S. 106 / Nr. 28 Sachenrecht (f)

BGE 67 II 106

28. Arrêt de la II e Section civile du 1 er mai 1941 dans la cause Sion, Services industriels contre la Genevoise.

Regeste:
Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.
1. Le droit de gage constitué sur un immeuble neuf ou en voie d'achèvement pour un montant qui n'excède pas sa valeur actuelle demeure exposé à l'action des artisans et entrepreneurs tant que ceux-ci sont dans le délai pour faire inscrire leur hypothèque (consid. 1).
2. Reconnaissabilité (consid. 1 et 2).
Lorsqu'un crédit partiel a été régulièrement réparti au prorata des prestations effectuées jusqu'à son épuisement, le prêteur ne répond pas du fait qu'un crédit ultérieur aurait été inégalement distribué par un autre prêteur (consid. 2 litt. a).
3. Le créancier gagiste désintéressé au moyen d'un prêt hypothécaire nouveau qui échappe à l'action des artisans et entrepreneurs continue de répondre personnellement à leur égard en vertu de l'art. 841 al. 2 CC appliqué par analogie (consid. 2 litt. a in fine).
4. Chaque artisan a droit à la part de réalisation afférente au gage attaqué dans la proportion où se trouve sa créance par rapport à l'ensemble des créances privilégiées (à quoi il faut ajouter la valeur des simples livraisons de matériel et celle du travail personnel des maîtres de l'ouvrage) (consid. 3).
La part de chacun ne s'accroît pas de celles des créanciers privilégiés qui n'ouvrent pas action (consid. 4).
5. Le Créancier gagiste de rang antérieur qui excipe de l'irrégularité de l'inscription de l'hypothèque légale ou de l'inexistence de la créance inscrite a l'onus probandi (consid. 3 in fine).

Seite: 107
Gesetzlicher Pfandrechtsanspruch der Bauhandwerker und Unternehmer.
1. Der Klage der Bauhandwerker und Unternehmer nach Art. 841 Abs. 1 ZGB und Art. 117 VZG unterliegt, solange ihnen die Frist zur Anmeldung ihres Pfandrechtes noch offensteht, auch eine erst während oder nach Vollendung des Baues und für einen den gegenwärtigen Wert des Grundstücks nicht übersteigenden Betrag errichtete Pfandbelastung (Erw. 1).
2. Erkennbarkeit (Erw. 1 und 2).
Wurde ein Teilkredit gleichmässig im Verhältnis der bis zu seiner Erschöpfung erbrachten Leistungen verwendet, so haftet der Kreditgeber nicht für ungleichmässige Verteilung der Mittel aus einem spätern, von einem andern Kreditgeber gewährten Darlehen (Erw. 2, a).
3 . Ein Pfandgläubiger, dessen Forderung aus einem neuen, der Klage der Bauhandwerker und Unternehmer entzogenen Grundpfanddarlehen getilgt wurde, haftet diesen weiterhin persönlich analog Art. 841 Abs. 2 ZGB (Erw. 2, a am Ende).
4 . Was vom Grundstückerlös auf die mit Erfolg angefochtene Pfandbelastung entfällt, ist den einzelnen Bauhandwerkern und Unternehmern entsprechend dem Verhältnis ihrer Forderungen zur Gesamtheit der privilegierten Forderungen zuzuweisen, wozu auch der Wert blosser Materiallieferungen und der persönlichen Arbeit des Bauherrn zu rechnen ist (Erw. 3).
Die Anteile der Berechtigten vergrössern sich nicht um diejenigen solcher privilegierter Gläubiger, die nicht geklagt haben (Erw. 4).
5 . Bestreitet der vorgehende Pfandgläubiger die ordnungsmässige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts oder den Bestand der eingetragenen Forderungen der Bauhandwerker und Unternehmer, so trifft ihn die Beweislast (Erw. 3 am Ende).
Ipoteca legale degli operai e imprenditori.
1. Il diritto di pegno costituito su un immobile nuovo o in via di costruzione per un importo che non supera il valore attuale soggiace all'azione degli operai e imprenditori fino a tanto che il termine per fare iscrivere la loro ipoteca non è spirato (consid. 1).
2. Riconoscibilità (consid. 1 e 2).
Se un credito parziale è stato regolarmente suddiviso in proporzione delle prestazioni effettuate sino al suo esaurimento, il comodante non è responsabile pel fatto che un credito ulteriore è stato impiegato in modo ineguale da un altro comodante (consid. 2 lett. a).
3. Il creditore pignoratizio, il cui credito è stato soddisfatto mediante un nuovo prestito ipotecario sottratto all'azione degli operai e imprenditori, continua a rispondere personalmente nei loro confronti in virtù dell'art. 841 cp. 2 CC applicato per analogia (consid. 2 lett. a in fine).
4. Ogni operaio od imprenditore ha diritto alla parte di realizzazione spettante al pegno impugnato nella proporzione in cui si trova il suo credito di fronte all'insieme dei crediti privilegiati; a ciò devesi

