinction de l'action. Par le biais d'une action et d'une procédure postérieure à celle qui lui aura permis d'obtenir l'inscription d'une annotation au sens de l'art 961 al.1 ch. 1 du CCs, l'entrepreneur doit donc valider l'inscription de l'hypothèque légale.<sup>118</sup> L'insc-

---

<sup>112</sup> STEINAUER P. H., p.230.

<sup>113</sup> PITTET, L. : L'Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse *In : Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Neuchâtel 2012.* p.98.

<sup>114</sup> AKIPEK, p. 244; OĞUZMAN/ SELIÇI/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 763; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1055;

<sup>115</sup> REISOĞLU, p. 128; BIÇAKÇI, p. 559 – 560; SENER, p. 43.

<sup>116</sup> STEINAUER P. H., p.230.

<sup>117</sup> BOHNET, F. : L'Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse *In : Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Neuchâtel 2012.* p.60.

<sup>118</sup> PITTET, L. p.97

ription est donc constitutive et non déclarative.<sup>119</sup> Finalement l'hypothèque légale est constituée à la date de l'inscription provisoire.

Une fois l'inscription définitive de l'hypothèque légale acquise, le créancier hypothécaire introduira une poursuite en réalisation de gage, afin d'encaisser sa créance. Il faut noter que, le créancier acquiert le droit de se payer sur le prix de la réalisation du gage. Le créancier a un droit absolu sur l'immeuble garantissant sa créance et ce droit n'existe que pour la créance et ne garantit que la créance pour laquelle l'immeuble est grevé.<sup>120</sup>

Par l'acceptation d'une inscription provisoire au tribunal, le créancier hypothécaire protège son droit d'inscription. Et en même temps, avec l'effet de l'inscription provisoire et par la suite, de l'inscription définitive, ce dernier peut arguer de son droit à l'hypothèque légale contre les autres créanciers de gage, ceux qui ont constitué leurs hypothèques après ce créancier. De même que, le droit à l'hypothèque légale du créancier hypothécaire est valable contre les créanciers de la faillite, en cas de faillite du maître de l'ouvrage et/ou contre les propriétaires du droit de gage de bonne foi.

### C. Délai de péremption de l'inscription

Selon deuxième alinéa de l'art. 839 du CCs, le pouvoir de demander l'inscription du droit et se trouve limité à une période spécifique. L'hypothèque légale peut être requise au plus tôt au moment de la conclusion du contrat et au plus tard quatre mois après l'achèvement des travaux<sup>121</sup>. Le but, est de protéger le propriétaire immobilier. En effet, l'inscription doit être effectuée dans un délai de péremption de quatre mois.<sup>122</sup> Le principe est clair : Il permet de réaliser l'existence ou le montant du gage doit être établi par la reconnaissance du propriétaire ou il doit aborder par le juge, il suffit que le créancier rende vraisemblable l'existence de sa créance. L'artisan ou l'entrepreneur n'est pas pour autant désarmer: il peut demander l'inscription provisoire de l'hypothèque légale.<sup>123</sup> Selon l'art.839 al. 1 CCs, l'hypothèque des artisans et entrepreneurs peut être inscrite à partir du jour où ils se sont obligés à exécuter le travail ou les ouvrages promis.

En bref, les artisans et entrepreneurs commencent par requérir une inscription provisoire, puis ceux-ci devraient faire confirmer cette inscription provisoire par une inscription définitive (action en inscription définitive de l'hypothèque légale).<sup>124</sup>

<sup>119</sup> PIOTET, D : L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: les principes. *In JdT, Poursuite pour dettes*. Lausanne, 2010, No 1-2, p. 26.

<sup>120</sup> ALAI, D., p. 140.

<sup>121</sup> Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.9.

<sup>122</sup> ATF 126 III 462= JdT 2001 I 178 p.181.

<sup>123</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 8.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 9.

Conformément à l'art. 895 du CCt et l'art. 839 al. 3 du CCs, pour l'inscription du droit de gage, un certain montant du crédit demandé doit être fourni (« *les suretés* ») pour que l'engagement devienne obligatoire. Selon ces articles, soit il sera adopté par les propriétaires de biens, soit une décision judiciaire doit avoir été déterminée.

En Turquie, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est toujours dirigée contre le propriétaire actuel de l'immeuble et elle doit être inscrite contre l'acquéreur au registre foncier avant l'écoulement du délai de trois mois et le délai ne peut en outre être ni suspendu ni interrompu. C'est le créancier qui doit prouver que le délai de trois mois a été respecté. Une requête déposée auprès du tribunal le dernier jour du délai ne suffit pas. Compte tenu de ces conditions, la durée d'une action prend probablement plus de trois mois. Dans la plupart des cas, il est impossible d'obtenir un jugement définitif dans le délai de l'art. 921 du CCt. Le système légal turc permet donc au requérant d'« *annoter* » son droit à titre provisoire à l'égard des titulaires de droits réels limités.<sup>125</sup> Comme on a vu précédemment<sup>126</sup>, les inscriptions provisoires (art. 961 al.1 du CCs) et les droits personnels (art. 959 al. 1 CCs) inscrivent sous la forme d'annotation.

L'art. 893 CCt accorde aux artisans et entrepreneurs la possibilité de requérir une hypothèque en garantie de leur facture, en présupposant l'existence de l'acceptation de dette par le maître<sup>127</sup> ou l'autorisation du juge. Ainsi, le droit cherche à ce que l'inscription soit effective dans les trois mois (quatre mois en Suisse) à compter de l'achèvement des travaux ou, éventuellement, après la résiliation anticipée du contrat.