aggiungere il valore di semplici forniture di materiale e il valore del lavoro personale del committente (consid. 3).
La parte di ciascuno non si accresce delle parti dei creditori privilegiati che non promuovono azione (consid. 4).

Seite: 108
5. Al creditore ipotecario di grado anteriore, che contesta la regolarità dell'iscrizione dell'ipoteca legale o l'esistenza del credito iscritto, incombe l'onus probandi (consid. 3 in fine).

A. - Au cours de l'année 1935, Emile et Georges Bagaini, entrepreneurs à Sion, ont construit dans cette ville un immeuble locatif. Comme ils ne disposaient pas de fonds propres, ils contractèrent un premier emprunt de 15000 fr. garanti par hypothèque auprès de la Banque populaire valaisanne. Ils se firent ensuite ouvrir par la Banque cantonale du Valais un crédit de construction de 50000 fr. garanti par une hypothèque sur le fonds et par le cautionnement de divers entrepreneurs; le droit de gage de la Banque populaire valaisanne fut radié. Ce second emprunt servit à payer les vendeurs du terrain par 9158 fr. 85, l'architecte des frères Bagaini à concurrence de 3450 fr. et plusieurs entrepreneurs pour une partie de leurs créances.
Vers la fin de 1935, comme la construction touchait à sa fin, les propriétaires s'adressèrent à la compagnie d'assurances La Genevoise afin d'obtenir un prêt assez élevé pour faire face à tous leurs besoins. La compagnie commit deux experts, l'architecte de Kalbermatten et l'architecte Zwyssig, qui estimèrent la valeur actuelle de l'immeuble, l'un 166000 fr., l'autre 160000 fr. (valeur du terrain, 23450 fr., valeur du bâtiment en cas de vente forcée, 120000 fr.). La Banque populaire valaisanne fit entrevoir qu'elle accorderait elle-même un prêt hypothécaire en second rang. Par acte du 31 janvier 1936, la Genevoise consentit aux maîtres de l'ouvrage un prêt de 90000 fr. garanti par une hypothèque en premier rang sur l'immeuble en voie d'achèvement. Selon l'art. 6 du contrat, les emprunteurs s'engageaient «à relever et garantir la Genevoise de toutes réclamations qui pourraient lui être adressées par les artisans et entrepreneurs en vertu de l'art. 841 CCS et à lui rembourser toutes les sommes qu'elle aurait éventuellement à payer par application dudit article».

Seite: 109
Le 1 er février 1936, le notaire qui avait instrumenté l'acte remit contre reçu à la Banque populaire valaisanne, mandataire des frères Bagaini, le montant du prêt. D'après les instructions de la Genevoise, la banque ne pouvait disposer des fonds sans le consentement du notaire. Celui-ci passa l'ordre à la banque de régler les deux créances garanties par les hypothèques existantes, soit la créance en premier rang de la Banque cantonale du Valais s'élevant à 51 099 fr. et une créance de 5400 fr. de la maison Schindler & Cie garantie par une hypothèque légale en second rang. De leur côté et sans passer par le notaire, les frères Bagaini autorisèrent la Banque populaire valaisanne à éteindre au moyen du prêt le solde passif de leur compte auprès d'elle, soit 16742 fr., et à effectuer un paiement de 872 fr. à un entrepreneur. Il ne restait ainsi disponible sur l'emprunt qu'une somme de 14905 fr. 15. Lorsque les artisans et entrepreneurs apprirent la chose, ils requirent tous l'inscription de leurs hypothèques pour un montant de 89000 fr. Ils menacèrent en outre d'abandonner le chantier.
La Genevoise s'inquiéta et obtint de la Banque populaire valaisanne, d'entente avec les emprunteurs, la restitution du solde du prêt, en sorte que finalement elle n'eut plus sur l'immeuble qu'une hypothèque de 75000 fr. Peu après, soit le 19 mai 1936, les frères Bagaini se déclarèrent en faillite.
La Genevoise produisit sa créance de 75094 fr. 85, garantie par l'hypothèque en premier rang. La créance a été admise comme telle à l'état de collocation.
Divers artisans et entrepreneurs ont contesté ledit état en prétendant que la constitution du gage tombait sous le coup des art. 287 et 288 LP. Leur action a été rejetée en dernière instance par le Tribunal fédéral, le 17 novembre 1938. L'arrêt relève que les motifs invoqués par les demandeurs ne sont pas de nature à fonder une action révocatoire, mais pourraient éventuellement appeler l'application de l'art. 841 CC.
B. - La réalisation de l’immeuble a eu lieu le 25

Seite: 110
novembre 1936; elle a produit 90000 fr. La Genevoise a reçu pour sa créance une somme de 82614 fr. L’office des faillites ayant imparti aux artisans et entrepreneurs qui avaient subi une perte le délai prévu à l'art. 117 ORI, deux d'entre eux, dont la Commune de Sion - soit pour elle ses Services industriels - renvoyée perdante dans la faillite pour 6000 fr., ont intenté action contre la Genevoise en vertu de l'art. 841 CC, aux fins de se faire indemniser sur la part de collocation revenant à cette dernière.
La demanderesse au présent procès reproche à la Genevoise de n'avoir pas pris les mesures requises par la jurisprudence pour que les sommes qu'elle versait sur le prêt garanti par l'immeuble

en construction fussent remises aux entrepreneurs au prorata de leurs prestations. Les 50000 fr. versés à la Banque cantonale du Valais l'ont été en remboursement d'un crédit qui avait servi à payer non seulement le vendeur du terrain, mais aussi l'architecte qui ne pouvait bénéficier de l'hypothèque légale, et dont le solde, s'il est allé à des entrepreneurs, n'a pas été distribué proportionnellement entre eux tous. Le paiement de 5400 fr. à la maison Schindler a été effectué au mépris du même principe. Quant aux 16742 fr. bonifiés à la Banque populaire valaisanne (17695 fr. selon la demanderesse), la Genevoise reconnaît elle-même qu'ils ne pouvaient être prélevés sur le prêt de construction, puisqu'elle a intenté action à ladite banque aux fins de recouvrer ce montant. La demanderesse soutient qu'abstraction faite de la valeur du terrain, les 75000 fr. effectivement prêtés n'ont pas été régulièrement employés. Selon ses calculs, chaque maître d'état au bénéfice d'une hypothèque légale aurait dû recevoir le 49% de sa créance. Comme deux d'entre eux seulement ont intenté action, leurs créances doivent être intégralement payées sur le montant réservé à l'ensemble des artisans et entrepreneurs.
La défenderesse a conclu à libération, contestant que les conditions de l'art. 841 fussent réalisées. Elle excipe en outre de la tardiveté de l'inscription de l'hypothèque