Le délai de péremption de trois mois pour l'inscription d'une hypothèque légale se calcule à partir de la date de mise en demeure de l'entrepreneur selon l'article 106 du COt et aussi dès la résiliation de contrat selon l'art. 369 du COt. Il faut attendre la date où les travaux sont effectivement terminés, *afin que le délai commence à courir*.<sup>128</sup>

#### **D. Problématique de l'achèvement (« *Dies a quo* »)**

En ce qui concerne l'art. 840 du CCs, le délai préemptoire commence à courir indépendamment pour chaque entrepreneur et contrat, en cas de pluralité de contrats distincts, sauf s'il faut considérer qu'ils forment un tout. Il ne suffit pas de demander l'inscription d'une hypothèque, il s'agit d'un délai préemptoire qui est

---

<sup>125</sup> UYUMAZ, A.: Yapi İpotegi, in: *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S.1-2, 2008. p.242

<sup>126</sup> Voir notamment à la page 7.

<sup>127</sup> Cour de cassation turque 15<sup>e</sup> ch. civ. 2007/6414.

<sup>128</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 8.

respecté par l'inscription du droit indirect, dont la loi n'institue pas directement une hypothèque qui existerait sans inscription au registre foncier.

L'art. 895 du CCt et l'art. 839 al.1 du CCs prévoient que le créancier de construction peut requérir la constitution de l'hypothèque dès qu'il s'est obligé à exécuter son travail.<sup>129</sup> L'hypothèque légale peut être requise dès la conclusion du contrat avant l'exécution de l'ouvrage.<sup>130</sup> Il n'y a donc pas besoin d'attendre l'exigibilité de la créance.<sup>131</sup> Évidemment tous les travaux indispensables qui font l'objet du contrat de sous-traitance, doivent être achevés pratiquement, pour accepter l'achèvement de la construction.

Selon l'arrêt du TF du 15 septembre 2010,<sup>132</sup> le moment déterminant est bien l'achèvement des travaux, et non l'établissement de la facture. « *Au sens de la jurisprudence du TF, l'entrepreneur doit englober dans son calcul une certaine réserve de temps à titre sécurité, afin de déterminer de manière fiable quel jour il a terminé son travail.* »<sup>133</sup> Il conviendrait que soient acceptés comme ouvrage achevé et utilisable ; les travaux accessoires, secondaires ou de peu d'importances, même non ou partiellement terminés (même si des retouches ou réglages) par les créanciers hypothécaires, mais ces travaux ne doivent pas empêcher l'achèvement de l'ouvrage<sup>134</sup> et si les travaux sont retirés à l'entrepreneur, avant l'achèvement, c'est cette date qui constitue le point de départ. Les travaux de peu d'importance sont cependant considérés comme des travaux d'achèvement lorsqu'ils sont indispensables; et ils sont ainsi jugés selon un point de vue qualitatif.<sup>135</sup>

En vertu d'un arrêt du TF du 1<sup>er</sup> février 2010<sup>136</sup>, en cas de plusieurs contrats, le délai péremptoire commence à courir indépendamment pour chaque contrat à partir de l'achèvement des travaux auxquels il se rapporte. Comme on a cité récemment, la Cour de Cassation turque et le TF ont décidé toujours aux mêmes réflexions sur ce sujet. Il faut souligner que si les travaux forment une unité d'un point de vue fonctionnel, le délai de péremption court à partir de l'achèvement des derniers travaux formant cette unité.

<sup>129</sup> STEINAUER P. H., p.227.

<sup>130</sup> PIOTET, D., pp. 3-36.

<sup>131</sup> ATF 126 III 467 consid. 4.c., JdT 2001 I 193 ; CARRON B./ FELLEY M., p. 33.

<sup>132</sup> ATF 5A-475/2010, (arrêt non publié.)

<sup>133</sup> Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.43.

<sup>134</sup> ATF 125/1999 III 113/116 = JdT 2000 I 22/24. Voir Notamment: STEINAUER P. H., p.228.

<sup>135</sup> ATF 111 II 31 = JdT 1987 I 124

<sup>136</sup> ATF 5A\_777/2009

## **E. Rang du créancier hypothécaire**

### **1. La notion et les caractéristiques**

Les créanciers hypothécaires n'ont pas un droit de privilège de rang vis-à-vis d'autres créanciers gagistes. Le rang de l'hypothèque légale contre les droits réels est déterminé par la date de la constitution de l'hypothèque (date de l'inscription de la réquisition au journal du registre foncier) selon l'art. 930 al.1 du CCt et parallèlement l'art. 972 du CCs. Certes, l'hypothèque légale est primée par tous les droits de gage déjà inscrits ainsi que par les autres droits réels déjà inscrits.<sup>137</sup> Brièvement, c'est une particularité propre à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Par l'inscription définitive au registre foncier, l'hypothèque légale prend rang sur l'immeuble,<sup>138</sup> le cas échéant à la date de l'annotation provisoire.<sup>139</sup> (art. 972 du CCs)

Le rang relève de la date d'annotation s'il y avait une inscription provisoire. L'hypothèque légale vient après les autres gages, ceux qui ont déjà été constitués sous le rapport du rang. Selon de Haller, deux règles particulières corrigent toutefois le système : les entrepreneurs concourent entre eux à droits égaux, même si les inscriptions sont de dates différentes (art. 840 du CCs) et ils ont une préention à être désintéressés en priorité sur la part de collocation des créanciers de rang antérieur à concurrence de la valeur de l'ouvrage et des fournitures effectuées.<sup>140</sup>

L'art. 896 du CCt et l'art. 840 du CCs ordonnent le rang des hypothèques créanciers et exprime l'égalité du rang des hypothèques légales, ceux qui ont constitué séparément et à des moments différents. Il n'y a aucun rang de priorité entre eux. Les artisans et entrepreneurs sont toujours sous ont le risque de ne pas être suffisamment garantis concernant la plus-value qu'ils apportent à l'ouvrage, selon le principe de rang du créancier hypothécaire qui prévoit que l'hypothèque légale ne prend le rang qu'après celui des droits de gage.<sup>141</sup>

Bien évidemment, les créanciers de construction augmentent la valeur de l'immobilier par leurs activités de construction. L'immobilier peut être grevé par les autres gages au moment de l'exécution des travaux de construction.<sup>142</sup> Lorsqu'il n'existe pas de règlement de l'art.896 du CCt et parallèlement l'art. 841 du CCs, les créanciers hypothécaires ne peuvent pas obtenir ce qu'ils méritent même ceux qui augmentent la valeur de l'immobilier. Car, la plus-value est attribuée aux créanciers gagistes de rang antérieur. La plus-value que les artisans et entrepreneurs apportent à l'ouvrage,

<sup>137</sup> STEINAUER, Droits réels, N 2879b.

<sup>138</sup> PIOTET, D., p. 26.

<sup>139</sup> CARRON B.,/ FELLEY M., p. 37.

<sup>140</sup> DE HALLER J-C. : p.267.

<sup>141</sup> STEINAUER P. H., p.219.

<sup>142</sup> DUMAN, I.H.: Insaat Hukuku, Seckin, 3. Baski, Ankara, 2010, p.1008

doit être réservée et individualisée selon le principe de privilège.<sup>143</sup> En cas de réalisation du gage, la somme totale revenant aux artisans et entrepreneurs est, si elle ne couvre pas l'entier de chaque créance, redistribuée entre eux proportionnellement à leur créance.<sup>144</sup>

## 2. Le privilège des artisans et entrepreneurs

L'immobilier peut être grevé par les autres gages immobiliers pour financer le coût de la construction. Bien évidemment, les efforts pour protéger les créanciers seraient vains, s'il n'y avait pas un privilège à la demande de l'hypothèque légale pour les créanciers.<sup>145</sup> L'hypothèque légale octroie aux artisans et entrepreneurs un privilège dans la réalisation forcée. Il faudra accepter sans doute la protection de chaque droit de gage, sans distinguer leur case hypothécaire, sera un grand avantage au profit des créanciers.

L'art. 897 CCt exige le privilège des créanciers hypothécaires, lorsque les conditions objectives et subjectives sont bien réunies. L'objet de ce règlement est de conférer un privilège aux créanciers hypothécaires qui ont réalisé la construction et ont consisté un excédent de la valeur de propriété<sup>146</sup>.

Par la voie d'action, ce droit de privilège peut être utilisé uniquement sur la plus-value apportée aux artisans et entrepreneurs par les travaux, matériaux et services fournis dans le cadre de la construction. L'action doit être intentée après la réalisation du gage, simultanément, contre tous les créanciers qui ont été condamnés à des dommages-intérêts.<sup>147</sup> Il faut se rappeler que l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, garantit uniquement le paiement de la créance jusqu'à la somme de la plus-value donnée à l'ouvrage et non pas la somme représentant la valeur effective du travail exécuté.<sup>148</sup>

Comme déjà cité sur l'existence des conditions subjectives et objectives, chaque créancier hypothécaire peut demander les redevances liées à la valeur excédentaire sur l'immobilier, concernant l'attribution d'une partie du prix non payé sur leurs créances. Afin d'orienter les créanciers gagistes dans leur demande, ils doivent s'assurer que tous les autres créanciers se trouvent au rang antérieur.

Cet arrangement est certainement avantageux pour les créanciers hypothécaires et les sous-traitants et c'est un moyen efficace pour protéger les créanciers hypothé-

<sup>143</sup> STEINAUER P. H., p.233.

<sup>144</sup> OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 10.

<sup>145</sup> AYAN, M: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 7. bası, Konya 2015, p.199.

<sup>146</sup> OĞUZMAN, M. K. / SELİÇİ, Ö. /OKTAY – ÖZDEMİR, S. , Eşya Hukuku,11. Baskı, İstanbul 2006, p. 759;

<sup>147</sup> KÖPRÜLÜ/ KANETİ, p. 325; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 767.

<sup>148</sup> ATF 39 II 205 = JdT 1914 I 77.

caires et les sous-traitants. Premièrement, ce droit doit être considéré comme une obligation réelle. Deuxièmement, il ne constitue pas une différence de case hypothécaire entre les créanciers gagistes. Troisièmement, les artisans et entrepreneurs peuvent faire suspendre la distribution des deniers aussi longtemps que la question de ses privilèges ne sont pas réglées.<sup>149</sup> Et finalement, l'inscription de l'hypothèque légale peut intervenir avant l'exécution des travaux.

La jurisprudence en Suisse prévoit clairement d'empêcher des différends en droit de privilège pour les créanciers hypothécaires. Bien évidemment, les efforts de paiements de créance de gage par le propriétaire de l'immobilier ne sont pas justes, de même que tout ce qui découle de la difficulté de prouver la condition subjective, cependant nécessaire pour affirmer le droit de privilège. P. ex., pour un sous-traitant, il sera difficile de prouver l'influence de son travail sur la valeur de la propriété, même s'il travaille à une grande échelle.