Seite: 111
légale et prétend que pour un montant de 633 fr., la créance de la demanderesse ne représente pas des travaux.
Le Tribunal cantonal du Valais a rejeté l'action.
C. - La demanderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant ses conclusions.
Considérant en droit:
1.- L'hypothèque en premier rang que s'est fait consentir la Genevoise en garantie de son prêt n'a pas été constituée sur un fonds non bâti, mais sur un bâtiment en voie d'achèvement et pour un montant qui n'excédait pas la valeur déjà acquise par l'immeuble. La créancière n'était donc pas dans le cas du prêteur qui, spéculant sur la valeur que prendra un terrain par suite de la construction qui y sera édifiée, grève un immeuble au-delà de sa valeur. Mais la défenderesse n'en répond pas moins envers les artisans et entrepreneurs selon la règle de l'art. 841 CC. Il est vrai que l'art. 839 al. 1, qui permet aux bénéficiaires de l'hypothèque légale d'inscrire leurs droits dès la conclusion du contrat d'entreprise, leur offre par là même le moyen de parer au danger résultant pour eux de la constitution d'autres droits de gage sur l'immeuble en construction. Mais la loi ne leur fait pas une obligation de s'inscrire aussi tôt; elle leur reconnaît au contraire la faculté de requérir encore l'inscription trois mois après l'achèvement des travaux (art. 839 al. 2 CC). Il s'ensuit que le bailleur de fonds qui, avant l'expiration de ce délai, constitue un droit de gage sur un bâtiment neuf répond envers les artisans et entrepreneurs de ce que les avances leur parviennent, au même titre que celui qui prête sur un terrain nu à la veille d'être bâti des sommes excédant sa valeur actuelle (cf. Exposé des motifs de l'avant-projet du CC, III p. 217 ch. 4).
La Cour cantonale a nié en l'espèce la responsabilité de la demanderesse, parce que celle-ci ne pouvait pas reconnaître que la constitution de son gage porterait préjudice aux artisans et entrepreneurs. Mais les raisons

Seite: 112
qu'elle en donne et qu'elle tire des circonstances dans lesquelles le crédit a été ouvert et exploité, ne sont pas décisives. La Genevoise devait savoir, et elle savait, lorsqu'elle a accordé son prêt sur l'immeuble Bagaini, que les maîtres d'état qui l'avaient construit n'étaient pas encore payés, et elle ne pouvait pas compter que l'objet du gage - une fois réglée son hypothèque - suffirait à désintéresser tous les artisans et entrepreneurs. La Genevoise a prêté en définitive 75000 fr.; les créances privilégiées se montaient alors à 95000 fr. en chiffre rond; les sommes investies dans l'immeuble s'élevaient donc au total à 170000 fr. Or les estimations de deux experts sérieux n'allaient que jusqu'à 166000 fr., resp. 160000; pour le cas de vente forcée - éventualité qu'il ne fallait pas écarter - l'un des experts taxait l'immeuble 120000 fr. Il ne faut pas davantage pour considérer que la Genevoise devait se rendre compte du danger que la constitution de son gage faisait courir aux bénéficiaires d'hypothèques légales. En fait, ce risque n'a pas échappé à la défenderesse, puisqu'elle a fait insérer dans l'acte de crédit une clause par laquelle les emprunteurs s'obligeaient à lui rembourser toutes sommes que pourraient lui réclamer les artisans et entrepreneurs en vertu de l'art. 841 CC. Quoi qu'il en soit, la Genevoise devait veiller à ce que la plus-value créée par ces derniers leur revînt. Telle a manifestement été son intention. Mais son notaire n'a pas pris les mesures nécessaires à cet effet; il paraît même s'être laissé jouer par la banque des frères Bagaini. La défenderesse est dès lors appelée à en répondre envers les titulaires d'hypothèques légales.
2.- Il en est ainsi d'abord pour l'argent frais que la Genevoise a placé sur l'immeuble, soit pour la différence entre les 75000 fr. prêtés et les 56500 fr. qui ont servi à éteindre les hypothèques existantes. En effet, pour pouvoir bénéficier du. premier rang convenu, la défenderesse devait

rembourser le crédit de construction de 50000 fr. plus accessoires ouvert par la Banque cantonale