### III. L'inscription d'une hypothèque légale par les sous-traitants

#### A. Problématique du sous-traitant

Grâce à leur travail et à leurs matériaux, les artisans et entrepreneurs augmentent la valeur de l'immeuble et leur situation mérite une protection spéciale. Dans ce cas, le sous-traitant a le droit de paiement afin de participer à l'augmentation de la valeur de l'ouvrage.<sup>150</sup> On admet généralement que c'est la loi française<sup>151</sup> qui définit le mieux la notion de sous-traitance : la sous-traitance<sup>152</sup> est « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.* »

La sous-traitance<sup>153</sup> donne naissance à 3 séries de relations:

---

<sup>149</sup> STEINAUER P. H., p.229

<sup>150</sup> CHAIX, F. : Le contrat de sous-traitance en droit suisse : Limites du principe de la relativité des conventions, Faculté de droit de Genève. Bale, Francfort-sur-le Main : Helbing et Lichtenhahn, 1995.

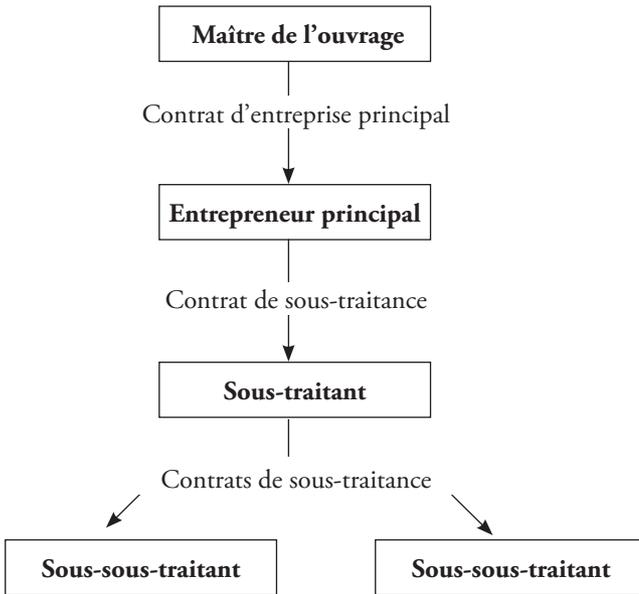
<sup>151</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi française no 75-1334 du 31 décembre 1975. Voir notamment : Louveau, Bernard : La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers, Editions Larcier, 2006, Bruxelles, p. 10.

<sup>152</sup> « *Une récente étude de l'EPFZ (l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich) met en avant le secteur des sous-traitants suisses, qui concerne plus de 300 sociétés, emploie près de 35.000 personnes et réalise un chiffre d'affaires annuel de plus de huit milliards de francs.* » in : <http://www.agefi.com/une/detail/archive/2013/january/artikel/industrie-automobile-les-sous-traitants-suisses-ont-les-atouts-pour-maintenir-leur-positionnement-face-a-la-concurrence-asiatique.html> (consulté le 9 janvier 2013)

<sup>153</sup> « *La sous-traitance reste très importante dans le secteur de la construction en Turquie, et qui emploie près de 1.520.000 personnes. Il semble que le secteur de construction est effectué presque entre les mains*

- entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal (« *le contrat de sous-traitance*<sup>154</sup> ») ;
- entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal (« *le contrat d'entreprise principal* ») ;
- et entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

Le schéma suivant présente de manière simplifiée de l'opération de sous-traitance :



Comme tous les contrats, les parties doivent s'engager à exécuter leurs obligations prévues. P. ex : l'entrepreneur principal doit payer au sous-traitant le prix convenu et le sous-traitant, est obligé d'exécuter ses obligations de production. L'entrepreneur principal doit livrer un ouvrage comme convenu aux obligations contractuelles au maître de l'ouvrage, contre ses paiements. Les parties doivent répondre de leurs fautes contractuelles envers seuls leurs contractants.

Il n'y a pas de lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Au regard des lois - turc et suisse - la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître de

*des sous-traitants* ». In : <http://www.disk.org.tr/default.asp?Page=Content&ContentId=1081> (consulté le 9 janvier 2013)

<sup>154</sup> « La sous-traitance constitue d'ailleurs une pratique très largement répandue dans la construction. Les sous-traitants eux-mêmes n'hésitent pas à recourir à leurs propres sous-traitants... » Voir notamment : Louveaux, Bernard : La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers, Editions Larcier, 2006, Bruxelles, p. 12.

l'ouvrage est de nature délictuelle<sup>155</sup>. Le problème est de savoir, le sous-traitant a-t-il permis de réclamer directement le paiement de sa prestation au maître de l'ouvrage ?

En règle générale, le maître de l'ouvrage n'est tenu à aucune obligation relative au paiement direct au sous-traitant.<sup>156</sup> Ce dernier peut demander le paiement seulement au maître de l'ouvrage avec qui il a signé un contrat. Cette règle est toujours valable, même les honoraires du sous-traitant sont très élevés ou l'entrepreneur ne peut pas réaliser son paiement pour son manque de capacité de paiement. Dans ce dernier cas, la situation devient problématique pour le propriétaire, lorsque l'entrepreneur principal a la difficulté financière et ne paie pas son sous-traitant, quand bien même, le propriétaire a déjà satisfait l'entrepreneur principal, afin d'exécuter sa dette envers le sous-traitant.

Les codes civils des deux pays cités prévoient deux exceptions pour cette règle : Premièrement en vertu de l'art. 141 du COt, le maître de l'ouvrage prend la responsabilité contre le non-paiement de l'entrepreneur principal, et/ou ce qui concerne les redevances dues à la dette de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage donne la garantie au sous-traitant en voie du cautionnement et nantissement. Dans ce cas, le sous-traitant peut demander le paiement à l'entrepreneur principal, si ce dernier ne paye pas sa dette, et demandera directement au maître de l'ouvrage.

La deuxième exception est que pour les immobiliers, la demande du paiement du sous-traitant concernant ses travaux, est garantie par l'hypothèque légale. Par contre, la responsabilité du maître de l'ouvrage ne concerne pas les dettes accessoires afin que celles-ci n'augmentent pas la valeur de l'ouvrage.

Les sous-traitants qui fournissent leurs travaux et matériaux peuvent constituer une hypothèque, pour toutes leurs créances concernant le contrat de sous-traitance.<sup>157</sup> Par contre, les sous-traitants n'ont pas le droit de constituer une hypothèque légale lorsqu'ils fournissent seulement les matériaux.

La valeur de l'hypothèque légale pour les sous-traitants est limitée par la somme des dettes du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur principal<sup>158</sup>. Les travaux des sous-traitants doivent se trouver sur le contrat principal, signés par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Exceptionnellement, en vertu de l'art. 411 du COt, l'hypothèque légale peut survenir par le sans-mandat. Étant donné également que l'art. 411 du COt protège le maître de l'ouvrage, et lui donne le droit de constituer

---

<sup>155</sup> KILIÇOĞLU, A.M.: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, in *AÜHFD*, C. 32, S. 1-4, p.191.

<sup>156</sup> AKİPEK, Ş.: Alt Vekalet, Yetkin Yayinevi, 1. Baskı, Ocak, 2003, p.69.

<sup>157</sup> AKİPEK, p. 242; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1053; ESENER/ GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara 1996, p. 433; REISOĞLU, p. 38, 39;

<sup>158</sup> DUMAN, I.H.: İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010, p.1009.

une hypothèque légale pour sa créance, du fait de fournir les matériaux et les travaux pour un ouvrage découlant le sans-mandat.

Les législateurs -turc et suisse- ont rédigé bien détaillées, les demandes du maître de l'ouvrage découlant de la garantie. Par contre, ces derniers restent silencieux envers les droits du sous-traitant, en tant que maître de l'ouvrage qui néglige ses dettes accessoires. Ici, on voit qu'un type de responsabilité contient la réclamation en indemnité, et ne contient pas des droits formateurs. Le manque des droits formateurs ne résulte pas, pour le tiers qui n'est pas contractant, de bénéficiaire de ces droits.<sup>159</sup> En résumé, l'hypothèque légale, la garantie du maître de l'ouvrage et la stipulation pour autrui créent un droit d'action directe au sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage<sup>160</sup>.

## B. L'inscription d'une hypothèque légale

Le terme du sous-traitant n'est pas mentionné expressément dans les codes civils - turc et suisse -. Le droit à l'inscription d'une hypothèque légale du sous-traitant résulte cependant du fait que les artisans et entrepreneurs disposent également de ce droit lorsqu'ils n'ont pas comme débiteur le propriétaire foncier mais l'entrepreneur principal.<sup>161</sup> Les travaux du sous-traitant autorisent l'inscription d'une hypothèque légale, si les conditions des arts. 837 du CCs et 893 du CCt sont remplies. Dans une telle situation, il n'existe en principe aucune relation contractuelle<sup>162</sup> directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage.<sup>163</sup> (À condition que le propriétaire ait donné son accord à l'exécution de ces travaux sont commandés par un locataire à un entrepreneur) Bien qu'il n'y ait aucun lien direct avec le propriétaire de l'immeuble, le sous-traitant possède un droit propre et distinct à la constitution d'une hypothèque légale. Toutefois, le sous-traitant est autorisé à requérir l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (l'art. 837 CCs). Il en résulte évidemment un risque pour le maître de l'ouvrage, lequel est exposé, pour échapper à l'inscription de l'hypothèque légale, à devoir payer à double, s'il a déjà payé l'entrepreneur général et que celui-ci se révèle incapable d'honorer ses obligations à l'égard du sous-traitant. Pour se prémunir contre ce risque, le maître de l'ouvrage peut prendre diverses mesures d'ordre contractuel avec l'entrepreneur général.

Plusieurs droits de gage peuvent être constitués pour le même travail de con-

<sup>159</sup> CHAIX, F. : p. 268.

<sup>160</sup> ERMAN, H.: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2010. p.46

<sup>161</sup> *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), art. 837, du 27 juin 2007, p. 5052.*

<sup>162</sup> ÖZ, M.T. : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. p.47

<sup>163</sup> EREN, F.: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18 - 29 Mart 1996), B. 2, Ankara 2001/XI,(pp. 59 - 88), p. 66.

struction par l'entrepreneur et en même temps par les sous-traitants. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que,<sup>164</sup> le sous-traitant a le droit à l'inscription du gage, même si l'entrepreneur principal a déjà été inscrit à une hypothèque légale. En même temps, lorsque le propriétaire de l'immobilier a déjà acquitté sa dette envers l'entrepreneur principal, le sous-traitant a également le droit de constituer une hypothèque légale.<sup>165</sup>

Toutefois, il n'existe pas une relation contractuelle directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage<sup>166</sup>, et même s'il n'y a pas de possibilité pour demander les revendications portées contre lui, le sous-traitant est autorisé à obtenir l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. (L'art. 837 du CCt) Les entrepreneurs peuvent aussi requérir l'inscription d'une hypothèque pour des travaux qui ont été commandés par un locataire, si le résultat est incorporé à l'immeuble et pour autant que le propriétaire ait consenti aux travaux.<sup>167</sup> La liberté de l'inscription de l'hypothèque par tous les créanciers induit le danger du paiement à double pour le maître de l'ouvrage, afin d'échapper à l'inscription de l'hypothèque légale et ce dernier court alors le risque de paiement à double pour éviter que son immeuble ne soit réalisé.<sup>168</sup>

L'art. 206 du LPt exprime que les ouvriers dépendants salariés n'ont pas le droit de constituer une hypothèque légale car, la systématique de la loi, accepte les créances salariales de ces ouvriers comme une créance privilège dans le suivi des faillites.<sup>169</sup> Les personnes qui participent au travail de façon dépendante (ouvriers, techniciens) ne bénéficient pas de l'hypothèque légale.