Seite: 113
du Valais et garanti par une hypothèque en premier rang, ainsi que la facture de 5400 fr. de la maison Schindler & Cie garantie par une hypothèque légale en second rang.
a) Quant au droit de gage de la Banque cantonale, la Genevoise ne peut encourir envers les artisans et entrepreneurs une responsabilité du chef du remboursement qu'aux conditions habituelles, à savoir seulement si le crédit de construction a été exploité au détriment des maîtres d'état d'une manière reconnaissable pour la banque, et si la Genevoise a pu connaître ce fait en remboursant la créancière. La demanderesse soutient que la Banque cantonale a mal réparti les fonds, en ce sens que ceux-ci ont servi aussi à payer l'architecte et qu'ils n'ont pas été distribués proportionnellement entre tous les artisans et entrepreneurs. Ce crédit s'élevait à 50000 fr. De ce montant, il faut déduire la valeur du sol qui échappe à l'action des créanciers privilégiés. La défenderesse admet ici le chiffre de 20000 fr.; son estimation n'est pas trop forte, car l'expert Zwyssig évaluait le terrain à 23450 fr. Il restait donc 30000 fr. pour la construction. Si la banque a déboursé en fait 36400 fr., ce n'est cependant que la répartition des 30000 fr. du crédit qui peut être attaquée. Pour cette raison déjà, la demanderesse n'est pas fondée à critiquer le paiement fait à l'architecte qui a dirigé les travaux, puisque ce paiement n'atteint pas 6400 fr., mais seulement 3450 fr.
Pour le surplus, il faut observer que, dans une construction de cette importance, 30000 fr. devaient à peine suffire à couvrir les travaux de fouilles et de fondation. La demanderesse paraît être de l'avis que la Banque cantonale n'était pas en droit d'affecter les 30000 fr. à payer uniquement les premiers travaux, mais qu'elle ne devait délivrer à chaque entrepreneur que ce qui lui reviendrait sur cette somme en tenant compte de tous les travaux et livraisons qu'exigerait l'achèvement du bâtiment et qui pour partie ne seraient effectués que dans un lointain avenir. Mais ce serait là rendre pratiquement impossible

Seite: 114
l'octroi de crédits partiels, par périodes de construction. Or il faut raisonnablement admettre que lorsqu'un crédit a été régulièrement réparti au prorata des prestations qui ont été faites jusqu'à ce qu'il soit épuisé, le prêteur est à l'abri de toute action. En effet, si les crédits ultérieurs sont appliqués de la même manière, aucun artisan ou entrepreneur ne subira de perte, car - pour l'impayé- la contre-valeur de sa créance se trouve incorporée au bâtiment. Que si par la suite, comme en l'espèce, un nouveau prêteur fait une distribution inégale et que des artisans ou entrepreneurs en éprouvent un préjudice, on ne saurait reprocher au premier de ne l'avoir pas prévu, et considérer dès lors qu'il aurait pu reconnaître le danger que la constitution de son gage faisait courir aux créanciers privilégiés. La demanderesse ne prétend pas que la Banque cantonale n'ait pas réparti proportionnellement les 30000 fr. entre tous les entrepreneurs qui avaient concouru, jusqu'à la date de l'épuisement du crédit, à augmenter la valeur de la construction. L'hypothèque de la banque échappe donc à l'action de l'art. 841; et il en est de même, par voie de conséquence, du droit de gage de la défenderesse, en tant que le montant de son prêt a servi à éteindre ladite hypothèque.
Supposé que l'action fût donnée contre la Banque cantonale, il ne s'ensuivrait pas nécessairement qu'elle pût être dirigée contre la défenderesse. Ce ne serait le cas, comme on l'a déjà relevé, que si, au moment de la constitution de son gage en lieu et place de celui de la banque, la Genevoise avait su ou aurait dû savoir, en prêtant l'attention commandée par les circonstances, que la part de réalisation afférente à l'hypothèque éteinte était exposée à l'action des artisans et entrepreneurs. La demanderesse ne l'a pas prétendu. En fait, la Genevoise avait d'autant moins lieu de supposer que le crédit remboursé avait été mal distribué que la créancière était une banque cantonale dont on est fondé à attendre, plus encore que d'une banque privée, qu'elle sauvegarde comme il se doit

Seite: 115
les intérêts de tous ceux qui concourent à des travaux de construction. D'ailleurs, si l'on est amené, dans un cas de ce genre, à libérer le créancier hypothécaire nouveau en se montrant large dans l'appréciation de la diligence qui lui incombe, les titulaires d'hypothèques légales ne restent pas sans protection, car l'ancien créancier demeure responsable à leur égard. Il y a lieu en effet d'appliquer par analogie l'art. 841 al. 2 CC. Cette disposition consacre le principe que celui qui a constitué un gage dont il pouvait savoir qu'il porterait préjudice aux entrepreneurs est tenu à réparation si ces derniers ne réussissent pas, par son fait, à se payer sur la part de réalisation qui lui échet. La loi vise le cas où le créancier de rang antérieur a cédé son titre à un tiers qui n'est pas tenu de répondre à sa place. Mais la règle ne mérite pas moins application dans un cas où le créancier gagiste a été remboursé au moyen de fonds provenant d'un nouveau prêt hypothécaire qui échappe à l'action des entrepreneurs.
b) En ce qui concerne la créance de 5400 fr. de la maison Schindler & Cie, elle était garantie par une