Le sous-traitant<sup>170</sup> peut demander au juge de reconnaître la garantie pour la constitution d'une hypothèque et d'ordonner l'inscription, si le propriétaire n'autorise pas l'inscription de l'hypothèque.<sup>171</sup> En vertu de l'art. 58 ORCt, le sous-traitant peut demander l'inscription provisoire contre le risque de l'inépuisabilité dans le

---

<sup>164</sup> SAVIAUX, p.91. Voir aussi: ATF 95 II 87, JdT 1970 I 158.

<sup>165</sup> STEINAUER P. H., p.221, ATF 109/1983 II 445 ; 105/1979 II 264 ; 104/1978 II 348/354.

<sup>166</sup> ZEVKLİLER-GÖKYAYLA. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bastı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, p.503

<sup>167</sup> TERCIER, P. Les contrats spéciaux, p.717.

<sup>168</sup> ATF 95 II 84 «... et le propriétaire risque d'être contraint, pour éviter la réalisation du gage immobilier, d'acquitter une seconde fois la facture du sous-traitant, dont les prestations étaient pourtant comprises dans le prix qu'il a payé à l'entrepreneur général.»

<sup>169</sup> GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1052; SAYMEN/ ELBİR, p. 586; AKİPEK, p. 241; HATEMİ, H. / SEROZAN, R. / ARPACI, A., Eşya Hukuku, İstanbul 1991, p. 742; REİSOĞLU, Kanunî İpotek, p. 26 vd. ; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 760.

<sup>170</sup> «Dans le domaine de la construction, le sous-traitant reste dans un lien de dépendance à l'égard de l'entreprise principale. Sa situation financière dépend de celle de ce dernier. » Arrêt no 260 du Cour de Cassation français du 30 novembre 2007, Rapport du conseiller rapporteur.

<sup>171</sup> STEINAUER P. H., p.228.

délai de péremption de quatre mois. Par contre l'hypothèque définitive peut être constituée, dès la décision du juge.

Les travaux du sous-traitant autorisent l'inscription d'une hypothèque légale, si les conditions des arts. 837 et 839 du CCs sont remplies. Les artisans et les entrepreneurs sont indépendants du droit à la rémunération de l'entrepreneur et à la demande de l'inscription de l'hypothèque légale.<sup>172</sup> Le sous-traitant a le droit de faire inscrire l'hypothèque légale, parallèlement à celui de l'entrepreneur qui lui a délégué un travail.<sup>173</sup>

### C. Risque de paiement à double

Le problème le plus important dans l'hypothèque légale, c'est le danger du paiement à double. En particulier, l'utilisation des entrepreneurs et des sous-traitants qui sont susceptibles d'être confrontés au danger de paiement à double et parfois triple par le propriétaire actuel de l'immeuble.

Chaque entrepreneur principal et sous-traitant est en mesure de devoir demander indépendamment l'inscription de l'hypothèque légale. Ainsi l'inscription du droit de gage pour le même acte sera traitée, même pour les prestations exécutées par le sous-traitant. Dans un tel cas, le propriétaire de l'immobilier est en danger du paiement à double et parfois triple pour le même acte.

L'entrepreneur principal n'a aucun lien avec les honoraires et le paiement des sous-traitants. Et cela pose le problème du danger de paiement à double. Le danger est parfois inéluctable. L'entrepreneur principal peut toujours demander la constitution de l'hypothèque légale et peut déléguer un sous-traitant incompétent sans informer le maître de l'ouvrage. Pour comble, il peut aussi déléguer le sous-sous-traitant du sous-traitant, ce qui augmente le risque de paiement à double.<sup>174</sup>

L'art. 365 al. 1 du CCt prévoit le principe de l'interdiction de demander un honoraire en dehors du prix du contrat.<sup>175</sup> Ainsi, si le prix forfaitaire fixé dans le contrat principal n'est pas respecté et lorsque les erreurs de calcul, le dysfonctionnement de l'organisation du travail et l'augmentation des honoraires ne protègent pas le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur principal et les sous-traitants (donc, les créanciers hypothécaires), ce principe pourra être retenu. Certes, dans ce cas le propriétaire de l'immeuble a le droit de recours concernant les paiements aux sous-traitants.

<sup>172</sup> GAUCH P., *Le contrat d'entreprise* p.184, ATF 95 II 90 ; 39 II 217 = JdT 1914 I 87 s.

<sup>173</sup> CARRON B., FELLE M., p.21. Voir : STEINAUER, *Droits réels*, N 2869.

<sup>174</sup> TANDOĞAN, H. *Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Bası, Ankara, 1987, p..90.

<sup>175</sup> Cour de cassation turque 15<sup>e</sup> ch. civ. 2007/6414.

Selon Steinauer,<sup>176</sup> si le propriétaire actuel de l'immeuble n'a pas encore payé l'entrepreneur, il a le droit de procéder à une réduction sur le prix de l'ouvrage. (art. 205 COs) Car, il considère qu'un ouvrage grevé d'une hypothèque légale en faveur d'un sous-traitant est affecté d'un défaut juridique et aussi, constitue **une exécution incorrecte** de l'obligation de l'entrepreneur, au sens de l'art. 368 al. 2 du COs. Lors de la prise de cette disposition du CCs et du CCt, le risque de paiement à double a été reconnu par les législateurs des deux pays cités. Toutefois, le législateur n'a pas modifié la règle dans la nouvelle version des art. 837 ss CCs.<sup>177</sup> Néanmoins, les législateurs ont préféré les intérêts des sous-traitants à ceux du propriétaire de l'immobilier. Certes, les législateurs – turc et suisse- pensent que le sujet passif dispose de suffisamment de moyens. (L'inscription d'une hypothèque légale, le paiement direct des sous-traitants, les sûretés fournies par un tiers, les retenues sur le prix etc.)<sup>178</sup> Aujourd'hui, la possibilité de rencontrer ce risque est augmentée grâce aux tendances et structures des entreprises.

## II. Conclusion générale

Les artisans et entrepreneurs qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un ouvrage, bénéficient de par les législateurs - turc et suisse - d'un privilège, afin de garantir leur créance découlant de la plus-value donnée à l'ouvrage par l'ensemble des travaux, matériaux ou seulement les travaux fournis.

En vertu de l'art. 893 al.3 du CCt, le sous-traitant a le droit de faire inscrire l'hypothèque légale contre le maître de l'ouvrage. Chaque entrepreneur principal et sous-traitant peut demander indépendamment l'inscription de l'hypothèque légale.

Les législateurs des deux pays cités donnent une priorité en faveur des artisans et entrepreneurs qui ont participé à la construction, à la destruction, ou à la rénovation d'un ouvrage. Ces derniers prennent rang avant tout autre créancier hypothécaire, pour la plus-value apportée à l'ouvrage. Ce privilège donne un droit d'engager une action aquilienne au créancier hypothécaire. Il est possible de critiquer le législateur turc pour sa technique législative. En vertu de l'économie de procédure et du caractère producteur du droit, une personne doit pouvoir maintenir ses droits sans former une demande.

L'hypothèque légale permet aux artisans et entrepreneurs de recevoir une garantie des créances contre les créanciers antérieurs et de les protéger. Malgré la constitu-

---

<sup>176</sup> STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in* Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 221. Voir notamment : ATF 116/1990 II 533/537= JdT 1992 I 34/38

<sup>177</sup> CARRON B.,/ FELLEY M., p.24.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 24

tion de gages antérieurs en mauvaise foi<sup>179</sup>, les créanciers hypothécaires ne peuvent pas obtenir ce qu'ils méritent découlant de la plus-value donnée à l'ouvrage.

Il faut tout d'abord accepter qu'un immeuble grevé d'une hypothèque légale par la demande du sous-traitant, constitue une exécution imparfaite de l'obligation, donc l'absence d'une qualité promise ou prévue et attendue. Ce problème ouvre la voie à une réduction du prix de l'immeuble (« *ouvrage défectueux*») <sup>180</sup> et permet brièvement d'exiger au maître de l'ouvrage, le droit de procéder à une réduction sur le prix de l'ouvrage au sens de l'art. 368 al.2 COs.

L'ensemble des droits - turc et suisse -, ne présente à ce jour aucun règlement qui empêche le danger du paiement à double pour le propriétaire actuel de l'immeuble. La protection des créanciers hypothécaires doit être renforcée par les décisions jurisprudentielles.

En outre, les créanciers hypothécaires turcs ne demandent pas souvent la constitution de l'hypothèque comme les suisses. Contrairement au système juridique suisse, en droit turc l'objection de la tardiveté de la requête ainsi que la méthode à suivre de l'inscription d'une hypothèque légale, n'est pas si pratique.

En Turquie, la demande de l'hypothèque est faite après que le litige soit né. Car, pour la constitution d'une hypothèque, le montant d'une créance doit être toujours sous l'obligation de précision.

Pour que le montant de la créance soit précis, le besoin de l'obligation d'engager une action est répandu. Le but de cette action est de préciser le montant de la créance afin de mettre une garantie. Le créancier qui déclare le recours en voie de cette action, doit attendre une longue durée de jugement, la difficulté aux phases d'inscription et de réalisation du gage.

Evidemment, le montant perd toujours sa valeur à cause de l'inflation galopante et la longue durée indéterminée que l'ont voit dans le système juridique turc. Il en va ainsi également des créanciers hypothécaires ne connaissant pas leurs droits et même le CCt.

L'entrepreneur principal entre en relation directe avec le maître de l'ouvrage, en même temps, ces solutions connaissent un droit de gage légal aux sous-traitants sur la créance de l'entrepreneur principal contre le maître de l'ouvrage. Et enfin, pour les sous-sous-traitants, ce droit de gage légal est appliqué au droit de créance du sous-traitant, au nom du maître de l'ouvrage, contre l'entrepreneur principal.

<sup>179</sup> DUMAN, I.H.: İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010, p.1011

<sup>180</sup> ATF 104 II 348 consid. III

**Liste des abréviations**

|               |   |
|---------------|---|
| <b>AF</b>     | Arrêté fédéral  |
| <b>AP</b>     | Avant-projet  |
| <b>al.</b>    | Alinéa  |
| <b>art.</b>   | Article   |
| <b>ATF</b>    | Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral                                     |
| <b>ch.</b>    | Chiffre   |
| <b>cha.</b>   | Chambre   |
| <b>civ.</b>   | Civile  |
| <b>CCs</b>    | Code civil suisse   |
| <b>CCt</b>    | Code civil turc   |
| <b>COs</b>    | Code des obligations suisse   |
| <b>COt</b>    | Code des obligations turc   |
| <b>etc</b>    | et cætera   |
| <b>JdT</b>    | Journal des Tribunaux   |
| <b>LP</b>     | Loi fédéral du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1) |
| <b>LPt</b>    | Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite turque                              |
| <b>p.</b>     | Page  |
| <b>p. ex.</b> | Par exemple   |
| <b>Prof.</b>  | Professeur  |
| <b>RO</b>     | Recueil officiel  |
| <b>TF</b>     | Tribunal fédéral  |
| <b>ORCt</b>   | Ordonnance sur le registre du commerce turc   |
| <b>ORF</b>    | Ordonnance sur le registre foncier suisse   |

**BIBLIOGRAPHIE**

**Akun**, Levent: İnşaatçı İpotegi, *in: Ankara Barosu Dergisi*, 1991, pp. 751 – 769.

**Akipek**, Şebnem.: Alt Vekalet, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ocak, 2003.

**Akipek**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku: Ayni Haklar, Ankara 1974.

**Akkanat**, Halil.: Taşeronluk Sözleşmesi, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université d'Istanbul, 2000.