hypothèque légale; le paiement opéré au moyen du prêt est donc allé à un entrepreneur, créancier privilégié. Mais la Genevoise devait considérer que, conformément à l'art. 840 CC, ce créancier avait le même droit que tous les autres artisans et entrepreneurs qui requerraient encore des inscriptions à obtenir paiement sur l'objet du gage, que dès lors ils ne pourraient tous être entièrement désintéressés que si la valeur de l'immeuble grevé de la nouvelle hypothèque devait suffire à couvrir tous les autres gages légaux; or, au vu des expertises déjà mentionnées, il n'était pas permis de s'y attendre. La défenderesse pouvait donc envisager comme possible, voire comme probable que les autres artisans et entrepreneurs auraient à subir un préjudice si elle payait en plein la créance Schindler. Pour dégager sa responsabilité, il ne lui restait plus qu'à postposer son hypothèque à celle de la créancière, en réduisant son prêt dans une mesure correspondante.

Seite: 116
3.- Dans la faillite, la part de réalisation afférente à l'hypothèque de la défenderesse s'est montée à 82614 fr., en sorte que la créance garantie s'est trouvée entièrement soldée en capital et intérêts, voire au-delà. Le tableau de distribution mentionne, il est vrai, un découvert de 3952 fr. Mais il s'agit d'une erreur qui provient du fait que les intérêts de la créance garantie ont continué d'être comptés après la réalisation du gage, apparemment jusqu'à l'établissement dudit tableau. Pour fixer la responsabilité de la défenderesse envers les artisans et entrepreneurs, il faut, selon ce qui précède, déduire de sa part de collocation le montant de 51000 fr. qui a servi à rembourser en capital et intérêts la créance hypothécaire de la Banque cantonale. La valeur du sol est comprise dans ce montant. Il reste ainsi une somme de 31514 fr.
D'après la jurisprudence (RO 43 II 611 /2, 47 II 143, 53 II 479), chaque artisan ou entrepreneur a droit à cette somme dans la mesure où il a contribué à créer la plus-value, c'est-à-dire dans la proportion où se trouve sa créance (originaire) par rapport à l'ensemble des créances privilégiées (cf. RO 47 II 143). Il conviendrait d'ajouter à ce dernier montant la valeur des simples livraisons de matériaux et celle du travail personnel des maîtres de l'ouvrage, Georges et Emile Bagaini, qui sont aussi entrepreneurs; mais la défenderesse n'a rien allégué ni prouvé à cet égard. En soi, la demanderesse ne pourrait élever aucune prétention sur la plus-value créée de ce chef, mais celle-ci devrait profiter au créancier de rang antérieur. Rien n'empêche en effet ce dernier de prêter à découvert sur un immeuble, en considération de la plus-value qu'il acquerra de par les prestations du débiteur lui-même ou de tiers qui ne sont pas des entrepreneurs au regard de l'art. 837 ch. 3 CC. Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé en ce sens le 12 décembre 1935 dans l'affaire Günter c. Fehr.
La créance privilégiée de la demanderesse s'élève, selon l'inscription au registre foncier, à 6000 fr. La défenderesse conteste le privilège dans son principe et dans son