**Alai**, Djafar : La cession des créances en droit suisse, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1966.

**Avcı**, A. / **Köksal Oruç**, B.: İnşaatçı İpotegi (Yapı Alacaklısı İpotegi), *in: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Yıl: 1 - Sayı 2, 2014-2.

**Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 7. bası, Konya, 2015.

**Bıçakçı**, Levent: Yapı Alacaklısı İpotegi, *in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1982, pp. 537 – 568.

**Carron**, Benoît.: L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : *Acquis et Nouveautés*, *in : Séminaires immobiliers*, 03.04.2012.

- Bohnet, F. /Carron, Blaise / Felley, M.,/ Pittet, L. :**Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste. *In : Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*, Neuchâtel, 2012.
- De Haller, J.-C.**, L'hypothèque légale de l'entrepreneur : des solutions nouvelles à de vieux problèmes ? *in : Rapport et communications/ Société suisse des juristes*, Helbing und Lichtenhahn, Basel 1982.
- Dubois, T. :** La modification du rang des droits de gage immobiliers ensuite de convention de postposition, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2003.
- Duman, I.H. :** İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010.
- Delafontaine, J.-C. :** La mention au registre foncier: étude de droit privé fédéral et vaudois, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999.
- Engel, P. :** Traité des obligations en droit suisse dispositions générales du CO., 2e Edition Staempfli, 1997.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, Ekim, 2014.
- Eren, F.:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, *in: İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18 - 29 Mart 1996), B. 2,* Ankara 2001.
- Erman, H.:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Der Yayınları, 3. Bası, 2010.
- Ertaş, Şeref:** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006.
- Fracheboud, H.:** L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs dans la poursuite et la faillite, *in* Journal des tribunaux. II, Poursuite pour dettes, no 1-2, Lausanne 2010.
- Gauch, P.:** Le contrat d'entreprise ; adaptation française par Benoit Carron, Schultess, Zurich 1999.
- Gümüş, M.A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, Cilt II, İstanbul, 2014.
- Gürsoy Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar / Doğrusöz, M. Edip / Altın, Mehmet:** Türk Hukukunda Rehin, Ankara, 1996.
- Kılıçoğlu, A.M.:** Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, *in:* AÜHFD, C. 32, S. 1-4, pp. 185-199.
- Louveaux, Bernard :** La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers, Editions Larcier, Bruxelles, 2006.
- Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim:** Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 – 1983.
- Marchand, Sylvain;** Jonction et coordination des contrats en droit de la construction, *in : Journées suisses du droit de la construction, Institut pour le droit suisse et international de la construction,* Fribourg 2009.
- Oğuzman M. Kemal / Selici, Özer / Oktay – Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2014.
- Overney, A.:** L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : L'Etude Gillon Perritaz Esseiva, Fribourg, Juin 2005.
- Öz, M.T.:** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. p.47

- Piotet, D.:** L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: les principes. *In* Journal des tribunaux, Poursuite pour dettes. Lausanne, 2010, No 1-2, pp. 3-36.
- Poudret, J-F:** Patrimoine administratif et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, *in* : *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne, 1977.
- Reisođlu, Safa:** Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.
- Saviaux, N.,** La double garantie en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. *in Droit de la construction 3/99, Fribourg, 1999, Institut droit de la construction, Université de Fribourg.*
- Saymen, H. / Elbir, H. K.,** Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1983.
- Steinauer, P.-H.,** L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in* Journées suisses de droit de la construction 2005.
- Steinauer, P.-H.,** Les droits réels, Tome III, 3<sup>e</sup> éd., Staempfli, Berne 2003.
- Şener, Yavuz, Selim:** Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- Tandođan, Halûk:** Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara, 1987.
- Tekinay, Selâhattin S. / Akman, Sermet / Burcuođlu, Halûk / Altop, Atilla:** Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989.
- Tekinay, Selâhattin S. :** Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994.
- Tercier, P. :** Introduction au droit privé de la construction. Fribourg : Ed, universitaires, cop 1994. *In* : *Contributions du Séminaire pour le droit de la construction, Université de Fribourg ; vol.5*
- Tercier, P. :** Le Droit des Obligations., 4<sup>e</sup> Edition Schulthess, Editions Romandes
- Tercier, P., Favre, P.,** Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, *in Revue Suisse de Jurisprudence, Zurich–Vol. 108(2012), no: 11. pp. 260-266.*
- Tercier, P., Favre, P. :** Les contrats spéciaux, Schulthess Juristische Medien AG, Genève, 2009.
- Uyumaz, Alper:** Yapı İpoteđi, *in: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.1-2, 2008.*
- Warnery, André:** La cession des créances, Dissertation étude des art. 164-174 CO. Université de Lausanne, Imprimerie G. Vaney-Burnier S.A., 1924.
- Yavuz, C./ Acar, F/ Özen, B.:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2014.
- Yavuz, C. / Acar, F. / Özen, B.:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 14. Baskı, İstanbul, 2014.
- Zevkliler, A. / Gökyaıla, E.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.