Seite: 117
montant, en prétendant que l'inscription du gage aurait été prise trop tard et en affirmant qu'un poste de 633 fr. concerne de simples livraisons de matériaux, qui n'auraient rien à voir avec les travaux de construction. Mais sur l'un et l'autre point, c'est à elle que la preuve incombait, et non à la demanderesse; celle-ci n'a pas à établir, comme le voudrait la Genevoise, la régularité de l'inscription et l'existence de la créance inscrite. Il s'agit en effet de la contestation (par voie d'exception), conformément à l'art. 975 CC, de l'inscription d'un droit réel au registre foncier (cf. RO 53 II 476). La défenderesse n'a pas entrepris la preuve de la tardiveté de l'inscription, elle s'est contentée de l'affirmer. Certes a-t-elle, au sujet de divers travaux facturés sous nos 76 et 110 pour le montant de 692 fr. 10, fourni certaines indications d'où il résulterait qu'ils seraient antérieurs de plus de trois mois à l'inscription de l'hypothèque opérée le 14 mars 1936. Mais l'inscription est faite à temps pour tous les travaux si elle a été prise dans les trois mois qui suivent le dernier travail. Or en l'espèce celui-ci est représenté par l'installation électrique du bâtiment, qui fait l'objet du mémoire du 31 décembre 1935 et dont la défenderesse déclare elle-même qu'elle n'a pu fixer quand elle a été terminée. Il n'y a dès lors pas lieu de s'arrêter à cette première exception. Pour contester le montant de la créance privilégiée, la défenderesse s'est bornée à observer que certains postes visent à l'évidence des livraisons de matériel. Que cette justification soit suffisante, c'est une question d'appréciation des preuves qui doit être réservée à la juridiction cantonale, à laquelle d'ailleurs la cause doit de toute façon être renvoyée pour statuer sur la recevabilité du présent moyen. La demanderesse soutient en effet qu'il est tardif, parce qu'il n'a été soulevé que dans les conclusions motivées au lieu de l'être dans l'échange des mémoires qui a précédé l'administration des preuves. La décision de ce point de procédure cantonale n'appartient pas au juge de réforme.

Seite: 118
4.- Si la Cour cantonale n'entre pas en matière quant au montant de la créance privilégiée ou si elle rejette, faute de preuve, la contestation de la défenderesse, la créance devra être portée en compte pour 6000 fr. Cette somme représente le 4,58% de l'ensemble des créances de construction, que les

parties sont d'accord pour arrêter à 131000 fr. en chiffre rond. La demanderesse a donc droit dans ce cas au 4,58% de 31514, soit 1443 fr. Si la Cour cantonale entre en matière et admet l'exception en tout ou partie, il faudra, pour fixer le rapport de participation dans le présent procès, réduire d'un montant correspondant et la créance de la demanderesse et la somme des créances de construction, soit donc au maximum de 633 fr., ce qui représente un pour-cent de 4,12 et une participation à la part de réalisation de 1298 fr., à savoir 145 fr. de moins que pour une créance de 6000 fr.
La demanderesse prétend que les deux créanciers qui ont ouvert action ont droit à se payer sur toute la part de réalisation qui échoit à la défenderesse, du moment que les autres créanciers privilégiés n'ont pas donné suite au délai qui leur avait été imparti selon l'art. 117 ORI; il y aurait lieu d'appliquer les principes de l'action en contestation de l'état de collocation, relatifs à la répartition du gain du procès (art. 250 al. 3 LP). Mais l'analogie avec la procédure de collocation n'est qu'apparente. Dans le procès de l'art. 250 al. 2 in fine LP, le demandeur fait valoir que le débiteur n'a pas telle dette ou que le gage donné ne répond pas selon le rang qui lui a été assigné; il «conteste» donc en lieu et place du débiteur. Dans le procès de l'art. 841 CC, le demandeur exerce directement contre le créancier gagiste de rang antérieur une action propre, que le débiteur n'aurait pas pu intenter lui-même. Ce droit du demandeur est un droit au fond, qui a un objet bien précis: il tend à lui procurer satisfaction sur la part de réalisation dans la mesure de la plus-value qu'il a créée. Une prétention de cette nature ne saurait être influencée par le fait que d'autres ayants droit

Seite: 119
ne poursuivent pas leurs propres prétentions. L'artisan ou l'entrepreneur n'est d'ailleurs nullement tenu d'exercer ses droits au fond dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 117 ORI. Il n'y a là pour lui qu'une faveur; il peut parfaitement les faire valoir encore après coup dans le délai de prescription (RO 53 II 471). Or cela ne serait plus possible si un créancier privilégié pouvait, en agissant plus tôt, se payer sur la part de collocation sans tenir compte des créances des autres entrepreneurs et artisans.
Quant aux intérêts sur la somme que fixera la Cour cantonale, ils seront dus depuis la naissance de la créance garantie par gage jusqu'au jour de la réalisation de l'immeuble. Pour la période postérieure, l'intérêt correspondra au taux auquel l'office des faillites aura placé la somme produite par la vente de l'immeuble.
Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à la Cour cantonale pour qu'elle statue à nouveau dans le sens des motifs.
Vgl. auch Nr. 36. - Voir aussi no 36